

Prawo – narzędzie sprawiedliwości czy władzy

Prace KNHD UJ 2020

Redakcja

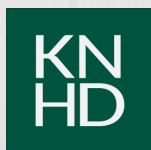
Iwona Barwicka-Tylek

Piotr Dziewałtowski-Gintowt

Kamil Zyzik

Łukasz Łyżwa

Kraków 2020



KOŁO NAUKOWE
HISTORII DOKTRYN
UNIwersytetu
JAGIELLOŃSKIEGO

PRAWO - NARZĘDZIE SPRAWIEDLIWOŚCI CZY WŁADZY?

REDAKCJA

IWONA BARWICKA-TYLEK

PIOTR DZIEWAŁTOWSKI-GINTOWT

KAMIL ZYZIK

ŁUKASZ ŁYŻWA

Prawo – narzędzie sprawiedliwości czy władzy

Prace KNHD UJ 2020

Redakcja

Iwona Barwicka-Tylek

Piotr Dziewałtowski-Gintowt

Kamil Zyzik

Łukasz Łyżwa

Kraków 2020



KOŁO NAUKOWE
HISTORII DOKTRYN
UNIwersytetu
JAGIELLOŃSKIEGO

REDAKCJA

IWONA BARWICKA-TYLEK
PIOTR DZIEWAŁTOWSKI-GINTOWT
KAMIL ZYZIK
ŁUKASZ ŁYŻWA

RECENZJA

DR HAB. WOJCIECH CISZEWSKI
DR ANNA CEGŁARSKA
DR FILIP GOŁBA
DR JACEK MAŁCZEWSKI
DR PAWEŁ BANAŚ
DR RAFAŁ KANIA

KOREKTA REDAKTORSKA

KAROL ŁUKOMIAK
DIANA ŁUKOMIAK

SKŁAD

KAROL ŁUKOMIAK

OKŁADKA

KAMIL ZYZIK

© COPYRIGHT BY AUTHORS & ARCHAEGRAPH

ISBN: 978-83-66709-23-2

PUBLIKACJĘ SFINANSOWANO ZE ŚRODKÓW
RADY KÓŁ NAUKOWYCH UNIwersYTETU JAGIELLOŃSKIEGO
I TOWARZYSTWA BIBLIOTEKI SŁUCHACZÓW PRAWA UJ



RADA KÓŁ NAUKOWYCH
UNIwersYTETU JAGIELLOŃSKIEGO



TOWARZYSTWO
BIBLIOTEKI
SŁUCHACZÓW
PRAWA UJ

WERSJA ELEKTRONICZNA DOSTĘPNA:

NA STRONIE INTERNETOWEJ WYDAWCY

www.archaegraph.pl

STRONIE INTERNETOWEJ

KOŁA NAUKOWEGO HISTORII DOKTRYN TBSP UJ:

knhd.law.uj.edu.pl

ORAZ W REPOZYTORIUM CYFROWYM BIBLIOTEKI NARODOWEJ

I PROFILACH AUTORÓW W INTERNETOWYCH SERWISACH NAUKOWYCH



KOŁO NAUKOWE
HISTORII DOKTRYN
UNIwersYTETU
JAGIELLOŃSKIEGO

ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

KRAKÓW 2020

SPIS TREŚCI

Iwona Barwicka-Tylek

Wstęp 7

Dawid G. Szulc

**Konstytucja Imperium Osmańskiego (1876 r.)
jako akt prawny pogranicza władzy i sprawiedliwości** 13

Piotr Romaniuk

***Ad augusta per angusta* –
ustawodawstwo początków pryncypatu** 23

Łukasz Hawrylak

**Prawo karne jako narzędzie władzy
a szkoła humanitarna prawa karnego w XVIII wieku** 37

Hanna Zawistowska

Dominik Borek

Karol Świtaj

**O zgodności z prawem UE regulacji art. 15k
ustawy o szczególnych rozwiązaniach
związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem
i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych
oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych
oraz niektórych innych ustaw** 51

Aleksandra Grubalska

***Black lives matter*
- o dyskryminacji rasowej
w Stanach Zjednoczonych Ameryki** 81

Paulina Waszkiewicz Zbrodnie przeciwko ludzkości w polityce byłego prezydenta Sudanu Omara Al Bashira	97
Piotr Załęski Prawa podmiotowe jako narzędzie zastępujące proces polityczny - liberalny legalizm	111
Marta Gerwatowska Co tu się „odjaniepawła”? Wolność słowa, poprawność polityczna i trolling	129
Monika Kulka-Smołkiewicz Prawo do posiadania broni przez obywateli w polskich debatach sejmowych	145
Paulina Grodzka Danina solidarnościowa a zasada sprawiedliwości podatkowej	163
Justyna Jabłońska Prawo jako narzędzie władzy w systemach demokracji nieoliberalnej	179
Igor Korczak-Kubalski Przesłuchanie podejrzanego (oskarżonego) - między władzą a sprawiedliwością	195
Anna Dzięciołowska Terminy stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych jako gwarancja sprawiedliwego procesu karnego	211

WSTĘP

„Niech wasza mowa będzie: Tak, tak; nie, nie”, głosi pewien znany cytat. Nakaz ten wydaje się mieć szczególne zastosowanie wobec naukowców, dla których dążenie do prawdy ma być wyzwaniem, ale i ograniczeniem. Pouczeni przez ostatnie zdanie *Traktatu logiczno-filozoficznego* Ludwiga Wittgensteina wiemy, że „o czym nie można mówić, o tym trzeba milczeć”. A jednak wskazówka ta nie została potraktowana jako dyrektywa działania przez Autorów, których artykuły znajdują się w oddawanym do rąk Czytelnika tomie, kolejnej już monografii wydawanej pod auspicjami Koła Historyków Doktryn UJ. I na całe szczęście; w końcu nie potraktował jej poważnie sam Wittgenstein!

Zagadnienie związków między prawem, sprawiedliwością i władzą należy do tych odwiecznych problemów, do których wracamy nieustannie w refleksji z zakresu nauk społecznych, a mimo to trudno tu o jednoznaczne konkluzje. Można nawet odnieść wrażenie, że współczesny dyskurs naukowy otwiera tu ponownie pola dyskusji, które jeszcze kilka dekad temu uchodziły za niekontrowersyjne i wyeksploatowane, przez co traktowano je co najwyżej element dziedzictwa historycznego. Tym bardziej godne pochwały, że wysiłek zmierzania się z nimi podejmują młodzi badacze, bo to zapowiada, że przyszła teoria i filozofia prawa rozwijać się będzie jako polifoniczny dialog, w którym bardziej od udzielania jednoznacznych odpowiedzi zorientowanych „tak-tak” „nie-nie”, liczyć się będzie dialektyczne „i tak, i nie”. Tego rodzaju dialektyka nie ma nic wspólnego z Hegłowską *Fenomenologią ducha*, wyrasta bowiem ze starożytnego postrzegania dialogu jako narzędzia wypracowywania porozumienia odnośnie kwestii spornych, które rodzą odmienne i często konkurencyjne wobec siebie opinie. Każda z takich opinii wymaga stosowania poprawnej argumentacji, ale żadna nie jest w stanie dostarczyć w pełni obiektywnego

i wyczerpującego opisu będącego jej przedmiotem zagadnienia. Dlatego postęp wiedzy umocowanej w opiniach musi dokonywać się drogą nieustannej intelektualnej wymiany, która utrzymuje zainteresowanie przedmiotem i pogłębia jego zrozumienie pomimo, a nawet dzięki, wątpliwościom, jakie wzbudzają poszczególne opinie. Taki sposób uprawiania nauk społecznych jest dziś coraz częściej określany mianem „fronetycznego”, ponieważ nawiązuje do Arystotelejskiego pojęcia „mądrości praktycznej” (gr. *fronesis*), przydatnej w świadomym zarządzaniu rzeczywistością społeczną, której zaletą i wadą jest zdolność przemiany. Co ciekawe, zwolennicy ujęcia fronetycznego często podają nauki prawne jako przykład dziedziny, która wręcz nie może się obejść bez „mądrości praktycznej”, ponieważ to prawnicy właśnie mają swój ważny udział w dokonujących się na poziomie instytucjonalnym przemianach społecznych, a co równie ważne, dzięki codziennej praktyce orzeczniczej są często pierwszymi sygnalistami niespójności między porządkiem instytucjonalnym a oczekiwaniami społecznymi¹. Jest to o tyle ciekawe, że teoria i filozofia prawa uczyniła w ostatnich stuleciach wiele, by rolę „mądrości praktycznej” w refleksji nad prawem marginalizować.

Tomasz Hobbes, którego teoria państwa wyznacza, zdaniem historyków, początek nowożytnej myśli politycznej i prawnej, pisał w swym sztandarowym dziele: „Nie *juris prudentia* więc, czyli mądrość sędziów podporządkowanych, lecz rozumienie rzeczy tego naszego sztucznego człowieka, państwa i jego rozkaz, ustanawia prawo. Że zaś państwo w swej reprezentacji jest jedną osobą, przeto nie może łatwo powstać jakaś sprzeczność w prawach; gdy zaś powstaje, ten sam rozum, który prawo tworzy, może tę sprzeczność usunąć przez interpretację albo przez zmianę prawa”². I choć wizja absolutnego Lewiatana ustąpiła z czasem skromniejszej, a za to respektującej wolność jednostek, wizji państwa demokratycznego, czy raczej liberalno-demokratycznego, opartego na zasadzie rządów prawa i podziału władzy, postrzeganie roli sędziów, i szerzej, władzy sądowniczej, nie zmieniło się zasadniczo. Wydawać by się mogło, że wyrażenie „wymiar sprawiedliwości” zobowiązuje, jednakże wiążące dla wielu prawników pozostają niezmiennie znane słowa Karola Monteskiusza, dla którego sędziowie mają być wyłącznie ustami ustawy³, czy jak ujął to nasz rodak, Stanisław Staszic: machiną słowa prawa gadającą⁴.

¹ B. Flyvbjerg, *Making Social Science Matter*, Cambridge 2001, s. 24.

² T. Hobbes, *Lewiatan, czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, tłum. Cz. Znamierowski, Warszawa 2009, s. 356.

³ K. Monteskiusz, *O duchu praw*, 864, <https://wolnelektury.pl/katalog/lektura/o-duchu-praw.html>.

⁴ S. Staszic, *Uwagi nad życiem Jana Zamoyskiego*, oprac. S. Czarnowski, Kraków 1926, s. 77.

Taka swoista „dehumanizacja” prawa i osób specjalizujących się w zawodach prawniczych nie jest przypadkiem. Od starożytności filozofia polityczna poszukiwała zewnętrznych wobec władzy kryteriów wydawania sądów o sprawiedliwości. Hobbes tę relację odwrócił, utożsamiając sprawiedliwość z posłuszeństwem prawu, które to posłuszeństwo jest warunkiem trwania państwa i nie podlega negocjacjom. Prawo, zdaniem Hobbesa, jest nakazem legalnej władzy i tylko ta władza jest uprawniona do jego interpretacji. W efekcie prawnicy stają się wyłącznie rzemieślnikami, wspierającymi suwerena od strony technicznej; ich wiedza pomaga doskonalić prawo, a to jest narzędziem i władzy i sprawiedliwości, ale zarówno władza, jak sprawiedliwość pozostają poza obszarem prawniczej refleksji. Jak przekonująco dowodzi Shirley Letwin w pracy poświęconej historii idei prawa⁵, niewiele zmieniły w tej kwestii późniejsze reakcje na teorię Hobbesa. Wystarczy zresztą sięgnąć do polskiej literatury, by utwierdzić się w przekonaniu, że kultywowanie „sztuki prawniczej” jako rodzaju rzemiosła jest niezmiennie wyobrażeniem bliskim prawnikom⁶. Taki obraz, choć wygodny, bo czyniący z wymiaru sprawiedliwości instytucję apolityczną, neutralnego arbitra i bezstronnego sędziego sporów między obywatelami oraz obywatelami a państwem, jest dziś coraz głośniej kwestionowany jako nieprawdziwy, a wręcz społecznie i politycznie szkodliwy. Próby jego rewizji wpisują się w szerszą krytykę (a także obronę) liberalizmu oraz modelu demokracji liberalnej. Krytykę, która zatacza coraz szersze kręgi od połowy ubiegłego wieku, znajdując sojuszników w ramach tzw. teorii krytycznej i postmodernizmu.

Tak teoria krytyczna, wywodząca się z tzw. szkoły frankfurckiej, jak też idący krok dalej postmodernizm, czerpiący inspirację z pism Michela Foucaulta, Jacquesa Derridy, czy Jeana-François Lyotarda, podkreślają socjologiczną i psychologiczną niemożliwość konstrukcji sfery publicznej, która byłaby miejscem racjonalnej i pozbawionej dążenia do dominacji debaty zmierzającej do ustanowienia wspólnych i powszechnie akceptowanych reguł zdolnych skanalizować procesy polityczne i w ten sposób zneutralizować wpisane weń dążenie do władzy. Dominujące we współczesnej filozofii politycznej „radikalne”⁷ rozumienie władzy jako historycznie utrwalonych w świadomości jednostek osadów kulturowych, niszczących, a przynajmniej deformujących relacje interpersonalne do tego stopnia, że nawet w tzw. sferze prywatnej są one przeniknięte „relacjami władzy”, rezonującymi ze zwielokrotnioną siłą

⁵ S. Letwin, *On the History of the Idea of Law*, Cambridge 2005.

⁶ L. Gardocki, *Naprawdę jesteśmy trzecią władzą*, Warszawa 2008, s. 4.

⁷ S. Lukes, *Power: A Radical View*, New York 2005.

w sferze publicznej, sprawia, że trudny do utrzymania jest tradycyjnie rozumiany postulat neutralności, bezstronności i obiektywności jakiegokolwiek instytucji życia publicznego. Prawo, ale i prawnicy, stają się narzędziami władzy. Co gorsza, inaczej niż w przypadku filozofów spod znaku umowy społecznej (Hobbesa, Locke'a, czy Rousseau), władza tego rodzaju jest pozbawiona legitymizacji i tym samym zawsze stronnicza, przez co ze swej natury zagraża ona wolności jednostek, zwłaszcza tych, które z różnych względów (psycho-fizycznych, wyborów moralnych, zakorzenienia kulturowego) należą do grup mniejszościowych.

Teoria krytyczna i postmodernizm rodziły się w ramach powojennej kultury zachodniej, nic też dziwnego, że obiektem ich ataków była ideologia liberalna, ze swym wąskim rozumieniem polityki i próbą budowy *de facto* apolitycznego systemu ustrojowego, zwanego demokracją liberalną. W pewnym istotnym sensie wypracowane w łonie tych nurtów narzędzia krytyczne stały się wygodnym sposobem na obronę demokracji przed próbami jej ograniczenia przez liberalizm. Pierwotnie była to obrona z pozycji lewicowych, niechętnych sprawowaniu demokracji wyłącznie do metody wyłaniania elit rządzących (J. Schumpeter, A. Downs), z dosyć iluzoryczną możliwością ich kontroli. Od pewnego czasu jednak obserwować można, tylko na pierwszy rzut oka paradoksalne, próby posługiwania się tymi samymi narzędziami krytycznymi przez osoby związane z drugim, pravicowym krańcem sceny politycznej, gdzie coraz większe uznanie zyskuje koncepcja „demokracji nieliberalnej”⁸. Zarówno lewicowa, jak pravicowa krytyka liberalizmu nie pozostaje obojętna wobec „władzy sądowniczej”, która spośród trzech władz wymienianych przez Monteskiusza miała być w ramach nowożytnego konstytucjonalizmu jedyną władzą nieupolitycznioną (jako władza jest ona „poniekąd żadna”, jak przekonywał autor *O duchu praw*⁹), stojącą na straży praworządności państwa jako takiego; niezawisłą i niezależną. Jeśli dodamy do tych nowych teoretycznych wątpliwości, a czasem bezpośrednich ataków politycznych, także podejmowane w ramach myśli liberalnej starania o opracowanie, zdolnej sprostać współczesnym wyzwaniom, teorii demokratycznej nie rezygnującej z drogi liberalizmowi zasad, otrzymamy szerokie, sfragmentaryzowane i najeżone sprzecznościami pole dyskursu, po którym poruszać się trudno. To z kolei utrudnia postulowaną od dawna integrację nauk prawnych, które czerpiąc inspirację ze źródeł zewnętrznych (ekonomii, socjologii, literatury,

⁸ Zob. A. Antoszewski, *Demokracja nieliberalna jako projekt polityczny*, „Przegląd Europejski” 2018, nr 2, ss. 11-31.

⁹ K. Monteskiusz, *op.cit.*, 847.

filozofii politycznej, etyki, lingwistyki, antropologii kulturowej, itp.), dotrzymują wprawdzie kroku współczesnym naukom społecznym i humanistycznym, ale za cenę znacznej proliferacji stanowisk, co może prowadzić do rozmycia tożsamości nauk prawnych i swoistej wtórnej niesamodzielności, czy wręcz „pomocniczości” wobec innych dziedzin.

W takim kontekście na znaczeniu zyskują przedsięwzięcia, które stawiając pewien problem – jak czyni to niniejsza monografia – zostawiają Autorom pełną swobodę jego ujęcia. Dzięki temu Czytelnik nie tylko zyskuje możliwość pogłębienia własnej wiedzy o tym lub owym zagadnieniu, ale (co w aktualnym stanie refleksji prawnej przynajmniej równie istotne), ma szansę przemyśleć różne aspekty relacji między prawem, władzą i sprawiedliwością, oraz zalety i ograniczenia konkurencyjnych perspektyw, z jakich może być ona rozpatrywana. Używam słowa „przemyśleć” świadomie. To właśnie „namysł” pozwala łączyć rozbieżne perspektywy, bo jak wskazywał już Arystoteles, namyslać się znaczy szukać rozwiązania problemów ludzkiej *praxis* ze świadomością, że rzeczy, o których się wypowiadamy mogą być inaczej i dopiero nasz wybór, obarczony odpowiedzialnością etyczną, czyni je takimi, jakimi są. Taki namysł jest możliwy wyłącznie wówczas, gdy różne perspektywy, różne tradycje, różne szkoły myślenia, uda się zaangażować w dialog, który buduje i rozwija juriesprudencję jako taką. „Juriesprudencja” to, zgodnie ze starożytnym źródłosłowem, nic innego jak prawnicza mądrość praktyczna.

Warto podjąć się uważnej lektury i wykorzystać zawarte w tomie artykuły jako materiał do przemyśleń. Powtórzę: materiał cenny, bo z racji faktu, iż autorami są tu przede wszystkim młodzi badacze, przekonuje on dobitnie, że wskazywana wyżej różnorodność trendów i tradycji pojawia się już na wczesnych etapach edukacji prawniczej. Ta różnorodność jest, moim zdaniem, dużo ważniejsza od widocznej już w tytułach różnorodności tematyki poszczególnych tekstów, i to ona pozwala zastanowić się głębiej nad tytułowym problemem. Wśród artykułów dominują teksty, które (choć to odczucie subiektywne – wynik namysłu właśnie) zdają się należeć do tradycji myślenia liberalnego, gdzie wzorcem sprawiedliwości jest nie mająca względu na osobę sprawiedliwość komutatywna, a przedmiotem sporów pozostaje uzupełnienie jej w pewnych obszarach sprawiedliwością dystrybutywną. O oświeceniowych korzeniach prymatu sprawiedliwości komutatywnej przypomina artykuł poświęcony humanitaryzmowi prawniczemu (Ł. Hawrylak). Sprawiedliwość dystrybutywna kojarzona jest dzisiaj z ekonomią, nie dziwi więc poruszanie tematów takich jak ustawowe regulacje dotyczące ochrony branży turystycznej w okresie pandemii Covid-19 (H. Zawistowska, D. Borek, dr K. Świtaj),

czy daninie solidarnościowej (P. Grodzka). Jak jednak sugeruje artykuł A. Grubalskiej (*Black Lives Matter – o dyskryminacji rasowej w USA*), bliższy popularnej ostatnio „jurysprudencji politycznej”¹⁰, sprawiedliwość komutatywna może przy bliższej analizie ujawnić swój z gruntu dystrybutywny charakter, tym bardziej krzywdzący, że utajony i przez to trudny do usunięcia. Podobny wydźwięk niosą dwa artykuły z zakresu prawa karnego (I. Korczak-Kubalski i A. Dzieciołowska), które wskazują, jak cienka jest granica między myśleniem o prawie w kategoriach władzy a myśleniem w kategoriach sprawiedliwości. O trudnościach, jakie nastęca próba rozdzielania sprawiedliwości i władzy, przekonują artykuły prawnohistoryczne (D. Szulc, P. Romaniuk, P. Waszkiewicz). Wynika z nich i to, że pojęciem „sprawiedliwość” my prawnicy posługujemy się często dosyć intuicyjnie, co powinno raczej niepokoić niż cieszyć, zwłaszcza jeśli uznamy niewystarczalność posthobbesowskiego, „rzemieślniczego” programu rozwoju prawa. Są wreszcie w książce teksty, które czytane razem mogą prowadzić do dosyć zaskakujących wniosków; jak choćby taki, że z punktu widzenia konsekwencji politycznych „liberalny legalizm” (P. Załęski) jest niebezpiecznie bliski założeniom „demokracji neoliberalnej” (J. Jabłońska).

Jak zauważa Peter Berger i Anton Zijderveld, w nowożytnym pluralistycznym świecie początkiem wiedzy musi być nie tylko zdziwienie, ale i wątpliwości¹¹. Tych ostatnich w odniesieniu do związków prawa z władzą i sprawiedliwością z pewnością nie brakuje. I można domniemywać, że nigdy nie braknie.

¹⁰ Przegląd, zob.: S. Letwin, *op.cit.*, s. 247-306.

¹¹ P. Berger, A. Zijderveld, *Pochwała wątpliwości*, tłum. S. Baranowski, Kraków 2010, s. 109.

KONSTYTUCJA IMPERIUM OSMAŃSKIEGO (1876 R.) JAKO AKT PRAWNY POGRANICZA WŁADZY I SPRAWIEDLIWOŚCI

WPROWADZENIE

Niniejszy artykuł stanowi próbę zdefiniowania relacji pomiędzy prawem a sprawiedliwością i władzą w ustawie zasadniczej Imperium Osmańskiego z 1876 roku. Celem jest opisanie, iż wskazana konstytucja powinna zostać zaklasyfikowana jako akt prawny, który z jednej strony urzeczywistniał idee sprawiedliwości, a z drugiej służył wzmocnieniu władzy centralnej.

W artykule posłużono się metodami stosowanymi w naukach historycznych oraz prawnych (doktrynalno-politycznych oraz historii prawa). Z uwagi na podjętą problematykę określenia modelu organizacji ustrojowo-politycznej XIX-wiecznego Imperium Osmańskiego pomocniczo posłużono się także metodami oraz problematyką związaną z filozofią prawa.

PRÓBA CHARAKTERYSTYKI POJĘCIA SPRAWIEDLIWOŚCI: CYWILIZACJA ISLAMU ORAZ IMPERIUM OSMANIE

Na gruncie współczesnej filozofii prawa pojęcie sprawiedliwości zostało określone przez Zygmunta Ziemińskiego jako: [...] *takie postępowanie w stosunku do innych osób, w którym świadczy się innym jakieś dobro, czy ewentualnie*

*uzasadnione zło, nie kierując się względami na to, z jaką indywidualnie osobą mamy do czynienia w danym przypadku, lecz w taki sam sposób traktując wszelkie osoby, które wykazują jakieś jednakowe właściwości z przyjmowanego punktu widzenia. (...) Inaczej mówiąc, sprawiedliwość sprowadza się do traktowania ludzi według określonej formuły, a nie w sposób arbitralny (...)*¹. Sprawiedliwością zajmowali się już czołowi filozofowie greccy (Platon, Arystoteles), których poglądy były rozwijane przez myślicieli muzułmańskich. Warto wskazać choćby na kwestie moralności poruszane przez al – Farabiego w jego traktatach etyczno – politycznych². Sprawiedliwość w systemie prawnym islamu zdaje się być jednak odmienną od współczesnej definicji, bowiem różnicuje ona poszczególnych członków społeczeństwa pod względem ich równości wobec prawa. Powyższe potwierdza klasyczne ujęcie prawa *szariatu*.

Mirosław Sadowski wskazuje na trzy zasadnicze nierówności tego prawnego – filozoficznego porządku, które występują między: mężczyzną i kobietą, muzułmaninem i niemuzułmaninem oraz wolnym i niewolnikiem³. Nie oznacza to jednak, iż sprawiedliwość w perspektywie muzułmańskiej nie stanowi określonej formuły, a raczej dostosowuje się ją do przepisów prawa religijnego. Pojęcie sprawiedliwości w cywilizacji islamu jest nierozzerwalnie związane z Bogiem, który stanowi jej źródło⁴. Prawo muzułmańskie wynika z objawienia Allaha, które odczytał prorok Mahomet = i stanowi ono zbiór norm postępowania, których winien przestrzegać każdy muzułmanin. Wpływa ono nie tylko na kwestie religijne, ale także społeczne – stąd stanowi wszechobecny system, który konstytuuje znaczącą większość przepisów prawa. Podstawą rozważań nad koncepcją sprawiedliwości w islamie jest zatem najważniejsze źródło prawa muzułmańskiego – *Koran*. Co więcej, przepisy religijne w znaczący sposób wpływały na kształt wszelkich procesów tworzenia i stosowania prawa. Sprawiedliwość w świecie islamu określić zatem można jako boskie objawienie, które w swej doskonałej formie prowadzi każdego człowieka do ostatecznego celu jakim jest raj. Można go osiągnąć dzięki przestrzeganiu boskich zaleceń, które same w sobie mają pozwalać na osiągnięcie w pełni sprawiedliwego postępowania za życia.

Nie podlega wątpliwości, iż Imperium Osmańskie czerpało z dorobku jursprudencji islamu. Nie może dziwić zatem fakt, iż sułtan uznawany był za

¹ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 95.

² M.in. w dziełach takich jak *Państwo doskonałe czy Zdobyć szczęścia*; por. J. Bielawski, *Islam, religia państwa i prawa*, Warszawa 1973, s. 219.

³ por. M. Sadowski, *Islam: religia i prawo*, Warszawa 2017, s. 173.

⁴ por. *Ibidem*, s. 166.

kalifa – zwierzchnika religijnego wszystkich muzułmanów. To właśnie szczególna pozycja władcy jako następcy proroka pozwoliła na wytworzenie dualnej koncepcji sprawiedliwości w Imperium Osmańskim. Polegała ona na tym, że z jednej strony sułtan obowiązany był do przestrzegania przepisów religijnych, które jego władzę ograniczały (sprawiedliwość w świetle religii islamu), a z drugiej sam padyszach był emanacją sprawiedliwości jako przywódca państwa (sprawiedliwość władcy), co stało się jednym z najważniejszych elementów ideologii władzy⁵. Fakt ten znalazł odzwierciedlenie w artykułach trzecim, czwartym oraz piątym konstytucji z 1876 r., które suwerenność Imperium Osmańskiego łączyły z osobą sułtana (art. 3.). Sprawował on władzę nad wszystkimi mieszkańcami nie tylko jako przywódca świecki ale i religijny (art. 4.). Nadto osoba sułtana była święta (art. 5.)⁶. Zgodnie z wcześniejszą wizją osmańskiej sprawiedliwości na gruncie ustawy zasadniczej sułtan miał znaczny wpływ na wymiar sprawiedliwości oraz prawo sankcji wobec uchwalanych norm prawa.

Niemniej, konstytucja z 1876 roku przyjęła model zrównania w prawach wszystkich obywateli, których nazywano „osmańczykami”⁷. Stanowiło to odzwierciedlenie żywej już wówczas idei Osmanizmu, który stał się oficjalną ideologią Imperium⁸. Powyższe rozwiązanie naruszyło klasyczną wizję islamskiej formuły sprawiedliwości – od tej pory sądownictwo *szariatu* dotyczyło tylko spraw religijnych, natomiast poddani, którzy byli innego wyznania odpowiadali przed odrębnymi sądami. Był to impuls do wykształcenia nowej jakości w pojmowaniu państwa i prawa Imperium Osmańskiego, które kończyło w tym czasie proces przemian zwanych w historiografii *Tanzimatem*. Władca dążył do konsolidacji narodu wokół nowej fali demokratyzacji, która stała się swoistym pograniczem sprawowania silnej władzy przez padyszacha przy zachowaniu nowych idei sprawiedliwości zaczerpniętych z dorobku europejskiego.

⁵ por. H. Yilmaz, *imperial ideology*, [w:] *Encyclopedia of the Ottoman Empire*, red. G. Ágoston, B. Masters, New York 2009, s.273 – 276: *Amidst this complexity, it was justice that gained a prominent place in political discourse and became the single most important governing principle of Ottoman imperial ideology. In its official expositions, the empire's subjects were considered a trust from God and it was the sultan's foremost responsibility to protect them and dispense justice.*

⁶ por. S. Kili, A. Ş. Gözübüyük, *Türk anayasa metinleri 1839 – 1980*, Ankara 1982, s. 27.

⁷ por. J. Zdanowski, *Państwo na muzułmańskim Bliskim Wschodzie. Procesy genezy i czynniki trwania*, Kraków 2014, s. 114.

⁸ por. S. J.Shaw, E.K.Shaw, *Historia Imperium Osmańskiego i Republiki Tureckiej. t.2, 1808 – 1975*, tłum. B. Świetlik, Warszawa 2012, s. 280.

WŁADZA SUŁTANA W IMPERIUM OSMAŃSKIM W ŚWIETLE KONSTYTUCJI Z 1876 R.

Ustrój Imperium Osmańskiego miał charakter ewolucyjny. Do roku 1876 należy określić go mianem absolutyzmu sułtańskiego. Z powyższego stwierdzenia słuszenie należy wywodzić, iż padyszach stanowił czynnik decydujący – przynajmniej teoretycznie – w najważniejszych kwestiach związanych ze sprawowaniem władzy i uchwalaniem prawa. Był głównym prawodawcą, który obok prawa religijnego (*szariat*) wydawał jeszcze prawo sułtańskie (*kanun*)⁹. Sytuacja ta zmieniła się razem z uchwaleniem konstytucji z 1876 roku. Jako pierwszy akt normatywny, określiła ona zasady sukcesji tronu w państwie Osmanów¹⁰. Wydanie aktu doprowadziło do pierwszej w dziejach zmiany formy ustrojowej z modelu absolutystycznego na monarchię konstytucyjną¹¹. Jednak nawet powołanie parlamentu – w celu zapewnienia Osmanom poparcia społeczności międzynarodowej – w tym Wielkiej Brytanii¹² – nie zmieniły w znaczącym stopniu pozycji ustrojowej sułtana – do roku 1909 pozostawał on zasadniczym organem ustrojowym państwa i głównym nośnikiem władzy oraz sprawiedliwości. Jego uprawnienia zostały określone w artykule 7. konstytucji i przedstawiały się w sposób następujący: *Prerogatywami osobistymi sułtana są: mianowanie i odwoływanie ministrów; nadawanie urzędów, godności i medali oraz mianowanie zarządców prowincji zgodnie z określonymi formami przywilejów im nadanych; wybijanie monety; wspomnienie jego (sułtana) imienia w meczetach podczas modlitw publicznych; zawieranie traktatów z innymi państwami; wypowiedzanie wojny i zawieranie pokoju; dowodzenie siłami lądowymi oraz morskimi; dowodzenie wojskami; wykonywanie przepisów prawa szariatu (prawa religijnego) i innych praw; ustanawianie przepisów dotyczących administracji publicznej; akceptacja lub zmiana wyroków sądów karnych; zwoływanie i odraczanie Walnego Zgromadzenia oraz jego rozwiązywanie, kiedy uzna to za konieczne pod warunkiem, że odbędą się nowe wybory* (tłum. D.S.)¹³. Nadto sułtan posiadał na mocy konstytucji prawo rozstrzygania sporów między organami ustrojowymi państwa oraz szerokie

⁹ por. H. Inalcik, *Imperium Osmańskie. Epoka klasyczna 1300 – 1600*, tłum. J. Hunia, Kraków 2006, s.83 - 88.

¹⁰ por. *Ibidem*, s. 73.

¹¹ por. Ch. Rumpf, *Einführung in das türkische Recht*, München 2004, s. 24.

¹² por. A. T. Erdoğan, *The Administrative and Judicial Status of the First Ottoman Parliament According to the 1876 Constitution*, [w:] *The First Ottoman Experiment in Democracy*, red. Ch. Herzog, M. Sharif, Würzburg 2016, s. 67.

¹³ por. S. Kili, A. Ş. Gözübüyük, *op. cit.*, s. 27 - 28.

możliwości sprawowania władzy za pomocą dekretów, co już od 1878 roku wykorzystywał Abdülhamid II.

KONSTYTUCJA IMPERIUM OSMAŃSKIEGO JAK ZWIEŃCZENIE REFORM *TANZIMATU*

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, iż tytułowy akt normatywny stanowił wynik wieloletniego procesu formowania poglądów na państwo i prawo w Imperium Osmańskim. Nie bez powodu lata 1839 – 1876 są nazywane w historii tureckiej okresem *Tanzimatu*, co oznacza „dobroczynne reformy”¹⁴. Ich rezultatem było wprowadzenie rozmaitych norm prawnych, które konstituowały nowy system prawny – tworzony częściowo na wzór europejski. W tym miejscu należy wymienić choćby osmański kodeks handlowy (1841 r.)¹⁵, znowelizowany kodeks karny (1851 r.) czy kodeks cywilny (1870 r.)¹⁶, znany jest pod nazwą *Mecelle*. Reformy objęły również kwestii organizacji społeczeństwa, ustroju rolnego państwa, wojskowości i polityki zagranicznej. Fakt uchwalania zupełnie nowych przepisów prawa świadczył o doniosłych zmianach w rozumieniu norm ujętych w zreformowanym zbiorze, który stanowił nowy, europejski system dostosowany do realiów państwa islamu – przynajmniej w tych miejscach, które nie były kolizyjne.

Największym osiągnięciem reformatorów – w tym przede wszystkim Midhata Paszy¹⁷ – było przyjęcie, w grudniu 1876 roku, ustawy zasadniczej Imperium Osmańskiego. Prace nad nią toczyły się w komisji konstytucyjnej, w której skład weszło 32 członków, wywodzących się z kręgów: cywilnego, wojskowego oraz religijnego (ulemowie)¹⁸. Ostatecznie, po żmudnym procesie negocjacji między poszczególnymi członkami rady oraz nowo intronizowanym sułtanem Abdülhamidem II, dnia 23 grudnia 1876 roku udało się ogłosić tekst opisywanego aktu normatywnego. Tym samym postulaty przyjęcia konstytucji, powołania parlamentu oraz zwiększenia praw obywatelskich –

¹⁴ por. m.in. J. Reychman, *Dzieje Turcji : od końca XVIII wieku*, Warszawa 1970, s. 28 – 44; B. Lewis, *Narodziny nowoczesnej Turcji*, tłum. K. Dorsz, Warszawa 1972, s. 102 – 164.

¹⁵ Projekt kodeksu handlowego autorstwa Reşida Paszy, który przedstawiono duchownym (odpowiedzialnym za wykładnię przepisów *szariatu*) został skrytykowany jako niezgodny z prawem islamu. Ostatecznie został on przyjęty w 1850 roku; por. B. Lewis, *Narodziny nowoczesnej Turcji*, tłum. K. Dorsz, Warszawa 1972, s.144 -148.

¹⁶ Wówczas wydano pierwszą część opisywanego kodeksu.

¹⁷ Reformator, premier i gubernator Ahmed Şefik Midhat Pasha, powszechnie znany jako Midhat Pasha, był jednym z czołowych działaczy reformy Tanzimatu w latach 1839–1876 w Imperium Osmańskim; por. Masters B., [w:] *Encyclopedia ...*, s.378 i nast.

¹⁸ por. A. Koçunyan, *Negotiating the Ottoman Constitution 1839-1876*, Paryż-Louvain-Bristol 2018, s.321 – 322.

już od 1865 roku przedstawiane przez ruch młodoosmański¹⁹ – zostały spełnione. *Konstytucja osmańska (...) była drugą – po konstytucji Tunezji z 1861 r. – konstytucją w kręgu cywilizacji islamskiej*²⁰. Wprowadzała ona szereg instytucji ustrojowych, które miały – wzorem XIX – wiecznej Europy – doprowadzić do dalekosiężnych reform w państwie. Wydarzenia historyczne pokazały jednak, że dzieje tego aktu normatywnego w pierwszym okresie jego obowiązywania okazały się nietrwałe i zbyt słabo zakorzenione w świadomości osmańskiego społeczeństwa.

KONSTYTUCJA IMPERIUM OSMAŃSKIEGO – WŁADZA I SPRAWIEDLIWOŚĆ

Konstytucja z 1876 roku była aktem normatywnym, który według Antoniego Peretiatkowicza z jednej strony czerpał z dorobku ustawodawstwa europejskiego (konstytucje Prus, Austrii, Belgii), a z drugiej w wielu miejscach był aktem unikatowym, który wprowadzał wzorce w cywilizacji Okcydentu niespotykane²¹. Konstytucja określiła system organów państwowych, które odpowiedzialne były za sprawowanie władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. Nie można zatem odmówić jej przymiotu aktu normatywnego, który określał kompetencje władzy – w szczególności sułtana, który w wyniku negocjacji nad opisywanym aktem normatywnym zyskał znaczącą pozycję w porządku konstytucyjnym – zwłaszcza w kwestiach rządowych (...*władza ta należy w całości do sułtana*²²). W tym miejscu warto zwrócić uwagę na art. 113. Konstytucji z 1876 roku, który dawał sułtanowi możliwość wydalenia z państwa osób, zagrażających bezpieczeństwu Imperium Osmańskiego²³.

Nie można odmówić opisywanej ustawie także przymiotu narzędzia sprawiedliwości. Konstytucja zawierała bowiem szereg norm, które miały być gwarancją praw obywatelskich. Zrównano w artykule 8. wszystkich obywateli bez względu na wyznanie, a art. 9. i 10. zapewniały szeroką ochronę wolności osobistej. Artykuł 17. zapewniał wszystkim obywatelom równość

¹⁹ Czerpała ta organizacja szeroko z europejskiej myśli politycznej – zwłaszcza liberalizmu. Negatywnie odnosiła się do reform Tanzimatu jako niewystarczających i oderwanych od społecznych konsultacji; por. D. Kołodziejczyk, *Turcja*, Warszawa 2011, s. 24 - 25.

²⁰ G. Kryszewski, *Konstytucja Osmańska z 1876 roku*, [w:] *Konstytucja. Ustrój Polityczny. System organów państwowych*, red. S. Bożyk, A. Jamróz, Białystok 2010, s. 267.

²¹ por. A. Peretiatkowicz, *Konstytucja turecka na tle porównawczym*, Warszawa 1908, s. 7 i nast.

²² *Ibidem*, s. 19.

²³ To właśnie ów przepis przyczynił się do wygnania z kraju Midhata Paszy – wielkiego wezyra i jednego z najważniejszych autorów konstytucji; por. *Ibidem*, s. 11.

wobec prawa, co jest najważniejszym przykładem stosowania idei sprawiedliwości w społeczeństwie osmańskim. Nadto art. 81. Konstytucji zapewniał nieusuwalność sędziów, a art. 83. dawał obywatelom sposobność dochodzenia swoich praw przed właściwym sądem. Wspomniane wcześniej rozróżnienie sądów szariatu oraz sądów cywilnych (w zależności od wyznania obywatela) określił art. 87. Nadto konstituowała Konstytucja z 1876 r. osmański wymiar sprawiedliwości.

PRÓBA PODSUMOWANIA

Tytułowy problem niniejszego artykułu zdaje się zawierać w następującej konstatacji: Konstytucja Imperium Osmańskiego z 1876 roku była aktem pogranicza silnej władzy i sprawiedliwości. Analiza poszczególnych problemów rozpatrywanych na kanwie niniejszej pracy zdaje się uzasadniać poniższe wnioski. Po pierwsze, w istocie osmańska ustawa zasadnicza doprowadziła do znaczących zmian w stosowaniu prawa oraz pojmowaniu systemu prawa jako zbioru norm pozytywnych – częściowo rozdzielonych od moralności. Doskonale uwidacznia to przykład rozdzielenia sądownictwa *szariatu* od spraw cywilnych oraz licznych nawiązań do przepisów ustrojowych, których nie regulowało prawo muzułmańskie. Jak wskazuje E. S. Onan: [...] *W zakresie formy państwa islamska koncepcja polityczna pozostawia znaczną możliwość wyboru z zastrzeżeniem jednak zachowania koniecznego warunku, aby każda forma rządów mieściła się w ramach szariatu*²⁴. Po drugie, stosowanie prawa po reformach *Tanzimatu* uległo znaczącym przemianom ze względu na proces ujednolicenia przepisów proceduralnych oraz materialnych w Imperium Osmańskim. Przedstawione regulacje prawne konstituowały bowiem na wzór europejski całość systemu prawa. Trzecia zaś teza, która głosi, że konstytucja osmańska stanowi przykład aktu normatywnego, który umiejscowić należy na pograniczu narzędzia zwiększania władzy poprzez idee sprawiedliwości zdaje się być uzasadniona faktem przyjęcia opisywanego aktu normatywnego dla zapewnienia stabilności wewnętrznej i zewnętrznej Imperium Osmańskiego. Wszelkie regulacje, które dążyły do europeizacji państwa miały na celu bowiem poprawę sytuacji międzynarodowej Osmanów oraz zapewnienie szerokich możliwości rozwoju ekonomicznego państwa. Z takich założeń mogli wówczas wychodzić najwyżsi przywódcy osmańscy, którzy zdołali dostosować europejskie idee

²⁴ E.S. Onan, *Islam i prawo konstytucyjne w krajach Wschodu*, [w:] *Prawo muzułmańskie: (struktura i podstawowe instytucje)*, red. L. R. Sùkiájnen, V. E. Čirkin, Ŭ. A. Ŭdin, Warszawa 1990, s. 187.

konstytucjonalizmu z islamską koncepcją władzy. Ustawa zasadnicza z 1876 roku była zatem narzędziem, które poprzez idee sprawiedliwego traktowania społeczeństwa i zapewnienia „fali demokratyzacji państwa” doprowadziła ostatecznie do wzmocnienia władzy sułtana Abdülhamida II.

BIBLIOGRAFIA

- Ahmad F., *The Making of Modern Turkey*, London, New York 1993.
- Ágoston G., Masters B. (red.), *Encyclopedia of the Ottoman Empire*, New York 2009.
- Bielawski J., *Islam, religia państwa i prawa*, Warszawa 1973.
- Herzog Ch., Sharif M. (red.) *The First Ottoman Experiment in Democracy*, Würzburg 2016.
- Inalcik H., *Imperium Osmańskie. Epoka klasyczna 1300 – 1600*, tłum. J. Hunia, Kraków 2006.
- Kili S., Gözübüyük A. Ş., *Türk anayasa metinleri 1839 – 1980*, Ankara 1982.
- Koçunyan A., *Negotiating the Ottoman Constitution 1839-1876*, Paris-Louvain-Bristol 2018.
- Kołodziejczyk D., *Turcja*, Warszawa 2011.
- Kryszeń G., *Konstytucja Osmańska z 1876 roku*, [w:] *Konstytucja. Ustrój Polityczny. System organów państwowych*, red. S. Bożyk, A. Jamróz, Białystok 2010.
- Lewis B., *Narodziny nowoczesnej Turcji*, tłum. K. Dorsz, Warszawa 1972.
- Peretiatkowicz A., *Konstytucja turecka na tle porównawczem*, Warszawa 1908.
- Reychman J., *Dzieje Turcji: od końca XVIII wieku*, Warszawa 1970.
- Reychman J., *Historia Turcji*, Wrocław 1973.
- Rumpf Ch., *Das türkische Verfassungssystem: Einführung mit vollständigem Verfassungstext*, Wiesbaden 1996.
- Rumpf Ch., *Einführung in das türkische Recht*, München 2004.
- Sadowski M., *Islam: religia i prawo*, Warszawa 2017.

Shaw S. J., Shaw E.K., *Historia Imperium Osmáńskiego i Republiki Tureckiej*. T.2, 1808 – 1975, tłum. B. Świetlik, Warszawa 2012.

Sûkiâjnén L. R., Čirkin V. E., Ŭdin Ŭ. A. (red.), *Prawo muzulmańskie: (struktura i podstawowe instytucje)*, Warszawa 1990.

Szymański A., *System konstytucyjny Turcji*, Warszawa 2006.

Wituch T., *Tureckie przemiany : dzieje Turcji 1878-1923*, Warszawa 1980.

Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.

Zdanowski J., *Państwo na muzulmańskim Bliskim Wschodzie. Procesy genezy i czynniki trwania*, Kraków 2014.

Zürcher E. J., *Turcja. Od sultanatu do współczesności*, tłum. A. Gąsior – Niemiec, Kraków 2013.

CONSTITUTION OF THE OTTOMAN EMPIRE (1876) AS A LEGAL ACT ON THE BORDER OF POWER AND JUSTICE

The aim of the article is to present the issue of the application of the reformed Ottoman law on the example of the constitution of 1876. In particular, I would like to focus on the theoretical issue of the interpretation of legal provisions (their understanding or relationship with the historical forms of norms of the political and religious system) and the practical application of the indicated regulations - among others on the example of the use of alternative forms of legislation (Sultan's decrees) or the final suspension of the constitution in the Ottoman Empire. In addition, I will analyze the doctrinal aspects of changes in the application of law on the Turkish territory in the 19th century. Such an understanding of the indicated set of provisions constituting the legal system will enable its analysis from the political, sociological and historical-legal point of view in comparison with the constitutional regulations of 19th-century Europe (which is partly an inspiration for the issuance of the above normative act) and will provide an answer to the question whether the trimming of the constitution was dictated solely by the desire to strengthen the sultan's power or also to implement justice in terms of the philosophy of the law of Islamic civilization. In addition, in the article I will attempt to explain the relationships of individual political institutions that influenced the shaping of power in the Ottoman Empire and the related changes on the political and legal grounds.

Keywords: Ottoman Empire, Constitution of 1876, power, justice, state system, legal system.

AD AUGUSTA PER ANGUSTA – USTAWODAWSTWO POCZĄTKÓW PRYNCYPATU

WSTĘP

Ad augusta per angusta – do wielkich osiągnięć przez trudności – to uniwersalne motto, z którym utożsamiać mogą się zarówno hiszpańscy spiskowcy jak i starożytni władcy. Los tych pierwszych opisał już Victor Hugo, temat władców zostanie zatem podjęty w artykule. Z uwagi na swoją obszerność, zawęzić go należy do przedstawicieli dynastii julijsko-klaudyjskiej, szczególnie uwzględniając postać Oktawiana Augusta. Analizowana problematyka zostanie przedstawiona na tle zagadnień społecznych, które *Princeps* próbował objąć swoim ustawodawstwem, a także ich ewolucji podczas rządów jego następców.

Z jakimi wyzwaniem zmagał się August? Gdy dochodził do władzy, jego hasłem było przywrócenie pokoju oraz ładu¹. Drogi do osiągnięcia deklarowanych oraz faktycznych celów Oktawian szukał w fundamentach, na których opierało się rzymskie społeczeństwo. Postanowił przywrócić znaczenie rodziny, wskrziesić dawne obyczaje, religię a także moralność. Wykorzystując dość kontrowersyjne rozwiązania prawne, August starał się pobudzić rzymską

¹ M. Zabłocka, *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa 1987, s. 5.

demografię oraz zahamować niekontrolowany przyrost obywateli wynikający z wyzwoleń niewolników².

Ustawodawstwo było próbą nawrócenia społeczeństwa na dawne tory, z których powoli zbaczało ono na skutek przemian społecznych spowodowanych m.in. wojnami domowymi, migracjami wewnętrznymi ludności, a także postępującą wymianą kulturową w obrębie terenów kontrolowanych przez Rzymian. Prawo, które stanowił Oktawian, brutalnie ingerowało jednak w prywatność obywateli rzymskich³. Musiało spotkać się zatem ze zdecydowanym sprzeciwem wielu z nich (wyrażonym np. w *Sztuce Kochania* Owidiusza, w której autor często satyrycznie nawiązuje do regulacji wprowadzanych przez *Princepsa*)⁴.

Celem artykułu będzie określenie, czy podjęte przez Augusta oraz jego następców próby ukształtowania społeczeństwa za pomocą aktów prawnych zakończyły się sukcesem. Na tym tle poruszony zostanie również aspekt aksjologiczny, postawione zostanie pytanie – co stanowiło prawdziwą *ratio legis* rozwiązań prawnych kolejnych *Princepsów*. Czy była to wyłącznie chęć umocnienia swej władzy, w świetle której kolejne *leges* były jedynie instrumentami starożytnej inżynierii społecznej? Czy może antycznym ustawodawcą kierowało niekiedy pragnienie wprowadzenia w życie słów: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*?

TŁO HISTORYCZNE

Aby odpowiedzieć na postawione pytanie, należy zacząć od zarysowania kontekstu historycznego omawianego zagadnienia. „Przejsie od wolnej republiki do autokracji było krótkie: po 30 r. przed Chr. Rzym stał się nieodwołalnie monarchią [...] stało się jasne, że dla władzy jednostki nie ma alternatywy. Liczące się grupy obywateli – plebs miejski, weterani, żołnierze – już wcześniej opowiedziały się za monarchią. Tego samego pragnęli ludzie, którzy u boku triumwirów doszli do najwyższych stanowisk i wielkich majątków tworząc nową, heterogeniczną elitę polityczną”⁵. Większość Rzymian

² M. Dyjakowska, *Prawno-obyczajowe aspekty rodziny rzymskiej w poezji Horacego*, [w:] *Wokół problematyki małżeństwa w prawie rzymskim Henrico Insadowski in memoriam*, red. A. Dębiński, M. Wójcik., Lublin 2007, s. 82.

³ J. Grubbs, *Law and family in late antiquity. The Emperor Constantine's Marriage Legislation*, Oxford 1999, s. 104.

⁴ M. Dyjakowska, *Publiusz Owidiusz Nazo wobec przestępstw obyczajowych w epoce Augusta*, [w:] *Crimina et mores. Prawo karne i obyczaje w starożytnym Rzymie*, red. M. Kuryłowicz, Lublin 2001, s. 42.

⁵ A. Ziółkowski, *Historia powszechna. Starożytność*, Warszawa 2014, s. 783.

popierała Augusta, którego rządy utożsamiała z długo oczekiwanym pokojem i stabilizacją. Przychylnie nastawione społeczeństwo nie było jedynym punktem oparcia *Princepsa*. Drugim istotnym czynnikiem składającym się na stabilność jego władzy była wierna, opłacana przez niego armia. Oktawian był jednak świadomy, że mimo tych dwóch silnych atutów nie mógł wprost wprowadzić ustroju monarchicznego, który w Rzymie kojarzył się jednoznacznie źle⁶. Szukał sposobu, aby swoją dyktaturę umiejscowić w pozornym ustroju republikańskim⁷. Zaczął zatem koncentrować w swojej osobie kolejne urzędy, stając się m.in. najwyższym sędzią, a także głową porządku prawnego⁸.

Ponadto, aby wzmocnić swoją pozycję, August skupił się na odbudowie nadszarpniętego autorytetu religii, która została upolityczniona podczas wojen domowych⁹. Strony bratobójczego konfliktu nagminnie powoływały się na wolę tych samych bogów, szukając w niej oraz w praktykach religijnych legitymacji do rządzenia państwem. Wyrazistym przykładem tego zjawiska było wykorzystywanie służących przepowiadaniu przyszłości auspicjów, które wróżyły zwycięstwo każdej ze stron konfliktu¹⁰. Drugim czynnikiem składającym się na kryzys religii rzymskiej był drastyczny wzrost liczby obywateli związany z masowym nadawaniem przez Juliusza Cezara obywatelstwa m.in. *peregrinom* i żołnierzom. Nagłe zwiększenie odsetka ludności o innych korzeniach kulturowych spowodowało rozpowszechnienie wróżbiarstwa, które stawało się coraz popularniejszą alternatywą dla starych praktyk religijnych. Ponadto z czasem wśród Rzymian spopularyzowała się również astrologia. Paradoksalnie obie te, stosunkowo nowe dla rdzennych mieszkańców Rzymu, formy kontaktu z bogami zostały oficjalnie nobilitowane przez samego Augusta, który ustanowił Apollona swoim głównym patronem¹¹. W ten sposób władca zamierzał wyjść naprzeciw nowym formom wierzeń, rezygnując tym samym z dokładnej restytucji starych. Oktawian używał religii do jednoczenia społeczeństwa i podbudowania swojej pozycji. Interesowało go zatem wzmocnienie religijności, jednak nie kosztem podziału ludzi i wykluczania którejs z młodszych praktyk kultu. Co więcej, władca traktował wróżbiarstwo na tyle

⁶ E. Szymborek, I. Žeber, *Prawo Rzymskie*, Wrocław 2005, s. 39.

⁷ A. Dębiński, J. Misztal – Konecka, M. Wójcik, *Prawo rzymskie publiczne*, Warszawa 2017, s. 48.

⁸ W. Bojarski, *Prawo Rzymskie*, Toruń 1983, s. 45–46; W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Brier, *Prawo rzymskie u podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2014, s. 62.

⁹ A. Dębiński..., *Prawo...*, s. 170.

¹⁰ A. Ziółkowski, *Historia...*, s. 792.

¹¹ *Ibidem*, s. 793.

poważnie, że wystawianie horoskopu jemu samemu rozumiane było jako zdrada stanu i groziło karą śmierci¹².

Jednak polityka religijna Augusta nie sprowadzała się jedynie do uznania nowych form kontaktu z bogami. Cesarz przywracał zapomniane święta oraz obrzędy, a także budował wiele nowych świątyń. Nie robił tego jednak powodowany wyłącznie głosem sumienia, ale skoncentrował praktyki kultowe odradzającej się religii na swojej osobie. Pomyślność imperium zrównana została z pomyślnością *Princepsa*. Ludzie celebrowali jego narodziny czy sukcesy. Modlili się i składali ofiary, aby tylko Fortuna błogosławiła ich przywódcy¹³.

Legitymując się poparciem Bogów, rozpoznając sprzyjające nastroje społeczne, gromadząc w swoim ręku kolejne urzędy, a także będąc świadomym siły swoich wiernych legionów, August mógł rozpocząć naprawę państwa.

Jego ustawodawstwo orbitowało wokół dwóch problemów. Rosnącego ryzyka majoryzacji rdzennych Rzymian przez wyzwolenców otrzymujących obywatelstwo oraz pogłębiającego się kryzysu demograficznego. Odpowiedzią na nie miały być kolejne *leges* regulujące te zagadnienia, które niejako wyznaczyły kierunek rozwoju rzymskiego ustawodawstwa na następne dziesiątki lat. Problematyką podjętą przez Augusta zajmowali się później jego następcy, którzy, zależnie od potrzeb państwa, a niekiedy i z osobistych pobudek¹⁴, modyfikowali rozwiązania prawne powstałe z inicjatywy *Princepsa*.

Ustawy Augusta opisane w kolejnych akapitach ukazane zostaną zatem na tle ich przemian oraz rozwoju w czasie panowania kolejnych cesarzy, począwszy od Tyberiusza, a skończywszy na Neronie.

USTAWODAWSTWO DOTYCZĄCE WYZWOLEŃCÓW

Oktawian krytycznie odnosił się do niekontrolowanego przyrostu obywateli związanego z liberalną polityką wyzwoleń prowadzoną przez Cezara¹⁵. *Princeps* widział w tym zjawisku „niebezpieczeństwo, że tradycyjny rdzeń ludności rzymsko-italskiej zostanie zmajoryzowany przez żywioły etnicznie i kulturalnie obce”¹⁶. Niekontrolowany wzrost liczby wyzwoleń niósł jednak za sobą również inne poważne zagrożenia. Był groźbą zachwiania wielowiekowego systemu niewolnictwa, który stanowił jeden z filarów rzymskiej gospodarki, a także skutkował rozrostem przekupnego plebsu miejskiego.

¹² *Ibidem*.

¹³ A. Dębiński..., *Prawo...*, s. 171.

¹⁴ M. Zabłocka, *Przemiany...*, s. 119.

¹⁵ J. Zabłocki, A. Tarwacka, *Publiczne prawo rzymskie*, Warszawa 2011, s. 146.

¹⁶ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2000, s. 190.

Aby zapobiec wymienionym wyżej zagrożeniom, August postanowił położyć kres łagodnej polityce wyzwolenczej za pomocą dwóch ustaw – *Fufia Canina* z 2 r. przed Chr. oraz *Aelia Sentia* z 4 r. po Chr. Pierwszy akt prawny znacząco ograniczał liczbę osób wyzwalanych w testamencie, w zależności od stanu posiadania testatora. Drugi z kolei kładł nacisk na wiek wyzwalanego niewolnika oraz właściciela. Właściciel musiał mieć skończone 20 lat, niewolnik natomiast 30. W przypadku gdy niewolnik nie miał skończonych 30 lat, do jego wyzwolenia wymagana była zgoda specjalnej komisji¹⁷. Ponadto *Aelia Sentia* stanowiła, że wyzwolenicy, którzy uprzednio walczyli ze zwierzętami bądź byli karani, otrzymywali tylko status *peregrini dedictii*¹⁸. Ustawa ta mówiła również o nieskuteczności wywoleń dokonanych na szkodę wierzyciela lub patrona, który dziedziczył po wyzwolencu¹⁹.

Restrykcyjnej postawy w sprawie wywoleń nie kontynuował natomiast następca Augusta – Tyberiusz. Jego łagodniejsze podejście przejawiało się już w *lex Iunia Petronia*, uchwalonej zaledwie 5 lat po śmierci Oktawiana. Ułatwiała ona procedurę ubiegania się o wolność. Kolejna ustawa uchwalona prawdopodobnie w tym samym roku brała z kolei w obronę niewolników walczących z dzikimi zwierzętami. Tyberiusz uchwalił również *lex Iunia Norbana*, nadającą osobom wyzwolonym nieformalnie korzystny status Latyna. Również Klaudiusz (rozszerzył krąg Latynów mogących ubiegać się o obywatelstwo) oraz Neron (także rozszerzył ów krąg) kontynuowali linię liberalizującą podejście do wywoleń. W przypadku Klaudiusza warto nadmienić o humanitarnym zarządzeniu dotyczącym chorych niewolników. Cesarz postanowił, że porzucony chory niewolnik otrzymuje wolność. Uchwalił również, że właściciel, który zabił swojego niewolnika, ponieważ nie chciał zajmować się jego leczeniem, będzie odpowiadać karnie za zabójstwo²⁰.

Na tle sprzyjającego wywoleńcom ustawodawstwa Klaudiusza wyjątkiem wydaje się *Senatus Consulta Claudianum*, które dotyczyło kobiet wolnych utrzymujących stosunki z cudzymi niewolnikami wbrew ich właścicielom. Z czasem takie kobiety po licznych napomnieniach właściciela miały stawać się jego niewolnicami²¹. Niewolnikiem zostawało również dziecko urodzone przez

¹⁷ M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 94.

¹⁸ A. Borkowski, P. du Plessis, *Roman law*, Oxford 2005, s. 93.

¹⁹ M. Zabłocka, *Przemiany...*, s. 14.

²⁰ F. Schulz, *Classical roman law*, Oxford 1961, s. 82.

²¹ K. Jerz, *Prawne i obyczajowe aspekty usytuowania kobiety w społeczeństwie rzymskim*, [w:] *Quid leges sine moribus? Studia nad prawem rzymskim dedykowane profesorowi Markowi Kuryłowiczowi w 65. rocznicę urodzin oraz 40-lecie pracy naukowej*, red. K. Amiełńczyk, Lublin 2009, s. 202.

taką kobietę²². Neron z kolei, choć również sprzyjał wyzwoleniom, powrócił do prawa uchwalonego przez Augusta; w wypadku zamordowania właściciela wszyscy niewolnicy znajdujący się w momencie śmierci w jego domu, którzy nie ratowali go, podlegali karze śmierci. Co więcej Neron rozszerzył krąg traconych niewolników również na tych, którzy według testamentu zmarłego mieli otrzymać wolność. Ponadto zgodnie z *Senatus Consulta Neronianum* w przypadku morderstwa żony zabijano również niewolników należących do rodziny jej męża. Analogicznie przedstawiała się sytuacja w razie morderstwa męża. Podłoży tak niehumanitarnej regulacji prawnej doszukiwać się można w na powrót rosnącej liczbie niewolników, która z kolei budziła wśród możliwych obawę o życie²³.

Zasadniczo jednak w ustawodawstwie następców Augusta przeważały regulacje prawne poprawiające sytuację niewolników i wyzwolenców. Przyczyn liberalizacji prawa doszukiwać się można w osobistych doświadczeniach Klaudiusza i Tyberiusza. Obaj cesarze wychowywani byli wśród niewolników i wyzwolenców, dzięki czemu mieli okazję poznać ich jako życzliwych i pełnowartościowych ludzi. Równie istotnym czynnikiem, który przekładał się z kolei na społeczną akceptację ustaw liberalizujących dostęp do wolności była postępująca ewolucja intelektualna społeczeństwa rzymskiego, która pociągała za sobą skupienie większej uwagi na istocie człowieka²⁴.

Rozwój ustawodawstwa dotyczącego wyzwolenców, który miał miejsce w okresie panowania dynastii julijsko-klaudyjskiej obrazuje jak wielowektorem zagadnieniem była kwestia wyzwoleń. Początkowo August postrzegał je jako zagrożenie dla fundamentów kulturowych i politycznych państwa. Z czasem kolejni cesarze ułatwiali jednak dostęp do uzyskania wolności oraz obywatelstwa. Co nimi kierowało? Z pewnością nie były to wyłącznie wysokie pobudki. Następcy Oktawiana zaczęli postrzegać wyzwolenie oraz nabycie obywatelstwa jako impulsy, mogące pozytywnie wpłynąć na gospodarkę państwa, a także instrumenty służące promowaniu konkretnych, korzystnych z punktu widzenia władcy, decyzji i postaw społecznych²⁵.

²² J. Zabłocki, A. Tarwacka, *Publiczne...*, s. 147.

²³ M. Zabłocka, *Przemiany...*, s. 24–25.

²⁴ H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Kraków 2013, s. 264.

²⁵ Np. „nadawanie Latynom statusu *cives romani* pod warunkiem, że dostarczą okrętów do przewozu zboża do Rzymu lub ulokują majątek w budowie domu w Rzymie.”, zob. M. Zabłocka, *Przemiany...*, s. 26.

USTAWODAWSTWO RODZINNE AUGUSTA

Ustawodawstwo rodzinne Augusta składa się z *lex Iulia de adulteris* oraz z *lex Iulia de maritandis ordinibus* (nowelizowanej później przez *lex Iulia Papia Poppaea*, w związku z czym dalej juryści rzymscy obie *leges* nazywali zbiorczo *lex Iulia et Papia Poppaea*).

Lex Iulia de adulteris penalizowała związki pozamażeńskie, natomiast druga ustawa nakazywała obywatelom pozostawać w związku małżeńskim w ciągu określonego okresu życia (mężczyznom między 25 a 60 rokiem życia, a kobietom – między 20 a 50 rokiem życia). W sytuacji gdy dane małżeństwo kończyło się śmiercią jednego z małżonków lub rozwodem, mężczyzna musiał natychmiast wstąpić w nowy związek małżeński, kobiety z kolei dotyczył ten nakaz dopiero po upływie okresu żałoby. Ponadto Oktawian zabronił wchodzenia w związki przez osoby ze stanu senatorskiego z wyzwolencami, a także przez wolnourodzonych z kobietami o złej reputacji.²⁶ Tych, którzy uchylali się od nowych obowiązków czekały kary natury majątkowej. Zależnie od stanu cywilnego, a także liczby dzieci ograniczano bądź pozbawiano takie osoby zdolności prawnej w zakresie prawa spadkowego²⁷. Przysporzenia spadkowe, które nie trafiały w ręce osób ograniczonych ustawami Augusta, przechodziły na innych pełnoprawnych obywateli wymienionych w testamencie, a w przypadku ich braku – na skarb państwa²⁸.

Tak drastycznie ingerujące w prywatność prawo musiało rodzić opór. Rzymianie od razu zaczęli szukać w nim luk i sposobów na jego obejście. Jednym z nich okazały się być zaręczyny. Zawarcie ich zrównywało w świetle *lex Iulia* sytuację zaręczonych z położeniem prawnym małżonków, a zarazem pozwalało odkładać w czasie zawarcie małżeństwa²⁹. Aby zapobiec temu zjawisku, August wydał wspomnianą wyżej *lex Papia*. Zgodnie z jej postanowieniami zaręczyny nie mogły trwać dłużej niż 2 lata. Aby zaręczyny wywoływały skutki prawne, dziewczyna powinna mieć co najmniej 10 lat, gdyż aby mogła zawrzeć *iustum matrimonium*, musiałaby mieć przynajmniej 12 lat³⁰.

Obrany przez Oktawiana kierunek polityki prorodzinnej kontynuował Tyberiusz. Co więcej zwiększył on zakres zastosowania sankcji wprowadzonych przez Augusta. Zgodnie z jego ustaleniami, kary nakładane na osoby

²⁶ A. Borkowski, P. du Plessis, *Roman...*, s. 124.

²⁷ J. Grubbs, *Law...*, s. 108.

²⁸ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie instytucje*, Warszawa 2014, s. 103–104.

²⁹ P. Niczyporuk, *Żałoba i powtórne małżeństwo wdowy w prawie rzymskim*, Białystok 2002, s. 114.

³⁰ M. Zabłocka, *Przemiany...*, s. 37.

nieposłuszne którejs z ustaw nie kończyły się wraz z osiągnięciem przez nie stosownego wieku (zależnie od płci 50 lub 60 lat), lecz miały trwać aż do ich śmierci. Zaostrzoną przez Tyberiusza politykę małżeńską kontynuował również Klaudiusz, choć z przyczyn osobistych nieco zliberalizował sytuację wdowców zbliżających się do przekroczenia 60 roku życia³¹. Warto zwrócić uwagę, że podany powyżej wiek obywateli rzymskich, w którym mogli oni zawrzeć małżeństwo albo w którym znoszono z nich obowiązek pozostawania w *iustum matrimonium*, należy rozpatrywać w kontekście ich średniej długości życia. W okresie wczesnego pryncypatu wynosiła ona prawdopodobnie poniżej 30 lat³².

Wiele wątpliwości budzić może kierunek zmian w ustawodawstwie małżeńskim, jaki obrali następcy Augusta wiedząc, że *Princeps* uchwałił swoje rygorystyczne prawo w celu pobudzenia rzymskiej demografii³³. Zaostrzenie przez kolejnych cesarzy prawa nie mogło przecież mieć pobudek prokreacyjnych, ponieważ dotyczyło osób w podeszłym już wieku³⁴. *Ratio legis* nowych regulacji szukać można jedynie w celach finansowych, zwłaszcza że uchwalone przez Tyberiusza zaostrzenie prawa miało miejsce w czasie rozwijającego się kryzysu gospodarczego³⁵.

Z drugiej strony zaznaczyć należy, że już w okresie rządów Tyberiusza podjęto pierwsze kroki mające na celu złagodzenie niektórych sankcji przewidzianych w ustawodawstwie Augusta. Było to skutkiem niegasnącego oporu społecznego wobec uciążliwego prawa. Przeciwnicy Oktawiana zarzucali mu, że jego prawo nie przynosi zamierzonych efektów prokreacyjnych, a jedynie pod ich przykrywką służy (podobnie jak późniejsza poprawka Tyberiusza) celom finansowym.

Zakres *Lex Iulia et Papia* nie kończył się jednak wyłącznie na karach majątkowych dla bezzennych i bezdzietnych. Rewersem tej ustawy były przywileje dla mających potomstwo (nazwane *ius liberorum*), z nich z kolei wyodrębniono później przywileje dla osób mających trójkę dzieci (*ius trium liberorum*). Oscylowały one głównie wokół nadawania urzędów państwowych³⁶. W przypadku gdy kilka osób kandydowało na jedno stanowisko, często kluczowym czynnikiem dla wyboru była liczba dzieci, a o niektóre urzędy z kolei ubiegać mogły się wyłącznie osoby cieszące się przynajmniej trójką potomków.

³¹ M. Zabłocka, *Przemiany...*, s. 40.

³² A. Borkowski, P. du Plessis, *Roman...*, s. 122.

³³ J. Grubbs, *Law...*, s. 105.

³⁴ P. Niczyporuk, *Żałoba...*, s. 115.

³⁵ M. Zabłocka, *Przemiany...*, s. 41.

³⁶ *Ibidem*, s. 47.

Doczekanie się rocznego dziecka było również warunkiem otrzymania obywatelstwa przez Latynów żeniących się z Rzymiankami bądź Latynkami. Również sytuacja prawna wyzwolenców zmieniała się na korzystniejszą wraz z posiadaniem co najmniej dwojga dzieci.

Zdecydowanie najwięcej korzyści pociągało za sobą jednak posiadanie trójki dzieci. Wyzwolenicy w ramach *ius trium liberorum* uzyskiwali np. specjalne stanowisko w zakresie prawa spadkowego – dziedziczyły po nich wyłącznie ich dzieci, nie zaś ich patron. Najdonioślejsze w skutkach było ono jednakże dla obywateli rzymskich. Wraz z urodzeniem trzeciego dziecka zwalniano je z obowiązku ponownego zamążpójścia. Ponadto otrzymywały one pełną zdolność do czynności prawnych, a także były zrównywane w prawie spadkowym z mężczyznami (oznacza to, że mogły m.in. odziedziczyć majątek powyżej stu tysięcy asów). Co więcej prawdopodobnie od czasów Klaudiusza kobiety mające *ius trium liberorum* mogły dziedziczyć również po swoich dzieciach³⁷.

Ustawodawstwo Augusta nie skupiało się jednak wyłącznie na kwestiach demograficznych. Drugim jego filarem aksjologicznym była naprawa obyczajów. Celowi temu służyć miała wspomniana wcześniej *lex Iulia de maritandis ordinibus*, a także uchwalona w nawiązaniu do niej *lex Iulia de adulteris coercendis* wprowadzająca przestępstwo *adulteris*. Przewinienie to znane było Rzymianom już wcześniej, lecz należało wówczas do sfery obyczajowej. Karanie za nie było w gestii *pater familias* w stosunku do córki *in potestate* bądź męża w stosunku do żony *in manu*³⁸. *Princeps* tymczasem uchylił poprzednie prawo i wprowadził regulacje traktujące *adulteris* – tj. stosunek z mężatką, a także równe mu *stuprum*, tzn. stosunek z panną lub wdową jako przestępstwa publiczne³⁹. Prawo Augusta respektowało wyłącznie związki w *iustum matrimonium*. Inne związki z wyjątkiem przelotnych relacji z niewolnicami, aktorkami oraz nierządnicami były karane⁴⁰. Karę wykonywał ojciec mający *patria potestas* nad córką, w wyjątkowych przypadkach mógł on nawet zabić ją oraz cudzołożnika. Jeżeli z kolei mąż miał nad żoną *manus*, mógł on zabić cudzołożnika, a małżonkę ukarać (lecz nie karą śmierci). Ponadto w przypadku gdy ani mąż, ani ojciec nie ukarali kobiety, po upływie 60 dni każdy mógł wystąpić z oskarżeniem, co kończyło się *relegatio* na wyspę, a także konfiskatą części majątku żony⁴¹. Odpowiedzialności karnej podlegał również nazbyt

³⁷ *Ibidem*, s. 55–56.

³⁸ M. Zabłocka, *Przemiany...*, s. 68.

³⁹ M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie...*, Warszawa 2013, s. 127.

⁴⁰ M. Dyjakowska, *Prawno-obyczajowe...*, s. 88.

⁴¹ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo...*, s. 103–104.

wyrozumiały mąż, który nie ukarał żony ani nie dokonał *repudium*. Takie zachowanie nasuwało przypuszczenie stręczycielstwa i również było karane jako przestępstwo zwane *lenocinium*⁴².

Deklarowanym celem tych regulacji prawnych była naprawa obyczajów oraz zahamowanie rozwijającej się demoralizacji obywateli. Faktyczne skutki różniły się jednak znacznie od zamierzonych. Przede wszystkim wraz z nowym prawem rozwinęło się zjawisko donosicielstwa, w wyniku czego August zdobył poważne narzędzie wpływu na rzymską arystokrację.⁴³ Ponadto *Princeps* zyskał również nowe źródło dochodów. Z drugiej jednak strony *lex Iulia de adulteris* nie osiągnęła deklarowanych celów w zakresie naprawy obyczajów. Na tym polu zamierzony skutek odniosła wyłącznie z perspektywy krótkofalowej⁴⁴.

PODSUMOWANIE

Jak zatem ocenić ustawodawstwo Augusta oraz jego rozwój? Czy w ogólnym rozrachunku było skuteczne i spełniło zamierzone cele? Po analizie jego rezultatów, tła społeczno-kulturowego, a także kontekstu historycznego można odpowiedzieć na postawione pytanie twierdząco. Po pierwsze znacząco zwiększyło liczbę obywateli pochodzących z Italii, co oddaliło widmo zmajoryzowania ich przez Rzymian o innych korzeniach kulturowych⁴⁵. Po drugie przyczyniło się do poprawienia sytuacji skarbu państwa, co wprawdzie nie było deklarowanym przez Augusta celem, lecz z pewnością miało dla niego niebagatelne znaczenie. W kontekście zaś niewolników utrudniło im proces ubiegania się o wolność, a wyzwolencom o obywatelstwo, co z kolei ustabilizowało społeczeństwo rzymskie, hamując nieco wzrost ubogiego, przekupnego plebsu miejskiego oraz wzmocniło gospodarkę, petryfikując system oparty na pracy przymusowej.

Los ustawodawstwa zmienił się po śmierci Augusta. Tyberiusz, a także jego następcy liberalizowali *leges* o niewolnikach i wyzwolencach. Kierowali się w tym różnymi względami, zarówno gospodarczymi jak i etycznymi, związanymi z ewoluującą moralnością. Zmieniła się również aksjologia ustaw małżeńskich. Kolejne ich nowelizacje służyły raczej naprawie skarbu państwa czy poprawieniu morale wojska, aniżeli celom prokreacyjnym⁴⁶.

⁴² A. Borkowski, P. du Plessis, *Roman...*, s. 129.

⁴³ M. Zabłocka, *Przemiany...*, s. 45.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 76–77.

⁴⁵ A. Borkowski, P. du Plessis, *Roman...*, s. 100.

⁴⁶ M. Zabłocka, *Przemiany...*, s. 63, *ibidem*, s. 77.

Na zarysowanym wyżej tle łatwiej odpowiedzieć na pytanie, czy August używał prawa jako narzędzia sprawiedliwości czy władzy. Z pewnością traktował ustawodawstwo jako jeden ze środków umocnienia swojej pozycji. Sankcje zawierane w kolejnych *leges* nieprzypadkowo były przede wszystkim majątkowe – służyły zasileniu skarbu państwa. Ponadto rosnące zjawisko donosicielstwa w swojej istocie nie było instrumentem sprawiedliwości, lecz raczej nacisku na ówczesną arystokrację, nie zawsze przychylną władcy⁴⁷. Choć nie sposób odmówić Augustowi chęci odbudowy i umocnienia państwa, która przełożyła się na jego stabilizację oraz zapoczątkowała wieloletni *pax romana*, to nie powinno się jej również mylić z kierowaniem się poczuciem sprawiedliwości. *Princeps* bowiem nie postrzegał jej jako celu. Celem było sprawowanie władzy *sensu largo*, tj. w kontekście prawa – ugruntowywanie swojej pozycji oraz wzmacnianie państwa, m.in. poprzez poprawę demografii, ujednolicenie etniczne społeczeństwa czy zwiększenie wpływów do skarbcza. Prawo stanowiło narzędzie sprawiedliwości wyłącznie, gdy w konkretnych okolicznościach było to korzystne z punktu widzenia sprawowania władzy.

BIBLIOGRAFIA

Bojarski W., *Prawo Rzymskie*, Toruń 1983.

Borkowski A., du Plessis P., *Roman law*, Oxford 2005.

Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bérier F., *Prawo rzymskie u podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2014.

Dębiński A., Misztal – Konecka J., Wójcik M., *Prawo rzymskie publiczne*, Warszawa 2017.

Dyakowska M., *Prawno–obyczajowe aspekty rodziny rzymskiej w poezji Horacego*, [w:] *Wokół problematyki małżeństwa w prawie rzymskim Henrico Insadowski in memoriam*, red. A. Dębiński, M. Wójcik., Lublin 2007.

Dyakowska M., *Publiusz Owidiusz Nazo wobec przestępstw obyczajowych w epoce Augusta*, [w:] *Crimina et mores. Prawo karne i obyczaje w starożytnym rzymie*, red. M. Kuryłowicz, Lublin 2001.

⁴⁷ J. Grubbs, *Law...*, s. 104.

Grubbs J., *Law and family in late antiquity. The Emperor Constantine's Marriage Legislation*, Oxford 1999.

Jerz K., *Prawne i obyczajowe aspekty usytuowania kobiety w społeczeństwie rzymskim*, [w:] *Quid leges sine moribus? Studia nad prawem rzymskim dedykowane profesorowi Markowi Kuryłowiczowi w 65. rocznicę urodzin oraz 40-lecie pracy naukowej*, red. K. Amiełańczyk, Lublin 2009.

Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 2000.

Kupiszewski H., *Prawo rzymskie a współczesność*, Kraków 2013

Kuryłowicz M., Wiliński A., *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 2013.

Niczyporuk P., *Żałoba i powtórne małżeństwo wdowy w prawie rzymskim*, Białystok 2002.

Schulz F., *Classical roman law*, Oxford 1961.

Szymborek E., Żeber I., *Prawo Rzymskie*, Wrocław 2005.

Wołodkiewicz W., Zabłocka M., *Prawo rzymskie instytucje*, Warszawa 2014.

Zabłocka M., *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii Julijsko-Klaudyjskiej*, Warszawa 1987.

Zabłocki J., Tarwacka A., *Publiczne prawo rzymskie*, Warszawa 2011.

Ziółkowski A., *Historia powszechna starożytność*, Warszawa 2014.

AD AUGUSTA PER ANGUSTA
- THE LEGISLATION OF THE BEGINNINGS
OF THE PRINCIPATE

The aim of the article is to draw attention to the correlation between legal norms and customary and social norms. This relationship will be shown on the example of August's family legislation. The work focuses on the regulations with which the emperor tried to "repair" the weakening moral condition of Roman society, which was to result in an increase in the birth rate of Roman citizens. He made the legal position of the family dependent on the number of children born to it, and imposed the obligation to marry after exceeding the appropriate age, and introduced severe financial sanctions for unmarried people.

The article addresses the issues of the limits of law interference in the private sphere of an individual and the goal of the legislator at that time holistically and on many levels. Both the issue of the effectiveness of legal norms and the sociological matter - their relationship with social norms are discussed. The political perspective is also important in the work, finding the side goals that, apart from officially declared as *ratio legis*, Augustus intended to achieve with the help of pronatal legislation. The article answers the question why such severe sanctions resulting from the violation of the marital fidelity laws could be used to influence the Roman aristocracy.

The conclusions resulting from the article can be divided into two groups. The first of these focuses on the social consequences of August's legislation. It turned out to be extremely ineffective, and citizens quickly learned to avoid it. Instead of the expected effects, the new regulations resulted primarily in numerous ways of circumventing the law, such as fictitious marriages. These phenomena, instead of increasing the authority of the authorities as the one that tries to save the ancient Roman virtues and customs, led to a decline in society's respect for the law.

The second group of conclusions focuses on the reasons for the low effectiveness of *lex Iulia*. In the article, the separation of law from reality is indicated as the main source of failure. In order for a law that interferes to such an extent with the privacy of an individual to be respected and respected, as indicated in the title of the article, the passage of time is needed, which in a way constitutes new legal norms. Without it, citizens will not begin to identify with the new law. In response to the sudden normalization of private life, society can only come up with the best possible way to find yourself

in the new legal reality. However, this does not mean that the new law is right, but a search for actions *praeter legem*.

The synthesis of both categories of conclusions, enriched with the sociological context and the historical background, forms the thesis expressed by Horace's rhetorical question contained in the title, which is also the leitmotif of the considerations undertaken in the article.

Keywords: Octavian August, princeps, Rome, legislation

PRAWO KARNE JAKO NARZĘDZIE WŁADZY A SZKOŁA HUMANITARNA PRAWA KARNEGO W XVIII WIEKU

Lepiej jest zapobiegać przestępstwom niż za nie karać¹.

Cesare Beccaria

PRAWO KARNE PRZED „REWOLUCJĄ HUMANITARNA”

W Europie w wiekach XV – XVIII obowiązywało bardzo surowe i okrutne prawo, co objawiało się na wiele sposobów². Najczęściej spotykaną metodą prowadzenia postępowania karnego był tzw. proces inkwizycyjny, w którym sędzia łączył w swoim ręku funkcje oskarżyciela i wyrokującego. Samo postępowanie było oparte na teorii dowodów formalnych – wyróżniano dowody pełne, półpełne itd., co ograniczało dyskrejonalną władzę sędziego i było zarazem zaprzeczeniem współcześnie obowiązującej zasady swobodnej oceny dowodów. Przyznanie się oskarżonego do winy stanowiło pełny i – jakże oczekiwany – dowód (przyznanie się jest królową dowodów – *confessio est regina*

¹ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Łódź 2014, s. 203.

² S. Salmonowicz, *Cesare Beccaria na tle literatury humanitarnej XXI wieku*, [w:] *Cesare Beccaria (1738-1794): reformator prawa karnego i jego epoka*, red. S. Salmonowicz, Toruń 1995, s. 9.

probationum). Z tego względu chętnie korzystano z tortur, gdyż przyznanie się do winy automatycznie kończyło postępowanie, ponieważ było pełnym dowodem.

Surowość prawa ujawniała się zarówno na płaszczyźnie prawa karnego procesowego, jak i materialnego. Ustawa karna cesarza Karola V (*Constitutio Criminalis Carolina*), którą można uznać za najbardziej reprezentatywny przykład prawa karnego XVI i XVII w., w jednym tylko artykule przewidywała aż osiem rodzajów kary śmierci: powieszenie, utopienie, spalenie żywcem, poćwiartowanie na cztery części, łamanie kołem, wbicie na pał, ścięcie głowy mieczem oraz pochowanie żywcem³.

Constitutio Criminalis Carolina nie była jednak wytworem arbitralnej decyzji prawodawcy, lecz odzwierciedlała powszechny system wartości i przekonania swoich czasów⁴. Surowe kary nie były raczej traktowane jako okrucieństwo w czystej postaci, lecz jako osobiwa szansa na poprawę. Ilustruje to znamienita modlitwa skazanego, znajdująca się w „*Expeditio in vicum aternitatis*” z 1721 r., jednym z polskich podręczników dobrego umierania: „ta szubienica niech mi się przez Ciebie, Jezu, stanie drabiną do Nieba i fortką do Królestwa Twego.”⁵.

Powszechna była również krytyka fatalnego stanu więziennictwa, co we Francji i Anglii skutkowało powołaniem komisji, mających zbadać stan więzień. Postępująca humanitaryzacja w tym zakresie przejawiała w umieszczaniu nieletnich więźniów w zakładach poprawczych. Starano się również resocjalizować więźniów – co stanowiło istotne *novum* – poprzez pracę (hr. Vilain: „odrodzenie moralne więźnia poprzez pracę”) oraz religię (papież Klemens V)⁶.

Dotkliwość reakcji prawnokarnej budziła jednak opór społeczny. Sądy były postrzegane jako instytucje zagrażające wolności obywateli, co doprowadziło do pojawienia się postulatów zakazu jakiegokolwiek wykładni prawa oraz ścisłego ograniczenia sędziów ustawą, co Monteskiusz ujął następująco: „[sędziowie – przyp. ŁH] to są jedynie usta, przez które wygłaszają brzmienie praw nieożywione istoty, które nie mogą złagodzić, ani ich siły, ani surowości.”⁷.

³ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 40.

⁴ M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci w świetle doświadczeń współczesnych systemów prawnych*, Warszawa 1998, s. 35.

⁵ S. Milewski, *W świecie występku i zbrodni*, Warszawa 1996, s. 261.

⁶ Ł. Kozera, *Zarys dziejów stosowania kary pozbawienia wolności i pomocy skazanym*, Chełm-Pińczów 2009, s. 28-29.

⁷ M. Wąsowicz, *Prawo i obywatel. Rzecz o historyczno-prawnych korzeniach europejskiego standardu ustrojowego*, Warszawa 2015, s. 239.

W tym kontekście nie dziwi epitafium umieszczone na XIII-wiecznym grobie św. Iwona, patrona poszukujących sprawiedliwości, które brzmiało: „Św. Iwo, choć adwokat, nie był łotrem; co za dziwo!”⁸. Również Szekspir w „Henryku V” bardzo radykalnie odnosił się do prawników; twierdził, że naprawę świata należy zacząć od pozbycia się (i to dosłownie) wszystkich prawników⁹.

Pomimo tego, iż dążenia do humanizacji prawa karnego pojawiały się sporadycznie w XVI i XVII w., to pełnoprawną reformę prawa karnego w duchu humanitaryzmu przyniósł dopiero wiek XVIII. Oświecenie było bowiem w swej istocie kolebką idei humanitarnych, których rozkwit przypadł na jego drugą połowę¹⁰.

„Epoka światła i rozumu” była bardzo dogodnym okresem dla wszelkich inicjatyw prawodawczych, gdyż podówczas uważano, że tylko doskonałe prawo jest w stanie zapewnić krajowi powodzenie¹¹. Filozofowie tworzyli projekty mające uszczęśliwić ludzkość, a w swych działaniach byli pełni entuzjazmu i wiary w moc swojego rozumu¹². Podstawowym zaś narzędziem do czynienia świata lepszym było prawo¹³, jednakże prawo stare musiało zostać zniesione w całości; jak pisał Wolter: „Chcecie mieć prawa doskonałe, to spalcie wszystkie dotychczasowe”¹⁴.

Pierwszym przedstawicielem Oświecenia, który odegrał dużą rolę w sprawie humanitaryzmu był Monteskiusz. Ostrze jego krytyki było wymierzone głównie w ogromną surowość prawa, z torturami na czele¹⁵. Jednakże najbardziej udany szturm na bastiony starego porządku przypuścił nieznany dotąd Europie mediolański prawnik – Cesare Beccaria, co zapoczątkowało rewolucję w prawie karnym.

⁸ K. Sójka-Zielińska, *Drogi i bezdroża prawa: szkice z dziejów kultury prawnej Europy*, Wrocław 2010, s. 59.

⁹ M. Wąsowicz, *Prawo i obywatel...*, s. 238.

¹⁰ S. Salmonowicz, *Cesare Beccaria na tle literatury...*, s. 11.

¹¹ T. Adamczyk, *Problem kary i jej rodzaje w ustawach sejmowych w Polsce XVIII wieku*, „Z dziejów prawa” 2005, cz. 6, s. 59.

¹² A. Lityński, *Między humanitaryzmem a totalitaryzmem. Studia z dziejów prawa karnego*, Tychy 2002, s. 11.

¹³ *Idem*, *O prawie cywilnym i karnym od Wieku Światła i Rozumu do spustoszonego stulecia*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2008, nr 6, s. 13–14.

¹⁴ *Ibidem*, s. 16.

¹⁵ S. Salmonowicz, *Cesare Beccaria na tle literatury...*, s. 13.

NARODZINY I ROZKWIAT DOKTRYNY HUMANITARNEJ:
CESARE BECCARIA I JEGO POGLĄDY

Zdaniem Stanisława Salmonowicza, w dziejach europejskiego prawa karnego aż do XIX w. można wyróżnić tylko dwa traktaty, które siłą swojego oddziaływania na umysły ludzkie, wywarły ogromny wpływ na swoją epokę. Pierwszy z nich to „*Malleus Maleficarum*” z 1489 r., czyli słynny „Młot na czarownice”. Drugim dziełem jest książka Cesare Beccarii „O przestępstwach i karach”¹⁶.

Przyszły reformator urodził się w arystokratycznej rodzinie 15 marca 1738 roku. Wykształcenie zdobywał w kolegium jezuitów; odbył również studia prawnicze, tytuł doktora zdobywając w wieku lat dwudziestu¹⁷. Pomimo tego, że współcześnie jest wiązany głównie z humanitaryzmem prawniczym, to jednak był również wybitnym ekonomistą oraz twórcą liberalnej szkoły ekonomii we Włoszech; znaczenie jego działalności na polu ekonomii jest porównywalne z rolą „ojca ekonomii” Adama Smith’a w Anglii¹⁸.

Filozofowie i myśliciele epoki Oświecenia zwykli się skupiać w różnego rodzaju towarzystwach intelektualnych i akademiach, które były dla nich polem do twórczej wymiany poglądów¹⁹. Beccaria przynależał do „kółka” braci Pietro i Alessandro Verri²⁰.

Wielki wpływ wywarł na członkach owego towarzystwa intelektualnego głośny protest jednego z największych filozofów doby Oświecenia, Woltera, który swoją krytyką niesprawiedliwego systemu prawa karnego doprowadził do rehabilitacji ofiary mordu sądowego, Jana Calasa, skazanego za rzekome zabójstwo syna w 1762 roku. Pozostając pod wpływem tych wydarzeń, w 1763 r. Beccaria podjął się opracowania reformy prawa karnego²¹.

Powstałe dzieło wywołało poruszenie wśród członków „kółka”, szczególnie hrabiego Pietro Verri, który oddał je do druku pod tytułem „*Dei delitti e delle pene*” („O przestępstwach i karach”) w Livorno. Dzieło podważało fundamenty ówczesnego porządku społecznego i prawnego, wobec czego zarówno autor, jak i drukarz, pozostali anonimowi, a podane miejsce druku było fikcyjne (Holandia)²².

¹⁶ Idem, *Z wieku oświecenia: studia z dziejów prawa i polityki XVIII wieku*. Toruń 2001, s. 33.

¹⁷ Idem, *Cesare Beccaria (1738-1794). Sylwetka i dzieło*, „*Analecta*” 1995, nr 4/2(8), s. 9.

¹⁸ Ibidem, s. 10.

¹⁹ S. Salmonowicz, *Europa 1777 r.: od humanitarnej krytyki prawa obowiązującego po budowę nowych kodeksów karnych*, „*Studia Iuridica Toruniensia*” 2017, t. 20, s. 272.

²⁰ Idem, *Cesare Beccaria (1738-1794). Sylwetka...*, s. 10.

²¹ Idem, *Cesare Beccaria na tle literatury...*, s. 37.

²² Idem, *Cesare Beccaria (1738-1794). Sylwetka...*, s. 11.

Traktat „O przestępstwach i karach” pomimo swojej dość skromnej objętości zawiera w sobie bogactwo myśli reformatorskiej. Sam Bekariusz wpisuje się w prąd Oświecenia, wielokrotnie określając siebie w swoim dziele mianem „Filozofa”. Jest to zgodne również ze specyfiką włoskiego Oświecenia, gdzie powszechnie przyjmowano tzw. doktrynę legalnego despotyzmu²³. Koncepcja ta, na gruncie prawnym, zakładała, że prawo zostanie zreformowane w duchu Oświecenia przez absolutnego władcę, jednakże będzie wyłączone spod jego panowania. Można również domniemywać, że Beccaria swe dzieło kierował właśnie do elit (za czym przemawia m.in. specyfika języka²⁴), będąc – jakże słusznie – przekonany, że tylko one są w stanie zreformować prawo karne.

Fundamentem, na którym Beccaria buduje główne tezy swojego traktatu jest koncepcja umowy społecznej. Jest to idea wyjaśniająca powstanie i istnienie społeczeństw: ludziom nie opłaca się ciągle walczyć ze sobą – choć jest to na krótką metę korzystne; muszą więc poświęcić część swej wolności na rzecz bezpieczeństwa, które zapewnia życie w społeczeństwie (co stanowi jeden z przykładów tzw. dylematu więźnia)²⁵. W traktacie można odnaleźć wiele odwołań do wspomnianej koncepcji.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do problematyki kary, należy zauważyć, że Beccaria powtarza za Monteskiuszem, iż kara, która nie jest konieczna, jest tyrańska, ponieważ nie mieści się w granicach umowy społecznej. Sprawiedliwość zaś jest tylko pojęciem, konstruktem myślowym; jest to tylko więź, która umożliwia utrzymanie interesów jednostek we wspólnocie, bez których społeczeństwa rozpadłyby się, a sama ludzkość cofnęłaby się w rozwoju poprzez powrót do stanu sprzed umowy społecznej²⁶.

Konsekwencją przyjęcia umowy społecznej jako źródła sprawiedliwości jest uznanie, że „tylko prawa mogą ustanawiać kary za przestępstwa i że władza ich stanowienia może należeć tylko do prawodawcy, który jest przedstawicielem całego społeczeństwa złączonego umową społeczną” – jest to kolejne, jakże wyraźne nawiązanie do idei umowy społecznej²⁷.

Z dzieła Beccarii przebijają również postulaty utilitaryzmu; autor uważa, że prawa powinny mieć na celu „**możliwie największe szczęście dla możliwie największej liczby ludzi** (podkr. oryg.)”²⁸.

²³ M. Affek, *Związki polsko-włoskie w naukach prawnych: (1764-1795): z dziejów humanitaryzacji prawa karnego w Polsce*, Warszawa 1995, s. 5.

²⁴ C. Beccaria, *O przestępstwach...*, s. 224.

²⁵ *Ibidem*, s. 54-55.

²⁶ *Ibidem*, s. 58.

²⁷ *Ibidem*, s. 59.

²⁸ *Ibidem*, s. 52.

Beccaria stanowczo sprzeciwia się wykładni, czyli interpretacji prawa. Zdaniem Bekariusza, sędzia otrzymał zadanie sądzenia zgodnie z ustawą i nie może dokonywać jej interpretacji, gdyż wtedy istnieje poważne ryzyko arbitralności wyroków sądowych, które zależałyby choćby od „dobrego lub złego trawienia” sędziego²⁹.

Niejasne prawo jest złem, które „osiąga najwyższy stopień wtedy, gdy prawa są napisane językiem obcym ludowi”. Tworzenie jasnego prawa i powszechny dostęp do informacji o prawie spowodowałyby według Bekariusza spadek ilości popełnianych przestępstw oraz zlikwidowałyby konieczność dokonywania wykładni przepisów – której stosowanie często jest konieczne właśnie z uwagi na niejasność prawa³⁰.

Filozofowie epoki Oświecenia za obronę przed powrotem starego porządku uznawali ściśle trzymanie się przez sędziów litery nowego, doskonałego prawa – kodeksy oświeceniowe miały być wolne od przywar poprzednich systemów normatywnych. Miało to być prawo pewne – *iuris certis* – mające zastosowanie we wszystkich sytuacjach, co miało wyeliminować arbitralność i dowolne interpretowanie ustaw przez sędziów. Kodeks miał być także jedynym źródłem prawa w danej materii, a zarazem zwięzłym, napisanym prostym językiem oraz kompletnym, czyli wonnym od luk, aktem prawnym³¹.

Jednym z wielu tematów podejmowanych przez autora jest problem kary. Beccaria dowodzi, że „musi istnieć pewna współmierność pomiędzy przestępstwami a karami”³² oraz „nie powinna ona przewyższać miary surowości dostatecznej do powstrzymania ludzi od popełniania przestępstw”³³. Kara spełnia również funkcje utylitarne – powinna bowiem zmniejszać ilość przestępstw najbardziej szkodliwych społecznie. Beccaria w swym traktacie formułuje także utylitarą definicję przestępstwa, którym są „wszystkie czyny sprzeczne z dobrem publicznym” godzące w istniejący porządek uświęcony umową społeczną³⁴.

W gruncie rzeczy, cel kary Beccaria ogranicza do prewencji ogólnej i szczególnej, pisząc, iż: „Cel kary sprowadza się więc do tego, aby przeszkodzić winnemu w wyrządzaniu nowych szkód współobywatelom oraz aby powstrzymać innych od wyrządzania szkód tego samego rodzaju. Z tych względów należy dobierać tylko takie kary i tylko takie metody ich stosowania, które – przy

²⁹ *Ibidem*, s. 61-63.

³⁰ *Ibidem*, s. 66.

³¹ K. Sójka-Zielińska, *Drogi i bezdroża prawa...*, s. 61.

³² C. Beccaria, *O przestępstwach...*, s. 68.

³³ *Ibidem*, s. 147.

³⁴ *Ibidem*, s. 70.

zachowaniu proporcji do popełnionego przestępstwa – wywierałyby najskuteczniejsze i najbardziej trwałe na dusze ludzkie wrażenie, a zarazem najmniej udręczałyby ciało przestępcy”³⁵.

Bekariusz był także jednym z twórców idei praworządności³⁶. W swym dziele szczególnie wyakcentował zasadę *nullum crimen, nulla poena sine lege*: „Nie widzę żadnego wyjątku od ogólnej reguły, że każdy obywatel powinien wiedzieć, kiedy jest winny, a kiedy niewinny”³⁷. Znalazła ona odbicie w ustawie karnej Józefa II z 1787 r. (tzw. „Józefinie”), której art. 1 § 1 stanowi: „Nie każda prawom przeciwna czynność jest kryminalnym albo tak zwanym gardłowym występkiem: tylko te prawom przeciwne czynności za kryminalne występkę poczytane i sądzone być mają, które jako takie, niniejszym prawem uznane są.”³⁸. Współcześnie, jest to jedna z podstawowych zasad polskiego prawa karnego materialnego.

Beccaria odniósł się również do szczególnie potępianej przez humanitarystów procedury karnej, formułując jedną z podstawowych zasad prawa karnego procesowego, czyli zasadę domniemania niewinności: „nikogo nie można nazwać **przestępcą** (podkr. oryg.), dopóki nie zapadnie skazujący wyrok”³⁹. Stanowi to także nawiązanie do stosowania tortur w celu wymuszenia zeznań – niewinni ludzie muszą znosić męki (które same w sobie mogłyby stanowić surową karę), pomimo braku dowodów na ich winę. Według Beccarii, oskarżony przed sądem korzysta z ochrony prawnej przysługującej wszystkim ludziom związanym umową społeczną; niedopuszczalne jest zatem poddawanie podejrzanym torturom w celu wymuszenia zeznań⁴⁰. Same zaś tortury są zwykłym okrucieństwem, którego stosowanie jest uświęcone zwyczajem, nie mają one przy tym większej mocy dowodowej, ponieważ zeznania są wymuszone bólem i cierpieniem.⁴¹ Co znamienne, krytyka humanitarystów doprowadziła do tego, że w XVIII wieku zniesiono tortury w większości krajów Europy⁴².

Beccaria uważa, że „Jednym z najistotniejszych środków powstrzymujących od popełniania przestępstw jest nie okrucieństwo kar, lecz nieuchronność tych kar [...] Pewność ukarania, choćby umiarkowanego, zrobi zawsze większe wrażenie niż strach, przed inną, surowszą karą, z którym łączy się jednak

³⁵ *Ibidem*, s. 88.

³⁶ A. Marek, *Mysł Cezarego Beccarii we współczesnej nauce prawa karnego*, „Palestra” 1994, nr 5-6 (437-438), s. 38.

³⁷ C. Beccaria, *O przestępstwach...*, s. 86.

³⁸ J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 42.

³⁹ C. Beccaria, *O przestępstwach...*, s. 100.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 100-101.

⁴¹ *Ibidem*, s. 100 i nast.

⁴² J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 42.

nadzieja na bezkarność.”⁴³. Podkreślenia przy tym wymaga, że drastyczność wymierzanych kar może prowadzić do efektu przeciwnego do zamierzonego – brutalizacji przestępczości, rozruchów ulicznych itp.⁴⁴

Bekariusz wykazał się również ogromną odwagą negując sens istnienia kary śmierci. Píše w tym miejscu bardzo kategorycznie: „**kara śmierci nie jest prawem** (podkr. oryg.)”⁴⁵.

Beccarię można jednak uznać za umiarkowanego abolicjonistę (jednakże w omawianej epoce był to pogląd zaiste rewolucyjny), gdyż sprzeciwiał się istnieniu kary śmierci w ustawodawstwie zwykłym⁴⁶ i dopuścił jedynie dwa wypadki, w których zasadne jest jej stosowanie: po pierwsze, jeśli przestępca nawet po uwięzieniu jest na tyle niebezpieczny, że może wywołać przewrót i po drugie, gdy kara śmierci jest jedynym środkiem do odstraszenia innych od popełniania przestępstw. Jednakże podczas przygotowywania kodeksu karnego Lombardii, Beccaria uznawał dopuszczalność kary śmierci tylko w przypadku sprzysiężenia przeciw państwu⁴⁷. Przejawem tendencji abolicjonistycznych wywołanych traktatem Beccarii jest zniesienie kary śmierci przez ustawę karną Józefa II (tzw. „Józefinę”) w postępowaniu zwyczajnym⁴⁸.

Beccaria wywodzi z umowy społecznej prawo do karania jedynie dla zbiorowości. *Ius puniendi* jest bowiem „prawem nie jednego, lecz wszystkich obywateli lub suwerena”⁴⁹. To stwierdzenie ma doniosłe skutki, ponieważ nawet przebaczenie ofiary nie zwalnia sprawcy od odpowiedzialności, albowiem kara ma charakter publicznoprawny – powinna być „użyteczna społecznie” i co za tym idzie, jest wymierzana bez względu na wolę pokrzywdzonego.

Beccaria na koniec swych rozważań zawarł kilka kierowanych do prawodawcy ponadczasowych rad dotyczących zapobiegania przestępstwom. Zdaniem mediolańskiego reformatora, sposobami na zmniejszenie przestępczości są: jasność praw, oświata, sprawiedliwe postępowanie władz, wynagradzanie cnoty i wreszcie, udoskonalenie wychowania⁵⁰.

Dzieło Bekariusza odbiło się szerokim echem w Europie i zapoczątkowało „rewolucję humanitarną” w prawie karnym. Pierwszym kodeksem, który

⁴³ C. Beccaria C., *O przestępstwach...*, s. 138.

⁴⁴ Znamienna w omawianym przedmiocie jest decyzja władz PRL o zaprzestaniu publicznych egzekucji zbrodniarzy nazistowskich, podjęta po egzekucjach z dnia 4 oraz 21 lipca 1946 r. w tzw. „procesie załogi Stutthofu”, podjęta m.in. z wyżej nakreślonych powodów.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 143 i nast.

⁴⁶ A. Marek, *Mysł Cezarego Beccarii...*, s. 40.

⁴⁷ M. Mitera, M. Zubik, *Kara śmierci...*, s. 35.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 36.

⁴⁹ C. Beccaria, *O przestępstwach...*, s. 161.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 204-212.

przejął większość poglądów i postulatów Beccarii był kodeks karny tokański – *Constitutio Criminalis Toscana* z 1786 r., tzw. „Leopoldina”.⁵¹ Z poglądami Beccarii, oprócz filozofów paryskich i Woltera, zgadzały się również takie osobistości, jak król Prus Fryderyk II Wielki, caryca Katarzyna II i Stanisław August Poniatowski⁵². Dzieło Beccarii nie było jednak sławne od samego początku, ogromne zasługi w jego rozpropagowaniu miał Wolter, który w 1766 i 1777 r. wydał dwie książki, które ściśle łączyły się z ideami Bekariusza⁵³. Słynny filozof nazywał wręcz traktat Beccarii „kodeksem ludzkich uczuć”⁵⁴.

O wpływach Bekariusza we Francji niech świadczy list hr. Roedera do córki Beccarii, w którym pisze on: „Traktat o przestępstwach i karach» do tyła (do takiego stopnia – przyp. Ł.H.) przeobraził ducha starych trybunałów we Francji, że na dziesięć lat przed rewolucją nie były one już do siebie podobne. Wszyscy młodzi sędziowie (sędziowie – przyp. Ł.H.), w tym również i ja, mogą zaświadczyć, że sądziliśmy sprawy raczej na podstawie zasad zawartych w tej pracy niż zgodnie z ustawą”⁵⁵.

Opublikowanie „*Dei delitti e delle pene*” wywołało wielkie poruszenie, nie tylko w kręgach osób, które dostrzegały konieczność reform. Zwolennicy starożytności uważali traktat za wywrotowy i prezentujący błędne tezy. Jeden z najbardziej zajadłych krytyków Beccarii, Daniel Jousse, stwierdził, że „traktat usiłuje ustalić taki system nowych idei najbardziej niebezpiecznych, iż przyjęcie ich doprowadziłoby jedynie do obalenia praw istniejących dotychczas u najbardziej cywilizowanych narodów i stanowiłoby zamach na religie, moralność i uświęcone zasady władzy rządowej”⁵⁶. Paradoksalnie, Jousse wystawił Beccarii niezwykle pochlebną opinię – nie tylko podważył on fundamenty niezwykle okrutnego i surowego systemu prawa, ale wręcz zapoczątkował jego reformę.

Cesare Beccaria przez całe życie był wiernym propagatorem idei humanitaryzmu prawniczego, jednakże w ciągu życia nie zdołał przeforsować wszystkich swoich szlachetnych idei. Umarł w zapomnieniu 28 listopada 1794 r., jednak jego dzieło wywarło nieoceniony wpływ na rozwój prawa karnego⁵⁷.

⁵¹ J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 41.

⁵² S. Salmonowicz, *Cesare Beccaria (1738-1794). Sylwetka...*, s. 16.

⁵³ *Ibidem*, s. 17.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 16.

⁵⁵ E. S. Rappaport, *Literatura*, [w:] *O przestępstwach...*, s. 245.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 244.

⁵⁷ S. Salmonowicz, *Cesare Beccaria (1738-1794). Sylwetka...*, s. 9.

KONKLUZJE

Powstanie doktryny humanitaryzmu prawniczego było reakcją na surowe prawo, które funkcjonowało w XVIII-wiecznej Europie. Humanitaryści sprzeciwiali się niehumanitarnej procedurze karnej, postulowali jej „uczłowieczenie” poprzez wyeliminowanie tortur oraz kar okrutnych, wymyślnych, męczących. Nadto chcieli podstawowych gwarancji procesowych dla oskarżonego oraz jasnego i pewnego prawa. Jest to zestaw podstawowych zasad prawnych, które udało się w pełni wdrożyć w Europie dopiero w XX i XXI wieku.

Humanitaryzm mógł odnieść tak wielki sukces, ponieważ Oświecenie przygotowało ku temu stosowny grunt. Jednym z wyróżników epoki było dążenie do samodzielnego myślenia. – myślenia, które pozwoliło dostrzec bezsens okrutnego systemu prawnego. Filozofowie epoki Oświecenia uważali, że można zbudować państwo idealne, a jednym z jego koniecznych elementów jest jasne i sprawiedliwe prawo pozbawione wad systemów wcześniejszych. Manifestem nowego, lepszego prawa może być fragment Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela: „Ludzie rodzą się i pozostają wolni i równi z punktu widzenia prawa”⁵⁸. Było to jawne zaprzeczenie wcześniejszego paradygmatu o konieczności podziału ludzi na klasy i nierówności wobec prawa.

Sformułowany *expressis verbis*, charakterystyczny dla epoki Oświecenia, paradygmat podmiotowości człowieka, nie pozostał bez wpływu na doktrynę i praktykę prawa karnego. Podkreślenie wyjątkowego statusu jednostki ludzkiej, w relacji do w pełni inkwizycyjnego postępowania karnego, w którym oskarżony był przedmiotem, a nie podmiotem procesu, rodziło sprzeciw humanitarystów i przejawiało się zarówno w postulatach zagwarantowania oskarżonemu rzeczywistych środków obrony, jak i przyjęciu podstawowych – we współczesnym rozumieniu – gwarancji procesowych dla oskarżonego, z zasadami domniemania niewinności oraz – w szerszym wymiarze – zasadą równości wobec prawa, na czele.

Oświeceniowe prądy filozoficzne, uznające podmiotowość człowieka, wraz z nowym nurtem w doktrynie prawniczej – humanitarną szkołą prawa karnego, ukonstytuowały niejako nową aksjologię prawa karnego, wyrażającą się w skupieniu na człowieku. Kara miała być bowiem celowa i służyć celom w pełni racjonalnym, a nie ślepego odwetu. Tym samym, wyróżniono dwie główne przyczyny zmian: wynikające z uznania podmiotowości człowieka oraz utylitaryzmu.

⁵⁸ A. Lityński, *O prawie cywilnym i karnym...*, s. 15.

Dopiero uznanie, iż kara, jest, co oczywiste, dolegliwością, jednak powinna być stosowana zgodnie z uwzględnieniem przyrodzonej godności człowieka pozwala na określenie tak ukształtowanego systemu prawnego mianem sprawiedliwego i humanitarnego. Tym samym, władza, przy sprawowaniu *ius puniendi*, realizuje postulaty sprawiedliwościowe, a nie kieruje się jedynie chęcią zadania, w sposób niekontrolowany, dolegliwości sprawcy.

Z kolei, kierowanie się ścisłym racjonalizmem i rachunkiem zysków i strat doprowadziło, w powiązaniu z czysto humanitarnymi pobudkami, do stopniowego zastępowania kary śmierci, karą pozbawienia wolności. Humanitaryści podkreślali bowiem, że kara ma być „korzystna” dla społeczeństwa i zmniejszać liczbę przestępstw najbardziej szkodliwych społecznie.

Kluczowa była jednakże postępująca zmiana mentalności, zwłaszcza inteligencji i klas rządzących. Pomimo tego, podział na klasy i konieczność obowiązywania okrutnego prawa była dla społeczeństw, jak i wielu uczonych, czymś zupełnie naturalnym, o czym może świadczyć list Cesarego Beccarii do Morelleta, gdzie Beccaria pisze: „Mediolańczycy nie przebaczą temu, kto chciałby ich zmusić do życia w XVIII stuleciu”⁵⁹. Niechęć do zmiany istniejącego *status quo* była głównym hamulcem zmian; bowiem, jak już wcześniej podkreślano, reforma prawa karnego nie dokonałaby się bez zmiany aksjologicznej i uznania nadrzędności zasady godności i podmiotowości człowieka, których przyjęcie wiąże się w sposób nieuchronny z odpowiednim ukształtowaniem procedury karnej.

Ponadto, krytycy dzieła Beccarii często zarzucali mu, że jest dyletantem w kwestiach prawnych, jednak nie jest to prawda – jak wspomniano wcześniej, był on doktorem prawa. Jego dzieło zaś nie jest podręcznikiem prawa karnego, tylko esejem filozoficznym⁶⁰, a sam Beccaria w swoim dziele wielokrotnie nazywa siebie Filozofem.

Beccaria był mistrzem tworzenia krótkich, zręcznych sformułowań, niech więc zakończę jego słynną myślą: „żeby kara nie była gwałtem ze strony jednej lub wielu osób dokonywanym na poszczególnym obywatelu, powinna być ona istotnie publiczna, szybka, nieuchronna, najmniejsza spośród wszystkich możliwych w danych okolicznościach, proporcjonalna do przestępstwa i przepisana prawem”⁶¹.

⁵⁹ E. S. Rappaport, *Przypisy*, [w:] *O przestępstwach...*, s. 229.

⁶⁰ S. Salmonowicz, *Cesare Beccaria na tle literatury...*, s. 38.

⁶¹ C. Beccaria, *O przestępstwach...*, s. 217.

BIBLIOGRAFIA

- Adamczyk T., *Problem kary i jej rodzaje w ustawach sejmowych w Polsce XVIII wieku*, „Z dziejów prawa” 2005, cz. 6.
- Affek M., *Związki polsko-włoskie w naukach prawnych: (1764-1795): z dziejów humanitaryzacji prawa karnego w Polsce*, Warszawa 1995.
- Beccaria C., *O przestępstwach i karach*, Łódź 2014.
- Kozera Ł., *Zarys dziejów stosowania kary pozbawienia wolności i pomocy skazanym*, Chełm-Pińczów 2009.
- Lityński A., *Między humanitaryzmem a totalitaryzmem. Studia z dziejów prawa karnego*, Tychy 2002.
- Lityński A., *O prawie cywilnym i karnym od Wieku Światła i Rozumu do spustoszonego stulecia*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2008, nr 6.
- Marek A., *Mysł Cezarego Beccarii we współczesnej nauce prawa karnego*, „Palestra” 1994, nr 5-6 (437-438).
- Milewski S., *W świecie występku i zbrodni*, Warszawa 1996.
- Mitera M., Zubik M., *Kara śmierci w świetle doświadczeń współczesnych systemów prawnych*, Warszawa 1998.
- Salmonowicz S., *Cesare Beccaria na tle literatury humanitarnej XXI wieku*, [w:] *Cesare Beccaria (1738-1794): reformator prawa karnego i jego epoka*, red. S. Salmonowicz, Toruń 1995.
- Salmonowicz S., *Cesare Beccaria (1738-1794). Sylwetka i dzieło*, „Analecta” 1995, nr 4/2(8).
- Salmonowicz S., *Europa 1777 r.: od humanitarnej krytyki prawa obowiązującego po budowę nowych kodeksów karnych*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2017, t. 20.
- Salmonowicz S., *Z wieku oświecenia: studia z dziejów prawa i polityki XVIII wieku*, Toruń 2001.
- Sójka-Zielińska K., *Drogi i bezdroża prawa: szkice z dziejów kultury prawnej Europy*, Wrocław 2010.

Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017.

Wąsowicz M., *Prawo i obywatel. Rzecz o historyczno-prawnych korzeniach europejskiego standardu ustrojowego*, Warszawa 2015.

CRIMINAL LAW AS A TOOL OF POWER AND THE HUMANITARIAN SCHOOL OF CRIMINAL LAW IN THE 18TH CENTURY

The eighteenth century was in many respects a turning point in the history of mankind. The steam engine was invented; many progressive achievements of Enlightenment technical thought were created. The changes also affected the sphere of law, in particular criminal law.

A breath of fresh air in the 18th century legal thought was brought by a young Milanese lawyer, Cesare Beccaria, who was one of the most prominent representatives of the humanitarian criminal law school. Bekariusz, who remained in the spirit of the Enlightenment, trusting in man, questioned the principles governing the criminal law of the time. First of all, there was a revolutionary reevaluation of the aims of punishment. The rationality of the criminal law response began to be perceived in the rehabilitation of the perpetrator and compensation for the damage to society.

Failure to apply retaliation implied far-reaching consequences, appearing both in the substantive and procedural criminal law. The humanitarian doctrine did not accept the use of torture and other means of extracting confessions, the frequent use of which was a dark card in the criminal law practice of centuries earlier. The outdated and inhumane criminal procedure was closely related to the main aim of the criminal law of that time, which was to severely punish the perpetrator without providing him with basic means of procedural protection.

Criminal law that does not recognize human dignity and subjectivity is an instrument of power, not justice. Thus, it is characteristic that the humanitarian doctrine was based on the recognition of the dignity of the human being and postulated the execution of punishments in a "humanitarian" manner, that is, in accordance with human dignity.

Keywords: criminal law as a tool of power, humanitarian school of criminal law, humanitarianism, Cesare Beccaria, the purpose of punishment

DR HAB. HANNA ZAWISTOWSKA
SZKOŁA GŁÓWNA HANDLOWA W WARSZAWIE

DR DOMINIK BOREK
MINISTERSTWO ROZWOJU

DR KAROL ŚWITAJ
DAS UBEZPIECZENIA

**O ZGODNOŚCI Z PRAWEM UE REGULACJI
ART. 15K USTAWY
O SZCZEGÓLNYCH ROZWIĄZANIACH
ZWIĄZANYCH Z ZAPOBIEGANIEM,
PRZECIWDZIAŁANIEM I ZWALCZANIEM
COVID-19, INNYCH CHORÓB
ZAKAŹNYCH ORAZ WYWOŁANYCH NIMI
SYTUACJI KRYZYSOWYCH
ORAZ NIEKTÓRYCH INNYCH USTAW¹**

WSTĘP

Potrzeba ochrony konsumentów – w tym konsumentów usług turystycznych - na rynku wewnętrznym UE wynika z założenia, iż siły rynkowe nie zapewniają nabywcom tych usług, w miarę jednolitego w poszczególnych państwach członkowskich stopnia ochrony ich interesów. W relacji z wytwórcami konsumenci są zwykle słabszą stroną. Rolą UE i państw członkowskich jest

¹ Artykuł prezentuje osobiste poglądy i nie może być interpretowany jako stanowisko jakiegokolwiek organu, podmiotu czy instytucji. Artykuł prezentuje stan prawny na dzień 17.05.2020 r.

wykorzystanie instrumentów prawnych do przywrócenia naruszonej równowagi poprzez wzmocnienie pozycji konsumentów na rynku, a w szczególności zagwarantowanie respektowania przez przedsiębiorców przysługujących im praw. Regulacją, mającą na celu „przyczynienie się do prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego i osiągnięcia wysokiego i jak najbardziej jednolitego poziomu ochrony konsumentów”² jest Dyrektywa 2015/2003 o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych. Potrzeba realizacji założonych celów przesądziła o tym, że jest to dyrektywa maksymalnej harmonizacji. W praktyce oznacza to ograniczenie możliwości wprowadzania przez państwa członkowskie odstępstw od przyjętych w niej zasad zarówno na etapie implementacji jak i późniejszego stosowania przepisów wdrażających te zasady.

Przyjęte rozwiązanie w postaci wskazanej dyrektywy – niewątpliwie korzystne dla konsumentów – ma jednak słabą stronę. Nie przewiduje bowiem odstępstw od wprowadzonych zasad w sytuacjach, w których rygorystyczne ich stosowanie może prowadzić do osłabienia ekonomicznego instrumentu ochrony interesów konsumenta – jakim jest konkurencja. Dzieje się tak, wtedy gdy na skutek nadzwyczajnej zmiany okoliczności (przykładem jest pandemia koronawirusa) bezwzględne przestrzeganie przepisów chroniących konsumentów przyczynia się do utraty na masową skalę płynności finansowej organizatorów imprez, co w dalszej kolejności może prowadzić do bankructw. Konsekwencją bankructw przedsiębiorstw turystycznych jest ograniczanie konkurencji na rynku imprez turystycznych, stwarzającej konsumentom możliwość wyboru usługi. Z powyższego wynika, że prawne instrumenty ochrony konsumentów, mogą ograniczać funkcjonowanie ekonomicznego instrumentu ochrony jakim jest konkurencja.

Świadomość konieczności podjęcia działań zapobiegających zjawisku masowych bankructw przedsiębiorstw turystycznych skłoniła Państwa członkowskie i UE do poszukiwania rozwiązań zapobiegających temu zjawisku. Źródłem wielu problemów dla organizatorów imprez turystycznych – zarówno w Polsce jak i innych państwach członkowskich UE jest art. 12 wspomnianej wyżej Dyrektywy 2015/2302 nakładający na organizatorów imprez obowiązek zwrotu konsumentom – w ciągu 14 dni od rozwiązania umowy - wpłat za imprezy turystyczne, które zostały odwołane lub podróżni zrezygnowali

² Art. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylająca dyrektywę Rady 90/314/EWG. Dz. Urz. UE L 326/1 z 11.12. 2015.

z uczestnictwa w nich na skutek COVID-19. Zwraca się uwagę, że realizacja tego obowiązku stawia pod znakiem zapytania płynność finansową biur podróży, które już przekazały kontrahentom tj. przewoźnikom i hotelarzom – przedpłaty oraz zaliczki na poczet usług wchodzących w skład odwołanych imprez. Panuje pogląd, że w zdecydowanej większości przypadków nie są w stanie ich odzyskać, muszą więc zwracać środki z własnej kieszeni³.

Skala zjawiska jakim było odwoływanie imprez przez organizatorów i anulowanie rezerwacji przez konsumentów przy braku możliwości uzyskiwania przez organizatorów wpływów ze sprzedaży imprez stwarzała realne zagrożenie masowych bankructw przedsiębiorstw turystycznych we wszystkich państwach członkowskich UE. Pojawiła się potrzeba podjęcia zarówno na szczeblu UE jak i krajów członkowskich działań umożliwiających czasowe wydłużenie terminu zwrotu wpłat wniesionych przez konsumentów.

Celem artykułu jest przedstawienie rozwiązań przyjętych w Polsce i państwach członkowskich UE umożliwiających minimalizowanie negatywnych skutków obowiązku zwrotu w ciągu 14 dni od rozwiązania umowy – wpłat wniesionych przez podróżnych na poczet imprez, które się nie odbyły na skutek Pandemii COVID-19.

HARMONIZACJA PRAWA PRYWATNEGO

„Prawo Unii Europejskiej nie wykształciło jeszcze własnego reżimu umów, który miałby jednolity, w miarę kompleksowy i wiążący charakter. Sferą prawa umów interesowało się jak dotąd w sposób wycinkowy choć stosunkowo szeroki, regulując w licznych dyrektywach pojedyncze rodzaje umów(...)”⁴. Słowa E. Wojtaszyk-Mik sprzed prawie dwudziestu lat nadal zachowują aktualność, do dziś, że za najmocniej wpływającą na harmonizację w obszarze prawa cywilnego regulację uznaje się Kodeks Napoleona. Francuski Code Civil był inspiracją nie tylko dla regulacji prawnych krajów europejskich, ale wywarł również wpływ na inne kontynenty. Tylko dla przykładu w XIX wieku prawo wzorowane na rozwiązaniach francuskich wprowadził stan Luizjana i Quebec w Ameryce Północnej, Boliwia, Ekwador, Chile czy Honduras w Ameryce Południowej, a w wieku XX Tunezja i Maroko w Afryce⁵. Nie można zapominać przy tym, że francuskie wzorce z całym dorobkiem

³ M. Markowska KE przypomina: 14 dni na zwrot pieniędzy, można przyjąć voucher, <https://www.waszaturystyka.pl/ke-przypomina-14-dni-na-zwrot-pieniedzy-mozna-przyjac-voucher/>.

⁴ E. Wojtaszek-Mik, *Europeizacja polskiego prawa umów*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Warszawa 2003, s. 201.

⁵ K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona historia i współczesność*, Warszawa 2007, s.73.

orzecznictwem wykorzystywano w życiu polityczno-prawnym Księstwa Warszawskiego⁶, a później także w czasach II Rzeczypospolitej, podczas prac nad Kodeksem Zobowiązań, który z kolei posłużył jako wzorzec twórcom obecnej regulacji z roku 1964⁷. Niektórzy autorzy wskazują, na jeszcze wcześniej podejmowane próby ujednolicenia prawa cywilnego. Wywodzą je z tradycji uznawania autorytetu Corpus Iuris Civilis⁸. W doktrynie wskazuje się też, że wpływy rzymskie widoczne były w prawach kanonicznych i to zarówno na Wschodzie jak i Zachodzie Europy⁹. Należy również wskazać za J. Mandle, że proces globalizacji, a tak samo europeizacji może przyczyniać się do zmniejszania różnorodności¹⁰, choć wiąże się z tym przecież uzasadnione obawy.

W doktrynie polskiej pojawiają się pytania, co do kompetencji Unii Europejskiej w zakresie ujednolicenia prawa prywatnego¹¹. Wiele uwag rodzi prawdopodobna (w przypadku zbyt szerokiej harmonizacji) dezintegracja krajowego prawa zobowiązań, ze względu na istnienie ugruntowanych już instrumentów prawnych.¹² Swoboda wyboru środków prawnych do implementacji dyrektyw jest podstawową zasadą przyświecającą harmonizacji¹³. W szczególności należy wskazać, iż prawodawca unijny dąży do ujednolicenia prawa w ramach dyrektyw szczegółowych, już dawno upadła natomiast koncepcja ramowego regulowania ogólnych instrumentów prawnych¹⁴. Trudno więc kwestie skuteczności czynności prawnych rozpatrywać jako podlegające pełnej harmonizacji w ramach prawa unijnego. Podobnie jest z prawem pracy, dla którego „pień genetyczny” stanowi prawo cywilne¹⁵.

⁶ K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona ...*, s. 199.

⁷ Z. Radwański, *Prawo cywilne-część ogólna*, Warszawa 2007, s. 28.

⁸ J. Krzynówek, *Tradycje prawne Europy*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej ...*, s. 25.

⁹ J. Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995, s. 250.

¹⁰ J. Mandle, *Globalna sprawiedliwość*, Warszawa 2009, s. 173

¹¹ D. Wolski, *Harmonizacja a ujednolicanie norm prawa prywatnego – wybrane zagadnienia*, [w:] *Unia Europejska: zjednoczeni w różnorodności*, red. C. Mik, Warszawa 2012, s. 315-347; K. Pawłowicz, *Głos w dyskusji*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej ...*, s. 232; Zob. też J. Rajski, *Rozwój tendencji do europeizacji prawa prywatnego*, [w:] *Europeizacja prawa prywatnego*, red. M. Pazdan, t. 2, Warszawa 2008, s. 266 i nast.

¹² D. Wolski, *Harmonizacja...*, s. 323.

¹³ J. Barcz (red.), *Wytoczne polityki legislacyjnej i techniki prawodawczej Zapewnienie skuteczności prawu Unii Europejskiej w prawie polskim*, Warszawa 2009, s. 71.

¹⁴ A. Bednarczyk, *Ochrona konsumenta w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej ...*, s. 211-229; E. Wojtaszek-Mik, *Europeizacja polskiego prawa umów*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej ...*, s. 201.

¹⁵ T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2009, s. 24; Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 9; Autor ten nawet mocniej, wskazuje iż można traktować prawo pracy jako część prawa cywilnego.

UE nie posiada generalnej kompetencji do stanowienia prawa regulującego stosunki prawno-pracownicze i działa tu tylko na zasadzie subsydiarności.¹⁶ Podobieństw między prawem pracy, a prawem zobowiązań jest zresztą znacznie więcej, wystarczy wskazać, iż w obu tych koncepcjach ochronie podlega słabsza strona kontraktu- w przypadku umów o pracę- pracownik, natomiast w zakresie umów konsumenckich (zobowiązań) – konsument¹⁷.

Jednym z podstawowych sposobów wygaśnięcia zobowiązania bez zaspokojenia wierzyciela jest rozwiązanie umowy przez strony.¹⁸ O istocie umów o imprezy turystyczne świadczy też fakt, iż zgodnie ze stanowiskiem M. Ługiewicz w obrocie prawnym „największe znaczenie mają umowy odpłatne, wzajemne, zobowiązujące i rozporządzające, konsensualne i realne”¹⁹. Dlatego też, decyzje legislacyjne w tym obszarze są tak ważne, omawiane w niniejszym artykule będą zawierały uzasadnienie aksjologiczne²⁰. Celem prawa zobowiązań, podobnie jak prawa pracy powinno być więc nie zastępowanie znanych instytucji prawnych²¹, ale eliminowanie różnic mające na celu podobny poziom ochrony słabszej strony kontraktu. Jeszcze jednym ważnym argumentem przemawiającym za brakiem kompetencji po stronie UE w zakresie dążenia do całkowitego ujednolicenia prawa cywilnego jest nieudolna koncepcja stworzenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego rozważana przez ponad 20 lat w ramach Komisji Europejskiego Prawa Kontraktów. Szczególne zasługi dla wkładu w ten projekt należy przypisać prof. Ole Lando, który odpowiadał za stworzenie zbioru Zasad Europejskiego Prawa Umów, które można uznać za swego rodzaju rekomendacje²². Warto w kontekście powyższego przytoczyć za K. Pawłowicz, że „soft law nie jest prawem i w każdej chwili może ulec zmianie gdyż stanowi wyłącznie odzwierciedlenie zmiennej polityki (...)”²³. Szczególne opory wobec koncepcji ujednolicenia prawa prywatnego wyrażają juryści francuscy, dostrzegając w tym poważne zagrożenie „odnarodowienia” wypracowanych przez lata instrumentów.²⁴ W kolejnych częściach niniejszych rozważań omówimy wynikającą z orzecznictwa TSUE zasadę równoważności,

¹⁶ T. Liszcz, *Prawo pracy* ..., s. 68.

¹⁷ A. Dąbrowska, M. Janoś-Kresło, I. Ozimek, *Ochrona i edukacja konsumentów we współczesnej gospodarce rynkowej*, Warszawa 2005, s. 14.

¹⁸ K. Czajkowska-Matosiuk, *Prawo cywilne – część ogólna, prawo rzeczowe i zobowiązania*, Warszawa 2010, s. 555.

¹⁹ M. Ługiewicz, *Konstytucja Biznesu - praktyczne omówienie pakietu ustaw*, Gdańsk 2018, s. 7.

²⁰ Z. Ziemiński, *O stanowieniu i obowiązywaniu prawa*, Warszawa 1995, s. 35.

²¹ T. Liszcz, *Prawo pracy* ..., s. 69.

²² https://pl.wikipedia.org/wiki/Komisja_Lando.

²³ K. Pawłowicz, *Przedsiębiorca wobec Najwyższej Izby Kontroli. Studium publicznoprawne*, Warszawa 2005, s. 141.

²⁴ K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona* ..., s. 193.

zgodnie z którą „państwa członkowskie muszą podjąć takie działania, które zapewnią normom prawa europejskiego skuteczność proceduralną i materialną co najmniej taką jak odpowiednim normom prawa krajowego”²⁵.

ROZWIĄZANIA

INTERWENCYJNE PRAWODAWCY POLSKIEGO

Ustawą z dnia 31 marca 2020 r. tzw. tarczą antykryzysową 2.0²⁶ został wprowadzony art. 15k, jako zmiana w ustawie o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Przepis ten uregulował kwestię odstąpienia od umowy o imprezę turystyczną przez podróżnego oraz rozwiązania takiego kontraktu, gdy te czynności prawne polegające na wygaśnięciu zobowiązania pozostają w bezpośrednim związku z wybuchem epidemii wirusa SARS-CoV-2. W pierwszej kolejności dokonamy omówienia rozwiązania kontraktu przez podróżnego. Otóż osoba taka może odstąpić od umowy o udział w imprezie turystycznej przed jej rozpoczęciem bezkosztowo (tzn. bez ponoszenia opłaty za odstąpienie) w przypadku wystąpienia nieuniknionych i nadzwyczajnych okoliczności występujących w miejscu docelowym lub jego najbliższym sąsiedztwie, które mają znaczący wpływ na realizację imprezy turystycznej lub przewóz podróżnych do miejsca docelowego²⁷. W sytuacji, gdy odstąpienie pozostaje w bezpośrednim związku z wybuchem epidemii wirusa SARS-CoV-2, jest skuteczne z mocy prawa po upływie 180 dni od dnia powiadomienia organizatora turystyki przez podróżnego o odstąpieniu. Faktem jest więc, iż podróżny może odstąpić od umowy o udział w imprezie turystycznej w każdym czasie przed jej rozpoczęciem, skuteczność tego odstąpienia będzie jednak odsunięta w czasie, jeżeli w trybie art. 47 ust. 4 ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych będzie pozostawała w bezpośrednim związku z COVID-19. Podobny mechanizm odsuniętej w czasie skuteczności rozwiązania umowy funkcjonuje w prawie pracy, o czym szerzej w dalszej części rozważań. Intencją omawianego art. 15k jest zawieszenie na czas 180 dni skutku prawnego i to tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie miało

²⁵ J. Barcz, *Wtyczne polityki ...*, s. 15.

²⁶ Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r. poz. 568).

²⁷ <https://www.gov.pl/web/rozwoj/poradnik-dla-podroznych-oraz-organizatorow-turystyki>.

związek z wybuchem epidemii COVID-19. Samo wystąpienie nieuniknionych i nadzwyczajnych okoliczności w miejscu docelowym lub jego najbliższym sąsiedztwie nie uprawnia podróżnego do skorzystania z regulacji zawartej w tzw. „tarczy antykryzysowej”. Przesłanką relevantną i niezbędną jest dodatkowo wykazanie, że ww. okoliczności będą miały znaczący wpływ na realizację imprezy turystycznej lub przewóz podróżnych do miejsca docelowego²⁸. Podróżny może żądać w takiej sytuacji wyłącznie zwrotu wpłat dokonanych z tytułu imprezy turystycznej, bez odszkodowania lub zadośćuczynienia. W omawianym przypadku nie powinna być brana pod uwagę płynność finansowa podróżnego. Ten ostatni odstępuje bowiem od umowy o imprezę turystyczną w związku z epidemią COVID-19 występującą w miejscu docelowym lub jego najbliższym sąsiedztwie, mającą znaczący wpływ na realizację imprezy turystycznej lub przewóz podróżnych do miejsca docelowego.

Odstąpienie bezkosztowe w trybie art. 47 ust. 4 ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych nie dotyczy wszystkich nieuniknionych i nadzwyczajnych okoliczności występujących w życiu konsumenta. W szczególności nie może być argumentem w tym przypadku osobista przypadłość, jak np. zachorowanie na koronawirusa czy utrata pracy, nie są to bowiem okoliczności występujące w miejscu docelowym imprezy turystycznej, bądź jego najbliższym sąsiedztwie. Regulacja nie zmienia określonego w obecnych przepisach czternastodniowego terminu na zwrot poniesionych przez podróżnego kosztów z tytułu umowy, od której odstąpił w związku z wystąpieniem nadzwyczajnych i nieuniknionych okoliczności. Ten termin nadal jest wiążący, a jego początek jest liczony od dnia skutecznego rozwiązania umowy, który będzie odroczony w czasie²⁹. Przepisy ustawy pozwalają podróżnemu w tym okresie na alternatywny wybór vouchera. Klient może więc skorzystać z propozycji organizatora turystyki do otrzymania vouchera na realizację imprezy turystycznej w przyszłości, w ciągu roku od dnia, w którym miała się ona rozpocząć. Niezbędną przesłanką w tym zakresie jest jednak zgoda podróżnego na otrzymanie odpowiedniego vouchera. Powyższe oznacza, iż faktyczna realizacja bonu ma przypadać w przeciągu roku od dnia, w którym miała się odbyć pierwotna impreza turystyczna. Realizacja bonu polega zaś na aneksowaniu pierwotnej umowy o istotne informacje takie jak: miejsce podróży, termin czy dodatkowe świadczenia. Niezmienne pozostają strony kontraktu, chyba że dojdzie do cesji praw, na osobę która spełnia warunki udziału w imprezie

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

turystycznej i przyjęcie obowiązku wynikające z takiego kontraktu³⁰. Czas na aneksowanie to rok od momentu, w którym miała rozpocząć się impreza turystyczna wykupiona przez podróżnego, przepisy dopuszczają w drodze zmiany umowy wybór imprezy turystycznej, która odbędzie się nawet po upływie roku od momentu w którym miał się rozpocząć pierwotny wyjazd. Wiążące w tym przypadku jest aneksowanie pierwotnego kontraktu w terminie roku od dnia, w którym miała się odbyć dotychczasowa impreza turystyczna. Zatem podróżny może w ramach voucheru skorzystać tylko z oferty dotyczącej imprezy turystycznej w rozumieniu ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych. Świadczyć może o tym fakt, iż środki odpowiadające wpłatom na poczet realizacji umów o imprezy turystyczne, podlegają ochronie na wypadek niewypłacalności organizatora turystyki, również w przypadku wyrażenia przez podróżnego zgody na otrzymanie w zamian od organizatora turystyki voucheru do realizacji na poczet przyszłych imprez turystycznych. Wartość voucheru, nie może być niższa niż kwota wpłacona na poczet realizacji dotychczasowej umowy o imprezę turystyczną. W tym zakresie obowiązuje więc zasada ekwiwalentności. Sam voucher, co należy podkreślić, ma natomiast charakter prawny, tzw. znaku legitymacyjnego, czyli dokumentu o określonej wartości pieniężnej uprawniającego do nabycia wskazanego świadczenia – w tym przypadku skorzystania z pakietu w drodze aneksu do pierwotnej umowy³¹. Stanowisko to jest zbieżne z dotychczasowym podejściem doktryny do tego typu papierów, będących w obrocie prawnym³². Jak wskazał K. Zacharzewski „czynnikiem wyznaczającym „treść znaku” jest zazwyczaj umowa”³³. Słusznie przyjmuje się również, iż znaki legitymacyjne podlegają obrotowi wtórnemu³⁴, w przypadku omawianego voucheru będzie to rodzaj cesji. Znaki legitymacyjne mogą być imienne³⁵, co akurat przy omawianej konstrukcji voucheru będzie obligatoryjne.

³⁰ B. Wojciechowski, K. Kozera, K. Pośpiech-Białas, K. Szczur, P. Sulczewski, *Poradnik Gazety Prawnej Usługi turystyczne*, nr 6/916 czerwiec 2019, s. 53.

³¹ Zobacz więcej: <https://cenabiznesu.pl/-czy-nieodpłatne-przekazanie-vouchera-jest-opodatkowane>.

³² Zobacz więcej: <https://adamusrafal.pl/o-znakach-legitymacyjnych>.

³³ K. Zacharzewski, *Znaki legitymacyjne stwierdzające obowiązki świadczenia*, "Prawo spółek" 1999, listopad, s. 34-38.

³⁴ <http://www.schiffersroczynski.pl/blog/402-charakterystyka-prawna-tokena-emitowanego-w-procesie-ico>.

³⁵ M. Sobolewski, *Znaki legitymacyjne – istota i znaczenie. Problematyka przepisów dotyczących umorzenia znaków legitymacyjnych*, s. 200-208, http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-dfc76de6-4c80-480c-a220-ce7674359140/c/13_SOBOWLEWSKI.pdf; P. Ochamnn, *Czy każdy bilet zawsze musi być znakiem legitymacyjnym, czyli rozważania o zasadzie 'numerus clausus' papierów wartościowych w polskim porządku prawnym*, "Zeszyty Prawnicze" 2016, nr 16(1), s. 136-168.

DZIAŁANIE PRAWA WSTECZ

Omawiana regulacja weszła w życie z mocą wsteczną wyznaczoną na dzień 13 marca 2020 r. Dodatkowo zastosowano zabieg legislacyjny, zgodnie z którym jeżeli odstąpienie od umowy przez podróżnego lub rozwiązanie umowy przez organizatora turystyki z powodu wybuchu epidemii wirusa SARS-CoV-2 nastąpiło na mniej niż 14 dni przed dniem 13 marca 2020 r. lub po tym dniu, rozwiązanie staje się skuteczne po upływie 180 dni od dnia tego rozwiązania i termin 14-dniowy na zwrot poniesionych przez podróżnego wpłat zacznie biec po upływie tych 180 dni. Ustawa względniejsza dla podmiotu, którego dotyczy może mieć efekt retroaktywny³⁶. Dopuszcza się działanie prawa wstecz w szczególnych warunkach. Zgodnie z wyrokiem TK z dnia 18 grudnia 2002 r. wskazano, iż „istnieją szczególne rodzaje regulacji prawnych, wobec których reguły niedziałania prawa wstecz nie mają bezwzględnego zastosowania. Dotyczy to przede wszystkim takich przepisów, które zapewniają obywatelowi korzystniejszą sytuację aniżeli dotychczas istniejąca.”³⁷ Z całą pewnością nowa regulacja prawna działa na korzyść organizatorów turystyki, ale również podróżny jest w korzystniejszej sytuacji faktycznej. Klient zyskuje ustawowo możliwość wyboru pomiędzy ewentualnym voucherem a zwrotem środków, przy czym voucher może być wyższej wartości, co jest bardzo atrakcyjne dla podróżnego. Dodatkowo środki odpowiadające wpłatom na poczet realizacji umów o imprezy turystyczne, podlegają ochronie na wypadek niewypłacalności organizatora turystyki. Powyższe świadczy zatem o znacznie lepszej sytuacji konsumenta, aniżeli w przypadku gdy organizator turystyki w związku z COVID-19 byłby postawiony w stan niewypłacalności³⁸. Przedsiębiorca jest chroniony w ramach omawianych regulacji podobnie jak konsument, czyli słabsza strona kontraktu, ponieważ sytuacja jest nadzwyczajna i dotyka każdego uczestnika rynku turystycznego³⁹.

³⁶ A. Grześkowiak, [w:] *Prawo Karne*, red. K. Wiak, A. Grześkowiak, Warszawa 2015, s. 25.

³⁷ Wyrok TK z 18.12.2002 r., K 43/01, <https://czasopismo.legartis.org/2015/09/tk-dzialanie-prawa-wstecz.html>, <https://www.saos.org.pl/judgments/106039>.

³⁸ <https://turystyka.rp.pl/biura-podrozy/26550-komisja-europejska-nie-dla-obowiazkowych-voucherow>.

³⁹ http://radcaprawny.media/archiwum/praktyka/przedsiębiorca-chroniony-jak-konsument/?fbclid=IwAR1En2y55ypKFu3_Yev5WrOTWxbf2hFDfhwPw0C69rGWsXQJyePj7xXJV-M.

DZIAŁANIA KRAJÓW CZŁONKOWSKICH I UE

Dokonując oceny przyjętego w Polsce rozwiązania należy uwzględnić fakt, że obowiązek zwrotu podróżnemu wpłat w ciągu 14 dni w przypadku anulowania imprezy wynika z art. 12 Dyrektywy 2015/2302 w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych⁴⁰ implementowanego do polskiego prawa w art. 47 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych⁴¹. Z tego względu rozwiązanie przyjęte w tym obszarze przez państwa członkowskie UE podlegać będą ocenie pod względem ich zgodności z art. 12. dyrektywy 2015/2302. Warto dodać, że przepis ten nie przewiduje wyjątków umożliwiających wydłużenie terminu zwrotu wpłat za anulowane imprezy. Z tego względu z punktu widzenia państw członkowskich istotne było stanowisko Komisji Europejskiej w tej sprawie. Wprawdzie uprawnienie do dokonywania wykładni prawa przysługuje Trybunałowi Sprawiedliwości, a nie Komisji Europejskiej, jednakże to Komisja dokonuje wstępnej oceny zgodności przepisów krajowych z prawem UE, a w przypadku stwierdzenia braku takiej zgodności wzywa państwa członkowskie do ich usunięcia, a w dalszej kolejności może skierować sprawę do Trybunału Sprawiedliwości. Z tego względu stanowisko Komisji Europejskiej ma istotne znaczenie dla oceny rozwiązań przyjętych w państwach członkowskich.

Jak już wspomniano, dążenie do ograniczenia rozprzestrzeniania się COVID-19 skłoniło państwa do wprowadzenia ograniczeń dotyczących przemieszczania się ludności, a także prowadzenia działalności gospodarczej. Rezultatem wprowadzonych ograniczeń było zjawisko odwoływania na masową skalę zarezerwowanych usług turystycznych, a w konsekwencji drastyczny spadek przychodów przedsiębiorstw turystycznych. Źródłem problemów dla organizatorów imprez turystycznych – w państwach członkowskich UE stał się wspomniany wyżej art. 12 Dyrektywy 2015/2302 nakładający na nich obowiązek zwrotu podróżnym wpłat za anulowane imprezy – w ciągu 14 dni od rozwiązania umowy.

Zarówno państwa członkowskie jak Komisja Europejska dostrzegły, że w zaistniałej sytuacji realizacja tego obowiązku prowadzi na masową skalę

⁴⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylająca dyrektywę Rady 90/314/EWG.

⁴¹ Ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych. Dz.U. 2017 poz. 2361 z późn. zm., (dalej: u.i.t.i.p.u.t.)

do utraty płynności finansowej organizatorów imprez turystycznych. Zapobieżenie temu zjawisku wymagało stworzenia biurom podróży możliwości przesunięcia terminu zwrotu konsumentom wpłat za niezrealizowane wyjazdy, zmniejszającej w istotny sposób ryzyko utraty płynności finansowej, a tym samym ryzyko masowych bankructw mających negatywny wpływ na funkcjonowanie rynku imprez turystycznych i konkurencji na tym rynku.

Podjmując decyzje w sprawie zwrotu wpłat podróżnym należało uwzględnić fakt, że na skutek pandemii ucierpieli nie tylko organizatorzy imprez, ale również ich nabywcy oraz, że przyjęte rozwiązania będą miały wpływ na ich późniejsze decyzje w sprawie zakupu imprez.

Analiza dostępnych materiałów na temat rozwiązań przyjmowanych przez poszczególne państwa członkowskie UE pokazała, że stosowano następujące rozwiązania:

1. przesunięcie terminu zwrotu wpłat – poprzez:

a) przesunięcie o 180 dni terminu, w którym następuje rozwiązanie umowy z podróżnym z powodu pandemii, od którego liczony jest 14-dniowy termin zwrotu wpłat;

b) wydłużenie terminu zwrotu podróżnym wniesionych wpłat z 14 dni do 6 miesięcy;

2. wydawanie podróżnym bonów/voucherów o wartości zapłaconej kwoty za imprezę:

a) fakultatywne jako jedna z opcji zwrotu za imprezę; drugą opcją był zwrot w gotówce;

b) obligatoryjne – zwroty wpłat podróżnym dokonywane tylko w formie bonów/voucherów – bez możliwości zwrotu w gotówce.

Przykładem państwa, w którym wprost wydłużono termin 14-dniowego zwrotu wpłat podróżnym jest Francja. Wprowadzono zmianę do regulacji o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych polegającą na czasowym wydłużeniu terminu zwrotu wpłat podróżnym odstępującym od umowy z powodu COVID-19. Zgodnie z tą zmianą zwrot powinien być dokonany w okresie do 6 miesięcy od daty odstąpienia od umowy z powodu COVID-19⁴².

Podobny skutek ma przyjęte w Polsce rozwiązanie polegające na przesunięciu o 180 dni terminu w jakim następuje rozwiązanie umowy o udział w imprezie turystycznej. Jednocześnie wprowadzono możliwość wydawania

⁴² Temporary Extension of 14-day time limit for refunds to 6 months; <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1e2ef21d-e972-4226-9263-14710ad9c157>.

przez organizatorów turystyki voucherów zamiast zwrotu wpłaty w gotówce.

Przykładem państwa, w którym wprowadzono obligatoryjności zwrotu wpłat w postaci bonów/voucherów jest Belgia. Decyzją Ministra Gospodarki z 19.03.2020 w sprawie zwrotu anulowanych pakietów wakacyjnych⁴³ wprowadzono zasadę, że jeżeli umowa o udziału w imprezie turystycznej zostaje rozwiązana z powodu koronawirusa - organizator imprezy ma prawo a podróżny który ją nabył ma obowiązek przyjęcia bonu/voucheru spełniającego następujące warunki:

- opiewa na pełną wartość kwoty już zapłaconej przez podróżnego;
- podróżny nie zostanie obciążony żadnymi kosztami za jego dostarczenie ;
- ma ważność co najmniej jeden rok;
- wyraźnie stwierdza, że został wydany w wyniku kryzysu.

Jednocześnie na organizatorów imprez turystycznych nałożono obowiązek prowadzenia rejestru wszystkich wydanych bonów, zawierającego informacje o ich wartości i posiadaczach.

Wprowadzono również zasadę, że zabezpieczenie organizatora imprezy na wypadek niewypłacalności obejmuje zwrot wartości bonów.

Potrzeba oceny zgodności z dyrektywą rozwiązań przyjmowanych przez państwa członkowskie skłoniła Komisję Europejską do przedstawienia własnego stanowiska w tej sprawie, co znalazło odzwierciedlenie w wydawanych przez nią dokumentach, a w szczególności:

Informacji dotyczącej stosowania dyrektywy o imprezach turystycznych w związku z COVID-19⁴⁴;

Zaleceniu Komisji (UE) 2020/648 z 13 maja 2020 w sprawie bonów oferowanych pasażerom i podróżnym jako alternatywa dla zwrotu pieniędzy za odwołane imprezy turystyczne i usługi transportowe w kontekście pandemii COVID-19⁴⁵.

Pierwszy z wyżej wymienionych dokumentów stanowił nieformalne wytyczne, opracowane przez Dyрекcję Generalną ds. Sprawiedliwości i Konsumentów, dotyczące m.in. stosowania art. 12 Dyrektywy 2015/2302. Zgodnie z tym dokumentem jeżeli z uwagi na „nieuniknione i nadzwyczajne

⁴³ https://translate.google.pl/translate?hl=&sl=nl&tl=pl&u=http%3A%2F%2Fwww.ejustice.just.fgov.be%2Fcgi%2Farticle_body.pl%3Flanguage%3Dnl%26pub_date%3D2020-03-20%26caller%3Dsummary%26numac%3D2020040676.

⁴⁴ Dokument opublikowany na stronie internetowej Komisji poświęconej reakcji na COVID-19 https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/travel-and-transportation_pl.

⁴⁵ Zalecenia Komisji (UE) 2020/648 z 13 maja 2020 w sprawie bonów oferowanych pasażerom i podróżnym jako alternatywa dla zwrotu pieniędzy za odwołane imprezy turystyczne i usługi transportowe w kontekście pandemii COVID-19, Dz. Urz. UE L 151/10 z 14 maja 2020.

okoliczności” impreza turystyczna zostanie odwołana, lub podróżny z tego powodu odstąpi od umowy - ma prawo do pełnego zwrotu wszelkich wpłat dokonanych na poczet tej imprezy. Zwrotu należy dokonać bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia rozwiązania umowy. W takim przypadku organizator może zaoferować zwrot kosztów podróżnemu w formie bonu. Możliwość ta nie pozbawia jednak podróżnych prawa do otrzymania zwrotu w formie pieniężnej. Z powyższego wynika, iż Dyrekcja Generalna ds. Sprawiedliwości i Konsumentów stoi na stanowisku, że bony mogą stanowić alternatywę dla zwrotu wpłat podróżnym w gotówce jednak pod warunkiem zapewnienia podróżnemu możliwości wyboru. Tym samym wyklucza obligatoryjność przyjmowania bonów przez podróżnych.

W wytycznych nie odniesiono się do innych, stosowanych przez państwa członkowskie rozwiązań, umożliwiających przesunięcie terminu zwrotu podróżnym wpłat za anulowane imprezy, a także do potrzeby modyfikacji art. 12 dyrektywy 2015/2302 na wypadek wystąpienia w przyszłości nadzwyczajnych okoliczności – takich jak pandemia.

Scharakteryzowane wyżej wytyczne nie miały charakteru wiążącego, nie przedstawiały również stanowiska Komisji Europejskiej w tej sprawie, a jedynie wyrażały opinię Dyrekcji Generalnej ds. Sprawiedliwości i Konsumentów.

Stanowisko Komisji w sprawie możliwości wydawania podróżnym przez organizatorów imprez bonów tytułem zwrotu wpłat za imprezy anulowane z powodu COVID-19 zostało przedstawione w zaleceniu Komisji (UE) 2020/648 z 13 maja 2020. Komisja podzieliła opinię Dyrekcji Generalnej ds. Sprawiedliwości i Konsumentów o dopuszczalności stosowania bonów/ voucherów jako alternatywy do zwrotu wpłat podróżnym pod warunkiem, że podróżni nie zostaną pozbawieni prawa do otrzymania zwrotu w formie pieniężnej. Tym samym wykluczyła możliwość oferowania podróżnym zwrotu wpłat wyłącznie w formie bonów. Świadomość ograniczonej skuteczności takiego rozwiązania skłoniły Komisję Europejską do wskazania przedsiębiorcom i państwom członkowskim co mogą zrobić, aby zwiększyć atrakcyjność bonów. W pkt 3-12 omawianego Zalecenia określano cechy jakie zdaniem Komisji powinny posiadać bony/vouchery aby stanowiły atrakcyjną alternatywę zwrotu wpłat w gotówce. Zaliczono do nich następujące:

Minimalny okres ważności bonów powinien wynosić 12 miesięcy.

W przypadku niewykorzystania przez podróżnego bonu w okresie jego ważności - organizator w ciągu 14 dni po upływie okresu ważności powinien zwrócić podróżnemu kwotę danego bonu lub jego niewykorzystanej części.

W przypadku bonów, których okres ważności jest dłuższy niż 12 miesięcy podróżnemu powinno przysługiwać prawo żądania zwrotu w formie pieniężnej nie później niż 12 miesięcy po wydaniu bonu. Organizatorzy powinni rozważyć możliwość wymiany – na wniosek podróżnego - bonów na gotówkę w terminie wcześniejszym niż 12 miesięcy od daty wydania danego bonu.

Podróżni powinni mieć możliwość wykorzystania bonów do regulowania płatności za wszelkie nowe rezerwacje dokonane przed upływem daty ważności bonu, nawet jeżeli uregulowanie płatności lub wykonanie usługi następuje po tej dacie.

Podróżni powinni mieć możliwość wykorzystania bonów do opłacenia wszelkich imprez turystycznych oferowanych przez organizatora.

Z zastrzeżeniem dostępności i bez względu na taryfę lub różnicę cen: – organizatorzy powinni zapewnić, aby bony umożliwiały podróżnym rezerwację imprezy turystycznej charakteryzującej się takim samym rodzajem usług lub taką samą jakością jak odwołana impreza.

Organizatorzy powinni rozważyć rozszerzenie możliwości wykorzystania przez podróżnego bonów do dokonywania rezerwacji u innych organizatorów.

W przypadku gdy odwołaną imprezę turystyczną zarezerwowano za pośrednictwem biura podróży lub innego pośrednika, organizatorzy powinni dopuścić wykorzystanie bonów w celu dokonania nowych rezerwacji również za pośrednictwem tego samego biura podróży lub innego pośrednika.

Powinna również istnieć możliwość przenoszenia bonów na innego podróżnego bez dodatkowych kosztów, jeżeli dostawcy usług wchodzących w zakres imprezy wyrażą zgodę na takie przeniesienie bez dodatkowych kosztów.

Aby zwiększyć atrakcyjności bonów organizatorzy mogliby rozważyć wydawanie bonów o wyższej wartości niż całkowita kwota płatności dokonanych za pierwotnie zarezerwowaną imprezę turystyczną lub usługę transportową, na przykład w formie dodatkowej kwoty ryczałtowej lub dodatkowych usług.

Na bonach należy umieścić informację o okresie ich ważności i wskazać wszystkie związane z nimi prawa. Bony należy wydawać na trwałym nośniku, takim jak e-mail lub papier.

Do przedsiębiorców należy decyzja, które z ww. cech będą posiadały wydane przez nich bony/vouchery.

W Zaleceniach wskazuje się również co mogą zrobić państwa członkowskie, aby zwiększyć atrakcyjność bonów/voucherów. Proponuje się im rozważanie możliwości:

ustanowienia systemów gwarancji dla bonów, aby zagwarantować, że w przypadku niewypłacalności emitenta bonu podróżni otrzymają zwrot jego wartości.

w przypadku upadłości organizatora – pokrycie roszczenia podróżnych o zwrot kosztów. Jednocześnie wskazuje się, że jeżeli zwrot ma miejsce po zakończeniu postępowania likwidacyjnego i tym samym nie przysparza organizatorowi podróży (który nie prowadzi już działalności gospodarczej) korzyści w postaci wsparcia płynności, lecz niesie wyłącznie korzyści podróżnym, zwrot ten nie stanowi pomocy państwa. Systemy tego rodzaju mogą być zatem wdrażane przez państwa członkowskie bez uprzedniej zgody Komisji.

Komisja uważa, że organizacje konsumenckie na szczeblu unijnym i krajowym powinny zachęcać podróżnych do akceptowania – zamiast zwrotu pieniędzy – bonów, które mają cechy opisane w Zaleceniach i które objęte są ochroną przed niewypłacalnością.

W Zaleceniach Komisja nie odniosła się do rozwiązań stosowanych przez państwa polegających na bezpośrednim terminu zwrotu wpłat podróżnym, a także nie rozważała potrzeby wprowadzenia zmian do dyrektyw 2015/2302.

Bony/vouchery posiadające wyżej wymienione cech i gwarancje zwiększają prawdopodobieństwo, że podróżni zdecydują się wybór bonu zamiast zwrotu pieniędzy, a tym samym przyczynią się do poprawy poziom płynności finansowej organizatorów imprez.

Podsumowując rozwiązaniem, które uzyskało wyraźną akceptację Komisji Europejskiej – jest rozwiązanie zapewniające podróżnym wybór pomiędzy zwrotem w gotówce, a bonem, który przynosi im dodatkowe korzyści.

PRZYKŁADY ODROCZENIA SKUTECZNOŚCI OŚWIADCZENIA WOLI W INNYCH REGULACJACH SYSTEMU PRAWA POLSKIEGO

Analizując przedmiotową regulację trudno uniknąć postawienia pytania, czy tego rodzaju rozwiązanie jakie w tym przypadku zostało przyjęte przez ustawodawcę jest spotykane w polskim systemie prawnym? Kolejne pytanie, które niejako naturalnie nasuwa się wraz z pierwszym w wypadku udzielenia na nie odpowiedzi pozytywnej, dotyczy możliwości wskazania przykładów analogicznych lub podobnych do zastosowanego rozwiązań prawnych?

Poszukując odpowiedzi na powyższe pytania wypada skierować się w pierwszej kolejności ku normom prawnym dotyczącym składania oświadczeń woli oraz skutków ich złożenia.

Kwestia składania oświadczeń woli została uregulowana w art. 60 k.c. Przepis ten stanowi, iż z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Nie wchodząc w szczegółową jego analizę, albowiem nie stanowi to zasadniczego przedmiotu niniejszych rozważań, wypada poprzestać na akcentowanej w doktrynie konkluzji, że konstrukcja oraz treść przywołanej normy prawnej wskazują, iż pełni ona podwójną funkcję. Statuując zasadę swobody wyboru formy złożenia oświadczenia woli, konstruuje zarazem samą definicję oświadczenia woli, którym w świetle tego przepisu jest każde zachowanie się osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej, a więc – inaczej rzecz ujmując – „zachowanie dostatecznie ujawniające wolę”⁴⁶. Nie powinno zatem budzić żadnych wątpliwości, że odstąpienie od umowy o udział w imprezie turystycznej stanowi jednostronne oświadczenie woli podróżnego wobec organizatora turystyki, w rozumieniu przywołanego przepisu⁴⁷.

W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę na możliwość powiązania złożenia oświadczenia woli z upływem danego czasu, w szczególności – mając na względzie zasadniczy przedmiot rozważań – dopuszczalność wywarcia przez oświadczenie woli skutków prawnych dopiero po upływie określonego terminu.

W myśl art. 116 § 1 k.c. nastąpienie skutków oświadczenia woli można co do zasady uzależnić od nadejścia określonego terminu. Ustawodawca nie uregulował jednak tej kwestii w sposób szczegółowy, lecz odesłał w tej materii do odpowiedniego stosowania unormowań dotyczących warunku, tj. do art. 89–94 k.c. Niemniej za dopuszczalne wypada uznać na tej podstawie zastrzeżenie przy składaniu oświadczenia woli terminu początkowego, tj. terminu, z którego nadejściem dopiero powstaną jego skutki prawne. W takim przypadku oświadczenie woli nie wywiera skutków z chwilą dokonania, lecz dopiero w jakiś czas później, po nadejściu zastrzeżonego terminu. Do takiej czynności mają odpowiednie zastosowanie przepisy o warunku zawieszającym. Nie ma

⁴⁶ R. Trzaskowski, [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*, red. J. Gudowski, Lex/el. 2018; komentarz do art. 60 k.c. Szerzej na ten temat zob. m. in. M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, 2018; kom. do art. 60, nb 1; Por. też wyrok SN z 7.05.2014 r., II CSK 481/13, LEX nr 1483576; wyrok SN z 23.03.2018 r., I CSK 351/17, LEX nr 2525391.

⁴⁷ Zob. H. Zawistowska, [w:] *Komentarz do ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych*, red. D. Borek, H. Zawistowska, Gdańsk 2020, s. 392 i nast.

także przeszkód, aby także zastrzeżenie terminu początkowego połączyć z zastrzeżeniem warunku zawieszającego⁴⁸.

W doktrynie podnosi się, że jest obojętnym czy ów termin z którym jest powiązane oświadczenie woli został oznaczony przy użyciu pojęć kalendarzowych (*dies certus quando*), czy przez wskazanie konkretnego zdarzenia, które musi nastąpić, jednak nie można z góry, z pewnością podać, kiedy się to stanie (*dies incertus quando*). Istotne jest to, że w obu przypadkach termin z całą pewnością nadejdzie⁴⁹. Przyjmuje się, że dopuszczalne jest zastrzeżenie terminu zarówno przy dokonywaniu czynności rozporządzających, jak i zobowiązujących⁵⁰.

W świetle powyższych uwag należy stwierdzić, że konstrukcja odroczenia skuteczności oświadczenia woli jest znana prawu polskiemu. Nie ma zatem żadnych przeszkód aby skutek takiego oświadczenia został odsunięty w czasie i wystąpił dopiero wraz z nadejściem określonego terminu.

Przechodząc do odpowiedzi na drugie ze sformułowanych pytań skierować się trzeba ku regulacjom prawnym poświęconym umowom. W nich bowiem, zażywszy na to, że podróżny zawiera umowę (o udział w imprezie turystycznej), jak się wydaje trzeba poszukiwać rozwiązania tego zagadnienia. Już pobieżne spojrzenie na normy prawne dotyczące tej materii pozwala na udzielenie jednoznacznej odpowiedzi twierdzącej także na to pytanie. Należy bowiem stwierdzić, że ustawodawca wielokrotnie posługuje się konstrukcją odroczenia skuteczności oświadczenia woli w ustawach przede wszystkim w kontekście rozwiązywania umów (ich wypowiedzania lub odstępowania od umowy), przy czym czyni to w każdym przypadku w nieco odmienny sposób, dostosowany do przedmiotu i zakresu regulacji danego aktu prawnego. Trudno w niniejszym opracowaniu wskazać wszystkie możliwe przykłady, dlatego też ograniczono się do wyliczenia tylko tych kilku, które zdaniem autorów wydają się być najbliższe rozwiązaniu zastosowanemu w przypadku odstąpienia od umowy o udział w imprezie turystycznej.

⁴⁸ Zob. wyrok SN z 5.04.2019 r., I CSK 141/18, LEX nr 2642411; B. Giesen, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, Warszawa 2014; Komentarz do art. 116.

⁴⁹ Por. np. uzasadnienie uchwała składu siedmiu sędziów SN z 9.06.1958 r. – zasady prawnej – I CO 11/58, OSNCK 1959/4, poz. 92, z glosą A. Ohanowicza, "Państwo i Prawo" 1960, nr 1, s. 173; oraz z omówieniem W. Świącickiego i K. Piaseckiego, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w składach powiększonych. Sprawy cywilne za lata 1945–1959*, Warszawa 1961, s. 403.

⁵⁰ Z. Radwański, [w:] *System Prawa Prywatnego, t. 2, Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 280; odmiennie co do czynności zobowiązujących E. Drozd, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa 1974, s. 82 i n.

Wydaje się, że pierwszy, najszybciej nasuwający się przykład odroczenia w czasie skutku złożonego oświadczenia woli można odnaleźć w przepisach Kodeksu pracy⁵¹ regulujących kwestię wypowiedzania umowy o pracę. Zgodnie z art. 36 § 1 pkt 2 i 3 k.p. okres wypowiedzenia umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony i umowy o pracę zawartej na czas określony [...] wynosi 1 miesiąc, jeżeli pracownik był zatrudniony co najmniej 6 miesięcy a 3 miesiące, jeżeli pracownik był zatrudniony co najmniej 3 lata. Istotne jest przy tym, iż w myśl zaś art. 30 § § 2¹ k.p., powyższe okresy wypowiedzenia oblicza się w ten sposób, że ich bieg kończy się w ostatnim dniu miesiąca⁵². Z przywołanych przepisów wynika, że jeżeli jedna ze stron umowy o pracę złoży drugiej oświadczenie woli – wypowiedzenie umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony jak i tej zawartej na czas określony – to bez względu na dzień miesiąca, w którym zostało ono złożone, wywrze ono skutek w postaci rozpoczęcia biegu terminu okresu wypowiedzenia wskazanego w przywołanym wyżej 30 § § 2¹ k.p. dopiero w pierwszym dniu miesiąca następującego po miesiącu, w którym złożono wypowiedzenie⁵³.

Kolejny przykład rozwiązania prawnego przewidującego odroczenie odnaleźć można w art. 5aa ust. 7 pkt 2 ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne⁵⁴. Przepis ten przewiduje możliwość wypowiedzenia przez odbiorcę końcowego umowy sprzedaży rezerwowej lub umowy kompleksowej zawierającej postanowienia umowy sprzedaży rezerwowej w drodze wypowiedzenia z zachowaniem miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na ostatni dzień miesiąca następujący po miesiącu, w którym nastąpiło doręczenie oświadczenia o wypowiedzeniu umowy, przy czym odbiorca może wskazać późniejszy jej termin rozwiązania. Z przywołanego przepisu wynika, że ustawodawca przewidział, że oświadczenie woli stanowiące wypowiedzenie zawartej umowy bez względu na dzień miesiąca, w którym zostanie ono złożone, wywrze skutek prowadzący do jej rozwiązania w ostatnim dniu tego miesiąca. Z tym dniem rozpoczyna się bowiem bieg okresu wypowiedzenia. Tożsame rozwiązanie zastosowano także w art. 62b ust. 3 ustawy – Prawo energetyczne, w świetle którego odbiorca może wypowiedzieć umowę sprzedaży paliw

⁵¹ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy; t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 z późn. zm., (dalej: k.p.).

⁵² zob. wyrok SN z 11.12.2018 r., II PK 237/17, Lex nr 2609156; K. Stefański, *Pojęcie miesiąca w kodeksie pracy w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, "PiZS" 2016, nr 2, s. 32-35.

⁵³ Sąd Najwyższy w wyroku z 12.07.2012 r., II PK 300/11, OSNP 2013, nr 15-16, poz. 169, stwierdził, że okresy wypowiedzenia nie mają charakteru okresów sztywnych. Do przedłużenia okresów wypowiedzenia dochodzi zatem z mocy przepisów o terminach wypowiedzenia, gdy pracodawca złoży oświadczenie woli w innym dniu niż sobota lub ostatni dzień miesiąca.

⁵⁴ T.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 755 z późn. zm., (dalej: u.P.e.).

gazowych lub umowę kompleksową, bez ponoszenia kosztów, składając do przedsiębiorstwa energetycznego pisemne oświadczenie. Umowa ta ulega rozwiązaniu z ostatnim dniem miesiąca następującego po miesiącu, w którym oświadczenie o wypowiedzeniu umowy dotarło do przedsiębiorstwa energetycznego, chyba że odbiorca wskaże późniejszy termin rozwiązania tej umowy.

Następnym przykładem aktu prawnego, w którym ustawodawca posłużył się analizowaną konstrukcją prawną jest ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego⁵⁵. W jej przepisach rozwiązanie to możemy odnaleźć co najmniej w kilku artykułach⁵⁶. Dlatego też w tym miejscu wypada poprzestać na przywołaniu art. 11 ust. 3 pkt 1, w świetle którego właściciel lokalu może wypowiedzieć stosunek najmu z zachowaniem sześciomiesięcznego terminu wypowiedzenia, z powodu niezamieszkiwania najemcy przez okres dłuższy niż 12 miesięcy. Także na gruncie tego przepisu, z uwagi na odesłanie do odpowiedniego stosowania art. 110 – 116 k.c. w zakresie sposobu obliczania terminu, oświadczenie woli stanowiące wypowiedzenie umowy złożone w ciągu danego miesiąca wywrze skutek w postaci rozpoczęcia biegu sześciomiesięcznego okresu wypowiedzenia dopiero z ostatnim dniem tego miesiąca.

Jako ostatni przykład można wskazać na normę uchylonego obecnie art. 61 ustawy z dnia 19 grudnia 2014 r. o rybołówstwie morskim⁵⁷, który stanowił między innymi, że umowy określające wielkość przekazywanej przez armatora indywidualnej kwoty połowowej uznanej organizacji producentów wywołują skutki prawne od dnia, w którym decyzja w sprawie zmiany specjalnego zezwolenia połowowego stała się ostateczna. Z jego brzmienia wynika, że zawarta umowa nie wywoływała skutków prawnych – podlegały one wstrzymaniu – do dnia, w którym decyzja stawała się ostateczna.

PRZEPISY INTERTEMPORALNE

Analizując konstrukcję prawną, którą posłużył się ustawodawca trudno nie odnieść się także do przepisów, na podstawie których została ona wprowadzona w życie. Także w tym zakresie posłużono się bowiem rozwiązaniem nietypowym, stąd także z tego względu wymaga ono poczynienia choć kilku uwag.

Zgodnie art. 31h ustawy tzw. tarczy antykrzysowej 2.0, w przypadku gdy organizator turystyki, o którym mowa w ustawie z dnia 24 listopada

⁵⁵ t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 611.

⁵⁶ Zob. m.in. art. 8a ust. 1 i 2, art. 11 ust. 2, 4-6, art. 19o.

⁵⁷ W brzmieniu obowiązującym do dnia 12 lipca 2017 r., Dz. U. z 2015 r. poz. 222 z późn. zm.

2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, nie dokonał zwrotu poniesionych przez podróżnego opłat lub wpłat, o których mowa w art. 47 ust. 4 lub ust. 5 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, a termin na ich dokonanie nie upłynął przed dniem 13 marca 2020 r., przepisy art. 15k stosuje się odpowiednio.

Przywołany przepis przewiduje możliwość stosowania odroczenia w czasie skutków prawnych oświadczenia o odstąpieniu lub rozwiązaniu umowy o udział w imprezie turystycznej nie tylko do sytuacji, które miały miejsce po dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej wprowadzającej ten przepis tj. po dniu 31 marca 2020 r.⁵⁸, lecz także w wszystkich przypadkach objętych zakresem jego zastosowania, które wystąpiły przed tą datą, chyba że termin na dokonanie podróżnemu zwrotu opłat lub wpłat upłynął do dnia 13 marca 2020 r. W praktyce, mając na względzie wynikający z art. 47 ust. 5 u.i.t.i.p.u.t. termin 14 dni na realizację zwrotu wpłat i opłat liczony od dnia rozwiązania umowy o udział w imprezie turystycznej, oznacza to, że przepis art. 15k, w świetle analizowanego przepisu intertemporalnego, znajdzie zastosowanie do wszystkich sytuacji rozwiązania umowy o udział w imprezie turystycznej na podstawie oświadczenia podróżnego lub organizatora turystyki złożonych po dniu 27 lutego 2020 r. Ustawodawca przedmiotowym przepisem przyznał zatem moc retroaktywną normie art. 15k, przy czym moc ta została ograniczona czasowo.

Zgodnie z powszechnie akceptowanym poglądem, skutki zdarzeń prawnych powstałych pod rządem dawnego prawa należy oceniać według przepisów dotychczasowych⁵⁹. Został on sformułowany na gruncie art. 2 Konstytucji RP, z którego wywiedziono podstawową zasadę prawa międzyczasowego a mianowicie niedziałania prawa wstecz (*lex retro non agit*). Zasada ta jest powszechnie uważana za fundamentalną dla demokratycznego porządku prawnego⁶⁰. Sprowadza się ona do zakazu stosowania nowo ustanowionych uregulowań do zdarzeń, które miały miejsce przed wejściem w życie tych norm, z którymi to zdarzeniami prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych

⁵⁸ Art. 31h dodany przez art. 1 pkt 17 ustawy z dnia 31 marca 2020 r. (Dz.U.2020.568) zmieniającej u.i.t.i.p.u.t. z dniem 31 marca 2020 r.

⁵⁹ Zob. m. in. wyrok SA w Białymstoku z 10.04.2015 r., I ACa 1018/14, LEX nr 171137; wyrok SN z 15.05.2014 r., II CSK 444/13, LEX nr 1496279.

⁶⁰ Por. M. Pyziak-Szafnicka, *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, Lex/el. 2009, komentarz do art. 3. Zob. także wyroki TK z: 19.11.2008 r., Kp 2/08, cz. III, pkt 3.2; z 7.04.2011 r., K 4/09, cz. III, pkt 5.2; z 10.01.2012 r., SK 25/09, cz. III, pkt 8.1; z 5.12.2013 r., K 27/13, cz. III, pkt 9.

przewidzianych nowymi unormowaniami⁶¹. Innymi słowy zobowiązuje ona do stosowania przepisów nowej ustawy od chwili wejścia jej w życie do zaistniałych od tego momentu zdarzeń i nie powinna zmieniać ocen prawnych dokonanych pod rządem dawnego prawa. W orzecznictwie podkreśla się, że wymaga tego ochrona bezpieczeństwa prawnego oraz zaufania podmiotów prawa do państwa⁶². Zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie wskazuje się jednak, że nie jest to zasada bezwzględna, gdyż w uzasadnionych wypadkach dopuszczalne są od niej wyjątki⁶³. W praktyce orzeczniczej przyjęto, że takie odstępstwo jest możliwe wówczas, gdy nie przepis nie pogarsza sytuacji obywatela, choć i w tym zakresie w poszczególnych gałęziach prawa podlega to niuansowaniu⁶⁴.

Na gruncie analizowanego przepisu trudno stwierdzić *prima facie*, iż powyższy wyjątek zachodzi. Trzeba bowiem zważyć, że choć z jednej strony wprowadzone ramy czasowe stosowania normy art. 15k nie ingerują w istotę prawa do odstąpienia (rozwiązania) od umowy o udział w imprezie turystycznej oraz w obowiązek zwrotu całości dokonanych wpłat, to równocześnie odsuwają w czasie o 180 dni skutki złożenia takiego oświadczenia woli i tym samym zwrot wpłaconych środków. Można przeto na tej podstawie argumentować, że brak było podstaw odstąpienia od zasady *lex retro non agit*, albowiem przepis właśnie poprzez odroczenie w czasie wywarcia skutków prawnych przez złożone oświadczenie woli wpływa negatywnie na sytuację obywateli. Ten argument nie jest jednak przekonujący. Po pierwsze należy podnieść, iż analizowana norma intertemporalna nie ingeruje w istotę praw i obowiązków stron umowy o udział w imprezie turystycznej, w szczególności ich nie pogarsza. Po drugie, nie sposób oderwać przyczyn wprowadzenia przedmiotowego przepisu od okoliczności. Wystąpienie sytuacji pandemii i wprowadzone w związku z tym w większości państw liczne obostrzenia i ograniczenia, wyrażające się między innymi zamknięciem hoteli i ośrodków wypoczynkowych, ograniczeniem możliwości przekraczania granic (drogą lądową i lotniczą), doprowadziły do poniesienia przez wszystkich przedsiębiorców działających w branży turystycznej, w szczególności organizatorów imprez turystycznych, znacznych strat

⁶¹ L. Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, t. I, wyd. Sejmowe 2016; komentarz do art. 2.

⁶² Por. uchwały SN z 17.05.1990 r., III CZP 24/90, OSNCP 1991, nr 2-3, poz. 18; z 29.11.1991 r., III CZP 123/91, OSNCP 1992, Nr 6, poz. 101.

⁶³ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2001, s. 200-201.

⁶⁴ L. Garlicki, [w:] *Konstytucja...*, komentarz do art. 2; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 63; L. Morawski, *Wstęp...*, s. 200-201; Zob. m. in. wyrok TK z 27.02.2002 r., K 47/01, OTK-A 2006, nr 1, poz. 6.

finansowych⁶⁵. Dlatego też niezbędne było wprowadzenie przez ustawodawcę takich rozwiązań prawnych, które pozwolą uniknąć tym podmiotom całkowitej utraty płynności finansowej i w wyniku tego niewypłacalności oraz znaleźć zastosowanie od początku trwania pandemii w Polsce. Poza sporem wydaje się bowiem, że brak takich regulacji spowodowałby trudne do przewidzenia oraz udźwignięcia skutki tak dla gospodarki jak i dla obywateli. Wypada zatem uznać, że prawodawca trafnie, ważąc, z jednej strony prawa obywateli, a z drugiej strony konieczność troski o gospodarkę państwa, w tym przypadku w szczególności przedsiębiorców branży turystycznej i skutki jakie wywołała pandemia, zdecydował się na odstępianie od zasady *lex retro non agit* i nie wykroczył poza wypracowane granice wyjątku od tej zasady.

PRÓBA OCENY ZGODNOŚCI REGULACJI Z PRAWEM UE

W świetle poczynionych uwag wydaje się iż nie jest sprzeczna z prawem UE. Brak jest tym samym podstaw do stwierdzenia, że rozwiązanie prawne wprowadzone art. 15k narusza w jakimkolwiek zakresie postanowienia Dyrektywy 2015/2302, zaś argumenty podnoszone przeciwko temu stanowisku wypada uznać jako nietrafne⁶⁶. Konstrukcja przyjęta przez prawodawcę w żadnym zakresie nie ingeruje w istotę praw i obowiązków podróżnego oraz przedsiębiorcy turystycznego – organizatora imprez turystycznych. Zmianie nie uległo bowiem, ani prawo do skutecznego odstąpienia/rozwiązania umowy o udział w imprezie turystycznej, ani obowiązek zwrotu całości uiszczonych wpłat, ani termin, w którym ów zwrot ma zostać zrealizowany⁶⁷. Nie sposób zatem wywodzić, że naruszony został art. 12 ust. 2 Dyrektywy regulujący powyższą materię, jak również aby uchybiono wynikającemu z art. 4 powyższej

⁶⁵ N. Kowalski, *Turystyka w Poznaniu straciła już 150 mln złotych przez koronawirusa. „Trzeba będzie pokonać strach przed podróżowaniem”*, <https://plus.gloswielpolski.pl/turystyka-w-poznaniu-stracila-juz-150-mln-zlotych-przez-koronawirusa-trzeba-bedzie-pokonac-strach-przed-podrozowaniem/ar/c1-14935180>; A. Woźniak, *Wirus bije w turystykę*, <https://www.rp.pl/Biznes/303059888-Wirus-bije-w-turystyke.html>; <https://www.forbes.pl/biznes/koronawirus-niszczy-branze-turystyczna-polacy-i-zagraniczni-turysci-odwoluja-wyjazdy/rcfxtmb>.

⁶⁶ P. Cybula, *RMF FM: Komisja Europejska kwestionuje dodatkowe 180 dni na zwrot przedpłat i wzywa Polskę do zmiany prawa do 2 czerwca*; <https://prawoturystyczne.com/2020/05/14/rmf-fm-komisja-europejska-kwestionuje-dodatkowe-180-dni-na-zwrot-przedplat-i-wzywa-polske-do-zmiany-prawa-do-2-czerwca/>.

⁶⁷ Por. M. Markowska, *Weryfikujemy: Polsce nie nakazano wycofywać przepisu o 180 dniach na zwrot pieniędzy*, <https://www.waszturystyka.pl/weryfikujemy-polska-nie-musi-wycofywac-przepisu-o-180-dniach-na-zwrot-pieniedzy/>; Zob. także <https://turystyka.rp.pl/biura-podrozy/28164-fake-news-bruksela-zada-od-polski-wycofania-sie-ze-180-dni>.

Dyrektywy obowiązkowi maksymalnej harmonizacji. Ustawodawca działał zatem poza zakresem regulacji aktu prawa europejskiego oraz obowiązkiem zapewnienia spójności przepisów w ramach UE. Poruszał się w tym obszarze, który w świetle prawa traktowego Unii, pozostaje w wyłącznej gestii państw członkowskich⁶⁸. Z tożsamyh względów chybiony jest także argument o naruszeniu prokonsumenckiej wykładni Dyrektywy 2015/2302.

Niezależnie od przytoczonej wyżej argumentacji wypada podnieść, że większość państw członkowskich UE, o czym była wyżej mowa, przyjęła analogiczne do zastosowanego w analizowanych przepisach rozwiązania prawne..

WNIOSKI

Dążenie do ograniczenia rozprzestrzeniania się COVID-19 skłoniła państwa do wprowadzenia ograniczeń dotyczących przemieszczania się ludności, których skutkiem było zjawisko odwoływania na masową skalę zarezerwowanych usług turystycznych, pociągające za sobą drastyczny spadek przychodów organizatorów imprez. Źródłem dodatkowych problemów dla tej grupy przedsiębiorstw w państwach członkowskich UE był art. 12 Dyrektywy 2015/2302 nakładający na organizatorów imprez obowiązek zwrotu konsumentom – w ciągu 14 dni od rozwiązania umowy wpłat za imprezy turystyczne, które zostały odwołane lub podróżni zrezygnowali z uczestnictwa imprezach turystycznych na skutek COVID-19. Realizacja tego obowiązku zwiększała groźbę bankructw na masową skalę. Potrzeba zapobieżenia temu zjawisku skłoniła państwa członkowskie do podjęcia działań prawnych mających na celu stworzenie wydłużenia terminu zwrotu wpłat podróżnym za anulowane imprezy.

Potrzeba niedopuszczenia do fali bankructw przedsiębiorstw turystycznych z jednej strony, a z drugiej potrzeba respektowania zasad wprowadzonych art. 12 dyrektywy 2015/2302 w istotny sposób ograniczał możliwości państw członkowskich w przyjmowaniu rozwiązań zapobiegających utracie płynności finansowej touroperatorów, a tym samym zapobiegających masowym bankructwom.

Analiza dostępnych materiałów na temat rozwiązań przyjmowanych przez poszczególne państwa członkowskie pokazała, że najczęściej spotykam

⁶⁸ Art. 2 Traktatu zawartego w Rzymie w dniu 25.03.1957 r. o funkcjonowaniu Unii Europejskiej Dz.U.2004.90.864/2.

rozwiązaniem było obligatoryjne lub opcjonalne zastąpienie zwrotu wpłat w gotówce bonami/ voucherami o wartości zapłaconej kwoty za imprezę. Innym rozwiązaniem stosowanym przez państwa członkowskie było czasowe wydłużenie terminu dokonywania zwrotu wpłat lub przesunięcie terminu rozwiązania umowy o udział w imprezie turystycznej.

Komisja pozytywnie oceniła wprowadzenie bonów/voucherów jako alternatywę do zwrotu w gotówce. Natomiast nie odniosła się do rozwiązania stosowanego przez niektóre państwa polegającego na wydłużeniu terminu zwrotu wpłaty lub przesunięciu terminu rozwiązania umowy.

Przesunięcie skuteczności oświadczeni o rozwiązaniu umowy jest swoistego rodzaju kompromisem pomiędzy potrzebą prawnej ochrony interesów ekonomicznych konsumentów a potrzebą zapewnienia takiego funkcjonowania rynku imprez turystycznych, który gwarantuje ochronę ich interesów (chroni konkurencję, która jest podstawowym instrumentem ekonomicznym ochrony konsumenta).

BIBLIOGRAFIA

Barcz J., (red.) *Wytyczne polityki legislacyjnej i techniki prawodawczej Zapewnienie skuteczności prawa Unii Europejskiej w prawie polskim*, Warszawa 2009.

Bednarczyk A., *Ochrona konsumenta w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Warszawa 2003.

Berman J., *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995.

Cybula P., *RMF FM: Komisja Europejska kwestionuje dodatkowe 180 dni na zwrot przedpłat i wzywa Polskę do zmiany prawa do 2 czerwca*, <https://prawo-turystyczne.com/2020/05/14/rmf-fm-komisja-europejska-kwestionuje-dodatkowe-180-dni-na-zwrot-predplat-i-wzywa-polske-do-zmiany-prawa-do-2-czerwca>.

Czajkowska-Matosiuk K., *Prawo cywilne – część ogólna, prawo rzeczowe i zobowiązania*, Warszawa 2010.

Dąbrowska A., Janoś-Kresło M., Ozimek I., *Ochrona i edukacja konsumentów we współczesnej gospodarce rynkowej*, Warszawa 2005.

Drozd E., *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa 1974.

Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne Zarys wykładu*, wyd. 6, Warszawa 2002.

Garlicki L., [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, t. I, wyd. II, wyd. Sejmowe 2016.

Giesen B., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, wyd. II, Warszawa 2014.

Grześkowiak A., [w:] *Prawo Karne*, red. K. Wiak, A. Grześkowiak, Warszawa 2015.

Markowska M., *KE przypomina: 14 dni na zwrot pieniędzy, można przyjąć voucher*, <https://www.waszaturystyka.pl/ke-przypomina-14-dni-na-zwrot-pieniedzy-mozna-przyjac-voucher/>.

Markowska M., *Weryfikujemy: Polsce nie nakazano wycofywać przepisu o 180 dniach na zwrot pieniędzy*, <https://www.waszaturystyka.pl/weryfikujemy-polska-nie-musi-wycofywac-przepisu-o-180-dniach-na-zwrot-pieniedzy/>;

Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2001.

Kowalski N., *Turystyka w Poznaniu straciła już 150 mln złotych przez koronawirusa. „Trzeba będzie pokonać strach przed podróżowaniem”*, <https://plus.gloswielpolski.pl/turystyka-w-poznaniu-stracila-juz-150-mln-zlotych-przez-koronawirusa-trzeba-bedzie-pokonac-strach-przed-podrozowaniem/ar/c1-14935180>.

Krzynówek J., *Tradycje prawne Europy*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Warszawa 2003.

Liszczyński T., *Prawo pracy*, Warszawa 2009.

Ługiewicz M., *Konstytucja Biznesu - praktyczne omówienie pakietu ustaw*, Gdańsk 2018.

Mandle J., *Globalna sprawiedliwość*, Warszawa 2009.

Ochamnn P., *Czy każdy bilet zawsze musi być znakiem legitymacyjnym, czyli rozważania o zasadzie 'numerus clausus' papierów wartościowych w polskim porządku prawnym*, "Zeszyty Prawnicze" 2016, nr 16/1.

Pawłowicz K., *Głos w dyskusji*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Warszawa 2003.

Pawłowicz K., *Przedsiębiorca wobec Najwyższej Izby Kontroli. Studium publicznoprawne*, Warszawa 2005.

Pyziak-Szafnicka M., *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, Lex/el. 2009.

Radwański Z., *Prawo cywilne-część ogólna*, Warszawa 2007.

Radwański Z., [w:] *System Prawa Prywatnego, t. 2, Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008.

Rajski J., *Rozwój tendencji do europeizacji prawa prywatnego*, [w:] *Europeizacja prawa prywatnego*, red. M. Pazdan, t. 2, Warszawa 2008.

Safjan M., [w:] *Kodeks cywilny, t. 1*, red. K. Pietrzykowski, Lex/el. 2018.

Sobolewski M., *Znaki legitymacyjne – istota i znaczenie. Problematyka przepisów dotyczących umorzenia znaków legitymacyjnych*, http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-dfc76de6-4c80-480c-a220-ce7674359140/c/13_SOBOLEWSKI.pdf;

Sójka-Zielińska K., *Kodeks Napoleona historia i współczesność*, Warszawa 2007.

Stefański K., *Pojęcie miesiąca w kodeksie pracy w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, "PiZS" 2016, nr 2.

Święcicki W., Piasecki K., *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w składach powiększonych. Sprawy cywilne za lata 1945–1959*, Warszawa 1961.

Trzaskowski R., [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*, red. J. Gudowski, Lex/el. 2018.

Wojciechowski B., Kozera K., Pośpiech-Białas K., Szczur K., Sulczewski P., *Poradnik Gazety Prawnej Usługi turystyczne*, nr 6/916 czerwiec 2019.

Wojtaszek-Mik E., *Europeizacja polskiego prawa umów*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Warszawa 2003.

Wolski D., *Harmonizacja a ujednolicanie norm prawa prywatnego – wybrane zagadnienia*, [w:] *Unia Europejska: zjednoczeni w różnorodności*, red. C. Mik, Warszawa 2012.

Woźniak A., *Wirus bije w turystykę*, <https://www.rp.pl/Biznes/303059888-Wirus-bije-w-turystyke.html>.

Zachrzewski K., *Znaki legitymacyjne stwierdzające obowiązek świadczenia*, "Prawo spółek" 1999, nr 11.

Zawistowska H., [w:] *Komentarz do ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych*, red. D. Borek, H. Zawistowska, Gdańsk 2020.

Ziemiński Z., *O stanowieniu i obowiązywaniu prawa*, Warszawa 1995.

**THE COMPLIANCE WITH EU LAW OF ART. 15K
OF THE ACT ABOUT SPECIAL SOLUTIONS RELATED
TO THE PREVENTION, COUNTERACTION AND COMBATING
COVID-19, OTHER INFECTIOUS DISEASES
AND EMERGENCIES CAUSED BY THEM
AND SOME OTHER ACTS**

The coronavirus pandemic meant that the law has become the basic weapon in the fight against the effects of this phenomenon. Perhaps it is too early to talk about the emergence of a new branch of law, the so-called intervention law, but certainly the law is an instrument of power, a means by which an influence on the functioning of the economy is exerted. Tourism is the industry most affected by the Sars-CoV-2 pandemic. When intervening in this market segment, the state must be guided by the principle of social justice, taking into account, on the one hand, the legitimate interests of consumers (travelers), and, on the other hand, the reasons of tourism entrepreneurs who have suffered as a result of COVID-19. The law as a tool of exercising political power allowed for the introduction of the most important provision for the tourism industry in the anti-crisis shield, namely the postponement of the effect of withdrawing from the contract for a tourist event by 180 days. The authors indicate in this article what are the social, political and legal consequences of this provision and whether it complies with EU law. It is also an important voice in the discussion on how far Member States must stick to the EU recommendations in a force majeure situation. The scale of the phenomenon of canceling events by tour operators and canceling bookings by consumers (travelers), with tour operators not being able to obtain revenues from the sale of events, posed a real threat of mass bankruptcies of tourist enterprises in all EU Member States. There was a need to take action both at the level of the EU and the Member States, which will enable a temporary extension of the deadline for the return of payments made by consumers.

The aim of the article is to present the solutions adopted in Poland and EU Member States to minimize the negative effects of the obligation to return within 14 days of the termination of the contract - payments made by travelers for events that did not take place as a result of the COVID-19 pandemic.

The proposed article is another important voice in connection with the significant changes on the tourist events market.

The need to prevent a wave of bankruptcy of tourism enterprises on the one hand, and on the other hand, the need to respect the principles resulting from Art. 12 of Directive 2015/2302 significantly limited the possibilities of the Member States to adopt legal regulations. The Polish solution prevents tour operators from losing financial liquidity, and thus avoids the specter of mass insolvency of entrepreneurs in the tourism industry.

The analysis of the available materials on the solutions adopted by individual Member States showed that the most common solution was the obligatory or optional replacement of the return of payments in cash with vouchers / vouchers worth the amount paid for the tourist event. Another solution used by the Member States was to temporarily extend the deadline for refunding payments or postpone the termination of the package travel contract.

The European Commission positively assessed the introduction of vouchers / vouchers as an alternative to returning customer payments in cash. However, it did not refer to the solution used by some countries consisting in extending the deadline for returning the payment or postponing the date of termination of the contract.

Shifting the effectiveness of the statement on termination of the contract is a kind of compromise between the need to legally protect the economic interests of consumers and the need to ensure that the market of tourist events functions in a way that guarantees protection of their interests (protects competition, which is the basic economic instrument of consumer protection). This article will demonstrate that the law in this case implements the concept of social justice.

Keywords: European Union, Covid-19, legislation

BLACK LIVES MATTER - O DYSKRYMINACJI RASOWEJ W STANACH ZJEDNOCZONYCH AMERYKI

WSTĘP

Dyskryminacja rasowa² jest problemem obecnym w Stanach Zjednoczonych Ameryki od wielu lat. Wraz z pojawieniem się na nowym kontynencie pierwszych kolonistów i wykorzystywania ludności czarnoskórej jako taniej siły roboczej rozpoczęło się różnicowanie ze względu na kolor skóry. Pod koniec XVII wieku niewolnictwo rozwinęło się, a z czasem zostało całkowicie zalegalizowane, co było możliwe dzięki odrębnościom fizycznym, społecznym i kulturowym jakie istniały pomiędzy ludnością białą a czarną. Afroamerykanie byli wykorzystywani przy uprawie ryżu, tytoniu, a później pracowali na plantacjach bawełny³.

Przyglądając się bliżej sytuacji ludności czarnoskórej w koloniach amerykańskich w XVII, a później także w XVIII wieku, można stwierdzić, że ówczesni koloniści, a późniejsi obywatele Stanów Zjednoczonych, nie traktowali czarnych jak ludzi, lecz jako bardzo cenny majątek, czego dowodem może być chociażby odnoszenie postulatów Deklaracji Niepodległości jedynie do ludności białej⁴.

¹ Autorka jest doktorantką w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Łódzkiego.

² Dyskryminacja rasowa, z którą spotykamy się w USA, obejmuje nie tylko segregację ludności czarnoskórej, ale również m.in. Latynosów. Z uwagi na zakres niniejszego opracowania, zostanie w nim poruszony jedynie problem dyskryminacji Afroamerykanów.

³ T. Płudowski, *Historia relacji rasowych*, [w:] *Ameryka instytucje i społeczeństwo*, red. Z. Lewicki, Warszawa 2017, s. 268.

⁴ *Ibidem*, s. 269.

Afroamerykanie nie posiadali żadnych praw obywatelskich, nie mogli kierować swoim życiem niezależnie, posiadać dóbr osobistych. W przeważającej większości nie potrafili czytać i pisać, ponieważ nauczanie ich było zabronione. Właściciele traktowali niewolników w niejednolity sposób. Zależało to od miejsca ich pracy (w domu lub na polu) oraz cech osobowościowych właścicieli ziemskich. Często dochodziło do stosowania przemocy fizycznej wobec czarnoskórych, z uwagi na niestosowanie się do rozkazów⁵.

Różnice w traktowaniu niewolników pomiędzy „Północą” a „Południem”, a także w samym podejściu do instytucji niewolnictwa, były jedną z przyczyn wojny secesyjnej 1861-1865, która zakończyła się zwycięstwem Północy i zniesieniem niewolnictwa. Znalazło to swoje odzwierciedlenie w XIII poprawce do Konstytucji. Uchwalona w 1868 roku XIV poprawka uznała wszystkie osoby urodzone jak i naturalizowane w Stanach Zjednoczonych (zatem także uprzednich niewolników) ich obywatelami⁶.

Przyznanie praw obywatelskich ludności czarnoskórej, a także późniejsze zagwarantowanie praw wyborczych na mocy XV poprawki, nie doprowadziły jednak do równego traktowania Afroamerykanów, bowiem potomkowie kolonistów starali się ograniczać ich swobody. Dyskryminację rasową dopuszczał także Sąd Najwyższy, który w 1896 roku orzekł, że zasada *separate but equal* nie jest sprzeczna z XIV poprawką do Konstytucji⁷.

Mogłoby się wydawać, że problemy związane z dyskryminacją na tle rasowym skończą się razem ze zniesieniem niewolnictwa. Jednakże obserwując lata wcześniejsze, czy też wydarzenia mające miejsce w Stanach Zjednoczonych w ciągu ostatnich lat: bezpodstawne zatrzymywania; aresztowania czarnych obywateli; skazywanie ich na karę śmierci; czy też ostatnio, tak głośne zabójstwo Georga Floyda, które pociągnęło za sobą zamieszki w wielu stanach, a także demonstracje i protesty na całym świecie, należy uznać, że rasizm wciąż jest zjawiskiem żywym, a prawo powinno zapobiegać jego rozwojowi i łagodzić dyskryminację poprzez jego właściwe zastosowanie.

Celem analizy jest zwrócenie uwagi na wciąż żywy problem dyskryminacji rasowej w Stanach Zjednoczonych Ameryki, patrząc od strony

⁵ *Ibidem*, s. 269.

⁶ P. Finkelman, *Slavery in the United States, Persons or Property?*, [w:] *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, red. J. Allain 2012, s. 105, 134.

⁷ T. Płudowski, *Historia...*, s. 271, J. Jeliński, *Iskry, które spowodowały pożar. Trzy wydarzenia, które zapoczątkowały Ruch na Rzecz Praw Obywatelskich w Stanach Zjednoczonych*, „Ogrody Nauki i Sztuki” 2011, nr 1, s. 261.

procesów sądowych z udziałem *all-white juries*, jak również najnowszych wydarzeń mających miejsce w USA.

Metodami badawczymi wykorzystanymi w pracy są metoda historyczna i formalno-dogmatyczna. Literaturę przedmiotu stanowią artykuły naukowe, poruszające problem rasizmu na przestrzeni lat, a także orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. W celu przybliżenia najnowszych zagadnień z zakresu dyskryminacji rasowej zostały wykorzystane publikacje internetowe.

PRZEJAWY RASIZMU W PROCESACH SĄDOWYCH

VI poprawka do Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki przewiduje prawo do procesu przed bezstronną ławą przysięgłych, do którego Amerykanie są ogromnie przywiązani i które ma swoją wielowiekową tradycję⁸. Fakt jego uregulowania w Karcie Praw, obowiązującej już od 1791 roku, powoduje, że udział czynnika społecznego w postępowaniu karnym ma rzeczywiste fundamentalne znaczenie. Instytucja poddawana jest nowelizacjom, które uwzględniają zmiany organizacyjne i społeczne w Stanach Zjednoczonych. Na przestrzeni lat można było dostrzec przemiany w zakresie niniejszej konstrukcji, polegające na dopuszczeniu do udziału w ławie ludności czarnoskórej. Pierwszym stanem, w którym Afroamerykanin zasiadł w ławie przysięgłych był Massachusetts. Miało to miejsce w 1860 roku⁹.

Warto jednak zastanowić się, czy procesy sądowe w sprawach karnych mające miejsce na przestrzeni lat, a dotyczące czarnoskórych obywateli opierały się na zasadzie bezstronności? Sytuacje, gdy cała „biała” ława przysięgłych (*all-white jury*) uznaje oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, pomimo braku udowodnienia winy przez oskarżyciela ponad wszelką wątpliwość, są wciąż problemem dla Afroamerykanów, pomimo nawoływania do tolerancji bez względu na kolor skóry.

Podstawą do niesprawiedliwości mających miejsce na salach sądowych i wydawania werdyktów uznających winę czarnego oskarżonego jest stosowanie przez prokuratora tzw. *peremptory challenges* - zarzutów bez wskazania podstawy w celu wykluczenia kandydatów na przysięgłych¹⁰. Wspomniane

⁸ *O Ameryce: Konstytucja Stanów Zjednoczonych z objaśnieniami*, https://photos.state.gov/libraries/adana/30145/publications-other-lang/The_US_Constitution_Polish.pdf.

⁹ *Learn about the history of the jury system*, <https://www.mass.gov/info-details/learn-about-the-history-of-the-jury-system#the-early-days-of-the-jury-system->.

¹⁰ Liczba *peremptory challenges* jest ograniczona - zależy od rodzaju czynu zabronionego zarzucanego oskarżonemu; szerzej: *Rule 24. Trial Jurors*, <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org/title-vi-trial/rule-24-trial-jurors/>.

praktyki miały miejsce na przestrzeni lat, czego odzwierciedleniem są sprawy *Williams v. Georgia*¹¹, czy *Swain v. Alabama*¹², w których skazano czarnego oskarżonego na karę śmierci, pomimo braku udowodnienia winy ponad wszelką wątpliwość.

W sprawie *Swain v. Alabama* oskarżony (Afroamerykanin) został uznany za winnego popełnienia przestępstwa zgwałcenia białej kobiety i skazany na karę śmierci. W Hrabstwie Talladega, w którym toczył się proces, 26 % spośród obywateli zdolnych do zasiadania w ławie przysięgłych stanowili czarnoskórzy. Pośród członków wielkiej ławy od 1953 roku wybierano od 10 do 15 % Afroamerykanów. W sprawie Swaina podczas procesu selekcji wielkiej ławy przysięgłych brało udział 5 czarnych obywateli, z których tylko 2 zasiadło w ławie. W małej ławie przysięgłych od 1950 roku nie zasiadał żaden Afroamerykanin, bowiem prokurator wykluczał wszystkich na podstawie *peremptory challenges*. Oskarżony złożył wniosek o unieważnienie postępowania z powodu dyskryminacji, która miała miejsce podczas wyboru przysięgłych. Wspomniany wniosek został odrzucony przez Sąd Najwyższy Stanu Alabama. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, który rozpoznawał niniejszą sprawę wskazał, że oskarżonemu nie przysługuje konstytucyjnie wyrażone prawo do odpowiedniej liczby osób tej samej rasy, którzy uczestniczą w procesie wyboru przysięgłych, a później zasiadają w ławie. Wykluczanie czarnych obywateli przez prokuratora nie zostało uznane w niniejszej sprawie za naruszające *Equal Protection Clause*¹³.

W sprawie *Batson v. Kentucky* czarny oskarżony został uznany za winnego popełnienia przestępstwa włamania drugiego stopnia. Prokurator użył *peremptory challenges* w celu wykluczenia wszystkich Afroamerykanów z zasiadania w ławie. Ostatecznie Batson został postawiony przed białymi przysięgłymi. Obrońca wnosił o ponowny wybór ławy przysięgłych, ponieważ wykluczenie z zasiadania w ławie osób o tym samym kolorze skóry co oskarżony stanowi pozbawienie go prawa do procesu przed bezstronną ławą przysięgłych, która reprezentowałaby lokalną społeczność. Wniosek obrońcy został odrzucony. Sąd Najwyższy Stanu Kentucky wskazywał, że w celu ukazania, iż wspomniane prawo zostało naruszone, oskarżony powinien wskazać, że doszło do wykluczenia grupy osób posiadającej konkretną cechę, co w niniejszej

¹¹ *Williams v. Georgia*, 349 U.S. 375 (1955), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/375/>.

¹² *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202 (1965), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/202/>.

¹³ *Ibidem*.

sprawie nie miało miejsca¹⁴. Sprawa trafiła ostatecznie przed Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, który orzekł, opierając się na precedensie z 1880 roku w sprawie *Strauder v. West Virginia*, wskazując, że państwo pozbawiło czarnego oskarżonego ochrony na podstawie klauzuli właściwości prawa z powodu celowego wykluczenia osób tej samej rasy¹⁵. Wykluczanie przysięgłych z powodu koloru ich skóry zostało uznane przez Sąd Najwyższy jako dyskryminowanie ze względów rasowych nie tylko oskarżonego, ale samych kandydatów na przysięgłych. Takie postępowanie ze strony prokuratora rodzi niechęć i brak zaufania do wymiaru sprawiedliwości. Chociaż prokurator jest uprawniony do wykluczenia potencjalnych przysięgłych bez wskazywania podstawy, nie powinien on wykorzystywać wspomnianych zarzutów do wyłączania kandydatów na podstawie koloru skóry. Nie można także wykluczać przyszłych członków ławy z powodu obawy, że nie będą oni bezstronni z powodu przynależności do tej samej rasy co oskarżony¹⁶.

W sprawie *Batson v. Kentucky* Sąd Najwyższy odszedł od linii orzeczniczej z poprzednio rozpoznawanej sprawy *Swain v. Alabama*, ustanawiając nowy precedens, zgodnie z którym oskarżony może wskazywać mającą miejsce dyskryminację na podstawie wykorzystywania przez prokuratora podczas selekcji ławy *peremptory challenges*. We wspomnianym celu oskarżony musi na początku wykazywać, że jest członkiem grupy rasowej charakteryzującej się konkretną cechą, którą posiadają również kandydaci na przysięgłych. Ponadto, oskarżony musi wskazać, że prokurator użył *peremptory challenges* w celu wykluczenia przysięgłych z powodów rasowych. Postępowanie prokuratora zostało uznane w niniejszej sprawie za naruszające prawa oskarżonego wynikające z VI i XIV poprawki do Konstytucji¹⁷.

W sprawie *Johnson v. California* czarny oskarżony został uznany za winnego dokonania napaści i popełnienia morderstwa drugiego stopnia, których dopuścił się wobec 19-miesięcznego białego dziecka. Biała ława przysięgłych skazała go na karę śmierci. Podczas selekcji ławy wykluczono część kandydatów ze wskazaniem przyczyny. Prokurator wykorzystał swoje zarzuty bez podstawy w celu usunięcia z ławy pozostałych 3 Afroamerykanów, czemu sprzeciwił się obrońca, podnosząc, że jest to dyskryminacja rasowa. Sędzia w *Trial Court* odrzucił wniosek oskarżonego z uwagi na brak wskazania „silnego prawdopodobieństwa”, że wykluczenie miało miejsce z powodów rasowych

¹⁴ *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/79/>.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

(wskazana praktyka miała miejsce w sprawie *People v. Wheeler* i została ustanowiona przez Sąd Najwyższy Stanu Kalifornia), a ponadto uznał działania prokuratora za „neutralne rasowo” i nienaruszające praw oskarżonego. Sąd Apelacyjny uchylił wyrok sądu I instancji, lecz Sąd Najwyższy Stanu Kalifornia przywrócił orzeczenie zapadłe w *Trial Court*, podnosząc, że wykluczenie 3 czarnych kandydatów na przysięgłych można uznać za „podejrzane”, jednakże było ono zgodne z praktyką sądów stanowych. Ostatecznie Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wskazał, że praktyka stosowana przez sądy w Kalifornii narusza utrwaloną linię orzecniczą, której początek miał miejsce w sprawie *Batson v. Kentucky* i przyznał rację oskarżonemu¹⁸.

Warto wskazać, że prokurator ma prawo wykluczyć czarnego przysięgłego lub wszystkich potencjalnych członków ławy, którzy są Afroamerykanami. Niniejsza praktyka jest zabroniona tylko wtedy, gdy jest dokonywana z powodów rasowych. Jeśli oskarżony podniesie zarzut, że doszło do wyłączenia kandydatów na przysięgłych z powodów rasowych, prokurator będzie musiał wskazać przyczynę wyłączenia. Przyczyna nieoparta na rasowych pobudkach umożliwi oskarżycielowi skuteczne wykluczenie kandydatów na przysięgłych z ławy. Prokurator może w każdym wypadku wyłączyć wszystkich Afroamerykanów bez wskazywania przyczyny, jeśli w następstwie protestu oskarżonego wskaże np. ich stronniczość lub związek z daną sprawą¹⁹.

W dobie XXI wieku w poszczególnych stanach USA prowadzone są szkolenia przeznaczone dla prokuratorów, podczas których oskarżyciele są szkoleni w jaki sposób mają wykluczać czarnoskórych kandydatów na przysięgłych nie opierając się na pobudkach rasowych. W praktyce sądów w Karolinie Północnej zauważono, że na ponad 100 przypadków, w których czarni oskarżeni podnosili, że prokurator dokonał wykluczenia ludności kolorowej z ławy na podstawie *peremptory challenges*, w żadnej ze spraw nie znaleziono przejawów rasizmu. W sądach w Karolinie Północnej nadal panuje przyzwolenie na traktowanie czarnoskórych, mających wykonywać obowiązki przysięgłych, jako ludność drugiej kategorii. Prokuratorzy kwestionują bowiem inteligencję Afroamerykanów, jak również sygnalizują, że tylko czarni pochodzący z zamkniętych rodzin mogą dostąpić zaszczytu bycia przysięgłym. Taka praktyka

¹⁸ *Johnson v. California*, 545 U.S. 162 (2005), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/162/>; *Batson v. Kentucky*...

¹⁹ *Why a nearly all-white jury might be legal*, <https://www.apmreports.org/story/2018/06/05/why-a-nearly-all-white-jury-might-be-legal>.

proceedzie nie tylko do pozbawienia czarnoskórych prawa do procesu przed bezstronną ławą przysięgłych, ale również prawa bycia sędzią przysięgłym²⁰.

W obecnych czasach prokuratorzy wciąż wykluczają kandydatów na przysięgłych na podstawie odrębności rasowych, dążąc do utworzenia ławy, która skaże czarnego oskarżonego. Za przykład wspomnianej sytuacji może służyć sprawa Afroamerykanina - Curtisa Flowersa, w stosunku do którego po szóstej nieudanej próbie uznania go winnym popełnienia czterech morderstw, prokuratura odstąpiła od stawiania go w stan oskarżenia i przeprowadzania procesu przed ławą przysięgłych. Dotychczasowe sześć procesów toczących się na przestrzeni 23 lat zakończyło się czterokrotnym skazaniem oskarżonego na karę śmierci (w pozostałych dwóch przypadkach doszło do unieważnienia postępowania). Orzeczenia następnie uchylano z uwagi na wykluczenie czarnoskórych obywateli z zasiadania w ławie. Jak zauważył Sąd Najwyższy USA prokuratura dążyła do postawienia oskarżonego przed białą ławą przysięgłych. Pomimo wieloletnich starań prokuratury w zakresie uznania Flowersa za winnego, w sprawie istniało wiele wątpliwości dotyczących winy oskarżonego²¹.

W celu wyłączenia przysięgłych z pobudek rasowych oskarżyciele korzystają z pomocy ekspertów od formowania ławy, tzw. *jury consultants*, którzy doskonale wiedzą, jak uzasadnić wyłączenie Afroamerykanina, żeby odsunąć od siebie podejrzenie dyskryminacji na podstawie koloru skóry. Wprowadzenie wspomnianej instytucji do postępowania karnego wiązało się jednak z chęcią przezwyciężenia segregacji rasowej, lecz ostatecznie doprowadziło do odwrotnych skutków. Wydaje się zatem, że *jury consultants* nie chcą dokonać wyboru bezstronnych przysięgłych, lecz takich, którzy będą realizować interes konkretnej strony postępowania karnego²².

Skazywanie czarnych oskarżonych tylko z powodów rasowych jest niebezpieczne głównie w przypadku spraw zagrożonych karą śmierci. Wydaje się, że jedyną możliwą drogą, dzięki której zapobiegnie się zaprezentowanym nieprawidłowościom jest czuwanie przez sąd podczas selekcji przysięgłych, aby prokurator nie odrzucał bez podstawy czarnoskórych kandydatów na przysięgłych. Rasizm jest niebezpiecznym zjawiskiem, które nieprzezwyciężane może prowadzić do bardzo dotkliwych w skutkach problemów, a jednym z nich

²⁰ J. Robinson, *The N.C. Supreme Court must stop racism in jury selection*, <http://www.ncpolicywatch.com/2020/02/11/the-n-c-supreme-court-must-stop-racism-in-jury-selection/>

²¹ Szerzej: *After 6 Murder Trials and Nearly 24 Years, Charges Dropped Against Curtis Flower*, <https://www.nytimes.com/2020/09/04/us/after-6-murder-trials-and-nearly-24-years-charges-dropped-against-curtis-flowers.html>.

²² *The truth about the US jury system*, <https://www.businessinsider.com/racial-bias-american-jury-system-explained-2018-2?IR=T>

jest pozbawienie oskarżonego konstytucyjnego prawa do procesu przed bezstronną ławą przysięgłych. Postuluje się stopniową likwidację *peremptory challenges* jako remedium na wyłączenie czarnych kandydatów na przysięgłych, która ostatecznie doprowadziłaby do całkowitego zniesienia wspomnianych zarzutów²³.

Warto również wskazać, że w wykluczaniu czarnoskórych kandydatów z ławy przysięgłych, na podstawie *peremptory challenges*, upatruje się także negatywnego wpływu na etap obrad i wydawania werdyktu przez sędziów przysięgłych. Z przeprowadzonych badań wynika, że gdy w skład ławy przysięgłych wchodzi chociażby jeden Afroamerykanin, tak ukonstytuowana ława prowadzi dłuższe dyskusje przed wydaniem werdyktu, dokonując szerszej analizy materiału dowodowego²⁴. Należy zauważyć, że dłuższe deliberacje prowadzone przed wydaniem werdyktu zmniejszają możliwość podjęcia pochopnej decyzji w sprawie i uznania za winnego oskarżonego, który nie popełnił zarzucanego mu czynu²⁵.

SYTUACJA LUDNOŚCI CZARNOSKÓREJ W 2020 ROKU

Współczesna dyskryminacja rasowa czarnych przejawia się w rozmaitej postaci, np.: odmowa otrzymania pożyczki, wyższe oprocentowanie kredytu hipotecznego, uczęszczanie do innych szkół niż biali, wyższy odsetek bezrobocia, czy częstsze zwalnianie Afroamerykanów to tylko niektóre spośród przykładów współczesnego rasizmu (rasizmu pośredniego)²⁶.

Wielką nadzieją i inspiracją dla mniejszości rasowych, a w szczególności Afroamerykanów żyjących w Stanach Zjednoczonych, był wybór Baracka Obamy na 44. prezydenta USA. Niezwykła historia i wspaniałe przemówienia sprawiły, że Obama szybko zjednał sobie ludzi, którzy przede wszystkim widzieli w nim wspaniałego człowieka, a w drugiej kolejności czarnego obywatela²⁷. Wybór Afroamerykanina na prezydenta USA był prawdziwym

²³ *Ibidem*.

²⁴ J. Robinson, *The N.C. Supreme Court...*

²⁵ Szerzej: S. R. Sommers, *On Racial Diversity and Group Decision Making: Identifying Multiple Effects of Racial Composition on Jury Deliberations*, „Journal of Personality and Social Psychology” 2006, s. 599-609.

²⁶ B. P. Bowser, *Racism: Origin and Theory*, „Journal of Black Studies” 2017, s. 575; P. Green II, R. D. G. Kelley, T. Poe, G. Lipsitz, J. Rogers, E. Hinton, *Generations of Struggle*, „Transition” 2016, No. 119, s. 15-16.

²⁷ G. D. Smithers, *Barack Obama and Race in the United States: A History of the Future*, „Australasian Journal of American Studies”, July 2009, Vol. 28, No. 1, s. 1, 2, 6.

symbolem zmian, jakie miały miejsce w obrębie stosunków rasowych, począwszy od czasów Ruchu na Rzecz Praw Obywatelskich²⁸.

Podczas rządów 44. prezydenta USA bez wątpienia doszło do znacznych postępów w zakresie różnorodności rasowej, jednakże wspomniane osiem lat nie było wolne od zamieszek, czy protestów występujących przeciwko brutalności policji wymierzonej w czarnych obywateli. Po latach zmian przeprowadzonych za prezydentury Barack Obamy nadszedł czas powrotu do mowy nienawiści i supremacji białych obywateli. Obserwując wydarzenia mające miejsce w Stanach Zjednoczonych przed i podczas COVID-19 należy zauważyć, że obecna sytuacja ludności czarnoskórej nie uległa poprawie od XX wieku. Ostatnie morderstwa Afroamerykanów, zamieszki w wielu stanach USA, a także mniej lub bardziej pokojowe demonstracje w licznych państwach na świecie są dokładnym odzwierciedleniem tego, że znowu państwo zawiodło i dopuściło do niepotrzebnego przelewu krwi.

Z powodu niesprzyjającej polityki prowadzonej przez obecnego prezydenta USA zmiany w zakresie lepszego traktowania ludności czarnoskórej są wprowadzane poprzez władze stanowe, lokalne, a także przez przedsiębiorców. Jako jeden z przykładów wdrażania wspomnianych zmian należy wskazać obchody *Juneteenth* - święta zniesienia niewolnictwa, obchodzonego początkowo nieformalnie od 19 czerwca 1865 roku, które z czasem stało się świętem stanowym (47 stanów i Dystrykt Kolumbia ogłosiło 19 czerwca świętem). Pomimo hucznego celebrowania wspomnianego dnia przez Afroamerykanów i porównywanie go do Dnia Niepodległości, *Juneteenth* nie jest jeszcze świętem federalnym²⁹. Coraz więcej zakładów pracy w Stanach Zjednoczonych udziela czarnoskórym pracownikom (po raz pierwszy od 2020 roku) płatnych dni wolnych od pracy przeznaczonych na celebrację ich święta. Taka postawa ma niewątpliwie symboliczny charakter, bowiem do pełnego równouprawnienia potrzeba przed wszystkim zmian w światopoglądzie białych Amerykanów³⁰.

Po zabójstwie George'a Floyd'a ręk białych funkcjonariuszy policji, całe Stany Zjednoczone zaalała fala protestów wymierzonych przeciwko brutalności policji, a także przemocy stosowanej wobec czarnych obywateli. Demonstracje popierające przeprowadzenie reform w zakresie uprawnień funkcjonariuszy policji, a także likwidujące dyskryminację rasową miały miejsce na całym

²⁸ *Ibidem*, s. 11.

²⁹ H. Kaur, *What to know about Juneteenth and why people are talking about it now*, <https://edition.cnn.com/2020/06/11/us/what-is-juneteenth-trnd/index.html>.

³⁰ Szerzej: C. Duffy, *A growing number of companies are giving employees the day off to celebrate Juneteenth*, <https://edition.cnn.com/2020/06/18/business/companies-observing-juneteenth/index.html>.

świecie - m.in. w Wielkiej Brytanii, Australii, czy Brazylii. W niektórych miejscach protesty przybierały formę pokojową - demonstranci stali, klęczeli, czy nawet leżeli w ciszy przez ponad osiem minut, aby uczcić ostatnie chwile George'a Floyda, podczas gdy w innych częściach świata demonstranci niszczyli samochody policyjne, witryny sklepów, czy też zdejmowali z cokołów pomniki, upamiętniające sławnych Konfederatów lub inne symbole związane z segregacją rasową, albo niewolnictwem³¹.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że zabójstwo George'a Floyda, jak i fala protestów natrafiły na najgorszą z możliwych sytuacji, jaka miała miejsce w Stanach Zjednoczonych od czasów Wielkiej Depresji. Od pierwszych miesięcy 2020 roku cały świat mierzy się z zagrożeniem w postaci COVID-19, a Stany Zjednoczone są państwem najbardziej dotkniętym przez stan epidemii. Zgodnie z informacjami upowszechnianymi przez amerykańskie media, grupami z najgorszą sytuacją, a jednocześnie niezwykle narażonymi na zakażenia, są mniejszości rasowe żyjące w USA (Afroamerykanie, Latynosi, czy Rdzenni Amerykanie). Są to następstwa wieloletniego rasizmu strukturalnego, poprzez który czarnoskórzy obywatele i inne mniejszości otrzymują gorsze wsparcie zdrowotne, mieszkają w ubogich dzielnicach i borykają się z problemami finansowymi³². Wspomniane czynniki owocują większym procentem zakażeń, jak i odsetkiem zgonów wśród mniejszości rasowych³³. Jest to efekt wieloletniego przyzwolenia na dyskryminację ze strony rządzących. Także częściej czarnoskórzy obywatele są zatrudniani w miejscach, w których są bardziej narażeni na zakażenie COVID-19, takich jak sklepy, apteki, czy magazyny.

Istotnym krokiem mającym przezwyciężyć rasizm, obecny pośród funkcjonariuszy organów ścigania, który w skrajnej postaci zaprowadził do zabójstw czarnych obywateli, jest uchwalenie przez Izbę Reprezentantów ustawy, którą nazwano, aby upamiętnić tragicznie zamordowanego George'a Floyda - *George Floyd Justice in Policing Act of 2020*³⁴. Pośród zmian zawartych we wspomnianym akcie prawnym znalazły się m.in.: reforma kwalifikowanego

³¹ *Protests across the globe after George Floyd's death*, <https://edition.cnn.com/2020/06/06/world/gallery/intl-george-floyd-protests/index.html>; B. Wehelié, A. Woodyatt, *'I can't breathe': Hundreds lie down in protest*, <https://edition.cnn.com/2020/06/03/world/gallery/george-floyd-lie-down-intl-scli/index.html>.

³² Zob. T. Luhby, *US black-white inequality in 6 stark charts*, <https://edition.cnn.com/2020/06/03/politics/black-white-us-financial-inequality/index.html>.

³³ J. Glenza, *Black and minority Americans more likely to get Covid-19, House panel hears*, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/jun/04/coronavirus-black-minority-americans-house-subcommittee>.

³⁴ *H.R.7120 - George Floyd Justice in Policing Act of 2020*, <https://www.congress.gov/bills/116th-congress/house-bill/7120/text>, [dostęp: 18.7.2020 r.].

immunitetu przysługującego funkcjonariuszom organów ścigania, zniesienie profilowania w oparciu o rasę i religię (były to częste kryteria stosowane przez policjantów, jako podstawy uznawania osoby za podejrzanego popełnienia czynu zabronionego), zakaz stosowania *no-knock warrants*³⁵ w sprawach o narkotyki na gruncie prawa federalnego, czy też utworzenie krajowego rejestru zawierającego listę funkcjonariuszy, którzy uprzednio dopuścili się aktów przemocy. Ustawa pomyślnie została uchwalona przez Izbę Reprezentantów, jednakże brak pozytywnych rokowań dla jej przyjęcia w Senacie³⁶.

WNIOSKI I POSTULATY *DE LEGE FERENDA*

Poddawszy analizie zagadnienia dotyczące rasizmu obecnego w Stanach Zjednoczonych Ameryki można stwierdzić, że jest on wciąż zjawiskiem żywo występującym. Nadmierne stosowanie przez prokuratora *peremptory challenges* w stosunku do czarnoskórych kandydatów na przysięgłych należy ocenić negatywnie, bowiem z jednej strony bezpodstawne wykluczanie potencjalnych członków ławy prowadzi do pozbawienia oskarżonego prawa do procesu przed bezstronną ławą przysięgłych, z drugiej zaś odbiera obywatelom prawo do zasiadania w ławie. Warto wskazać, że z perspektywy oskarżonego, wykluczenie czarnych przysięgłych z ławy i uznanie go za winnego popełnienia zarzuconego mu czynu, będzie prowadzić do poczucia niesprawiedliwości, braku pewności prawa, a także niechęci do systemu sądownictwa, co może zaowocować chęcią rozstrzygania sporów na innej drodze niż sądowa.

W obecnych czasach nie tylko wymiar sprawiedliwości nie jest zdecydowanym sprzymierzeńcem ludności czarnoskórej. Warto wskazać, że wieloletnia dyskryminacja Afroamerykanów doprowadziła do bardzo dotkliwych w skutkach następstw. Zabójstwa czarnoskórych obywateli, mowa nienawiści, trudniejszy dostęp do służby zdrowia, to tylko niektóre z zagrożeń czyhających na ludność kolorową.

Obserwując represje wymierzone przeciwko ludności czarnoskórej, a także ostatnie wydarzenia mające miejsce w Stanach Zjednoczonych Ameryki można wskazać postulaty *de lege ferenda*, które być może pozwoliłyby na zażegnanie niesprawiedliwości społecznych skierowanych wobec Afroamerykanów zarówno podczas procesów z udziałem ławy przysięgłych jak i w życiu

³⁵ Jest to forma nakazu przeszukania mieszkania wydawanego przez sąd, który uprawnia funkcjonariuszy organów ścigania do wejścia na posiadłość osoby podejrzaną bez wcześniejszego powiadomienia jej o samym przeszukaniu, a także o jego celu.

³⁶ C. Foran, H. Byrd, M. Raju, *House approves police reform bill named in honor of George Floyd*, <https://edition.cnn.com/2020/06/25/politics/house-police-reform-legislation-vote/index.html>.

codziennym. W celu zażegnania przejawów rasizmu należałoby zmniejszyć liczbę *peremptory challenges* i wprowadzić zakaz organizowania szkoleń dla prokuratorów, które wyposażają ich w wiedzę w zakresie wykluczania czarnoskórych kandydatów na przysięgłych. Wskazane zmiany być może pozwoliłyby zwiększyć zaufanie Afroamerykanów do wymiaru sprawiedliwości i zapewniłyby przestrzeganie prawa do procesu przed bezstronną ławą przysięgłych, gwarantowanego przez VI poprawkę do Konstytucji. Edukowanie społeczeństwa od najmłodszych lat w zakresie różnorodności rasowej, jak i przeciwdziałanie wszelkim przejawom rasizmu (bezpośredniego jak i pośredniego) jawią się jako postulat oczywisty i konieczny dla zaprowadzenia ładu i porządku w społeczeństwie amerykańskim.

BIBLIOGRAFIA

Artykuły

Bowser B. P., *Racism: Origin and Theory*, „Journal of Black Studies” 2017.

Finkelman P., *Slavery in the United States, Persons or Property?*, [w:] *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, red. J. Alain, 2012.

Green II P., Kelley R. D. G., Poe T., Lipsitz G., Rogers J., Hinton E., *Generations of Struggle*, „Transition” 2016, No. 119.

Jeliński J., *Iskry, które spowodowały pożar. Trzy wydarzenia, które zapoczątkowały Ruch na Rzecz Praw Obywatelskich w Stanach Zjednoczonych*, „Ogrody Nauki i Sztuk” 2011, nr 1.

Fludowski T., *Historia relacji rasowych*, [w:] *Ameryka instytucje i społeczeństwo*, red. Z. Lewicki, Warszawa 2017.

Smithers G. D., *Barack Obama and Race in the United States: A History of the Future*, „Australasian Journal of American Studies” 2009, Vol. 28, No. 1.

Sommers S. R., *On Racial Diversity and Group Decision Making: Identifying Multiple Effects of Racial Composition on Jury Deliberations*, „Journal of Personality and Social Psychology” 2006.

Akty prawne

H.R.7120 - George Floyd Justice in Policing Act of 2020, <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/7120/text>.

Rule 24. Trial Jurors, <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org/title-vi-trial/rule-24-trial-jurors/>.

Orzecznictwo

Batson v. Kentucky, 476 U.S. 79 (1986), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/79/>.

Johnson v. California, 545 U.S. 162 (2005), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/162/>.

Swain v. Alabama, 380 U.S. 202 (1965), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/202/>.

Williams v. Georgia, 349 U.S. 375 (1955), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/375/>.

Źródła internetowe

Duffy C., *A growing number of companies are giving employees the day off to celebrate Juneteenth*, <https://edition.cnn.com/2020/06/18/business/companies-observing-juneteenth/index.html>.

Foran C., Byrd H., Raju M., *House approves police reform bill named in honor of George Floyd*, <https://edition.cnn.com/2020/06/25/politics/house-police-reform-legislation-vote/index.html>.

Glenza J., *Black and minority Americans more likely to get Covid-19, House panel hears*, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/jun/04/coronavirus-black-minority-americans-house-subcommittee>.

Kaur H., *What to know about Juneteenth and why people are talking about it now*, <https://edition.cnn.com/2020/06/11/us/what-is-juneteenth-trnd/index.html>.

Luhby T., *US black-white inequality in 6 stark charts* <https://edition.cnn.com/2020/06/03/politics/black-white-us-financial-inequality/index.html>.

Robinson J., *The N.C. Supreme Court must stop racism in jury selection*, <http://www.ncpolicywatch.com/2020/02/11/the-n-c-supreme-court-must-stop-racism-in-jury-selection/>.

Wehelie B., Woodyatt A., *'I can't breathe': Hundreds lie down in protest*, <https://edition.cnn.com/2020/06/03/world/gallery/george-floyd-lie-down-intl-scli/index.html>.

After 6 Murder Trials and Nearly 24 Years, Charges Dropped Against Curtis Flower <https://www.nytimes.com/2020/09/04/us/after-6-murder-trials-and-nearly-24-years-charges-dropped-against-curtis-flowers.html>.

Learn about the history of the jury system, <https://www.mass.gov/info-details/learn-about-the-history-of-the-jury-system#the-early-days-of-the-jury-system->.

O Ameryce: Konstytucja Stanów Zjednoczonych z objaśnieniami, https://photos.state.gov/libraries/adana/30145/publications-other-lang/The_US_Constitution_Polish.pdf.

Protests across the globe after George Floyd's death, <https://edition.cnn.com/2020/06/06/world/gallery/intl-george-floyd-protests/index.html>.

The truth about the US jury system, <https://www.businessinsider.com/racial-bias-american-jury-system-explained-2018-2?IR=T>.

Why a nearly all-white jury might be legal <https://www.apmreports.org/story/2018/06/05/why-a-nearly-all-white-jury-might-be-legal>.

BLACK LIVES MATTER
- ABOUT RACIAL DISCRIMINATION
IN THE UNITED STATES OF AMERICA

Racial discrimination is an emerging problem 1 in the United States America over the years. It might seem that, just as indisputably admitted voting rights for women, so problems related to racial discrimination will end together with the abolition of slavery. However, watching the events taking place in the United States in recent years: unfounded detentions, or arrests of black citizens, sentencing them to death, or the last, so loud the murder of Georg Floyd, which resulted in riots in many states as well demonstrations and protests around the world, it must be recognized that racism is still a phenomenon living, and the law should prevent its development and mitigate discrimination through its correct application.

The aim of the analysis is to draw attention to the still lively problem of racial discrimination in the United States of America, as well as showing the basics of racism from page political programs advocated by rulers and their impact on growth or decline manifestations of social injustice due to the color of the skin.

At the beginning of the considerations, historical issues will be presented racism, beginning with the birth of slavery and its abolition, through the confession of the population black election rights, the creation and operation of the NAACP (National Association for the Advancement of Colored People) and the struggle of Martin Luther King Jr. for equality for black people.

In the further part of the article, contemporary issues concerning the policy pursued by the Obama government on the rights of black people, and the activities of the Black Lives Matter movement. Specific processes involving a jury will also be considered jury members, which included only white US citizens, during which they were convicted black people under the death penalty despite the failure to prove guilt above all doubt.

The article will also deal with the current situation of black citizens, who have to deal with the COVID-19 epidemic and the economic crisis with racial discrimination, aided by the policies of President Donald Trump, which calls for bloody suppression of protests. Regarding radical views the current president of the United States of America will be raised in propaganda, inciting racism, the actions of George W. Bush Sr. Faced with unfavorable policy led by the current president, changes in the treatment of the population black women were introduced by state and local governments, and also by

entrepreneurs. The article will also deal with the issue of racial discrimination to the extent that it affects lower earnings of black people compared to white people, and higher unemployment among African Americans.

The research methods used in the work are the historical and formal-dogmatic methods.

The literature on the subject will include contemporary scientific articles, such as and publications of historical value and dealing with the problem of racism over the years. To address the most recent issues of racial discrimination, they will stay Internet publications used.

The analysis of the topic led to the conclusion that law as an enabling instrument exercising power should not be used to deepen social differences, or worldview, but serve to blur borders and treat citizens in the same, a fair way, because everyone, regardless of skin color or social status we are equal before the law. When summarizing the topic, it is also worth pointing out that political programs should be based on the principles of civic equality, not on speech hate.

Keywords: racial segregation, racism, American law, United States America, Social Justice, Black Lives Matter.

ZBRODNIĘ PRZECIWKO LUDZKOŚCI W POLITYCE BYŁEGO PREZYDENTA SUDANU OMARA AL BASHIRA

WSTĘP

W niniejszym artykule przeanalizuję trzydziestoletnie rządy byłego prezydenta Sudanu Omara Al Bashira. W tym celu wykorzystam przede wszystkim orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Karnego (z siedzibą w Hadze) w sprawie Prokurator przeciwko Omar Hassan Ahmad Al Bashir¹. Problem badawczy należy zatem sformułować w sposób następujący: czy Al Bashir prowadził rządy w ten sposób, że ich nieodłącznym elementem były zbrodnie skierowane przeciwko ludności cywilnej? W tym celu posłużę się metodą dogmatyczno-prawną, dokonując interpretacji niektórych przepisów Statutu Rzymskiego² oraz orzecznictwa MTK w sprawie Al Bashira. W konsekwencji spróbuję dowieść, iż polityka byłego prezydenta Sudanu opierała się na zbrodniach przeciwko ludzkości, które wymierzone zostały w konkretne grupy społeczne.

¹ Akta sprawy Prokurator przeciwko Omar Hassan Ahmad Al Bashir (ICC-02/05-01/09-266).

² Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. 2003 nr 78 poz. 708).

I.

Pierwszy nakaz aresztowania Omara Hassana Ahmada Al Bashira został wydany w dniu 4 marca 2009 r.³, zaś drugi w dniu 12 lipca 2010 r.⁴ Wydając nakaz Izba Przygotowawcza I stwierdziła, że istnieją uzasadnione podstawy, by sądzić, że od marca 2003 r. do co najmniej 14 lipca 2008 r. w Darfurze istniał przedłużający się konflikt zbrojny o charakterze innym niż międzynarodowy między rządem Sudanu (GoS⁵), a kilkoma zorganizowanymi grupami zbrojnymi, w szczególności Sudańskim Wyzwoleniem/Armią (SLM/A⁶) oraz Ruch Sprawiedliwości i Równości (JEM⁷)⁸.

Niedługo po ataku w kwietniu 2003 r. na lotnisko El Fasher, Omar Al Bashir i inni wysokiej rangi sudańscy polityczni i wojskowi przywódcy GoS uzgodnili wspólny plan przeprowadzenia kampanii przeciwko powstańcom SLM/A, JEM oraz innym ugrupowaniom zbrojnym przeciwnym rządowi Sudanu. Kluczowym elementem tej kampanii był bezprawny atak na część ludności cywilnej w Darfurze, należącej głównie do grup Fur, Masalit i Zaghawa, którzy byli postrzegani jako bliscy zorganizowanym grupom zbrojnym przeciwnym rządowi Sudanu. Kampania była prowadzona przez siły GoS, w tym sudańskie siły zbrojne i ich sojuszniczą Milicję/Dżandżawid⁹, sudańskie siły policyjne, *National Intelligence and Security Service* (NISS¹⁰) oraz *Humanitarian Aid Commission* (HAC¹¹). Trwało to co najmniej do daty złożenia wniosku o ściganie do Międzynarodowego Trybunału Karnego (z siedzibą w Hadze) dnia 14 lipca 2008 r. Podczas kampanii siły GoS rzekomo popełniły zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne i zbrodnie ludobójstwa, a w szczególności:

1. przeprowadziły liczne bezprawne ataki, a następnie systematyczne grabieże miast i wsi zamieszkałych głównie przez ludność cywilną należącą do grup Fur, Masalit i Zaghawa;

³ Nakaz aresztowania Omara Hassana Ahmada Al Bashira z dnia 4 marca 2009 r. (ICC-02/05-01/09-1), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01824.PDF.

⁴ Drugi nakaz aresztowania Omara Hassana Ahmada Al Bashira z dnia 12 lipca 2010 r. (ICC-02/05-01/09-95), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_05433.PDF.

⁵ Government of Sudan – Rząd Sudanu.

⁶ Sudan Liberation Movement/Army - Sudański Ruch Wyzwoleńczy/Armia.

⁷ The Justice and Equality Movement - Ruchu Sprawiedliwości i Równości.

⁸ Strona Internetowa Międzynarodowego Trybunału Karnego, <https://www.icccpi.int/darfur/albashir/pages/alleged-crimes.aspx>.

⁹ Arabska milicja działająca w Sudanie, szczególnie w regionie Darfuru; zob. Strona internetowa Britanica, <https://www.britannica.com/topic/Janjaweed>.

¹⁰ National Intelligence and Security Service - Narodowy Wywiad i Służba Bezpieczeństwa.

¹¹ Humanitarian Aid Commission of Sudan – Komisja Pomocy Humanitarnej w Sudanie.

2. poddały tysiące cywilów, należących przede wszystkim do grup Fur, Masalit i Zaghaw, aktom morderstwa, a także aktom eksterminacji;

3. narażyły tysiące cywilów [należących głównie do wspomnianych grup] na przestępstwa zgwałcenia;

4. poddały setki tysięcy cywilów aktom przymusowego przeniesienia;

5. poddały cywili aktom tortur, a także skaziły studnie oraz pompy wodne miast i wsi zamieszkałych głównie przez członków zaatakowanych przez nich grup Fur, Masalit i Zaghawa;

6. zachęcały członków innych plemion, sprzymierzonych z GoS, do osiedlania się w wioskach i ziemiach zamieszkałych wcześniej głównie przez członków grup Fur, Masalit i Zaghawa¹².

II.

Izba Przygotowawcza MTK stwierdziła również, że istnieją uzasadnione podstawy, by sądzić, że:

1. Omar Al Bashir, jako *de iure* i *de facto* prezydent Sudanu i naczelny dowódca sudańskich sił zbrojnych, odegrał istotną rolę w koordynowaniu, projektowaniu i wdrożeniu plan;

2. i ewentualnie, że Omar Al Bashir:

a. odegrał rolę, która wykraczała poza koordynację realizacji wspomnianej kampanii przeciw powstańcom GoS;

b. miał pełną kontrolę nad wszystkimi gałęziami „aparatu” Sudanu, w tym m.in. nad sudańskimi siłami zbrojnymi i ich sojuszniczą milicją Dżandżawid, a także sudańskimi siłami policyjnymi;

c. stosował odpowiednią kontrolę, która umożliwiała mu wdrożenie wspomnianej kampanii przeciw powstańcom GoS¹³.

Izba Przedprocesowa stwierdziła, że istnieją uzasadnione podstawy, by sądzić, iż Omar Al Bashir działał ze szczególnym zamiarem zniszczenia choćby częściowo grup etnicznych Fur, Masalit i Zaghawa¹⁴.

Od marca 2003 r. do daty złożenia pierwszego wniosku prokuratora o nakaz aresztowania, Al Bashir popełnił (za pośrednictwem innych osób) ludobójstwo przeciwko grupom etnicznym Fur, Masalit i Zaghawa w Darfurze. Przestępstwa ludobójstwa dokonał za pomocą aparatu państwowego,

¹² Strona Internetowa Międzynarodowego Trybunału Karnego, <https://www.icccpi.int/darfur/albashir/pages/alleged-crimes.aspx>.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

Sił Zbrojnych i Milicji/Dżandżawid, w sposób każdorazowego wyrządzenia poważnej szkody cielesnej lub psychicznej członkom tych grup poprzez zgwałcenia bądź inne formy przemocy seksualnej, tortury i przymusowe wysiedlenie członków tych grup z zamiarem zniszczenia grup jako takich, z naruszeniem art. 6 lit. b i 25 ust. 3 lit. a Statutu Rzymskiego¹⁵.

III.

Zgodnie z Elementami Definicji Zbrodni istotnym elementem tej formy ludobójstwa jest to, że sprawca wyrządził poważną szkodę cielesną lub psychiczną jednej lub większej liczbie osób, co może obejmować tortury, zgwałcenie, przemoc seksualną lub nieludzkie lub poniżające traktowanie¹⁶.

Celami oddziałów zbrojnych Al Bashira nie były siły rebeliantów, lecz ludność cywilna. Siły zbrojne wielokrotnie atakowały mieszkańców miast i wsi, w których rebelianci nie byli obecni, a także nie mieli żadnego ważnego celu wojskowego, aby stacjonować w miejscach, w których oficjalnie nie było nieprzyjacielskich sił zbrojnych¹⁷.

Ataki nie ustawały, dopóki miasto lub wioska nie została w całości zniszczona, a ludność przymusowo przesiedlona. Ataki na wysiedloną ludność w obozach i wokół nich były wyraźnie wymierzone w ludność cywilną, czego przykładem jest w szczególności systematyczne akty zgwałcenia kobiet¹⁸.

Tysiące kobiet i dziewcząt należących do grup docelowych zostało zgwałconych we wszystkich trzech stanach Darfuru przez siły Al Bashira od 2003 r. Zgwałcono dziewczynki nawet w wieku 5 lat. Zgwałcenia, a także zgwałcenia zbiorowe były wykorzystywane jako broń zniszczenia w atakach na miasta i wokół obozów¹⁹.

Zdarzały się sytuacje, w których siły Al Bashira omijały lokalizacje z buntowniczą obecnością, zamiast tego decydowały się atakować ludność cywilną w ich domach. Przykładowo, podczas ataków Sił Zbrojnych i Milicji w miejscowościach Wadi Salih i Mukjar w sierpniu 2003 r. napastnicy wiedzieli, że rebelianci znajdują się na wzgórzach Sindu. Mimo to, zamiast atakować

¹⁵ Druga decyzja w sprawie wniosku prokuratury o wydanie nakazu aresztowania w sprawie prokurator przeciwko Omarowi Hassanowi Ahmadowi Al Bashirowi z dnia 12 lipca 2010 r. (ICC-02/05-01/09), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_04826.PDF.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ ANNEX A: Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008 (No. ICC-02/05), s. 9-12, https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2008_04753.PDF.

¹⁸ *Ibidem*, s. 9-12.

¹⁹ *Ibidem*.

Wzgórza Sindu, siły zbrojne i milicja zaatakowały cywilów w wioskach Ko-doom, Bindisi i Mukjar oraz w ich okolicznych wioskach, w których nie było buntowników²⁰.

Siły kierowane przez Al Bashira naraziły około 2,5 miliona ludzi żyjących w obozach przesiedleńców wewnętrznych, w tym znaczną część docelowych grup etnicznych, na poważne obrażenia ciała i psychiczne powstałe w wyniku gwałcenia i innych form przemocy seksualnej wobec tysięcy kobiet w obozach. Gwałty były używane jako cicha broń, do niszczenia grup docelowych w obozach i wokół nich²¹.

Z okresowych raportów i zeznań zgromadzonych przez prokuratora, wynika, że gwałt był popełniany systematycznie i nieprzerwanie przez 5 lat. Kobiety i dziewczęta zbierające drewno na opał, trawę lub wodę są wielokrotnie gwałcone przez Militię/Dżandżawid, Siły Zbrojne i innych agentów ochrony GoS²².

Większość ofiar Al Bashira wykazywała objawy zespołu stresu pourazowego, czego efektem były: ponadprzeciętny wstyd, żal, beznadziejność, złość i wściekłość, retrospekcje, koszmary senne i niezdolność do interpretacji otoczenia²³.

Ponadto, dzieci urodzone w wyniku tych napaści zostały nazwane „dziećmi Dżandżawidów” i do dziś rzadko są akceptowane jako członkowie społeczności. Doprowadziło to do dużej liczby niechcianych dzieci, wzrostu dzieciobójstwa i porzucania dzieci w Darfurze²⁴.

Szkody psychiczne spowodowane zgwałceniem potęguje bezkarność sprawców. Jedna z ofiar zeznała: „Ci, którzy dokonywali zgwałceń, nosili mundury, a ci, którzy mieli chronić, także nosili mundury. Nie wiadomo było od kogo i przed kim uciekać”²⁵.

Przestępstwo zgwałcenia było integralną częścią planu zniszczenia, który Al Bashir wyrządził trzem grupom etnicznym w Darfurze. W szczególności ze względu na piętno społeczne związane ze zgwałceniem i innymi formami

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ Zeznania ofiar wskazują przy tym, że ofiary przebywające w obozach wykazywały syndrom sztokholmski, gdyż np. mając możliwość ucieczki podczas zbierania drewna na opał poza terenem obozu i nie będąc pod nadzorem, kobiety nie decydowały się na ucieczkę. Świadkowie tłumaczyli to faktem, iż kobiety te i tak nie miały dokąd wracać.

przemocy seksualnej wśród Fur, Masalit i Zaghawa, te działania wyrządziły znaczną i nieodwracalną szkodę kobietom, a także ich społecznościom²⁶.

IV.

Zbrodnia ludobójstwa jest zbrodnią umyślną, zaś działania Al Bashira wskazują wyraźnie przejawy zamiaru popełnienia tego czynu. Systematyczne atakowanie ofiar z powodu ich przynależności do określonej grupy etnicznej; świadomy brak rozróżnienia między cywilami, a osobami o statusie wojskowym; popełnienie czynów, które naruszają wewnętrzne prawa grup etnicznych, takich jak masowe zgwałcenia i masowe wydalenia bez możliwości powrotu lub rekonstrukcji jako grupa; a także ukrywanie przestępstw popełnionych przez podwładnych. Samo istnienie tego planu stanowi fakt w niniejszej sprawie, z którego istnienie zamiaru wymaganego do ludobójstwa jest jedynym rozsądnym wnioskiem²⁷.

Zamiast badać i karać sprawców ludobójstwa, Al Bashir ukrywał zbrodnie. Mówiąc o przestępstwach zgwałcenia, powiedział: „Zgwałcenie nie dotyczy kultury sudańskiej ani mieszkańców Darfuru. Nie istnieje. Nie mamy tego”. Al Bashir zmierzał do tego, aby 99% rzekomych przypadków zgwałcenia zostało sfabrykowanych w celu zrzucenia winy na rząd²⁸.

Ludobójstwo poprzez nałożenie warunków umożliwiających doprowadzenie do fizycznego zniszczenia grup docelowych, w połączeniu z badaną kampanią dezinformacji, było skuteczną strategią osiągnięcia całkowitego zniszczenia. Zapobiegając ujawnieniu prawdy o zbrodniach; ukrywając swoje zbrodnie pod przykrywką „strategii przeciwdziałania rebelii”, „starć między plemionami” lub „działań bezprawnych autonomicznych milicji”; grożąc obywatelom Sudanu i próbując szantażować społeczność międzynarodową, Al Bashir umożliwił popełnienie kolejnych przestępstw²⁹.

Tak wyrafinowana strategia ukrywania była [zdaniem prokuratora] dowodem intencji osoby, która kontrolowała cały aparat komunikacyjny państwa. Co istotne, Al Bashir chciał ukryć nie tylko zbrodnie, ale ich ludobójczy charakter. Sudańska Krajowa Komisja Śledcza (zwana dalej „NCOI”), utworzona przez Al Bashira, posunęła się nawet do wymienienia przestępstw

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*, s. 16; *mens rea* Al Bashira.

²⁸ *Ibidem*, s. 19-20.

²⁹ *Ibidem*.

przeciwko ludzkości, ale nie zidentyfikowała żadnego członka rządu biorącego udział w zbrodniach i nie rozważyła ludobójstwa³⁰.

Na podstawie wszystkich tych czynników jedynym wnioskiem opartym na zebranych dowodach jest fakt, że Al Bashir zamierzał choćby częściowo zniszczyć grupy Fur, Zaghawa i Masalit³¹.

V.

W przypadku dokonania przestępstw zgwałcenia Al Bashirowi postawiono zarzuty z art. 6 lit. B oraz art. 7 ust. 1 lit. g Statutu Rzymskiego. Zatem dwa różne przestępstwa; z jednej strony zakwalifikowano zgwałcenie jako zbrodnię ludobójstwa, a z drugiej jako zbrodnię przeciwko ludzkości.

Al Bashir popełnił (za pośrednictwem innych osób) zbrodnię ludobójstwa przeciwko grupom etnicznym Fur, Masalit i Zaghawa w Darfurze w Sudanie, przy pomocy aparatu państwowego, Sił Zbrojnych i Milicji/Dżandżawid, aby wyrządzić poważną szkodę cielesną lub psychiczną członkom tych grup poprzez zgwałcenia, a także inne formy przemocy seksualnej, tortury i przymusowe wysiedlenie członków tych grup z zamiarem zniszczenia grup jako takich, częściowo z naruszeniem art. 6 lit. a i 25 ust. 3 lit. a Statutu Rzymskiego³².

Akty, które zostały wydane w celu spowodowania uszkodzenia ciała lub psychiki, obejmują przymusowe przeniesienie lub wysiedlenie, deportację, gwałt, tortury oraz nieludzkie i poniżające traktowanie. Poważna szkoda fizyczna lub psychiczna „musi obejmować krzywdę wykraczającą poza chwilowe nieszczęście, zażenowanie lub upokorzenie. Musi to być krzywda, która prowadzi do poważnej i długotrwałej utraty zdolności osoby do prowadzenia normalnego i konstruktywnego życia”. Charakter oraz wielkość szkód cielesnych i psychicznych poniesionych przez docelowe grupy etniczne w Darfurze niewątpliwie spełnia powyższe przesłanki³³.

Świadkowie przesłuchani przez prokuraturę poinformowali, że od marca 2003 r. tysiące kobiet i dziewcząt, należących do grup etnicznych Fur, Zaghawa i Masalit, zostały zgwałconych przez członków Sił Zbrojnych i Milicji. Wśród tej grupy były dziewczynki w wieku pięciu lat, jak i kobiety w wieku siedemdziesięciu lat³⁴.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, s. 21; Ludobójstwo poprzez wyrządzenie poważnej szkody fizycznej lub psychicznej członkom każdej grupy docelowej.

³³ *Ibidem*, s. 37.

³⁴ *Ibidem*, s. 37-41.

VI.

Zgwałcenie zbiorowe czyli zgwałcenie dokonane na jednej lub więcej ofiar przez więcej niż jednego sprawcę, był charakterystyczną cechą przemocy seksualnej w Darfurze, co dodatkowo potwierdzają świadkowie przesłuchiwa- ni przez prokuraturę. W Darfurze dokumentowano „nowe przypadki zgwał- ceń co tydzień, które były popełniane przez uzbrojonych mężczyzn rzekomo będących członkami rządowych sił zbrojnych i organów ścigania”³⁵.

Wciąż jednak nie jest znana oficjalna liczba ofiar. Wynika to z niewystar- czającej liczby zgłoszeń przestępstw zgwałcenia, co jest zjawiskiem powszech- nym i mocno utrudnia weryfikację rzeczywistej liczby ofiar³⁶.

Raporty zawierają opisy zgwałceń oraz i napaści seksualnej na kobietach i dziewczętach m.in. należącymi do grupy etnicznej Masalit. W lutym 2006 r. zaobserwowano wzrost liczby przypadków przemocy seksualnej przez per- sonel sił zbrojnych w obszarze zdominowanym przez Masalit w Zachodnim Darfurze. Doniesiono również, że w dniu 3 września 2006 r. cztery kobiety w Południowym Darfurze były otoczone 60 umundurowanymi uzbrojonymi mężczyznami, którzy następnie zgwałcili kobiety³⁷.

W okresie od stycznia do marca 2007 r. kobiety i dziewczęta Masalit w wieku od 15 do 60 było ofiarami co najmniej ośmiu różnych zgłoszonych przypadków przemocy seksualnej i przemocy na tle płciowym w jednym z obozów przesiedleńców w Darfurze Zachodnim³⁸.

Raport dokumentujący przemoc seksualną w latach 2007–2008 opisy- wał incydent w Zachodnim Darfurze, w którym „Arab, uzbrojony w karabin szturmowy AK-47, bat i kij, zaatakował kobietę Masalit i jej siedmioletnią córkę na zboczu wzgórza. Dziewczyna uciekła, ale złapał matkę i brutalnie ją pobił. Podczas bicia powiedziała, że krzyknął: „Zatrzymaliśmy wszystkich Masalitów przed przybyciem w to miejsce. Jak to możliwe, że się tutaj zna- lazaś?”. Wówczas kobieta, należąca do Masalit, odpowiedziała: „Czasami chodzimy zbierać trawę, po czym sprzedajemy ją na rynku, aby kupić rzeczy, których potrzebujemy dla naszych dzieci”³⁹.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, s. 44.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

VII.

MTK nie wskazuje wprost, jakie zachowania należy uznać za przemoc seksualną wobec kobiet. Należy jednak przyjąć, iż brutalne zgwałcenia, zgwałcenia zbiorowe czy gangi gwałcicieli są okolicznością, która nakazuje uznać, iż sytuacje mające miejsce w Darfurze są przejawem przemocy seksualnej. Jednakże trzeba zauważyć, że przemoc seksualna nie istniałaby najprawdopodobniej w tej sprawie bez przestępstwa zgwałcenia. Nie występuje bowiem osobna podstawa prawna, nakazująca orzeczenie tylko na podstawie przemocy seksualnej. Współistnienie jednak właśnie ze zgwałceniem, może stanowić przejaw wykładni rozszerzającej i niekorzystnego ewentualnego wyroku dla sprawcy. Co prawda, zasadne jest, aby karać sprawców tak druzgocących przestępstw, jednakże oprócz przestępstwa zgwałcenia nie postawiono Al Bashirowi żadnych innych przestępstw. Z Elementów Definicji Zbrodni wynika, iż nie ma diametralnej różnicy między zgwałceniem, a „innymi formami przemocy seksualnej”, o których mowa w art. 7 ust. 1 lit. g Statutu. Niemniej, wciąż nie można wskazać, jakie dokładnie czyny uważane są przez MTK za przemoc seksualną.

11 kwietnia 2019 r. po miesiącach powszechnych protestów przeciwko reżimowi Omara Al Bashira, sudańskie wojsko odsunęło go od władzy i ogłosiło utworzenie Tymczasowej Rady Wojskowej (TMC) w celu rządzenia krajem⁴⁰. Sudan zasugerował, że jest gotowy przekazać byłego dyktatora Omara Al Bashira pod jurysdykcję MTK, aby w końcu odpowiedział za zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości. Wciąż jednak istnieje wiele przeszkód, które należy pokonać, zanim 76-latek dotrze do sali sądowej MTK.

PODSUMOWANIE

Szczegóły dotyczące tego, jak i kiedy można przekazać byłego prezydenta są niejasne i najwyraźniej zależą od kompleksowego porozumienia pokojowego między władzami, a rebeliantami. Istnieją również wątpliwości co do poparcia potężnego wojska Sudanu dla takiego posunięcia. Bashir przebywał w więzieniu w Chartumie od czasu, gdy został zmuszony do ustąpienia ze stanowiska prezydenta w kwietniu, kiedy siły bezpieczeństwa wycofały swoje poparcie

⁴⁰ Strona internetowa BBC, *Omar al-Bashir: Sudan's ousted president*, artykuł z 14 sierpnia 2019 r., <https://www.bbc.com/news/world-africa-16010445>.

dla jego represyjnego reżimu po miesiącach protestów⁴¹. Zatem w przypadku ewentualnego skazania Al Bashira za zbrodnie ludobójstwa, przeciwko ludzkości i wojenne przez MTK wiele zależy od decyzji obecnie rządzących w Sudanie, co teraz nie wydaje się takie oczywiste. Polityka Al Bashira przeciwko grupom etnicznym w Sudanie to pierwszy do tej pory przypadek, który miał miejsce przed jurysdykcją MTK, kiedy to uznano, iż zbrodnię zgwałcenia przyczynia się bezpośrednio do zmniejszenia populacji poszczególnych grup. Zatem dokonywanie zgwałceń na kobietach i dziewczętach w Darfurze podczas rządów Al Bashira uznano za zbrodnię ludobójstwa, a więc najcięższą z możliwych. Niemniej, fizyczna obecność oskarżonego jest przesłanką pozytywną do otwarcia procesu przeciwko Al Bashirowi przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym⁴². Brak byłego prezydenta w siedzibie MTK⁴³ jest przesłanką negatywną, a zatem niedopuszczalne jest przeprowadzenie rozprawy bez udziału samego Al Bashira. Zgodnie z danymi zamieszczonymi na stronie UNIC Warsaw: „Według szacunków ONZ od 2003 r. w Darfurze zginęło co najmniej 300 000 ludzi, a 2,7 miliona osób opuściło swoje domostwa uciekając przede wszystkim do pobliskiego Czadu. Jan Egeland, były Zastępca Sekretarza Generalnego NZ ds. Humanitarnych, nazwał Darfur największym kryzysem humanitarnym współczesnych czasów”⁴⁴. Mimo tak ogromnych liczb oraz faktu, że Al Bashir jeszcze nie odpowiedział za swoje zbrodnie, nakaazy aresztowania wydane w 2009 r. i 2010 r. przez Międzynarodowy Trybunał Karny nie zostały do tej pory uchylone.

⁴¹ Strona internetowa The Guardian, *Sudan signals it may send former dictator Omar al-Bashir to ICC*, artykuł z dnia 11 lutego 2020 r., <https://www.theguardian.com/world/2020/feb/11/sudan-says-it-will-send-formerdictator-omar-al-bashir-to-icc>.

⁴² Oskarżony jest obecny na rozprawie. - Art. 63 ust. 1 Statutu Rzymskiego.

⁴³ O ile nie postanowiono inaczej, rozprawa odbywa się w siedzibie Trybunału. – art. 62 Statutu Rzymskiego

⁴⁴ Strona Internetowa UNIC Warsaw, *Sudan i Sudan Południowy (konflikt w Darfurze i Kordofanie Południowym)*, artykuł z dnia 28 września 2011., <http://www.unic.un.org/pl/aktualnosci/31,2213,,/>.

BIBLIOGRAFIA

Literatura (źródła internetowe):

Strona Internetowa Międzynarodowego Trybunału Karnego, <https://www.icccpi.int/darfur/albashir/pages/alleged-crimes.aspx>, dostęp 16 kwietnia 2020.

Strona internetowa BBC, *Omar al-Bashir: Sudan's ousted president*, artykuł z 14 sierpnia 2019 r., <https://www.bbc.com/news/world-africa-16010445>.

Strona internetowa The Guardian, *Sudan signals it may send former dictator Omar al-Bashir to ICC*, artykuł z dnia 11 lutego 2020 r., <https://www.theguardian.com/world/2020/feb/11/sudan-says-it-will-send-formerdictator-omar-al-bashir-to-icc>, dostęp 18 kwietnia 2020.

Strona internetowa Britanica, <https://www.britannica.com/topic/Janjaweed>.

Strona Internetowa UNIC Warsaw, *Sudan i Sudan Południowy (konflikt w Darfurze i Kordofanie Południowym)*, artykuł z dnia 28 września 2011., <http://www.unic.un.org.pl/aktualnosci/31,2213,,,/>,

Akty prawne

Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. 2003 nr 78 poz. 708).

Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o ratyfikacji Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (Dz.U. 2001 nr 98 poz. 1065).

ICC, Elements of crimes, Haga 2011 (ICC-PIDS-LT-03-002/11_Eng).

Rules of Procedure and Evidence, Haga 22 maja 2013 r. (ICC-PIDS-LT-02-002/13_Eng). <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rule-sprocedureevidenceeng.pdf>, dostęp 11 maja 2020.

Orzecznictwo

Akta sprawy Prokurator przeciwko Omar Hassan Ahmad Al Bashir (ICC-02/05-01/09-266).

ANNEX A: Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July. 2008 (No. ICC-02/05), https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2008_04753.PDF.

Nakaz aresztowania Omara Hassana Ahmada Al Bashira z dnia 4 marca 2009 r. (ICC-02/05-01/09-1), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01824.PDF.

Drugi nakaz aresztowania Omara Hassana Ahmada Al Bashira z dnia 12 lipca 2010 r. (ICC-02/05-01/09-95), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_05433.PDF.

Druga decyzja w sprawie wniosku prokuratury o wydanie nakazu aresztowania w sprawie prokurator przeciwko Omarowi Hassanowi Ahmadowi Al Bashirovi z dnia 12 lipca 2010 r. (ICC-02/05-01/09), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_04826.PDF.

CRIMES AGAINST HUMANITY IN THE POLICY OF THE FORMER SUDANESE PRESIDENT OMAR AL BASHIR

Omar Hassan Ahmad Al Bashir was the president of the Republic of Sudan from October 16, 1993 to April 11, 2019. The Pre-Trial Chamber of the International Criminal Court issued the arrest warrants for A Bashir on March 4, 2009 and July 12, 2010. The following charges have been brought against him: five counts of crimes against humanity: murder, extermination, forced transport, torture and rape; two types of war crimes: deliberate targeting of civilians as such or individual civilians not participating in hostilities, and plunder; three cases of genocide: killing, causing serious bodily or psychological harm and deliberately creating living conditions for each target group aimed at destroying the group. According to the findings of the prosecutor of the International Criminal Court - all these crimes were committed in 2003-2008 in Darfur. Currently, Al Bashir has been removed from power in Sudan. Both arrest warrants issued by the ICC Pre-Trial Chamber proved to be ineffective. In my work I analyze first of all how they were the first to Sudan through "lawful" actions, as well as the destruction that affects three ethnic groups under the guise of fighting the rebels.

Keywords: Crime against humanity, crime of genocide, torture, civilians, politics, ICC, Sudan

PRAWA PODMIOTOWE JAKO NARZĘDZIE ZASTĘPUJĄCE PROCES POLITYCZNY - LIBERALNY LEGALIZM

W poniższym artykule spróbuję odpowiedzieć na pytanie, czy mechanizm praw podmiotowych może stanowić narzędzie w pełni zastępujące proces polityczny. Zgodnie z tym poglądem, możliwe jest takie ukształtowanie uprawnień jednostki, przy którym sprawowanie rządu ograniczone będzie do wykonywania czynności administracyjnych, niemających charakteru politycznego.

W pierwszej części artykułu zdefiniuję pojęcie uprawnienia (prawa podmiotowego), następnie w skrócie zaprezentuję niektóre przykłady wykorzystania mechanizmu uprawnień. W trzeciej części przedstawię zasadniczy problem, jaki leży u podstaw liberalnego legalizmu, by na koniec spróbować odpowiedzieć na postawione w pierwszym akapicie pytanie.

Na potrzeby artykułu zakładam, że najtrafniejszym z dostępnych obrazów świata etycznego jest pluralizm wartości. W myśl tej koncepcji, sprzeczne zdania na temat tego co jest moralne, a co nie, mogą być równocześnie prawdziwe, ale także możliwe jest obiektywne ocenianie dobra i zła. Wynika to z faktu, że wartości, choć istnieją obiektywnie, są niewspółmierne, zatem utworzenie hierarchii wartości na jednej liniowej skali jest niemożliwe. Ponieważ uzasadnienie tej tezy obszarowo przekracza planowany rozmiar tego artykułu, przyjmuję ją jako założenie¹.

¹ Zob. B. Polanowska-Sygulska, *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*, Kraków 2008, s. 26.

I.

W myśl klasycznej prawniczej definicji, publiczne prawa podmiotowe stanowią kwalifikowaną formę ochrony interesu prawnego². Ta definicja odwołuje się do konstrukcji teoretycznoprawnej, zwanej triadą Bernatzika. Zbudowana ona jest wokół trzech pojęć, które są wobec siebie zakresowo podrzędne; interesu faktycznego, interesu prawnego i roszczenia prawnego. Interes faktyczny jest subiektywnym przeświadczeniem jego dzierżyciela, że inny podmiot powinien podjąć zachowanie, które przyniesie dzierżycielowi korzyść. Względem interesu faktycznego, zakresowo podrzędny jest interes prawny. Ponownie jest to subiektywne nastawienie jego dzierżyciela, lecz tym razem znajduje ono oparcie w normach prawnych. Niektóre interesy prawne, ze względu na swoją doniosłość, chronione są w sposób szczególny. W takiej sytuacji dzierżyciel interesu prawnego staje się także posiadaczem prawa podmiotowego. Jest to już skonkretyzowane roszczenie działania, które gwarantuje, że przy zaistnieniu odpowiednich przesłanek, nastąpi oczekiwany skutek prawny³.

Publiczne prawa podmiotowe są szczególnymi roszczeniami skierowanymi wobec państwa (administracji publicznej). W trakcie historycznej ewolucji państwa policyjnego w państwo prawne, która miała miejsce w XIX wieku, konieczne było określenie prawnego statusu jednostki, wraz ze skutecznymi mechanizmami jego ochrony. Andrzej Dziadzio tak oto podsumowuje to zjawisko: *W XIX w. prawu wyznaczano właściwie jeden materialny warunek: miało należycie chronić wolność jednostek*⁴. Obywatel, z zasady bezsilny w rywalizacji z państwem, otrzymał dzięki mechanizmowi powszechnych praw podmiotowych narzędzia skutecznej ochrony swojego indywidualnego statusu⁵.

Na potrzeby niniejszych rozważań, ilekroć będę mówił o uprawnieniach (publicznych prawach podmiotowych) w sensie prawnym, będę miał na myśli przysługujące konkretnym obywatelom powszechne (konstytucyjne) roszczenia określonego działania lub zaniechania ze strony państwa i innych obywateli.

² J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 361.

³ *Ibidem*, s. 353.

⁴ A. Dziadzio, *Koncepcja państwa prawa w XIX w. - idea i rzeczywistość*, "Czasopismo Prawno-historyczne" 2005, nr 1, s. 178.

⁵ J. Zimmermann, *op. cit.*, s. 363.

II.

Zanim przejdę do definiowania uprawnień w sensie politycznym, konieczna jest inna, istotna uwaga. Otóż myśliciele na przestrzeni dziejów wielokrotnie napotykali problemy etyczne, których nie byli w stanie rozwiązać. Stąd wykształcił się pogląd, zgodnie z którym życie polityczne (pomińmy chwilowo problem znaczenia tego zwrotu) powinno być ułożone w sposób etycznie indyferentny. Filozofowie ci żywili przekonanie, że ostateczne wyeliminowanie sporów z moralnością sprawi, że władza publiczna ograniczy się wyłącznie do czynności technicznych. To prawdopodobnie miał na myśli Saint-Simon pisząc, że “rządzenie ludźmi zamieni się w administrowanie rzeczami”⁶. Jeśli jednak pluralistyczny obraz świata jest prawdziwy, to twierdzenie, że wyeliminowanie sporów moralnych jest w ogóle możliwe, pozostaje fałszywe. Władza publiczna zawsze będzie mierzyła się z rozstrzyganiem problemów o charakterze moralnym. Najtrafniej podsumował to Isaiah Berlin: *Przekonania o tym, jak powinno wyglądać dobre życie, co mężczyźni i kobiety powinni robić, mają charakter moralny. Gdy rozważamy je w odniesieniu do grup, narodów, a także całej ludzkości, nazywamy je filozofią polityczną, która nie jest niczym innym niż etyką zaaplikowaną do społeczeństwa*⁷. Ponieważ prawa człowieka uważane są właśnie za element filozofii politycznej, uprawnienia w sensie politycznym stanowią szczególnie przypadek uprawnień moralnych.

Definiowanie uprawnień stanowi wielkie wyzwanie. Berlin, zapytany przez Beatę Polanowską-Sygulską, czy jego filozofia polityczna oparta jest na uprawnieniach, odpowiedział: “nie, ponieważ nigdy nie wiem, co to jest uprawnienie”⁸. Pewnej systematyki zagadnienia dokonał Hart. Jego zdaniem uprawnienia stanowią szczególnie rodzaj rozumowań moralnych, które zakładają możliwość stosowania przymusu⁹. Uprawnienia tworzą grupy przypadków, w których ingerencje w cudzą wolność uważamy za słuszną¹⁰. “Posiadać do czegoś prawo” to tyle, co “oczekiwać określonego zachowania jako

⁶ I. Berlin, *Dwie koncepcje wolności*, [w:] *ibidem*, Warszawa, 1991, s. 109.

⁷ I. Berlin, *O dążeniu do ideału*, [w:] *ibidem*, s. 18.

⁸ B. Polanowska-Sygulska, *Rozmowy z oksfordzkimi filozofami*, Kraków 2011, s. 34.

⁹ H. Hart, *Are there any natural rights?*, “The Philosophical Review” 1995, nr 2, s. 178.

¹⁰ Rozumowanie Harta bazuje na przedstawieniu wolności jako braku przymusu. Takie rozumienie wolności można swobodnie pogodzić z pluralizmem wartości. Zob.: I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, s. 113.

<<ślusznego>>, bez dodatkowego uzasadnienia”. Tworzą one zatem dodatkową kategorię odpowiedzi na pytanie “co powinniśmy robić?” – inną niż “co jest dobre?”, ponieważ słusność i dobro to pojęcia z innych wymiarów etyki¹¹.

Wszystkie uprawnienia moralne, rozumiane w ten sposób, są pochodnymi ogólnego równego uprawnienia wszystkich ludzi do bycia wolnymi. Stwierdzenie, że ingerencja w czyjąś wolność wymaga moralnego uzasadnienia ma sens tylko wtedy, gdy uznamy, że co do zasady posiadanie przez ludzi wolności jest słuszne¹². W konsekwencji Hart wyróżnia dwa rodzaje uprawnień moralnych: *generalne i szczególne*. Uprawnienia generalne są pochodnymi naturalnego uprawnienia do bycia wolnym i wskazują na szczególne przypadki nieuprawnionej ingerencji w wolność. Uprawnienia szczególne zaś powstają na skutek dobrowolnego działania osób. Najczęściej mamy do czynienia z obietnicą oraz przyznaniem, a dla wspólnoty politycznej szczególnym źródłem uprawnień jest “wzajemność ograniczeń” oznaczająca, że jeżeli członek wspólnoty akceptuje pewne ograniczenia jego wolności, wynikające z przyjętych w niej zasad, to ma prawo oczekiwać, że inni też będą się do nich stosować¹³.

Uprawnienia moralne stają się uprawnieniami politycznymi w momencie, gdy ich stosowanie odnosi się do jakiejś wspólnoty politycznej. Wtedy nazywamy je prawami (człowieka lub obywatela). Są one powszechne (przysługują każdemu człowiekowi), przyrodzone (nie ma żadnych dodatkowych warunków ich otrzymania) i niezbywalne (nie można się ich ani dobrowolnie zrzec, ani być ich pozbawionym). Pierwszym myślicielem, który podkreślił znaczenie uprawnień politycznych, był John Locke. Dla Locke’a posiadanie uprawnień jest stanem wyjściowym, a obowiązkiem państwa jest stworzenie warunków do korzystania z nich¹⁴.

III.

Doświadczenia niemieckiego faszyzmu wykazały jednoznacznie, że liberalny paradygmat wymaga odświeżenia. Dla XIX-wiecznych liberałów wyzwaniem była ochrona jednostki przed arbitralnym państwem policyjnym. Wydawać się mogło, że tą funkcję skutecznie spełnią rządy prawa, połączone z demokratycznym parlamentaryzmem. Historia nazistowskich Niemiec

¹¹ H. Hart, *ibidem*, s. 179.

¹² *Ibidem*, s. 183.

¹³ *Ibidem*, s. 179.

¹⁴ J. Malczewski, I. Barwicka-Tylek, *Historia myśli ustrojowej i społecznej*, Warszawa, 2014, s. 150.

pokazała jednak, że samo uznanie rządów prawa nie jest wystarczające - przejście od liberalnej demokracji do totalitaryzmu typu faszystowskiego okazało się być możliwe w zgodzie z literą prawa, przy odpowiedniej woli politycznej.

Instytucją, która miała zabezpieczyć ludzkość przed powtórką wydarzeń z I połowy XX wieku miały być uprawnienia, ale tym razem rozumiane nie tylko jako konstrukt filozoficznopolityczny, lecz także jako konkretny element systemu prawnego. Tak powstała uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1948 roku Powszechna Deklaracja Praw Człowieka. Prawom podmiotowym poświęcono pierwszy rozdział przyjętej rok później Konstytucji Niemiec, a także - pół wieku później - Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

IV.

Dla części myślicieli liberalnych z II połowy XX w., samo zagwarantowanie podstawowych uprawnień na drodze aktów prawnych o randze konstytucyjnej nie było wystarczające. Obawiali się oni, że na skutek procesu politycznego, formalnie zagwarantowana wolność może zostać ograniczona, a jednostka utraci swój status. Dlatego poszukiwali oni rozwiązań, które z jednej strony umożliwią ochronę przyrodzonych uprawnień, a z drugiej dadzą się pogodzić z empirycznie potwierdzonym faktem, że mogą istnieć różne formy dobrego życia. Ci myśliciele liberalni stworzyli projekt, w którym podstawą filozofii politycznej powinno być poszukiwanie uniwersalnego systemu prawnego, który tworzy ramy prawne dla działań jednostek, w którym mogą one realizować swoje wizje życia. John Gray nazwał ich liberalnymi legalistami¹⁵.

Głównym postulatem liberalnych legalistów jest przygotowanie idealnej konstytucji, która, dzięki przyjętym mechanizmom, umożliwi skuteczne realizowanie uprawnień przez jednostki¹⁶. Przeświadczenie, że narzędzia prawne są rozwiązaniem problemu, jaki tworzy niemożliwość ustalenia, jaki sposób życia jest najlepszy, ma zresztą swoje umocowanie. Bazuje ono na docenieniu specyfiki rozumowania prawniczego, które nie tylko zakorzenione jest w tradycyjnej filozofii analitycznej, ale i ze swoistą swobodą posługuje się pojęciami związanymi z uprawnieniami: *prawem*, *zobowiązaniem*, *obowiązkiem*, *słusznością*, *bezstronnością*¹⁷. Jeżeli tylko uda się stworzyć system uprawnień zbliżony

¹⁵ J. Gray, *Dwie twarze liberalizmu*, Warszawa, 2001, s. 26.

¹⁶ B. Polanowska-Sygulska, *Rozmowy...*, s. 95.

¹⁷ A. Bator, *Systemowość prawa wobec konfliktów politycznych*, "Przegląd Prawa i Administracji" 2016, nr 104, s. 74.

do ideału, to, przy zastosowaniu rozumowań prawniczych, będzie możliwe rozwiązanie każdego konfliktu społecznego¹⁸.

To twierdzenie liberalnych legalistów jest elementem wspólnym, który łączy wszystkich jego twórców. Oprócz tego jednak, różnice między nimi są ogromne. Do liberalnych legalistów możemy z jednej strony zaliczyć Friedricha Augusta von Hayeka i Roberta Nozicka, więc myślicieli o profilu zdecydowanie rynkowym, jak i Ronalda Dworkina i Johna Rawlsa, myślicieli o rodowodzie liberalno-lewicowym¹⁹.

V.

Fakt, że prawa człowieka są przyrodzone i niezbywalne stanowi źródło problemu o przemożnym znaczeniu dla każdego projektu liberalnego - problem wzajemnego ograniczania uprawnień. Jest bowiem oczywiste, że uprawnienia różnych osób mogą wchodzić między sobą w konflikt²⁰. Jeżeli idealny system polityczno-prawny ma istnieć, musi istnieć klucz, który pozwala na rozstrzyganie konfliktów uprawnień nie tylko na płaszczyźnie teoretycznej, ale i praktycznie.

W płaszczyźnie teoretycznej, problem konfliktów uprawnień można rozwiązać na dwa sposoby. Jednym z rozwiązań jest przyjęcie zasad, w oparciu o które rozstrzyga się spory między uprawnieniami. Tak na przykład polska Konstytucja formułuje w art. 31 ust. 3 zasadę proporcjonalności ograniczania praw obywatelskich. Rozwiązaniem alternatywnym jest uznanie, że już w samej treści uprawnień zapisane są granice, które pozwalają na rozstrzyganie konfliktów uprawnień, a zadaniem ciała rozwiązującego taki konflikt jest nie ich wyznaczenie, lecz "odkrycie". W myśl tego Dworkinowskiego poglądu, każdy człowiek posiada nie prawo do swobodnej wypowiedzi w ogóle, lecz prawo do swobodnej wypowiedzi, które nie kłóci się z prawem do swobodnej wypowiedzi innych osób²¹.

Drugi z poglądów na wzajemne ograniczanie pozwala w pewnym stopniu uzasadnić twierdzenie, że prawa człowieka są absolutne (są absolutne w zakresie, w jakim nie wchodzi w konflikt z uprawnieniami innych osób), nie spełnia on jednak postulatu samego autora, by rozstrzygać problemy

¹⁸ H. Hart, *Rawls o wolności i jej priorytecie*, [w:] *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa, 2001, s. 236.

¹⁹ J. Gray, *op. cit.*, s. 26

²⁰ Samo naturalne uprawnienie Harta zawiera w sobie klauzulę, że zakres jego obowiązywania jest równie ograniczony względem wszystkich ludzi, por. H. Hart, *Are there any...*

²¹ H. Hart, *Rawls o wolności...*, s. 241.

praktyczne²². W ostateczności bowiem jakiś organ musi podjąć się trudu wyznaczenia (tudzież “odkrycia”) granic między uprawnieniami, niezależnie, czy tą osobą jest sędzia Herkules, czy nie.

W praktyce konstytucyjnej przyjęło się, że organem, który rozstrzyga spory uprawnień są albo sądy najwyższe, albo sądy konstytucyjne²³. Zadanie o znaczeniu podstawowym dla funkcjonowaniu systemu politycznego, który stworzyli, liberalni legaliści powierzyli nie ciałom politycznym, lecz organom eksperckim²⁴, których członkowie posługują się szczególnego rodzaju myśleniem prawniczym, opartym nie tylko o konstytucyjne regulacje (prawa podmiotowe), ale i o zbiory konstytucyjnych wartości²⁵.

Jak zatem rozstrzygać te spory uprawnień? Dla niektórych z liberalnych legalistów sam postulat, by rozstrzygać je w oparciu o “rozumowanie prawnicze” jest wystarczający, inni zaś poszukiwali dodatkowych zasad, które miały stać się podstawą sędziowskich decyzji. Najbardziej znanym przykładem takiej metareguly rozstrzygania sporów społecznych są zasady sprawiedliwości Johna Rawlsa. Pierwsza z zasad, którą sam autor nazywa zasadą największej równej wolności, jest w istocie dyrektywą rozstrzygania sporów uprawnień²⁶.

VI.

Z dotychczas opisanego projektu liberalnego legalizmu wyłania się obraz spójnej i wyczerpującej doktryny politycznej. Zgodnie z wizją wszystkich liberalnych legalistów, zadaniem państwa jest kompleksowa ochrona wolności, która zagwarantowana została przy użyciu mechanizmu uprawnień. Spory między uprawnieniami rozstrzygane są w oparciu o rozumowanie prawnicze. O ostatecznym kształcie granic między uprawnieniami decyduje nie ciało przedstawicielskie, podejmujące decyzję poprzez proces polityczny, lecz sąd w procesie prawnym. Gray opisał to przenikliwie: *Dla Rawlsa, tak jak i dla Ronalda Dworkina, Friedricha A. Hayeka i Roberta Nozicka, filozofia polityczna jest częścią filozofii prawa - częścią, która dotyczy sprawiedliwości i podstawowych praw. Celem filozofii politycznej jest stworzenie idealnej konstytucji, mającej zasadniczo uniwersalne zastosowanie, która określa ustalone ramy podstawowych*

²² R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Harvard, 1977, s. 185.

²³ por. A. Dziadzio, *Między ideą a praktyką ustrojową: o drodze Austrii do sądu konstytucyjnego*, “Forum Prawnicze” 2018, nr 3.

²⁴ J. Gray, *op. cit.*, s. 29.

²⁵ A. Bator, *op. cit.*, s. 86.

²⁶ J. Gray, *op. cit.*, s. 115.

*swobód i praw człowieka*²⁷. Jeszcze bardziej bezpośrednio opisała to zjawisko Beata Polanowska-Sygulska: [Liberalny legalizm to] *tradycyjny, liberalny projekt, zakładający obwarowanie życia politycznego tak skonstruowanymi zapisami konstytucyjnymi i regulacjami prawnymi, że w efekcie doprowadzą one do wyeliminowania polityki, i do zastąpienia jej prawem*²⁸.

Jeżeli projekt liberalnych legalistów jest trafiony, to w prawo w państwie liberalnym zyskuje nową funkcję. Nie służy już tylko do ograniczania i umocowywania działań państwa, które realizują określone polityki²⁹, lecz staje się wyłącznym narzędziem organizacji całego życia publicznego. Wszystkie podstawowe kwestie (więc te związane ze statusem jednostki) są powiem rozstrzygane przez prawo; albo pierwotnie, przez akty konstytucyjne, albo wtórnie - przez sądy. Władza polityczna ograniczy się do czynności administracyjnych. Wizja Saint-Simona spełni się za sprawą utopii nie socjalistycznej, lecz liberalnej. Aktualniejsze stają się słowa, jakimi Judith Shklar opisała liberalizm naturalnych uprawnień: *Liberalizm naturalnych uprawnień postrzega politykę jako domenę obywateli, którzy realizują swoje prawnie chronione interesy (cele), w zgodzie z wyższym (pierwotnym) porządkiem*³⁰.

VII.

Otwarte pozostaje pytanie - czy uprawnienia (w sensie, jaki nadają im liberalni legaliści) mogą stanowić skuteczne narzędzie zastępujące proces polityczny? W tym celu warto przestudiować praktykę państw, które w swoim modelu politycznym do liberalnego legalizmu się zbliżyły.

Znalezienie odpowiednich przykładów nie jest zadaniem trudnym. Po sukcesach neoliberalnego paradygmatu politycznego w latach 80. XX w., wiele państw zachodnich przyjęło, w stopniu większym lub mniejszym, postulaty liberalnych legalistów³¹. Warto przywołać przykłady niektórych sporów uprawnień, które wywołały znaczne kontrowersje.

W roku 1973, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wydał wyrok w sprawie Roe p-ko Wade, w którym stwierdził, że Konstytucja Stanów Zjednoczonych chroni prawo kobiet do dokonania zabiegu usunięcia ciąży. Wyrok zapadł w samym środku toczącej się debaty publicznej, gdzie zwolennicy

²⁷ *Ibidem*, s. 26.

²⁸ B. Polanowska-Sygulska, *John Gray i krytyka liberalnego legalizmu*, Kraków, 2017, s. 184.

²⁹ J. Zimmermann, *op. cit.*, s. 124.

³⁰ J. Shklar, *The Liberalism of Fear*, [w:] *Liberalism and the Moral Right*, red. N. Rosenblum, Londyn, 1989, s. 26.

³¹ B. Polanowska-Sygulska, *Rozmowy...*, s. 73.

przeciwnych rozwiązań (ugrupowania pro-life i pro-choice) pozyskiwali kolejnych popierających.

W roku 2011, ETPCz wydał ostateczną decyzję w sprawie Lautsi p-ko Włochom, która wstrząsnęła europejską opinią publiczną. Oba stanowiska ETPCz (pierwsze, stwierdzające, że symbol religijny nie powinien się w szkole znaleźć i drugie, zgodnie z którym krzyż jest “pasywnym” symbolem i nie narusza swobody wyznania) były szeroko komentowane i kontestowane³².

W maju 2015 roku, drukarz z Łodzi odmówił aktywistom ze środowisk lewicowych wydrukowania plakatu promującego równość osób o różnej orientacji seksualnej. Sprawa trafiła do Sądu Rejonowego, który stwierdził naruszenie art. 138 kw *in fine*, który wówczas brzmiał: *Kto, zajmując się zawodowo świadczeniem usług, [...] umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany, podlega karze grzywny*. Zdaniem sądu to, że drukarz nie zgadzał się z poglądami wyznawanymi przez osoby, które chciały skorzystać z jego usług, nie jest uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi, a odmowa taka jest dyskryminująca. Sprawą zajął się Sąd Najwyższy oraz Trybunał Konstytucyjny, który w kontrowersyjnym wyroku stwierdził niezgodność części przepisu art. 138 kw z art. 2 Konstytucji RP. W sytuacji odmowy wykonania usługi, zdaniem Trybunału, wystarczającą ochronę zapewnia prywatnoprawna odpowiedzialność kontraktowa, a środek publicznonprawny jest niekonieczny³³. Pomijając wątpliwości, jakie budzi przedstawione rozumowanie Trybunału³⁴, zaobserwować można wyraźnie, jak Trybunał próbował uniknąć próby rozstrzygnięcia konfliktu uprawnień (z jednej strony wolności sumienia, a z drugiej prawa do niebycia dyskryminowanym) sugerując, że tego konfliktu tu nie ma.

Co łączy trzy opisane przypadki?

Po pierwsze, wszystkie trzy przypadki dotyczyły spraw o złożonym charakterze etycznym³⁵. Problematyka aborcji, sekularyzacji oraz niedyskryminacji nie da się przedstawić w kontekście jednej określonej wartości moralnej, a przekonania na ich temat mają na ogół rodowód w różnych wymiarach etyki. Stąd proste zestawienie kolidujących wartości nie przynosi rozwiązania.

Po drugie, obie strony każdego z konfliktów argumentowały, że ich stanowisko jest chronione przez właściwe uprawnienia. W tych dyskusjach,

³² Więcej o “sporze o krzyż” pisze Beata Polanowska-Sygulska w *John Gray...*, s. 235 i n.

³³ Zob. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 26 czerwca 2019 r., sygn. akt K 16/17.

³⁴ Por. zdania odrębne sędziów TK Leona Kieresa i Wojciecha Sycha do wyroku z dn. 26 czerwca 2019 r.

³⁵ B. Polanowska-Sygulska, *Rozmowy...*, s. 95.

argumenty odwołujące się do dobra bądź powinności pojawiają się rzadko, podczas gdy dominujące jest prowadzenie narracji wokół tego, komu do czego przysługuje prawo.

Po trzecie, rozstrzygnięcie sporów prawnych przez organy sądowe nie przyczyniło się do deeskalacji konfliktów społecznych, na kanwie których się toczyły. Decyzje sądów stały się jedynie argumentem dla jednej ze stron, podczas gdy druga z nich wciąż pozostawała na swoim stanowisku, kwestionując sądowe wyroki.

VIII

Jeżeli mechanizm uprawnień ma skutecznie zastąpić proces polityczny, musi istnieć skuteczny sposób na rozstrzyganie konfliktów uprawnień. Odzwierciedlają one istotne konflikty społeczne, które mogą prowadzić do niestabilności całego systemu politycznego. Gdy system polityczny jest niestabilny, istnieje realne ryzyko nieuprawnionego i bezkarnego naruszania wolności i integralności jednostek. Zatem, jeżeli liberalny legalizm nie pozwala na rozstrzyganie konfliktów uprawnień, to unicestwia on sam siebie, poprzez zaprzeczenie swojemu podstawowemu celowi - ochronie jednostki.

Dlaczego konflikty uprawnień są tak problematyczne? W tym celu konieczne jest odwołanie do obu wspomnianych na początku tego artykułu rozumień praw podmiotowych. Konflikt uprawnień występuje wtedy, gdy: (1) interes faktyczny jednej osoby jest nie do pogodzenia z interesem faktycznym innej osoby (osoba a chciałaby, żeby instytucja n była ukształtowana w sposób x, podczas gdy osoba b chciałaby, żeby instytucja n była ukształtowana w sposób ~x); (2) interesy faktyczne obu osób są chronione przez publiczne prawa podmiotowe. U podstaw każdego konfliktu uprawnień stoi zatem konflikt interesów.

W rozumieniu prawniczym, spory uprawnień są na ogół przykładami przypadków trudnych (*hard case*)³⁶. Przypadek trudny ma miejsce wtedy, gdy sporu prawnego nie można rozwiązać wyłącznie w oparciu o interpretację przepisów³⁷. Słynny spór między Hartem a Dworkinem toczył się wokół problemu rozstrzygania przypadków trudnych. Dworkin, jeden z liberalnych legalistów, bronił poglądu, zgodnie z którym rozstrzygając przypadek trudny, sędzia powinien zastosować zasady (*principles*) i w oparciu o nie odnaleźć właściwie rozwiązanie ("One-Right-Answer"). Zgodnie z pozytywistycznym

³⁶ B. Polanowska-Sygulska, *John Gray...*, s. 473.

³⁷ R. Dworkin, *Taking rights...*, s. 81 i n.

poglądem przeciwnym, sędzia w takim przypadku sam tworzy normę prawną, w oparciu o którą dokonuje decyzji.

Jeżeli spory uprawnień są przypadkami trudnymi, to przyjęcie jednej bądź drugiej koncepcji rozstrzygania przypadków trudnych ma podstawowe znaczenie dla liberalnego legalizmu. Jeżeli spory uprawnień można rozstrzygnąć tylko w określony sposób, sąd nie decyduje arbitralnie o ludzkiej wolności, a jedynie pomaga "odkryć" wyznaczoną wcześniej jej granicę. Jeżeli zaś spory między uprawnieniami można rozstrzygnąć na więcej niż jeden sposób, to wyrokujący sąd - a nie same uprawnienia - decydują o kształcie i granicach ludzkiej wolności.

Liberalni legaliści skłaniają się do pierwszego z podanych rozwiązań. Argumentacja Dworkina jest w tym zakresie powszechnie znana i stanowi podstawę jego teorii prawa i polityki. Podobny pogląd wyznaje *implicite* Rawls, gdy formułuje swoją pierwszą zasadę sprawiedliwości. Rozumowanie to zrekonstruował Hart: *Rawls dopuszcza, że odmienne opinie w sprawie wartości swobód [uprawnień - PZ] pozostających w konflikcie wpływają na sposób, w jaki osoby postrzegają takie niezgodności. Niemniej jednak Rawls nalega, że aby uzyskać sprawiedliwe rozstrzygnięcie, musimy znaleźć "punkt, w którym zagrożenie dla wolności, płynące z marginalnej utraty kontroli nad sprawującymi władzę polityczną, znajduje przeciwagę w bezpieczeństwie wolności osiągniętym dzięki szerszemu użyciu rozwiązań konstytucyjnych". [...] Te trudności [wypływają z przeświadczenia Rawlsa - PZ], wedle którego wszystkie takie konflikty mogą być rozstrzygnięte*³⁸. Hart uwiaryścił dwie trudne do pogodzenia cechy teorii Rawlsa - z jednej strony uznanie, że na opinie na temat konfliktów uprawnień wpływają różne oceny przypisywanych im wartości, a z drugiej, że jest zawsze możliwe rozstrzygnięcie sporów uprawnień. Cechy te można pogodzić, jeżeli uzna się, że rozstrzygnięcie sporów uprawnień następuje w oparciu o zasady sprawiedliwości, które ustalone zostały za zasłoną niewiedzy. Pogląd, zgodny z którym rozstrzygnięcie konfliktów uprawnień w oparciu o metazasady jest zawsze możliwe, jest wyrazem podświadomego przeświadczenia Rawlsa, że rozwiązując przypadki trudne powstałe na kanwie uprawnień, poszukujemy w istocie "jednej słusznej odpowiedzi".

Trudny do wyobrażenia jest system, w którym z jednej strony proces polityczny zastąpiony jest mechanizmem prawnym, a z drugiej akceptuje się fakt, że przypadki trudne powstałe wskutek konfliktów uprawnień można rozstrzygać na wiele sposobów, a wybór rozwiązania należy do sędziego. W takiej

³⁸ H. Hart, *Rawls...*, s. 236.

sytuacji sędzia decydowałby arbitralnie o granicach ludzkiej wolności, a jego decyzja nie byłaby związana przez wytyczne ciała reprezentacyjnego (bo takie by nie istniało). Taki ustrój stanowiłby formę “antypolitycznego legalizmu”³⁹, w którym sędziowie i urzędnicy posiadaliby niemal nieograniczoną władzę.

IX.

Liberalny legalizm jest do utrzymania tylko, jeżeli przypadki trudne konfliktów uprawnień można rozstrzygać (dzięki zastosowaniu zasad) na jeden określony sposób. Inaczej bowiem dokonując takiego rozstrzygnięcia, podejmuje się decyzję arbitralną, a taka może być podjęta tylko na drodze procesu politycznego. Zatem, żeby odpowiedzieć na pytanie, czy mechanizm uprawnień może skutecznie zastąpić proces polityczny, należy najpierw wykazać, że spory uprawnień można zawsze rozstrzygnąć w oparciu o zasady (istnieje “słuszna odpowiedź”).

Analiza uprawnień w sensie prawnym (publicznych praw podmiotowych) wykazuje, że uprawnienie jest zawsze szczególną formą ochrony interesu. Nawet gdy mówimy o uprawnieniach w oderwaniu od konkretnej sytuacji, zawsze należy pamiętać, że istnieje zbiór interesów, które one chronią. Jeżeli pluralistyczny obraz świata jest prawdziwy, to ludzkie interesy mogą stać względem siebie w sprzeczności, a różnym celom ludzie przypisują różną wartość. Co więcej, nie jest możliwe porównywanie ludzkich celów ze względu na wartości, jakie im przysługują, gdyż wartości są niewspółmierne, więc ich porównywanie jest logicznie bezsensowne⁴⁰. Zatem nie istnieje żaden klucz, wedle którego można uporządkować ludzkie interesy, tak, jak nie można uporządkować wartości. Joseph Raz przedstawił to rozumowanie w swojej krytyce liberalnego legalizmu, a krótko zrekonstruowała je Beata Polanowska-Sygulska: *Nie sposób odizolować formalnych uprawnień od materialnej wizji ludzkiej pomysłowości. Spory dotyczące uprawnień dają się bowiem rozstrzygać [...] tylko w odniesieniu do żywotnych ludzkich interesów. Żądania płynące z uprawnień nigdy nie mają charakteru pierwotnego, lecz docelowy. Są one ostatnim ogniwem długiego łańcucha rozumowań, które nieuchronnie odwołują się do rywalizujących ze sobą sądów na temat ludzkich interesów i leżących u ich podłoża wizji dobra*⁴¹. Potwierdza to wspomniane wcześniej obserwacje Harta, zgodnie z którymi uprawnienie stanowi także szczególną kategorię moralną.

³⁹ J. Gray, *op. cit.*, s. 29.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 85.

⁴¹ B. Polanowska-Sygulska, *John Gray...*, s. 197.

Nie jest możliwe rozstrzygnięcie sporów uprawnień bez odwołania się do systemów wartości. Gdy przed takimi wyzwaniem stawia się sądy konstytucyjne, wyrokiem one w oparciu nie tylko o konstytucyjne przepisy, ale także o wpisane w nie systemy wartości (rządów prawa, równości wobec prawa, proporcjonalności). Uzyskany wyrok staje się wtedy nieakceptowalny dla tych, którzy nie podzielają przyjętego przez konstytucjonalistów systemu wartości⁴². Spór uprawnień jest zakorzeniony na sporze wartości, a takiego, jeżeli pluralistyczny opis świata jest prawdziwy, nie da się rozstrzygnąć w sposób akceptowalny przez wszystkich.

Wykorzystanie mechanizmu i rozumowania prawnego do rozstrzygnięcia sporów uprawnień jest nieskuteczne. Prawne rozstrzygnięcie sporu uprawnień, który ma podłoże w konflikcie wartości będzie oznaczał z jednej strony całkowite zwycięstwo, a z drugiej całkowitą porażkę⁴³. Tak ukształtowany system będzie w nieunikniony sposób prowadził do eskalacji konfliktów społecznych, gdyż istnienie niemożliwych do pogodzenia wartości jest faktem, a pogląd, że konflikty wartości uda się kiedyś wyeliminować nie ma żadnego uzasadnienia⁴⁴.

Rozstrzygnięcie konfliktów uprawnień tylko pozornie jest problemem prawnym. W praktyce oznacza ono konieczność rozstrzygnięcia konfliktów wartości, które jest niemożliwe. Zjawisko, które ma wtedy miejsce opisał Andrzej Bator: *Hipotetycznie rozstrzygalny spór prawny zamienia się oto w niemożliwy do rozstrzygnięcia polityczny zatarg ufundowany na „oboksobnych, niewspółmiernych dyskursach, dla których nie istnieje [już] żadna meta-reguła”*. Konflikt prawny zostaje w ten sposób przeniesiony w przestrzeń mowy służącej artykulacji odmiennych tradycji i wartości. W ten sposób otwiera się droga do konfliktów politycznych niemających szans, a przede wszystkim w ogóle nawet niedążących do akceptowanych rozstrzygnięć⁴⁵.

Jeżeli wartości są rzeczywiście niewspółmierne, to przyjęcie, że na konflikty między uprawnieniami zawsze można znaleźć „jedno słuszne rozwiązanie” jest w pełni nieuzasadniony. Takie rozwiązanie wymagałoby dokonania wartościowania ludzkich interesów, które nigdy nie będzie możliwe w oderwaniu od przyjętych wartości. Zatem pełne zastąpienie systemu politycznego mechanizmem uprawnień nie jest *ab initio* możliwe. W tym kontekście nowego

⁴² A. Bator, *op. cit.*, s. 86.

⁴³ B. Polanowska-Sygulska, *Rozmowy...*, s. 95.

⁴⁴ Zob.: I. Berlin, *O dążeniu do ideału*.

⁴⁵ A. Bator, *op. cit.*, s. 87.

znaczenia nabierają słowa Johna Graya: *Jeżeli pluralistyczny obraz ludzkiego dobra jest prawdziwy, tezy fundamentalistycznego liberalizmu są fałszywe*⁴⁶.

X.

Jeżeli pluralistyczny obraz świata jest prawdziwy, to zastąpienie procesu politycznego przez mechanizm publicznych praw podmiotowych jest niemożliwe. Nie oznacza to, że mechanizm uprawnień nie ma żadnego zastosowania. Może on skutecznie spełniać funkcję ochrony jednostki przed zachowaniami, które uznamy za powszechnie złe, a także pomagać realizować ludzkie interesy. To też miał na myśl Hart, gdy pisał, że badania nad prawami podmiotowymi wymagają dalszego rozwoju, bo ich dotychczasowe umocowanie teoretyczne jest niewystarczające⁴⁷.

Mechanizm uprawnień nie nadaje się jednak do rozstrzygania sytuacji brzegowych, w których różne sądy na temat wartości prowadzą do odmiennych opinii na temat granic ludzkiej wolności. Poszukiwanie kompromisów, które pozwalają na łagodzenie takich konfliktów społecznych należy do domeny procesu politycznego. Mechanizm praw podmiotowych w takich sytuacjach jest nieadekwatny, zatem nie może stanowić narzędzia, które skutecznie zastąpiłoby proces polityczny.

BIBLIOGRAFIA

Berlin I., *Dwie koncepcje wolności*, Warszawa, 1991.

Berlin I., *O dążeniu do ideału* [w:] *Dwie koncepcje wolności*, Warszawa, 1991:

Berlin I., *Dwie koncepcje wolności*, [w:] *Dwie koncepcje wolności*, Warszawa, 1991.

Bator A., *Systemowość prawa wobec konfliktów politycznych*, "Przegląd Prawa i Administracji" 2016, nr 104.

⁴⁶ J. Gray, op. cit., s. 36.

⁴⁷ H. Hart, *Pomiędzy użytecznością, a uprawnieniami*, [w:] *Eseje...*, s. 222.

Dziadzio A., *Koncepcja państwa prawa w XIX w. - idea i rzeczywistość*, [w:] "Czasopismo Prawno-Historyczne" 2005, nr 1.

Dworkin R., *Taking rights seriously*, Harvard 1977.

Gray J., *Dwie twarze liberalizmu*, Warszawa 2001.

Hart H. L. A., *Are there any natural rights?*, "The Philosophical Review" 1995, nr 2.

Hart H.L. A. *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa 2001.

Hart H.L. A. , *Rawls o wolności i jej priorytecie*, [w:] *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa 2001.

Hart H.L. A., *Pomiędzy użytecznością, a uprawnieniami*, [w:] *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa 2001. ;

Malczewski J., Barwicka-Tylek I., *Historia myśli ustrojowej i społecznej*, Warszawa 2014.

Polanowska-Sygulska B., *John Gray i krytyka liberalnego legalizmu*, Kraków 2017.

Polanowska-Sygulska B., *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*, Kraków 2008.

Polanowska-Sygulska B., *Rozmowy z oksfordzkimi filozofami*, Kraków 2011.

Shklar J., *The Liberalism of Fear*, [w:] *Liberalism and the Moral Right*, red. N. Rosenblum, Londyn 1989.

Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016.

SUBJECT RIGHTS AS A TOOL REPLACING THE POLITICAL PROCESS - LIBERAL LEGALISM

More than three hundred years ago, as a result of John Locke's activities, the idea of natural rights entered for good in liberal thought. According to this idea, every person has rights - their sources and goals they were to pursue changed over time. Initially, the source of these rights was to be divine law, then the law of nature, and finally the social construct. The purpose of Locke's powers was tolerance leading to the knowledge of the truth about God, and the followers of Hobbes saw in them a way to prevent conflict between everyone and everyone.

After the Second World War, when the experiences of fascist totalitarianism became the cause of the new splendor of the idea of natural rights, there was a growing tendency in liberal thought to use legal mechanisms in political thought. Hayek, Rawls, Dworkin, Ackerman, Nozick - all these thinkers John Gray calls liberal legalists. Although their views differ substantially, they share the conviction that a well-organized society can be based on the role of the individual secured by public rights. Therefore, civil rights were to become the ultimate tool in the development of political thought.

Although the above intellectuals assigned different roles and goals to rights, they were united by the view that it is precisely the application of transparent and rational legal mechanisms that would allow to avoid ethical conflicts that result from a pluralistic view of the moral world. For them, various human goals and their beliefs can function freely, as conflicts between them can be resolved by ethically indifferent rules and principles that work like Themis blindfolded.

This vision, eagerly embraced by neo-liberal politicians of the Thatcher era, has nevertheless been questioned on the theoretical level by British thinkers Berlin, Hart, Raz and Gray. While each criticized liberal legalism from a different perspective, their work together paints a picture of the weakness of this model. Not only is it problematic on the theoretical and legal level, but it also seems to be incompatible with the pluralistic image of the ethical world.

The purpose of this article is to present the liberal legalists' idea of using law as a tool to replace the political process. Despite its sincere intentions and promising beginnings, this program is, on the theoretical level, unsustainable. Nevertheless, it underlies the dominant political paradigm in the modern Western world - the neoliberal model. The analysis of attempts to use law

as a remedy for political problems may prove helpful in searching for the sources of dysfunctional paradigm, which has been going through a crisis for ten years, under the pressure of populist movements.

Key words: Subject law, liberal legalism, European Court of Human Rights

CO TU SIĘ „ODJANIEPAWŁA”? WOLNOŚĆ SŁOWA, POPRAWNOŚĆ POLITYCZNA I TROLLING

WPROWADZENIE

Celem niniejszego opracowania jest przeanalizowanie niektórych aspektów korzystania z wolności słowa w Internecie z punktu widzenia norm prawnych i aksjologii konstytucyjnej. Autorka prezentuje zjawisko *trollingu*, a w szczególności jego emanację w postaci tzw. „cenzopapy”. We wprowadzeniu przedstawiona zostanie ewolucja wolności słowa – początki ukształtowania się takiego prawa w czasach nowożytnych oraz współczesnych wyzwaniach, z którymi owa swoboda musi się konfrontować. W dalszej części opracowania zaprezentowano relację wolności słowa z pojęciem poprawności politycznej.

Prezentowany problem badawczy sprowadza się do przedstawienia z perspektywy wolności słowa tematów drażliwych społecznie, wobec których istnieje tendencja do nie poddawania ich szerszej, publicznej krytyce. Autorka wychodzi z założenia, że instytucja „poprawności politycznej” nie jest przynależna do określonego spektrum poglądów i może dotyczyć spraw lub wartości przynależących do różnych ideologii. Takie ujęcie tematu ma na celu z jednej strony pokazanie uniwersalności problemu, z drugiej uczynienie go mniej abstrakcyjnym na rodzimym gruncie.

Autorka proponuje odnieść historię wolności słowa i ewolucję tego prawa do współczesnej rzeczywistości społeczno-politycznej. Doskonałą ilustracją dla napięć powstających na gruncie pojęcia wolności słowa wypracowanego

w europejskiej tradycji prawnej jest problem tzw. „cenzopapy” – tematu, który w Polsce został w pewnym stopniu „objęty” ochroną poprawności politycznej.

GENEZA WOLNOŚCI SŁOWA

Już w wiekach średnich powstawały akty gwarantujące przestrzeganie niektórych praw człowieka przez władcę, szczególne znaczenie dla tradycji europejskiej miała wydana 15 czerwca 1215 r. przez Jana bez Ziemi *Magna Charta Libertatum*. Do tego rodzaju aktów wydanych na ziemiach polskich zaliczyć można niektóre przywileje szlacheckie, szczególnie doniosłe znaczenie miał nadany przez Władysława II Jagiełłę w 1430 r. przywilej jedlnieńsko-krakowski – wprowadzał on zasadę *neminem captivabimus nisi iure victum*. Natomiast pierwszą regulację prawną odnoszącą się do wolności słowa wprowadzał Statut Wiślicki wydany przez Kazimierza III Wielkiego w 1347 r.

Przełomowym dla rozwoju doktryny praw człowieka okazał się XVIII w. To wówczas zmieniła się społeczna percepcja owych praw. Prawa człowieka zyskały charakter powszechny, miały przysługiwać każdemu człowiekowi, a nie być przywilejem określonej warstwy społecznej jak miało to miejsce w średniowieczu i okresie wczesno nowożytnym. Dydaktycznie wyróżnia się na tym gruncie pojęcie pierwszej generacji praw człowieka, do których zaliczana jest m.in. wolność słowa. Wolność ta za względu na swój polityczny wymiar rażenia bywała zjawiskiem niepożądanym z punktu widzenia państwa, szczególnie o niedemokratycznym ustroju. Nie bez powodu takie państwa nierzadko posługiwały się instytucją cenzury.

Rozwój i wzrost znaczenia koncepcji praw człowieka, w tym idei swobody wypowiedzi wynikał przede wszystkim z potrzeby kontestowania ustroju absolutystycznego, nawet w jego oświeconej formie oraz feudalnej struktury społecznej nieprzystającej do ówczesnej rzeczywistości społeczno-gospodarczej. Motorem napędowym rozwoju tej idei była popularyzacja prasy i literatury. Takie środki przekazu służyły do prowadzenia dyskusji o charakterze politycznym, polemik literackich i rozpowszechniania informacji o życiu towarzyskim. Taki stan rzeczy wiązał swobodę wypowiedzi z myślą racjonalistyczną¹. W ocenie Monteskiusza i Diderota wolność słowa była jednym ze środków kontroli władzy państwowej². Takie założenia znalazły swój wyraz

¹ J. Baszkiewicz, F. Ryska, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1984, s. 236-237.

² *Ibidem*, s. 241-249.

w postulatach Rewolucji Francuskiej, a wcześniej w kręgach patriotów podczas amerykańskiej wojny o niepodległość.

Swoboda ta została uregulowana w art. XI Francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela w następujący sposób „Swobodne wyrażanie myśli i poglądów jest jednym z najcenniejszych praw Człowieka, każdemu Obywatelowi przysługuje więc wolność słowa, pisma i druku, a odpowiada tylko za nadużycie tej wolności w przypadkach określonych w ustawie”³.

W amerykańskiej tradycji konstytucyjnej podejście do wolności słowa ma bardziej fundamentalny charakter, niż w tradycji europejskiej, czego odzwierciedleniem jest treść I Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczony Ameryki: „Kongres nie może stanowić ustaw wprowadzających religię, albo zabraniających swobodnego wykonywania praktyk religijnych; ani ustaw ograniczających wolność słowa lub prasy, albo naruszających prawo do spokojnego odbywania zebrań i wnoszenia do rządu petycji o naprawę krzywd”. Dorobek powstały na gruncie omawianego przepisu zarysował wolność słowa w bardzo szerokich ramach, w myśl takiej doktryny obywatel ma prawo powiedzieć wszystko co może przyczynić się do wolnej wymiany idei.

Na skutek przeobrażeń politycznych do jakich doszło w końcu XVIII w. i dochodziło przez cały wiek XIX, idea wolności obejmującej prawo do wyrażania własnych przekonań weszła trwale do europejskiego dziedzictwa konstytucyjnego. Na tym gruncie rozróżnia się obecnie wolność myśli od swobody ich wyrażania. Pierwsza z nich odwołuje się do sfery prywatnego życia człowieka, odnosi się to do możliwości dokonywania własnych ocen i opinii dotyczących różnorodnych spraw, wolności do określonych zachowań z zakresu życia osobistego. Konsekwencją potrzeby ochrony wolności myśli są zakazy dotyczące nadmiernej inwigilacji ze strony władzy państwowej⁴. W drugim znaczeniu, czyli wolności do wyrażania poglądów prawo to wiąże się z pluralizmem życia politycznego. Jednak swoboda ta nie może być traktowana jako nieograniczona, gdyż współczesne państwa liberalne zobowiązane są chronić różnorakie wartości mieszczące się w ramach pojęć interesu publicznego lub interesu prywatnego, a będące jednocześnie na kursie kolizyjnym z niektórymi przejawami wykonywania swobody wypowiedzi⁵.

³ Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela, 26 sierpnia 1789 r., [libr.sejm.gov.pl, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/francja-18.html](http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/francja-18.html).

⁴ A. Pizzorouso, *Europejskie dziedzictwo konstytucyjne*, Warszawa 2013, s. 77-78.

⁵ *Ibidem*, s. 79-86.

WOLNOŚĆ SŁOWA W POLSKIM SYSTEMIE KONSTYTUCYJNYM

Jedną z naczelných zasad ustrojowych Rzeczypospolitej Polskiej jest zasada wolności prasy i innych środków społecznego przekazu, została ona umiejscowiona w rozdziale I, w art. 14 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. W piśmiennictwie wskazuje się, że jest to rozwiązanie nietypowe, a nawet budzące kontrowersje. Niekonwencjonalność wynika z faktu, że na gruncie innych, współczesnych ustaw zasadniczych zagadnienie „swobody wypowiedzi” ujmowane jest w rozdziałach poświęconych prawom obywatelskim, co do zasady nie podnosi się go rangi zasady ustrojowej. Jednak ustrojodawca zdecydował się przyjąć takie rozwiązanie ze względu na negatywne doświadczenia historyczne związane z praktyką konstytucyjną Polski Ludowej. Obecnie zasada wolności słowa, mediów i swobodnego przepływu informacji stanowią jeden z fundamentów ustroju demokratycznego⁶.

W art. 14 obok środków społecznego przekazu wyszczególniona została prasa, jednak nie ulega wątpliwości, że jego treść odnosi się również do takich środków masowego przekazu jak radio, telewizja, a także Internet⁷.

Dodatkowo uprawnienie to zostało zawarte w art. 54 Konstytucji RP i przysługuje wszystkim uczestnikom obrotu prawnego t.j. osobom fizycznym, osobom prawnym i tzw. ułomnym osobom prawnym.

Treść art. 54 pozostaje w oczywistym związku z art. 14. Z omówionej zasady ustrojowej nie wynikają żadne uprawnienia dla uczestników obrotu. Omówiony wyżej przepis nakłada jedynie obowiązek na władze publiczne, by te swoimi działaniami zabezpieczały swobodę wypowiedzi – np. przez stanowienie odpowiednich przepisów i poprzez stosowanie tychże. Z kolei norma zawarta w art. 54 przyznaje prawa podmiotowe. P. Sarnecki wyróżnia na gruncie art. 54 ust. 1 następujące swobody:

- a) wolność wyrażania swoich poglądów,
- b) wolność pozyskiwania informacji,
- c) wolność rozpowszechniania informacji⁸.

W świetle powyższego pojawia się pytanie o wzajemne relacje zachodzące

⁶ Zob. L. Garlicki, P. Sarnecki. Art. 14., [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Wydawnictwo Sejmowe.

⁷ Inaczej uważa W. Sokolewicz: „Wypowiedzi w Internecie są objęte ochroną z art. 14 Konstytucji tylko wówczas, gdy są to internetowe strony dzienników lub czasopism. Inne wypowiedzi są chronione na ogólnych zasadach wolności wypowiedzi gwarantowanej w art. 54 ust. 1 Konstytucji oraz - odpowiednio - art. 10 EKPC.”; W. Sokolewicz, *Wolność prasy jako konstytucyjna zasada ustroju państwa*, „Ius Novum”, 2008, nr 2. s. 5-23.

⁸ P. Sarnecki. Art. 54., [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* ...

pomiędzy tymi swobodami, czy są one wzajemnie funkcjonalnie powiązane czy od siebie niezależne. Kluczowe dla poruszanej w niniejszej pracy tematyki jest rozróżnienie między poglądem, a informacją. O ile nie budzi wątpliwości fakt, że każdy ma prawo rozpowszechniać informacje i poglądy, to pojawia się pytanie czy tak samo uprawniony jest potencjalny odbiorca tychże. Istotę problemu oddaje uwaga P. Sarneckiego: „Zagadnienie to posiada swoją wagę w odniesieniu do wolności pozyskiwania informacji. Czy mianowicie dopuszczalne są tego rodzaju działania, wtedy tylko gdy służą następnie do ukształtowania sobie przez jednostkę określonych poglądów i ich wyrażenia, czy – przeciwnie – komentowany przepis dopuszcza również „samo” pozyskiwanie informacji ku osobistej, swoistej satysfakcji jednostki.”⁹.

Ustęp 2 art. 54 statuuje zakaz cenzury, jednakże nie ma on charakteru absolutnego. Część ograniczeń wolności słowa i wyrażania poglądów wynika wprost z konstytucji, albowiem ta wskazuje na określone dobra prawne pozostające pod szczególną ochroną władzy publicznej. Na gruncie publicznoprawnym można wskazać przykładowo na flagę, godło i hymn państwowy. Natomiast na gruncie prywatnoprawnym wolność słowa i swobody jej towarzyszące mogą znaleźć się na kursie kolizyjnym z indywidualnymi interesami jednostek m.in. wyrażoną art. 47 ochroną życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz ochroną tajemnicy komunikowania się, o której mówi art. 49. Jak słusznie zauważa A. Ławniczak polski ład konstytucyjny odległy jest od libertariańskiej wizji świata, według której granice wolności, w tym wolności wypowiedzi zakrojone są bardzo szeroko, a wolności przysługujące człowiekowi są nadrzędne względem pozostałych dóbr prawnie chronionych¹⁰.

Ustrojodawca zdając sobie sprawę z możliwości występowania kolizji w zakresie udzielania ochrony wartościom chronionym przez normy konstytucyjne nie przyjął założenia o absolutności praw ufundowanych na gruncie tychże. Normatywnym wyrazem przyjęcia koncepcji o relatywizmie konstytucyjnych praw i wolności jest tzw. klauzula limitacyjna – art.31 ust. 3 Konstytucji RP. Zgodnie z którą w celu ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności musi zostać spełniony szereg wymogów, zarówno formalnych - wyłączność ustawy, jak i materialnych, spełnienia przesłanki pozytywnej – wystąpienia kolizji z zamkniętym katalogiem wartości zawartych w ust. 3. Podkreślenia wymaga fakt, że powyższe wartości odnoszą się zarówno do sfery publiczno (np. bezpieczeństwo publiczne) jak i prywatnoprawnej (prawa i wolności

⁹ Cyt. za P. Sarnecki, *ibidem*.

¹⁰ A. Ławniczak. Art. 54, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczowska, LexisNexis, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587599038/396478>.

innych osób). Ważnym elementem konstrukcyjnym zasady proporcjonalności jest również wymóg konieczności¹¹

POPRAWNOŚĆ POLITYCZNA

Pojęcie „poprawności politycznej” (ang. *political corectness*) nie jest częścią języka prawnego. Jakkolwiek występuje jest to zjawisko mogące być tzw. materialnym źródłem prawa, czyli czynnikiem społecznym którego pojawienie się ma wpływ na treść norm prawnych stanowionych przez ustawodawcę. Powszechnie przyjmuje się, że „poprawność polityczna” jest swego rodzaju ideą występującą w ramach społeczeństw, które przyjęły liberalno-demokratyczny porządek polityczno-prawny¹².

Istota poprawności politycznej sprowadza się do zakazu poruszania albo nie mówienia w określony sposób w dyskursie publicznym o pewnych sprawach i tematach z uwagi na konieczność zabezpieczenia uczuć osób trzecich. Tym samym tematu, lub określona narracja o nich staje swoistym *tabu*¹³.

Można powiedzieć, że na gruncie teorii prawa karnego, gdzie zachodzi konieczność ważenia wartości chronionej i wartości (w sensie prawa człowieka), która doznaje ograniczenia z uwagi na konieczność ustanowienia takiej ochrony, to można powiedzieć, że poprawność polityczna wymusza pewnego rodzaju nieproporcjonalność. Nieproporcjonalność ta polega na tym, że przyznaje się ochronę wartości raczej subiektywnej w postaci dobrego samopoczucia (czy szerzej komfortu psychicznego) danej osoby kosztem ograniczenia wolności słowa.

Zjawisko to nie występuje bezpośrednio w polskim systemie prawnym – na poziomie stanowienia prawa. Jednakowoż można wskazać na poziomie stosowania prawa na zjawiska wpisujące się w tendencje poprawności politycznej.

¹¹ L. Bosek, M. Szydło, art. 31, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek Warszawa 2016, Legalis.

¹² Przewrotnie na ten temat wypowiada się: F. Nalaskowski, *Poprawność polityczna – ten zły, który nie istnieje*, „Kultura i Edukacja” 2012, nr 2 (88), s. 211 i n.

¹³ O istocie „poprawności politycznej” szerzej: M. Turkot, *Poprawność polityczna w liberalnej kulturze politycznej – szansa na porozumienie czy hipokryzja władzy?*, <https://www.google.com/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjRyseK-c3sAhWMIIsKHf6Yc20QFjAAegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Fczasopisma.isp.pan.waw.pl%2Findex.php%2F%2Farticle%2Fdownload%2F498%2F379%2F&usg=AOvVaw2q-pdlFbz6wpNvxxCIXkWh>.

TROLLING INTERNETOWY I ZJAWISKO „CENZOPAPY”.

Przyjmując założenie, że istotą prawa jest norma prawna, której obowiązywanie sprowadza się do postulatu podejmowania albo zaniechania określonych działań przez jednostkę trzeba przypomnieć zależność stanów faktycznych do dyspozycji takich norm. W teorii prawa wyróżnia się zachowania, które mogą być z punktu widzenia normy prawnej dozwolone, nakazane, zakazane lub indyferentne prawnie¹⁴. Rolą norm prawa karnego materialnego jest określanie zakazów pewnych zachowań skierowanych do osób fizycznych, przy czym prawodawca powinien kierować się pewnymi wytycznymi (wynikającymi z norm konstytucyjnych w zakresie zabezpieczenia określonych praw i wolności) lub też z teorii prawa karnego (zob. problem *ultima ratio* prawa karnego) w zakresie formułowania takich dyspozycji. Z kolei istotą norm prawa karnego procesowego jest określanie obowiązków zachowania obywateli i organów ochrony prawnej w trybie takiego procesu będących jednocześnie konsekwencją naruszenia dyspozycji norm prawa karnego materialnego. Z tego punktu widzenia, w sytuacji w której obecny stan prawny nie przystaje do realiów omawianych w niniejszym opracowaniu zjawisk zachodzących w cyberprzestrzeni, konieczne jest omówienie różnicy między zachowaniami indyferentnymi prawnie (lub dozwolonymi) a czynami wiążącymi się z określonym prawnym obowiązkiem.

W znaczeniu dosłownym angielskie słowo *trolling* odnosi się do jednej z metod połowu ryb drapieżnych polegającej na próbie złapania ryby na zapatrzonej w przynętę, ciągniętej za łodzią haczyk. Jego ruch imituje ruch ryby, przez co prowokuje inne drapieżne ryby do ataku¹⁵. Obecnie słowo *trolling* występuje najczęściej, zwłaszcza w społeczności internetowej, w swoim przenośnym znaczeniu, jako intencjonalne umieszczanie w Internecie postów, komentarzy, memów mających na celu sprowokowanie ich potencjalnego odbiorcy¹⁶. Podobnie jak zarzucany przez wędkarza haczyk prowokuje drapieżną rybę do ataku, tak kontrowersyjne, zaczepne treści zamieszczane w Internecie przez *trolli* mają służyć podpuszczeniu łatwowiernych, nieznających pewnego klucza pojęciowego użytkowników. Celem *trolla* jest wywołanie u adwersarza gwałtownej reakcji w postaci ataku słownego, niekiedy połączonego z obrzucaniem inwektywami lub groźbami, wciągnięcie go w bezwocną dyskusję, a przede wszystkim wywołanie jego irytacji. Nie istnieje jedna, uniwersalna

¹⁴ zob. A. Malinowski, *Wypowiedzi oceniające, normatywne i modalne*, [w:] *Logika dla prawników*, red. S. Lewandowski i in., Warszawa 2010, s. 231-242.

¹⁵ *Trolling*, [w:] *Britannica*, <https://www.britannica.com/topic/trolling>.

¹⁶ *Cambridge Dictionary Online*, <https://dictionary.cambridge.org/pl/dictionary/english/trolling>.

definicja *trollingu*, ze względu na to, a także na dynamiczny charakter zjawiska wyznaczenie ostrych granic tego pojęcia jest niemożliwe. W dyskursie *trolling* zazwyczaj postrzegany jest jako zjawisko antyspołeczne. Należy w tym miejscu zasygnalizować, że *de lege lata* niektóre jego przejawy mogą mieć charakter przestępny.

Na przestrzeni ostatnich lat *trolling* staje się coraz powszechniejszym zjawiskiem w Internecie. Mimo tego w skali ogólnospołecznej nadal jest zjawiskiem niezrozumianym, a na płaszczyźnie jurystycznej słabo zbadanym. W związku z tym, a także z uwagi na pojemność i nieostrość definicji *trollingu* często jego zakres jest nienaturalnie rozszerzany, a niekiedy dochodzi również do przesunięcia kategoriycznego, polegającego na nazywaniu *trollingiem* zachowań związanych z nawoływaniem do nienawiści lub *stalkingiem*. Ze względu na szerokie spektrum zachowań związanych z *trollingiem* można wyróżnić zarówno rdzeń jak i cień semantyczny w obrębie tego zjawiska.

Trolling nie jest ustawowo zdefiniowanym pojęciem, w polskim porządku prawnym nie ma również przepisu, który penalizowałby *trolling* wprost¹⁷. Jednak jak zauważył M. Domagalski niektóre związane z nim czyny mogą wypełniać znamiona stypizowanych w kodeksie karnym przestępstw, wskazując m.in. na art. 212 i art. 216 k.k. jako odpowiednie podstawy prawne¹⁸.

Pojęcie „*trollingu*” rozpoznawane jest jednak na gruncie języka prawniczego. Pojęcie to występuje przede wszystkim na gruncie prawa cywilnego. Pierwszorzędne znaczenie z perspektywy współczesnego obrotu odgrywa problematyka „*trollingu* prawnoautorskiego”¹⁹. Tendencja polegająca na tym, że dane zjawisko społeczne rozpoznawane jest w pierwszej kolejności przez prawo prywatne, a dopiero później wkracza na grunt prawa publicznego (w tym prawa karnego) jest zgodna z historyczną logiką rozwoju państwa. Na skutek rozbudowy funkcji takiej organizacji politycznej stopniowo wkraczała ona regulacjami w nową rzeczywistość społeczno-gospodarczą. Można powiedzieć, że państwo pozostaje zazwyczaj krok do tyłu względem nowych wyzwań jakie przynosi rzeczywistość. Taki stan rzeczy należy uznać zresztą za zgodny z zasadą *ultima ratio*. Zgodnie z nią państwo powinno zainterweniować za

¹⁷ Zob. Uwagi w przypisie 27, [w:] *Jednoznaczność i precyzja słów w tekście prawnym*, [w:] *Polski tekst prawny. Opracowanie treściowe i redakcyjne. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, red. A. Malinowski, LexisNexis, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369256990/5>.

¹⁸ M. Domagalski, *Trolle nie muszą rządzić Internetem*, <https://www.rp.pl/apps/pbcs.dll/article?AID=/20150630/PCD/306309842>.

¹⁹ O. Wrzeszcz, *Trolling prawnoautorski (copyright trolling)*, "Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego", 2016, nr 4. s. 38-75.

pomocą instrumentów penalnych dopiero wtedy kiedy środki wynikające z norm prawa prywatnego okazały się w rozumieniu prawodawcy niewystarczające.

Przykładem zjawiska *trollingu* internetowego jest obrażanie w Internecie osoby św. Jana Pawła II, problem ten został zasygnalizowany przy okazji omawiania przestępstwa obrazy uczuć religijnych. Cyberprzestrzeń okazała się dogodnym środowiskiem do generowania przekazów mających na celu prowokowanie osób przywiązanych do postaci papieża. Zjawisko tzw. „cenzopapy” rozwija się na przestrzeni ostatnich lat, a po raz pierwszy zostało odnotowane przez media w 2014 r.²⁰, jednak dotychczas nie zostało poddane naukowej ocenie. Omawiane zjawisko można określić jako specyficzny, oparty na absurdzie rodzaj komizmu, polegający na kpieniu z osoby Jana Pawła II, poprzez przedstawianie go w przedziwnych supozycjach, np. jako zbrodniarza wojennego, owoc. Z uwagi na stosunkową powszechność omawianego zjawiska w Internecie może stać się ono w niedalekiej przyszłości realnym problemem prawnym²¹.

Dopuszczalność publikowania w Internecie omawianych treści na gruncie prawa karnego nie jest kwestią rozstrzygniętą. Organy ścigania prowadziły szereg dochodzeń w sprawach związanych z publikowaniem w Internecie tego rodzaju treści²², jednak w przeważającej większości kończyły się one umorzeniem na etapie postępowania przygotowawczego. Warto odnotować w tym miejscu rozbieżne postanowienia Sądu Rejonowego w Sochaczewie²³ i Sądu Rejonowego w Płocku wydane w odniesieniu do tego samego stanu faktycznego²⁴. Sąd Rejonowy w Płocku uchylił postanowienie Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Płocku z dnia 21 maja 2012 r. w przedmiocie odmowy wszczęcia dochodzenia²⁵. Sąd uargumentował omawiane postanowienie w dość niekonwencjonalny sposób tj. zakwalifikował osobę Jana Pawła II jako przedmiot czci religijnej. Organy ścigania z podobnym stanem faktycznym musiały zmierzyć się również w 2016 r. w związku z organizacją w mediach społecznościowych wydarzenia „Mistrzostwa polski w szkalowaniu papieża”²⁶. Reakcją na pojawienie się rzeczonego wydarzenia było złożenie zawiadomienia o możliwości

²⁰ W. Kuchanny, *Cenzopapa*, "Tygodnik NIE" 05/14.

²¹ Zob. G. Maroń, *Osoba świętego Jana Pawła II w polskim porządku prawnym*, Warszawa 2016, s. 329-342.

²² Zob. G. Maroń, *ibidem*, s. 334-342.

²³ Postanowienie SR w Sochaczewie II Wydział Karny z 12.10.2012 r., II Kp 187/12, niepublikowane.

²⁴ Zob. G. Maroń, *ibidem*, s. 335.

²⁵ Postanowienie SR w Płocku II Wydział Karny z dnia 12.10.2012 r., sygn. II Kp 187/12, niepublikowane.

²⁶ J. Guzik, *Wydarzenie na Facebooku: Mistrzostwa Polskie w szkalowaniu papieża*, <https://www.rp.pl/Spoleszenstwo/161119797-Wydarzenie-na-Facebooku-Mistrzostwa-Polskie-w-szkalowaniu-Papieza.html>.

popęlnienia przestępstwa z art. 196 k.k. przez Ogólnopolski Komitet Obrony przed Sektami i Przemocą. Efektem wszczętego w sprawie postępowania przygotowawczego było wydanie przez prokuratora postanowienia o umorzeniu. Uzasadnieniem takiej decyzji procesowej był fakt, że osoba Ojca Świętego nie jest przedmiotem czci religijnej, przy czym co do zasady nie jest także możliwe znieważenie osoby zmarłej²⁷.

Zarówno masowość tego zjawiska jak i przenikanie charakterystycznego dla *trollnetu* klucza pojęciowego do języka powszechnego obrazuje choćby fakt, że jednym z słów wyróżnionych przez PWN w plebiscycie na młodzieżowe słowo 2017 r. zostało słowo „odjaniepawlić”²⁸.

Omówione wyżej zjawisko występuje przede wszystkim na gruncie mediów społecznościowych, stąd pojawia się pytanie na ile jego występowania ma charakter „publiczny”. Treści udostępniane na tego rodzaju portalach dostępne są jedynie dla zarejestrowanych użytkowników, a nie wszystkich osób korzystających z Internetu. Sami użytkownicy udostępniając materiały na swoich profilach decydują o ustawieniach prywatności – mogą określić czy treść będzie dostępna tylko dla nich, dla ich znajomych lub wszystkich użytkowników. Dyskusje toczone są natomiast na przeznaczonych do tego grupach i forach internetowych.

Problematyka grup w mediach społecznościowych w zestawieniu ze znamieniem publicznego popełnienia czynu wymaga krótkiego omówienia. Należy rozważyć czy znaczenie decydujące ma liczebność członków grupy czy raczej dostępność zamieszczanych przez jej członków treści dla osób postronnych. Przykładowo na portalu Facebook istnieją trzy kategorie grup dyskusyjnych. Do grup otwartych może dołączyć każdy zainteresowany użytkownik i nie wymaga to zgody jej administratora. Treści udostępniane w takiej zbiorowości są widoczne dla wszystkich użytkowników portalu. Dołączenie do grupy zamkniętej wymaga zezwolenia administratora, a treści na niej udostępniane są widoczne tylko dla jej członków. Z kolei do grup tajnych można zostać przyjętym na zaproszenie tylko dotychczasowego członka, nierzadko aby móc dołączyć do takiej grupy trzeba również udzielić poprawnych odpowiedzi na pytania zadawane przez jej administratora. Liczebność grup funkcjonujących na portalu Facebook jest bardzo różna i jest niezależna od stopnia

²⁷ Nie będzie kary za „mistrzostwa Polski” w szkalowaniu Jana Pawła II, <https://dorzeczy.pl/kraj/16768/Nie-bedzie-kary-za-mistrzostwa-Polski-w-szkalowaniu-Jana-Pawla-II.html>.

²⁸ Zob. *Rozstrzygnięcie plebiscytu młodzieżowe słowo roku 2017!*, <https://sjp.pwn.pl/ciekawostki/haslo/Rozstrzygniecie-plebiscytu-mlodziezowe-slowo-roku-2017;6383058.html>.

ich dostępności. Z powodzeniem można wskazać na grupy otwarte do których należy kilku użytkowników i grupy tajne zrzeszające tysiące osób. W świetle przytoczonego już w niniejszej pracy postanowienia SN z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. IV KK 296/17²⁹ kryterium odwołujące się do liczby członków grupy jest nieostre. Nie sposób jest bezsprzecznie ustalić po przekroczeniu jakiej liczby członków grupa przestaje być prywatna i staje się „miejscem publicznym”. Wydaje się więc, że kryterium decydującym powinna być raczej dostępność umieszczanych na takiej grupie treści. Grupy otwarte są publiczne w tym sensie, że ze swej istoty nie przewidują reglamentacji członkostwa i dostępu do publikowanych w nich treści, stąd można powiedzieć, że materiały w nich umieszczane są dostępne dla nieoznaczonej liczby odbiorców. Jednak rozstrzygnięcie sytuacji grup zamkniętych i tajnych o bardzo pokaźnej liczbie członków nie jest sprawą łatwą. Zagadnienie to nie zostało jeszcze opracowane przez polskie piśmiennictwo, ani judykaturę.

Jednym z wyzwań, a zarazem problemów stojących przed organami ścigania jest względna masowość omówionych w niniejszym podrozdziale zjawisk. Ustalenie tożsamości sprawców wymaga niekiedy sprawdzenia przez organy ścigania kilkuset, albo nawet kilku tysięcy profili. Pomimo tego, że niektóre omawiane tu przestępstwa są ścigane z oskarżenia prywatnego, należy zasygnalizować, że po stronie skarżącego występuje niemożność ustalenia tożsamości sprawcy we własnym zakresie ze względu na miejsce działania sprawcy (Internet), obowiązek ten spoczywa na organach ścigania. W przypadku próby przeprowadzenia rzetelnego dochodzenia wymagane jest zaangażowanie w postępowanie wyjaśniające znaczących zasobów ludzkich i czasowych, na co nie każda komenda policji czy prokuratura jest w stanie sobie pozwolić bez uszczerbku dla jej normalnego funkcjonowania. Zwłaszcza, że ustalenie tożsamości sprawców tego rodzaju czynów nie zawsze jest możliwe. Stopień czasochłonności i kosztochłonności w sprawach z tłumnym udziałem *trolli* w zestawieniu z relatywnie niskim stopniem szkodliwości społecznej omawianych czynów powoduje, że prowadzenie czynności w tego typu sprawach nie jest zgodne z ekonomiką procesową³⁰.

Należy w tym miejscu zauważyć, że niektóre zachowania związane z *trolliנגiem* mogą stanowić naruszenie dóbr osobistych na gruncie prawa cywilnego, jednak ze względu na przedmiot niniejszej pracy zagadnienie to nie będzie szerzej omawiane.

²⁹ Postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. IV KK 296/17, LEX nr 2481975.

³⁰ M. Stefanowicz, *Cyberprzestępczość – próba diagnozy zjawiska*, "Kwartalnik Policyjny" 2017, nr 4, s. 19 i in.

KONKLUZJE

Mówiąc o wolności słowa jako narzędziu sprawiedliwości trzeba pamiętać o rzymskiej definicji „sprawiedliwości” sformułowanej przez Ulpiana: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Co w wolnym tłumaczeniu oznacza, że istotą sprawiedliwości jest oddanie każdemu tego co mu się słusznie należy. We współczesnym świecie nie budzi wątpliwości, że każdej jednostce ludzkiej należy zapewnić jak najszerszy zakres wolności. Każdy człowiek ma prawo do bycia wolnym i do korzystania ze swoich wolności, w tym wolności słowa, w możliwie jak najszerszym zakresie. Wszystkie ograniczenia swobód i wolności muszą wynikać z przepisów prawa, mieć na celu chronienie innych ważnych społecznie wartości i muszą być proporcjonalne. W tym miejscu trzeba zauważyć, że nadmierne posługiwanie się poprawnością polityczną może doprowadzić do zdławienia wolności. Wynika to z faktu, że poprawność polityczna zakłada przeciwdziałanie krytycznej dyskusji z uwagi na możliwość potencjalnego naruszenia czyichś uczuć. Tym samym może zdarzyć się, że zjawisko poprawności politycznej może stać się tzw. materialnym źródłem prawa – czynnikiem który motywuje prawodawcę do ustanowienia określonych przepisów prawa. Stąd pojawia się ryzyko, że zjawisko to może być traktowane instrumentalnie i stać się w efekcie narzędziem dyktatury.

Na tym gruncie przykład z *trollingiem* i osobą św. Jana Pawła II opisany w niniejszym artykule może wydawać się groteskowy. Jednakże skupia on jak w soczewce problemy związane z relacją między prawem i poprawnością polityczną. W przykładzie tym istnieje pewien byt z którym mocną więź emocjonalną ma część społeczeństwa. Jednakże nie można wprost, w 2020 r., stwierdzić, że byt ten – autorytet nie jest kwestionowany. Tymczasem reakcja władz publicznych na działania mogące godzić ten byt (i jednocześnie mogące się teoretycznie mieścić w ramach swobody wypowiedzi) jest nieproporcjonalna, nieefektywna w sensie ekonomiki procesowej i mogąca przybrać wręcz formę represji. Należy podkreślić, że sprawa opisana w artykule jest tylko przykładem i zjawisko to może oddziaływać (i oddziałuje) na sprawy i wartości przynależne do innego spektrum ideologicznego. Jednakże niezależnie od barw politycznych zjawisko to jest jednakowo groźne. W stosunku do współczesnego państwa obywatel powinien raczej oczekiwać opowiedzenia się po stronie wolności słowa, a nie wartości chronionej poprawnością polityczną.

BIBLIOGRAFIA

Akty normatywne

Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela, 26 sierpnia 1789 r.

Piśmiennictwo

Baszkiewicz J., Ryszka F., *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1984.

Domagalski M., *Trolle nie muszą rządzić Internetem*, <https://www.rp.pl/apps/pbcs.dll/article?AID=/20150630/PCD/306309842>.

Garlicki L., Zubik M. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Tom I, wyd. II, Wyd. Sejmowe.

Guzik J., *Wydarzenie na Facebooku: Mistrzostwa Polskie w szkalowaniu papieża*, <https://www.rp.pl/Społeczenstwo/161119797-Wydarzenie-na-Facebooku-Mistrzostwa-Polskie-w-szkalowaniu-Papieża.html>.

Haczkowska M. red., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Lexis-Nexis 2019, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587599038/396478>.

Lewandowski S. i in., *Logika dla prawników*, Warszawa 2010.

Malinowski A., *Polski tekst prawny. Opracowanie treściowe i redakcyjne. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, LexisNexis 2019, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369256990/5>.

Maroń G., *Osoba świętego Jana Pawła II w polskim porządku prawnym*, Warszawa 2016.

Pizzorouso A., *Europejskie dziedzictwo konstytucyjne*, Warszawa 2013.

Safjan M., Bosek L. red., *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, Warszawa 2016.

Sokolewicz W., *Wolność prasy jako konstytucyjna zasada ustroju państwa*, "Ius Novum" 2008, nr 2.

Stefanowicz M., *Cyberprzestępczość – próba diagnozy zjawiska*, "Kwartalnik Polityczny" 2017, nr 4.

Wrzeszcz O., *Trolling prawnoautorski (copyright trolling)*, "Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego" 2016, nr 4 .

Orzeczenia

Postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. IV KK 296/17,

Postanowienie SR w Płocku II Wydział Karny z dnia 12.10.2012 r., sygn. II Kp 187/12

Postanowienie SR w Sochaczewie II Wydział Karny z 12.10.2012 r., II Kp 187/12,

Inne

Trolling, [w:] *Britannica*, <https://www.britannica.com/topic/trolling>.

Cambridge Dictionary Online, dictionary.cambridge.org.

Kuchanny W., *Cenzopapa*, "Tygodnik NIE" 05/14.

Nie będzie kary za „mistrzostwa Polski” w szkalowaniu Jana Pawła II, <https://dorzeczy.pl/kraj/16768/Nie-bedzie-kary-za-mistrzostwa-Polski-w-szkalowaniu-Jana-Pawla-II.html>.

Rozstrzygnięcie plebiscytu młodzieżowe słowo roku 2017!, <https://sjp.pwn.pl/ciekawostki/haslo/Rozstrzygnięcie-plebiscytu-młodzieżowe-słowo-roku-2017;6383058.html>.

WHAT IS "ODJANIEPAWLA" HERE? FREEDOM OF SPEECH, POLITICAL CORRECTNESS AND TROLLING

Freedom of expression has been a standard of fundamental human rights since the first modern constitutions of the late eighteenth century. This freedom naturally collides with the right to protect personal rights by an individual. However, this collision has been the subject of decisions by independent and independent courts for decades. The implementation of this postulate meant that freedom of expression was an instrument of administering justice. Interference with this freedom other than a court of law, e.g. by means of administrative and legal instruments in the form of censorship, meant that the legal system served, on this ground, oppression and the maintenance of power by the persons currently exercising it. Such a phenomenon was naturally characteristic of undemocratic regimes.

Nowadays, freedom of expression has to deal with the so-called "Political correctness." This is a new challenge stemming from the private rather than the public sector. There are many social groups that strive to limit the distribution of certain content due to the violation of certain moral and moral standards. On this basis, terms such as "hate" grew. Private groups, which postulate the necessity to fight "hat" and maintain political correctness, put pressure on public authorities to introduce legal solutions to implement their demands. Due to the undefined nature of the notions of "hate" and "hate speech", this creates a risk that the legal norms delimiting the limits of freedom of expression may serve to repress, become a tool of power (even within the structure of a democratic state) and cease to implement justice postulates.

This phenomenon is particularly interesting due to the fact that it manifests itself not only within vertical relations (citizen with the state) but also within horizontal relations (between private entities). It is about the practice of the functioning of freedom of speech within the space created by social media. This issue is problematic because this area and the standards in force in it escape judicial control (which performs a judicial function).

The aim of the study is to analyze whether legal norms regarding freedom of speech can again become a tool of oppression.

Keywords: Freedom of speech, trolling, hating, political correctness

MONIKA KULKA-SMOŁKOWICZ
UNIWERSYTET PEDAGOGICZNY IM KOMISJI
EDUKACJI NARODOWEJ W KRAKOWIE

PRAWO DO POSIADANIA BRONI PRZEZ OBYWATELI W POLSKICH DEBATACH SEJMOWYCH

WSTĘP

Poza klasyczną, amerykańską koncepcją dostępu do broni palnej na świecie dominuje pogląd, zgodnie z którym posiadanie broni palnej jest formą uprawnienia obywatela, a nie sferą jego wolności¹. W Polsce dostęp do broni stanowi od dekad niezmienną i bardzo wąską sferę uprawnień obywatelskich². Załagodzenie tego radykalnego rozdziału jest jednak możliwe, o czym pisał M. Filar, przedstawiając cztery główne modele dostępu do broni palnej obywateli³. Wyróżnił on: model rejestracyjny (właściwy USA, którego istotą jest zasadniczy brak obostrzeń w zakresie dostępu do broni palnej obywateli), model legislacyjny (opisywany także jako model administracyjny, uzyskanie pozwolenia na posiadanie broni palnej jest wydawane automatycznie, jeśli obywatel spełni określone wymogi, brak tu możliwości ograniczenia tego prawa na zasadzie uznania administracyjnego), model reglamentacji oportunistycznej,

¹ Wiśniewski B., *Dostęp do broni, prawo czy przywilej?*, [w:] *Identyfikacja granic wolności i praw jednostki*, red. Jabłoński M., Wrocław 2016, s. 301-323.

² Niewiński L., *Zakres reglamentacji dostępu do broni palnej jako forma ograniczenia prawa podmiotowego obywatela*, "Studia Prawnoustrojowe" 2006, nr 6, s. 241-252.

³ Filar M., *Prawo posiadania broni palnej jako obywatelskie prawo podmiotowe*, "Państwo i Prawo" 1997, nr 5, s. 53.

do którego autor wliczył Polskę do 1999r.⁴ (osoba musi spełnić wymagania stawiane przez władzę, jak w modelu legislacyjnym, ale konieczne jest wskazanie ważnego powodu ubiegania się o broń, który podlega subiektywnej ocenie organów uprawnionych do wydawania pozwoleń), i model restrykcyjny (w którym zasadniczo nie ma możliwości legalnego posiadania broni przez osoby cywilne poza bronią do celów myśliwskich i sportowych, po spełnieniu licznych dodatkowych wymogów).

Państwo może w różny sposób zakreslać granice możliwości skorzystania z niego. Oceniając zakres dostępu do broni palnej oceniać można nie tylko same przepisy, charakter procedury administracyjnej i zakres swobody uznania administracyjnego, ale także aksjologiczne tło ustawy i jej uzasadnienie.

Przedmiotem niniejszej analizy jest w związku z tym próba oceny jakości debaty sejmowej w sprawie ukształtowania ustawy o broni i amunicji w roku 1999. Celem analizy jest określenie, jaka w istocie jest polska koncepcja w zakresie prawa do broni Polaków. Odczytanie intencji ustawodawcy w obszarze kształtowania prawa do broni staje się więc swoistym studium oceny tego, jaka jest pozycja obywatela w państwie, jak jest on postrzegany przez władzę i jaki jest poziom zaufania władzy do społeczeństwa.

TREŚĆ DEBATY O DOSTĘPIE DO BRONI PALNEJ W ROKU 1999R.

Rządowy projekt *ustawy o broni i amunicji* (druk nr 479 Sejmu III kadencji) wpłynął do łaski marszałkowskiej 3 lipca 1998r.⁵ Zawierał 56 artykułów zgrupowanych w 6 rozdziałach. W uzasadnieniu projektu wskazano, że ustawa z 1961 roku przestała odpowiadać aktualnym warunkom społecznym i gospodarczym. Konieczność pilnego określenia „ustawowych zasad administracyjnej reglamentacji” wynikać miała m.in.: ze wzrastającego poziomu zagrożenia bezpieczeństwa i porządku publicznego, procesu demokratyzacji, gruntownych przemian gospodarczych⁶. Obawiano się także wzrostu zainteresowania bronią palną i gazową wśród obywateli.

⁴ M. Filar odnosił się do porządku prawnego obowiązującego jeszcze na tle ustawy z 1961r., oceniając propozycje nowej Ustawy o broni i amunicji, w której zachowano tę formułę „ważnego powodu” autor wskazał, że po zmianie polski dostęp do broni będzie przyjmował formę pośrednią, *licencjonowania legalistycznego*.

⁵ Nie była to pierwsza próba uregulowania na nowo tej materii. Wcześniej rządowy projekt ustawy o broni i amunicji pojawił się 30.04.1997r., (druk nr 2314 Sejmu II Kadencji); sprawa nie została jednak zamknięta przed końcem kadencji Sejmu II kadencji.

⁶ Uzasadnienie projektu Ustawy o broni i amunicji, druk nr 479.

Ściśle reglamentacyjny charakter dostępu do broni uzasadniony został m.in. przez brak konstytucyjnego prawa obywateli do posiadania broni. W opinii potwierdzającej zgodność projektu ustawy z przepisami UE⁷ wskazano, że nowe przepisy są zdecydowanie bardziej rygorystyczne od prawa obowiązującego na zachodzie. Dotyczyło to m.in. wprowadzanego projektem ustawy katalogu rodzajów broni czy minimalnego wieku wymaganego do ubiegania się o stosowne pozwolenie. W tym samym czasie w strukturach Policji uznano, że wzrost bezwzględności przestępców i brutalizacja ich działań wymusza radykalną zmianę podejścia do kwestii używania przez nich broni służbowej. Rozszerzenie uprawnień policjantów miało wynikać z prawa do nietykalności cielesnej.⁸

Ustawa ograniczająca dostęp do broni przeciętnych obywateli miała rozwiązywać przede wszystkim problemy władz związane z brutalizacją przestępców działających niejednokrotnie w strukturach zorganizowanych. Atrybut posiadania broni miał pozostać ściśle związany z zakresem wyłącznej właściwości państwa, które jako organizacja odpowiedzialna za zapewnianie bezpieczeństwa miało mieć wyłączność na stosowanie tego typu środków. Kwestia ta stanowi jeden z kluczowych punktów sporu pomiędzy zwolennikami ścisłej reglamentacji, i tzw. liberalizacji⁹.

Pierwsze czytanie odbyło się 9 września 1998r. Uzasadnienie projektu ustawy przedstawił podsekretarz stanu w MSWiA, Krzysztof Budnik. Wymienił korzyści płynące z rekomendowanego rozwiązania, w tym: nadanie organom Policji uprawnień w zakresie kontroli wiedzy teoretycznej i praktycznej osób ubiegających się o pozwolenie na broń, wyeliminowanie osób, które z przyczyn zdrowotnych nie powinny posiadać broni, rozszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do posiadania broni na tzw. świadectwo, wprowadzenie przepisu abolicyjnego, umożliwiającego odzyskania broni pozostającej w rękach nieuprawnionych osób¹⁰.

⁷ Dyrektywa Rady 91/477/EWG z 18 czerwca 1991r., dot. kontroli nabywania i posiadania broni (Dz. Urz. WE nr L 256, z 13.09.1991)

⁸ Jakubowski R., *Użycie broni palnej. Interpretacje prawne i praktyczne*, Słupsk 1999, s. 6-7; Frąckowiak F., *Kontratyp stosowania służbowej broni palnej przez funkcjonariuszy państwowych w świetle ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej z dn. 24 maja 2013r.*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2014, z.2, s. 63-84.

⁹ Częściowo postulaty te zostały spełnione poprzez wprowadzenie do polskiego porządku prawnego kontrowersyjnego art. 25§ 2a k.k.; Kania A., „*Mój dom moją twierdzą*”. *Rozważania na tle regulacji art. 25§ 2a k.k.*, [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, "AUWr" nr 3848, tom XLVIII, Wrocław 2018, s. 13-30.

¹⁰ Wypowiedź Podsekretarza Stanu w MSWiA, Krzysztofa Budnika, pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, dzień pierwszy 9.09.1998r.

Sens nowej regulacji miał w opinii K. Budnika „odpowiadać powszechnym oczekiwaniom co do poprawy warunków bezpieczeństwa wewnętrznego”. Przyjęto jako fakt to, że obecność broni palnej jest obiektywną przyczyną zwiększonego zagrożenia bezpieczeństwa i a ograniczenie dostępu do niej będzie postępowaniem na rzecz bezpieczeństwa. W tym samym czasie Polacy masowo starali się uzyskać dostęp do broni gazowej.

W czasie I czytania na forum Sejmu przyjęto formułę debaty krótkiej nad projektem: główne prace miały odbywać się w ramach komisji sejmowych. Ograniczało to więc czas dyskusji, ale mogło sprzyjać wymianie merytorycznych uwag na ten temat.

Jako pierwszy głos zabrał poseł Stanisław Głowacki (AWS), który poparł ściśle reglamentacyjny model dostępu obywateli do broni palnej. W jego opinii „w całym cywilizowanym świecie” panuje trend związany z ograniczeniem obywatelom dostępu do broni (np. Anglii, Meksyku, Brazylii), a przynajmniej utrudnienia jej pozyskania. Krytycznie odniósł się do koncepcji SLD z 1996 r. opisanej jako powszechny i praktycznie nieograniczony dostęp obywateli do broni i amunicji¹¹. Restrykcyjną koncepcję z nowego projektu ocenił jako „dobry prognostyk na przyszłość”. W szczególności pozytywnie poseł ocenił podniesienie granicy wieku, które miało sprzyjać psychicznej gotowości do posiadania broni palnej. Podkreślił też potencjalne, przyszłe korzyści w zakresie prewencji zagrożeń jeszcze nieistniejących, ale możliwych¹².

Następnie głos zabrał poseł Jerzy Dziewulski (SLD). Jego głos jest do dziś bardzo znaczący w przedmiotowej kwestii, występuje jako ekspert, ze względu na swoje doświadczenie jako milicjanta, policjanta i antyterrorysty. Także w czasie pracy nad projektem odwoływał się do doświadczeń własnych, jako źródła przedstawianych sądów i opinii. Jego stanowisko miało prawdopodobnie kluczowe znaczenie dla toku debat, jak i rozmów w komisjach. Jego wypowiedź ma charakter arbitralny i silnie nacechowany emocjonalnie. Wskazuje m.in., że broń może prowadzić do nieuzasadnionego wzrostu agresji, prowadzi do radykalizacji zachowań, a posiadana w celu obrony zamiast zwiększać poziom bezpieczeństwa, może prowadzić do zwiększenia zagrożenia. Poseł mówił m.in.: „(...)Broń daje poczucie absolutnie złudnego bezpieczeństwa i tylko w sferze psychicznej, a nie fizycznej. Mając broń, ma się przewagę psychiczną nad innym człowiekiem. Mając tę przewagę, wielokrotnie zamiast

¹¹ Projekt ustawy o broni i amunicji przedstawiony dn. 29 kwietnia 1997r., Druk nr 2314 Sejmu II kadencji (RM 10-69-96).

¹² Wypowiedź posła S. Głowackiego (klub AWS), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmu III kadencji, dzień pierwszy 9.09.1998r.

działać racjonalnie, prowokuje się chwilowego, nawet wyimaginowanego, przeciwnika do zachowań zupełnie agresywnych. (...)”¹³.

Przedstawiona tu koncepcja warunkowania reakcji człowieka przez obecność broni palnej lub jej posiadanie opisywana bywa jako efekt broni (*weapons effect*). Jest to pojęcie z pola psychologii społecznej i oznacza „skłonność do agresywnych myśli, uczuć, skojarzeń, fantazji”, które wywoływane jest już przez samą obecność sygnału wywołującego agresję¹⁴. W swoim eksperymencie L. Berkowitz badał bodźce wywołujące i potęgujące agresję, sprawdzając m.in. czy obecność broni może zmieniać zachowanie człowieka¹⁵. Potwierdzenie tej koncepcji spotkało się z szeroką krytyką. Warunkowanie klasyczne, które ma być podstawą reakcji agresywnej w tym przypadku odnosi się do możliwości powiązania przez osobę badaną przedmiotu, tj. broni palnej, z konkretną reakcją. Fakt, że reakcja ta jest wyuczona powoduje, że wystąpienie efektu broni może być więc traktowane jako reakcja mało uniwersalna, zależna od indywidualnych doświadczeń podmiotu, a także faktu nagradzania agresji w dalej kulturze czy sposobu przedstawiania broni w mediach¹⁶.

W krytyce odnoszącej się do istnienia efektu broni rozumianego jako wzmocnienie reakcji agresywnej w obecności przedmiotu będącego bronią w warunkach eksperymentalnych wskazano, G. Kleck wskazał, że im bardziej zaaranżowana sytuacja była realistyczna, tym rzadziej efekt broni był potwierdzany. Ważne było także wcześniejsze doświadczenie w posługiwaniu się bronią, które mogło powodować, że jej obecność nie wiązała się z eskalacją napięcia, ale raczej ograniczeniem emocji¹⁷.

Badanie efektu broni doprowadziło jednak do rozbieżnych, jak dotąd wyników, ze szczególnym uwzględnieniem problemu uczenia się reakcji agresywnych czy kulturowych wzorców zachowań związanych z bronią palną¹⁸. W szczególności warto podkreślić fakt, że efekt broni będzie traktowany jako

¹³ Wypowiedź posła J. Dziwulskiego (klub SLD), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, (9.09.1998r.)

¹⁴ Poznaniak W., *Społeczno-psychologiczne aspekty posiadania broni*, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2003, r. LXV, z. 2, s. 273.

¹⁵ Berkowitz L., LePage A., *Weapons as aggression-eliciting stimuli*, „Journal of Personality and Social Psychology” 1967, nr 7, s.202-207; Benjamin A. J., Kepes S., Bushman B., *Effect of weapons on aggressive thoughts, angry feelings, hostile appraisals, and aggressive behavior: a meta-analytic review of the weapons effect literature*, „Personality and Social Psychology Review” 2018, 22(4), s. 347-377.

¹⁶ Gallant P., Eisen J. D., *Trigger-Happy: Re-thinking the „Weapons effect”*, "Journal of Firearms and Public Policy" 2002, vol. 14, s. 89-124.

¹⁷ Kleck G., *Targeting guns. Firearms and their control*, Routledge-London-New York 2017, s. 223.

¹⁸ Por. Hołyst B., *Kryminologia*, Warszawa 2016, s. 742-743, 1046-1054.

reakcja pożądana u osób, które jako żołnierze, policjanci czy przedstawiciele służb zawodowo posługujących się bronią palną. To powoduje, że ich trening nakierowany jest właśnie na kształtowanie w tym kierunku, co ciekawie opisał L. Murray opisując pozytywny i negatywny wpływ broni na polu bitwy. Autor ten mówi jednak o „irytującej względności” tego, jak obecność i przekonanie o sile broni będzie wpływało na działanie żołnierzy¹⁹. Badania tego, jak obecność broni wpływa na psychikę człowieka, jego gotowość do walki lub przeciwnie: wyhamowanie, są nadal prowadzone i nie doprowadziły do rozstrzygających wniosków. Dla kreowania prawa dot. dostępu do broni palnej może mieć to ogromne znaczenie, ponieważ może wskazywać na sposób świadomego przygotowania społeczeństwa do kontaktów z bronią palną i tworzenia warunków do bezpiecznego korzystania z niej. Kwestie te nie doczekały się rozwinięcia w czasie debat sejmowych i prac komisji. Nie brano pod uwagę długofalowego projektu stopniowego rozszerzania uprawnień do posiadania broni czy budowania tzw. kultury posiadania broni.

Edward Wende (UW) wyraził bardziej optymistyczną wizję obywateli, którzy poprzez kontakt z bronią palną mogą w jego ocenie zyskiwać poczucie bezpieczeństwa, nie zagrażając jednocześnie społeczeństwu. Skrajne sytuacje miałyby zostać wyeliminowane w toku badań poprzedzających wydanie prawa do broni. Jednocześnie podkreślił, że kwestia wieku dopuszczającego do posiadania broni palnej i wymuszająca weryfikację pozwolenia budziło jego wątpliwości: doświadczenie często nie idzie w parze z wiekiem²⁰.

Aleksander Bentkowski (PSL) zwrócił uwagę na to, że w świetle proponowanej ustawy przyznanie pozwolenia na broń „traktowane jest jako decyzja administracyjna, która może być w pełni kontrolowana”. Wzbudziło to istotne wątpliwości co do oceny sytuacji, w której np. ustąpią okoliczności uzasadniające przyznanie pozwolenia na broń palną oraz lub oceniane będzie wykorzystanie broni palnej w ramach obrony koniecznej na kanwie nowego kodeksu karnego²¹.

Na tym zakończono wystąpienia klubów i kół parlamentarnych i rozpoczęły się wystąpienia posłów w dyskusji nad projektem.

Posel Zbigniew Sobótko (SLD) mówił, że: „(...)z broni, którą obywatel posiada legalnie, dokonuje się stosunkowo niewiele przestępstw, nie ma zatem

¹⁹ Murray L., *Psychologia wojny. Strach i odwaga na polu bitwy*, Warszawa 2014, s. 139-161.

²⁰ Wypowiedź posła E. Wende (klub UW), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, (9.09.1998r.)

²¹ Wypowiedź posła A. Bentkowskiego (klub PSL), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji (9.09.1998r.)

bezpośredniego związku między ilością legalnie posiadanej broni a wzrostem przestępczości z jej użyciem.” Poseł zauważył, że może to wynikać z rygorów związanych z dostępem do broni. Był to jednak jeden z niewielu pozytywnych, a nawet proobywatelskich głosów w kontekście całego projektu. Poseł zgodził się jednak z przedmówcami, stwierdzając, że „posiadanie broni powoduje tylko lepsze samopoczucie tego, kto ją posiada” i w tym kontekście przedstawił przykład przestępców²².

Poseł Marian Marczewski odniósł się do problematycznej kwestii obrony koniecznej wyrażając nadzieję, „że rzeczywiście broń będzie wydawana do obrony miru domowego tam, gdzie występuje zagrożenie, gdy ktoś mieszka gdzieś na odludziu, gdzie zdarzały się napady, kradzieże czy włamania”. Taka koncepcja wychodziła jednak poza zakres normowania przepisów projektowanej w 1999r. ustawy, choć taki przepis traktowany był jako zdroworozsądkowy i uzasadniony względami pragmatycznymi.²³

Poseł Longin Pastusiak, w swoim krótkim wystąpieniu wyraził jednoznacznie negatywne stanowisko względem poglądu, iż zwiększona liczna broni w społeczeństwie może współistnieć ze zwiększonym poziomem bezpieczeństwa. Jego wypowiedź może być w wieku fragmentach jako klasyczny przykład argumentacji na rzecz ścisłego ograniczania prawa do posiadania broni: „Nie wiem, kto ma interes w tym, może producenci broni, aby lansować pogląd, że im więcej broni jest w posiadaniu obywateli, tym niższy jest stopień przestępczości w danym kraju. Otóż żadne dane empiryczne nie potwierdzają tej tezy.”²⁴ Poseł sprzeciwiał się traktowaniu ustawy jako propozycji wprowadzenia modelu administracyjnego reglamentacji (kto spełnia określone warunki – może uzyskać broń), uznał go za niezgodny z intencją ustawy²⁵.

Głos w sprawie zabrał także poseł Tadeusz Cymański. Jego wypowiedź wpisywała się w powszechnie przyjęty w tej debacie ton – dążenia do takiego ukształtowania przepisów, które w praktyce uniemożliwią masowe jej nabywanie. Czysty model administracyjny, wydawał się najmniej pożądaną formą uregulowania tej problematyki. Wątpliwość: czy posiadanie broni zwiększa poczucie bezpieczeństwa poseł Cymański skomentował tak: „czy wzrost liczby osób w naszym państwie, które posiadają broń palną, nie jest formą pewnej

²² Wypowiedź posła Z. Sobotki (SLD), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmu III kadencji, (9.09.1998r.)

²³ Wypowiedź posła M. Marczewskiego (SLD), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmu III kadencji, (9.09.1998r.)

²⁴ Wypowiedź posła L. Pastusiaka, pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmu III kadencji, (9.09.1998r.)

²⁵ *Ibidem*.

kapitulacji, a może ostatecznego pożegnania się z wizją państwa, w którym broń będzie faktycznie rzadkością, a bezpieczeństwo będzie takie, jak wszyscy byśmy sobie tego życzyli?” Zgodnie z opinią posła, mechanizm wydawania pozwolenia na broń powinien być w opinii posła trudny. Jeśli prawa do posiadania broni nie można ograniczyć wprost należy wprowadzić dodatkowe obostrzenia, które spowodują, że „wydanie pozwolenia”, będzie końcem długiej, trudnej drogi. Z tej wypowiedzi wyłania się nowy, cel ustawy: zniechęcenie do starania się o broń. Cel ten jest jednak niezwykle problematyczny, ponieważ może zniechęcać nie tyle do posiadania broni w ogóle, ale zniechęcać jedynie do posiadania legalnego. Nie rozwiązuje to istoty problemu jakim jest nielegalne posiadanie broni palnej do celów przestępczych, a jedynie pozwala na ograniczanie liczby egzemplarzy broni istniejącej w legalnym obrocie.

Poseł Marek Dyduch zadał wprost pytanie: „czy posiadanie broni to prawo, czy przywilej”? Wątpliwość ta, rozstrzygnięta na korzyść stanowiska, że posiadanie jest *prawem* obywatela, wymagała bardzo istotnej zmiany proponowanych przepisów. Dopiero w tym momencie debaty pojawiła się m.in. propozycja wskazania drogi odwoławczej w przypadku wydania decyzji odmownej, a co więcej poseł wskazał na konieczność uzasadnienia decyzji, niezależnie od jej treści²⁶. Pojawienie się tej kwestii dopiero na tym etapie można uznać za istotną słabość pierwotnego projektu i ciężącą nad nim spuściznę minionego ustroju.

Poseł Andrzej Chrzanowski w swojej wypowiedzi podniósł niezwykle ciekawą kwestię – wskazał, że w czasie prac komisji „zasadne będzie uzbrojenie jej w dodatkowe informacje z MSWiA: jak się przedstawia statystyka w tym względzie, ile przestępstw czy wypadków z bronią nastąpiło wśród posiadających legalnie broń, a jak wygląda przestępczość z bronią tych osób, które posiadają ją nielegalnie”. Jak się okazuje, statystyki nie pozwalają i dzisiaj, a więc ponad 20 lat po ukształtowaniu pierwotnej wersji *ustawy*..., odpowiedzieć na to – kluczowe, jak się wydaje pytanie. Zadając je, poseł Chrzanowski stwierdził, „jeżeli chodzi o niebezpieczeństwo, być może pies wcale nie jest pogrzebany tu, w tej grupie osób, które posiadają broń legalnie.” To ciekawy sygnał w dyskusji, który zniknął w lawinie skrajnych, często nieuzasadnianych twierdzeń, przedstawiających broń palną w rękach cywilów jako zło samo w sobie.

²⁶ Wypowiedź posła M. Dyducha, pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, dzień pierwszy 9.09.1998r.

Podsekretarz Stanu w MSWiA, Krzysztof Budnik podsumował debatę wskazując w szczególności na kilka kluczowych kwestii, będących jednocześnie pewną myślą przewodnią prac nad tą ustawą. Podkreślił, że: „prawo do posiadania broni jest szczególnym uprawnieniem, a nie prawem o charakterze roszczeniowym, które można realizować po spełnieniu przesłanek wymienionych w akcie prawnym”²⁷.

Po obradach w czasie których przedstawiono na pierwszym czytaniu projekt ustawy o broni i amunicji skierowano go do Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych (KAiSW). W czasie posiedzenia dn. 22 września 1998r. powołana została podkomisja nadzwyczajna do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o broni i amunicji (druk nr 479)²⁸. Miała ona podjąć „zasadnicze decyzje polityczne w zakresie dopuszczalności i swobody obrotu bronią” w Polsce²⁹. Pracowała w wąskim składzie: J. Dziewulski (SLD), M. Kamiński (AWS), M. Lewandowski (SLD), M. Marczewski (SLD), K. Miodowicz (AWS), E. Wende (UW) i M. Zieliński (UW). Jej prace rozpoczęły się 22. Września 1998r., a zakończyły 4. Marca 1999r.³⁰

Na posiedzeniu z 11 lutego 1999r. Komisja Administracji i Spraw Wewnętrznych rozpatrywała sprawozdanie podkomisji o rządowym projekcie *Ustawy o broni i amunicji*. Sprawozdanie przedstawiał poseł E. Wende, przewodniczący podkomisji. Debatę prowadzoną w ramach Komisji należy uznać za w pełni merytoryczną, pełną odniesień do wiedzy podmiotów o charakterze eksperckim. W posiedzeniu brali udział m.in. przedstawiciele Polskiego Związku Łowieckiego, Polskiego Związku Strzelectwa Sportowego, Stowarzyszenia Psychologów Sądowych, Ministerstwa Obrony Narodowej, Komendy Głównej Policji i Ministerstwa Sprawiedliwości. Debatę pełną była wątpliwość i pytań związanych z nietypowymi lub prawdopodobnymi zachowaniami osób, które mogą wpływać na ich sytuację jako potencjalnych posiadaczy broni palnej. Widoczna była pewna bezzadność w obliczu przyszłości mimo przekonania, że posłowie „powinni nadążać za pomysłowością przestępców”³¹.

Szczegółowym rozważaniom na temat sposobu regulacji kolejnych kwestii towarzyszyły uwagi o charakterze ogólnym. W czasie rozmów utrwalonych w stenogramach sejmowych nie pojawiało się wiele informacji, które można by określić jako twarde dane (np. liczby przestępstw, liczba posiadaczy broni,

²⁷ Wypowiedź Podsekretarza Stanu w MSWiA, K. Budnika, pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, 9.09.1998r.

²⁸ Biuletyn 839/III Komisji Sejmowych III kadencji, KAiSW, posiedzenie nr 52.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ <http://orka.sejm.gov.pl/SQL.nsf/pkoma?OpenAgent&ASW>.

³¹ Biuletyn nr 1285/III, KAiSW nr 73, z dn. 11.02.1999r.

realny wymiar problemów, omówienie przykładów regulacji zagranicznych z określeniem poziomu bezpieczeństwa i jego determinantów). Prace sejmowe w ramach komisji można opisać jako rozwijanie i konkretyzowanie debaty z I czytania. Wydaje się też, zasadniczo ustawa z 1999r. była nie tyle nową regulacją, co próbą unowocześnienia poprzedniej ustawy z 1961r. Rozważania koncentrowały się wokół technicznych sposobów na zawężanie tego prawa, a nie na analizie: czy i w jakim zakresie będzie ono potrzebne i skuteczne.

Ostatnie posiedzenie Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych w sprawie prac podkomisji ds. UoBiA odbyło się 4 marca 1999r. Prace podkomisji przyjęto („za”: 17 posłów, 1 się wstrzymał, „przeciw”: 0)³². Drugie czytanie odbyło się 8 kwietnia 1999r., po czym projekt został ponownie skierowany do komisji w celu przedstawienia dodatkowego sprawozdania³³. Trzecie czytanie odbyło się na posiedzeniu Sejmu 22 kwietnia 1999r. po czym uchwalony projekt został przekazany Prezydentowi i Marszałkowi Senatu. Ustawa została przegłosowana zdecydowaną większością głosów na 48. posiedzeniu Sejmu RP w dniu 22 kwietnia 1999r. („za”: 379, „przeciw”: 6, „wstrzymało się”: 10). Na biurko prezydenta ustawa trafiła 25 maja 1999r., a on podpisał ją 10 czerwca 1999r.³⁴

OCENA JAKOŚCI DEBATY POLITYCZNEJ NA TEMAT DOSTĘPU DO BRONI PALNEJ W POLSCE OD 1999R.

Ustawa o broni i amunicji w kształcie przyjętym w 1999r. mogła być traktowana jako ustawa bardzo wyjątkowa: w czasie debaty nad jej kształtem panowała zgoda co do kierunku regulacji. Posłowie prześcigali się jedynie w propozycjach związanych z dodatkowymi ograniczeniami, obostrzeniami. Choć posiadacz broni miał być obywatelem wzorcowym, spełniającym szereg warunków, jego nieskazitelność ma być po wielokroć potwierdzana. Jednocześnie debaty i analizy skupiały się na perspektywie potencjalnego przestępcy. Pomimo pierwotnych założeń i strachu przed modelem administracyjnym, kolejne nowelizacje w istotny sposób zbliżyły ją do niego ograniczając zakres uznania administracyjnego.

³² Biuletyn nr 1360/III, KAiSW nr 75, z dn. 4.03.1999r.

³³ Biuletyn nr 1463/III, KAiSW nr 84, z dn. 13.04.1999r.

³⁴ *Rządowy projekt ustawy o broni i amunicji*, druk nr 479 z 3.07.1998r., <http://orka.sejm.gov.pl/proc3.nsf/0/B82AB49D2C2F4E00C1257456004D6D2D?OpenDocument>.

Dziś wydaje się, że to nie bariery prawne czy względy medyczne są powodem nikłego zainteresowania dostępem do broni palnej. Obawy posłów, związane z tym, że w praktyce kilka milionów osób może faktycznie, skutecznie ubiegać się o jej posiadanie były bezpodstawne. Statystyki związane z liczbą wydawanych co roku pozwoleń na broń i liczbą posiadanych egzemplarzy broni palnej pokazują, że zainteresowanie tym tematem stopniowo rośnie. Badania opinii publicznej nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, czy stosunek Polaków do broni palnej jest negatywny, neutralny czy też zaczyna być pozytywny. Jako kluczowe obszary wymagające pogłębionej analizy w tym zakresie należy wskazać: poziom wiedzy Polaków na temat warunków dostępu do broni, ocenę obowiązującej procedury dostępu do broni, poziom debaty medialnej w zakresie dostępu do broni i jakość przekazów, w których broń palna się pojawia. Dodatkowo istotne mogą być badania związane z kulturą prawną i społeczną, jako czynnikiem istotnie wpływającym na chęć Polaków do posiadania broni palnej.

Retoryka otaczająca pracę nad projektem ustawy w 1999r. nie była do końca konsekwentna. Chociaż nie brakowało merytorycznych uwag, ich treść wynikała z przyjętego za pewnik założenia o konieczności wprowadzenia modelu ścisłej reglamentacji. Przyjęcie tego modelu było traktowane jako utrzymanie modelu obowiązującego dotychczas, a jego rozwijanie miało być możliwe zasadniczo tylko w jedną stronę: uszczelniania i dalszego ograniczania dostępu do broni palnej obywateli.

Sama debata sejmowa zdominowana była nie tyle przez rzeczową argumentację, co przez argumenty natury emocjonalnej i odwoływanie się do intuicji odbiorców. Brakowało twardych danych popierających fundamentalne twierdzenia. Argumentacja często była jednostronna, mało wyważona, bazująca na aktualnych doświadczeniach walki z przestępczością zorganizowaną. Decyzje dot. kształtu *ustawy o broni i amunicji* podejmowano więc z największą ostrożnością, często powołując się nie tyle na fakty, ale na potencjalnie przychylne przyjęcie przez opinię publiczną kolejnych rozwiązań³⁵.

Polskie partie polityczne aktywnie działające na scenie politycznej po 1989r. zasadniczo pomijały w swoich podstawowych programach. Temat ten nie pojawiał się pośród kluczowych postulatów partii (poza nielicznymi wyjątkami: Konfederacja, KWW Kukiz'15, Ruch 11 listopada,³⁶ a w pewnym zakresie także SLD;).

³⁵ Wypowiedź posła Stanisława Głowackiego (klub AWS), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, 9.09.1998r.

³⁶ Ruch 11 listopada, *Program*, <https://ruch11listopada.pl/program/>.

Politycy zgodnie uznali, że nowa *ustawa o broni i amunicji* będzie konsekwentnie podtrzymywała znany i „bezpieczny” model obowiązujący od 1961r.

Sprzycanie środowiskom strzeleckim lub też wyrażanie jednoznacznie negatywnego stanowiska w tej sprawie nie jest w Polsce ściśle powiązane z przynależnością partyjną. W istotny sposób odróżnia to polską debatę publiczną w tej sprawie od wzorca amerykańskiego. Tam poglądy na dostęp do broni palnej wyznaczają sympatie polityczne, w Polsce nie mają na nie istotnego wpływu. Przedwyborcza rekomendacja dokonana z magazynu „Strzał” dobrze to ilustruje: jako szczególnie przychylnych środowisku strzeleckiemu wskazano m.in.: 5 posłów z list PiS, 3 posłów z list PSL-Kukiz’15, 3 osoby z list Konfederacji, 1 kandydata z listy Prawicy, oraz posła Kukiz’15, startującego z listy Bezpartyjnych i Samorządowców³⁷.

PODSUMOWANIE

W przypadku polskim mamy od kilku lat do czynienia z ciekawą sytuacją: wzrost zainteresowania Polaków posiadaniem broni palnej idzie w parze z jednoczesnym wzrostem liczby uzyskiwanych pozwoleń na nią, jak i wzrostem liczby posiadanych legalnie egzemplarzy broni; jednocześnie spadają statystyki związane z liczbą przestępstw, w których jest ona wykorzystywana³⁸. Jakkolwiek zmiany prawa w zakresie dostępu do broni palnej powinny być poparte merytoryczną debatą obejmującą w szczególności liczbę wypadków z bronią palną, ryzyko wykorzystania do celów przestępczych czy koszt wsparcia medycznego dla osób, poszkodowanych w związku z użyciem broni palnej. Kwestie te są niezwykle problematyczne, ponieważ powinny stać w centrum debaty na temat dostępu do broni palnej. Analiza debaty z 1999r. pokazuje zaś, że dominuje język emocji i argumentacja nie poparta twardymi danymi.

Wizja obywatela, który dąży do legalnego nabycia broni palnej w obecnym polskim łańdźu prawnym wydaje się raczej negatywna. Zaufanie władzy do obywateli, mierzone przez pryzmat modelu reglamentacji dostępu do broni palnej nie zmienia się w istotny sposób od lat i jest niskie. Choć od 1999 r. model przyznawania uprawnień do posiadania broni palnej zmienił się, nadal

³⁷ Lewandowski J., *Twój głos wyborczy się liczy*, "Magazyn Strzał" 2019, październik, s. 6-9.

³⁸ Komenda Główna Policji, *Przestępstwa przy użyciu broni palnej*, <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/bron/bron-przestepstwa/186393,Przestepstwa-przy-uzyciu-broni.html> (dostęp z dn. 1.08.2020r.); *idem*, *Liczba wydanych pozwoleń na broń w latach 2014-2019* <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/bron/bron-pozwolenia/186394,Bron-pozwolenia.html> (dostęp z dn. 1.08.2020r.)

brak długofalowej perspektywy osławiania społeczeństwa z bronią. Zmiany prawa następują jedynie w ramach modelu reglamentacji.

BIBLIOGRAFIA

Benjamin A. J., Kepes S., Bushman B., *Effect of weapons on aggressive thoughts, angry feelings, hostile appraisals, and aggressive behavior: a meta-analytic review of the weapons effect literature*, „Personality and Social Psychology Review” 2018, 22(4).

Berkowitz L., LePage A., *Weapons as aggression-eliciting stimuli*, „Journal of Personality and Social Psychology” 1967, nr 7.

Biuletyn 839/III Komisji Sejmowych III kadencji, KAiSW, posiedzenie nr 52.

Biuletyn nr 1285/III, KAiSW nr 73, z dn. 11.02.1999r.

Biuletyn nr 1360/III, KAiSW nr 75, z dn. 4.03.1999r.

Biuletyn nr 1463/III, KAiSW nr 84, z dn. 13.04.1999r.

Dyrektywa Rady 91/477/EWG z 18 czerwca 1991r., dot. kontroli nabywania i posiadania broni (Dz. Urz. WE nr L 256, z 13.09.1991)

Filar M., *Prawo posiadania broni palnej jako obywatelskie prawo podmiotowe*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 5.

Gallant P., Eisen J. D., *Trigger-Happy: Re-thinking the „Weapons effect”*, „Journal of firearms and public policy” 2002, vol. 14.

Hołyst B., *Kryminologia*, Warszawa 2016.

Jakubowski R., *Użycie broni palnej. Interpretacje prawne i praktyczne*, Słupsk 1999.

Frąckowiak F., *Kontratyp stosowania służbowej broni palnej przez funkcjonariuszy państwowych w świetle ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej z dn. 24 maja 2013r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2014, z. 2.

Kania A., *„Mój dom moją twierdzą”*. Rozważania na tle regulacji art. 25§ 2a k.k., „Nowa kodyfikacja prawa karnego” 2018, nr 48.

KGP, *Liczba wydanych pozwoleń na broń w latach 2014-2019*, <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/bron/bron-pozwolenia/186394>, Bron-pozwolenia.html.

KGP, *Przestępstwa przy użyciu broni palnej*, <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/bron/bron-przestepstwa/186393>, Przestępstwa-przy-uzyciu-broni.html.

Kleck G., *Targeting guns. Firearms and their control*, Routledge-London-New York 2017.

Lewandowski J., *Twój głos wyborczy się liczy*, "Magazyn Strzał" 2019, październik.

Murray L., *Psychologia wojny. Strach i odwaga na polu bitwy*, Warszawa 2014.

Niewiński L., *Zakres reglamentacji dostępu do broni palnej jako forma ograniczenia prawa podmiotowego obywatela*, "Studia Prawnoustrojowe" 2006, nr 6.

Poznaniak W., *Społeczno-psychologiczne aspekty posiadania broni*, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2003, r. LXV, z. 2.

Projekt ustawy o broni i amunicji przedstawiony dn. 29 kwietnia 1997r., Druk nr 2314 Sejmu II kadencji (RM 10-69-96).

Ruch 11 listopada, *Program*, <https://ruch11listopada.pl/program/>.

Rządowy projekt ustawy o broni i amunicji, druk nr 479 z 3.07.1998r., <http://orka.sejm.gov.pl/proc3.nsf/0/B82AB49D2C2F4E00C1257456004D6D2D?OpenDocument>.

Ustawa z dn. 31 stycznia 1961r., o broni, amunicji i materiałach wybuchowych, Dz. U. 1961 nr 6 poz. 43 (status: uchylony).

Uzasadnienie projektu Ustawy o broni i amunicji, druk nr 479.

Wiśniewski B., *Dostęp do broni, prawo czy przywilej?*, [w:] *Identyfikacja granic wolności i praw jednostki*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2016.

Wypowiedź Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji Krzysztofa Budnika, pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, 9.09.1998r.

Wypowiedź Podsekretarza Stanu w MSWiA, K. Budnika, pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, (9.09.1998r.).

Wypowiedź posła A. Bentkowskiego (klub PSL), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji (9.09.1998r.).

Wypowiedź posła E. Wende (klub UW), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, (9.09.1998r.).

Wypowiedź posła J. Dziewulskiego (klub SLD), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, (9.09.1998r.).

Wypowiedź posła L. Pastusiaka, pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, (9.09.1998r.).

Wypowiedź posła M. Marczewskiego (SLD), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, (9.09.1998r.).

Wypowiedź posła M. Dyducha, pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, (9.09.1998r.).

Wypowiedź posła S. Głowackiego (klub AWS), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, (9.09.1998r.).

Wypowiedź posła Z. Sobotki (SLD), pkt 4 obrad w czasie 27 posiedzenia sejmiku III kadencji, (9.09.1998r.).

THE RIGHT TO GUN OWNERSHIP BY CITIZENS IN THE POLISH SEJM DEBATES

Apart from the classic American concept of access to firearms, the dominant view in the world is that the possession of firearms is a form of citizens' rights, not a sphere of their freedom. In Poland, access to weapons has for decades been an unchanged and very narrow sphere of civic rights. However, it is possible to ease this radical chapter, as M. Filar wrote about when he presented four main models of access to firearms for citizens. He distinguished: the registration model (proper to the USA, the essence of which is the fundamental lack of restrictions on access to firearms for citizens), the legislative model (also described as an administrative model, obtaining a permit to possess a firearm is issued automatically if the citizen meets certain requirements, no here, the possibility of limiting this right on the basis of administrative discretion), the model of opportunistic rationing, to which the author included Poland until 19994 (a person must meet the requirements imposed by the authorities, as in the legislative model, but it is necessary to indicate a valid reason for applying for a weapon, which subject to subjective assessment of the authorities authorized to issue permits), and the restrictive model (in which, in principle, it is impossible for civilians to legally possess weapons, apart from weapons for hunting and sporting purposes, after meeting numerous additional requirements).

Although most countries in the world treat gun ownership as a right, the state may define the limits of its use in different ways. When assessing the scope of access to firearms, not only the regulations themselves, the nature of the administrative procedure and the scope of the administrative discretion can be assessed, but also the axiological background of the act and its justification.

Thinking about the role of the right to possess a weapon in Polish society, one can examine many aspects of the functioning of this law and the process of its evolution. Has evolution meant a significant change in this case? Was this change a progression or a regression? This question remains unanswered, although there are many indications that in this particular area of law, changes take place in a way that is not very intuitive and very strongly showing that in fact law can be a tool used to signal the place of a citizen in the state.

The subject of this analysis is therefore an attempt to assess the quality of the parliamentary debate on the formation of the Act on weapons and ammunition in 1999 and several subsequent attempts to amend and amend

the Act. The aim of the analysis is to determine what the Polish concept of the right to arms of Poles really is, i.e. whether the citizen is assessed as an individual in a positive way, or is the dominant concept that requires looking at the law from the point of view of a "bad person". Reading the legislator's intentions in the area of shaping the right to arms, it becomes a kind of study of assessing the position of a citizen in the state, how is he or she perceived by the authorities and the level of trust of the authorities in society.

Keywords: The right to possess a weapon, parliamentary debate, legislation

DANINA SOLIDARNOŚCIOWA A ZASADA SPRAWIEDLIWOŚCI PODATKOWEJ

WPROWADZENIE

Nie ma wątpliwości co do tego, iż podatki należy płacić. Obowiązek taki został nałożony wszak w Konstytucji¹. W art. 84 czytamy, że każdy jest obowiązany do ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków, określonych w ustawie. Z drugiej jednak strony wskutek zapłaty podatku uszczerbku doznaje prawo własności, które również chronione jest przez Konstytucję. Prawo podatkowe ma charakter ingerencyjny, albowiem „pozbawia podatnika części wypracowanego dochodu (majątku) na rzecz fiskusa”², stąd też przepisy nakładające obowiązek podatkowy stanowiące powinny być ze szczególną starannością oraz poszanowaniem zasad prawa podatkowego, w tym zasady sprawiedliwości podatkowej.

Jedną z najstarszych i podstawowych funkcji podatku jest funkcja fiskalna zwana także funkcją dochodową. Polega ona na pokrywaniu zapotrzebowania państwa na dochód publiczny i sprowadza się do dostarczania jak najwyższych wpływów na rzecz budżetu państwa. Podatki bowiem mają na celu

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997, nr 78, poz. 483, zwana dalej Konstytucją.

² L. Etel (red.), *Prawo podatkowe*, Warszawa 2008, s. 48; O ingerencyjnym charakterze prawa podatkowego podobnie: R. Mastalski, *Stosowanie prawa podatkowego*, Warszawa 2008, s. 21; H. Dzwonkowski (red.), *Prawo podatkowe*, Warszawa 2012, s. 101; A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2011, s. 83, 110, 292; A. Mariański, *Rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść podatnika. Zasada prawa podatkowego*, Warszawa 2011, s. 22.

dostarczenie państwu czy też jednostkom samorządu terytorialnego środków niezbędnych do prawidłowej realizacji ich działań. To właśnie z podatków finansowane są działania ogólnospołeczne takie jak szkolnictwo, służba zdrowia czy budowa dróg. W sytuacji gdy podatek dostarcza marginalne wpływy, albo w ogóle ich nie dostarcza, funkcja fiskalna w ogóle nie jest spełniana. W doktrynie prawa podatkowego przyjmuje się, że podatki pełnią również inne funkcje takie jak funkcja redystrybucyjna, gospodarcza, informacyjna, stymulacyjna³. W tym miejscu należy pochylić się także nad treścią funkcji redystrybucyjnej, która sprowadza się do rozdziału dochodu narodowego pomiędzy podatników i państwo. W ten właśnie sposób dokonywana jest korekta dochodów osiąganych przez podmioty prywatne na rzecz podmiotów publicznych⁴. Wspomniana korekta ma miejsce, z uwagi na fakt, że mechanizmy rynkowe nie zapewniają wszystkim odpowiednich środków. Funkcja redystrybucyjna służy przede wszystkim zaspokojeniu

poczucia sprawiedliwości społecznej. Jak twierdzi bowiem P. Gołasa, zbyt duże zróżnicowanie w dochodach osiąganych przez obywateli jest przestrzegane jako stan, w którym konieczna jest interwencja państwa⁵. Funkcja redystrybucyjna w szczególności spełniana jest przez istnienie progresywnego podatku dochodowego, w przypadku którego stawka podatkowa rośnie wraz ze wzrostem podstawy opodatkowania.

Niewątpliwie jednym z zadań państwa jest pomoc osobom niepełnosprawnym. Pomoc taka realizowana powinna być nie tylko przez wsparcie finansowe, ale i poprzez ich aktywizację czy zrównanie szans. Ponadto państwo powinno troszczyć się również o emerytów i rencistów. Ustawodawca celem pozyskania funduszy na prawidłową realizację wspomnianych zadań wprowadził z dniem 1 stycznia 2019 r. daninę solidarnościową, której obowiązkiem zapłaty zostały obciążone określone podmioty.

Celem niniejszego artykułu będzie próba odpowiedzi na pytanie, czy wprowadzenie daniny solidarnościowej nie stoi w sprzeczności z zasadą sprawiedliwości podatkowej. W pierwszej części niniejszego artykułu zostanie omówiona istota oraz rola zasady sprawiedliwości podatkowej. W drugiej części przedstawiona zostanie istota regulacji dotyczącej daniny solidarnościowej.

³ L. Etel, *Funkcje podatków*, [w:] *Prawo podatkowe ...*, s. 37, A. Gomułowicz, D. Mączyński, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2016, s. 348.

⁴ M. Mucha, *Rola podatków w realizacji celi społecznych*, <https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/dlibra/publication/51226>.

⁵ P. Gołasa, *Obciążenia podatkowe jako instrument wyrównywania dochodów gospodarstw rolnych*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolniczych i Agrobiznesu” 2017, z. 4, s. 61.

Trzecia część będzie dotyczyła konfrontacji regulacji wprowadzających daninę solidarnościową z zasadą sprawiedliwości podatkowej. W artykule wykorzystana zostanie analiza formalno-dogmatyczna obowiązujących przepisów oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Ponadto analizie poddana zostanie literatura dotycząca zasady sprawiedliwości podatkowej. Wykorzystane zostaną także elementy ekonomicznej analizy prawa.

ZASADA SPRAWIEDLIWOŚCI PODATKOWEJ

Zgodnie z założeniami formułowanymi przez przedstawicieli psychologicznej szkoły podatkowej, odczucia podatników dotyczące sprawiedliwości, są równie istotne co wysokość zobowiązań podatkowych⁶. Niechęć do płacenia podatków jest jednym z naturalnych instynktów człowieka⁷. Podatnicy bowiem, jak już wspomniano, traktują konieczność uiszczenia podatku jako uszczuplenie prawa własności. Już Arystoteles wskazywał, że sprawiedliwość jest cnotą ducha pozwalającą na osiągnięcie harmonii⁸. Według N. Luhmanna sprawiedliwość jest mechanizmem pozwalającym na reprodukcję systemu prawnego⁹. Uznawał on sprawiedliwość za formułę kontyngencji, a więc „struktury sensu wypracowane w każdym z podsystemów w funkcjonalnie złożonym społeczeństwie i pozwalające na takie powiązanie między sobą kolejnych operacji w ich ramach, aby możliwe było zachowanie spójności”¹⁰. Mówiąc prościej, według teorii systemów, sprawiedliwość jest wewnątrzsystemowym oczekiwaniem, które dotyczy operacji systemu prawnego¹¹. C. Perelman twierdził zaś, że sprawiedliwość jest zasadą postępowania, która nakazuje jednakowo traktować podmioty należące do samej kategorii działalności¹². Określenie to jest określeniem sprawiedliwości formalnej, albowiem nie odpowiada na pytanie co należy rozumieć poprzez jednakowe traktowanie oraz w jaki sposób powinny być tworzone owe kategorie działowe¹³. Za ojca kon-

⁶ A. Gomułowicz, D. Mączyński, *Podatki i prawo podatkowe ...*, s. 376.

⁷ C. Kosikowski, *Podatki. Problem władzy publicznej i podatników*, Warszawa 2007, s. 138-164.

⁸ J. Szołno-Koguc, *Dylematy sprawiedliwości podatkowej – równość i powszechność opodatkowania a przywileje podatkowe*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2016, nr 294, s. 165; za: Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, Warszawa 2007.

⁹ N. Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Hermann Luchterhand Verlag 1986, s. 38 i n.

¹⁰ J. Winczorek, *Zniknięcie dwunastego wielbłąda. O socjologicznej teorii prawa Niklasa Luhmanna*, Warszawa 2009, s. 275.

¹¹ N. Luhmann, *Die soziologische...*, s. 38 i n.

¹² C. Perelman, *O sprawiedliwości*, Warszawa 1959, s. 30 i n.

¹³ A. Gomułowicz, *Zasada sprawiedliwości w polskim systemie podatkowym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, z. 3, s. 53.

cepcji sprawiedliwego kształtowania obowiązków podatkowych uznawany jest A. Smith – twórca zasady równomierności opodatkowania¹⁴. Był on zwolennikiem opodatkowania proporcjonalnego, podobnie jak J. S. Mill, który krytykował stawkę progresywną jako niesprawiedliwe i szkodliwe narzędzie redystrybucji dochodów¹⁵. Za zwolenników opodatkowania progresywnego uważa się z kolei J. B. Saya, A. Wagnera czy Y. Edgewortha¹⁶. Ten ostatni mając na uwadze, iż krańcowa użyteczność każdego podatnika jest jednakowa, a więc utracone korzyści zamożnych są mniejsze niż biedniejszych, postulował wprowadzenie silnej progresji¹⁷.

Na gruncie prawa podatkowego idea sprawiedliwości ma pokazywać jak należy rozwiązywać konflikty pomiędzy interesem państwa a interesem podatników. Granica opodatkowania wyznaczana jest z jednej strony przez potrzeby państwa, z drugiej zaś przez zdolności płatnicze podmiotów zobowiązanych do zapłaty podatku¹⁸. Na gruncie teorii ekonomii obiektywna sprawiedliwość podatkowa rozpatrywana jest w aspekcie poziomej i pionowej (inaczej horyzontalnej i wertykalnej)¹⁹. Sprawiedliwość pozioma, nazywana także redystrybutywną czy wyrównawczą, charakteryzuje się jednakowym opodatkowaniem osób, które posiadają takie same cechy. Sprawiedliwość pionowa wiąże się zaś z wyższym opodatkowaniem jednostek bogatszych, niskim zaś opodatkowaniem dochodów osiąganych przez osoby ubogie²⁰. Mając na uwadze założenia sprawiedliwości poziomej postuluje się nie opodatkowanie progresywne, a proporcjonalne, uznawane za równo traktujące podatników. Zważając jednak na przeciwieństwo owych założeń, w praktyce zastosowanie znajduje pogląd zgodnie z którym ciężar podatkowy powinien być sprawiedliwy w poczuciu większości²¹.

Zasada sprawiedliwości podatkowej nie została wyartykułowana wprost na gruncie obowiązujących przepisów. Wywodzić ją jednak można

¹⁴ A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Warszawa 2003, s. 584.

¹⁵ B. Kucia, *Zasada sprawiedliwości podatkowej w ujęciu historycznym*, „Roczniki Nauk Prawnych” 1998, t. VIII, s. 295.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s. 190.

¹⁸ W. Łączkowski, *Granice opodatkowania*, „Acta Universitatis Lodzensis, Folia Juridica”, nr 54, s. 119.

¹⁹ Zob. J. E. Stiglitz, *Ekonomia sektora publicznego*, Warszawa 2004, s. 565-567; R.E. Hall, A. Rabushka, *Podatek liniowy*, Warszawa 1998, s. 43; A. Gomułowicz, *Zasada sprawiedliwości podatkowej. Kontrowersje podatkowe*, Warszawa 2001, s. 27-28, M. Kosek-Wojnar, *Zasady podatkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 2012, s. 92-93.

²⁰ M. Pasternak – Malicka, *Istota sprawiedliwości podatkowej pionowej i poziomej w kontekście liniowej oraz progresywnej stawki podatku dochodowego od osób fizycznych*, „Finanse, Rynki finansowe, Ubezpieczenia” 2017, nr 3, s. 19.

²¹ *Ibidem*, s. 20.

z Konstytucji, w szczególności z art. 2, w którym mowa o tym, iż Rzeczpospolita jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej, z art. 32, który stanowi o równości wszystkich obywateli wobec prawa oraz z przytaczanego już wcześniej art. 84. Należy więc wnioskować, że zasada sprawiedliwości związana jest ściśle z zasadą równości oraz powszechności opodatkowania. Głównym jej odzwierciedleniem powinno być poszanowanie zdolności płatniczej podatników, a więc nakładanie na podatników obciążeń podatkowych dostosowanych do ich możliwości finansowych²².

DANINA SOLIDARNOŚCIOWA

Jak już zaznaczono szczególną opiekę państwo powinno zapewnić osobom niepełnosprawnym czy osobom w podeszłym wieku²³, stąd też powstaje potrzeba poszukiwania w budżecie środków na ten cel. Z dniem 1 stycznia 2019 r. weszły w życie przepisy wprowadzające do polskiego porządku daninę solidarnościową. Początkowo miała ona zasilać Solidarnościowy Fundusz Wsparcia Osób Niepełnosprawnych. W uzasadnieniu do projektu ustawy o Solidarnościowym Funduszu Wsparcia Osób Niepełnosprawnych mogliśmy przeczytać, iż owy fundusz „ukierunkowany będzie na wsparcie społeczne, zawodowe lub zdrowotne osób niepełnosprawnych”²⁴. Wprowadzenie owej daniny miało być jednym z narzędzi niezbędnych do realizacji polityki włączania społecznego osób z niepełnosprawnościami. Na mocy ustawy z dnia 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy o Solidarnościowym Funduszu Wsparcia Osób Niepełnosprawnych oraz niektórych innych ustaw²⁵ zmieniono nazwę na Fundusz Solidarnościowy, rozszerzając tym samym katalog osób uprawnionych do korzystania z niego. Środki na nim zgromadzone, oprócz wsparcia osób niepełnosprawnych, mają służyć także wsparciu finansowemu emerytów i rencistów. Fundusz może wspierać także działania w zakresie zapewnienia dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami lub jej poprawy, osobom ze szczególnymi potrzebami, o których mowa w ustawie z dnia

²² Ł. Karczyński, *Podstawowe zasady materialnego prawa podatkowego*, „Przegląd Naukowy” 2007, nr 6.

²³ Art. 68 ust. 3 Konstytucji RP.

²⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy o Solidarnościowym Funduszu Wsparcia Osób Niepełnosprawnych z dnia 23 października 2018 r., druk nr 2848, http://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-u-o-solidarnosfunduszu-wsparcia-niepelnosp-132-18-24991.pdf.

²⁵ Dz. U. z 2019 r. poz. 2473.

19 lipca 2019 r. o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami (Dz. U. z 2019 r. poz. 1696).

Zgodnie z art. 30h ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych²⁶ osoby fizyczne zobowiązane są do zapłaty daniny solidarnościowej w wysokości 4% podstawy jej obliczenia. Podstawę stanowi nadwyżka ponad 1 000 000 zł sumy dochodów określonych w:

1) art. 27 updof, a więc dochodów opodatkowanych według skali podatkowej (m. in. dochody z pracy, działalności gospodarczej, emerytur, rent, wynagrodzenia z umów o dzieło i zlecenia),

2) art. 30b updof, który reguluje opodatkowanie dochodów z odpłatnego zbycia papierów wartościowych lub pochodnych instrumentów finansowych, z odpłatnego zbycia udziałów i akcji oraz z tytułu objęcia akcji lub udziałów w zamian za aport,

3) art. 30c updof, który stanowi o dochodach z działalności gospodarczej lub działów specjalnych produkcji rolnej opodatkowanych liniową stawką 19%),

4) art. 30f, a więc dotyczących dochodów zagranicznej spółki kontrolowanej.

Należy podkreślić, że dochody z innych źródeł, poza wyżej wymienionymi, nie są brane pod uwagę w czasie wyliczania progu zobowiązującego do uiszczenia daniny solidarnościowej. Oznacza to więc, że na potrzeby kalkulacji przedmiotowej daniny nie bierze się pod uwagę przykładowo dochodów z dywidend, zbycia nieruchomości czy nieujawnionych źródeł przychodów. Ponadto daninie solidarnościowej nie podlegają dochody opodatkowane ryczałtami podatkowymi. Mając na uwadze że wysokość progu opodatkowania daniną solidarnościową determinowana jest sposobem kalkulowania dochodu na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, do wyliczenia wartości 1 mln zł nie bierze się pod uwagę dochodów wolnych od podatku oraz dochodów, w stosunku do których zaniechano poboru podatku. Należy jednak wskazać, że pojęcie dochodu, a więc różnicy przychodów oraz kosztów uzyskania przychodów i pojęcie podstawy opodatkowania (dochód

²⁶ T. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1509 ze zm., zwana dalej updof.

pomniejszony o ulgi) nie są pojęciami tożsamymi. Mając na uwadze art. 30h updof, dochód obliczany na potrzeby daniny solidarnościowej może być pomniejszony jedynie o kwotę składek uregulowanych w art. 26 ust. 1 pkt 2 i 2a, a więc krajowe oraz niektóre zagraniczne składki na ubezpieczenie społeczne. W praktyce oznacza to więc, że podstawa opodatkowania dla celów daniny solidarnościowej, z uwagi na brak możliwości odliczenia innych wartości, o których mowa w art. 26 updof, będzie się różniła od podstawy opodatkowania podatkiem dochodowym od osób fizycznych²⁷.

Niewątpliwie na uwagę zasługuje wprowadzona przez ustawodawcę nomenklatura. Prawodawca wprowadzając przedmiotową instytucję nie posłużył się sformułowaniem „podatek”, nie traktuje tego również jako trzeciej stawki podatkowej²⁸, używa on jednak pojęcia „danina”. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego danina oznacza obowiązkowe świadczenie w naturze lub w pieniądzu składane dawniej przez poddanych albo coś, co jest składane w ofierze²⁹. Zgodnie z ustawą o finansach publicznych dochodami publicznymi są daniny publiczne, do których zalicza się m. in. podatki, składki, opłaty³⁰. Taka konstrukcja świadczy, że danina jest pojęciem szerszym, które swoim zakresem obejmuje podatki. Legalna definicja podatku została zawarta w Ordynacji podatkowej gdzie czytamy, że „podatkiem jest publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej³¹. Na szczególną uwagę zasługuje również fakt zmiany brzmienia art. 1 updof. Do dnia 31 grudnia 2018 r. wspomniany artykuł stanowił, iż ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych reguluje opodatkowanie podatkiem dochodowym dochodów osiąganych przez osoby fizyczne. Ustawodawca wprowadzając jednak przepisy dotyczące daniny solidarnościowej dodał, że oprócz opodatkowania dochodów osiąganych przez osoby fizyczne ustawa reguluje również daninę solidarnościową. Wyżej wskazane działania oraz sformułowania użyte przez prawodawcę, prowadzą do wniosku, że celem ustawodawcy było podkreślenie, iż danina solidarnościowa nie jest podatkiem w znaczeniu

²⁷ J. Sekita, *Nowe obciążenie wynagrodzeń – Solidarnościowy Fundusz Wsparcia Osób Niepełnosprawnych*, <https://sip.lex.pl/#/analysis/738887694/danina-solidarnosciowa?keyword=Danina%20solidarno%C5%9Bciowa&cm=STOP>.

²⁸ Mowa tu o stawkach obowiązujących wg skali podatkowej, o której mowa w art. 27 updof, czyli 18% i 32%.

²⁹ *Internetowy Słownik Języka Polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/danina.html>.

³⁰ Art. 5 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2077 ze zm.

³¹ Art. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 201 ze zm.

sensu stricte. Z drugiej jednak strony w objaśnieniach do daniny solidarnościowej wskazuje się, że należy do niej stosować odpowiedni przepisy Ordynacji podatkowej (m. in. przepisy dotyczące nadpłaty, zapłaty podatku czy ulg w spłacie zobowiązań podatkowych)³². Zdaniem jednak Krajowej Rady Doradców Podatkowych, Polska z uwagi na wiążące ją umowy międzynarodowe o unikaniu podwójnego opodatkowania, będzie zmuszona przedstawić daninę solidarnościową jako podatek dochodowy. Brak tego powodowałby bowiem, brak możliwości odliczenia zapłaconej daniny solidarnościowej w państwie rezydencji, a tym samym powodowałby zwiększenie kosztów inwestycji zagranicznych w Polsce. Wynika to bowiem z faktu, że danina ta nie ma charakteru terytorialnego, a więc podatnicy zagraniczni, którzy podlegają w Polsce ograniczonemu obowiązkowi podatkowemu, również zobowiązani są do jej zapłaty³³. Można spotkać się z poglądem, wyrażanym w szczególności przez doradców podatkowych, iż konstrukcja daniny solidarnościowej, która została uregulowana w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych wprowadza de facto trzecią stawkę podatkową w wysokości 36 %³⁴. Nie jest to jednak precyzyjne podejście, albowiem jak już zaznaczono podstawa opodatkowania podatkiem dochodowym od osób fizycznych oraz podstawa opodatkowania daniną solidarnościową mogą przybierać inne wartości.

ZASADA SPRAWIEDLIWOŚCI PODATKOWEJ A DANINA SOLIDARNOŚCIOWA

Jak już wspomniano, państwo dla prawidłowej realizacji swoich zadań potrzebuje środków finansowych. Niewątpliwie również jednym z zadań państwa jest zapewnienie pomocy osobom niepełnosprawnym oraz emerytom i rencistom. Poszukiwanie funduszy na ten cel wydaje się być uzasadnionym działaniem. Z racji tego iż państwo nie posiada swoich funduszy, a zdecydowaną większość wpływów do budżetu stanowią wpływy z tytułu podatków oraz innych danin, naturalnym jest też poszukiwanie tutaj takich środków.

³² Ministerstwo Finansów, *Objaśnienia podatkowe z dnia 28 sierpnia 2019 r. dot. stosowania przepisów o daninie solidarnościowej zawartych w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych*.

³³ W. Moczydłowska, *Danina solidarnościowa – stanowisko doradców podatkowych*, <https://ksiegowosc.infor.pl/podatki/podatki-osobiste/pit/2785666,2,Danina-solidarnosciowa-stanowisko-doradcow-podatkowych.html>.

³⁴ M. Szufłak, *Projekt wprowadzenia daniny solidarnościowej – czyli o tym jak (nie) po cichu dodać dodatkową stawkę podatkową w PIT*, <http://doradcy-podatkowi.blog/2018/08/24/projekt-wprowadzenia-daniny-solidarnosciowej-czyli-o-tym-jak-nie-po-cichu-dodac-dodatkowa-stawke-podatkowa-w-pit/>.

Mając na uwadze stanowisko przedstawicieli doktryny prawa podatkowego można podzielić zasady podatkowe na zasady o charakterze technicznym oraz zasady dotyczące meritum prowadzonych regulacji³⁵. Zasada sprawiedliwości podatkowej zalicza się do tej drugiej kategorii. Stanowi ona uszczegółowienie zasady sprawiedliwości społecznej w zakresie nakładania na podatników nowych obciążeń podatkowych, co nie oznacza jednak że na jej podstawie wszystkim podatnikom przyznane zostają takie same prawa i obowiązki³⁶. Jak już zaznaczono, państwo powinno pozyskiwać środki w sposób efektywny, to znaczy środki niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania państwa w możliwie jak najtańszy sposób. W teorii ekonomii o efektywności w znaczeniu *Pareto* mówi się wtedy gdy nie występuje żadna inna alokacja zasobów, która polepszyłaby sytuację niektórych osób, bez szkody dla innych. Stan optimum w takim znaczeniu spotyka się z jednomyślną aprobatą, ponieważ nie powoduje zmian dobrobytu, które wywoływałyby konflikty³⁷. Stan taki jest jednak trudny do osiągnięcia, albowiem na ogół poprawa sytuacji niektórych podmiotów powoduje pogorszenie sytuacji innych. Efektywność w rozumieniu Kaldora – Hicksa występuje zaś wtedy, gdy korzyść osób, które zyskują przewyższa straty osób poszkodowanych³⁸.

Zwrócić jednak należy uwagę, że państwo nie może nakładać na podatników zbyt wysokich podatków, przekraczających znacznie ich zdolności płatnicze. Warto w tym miejscu przytoczyć uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 lipca 2013 r., SK 18/09: „Należy jednocześnie zauważyć, że Konstytucja nie zawiera żadnych postanowień dotyczących wielkości nakładanych obowiązków daninowych. Nie znaczy to jednak, iż w tym zakresie ustawodawcy przysługuje całkowita swoboda. Musi on bowiem respektować – poza wymogiem nienaruszania istoty praw i wolności konstytucyjnych, o czym już wspomniano wcześniej – również wszelkie zasady i wartości wyrażone w ustawie zasadniczej. Wielkość obciążeń daninowych, w tym podatkowych, ogranicza zasada proporcjonalności, wywodzona z art. 2 Konstytucji, w związku z którą możliwe jest postawienie zarzutu nadmiernego fiskalizmu, a pośrednio również zasada sprawiedliwości społecznej i zasada równości. (...) Ustanowienie nieproporcjonalnego, niesprawiedliwego

³⁵ B. Brzeziński, *Prawo podatkowe*, Toruń 2000, s. 48.

³⁶ Wyrok TK z dnia 29 maja 1996 r., K.22/95, OTK 1996, nr 3 poz. 21.

³⁷ M. Leszczyńska, *Podział dochodów i jego nierówności – implikacje teorii ekonomicznych dla polityki społecznej*, http://problemypolitykispolecznej.pl/images/czasopisma/9/9_82-96.pdf.

³⁸ S. Chrupczalski, *Sprawiedliwość a efektywność ekonomiczna*, https://www.nbportal.pl/wiedza/artykuly/na-początek/sprawiedliwosc_a_efektywnosc_ekonomiczna.

lub nierównego obciążenia daninowego jest przecież zarazem niezgodnym z Konstytucją ograniczeniem praw i wolności jednostki”³⁹.

Szacuje się, że zobowiązanych do zapłaty daniny solidarnościowej w 2019 r. było około 25 tysięcy osób⁴⁰. Kwestią, która budzi największe wątpliwości w związku z wprowadzeniem daniny solidarnościowej jest nałożenie obowiązku jej zapłaty na podatników, którzy dochody tylko z określonych tytułów przekroczyły milion złotych, uprzywilejowując tym samym podatników których dochody nie zostały wymienione w ustawie. Takie uregulowanie może być pogwałceniem zasady równości oraz zasady sprawiedliwości podatkowej w znaczeniu horyzontalnym. W teorii ekonomii można bowiem znaleźć uzasadnienie dla opodatkowania progresywnego. Brak jest jednak racjonalnego wytłumaczenia dlaczego ustawodawca zobowiązując podmioty do zapłaty daniny solidarnościowej bierze pod uwagę tylko dochody z określonych źródeł.

WNIOSKI

Oparcie systemu prawnego o określone zasady jest konieczne dla jego prawidłowego funkcjonowania. Przepisy prawa podatkowego powinny być ukształtowane w taki sposób, by państwo w sposób prawidłowy mogło realizować „swoje zadania w służbie społeczeństwa”. Oznacza to więc, że pozyskiwane przez państwo środki powinny wpływać w wystarczającej ilości, a ich pobór powinien być możliwie najtańszy⁴¹. Mając na uwadze, że płacenie podatków jest obowiązkiem uciążliwym, podatnik oczekuje racjonalnego działania prawodawcy konstruującego przepisy prawa podatkowego⁴². Tworzenie bowiem prawa podatkowego w sposób niezgodny z zasadami prawa w ogólności oraz zasadami wynikającymi ze specyfiki danej gałęzi może prowadzić do oporu podatkowego, a nawet defraudacji podatkowych.

O ile można znaleźć uzasadnienie dla wprowadzenia daniny solidarnościowej i zobowiązanie do jej zapłaty podatników, którzy osiągają dochody powyżej miliona złotych, o tyle problemem staje się kwestia, dlaczego

³⁹ Podobnie wyrok TK z 3 lipca 2001 r., K 3/01, OTK 2001, nr 5, poz. 125 oraz wyrok TK z 20 czerwca 2002 r., K 33/01, OTK 2002, nr 4, poz. 44.

⁴⁰ A. Mazurek, *Danina solidarnościowa dotknie dochody z zysków kapitałowych. Gdzie trafi i jak zostanie rozliczony nowy podatek*, <https://strefainwestorow.pl/artykuly/gospodarka/20181115/danina-solidarnosciowa-podatek>.

⁴¹ A. Gomułowicz, *Funkcja trwałej wydajności podatku i funkcja sprawiedliwości a system podatkowy*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1995, z. 1, s. 57; W. Łączkowski, *Granice opodatkowania ...*, s. 119; N. Gajl, *Teorie podatkowe w świecie*, Warszawa 1992, s. 194.

⁴² A. Gomułowicz, D. Mączyński, *Podatki i prawo podatkowe ...*, s. 378.

zobowiązanymi do zapłaty owego świadczenia mają być podatnicy osiągający dochody tylko z określonych źródeł. Takie uregulowanie przepisów powoduje uprzywilejowanie podatników osiągających dochody przykładowo opodatkowane ryczałtem od przychodów ewidencjonowanych czy kartą podatkową. Wydaje się więc, że formułując przepisy wprowadzające przedmiotową regulację naruszono zasadę sprawiedliwości podatkowej w znaczeniu poziomym. Ponadto wydaje się, że została również naruszona wyrażona wprost w Konstytucji zasada równości, która związana jest ściśle z takim rozumieniem zasady sprawiedliwości podatkowej.

BIBLIOGRAFIA

Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, Warszawa 2007.

Brzeziński B., *Prawo podatkowe*, Toruń 2000.

Chrupczalski S., *Sprawiedliwość a efektywność ekonomiczna*, https://www.nbpportal.pl/wiedza/artykuly/na-poczatek/sprawiedlliwosc_a_efektywnosc_ekonomiczna.

Dzwonkowski H. (red.), *Prawo podatkowe*, Warszawa 2012.

Etel L. (red.), *Prawo podatkowe*, Warszawa 2008.

Gajl N., *Teorie podatkowe w świecie*, Warszawa 1992.

Gołasa P., *Obciążenia podatkowe jako instrument wyrównywania dochodów gospodarstw rolnych*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolniczych i Agrobiznesu” 2017, z. 4.

Gomułowicz A., *Funkcja trwałej wydajności podatku i funkcja sprawiedliwości a system podatkowy*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1995, z. 1.

Gomułowicz A., *Zasada sprawiedliwości podatkowej. Kontrowersje podatkowe*, Warszawa 2001.

Gomułowicz A., *Zasada sprawiedliwości w polskim systemie podatkowym*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny” 1989, z. 3.

Gomułowicz A., Małecki J., *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2011.

- Gomułowicz A, Mączyński D., *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2016.
- Hall R.E., Rabushka A., *Podatek liniowy*, Warszawa 1998.
- Karczyński Ł., *Podstawowe zasady materialnego prawa podatkowego*, „Przegląd Naukowy” 2007, nr 6.
- Kosek-Wojnar M., *Zasady podatkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 2012.
- Kosikowski C., *Podatki. Problem władzy publicznej i podatników*, Warszawa 2007.
- Kucia B., *Zasada sprawiedliwości podatkowej w ujęciu historycznym*, „Roczniki Nauk Prawnych” 1998, t. VIII.
- Leszczyńska M., *Podział dochodów i jego nierówności – implikacje teorii ekonomicznych dla polityki społecznej*, http://problemypolitykispolecznej.pl/images/czasopisma/9/9_82-96.pdf.
- Luhmann N., *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Hermann Luchterhand Verlag 1986.
- Łączkowski W., *Granice opodatkowania*, „Acta Universitatis Lodzensis, Folia Juridica”, nr 54.
- Mariański A., *Rozstrzyganie wątpliwości na korzyść podatnika. Zasada prawa podatkowego*, Warszawa 2011.
- Mastalski R., *Stosowanie prawa podatkowego*, Warszawa 2008.
- Mazurek A., *Danina solidarnościowa dotknie dochody z zysków kapitałowych. Gdzie trafi i jak zostanie rozliczony nowy podatek*, <https://strefainwestorow.pl/artykuly/gospodarka/20181115/danina-solidarnosciowa-podatek>.
- Moczydłowska W., *Danina solidarnościowa – stanowisko doradców podatkowych*, <https://ksiegowosc.infor.pl/podatki/podatki-osobiste/pit/2785666,2,-Danina-solidarnosciowa-stanowisko-doradcow-podatkowych.html>.
- Mucha M., *Rola podatków w realizacji cel społecznych*, <http://www.biblioteka-cyfrowa.pl/dlibra/publication/51226/edition/51743/content?>.
- Owsiak S., *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013.
- Pasternak – Malicka M., *Istota sprawiedliwości podatkowej pionowej i poziomej w kontekście liniowej oraz progresywnej stawki podatku dochodowego od osób fizycznych*, „Finanse, Rynki finansowe, Ubezpieczenia” 2017, nr 3.
- Perelman C., *O sprawiedliwości*, Warszawa 1959.

Sekita J., *Nowe obciążenie wynagrodzeń – Solidarnościowy Fundusz Wsparcia Osób Niepełnosprawnych*, <https://sip.lex.pl/#/analysis/738887694/danina-solidarnosciowa?keyword=Danina%20solidarno%C5%9Bciowa&cm=STOP>.

Smith A., *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Warszawa 2003.

Stiglitz J. E., *Ekonomia sektora publicznego*, Warszawa 2004.

Szołno-Koguc J., *Dylematy sprawiedliwości podatkowej – równość i powszechność opodatkowania a przywileje podatkowe*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2016, nr 294.

Szuflak M., *Projekt wprowadzenia daniny solidarnościowej – czyli o tym jak (nie) pocihu dodać dodatkową stawkę podatkową w PIT*, <http://doradcypodatkowi.blog/2018/08/24/projekt-wprowadzenia-daniny-solidarnosciowej-czyli-o-tym-jak-nie-po-cichu-dodac-dodatkowa-stawke-podatkowa-w-pit/>.

Winczorek J., *Zniknięcie dwunastego wielbłąda. O socjologicznej teorii prawa Niklasa Luhmanna*, Warszawa 2009.

SOLIDARITY FEE AND THE PRINCIPLE OF TAX JUSTICE

On January 1, 2019, pursuant to the Act of October 23, 2018 on the Solidarity Fund for Support for Disabled People, a solidarity levy was introduced into the Polish legal system. This levy, sometimes called the 3rd tax threshold, comes down to the need for taxpayers to pay personal income tax the equivalent of 4% of income obtained from statutory titles, provided that, after deducting the deductible amounts, they exceed PLN 1,000,000. Initially, as the name suggests, this tribute was to be aimed at social, professional or health support for people with disabilities. Pursuant to the Act of 20 December 2019 amending the Act on the Solidarity Fund for Support of Disabled Persons and certain other acts, the name of the Disabled Persons Support Fund was changed to the Solidarity Fund, thus extending the catalog of people entitled to use it. The funds accumulated on it, in addition to supporting people with disabilities, are also intended to provide financial support to retirees and disability pensioners and support activities in the field of ensuring accessibility to people with special needs or improving it for people with special needs, referred to in the Act of 19 July 2019 on ensuring accessibility for people with special needs.

Undoubtedly, supporting the disabled, pensioners and pensioners as well as people in need is one of the tasks of the state, hence it is natural to seek funds for this purpose. The state needs appropriate resources to properly perform its tasks. However, it should be remembered that excessive fiscalism leads taxpayers to seek a more or less legal way to avoid the obligation to pay the tax, hence a dilemma in what amount the taxes should be determined and on whom they should be imposed. The limits of taxation are determined, on the one hand, by the needs of the state and, on the other hand, by the payment capacity of entities liable to pay the tax.

Adam Smith is considered to be the creator of the concept of fair taxation. Although the principle of tax justice has not been explicitly stated in the Polish Constitution, it can be derived from Art. 2, art. 32 and art. 84. This means, therefore, that it is closely related to the principle of equality and universality of taxation. Objective on the basis of economic theory

tax justice is considered in terms of horizontal and vertical justice, or in other words, horizontal and vertical. Horizontal justice, also known as redistributive or compensatory justice, is characterized by equal taxation of people who share the same characteristics. Vertical equity is associated

with higher taxation on richer individuals, and low taxation on the income of poor people. The aim of this article is to try to answer the question whether the introduction of a solidarity levy is not contrary to the principle of tax justice. The first part of this article will discuss the essence and role of the principle of tax justice. The second part will present the essence of the regulation on the solidarity levy. The third part will concern the confrontation of the regulations introducing the solidarity levy with the principle of tax justice. The article will use a formal and dogmatic analysis of the binding provisions and the jurisprudence of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland. In addition, the literature on the principle of tax justice will be analyzed. Elements of the economic analysis of law will also be used.

Keywords: A solidarity levy, the principle of tax justice

JUSTYNA JABŁOŃSKA
UNIwersytet Warszawski

PRAWO JAKO NARZĘDZIE WŁADZY W SYSTEMACH DEMOKRACJI NIELIBERALNEJ

WPROWADZENIE

„Demokracja jest najgorszym z możliwych ustrojów, bowiem są to rządy hien nad osłami” - takie stwierdzenie przed wieloma wiekami miało paść z ust znanego filozofa starożytności Arystotelesa. Demokracja w najprostszym rozumieniu to rządy ludu. Lud, a więc wyborcy - ogół dorosłych obywateli danego państwa posiadających czynne prawo wyborcze, posiadając różne wykształcenie, doświadczenie życiowe, czy kierując się różnymi poglądami politycznymi wybiera władze wedle własnego uznania. Nie oznacza to jednak, że decyzja wyborców zawsze w pełni odzwierciedla ich rzeczywiste przekonania, bowiem ostateczny wybór bardzo często podyktowany jest obietnicami wyborczymi polityków czy ich populistycznymi hasłami. Politycy, chcąc zdobyć władzę są w stanie posunąć się daleko i często, szczególnie w kampanii wyborczej posługują się nieprawdziwymi informacjami czy postulatami, niemożliwymi do realizacji. Po zdobyciu władzy politycy zwykle szybko zapominają o złożonych obietnicach, a zamiast na dobro ogółu społeczeństwa, bardziej zależy im na realizacji własnych interesów politycznych. Narzędziem polityków, służącym osiągnięciu tych celów jest prawo, do którego stanowienia legitymowana jest władza ustawodawcza, najczęściej w postaci parlamentu. W niektórych państwach, takich jak Węgry, Rosja czy Turcja rządzący, wybrani

w demokratycznych wyborach przez ogół obywateli, posunęli się do tak dalekiej ingerencji w prawo, że trudno jednoznacznie wskazać, czy panuje w nich jeszcze ustrój demokratyczny. Część doktryny wskazuje, że w przypadku takich państw odpowiednie jest pojęcie demokracji nieoliberalnej, stojącej niejako w opozycji do demokracji liberalnej. W niniejszym opracowaniu wyjaśnieniu poddanie zostanie właśnie zagadnienie demokracji nieoliberalnej. Zestawię je z doktryną demokracji nieoliberalnej oraz przedstawię mechanizmy działania, bazując na doświadczeniach wymienionych wyżej państw Europy. Głównym celem niniejszego opracowania jest odpowiedź na pytanie, gdzie w krajach demokracji nieoliberalnej znajduje się prawo, jaką rolę przede wszystkim spełnia i czy w rzeczywistości jest narzędziem sprawiedliwości czy władzy.

DEMOKRACJA LIBERALNA A DEMOKRACJA NIELIBERALNA

Demokracja liberalna

Model demokracji liberalnej, znany również jako “demokracja oparta na prawach człowieka i podstawowych wolnościach”¹, powstał w wyniku zjawiska konwergencji dwóch doktryn – liberalizmu i demokratyzmu. Wskazać należy, że liberalizm i demokratyzm to w ujęciu historycznym dwie wzajemnie sprzeczne doktryny. Liberalizm koncentruje się na gwarancjach wolności jednostki, dąży do jak najmniejszej ingerencji władzy w życie człowieka, hołduje zasadzie wolności. Demokratyzm z kolei skupia się przede wszystkim na gwarancjach udziału obywateli w rządzeniu państwem, ich czynnych i biernych prawach wyborczych, wyraża idee wspólnotowe, a główną wartością czyni równość i solidarność². Choć pozornie wydaje się, że te dwa elementy łączą się w idealną spójną całość, to jeśli weźmie się pod uwagę, że czysta demokracja, której doskonałym wzorcem jest demokracja ateńska, brutalnie lekceważyła wszelkie prawa i głos mniejszości, a za świętość uważała wybór większości, to jej związek z ideami liberalizmu wydaje się być wątpliwy. Należy również podkreślić różny czas powstania tychże doktryn – demokratyzm powstał w starożytności, zaś liberalizm wywodzi się z XVII/XVIII wieku.

Mimo tych różnic, powstały z połączenia demokratyzmu i liberalizmu system demokracji liberalnej funkcjonuje sprawnie w większości państw

¹ *Paryska Karta Nowej Europy. Nowa era demokracji, pokoju i wolności*, [w:] *Paryska Karta Nowej Europy*, red. Grela M., Warszawa 1991, s. 8.

² H. Izdebski, *Doktryny polityczno-prawne. Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2015, s. 104-105.

Europy oraz Ameryki zdaje się być jedną z najlepszych ustrojów politycznych w historii. Działanie demokracji liberalnej opiera się na rządach obywateli, którzy posiadają równe prawa wyborcze i w sposób całkowicie swobodny wybierają swoich przedstawicieli do władz publicznych, których jednak ogranicza konstytucja, zapewniająca jednocześnie ochronę praw i wolności jednostek. Mniejszość jest zabezpieczona przed wolą większości przede wszystkim szeroką paletą gwarancji wolności i praw. W demokracji liberalnej występuje podział i równowaga władz, często również ich decentralizacja, szczególnie władzy wykonawczej, swoboda zakładania i działania ruchów społecznych, zrzeszeń i partii politycznych, a także regularne wybory odbywające się wedle demokratycznego prawa wyborczego. Państwa demokracji liberalnej to również państwa, których podstawą są rządy prawa oraz poszanowanie opinii publicznej³.

Demokracja nieliberalna

W ostatnich latach wielką popularność zyskało pojęcie demokracji nieliberalnej, będącej pozornie nadal demokracją, jednak z istotnym ograniczeniem elementów wolnościowych. Hasło demokracji nieliberalnej upowszechnił na pod koniec ubiegłego stulecia amerykański politolog Fareed Zakaria, zwracając uwagę, że demokracja często stanowi zagrożenie dla swobód i praw obywatelskich, do których nawiązuje doktryna liberalizmu⁴. Demokracja nieliberalna to dla Zakarii demokracja, która utraciła najcenniejsze składniki, stanowiące o jej wartości, a więc przede wszystkim gwarancje praw i wolności obywatelskich oraz konstytucyjne ograniczenia swojej władzy⁵.

Demokracja nieliberalna to ustrój, w którym stosowane są demokratyczne procedury związane z wyborami przedstawicieli władz przez obywateli czy referendum w najważniejszych sprawach dla państwa, a jednocześnie łamane są prawa obywatelskie, a społeczeństwo obywatelskie traci swój byt, skutecznie zwalczane przez rządzących. Koncepcja demokracji nieliberalnej podważa większość zasadniczych elementów demokracji liberalnej, o których była mowa we wcześniejszej części niniejszego artykułu. Przede wszystkim dąży do zwalczania wolności tworzenia zrzeszeń i partii politycznych, marginalizując ich wpływ i znaczenie na rzecz partii rządzącej i sympatyzujących z nią ruchów politycznych. Rywalizacja polityczna sprowadza się w głównej mierze

³ P. Winczorek, *Nauka o państwie*, Warszawa 2011, s. 224-226.

⁴ F. Zakaria, *The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad*, Nowy Jork 2003, s. 10.

⁵ *Ibidem*, s. 25.

opowiadania się partii politycznych za wizją demokracji liberalnej lub przeciw niej⁶. Celem walki politycznej w wyborach nie jest w demokracji nieliberalnej jedynie zdobycie władzy, ale uzyskanie wyraźnej i długotrwałej dominacji nad opozycją⁷. Do ruchu opozycyjnego z kolei zaliczyć można wszelkie siły polityczne hołdujące wartościom liberalnym i sprzeciwiające się partii rządzącej. Partie opozycyjne nie mają jednak w rzeczywistości żadnych szans na wygranie wyborów i osiągnięcie wpływu na sprawowanie władzy, a to dlatego, że nie mają możliwości przebic się i dotarcia ze swoimi postulatami do społeczeństwa. Skutecznie uniemożliwia im to partia rządząca mając w swoich rękach większość środków masowego przekazu. Podporządkowana rządzącym telewizja i prasa skupia się przede wszystkim na sukcesach osób sprawujących władzę oraz krytyce poczynąń opozycji. Suweren w rozumieniu władz państw demokracji nieliberalnej to zwolennik partii rządzącej. Zwolennicy opozycji i mniejszości są przez władze zwalczani i stanowią swoisty antywzór obywatela w retoryce partii rządzącej. Demokracja nieliberalna neguje złożoność społeczeństwa, występowanie w nim różnych grup społecznych czy osób mających odmienne poglądy lub dążenia. Społeczeństwo ma być homogeniczne i jako całość aprobować działania władzy. Jak wskazuje Jacob Talmon demokracja nieliberalna jest nowym wcieleniem totalitaryzmu, zakładającego istnienie tylko jednej słusznej ideologii, która dąży do ogarnięcia przez polityków jak najszerzej części egzystencji człowieka⁸.

Demokracja nieliberalna zakłada ponadto centralizację i koncentrację władzy państwowej. Mimo, iż podział władz pozornie nadal funkcjonuje, to w rzeczywistości kontrolę zarówno nad władzą wykonawczą i ustawodawczą jak i sądami sprawuje rządząca partia polityczna. Parlament, w którym większość stanowią przedstawiciele partii rządzącej stanowi prawo mając na względzie przede wszystkim interesy władzy, przegłosowując wszystkie projekty aktów normatywnych zainicjowanych przez rząd. Kontrola zgodności z prawem tych aktów przez niezależne sądy i trybunały jest iluzoryczna, gdyż najważniejsze instytucje judykatury obsadzone są zwolennikami władzy. Mimo, iż pozornie utrzymywany jest podział władz, odbywają się rywalizacyjne wybory i istnieje opozycja, to rządzący starają się zminimalizować znaczenie tych instytucji, by jak najmniej szkodziły realizacji ich koncepcji funkcjonowania państwa.

⁶ A. Antoszewski, *Demokracja nieliberalna jako projekt polityczny*, "Przegląd Europejski" 2018, nr 2, s. 19.

⁷ *Ibidem*.

⁸ J. Talmon, *Źródła demokracji totalitarnej*, Kraków 2015, s. 9-10.

PRAWO A WŁADZA

Istotną cechą różnicującą oba opisywany modele jest stosunek władzy do już istniejącego prawa oraz sposób w jaki tworzy ona nowa regulacje prawne. Jednym z fundamentów, na których opiera się demokracja liberalna jest zasada państwa prawnego. Jej genezy można się doszukiwać zarówno w XIX-wiecznej koncepcji *Rechtstaat* oraz charakterystycznego dla krajów anglosaskich pojęcia *rule of law*. Po raz pierwszy została sformułowana wyraźnie w konstytucji RFN z 1949 roku. Zasadniczymi elementami, które nań się składają są przede wszystkim: trójpodział władzy, nadrzędna pozycja konstytucji w systemie źródeł prawa, prawo do sądu, ustawa jako podstawowy akt regulujący prawa i obowiązki obywateli. Istotną rolę w dookreśleniu i interpretacji tych pojęć ma działalność sądów konstytucyjnych. Celowe wydaje się przytoczenie wybranego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, takiego jak uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 maja 1994 roku⁹, która wyraźnie podkreślała, zakaz domniemywania kompetencji władzy- jeżeli nie wynikają z określonego przepisu prawa to nie istnieją one w ogóle. Nie można również nie wspomnieć roli Trybunału w formułowaniu zasad poprawnych legislacji takich jak: zakaz stanowienia prawa wstecz (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 listopada 2008 roku¹⁰), konieczność zapewnienia odpowiednio długiego okresu dostosowawczego przy wprowadzaniu nowych norm w życie (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 lutego 2005 roku¹¹), zasada ochrony prawa słusznie nabytych (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 2012 roku¹²).

Określone kryteria, które zarówno pod względem treści jak i formy tworzenia prawa wynikające z zasady demokratycznego państwa prawnego mają swój określony cel. Ochrona praworządności oraz praw jednostki wpływa korzystnie na ochronę zasady zaufania obywatela do państwa. Stanowią zabezpieczenie przed stwarzaniem możliwości organów państwowych do nadużywania swojej pozycji wobec obywatela oraz zapewniają traktowanie ich przez ustawodawcę z zachowaniem elementarnych zasad uczciwości. Swoje odzwierciedlenie znajdują nie tylko na poziomie klauzul generalnych czy orzecznictwa, ale także przejawiają się w skonkretyzowanych normach prawnych zarówno na poziomie konstytucyjnym jak i ustawowym, nierzadko mogącymi być bezpośrednio stosowane np. art.118 Konstytucji RP, który tworzy katalog

⁹ Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 maja 1994 r. sygn. akt W. 7/94.

¹⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 listopada 2008 roku, sygn. akt Kp 2/08.

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 lutego 2005 roku, sygn. akt K 48/04.

¹² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 2012 roku, sygn. akt: K 1/12.

podmiotów posiadających inicjatywę ustawodawczą, a także określa podstawowe wymagania wobec wnoszonych projektów. Bezpośrednio wiąże się z nim art. 119, określający przebieg prac nad wniesionym projektem ustawy (zasad trzech czytań, możliwość wnoszenia poprawek). Istnieją także konkretnie wyszczególnione materie mogący być regulowane tylko i wyłącznie na poziomie ustawowym np. art 217 Konstytucji RP, dotyczący nakładania podatków oraz innych danin publicznych.

Wszystkie opisywane wcześniej elementy w swoim założeniu mają służyć tworzeniu prawa, rozumianego jako pewnego rodzaju konsensus pochodzących z różnych opcji politycznych przedstawicieli narodu. Wskazane instrumenty są aprobowane przez ogół społeczeństwa, gdyż tworzą jasne reguły gry zaakceptowane przez wszystkich jej uczestników¹³. Takie ujęcie prawa pozwala obywatelom czuć się bezpiecznie. Mają oni pewność, że ustawodawca musi przy tworzeniu prawa przestrzegać pewnych reguł, jest w swoich działaniach ograniczony. Dzięki temu umożliwia stworzenie często kruchej równowagi pomiędzy realizacją celów sprawującej władzę opcji politycznej oraz ochroną konstytucyjnych praw jednostki.

Inaczej ma się rzecz w demokracji nieliberalnej. Nawiązując do słynnej sentencji amerykańskich Ojców Założycieli, jeżeli zostanie postawione pytanie, kto w demokracji nieliberalnej jest królem, można udzielić jednej odpowiedzi - z pewnością nie jest nim prawo. U źródeł tego modelu sprawowania rządów leży przekonanie, że tradycyjne dla demokracji liberalnej zasady oraz instytucje, zwłaszcza, te które służą ochronie określonych grup czy jednostek przed nadmierną ingerencją państwa w ich życie są postrzegane jako coś niepotrzebnego czy wręcz przestarzałego. Przykładem może być zasada pomocniczości wyrażona chociażby w art. 5 Traktatu o Unii Europejskiej¹⁴, art 23 Konstytucji RFN¹⁵ czy w Preambule do Konstytucji RP, która zakłada, że każdy szczebel władzy powinien realizować tylko te zadania, które nie mogą być zrealizowane przez władzę niższego szczebla(samorządowe), lub oddolnie działające jednostki. Charakterystyczną tendencją na drodze do demokracji nieliberalnej jest dążenie do centralizacji, rezygnacja z organów samorządowych albo pozostawianie im wyłącznie funkcji doradczych (tak jak w Rosji) lub wyraźne ograniczenie ich uprawnień (przykład Węgier). Jeśli chodzi

¹³ Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, s. 66-67.

¹⁴ Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.).

¹⁵ Ustawa zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 roku; <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/niemcy.html>.

o najbardziej dla niej istotne zasady prawne z pewnością jest to zasada suwerenności narodu. W imię realizowania interesów obywateli, którzy dali rządzącym mandat do sprawowania władzy podejmowane są różnego rodzaju zmiany dotyczące zasadniczych obszarów funkcjonowania państwa. Zamiast charakterystycznego dla demokracji liberalnej próby wyważenia określonych zasad konstytucyjnych mamy do czynienia instrumentalizacją zasady suwerenności narodu. Rządzący bądź to ograniczają wolności prawa obywatelskie, bądź to środki ich realizacji oraz gwarancje, argumentując, że dopiero to doprowadzi do prawdziwej wolności i możliwością realnego wpływu obywateli na rzeczywistość. Trudno więc się dziwić, że wywiera to znaczący wpływ na proces tworzenia prawa. Ograniczenie lub zniesienie takich mechanizmów kontroli jak na przykład sądownictwo konstytucyjne, czy konsultacje społeczne sprawia, że prawo staje się instrumentem w rękach władzy dysponującej większością parlamentarną pozwalającym jej realizować doraźne polityczne cele, bez względu na długofalowe konsekwencje ich działań.

RZĄDY PRAWA NA WĘGRZECH VIKTORA ORBANA

Węgry rządzone przez partię Fidesz Viktora Orbana to modelowy przykład państwa stanowiącego demokrację nieliberalną. Orban podczas swojego wystąpienia po drugim zwycięstwie wyborczym w Baile w 2014 roku mówił, że tylko demokracja pozbawiona elementów liberalizmu jest zdolna umożliwić państwu zdolność do realizacji celów społecznych. Jednocześnie podkreślał on, że zachowane powinny zostać gwarancje praw człowieka, jako nieodzowne filary każdego społeczeństwa. Przywódca partii Fidesz wskazywał na dobrze urządzone, demokratyczne społeczeństwa, takie jak Singapur, Chiny, Rosję i Turcję¹⁶. Wystąpienie spotkało się z dużą krytyką ze strony państw Zachodu.

Choć wystąpienie w Baile wygłoszone zostało dopiero w 2014 roku, to należy zaznaczyć, że już w 2010 roku Viktor Orban uzyskał w wyborach parlamentarnych większość, która pozwalała mu na samodzielną władzę, ale jednocześnie większość konstytucyjną. Reprezentanci partii Fidesz wykorzystali tą okazję i już w 2011 roku dokonano na Węgrzech zmiany konstytucji. Poprzednia węgierska konstytucja pochodziła jeszcze z czasów komunizmu, dlatego mimo wielokrotnych nowelizacji, nigdy dotąd nie zerwano oficjalnie z poprzednim systemem. Wskazać należy, że konstytucja z 2011 roku była o wiele bardziej demokratyczna niż jej poprzedniczka, wprowadziła większość

¹⁶ *Mowa Viktora Orbana w Baile z 26 lipca 2014 roku*, <https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/analizy/2014-08-06/antyliberalny-manifest-orbana>.

zapisów standardowych dla współczesnych konstytucji europejskich, dlatego też jej wartość normatywna nie budzi większych kontrowersji. Powodem krytyki był jedynie fakt niezwykle szybkiego trybu prac nad jej uchwaleniem – dokonano tego zaledwie rok po wygranych przez Fidesz wyborach¹⁷. Kontrowersje budziła również preambuła Konstytucji i jej tytuł „narodowe wyznanie wiary”. Tekst preambuły narzucał jedyną słuszną aksjologię, nie odnosił się do wielu wartości wspólnych wszystkim obywatelom Węgier i zakładał wyznaniowy charakter państwa. Ustawodawca węgierski zbudował również w preambule jasną, niepozostawiającą pola do odmiennej interpretacji wizję historii, w tym na przykład postanowił, że momentem końca „starych Węgier” był styczeń 1945 roku¹⁸. Wartości opisane w preambule nawiązują jasno do programu politycznego partii Fidesz.

Poza zmianą konstytucji w państwie Viktora Orbana kontrowersje wzbudziły również zmiany prawa w zakresie mediów oraz funkcjonowania sądownictwa. Ustawą z grudnia 2010 roku rząd Viktora Orbana wprowadził instytucję Rady Medialnej, mającej w założeniu kontrolować sektor mediów. Jej członkowie choć wybierani większością 2/3 głosów, byli osobami podporządkowanymi partii rządzącej, która dysponowała wystarczającą ilością głosów w parlamencie by zawłaszczyć sobie nową instytucję¹⁹. W ten sposób stopniowo media nastawione antyrządowo zostawały przez Radę Medialną marginalizowane lub likwidowane, zaś te sprzyjające rządowi Fidesz pozostawały na rynku medialnym. Według szacunków Gazety Wyborczej obecnie 112 redakcji informacyjnych na Węgrzech obsługuje rząd Viktora Orbana, co sprawia, że zdecydowana większość mediów jest w większym lub mniejszym stopniu powiązana z partią rządzącą²⁰.

Warte uwagi są również zmiany prawa w zakresie sądownictwa. Jedną z ciekawszych ustaw w tej materii była ta, która pozbawiła Trybunał Konstytucyjny Węgier prawa do kontrolowania ustaw z punktu widzenia zgodności z konstytucją. W większości demokratycznych państw sądy czy trybunały konstytucyjne mają za zadanie właśnie kontrolę aktów niższego rzędu z konstytucją. Odebranie Trybunałowi Konstytucyjnemu Węgier tego podstawowego uprawnienia de facto niweczyło sens jego funkcjonowania. W zamian

¹⁷ Kołtuniak Ł., *Nieliberalna demokracja a państwo prawa. Przypadek Węgier Viktora Orbana*, "Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2017, nr 9, s. 176.

¹⁸ *Ibidem*, s. 177.

¹⁹ Bencze I., *Společné tlo narodzin nových regulací mediálních na Węgrzech*, [w:] *Węgry co się tam dzieje? Raport twórców węgierskich reform*, Warszawa 2013, s. 162.

²⁰ *Jak władza na Węgrzech uciszyła media?*, <https://wyborcza.pl/7,156282,25063981,tak-wygladaja-media-prorzadowe-na-wegrzech.html>.

za to węgierski ustawodawca powierzył Trybunałowi prawo do badania zgodności z konstytucją orzeczeń sądów niższego rzędu²¹.

Posiadanie przez partię Fidesz od dziesięciu lat większości konstytucyjnej w parlamencie pozwala na dokonywanie każdej zmiany w prawie, łącznie ze zmianą konstytucji. Wskazane przykłady jak również cała praktyka stanowienia prawa na Węgrzech pokazują, że można dokonać każdej zmiany prawnej, nie naruszając przy tym podstaw ustroju państwa. Wystarczy odpowiednia większość w parlamencie by stanowić prawo, wedle upodobania władzy. To właśnie od prawa zaczyna się większość reform.

ROSJA- DROGI I BEZDROŻA DEMOKRACJI

Rozpad Związku Radzieckiego oraz widoczny w okresie pierestrojki żywiołowy wzrost aktywności obywatelskiej mógł stwarzać nadzieje na ukształtowanie się demokratycznej formy rządów w Rosji, odpowiadających zachodnim wzorcom. Co prawda początek lat 90. przyniósł istotne zmiany, jeśli chodzi o rzeczywistość polityczną oraz prawną, chociażby przyjęcie w 1993 roku nowej konstytucji. Okoliczności, które towarzyszyły jej uchwaleniu, stanowiły jednak niebezpieczny omen na przeszłość. Rozgrywający się w tle spór pomiędzy prezydentem Jelcynem a jego przeciwnikami z opozycji zasiadającymi w Radzie Najwyższej przybrał tragiczny finał. Okupacja budynku parlamentu przez grupę deputowanych przerwała dopiero interwencja oddziałów wojska.

Przyjęcie nowej konstytucji stanowiło wyraźny etap na drodze do zerwania z przeszłością. Rozdział pierwszy określa Rosję jako demokratyczne federalne państwo prawa o republikańskiej formie rządów. Są w nim zawarte takie zasady jak trójpodział władzy czy pluralizm polityczny. Nie zwykle istotny jest rozdział dotyczy organów władzy państwowej. Art. 80 jasno stwierdza, że głową państwa jest prezydent. Nie jest to bynajmniej stwierdzenia o konwencjonalnym, symbolicznym charakterze. Szerokie uprawnienia w zakresie kreowania rządu (możliwość swobodnego odwołania), prawo wydawania dekretów oraz uprawnienia pozwalające na uchylaniu rozporządzeń rządu, jeśli są one sprzeczne z konstytucją. Jeśli dodamy do tego fakt, że to na wniosek prezydenta Rada Federacji powołuje sędziów Sądu Najwyższego oraz Sądu Konstytucyjnego wyraźnie uwidacznia się możliwość wywierania przez niego wpływu także na władzę sądowniczą. Wszystkie te czynniki sprawiają, że model relacji pomiędzy poszczególnymi organami władzy, problem ich separacji, różni się

²¹ *Węgierski wariant. Jak zmieniano Trybunał Konstytucyjny*, <https://tvn24.pl/polska/wegierski-wariant-jak-zmieniano-trybunal-konstytucyjny-ra610242>.

od systemu prezydenckiego znanego z USA czy systemu semiprezydenckiego charakterystycznego dla Francji. A. Bosiacki i H. Izdebski stwierdzają, że „w sensie instytucjonalnym konstytucja wprowadziła model władzy prezydenckiej. W stosunkach wewnętrznych prezydent federacji jest głową państwa i zwierzchnikiem rządu federalnego²²” W dyskursie naukowym jest on określany również mianem systemu superprezydenckiego, co stanowi wprost odzwierciedlenie dominującej pozycji prezydenta. Niezależnie od przyjętej terminologii, krótki przegląd kluczowych norm prawnych zawartych w konstytucji z 1993 roku wyraźnie wskazują, że tworzy ona system charakteryzujący się zaburzoną równowagą pomiędzy poszczególnymi ośrodkami władzy, w żadnym stopniu nie odzwierciedlając charakterystycznego dla modelu władzy prezydenckiej w USA systemu check and balances. Jeśli szukać podstawowego elementu, który umożliwił ustrojowi politycznemu w Rosji umożliwić stopniowy dryf w stronę demokracji nieliberalnej to bez wątpienia będzie nim właśnie ten akt prawny²³.

Objęcie urzędu prezydenta przez Władimira Putina w 2000 roku, stanowiło kolejny ważny etap. Jak stwierdza amerykański politolog Peter Kenéz, nowa konstytucja dała nowemu prezydentowi uprawnienia, z których inaczej niż poprzednik potrafił zrobić doskonały użytek. Borys Jelcyn miał zbyt słabą pozycję polityczną, aby móc w pełni z nich skorzystać, brakowało mu zresztą ku temu woli. Zwracając uwagę na ponad dwudziestoletni okres putinowskich rządów w Rosji można wskazać kilka istotnych cech. Po pierwsze tendencja do prawnego i administracyjnego ograniczania możliwości opozycji. (tzw. praktyka skracania boiska gry), chociażby sytuacja wykorzystywania walki z korupcją, defraudacją środków państwowych dla realizowania doraźnych celów politycznych (aresztowanie Michaiła Chodorwskiego pod zarzutem nieprawidłowości przy prywatyzacji przedsiębiorstw, właśnie w momencie gdy zaczął wykazywać szersze ambicje polityczne oraz rozwijać prywatny kanał telewizyjny. Nie można również nie wspomnieć o drugiej cesze, które również jest charakterystyczna dla tego typu ustrojów, mianowicie jest to tendencja do wprowadzania stanu zagrożenia, kreowania się na jednych obrońców społeczeństwa przed niebezpiecznymi trendami. Wyrazem tego są wyjątkowo represyjne ustawa zakazujące propagowania treści homoseksualnych

²² A. Bosiacki, H. Izdebski, *Konstytucjonalizm rosyjski: historia i współczesność*, Kraków 2013, s. 306.

²³ J. Kowalski, *Konstytucja Federacji Rosyjskiej a rosyjska i europejska tradycja konstytucyjna*, Warszawa – Poznań 2009, s. 353.

oraz ograniczające wyraźnie działalność organizacji pozarządowych (postrzeganie ich jako wywrotowe siły działające na obcym żołdzie).

ZMIANA SYSTEMU POLITYCZNEGO W TURCJI

Turcja od 2003 roku rządzona jest przez Recepta Tayyipa Erdogana, przewodniczącego Partii Sprawiedliwości i Rozwoju. Politycy tej partii od kilku lat wprowadzają w życie zmiany w prawie, sprzyjające ich interesom. Najgłośniejszym chyba przykładem jest zmiana systemu politycznego Turcji z parlamentarno-gabinetowego na prezydencki. Zmiana ta dokonała się poprzez zmianę konstytucji przez turecki parlament oraz jedną z form demokracji bezpośredniej - referendum ogólnopństwowe z 2017 roku. Pod głosowanie obywateli poddano 18 poprawek do konstytucji, w tym zwiększenie uprawnień prezydenta, który przejąłby również funkcje premiera i otrzymałby uprawnienie wydawania dekretów z mocą ustawy i prawo arbitralnego rozwiązywania parlamentu²⁴. Znaczenie tej zmiany było niebagatelne – w rękach jednej osoby znalazła się bowiem niemal pełnia władzy. Poza całkowitym zawłaszczeniem władzy wykonawczej Erdogan otrzymał również szerokie uprawnienia ustawodawcze oraz sędziowskie. Nie ma wątpliwości, że była to zmiana podyktowana wyłącznie interesami politycznymi, jednak przeprowadzono ją w zgodzie z obowiązującym prawem. Dzięki większości w parlamencie Partii Sprawiedliwości i Rozwoju udało się przegłosować poprawki konstytucji. Zmiany te poparła większość społeczeństwa w pełni demokratycznym procesie referendum. Procesowi zmian ustrojowych towarzyszyły również zmiany prawa w zakresie sądownictwa oraz wolności mediów²⁵. Trudno doszukać się w nich dążenia do sprawiedliwości czy realizacji interesów społecznych - przeciwnie, służyły one umocnieniu pozycji prezydenta i zmobilizowaniu obywateli do opowiedzenia się za zmianami ustrojowymi.

PODSUMOWANIE

Powyższe przykłady wskazują, że demokracja nieliberalna istotną rolę przyznaje prawu stanowionemu i standardom demokratycznym. Obywatele państw demokracji nieliberalnych regularnie dokonują wyboru swoich

²⁴ *Na wiosnę odbędzie się referendum w Turcji. Obywatele zadecydują w ważnej sprawie*, <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/system-prezydencki-w-turcji-referendum/zvej1p6>.

²⁵ Szymański A., *Polityka Turcji w perspektywie porównawczej. Analiza przypadku de-demokracji*, [w:] *Zmierzch demokracji liberalnej?*, red. Wojtaszczyk K.A., Stwarz P., Wiśniewska-Grzelak J., Warszawa 2018, s. 241.

przedstawicieli w wolnych wyborach. Jak wskazuje przykład Turcji, wypowiadają się również w sprawach ważnych dla państwa w ogólnopaństwowych referendach. Dbłość władzy o utrzymywanie tych przejawów demokracji daje obywatelom poczucie, że mają realny wpływ na funkcjonowanie państwa oraz są właściwym suwerenem. Demokracja nieliberalna jest urzeczywistnieniem demokracji. Odrzuca jedynie elementy liberalizmu, które zdaniem jej przedstawicieli działają destrukcyjnie na państwo. Jednak odrzucenie liberalizmu oznacza brak gwarancji praw i wolności obywatelskich, pogwałcenie praw mniejszości, eliminację opozycji i wszechobecną ideologię partii rządzącej. Obywatele czują, że mają realny wpływ na politykę i państwo, choć często bywają to tylko pozory.

W osiągnięciu celów politycznych władzy niezwykle pomocne okazuje się być prawo. Zdobycie w wyborach przez partię polityczną większości w parlamencie umożliwia jej samodzielne stanowienie prawa i realizację własnych inicjatyw ustawodawczych. W jeszcze lepszej sytuacji jest partia, która posiada w organie władzy ustawodawczej większość konstytucyjną. Taka sytuacja pozwala rządzącym zmieniać prawo na własnych zasadach, realizując swoje polityczne interesy i dokonując powolnego demontażu państwa demokratyczno-liberalnego. Zmiany konstytucji, ustawy reformujące sądownictwo czy wprowadzające nowe zasady funkcjonowania niezależnych mediów w rzeczywistości niewiele mają wspólnego z dobrem ogółu społeczeństwa i zapewnieniem mu sprawiedliwości. Najczęściej takie reformy prawne podyktowane są politycznymi celami władzy, chcącej nie tylko zdobyć i utrzymać władzę, ale również utrzymać wyraźną i długotrwałą dominację nad opozycją. W ten właśnie sposób rządzący tworzą iluzoryczne wrażenie istnienia w państwie rządów prawa, choć w rzeczywistości są to rządy prawa pisanego pod dyktando polityków i niekontrolowanego przez niezależne instytucje władzy sądowniczej.

Czy więc prawo jest w państwach demokracji nieliberalnej narzędziem sprawiedliwości czy władzy? Niniejszy wywód i przykłady reform prawnych na Węgrzech oraz w Rosji i w Turcji wyraźnie wskazują, że podstawowym celem prawa jest realizacja interesów politycznych władzy. Społeczeństwo i jego potrzeby, choć w narracji politycznej wskazywane są jako najważniejsze i zaspokajane przez władzę, w rzeczywistości stanowią problem drugorzędny. Władza pragnie zdobyć jak największy wpływ na państwo i zrealizować swój najważniejszy cel – zdobycie pełni nieograniczonej władzy, a najlepszym narzędziem do osiągnięcia tego celu jest właśnie prawo stanowione.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

Antoszewski A., *Demokracja nieliberalna jako projekt polityczny*, "Przegląd Europejski" 2018, nr 2.

Bencze I., *Spółeczne tło narodzin nowych regulacji medialnych na Węgrzech*, [w:] *Węgry co się tam dzieje? Raport twórców węgierskich reform*, Warszawa 2013.

Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2015.

Izdebski H., *Doktryny polityczno-prawne. Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2015.

Izdebski H., Bosiacki A., *Konstytucjonalizm rosyjski: historia i współczesność*, Kraków 2013.

Kołtuniak Ł., *Nieliberalna demokracja a państwo prawa. Przypadek Węgier Viktora Orbana*, "Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2017 nr 9.

Kowalski J., *Konstytucja Federacji Rosyjskiej a rosyjska i europejska tradycja konstytucyjna*, Warszawa – Poznań 2009.

Paryska Karta Nowej Europy. Nowa era demokracji, pokoju i wolności, [w:] *Paryska Karta Nowej Europy*, red. Grell M., Warszawa 1991.

Szymański A., *Polityka Turcji w perspektywie porównawczej. Analiza przypadku de-demokratyzacji*, [w:] *Zmierzch demokracji liberalnej?*, red. Wojtaszczyk K.A., Stwarz P., Wiśniewska-Grzelak J., Warszawa 2018.

Talmon J., *Źródła demokracji totalitarnej*, Kraków 2015.

Winczorek P., *Nauka o państwie*, Warszawa 2011.

Zakaria F., *The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad.*, Nowy Jork 2003.

Akty normatywne

Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.).

Orzeczenia sądów

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 2012 roku, sygn. akt: K 1/12.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 lutego 2005 roku, sygn. akt K 48/04.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 listopada 2008 roku, sygn. akt Kp 2/08.

Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 maja 1994 r. sygn. akt W. 7/94.

Źródła internetowe

Jak władza na Węgrzech uciszyła media? <https://wyborcza.pl/7,156282,25063981,tak-wygladaja-media-prorzadowe-na-wegrzech.html>.

Mowa Victora Orbana w Baile z 26 lipca 2014 roku, <https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/analizy/2014-08-06/antyliberalny-manifest-orbana>.

Na wiosnę odbędzie się referendum w Turcji. Obywatele zadecydują w ważnej sprawie, <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/system-prezydencki-w-turcji-referendum/zvej1p6>.

Węgierski wariant. Jak zmieniano Trybunał Konstytucyjny, <https://tvn24.pl/polska/wegierski-wariant-jak-zmieniano-trybunal-konstytucyjny-ra610242>.

Ustawa zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 roku, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/niemcy.html>.

THE LAW AS AN INSTRUMENT OF AUTHORITY IN SYSTEMS OF NON-LIBERAL DEMOCRACY

The notion of non-liberal democracy refers to countries that have attempted to introduce solutions derived from the Western model based on the rule of law, free elections, triple power, civil liberties and the free market, but at some stage have moved away from constitutionally guaranteed liberal individual and political rights, thus combining democracy with a certain degree of anti-liberalism and coming closer to an authoritarian regime. The law plays a special role in countries of non-liberal democracy, which helps to achieve the political objectives of the authorities and legitimises their actions. The subject of the article is a comprehensive discussion of the concept and mechanisms of non-liberal democracy in selected European countries. Within the framework of these considerations, the issue of the constitution of law and its close connection to the interests of the political party in power has been particularly analysed. The most important aim of the article is to answer the question whether the law in non-liberal democracies is an instrument of justice and serves only the good of society or, on the contrary, its primary role is to achieve the political goals of those in power.

Key words: non-liberal democracy, rule of law, political rights, political leaders

PRZESŁUCHANIE PODEJRZANEGO (OSKARŻONEGO) - MIĘDZY WŁADZĄ A SPRAWIEDLIWOŚCIĄ

Przesłuchanie podejrzanego (oskarżonego) – osoby, która często w toku prowadzonego procesu karnego okazuje się być rzeczywistym sprawcą czynu zabronionego – stanowi okazję do zdobycia ważnego dowodu w postępowaniu i uzyskania niekiedy najdokładniejszej (i nierzadko jedynej) informacji o przebiegu popełnionego czynu. Z tego względu od dawna dowód zdobyty w trakcie owego przesłuchania traktowano jako najważniejszą okoliczność obciążającą, niezbędną i wystarczającą do osądzenia oskarżonego. Taki paradymat, szczególnie wobec faktu częstego wymuszania zeznań podejrzanego (oskarżonego) za pomocą tortur, spotkał się ze zdecydowanym sprzeciwem ze strony myślicieli oświeceniowych. Wysunięte przez nich postulaty spowodowały zmianę w postrzeganiu omawianej instytucji, pociągając za sobą zmianę ustawodawstwa karnoprocesowego. Tym samym obecnie wyżej ceni się szeroko rozumianą sprawiedliwość, której przejawem jest respektowanie praw człowieka, przynależnych także podejrzanemu (oskarżonemu), niż sprawne działanie aparatu państwowego, w którego interesie leżało prowadzenie postępowania karnego o modelu inkwizycyjnym.

POJĘCIE PODEJRZANEGO (OSKARŻONEGO) ORAZ PRZESŁUCHANIA.

Przystąpienie do zbadania złożonego zagadnienia funkcji, jaką w toku dziejów pełniło przesłuchanie podejrzanego (oskarżonego), wymaga na samym

początku zdefiniowania pojęcia tak podejrzanego (oskarżonego), jak i samego przesłuchania. Gdy chodzi o pierwszy z terminów, rozumiany będzie on w dalszej partii tekstu w znaczeniu nadanym mu przez obowiązujący obecnie polski Kodeks postępowania karnego (dalej: k.p.k.)¹. Za podejrzanego uznaje się więc, zgodnie z art. 71 § 1 k.p.k., osobę, co do której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów albo której bez wydania takiego postanowienia postawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego. Przez oskarżonego będzie się natomiast rozumieć osobę, przeciwko której wniesiono oskarżenie do sądu (art. 71 § 2 *in principio* k.p.k.). Nie będzie zaś za taką uznawana osoba, co do której prokurator złożył wniosek wskazany w art. 335 § 1 k.p.k. lub wniosek o warunkowe umorzenie postępowania (art. 71 § 2 *in fine* k.p.k.), wobec faktu, iż jest to rozwiązanie specyficznie polskie, nieprzystające przede wszystkim do omawianych w następnych partiach tekstu realiów średniowiecznych. Z racji tego, że większość źródeł użytych w niniejszej pracy ma charakter historyczny lub psychologiczny, a nie prawniczy, ich autorzy zaś używają pojęć *podejrzany* i *oskarżony* często w sposób synonimiczny, będę używał terminu *oskarżony* także w rozumieniu nadanym mu przez art. 71 § 3 k.p.k. W myśl tego przepisu, jeśli określenia *oskarżony* używa się w znaczeniu ogólnym, obejmuje ono także podejrzanego.

Inaczej rzecz ma się w przypadku przesłuchania. W polskim ustawodawstwie karnoprocesowym brak definicji legalnej tego pojęcia, stąd też zadanie zdefiniowania tego terminu pozostawione zostało doktrynie. Według J. Widackiego przesłuchanie stanowi czynność procesową o charakterze dowodowym i jest formą czynnego odbioru zeznań świadków, wyjaśnień podejrzanych oraz ustnych opinii biegłych, która musi być prowadzona zgodnie z wymogami k.p.k.² E. Gruza uważa ponadto, że przesłuchanie powinno mieć charakter ustny i bezpośredni, podkreślając zarazem fakt, iż może ono być prowadzone tylko przez uprawniony do tego organ posiadający legitymację procesową³. Przesłuchanie jest również środkiem dowodowym, jako że stanowi formę przekazu informacji (spostrzeżeń), które uzyskuje się ze źródła dowodowego. Za takie uznaje się osobę lub rzecz, które dostarczają środków dowodowych, a więc również świadków, podejrzanych czy biegłych⁴.

Gdy chodzi zaś o zeznania (wyjaśnienia), jest to pojęcie wieloznaczne,

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30).

² Por. J. Widacki, *Zarys kryminalistycznej problematyki przesłuchania*, [w:] *Kryminalistyka*, red. J. Widacki, Warszawa 2018, s. 82.

³ Por. E. Gruza, *Uzyskiwanie osobowych środków dowodowych*, [w:] *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, red. E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, Warszawa 2008, s. 107.

⁴ Por. K. Zgryzek, *Dowody*, [w:] *Proces karny*, red. J. Zagrodnik, Warszawa 2019, s. 339-340.

również niezdefiniowane przez k.p.k. Rozumienie potoczne oznacza wypowiedzenie się w jakiejś sprawie, dotyczące kogoś lub czegoś, świadectwo czegoś. Ujęcie prawnicze jest węższe, skupia się na wypowiedziach procesowych świadków, ale także wyjaśnieniach podejrzanego, a nawet – w pewnym zakresie – wypowiedziach innych uczestników procesowych. Szersze od prawniczego jest pojmowanie tego terminu w psychologii, gdzie za zeznania uważa się każdą wypowiedź osoby badanej, której zadaje się pewne ogólne lub szczegółowe pytania⁵.

Przesłuchanie jest więc czynnością dowodową prowadzącą do uzyskania zeznań, czyli informacji dotyczących istoty sprawy. Gdy zaś chodzi o przesłuchanie oskarżonego, przedstawione przez niego okoliczności określa się mianem wyjaśnień. Rozróżnienie zeznań i wyjaśnień ma sens o tyle, że wyjaśnienie stanowi prawo, a nie obowiązek podejrzanego – inaczej niż w przypadku zeznań świadków⁶.

INKWIZYCYJNY MODEL PROCESU KARNEGO

Główne założenia postępowania inkwizycyjnego

Uwaga wieńcząca poprzedni podrozdział niniejszej pracy odnosi się, rzecz jasna, do realiów współczesnych. Nim jednak składanie wyjaśnień stało się prawem oskarżonego, pojmowane było zgoła odmiennie w inkwizycyjnym procesie karnym. Ponieważ zamiarem niniejszego opracowania jest wskazanie, jak różnym celom może służyć przesłuchanie, poniższe rozważania poświęcę modelom tej instytucji, poczynając od modelu inkwizycyjnego.

Inkwizycja średniowieczna czerpała ze wzorców wypracowanych jeszcze przez prawo rzymskie. W okresie cesarstwa mianem *inkwizytora* określało urząd gromadzącego dowody winy w procesie legisakcyjnym. Wraz z kształtowaniem się procesu kognicyjnego uprawnienia inkwizytora przejął pretor, który, nadzorując proces karny, zbierał dowody winy, przeprowadzał ich ocenę i wydawał wyrok⁷. Szczególnie ważny dla ukształtowania inkwizycji był model postępowania w sprawach o zniesławienie (łac. *diffamatio*), na którym oparł się papież Innocenty III, określając zasady dochodzenia prawdy w przypadku zniesławienia w bullach *Licet Heli* oraz *Nichil est pene* [*sic!*] z

⁵ E. Gruza, *Uzyskiwanie...*, s. 106.

⁶ Por. J. Widacki, *Zarys...*, s. 83.

⁷ Por. P. Kras, *Ab abolendam diversarum haeresium pravitate. System inkwizycyjny w średniowiecznej Europie*, Lublin 2006, s. 186-187.

1199 r. Wypracowana w tych dokumentach procedura inkwizycyjna stała się dominującą formą procesu karnego we wszystkich instancjach sądownictwa kościelnego, a także świeckiego⁸.

Procedura inkwizycyjna rozpoczynała się od przybycia inkwizytora (którym najczęściej był dominikanin albo franciszkanin) do miejsca podejrzewanego o bycie zarzewiem herezji. Inkwizytor odprawiał powszechne kazanie, podczas którego odczytywał listy przekazane mu przez władze Kościoła, a także wyznaczał czas łaski. Był to okres, w którym osoby przyznające się do herezji (lub które denuncjowały heretyków) zostawały zawczasu ułaskawione, unikając tym samym późniejszego stracenia, więzienia, konfiskaty dóbr, a nawet publicznej skruchy, o ile nie były osobami szerzej znanymi z głoszenia heretyckich poglądów⁹.

Przesłuchanie oskarżonego w procesie inkwizycyjnym

Po upływie czasu łaski, trwającego do trzydziestu dni, parafianie podejrzewani o herezję byli wzywani i przesłuchiwani przez inkwizytorów. Wyśłannicy Kościoła podejmowali te działania *ex officio*, na podstawie donosu czy nawet pogłosek, albo prywatnego aktu oskarżenia¹⁰. Jak wskazuje H. Kamen, *informacje posiadane przez inkwizytorów pochodziły nie z ich własnych dochodzeń, lecz niemal wyłącznie od członków społeczności [...]. Sędziowie mogli dyktować własne interpretacje i uprzedzenia, jednak najistotniejszą część sprawy, dowód, przedstawiali świadkowie. W całkiem realnym sensie inkwizycję wprawiali w ruch zwykli ludzie. Tam, gdzie odmawiali oni współpracy, trybunał był bezsilny i niezdolny do siania strachu*¹¹. Taki stan rzeczy wynikał z podstawowego założenia, leżącego u podstaw systemu inkwizycyjnego, stwierdzającego, iż oskarżony nie mógł zostać osądzony, jeśli zarzucanego mu czynu nie potwierdziło bezpośrednio dwóch naocznych świadków lub jeśli oskarżony nie przyznał się do czynu¹². Ta reguła implikowała nie tylko sytuacje, w których sąsiedzi, a także członkowie rodziny donosili na siebie nawzajem, ale była też

⁸ *Ibidem*, s. 189-191.

⁹ Por. D. Elliot, *Proving Woman: Female Spirituality and Inquisitional Culture in the Later Middle Ages*, Princeton 2004, s. 121-122.

¹⁰ Por. *ibidem*, s. 124-125.

¹¹ H. Kamen, *Inkwizycja hiszpańska*, Warszawa 2005, s. 169.

¹² Por. R. Fraher, *Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof*, „Law and History Review” 1989, nr 7, s. 27.

przyczyną autodonosów, niekiedy z oczywiste błahych powodów¹³.

Wielka waga, jaką przywiązywano do przyznania się oskarżonego, wynikała ze struktury przesłuchania: oskarżony bowiem, po ujawnieniu swoich personaliów, składał przysięgę na Ewangelię. Złożenie zaś zeznań zawierających nieprawdziwe informacje stanowiło w myśl prawa kanonicznego krzywoprzysięstwo i jako takie obwarowane było surowymi karami¹⁴. Zasadniczą część przesłuchania prowadzona była według interrogatorium, tj. kwestionariusza pytań, układanego każdorazowo na potrzeby indywidualnego oskarżonego¹⁵. Było ono niezwykle szczegółowe, bowiem, jak zauważa P. Kras, *[z]ainteresowanie inkwizytorów dotyczyło całego okresu życia heretyka. Każdy z przesłuchiwanym musiał dokładnie przedstawić swoje związki z herezją. [...] Przesłuchania trwały niekiedy latami, a inkwizytorzy nieustannie powracali do tych fragmentów zeznań, które budziły ich wątpliwości lub były uznane za niewystarczające*¹⁶.

W procesie inkwizycyjnym dopuszczano korzystanie przez oskarżonego z pomocy obrońcy, którego niedopuszczenie wiązało się z unieważnieniem całego procesu. Powołanie obrońcy możliwe było jednak wyłącznie wtedy, gdy oskarżony kategorycznie zaprzeczał stawianym mu zarzutom, a zarazem brakowało jednoznacznych dowodów winy¹⁷. Obrona należała więc do rzadkości. Jej prowadzenie utrudniał także sposób udostępnienia oskarżonemu i jemu obrońcy akt sprawy. Składające się nań zeznania świadków poddawane były starannej anonimizacji, co paraliżowało linię obrony. Oskarżony najczęściej dowodził więc, że oskarżenie zostało całkowicie sfalszowane, w tym celu wzywając przychylnych sobie świadków i dyskredytując (niejako *na oślep*) wrogich świadków, zarzuciwszy im osobistą nienawiść. Mógł także zgłosić zastrzeżenia co do sędziów, a także powołać się na okoliczności łagodzące, takie jak pijaństwo, obłąkanie czy bardzo młody wiek¹⁸.

W razie oporu ze strony heretyków, względnie w sytuacji, gdy nie byli oni w stanie złożyć zeznań satysfakcjonujących inkwizytorów, stosowano areszt. Odpowiednio długi i uciążliwy sprawiał, że niektórzy z uwięzionych *odzyskiwali pamięć* i zeznawali o faktach mających miejsce trzydzieści lub czterdzieści lat wcześniej¹⁹. Należy zaznaczyć, iż na tle więzień kościelnych i publicznych

¹³ Por. H. Kamen, *Inkwizycja...*, s. 167-168; Autor przytacza przykład G. Ruiza, który podczas gry w karty powiedział do przeciwnika: *Nawet mając Boga za partnera, nie wygrasz tej partii*, a następnie, w obawie przez inkwizycją, doniósł na samego siebie.

¹⁴ Por. P. Kras, *Ab abolendam...*, s. 204-205.

¹⁵ *Ibidem*, s. 221.

¹⁶ *Ibidem*, s. 210-211.

¹⁷ Zob. *ibidem*, s. 202-203.

¹⁸ Por. H. Kamen, *Inkwizycja...*, s. 182-183.

¹⁹ P. Kras, *Ad abolendam...*, s. 213.

w ówczesnej Europie, tajne więzienia inkwizycji były znośnym miejscem pobytu, jako że – zależnie od możliwości finansowych – przywiązywano wagę do zapewnienia osadzonemu należytych racji żywnościowych, bielizny czy podobnych, niezbędnych przedmiotów. Inaczej było z dostępem do światła, świeżego powietrza czy z powierzchnią przypadającą na jednego aresztowanego; oskarżeni często składali z tego powodu skargi. Te czynniki, połączone z trwałą izolacją od innych współwięźniów, a także zakazem uczestniczenia w czynnościach religijnych²⁰, okazywały się często być wystarczające do wymuszania zeznań od oskarżonych.

Ostateczny środek przymusu stanowiły tortury. Wbrew istniejącej od XVII w. w literaturze europejskiej tendencji do jednostronnego przedstawiania inkwizytorów jako bezlitosnych oprawców²¹, stosowanie tortur – jak wynika z zachowanych protokołów inkwizycyjnych – nie było zjawiskiem częstym. Nie można wprowadzić wykluczyć umyślnego fałszowania protokołów²², choć wobec faktu, iż podczas przesłuchania obecny był notariusz, obrońca, a niekiedy także mężowie zaufania²³, takie działanie byłoby z pewnością utrudnione. Przyzwolenie na stosowanie tortur wypływało z przekonania, że cały proces inkwizycyjny służył ratowaniu duszy przed wiecznym potępieniem²⁴. Najważniejszym celem inkwizycji było skłonienie heretyka, występującego przeciw Kościołowi katolickiemu, do porzucenia swoich poglądów i przyjęcia *prawdziwej*, tj. katolickiej, wiary²⁵. Co istotne, zeznań złożonych pod wpływem tortur nie uważano za ważne. Wywoływały one skutek prawny dopiero z chwilą dokładnego powtórzenia wyjaśnień oskarżonego po zaprzestaniu zadawania cierpienia. W razie odmowy tortury można było zastosować ponownie²⁶.

²⁰ Por. H. Kamen, *Inkwizycja...*, s. 174-177.

²¹ Por. P. Kras, *Ab abolendam...*, s. 20-21.

²² Por. *ibidem*, s. 221.

²³ Por. D. Elliot, *Proving...*, s. 123-126.

²⁴ Por. P. Kras, *Ab abolendam...*, s. 219.

²⁵ *Ibidem*, s. 45.

²⁶ Por. D. Elliot, *Proving...*, s. 126.

ZMIANA POGLĄDÓW NA TEMAT PRZESŁUCHANIA OSKARŻONEGO.

Kwestia tortur

Choć, jak wynika z powyższych rozważań, tortury w procesie inkwizycyjnym należały do rzadkości, a *[c]zęsto jedynie umieszczano oskarżonego in conspectu tormentorum, by widokiem narzędzi tortur zmusić go do zeznań*²⁷, groźba ich użycia była realna. Ich stosowanie zależało wszak od *sumienia i woli wyznaczonych sędziów*²⁸. Z biegiem czasu zaczęto dostrzegać, że samo to zagrożenie może wpływać na treść składanych przez oskarżonych zeznań, a tym samym skłaniać do pytania o zgodność z prawdą tych wyjaśnień.

Tortury były niezgodne z założeniami doktryny humanitarnej, której reprezentantem był Wolter²⁹. W swym *Traktacie o tolerancji* francuski myśliciel negatywnie ocenił – na podstawie głośniejszej sprawy niesłusznego skazania J. Calasa – obowiązujący wówczas system wymiaru sprawiedliwości. Jednak dopiero dzieło C. Beccarii *O przestępstwach i karach*, ogłoszone w 1764 r., zawierało systematyczną krytykę stosowania tortur³⁰.

W swym dziele Beccaria pisał, że: *uczucie bólu może osiągnąć taki stopień, że opanowany całym człowiekiem pozostawi torturowanemu jedyną tylko wolność: wybór najkrótszej w danej chwili drogi do uwolnienia się od męczarni. [...] W ten sposób niewinnie oskarżony przyznaje się pod wpływem bólu do winy w nadziei, że przerwie tym mękę*³¹. Ponieważ tortury można wznowić w przypadku niepotwierdzenia faktu popełnienia przestępstwa po ustaniu męki, a *[n]iektórzy uczeni i niektóre narody zezwalają na stosowanie takiej ohydnej zasady tylko do trzech razy, w ten sposób spośród dwóch osób, jednakowo niewinnych lub jednakowo winnych, silny i odważny będzie uniewinniony, a słaby i tchórzliwy będzie skazany na podstawie poniższego ścisłego rozumowania: «ja, sędzia, muszę znaleźć winowajcę danego przestępstwa; ty, silny, umiałeś oprzeć się bólom i z tego względu cię uniewinniam; ty zaś, słaby, nie wytrzymałeś bólu, dlatego więc cię skazuję»*³². Prowadzi to, zdaniem filozofa, do *dziwnej konsekwencji* [...], że człowiek niewinny znajduje się w gorszym położeniu niż winowajca; gdy obaj zostaną poddani torturom, to pierwszy z nich wszystko ma przeciwko

²⁷ H. Kamen, *Inkwizycja...*, s. 177.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2011, s. 268-269.

³⁰ Zob. *ibidem*, s. 269.

³¹ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Łódź 2014, s. 105-106.

³² *Ibidem*, s. 108-109.

sobie: jeśli się przyzna do popełnienia przestępstwa – będzie skazany, jeśli się nie przyzna – będzie uniewinniony, ale po odcierpieniu niezasłużonej kary³³.

Rozwój psychologii zeznań

Druga połowa XVIII w. była też czasem, w którym rozpoczęto studia nad psychologią sądową. Pierwsze badania w tym kierunku prowadzili C. von Eckartshausen czy I. Kant; w kolejnym stuleciu dzieła tego podjęli się także m.in. H. Gross, C. Lombroso i A. Lacassagne. W początkach XX w. większą uwagę poczęto skupiać na gałęzi tej nauki, jaką była psychologia zeznań, czego dowodem mogą być prace polskich uczonych: L. Wachholza czy J. Nowotnego³⁴.

Stan dzisiejszej wiedzy psychologicznej pozwala na stwierdzenie, że materiał, który stanowi później treść zeznań, przechodzi przez cztery zasadnicze etapy: poznanie wycinka rzeczywistości, zapamiętanie materiału poznanego, przechowywanie go w pamięci i odtworzenie tego materiału³⁵. Na każdym z tych etapów ów materiał narażony jest jednak na straty, spowodowane wieloaspektowymi czynnikami. Można wśród nich wyróżnić zaburzenia: spostrzegania, uwagi, myślenia, pamięci i życia uczuciowego. Przykładowe, niepełne wyliczenie obejmuje następujące zjawiska: omamy, niemożność skupienia uwagi, otępienie, niedorozwój umysłowy, rezonerstwo, obsesje, skleroza, apatia, choroba Alzheimera czy Huntingtona³⁶. Jednak nawet osoba niecierpiąca na którekolwiek z powyższych zaburzeń narażona jest na zapominanie materiału zapamiętanego. Jest to bowiem proces naturalny, rozpoczynający się natychmiast po zapamiętaniu³⁷.

Zarys instytucji przesłuchania podejrzanego (oskarżonego) w modelu procesu karnego w demokratycznym państwie prawnym na podstawie polskiego k.p.k.

Rozwój myśli filozoficznej oraz nauk sądowych nie pozostał bez wpływu na kształt modelu procesu karnego, w szczególności zaś zmienił postrzeganie instytucji przesłuchania podejrzanego (oskarżonego). Przekształcenie to zostanie zobrazowane na przykładzie instytucji przesłuchania funkcjonującej w obowiązującym obecnie polskim k.p.k., a zatem w modelu demokratycznego

³³ *Ibidem*, s. 109.

³⁴ Por. Z. Marten, *Psychologia zeznań*, Warszawa 2012, s. 15-19.

³⁵ J. Widacki, *Zarys...*, s. 79.

³⁶ Por. B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2018, s. 1049-1054.

³⁷ Por. J. Widacki, *Zarys...*, s. 81.

państwa prawnego.

Powtórzyć należy myśl sygnalizowaną już w pkt. 1 *in fine* niniejszej pracy, że w ramach współczesnego procesu karnego mówić trzeba nie o zeznaniach, a wyjaśnieniach składanych przez podejrzanego (oskarżonego), których składanie stanowi jego prawo, a nie obowiązek. Jest to zasadnicza różnica w porównaniu z modelem inkwizycyjnym, w którym, jak wskazuje się w piśmiennictwie, oskarżony występował wyłącznie jako przedmiot procesu, który musi współdziałać w czynnościach zwróconych ku wykryciu prawdy, a nie jako jego podmiot³⁸. Współcześnie nie budzi wątpliwości teza, że podejrzany (oskarżony) jest stroną procedury karnej³⁹, za przedmiot procesu uznaje się natomiast kwestię odpowiedzialności określonej osoby ściganej za zarzucane jej przestępstwo⁴⁰.

Możliwy jest zatem do wyobrażenia proces karny, w którym podejrzany (oskarżony) przez cały czas jego trwania, nie chcąc współpracować z organami procesowymi, nie poda tym organom ani jednej informacji. Jeśli jednak zdecyduje się skorzystać ze swojego uprawnienia, zgodnie z art. 171 § 1 k.p.k. należy umożliwić mu swobodne wypowiedzenie się w granicach określonych celem danej czynności, a dopiero następnie można zadawać pytania zmierzające do uzupełnienia, wyjaśnienia lub kontroli. Gwarancję swobodnej wypowiedzi stanowi art. 171 § 4, w myśl którego nie wolno zadawać pytań sugerujących osobie przesłuchiwaną treść odpowiedzi. Co więcej, niedopuszczalne jest wpływanie na wypowiedzi osoby przesłuchiwaną za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej, a także stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne osoby przesłuchiwaną albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem⁴¹.

Warto dodać, że zakazy te mają swoje umocowanie także w Konstytucji RP⁴², która w art. 40 zakazuje tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania i karania oraz stosowania kar cielesnych. Konstytucja RP zapewnia również każdemu, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie

³⁸ Por. K. Sójka-Zielińska, *Historia...*, s. 320-321.

³⁹ Por. J. Zagrodnik, *Uczestnicy procesu karnego*, [w:] *Proces...*, s. 214.

⁴⁰ K. Marszał, *Zagadnienia wstępne*, [w:] *Proces...*, s. 28.

⁴¹ Art. 171 § 5 k.p.k.

⁴² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483), dalej: Konstytucja RP.

korzystać z obrońcy z urzędu⁴³. Artykuł 42 § 3 Konstytucji RP stwierdza zaś, że każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu.

CEL PRZESŁUCHANIA OSKARŻONEGO: WŁADZA CZY SPRAWIEDLIWOŚĆ?

Powyższe rozważania prowadzą do konstatacji, że w różnych modelach ta sama instytucja prawna – przesłuchanie oskarżonego – spełniać może zgołą odmienne funkcje. Celem przesłuchania w modelu inkwizycyjnym było uzyskanie wyjaśnień oskarżonego o popełnionym przestępstwie. Zarazem nie trudno odnieść wrażenie, że oskarżonego z góry traktowano jak osobę winną zarzucanego jej czynu. Uzasadniało to stosowanie tortur, zwłaszcza, że wyjaśnienia oskarżonego uważano za dowód najważniejszy – za *królową dowodów* (łac. *Confessio est regina probationum*⁴⁴). H. Kamen stwierdził natomiast, że: *[g]łównym zadaniem trybunału [inkwizycyjnego – IKK] było [...] nie tyle wymierzanie sprawiedliwości, co działanie w charakterze instytucji dyscyplinującej, powołanej do życia w sytuacji kryzysowej, zagrażającej narodowi*⁴⁵.

Przesłuchanie oskarżonego w ramach procesu inkwizycyjnego służyło zatem umacnianiu władzy. Jakim celom służy ono w modelu państwa prawnego? W polskiej doktrynie nie budzi wątpliwości, że celem tym jest *uzyskanie odpowiedzi na pytanie, czy to on dokonał zarzucanego mu przestępstwa, a także uzyskanie możliwie najpełniejszych informacji o motywach jego postępowania, okolicznościach czynu, sposobie działania itp. Dodatkowym celem jest uzupełnienie danych o sposobie jego życia przed popełnieniem przestępstwa, a także o stosunkach rodzinnych i majątkowych podejrzanego, jego wykształceniu, zawodzie, ewentualnej dotychczasowej karalności itp.*⁴⁶. Gdy zaś podejrzany nie przyznaje się do winy, *pierwszym celem przesłuchania powinno być uzyskanie od niego informacji które mogą te wyjaśnienia potwierdzić*⁴⁷. Większość polskiego piśmiennictwa uznaje także, że przyznanie się podejrzanego nie jest celem samym w sobie. Jego wartość polega na tym, że jest ono zwykle kluczem do dalszych wyjaśnień i do dalszych dowodów⁴⁸.

⁴³ Art. 42 § 2 Konstytucji RP.

⁴⁴ Cz. Jędraszko, *Łacina na co dzień*, Warszawa 1970, s. 43.

⁴⁵ H. Kamen, *Inkwizycja...*, s. 181.

⁴⁶ J. Widacki, *Zarys...*, s. 83-84.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 84.

⁴⁸ *Ibidem*; por. też T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 199; E. Gruza, *Uzyskiwanie...*, s. 119-120; D. Jagiełło, *Przesłuchanie jako czynność dowodowa*, Warszawa 2017, s. 419 i n.

Wyrażane jest wszakże zapatrywanie odmienne, szeroko aprobowane w doktrynie zachodniej, stosunkowo rzadkie zaś w piśmiennictwie polskim. Jego reprezentantem jest m.in. M. Tokarz⁴⁹. Wskazuje on, że przyznanie się podejrzanego powinno stanowić cel przesłuchania, ponieważ jest najważniejszym i przełomowym momentem w śledztwie. Uzasadnia to stwierdzeniem: *[j]eżeli ktoś występuje w roli podejrzanego, a nie świadka, to siłą rzeczy muszą istnieć jakieś materialne okoliczności wskazujące na jego winę*⁵⁰. Autor stoi na stanowisku, że aby ten cel osiągnąć, można posługiwać się rozmaitymi wybiegami manipulacyjnymi czy perswazyjnymi. Stanowi to swoistą rekompensatę dla organów procesowych wobec faktu, że podejrzaný *może do woli i bezkarnie kłamać*⁵¹. Co więcej, badacz zauważa, że: *wszystkie triki komunikacyjne [...], choćby najbardziej podstępne, nie tyle służą uzyskaniu dowodów* [wyróżnienie autora] *w sprawie, ile raczej wydobyciu od podejrzanego wskazówki, gdzie i jak takich dowodów szukać. Osoba niewinna po prostu nie może dostarczyć użytecznych wskazówek tego rodzaju, musiałaby bowiem znać takie okoliczności zdarzenia, które zna tylko przestępca. Żadna [...] metoda nie jest w stanie spowodować, aby przyznała się do popełnienia danego czynu osoba, która faktycznie go nie popełniła*⁵². Zaznacza tym samym, że o metodach manipulacyjnych można mówić jedynie wtedy, gdy z ich stosowaniem nie wiążą się użycie przemocy, gróźb ani obietnica nagrody⁵³.

Wydawać by się mogło, że zastrzeżenie to, biorąc pod uwagę całość dotychczasowych rozważań, jest przy opisie współczesnej, demokratycznej instytucji przesłuchania oskarżonego warunkiem *sine qua non*. Tymczasem w literaturze anglosaskiej pojawiają się koncepcje tzw. *coercive interrogation*, co można oddać jako *przesłuchiwanie z użyciem przymusu*. Brak jednomyślności wśród autorów, co ten termin miałby oznaczać. Jedni widzą w nim *użycie siły, fizycznej lub psychicznej, celem wydobycia informacji niezbędnych do ocalenia innych osób*, wszakże nie jako zasady, lecz środka *dopuszczalnego w pewnych sytuacjach granicznych* [*justified in certain narrow circumstances*]⁵⁴. Inni natomiast różnicują go od tortur, *których celem jest sprawienie cierpienia*, podając, że byłby to środek dowodowy, pod wpływem którego *przesłuchiwany może doznać dyskomfortu, ale nie wywołującym poważnego bólu psychicznego czy fizycznego*,

⁴⁹ M. Tokarz, *Manipulacje komunikacyjne w praktyce: przesłuchanie podejrzanego*, [w:] *Przełom komunikacyjny a filozoficzna idea konsensu*, red. B. Sierocka, s. 208-246.

⁵⁰ Por. M. Tokarz, *Manipulacje...*, s. 212-213.

⁵¹ *Ibidem*, s. 209.

⁵² *Ibidem*, s. 245.

⁵³ Zob. *Ibidem*, s. 245-246.

⁵⁴ E. A. Posner, A. Vermeule, *Should Coercive Interrogation Be Legal?*, "Michigan Law Review" 2006, nr 2, s. 672, 674.

ponieważ przykładowymi technikami stosowanymi przy *przesłuchaniu z użyciem przymusu* miałyby być *zaburzenie snu, zmiana temperatury pomieszczenia przesłuchania, umieszczenie w pozycji wywołującej stres, umieszczenie worka na głowie przesłuchiwanego* [sic! – IKK] *czy odtwarzanie mu głośnej, kakofonicznej muzyki*⁵⁵.

Coercive interrogation ściśle wiąże się z głośną dyskusją na temat tzw. scenariusza tykającej bomby [*the ticking-bomb scenario*], wywołaną zamachami na World Trade Center z 11 września 2001 r.⁵⁶. Scenariusz ów można sprowadzić do poszukiwania odpowiedzi na pytanie: czy należy dopuścić możliwość stosowania tortur względem przesłuchiwanego, podejrzanego o uzbrojenie bomby zegarowej w centrum miasta, celem wydobywania informacji o jej dokładnym położeniu?⁵⁷ Cytowani wyżej E. A. Posner i A. Vermeule dopuszczają taką możliwość – argumentując to słowami: [*n*]iekiedy zło, nawet wielkie, jest konieczne⁵⁸. Wtórzy im także m. in. A. Dershowitz⁵⁹. Ich oponentami są natomiast np. J. Waldron, J. Zajadło⁶⁰ czy D. Luban. Ostatni z wymienionych badaczy sprowadził problem tykającej bomby do absurdu, wskazując na analogicznym przykładzie, że jeśli podejrzanych o posiadanie informacji dotyczących kryjówki O. bin Ladena byłoby pięćdziesięciu, zaś rzeczywistą wiadomość posiadałby tylko jeden z podejrzanych, wówczas czterdzieści dziewięć osób cierpiałoby dla wątpliwej szansy znalezienia jednego człowieka⁶¹.

UWAGI KOŃCOWE

Powyższe rozważania prowadzą do dość niejednoznacznych konkluzji. Z pewnością w modelu demokratycznego państwa prawnego nie można mówić o inkwizycyjnym procesie karnym, a podejrzanemu (oskarżonemu) zapewnia się w trakcie procedury karnej liczne prawa. Nie znaczy to jednak, że można mówić o pełnym triumfie któregoś z tytułowych wartości: sprawiedliwości

⁵⁵ A. N. Guiora, *Constitutional Limits on Coercive Interrogation*, Nowy Jork 2008, s. 85-86.

⁵⁶ Por. D. Luban, *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, Virginia Law Review" 2005, nr 6, s. 1425-1426.

⁵⁷ Por. *ibidem*, s. 1440.

⁵⁸ E. A. Posner, A. Vermeule, *Should...*, s. 677.

⁵⁹ A. Dershowitz, *Is There a Torturous Road to Justice?*, "Los Angeles Times" 2001, 8 listopada 2001 r., <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2001-nov-08-me-1494-story.html>.

⁶⁰ Zob. J. Zajadło, *Tortury jako problem filozoficzno-prawny?*, [w:] *Człowiek, obywatel, pracownik: studia z zakresu prawa. Księga jubileuszowa poświęcona profesor Urszuli Jackowiak*, red. J. Stelina, A. Wypych-Żywicka, Gdańsk, Sopot 2007, s. 636-637.

⁶¹ D. Luban, *Liberalism...*, s. 1442-1445.

bądź władzy. K. Ajdukiewicz wskazuje, że rdzeniem poczucia sprawiedliwości jest zasada równej miary, mówiąca, że: *nikomu nie należy się nic z tego tylko tytułu, że to właśnie on, a nie kto inny*, ale z tego powodu, że posiada on określone własności⁶². Postulat ten zapewniony jest w procesie karnym względem oskarżonego, skoro sensem procesu karnego jest, aby nikt winny popełnienia przestępstwa nie poniósł ani mniejszej, ani też większej odpowiedzialności, niż na to zasłużył⁶³. Z drugiej jednak strony zadaniem władzy, uosabianej przez organy procesu karnego, jest dokonywanie trafnej represji karnej. W tym pojęciu zawiera się nie tylko cel procesu karnego – czyli rozstrzygnięcie o kwestii odpowiedzialności określonej osoby za zarzucane jej przestępstwo – ale też postulat sprawiedliwości materialnej⁶⁴.

W moim przekonaniu prowadzi to do wniosku, że obecnie cele przesłuchania podejrzanego (oskarżonego), jakkolwiek różnie ujmowane w literaturze przedmiotu, nie leżą po stronie bądź to władzy, bądź sprawiedliwości. Znajdują się między sprawiedliwością a władzą.

BIBLIOGRAFIA

Ajdukiewicz K., *O sprawiedliwości*, [w:] *Język i poznanie. Wybór pism z lat 1920-1939*, red. A. Ajdukiewicz, Warszawa 2006.

Beccaria C., *O przestępstwach i karach*, Łódź 2014.

Dershowitz A., *Is There a Torturous Road to Justice?*, "Los Angeles Times" 2001, 8 listopada.

Elliot D., *Proving Woman: Female Spirituality and Inquisitional Culture in the Later Middle Ages*, Princeton 2004.

Fraher R., *Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof*, „Law and History Review” 1989, nr 7.

⁶² Zob. K. Ajdukiewicz, *O sprawiedliwości*, [w:] *Język i poznanie. Wybór pism z lat 1920-1939*, red. K. Ajdukiewicz, Warszawa 2006, s. 365-376.

⁶³ Por. K. Marszał, *Zagadnienia...*, s. 35.

⁶⁴ Zob. *ibidem*, s. 28-36.

Gruza E., *Uzyskiwanie osobowych środków dowodowych*, [w:] *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, red. E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński J., Warszawa 2008.

Guiora A. N., *Constitutional Limits on Coercive Interrogation*, Nowy Jork 2008.

Hanausek T., *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Warszawa 2009.

Hołyst B., *Kryminalistyka*, Warszawa 2018.

Jagiełło D., *Przesłuchanie jako czynność dowodowa*, Warszawa 2017.

Jędraszko Cz., *Łacina na co dzień*, Warszawa 1970.

Kamen H., *Inkwizycja hiszpańska*, Warszawa 2005.

Kras P., *Ab abolendam diversarum haeresium pravitate. System inkwizycyjny w średniowiecznej Europie*, Lublin 2006.

Luban D., *Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb*, "Virginia Law Review" 2005, nr 6.

Marszał K., *Zagadnienia wstępne*, [w:] *Proces karny*, red. J. Zagrodnik, Warszawa 2019.

Marten Z., *Psychologia zeznań*, Warszawa 2012.

Posner E.A., Vermeule A., *Should Coercive Interrogation Be Legal?*, "Michigan Law Review" 2006, nr 2.

Sójka-Zielińska K., *Historia prawa*, Warszawa 2011.

Tokarz M., *Manipulacje komunikacyjne w praktyce: przesłuchanie podejrzanego*, [w:] red. B. Sierocka, *Przełom komunikacyjny a filozoficzna idea konsensu*, Warszawa 2003.

Widacki J., *Zarys kryminalistycznej problematyki przesłuchania*, [w:] *Kryminalistyka*, red. J. Widacki, Warszawa 2018.

Zagrodnik J., *Uczestnicy procesu karnego*, [w:] *Proces karny*, red. J. Zagrodnik, Warszawa 2019.

Zajadło J., *Tortury jako problem filozoficzno-prawny?*, [w:] *Człowiek, obywatel, pracownik: studia z zakresu prawa. Księga jubileuszowa poświęcona profesor Urszuli Jackowiak*, red. J. Stelina, A. Wypych-Żywicka, Gdańsk-Sopot 2007.

Zgryzek K., *Dowody*, [w:] *Proces karny*, red. J. Zagrodnik J., Warszawa 2019.

HEARING THE SUSPECT (ACCUSED) - BETWEEN AUTHORITY AND JUSTICE

The question of interrogating the suspect (accused) has been the subject of lively discussion among lawyers and thinkers for centuries. This is due to several factors. First of all, the explanations obtained during the interrogation come from a person who often turns out to be the perpetrator of a prohibited act, hence obtaining first-hand information may be considered particularly valuable. Moreover, there is probably no branch of public law that arouses greater public interest than broadly understood criminal law. This is primarily related to its justice function, that is to compensate for human wrongs with the use of the state apparatus, replacing self-judgment (e.g. lynching) and satisfying a sense of justice.

From antiquity to the Middle Ages and early modern times, the view on the institution of interrogating a suspect (accused) was largely shaped by the Roman *paremia confessio est regina probationum*. In particular, in the model of inquisition proceedings, the admission of the suspect (accused) to the alleged act was treated as an end in itself. The state authorities ensured its achievement by all available means - in practice, the most important was repeated questioning of the accused (in order to identify inaccuracies in the testimony) and the use of torture. This state of affairs was also related to the status of the accused in the trial - which was *de facto* an object deprived of the right to defense.

The eighteenth-century humanitarian doctrine of criminal law became a breakthrough from this perception of the interrogation. Representatives of this movement, in particular Voltaire and C. Beccaria, recommended that torture should not be used to extract confessions. Moreover, the aim of the evidentiary proceedings - and thus also the interrogation - was the pursuit of the material truth instead of the previous proving that a crime had been committed at any cost.

The postulates of Enlightenment thinkers influenced the penal process legislation of the European countries of later centuries. In their light, the accused is not treated as the subject of the proceedings, but is a party to it. Until the court judgment is delivered, he is presumed innocent. A consequence of the development of the right to defense is also the prohibition of forcing anyone to self-accuse, described in the *parema Nemo se ipsum accusare tenetur*.

In the course of history, interrogating the suspect (accused) and, consequently, obtaining an answer from him to the question about the commission of

the alleged act, was often as an end in itself. Nowadays, however, it is noticed that its value lies in the fact that it is the key to further explanations and further evidence (after J. Widacki).

Keywords: Interrogation, suspect, accused, justice

TERMINY STOSOWANIA NIEIZOLACYJNYCH ŚRODKÓW ZAPOBIEGAWCZYCH JAKO GWARANCJA SPRAWIEDLIWEGO PROCESU KARNEGO

WPROWADZENIE

Zagadnienie terminów stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych nie zostało dotychczas poddane szczegółowej analizie w polskiej nauce prawa karnego procesowego¹. Liczne wypowiedzi przedstawicieli doktryny koncentrują się na terminach stosowania tymczasowego aresztowania, które ze względu na izolacyjny charakter jest środkiem daleko ingerującym w sferę praw i wolności obywatelskich. Jednakże stopień natężenia dolegliwości środków stosowanych w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego powinien być mierzony nie tylko z uwzględnieniem charakteru środka i zakresu przedmiotowego faktycznie ograniczanych praw i wolności, ale także czasu jego stosowania wobec oskarżonego. Jednakże ustawodawca nie wprowadził do ustawy karnoprocesowej szczegółowych terminów stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych. Wyjątek w tym zakresie stanowi nakaz opuszczenia lokalu mieszkalnego zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Powyższe oznacza, że istnieje ryzyko stosowania nieizolacyjnych środków

¹ Zob. J. Skorupka, *Granice temporalne wolnościowych środków zapobiegawczych*, [w:] *Artes serviunt vitae, sapientia imperat. Proces karny sensu largo – rzeczywistość i wyzwania. Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Grzegorzczaka z okazji 70. Urodzin*, red. J. Kasiński, A. Małolepszy, P. Misztal, R. Olszewski, K. Rydz-Sybilak, D. Świecki, Warszawa-Łódź 2019, s. 372-379 i przytoczona tam bibliografia.

zapobiegawczych w toku całego postępowania, aż do rozpoczęcia wykonywania kary, bez refleksji nad aktualną sytuacją procesową oskarżonego zgodnie z dyrektywą adaptacji. Dlatego postawiono hipotezę, że ustawowe określenie terminów stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych stanowi gwarancję rzetelnego postępowania i sprawiedliwego stosowania prawa procesowego. Celem opracowania jest natomiast analiza praktyki stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych oraz rozważenie potrzeby ewentualnych zmian legislacyjnych, które mogą wzmocnić ochronę praw jednostki w procesie karnym.

SPRAWIEDLIWY PROCES.

TERMINY W POSTĘPOWANIU KARNYM – UWAGI OGÓLNE

Na wstępie, odnosząc się do tytułowej „sprawiedliwości”, wskazać należy, że to pojęcie używane jest na gruncie wielu dyscyplin naukowych, a także często stosowane w języku naturalnym. Powyższe doprowadziło do rozbieżności znaczeniowej tego pojęcia, a próba rekonstrukcji poglądów (choćby jedynie przedstawicieli dogmatyki prawa) zdecydowanie przekracza ramy niniejszego opracowania². Ponadto „pomimo dociekań nad teorią sprawiedliwości, starania tych i innych autorów nie pozwalają na zbudowanie ostatecznej, uniwersalnej i w pełni obiektywnej definicji tego pojęcia”³. Jednakże na potrzeby niniejszego opracowania konieczne jest zakreslenie ram znaczeniowym „sprawiedliwego procesu”. Sam ustawodawca karnoprosesowy wskazuje jedynie na pojęcie „rażącej niesprawiedliwości orzeczenia”⁴. Jego przeciwieństwem jest orzeczenie sprawiedliwe, które powinno zostać poprzedzone sprawiedliwym rozpoznaniem sprawy. Sprawiedliwe rozpatrzenie sprawy dotyczy zarówno stanowienia, jak i stosowania prawa. Zatem sprawiedliwe rozstrzygnięcie może zapaść tylko, gdy normy procesowe będą stosowane w sposób rzetelny⁵. Co oznacza, że proces sprawiedliwy to proces spełniający warunki procesu rzetelnego, sformułowane w art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz wyprowadzone z orzecznictwa Europejskiego

² Szerzej o pojęciu sprawiedliwości: J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.

³ *Ibidem.*, s. 12.

⁴ Zob. art. 440 k.p.k.

⁵ Zob. J. Skorupka, *Zasady procesu karnego*, [w:] *Proces karny*, red. J. Skorupka, Warszawa 2020, s. 227.

Trybunału Praw Człowieka⁶, które w dalszej części opracowania zostanie przeanalizowane w celu zdekodowania problemów praktycznych oraz wskazania kryteriów wprowadzenia ograniczeń temporalnych. „Rzetelność procesu określana może być więc jako stopień zapewnienia realizacji słuszných interesów jednostki w procesie karnym”⁷, przez co wyznaczane są jednocześnie ramy dozwolonego działania organów postępowania. W przedstawionym ujęciu zarysowanie granic temporalnych stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych sprzyjać ma ochronie gwarancji procesowych jednostki.

Natomiast aby możliwe było omówienie terminów stosowania środków zapobiegawczych, niezbędne jest odniesienie się do zagadnienia terminów w prawie karnym procesowym w ogólności. Proces karny tworzą kolejno podejmowane przez uczestników postępowania czynności, które aby wywołać określone skutki procesowe muszą spełniać warunki określone przez ustawę procesową. Jednym z warunków modalnych czynności procesowej jest termin jej dokonania⁸. W zależności od rodzaju czynności i tym samym jej celu procesowego zależy funkcja danego terminu, którą spełnia w procesie karnym. Wiąże się to oczywiście z różnorodnością terminów i ich funkcji⁹. Biorąc pod uwagę cele stosowania środków zapobiegawczych, a także ich charakter, niekiedy silnie ingerujący w prawa i wolności jednostki, należy przyjąć, że wprowadzenie terminów stosowania środków zapobiegawczych z jednej strony służyć ma dynamizacji postępowania i wymuszać na organach postępowania przygotowanego sprawne podejmowanie czynności, a z drugiej strony spełnia funkcję gwarancyjną.

TERMINY NIEIZOLACYJNYCH ŚRODKÓW ZAPOBIEGAWCZYCH – UWAGI *DE LEGE LATA*

Należy jednak pamiętać, że ustawodawca wyznaczył temporalną granicę stosowania wszystkich środków zapobiegawczych. Zgodnie bowiem z art. 249 § 4 k.p.k. środki zapobiegawcze mogą być stosowane aż do chwili rozpoczęcia wykonania kary. Nie stanowi to jednak faktycznego ograniczenia, bowiem

⁶ Równość broni, prawo dostępu do akt sprawy, prawo do bycia wysłuchanym, do uzasadnienia orzeczenia, do uczestnictwa w procesie, do kontryktoryjnego postępowania dowodowego, res iudicata, respektowanie domniemania niewinności, publiczny charakter postępowania przed sądem, prawo do milczenia i wolność od samooskarżania, zakończenie sprawy w rozsądnym terminie

⁷ P. Wiliński, *Dwa modele rzetelnego procesu*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 7, s. 41.

⁸ Zob. K. Woźniewski, *Prawidłowość czynności procesowych w polskim procesie karnym*, Gdańsk 2010, s. 99.

⁹ Zob. I. Nowikowski, *Terminy w kodeksie postępowania karnego*, Lublin 1988, s. 13–14.

jeżeli w wyniku postępowania oskarżony zostanie uniewinniony, to stosowanie środków będzie oczywiście bezcelowe i bezpodstawne. Natomiast w sytuacji skazania i wymierzenia kary prawa i wolności zostaną ograniczone poprzez wykonywanie określonej kary, adekwatnej do stopnia winy oskarżonego. Ponadto zgodnie z art. 254 k.p.k. oskarżony może sam wnioskować o zmianę lub uchylenie środka. Stosowanie nieizolacyjnych środków zapobiegawczych limitowane jest również celem ich stosowania, wszak zgodnie z art. 249 § 1 k.p.k. środki zapobiegawcze można stosować w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, a wyjątkowo także w celu zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa. Jednakże nie można stwierdzić, że przez to nieizolacyjne środki zapobiegawcze mają charakter terminowy. Po pierwsze, określone okoliczności nie muszą przecież wystąpić w danym postępowaniu, a po drugie fakt ich wystąpienia oceniany jest przez organ je stosujący. Należy podkreślić, że szczególnie w postępowaniu przygotowawczym, w którym organ postępowania stosuje nieizolacyjne środki zapobiegawcze, nie ma obowiązku określania ich terminu, stosowanie nawet nieizolacyjnych środków może bardzo głęboko ingerować w sferę praw i wolności konstytucyjnych. W takich przypadkach uznać należy, że bezterminowe stosowanie nieizolacyjnych środków zapobiegawczych jest sprzeczne z konstytucyjną zasadą proporcjonalności ograniczeń i jako takie niedopuszczalne w rzetelnym postępowaniu karnym. Można oczywiście argumentować, że organ zobowiązany jest do przestrzegania dyrektywy adaptacji, wrazonej w art. 253 § 1 k.p.k., zgodnie z którym środek zapobiegawczy należy niezwłocznie uchylić lub zmienić, jeżeli ustaną przyczyny, wskutek których został on zastosowany, lub powstaną przyczyny uzasadniające jego uchylenie albo zmianę. Co więcej, zgodnie z orzecznictwem SN, nakaz ten adresowany jest do organów postępowania, także gdy rozstrzygają jedynie kwestie wypadkowe¹⁰. Konieczność permanentnej oceny celowości stosowania danego środka zapobiegawczego jest również podkreślana w orzecznictwie krajowym¹¹. Jednakże z jego analizy wynika, że mimo to nieizolacyjne środki zapobiegawcze stosowane są długotrwale¹², co rodzi różnorakie problemy praktyczne. „Wskazuje się, że w niektórych sprawach zakończonych prawomocnie w 2006 r. zwłoka w podjęciu decyzji o uchyleniu nieizolacyjnych środków zapobiegawczych wynosiła od kilku miesięcy do kilku lat, a w sprawach zakończonych prawomocnie

¹⁰ Zob. postanowienie SN z dnia 28.02.2001 r., IV KO 11/01, LEX nr, OSNKW 2001/5-6/46.

¹¹ Zob. postanowienie SA w Krakowie z dnia 04.12.2018 r., II AKz 321/18, LEX nr 2692003.

¹² Zob. K. Dudka, *Praktyka stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych*, Warszawa 2016, s. 53-57.

w 2014 r. w 10 sprawach nie uchylono środków zapobiegawczych, pomimo uprawomocnienia się wyroku skazującego z warunkowym zawieszeniem wykonania kary¹³.

Wątpliwości w tym zakresie potęguje nowo wprowadzony art. 258a k.p.k. *Prima facie* tak skonstruowaną normę (tzn. zobowiązanie organu procesowego do dostosowania rodzaju środka zapobiegawczego do aktualnej sytuacji procesowej, a ewentualnie do jego uchylenia) można wyprowadzić z dotychczas obowiązujących przepisów, w tym przede wszystkim wyżej wspomnianego art. 253 § 1 k.p.k. Jednakże należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 258a k.p.k. w przypadku każdego umyślnego naruszenia obowiązku lub zakazu organ procesowy jest zobowiązany do dokonania zmiany stosowanego środka zapobiegawczego. „Takie sformułowanie przepisu stwarza wrażenie, że to projektodawca (ustawodawca) uzurpuje sobie wyłączne prawo do decydowania, kiedy należy zmieniać stosowane środki zapobiegawcze – podczas gdy praktyka pokazuje, że przykładowo jednorazowe naruszenie przez podejrzanego bądź oskarżonego obowiązku nałożonego w ramach środka zapobiegawczego nie musi oznaczać konieczności jego zmiany na surowszy. A organ procesowy i tak zobligowany jest do ciągłej kontroli zasadności efektywności stosowania środka zapobiegawczego¹⁴”.

Chcąc odnieść powyższe uwagi do nieizolacyjnych środków zapobiegawczych trzeba przeanalizować cele i funkcje terminów przy poszczególnych środkach zapobiegawczych i wyznaczyć kryteria, na podstawie których ustawodawca wprowadził ich temporalne ograniczenia. *Prima facie* wyżej wspomniane kryterium stanowi po prostu charakter środka. Izolacyjny charakter tymczasowego aresztowania, głęboko ingerującego w konstytucyjne prawo do wolności podejrzanego, uzasadnia ustawowe ograniczenia w możliwości jego zastosowania oraz potrzebę okresowej kontroli jego celowości. Jednak wspomniane kryterium nie jest wcale decydujące. Ustawodawca bowiem wprowadził do ustawy procesowej jeden maksymalny termin stosowania nieizolacyjnego środka zapobiegawczego w postaci nakazu okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Ponadto ograniczenia temporalne wprowadzono także w zakresie nowo uchwalonych zakazów z art. 276a k.p.k. W związku z powyższym terminy te, jako elementy stanowiące potencjałe źródło

¹³ J. Skorupka, *Granice...*, s. 374.

¹⁴ *Opinia Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 26.03.2020 r. do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o poszczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw*, s. 6; http://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-uwagi-do-specustawy-z-dn-26032020-29806.pdf.

wskazówek interpretacyjnych dla sformułowania uwag *de lege ferenda*, zostaną poddane szerszej analizie.

Już sam charakter pierwszego ze wskazanych terminów budzi wątpliwości w doktrynie i judykaturze. Art. 275a § 4 k.p.k. stanowi, że omawiany środek zapobiegawczy stosuje się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Jeżeli nie ustały przesłanki jego stosowania sąd pierwszej instancji właściwy do rozpoznania sprawy, na wniosek prokuratora, może przedłużyć jego stosowanie na dalsze okresy, nie dłuższe niż 3 miesiące. Wskazany przepis można interpretować w dwojaki sposób. Zgodnie z pierwszym – omawiany termin jest terminem maksymalnym, co oznacza, że okres stosowania tego środka nie może, łącznie z ewentualnymi przedłużeniami – przekroczyć 3 miesięcy. Natomiast zgodnie z drugim stanowiskiem, powszechniej przyjmowanym w piśmiennictwie karnoprosesowym, omawiany termin jest terminem względnie maksymalnym i możliwe jest przedłużanie środka na kolejne okresy, z których każdy nie może przekroczyć 3 miesięcy. Za przyjęciem drugiej koncepcji przemawia posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „dalsze okresy”, które użyte w liczbie mnogiej odnosi się do większej liczby okresów stosowania omawianego środka. Co stanowi także argument przeciwko przyjęciu, że ww. termin jest terminem maksymalnym, ale może zostać jednokrotnie przedłużony. Zgodnie z tym poglądem omawiany nakaz może być stosowany maksymalnie łącznie 6 miesięcy.

Wracając do głównego nurtu rozważań, wskazać należy, że wskazówek co *do ratio legis* terminu próżno poszukiwać w uzasadnieniach projektów ustawy wprowadzającej omawiany nakaz. Oczywistym jest, że środek ten ma oddziaływać prewencyjnie i chronić potencjalne ofiary przemocy. Jednocześnie ogranicza bezprawne wpływanie oskarżonego na treść zeznań pokrzywdzonych. Jednakże wskazane funkcje nakazu nie uzasadniają jego ograniczeń temporalnych. Wszak pokrzywdzonym powinno zależeć na jak najszerszym zakresie czasowym izolacji od oskarżonego. Zatem ochrona innych uczestników postępowania nie stanowi w tym przypadku kryterium wprowadzenia ww. ograniczenia. Wydaje się, że ww. kryterium należy poszukiwać biorąc pod uwagę przede wszystkim funkcję gwarancyjną terminów. Należy zatem zwrócić uwagę na rodzaje prawa i wolności konstytucyjnych, które są ograniczane poprzez stosowanie poszczególnych nieizolacyjnych środków zapobiegawczych. Art. 275a k.p.k. może być bowiem postrzegany jako ograniczenia prawa własności. Jednakże należy zwrócić uwagę, że i zastosowanie tego kryterium, choć *prima facie* wydaje się być w pełni uzasadnione, to nie wyjaśnia *ratio legis* omawianego przepisu, gdyż omawiany środek może zostać zastosowany bez względu na

tytuł prawny, jaki przysługuje oskarżonemu do lokalu. Zastosowanie art. 275a k.p.k. powoduje jedynie, że oskarżony czasowo nie może z niego korzystać. Należy podkreślić, że ustawodawca nie stosuje omawianego kryterium ochrony praw konstytucyjnych w jednakowy sposób. Terminy stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych nie zostały bowiem wprowadzone do poręczenia majątkowego, które niewątpliwie stanowi ograniczenie prawa własności. Choć w tym miejscu trzeba oczywiście zaznaczyć, że w przypadku poręczenia występuje element dobrowolności. Trafniejszym przykładem jest natomiast środek w postaci zakazu opuszczania kraju, który może godzić w konstytucyjnie chronione prawo do wolności. Jednakże i w tym przypadku ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie terminów. Brak konsekwencji ustawodawcy widoczny jest także w przypadku nowego art. 276a k.p.k., gdyż regulacja ta powieliła rozwiązania prawne funkcjonujące w polskim systemie prawnym, także w zakresie samych środków zapobiegawczych¹⁵. Natomiast zgodnie z § 5 omawianego artykułu przedłużenie stosowania zakazu na dalszy okres, przekraczający łącznie 6 miesięcy, w postępowaniu przygotowawczym może dokonać, na wniosek prokuratora, sąd rejonowy, w okręgu którego prowadzone jest postępowanie. Nie jest to jednak bezpośrednie ograniczenie temporalne, jednakże przyznanie uprawnienia do przedłużania stosowania tego rodzaju środków na ww. okres jedynie sądowi prowadzi do pełniejszej realizacji gwarancji procesowych podejrzanego. Z drugiej strony podejrzanemu nie zapewnia się tak daleko idącej ochrony w przypadku stosowania innych środków nieizolacyjnych (należy zauważyć, że sąd posiada wyłączną kompetencję do stosowania środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania), tym bardziej, że wskazana zbieżność rozwiązań prawnych może spowodować dowolne korzystanie z nich przez organ procesowy, który może zastosować jeden z omawianych zakazów np. w ramach dozoru policji, który nie jest objęty takimi ograniczeniami. Bez względu na przedstawione wątpliwości interpretacyjne, w kontekście poszukiwania kryterium wprowadzania ograniczeń temporalnych, należy zwrócić uwagę na art. 276a § 4 k.p.k., zgodnie z którym czas stosowania zakazów określa się przy uwzględnieniu potrzeb w zakresie zabezpieczenia prawidłowego biegu postępowania karnego oraz zapewnienia odpowiedniej ochrony pokrzywdzonemu lub osobom dla niego najbliższym¹⁶. Jednakże, jak wskazano wyżej, w interesie pokrzywdzonych jest jak najdłuższe

¹⁵ Opinia..., op. cit., s. 6-7.

¹⁶ Na marginesie uznać należy za niezrozumiałe ograniczenie zastosowania omawianego przepisu jedynie do zakazów wymienionych w § 1, z pominięciem zakazu, o którym mowa w § 1a tej samej jednostki redakcyjnej.

stosowanie zakazów, a wspomniana norma nie stanowi *de facto* ograniczenia czasowego, w znacznym zakresie powielając ogólne dyrektywy stosowania środków zapobiegawczych.

Jeżeli mowa o granicach temporalnych stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych, to należy także wskazać art. 276 *in fine* k.p.k., który stanowi, że tytułem środka zapobiegawczego można oskarżonemu zakazać ubiegania się o zamówienia publiczne na czas trwania postępowania. Tak ukształtowane brzmienie przepisu wskazuje na bezterminowość środka. Jak wskazano wyżej polski system nieizolacyjnych środków zapobiegawczych zakłada w sposób niedopuszczalny bezterminowość stosowania środków, która jednak ograniczana jest przez kontrolę celowości z zastosowaniem dyrektywy adaptacji. Prowadzi to do wniosku, że zwrot „na czas trwania postępowania” nie niesie ze sobą nowej treści normatywnej, co z kolei jest nie do pogodzenia z założeniem o racjonalności prawodawcy. Przyjęcie natomiast, że omawiany zwrot wskazuje na zerwanie w tym zakresie ze stosowaniem dyrektywy adaptacji i kontrolą celowości stosowania tego środka stanowiłoby *de facto* odrzucenie przesłanek stosowania środków zapobiegawczych i zerwanie z ich celowym charakterem. Taką koncepcję należy zdecydowanie odrzucić, jako sprzeczną z zasadami wykładni i celowym charakterem środków zapobiegawczych. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, być może wskazane sformułowanie nie jest elementem określającym temporalne granice stosowania środka, a jedynie dookreśleniem granic przedmiotowych – wskazującym na możliwość jego zastosowania na każdym etapie postępowania. Trzeba jednak wyraźnie zaznaczyć, że taka konstrukcja również nie jest zgodna z zasadami techniki prawodawczej, wszak środki zapobiegawcze mogą być stosowane zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i jurysdykcyjnym. Dlatego wydaje się, że interpretacja art. 276 *in fine* k.p.k. powinna zmierzać do uznania, że zwrot „na czas trwania postępowania” *de facto* stanowi *lex specialis* do art. 249 § 4 k.p.k. ograniczając możliwość jego zastosowania do prawomocnego rozstrzygnięcia w przedmiocie postępowania karnego. W świetle powyższego trudno wskazać jednoznacznie kryterium, które zdecydowało o wprowadzeniu ww. terminów i które zarazem mogłoby stanowić podstawę do rozważań o zasadności wprowadzenia innych terminów stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych.

Stosowanie nieizolacyjnych środków zapobiegawczych – standard konwencyjny

Ponadto mimo wyraźniej wskazówki ustawodawcy, że wprowadzenie terminów stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych jest możliwe, to ze względu na przedstawione wyżej trudności w sformułowaniu

jednoznacznych, ostrych kryteriów wprowadzenia temporalnych ograniczeń, niezbędne będzie spojrzenie funkcjonalne i wskazanie na problemy związane z długotrwałym stosowaniem nieizolacyjnych środków zapobiegawczych. Wobec zasygnalizowanej wyżej wadliwej praktyki stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych (mimo deklarowanej w orzecznictwie krajowym konieczności systematycznej oceny celowości stosowania środków zapobiegawczych) wybrane zagadnienia praktyczne zostaną omówione w oparciu o analizę orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, z którego wyprawdazany jest także standard rzetelnego procesu karnego.

Odnosząc się do wspomnianego zakazu opuszczania kraju, który niewątpliwie stanowi narzędzie głęboko ingerujące w zakres wolności poruszania się i przemieszczania, należy wskazać sprawę Miazdzyk przeciwko Polsce¹⁷. Wobec skarżącego, który stanął pod zarzutem kierowania zorganizowaną grupą przestępczą oraz popełnienia przestępstw oszustwa, kradzieży samochodów i paserstwa, tymczasowe aresztowanie było stosowane przez rok, a następnie – po jego uchyleniu – zastosowano m.in. zakaz opuszczania kraju połączony z zatrzymaniem paszportu. W toku postępowania obrońca skarżącego złożył dziewięć wniosków o uchylenie tego środka, zwracając uwagę na fakt, że jego klient został pozbawiony kontaktu z trojgiem swoich dzieci mieszkających we Francji, stan jego zdrowia był zły oraz nie miał on w Polsce pracy. Sąd nie uwzględnił żadnego z tych wniosków, wskazując na uzasadnione podejrzenie, że skarżący popełnił zarzucane mu czyny oraz prawdopodobieństwo nałożenia na niego surowej kary. Sąd uznał również, że zakaz opuszczania kraju był niezbędny ze względu na potrzebę zabezpieczenia właściwego toku postępowania. Zakaz opuszczania kraju został uchylony po ponad 5 latach, gdy sąd stwierdził, że ze względu na okres stosowania środka oraz fakt, że oskarżony jest cudzoziemcem, „dalsze stosowanie tego środka należy uznać za zbędne z punktu widzenia konieczności zapewnienia właściwego przebiegu postępowania i za zbyt uciążliwe dla oskarżonego”¹⁸.

Skarżący zarzucił stosowanie wobec niego zakazu opuszczania kraju przez okres 5 lat i 2 miesięcy, co jego zdaniem stanowiło nieproporcjonalne ograniczenie prawa do swobodnego poruszania. Trybunał przeprowadził test proporcjonalności, mający na celu ustalenie, czy w przedmiotowej sprawie tej doszło

¹⁷ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24.01.2012 r., 23592/07, https://trybunal.gov.pl/uploads/media/Sprawa_Miazdzyk_przeciwko_Polsce__skarga_nr_23592_07__wyrok_z_dnia_24_stycznia_2012_r..pdf.

¹⁸ *Ibidem*, s. 3.

do naruszenia praw chronionych Konwencją, czy ingerencja była przewidziana w prawie krajowym oraz czy służyła realizacji uzasadnionego celu.

Oczywistym było, że w sprawie doszło do ograniczenia prawa do swobodnego poruszania się oraz że możliwość stosowania środka zapobiegawczego w postaci zakazu opuszczania kraju jest przewidziana wprost w polskiej ustawie karnoprocesowej. Trybunał uznał jednak, że ograniczenie prawa do swobodnego poruszania się, stosowane przez okres 5 lat i 2 miesięcy było nieproporcjonalne. Wskazał, że samo „porównanie okresów obowiązywania ograniczenia nie może stanowić wyłącznej podstawy określenia, czy naruszona została prawidłowa równowaga pomiędzy interesem publicznym we właściwym prowadzeniu postępowania karnego a interesem osobistym skarżącego w postaci prawa do swobodnego poruszania się. Kwestię tę należy rozważyć z uwzględnieniem specyfiki danej sprawy. Ograniczenie może być uzasadnione w danej sprawie wyłącznie w sytuacji, gdy istnieją jasne wskazania, że interes publiczny rzeczywiście przewyższa prawo osoby do swobodnego poruszania się”¹⁹. W tym kontekście Trybunał przyznał, że sprawa była złożona, co jednak nie może stanowić samoistnego uzasadnienia stosowania środka zapobiegawczego przez cały okres trwania postępowania, tym bardziej, że skarżący jest obywatelem Francji i tam także znajdowało się centrum jego aktywności życiowej przed aresztowaniem.

O omawianym zagadnieniu Trybunał rozstrzygał także w sprawie A.E. przeciwko Polsce²⁰, która dotyczyła obywatela Libii, oskarżonego o fałszerstwo, wobec którego zastosowano tymczasowe aresztowanie, następnie zamienione na poręczenie majątkowe i zakaz opuszczania kraju, który był stosowany wobec niego ponad 6 lat.

Trybunał w swoim rozstrzygnięciu ponownie wskazał, że utrzymywanie ograniczenia swobody przemieszczania się automatycznie i przez długi okres, może spowodować, że zakaz opuszczania kraju stanie się środkiem nieproporcjonalnym. Organy postępowania nie mają bowiem kompetencji do utrzymywania takiego ograniczenia, jeśli nie poddają cyklicznej ocenie uzasadnienia zastosowaniu takiego zakazu. W omawianej sprawie, oceny dokonano tylko raz, na wniosek skarżącego, co mogło wskazywać, że zakaz był w rzeczywistości stosowany automatycznie i traktowany jako środek bezterminowy.

¹⁹ *Ibidem*, s. 7.

²⁰ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 31.03.2009 r., 14480/04, https://trybunal.gov.pl/uploads/media/Sprawa_A.E._przeciwko_Polsce__skarga_nr_14480_04__wyrok_z_dnia_31_marca_2009_r_.pdf.

Problem długotrwałego stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych Trybunał rozważył także w kontekście naruszenia art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności na kanwie sprawy Zmarzlak przeciwko Polsce²¹. Skarżący, będąc podejrzanym o przerobienie i posługiwanie się fałszywym dokumentem, początkowo był tymczasowo aresztowany na okres niemal 3 miesięcy, a następnie, po uchyleniu stosowania środka izolacyjnego, zastosowano wobec niego dozór policji. Na etapie postępowania sądowego skarżący złożył wniosek o uchylenie dozoru, którego jednak nie uwzględniono. Następnie postępowanie karne przeciwko skarżącemu zostało zawieszone na 6 lat z uwagi konieczność uzyskania ekspertyzy. Dopiero po 12 latach od zastosowania środka sąd z urzędu zdecydował o jego uchyleniu. Ostatecznie wobec skarżącego zapadł wyrok uniewinniający.

Trybunał wskazał, że ryzyko wpływu na toku postępowania maleje wraz z upływem czasu. Zatem stosowanie środka zapobiegawczego powinno być dokonywane z powściągliwością i podlegać restryktywnej kontroli. Tym bardziej, że w omawianej sprawie przez 6 lat organy postępowania nie dokonały żadnej czynności, która wymagałaby obecności skarżącego.

Ostatni przykład dotyczący długotrwałego stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych dotyczy zawieszenia w czynnościach służbowych. Należy zaznaczyć, że osoby wykonujące obowiązki służbowe poddawane są ograniczeniom dotyczącym możliwości innego zatrudnienia. Do tego zagadnienia odniósł się także Trybunał w sprawie D.M.T. i D.K.I. przeciwko Bułgarii²², dotyczącej obywatela Bułgarii, któremu zarzucono oszustwo i czyny o charakterze korupcyjnym. Trybunał stwierdził, że „zwrot sprawy do etapu postępowania przygotowawczego oraz do ponownego rozpatrzenia przez wojсковy sąd odwoławczy spowodowała dwuipółletnią zwłokę w postępowaniu karnym”²³. Zwłoka organów postępowania wynikająca z różnego rodzaju uchybień wydłużyła tym samym zawieszenie skarżącego w pełnieniu jego obowiązków i zakaz ubiegania się o zatrudnienie. Ponadto ograniczenie wiązało się ze statusem funkcjonariusza publicznego, mimo że w toku postępowania skarżący tej funkcji nie sprawował. Trybunał uznał, że stosowanie tego środka na okres ponad 6 lat stanowiło nadmierne obciążenie dla skarżącego i doprowadziło do naruszenia art. 8 ust. 2 Konwencji. Powyższe jest istotne także

²¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 15.01.2008 r., 37522/02, https://trybunal.gov.pl/uploads/media/Sprawa_Zmarzlak_przeciwko_Polsce__skarga_nr_37522_02__wyrok_z_dnia_15_stycznia_2008_r._.pdf.

²² Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24.07.2012 r., 29476/06, LEX nr 1192192.

²³ *Ibidem*.

dla polskich rozwiązań w zakresie środków zapobiegawczych. Należy wskazać, wobec przyjętego w orzecznictwie na kanwie ustawy o pracownikach samorządowych poglądu, że pracownikowi nie przysługuje wynagrodzenie za czas niewykonywania pracy za okres odsunięcia od świadczenia pracy, wskutek postanowienia o zastosowaniu środka zapobiegawczego w postaci zawieszenia w czynnościach służbowych²⁴.

WNIOSKI I UWAGI *DE LEGE FERENDA*

Analiza przytoczonego orzecznictwa pozwoliła na wskazanie kryteriów, którymi należy się kierować przy ocenie realizacji minimalnego standardu ochrony praw i wolności konstytucyjnych w zakresie stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych. Trybunał wskazał, że okres stosowania środków powinien być oceniany z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy i ewentualnej przewlekłości postępowania, zakresu ingerencji oraz rodzaju naruszanego prawa lub wolności. Sama złożoność sprawy nie uzasadnia długotrwałości postępowania i stosowania środka. Wykonywanie środków zapobiegawczych powinno być poddawane cyklicznej ocenie. Środki takie nie powinny być stosowane automatycznie, bez refleksji nad aktualną sytuacją procesową, a z uwzględnieniem, że ryzyko wpływu na tok postępowania maleje wraz z upływem czasu.

Organy postępowania zobowiązane do wykazania proporcjonalności środka nie tylko w momencie jego zastosowania, ale również w toku dalszego postępowania. Oczywiście konieczność podejmowania działań kontrolujących celowość stosowania danego środka wynika ze wskazanych wcześniej przepisów ustawy procesowej, w tym z dyrektywy adaptacji. Przytoczone przykłady wskazują jednak, że polskie rozwiązania systemowe nie odpowiadają w praktyce, mimo deklaracji ustawodawcy, konwencyjnym standardom ochrony praw i wolności w zakresie długotrwałego stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych. Jednocześnie milczące przyzwolenie ustawodawcy na bezterminowe stosowanie nieizolacyjnych środków zapobiegawczych zwiększa ryzyko ich stosowania w przypadkach, w których nie realizują już one *in concreto* ustawowych celów, co oznacza, że przepisy postępowania karnego nie realizują nawet „standardu wyznaczonego przez art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w zakresie, w jakim nie określają

²⁴ zob. Wyrok SN z dnia 02.07.2012 r., I PK 46/12, OSNP 2013, nr 13, poz. 156, wyrok SN z dnia 16.08.2005 r., I PK 32/05.

czasu trwania określonych w nich środków zapobiegawczych”²⁵. Wprowadzenie do ustawy procesowej terminów mogłoby wymusić na organach postępowania dokonywanie okresowej oceny celowości stosowania środków²⁶.

Z powyższego wyłania się potrzeba dokonania weryfikacji rozwiązań ustawowych i skonstruowania nowego modelu nieizolacyjnych środków zapobiegawczych z uwzględnieniem ograniczeń temporalnych, co przekracza ramy niniejszego opracowania. Jednakże biorąc pod uwagę konieczność dokonywania cyklicznej oceny, odpowiednim rozwiązaniem byłoby zastosowanie terminów względnie maksymalnych, tak jak we innych wskazanych przepisach k.p.k.²⁷. Ponadto wprowadzenie terminów bezwzględnie maksymalnych mogłoby spowodować większą niechęć organów do stosowania środków nieizolacyjnych. Wydaje się, że najbardziej optymalny będzie okres 3 miesięcy z możliwością jego przedłużenia. Taki termin został już wprowadzony we wskazanych wyżej przypadkach. Ponadto sam ustawodawca uznał, że postępowanie przygotowawcze, w trakcie którego oskarżony może wpływać na prowadzone ustalenia dowodowe, powinno być w tym okresie przeprowadzone. Ze względu na kryterium braku automatyzmu działań, stosowanie wolnościowych środków zapobiegawczych powinno być poddane sądowej kontroli. Jednakże przypisanie tej kompetencji jedynie sądowi, z wyłączeniem organów postępowania przygotowawczego doprowadziłoby do sparaliżowania sądów karnych i znacznego przedłużenia procesów. Zatem jedynie decyzja o przedłużaniu stosowania środka (ewentualnie przedłużenie stosowania środka na dalszy okres, przekraczający ustawowo określony termin) powinna być podejmowana przez właściwy sąd (w postępowaniu przygotowawczym na wniosek prokuratora).

²⁵ J. Skorupka, *Granice...*, s. 378.

²⁶ *Ibidem*, s. 377.

²⁷ Można mieć wątpliwości co do zastosowania terminów w przypadku poręczenia, w szczególności niemajątkowego, ze względu na element dobrowolności i zawarcie „umowy” między poręczycielem a organem procesowym.

BIBLIOGRAFIA

Dudka K., *Praktyka stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych*, Warszawa 2016.

Nowikowski I., *Terminy w kodeksie postępowania karnego*, Lublin 1988.

Opinia Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 26.03.2020 r. do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o poszczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, http://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-uwagi-do-specustawy-z-dn-26032020-29806.pdf.

Postanowienie SA w Krakowie z dnia 04.12.2018 r., II AKz 321/18, LEX nr 2692003.

Postanowienie SN z dnia 28.02.2001 r., IV KO 11/01, LEX nr, OSNKW 2001/5-6/46.

Skorupka J., *Granice temporalne wolnościowych środków zapobiegawczych*, [w:] *Artes serviunt vitae, sapientia imperat. Proces karny sensu largo – rzeczywistość i wyzwania. Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Grzegorzcyka z okazji 70. Urodzin*, red. J. Kasiński, A. Małolepszy, P. Misztal, R. Olszewski, K. Rydz-Sybilak, D. Świecki, Warszawa-Łódź 2019.

Skorupka J., *O sprawiedliwości procesu karnego*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

Skorupka J., *Zasady procesu karnego* [w:] *Proces karny*, red. J. Skorupk, Warszawa 2020.

Wiliński P., *Dwa modele rzetelnego procesu*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 7.

Woźniewski K., *Prawidłowość czynności procesowych w polskim procesie karnym*, Gdańsk 2010.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24.01.2012 r., 23592/07.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 31.03.2009 r., 14480/04.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 15.01.2008 r., 37522/02.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24.07.2012 r.,
29476/06, LEX nr 1192192.

**TIME LIMITS FOR APPLYING NON-CUSTODIAL
PREVENTIVE MEASURES AS A GUARANTEE
OF A FAIR CRIMINAL TRIAL**

The issue of the time limits for applying non-custodial preventive measures has not yet been analyzed in detail in the Polish science of procedural criminal law. Numerous statements by representatives of the doctrine focus on the dates of applying pre-trial detention, which due to its isolation nature is a measure that greatly interferes with the sphere of civil rights and freedoms. However, the severity of the measures applied to secure the proper course of criminal proceedings should be measured not only taking into account the nature of the measure and the material scope of the rights and freedoms actually restricted, but also the duration of its application to the accused. However, the legislator did not introduce to the Penal Procedure Act detailed time limits for the application of non-custodial preventive measures. The only exception in this respect is the order to leave the flat shared with the victim. The above means that there is a risk of applying non-custodial preventive measures throughout the proceedings until the commencement of the execution of the sentence, without reflecting on the current procedural situation of the accused, in accordance with the Adaptation Directive. The author hypothesizes that the statutory definition of time limits for the application of non-custodial preventive measures is a guarantee of fair proceedings and fair application of procedural law. Therefore, it is advisable to consider the consequences of possible legislative changes regarding the timing of preventive measures, which, according to the author, may strengthen the protection of individual rights in the criminal trial.

For this purpose, in the first part of the study, reference is made to the meaning of terms in the criminal trial, taking into account the ordering and stabilizing functions, and in particular the guarantee and dynamising functions of criminal proceedings. Then, the deadlines introduced into the Penal Procedure Act in the field of preventive measures are presented, with particular emphasis on the order to leave the flat occupied by the aggrieved party. The objectives and functions of the indicated terms were analyzed, which was the basis for further considerations on the remaining non-custodial preventive measures, the *de lege lata* application of which is not limited by the statutory maximum or relatively maximum term. In this regard, the national and European jurisprudence was reviewed and indicated

practical problems of long-term use of non-custodial preventive measures, resulting from the abuse of authority and procedural position of the authority in the course of criminal proceedings. This is particularly important in the light of numerous legislative changes, as a result of which the catalog of non-custodial preventive measures was extended, without clearly limiting their temporal scope of application. In the further part of the study, a group of non-custodial preventive measures was outlined, the use of which, due to their nature, may be temporally limited.

Then, an analysis of the hypothetical procedural consequences of introducing statutory maximum or relatively maximum deadlines for individual non-custodial preventive measures is presented, carried out on two levels. The impact of the above-mentioned time limits for the implementation of procedural principles, in particular the principles of economics of the proceedings and the right to defense and to ensure proper procedural guarantees for the accused, the victim and the surety, and then for the possibility of effective use of non-custodial preventive measures to secure the proper course of the proceedings, including as a real alternative to pre-trial detention. The summary presents *de lege ferenda* postulates relating to the issue of deadlines for applying non-custodial preventive measures, including their nature, method and criteria for determining, as well as the purpose of the proposed legislative change and its expected legal consequences, in particular with regard to strengthening the protection of procedural guarantees of the accused and the just application of the law.

Keywords: Criminal trial, non-custodial preventive measures, fair trial

