

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu
- Piractwo i terroryzm morski
- Zasada domniemania niewinności a ponowne popełnienie przestępstwa przez skazanego
- Rola prokuratora w postępowaniu przygotowawczym przed międzynarodowymi trybunałami karnymi
- Wolność koalicji w pracowniczym i niepracowniczym zatrudnieniu
- Proporcjonalne formuły wyborcze i ich konsekwencje

2(184)
2010

WARSZAWA 2010
WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2(184) 2010

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2010



KOMITET REDAKCYJNY:

*Andrzej Bierć, Janusz Borkowski, Jerzy Ciemniowski, Władysław Czapliński,
Lech Gardocki, Ewa Łętowska, Małgorzata Król-Bogomilska,
Maria Kruk-Jarosz, Maria Matey-Tyrowicz, Joanna Mucha, Jan Skupiński,
Tadeusz Smyczyński, Andrzej Szajkowski, Elżbieta Tomkiewicz,
Roman Wieruszewski, Andrzej Wróbel, Maciej Zieliński*

Redakcja:

*Andrzej Bierć – reaktor naczelny
Tadeusz Smyczyński – z-ca red. naczelnego
Joanna Mucha – sekretarz Redakcji*

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: inp@inp.pan.pl

Publikacja dofinansowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN
ze środków Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Wydawnictwo Tekst sp. z o.o.
ul. Kossaka 72, 85-307 Bydgoszcz
tel./fax 52 348 62 50
e-mail: info@tekst.com.pl
www.tekst.com.pl

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

Adam Dyrda

Uniwersytet Jagielloński, Kraków

POZYTYWIZM POCHOWANY ŻYWCEM? W OBRONIE MIĘKKIEGO POZYTYWIZMU	5
POSITIVISM BURIED ALIVE? IN DEFENCE OF INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM	35

Aneta Ratkowska

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

PIRACTWO I TERRORYZM MORSKI	37
I. Historia piractwa	38
II. Piractwo	41
III. Jurysdykcja uniwersalna	45
IV. Bezprawne czyny na morzu	47
V. Środki zaradcze	55
VI. Piractwo a terroryzm	60
VII. Podsumowanie	62
MARITIME PIRACY AND MARITIME TERRORISM	64

Anna Marta Tęcza-Paciorek

Uniwersytet Wrocławski

ZASADA DOMNIEMANIA NIEWINNOŚCI A PONOWNE POPEŁNIENIE PRZESTĘPSTWA PRZEZ SKAZANEGO	67
THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND RE-COMMITTING THE CRIME BY THE OFFENDER	80

Hanna Kuczyńska

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

ROLA PROKURATORA W POSTĘPOWANIU PRZYGOTOWAWCZYM PRZED MIĘDZYNARODOWYMI TRYBUNAŁAMI KARNYMI	83
I. Zasady działania prokuratora	83
1. Prokurator jako organ międzynarodowych trybunałów karnych...	83
2. Granice niezależności prokuratora	88
II. Przebieg postępowania przygotowawczego	92
1. Wszczęcie postępowania przygotowawczego	92
2. Wstępne badanie sprawy	95
3. Wszczęcie postępowania przygotowawczego	97
4. Czynności prokuratora w postępowaniu przygotowawczym	101
5. Zatwierdzenie zarzutów i zakończenie postępowania przygotowawczego	105

6. Treść zarzutów.....	108
7. Podsumowanie.....	112
THE ROLE OF PROSECUTOR IN PRE-TRIAL BEFORE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS.....	114
 <i>dr Helena Szewczyk</i> Uniwersytet Śląski , Katowice	
WOLNOŚĆ KOALICJI W PRACOWNICZYM I NIEPRACOWNICZYM ZATRUDNIENIU	117
1. Uwagi wprowadzające	117
2. Pełna i ograniczona wolność koalicji.....	118
3. Wolność koalicji w publicznej sferze zatrudnienia.....	122
4. Wolność koalicji funkcjonariuszy służb mundurowych	127
5. Uwagi końcowe.....	130
5. Uwagi końcowe.....	130
FREEDOM OF COALITION OF EMPLOYED AND NOT EMPLOYED WORKERS	133
 <i>Marcin Rulka</i> Uniwersytet Łódzki	
PROPORCJONALNE FORMUŁY WYBORCZE I ICH KONSEKWENCJE	135
System STV	136
Metody dzielnikowe.....	139
Metody kwotowe	143
Polityczne konsekwencje proporcjonalnych formuł wyborczych	151
PROPORTIONAL ELECTORAL METHODS AND THEIR CONSEQUENCES	157
Informacje dla Autorów.....	158

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2(184) 2010
Warszawa 2010

Adam Dyrda ■

POZYTYWIZM POCHOWANY ŻYWCEM? W OBRONIE MIĘKKIEGO POZYTYWIZMU¹.

Podjęmowana przez miękkich (inkluzywnych) pozytywistów (następców H.L.A. Harta, tj. J. Coleman, W. Waluchowa, M. Kramera, K. E. Himmę) próba utrzymania stanowiska pozytywistycznego (teza o rozdziale, teza o źródłach społecznych) jest połączona z teoretycznym uwzględnieniem obecnych w praktyce sędziowskiej odwołań do argumentów moralnych. Inkluzywni pozytywiści traktują zatem rzeczywiste powiązania prawa i moralności jako związki kontyngentne, które próbują uzasadnić na poziomie systemowej reguły uznania. Stanowisko to, stanowiące próbę odnalezienia „złotego środka” w teorii prawa, jest krytykowane zarówno przez niepozytywistów, jak i pozytywistów „twardych”. R. Dworkin oraz L. Morawski krytykują miękki pozytywizm za to, że wbrew deklaracjom, nie przystaje on do wymagań współczesnej praktyki prawniczej, stanowiąc „zdegenerowany” i statyczny program badawczy. Z kolei J. Raz i jego zwolennicy wskazują, że poprzez fakt inkorporacji moralności do reguły uznania *de facto* nie jest on już pozytywizmem. Niniejszy artykuł podejmuje próbę obrony miękkiego pozytywizmu przede wszystkim przeciwko zarzutom niepozytywistów. Przedstawia także pewną wersję miękkiego pozytywizmu, którą można nazwać „konstruktywną” (autorstwa V. Villi). Na koniec wykazuje również, że miękki pozytywizm, jako zgodna z „duchem” pozytywizmu Modyfikacja (tj. dostosowanie tej teorii do wymagań współczesności), może być uzasadniona także przez odwołanie się do myślenia postmodernistycznego.

Pojęcie pozytywizmu. Dla wielu termin „pozytywizm” od dawna pozostaje określeniem filozoficznej martwoty. Dotyczy to przede wszystkim pozytywi-

¹ Tytuł nawiązuje do artykułu L. Morawskiego pt. *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy* (L. Morawski *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy*, „Ius et Lex” 2003 nr 1, s. 319-346).

zmu filozoficznego i logicznego, którego antymetafizyczny program załamał się już niemal pół wieku temu pod naporem zarówno zmasowanej krytyki z innych pozycji filozoficznych, jak i radykalizmu swoich własnych założeń (K. Popper, K. Godel). Choć ten kierunek filozoficzny z różnych powodów wyczerpał się, logiczni pozytywiści (K. Hempel, R. Carnap) wraz z Popperem wyznaczyli bardzo wysokie standardy analizy nauki. Zatem jakkolwiek ich spektakularna porażka nie podważa samej idei demarkacji twierdzeń epistemicznie akceptowalnych od nieakceptowalnych (ostatecznie nieweryfikowalnych, pseudo-naukowych)², to porażka ta sama w sobie stanowi dziś dla nas istotną przestrożę, by nie popełniać podobnych błędów (metodologicznych albo wręcz krypto-metafizycznych). Określenie linii demarkacji, choć samo ma charakter teoretyczny, posiada ogromny wpływ na praktykę (i to nie pozostanie bez znaczenia dla dalszych rozważań)³. Pozytywizm filozoficzny jest z pewnością teorią martwą, choć godną zapamiętania.

Wydaje się jednak, że rzecz ma się nieco inaczej z kierunkiem teoretycznym w prawoznawstwie, zwanym pozytywizmem prawniczym. Poważny kryzys powojenny w którym znalazła się doktryna pozytywistyczna został przezwyciężony dzięki pracy takich filozofów jak H. Hart, J. Raz, N. MacCormick czy J. Coleman. Jeden z nurtów wielowątkowej dyskusji w ramach współczesnego pozytywizmu dotyczy tzw. miękkiego (inkluzywnego) pozytywizmu, który stara się analitycznie dowieść, że prawo istnieje tylko i wyłącznie na mocy odpowiedniej społecznej konwencji („pozytywizm“), co jednak nie wyklucza – już na poziomie pojęciowym – występowania w nim treści moralnych („inkluzywny“)⁴. Treści moralne mogą być, w myśl tego stanowiska, warunkami obowiązywania norm prawnych.

² W zasadzie można powiedzieć, że główne zadanie pozytywizmu w filozofii nauki polegało na demarkacji zagadnień, którymi, z naukowego punktu widzenia warto się było zajmować, od zagadnień, które nie powinny budzić naukowego zainteresowania w ogóle. Sam problem demarkacji epistemicznie akceptowalnych twierdzeń od tych, które nie posiadają takiego znaczenia – będzie istotny również dla nas, bowiem w szczególnym przypadku prawoznawstwa dotyczyć będzie relacji prawa (które dla większości teoretyków pozytywistycznych jest pojęciem akceptowalnym) i moralności (co do której żywić oni będą w tej kwestii w różny sposób uzasadniony sceptycyzm) (B. Leiter, *Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case For Scepticism*, odczyt na 1st Conference on Philosophy and Law “Neutrality and Theory of Law”, Girona 20-22.05.2010, s. 7 i n.).

³ B. Leiter, *Demarcation...*, op. cit., passim.

⁴ Już w tym miejscu warto wskazać, że kryterium wyróżnienia inkluzywnego pozytywizmu stanowi nie po prostu stosunek do roli wartości, jakie określają czym jest prawo, ponieważ takie kryterium miesza w istocie dwie kwestie (M. Smolak, P. Kamela, *W sprawie inkluzywnego pozytywizmu prawniczego*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 8, s. 107): (1) (przynajmniej) walidacyjną rolę wartości moralnych w prawie i (2) oraz możliwość stworzenia wolnego od wartościowań opisu prawa. „Miętkość” omawianej teorii pozytywistycznej dotyczy pierwszego kryterium (tamże, s. 107).

Podstawowe twierdzenia miękkiego pozytywizmu sformułował Hart w znanym *Postłowie do Pojęcia prawa*⁵. Uwzględniając pewne modyfikacje tej doktryny, które nastąpiły od tamtego czasu, można stanowisko miękkiego pozytywizmu sprowadzić do dwóch charakterystycznych tez⁶. W tym opracowaniu bronie tych tez we wskazanym poniżej kształcie.

- 1) Teza o źródłach społecznych: istnienie i treść prawa w określonym społeczeństwie zależy od zbioru faktów społecznych, m.in. od działań członków społeczeństwa, które mogą przygodnie wiązać się ze standardami moralnymi, uzależniając od zgodności z tymi standardami obowiązywanie prawa (reguła uznania ma charakter społeczny i konwencyonalny).
- 2) Teza o rozdziale: nie jest wcale konieczne, aby obowiązywanie prawa było uzależnione od treści moralnych (pojęciowy rozdział obowiązywania prawa i moralności)⁷.

Wskazane trzy tezy stanowią główny trzon współczesnego pozytywizmu (z tym, że ekskluzywni pozytywiści przyjmują odmienne ich rozumienie i uzasadnienie niż inkluzywni).

Oblicza krytyki. Niepozytywiści, szczególnie ci, którym najbliższy⁸ ze swej istoty jest miękki (inkluzywny) pozytywizm⁹, atakują go w sposób najbardziej zażarty: obwieszczając jego śmierć. Twierdzą oni¹⁰, że pozytywizm wyczerpał się jako zdegenerowany program badawczy i nie ma praktycznie nic do zaoferowania, a to co przedstawia tzw. „inkluzywny pozytywizm” nie jest wcale pozytywizmem, ale wersją „anty-pozytywizmu”, który ze starej, skompromitowanej

⁵ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 318- 369.

⁶ J. J. Moreso, *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, „Dritto&Questioni Pubbliche” 2001, nr. 1, s. 99-117.

⁷ J.J. Moreso wyróżnia także trzecią tezę - o dyskrejonalności: przynajmniej w niektórych sprawach, w których prawo odnosi się do moralności (konwencyjonalnej), w sposób jasny reguluje ono pożądane zachowania i nie pozostawia sędziom żadnego swobodnego uznania (ibidem). Teza ta jednak jest tezą pochodną wskazanym dwóm, przez co nie stanowi bezpośredniego przedmiotu tego artykułu.

⁸ Świadczy o tym zresztą zamieszczona w *Postscriptum* argumentacja Harta, który wprost twierdzi, że nie ma nic sprzecznego pomiędzy jego teorią prawa a interpretacyjną jurysprudencej Dworkina; a także odpowiedź Dworkina na zarzuty J. Colemana, który kontynuuje myśl Harta, dającą wprost do zrozumienia, że między ich teoriami w gruncie rzeczy nie ma żadnej istotowej różnicy (por. R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass. 2006, s. 188).

⁹ Niepozytywiści tego rodzaju, w odróżnieniu do klasycznych przeciwników pozytywizmu wywodzących się ze szkoły prawa naturalnego, bądź innych ugruntowanych metafizycznych stanowisk, można nazwać zwolennikami „trzeciej drogi w jurysprudencji”.

¹⁰ Por. R. Dworkin, *Justice...*, op. cit, s. 187-222; L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”...*, op. cit., passim.

doktryny przejął już tylko nazwę¹¹. Do podobnej argumentacji, która jednak ma służyć jedynie obronie własnej wersji teorii, a nie krytyce całego pozytywizmu (jak w przypadku wskazanych niepozytywistów), uciekają się twardzi pozytywiści, posądzając pozytywizm miękki o „kryptojusznaturalizm”. Miękki pozytywizm, nie dość że rzekomo martwy, znajduje się zatem między teoretyczną Scyllą i Charybdą¹².

Niepozytywistyczna Scylla (Dworkin) twierdzi, że: (1) oprócz reguł (stosowanych na zasadzie „wszystko albo nic”) istnieją jeszcze zasady prawne, które stosowane są na sposób „mniej lub więcej”¹³. Jeżeli to prawda, model prawa jako wyłącznie zbioru reguł, charakterystyczny dla twardej wersji pozytywizmu, upada, skoro (wedle Dworkina) obowiązywanie zasad zależy nie od ich formalnego ustanowienia, ale od treści. To z kolei oznacza, że (2) reguła uznania, jako nie będąca jedynym kryterium identyfikacji prawa poprzez pozytywistyczny test pochodzenia także upada, skoro zasady, muszą być identyfikowane w inny sposób, niż przez odwołanie do reguły uznania. Na dodatek, skoro zasady prawne, odróżnione od reguł stanowią jednak część prawa, teza o rozdziale prawa i moralności musi zostać uznana za tezę fałszywą. Na koniec, dworkinowskie twierdzenie, że sędzia ma prawny obowiązek stosowania zasad niweczy pozytywistyczną tezę o dyskrejonalności w jej pierwotnym kształcie.

Klasyczna już dzisiaj krytyka pozytywizmu, przeprowadzona przez Dworkina stanowiła przez wiele lat pożywkę dla teoretyków, którzy starali się dać jej odpór. Strategie obrony pozytywizmu możliwe były co najmniej dwie: albo (1) bronić klasycznej wersji doktryny i odrzucać twierdzenia Dworkina, albo (2) wykazać, że te twierdzenia wcale nie są sprzeczne z pozytywizmem¹⁴. Pierwszą drogę pod-

¹¹ Zaś dzisiejszych zwolenników klasycznej wersji pozytywizmu, którzy opierają swoją teorię np. o pojęcie autorytetu (J.Raz) posądzają o kultywowanie archaicznych dogmatów (R. Dworkin, *Justice...*, op. cit., s. 188 i n.), oddając im jednak w pewnej mierze sprawiedliwość – w końcu nie podszywają się oni za nich samych, jak to robią rzekomo miękkcy pozytywiści.

¹² Scylla symbolizuje poglądy zwolenników Dworkina, natomiast Charybda – Raza i jego epigonów. Choć umiejscowienie miękkiego pozytywizmu między tak rozumianą Scyllą i Charybdą jest widoczne na pierwszy rzut oka, warto podkreślić (za: M. Smolak, P. Kamela, *W sprawie...*, op. cit., s. 107), że konfrontacja miękkich pozytywistów z dworkinowską Scyllą była dla nich znacznie bardziej inspirująca niż ataki Raza ze strony Charybdy.

¹³ Por. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass. 1977, passim.

¹⁴ Warto dodać, że S. Shapiro wykazuje, iż te strategie obronne były ufundowane na pewnej zwodniczej dworkinowskiej alternatywie, która brzmi: albo odtwórcza rola sędziego względem prawa preegzystującego albo twórcza rola w procesie moralnie uwarunkowanej interpretacji. Jest to alternatywa, która rozpatruje związek prawa i moralności na poziomie wyłącznie przedmiotowym, co oczywiście może mieć miejsce, ale z pewnością nie wyczerpuje całego spectrum możliwych i interesujących rozwiązań z perspektywy ogólnej teorii prawa.

jeli ekskluzywni pozytywiści, drugą – inkluzywni. Już Coleman w 1982 w swoim znanym artykule *Negative and Positive Positivism* wykazał, że pozytywizm jest do pogodzenia z tezą o istnieniu zasad moralnych posiadających prawny charakter, ponieważ prawny status takich zasad zależy od odpowiedniego ukształtowania reguły uznania¹⁵. Reguła uznania może, w zależności od określonych warunków społecznych, mieć charakter formalny i blankietowy bądź treściowy (substancjalny)¹⁶. Z nieco późniejszej odpowiedzi Harta w *Postscriptum* również wynika, że nie ma niczego takiego w idei reguły uznania, co wykluczałoby zastosowanie jej do zasad prawnych – gdyż te w gruncie rzeczy mogą mieć takie samo oparcie w regule uznania jak reguły. Istotne jest tylko to, aby zgodnie z tezą społeczną reguła uznania zawierająca oprócz kryteriów prawnego obowiązywania reguł także podobne kryteria dotyczące zasad, była wynikiem praktyki urzędników, którzy akceptują i stosują wskazane kryteria, posiadając przy tym wobec swoich własnych działań pewne krytyczne nastawienie, które Hart określił jako *internal point of view* (wewnętrzny punkt widzenia).

Jawne dopuszczenie przez pozytywizm zasad moralnych jako możliwego składnika prawa otworło drogę do zacieklej krytyki tej doktryny przez niepozytywistyczną Scyllę, która atakowała ją na wiele odmiennych sposobów¹⁷. Spośród tych ataków najbardziej interesujący wydaje się ten, który dotyczy roli i istoty zasad moralnych (moralności).

Stronnicy Dworkina postrzegają miękki pozytywizm jako pogląd niespójny z podstawową tezą pozytywizmu, a mianowicie tezą o konwencjonalności (jest to „podteza” tezy o źródłach społecznych). Zgodnie z tą tezą prawo jest konwencjonalną praktyką społeczną. Sęk w tym, że praktyka taka, jako konwencjonalna, musi odznaczać się dużym poziomem zgodności zachowań, co wyklucza możliwość powstania jakiejkolwiek głębszej kontrowersji. Tymczasem, treści moralne inkorporowane do prawa w myśl miękkiego pozytywizmu, są zdaniem Dworkina ze swej natury kontrowersyjne. Kontrowersyjność standardów moralnych

¹⁵ J. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, „Journal of Legal Studies”, 1982, vol. 11, s. 28 i n.

¹⁶ Por. M. Smolak, P. Kamela, op. cit., s. 108. Wiąże się to z omawianym przeze mnie dalej konwencjonalnym charakterem reguły uznania, wobec którego tylko od ukształtowanej w danej społeczności konwencji zależy, czy do identyfikacji obowiązującego prawa będziemy stosować kryterium formalno-kompetencyjne, czy treściowe (np. moralne).

¹⁷ W swojej najnowszej książce komentując ostatnie trzydzieści lat rozwoju pozytywizmu, Dworkin określa miękki pozytywizm mianem *Pickwickian Positivism*, co sugeruje, że, choć podobnie jak bohater powieści Ch. Dickensa, pozytywizm jest dobronijny i życzliwy, to jest on fałszywy. Natomiast twardy pozytywizm określa on mianem *Ptolemaic Positivism*, traktując go jako starą i zupełnie nieaktualną doktrynę (por. R. Dworkin, *Justice...*, op. cit., s. 188 i n.). Wygląda zatem, że samego siebie uznaje za „Kopernika jurysprudencji”.

sprawia, że teza o konwencjonalności upada, gdyż jeżeli reguła uznania (określająca ostateczne kryteria obowiązywania prawa) jest wysoce kontrowersyjna, to nie może być „regułą społeczną“, która wszak opierać się musi na zgodności zachowań. Tym samym nie będzie ona regułą uznania w sensie, jaki nadał jej Hart.

Z drugiej strony, krytyka przeprowadzana ze strony pozytywistycznej Charzybdy (Raz) nie dotyczy istotnej kontrowersyjności moralnych kryteriów obowiązywania prawa, ale problemu możliwości pogodzenia tych kryteriów z autorytetem („władzością“) prawa. Zdaniem Raza, samo pojęcie „władzości“ (autorytetu) prawa wyklucza możliwość poszukiwania jakichkolwiek uzasadniających racji dla obowiązywania prawa poprzez odniesienie się do jego tożsamości lub treści. Ponieważ pozytywizm inkluzywny musi uciekać się do takiego uzasadnienia kryteriów moralnych, które inkorporuje, zdaniem Raza musi on zostać odrzucony¹⁸.

Problem związków prawa i moralności jest zatem podstawą krytyki z obu stron. Moralny, a przez to martwy tyran, jakim ma rzekomo być miękki pozytywizm, stanowi dla obu obozów krytyki *contradictio in adiecto*. Czy wysiłki niepozytywistów i pozytywistów ekskluzywnych są zatem wystarczające, aby traktować pozytywizm inkluzywny jako zdegenerowany program badawczy, który dzisiaj nie ma nic do zaoferowania?

Psychoanaliza Dworkina. Zdaniem Dworkina powód, dla którego pozytywiści (zarówno miękcy jak i twardzi) wciąż zajmują się teorią, która już dawno straciła na aktualności (a ostatnimi, którzy rzeczywiście mieli coś istotnego do powiedzenia byli H. Hart i H. Kelsen), to nie jej rzekomy walor poznawczy, ale wynikająca *implicite* (zatem: niekoniecznie uświadomiona) z teoretycznej postawy pozytywistów możliwość traktowania filozofii prawa jako dziedziny niezależnej, posiadającej oddzielny przedmiot badań. Zdaniem pozytywistów bowiem, filozofia prawa różni się nie tylko od rzeczywistej praktyki prawniczej, ale także od akademickich studiów, które dotyczą konkretnego porządku prawnego i kształtu jej poszczególnych instytucji. Filozofia prawa, dzięki swemu deskryptywnemu i pojęciowemu charakterowi ma na celu opisanie i uchwycenie ogólnych właściwości prawa. Filozofia tak pojęta poszukuje ogólnego pojęcia prawa, a pozytywizm całym sercem takie poszukiwania wspiera, stroniąc od normatywności i uwarunkowań treściowych (właściwych raczej zagadnieniom polityczno-, niż teoretyczno-prawnym). Dworkin nie ma złudzeń: pozytywizm i jego wizja prawa przypomina raczej scholastyczną teologię, uprawianą na sposób kastowy¹⁹. Dworkin wyśmiewa zatem pozytywistyczne dążenie do odkrycia esencjalnej struktury prawa przy pomocy metod czysto opisowych. Kpi z naturalistycznego uwarunkowania

¹⁸ Por. J. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford 2001, s. 68.

¹⁹ Org. *guild* –*exclusivity* (R. Dworkin, *Justice...*, op. cit., s. 213).

metod pozytywizmu i potraktowania praktyki społecznej jako medium, które pozwala nauce prawa na dostarczenie jednoznacznych rozstrzygnięć. Kpi, ponieważ jego własne założenia filozoficzne pozwalają charakteryzować rzeczywistość społeczną w sposób złożony, a więc, co sam poczytuje sobie za zasługę, na sposób niepozytywistyczny. Ustanawia on idealistyczną wizję sprowadzającą prawo do całokształtu określonej kultury, a sędziemu narzuca obowiązek²⁰ przeprowadzenia możliwie najgłębszych studiów kulturoznawczych, w ramach których najistotniejsze badania dotyczą moralności (przede wszystkim: sprawdzianów moralnych w preegzystującym prawie).

Możliwość modyfikacji pozytywizmu. Z kolei Morawski, wspierający niepozytywistyczną Scyllę, zaczyna swoją krytykę pozytywizmu od „problemu metodologicznego”. Przywołuje znane *Postscriptum* Harta i zawartą tam odpowiedź udzieloną Dworkinowi, jako przykład tego, że pozytywiści sami:

[...] nie kwestionują - jak to się zwykło czynić - trafności zarzutów kierowanych przeciwko swojej doktrynie, ale podnoszą, że opinie krytyka, który po prostu nie zrozumiał sensu ich teorii, w zasadzie pokrywają się z ich punktem widzenia, albo też uznają zasadność jego zarzutów i stosowanie do ich treści modyfikują swoją teorię²¹.

Takie, w moim przekonaniu rzetelne, zdanie sprawy z postępowania pozytywistów czyni Morawski podstawą swojego zarzutu metodologicznego przeciwko „ucieczce” w pozytywizm miękki. Uważa on, że taka strategia obrony ma swój kres i w sytuacji, gdy zwolennik teorii zaczyna wycofywać się z jej podstawowych tez, nie można mówić o modyfikacji teorii, ale jej auto-obaleniu²². Problem metodologiczny stanowi więc w istocie problem tożsamości, który sprowadza się do następującego pytania: jakie i jak głębokie zmiany struktury teorii, doktryn i obiektów są dopuszczalne, byśmy mogli twierdzić, że teoria nadal zachowuje swoją tożsamość? Z uwagi na to, że problem tożsamości jest bardzo złożony, Morawski proponuje zastosować racjonalne kryterium, którego dostarcza idea programów badawczych I. Lakatosa: trzeba wyznaczyć „twardy rdzeń” teorii pozytywistycznej, czyli taki zestaw twierdzeń, które uważa ona za niepodważal-

²⁰ Obowiązek ten charakteryzuje Dworkin jako pewną „postawę interpretacyjną”. Wzorem jest tu ideał sędziego Herkulesa. Interpretacja wedle Dworkina musi spełniać dwa postulaty: 1) postulat maksymalnego wykorzystania materiału decyzyjnego (adekwatności wobec dotychczasowego materiału decyzyjnego) oraz 2) postulat maksymalnej koherencji z zasadami sprawiedliwości (*justice*), słuszności (*fairness*) i prawidłowości proceduralnej (*procedural due process*) (M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie* [w:] R. Dworkin, *Imperium...*, op. cit., s. XXI)

²¹ L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”...*, op. cit., s. 321.

²² L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”...*, op. cit., s. 322.

ne²³. Dopiero wykazanie fałszywości choć jednego z takich podstawowych twierdzeń oznacza falsyfikację teorii w sensie Poppera, czyli jej obalenie.

Zdaniem Morawskiego, miękki pozytywizm poza tym, że rezygnuje z pozytywistycznego „twardego rdzenia”, to próbując zachować, chociażby powierzchownie swój pozytywistyczny charakter, stanowi przykład programu degenerującego się w sensie Lakatosa²⁴.

Wedle Morawskiego dwie podstawowe tezy pozytywizmu, wyznaczające w powyższym sensie jego „twardy rdzeń” to teza społeczna i teza o rozdziale, w ich klasycznym, jak twierdzi Morawski, (J. Austin, H. Kelsen) sformułowaniu:

- (1) teza społeczna: prawo to normy ustanowione lub uznane przez kompetentny autorytet normodawczy zgodnie z przewidzianą procedurą;
- (2) teza o rozdziale: prawo i moralność to różne systemy normatywne. Obowiązywanie norm prawnych nie zależy od ich zgodności z normami moralnymi, dzięki czemu żadna norma prawna nie może utracić mocy obowiązującej z tego powodu, że jest niesłuszna czy niesprawiedliwa²⁵.

Morawski „ze względów metodologicznych” rozszerza wskazany „twardy rdzeń” o dwa dodatkowe twierdzenia: (3) twierdzenie, że identyfikacja normy prawnej zawsze następuje, w konsekwencji przyjęcia tezy społecznej, poprzez wskazanie autorytetu normodawczego i aktu, w którym norma ta jest zawarta (tj. poprzez swoisty dla prawa *test of pedigree*), a także twierdzenie (4) dotyczące pozytywistycznej zasady rządów prawa głoszącej, że wyłącznie prawo pozytywne może nakładać obowiązek posłuszeństwa wobec prawa.

Dwa argumenty podstawowe Morawskiego – dotyczące nieaktualności tezy społecznej i tezy o rozdziale – są kluczowe dla stwierdzenia, czy pozytywizm jest rzeczywiście martwy; pozostałe stanowią retoryczne rozwinięcie tez poprzednich. Ostrze tych argumentów, podobnie jak w przypadku Dworkina, wymierzone jest głównie przeciwko dokonywanemu przez miękkich pozytywistów włączeniu moralności w zakres pozytywistycznego pojęcia prawa, ale także roli jaką pełni przymus społeczny (Morawski odwołuje się do austinowskiej i kelsenowskiej wersji tej doktryny) w tradycyjnych koncepcjach pozytywistycznych.

²³ Pomijam w tym wystąpieniu kwestię, czy zastosowanie teorii Lakatosa do nauk społecznych, sc. prawoznawstwa, nie prowadzi do ustanowienia pewnej wersji esencjalizmu. Póki co traktuję „twardy rdzeń pozytywizmu” jako jedynie opis ukształtowania tej doktryny, czyli właściwie w duchu nominalizmu (który nb. jest dla Poppera właściwą i popularną podstawą wśród naukowców).

²⁴ L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”...*, op. cit., s. 324.

²⁵ L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”...*, op. cit. s. 326.

Demarkacja. Ważnym zagadnieniem jest zatem problem rozróżnienia istotnego i wiarygodnego naukowo pojęcia prawa od pojęcia moralności. Krytyka miękkiego pozytywizmu zwraca uwagę, że ściśle odseparowanie tych dwóch pojęć jest bądź niemożliwe (niepozytywizm), bądź z samej ich istoty konieczne (pozytywizm ekskluzywny). Wiąże się to oczywiście nie tylko z określeniem pojęcia prawa, ale także z ugruntowanym metafizycznie przekonaniem na temat tego, czym jest moralność (kognitywizm, tj. uznanie epistemicznej prawomocności twierdzeń etyki normatywnej) lub przekonaniem, że rozstrzygnięcie tej kwestii jest ostatecznie niewykonalne (nonkognitywizm w kwestiach sądów moralnych, np. etyka odpowiedzialności). Odpowiedzi z różnych stron są bardzo różne i trudno wiązać konkretny nurt teoretycznoprawny z określoną wizją moralności. Powoduje to bardzo subtelne, ale istotne różnice pomiędzy nurtami teoretycznoprawnymi (w tym nurtami samego inkluzywnego pozytywizmu). W związku z tym wypada zgodzić się z Hartem, że teoria prawa winna unikać jednostronnego i dogmatycznego zaangażowania w sporne teorie filozoficzne dotyczące natury przekonań moralnych. Problem obiektywności przekonań moralnych powinien pozostać dla teorii prawa kwestią otwartą (albo raczej: powinna ona brać pod uwagę możliwie szeroką liczbę rozwiązań tej kwestii!). Bez względu jednak na przyjętą metafizykę moralności obowiązkiem orzecznictwem sędziego pozostaje, zdaniem Harta, oparcie się na jak najlepsze przekonanie moralne w sprawach, które może on mieć do rozwiązania²⁶. Irrelevantne jest pytanie, czy sędzia „tworzy” prawo w związku z moralnością (sytuacja ograniczonej prawnie dyskrecjonalności sędziowskiej), czy też jest kierowany przez swoje przekonania moralne ku temu, co zostało ujawnione dzięki sprawdzianom moralnym w preegzystującym prawie, jak chciałby Dworkin.

W związku z tym za nieporozumienie należy poczytywać próby dyskredytacji pozytywizmu, ze względu na akomodację pewnej wizji moralności (w dodatku jedynie warunkowo - hipotetycznie) przez miękki pozytywizm. W gruncie rzeczy cała sprawa sprowadza się do przyjęcia wizji moralności, którą przyjmują zwolennicy szerokiej, holistycznej interpretacji prawa (Scylla, tj. Dworkin i Morawski) i wykazania jej zgodności z pozytywizmem. Zabieg ten przebiega, jak już wcześniej wskazałem, na dwóch poziomach: na poziomie tezy społecznej i tezy o rozdziale; natomiast pozytywistyczna teza o dyskrecjonalności²⁷ stanowi jedynie oczywistą konsekwencję przyjęcia określonej konstrukcji tych dwóch

²⁶ H.L. A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 339.

²⁷ Por. przypis 6.

tez²⁸. Wbrew temu, co sądzi Morawski, zabieg ten nie świadczy o słabości, ale o otwartości i rozwojowym charakterze miękkiego pozytywizmu.

Teza społeczna. Zanim poddam krytyce podane przez Morawskiego sformułowanie tezy społecznej, które przypisuje on zarówno Kelsenowi jak i Austinowi, pragnę wskazać, że już samo przypisanie takiego sformułowania Austinowi nie wydaje się zasadne. Teza ta, w wersji podanej przez Morawskiego odwołuje się do swoistej „kompetencji formalnej” – i w takim sformułowaniu rzeczywiście można ją przypisać Kelsenowi (choć on by nie nazwał tej tezy „tezą społeczną”), ale nie można już jej przypisać Austinowi oraz, kontynuującemu w pewnym sensie jego sposób myślenia o prawie, Hartowi. Dla Austina pojęcie suwerena było pojęciem sprowadzalnym do faktów społecznych, a nie do kompetencji formalnej. Suweren był dla niego tym, wobec którego wszyscy mają nawyk posłuszeństwa, zaś on nie ma nawyku posłuszeństwa wobec nikogo innego. Zatem „społeczność” tezy Austina sprowadzała się do tego, że podstawą prawa były pewne fakty społeczne. Hart z kolei jako społeczną podstawę prawa traktuje zgodną praktykę urzędników, z których wszyscy przyjmują tę samą konwencję rozpoznawania prawa, co, jak wykażę poniżej, łączy się z tezą o konwencjonalizmie. Zatem cechą dystyngtywną pozytywizmu jest teza społeczna, ale w innym znaczeniu, niż to, które podaje Morawski. Aby rozpoznać to, co jest prawem trzeba odwołać się do faktów społecznych, które, w zależności od wersji teorii, mogą być różnie identyfikowane. Należałoby zatem inaczej sformułować tezę społeczną, jeśli miałyby ona objąć także pozytywizm anglosaski (Austina, Harta, Raza itd.), na przykład tak:

Istnienie i treść prawa w określonym społeczeństwie zależy tylko i wyłącznie od zbioru faktów społecznych (w tym od ugruntowanych przez te fakty procedur), m.in. zbioru działań członków społeczeństwa, które mogą być określone bez jakiegokolwiek odniesienia do moralności.

Jest to rozumienie tezy społecznej, która bezpośrednio wiąże się z tezą o konwencjonalności. W takim kształcie jest też podstawą krytyki przeprowadzanej przez Dworkina. Jeśli Morawski chce zasadnie ogłosić śmierć pozytywizmu, winieni tezę w powyższym kształcie obalić. Pomimo odmiennego sformułowania

²⁸ Gdyby zastosować akceptowane np. przez Colemana (jak rozumiem w znacznym stopniu rozłączne) rozroźnienie na teorię prawa (*input*) i teorię stosowania (szerzej: interpretacji) prawa (*resp. output*) można by twierdzić, że sama (czysta) teoria prawa nie przesądza jeszcze w żaden sposób o dyskrecjonalności bądź jej braku – to jest moim zdaniem rozstrzygnięcie w przemożnej mierze zależne od teorii stosowania (szerzej: interpretacji) prawa. Dopiero przyjęcie, że obie teorie nie są do końca rozłączne, jak sugeruje V. Villa (V. Villa, *Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation and Value-Judgments*, „Ratio Juris” 2009, vol. 22, no. 3), które to zdanie sam podzielam, pozwala odkryć złożone współzależności między obiema teoriami, z których żadna nie będzie nigdy „czysta”.

tezy społecznej, wydaje się jednak, że Morawski taką ma właśnie intencję i rozumie tę tezę w sposób zbliżony do wersji, którą powyżej przedstawiłem (o czym świadczy jego dalsza argumentacja).

Morawski opiera swoją krytyki pozytywizmu na podważeniu skuteczności tzw. testu rodowodu, który rozumie w duchu Austina. Problem polega jednak na tym, że nastawiony przede wszystkim na normy prawa karnego Austin prezentuje w swym ujęciu zaledwie jedną z wielu możliwych charakterystyk tzw. tezy rodowodu (*pedigree thesis*). Tym samym przeocza on możliwość istnienia innych meta-reguł uznania, poza tą, która stanowi podstawę dla suwerena do wydawania opatrzonych sankcją rozkazów. Hart uważa natomiast, że istnieje wiele innych możliwości. Przedstawiona przez Harta reguła uznania wprowadza inne warunki: (1) akceptacja przez urzędników kryteriów obowiązywania jako oficjalnych wzorów postępowania oraz (2) generalną zbieżność zachowań członków społeczeństwa z regułami pierwszego stopnia²⁹. Tym samym Hart rezygnuje z pojęć „przymusu”, „rozkazu” i „sankcji” i sprowadza pojęcie prawa do pewnego społecznego artefaktu, w postaci powszechnej akceptacji norm przez urzędników (podczas gdy w wersji Austina jest to zastąpione przez możliwość zapewnienia sobie posłuchu przez suwerena wskutek istnienia nawyku posłuszeństwa)³⁰. To są różnice. Natomiast wspólną cechą wskazanych teorii pozytywistycznych jest to, że oba kryteria rozpoznawania prawa odwołują się wyłącznie do faktów społecznych.

Fakt społeczny pozostaje dla pozytywizmu kategorią centralną, którą trudno ostatecznie podważyć odwołując się do nieadekwatności pozytywistycznego testu pochodzenia w sensie Austina, jak chciałby to uczynić Morawski. Teza o źródłach społecznych zwykle bowiem pełni funkcję eksplanacyjną, będąc swoistym wyjaśnieniem autorytatywnych podstaw kryteriów obowiązywania prawa. Może jednak pełnić także, na co wskazują K. E. Himma, funkcję eksplanacyjną w stosunku do tzw. reguł pierwszego stopnia³¹, co dobrze widać na przykładzie teorii Austina, gdzie takie reguły (normy) obowiązują dzięki bezpośredniemu odniesieniu do kompleksu właściwości społecznych (artefaktu), w ramy którego wchodzi jasno określone relacje między suwerenem, jego zamierzeniami i podmiotami prawa. W tej wersji teza społeczna funkcjonuje na tym samym poziomie, co

²⁹ Pierwszy warunek dotyczy tzw. „wewnętrznego punktu widzenia“, drugi natomiast dotyczy zbieżnej praktyki (*convergent practice*). O ile drugie założenie jest w zasadzie formą austinowskiej zgodności zachowań (posłuchu), to pierwsze stanowi „normatywny wtręt“ (org. *normative punch*, J. Coleman, *On Relationship Between Law and Morality*. „Ratio Juris“ 1989, vol. 2, no. 1, s. 70). Jak wskazuje jeden z czołowych miękkich pozytywistów, J. Coleman: „Social practices become normative when it is used normatively“.

³⁰ K. E. Himma, *Inclusive Legal Positivism* [w:] J. L. Coleman & S. Shapiro (red.) *Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, Oxford 2002: s. 127.

³¹ Org. *first order legal norms*; ibidem.

teza rodowodu³². W tym znaczeniu reguły obowiązują tylko wtedy, gdy posiadają właściwy rodzaj źródła lub rodowodu (wymóg proceduralny). Teza społeczna w wersji *pedigree thesis* występuje w klasycznym pozytywizmie (J. Austin) oraz współcześnie w tzw. twardym pozytywizmie (J. Raz), a więc jest charakterystyczna dla mitologicznej pozycji, którą zajmuje skrajnie pozytywistyczna Charybda.

Mimo to nawet na gruncie tych teorii teza o źródłach społecznych nie jest identyczna z tezą rodowodu. Należy bowiem wskazać, że może istnieć taka reguła uznania, która uzasadnia obowiązywanie norm posiadających właściwy rodowód oraz, łącznie z nimi, norm pozostających w pewnych relacjach logicznych (bądź treściowych - moralnych) z tymi pierwszymi. Obowiązywanie drugiego rodzaju reguł (norm) będzie uzależnione (logicznie bądź treściowo) od obowiązywania norm rodzaju pierwszego. Normy drugiego rodzaju, jako normy derywowane (*derived norms*) będą zależeć od norm rodzaju pierwszego (opartych na rodowodzie) w ten sposób, że w razie zmiany statusu (obowiązywania) przez normy pierwszego rodzaju, same natychmiast (*immediately*) zmieniają status w ten sam sposób, co jednak nie zmienia faktu, że ostatecznie (*ultimately*) są zapośredniczone we właściwym fakcie społecznym. Wobec powyższego, chociaż obie tezy – teza o źródłach społecznych (*social fact thesis*) oraz teza rodowodu (*pedigree thesis*) funkcjonują na tym samym poziomie „eksplanacyjnym”, nie można ich w pełni utożsamiać³³. Wygląda na to, że Morawski nie traktuje testu pochodzenia w taki sposób. Dla niego test pochodzenia jest konieczną, a nie jedynie możliwą, konsekwencją pozytywistycznej tezy społecznej. To pozwala mu ostro przeciwstawić jej dwa inne kryteria rozpoznawania prawa: kryterium interpretacyjne i kryterium inferencyjne. Wydaje się jednak, że koncepcja norm derywowanych pozwala w zasadzie częściowo włączyć także te kryteria w ramy kompleksowo rozumianego testu pochodzenia.

Co do tezy społecznej miękkich pozytywistów, choć rzeczywiście uległa ona pewnej modyfikacji, to nie była to modyfikacja tak daleko idąca, jak uważają Dworkin i Morawski (tj. niwecząca w ogóle założenia pozytywizmu). Zachowany został bowiem społeczny charakter centralnej tezy, co więcej została jej nadana bardziej ogólna wymowa. Teza ta jest związana z dziedziczonym po Harcie przesvědzeniem, że reguła uznania (a wraz z nią cały system prawa) możliwa jest dzięki zaistnieniu specyficznego rodzaju zbiorowego działania, w ramach którego sędziowie i inni urzędnicy uczestniczą w praktyce identyfikacji (uznawania) określonych wzorców zachowania za wiążące. Owa praktyka uznawania określonych wzorców może (ale nie musi!) odwoływać się także do kryteriów moralnych.

³² Org. *pedigree thesis*; K.E. Himma, *Inclusive...*, op.cit., s. 128.

³³ Ibidem.

Zgodnie z poglądem miękkich pozytywistów, uznawane przez Morawskiego trzy sposoby identyfikacji prawa (test rodowodu, sprawdzian interpretacyjny i kryterium inferencyjne) spełniają pozytywistyczną tezę o źródłach społecznych, jeśli jest prawdą – jak twierdzi Morawski – że uznawanie tych trzech kryteriów jest powszechną praktyką funkcjonariuszy systemu (sędziów, urzędników)³⁴. Praktyka jest w tym wypadku rozumiana jako plan lub projekt celowego działania, w które zaangażowani oni mają być wspólnie, być może właśnie z powodu różnych przekonań moralnych³⁵ i świadomości tych różnic³⁶. Jednocześnie tak ujęta praktyka pozwala uniknąć zarzutu tzw. „semantycznego ukąszenia” i nie wyklucza dorzecznych, istotnych sporów między sędziami na tle tzw. *hard cases* – czyli uchyla³⁷ najważniejsze Dworkinowskie obiekcje pod adresem pozytywizmu.

Słaba teza o konwencjonalności. Przytoczony problem praktyki dotyczy tzw. tezy o konwencjonalności, która w swoim miękkopozytywistycznym wydaniu³⁸ uzupełnia Hartowską tezę o źródłach społecznych, wyjaśniając autorytatywność kryteriów obowiązywania prawa zawartych w regule uznania. Słaba teza o konwencjonalności to twierdzenie, że w każdym pojęciowo możliwym systemie prawa kryteria obowiązywania istnieją na gruncie konwencji społecznej zawartej pomiędzy osobami, które funkcjonują jako urzędnicy (*officials*). Jak pisze J. Coleman:

(...) law is made possible by an interdependent convergence of behaviour and attitude (...) among individuals expressed in a social or conventional rule³⁹.

Istnienie konwencjonalnej praktyki zależy od dwóch czynników: zbieżnego zachowania i charakterystycznej, podzielanej przez te same osoby, postawy, ze względu na którą nie-podporządkowanie się tak ujętej praktyce będzie stanowiło przedmiot uzasadnionej krytyki. Wobec tego słaba teza o konwencjonalności wyjaśnia istnienie prawa poprzez odniesienie się do konwencjonalnej reguły

³⁴ Por. m.in. S. Shapiro, *Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?*, „Ratio Juris” 2009, vol. 22, no. 3, s. 327.

³⁵ Tak m.in. N. Stavropoulos, *The Relevance of Coercion*, „Ratio Juris” 2009, vol. 22, no. 3, s. 357; por. J. Coleman, *The practice of principle...*, passim.

³⁶ Takie ujęcie praktyki pozwala Colemanowi na zachowanie hartowskiej wersji tezy o źródłach, jako wyrażającej pewną konwencjonalną praktykę urzędników, jednocześnie określając ją jako pewną praktykę racjonalną i celową.

³⁷ Co zresztą przyznaje sam Dworkin (R. Dworkin, *Justice...*, op. cit., passim).

³⁸ Org, *The Weak Conventionality Thesis*; K.E. Himma, *Inclusive...*, op.cit., s.129-132.

³⁹ J. Coleman, *Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis*, „Legal Theory” 1998, vol. 4/4, s. 383.

uznania, która pozwala uznać za obowiązujące normy, będące w miarę efektywnym środkiem regulacji ludzkich zachowań⁴⁰.

Co do stwierdzenia, że autorytatywne kryteria obowiązywania prawa wynikają z pewnego rodzaju społecznej konwencji, panuje wśród różnego autoramentu pozytywistów niemal powszechna zgoda. Różnice dotyczą charakteru tej konwencji, która wyznacza władcze (autorytatywne) kryteria uznania prawa⁴¹. Zdaniem J. Colemana wyjaśnienie konwencyjnego charakteru prawa musi przebiegać na pewnym poziomie abstrakcji⁴². Odnosi się on do pojęcia tzw. *Shared Cooperative Activity* (SCA), wprowadzonego przez M. E. Bratmana⁴³, a propagowanego także przez S. Shapiro⁴⁴. Reguła uznania może bowiem stanowić, jako konwencyjnalna meta-reguła, przejaw SCA. Coleman w następujący sposób identyfikuje trzy charakterystyczne właściwości SCA⁴⁵:

1. każdy uczestnik SCA dąży do tego aby dostosować swoje zachowanie do zachowań innych (*mutual responsiveness*);
2. każdy uczestnik SCA oddaje się wspólnym działaniom (postulat świadomego zaangażowania we wspólne działania – *commitment to the joint activity*);
3. każdy uczestnik SCA wspiera wysiłki innych uczestników na rzecz odgrywania przez nich właściwych ról w ramach wspólnego działania (*commitment to mutual support*).

W takim ujęciu SCA pozwala nie tylko na koordynację zachowań uczestników, lecz także dostarcza struktury odpowiedniej wymiany działań⁴⁶. SCA zdaniem Colemana właściwie ujmuje strukturę normatywną reguły uznania. Jest bowiem analityczną prawdą (*conceptual truth*) o prawie, że urzędnicy muszą koordynować swoje zachowania tak, aby odpowiadały zamierzeniom i działaniom innych. Sędziowie, rozpatrując poszczególne sprawy nigdy nie pozostają w próżni, lecz podejmują decyzje pozostające w pewnym związku z decyzjami podjętymi wcześniej przez urzędników (np. legislatorów) bądź innych sędziów. W po-

⁴⁰ K. E. Himma, *Inclusive...*, op.cit., s. 130.

⁴¹ Ibidem.

⁴² R. Dworkin podnosi w tym miejscu zarzut, że przyjęta przez Colemana metoda abstrahowania, ma charakter nieograniczony – dla każdego problemu można dzięki niej, na odpowiednio wysokim poziomie abstrakcji, znaleźć uzasadnienie w postaci konwencji. Wydaje mi się jednak, że kryteria SCA przytoczone przez Colemana, siłą rzeczy taką granicę statuują.

⁴³ Por. np. M. Bratman *Shared Cooperative Activity*, „Philosophical Review” 1992, vol. 101/2.

⁴⁴ Por. Shapiro, *Was Inclusive...*, op. cit., passim.

⁴⁵ K. E. Himma, *Inclusive...*, op.cit., s. 132.

⁴⁶ Org. a background framework that structures relevant bargaining; J. Coleman, *The practice...*, op. cit., s. 97.

dobny sposób urzędnicy uczestniczą we wspólnym działaniu (w ramach „systemu prawa“) i wspierają się wzajemnie. Urzędnicy odpowiedzialni za uchwalanie i promulgację prawa wymagają, przykładowo, współpracy ze strony urzędników odpowiedzialnych za ich stosowanie i egzekucję. Jeśli pozbawić konwencjonalne zachowania urzędników wskazanych w SCA podstaw normatywnych to, zdaniem Colemana, nie byłyby one, jako praktyka, pojęciowo możliwe. SCA jest wobec tego szczególnym ujęciem słabej wersji tezy o konwencjonalności, która określa ogólną tezę o źródłach społecznych.

Mocna teza o konwencjonalności. Hart, którego tropem podąża także Coleman uznawał jednak także tezę o konwencjonalności w jej mocniejszym wydaniu⁴⁷, która wyraża fakt, że konwencjonalna w powyżej nakreślonym sensie reguła uznania jest regułą narzucającą pewne obowiązki (*duty-imposing rule*). Narzuca ona bowiem określone obowiązki na sędziów, zmuszając ich do uznawania wspólnie podzielanych (fakt społeczny) kryteriów legalności. Obowiązek ten dotyczy wszystkich stosujących prawo urzędników systemu i ma on charakter autonomiczny. Wynika wyłącznie z reguły uznania, natomiast pozostaje sprawą otwartą to, czy sędziowie (i pozostali urzędnicy) kierują się także dodatkowymi, np. moralnymi względami, gdy podporządkowują się regule uznania. Względy te mogą natomiast być przygodnie akceptowane przez elementy treściowe w regule uznania. Wobec powyższego, w myśl mocnej tezy o konwencjonalności, reguła uznania w sposób autonomiczny obliguje urzędników do stosowania tylko takich kryteriów obowiązywania prawa, które sama formułuje.

Rozpatrując zarzuty Morawskiego można stwierdzić, że przyjęcie i uzasadnienie obu tez o konwencjonalności, choć znacznie modyfikuje i poszerza punkt widzenia pierwszych pozytywistów, wcale nie oznacza rezygnacji z fundamentalnych pozytywistycznych twierdzeń. Wyższy poziom abstrakcji pozwala bowiem na stwierdzenie, że charakterystyczny program pozytywistów, który dobrze opisywał rzeczywistość społeczną w XIX wieku – teraz wcale się nie wyczerpał tylko dlatego, że rzeczywistość uległa znacznym przemianom. Wystarczy uznać, że dobra teoria prawa (teoria społeczna) jest trafna – nie tylko w warstwie opisu, ale przede wszystkim w sferze metodologicznej – dzięki czemu w myśl określonych zasad metodologicznych potrafi zawsze dopasować teorię do zmiennej rzeczywistości. Poszukiwanie społecznych źródeł prawa, którym zajmują się pozytywiści, za czasów Austina skutkujące rozpoznaniem go w szczególnej postaci nawyku posłuszeństwa i *de facto* redukujące prawo do formy społecznego przymusu, zostało także podjęte przez miękkih pozytywistów. Hart dał znacznie bardziej kompleksową odpowiedź. Wytknięte

⁴⁷ Org. *The Strong Conventionality Thesis*; K.E. Himma, *Inclusive...*, op. cit., s. 132-135.

mu jednak wady zmusiły pozytywistów do poszukiwania jeszcze lepszych rozwiązań (wspomniana SCA).

Problem dla Harta podejmującego tematykę wewnętrznego punktu widzenia stanowił fakt, że jego analiza nie wyjaśnia jak reguła uznania może fundować obowiązki o charakterze autonomicznym (choć w pewnej mierze wyjaśnia normatywność, gdyż przyjęcie wewnętrznego punktu widzenia względem zachowań innych może dostarczyć racji do czynienia tego co inni)⁴⁸. Przyjęcie wewnętrznego punktu widzenia wobec reguły uznania nie oznacza nic więcej poza traktowaniem jej za podstawę do krytyki zachowań innych. Rzeczywiście, sam Hart uważa, że urzędnik może przyjąć regułę uznania z dowolnych powodów⁴⁹. To nie zmienia faktu, że jednostronna akceptacja reguły przez jednostkę nie może zobowiązywać jej do przestrzegania tej reguły. Himma podaje przykład urzędnika, który zmienia swoją postawę względem istniejącej reguły uznania. Nie może on w takiej sytuacji wyrzec się ciężących na nim obowiązków z tytułu reguły uznania, wobec której nie prezentuje już wewnętrznego punktu widzenia. Prosta zbieżność niezależnych akceptacji dla reguły uznania, którą postuluje Hart, nie wystarcza, aby obligować urzędników do jej przestrzegania⁵⁰.

Struktura proponowanego przez Coleman SCA nie opiera się jedynie na prostej zbieżności wielu jednostkowych postaw akceptacji, lecz postuluje „wspólne zaangażowanie się” tych jednostek (*joint commitment*) na rzecz działań, dla których podstawą jest reguła uznania.

The best explanation of judges' responsiveness to one another is their commitment to the goal of making possible the existence of a durable legal practice (though judges may have different reasons for thinking that a durable, sustained legal practice is desirable). Abiding by a practice of precedent is one way in which each judge helps the other do his part in fulfilling the aims of a legal practice⁵¹.

Tak określone w ramach struktury SCA reguły mogą prowadzić do powstania obowiązków, dzięki temu, że wprowadzają uzasadnione przekonania co do zachowań innych. Zatem, jeżeli reguła uznania posiada znacznie głębszą od Hartowskiego „wewnętrznego punktu widzenia” strukturę SCA, może ona prowa-

⁴⁸ Jakkolwiek Coleman uważa, że Hart wcale nie zamierzał dzięki swej koncepcji wewnętrznego punktu widzenia wyjaśnić jak reguły społeczne wyprowadzają obowiązki (J. Coleman, *Incorporationism ...*, op. cit., s. 400).

⁴⁹ Może to zrobić także z czystej roztropności, co podważałoby znowu pozytywistyczną zasadę rządów prawa, por. L. Morawski, *Pozytywizm „twardy ...*, op. cit., s. 326.

⁵⁰ K.E. Himma, *Inclusive...*, op. cit., s. 134.

⁵¹ J. Coleman, *The Practice...*, op. cit., s. 97.

dzić do powstania obowiązku względem części urzędników jej podlegających. Pozostaje jednak problem podporządkowania regule uznania reszty obywateli. To, że część urzędników poświęca się na rzecz działań prawnych nie stanowi dostatecznej racji dla określenia obowiązków obywateli do podejmowania działań zgodnych z prawem tworzoną przez urzędników w ramach ich działań (*joint commitment*). Pokazuje to, że minimalny Hartowski system prawny, nawet wzbogacony o proponowane przez Colemana SCA, nie jest wcale mniej przymusowy (przynajmniej w stosunku do obywateli) niż system Austina⁵². Jest to jednak niepokojąca wiadomość tylko dla tych niepozytywistycznych teoretyków, którzy nieugięcie twierdzą, że przymus nie jest dystynktywną cechą każdego systemu prawa.

Argumentacja Morawskiego zatem nie przekonuje, ponieważ nie dostarcza on argumentów, które podważyłyby nie tylko tezę o źródłach społecznych, ale także, rozumianą kompleksowo tezę o konwencjonalności. Jeśli prawo ma spełniać swoje zadania, nie może ono zostać zdefiniowane jako zestaw różnorodnych, niezwiązanych ze sobą preferencji sędziów. Morawski nie podważył w istocie tezy społecznej w rozumieniu pozytywistów, a jedynie zakwestionował linię rozwoju ich teorii. Równie dobrze mógłby twierdzić, że bez solidnych metafizycznych podstaw moralności nie można mówić o jakiegokolwiek doktrynie niepozytywistycznej, a to oznaczałoby powrót do ery klasycznego prawa naturalnego. Faktem jest, że stopniowo rozwijający się pozytywizm, wcale nie odcinając się od, niegdyś aktualnego, źródła stara się mierzyć z wyzwaniami, jakie pod jego adresem stawia rzeczywistość społeczna, weryfikująca jego pierwotne założenia.

Argumentacja za odrzuceniem krytyki Morawskiego jest w zasadzie podobna do tej, jaką można zastosować w stosunku do dworkinowskiej krytyki stanowiska, które Dworkin określa jako *Soft Conventionalism*⁵³. Argumentacja prezentowana przez Dworkina, i Morawskiego jest określana jako *the Collapse Argument*. Zdaniem Dworkina:

[Soft Conventionalism] is, rather a very abstract, undeveloped form of law as integrity. It rejects the divorce between law and politics that a conventionalist theory with the motives I described tries to secure⁵⁴.

⁵² K.E. Himma, *Inclusive...*, op. cit., s. 135.

⁵³ W naszej terminologii jest to inkluzywny pozytywizm prawniczy.

⁵⁴ R. Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, s. 127-128. Wedle polskiego wydania cytata brzmi: "[Słaby konwencjonalizm] stanowi raczej bardzo abstrakcyjną, niedojrzałą postać integryzmu prawnego. Odrzuca rozdział polityki i prawa, który teoria konwencjonalistyczna, odwołująca się do opisanych przeze mnie motywów usiłuje zachować" (R. Dworkin, *Imperium prawa*, tł. J. Winczorek, Warszawa 2006, s. 130).

Wedle Dworkina ta wersja miękkiego pozytywizmu wyraża tezę, że możliwa jest swoista abstrakcyjna zgoda co do kryteriów identyfikowania prawa w społeczności, podczas gdy w tym samym czasie może nie być żadnej zgody co do treści tych kryteriów (*implicit sides, implicit contents*). Dworkin podkreśla, że jest to jednak słaby sposób uzasadnienia treści konwencji, ponieważ zawsze można wyjść na wyższy poziom abstrakcji argumentacji, za co jedna płaci się cenę w postaci gorszej jej jakości.

Drugi zarzut Dworkina dotyczy związku zasad moralnych i funkcjonującej w oparciu o założenia tezy społecznej reguły uznania. Zdaniem Dworkina reguła uznania nie jest w stanie określić jednoznacznie „wagi” zasad w odniesieniu do konkretnych spraw, ponieważ „waga” ta może być dookreślona dopiero poprzez kompleksowe rozumowania moralne. A tych reguła uznania objąć już nie może⁵⁵.

Trzeci zarzut, który formułuje Dworkin dotyczy tego, że reguła uznania jako reguła społeczna (której autorytet, tj. „władczość”, wynika z istniejącej konwencji) nie jest regułą normatywną, która może stwarzać obowiązki i uprawnienia w sytuacji braku odpowiedniej praktyki, albo wręcz w sytuacji istnienia praktyki z nią sprzecznej. Zdaniem Dworkina reguły normatywne mogą nakładać obowiązki, ponieważ są słusznymi zasadami moralnymi, a nie, jak to czynią *ex hypothesi* reguły społeczne, przez odwołanie się do powszechnie akceptowanej praktyki⁵⁶.

J. J. Moreso uważa, że można odpowiedzieć na pierwszy zarzut Dworkina poprzez wykazanie zgodności pomiędzy koncepcją *law as integrity* a tezą o źródłach społecznych i tezą o rozdziale w ich miękko-pozytywistycznych odsłonach w następujący sposób⁵⁷.

Dworkin wydaje się wyraźnie akceptować tezę społeczną w bardzo słabej wersji⁵⁸. Rozwija on swoją koncepcję integralnego prawa w następujący sposób. Po pierwsze musi istnieć etap „przedinterpretacyjny” (*preinterpretive stage*) na którym są identyfikowane reguły i zasady, stanowiące potencjalny przedmiot praktyki. Pomimo, że jest to etap „przedinterpretacyjny”, *de facto* jakiś rodzaj interpretacji (*sensu largo lub largissimo*) jest tu także konieczny, ponieważ reguły społeczne nie posiadają żadnych „etykietek”, pozwalających na szybkie i jednoznaczne ich zidentyfikowanie. Wykazanie, że dana praktyka społeczna (w ramach określonej wspólnoty interpretacyjnej) wymaga zastosowania minimum interpretacji, co do elementów dla tej praktyki konstytutywnych, sprawia, że nawet u podstaw teorii interpretacyjnych stoi (słaba) wersja tezy społecznej.

⁵⁵ R. Dworkin, *Taking...*, op. cit., s. 40-41.

⁵⁶ J. Coleman, *Negative...*, op. cit., s. 29.

⁵⁷ J.J. Moreso, *In Defence...* op. cit., s. 109.

⁵⁸ R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 65-66.

Na tym etapie (przedinterpretacyjnym) jest wyraźnie widoczne, iż nie może on przebiegać bez konsensusu, który sprawia, że postawa interpretacyjna może prowadzić do oczekiwanego rezultatu w postaci „interpretacji”. Założenie tego konsensusu, stanowiącego ostateczne kryterium identyfikacji prawa obowiązującego w sensie Harta, w tym minimalnym, lecz istotnym stopniu, jest zatem oczywistością.

Wynika z tego, że Dworkin, a za nim Morawski muszą zaakceptować pewne minimum konwencjonalizmu przynajmniej na etapie „przedinterpretacyjnym”, a to oznacza, że hołdują oni słabej wersji tezy o źródłach społecznych⁵⁹. Na podobną zbieżność w kwestii tezy o rozdziale wskazał już Hart (patrz rozdział 1), argumentując, że nawet nazistowskie prawo jest prawem w sensie przedinterpretacyjnym. Jeśli dodać do tego fakt, na który wskazał M. Moore, że Dworkin, po pierwsze, musi zastosować dodatkowe przesłanki dla rezygnacji z tezy o dyskrecjonalności i utrzymania *the Right Answer Thesis*, oraz po drugie, nie jest on w stanie pogodzić tych przesłanek z utrzymywaniem bardziej fundamentalnych, wskazanych przed chwilą, konwencjonalnych podstaw jego teorii interpretacyjnej to oczywistym jest, że musi zrezygnować ze swojej koncepcji jedynego prawidłowego rozwiązania⁶⁰. Oznacza to jak podkreśla Moreso, że teoria Dworkina może być uznana, za specyficzną, optymistyczną wersję inkluzywnego pozytywizmu, który wszak starała się obalić⁶¹.

Co do drugiego zarzutu Dworkina, który dotyczy charakterystycznego dla miękkiego pozytywizmu związku między tezą o źródłach społecznych i tezą o rozdziale prawa i moralności, należy powtórzyć, że Dworkin operuje błędnym obrazem pozytywizmu, gdy uważa, że reguła uznania winna jednoznacznie i kompletnie określać nie tylko treść reguły i zasady, ale także skutki ich zastosowania. Doza niepewności jest zdaniem Harta konieczna do zachowania prawidłowego funkcjonowania systemu prawa, przede wszystkim ze względów na ludzką ułomność. Na tym tle wyłania się omówione już zagadnienie otwartej tekstowości prawa. Otwartej tekstowości można by uniknąć tylko wtedy, gdyby postulowana wspólnota interpretacyjna urzędników stosujących prawo była *de facto* wspólnotą sędziów-Herkulesów. Wtedy *open texture* byłaby niepotrzebna, co wynikałoby z idealnie zgodnej i wzajemnie zrozumiałej herkulejskiej praktyki. Nie zmieniałoby to jednak faktu, że owa praktyka byłaby wyrazem pozytywistycznej tezy o źródłach społecznych.

⁵⁹ J. J. Moreso, *In Defence...*, op. cit., s. 110.

⁶⁰ M. Moore, *Methaphysics, Epistemology and Legal Theory*, „Southern California Law Review” 1987, vol. 60, s. 494.

⁶¹ J. J. Moreso, *In Defence...*, op. cit., s. 110.

W związku z tym, wcale nie jest tak, że miękki pozytywizm jest „krypto-iusnaturalizmem” lecz, przeciwnie koncepcja *law as integrity*, podobnie jak postmodernistyczna, niepozytywistyczna koncepcja Morawskiego, jest krypto-formą inkluzywnego pozytywizmu prawniczego⁶². W gruncie rzeczy, jeśli za Hartem przyjmujemy, że reguła uznania to „standard istniejący w każdym społeczeństwie, ze względu na który normy prawne są określane jako obowiązujące” to każdą teorię prawa, która posiada konwencjonalne podstawy, możemy zredukować do pozytywizmu⁶³. Teoria natomiast, która takich podstaw nie posiada, nie będzie pozytywizmem. Tak szeroko pojęty pozytywizm, choć dla niektórych jest teorią fałszywą, na pewno nie jest teorią „martwą”.

Trzeci zarzut Dworkina natomiast, różnie komentowany przez pozytywistów na przestrzeni lat, obecnie doczekał się rozwiązania w postaci przytoczonej przeze mnie struktury SCA. Struktura ta w jasny sposób ukazuje źródła normatywności reguł społecznych. Dworkinowski podział na reguły społeczne i reguły normatywne stanowi zatem przeżytek. Co więcej, został ufundowany na błędnym założeniu że pozytywistyczna teza o źródłach odnosi się tylko do twardych faktów (*hard facts*), czyli testu rodowodu.

Teza o rozdziale. W swojej najbardziej ogólnej postaci teza o rozdziale (*The Separability Thesis*) głosi, że prawo i moralność to dwa fenomeny, pojęciowo zupełnie niezależne. Jednak tak przedstawiona teza może być interpretowana na wiele sposobów⁶⁴. Przykładowo Klaus Füller uważa, że jest ona meta-twierdzeniem głoszącym, że definicja prawa musi być zupełnie wolna od jakichkolwiek pojęć moralnych⁶⁵. Chciałbym zaproponować podobne jej rozwinięcie: jako pewnego meta-twierdzenia co do ontycznych podstaw moralności.

⁶² Trzeba uważać, aby nie popaść w pewną logiczną pułapkę. Skoro spór jest o to, czy A jest B, czy może B jest A, można by było uznać, że po prostu są tym samym. W tej sytuacji, choć rzeczywiście można teorie pozytywistyczne uzgodnić do pewnego stopnia z niepozytywizmem (co czyni miękki pozytywizm), nie można mimo to stwierdzić, że miękki pozytywizm to kryptoiusnaturalizm. To jest nieporozumienie, wyrosłe z niedocenienia „ogólności” teorii pozytywistycznej. Miękki pozytywizm, co staram się udowodnić w tym wystąpieniu, może poradzić sobie z ważną rolą moralności (walidacyjną bądź derogacyjną) w prawie. Teoretycznie potrafi to zrobić, ponieważ konwencja społeczna, na której opiera on wszelkie obowiązywanie prawne, jest jedyną i ostateczną determinantą treści prawa (choć sama może mieć charakter zupełnie formalny). A może być B, ale to B chce zawsze być także A – na tym raczej polega problem niepozytywistów (tutaj występujących jako B), chcących zawłaszczyć ten fragment teorii pozytywistycznej, który potrafi sensownie zająć się moralnością, i tym samym go – w moim przekonaniu bezskutecznie - zdyskredytować.

⁶³ J. Coleman, *Negative...*, op. cit., s. 28.

⁶⁴ K. E. Himma, *Inclusive...*, op. cit., s. 135.

⁶⁵ K. Füller, *Farewell to „Legal Positivism“: The Separation Thesis Unraveling* [w:] R.P. George (red.) *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford 1996, s. 119 i n.

Nie będę się zatem zajmował interpretacją przedmiotową związków prawa i moralności, przejawiającą się w twierdzeniu, że może istnieć system prawa pozbawiony jakichkolwiek moralnych kryteriów obowiązywania. To nie mówi nam przecież nic o tym, czy może istnieć system, w którym, przeciwnie, takie kryteria będą zawarte. A taka możliwość powinna zostać uwzględniona, jakkolwiek hipotetycznie kryteria moralne mogą mieć bardzo różny charakter⁶⁶.

Teza o rozdziale prawa i moralności pozostanie więc tezą o dwojakim charakterze. W moim przekonaniu jest to teza, która w swym najogólniejszym sformułowaniu, jest meta-tezą dotyczącą moralności. Zamęt, powstały z tego, że jest ona na gruncie różnych teorii różnie uzasadniania lub odrzucana wynika z przyjmowania przez teoretyków bardzo różnych założeń dotyczących samej moralności.

Ten rodzaj pozytywizmu, który dookreśla regułę uznania poprzez wprowadzenie tak określonej tezy o rozdziale, jest pozytywizmem negatywnym⁶⁷. Jako twierdzenie czysto negatywne, nie wyrażające żadnego metafizycznie naznaczonego stanowiska na temat warunków prawdziwości twierdzeń prawnych w danym społeczeństwie (negatywność oznacza pewną logiczną możliwość, tj. przygodność związku prawa i moralności)⁶⁸, nie może ono być podważone przez jakikolwiek kontrprzykład. Jest natomiast faktem, że pozytywizm, jeśli chce być interesującym stanowiskiem teoretycznym, nie może poprzestać na czysto negatywnym ujęciu tezy o rozdziale. Powstaje natomiast pytanie, czy wersja pozytywnego pozytywizmu (*positive positivism*), czyli pozytywistycznego obrazu prawa (tj. tezy dotyczącej nie relacji logicznej prawa i moralności, ale związków faktycznych, występujących w inkluzywizmie pod postacią reguł społecznych), którą krytykuje niepozytywistyczna Scylla jest wersją prawdziwą.

Zapewne jednym z powodów, dla których pozytywiści obstają przy tezie o rozdziale jest fakt, że moralność ma z konieczności charakter kontrowersyjny⁶⁹. Ludzie nie są zgodni, co do zaleceń moralności w bardzo wielu przypadkach. W porównaniu do moralności prawo wydaje się względnie jasne i niekontrower-

⁶⁶ Jest to radykalna zmiana w rozumieniu tej tezy w stosunku do klasycznego pozytywizmu. Nie niweczy to jednak pozytywistycznego charakteru tej teorii. Warto przy okazji wspomnieć (M. Smolak, P. Kamela, *W sprawie...*, op. cit., s. 108), że takie ujęcie tezy o rozdziale nie oznacza wcale relatywizmu aksjologicznego, czyli poglądu, że jedynie możliwe są subiektywne oceny moralne. Jak wykazuję, także powołując na samym końcu stanowisko Villi, pole badawcze miękkiego pozytywizmu odnosi się do zbadania zgodności konwencjonalnych podstaw prawa (założenie podstawowe) z różnymi poglądami na moralność. Na tym polega meta-teoretyczny charakter tezy o rozdziale w jej miętko-pozytywistycznej wersji.

⁶⁷ Org. *negative positivism*; J. Coleman, *Negative...*, s. 31.

⁶⁸ Por. T. Barankiewicz, *Inkluzywny pozytywizm prawniczy*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 1, s. 22.

⁶⁹ J. Coleman, *Negative...*, s. 32-33.

syjne. Co więcej, gdy pojawia się niejasność lub kontrowersja w prawie, istnieją procedury, które służą jednoznacznemu ich rozwiązaniu. Pośród wielu charakterystycznych cech pozytywistycznie rozumianego prawa w kontekście tezy o rozdziale najważniejsza wydaje się następująca: prawo i moralność różnią się od siebie ponieważ prawo składa się z tzw. twardych faktów (*hard facts*), podczas gdy moralność nie.

Sęk w tym, że przypisywana pozytywizmowi przez Dworkina teza, że prawo składa się z twardych faktów jest twierdzeniem metafizycznym, które nie tylko przesądza o stanowisku pozytywizmu w kwestii tezy o rozdziale, ale dotyczy całego Dworkinowskiego pojęcia pozytywizmu i stanowi punkt wyjścia dla jego krytyki:

The result is a form of positive positivism that makes an interesting claim about the essence of law – that by and large law consists in hard, concrete facts – a claim that Dworkin neatly shows is mistaken. The entire line of argument rests, however, on ascribing to legal positivism either a programmatic or metaphysical thesis about law. It is the thesis of law as hard facts – whether motivated by semantic, epistemic, or normative arguments – that explains not only positivism’s commitment to the separability thesis, but its adherence to other claims about law, that is, discretion, the model of rules, and noncontentful standard of legality⁷⁰.

Zdaniem J. Colemana czym innym jest krytyka pozytywistycznej teorii prawa, jako stanowiska opisowego, a czym innym – krytyka jej treści normatywnej, tj. postulatu systemu prawa wolnego od moralności, opartego tylko na teście rodowodu i funkcjonującego dzięki spójnemu systemowi reguł⁷¹. Istnieje wiele sposobów, na które można być pozytywistą, a jednym z nich jest uznanie tezy o separacji prawa i moralności w powyższym kształcie bez żadnego dalszego uzasadnienia. Traktuję tak ujęty pozytywizm negatywny jako pewne, charakterystyczne dla pozytywizmu, metodologiczne minimum. Zresztą

⁷⁰ J. Coleman, *Negative...*, s. 33-34.

⁷¹ Argument z twardych faktów wynika z potraktowania teorii pozytywizmu prawniczego Harta jako teorii w swych założeniach podobnej do logicznego pozytywizmu pierwszej połowy XX wieku. Związki semantyczne i epistemiczne, które pojawiają się u Harta mogą przypominać logiczny pozytywizm. Dotyczy to zarówno warunków przejścia ze stanu przedprawnego do systemu prawa lub tezy, że reguła uznania rozwiązuje problem niepewności prawa – a to jest problem epistemiczny. Także koncepcja uznania sędziowskiego może mieć swoje podstawy w założeniu Harta, że identyfikacja prawa zawsze musi podlegać rzetelnym kryteriom weryfikacji. Taka interpretacja prowadzić może do przyjęcia przez Harta rodzaju bliskiego logicznym pozytywistom weryfikacjonizmu (J. Coleman, *Negative...*, s. 34). Nawet jednak jeśli weryfikacjonizm jest fałszywy to nie wpływa to na status tezy o rozdziale, która dalej może być prawdziwa i stanowić ważne kryterium odróżnienia pozytywizmu od niepozytywizmu.

tak ogólnie ujęta teza o separacji prawa i moralności pozostaje związana z postulowaną przez H.L.A. Harta „otwartością” teorii wobec kwestii moralnych. Nic, poza praktyką urzędników, jak podkreśla D. Lyons, nie wyznacza sprawdzianów walidacyjnych, wobec czego Hart pozostaje w tej kwestii otwarty na wszelkie możliwości⁷².

Nic więc dziwnego, że szczególna wersja pozytywizmu miękkiego, którą proponuje J. Coleman w odpowiedzi Dworkinowi, godzi się na włączenie kryteriów moralnych do testów walidacyjnych (identyfikacyjnych) prawa, wyznaczając pewne warunki brzegowe: musi się to odbywać w ramach konwencjonalnej praktyki (w obecnym stanie tej teorii jej charakterystykę stanowi SCA). Jest to niewygórowana cena za przejście od negatywnego pozytywizmu (pewnej meta-teorii w stosunku do moralności) do pozytywizmu pozytywnego, który potrafi przyjąć pewną doniosłą na gruncie danej kultury prawnej wizję moralności.

Otwartość miękkiego pozytywizmu. Dworkin, a wraz z nim Morawski, zdają się sądzić, że pewna „otwartość” miękkiego pozytywizmu w kwestii demarkacji prawa i moralności (którą jednoznacznie przeprowadzał klasyczny pozytywizm, np. Austina) jest objawem degeneracji tej teorii, oznacza bowiem m.in. rezygnację z przyjęcia założenia o tekstowym charakterze prawa. Jednakże hartowska „otwarta tekstowość” i wskazany podwójny charakter demarkacji prawa i moralności pozwalają zachować klasyczne założenia pozytywizmu, a jednocześnie – w rozsądnych granicach – dopasować je do częściowo zmienionych warunków społecznych. Oznacza to także zrozumienie częściowo interpretacyjnego charakteru prawa i wykazanie, że nie jest on wcale sprzeczny z pozytywizmem. Pozytywizmem, którego zafałszowany obraz przedstawił przecież w sposób tak sugestywny Dworkin⁷³, że można ulec pokusie i poddać krytyce teorię, która w rzeczywistości posiada szerokie perspektywy badawcze.

Zakłęty krąg. Zarzut, że pozytywiści zamykają się w swych pojęciowych analizach, jak scholastyczni teologowie, wymaga krótkiego komentarza. Oskarżenie Dworkina, adresowane przed laty⁷⁴ wobec pozytywistów pod nazwą „semantycznego ukąszenia”, miało zdyskredytować pozytywizm jako teorię, która redukuje znaczenie pojęcia prawa do semantyki kryterialnej jednej strony, a z drugiej popełnia grzech pomijania interpretacyjnego charakteru prawoznawstwa. Oznaczałoby to, że pozytywiści, podobni scholastycznym teologom, nie są w stanie wyjść z zakłętego kręgu abstrakcyjnych i badanych jedynie na sposób analityczny pojęć prawnych. Okazuje się jednak, że o ile ten argument (nie przesadzając jego

⁷² D. Lyons, *Principles, Positivism and Legal Theory*, „Yale Law Journal” 1977, vol. 87, s. 415, s. 423-424.

⁷³ D. Lyons, *Principles...*, op. cit., s. 423-424.

⁷⁴ Por. R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., passim.

słuszności) stosuje się do twardych pozytywistów⁷⁵, to miękki pozytywizm docenia konieczną rolę, jaką interpretacja (w sensie dworbinowskim) ma do spełnienia na gruncie prawoznawstwa⁷⁶. To po raz kolejny potwierdza, że miękki pozytywizm stanowi teorię, która nie tylko wciąż rozwija się, ale także ma szerokie perspektywy badawcze. Takie stanowisko przyjmuje m.in. V. Villa⁷⁷. Jest to o tyle istotne, że to właśnie metody interpretacyjne w prawoznawstwie stanowią oręż, którym niepozytywistyczna Scylla ścina głowy mniej uważnych obrońców pozytywizmu *tout court*.

Konstruktywistyczne podejście w pozytywizmie inkluzywnym. V. Villa traktuje miękki (inkluzywny) pozytywizm jako charakterystyczny pod-program badawczy pozytywizmu (obok pozytywizmu ekskluzywnego)⁷⁸. Konfrontując oba te pod-programy badawcze, twierdzi, że pozytywizm inkluzywny znacznie lepiej radzi sobie z pewnymi istotnymi cechami współczesnych systemów prawnych państw konstytucyjnych, a mianowicie obecnością w prawie klauzul moralnych. Po drugie, jego zdaniem nie ma przeszkód, aby spójnie zestawzić ze sobą miękki pozytywizm i pewne inne koncepcje, które z różnych powodów warto pogodzić z pozytywistycznym obrazem prawa, gdyż mają one istotne znaczenie dla właściwego zrozumienia rzeczywistości prawnej: (1) teorię, która ujmuje prawo jako pewną praktykę społeczną oraz (2) teorię, która optuje za pragmatycznie zorientowaną rekonstrukcją interpretacji prawniczej.

Zdaniem Villi, pozytywizm inkluzywny, choć w swym rozwoju postąpił dość daleko, wciąż pozostaje „w pół kroku”, gdzieś między epistemicznymi i semantycznymi teoriami, ostatecznie zwracającymi się w kierunku jakiejś formy neo-pozytywizmu (w epistemologii) i analitycznej filozofii lat pięćdziesiątych (będącej w opozycji do preskrytywizmu i filozofii języka potocznego), a z drugiej strony opcjami epistemicznymi i semantycznymi, które skłaniają się ku koncepcjom post-pozytywistycznym (epistemologia) i anty-deskrytywistycznym (semantyka). Z tego powodu sam proponuje „konstruktywistyczną wersję inkluzywnego pozytywizmu”.

⁷⁵Przyznają to sami twardzi pozytywści –por. np. J. Raz, *Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison* w: J. Coleman (red.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford 2001.

⁷⁶Interpretacyjna jurysprudencja Dworkina podkreśla normatywny aspekt teorii prawa, gdy postuluje konieczność najlepszego dopasowanie decyzji interpretacyjnej do kontekstu konkretnej kultury prawnej.

⁷⁷V. Villa, *Inclusive...*, op. cit., passim.

⁷⁸V. Villa, *Inclusive...*, op. cit., s. 111.

Villa tak charakteryzuje inkluzywny pozytywizm:

According to inclusive positivism, criteria of ethical nature can be present in the activity carried out in order to ascertain the validity of a rule in a legal system, but within the limits by which the recognition norm or the legal system in question makes it possible, directly or indirectly, to refer to such criteria.⁷⁹

Takie odniesienie bywa często wyznaczone zakresem norm konstytucyjnych; sam Villa podaje przykład normy takiej zakazującej „okrutnego traktowania”. W takim przypadku oczywistym będzie, że zakres zastosowania (a nie jedynie samo obowiązywanie) normy będzie zależało od definicji etycznego pojęcia „okrucieństwa”.

W przeciwieństwie do inkluzywnego pozytywizmu, pozytywizm ekskluzywny nie potrafi rozpoznać, ani uzasadnić specyficznych treści moralnych, które zawierają niektóre, „mniej sztywne” konstytucje współczesnych państw. Trudność wiąże się przede wszystkim z różnorodnością form i przejawów treści moralnych:

[...] [I]n many of the cases in which jurists make reference to moral contents in interpreting pre-existing moral norms (above all of constitutional character), or in constructing implicit norms, it is difficult to characterise such contents, once and for all and in a way independent of the interpretative practice that has given rise to them, as entirely „internal” or „external” to the given legal system⁸⁰.

Na czym polega wskazana trudność w rozpoznaniu treści moralnych klauzul konstytucyjnych? Villa przedstawia dwa główne powody, pierwszy natury lingwistycznej, drugi filozoficzno-politycznej: (1) fakt, że treść tych stwierdzeń prawnych jest nieostra bądź wieloznaczna, co wyklucza odnalezienie jakiegokolwiek preegzystującej zasady, która ostatecznie by przesądzała o wyniku interpretacji; (2) fakt, że w każdym przypadku pluralistyczny charakter ocennej warstwy zasad konstytucyjnych wyklucza jakąkolwiek aprioryczną ich kodyfikację w postaci jakiejś trwałej hierarchii⁸¹.

Takie dwa założenia wymagają, aby w ramach jursprudencji i doktryny konstytucyjnej rozwijać program „konstruktywnej” interpretacji, która jednakże nie może stanowić formy „marzycielskiego” opisu preegzystujących znaczeń (*imaginary ‘description’ of preexisting meanings*), albo formy kreacji nowego prawa z niczego (*‘creation of new law from scratch’*)⁸².

⁷⁹ V. Villa, *Inclusive...*, op. cit., s. 114.

⁸⁰ V. Villa, *Inclusive...*, op. cit., s. 117.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Villa, powołując się zresztą na H.L.A. Harta, krytykuje tym samym dwa podejścia teoretyczne do interpretacji: podejście formalistyczne i anty-formalistyczne, uważając, że żadne z nich nie potrafi adekwatnie ukazać, czym w istocie jest interpretacja (V. Villa, *Inclusive...*, op. cit., s. 118).

Villa wykazuje, że miękki pozytywizm jest zgodny z kompleksowym rozumieniem interpretacji prawniczej, która nie opiera się na jednoznacznym określeniu własnej roli oceniającej względem treści moralnych jako „zewnętrznych” bądź „wewnętrznych” wobec istniejącego prawa. Wysilek intelektualny sięgających po metody interpretacyjne prawników można opisać następująco: jako wykładnię treści ocennych już obecnych – w specyficznym sensie - w systemie prawa, jako wyciąganie na światło dzienne tych, które mają charakter pochodny (*implicit*), oraz jako konstruowanie treści zupełnie nowych.

Poza docenieniem kompleksowej roli interpretacji, Villa protestuje przeciwko charakterystycznemu dla pozytywistycznej Charybdy (ale także dla niektórych miękkich pozytywistów, np. Colemana) radykalnemu rozróżnieniu (1) teorii prawa, która ma się zajmować identyfikacją prawa bez udziału jakichkolwiek czynników ocennych i (2) teorii interpretacji (stosowania) prawa, która zajmuje się wszelkimi, także ocennymi i moralnymi czynnikami wpływającymi na ostateczną decyzję stosowania prawa. Zdaniem Villi taki podział jest ufundowany na semantycznych i epistemicznych przesłankach, które dawno straciły na aktualności. Chodzi mu głównie o czysto deskryptywistyczne założenie, że język jakim posługują się pozytywiści odpowiada wprost rzeczywistości, stanowi jej wierne odzwierciedlenie. Po wtóre, ekskluzywny pozytywizm zakłada epistemiczny realizm, zgodnie z którym dane (fakty), do których stosuje się opis, istnieją w rzeczywistości, która ma charakter obiektywny i niezależny wobec jakichkolwiek sposobów tego opisu.

W przeciwieństwie do tego Villa przedstawia podstawowe cechy konstruktywnej wersji miękkiego pozytywizmu. W sferze semantycznej sprowadza się on do twierdzenia, że język, w którym przekazywana jest wiedza, nie ma czysto deskryptywnego charakteru, ponieważ język służący poznaniu ze swej istoty ma funkcję konstytutywną w stosunku do pola doświadczenia, które organizuje w ramach pewnej struktury, ujmując je w kategorie i stosując do niego określone kryteria. Neguje zatem epistemiczne założenia „realizmu samego w sobie” na rzecz „realizmu dla nas”⁸³.

Takie ujęcie pozwala traktować samą „pozytywność prawa” nie jako twardy fakt (jednoznacznie i obiektywnie zlokalizowany fakt prawotwórczy), ale jako proces. Pozytywność prawa jest rezultatem kompleksowej praktyki, a opisywane przeze mnie wyżej idee „wewnętrznego punktu widzenia” bądź SCA stanowią tylko jej szczegółowe wyjaśnienia.

Zatem idea konstruktywnej interpretacji niweczy rozdział pomiędzy teorią prawa a teorią stosowania prawa, ponieważ sama funkcja interpreta-

⁸³ V. Villa, *Inclusive...*, op. cit., s. 121.

cji prawa w ramach praktyki społecznej nie ogranicza się tylko jego tworzenia, ale w równym stopniu do jego stosowania. Idea taka ma charakter pragmatyczny, ponieważ odkrywa, że interpretacja jest w gruncie rzeczy swoistą „miksturą” odkrycia i kreacji (*mixture of discovery and creation*). To wiąże się oczywiście z częściowo ocennym charakterem nauki prawa, nawet gdy próbuje ona analizować prawo jako fenomen społeczny z perspektywy „zewnętrznego obserwatora”. Miękki pozytywizm w wydaniu Villi próbuje akomodować już na poziomie założeń meta-teoretycznych twierdzenie, że każdy wybór adekwatnej dla opisu badanej rzeczywistości siatki pojęciowej musi także implikować przyjęcie określonego wartościowania⁸⁴. Jeżeli nasze badanie dotyczy sfery relacji międzyludzkich i tzw. faktów społecznych, wtedy najprawdopodobniej najbardziej adekwatny schemat będzie włączał wartościowania o charakterze moralnym⁸⁵.

Rozpatrując prawo jako fenomen społeczny miękki pozytywizm, jako teoria dynamiczna, radzi sobie z nieuniknioną ewaluacją przedmiotu badania. Sytuacja opisu bez oceny (*description without evaluation*), stanowiłaby przecież, jak to określił już niegdyś J. Finnis, „połączenie leksykografii z lokalną historią”⁸⁶. Ufundowane na negacji tego typu założenia (które pragnie jasno uzasadnić Villa) zarzuty wobec miękkiego pozytywizmu pojawiają się ze strony takich krytyków jak R. Dworkin, który podnosi, że sama natura jakiegokolwiek opisu miałyby wykluczać możliwość zaangażowanej (akceptującej) postawy. Już Hart uznaje ten zarzut za absurdalny, gdyż, jakkolwiek zgadza się z tym, że funkcja opisu jest zależna od przyjęcia postawy zewnętrznego obserwatora, to „nie ma nic w projekcie opisowego prawoznawstwa (...) co uniemożliwiłoby komuś, kto nie jest uczestnikiem, a tylko zewnętrznym obserwatorem, opisanie sposobów, w jakie uczestnicy widzą prawo z ich wewnętrznego punktu widzenia”⁸⁷. Zrozumienie „postawy wewnętrznej akceptacji”⁸⁸ jest możliwe bez potrzeby podzielenia postawy akceptacji (resp. podzielenia czy aprobowania tych moralnych przekonań), choć samo włącza niewątpliwie element ocenny. Ważne jest, aby podkreślić, że taka ocena (ewaluacja danych w trakcie analizy) nie może być utożsamiona jednoznacznie z „oceną moralną”, choć,

⁸⁴ Por. H. Putnam, *Reason, Truth and History*, Cambridge 1981, s. 128-137; H. Putnam, *Realism with a Human Face*. (red. J. Conant.), Cambridge, Mass. 1990, s. 141.

⁸⁵ V. Villa, *Inclusive...*, op. cit., s. 124.

⁸⁶ Org. a conjunction of lexicography and local history; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*. Oxford 1980, s. 4.

⁸⁷ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit. s. 324.

⁸⁸ Akceptacja odnosi się do prawa, resp. moralnych przekonań dot. prawa i następuje w ramach swoistej „postawy hermeneutycznej” – por. m.in. MacCormick, *Legal Reasoning and legal Theory*, Oxford 1978, s. 63-64.

jak pokazuje Villa (za Putnamem), nie pozostaje to bez ogólno-epistemicznego wzajemnego związku.

Rozwiązanie Villi ma charakter kompleksowej teorii, która próbuje uzasadnić wartość miękkiego pozytywizmu jako dobrze rokującego programu badawczego. Wielość możliwych interpretacji, dotyczących nie tylko samej moralności, ale wszelkich ewaluacji w ramach wysiłku teoretycznego jaki podejmuje miękki pozytywizm, sprawia, że stanowi on teorię, której nie sposób uznać za martwą. Wręcz przeciwnie, dzięki specyficznemu wyznaczeniu trwałych ram („twardego rdzenia“) i nieustannej weryfikacji własnych tez, miękki pozytywizm stanowi dobrą teorię prawa, która pozostawia, poza opisem ogólnego pojęcia prawa miejsce także dla uwzględnienia specyfiki konkretnych porządków prawnych, a nawet ściśle filozoficznych rozstrzygnięć dotyczących towarzyszących każdemu opisowi (w tym wypadku: „deskryptywnej socjologii“) wartościowań. Jako otwarty na różne opcje filozoficzne (w granicach względnej spójności z jego „twardym rdzeniem“) z pewnością zasługuje na uwagę.

Uwaga metodologiczna. Jak wcześniej wskazałem, Morawski rozpoczyna swój wywód przeciwko pozytywizmowi od pewnej uwagi metodologicznej⁸⁹. W moim przekonaniu odróżnić trzeba dwa sposoby myślenia o rzeczywistości (w tym także i o prawie), które przytaczam za G. Vattimo:

1. myślenia w kategoriach dialektycznego *Überwindung* – zniesienia, przekroczenia, odrzucenia zużytych bądź zdezaktualizowanych opisów rzeczywistości; oraz
2. myślenia jako *Verwindung*, tj. przeboleń, przyjścia do siebie, ozdrowienia, pożegnania, pozostawienia, wyzdrowienia, rekonwalescencji, akceptacji, rezygnacji, ale także i zniekształcenia⁹⁰.

Pierwszy typ myślenia jest charakterystyczny dla nowoczesności (modernizmu), drugi dla ponowoczesności (postmodernizmu, epoki postindustrialnej). Morawski, podobnie jak niektórzy teoretycy pozytywizmu, których krytykuje, zdaje się myśleć na sposób pierwszy – świadczy o tym z jednej strony zarzut metodologiczny (identyfikacja „zmiany i dopasowanie swojej teorii” jako działanie właściwe pozytywistom), jak i przyjęcie kryteriów Lakatosa i swoistego falsyfikacjonizmu – mającego na celu „obalenie” pozytywizmu. Z drugiej strony, Morawski, jak deklaruje na końcu swojego artykułu, zdaje się hołdować postmodernistycznemu eklektyzmowi. Już w tym widać niespójność. Do podważenia miękkie-

⁸⁹ Chodzi o stwierdzenie, że pozytywiści sami nie kwestionują trafności zarzutów kierowanych wobec swojej doktryny, lecz podnoszą, że opinie krytyka, który po prostu nie zrozumiał sensu ich teorii, pokrywają się w znacznej mierze z ich punktem widzenia, albo też uznają zasadność jego zarzutów i stosowanie do ich treści modyfikują swoją teorię.

⁹⁰ G. Vattimo, *Koniec nowoczesności*, Kraków 2006, *passim*.

go pozytywizmu używa on *Überwindung*, z którą sam się nie powinien zgadzać, skoro wartość postmodernizmu polega nie na obalaniu czegokolwiek, ale na stosowaniu *Verwindung*.

W moim przekonaniu *Verwindung*, jako kategoria opisująca (w rozważanym przypadku pozytywizmu) traktowanie dziedzictwa twardego pozytywizmu jako z jednej strony nam już obcego, pozostającego poza nami, choćby jako czegoś co dziedziczymy (czyli otrzymujemy z przeszłości) i dlatego nie możemy się w pełni utożsamiać, a z drugiej strony czegoś bliskiego, w czym nieuchronnie tkwimy i nie możemy zastąpić jednoznacznie niczym nowym, ani lepszym – trafnie opisuje sytuację z jakiej powstał i w jakiej znajduje się miękki pozytywizm. Miękczy pozytywiści, „otwierając” pozytywizm na wartościowania, nie odwołują się przy tym do żadnych wartości absolutnych, choć pamiętają doskonale o tradycji myślowej pozytywizmu i często do niej nawiązują. Takie postępowanie świadczy o zgodności miękkiego pozytywizmu z właściwie pojętym postmodernizmem (jako swoistym „wzbogaceniem” modernizmu – a nie jakimś „filozoficznym eklektyzmem”). W tym sensie pozytywistyczny „twardy rdzeń” stanowi raczej punkt odniesienia, który jest otwarty na różne, również częściowo krytyczne interpretacje, co jednak nie oznacza jego całkowitej negacji (w sensie *Überwindung*). Miękki pozytywizm stanowi swoiste pogodzenie najistotniejszych cech klasycznego pozytywizmu (tezy społecznej i tezy o rozdziale) z wyzwaniem współczesności. Stawiając za punkt wyjścia swoich rozważań „twardy rdzeń” pozytywizmu, każdy miękki pozytywista może zatem pełnoprawnie nazwać swoją teorię pozytywizmem.

Uwaga metodologiczna Morawskiego jest zatem słuszna o tyle, o ile poddaje krytyce tych pozytywistów, którzy bezrefleksyjnie modyfikują swoją teorię wobec „obalających” ją zarzutów. Sądzę jednak, że to jest zdecydowana mniejszość. Współczesny pozytywizm (miękki) to bardzo bogata i różnorodna doktryna, którą przede wszystkim charakteryzuje obrona konwencjonalnych podstaw prawa, natomiast wszelkie dystynktywne cechy teorii poszczególnych miękkich pozytywistów i ich uzasadnienia wynikają m.in. z praktycznych potrzeb na zasadzie *Verwindung*⁹¹. To sprawia, że choć przeobrażona, teoria ta wciąż pozostaje teorią pozytywistyczną, ponieważ wszelka jej zmiana jest „w duchu” pozytywizmu.

⁹¹ Innym sposobem mówienia (na gruncie innego dyskursu metodologicznego) o *Verwindung* wydaje się Kuhnowski schemat rewolucji naukowej. Mają rację M. Smolak i P. Kamela, gdy twierdzą, że właściwym rdzeniem pozytywizmu inkluzywnego jest teza o konwencjonalności, a nie klasycznie rozumiana teza o rozdziale (M. Smolak, P. Kamela, *W sprawie...*, op. cit., s. 108). Nie oznacza to, że na gruncie konkretnego systemu prawa nie może ona być realizowana w postaci klasycznej, co jednak zależy oczywiście od konwencji. Dodam, że moim zdaniem, klasycznie rozumiana teza o rozdziale (tak jak przedstawia ją Morawski) może być przez miękkich pozytywistów używana normatywnie – jako pewien postulat polityczno-prawny, zupełnie jednak niezależny od opisowych ram ich teorii.

Podsumowanie. Jeśli zatem przypomnimy sobie homerycki mit, uzmysłowimy sobie, że cena, jaką płaci miękki pozytywizm za rzekomo dwulicowe rozstrzygnięcie kwestii demarkacji prawa i moralności nie jest ceną wysoką. Wszak Odys przepłynął swym statkiem między dwoma potężnymi potworami (Scyllą i Charybdą) tracąc sześciu marynarzy. Przepłynął żyw, choć przemieniony; pozostał jednak Odysem, przed którym stał jeszcze szmat drogi do pokonania. Podobnie jest z miękkim pozytywizmem: problemy, z którymi próbuje się uporać rozwiązał tylko częściowo; spełnia jednak wymóg dobrej teorii, która tłumaczy rzeczywistość prawną, nie pozwalając się ostatecznie uwikłać w idealistyczne wizje holistycznych interpretacji kulturowych (hermeneutyka) bądź w rzekomo post-modernistyczny synkretyzm, który gotów opiewać pluralizm wartości, po to, aby w ostatecznym rozrachunku, w myśl podstawowej dlań zasady relatywizacji, wpaść w jej błędne koło.

W moim przekonaniu miękki pozytywizm pozostaje teorią, która z jednej strony odpowiada deskryptywnym zadaniom teorii prawa, tak jak je sformułował Hart⁹², z drugiej nie zamyka się na przygodne cechy konkretnych porządków prawnych. Spełnia zatem wymóg Lakatosa dotyczący rozwojowych programów badawczych: posiada zdolność częściowego przewidywania nowych faktów i rozwiązywania związanych z nimi problemów. Nie jest martwy, tak jak jego filozoficzne rodzeństwo - ogień krytyki pomógł mu lepiej poznać samego siebie.

Prawoznawstwo nie jest bowiem, jak chcieliby zwolennicy czystych teorii interpretacyjnych, cichym prologiem każdej decyzji sędziego Herkulesa, ale raczej opisowo-interpretacyjnym epilogiem starań społeczeństwa, które przy pomocy konwencji stara się bronić swoich interesów, aby ostatecznie zabezpieczyć własny byt. A jednocześnie czasem, nauczone doświadczeniem, dokonywać przemian na drodze do lepszej przyszłości⁹³. Jedyne zarzut, przed którym miękki pozytywizm nie może się obronić, to jego tendencja do systematyzacji zjawisk społecznych i prawnych oraz zachowywania pojęciowego ładu – zarzut charakterystyczny dla filozoficznych eklektyków w jurysprudencji. Spójność i niesprzeczność niekoniecznie musi być objawem dogmatyzmu: to raczej brak spójności i sprzeczności (antynomie) należy dokładnie uzasadnić (w myśl antydogmatycznej, lecz zarazem krytycznej intencji wyrażonej już przez Kanta). Krytyczna postawa

⁹² H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., passim.

⁹³ To oczywiście oznacza, że teoria oddziałuje zwrotnie na stosunki społeczne. Rzeczywista „dialektyka” teorii i praktyki, choć trudno uchwytne, posiada jednak pewną wartość – teoria każdorazowo wyznacza przestrzeń dla praktyki, którą stara się opisywać. Moment społecznie determinowanej prawdy ukazuje się badaczowi społecznemu już zawsze momentem historycznym. Ale jako taki właśnie – a to gwarantuje dobra, deskryptywna, teoria społeczna (w tym także: teoria prawa) – jest momentem jednoznacznym, warunkującym dalsze działanie.

wobec racjonalności społeczeństw postindustrialnych, z której czerpią postmoderniści, winna stanowić zasadę – zasadę, którą ostatecznie także ma podstawy racjonalne, a zatem wymaga spójności rozumowania, przez co nie niweczy samej siebie jako racjonalnej. Jeśli rzeczywiście (które to twierdzenie uważam za przesadne) współczesna potoczna filozofia prawników ma charakter w znacznym stopniu eklektyczny⁹⁴, a zatem potwierdza fatalną diagnozę kryzysu kultury w ogóle, to można *a contrario*, dla tego stanu określić dodatkowe normatywne zadanie miękkiego pozytywizmu (która ma podobny sens jak np., jednak nie związany z problematyką tezy o rozdziale prawa i moralności, etyczny pozytywizm T. Campbella⁹⁵). Broni on przecież racjonalnych podstaw prawa, dopuszczając przestrzeń dla szerokiej, gwarantującej teoretyczny i praktyczny rozwój, autorefleksji. W tym krytycznym kontekście miękki pozytywizm broni wizji prawa, które jest oparte na jasnych, konwencjonalnych regułach (i ew. zasadach). W myśl zasady „co nie zabije, to wzmocni”, niepozytywistyczna Scylla (przede wszystkim) i pozytywistyczna Charybda, pomogły pozytywizmowi rozwinąć swój „twardy rdzeń” – stanowiący arbitralną absolutyzację swoistych cech prawa w czasach, które już odeszły do historii – do poziomu teorii, która może mieć współcześnie pretensje do powszechnej ważności⁹⁶.

POSITIVISM BURIED ALIVE? IN DEFENCE OF INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM

The efforts taken by the “soft” (inclusive) positivists (H.L.A. Hart’s followers, ie. J. Coleman, W. Waluchow, M. Kramer, K. E. Himma) to defend the legal positivist position (the separability thesis, the social sources thesis) are combined with theoretical references to the moral arguments which are present in judicial practice. Therefore, the inclusive positivists treat the relationship between law and morality as a contingent relationship and try to justify it on the basis of the system’s overriding rule of recognition. This position, as an attempt to find the “golden mean” in theory of law, is criticized both by non-positivists and “hard” positivists. For instance, R. Dworkin or L. Morawski claim that, despite its declarations, soft positivism actually does not respond to the requirements of modern legal practice and is a “degenerated” and stagnant research program. On the other

⁹⁴ L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”...*, op. cit., s. 344.

⁹⁵ Por. np. T. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth 1996.

⁹⁶ Szczególne podziękowania za rady i komentarze do tego artykułu składam prof. T. Gizbert-Studnickiemu i W. Czabanowskiemu.

hand, J. Raz contends that due to the incorporation of morality, soft positivism is no longer a real positivism. The article presents a defense of soft positivism, especially against its non-positivistic critics, as well as a version of soft positivism, which can be called a “constructive” one (V. Villa). It also shows that soft positivism, as being consistent with the “spirit” of positivism and complying with the requirements of the present judicial practice, may be justified by reference to postmodern thinking.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2(184) 2010
Warszawa 2010

Aneta Ratkowska ■

PIRACTWO I TERRORYZM MORSKI

Piractwo morskie posiada bardzo długą historię i przez pewien czas zostało już uznane za zbrodnię przeszłości. Ponowne narodzenie się tego zjawiska zagroziło handlowi międzynarodowemu, bezpieczeństwu międzynarodowemu, przez co stało się pewnego rodzaju fenomenem współczesnego świata. Przyczyn rozwoju współczesnego piractwa morskiego można szukać w ubóstwie państw przybrzeżnych, chęci zysku, słabości państw i ich funkcji policyjnych, nawet, jak w przypadku Somalii, braku skutecznego rządu i załamania ekonomicznego, jak również w braku skutecznych mechanizmów prawnych oraz skutecznych działań zmierzających do walki ze zjawiskiem piractwa morskiego.

Bezprawne działania na morzu podzielić można na dwie grupy: działania pirackie i zbrojne napaści oraz akty terroryzmu morskiego.

Na gruncie prawa międzynarodowego nie ma jednej zunifikowanej definicji piractwa. Ogólne ramy pomocne w definiowaniu stworzyła Międzynarodowa konwencja o prawie morza, która jednakże przez wprowadzenie warunków „dla celów prywatnych” oraz „na morzu otwartym”, znacznie zawężyła jej zastosowanie. Bezprawne akty przemocy w stosunku do statku, poza morzem otwartym zostały zdefiniowane przez Międzynarodową Organizację Morską, jako zbrojne napaści na mrozu, do których zasada jurysdykcji uniwersalnej, ustanowiona w konwencji o prawie morza, nie ma zastosowania.

Zasadniczym elementem pozwalającym różnicować piractwo morskie i terroryzm na morzu jest motyw, jakim kieruje się sprawca. Piraci kierują się żądzą zysku, a morscy terroryści dążą do osiągnięcia tzw. efektu teatru, czyli zdobycia jak najszerzego zainteresowania mediów.¹

¹ K.Kubiak, *Piractwo czy terroryzm?*, Stosunki międzynarodowe Nr 56-57, styczeń-luty 2009, s.3

W kontekście gwałtownego wzrostu liczby pirackich ataków, szczególnie u wybrzeży Somalii, Rada Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych oraz poszczególne państwa podjęły bardziej zintensyfikowane działania. Warto jednak zauważyć, że państwa bezpośrednio narażone są raczej niechętnie do popierania oskarżenia oraz sądenia piratów w krajowych sądach, mając na względzie skomplikowany charakter prawny takich spraw oraz konieczność zapewniania odpowiedniego standardu przestrzegania praw człowieka. Otwartym wciąż pozostaje pytanie czy w prawie międzynarodowym niezbędne jest wprowadzenie jednolitego mechanizmu oskarżania, sądenia oraz karania pojmanych piratów. Pomimo podejmowanych działań, często oskarżeni odchodzą wolno czy to z powodu braku właściwych podstaw prawnych czy z powodu braku politycznej woli do ich osądenia i skazania.²

Niniejsze opracowanie stanowi próbę uporządkowania definicji szeroko rozumianego piractwa morskiego oraz opisuje główne nurty działań, podejmowanych przez społeczność międzynarodową, mających na celu walkę z tym zjawiskiem.

I. Historia piractwa

Podejmując próbę zdefiniowania piractwa i innych aktów przemocy na morzu nie można dokonać tego w oderwaniu od tła historycznego tych zjawisk. Historia pokazuje bowiem, że piractwo istnieje od początku obecności człowieka na morzu, przez wieki, było sposobem na życie dla wielu ludzi.

Wszystko wskazuje na to, że słowo „pirat” zostało po raz pierwszy użyte przez jednego z rzymskich historyków. Z kolei grecki historyk, Plutarch, około 100 roku naszej ery, podał definicję aktów pirackich, które określił jako napadanie na statki oraz nadmorskie miejscowości bez autoryzacji (np. głowy państwa). Termin „piraci”, mimo, że zdefiniowany w czasach antycznych, w języku angielskim nie miał jednoznacznego określenia przez całe wieki. W średnio-wiecznej Anglii słowo to było synonimem morskich złodziei, a dopiero około XVIII wieku zaczęło oznaczać kogoś wyjętego spod prawa. Z historycznego punktu widzenia większość aktów piractwa miała miejsce poza granicami wszelkich państw, co znacząco komplikowało kwestie prawne związane z karaniem i ściganiem piratów. Choć często piraci działali na własną rękę, to jednak równie często określony żeglarz otrzymywał od rządu licencję na atakowanie statków

²H.Tuerk, *The resurgence of Piracy: a phenomenon of modern Times*, University of Miami International and Comparative Law Review, Volume 17, Issue I, 2009, s. 2;

innego, często wrogiego lub reprezentującego opozycyjne interesy gospodarcze i ekonomiczne, państwa.³

W czasach starożytnej Grecji i Rzymu piraci nie byli rozbójnikami *sensu stricte*, ale członkami ekonomicznych i politycznych grup zaangażowanych w odbieranie dóbr członkom innych społeczności bez jakiegokolwiek upoważnienia prawnego. Między X a IX wiekiem p.n.e. Grecy zaczęli postrzegać piractwo na morzu i lądzie, jako akt mający znamiona wojny.⁴

Powyższe koncepcje zostały zakwestionowane przez Cyserona (106 – 43 p.n.e.), który określił piratów, jako wrogów całej ludzkości, nazywając ich *hosti humani generis*. Idee Cyserona zostały później przyjęte przez włoskiego prawnika Alberico Gentili. Piractwo zostało określone zradzieckim aktem rebeliantów, których czyny przestępne nie mogą być przypisane suwerennemu państwu albo społeczności, niezależnie od motywów politycznych czy ekonomicznych.⁵ Alberico Gentili wskazywał również, że piraci są wspólnymi wrogami i mogą być atakowani bezkarnie przez wszystkich, są przedmiotem pogardy dla prawa narodów. Z tych też względów nie znajdują ochrony w prawie i powinni być zmiżdżeni przez nas i wszystkich ludzi.⁶ Mankamentem takiego definiowania jest to, że dopuszcza możliwość rozciągnięcia jurysdykcji nie tylko na morze otwarte, ale również na obszar podlegający obcej jurysdykcji, w celu eliminacji tak zwanych zdrajców.⁷

Ojciec współczesnego prawa międzynarodowego, Hugo Grotius, podkreślał, iż piratom nie przysługują uprawnienia na podstawie prawa wojennego, ponieważ są wrogami całej ludzkości, w stosunku do których, ani dobra wiara, ani publiczne przyrzeczenie nie muszą być dotrzymywane.⁸

Powyższe poglądy przedstawicieli nauki prawa znalazły swoje odzwierciedlenie również w orzecznictwie, w sprawie *Marianna Flora* z 1825 r. W tej sprawie okręt wojenny *Aligator* pod banderą Stanów Zjednoczonych wysłany przeciwko okrętom pirackim i handlarzy niewolników, napotkał portugalski statek *Marianna Flora*, który manewrował oraz był oznakowany w sposób pozwalający

³ A. Długosz, *Krótką historia piractwa*, Magazyn kultury popularnej ESENSJA, artykuł dostępny na stronie: <http://www.esensja.pl/varia/publicystyka/tekst.html?id=587>

⁴ M. Pathak, *Maritime Violence: Piracy At Sea & Marine Terrorism Today*, Windsor Review of Legal and Social Issues vol.20/2005, s.67

⁵ Ibidem, s.67

⁶ A. Gentili, *De Jure Belli Libri Tres*, w Ł. Kułaga, *Zwalczanie współczesnego piractwa morskiego w świetle regulacji Konwencji o prawie morza z 1982 r. oraz innych regulacji prawno-międzynarodowych*, w Konwencja NZ o prawie morza z 1982 r., w piętnastą rocznicę wejścia w życie, Toruń 2009, s. 221.

⁷ M. Pathak, op.cit., s.67

⁸ H. Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, w Ł. Kułaga, op. cit., s.222

przypuszczać, że jest w niebezpieczeństwie. Gdy *Aligator* zbliżył się do statku *Marianna Flora*, ten podniósł przeciwko niemu ogień.⁹ Sąd Najwyższy orzekł, iż piraci mogą być zatrzymani, zgodnie z prawem, przez każdy statek państwowy lub prywatny, ponieważ są wrogami rodzaju ludzkiego i jako tacy powinni podlegać najsurowszemu prawu wojny.¹⁰

Pierwsza próba definicji piractwa w nowożytnym prawie międzynarodowym pojawiła się w 1926 r. na forum Ligi Narodów. Projekt konwencji dotyczył tylko czynów popełnianych z powodów prywatnych, z wyłączeniem aktów motywowanych politycznie. Następnym krokiem był tzw. projekt harwardzki, powstały w 1932 r. Został oparty na założeniu, że każde państwo może sprawować jurysdykcję nad statkiem pirackim i ma prawo zajęcia tego statku wraz z jego ładunkiem. Przyjęta definicja piractwa była szeroka i obejmowała wszystkie akty przemocy na morzu otwartym popełnione z zamiarem skrzywdzenia innej osoby, kradzieży lub zniszczenia mienia, popełnione dla celów osobistych. Z powodu przyjęcia za cel sprawcy jedynie pobudek osobistych, wyłączono piractwo państwowe i piractwo polityczne.¹¹ Projekt harwardzki zakładał, że akty przemocy popełnione na morzu z pobudek politycznych powinny być wyłączone spod jurysdykcji powszechnej, a zakres jurysdykcji ograniczony do państwa poszkodowanego, uznanego rządu czy państwa, którego obywatelem jest sprawca aktu przemocy.¹²

Projekt harwardzki stał się podstawą do wypracowania, podczas obrad III Konferencji Prawa Morza ONZ, konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza (UNCLOS), podpisanej 10 grudnia 1982 r.¹³ w Montego Bay na Jamajce. Konwencja UNCLOS przyjęła w niezmienionej formie zapisy dotyczące piractwa, gdzie pojęcia piractwa państwowego i piractwa politycznego zostały wyłączone z reżimu jurysdykcji uniwersalnej.

⁹J.J. Lenoir, *Piracy Cases in the Supreme Court*, Journal of Criminal Law and Criminology (1931-1951), Vol. 25, No. 4 (Nov. - Dec., 1934), Northwestern University, s.549

¹⁰The *MARIANNA FLORA*., 24 U.S. 1, 6 L. Ed. 405 (1825), March 20, 1825 APPEAL from the Circuit Court of Massachusetts, dostępny na stronie:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=24&invol=1#40>

Pirates may, without doubt, be lawfully captured on the ocean by the public or private ships of every nation; for they are, in truth, the common enemies of all mankind, and, as such, are liable to the extreme rights of war.

¹¹T.Iwanek, *Prawo międzynarodowe wobec piractwa morskiego*, Państwo i Prawo 10/2009, s. 21

¹²K.Kubiak, *Przemoc na oceanach. Współczesne piractwo i terroryzm morski*, Wydawnictwo: Trio 2009, s.17

¹³Dziennik Ustaw z 2002 r. Nr 59 poz. 543

II. Piractwo

W rozumieniu konwencji o prawie morza z 1982 r. piractwem jest (zgodnie z art. 101) każdy bezprawny akt gwałtu, zatrzymania lub grabieży prywatnego statku lub samolotu, popełniony dla celów osobistych, na morzu otwartym, skierowany przeciwko innemu statkowi morskiemu lub powietrznemu, przeciwko osobom lub mieniu znajdującym się na pokładzie takiego statku morskiego lub powietrznego, przeciwko statkowi morskiemu lub powietrznemu, osobom lub mieniu niepodlegającym jurysdykcji żadnego państwa.

Zauważyć należy, że autorzy konwencji o prawie morza byli przekonani, iż piractwo jest zbrodnią przeszłości i nie ma istotnego znaczenia we współczesnym prawie morza. Z tych powodów nie uwzględnili działań o charakterze insurekcyjnym bądź terrorystycznym.¹⁴ W konsekwencji dopiero w 1988 r. podjęto próbę szerszego uregulowania przestępczości na morzu, gdy na forum Międzynarodowej Organizacji Morskiej uchwalono konwencję w sprawie zapobiegania bezprawnym czynom przeciwko bezpieczeństwu żeglugi morskiej, która również, mimo pokładanej w niej nadziei nie rozwiązała problemu. Obecnie brak jest norm prawno-międzynarodowych regulujących w sposób kompleksowy zagadnienie przestępczości na morzu.¹⁵

Przyjęte, w konwencji UNCLOS, pojęcie piractwa odnosi się tylko do statków prywatnych i państwowych oraz okrętów, których załogi po zbuntowaniu się zawładnęły nimi. Tak, więc definicja nie obejmuje, zdarzających się współcześnie, form piractwa państwowego - bezprawnych aktów dokonywanych przez okręty lub statki państwowe.¹⁶

Konwencja o prawie morza, zgodnie z artykułem 100 oraz 105 przewiduje zasadę jurysdykcji uniwersalnej w stosunku do aktów piractwa, stanowiąc iż wszystkie państwa powinny współdziałać w najszerszym zakresie w zwalczaniu piractwa na morzu otwartym lub w innych miejscach, nie podlegających jurysdykcji państwowej. Zgodnie z powyższą zasadą każde państwo na morzu otwartym lub w innym miejscu niepodlegającym jurysdykcji żadnego państwa, może zająć piracki statek morski lub powietrzny opanowany przez piratów oraz aresztować osoby i zająć mienie na pokładzie oraz karać zgodnie z własnymi ustawami

¹⁴ B.H. Dubner, *Human rights and environmental disaster – two problems that defy the “norms” international law of sea piracy*, Syracuse Journal of International Law and Commerce, Spring 1997, s. 19

¹⁵ Ł. Kułaga, op. cit., s. 228.

¹⁶ L. Gelberg, *Piractwo na morzach chińskich*, Warszawa 1956; Zagadnienia polityki międzynarodowej na IX Sesji ONZ. Dokumenty i materiały, Warszawa 1955 oraz R. Bierzanek, *Morze otwarte ze stanowiska prawa międzynarodowego*, Warszawa 1960, s. 177

karnymi, niezależnie od obywatelstwa i bandery, jaką podnosi statek¹⁷. Sąd państwa, które dokonało zajęcia może zdecydować o wymiarze kary i określić czynności, jakie należy podjąć w stosunku do statków morskich, powietrznych lub mienia, z zastrzeżeniem praw osób trzecich działających w dobrej wierze.¹⁸

Zgodnie z prawem międzynarodowym istota piractwa polega na tym, że jest ono popełniane dla celów osobistych (*committed for private ends*). Dlatego też w stosunku do piratów prawo zwyczajowe i traktatowe zezwalało na powszechną represję i karanie stosowne do prawa państwa, którego okręt dokonał zatrzymania pirata. Powszechność jurysdykcji w odniesieniu do piractwa jest uznawana na gruncie prawa międzynarodowego od stuleci i stanowi dawno ukształtowaną zasadę. Każde państwo może zarówno aresztować, jak i ukarać piratów – oczywiście pod warunkiem, że zostali zatrzymani na morzu otwartym lub morzu terytorialnym danego państwa. Ściganie domniemyanych przestępców ma miejsce niezależnie od ich obywatelstwa czy miejsca popełnienia czynów przestępczych.¹⁹

Wymóg istnienia celów osobistych po stronie sprawcy jest najprawdopodobniej najpoważniejszym ograniczeniem zakresu i skuteczności definicji piractwa ustanowionej zgodnie z konwencją UNCLOS. Z definicji zostały, bowiem wyłączone akty piractwa motywowane politycznie, w tym również akty terroryzmu morskiego. Cele osobiste zmuszają do rozróżnienia piractwa prywatnego (indywidualnego) oraz państwowego (publicznego).²⁰ W świetle powyższego należy zauważyć, iż definicja piractwa wyłącza wszelkie motywacje polityczne, powzięte w imieniu państw, nieuznanych organizacji wojujących oraz nieuznanych band rewolucyjnych²¹. Cele osobiste niekoniecznie oznaczają działania powodowane chciwością czy rządzą zysku, mogą oznaczać również prywatną zemstę, chęć wyrządzenia szkody motywowaną prywatną wojną przeciwko państwu, nawet osobiste przekonania polityczne sprawcy mogą motywować akt piractwa²².

Kryterium popełnienia czynu na morzu otwartym może również budzić wątpliwości. Zgodnie z konwencją o prawie morza ściganie piractwa może nastąpić tylko w obrębie morza otwartego, w tym w obszarze wyłącznej strefy ekonomicznej, w przeciwnym wypadku dany akt nie wyczerpuje definicji piractwa w rozumieniu konwencji UNCLOS. Zgodnie z takim rozumowaniem, każde państwo jest właściwe do zajęcia statku i ładunku, aresztowania piratów, jak również do postawienia ich przed własnym sądem, niezależnie od ich narodowości.

¹⁷ T.Iwanek, op.cit., s.22

¹⁸ K.Kubiak, *Piractwo czy terroryzm?*, op.cit., s.2

¹⁹ M.N.Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 360.

²⁰ T.Iwanek, op.cit., s.24

²¹ M.Pathak, op.cit., s.70

²² T.Iwanek, op.cit., s.26

Natomiast, jeśli ten sam akt będzie miał miejsce na wodach terytorialnych nie mieści się on, w ustanowionej na mocy UNCLOS, definicji piractwa. Taki czyn może nie być uznany za piractwo na mocy prawa krajowego, bowiem tylko konkretnemu państwu, na którego morzu terytorialnym miało miejsce zdarzenie, przysługuje prawo do zatrzymania, osądzenia i ukarania piratów. W związku z powyższym dotknięte aktem piractwa państwo, gdy został zaatakowany statek podnoszący jego banderę, nie posiada żadnych środków prawnych w celu prowadzenia oskarżenia i ukarania sprawców przestępstwa, chyba że wyrazi na to zgodę państwo przybrzeżne, na którego wodach miał miejsce akt piractwa.²³ Wszelkie inne przypadki mające miejsce na morzach terytorialnych lub wodach wewnętrznych są określane jako zbrojne napaści na morzu, zgodnie z nomenklaturą przyjętą przez Międzynarodową Organizację Morską.

Konstrukcja normy zawartej w art. 101 UNCLOS oparta jest na założeniu, że państwa wprowadzą odpowiednie przepisy penalizujące oraz są w stanie je egzekwować. W przypadku państw bez efektywnego rządu i sił morskich (np. Somalia) albo o zbyt małej marynarce wojennej dla patrolowania rozległego wybrzeża (np. Malediwy), założenie takie okazało się nieefektywne²⁴, jak również ze względu na fakt, iż większość aktów piractwa ma miejsce na wodach terytorialnych.

Piractwo zostało uznane w prawie narodów za przestępstwo, którego zwalczanie leży w interesie całej społeczności międzynarodowej²⁵. Szczególnie trudne może być zastosowanie regulacji zawartych w prawie morza do zwalczania czynów, które są aktami przemocy, a nie wyczerpują definicji piractwa. Podkreślić należy, że stan taki utrzymuje się, mimo iż już w połowie XIX wieku miały miejsce działania bezprawne wykraczające poza klasyczną definicję piractwa. Dopuszczali się ich zarówno powstańcy walczący z obcą okupacją, jak i strony rozmaitych wojen domowych i konfliktów wewnętrznych, prowadzonych przede wszystkim w Ameryce Środkowej i Południowej. Zyskały one miano piractwa politycznego, które jednak nie podlega represji wszechświatowej na mocy konwencji o prawie morza. Podkreślić należy również, że prawo międzynarodowe nie wypracowało powszechnie akceptowanego i potwierdzonego praktyką stanowiska na temat uprawnień zbrojnych formacji powstańczych działających na morzu. Najbliższy powszechnej akceptacji wydaje się pogląd, iż powstańcy mogą prowadzić działania

²³ J.L. Jesus, *Protection of foreign ships against piracy and terrorism at sea: Legal aspects*, The international Journal of Marine and Coastal Law, 2003, s.379

²⁴ M. Bahar, *Attaining optimal defense at sea: a Legal and Strategic theory for naval anti-piracy operations*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2007, s.4

²⁵ K. Kubiak, *Piractwo i terroryzm morski. Nowe wyzwania dla bezpieczeństwa międzynarodowego*, s.7, dostępny na stronie: http://www.wns.dswe.pl/fileadmin/user_upload/wszechnica/04.pdf

zbrojne jedynie przeciw jednostkom państwa macierzystego w obrębie wód tego państwa.²⁶

Dzisiejsi piraci to w głównej mierze członkowie świetnie zorganizowanych grup przestępczych lub separatystycznych. Rejony ich działania to wybrzeża państw upadłych lub mających problemy z mniejszościami etnicznymi/religijnymi, przez co niebędących w stanie sprawować efektywnej kontroli nad podległym sobie terytorium. Grupy te uzbrojone są w broń ręczną, często również w lekką broń wsparcia, dysponują środkami łączności i nawigacji satelitarnej oraz szeroką gamą jednostek pływających. O skuteczności ich działania świat miał okazję przekonać, gdy w rejonie Rogu Afryki co kilka dni dochodziło do uprowadzenia przepływających tamtędy statków²⁷. Obecnie akty piractwa morskiego powróciły na akweny, na których tradycyjnie były obecne, czyli na Morze Południowe, Cieśninę Malakka, Cieśninę Singapurską oraz wody Afryki Zachodniej i Wschodniej²⁸.

Współcześni piraci to zarówno małe grupy wywodzących się z biedoty złodziei portowych i zubożałych rybaków, typowych dla wód afrykańskich, jak i potężne gangi. Pierwsi starają się najczęściej wdzierać nocą na statki stojące na kotwiczniskach niedaleko brzegu. Podpływają czołnami, terroryzując załogę i podróżnych nożami, maczetami, rzadziej bronią palną, po czym rabują wszystko, co są w stanie zabrać²⁹.

Drudzy to wyspecjalizowane grupy przestępcze, bardzo dobrze zorganizowane i uzbrojone, często korumpujące miejscową policję, straż przybrzeżną, firmy spedycyjne, pracowników portowych, a nawet załogi statków, by zapewnić sobie swobodę działania oraz informacje na temat cennych ładunków. Poruszają się bardzo szybko, bywa, że uzbrojonymi łodziami, atakując upatrzone statki nawet na otwartym morzu. Potrafią błyskawicznie opróżnić ładownie opływanej jednostki i zniknąć ze zdobyczą, ale również uprowadzać całe statki handlowe lub jachty turystyczne, które oddają za okup lub po przemalowaniu, zmianie nazwy oraz zarejestrowaniu pod inną banderą odsprzedają po okazyjnej cenie. Piraci azjatyccy upłynniają łupy wprowadzając je na czarny rynek najczęściej w małych portach chińskich, co ułatwia nieszczelność morskiej granicy tego kraju i panująca tam korupcja. Co raz częściej pirackie napady są dziełem doświadczonych w dokonywaniu abordaży zmilitaryzowanych bojówek, a ich celem są

²⁶ Z. Rotocki, *Wojna domowa na morzu w świetle prawa międzynarodowego*, Łódź 1976, s. 61-63.

²⁷ R. Ciastoń, *Piractwo i terroryzm morski a bezpieczeństwo energetyczne Japonii*, Warszawa, marzec 2009 „Biuletyn OPINIE” Fundacji Amicus Europae nr 4/2009, s. 3

²⁸ T. Iwanek, op.cit., s. 19

²⁹ Materiały Ośrodka Szkoleniowego Maritime Safety & Security, *Piractwo Morskie*, dostępne na stronie: http://www.maritime-security.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=79&Itemid=69

porwania marynarzy dla okupu. Część ataków to dzieło współczesnych korsarzy, parających się piractwem nie tylko dla bezpośrednich zysków, ale także łupiących za odpowiednie premie wskazane statki z towarem konkretnych firm, na zlecenie ich konkurentów.³⁰

Według informacji zbieranych przez *International Maritime Bureau Piracy Reporting Centre* średnia liczba ataków pirackich systematycznie wzrasta, szacuje się, że w latach 2003 – 2009 wydarzyło się 307 ataków pirackich rocznie. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, iż wiele aktów piractwa nie jest zgłaszanych odpowiednim władzom, zatem ich faktyczna liczba może być nawet kila razy większa.³¹

Biorąc pod uwagę powyższe oraz potencjalne i obecne rejonry działań piratów można dostrzec szereg luk w prawie międzynarodowym, na mocy konwencji UNCLOS. Konwencja o prawie morza nie przewiduje sytuacji, w której dochodzi do aktu piractwa, a zaangażowany jest tylko jeden statek, nie przewiduje sytuacji, gdy do czynów zabronionych dopuszcza się np. załoga względem własnego statku. Spod reżimu konwencji wyłączone są również wody terytorialne i morskie wody wewnętrzne³².

III. Jurysdykcja uniwersalna

Piractwo jest uznawane za jedno z najstarszych przestępstw i jako jedno z nielicznych, podlega jurysdykcji uniwersalnej uznawanej w prawie międzynarodowym. Prawo podjęcia działań w stosunku do piratów zostało przyznane wszystkim państwom, każde ma prawo ujęcia i ukarania piratów, zgodnie ze swoim prawem krajowym, nawet jeśli pojmany nie jest obywatelem tego państwa, a czyn nie miał miejsca na jego terytorium. Zasada jurysdykcji uniwersalnej w stosunku do piratów została przyjęta, bowiem stanowili oni i nadal stanowią powszechne zagrożenie dla wszystkich państw. Ponadto, co do zasady, piraci nie utożsamiają się z żadnym konkretnym państwem, działając ponadnarodowo, zatem żadne państwo *de facto* nie ponosi za nich odpowiedzialności³³.

Zasada jurysdykcji uniwersalnej została wyrażona w art. 105 UNCLOS, zgodnie z którym na otwartym morzu lub w każdym innym miejscu niepodlegającym jurysdykcji żadnego państwa, każde państwo może zająć piracki statek morski lub powietrzny oraz aresztować osoby i zająć mienie na pokładzie. Powyższe postanowienia są uważane za wyjątek od generalnej zasady rządzącej

³⁰ Materiały Maritime Safety & Security, *ibidem*.

³¹ T.Iwanek, *op.cit.*, s.19

³² J.L. Jesus, *op. cit.*, s. 380-381

³³ H.Tuerk, *op. cit.*, s. 15

urysdykcją na morzu otwartym, zgodnie z którą statki na morzu otwartym podlegają wyłącznej jurysdykcji państwa bandery³⁴.

UNCLOS nie nakłada na państwa – strony konwencji obowiązku współpracy w zwalczaniu piractwa we wszystkich obszarach morskich, a jedynie na morzu otwartym. Nakłada jedynie generalny nakaz, by państwa współdziałały w możliwie najszerszym zakresie w zwalczaniu piractwa. Taki obowiązek kończy się w miejscu, w którym rozpoczyna się granica morza terytorialnego. W konsekwencji nie ma również mechanizmu oskarżania i karania przestępstw popełnionych w stosunku do obcych statków na wodach terytorialnych innego państwa, bowiem to państwo może nie chcieć lub nie posiada środków do ich ścigania.³⁵ Generalna zasada uzasadniająca eksterytorialną jurysdykcję państw, nad podmiotami obcymi, przez uznanie, że wykonywanie władzy oskarżycielskiej oraz ich karanie przez państwo służy dobru społeczności międzynarodowej, traci rację bytu, gdy państwo odmawia oskarżenia i skazania piratów pojmanych na jego terytorium³⁶. Państwo, bowiem wykonując swoje suwerenne prawa na swoim terytorium nie ma obowiązku uznania, w prawie wewnętrznym, aktów piractwa za przestępstwo, za jakie uznaje je prawo międzynarodowe.

Na gruncie prawa międzynarodowego, w związku z zastosowaniem zasady jurysdykcji uniwersalnej pojawiają się również wątpliwości czy współczesny pirat rzeczywiście jest wrogiem całej ludzkości i czy tak bardzo różni się od innych przestępców. Zastosowanie jurysdykcji uniwersalnej do piratów może powodować napięcia w stosunkach międzynarodowych, stwarzając potencjalne niebezpieczeństwo wpływania na politycznych oponentów, pod pretekstem postępowania karnego. Co więcej może dojść do naruszenia prawa pirata do sprawiedliwego procesu, bowiem de facto w momencie popełniania czynu nie ma świadomości za jaki akt i na mocy jakiego prawa będzie sądzony oraz jaką karą przestępstwo jest zagrożone. Warto podkreślić, że porządki prawne różnych państw mogą przewidywać kary od kilku lat więzienia, do dożywocia, a nawet karę śmierci³⁷.

Odpowiedzią na powyższe zarzuty miała być uchwalona w 1988 r. konwencja w sprawie przeciwdziałania bezprawnym czynom przeciwko bezpieczeństwu żeglugi morskiej wraz z protokołem dodatkowym odnoszącym się do stałych platform umieszczonych na szelfie kontynentalnym.

³⁴ H.Tuerk, op. cit., s. 15

³⁵ J.L. Jesus, op. cit., s. 380-381

³⁶ T.Fokas, *The Barbary Coast Revisited: The Resurgence of International Maritime Piracy*, U.S.F. Maritime Law Journal, Summer 1997, s.437

³⁷ H.Tuerk, op. cit., s. 18

IV. Bezprawne czyny na morzu

Pojęcie piractwa w wyniku ewolucji przestało się odnosić do działań o charakterze tylko prywatnym, ale objęło faktycznie wszystkie przestępstwa bez względu na to, przez kogo były popełniane oraz bez konieczności posiadania rabunkowego celu.³⁸ Takie podejście mogłoby stanowić podstawę do rozciągnięcia postanowień dotyczących piractwa również na terroryzm. W tym kontekście argumentuje się również, że pojęcie celów prywatnych/ osobistych ma wyłączać spod regulacji konwencji o prawie morza działania powstańców, którzy nie zostali uznani za stronę wojującą przez państwo, z którym walczyli. Jednakże, nawet jeśli można stwierdzić historyczne usprawiedliwienie dla uznania, iż przepisy dotyczące piractwa mogą mieć zastosowanie do terroryzmu morskiego, korzystniejszym rozwiązaniem byłoby wyraźne uregulowanie tej kwestii w umowie międzynarodowej³⁹.

W latach sześćdziesiątych XX wieku miały miejsce na morzu akty przemocy niemieszczące się w pojęciu piractwa, zgodnym z konwencją UNCLOS oraz niebędące działaniami stron wojny domowej lub konfliktu wewnętrznego. Za pierwszy akt współczesnego terroryzmu morskiego uznaje się porwanie w 1961 r., pasażerskiego liniowca *Santa Maria* należącego do Kompanii Kolonialnej Lizbony. Jednostka została przejęta przez 24 hiszpańskich i portugalskich terrorystów, którzy po 13 dniach zdecydowali się poddać. Udzielenie w Brazylii azylu politycznego sprawcom porwania pokazało, że prawo międzynarodowe dysponuje ograniczonymi możliwościami ścigania sprawców takich czynów. Odwołanie się osoby dopuszczającej się aktu przemocy do politycznych pobudek wyłącza ją, bowiem z jurysdykcji powszechnej i uniemożliwia ewentualną ekstradycję. Podkreślić przy tym należy, że decyzja władz Brazylii o udzieleniu azylu zgodna była z obowiązującymi wówczas regulacjami prawnymi międzynarodowymi⁴⁰.

Dopiero spektakularna akcja uprowadzenia włoskiego statku pasażerskiego *Achille Lauro* spowodowała na forum IMO rozpoczęcie intensywnych prac⁴¹. Incydent *Achille Lauro* jest jednym z najbardziej znanych przypadków krzyżowania się aktów piractwa morskiego i terroryzmu morskiego. Po jego wystąpieniu rozgorzała debata, czy był on aktem piractwa, terroryzmu czy działaniami wojennymi. Dnia 7 października 1985 r. czterech członków Palestyńskiego Frontu Wyzwolenia porwało włoski liniowiec *Achille Lauro* wypływający w rejs

³⁸ R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim's International law*, vol. 1, London – New York 1996, s. 748-749

³⁹ M. Halberstam, *Terrorism on the high seas: the Achille Lauro, piracy and the IMO Convention on Maritime safety*, American Journal of International Law, 1988., s. 289-291

⁴⁰ K. Kubiak, *Piractwo i terroryzm...*, op cit., s. 9

⁴¹ K. Kubiak, *Piractwo i terroryzm...*, op cit., s. 9

z Genui po Morzu Śródziemnym. Porywacze wdzieli jako zakładników około 97 pasażerów i załogę, żądając uwolnienia z izraelskich więzień 50 Palestyńczyków. W związku z niespełnieniem żądań zabili zakładnika – Amerykanina żydowskiego pochodzenia, multimilionera Leona Klinghoffera, a jego ciało wyrzucili za burtę.⁴² Ostatecznie porywacze nie mogąc osiągnąć planowanych celów oddali się w ręce władz egipskich, które nie wszczęły przeciwko nim postępowania karnego. Decyzja ta wynikła z powodów politycznych, jednak należy podkreślić, iż konwencja o prawie morza, ustanawiając wymóg istnienia dwóch statków oraz istnienia celów osobistych, nie regulowała możliwości ścigania i karania takiego oczywistego naruszenia⁴³.

W wyniku działań zainicjowanych przez IMO Komitet Bezpieczeństwa Morskiego IMO (MSC) działający na podstawie rezolucji A.584/14 Zgromadzenia Ogólnego IMO z 1985 roku przyjął na 58 sesji (12 sierpnia 1986 roku) rezolucję dotyczącą opracowania i przyjęcia środków mających na celu przeciwdziałanie bezprawnym aktom przeciwko pasażerom i załodze statku⁴⁴.

W powyższej rezolucji zaproponowano wiele przedsięwzięć natury organizacyjno-prawnej, mających na celu ochronę statków pasażerskich odbywających podróże międzynarodowe (z możliwością rozszerzenia na inne rodzaje statków). Rezolucja nie jest jednak normatywnym aktem prawno-międzynarodowym, lecz jedynie dokumentem sugerującym państwom członkowskim IMO podjęcie zalecanych przez nią działań. Mankamentem rezolucji jest również brak propozycji uregulowania zasady współpracy międzynarodowej w zakresie zapobiegania i zwalczania terroryzmu morskiego⁴⁵.

Prace legislacyjne rozpoczęła decyzja Rady IMO, podjęta na 57 sesji obradującej w dniach 10-14 listopada 1986 roku, o powołaniu do życia specjalnego Komitetu Przygotowawczego. Podstawą prac Komitetu był projekt konwencji przygotowany przez Egipt, Austrię i Włochy. Oparty był on na istniejących już i powszechnie uznanych konwencjach międzynarodowych: konwencji tokijskiej z 1963 roku, dotyczącej przestępstw i niektórych innych czynów popełnionych na pokładzie statków powietrznych, konwencji haskiej z 1970 roku, dotyczącej zwalczania bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi, konwencji montrealskiej z 1971 roku, dotyczącej zwalczania bezprawnych czynów skierowanych

⁴² N.Dahlvang, *Thieves, robbers, & terrorists: piracy in the 21st century*, *Regent Journal of International Law* (2006), volume 4, s. 25 - 28

⁴³ M.J.Bazyler, *Capturing terrorists in the "wild blue yonder; international law and the Achille Lauro and Libyan aircraft incidents*, *Whittier Law Review* 1986, vo.8, no. 3, s.690-691

⁴⁴ *Measures to prevent unlawful acts against passengers and crews on board* — MSC/CIRC. 443 (September 1986).

⁴⁵ M. Czernis, *Akty terroryzmu na morzu a prawo międzynarodowe*, *Przegląd Zachodniopomorski*, 1989 nr 3-4, s. 228

przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego, konwencji ONZ z 1973 roku, dotyczącej zapobiegania i karania przestępstw przeciwko osobom korzystającym z ochrony międzynarodowej, konwencji ONZ z 1979 roku przeciwko braniu zakładników, konwencji ONZ z 1985 roku o zapobieganiu torturom⁴⁶.

W efekcie prowadzonych prac przyjęto projekt konwencji w sprawie przeciwdziałania bezprawnym czynom przeciwko bezpieczeństwu żeglugi morskiej (*Convention for Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation*)⁴⁷ – konwencja SUA wraz z protokołem dodatkowym odnoszącym się do stałych platform umieszczonych na szelfie kontynentalnym (*Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf*)⁴⁸.

Projekty te zostały ostatecznie przyjęte na konferencji międzynarodowej, która obradowała w Rzymie 1-10 marca 1988 roku. W preambule stwierdzono, że celem konwencji jest stworzenie spójnego systemu norm międzynarodowych dla przeciwdziałania aktom terroru na morzu. Art. 2 precyzuje zakres obowiązywania konwencji w stosunku do jednostek pływających. Konwencja SUA ma zastosowanie do wszystkich jednostek pływających jakiegokolwiek rodzaju, niezwiązanych na stałe z dnem morskim, łącznie z jednostkami bezwypornościami, urządzeniami zdolnymi do zanurzania się i wszelkimi innymi urządzeniami bez własnego napędu. Z konwencji wyłączone są: okręty, statki państwowe i przez państwo eksploatowane jako wojskowe jednostki pomocnicze czy też policyjne lub celne oraz statki wyłączone z eksploatacji z powodu braku zatrudnienia. Konwencja SUA zawiera w art. 3 zestawienie czynów przeciwko bezpieczeństwu żeglugi. Podkreślić należy, że wobec braku powszechnie uznanej definicji terroryzmu twórcy konwencji, dążąc do zapobiegania możliwym sporom dotyczącym kwalifikacji pewnych czynów, posłużyli się znacznie mniej kontrowersyjnym terminem przestępstwo. Jest to posunięcie zgodne z praktyką międzynarodową, w obowiązujących konwencjach również stosowane jest pojęcie przestępstwo lub akt bezprawny⁴⁹.

⁴⁶ Ibidem, s. 228

⁴⁷ Dz. U. z 1994 r., nr 129, poz. 635

⁴⁸ Dz. U. z 2002 r. Nr 22 poz. 211

⁴⁹ M. H. Koziński, *Sankcje za nieprzestrzeganie wymagań bezpieczeństwa morskiego i za czyny przeciwko bezpieczeństwu morskemu*, Prawo Morza, Gdańsk 1998, s. 86-88.

W myśl konwencji SUA przestępstwo popełnia każdy⁵⁰, kto bezprawnie i umyślnie zajmuje statek lub przejmuje nad nim kontrolę przy użyciu siły lub groźby jej użycia albo za pomocą wszelkiej innej formy zastraszenia. Przestępstwem jest również każdy akt przemocy przeciwko jakiegokolwiek osobie znajdującej się na statku, jeżeli działanie to może zagrozić bezpiecznej żegludze statku. Na mocy konwencji za przestępstwo uznane są również wszelkie inne działania zagrażające bezpieczeństwu żeglugi, a skierowane przeciwko statkowi.

W myśl konwencji SUA przestępstwem jest również usiłowanie popełnienia jednego z penalizowanych przez nią czynów, podżeganie i pomocnictwo w ich popełnieniu⁵¹. Zgodnie z Art. 5 konwencji, państwa będące stronami ustalają właściwe sankcje karne za wymienione przestępstwa, uznając poważny charakter przestępstw.

Uwagę zwraca bardzo szeroki i pojemny charakter sformułowań użytych przez twórców konwencji. Dzięki temu można przypuszczać, że obejmują one wszystkie rodzaje przestępstw, które do tej pory wystąpiły, oraz te, które mogą wystąpić niezależnie od techniki ich popełnienia i charakteru (działanie bezpośrednie, usiłowanie, groźba popełnienia, podżeganie i pomocnictwo)⁵². Trzeba jednak podkreślić, iż dla pełnego funkcjonowania w obrocie międzynarodowym

⁵⁰ *Artykuł 3 1. Osoba popełnia przestępstwo, jeżeli bezprawnie i umyślnie:*

(a) *zajmuje statek lub przejmuje nad nim kontrolę przy użyciu siły lub groźby jej użycia lub za pomocą wszelkiej innej formy zastraszenia, lub*

(b) *dokonuje aktu przemocy przeciwko osobie znajdującej się na statku, jeżeli działanie to może zagrażać bezpiecznej żegludze tego statku, lub*

(c) *niszczy statek albo powoduje uszkodzenie statku lub jego ładunku, jeżeli działanie to może zagrażać bezpiecznej żegludze tego statku, lub*

(d) *umieszcza, lub powoduje umieszczenie na statku, za pomocą jakichkolwiek środków, urządzenia lub substancji, która może zniszczyć ten statek lub spowodować jego uszkodzenie lub znajdującego się na nim ładunku, powodując przez to zagrożenie lub możliwość zagrożenia dla bezpiecznej żeglugi tego statku, lub*

(e) *niszczy albo w sposób poważny uszkadza morskie urządzenia nawigacyjne, albo w poważny sposób przeszkadza w ich obsłudze, jeżeli działanie takie może zagrażać bezpiecznej żegludze statku, lub*

(f) *przekazuje informacje, o których wie, że są fałszywe, powodując w ten sposób zagrożenie dla bezpiecznej żeglugi statku, lub*

(g) *rani albo zabija inną osobę w związku z popełnieniem lub próbą popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa wymienionego w punktach od (a) do (f).*

⁵¹ *Artykuł 3 2. Osoba popełnia również przestępstwo, jeżeli:*

(a) *usiłuje popełnić jakiegokolwiek przestępstwo wymienione w ustępie 1 lub*

(b) *namawia inną osobę do popełnienia przestępstw wymienionych w ustępie 1, lub w jakikolwiek sposób współdziała z osobą popełniającą takie przestępstwa, (...)*

⁵² K.Kubiak, *Piractwo i terroryzm ...*, op cit., s.12

postanowień konwencji niezbędne jest precyzyjne określenie czynów zabronionych i sankcji karnych w prawie krajowym państw stron.

Konwencja SUA ma również zastosowanie do piractwa i zbrojnych napaści na statki, w rozumieniu UNCLOS⁵³.

Art. 6 konwencji precyzuje, w jakich przypadkach państwo zobowiązane jest rozciągnąć jurysdykcję na wymienione przestępstwa. Taka sytuacja zachodzi w przypadku przestępstw, które są dokonywane przeciwko statkom lub na statku podnoszącym banderę tego państwa w czasie popełnienia przestępstwa, na terytorium tego państwa, włącznie z jego morzem terytorialnym, przez obywatela tego państwa, gdy domniemany sprawca znajduje się na jego terytorium, a państwo to nie wydaje go żadnemu państwu, które ustanowiły swą jurysdykcję oraz w przypadku, jeżeli przestępstwo dokonane zostało przez bezpaństwowca, zamieszkałego na stałe w tym państwie, w wyniku przestępstwa obywatel tego państwa jest zatrzymany, zastraszany, zraniony lub zabity, przestępstwo jest popełnione w celu zmuszenia państwa do podjęcia lub powstrzymania się od podjęcia jakiegokolwiek działania.

SUA ustanawia raczej wielokrotną niż uniwersalną jurysdykcję, bowiem państwa – strony konwencji są zobowiązane do ścigania czynów głównie, gdy czyn bezprawny jest skierowany przeciwko statkowi tego państwa, popełniony na jego terytorium lub przez jego obywatela. W pozostałych sytuacjach konwencja przewiduje fakultatywną jurysdykcję, np. państwo może ustanowić swoją jurysdykcję w odniesieniu do czynów skutkujących śmiercią, uszczerbkiem na zdrowiu jego obywatela.⁵⁴ Pierwszą znaczącą zmianą, w stosunku do reżimu ustanowionego na mocy konwencji o prawie morza, jest rozszerzenie zakresu ochrony statków przed współczesnymi aktami piractwa na wody terytorialne przy jednoczesnym poszanowaniu zasady suwerenności państw nadbrzeżnych nad ich wodami terytorialnymi.⁵⁵

Konwencję SUA stosuje się do bezprawnych czynów popełnionych na prawie wszystkich obszarach morskich, włączając w to morze terytorialne, pod

⁵³ J.L. Jesus, op. cit., s. 381

⁵⁴ A. Blanco-Bazan, *Legal aspects of piracy and armed robbery against shipping*, Notes for the oral presentation, EC seminar, Brussels, dostępny na stronie: http://ec.europa.eu/transport/maritime/events/2009_01_21_piracy_en.htm

⁵⁵ *Artykuł 4.1.* Niniejsza konwencja ma zastosowanie, jeżeli statek przepływa lub zgodnie z planem ma wpłynąć na, przepłynąć przez lub wypłynąć z wód znajdujących się poza zewnętrzną granicą morza terytorialnego jednego państwa lub poza bocznymi granicami jego morza terytorialnego graniczącego z przyległymi państwami.

2. W przypadkach, w których konwencja nie ma zastosowania na podstawie ustępu 1, stosowana jest mimo wszystko, jeżeli sprawca lub domniemany sprawca przestępstwa przebywa na terytorium państwa-strony innego niż państwo, do którego odnosi się ustęp 1.

warunkiem, że statek odbywa lub zgodnie z planem ma odbyć podróż międzynarodową. Konwencja nie ma zastosowania do morskich wód wewnętrznych oraz do wód terytorialnych.⁵⁶

Art. 7 konwencji ma na celu przyspieszenie podjęcia określonych działań przez państwa, wprowadzając zasadę – osądź lub wydaj (*extradite or prosecute*). Obowiązkiem strony konwencji, na której terytorium znajduje się sprawca lub domniemany sprawca przestępstwa, jest zatrzymać go lub podjąć inne środki zapewniające jego obecność przez czas konieczny do przeprowadzenia postępowania karnego lub ekstradycyjnego oraz przeprowadzić wstępne dochodzenie dla ustalenia okoliczności przestępstwa oraz niezwłocznie zawiadomić o fakcie zatrzymania oraz o okolicznościach uzasadniających zatrzymanie wszystkie państwa, które ustanowiły swą jurysdykcję⁵⁷. Zastosowanie ma zwykle zasada *aut dedere aut iudicare*, nakładająca na państwo, które ujęło podejrzanego, obowiązek wydania go państwu, które wnosi o ekstradycję, albo osądzenia go samodzielnie, jeżeli odmawia ono dokonania ekstradycji. W art. 12, 13, 14 i 15 zawarto obowiązek uznania przestępstw objętych konwencją za podlegające ekstradycji, wszechstronnej współpracy międzynarodowej w ich zwalczaniu, a zwłaszcza wymiany informacji, dokumentów i dowodów oraz doświadczeń wynikających z prowadzenia akcji prewencyjnych i represyjnych.

Podkreślenia wymaga, iż konwencja SUA reguluje nie tylko międzynarodowy reżim prawny w celu zapewnienia odpowiedniej kary za popełnione akty terrorystyczne, ale jednocześnie ma zastosowanie do innych czynów zabronionych popełnianych na morzu, nie tylko o charakterze terrorystycznym. Jednocześnie konwencja SUA nie powinna być rozpatrywana w opozycji do konwencji o prawie morza, ale jako umowa międzynarodowa o charakterze uzupełniającym postanowienia UNCLOS. Luki zostawione przez wielokrotną jurysdykcję ustanowioną na mocy SUA powinny zostać wypełnio-

⁵⁶ J.L. Jesus, op. cit., s. 393

⁵⁷ *Artykuł 7 1. Po rozpatrzeniu zaistniałych okoliczności każde państwo-strona, na którego terytorium znajduje się sprawca lub domniemany sprawca przestępstwa, zgodnie ze swoim prawem wewnętrznym zatrzyma go lub podejmie inne środki zapewniające jego obecność przez okres konieczny do przeprowadzenia postępowania karnego lub ekstradycyjnego.*

2. Państwo to niezwłocznie przystąpi - zgodnie ze swoim ustawodawstwem - do przeprowadzenia wstępnego dochodzenia dla ustalenia faktów. (...)

5. W przypadku gdy państwo-strona zatrzymało osobę na podstawie niniejszego artykułu, niezwłocznie zawiadamia o fakcie zatrzymania oraz o okolicznościach uzasadniających zatrzymanie wszystkie państwa, które ustanowiły swą jurysdykcję zgodnie z artykułem 6 ustęp 1, a jeżeli uzna to za celowe - również inne zainteresowane państwa. Państwo, które zgodnie z ustępem 2 niniejszego artykułu prowadzi wstępne dochodzenie, niezwłocznie zawiadamia wyżej określone państwo o jego wynikach i oświadcza, czy zamierza wykonywać swą jurysdykcję.

ne przy pomocy jurysdykcji uniwersalnej ustanowionej na mocy konwencji o prawie morza.⁵⁸

Jurysdykcja, na mocy konwencji SUA, jest oparta na następujących zasadach: zasadzie terytorialności, zasadzie narodowości, zasadzie pasywnej narodowości oraz zasadzie jurysdykcji uniwersalnej. Zasada terytorialności oznacza, że państwu przysługuje jurysdykcja, jeśli akt terrorystyczny miał miejsce na jego terytorium, włączając w to wody terytorialne. Zasada narodowości oparta na obywatelstwie dokonującego przestępstwa lub przynależności państwowej statku, przeciwko któremu lub na pokładzie, którego zostało popełnione przestępstwo, natomiast zasada pasywnej narodowości oparta jest na obywatelstwie ofiar. Zasada jurysdykcji uniwersalnej, zgodnie z którą każde państwo podejmie niezbędne środki dla ustanowienia jurysdykcji zgodnie z konwencją SUA, w przypadku, gdy domniemany sprawca znajduje się na jego terytorium⁵⁹.

Protokół w sprawie zapobiegania bezprawnym aktom skierowanym przeciwko bezpieczeństwu stałych platform umieszczonych na szelfie kontynentalnym zawiera uregulowanie jurysdykcyjne wymierzone w działania potencjalnie możliwe, które jednak nie miały jeszcze miejsca (lub nie zostały ujawnione). Świadczy to o tym, że twórcom konwencji i protokołu przyświecał zamiar stworzenia aktu normatywnego regulującego nie tylko doraźną sytuację, ale mogącego z powodzeniem funkcjonować również w przyszłości. Za zasadne należy uznać zawarcie postanowień dotyczących stałych platform w odrębnym dokumencie (tj. protokole), nie zaś w konwencji. Przemawia za tym ich odrębność techniczna, organizacyjna i funkcjonalna, której nie można zawrzeć w najszerzej nawet rozumianej definicji statku. Protokół definiuje pojęcie stałej platformy. Jest nią każda sztuczna wyspa, instalacja czy budowla na stałe związana z dnem morskim w celu badania lub wydobywania bogactw naturalnych lub innych celach ekonomicznych (art. 1, ust.3). Definicja ta jest nieostra i pozostawia poza działaniem protokołu rozmaite instalacje wykorzystywane do celów pozaekonomicznych oraz dostarcza sposobności do prowadzenia sporów interpretacyjnych⁶⁰.

Konwencja SUA z 1988 roku wraz z protokołem jest najdokładniej opracowaną próbą uregulowania współpracy międzynarodowej w zakresie zwalczania aktów przemocy popełnianych na morzu. Dokładnie precyzuje ona działania, które powinny podlegać międzynarodowej represji, oraz środki, do podjęcia, których uprawnione jest państwo. Walorem jest odejście od uwzględnienia w klasyfikacji aktów przemocy pobudek, jakimi kierowali się sprawcy i budowanie wszelkich uregulowań prawnych w oparciu o charakter i następstwa tych

⁵⁸ A. Blanco-Bazan, op. cit.

⁵⁹ J.L. Jesus, op. cit., s. 392

⁶⁰ K.Kubiak, *Piractwo i terroryzm ...*, op cit., s.14

aktów. Pominięcie motywów sprawców zgodne jest z obecnym kierunkiem rozwoju prawa międzynarodowego w zakresie zwalczania i przeciwdziałania przestępstwom o międzynarodowym charakterze⁶¹.

W następstwie aktów terrorystycznych w USA 11 września 2001 r. pojawiło się zagadnienie użycia statku jako potencjalnej broni służącej do dokonania aktu terrorystycznego. W 2005 r. na forum Międzynarodowej Organizacji Morskiej uchwalono protokół dodatkowy do konwencji SUA (konwencja SUA 2005) oraz protokół zmieniający protokół dotyczący platform. Protokół 2005 wprowadza nowy katalog przestępstw, w tym akty terrorystyczne przeciwko środowisku, użycie statku, jako broni, nielegalny przewóz lub stosowanie broni atomowej, biologicznej lub chemicznej na pokładzie statku z zamiarem zastraszenia lub skłonienia rządu, ludności lub organizacji międzynarodowej do dokonania lub powstrzymania się od jakiegokolwiek aktu politycznego wbrew jego woli⁶². Konwencja SUA 2005 zawiera przepisy dotyczące jurysdykcji po wystąpieniu ataku terrorystycznego jak również przewiduje pewne środki zapobiegawcze. Zgodnie z protokołem państwa strony mogą żądać od państwa bandery zgody na wejście na pokład jego statku poza wodami terytorialnymi jakiegokolwiek państwa, jeżeli istnieją rozsądne podstawy, że statek lub osoba na pokładzie była, jest lub może być zaangażowana w popełnienie jednego z czynów określonych w konwencji SUA zmienionej protokołem z 2005 r.⁶³ Znaczenie protokołów z 2005 r., z powodu niewielkiej liczby sygnatariuszy, jest do tej pory niewielkie, jednakże ich przyjęcie jest krokiem we właściwym kierunku w zakresie zwalczania przestępczości morskiej.

Konwencja SUA stoi na stanowisku, że warunkiem efektywnego zwalczania przestępczości międzynarodowej jest precyzyjne określenie, w regulacjach prawnych, które mają być podstawą jej zwalczania, charakteru i skutków, jakie działania przestępcze mogą powodować dla żeglugi. Motywy sprawców mogą mieć w tym ujęciu znaczenie dla moralnej czy politycznej oceny ich działań, lecz nie mogą wpływać na kwalifikację prawną czynów i powstrzymywać podjęcie działań represyjnych. Przyjęcie takiej filozofii prowadzi, więc do zaniku, przynajmniej w płaszczyźnie legislacyjnej, często przytaczanego podziału popełnionych na morzu przestępstw na piractwo (akty popełniane z pobudek prywatnych) i terrorizm morski (względnie piractwo polityczne — czyny popełniane z motywów politycznych). Konwencja rzymska z 1988 roku niewątpliwie wytycza, więc wła-

⁶¹ K.Kubiak, *Piractwo i terrorizm ...*, op cit., s.15

⁶² Tekst konwencji – artykuł 3bis: <http://en.msa.gov.cn/msa/UserFiles/File/International%20Maritime%20Convention/SUA/SUA%202005%20protocol.pdf>

⁶³ A.D.Buzawa, *Cruising with terrorism: Jurisdictional challenges to the control of terrorism in cruising industry*, Tulane Maritime Law Journal 2007 – 2008, s. 197 oraz Ł.Kułaga op. cit. s.244

ściwy kierunek postępowania, ale wciąż nie rozwiązuje wszystkich problemów. Jej regulacje nadal nie odnoszą się do zasadniczych kwestii ograniczających możliwość skutecznego użycia jednostek w służbie państwowej, zwłaszcza zaś związanych z szeroko rozumianą prewencją i tak zwaną obroną wyprzedzającą⁶⁴.

V. Środki zaradcze

Pomimo ogromnego kroku naprzód, dzięki ustanowieniu międzynarodowych przepisów w postaci konwencji SUA wraz z protokołami uzupełniającymi, kwestie szeroko pojętych bezprawnych czynów na morzu pozostają nadal nierozwiązane z powodu niewielkiej liczby ratyfikacji oraz niewdrożenia ustanowionych przez nią instrumentów.

W związku z wzrastającą liczbą ataków pirackich, szczególnie w rejonie Somali, na forum Organizacji Narodów Zjednoczonych podjęto próby rozwiązania tego problemu w obszarze zagrożonego regionu. W czerwcu 2008 r. Rada Bezpieczeństwa ONZ jednogłośnie przyjęła rezolucję nr 1816 w prawie piractwa i zbrojnych napaści w rejonie Somalii.

Kluczową, w tym przypadku, jest kwestia autoryzacji przez Radę obecności oraz wszelkich koniecznych działań (również zbrojnych) podejmowanych przez wojskowe jednostki morskie państw trzecich, w celu zapobiegania i zwalczania aktów piractwa i zbrojnych napaści na wodach terytorialnych Somalii⁶⁵. Zgodnie z ustępem 7 Rezolucji 1816 państwa, współpracując z Tymczasowym Rządem Federalnym Somalii, w celu powstrzymania aktów piractwa i zbrojnych napaści u wybrzeży Somalii, mogą wkroczyć na wody terytorialne Somalii oraz podejmować wszelkie niezbędne działania, zgodnie z odpowiednimi międzynarodowymi przepisami w tym zakresie dotyczącymi morza otwartego⁶⁶. Należy podkreślić,

⁶⁴ K.Kubiak, *Piractwo i terroryzm...*, op cit., s.15

⁶⁵ L.Powirska, *Piractwo Morskie u wybrzeży Somalii. Przyczyny i perspektywy rozwiązania problemu.*, Biuletyn Międzynarodowy Instytutu Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Jagiellońskiego, Nr 21, listopad 2008

⁶⁶ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 1816, dostępna na stronie <http://www.un.org/en/>; Ustęp 7: *Decides that for a period of six months from the date of this resolution, States cooperating with the TFG in the fight against piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia, for which advance notification has been provided by the TFG to the Secretary-General, may: (a) Enter the territorial waters of Somalia for the purpose of repressing acts of piracy and armed robbery at sea, in a manner consistent with such action permitted on the high seas with respect to piracy under relevant international law; and (b) Use, within the territorial waters of Somalia, in a manner consistent with action permitted on the high seas with respect to piracy under relevant international law, all necessary means to repress acts of piracy and armed robbery;*

iż w tekście rezolucji zawarte jest zastrzeżenie, że prawo wpływania na wody terytorialne ma zastosowanie wyłącznie do obecnej sytuacji Somalii i nie może stanowić podstawy do wypracowania, w tym zakresie, zwyczaju międzynarodowego.

Znamienna jest rezolucja rady Bezpieczeństwa nr 1851 z grudnia 2008 r., przedłużona o dwanaście miesięcy rezolucją nr 1897 z grudnia 2009 r., zezwalająca państwom, działającym stosownie do postanowień rezolucji 1816 i 1846, na aktywne powstrzymanie za pomocą wszelkich dostępnych środków działań zmierzających do popełnienia aktów piractwa lub rabunku zbrojnego na terytorium całej Somalii, co oznacza zezwolenie na użycie siły także na lądzie⁶⁷. Powyższe zapisy stanowią odstępstwo od naczelnej zasady prawa międzynarodowego, jaką jest zasada suwerenności państw. Każda z rezolucji wyraźnie jednak podkreśla, iż jej postanowienia nie mogą stanowić podstawy do ustanowienia międzynarodowego prawa zwyczajowego oraz mają zastosowania tylko do terytorium Somali, a wszelkie działania maja odbywać się za zgodą Rządu Tymczasowego.

Powyższe rezolucje Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych są niezwykle istotne jeśli chodzi o podejmowanie działań na szczeblu międzynarodowym w zakresie zwalczania piractwa i bezprawnych czynów na morzu, stały się również podstawą do innych międzynarodowych inicjatyw, na szczeblu zarówno regionalnym jak i europejskim. Warto w tym miejscu przytoczyć regionalną antypiracką operację w cieśninie Malakka i Singapurze. Zawarto również Regionalne Porozumienie o Współpracy w Zwalczaniu Piractwa i Zbrojnych Napaści w stosunku do statków u wybrzeży Azji (*The Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against ships in Asia – RECAAP*), które doprowadziło do pewnego spadku liczby napadów⁶⁸.

Omawiając przeciwsrodki w zakresie piractwa nie można pominąć inicjatyw podejmowanych przez Międzynarodową Organizację Morską (IMO). W kontekście zwiększającej się liczby pirackich ataków IMO przyjęła rezolucję A.545(13),

⁶⁷ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 1851, dostępna na stronie <http://www.un.org/en/>; 6. *In response to the letter from the TFG of 9 December 2008, encourages Member States to continue to cooperate with the TFG in the fight against piracy and armed robbery at sea, (...) may undertake all necessary measures that are appropriate in Somalia, for the purpose of suppressing acts of piracy and armed robbery at sea, pursuant to the request of the TFG, provided, however, that any measures undertaken pursuant to the authority of this paragraph shall be undertaken consistent with applicable international humanitarian and human rights law*; 7. *Calls on Member States to assist the TFG, at its request and with notification to the Secretary-General, to strengthen its operational capacity to bring to justice those who are using Somali territory to plan, facilitate or undertake criminal acts of piracy and armed robbery at sea, and stresses that any measures undertaken pursuant to this paragraph shall be consistent with applicable international human rights law*;

⁶⁸ J. Ostaszewicz, *Europa wyrusza przeciwko piratom*, Transport Morski i Śródlądowy, BI Nr 2009/01, Główna Biblioteka Komunikacyjna, <http://gbk.nazwa.pl/>

w której wezwała państwa do uznania tej kwestii, jako sprawy najwyższej wagi oraz do podjęcia wszelkich działań koniecznych do zapobiegania piractwu i zbrojnym napaściom w stosunku do statków na ich wodach, włączając w to wzmocnienie środków bezpieczeństwa. Państwa zostały również wezwane do informowania IMO o podjętych działaniach w tym zakresie⁶⁹.

IMO wydała rekomendacje dla rządów w celu zwalczania i zapobiegania aktom piractwa oraz zbrojnym napaściom (MSC.1/Circ.1333), zawierające sugestie odnośnie możliwych przeciwwskładów w tym zakresie. W listopadzie 2001 r. Zgromadzenie Ogólne IMO rezolucją A.922(22) uchwaliła Kodeks postępowania w sprawie dochodzeń w sprawie piractwa i zbrojnych napaści (*Code of Practice for the Investigation of the Crimes of Piracy and Armed Robbery Against Ships*)⁷⁰.

W maju 2009 r. Bahamy, Wyspy Marshalla, Panama, Bahamy podpisały Deklarację z Nowego Jorku w sprawie metod unikania, zapobiegania i wstrzymywania aktów piractwa. We wrześniu 2009 r. przystąpiły do niej Cypr, Japonia, Singapur, Wielka Brytania oraz Stany Zjednoczone. 71 Państwa sygnatariusze Deklaracji z Nowego Jorku dostrzegając konieczność samoobrony statków przed statkiem, stwierdzają, że taka obrona może być skuteczna oraz zobowiązują się do ustanowienia krajowych metod ochrony na statkach⁷². Można w tym miejscu pokusić się o stwierdzenie, że taka deklaracja stanowi w zasadzie zachęcenie do utrzymywania na statkach broni palnej oraz jednostek paramilitarnych w celu ochrony statku przed atakiem pirackim.

W kontekście zapobiegania i zwalczania aktów piractwa morskiego coraz więcej nadziei pokładanych jest w Unii Europejskiej, która ustanowiła szereg regulacji dotyczących bezpieczeństwa morskiego, niestety do tej pory nie opracowano wspólnotowych przepisów dotyczących bezpieczeństwa unijnych statków poza wodami wspólnoty. Nasilenie przemocy na morzu doprowadziło Unię

⁶⁹ H.Tuerk, op. cit., s. 20

⁷⁰ Informacje ze strony www.imo.org; http://www.imo.org/Facilitation/mainframe.asp?topic_id=362

⁷¹ Deklaracja z Nowego Jorku: NEW YORK DECLARATION *Commitment to Best Management Practices to Avoid, Deter or Delay Acts of Piracy*; dostępna na stronie: <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/3849543/ny-declaration.pdf>

⁷² NEW YORK DECLARATION: *The undersigned countries recognize the increasing problem of acts of piracy and armed robbery against vessels and seafarers on innocent passage. All acts of piracy and armed robbery against vessels and seafarers are condemned. (...) The significant efforts of the international community in trying to stop the acts of piracy and hijackings off the coast of Somalia and East Africa are fully recognized. The undersigned countries note with gratitude the international Naval operations taking place off the coast of Somalia and East Africa to prevent acts of piracy and hijackings. The undersigned countries acknowledge that all vessels, including those on their registers, have an important role in taking self protection measures to reduce the risk of acts of piracy.*

Europejską do podjęcia działań przeciwko terroryzmowi i piractwu morskemu, w ramach europejskiego obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Unia Europejska zachęca również państwa członkowskie do przystępowania do międzynarodowych instrumentów, takich jak Konwencja SUA.

Rada Europejska na szczycie w dniach 4 - 5 listopada 2004 r. zatwierdziła wieloletni program haski na rzecz umocnienia przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. W celu realizacji programu haskiego Rada Europejska wezwała Komisję do przedstawienia planu działań, w którym cele i priorytety programu będą przełożone na konkretne działania. Pierwsza część planu przedstawia zarys podstawowych zagadnień i określa dziesięć szczegółowych priorytetów, na których powinny koncentrować się wysiłki. Pośród dziesięciu priorytetów kluczowe miejsce zajmują walka z terroryzmem oraz przestępczością zorganizowaną. Ważne jest, aby odróżnić te dwa typy przemocy ze względu na różne cele. Celem terroryzmu jest przede wszystkim do wyrządzenie poważnych szkód krajowi lub organizacji międzynarodowej. Przestępczość zorganizowana koncentruje się głównie na własnych celach, którymi mogą być korzyści finansowe. W tym sensie, piractwo jest elementem zorganizowanej przestępczości. Unia Europejska podkreśla, iż rozwój morskiego piractwa stanowi nowy wymiar przestępczości zorganizowanej i zasługuje na największą uwagę. Choć ważne jest rozróżnienie pomiędzy terroryzmem i piractwem, istotny jest fakt, że niektóre instrumenty prawne mogą być wykorzystywane do walki z obydwojema, biorąc pod uwagę podobieństwa między tymi zjawiskami dotyczące w szczególności metod finansowania oraz związki między samymi grupami⁷³.

W dniu 19 września 2008 r. Rada Unii Europejskiej podjęła decyzję o przyjęciu koordynacji działań wojskowych zgodnie z rezolucją 1816 Rady Bezpieczeństwa ONZ. Od 8 grudnia 2008 r. rozpoczęła się pierwsza militarna operacja morska Unii Europejskiej EUNAVFOR – Somalia – Operacja Atalanta⁷⁴.

Zgodnie z Wspólnym Działaniem Rady 2008/851/WPZiB z dnia 10 listopada 2008 r. w sprawie operacji wojskowej Unii Europejskiej mającej na celu udział w powstrzymywaniu, zapobieganiu i zwalczaniu aktów piractwa i rozboju u wybrzeży Somalii Unia Europejska prowadzi operację wojskową wspierającą rezolucje Rady Bezpieczeństwa ONZ w sposób zgodny z działaniem zatwierdzonym w przypadku aktów piractwa, zgodnie z Konwencją Narodów Zjednoczonych

⁷³ A.Cudennec, *Terrorisme et piraterie maritimes: l'UE affirme son statut d'acteur maritime international*, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n. 532, octobre-novembre 2009, s. 600

⁷⁴ R. Yakemtchouk, *Les États de l'Union européenne face à la piraterie maritime somalienne* *Union Européenne*, Juillet-Août 2009, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n. 530, juillet-août 2009, s. 446

o prawie morza oraz, w szczególności, poprzez zobowiązania podjęte wspólnie z państwami trzecimi. Operacja ta ma na celu udział w: ochronie statków Światowego Programu Żywnościowego (*World Food Programme* – WFP) dostarczających pomoc żywnościową dla wysiedlonej ludności z Somalii, ochronie narażonych na ataki statków pływających u wybrzeży Somalii, a także powstrzymywanie, zapobieganie i zwalczanie aktów piractwa i zbrojnych napaści u wybrzeży Somalii⁷⁵. Operacja UE-NAVFOR, jest pierwszą morską operacją Wspólnoty, jest przeprowadzana w ramach Europejskiej Polityki Bezpieczeństwa i Obrony, jest częścią globalnych działań prowadzonych przez UE w Rogu Afryki. Operacja otrzymała mandat na jeden rok, zgodnie z którym misją operacji Atalanta jest zapewnienie ochrony dla statków WFP oraz statków handlowych, przewiduje również użycie wszelkich niezbędnych środków, w tym siły, w celu zapewnienia bezpiecznej żeglugi. Działanie zostało zaplanowane początkowo na okres dwunastu miesięcy, po czym Rada UE przedłużyła je do grudnia 2010. Rada ustanowiła również komórkę koordynację w Brukseli (UE NAVCO⁷⁶), której zadaniem jest wspieranie działań wojskowych prowadzonych przez niektóre państwa członkowskie oraz państwa trzecie⁷⁷.

W ramach operacji Atalanta monitorowane są obszary w pobliżu Somalii, na których występują zagrożenia dla bezpieczeństwa żeglugi. Flota działa w obszarze obejmującym południowe wybrzeża Morza Czerwonego, Zatoki Adenkiej i części Oceanu Indyjskiego, co stanowi aż 500 mil wybrzeża Somalii i krajów sąsiednich. W monitorowanym obszarze, może podjąć wszelkie niezbędne środki, w tym użycie siły w celu powstrzymania, zapobiegania aktom piractwa i zbrojnym napaściom u wybrzeży Somalii. Należy podkreślić, że misja Atalanta nie ogranicza się do walki z piractwem w ramach prowadzenia działań operacyjnych. Jednostki działające, w ramach operacji Atalanta, są upoważnione również do ujęcia i przekazania osób, które popełniły akty piractwa lub zbrojnych napaści lub podejrzanych o ich popełnienie, może również zatrzymać piracki statek⁷⁸.

⁷⁵ Dz.U. L 301 z 12.11.2008 - *Wspólne działanie Rady 2008/851/WPZiB z dnia 10 listopada 2008 r. w sprawie operacji wojskowej Unii Europejskiej mającej na celu udział w powstrzymywaniu, zapobieganiu i zwalczaniu aktów piractwa i rozboju u wybrzeży Somalii*, EU NAVFOR Somalia operation „Atalanta” Oddziały morskie UE, Główna siedziba operacyjna: Northwood, Wielka Brytania, Czas trwania operacji: 12 miesięcy

⁷⁶ 19 września 2008 r. Wspólna akcja przyjęta przez Radę Unii Europejskiej 2008/749/CFSP EU NAVCO (*European Union military coordination of action against piracy in Somalia*) UE Koordynacja akcji militarnej przeciwko somalijskiemu piractwu, Siedziba komórki koordynacyjnej: Bruksela.

⁷⁷ Liisa Vainio, *EU Foray into Navy Operations* - NAVFOR Somalia, artykuł dostępny na stronie: http://www.isis-europe.org/pdf/2008_artrel_228_esr42-eunavfor.pdf

⁷⁸ A.Cudennec, *op. cit.*, s. 604

Każdy statek handlowy, który chce przejść przez Zatokę Adeńską lub u wybrzeży Somalii jest zobowiązany do rejestracji na stronie internetowej Centrum Bezpieczeństwa Morskiego-Rogu Afryki⁷⁹, które zostało ustanowione w celu ułatwienia koordynacji ruchu morskiego. Inicjatywa ta została przyjęta przez armatorów oraz marynarkę handlową, pozwala by statki, które przestrzegają zaleceń UE NAVFOR, otrzymały w razie konieczności odpowiednią ochronę, w tym wojskową⁸⁰.

VI. Piractwo a terroryzm

W ostatnich latach do piratów dołączyli terroryści. W odróżnieniu od sprawców innych aktów przemocy nie są oni zwykle zainteresowani zajęciem statku i zawłasczeniem ładunku, lecz zniszczeniem jednostki. O ile dla klasycznych piratów statek jest ostatecznym obiektem oddziaływania, to dla terrorystów morskich zniszczenie bądź opanowanie jednostki pływającej jest tylko środkiem służącym osiągnięciu innych celów. Piraci unikają też rozgłosu, dla terrorystów medialny wydzźwięk akcji jest znacznie ważniejszy niż bezpośrednie skutki samych działań. Z punktu widzenia bezpieczeństwa międzynarodowego najważniejszym elementem różnicującym terroryzm morski i piractwo jest zasięg generowanych przez oba procedery zagrożeń. W przypadku piractwa są one z reguły ograniczone do pewnych akwenów, a przez to w znacznym stopniu prognozowane. Terroryzm morski może mieć zasięg globalny. Sprawcy dysponują pełną swobodą wyboru miejsca, czasu i sposobu przeprowadzenia akcji⁸¹.

W świetle tych uwag nasuwa się pytanie o stosunek aktów terroryzmu morskiego do aktów piractwa morskiego. W pierwszym odczuciu można dostrzec szereg podobieństw. Oba czyny przestępcze związane są z szczegółowo przygotowanymi akcjami zbrojnymi, które skutkują zniszczeniem mienia oraz powodują ofiary w ludziach. Terroryzm intuicyjnie jest postrzegany, jako wrogie działanie podyktowane powodami społecznymi, religijnymi bądź politycznymi. Obiektywnie różnice między terroryzmem a piractwem są łatwe do wychwycenia, bowiem tradycyjnie piractwo było czynem dokonywanym wyłącznie z pobudek osobistych, terroryzm, natomiast akty terrorystyczne są, co do zasady, popełniane z pobudek politycznych. Jednakże w prawie karnym owa intencja sprawcy jest nie istotna, bowiem czy to akty piractwa czy terroryzmu godzą w naczelne zasady organizujące współczesne społeczeństwa⁸².

⁷⁹ Materiały EU NAVFOR: <http://www.eunavfor.eu/about-us/mission/>

⁸⁰ K.Kubiak, *Piractwo i terroryzm ...*, op. cit., s.41

⁸¹ M.Pathak, op.cit. , str.65

⁸² K.Kubiak, *Piractwo czy terroryzm?*, op.cit., s.3

Zasadniczym elementem pozwalającym różnicować piractwo morskie i terroryzm na morzu jest zatem motyw, jakim kieruje się sprawca. Piraci kierując się żądzą zysku starają się unikać rozgłosu i nie pozostawić śladów. Celem jest zdobycie łupu, którym może być okup wypłacony przez armatora uprowadzonego statku. Natomiast jednym z zasadniczych celów terrorystów jest zdobycie zainteresowania oraz wykorzystanie do maksimum tzw. efektu teatru. Przewidywać można, że efekt teatru będzie osiągany w niedługim czasie w inny sposób, niż poprzez przetrzymywanie zakładników i długotrwałe negocjacje, lecz przez podejmowanie działań o katastrofalnych następstwach - olbrzymiej liczbie ofiar i trudnych do oszacowania stratach materialnych, również dla środowiska. Tym samym terroryzm przeistoczył się w instrument nowej wojny. Takie przeistoczenie się terroryzmu z instrumentu wywierania presji i przyciągania uwagi w narzędzie destrukcji odnosi się, w całej rozciągłości, do potencjalnych działań terrorystycznych prowadzonych na morzu. Oznacza to również zasadnicze rozjęście się dróg piractwa i terroryzmu morskiego⁸³.

Piractwo morskie i terroryzm morski mają również wiele podobieństw, bowiem obie aktywności godzą w żeglugę, jednakże celem piratów jest uzyskanie wymiernych finansowych korzyści, podczas gdy celem terrorystów jest osiągnięcie politycznego lub ideologicznego celu, często związane z pozbawieniem życia wielu osób⁸⁴. Co więcej piraci działają w ukryciu, a terrorystom zależy na zdobyci jak największego rozgłosu. W braku jednolitej definicji aktów terroru na morzu można zauważyć wiele elementów wspólnych w każdej próbie definiowania tego zjawiska. Po pierwsze musi zaistnieć akt przemocy lub groźba przemocy. o drugie konieczny jest motyw polityczny lub ideologiczny. Ponadto akt musi być skierowany lub mieć na celu wpłynięcie na określoną „publiczność”⁸⁵.

Wielu autorów podkreśla, że kwestia piractwa morskiego oraz jego statusu w prawie międzynarodowym jest ściśle powiązana i może być istotnie pomocna w ocenie prawnej współczesnego międzynarodowego terroryzmu⁸⁶. Amerykańska Strategia Bezpieczeństwa narodowego z września 2002 r. przewiduje wykorzystanie wpływów Stanów Zjednoczonych w celu pokazania, że każdy akt terroryzmu jest bezprawny, tak aby terroryzm postrzegać w tym samym świetle jak

⁸³ IMO Legal Committee, Report of the Legal Committee on the work of its Ninety-Fifth Session, w H.Tuerk, op. cit., s. 20

⁸⁴ H.Tuerk, op. cit., s. 27

⁸⁵ G.G.Ong, *Ships can be dangerous too: Coupling piracy and maritime terrorism in Southeast Asia's maritime security framework*, ISEAS Working Paper: International Politics & Security Issues Series No. 1 (2004), s. 14

⁸⁶ *United States Security Strategy*, Sep.2002, w Ł.Kułaga op. cit. s.238

handel niewolnikami, piractwo, czy ludobójstwo, zachowanie, na które żaden rząd nie może się godzić ani popierać, a wszystkie muszą się przeciwstawić⁸⁷.

Piratów jak i morskich terrorystów można zakwalifikować, jako *hosti humani generis*. Oba rodzaje działań mają na celu zniszczenie własności lub / oraz śmierć niewinnych ludzi⁸⁸. Podobieństwa, zatem są znaczące nie tylko, co do celów i motywacji, ale również skutków działań oraz konieczności ustanowienia odpowiednich międzynarodowych i wewnętrznych regulacji prewencyjnych.

VII. Podsumowanie

Organizowanie i uprawianie procederu piractwa czy też działań terrorystycznych na morzu, ułatwia status prawny nadany obszarom morskim przez społeczność międzynarodową. Fundamentalną zasadą prawa międzynarodowego jest, bowiem zasada wolności mórz. Wynika z niej, że pełna suwerenność państwa nadbrzeżnego ograniczona jest do jego wód wewnętrznych i morza terytorialnego. Morze otwarte nie podlega zaś suwerenności żadnego państwa, a w stosunku znajdujących się na nim statków obowiązują zasady zwierzchnictwa okrętowego i wyłączności praw państwa bandery. Wyjątkami od tej zasady są m.in. zadania wynikające ze zwalczanie piractwa, nielegalnego handlu (w tym handlu niewolnikami), zwalczanie nadawania nielegalnych audycji z morza otwartego, ustalanie przynależności państwowej statku czy też realizacja prawa pościgu. Warto również zwrócić uwagę, iż piraci wykorzystują rozległe obszary, na których zapanowało bezprawie. Na ogół kontrola nad tego typu akwenami prowadzona jest na zasadzie patroli pojedynczych okrętów bądź ich wydzielonych grup, jednak w większości pozostają one poza zasięgiem działania jakichkolwiek sił międzynarodowych⁸⁹.

Przyczyn piractwa należy upatrywać wśród wielu czynników, w tym: występowania państw upadłych (takich jak np. Somalia), stanowiących dogodnie terytorium działania różnego rodzaju organizacji przestępczych, terrorystycznych czy separatystycznych. Wśród czynników mających wpływ na względną łatwość procederu piractwa należy wymienić liberalny charakter prawa morskiego, uniemożliwiający często podjęcie działań przeciwko statkom, co do których nie ma pewności, iż trudnią się one piractwem lub też w nim pomagają, charak-

⁸⁷ Ł. Kułaga op. cit. s. 239

⁸⁸ P. Pilas, *Piractwo i terroryzm morski u progu XXI wieku*, s.3, dostępny na stronie: <http://www.psz.pl/tekst-17045/Pawel-Pilas-Piractwo-i-terroryzm-morski-u-progu-XXI-wieku>

⁸⁹ R. Ciastoń, op. cit., s.3-4

ter linii brzegowych wielu państw nadmorskich i archipelagowych, wymagający od nich znacznego nakładu sił i środków dla skutecznej walki z tą plagą, ogólną dostępność nowoczesnej broni oraz środków nawigacji i łączności, koniec Zimnej Wojny, a co za tym idzie zmniejszenie lub całkowity zanik obecności okrętów wojennych na wodach międzynarodowych⁹⁰.

Jak omówiono powyżej piractwo ma bardzo długą historię i mimo, że przez lata, gdy ustanawiano współczesne prawo, było uważane za zbrodnię przeszłości, zagroziło obecnie światowemu morskiemu handlowi i międzynarodowemu bezpieczeństwu. Jest współczesnym fenomenem, który zaskoczył społeczność międzynarodową. Międzynarodowa odpowiedź na zagrożenie piractwem i zbrojnymi napasciami na morzu, jak również terroryzmem morskim, o charakterze prawnym lub faktycznym, jest rozwijana stopniowo, choć znacznie ograniczana przez takie czynniki jak luki prawne, niewypełnienie lub niewłaściwe wypełnianie postanowień UNCLOS, różnorodność systemów prawnych oraz trudności w harmonizacji prawa w tym zakresie oraz z postanowieniami prawa humanitarnego i praw człowieka. Pojawiają się również problemy w koordynowaniu działań marynarek wojennych oraz niejasności w odniesieniu do zakresu, w jakim okręty wojenne mogą zastosować środki przymusu w celu zwalczania piractwa⁹¹.

Wydaje się, że jedynym, jak dotąd sposobem walki z piractwem i zbrojnymi napasciami na morzu, są porozumienia regionalne oraz te podejmowane ad hoc, w zależności od potrzeb. Zmiana statutów istniejących międzynarodowych sądów i trybunałów, bądź powołanie jednego wyspecjalizowanego sądu do tych spraw bez wątplenia będzie wymagało wielu lat, przez co rozwiązanie problemu nie nastąpi szybko. Należy zauważyć również, iż pomimo wysokich kosztów działania takich trybunałów, czy to karnych czy morskich, nie jest pewnie czy są one odpowiednim forum do sądzenia aktów piractwa, które mimo swojej spektakularności pozostają zwykłym przestępstwem. Rozważając powyższe rozwiązanie, nie można pominąć faktu, iż wyspecjalizowane sądy i trybunały międzynarodowe nie posiadają odpowiednich zakładów karnych, w których mogliby przebywać osądzeni⁹².

Uchwalenia przepisów krajowych ustanawiających nowoczesne antypirackie prawo jest z pewnością konieczne, w sytuacji gdy konwencja SUA, mająca zastosowanie do aktów piractwa, wydaje się oferować tylko częściowe rozwiązanie. Uchwalenie specjalnej konwencji w sprawie zwalczania piractwa z pewnością wydają się przydatne, aczkolwiek nie do końca niezbędne. Pomimo ostatnich postępów w zakresie przyjęcia i wdrożenia odpowiednich krajowych przepisów, poważnym wyzwaniem, w szczególności w odniesieniu do kwestii dotyczących

⁹⁰ H.Tuerk, op. cit., s. 41

⁹¹ ibidem., s. 40

⁹² ibidem, s. 42

ustanowienia i wykonywania jurysdykcji, są zagadnienia wypełniania wymagań dokumentacyjnych oraz przyznanie uprawnień ścigania jednostkom wojskowym.

Wydaje się, iż jedynie kwestią czasu jest podjęcie przez wspólnotę międzynarodową ostatecznej decyzji o utworzeniu międzynarodowego mechanizmu ścigania i karania osób podejrzanych o piractwo. Jednakże, póki to nie nastąpi sprawy te powinny być załatwiane możliwie jej najskuteczniej przez sądy krajowe, a nieodraczane z uwagi na brak międzynarodowego trybunału, który nie będzie dostępny w najbliższym czasie. W żadnym przypadku nie powinna mieć miejsca sytuacja, w której piraci są wypuszczani na wolność ze względu na brak odpowiednich przepisów prawnych lub woli politycznej, ponieważ niezależnie od odstraszałającej obecności międzynarodowych sił morskich, działania pirackie nie zostaną zahamowane, jeśli nie będą istnieć skuteczne przepisy prawne do ich osądzenia i skazania.

MARITIME PIRACY AND MARITIME TERRORISM

The piracy possesses very long history and for some time has been recognized as a crime of the past. The renewed of its occurrence threatened to the international commerce, to the international safety, where through has become a phenomenon of the present world. Reasons of the development of the present piracy one can seek in the poverty coastal states, greed, weakness of some states and lack of their police-functions Even, as the case of Somalia shows, the lack of the efficient government and the economic break down, as well as lack of the efficient legal mechanisms and efficient activities pursuing of the fight with the occurrence of the piracy.

Illegal activities at sea can be divided in two groups: piratical activities and armed robbery at sea and acts of terrorism of sea.

International law has not one unified definition of the piracy. General frames helpful in defining are established in the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) which however by instituting conditions „for private ends” and „on the high seas”, considerably restricts its use. Illegal acts of violence with relation to the ship, outside the high sea are defined by the International Maritime Organization, as armed robbery at sea to which the universal jurisdiction, instituted in the UNCLOS convention, is not in force.

The key element that allows differentiating the piracy and the terrorism at sea is the motive. Pirates make it for the profit, and sea-terrorists are to gain, so called, the effect of the theatre.

In the context of increasing numbers of piratical attacks, especially at the coast of Somalia, Security Council of the United Nations and states undertook more intense activities. It should be however noted that states directly subject are rather reluctant to accusing and the sentencing of pirates in national courts in consideration of the complicated legal character of such matters and the necessity of assuring of the suitable standards of human rights. The question stays whether in the international law is necessary the introduction of the equal mechanism of accusing, the sentencing and punishing of captive pirates. In spite of the undertaken activities, accused pirates often go free because of the lack of proper legal bases or the political will for sentencing and the condemnation.

The present elaboration tries to systematize the definition of the widely understood piracy and describes mainstreams of activities undertaken by the international community, targeting the fight with this problem.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2(184) 2010
Warszawa 2010

Anna Marta Tęcza – Paciorek ■

ZASADA DOMNIEMANIA NIEWINNOŚCI A PONOWNE POPEŁNIENIE PRZESTĘPSTWA PRZEZ SKAZANEGO

W obecnie obowiązującym kodeksie karnym (dalej k.k.) oraz kodeksie karnym wykonawczym (dalej k.k.w.) obowiązuje szereg instytucji, które umożliwiają sądowi podjęcie warunkowo umorzonego postępowania karnego, fakultatywne zarządzenie kary, zarządzenie ponownego umieszczenia skazanego w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego albo w zakładzie karnym, odwołanie odroczenia wykonania kary i warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary na podstawie informacji o popełnieniu przez skazanego ponownego przestępstwa w okresie próby. Celowo zostało tu użyte słowo „informacja”, gdyż jak zostanie to wykazane w dalszej części opracowania, sąd rozpatrujący kwestię fakultatywnego zastosowania wobec skazanego jednej z wymienionych powyżej instytucji nie musi bazować na prawomocnych orzeczeniach, z których popełnienie owych przestępstw wynika, a jedynie na podstawie dowodów i okoliczności sprawy będącej w toku postępowania może przyjąć założenie, że skazany dopuścił się popełnienia czynów, które są mu zarzucane.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie kilku uwag na temat możliwości zastosowania wobec skazanego negatywnych konsekwencji prawnych wynikających z regulacji zawartych w k.k. i k.k.w., na podstawie domniemania ponownego popełnienia przez niego przestępstwa w okresie próby. Ustawodawca, bowiem w art. 68 § 2 i 3 k.k., art. 75 § 2 i 3 k.k., art. 97 § 2 k.k., art. 156 § 1 i 3 k.k.w. i art. 160 § 2 k.k.w., które zawierają przedmiot niniejszego opracowania, nie wprowadził wymogu wydania w pierwszej kolejności wobec skazanego prawomocnego wyroku skazującego, a tym samym przesądzającego jego sprawstwo.

Z uwagi na obowiązującą od czterdziestu lat, wyrażoną *expressis verbis*, zasadę domniemania niewinności, taki stan rzeczy nie powinien mieć racji bytu. Niniejszy artykuł ma być zatem próbą udzielenia odpowiedzi na pytanie czy dopuszczalnym jest, aby zasada domniemania niewinności jako zasada wzruszalna, mogła być obalona w inny sposób, aniżeli przez wydanie prawomocnego wyroku skazującego.

Zasada domniemania niewinności została uregulowana w Konstytucji RP w art. 42 ust. 3. Stosownie do cytowanego przepisu każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem skazującym wydanym przez sąd. Podobną regulację zawiera również k.p.k. w art. 5 stosownie, do którego oskarżonego uważa się za niewinnego, dopóki wina jego nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem skazującym. Zasada domniemania niewinności ma gwarantować osobom, którym został przedstawiony zarzut popełnienia przestępstwa, że aż do chwili wydania prawomocnego wyroku skazującego będą traktowane jak osoby niewinne¹. Zasada domniemania niewinności ma stanowić także gwarancję, że to na organach ścigania spoczywa cały ciężar dowodzenia². Uzupełnieniem zasady domniemania niewinności jest zasada *in dubio pro reo*, określona w art. 5 § 2 k.p.k., wyrażająca dyrektywę rozstrzygania wszelkich wątpliwości na korzyść oskarżonego. Zasada domniemania niewinności gwarantuje również oskarżonemu, że może on być pozbawiony wolności tylko wtedy, gdy istnieją dostateczne dowody wskazujące na jego winę, choć nie jest ona jeszcze udowodniona³. Cytowana zasada wymaga również stosowania wobec oskarżonego tylko takich ograniczeń wolności i praw, które są konieczne do prowadzenia procesu. Jak trafnie ujęli to P. Hofmański, E. Sadzik i K. Zgryzek, jest to „ograniczenie karnoprosesowych ingerencji w sferę praw konstytucyjnych do niezbędnego minimum”⁴.

Zasada domniemania niewinności ma więc za zadanie chronić określone wartości i prawa, które przysługują każdemu człowiekowi, z samej racji, że jest on istotą ludzką. Takimi prawami, które chroni przedmiotowa zasada są: prawo do wolności, prawo do sprawiedliwego i rzetelnego procesu, prawo do godności oraz prawo do milczenia.

Powyższa zasada, jak zostało to wspomniane powyżej, jest zasadą wzruszalną, która podlega obaleniu wskutek wydania przez sąd prawomocnego wyroku skazującego. W innym wypadku do obalenia przedmiotowej zasady nie powin-

¹ zob. *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.* pod red. J. Bocia, Wrocław 1998, s. 84 – 87

² zob. T. Grzegorzcyk, *Komentarz postępowania karnego*, Zakamycze 2003, s. 36 – 37

³ M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1971, s. 357

⁴ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom I, Warszawa 2004, s. 43

no dochodzić, co wynika z przytoczonych powyżej przepisów zawartych w Konstytucji RP i k.p.k. Stanowić ma to gwarancję dla oskarżonego, iż przez cały tok postępowania karnego będzie on traktowany przez organy ścigania oraz wszelkie inne instytucje i przez każdego człowieka jakby nie popełnił zarzucanego mu czynu. Domniemanie niewinności doznaje jednak pewnych ograniczeń w toku postępowania karnego poprzez stosowanie chociażby tymczasowego aresztowania oskarżonego, jednakże dzieje się tak tylko w ściśle określonych sytuacjach po spełnieniu przesłanek wskazanych w k.p.k. (art. 258 – 259 k.p.k.). Zasada domniemanie niewinności ma również za zadanie chronić oskarżonego przed ponoszeniem przez niego negatywnych konsekwencji związanych z zarzucaniem mu popełnienia określonego przestępstwa. Chodzi tutaj wyłącznie o konsekwencje, jakie wiążą się z uznaniem kogoś za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu. Oskarżony zatem nie może doznawać represji karnych charakterystycznych dla osób skazanych na kary określone w art. 32 k.k. lub środki karne wymienione w art. 39 k.k. Niemniej jednak w k.k. oraz w k.k.w. można odnaleźć regulacje, które umożliwiają wyciąganie wobec skazanego negatywnych konsekwencji w związku z zarzuceniem popełnienia przez niego przestępstwa w okresie próby lub zastosowania wobec niego tymczasowego aresztowania. Są to oczywiście w większości przepisy traktujące o fakultatywnym zastosowaniu przez sąd wymienionych instytucji, jednakże samo umożliwienie organom wymiaru sprawiedliwości stosowania regulacji mogących godzić w zasadę domniemanie niewinności może stawiać pod znakiem zapytania rzetelność całego procesu karnego, przez którą należy rozumieć prowadzenie tegoż procesu z poszanowaniem praw i wolności stron w nim uczestniczących.

Pierwszą regulacją przewidującą możliwość wyciągnięcia wobec skazanego negatywnych konsekwencji na podstawie nieprawomocnego wyroku skazującego jest przepis traktujący o podjęciu warunkowo umorzonego postępowania karnego. Jak wynika z tezy art. 68 § 2 k.k. sąd może podjąć postępowanie karne, jeżeli sprawca w okresie próby rażąco narusza porządek prawny, w szczególności gdy popełnił inne niż określone w § 1 przestępstwo (tj. przestępstwo umyślne, za które został prawomocnie skazany), jeżeli uchyla się od dozoru, wykonania nałożonego obowiązku lub orzeczonego środka karnego albo nie wykonuje zawartej z pokrzywdzonym ugody. Kolejny paragraf tegoż przepisu stanowi, iż sąd może podjąć postępowanie karne, jeżeli sprawca po wydaniu orzeczenia o warunkowym umorzeniu postępowania, lecz przed jego uprawomocnieniem się, rażąco narusza porządek prawny, a w szczególności gdy w tym czasie popełnił przestępstwo. Podjęcie zatem na nowo warunkowo umorzonego postępowania karnego związane jest z przeświadczeniem sądu o negatywnym przebiegu okresu próby oraz o błędnej prognozie kryminologicznej skazanego przyjętej w czasie

wydawania orzeczenia o warunkowym umorzeniu postępowania karnego. Podstawą przyjęcia przez sąd powyższego przeświadczenia jest rażące naruszenie przez skazanego porządku prawnego w szczególności popełnienie innego niż określonego w art. 68 § 1 k.k. przestępstwa. W doktrynie wyrażone zostały bardzo odmienne podglądy na temat sformułowania „inne przestępstwo”. Pierwsze stanowisko optuje za przyjęciem, że w powyższym twierdzeniu mieszczą się wszystkie przestępstwa nieobjęte regulacją art. 68 § 1 k.k.⁵ Odmienny pogląd wyraził natomiast M. Kalitowski⁶, zdaniem którego podstawą fakultatywnego podjęcia warunkowo umorzonego postępowania karnego jest popełnienie przez skazanego przestępstwa nieumyślnego, za które został prawomocnie skazany. Należy jednak stwierdzić, iż sposób sformułowania przepisu art. 68 § 2 k.k. nie daje podstaw do tak szerokiej jego wykładni jak proponuje to M. Kalitowski. Przede wszystkim zważyć należy, że gdyby celem ustawodawcy było uzależnienie fakultatywnego podjęcia warunkowo umorzonego postępowania karnego od prawomocnego stwierdzenia przez sąd faktu popełnienia przez skazanego przestępstwa, to zapewne taki wymóg znalazłby się w omawianej regulacji. Skoro jednak nie została przedmiotowa przesłanka wyrażona *expressis verbis* to należałoby przyjąć, iż dla fakultatywnego podjęcia warunkowo umorzonego postępowania wystarczający jest sam fakt popełnienia przez skazanego przestępstwa w okresie wskazanym w art. 68 § 2 k.k. Powyższe może prowadzić do przeświadczenia, że zasada domniemania niewinności w opisaney sytuacji nie ma zastosowania. Skutki uregulowania przez ustawodawcę możliwości podjęcia warunkowo umorzonego postępowania karnego w kształcie, w jakim zostało to unormowane w art. 68 § 2 k.k. mogą być dalekie od pożądanych w świetle standardów procesowych, jakie powinny charakteryzować rzetelny proces karny, zwłaszcza w świetle obowiązującego domniemania niewinności. Nie trudno sobie bowiem wyobrazić, że osoba wobec której wydano wyrok warunkowo umarzający postępowania karne, następnie zostaje oskarżona o popełnienie kolejnego przestępstwa opisanego w art. 68 § 2 k.k. i sąd, który wydał orzeczenie o warunkowym umorzeniu postępowania karnego, decyduje na podstawie nieprawomocnego wyroku skazującego za kolejne przestępstwo, iż postępowanie zostaje podjęte na nowo. Zaraz potem może jednak okazać się, że wobec braku dowodów przemawiających za winą oskarżonego zostanie on unie-

⁵ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 267; podobnie M. Budyn – Kulik, P. Kozłowska – Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz praktyczny*, Zakamycze 2006, s. 161; J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 505 – 506; R. Skarbek (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, Tom II, Warszawa 2010, s. 446

⁶ M. Kalitowski (w:) M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 1999, s. 188

winniony od zarzutu popełnienia zarzucanego mu czynu i tym samym nie będzie można mu przypisać, że w okresie próby popełnił przestępstwo określone w art. 68 § 2 k.k. Powyższa sytuacja nie powinna mieć miejsca z uwagi na zasadę domniemania niewinności, która jak zostało to już podkreślone, ma za zadanie chronić oskarżonego przed negatywnymi skutkami postępowania karnego charakterystycznymi dla osób, których wina została stwierdzona prawomocnym wyrokiem skazującym. Przedmiotowa zasada miałaby w tej sytuacji chronić oskarżonego przed przesądzeniem jego winy odnośnie popełnienia przez niego czynu zabronionego w okresie próby, bowiem w zakresie wyroku umarzającego postępowanie karne został on już osobą skazaną, wobec której ta zasada przestaje obowiązywać.

Kolejną regulację pozwalającą na podjęcie warunkowo umorzonego postępowania można odnaleźć w przytoczonym powyżej art. 68 § 3 k.k. Różnica pomiędzy powołanym przepisem a art. 68 § 2 k.k. polega na tym, że według tego pierwszego sąd może podjąć postępowanie karne, jeżeli sprawca po wydaniu orzeczenia o warunkowym umorzeniu postępowania, lecz przed jego uprawomocnieniem się, rażąco narusza porządek prawny, a w szczególności, gdy w tym czasie popełnił przestępstwo. W opisanej sytuacji nie mamy nawet do czynienia z osobą, wobec której został wydany prawomocny wyrok warunkowo umarzający postępowanie. Niewykluczone jest więc, że może ona zostać uniewinniona wskutek wniesienia apelacji. Jednakże pomiędzy rozpoznaniem środka zaskarżenia na orzeczenie w przedmiocie warunkowego umorzenia postępowania, oskarżonemu może zostać zarzucone popełnienie kolejnego przestępstwa i sąd na podstawie tejże informacji mógłby wydać postanowienie o podjęciu warunkowo umorzonego postępowania. Ostatecznie może dojść do sytuacji, w której apelacja oskarżonego może zostać uwzględniona i sąd II instancji może wydać wyrok reformatoryjny, o treści uniewinniającej oskarżonego oraz w postępowaniu, gdzie zarzucano oskarżonemu popełnienie kolejnego przestępstwa również może dojść do uniewinnienia oskarżonego. Wówczas zgodnie z art. 68 § 3 k.k. sprawa, w której doszło do podjęcia warunkowo umorzonego postępowania będzie musiała toczyć się od początku, bowiem postanowienie wydane w tymże przedmiocie mogło się uprawomocnić w trakcie trwania postępowania odwoławczego, a zatem osoba, która nie naruszyła porządku prawnego w okresie pomiędzy wydaniem wyroku warunkowo umarzającego postępowanie, a jego uprawomocnieniem się, czyli wobec której obowiązuje zasada domniemania niewinności, będzie ponosiła negatywne skutki prawne, pomimo braku prawomocnego orzeczenia stwierdzającego jej winę. Tymi negatywnymi skutkami będzie niewątpliwie ponowne uczestniczenie w procesie karnym, w którym będzie nosiła miano osoby oskarżonej i na nowo zostaną wobec niej wszczęte procedury sądowe z wszelkimi tego konsekwencjami, nawet z możliwością stosowania środków zapobiegawczych. Skutki te z reguły nie pro-

wadzą do naruszenia zasady domniemania niewinności, jednakże narażenie określonej osoby, która już raz brała udział w procesie karnym w charakterze oskarżonego, na ponowne postępowanie w tej samej sprawie bez *de facto* spełnienia przesłanki, jaką powinno być rażące naruszenie porządku prawnego, a w szczególności ponowne popełnienie przestępstwa, może już budzić wątpliwości co do respektowania domniemania niewinności. Trudno bowiem uznać, że samo podejrzenie popełnienia przestępstwa jest wystarczające, nawet jeżeli przepis art. 68 § 3 k.k. nie precyzuje czy popełnienie przestępstwa ma być stwierdzone prawomocnym wyrokiem skazującym. Natomiast z uwagi na zasadę domniemania niewinności, która obowiązuje w procesie karnym, gdzie zarzucane jest oskarżonemu popełnienie przestępstwa w okresie próby, niedopuszczalnym wydaje się przyjęcie, nawet biorąc za podstawę art. 68 § 3 k.k., że oskarżony dopuścił się popełnienia zarzucanego mu czynu. Może wówczas dojść do naruszenia przedmiotowej zasady, czyniąc proces karny w tej części, procesem opartym na zasadzie winy oskarżonego, a nie na domniemaniu jego niewinności.

Jednakże wyżej opisane sytuacje nie mają przymiotu wyjątkowości i w k.k. oraz w k.k.w. pojawia się jeszcze kilka instytucji umożliwiających wyciąganie wobec skazanego negatywnych konsekwencji prawnych na podstawie nieprawomocnych wyroków skazujących. Do takiej instytucji niewątpliwie należy regulacja zawarta w art. 75 § 2 k.k., zgodnie z którym sąd może zarządzić wykonanie kary, jeżeli skazany w okresie próby rażąco narusza porządek prawny, w szczególności gdy popełnił inne przestępstwo niż określone w § 1 (tj. przestępstwo podobne, umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności) albo jeżeli uchyła się od uiszczenia grzywny, od dozoru, wykonania nałożonych obowiązków lub orzeczonych środków karnych. W § 3 powołanego przepisu stwierdzono, że sąd może zarządzić wykonanie kary, jeżeli skazany po wydaniu wyroku, lecz przed jego uprawomocnieniem się, rażąco narusza porządek prawny, a w szczególności gdy w tym czasie popełnił kolejne przestępstwo. Powyższe regulacje bardzo przypominają pod kątem charakteru prawnego oraz skutków wspomniany art. 68 § 2 i 3 k.k. Przede wszystkim podobieństwo polegać może na fakcie, że również przy fakultatywnym zarządzeniu wykonania kary sąd nie musi dysponować prawomocnym skazaniem za przestępstwo popełnione w okresie próby. Za powyższym może przemawiać to, iż rażące naruszenie porządku prawnego może przejawiać się nie tylko w ponownym popełnieniu przestępstwa, ale także w innych negatywnych czynnościach lub zaniechaniach dokonanych przez sprawcę, a które to nie znajdują swojego finału w sądzie, a w innego rodzaju postępowaniach (np. dyscyplinarnych, administracyjnych itp.). Powyższe może zatem skłaniać do konkluzji, iż brak jest podstaw do przyjęcia, że fakultatywne zarządzenie wykonania kary może być dokona-

ne jedynie w sytuacji posiadania przez sąd wyroku skazującego, jeżeli rozważana jest kwestia popełnienia przez skazanego ponownego przestępstwa w okresie próby⁷. Nie można więc twierdzić, że nie istnieje paradoks pomiędzy zasadą domniemania niewinności a instytucją przewidzianą w art. 75 § 2 i 3 k.k., która to niekonsekwencja objawia się w tym, że wobec osoby z założenia niewinnej wyciągane są negatywne skutki prawne w postaci fakultatywnego zarządzenia wykonania kary. Powyższe godzi w fundamentalną zasadę procesu karnego, która nakazuje traktować oskarżonego jakby był niewinny, aż do wydania prawomocnego wyroku skazującego. Za powyższym rozumowaniem opowiedziano się również w orzecznictwie⁸, gdzie został wyrażony pogląd, iż dopóki w postępowaniu karnym toczącym się przeciwko oskarżonemu nie zapadnie prawomocny wyrok skazujący, nie można wyciągnąć negatywnych wniosków dla skazanego wywodząc powyższe tylko stąd, że postępowanie jest prowadzone. Zdaniem judykatury opisane postępowanie sądu naruszałoby zasadę domniemania niewinności. Naruszenie to objawiać się może w przyjęciu, że oskarżony dopuścił się popełnienia kolejnego przestępstwa w okresie próby. Domniemanie niewinności nie obowiązuje w zakresie dotyczącym popełnienia przez oskarżonego pierwszego z przestępstw, za które został wydany prawomocny wyrok skazujący wymierzający oskarżonemu karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby. Zasada domniemania niewinności obowiązuje w procesie, w którym zarzucane jest oskarżonemu popełnienie ponownego przestępstwa w okresie próby. Wówczas nawet na potrzeby innego postępowania, którym będzie w opisanej wyżej sytuacji postępowanie w przedmiocie zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności, niedopuszczalne jest przyjęcie przed wydaniem prawomocnego wyroku skazującego, że oskarżony dopuścił się popełnienia zarzucanego mu przestępstwa.

Podobnie należy się odnieść do możliwości przewidzianej w art. 75 § 3 k.k. W świetle bowiem powołanej zasady procesu karnego dziwić może fakt uregulowania przez ustawodawcę instytucji zezwalającej sądowi na zarządzenie wykonania kary, w przypadku gdy skazany po wydaniu wyroku, lecz przed jego uprawomocnieniem się, a zatem gdy nadal obowiązuje zasada domniemania niewinności, rażąco narusza porządek prawny, a w szczególności, gdy w tym czasie popełnił przestępstwo. Powyższe stwarzać może sposobność wymierzenia nieprawomocnie skazanej osobie kary surowszej, tj. bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, na podstawie informacji stwierdzającej, że skazany prawdopodobnie popełnił ponownie przestępstwo. Powyższe daje asumpt do postanowienia pytania czy

⁷ Podobnie R. Skarbak (w:) *Kodeks karny ...*, s. 474; P. Hofmański, L. Paprzycki, *Kodeks karny. Komentarz*, s. 284

⁸ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 8.07.1999 r., II AKZ 300/09, OSA 2000/3/24

zasada domniemania niewinności ma jeszcze rację bytu przy opisanym uregulowaniu instytucji fakultatywnego zarządzenia wykonania kary.

Kolejną regulacją stawiającą pod znakiem zapytania właściwe respektowanie zasady domniemania niewinności jest art. 97 § 2 k.k., który stanowi, że sąd może zarządzić ponowne umieszczenie skazanego w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego albo w zakładzie karnym, jeżeli skazany w okresie próby uchyla się od poddania się leczeniu lub rehabilitacji albo popełnia przestępstwo lub rażąco narusza porządek prawny albo regulamin placówki leczniczo – rehabilitacyjnej. W literaturze⁹ wyrażony został pogląd, że ze względu na zasadę domniemania niewinności niedopuszczalnym jest orzeczenie ponownego umieszczenia skazanego w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego na podstawie nieprawomocnego wyroku skazującego za ponowne popełnienie przestępstwa. Jednakże mając na uwadze sposób sformułowania powołanego przepisu, a w szczególności jego wykładnię językową, należałoby rozważyć czy na aprobatę nie zasługuje jednak pogląd, iż do ponownego umieszczenia skazanego w zakładzie leczenia odwykowego nie jest wymagane dysponowanie przez sąd prawomocnym wyrokiem skazującym za ponowne popełnienie przestępstwa. Z treści bowiem art. 97 § 2 k.k. wynika, iż jedną z przesłanek umożliwiających ponowne umieszczenie skazanego w zakładzie leczenia odwykowego lub w zakładzie karnym jest popełnienie przez niego przestępstwa i nic poza tym. Żadnych dalszych wymogów ustawa nie reguluje. Ustawodawca natomiast nie wprowadził podobnie jak ma to miejsce w art. 68 § 1 k.k. czy art. 75 § 1 k.k. stwierdzenia, iż popełnienie przestępstwa musi być stwierdzone prawomocnym wyrokiem skazującym. Przy czym wydawać się może niedorzeczne twierdzenie, że jest to niedopatrzenie ustawodawcy, którego zamiarem było właśnie takie sformułowanie przepisu, bądź tym bardziej niedopuszczalne jest stosowanie *analogia legis* skoro przepis jest jasny i nie wymaga szerszej interpretacji. Powoływanie się natomiast w tym miejscu na zasadę domniemania niewinności należy uznać za trafne, bowiem zasada ta powinna chronić oskarżonych przed bezprawną ingerencją organów państwowych w wolności i prawa obywatelskie, jednakże nie uzasadnia jednocześnie stosowanie analogii w przedstawionym powyżej zakresie. Domniemanie niewinności ma bowiem na celu stworzenie określonych standardów procesu karnego, zgodnie z którymi każdą osobę, wobec której toczy się postępowanie karne, nie zakończone jeszcze prawomocnym wyrokiem skazującym, należy traktować jak osobę niewinną i ten standard powinien przodować przy tworzeniu wszystkich przepisów karnych. W przypadku art. 97 § 2 k.k. trudno mówić o zachowaniu jakichkolwiek standardów procesu karnego, w szczególności respektowania domniemania, iż oskarżony

⁹J. Długosz (w:) *Kodeks karny ...*, s. 761; N. Kłaczyńska (w:) *Kodeks karny...*, s. 635

nie popełnił zarzucanego mu czynu aż do wydania prawomocnego wyroku skazującego, skoro ustawodawca nie wymaga, aby przed wydaniem postanowienia o ponownym umieszczeniu skazanego w zamkniętym zakładzie odwykowym jego wina została stwierdzona poprzez wydanie prawomocnego wyroku skazującego.

Pozostałe dwie regulacje stanowiące o możliwości zastosowania wobec skazanego negatywnych skutków prawnych na podstawie nieprawomocnych wyroków skazujących lub na podstawie zastosowania wobec skazanego tymczasowego aresztowania są zawarte w k.k.w.

Na podstawie art. 156 § 1 k.k.w. sąd może odwołać odroczenie wykonania kary w razie ustania przyczyny, dla której zostało udzielone, lub w wypadku, gdy skazany nie korzysta z odroczenia w celu, w jakim zostało udzielone, albo rażąco narusza porządek prawny. Interesującym elementem powołanego przepisu jest stwierdzenie rażącego naruszenia porządku prawnego. W literaturze¹⁰ oraz orzecznictwie¹¹ został wyrażony pogląd, iż przez powyższe pojęcie należy rozumieć każde oczywiste, rzucające się w oczy, jaskrawe zachowanie skazanego wbrew zakazom lub nakazom prawa karnego, czyli najprościej mówiąc, poprzez popełnienie przestępstwa lub przeciwko zakazom lub nakazom prawa administracyjnego, a także postępowanie wbrew regułom, których przestrzeganie mieści się w granicach zadań i celów jakie prawo karne wiąże np. z warunkowym zwolnieniem. Ponownie można zatem odnieść wrażenie, że brakuje w powołanym przepisie konstatacji, że przynajmniej w przypadku stwierdzenia rażącego naruszenia przez skazanego porządku prawnego w postaci popełnienia przestępstwa powinno być to przedmiotowe naruszenie stwierdzone prawomocnym wyrokiem skazującym. Jednakże takiego sformułowania nie zamieszczono w przytoczonej regulacji, tym samym umożliwiając sądowi penitencjarnemu odwołanie odroczenia wykonania kary na podstawie niesprawdzonej informacji o popełnieniu przez skazanego w okresie odroczenia przestępstwa. Przy czym usprawiedliwieniem nie może być fakt, iż o przeważającej większości ponownie popełnianych przez skazanych przestępstw, sąd dowiaduje się z przesłanego mu przez Krajowy Rejestr Skazanych odpisu, a zatem jest to już o tyle wiarygodna informacja, że wyrok skazujący stwierdzający popełnienie przez skazanego kolejnego przestępstwa jest prawomocny. Nie można bowiem wykluczyć, zwłaszcza w niewielkich sądach, iż informacja o ponownym popełnieniu przez skazanego przestępstwa dotrze do sądu zanim za-

¹⁰ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 2006, s. 520 – 521; S. Strycharz, *Pojęcie porządku prawnego w kodeksie karnym*, NP 1970, nr 6, s. 851; K. Postulski, *Głosa do uchwały SN z dnia 12 grudnia 1995 r.*, I KZP 35/95, Palestra 1996, nr 7 – 8, s. 271

¹¹ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 23.06.2006 r., II AKz w 415/06, KZS 2006/6/71

padnie w toczącej się sprawie wyrok skazujący¹². Rodzić to może niebezpieczeństwo, że pomimo istnienia wobec osoby oskarżonej o popełnienie ponownego przestępstwa domniemania niewinności, zostanie odwołane przez sąd penitencjarny odroczenie wykonania kary na skutek informacji o toczącym się przeciwko wcześniej skazanemu postępowaniu karnym, w którym kwestia odpowiedzialności karnej jest ciągle rozpatrywana. Dodatkowo za powyższą interpretacją omawianej regulacji może przemawiać treść art. 156 § 3 k.k.w., w którym nie tylko nie jest wymagane posiadanie przez sąd prawomocnego wyroku skazującego za popełnienie ponownego przestępstwa, ale dla odwołania odroczenia z mocy prawa wystarczającym jest, jeżeli w czasie przerwy w odbywaniu kary skazany popełnił przestępstwo, w związku z którym zostało zastosowane wobec niego tymczasowe aresztowanie. Wspomniane uregulowanie może prowadzić tylko do jednej konkluzji, że obowiązywanie zasady domniemania niewinności zostało w przypadku stosowania art. 156 § 3 k.k.w., pominięte. O ile bowiem w przypadku wcześniej omawianych regulacji zezwalających na wyciąganie wobec skazanych negatywnych konsekwencji na podstawie informacji o popełnieniu przez nich ponownego przestępstwa, sąd ma możliwość nie zastosowania tychże regulacji ze względu na ich fakultatywny charakter, to w przypadku przepisu art. 156 § 3 k.k.w. o żadnej fakultatywności nie może być mowy. W razie zastosowania wobec skazanego tymczasowego aresztowania w związku z podejrzeniem popełnienia przez niego przestępstwa przepis jasno stanowi, że kara pozbawienia wolności, której odbywanie zostało przerwane, podlega wykonaniu z mocy prawa. Zatem po uzyskaniu przez sąd informacji z zakładu karnego o zaistnieniu sytuacji opisanej w powołanym przepisie, czynności sądu ograniczają się jedynie do dokonania odpowiednich adnotacji w urządzeniach biurowych. Nie ma znaczenia przy tym nawet fakt późniejszego uznania oskarżonego za niewinnego i wypłacenia mu odszkodowania za niesłuszne tymczasowe aresztowanie. Natomiast bardzo mocno należy w tym miejscu podkreślić, że zastosowanie tymczasowego aresztowania wskazuje jedynie na duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa przez osobę, wobec której zastosowano środek zapobiegawczy. Nie można zatem mówić o spełnieniu przesłanki, jaką jest popełnienie przez skazanego przestępstwa, bowiem tymczasowe aresztowanie nie przesądza o tym, iż skazany dopuścił się popełnienia zarzucanego mu czynu. Podobne stanowisko w tej kwestii zostało zajęte przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu¹³, który odniósł się jednak w tym zakresie do treści art. 160 § 2 k.k.w., o którym będzie mowa w dalszej części artykułu. Jednakże Sąd jednoznacznie stwierdził, że zastosowa-

¹² Są to spostrzeżenia samego autora będącego praktykującym prawnikiem w sądzie

¹³ Postanowienie z dnia 10 lutego 2005 r., II AKz 1134/04, OSAW 2007/4/65

nie środka zapobiegawczego nie może przesądzać o tym, że skazany popełnił zarzucane mu przestępstwo.

Ostatnią regulacją mieszczącą się w ramach niniejszego opracowania jest art. 160 § 2 k.k.w., z którego wynika, że sąd penitencjarny może odwołać warunkowe zwolnienie, jeżeli zwolniony w okresie próby rażąco narusza porządek prawny, w szczególności popełnił inne przestępstwo lub została orzeczona kara inna niż określona w § 1 (tj. kara pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania) albo gdy uchyla się od dozoru, wykonania nałożonych obowiązków lub orzeczonych środków karnych. Podobnie jak było to w przypadku art. 156 § 1 k.k.w. również nie można przesądzać, iż wymogiem koniecznym do odwołania warunkowego zwolnienia przez sąd penitencjarny jest wydanie prawomocnego wyroku skazującego za ponowne popełnienie przestępstwa w okresie warunkowego zwolnienia. Powołany przepis stanowi jedynie, że przesłanką jest popełnienie przez skazanego przestępstwa, a sąd penitencjarny jest zobowiązany jedynie do wysłuchania skazanego lub jego obrońcy przed odwołaniem warunkowego zwolnienia. Zatem informacje na temat popełnienia przez skazanego przestępstwa sąd może czerpać jedynie z jego przesłuchania, a nie z prawomocnego wyroku. Powyższe nie daje zatem podstaw do wnioskowania, iż popełnienie przez skazanego kolejnego przestępstwa musi zostać stwierdzone prawomocnym wyrokiem skazującym. W judykaturze¹⁴ pojawiły się bardzo niepokojące orzeczenia, które potwierdzają obawy, iż można zastosować instytucję z art. 160 § 2 k.k.w. bez oczekiwania na prawomocny wyrok skazujący. Ponadto zostało podniesione, iż sąd orzekający o odwołaniu przedterminowego zwolnienia może sam rozstrzygnąć, czy skazany popełnił zarzucane mu w innym postępowaniu przestępstwo, co będzie miało swoje uzasadnienie w zasadzie samodzielności jurysdykcyjnej¹⁵ (art. 8 § 1 k.p.k.). Jednakże powyższa sytuacja może rodzić niebezpieczeństwo w postaci przesądzenia winy oskarżonego przed zapadnięciem prawomocnego wyroku skazującego¹⁶. Bowiem racjonalna i wyważona argumen-

¹⁴ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 16.04.2003 r., II AKz 116/03, KZS 2003/5/52, w którym to Sąd stwierdził, że „skoro skazanego oskarżono o kradzież, do której częściowo się przyznał, to nic do rzeczy nie ma zasada domniemania niewinności, na którą się powołuje. Istnieją bowiem powody do stwierdzenia, że skazany rażąco naruszył prawo przez kradzież, zatem że były powody do odwołania zwolnienia z reszty kary bez oczekiwania na prawomocny wyrok skazujący”. Powyższe może prowadzić do uznania za pożądaną auto-denuncjację, która już dziś stanowi poważny problem, jednakże ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na szersze omówienie tematu, a jedynie zaznaczenie, iż problem takie pojawić się może w praktyce

¹⁵ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 25.06.2004 r., II AKzw 389/04, Prok. i Pr. – wkł. 2005/1/30; postanowienie SA w Krakowie z dnia 24.09.2004 r., II AKz 572/04, Prok. i Pr. – wkł. 2005/5/16

¹⁶ Notka zawarta w KZS 2004 nr 4, s. 27 – 28

tacja sądu penitencjarnego dokonana o szczegółową analizę akt sprawy będącej w toku postępowania karnego, powinno stanowić gwarancję, iż ewentualna decyzja o odwołaniu przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary będzie trafiona. Powyższy pogląd nie zasługuje jednak na aprobatę, gdyż nie można zgodzić się z tezą, że analiza akt toczącego się postępowania dokonana przez sąd penitencjarny daje gwarancję do tego, że sąd ten w oparciu o niepełny materiał dowodowy, bowiem sprawa wciąż jest w toku i nowe dowody mogą zostać ujawnione w każdej chwili, dokona prawidłowej oceny prawnej postępowania skazanego w okresie przedterminowego zwolnienia i na tej podstawie odwoła przedmiotowe zwolnienie. Od zasady domniemania niewinności nie ma wyjątków i zasada ta nie upada nawet, gdy wobec oskarżonego stosowane są środki zapobiegawcze, a zatem ocena sądu penitencjarnego również nie powinna stanowić podstawy do wyciągania wobec skazanego negatywnych konsekwencji prawnych, jakimi są w tym przypadku odwołanie przedterminowego zwolnienia z reszty kary. Są to bowiem skutki bardzo daleko idące, ograniczające konstytucyjne prawo do wolności, które domniemanie niewinności chroni, zapewniając w przypadku niesłusznego zastosowania tymczasowego aresztowania lub zatrzymania odszkodowanie. Natomiast w przypadku art. 160 § 2 k.k.w. może dojść do sytuacji, w której na podstawie tych samych akt sprawy sąd penitencjarny wyda postanowienie o odwołaniu przedterminowego zwolnienia, a sąd I instancji stwierdzi, iż oskarżony jest niewinny. Powyższe okazać się może krzywdzące nie tylko dla skazanego, ale może uchybiać także powadze sądu. Sąd Najwyższy, co prawda nie opowiedział się w przedmiocie możliwości rozpatrywania przez sąd penitencjarny kwestii winy skazanego w zakresie zarzucania mu popełnienia kolejnego przestępstwa, ale wskazał, że sam fakt zastosowania wobec skazanego tymczasowego aresztowania nie daje podstaw do uznania, iż rażąco naruszył on porządek prawny i nie może stanowić jedynej przesłanki uzasadniającej odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia¹⁷. Jednakże SN jednoznacznie nie wykluczył, iż sąd penitencjarny po dokonaniu analizy akt toczącej się sprawy o ponowne popełnienie przestępstwa, nie mógłby zastosować instytucji z art. 160 § 2 k.k.w., pomimo iż w uzasadnieniu przytoczonego powyżej orzeczenia wprost powoływał się na zasadę domniemania niewinności.

Konkludując należy podkreślić, iż w k.k. oraz w k.k.w. znajduje się szereg instytucji odbiegających od standardów procesu karnego nakazujących przestrzeganie zasady domniemania niewinności oraz gwarantujących przestrzeganie praw konstytucyjnych, w tym prawa do wolności, które może być ograniczone jedynie w przypadku wskazanym w ustawie. Poprzez zamieszczenie w k.k. przepisów

¹⁷ Postanowienie SN z dnia 13.09.2001 r., IV KKN 405/00, LEX nr 51592

art. 68 § 2 i 3, 75 § 2, 97 § 2 oraz w k.k.w. przepisów art. 156 § 1 i 3 oraz 160 § 2, skazany zostaje pozbawiony pewności, co do swojej przyszłości i stabilności prawa w przypadku zarzucenia mu popełnienia przestępstwa bądź zastosowania wobec niego tymczasowego aresztowania w okresie trwania próby związanej np. z zawieszeniem wykonania kary, czy też z warunkowym umorzeniem postępowania karnego. Stabilność powinna bowiem opierać się na przeświadczeniu, że dopiero po prawomocnym stwierdzeniu winy oskarżonego w związku z zarzutem ponownego popełnienia przez niego przestępstwa będzie on ponosił negatywne skutki prawne w postaci np. zarządzenia wykonania kary, czy też odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary. Tymczasem pomimo obowiązywania zasady domniemania niewinności ustawodawca zezwala na istnienie regulacji, które wprost prowadzą do naruszania przedmiotowej zasady, która jest fundamentem całego procesu karnego. Można ulec przekonaniu, że ustawodawca kierując się skrótem myślowym, wskazującym na przeświadczenie, iż jeżeli ktoś raz popełnił przestępstwo to na pewno, jeżeli zarzuca mu się popełnienie kolejnego czynu zabronionego, je popełnił. Inaczej trudno doszukać się logicznego uzasadnienia omówionych w niniejszym artykule regulacji. Postępowanie karne niejednokrotnie decyduje o całym przyszłym życiu osoby oskarżonej i dlatego na żadne skróty myślowe nie można sobie pozwolić. Nie sposób bowiem wyobrazić sobie, iż osoba skazana będzie czuła się w pełni usatysfakcjonowana wyrokiem uniewinniającym od zarzutu popełnienia zarzucanego jej czynu, skoro poniosła jednocześnie negatywne skutki postępowania karnego, które toczyło się w związku z zarzutem popełnienia przez nią ponownego przestępstwa. Tymi negatywnymi skutkami może być, jak zostało to już wspomniane powyżej zarządzenie wykonania kary, odwołanie odroczenia wykonania kary, podjęcie na nowo warunkowo zawieszzonego postępowania karnego, ponowne umieszczenie w zakładzie leczenia odwykowego, czy też odwołanie przedterminowego zwolnienia z reszty kary. Nie sposób zatem przejść do porządku dziennego nad tym, iż w demokratycznym państwie, które powinno być ostoją i gwarantem konstytucyjnych praw, może dochodzić do pogwałcenia zasady domniemania niewinności. Dlatego *de lege ferenda* należałoby postulować wprowadzenie w art. 68 § 2 i 3 k.k., art. 75 § 2 k.k., art. 97 § 2 k.k. oraz w art. 156 § 1 k.k.w. i art. 160 § 2 k.k.w. sformułowania, aby każde popełnienie przez skazanego przestępstwa było stwierdzone prawomocnym wyrokiem skazującym. Dopiero wówczas możliwym byłoby wyciąganie wobec skazanego określonych prawie negatywnych konsekwencji opisanych w przytoczonych wyżej przepisach. Ucięłoby to raz na zawsze dyskusje na temat czy sąd musi dysponować prawomocnym wyrokiem skazującym oraz czy stosowanie omówionych w niniejszym artykule instytucji nie prowadzi do naruszenia zasady domniemania niewinności. Ponadto należałoby

optować za wyeliminowaniem z k.k.w. przepisu art. 156 § 3 k.k.w. traktującego o odwołaniu odroczenia wykonania kary z mocy prawa w przypadku, jeżeli w czasie przerwy w odbywaniu kary skazany popełnił przestępstwo, w związku z którym zostało zastosowane wobec niego tymczasowe aresztowanie. Nie sposób bowiem zgodzić się z powyższą regulacją, która opierając się wyłącznie na fakcie pozbawienia skazanego wolności wobec zastosowania tymczasowego aresztowania, pozwala na odwołanie odroczenia *ex lege*. W przypadku uniewinnienia oskarżonego opisana wyżej sytuacja prowadzić może do jawnej niesprawiedliwości poprzez nie respektowanie zasady domniemania niewinności i zapominanie o tym, iż tymczasowe aresztowanie stosuje się wyłącznie w sytuacji dużego prawdopodobieństwa popełnienia przez oskarżonego przestępstwa, a nie kiedy sąd przed uzyskaniem prawomocnego wyroku skazującego, nabiera pewności co do winy oskarżonego.

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND RE-COMMITTING THE CRIME BY THE OFFENDER

The purpose of this article is to present a few observations on the possibility of the using negative legal consequences against sentenced person arising from the regulations contained in the Penal Code and the Executive Penal Code based on presumption of re-committing by him a crime during the trial. The legislature, as in the Article. 68 § 2 and 3 of Penal Code., Art. 75 § 2 and 3 of Penal Code., Art. of Penal Code. 97 § 2, Art. 156 § 1 and 3 of Executive Penal Code and Art. 160 § 2 of the Executive Penal Code which include the subject of this article did not introduce the requirement to release firstly for prisoner final conviction thus prejudging his perpetration. On account of the past forty years expressed in "*expressis verbis*" principle of presumption of innocence such state of affairs should have no *raison d'être*. This article is, therefore, an attempt to answer the question whether it is acceptable to the presumption of innocence as a principle of rebuttal could be disproved in other way than through the issuance of a final conviction. This principle has the aim to protect certain values and rights that everyone is entitled, by the same reason that he is a human being. Such rights, which protect the presumption of innocence are: right to liberty, right to a fair and reliable trial, right to dignity and the right to silence. The presumption of innocence is also designed to protect the defendant from incurring its negative consequences of reproaching of the crime he committed. It is here only for the consequences, that arise from the recognition of someone guilty of committing

the alleged crime. The accused, therefore cannot experience crime repression characteristic for convicted person for penalty described in art. 32 of Penal Code or for punitive measures mentioned in art 39 of Penal Code. Nevertheless in Penal Code and in Executive Penal Code we can find regulation that allows drawing for convicted person negative consequences in connection with accusing committing a crime by him during the trial or applied to him temporary detention. These are obviously in most regulations dealing with the optional use by court described institutions however, granting to the judicial authorities applying regulations that may reconcile with presumption of innocence can face into question the reliability of the entire criminal process and can be understood by keeping the process respecting law and freedom of the sites participating in it. By placing in Penal Code regulations art. 68 § 2 and 3, 75 § 2, 97 § 2 and Executive Penal Code. Article. 156 § 1 and 3 and 160 § 2 sentenced is deprived of certainty about his future and stability of the law in the case of reproaching him committing a crime or applied to him temporary detention during the trial connected with for example conditional discontinuance of criminal proceedings. Stability should in fact be based on convinced that it was only at a final finding of guilt of the accused in connection with the re-committing a crime by him he will bear negative consequences of law in form such as: ordinance enforcement or revocation of conditional early release to serve the remainder of sentence. Meanwhile, despite the principle of presumption of innocence, the legislature allows for the existence of regulations that directly lead to violations of the rule, which is the foundation of the entire criminal process.

Hanna Kuczyńska ■

ROLA PROKURATORA W POSTĘPOWANIU PRZYGOTOWAWCZYM PRZED MIĘDZYNARODOWYMI TRYBUNAŁAMI KARNYMI

I. Zasady działania prokuratora

1. Prokurator jako organ międzynarodowych trybunałów karnych

Pozycja prokuratora w postępowaniu przed trybunałami międzynarodowymi zależy w dużej mierze od tego, jaką pozycję posiada sam trybunał w świetle prawa międzynarodowego. Różne sposoby organizacji i funkcjonowania tych trybunałów są przede wszystkim rezultatem odmiennych sposobów rozwiązywania sytuacji post-konfliktowych w konkretnym przypadku¹. Jednak podstawowym czynnikiem wpływającym na rolę, jaką odgrywa prokurator międzynarodowego trybunału karnego, jest ukształtowanie postępowania przed takim trybunałem. Twórcy trybunałów musieli za każdym razem utworzyć nowy wzorzec postępowania. Procedura ta nie powiela żadnej z procedur krajowych, stanowiąc za każdym razem twór *sui generis*. Opiera się na elementach znanych z różnych systemów krajowych, nie zawsze ze sobą kompatybilnych². Już w pierwszych orzeczeniach Międzynarodowego Trybunału Karnego do spraw Jugosławii (MTKJ) wyjaśniono, że postępowanie przed trybunałami międzynarodowymi stanowi

¹Tzw. *post-conflict justice*, por. M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, New York 2003, s. 543.

²R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge 2005, s. 349.

jedyny w swoim rodzaju amalgamat elementów systemu *common law* i prawa kontynentalnego, który nie naśladuje jednak ściśle zasad charakterystycznych dla jednego z nich³. Różnice między systemami *common law* i prawa kontynentalnego stały się zresztą przyczyną nieporozumień i długich negocjacji już w momencie tworzenia pierwszych międzynarodowych trybunałów wojskowych w Norymberdze i Tokio⁴. Obecnie nie ulega wątpliwości, że funkcjonowanie międzynarodowych trybunałów karnych stało się forum zbliżania różnych systemów postępowania karnego prowadząc do powstania nowej jakości w sferze postępowania karnego⁵. W wyniku wielu lat działania trybunałów *ad hoc*, jak również trybunałów *quasi*-międzynarodowych, można obecnie mówić o wytworzeniu się pewnych wzorców, wspólnych cech i rozwiązań.

Prokuratorzy pierwszych międzynarodowych trybunałów wojskowych utworzonych po II wojnie światowej działali w imieniu państw powołujących dany trybunał. W Międzynarodowym Wojskowym Trybunale w Norymberdze – nie istniała funkcja głównego prokuratora. Każde z czterech państw sygnatariuszy Porozumienia Londyńskiego mianowało własnego prokuratora⁶. Uznano, że dzięki „wzajemnemu zaufaniu” między siłami alianckimi nie istnieje potrzeba stworzenia scentralizowanej prokuratury⁷. Funkcję głównego prokuratora przewidywała natomiast Karta Międzynarodowego Wojskowego Trybunału w Tokio. Był on tam mianowany przez głównodowodzącego siłami wojskowymi. Nie miał przyznanej jakiegokolwiek niezależności od rządów państw, które powołały do życia sam trybunał.

³ Prokurator v. Tadić, wyrok Izby Orzekającej z dnia 5 sierpnia 1996 r. Por. też J. Izydorczyk, P. Wiliński, *Postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym*, Państwo i Prawo 2005, nr 6, s. 63; K. Ambos, *The Status, Role and Accountability of the Prosecutor of the International Criminal Court: A Comparative Overview on the Basis of 33 National Reports*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2000, nr 8, s. 89-118.

⁴ R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction ... op.cit.*, s. 93.

⁵ M. Płachta, *Status i pojęcie międzynarodowego prawa karnego*, Prokuratura i Prawo 2009, nr 5, s. 15; M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm ścigania przestępstw w świetle współczesnych przeobrażeń procesu karnego*, Warszawa 2007, s. 276-292; M. Rogacka-Rzewnicka, *Wzajemne relacje między jurysdykcją krajową a jurysdykcją Międzynarodowego Trybunału Karnego w aspekcie zagadnienia harmonizacji prawa karnego*, Prokuratura i Prawo 2009, nr 6, s. 102.

⁶ Porozumienie międzynarodowe w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, Londyn, 8 sierpnia 1945 r. (Dz. U. z 1947 r. nr 63, poz. 367). Por. też *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court. International Workshop in co-operation with the Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunals (ICTY and ICTR)*, red. L. Arbour, A. Eser, K. Ambos, A. Sanders, Freiburg im Breisgau 2000, s. 125; R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction ... op.cit.*, s. 93.

⁷ O. Triffterer (red.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, s. 38.

Każde z państw, które współpracowały ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki Północnej w pokonaniu Japonii mogło wyznaczyć zastępcę głównego prokuratora⁸. Karty trybunałów wojskowych nie przewidywały utworzenia biura prokuratora⁹. Prokurator miał działać przy pomocy środków i specjalistów wyznaczonych im do pomocy przez rząd danego państwa. Prokurator i jego zastępcy, działając jako komitet uzgadniali plan działania dotyczący m.in. wskazania oskarżonych, treści zarzutów oraz przyjęcia przez trybunał określonych reguł procedury. Na podstawie porozumienia mieli oni przygotować akt oskarżenia i wnieść go do trybunału¹⁰. Każdy z prokuratorów mógł samodzielnie podejmować wszystkie czynności dochodzeniowo-śledcze, a po wniesieniu aktu oskarżenia każdy z prokuratorów działał jako oskarżyciel.

Sytuacja, w której działały te trybunały była zupełnie inna od rzeczywistości, w której funkcjonują obecnie istniejące trybunały. Procedura karna, zgodnie z którą toczyło się postępowanie, ukształtowana była głównie na bazie procedury anglosaskiej, z wyraźną przewagą zasady kontrydiktoryjności, która nakazywała stronom dużą aktywność w prezentowaniu dowodów¹¹. Trybunały miały „stosować procedurę jak najbardziej sprawną i niesformalizowaną”¹². W rezultacie tok postępowania opierał się głównie na rozstrzygnięciach podejmowanych przez sędziów w konkretnych sprawach, gdyż karty trybunałów były sformułowane nadzwyczaj ogólnie¹³. Wydaje się, że sam fakt ustanowienia precedensu w postaci trybunału sądującego najpoważniejsze zbrodnie prawa międzynarodowego wydawał się twórcom ważniejszy niż utworzenie spójnych i trwałych reguł procedury. Już w tym czasie jednak postępowanie opierające się na precedensach budziło wiele

⁸Karta MTW w Tokio, International Military Tribunal for the Far East Charter (IMTFE Charter) z dnia 19 stycznia 1946 r.; Art. 8(b) Karty Trybunału w Tokio (<http://avalon.law.yale.edu/imt/count.asp>, z 20.02.2010 r.). Jak podkreślano, Joseph Keenan wybrany na to stanowisko był wysoce nieprzygotowany do pełnienia tej funkcji. Por. R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge 2005, s. 97.

⁹Postępowanie przed trybunałem toczyło się według reguł określonych w Karcie Międzynarodowego Trybunału Karnego z 8 sierpnia 1945 r., ustanawiających skład i kompetencje sądu a także procedurę i zasady wyrokowania. Karta trybunału w Norymberdze zawierała zaledwie 30 artykułów, a uzupełniana była przez 11 Reguł Proceduralnych. Karta Trybunału w Tokio zawierała 17 artykułów. Obydwa trybunały pozwalały sędziom na poprowadzenie reguł procedury zgodnie z zapotrzebowaniem.

¹⁰Art. 10 Karty trybunału tokijskiego. Tekst aktu oskarżenia na stronach: <http://avalon.law.yale.edu/imt/count.asp>, z 20.02.2010 r.

¹¹R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction op.cit.*, s. 351.

¹²M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Kraków 2004, s. 75.

¹³Również prokuratorom przysługiwała również kompetencja do wnoszenia do akceptacji trybunału reguł procedury. Reguły procedury: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtrules.asp>, dnia 20 lutego 2010 r.

kontrowersji, głównie z powodu możliwości nadużywania swoich szerokich prerogatyw przez sędziów oraz braku przewidywalności reguł procedury.

Dopiero wraz z powstaniem międzynarodowych trybunałów karnych powołanych przez ONZ przyjęto, że prokurator ma być stałym organem trybunału. Podstawową zasadą odnoszącą się do urzędu prokuratora trybunału międzynarodowego i stanowiącą o jego odrębności jest niezależność. Niezależność prokuratora jest chroniona na równi z niezawisłością sędziowską, bowiem status obydwu stanowisk i waga zapewnienia ich niezależności na arenie międzynarodowej jest podobna i równie istotna. Art. 16 ust. 2 Statutu MTKJ i art. 15 ust. 2 MTKR stanowią, że prokurator ma działać niezależnie jako samodzielny organ trybunału i nie tylko nie powinien on szukać wskazówek i instrukcji u innych źródeł, ale i nie powinien angażować się w żadną działalność, która by utrudniała pełnienie jego funkcji lub mogła podważyć zaufanie do jego niezależności¹⁴. Oba statuty powołują też do życia samodzielne biuro prokuratora, którego pracownicy działają w imieniu prokuratora i pod jego kierunkiem. Prokurator jest jednym z trzech samodzielnych organów trybunału, obok izb sądowych i Sekretariatu (art. 11 MTKJ i art. 10 MTKR). O stopniu samodzielności tego organu świadczy również metoda powoływania prokuratora¹⁵. Art. 16 ust. 4 statutu MTKJ stanowi, że prokuratora powołuje Rada Bezpieczeństwa ONZ po przedstawieniu kandydata przez Sekretarza Generalnego ONZ. Również personel biura prokuratora ma być powoływany przez Sekretarza Generalnego. Zgodnie z R. 38 MTKJ prokurator ma rekomendować Sekretarzowi Generalnemu kandydata na swojego zastępcę. Nie ma natomiast żadnej wzmianki o możliwości odwołania prokuratora z urzędu. Zgodnie ze statutami MTKJ i MTKR prokurator ma również możliwość wpływania na kształt procedury toczącej się przed trybunałami, dzięki składaniu wniosków o wprowadzenie zmian w Regułach Procesowych i Dowodowych (R.6(A) MTKJ i MTKR)¹⁶.

Również zgodnie z art. 42 ust. 1 statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK) prokurator działa jako niezależny organ Trybunału. W czasie tworzenia Statutu MTK nie ulegało wątpliwości, że Biuro Prokuratora MTK ma być samodzielnym organem. Statut MTK zawiera po raz pierwszy podstawowe

¹⁴ Statut MTKJ przyjęty 25 maja 1993 r., na mocy Rezolucji nr 827, wersja z września 2009 r.; Statut MTKR, przyjęty 8 listopada 1994 r. na mocy Rezolucji nr 955, wersja z 2007 r.

¹⁵ *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court. International Workshop in co-operation with the Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunals (ICTY and ICTR)*, (red.) L. Arbour, A. Eser, K. Ambos, A. Sanders, Freiburg im Breisgau 2000, s. 125;

¹⁶ Reguły Procesowe i Dowodowe MTKJ, IT/32/Rev. 44, wersja poprawiona z dnia 10 grudnia 2009 r. Wersja Reguł Procesowych i Dowodowych MTKR z 18 marca 2008 r. Oba dokumenty są do siebie niezwykle podobne i zawierają zwykle identyczne – z nieznacznymi różnicami – reguły dotyczące postępowania prokuratora przed trybunałem.

gwarancje niezależności funkcji prokuratora. Prokurator i jego zastępcy nie mogą być tej samej narodowości, nie mogą angażować się w działalność, która mogłaby podważyć zaufanie do ich bezstronności. Mogą na własny wniosek zostać wyłączeni od prowadzenia konkretnej sprawy, gdy brali oni udział w jakiegokolwiek roli w rozpatrywaniu danej sprawy przez trybunał lub na szczeblu krajowym brali udział w związanej z nią sprawie toczącej się przeciwko tej samej osobie¹⁷. Reguły Procesowe i Dowodowe dodatkowo wskazują, że wątpliwości co do bezstronności prokuratora mogą prowadzić do jego wyłączenia od prowadzenia sprawy, gdy jest on bezpośrednio zainteresowany konkretnym rozwiązaniem sprawy, będąc np. w określonym stosunku osobistym ze stronami postępowania¹⁸. Znacznie bardziej demokratyczne niż w przypadku trybunałów *ad hoc* są metody wybierania prokuratora MTK. Jest on wybierany w głosowaniu tajnym bezwzględną większością głosów członków Zgromadzenia Państw Stron Statutu Rzymskiego (art. 42 ust. 4 Statutu). Statut Rzymski przewiduje też po raz pierwszy możliwość usunięcia ze stanowiska prokuratora i jego zastępców, jeśli dopuścili się oni poważnego naruszenia swoich obowiązków lub są niezdolni do wykonywania funkcji prokuratora. Decyzję o usunięciu ze stanowiska podejmuje Zgromadzenie Państw Stron bezwzględną większością głosów. Również w przypadku postępowania przed tym trybunałem prokuratorowi przyznano prawo do zgłaszania poprawek do Reguł Procesowych i Dowodowych.

Obok międzynarodowych trybunałów karnych istnieje liczna grupa trybunałów, które powoływane są do życia przez organy ONZ w porozumieniu z rządami państw, których ma dotyczyć ich jurysdykcja lub samodzielnie przez państwa. Trybunały te zwane są trybunałami quasi-międzynarodowymi (lub trybunałami o charakterze mieszanym lub hybrydowym), jednak nie tworzą jednolitej grupy. Każdy z tych trybunałów funkcjonuje w inny sposób, zależny od sytuacji wewnętrznej i ustaleń na forum międzynarodowym, w wyniku których powstał. Stanowią one swoiste połączenie systemów wymiaru sprawiedliwości krajowych i międzynarodowych. Ich organy znajdują się na terytorium danego państwa, ale ich skład jest międzynarodowy¹⁹. Dzięki temu rozwiązaniu zachowano w działalności każdego trybunału pewne elementy nadzoru międzynarodowego. W pracy trybunałów quasi-międzynarodowych najczęściej stosowane jest prawo wewnętrzne państwa, którego dotyczy postępowanie, cza-

¹⁷ Art. 42 ust. 2 i ust. 7 Statutu MTK. Również oskarżony może żądać wyłączenia prokuratora od prowadzenia jego sprawy, jeśli prowadził on uprzednio sprawę tej samej osoby na szczeblu jurysdykcji narodowej lub w jakikolwiek sposób miał z nią do czynienia. O wyłączeniu decyduje wówczas Izba Odwoławcza trybunału (art. 42 ust. 8 Statutu MTK).

¹⁸ R. 34 ust. 1 Reguł Procesowych i Dowodowych MTK.

¹⁹ Por. M. Płachta, *Międzynarodowy ... op.cit.*, s. 93.

sem modyfikowane poprzez dodanie elementów procedury międzynarodowej. Dlatego w ich przypadku nie miało miejsca wykształcenie nowego typu *sui generis* procedury karnej. Kompetencje prokuratorów działających w imieniu trybunałów bazują w dużej mierze na procedurze każdego z tych państw. Ponieważ trybunały te osadzone są najczęściej w ramach krajowego porządku prawnego, prawo proceduralne nie może odbiegać zbyt od procedury znanej sądom krajowym, co ma się przyczyniać do ich uznania i legitymizacji w danym państwie. Wprowadzenie całkiem nowej procedury mogłoby prowadzić do braku pewności prawnej, wynikającej z braku zakorzenienia trybunału w danym systemie prawnym²⁰. Mimo utworzenia odrębnych porządków procedury karnej na potrzeby niektórych trybunałów (jak np. w Kosowie czy Wschodnim Timorze), nie można mówić o jednolitości w ramach grupy trybunałów quasi-międzynarodowych. Nie powstał jednolity model postępowania przed takimi trybunałami na miarę typowych dla międzynarodowego postępowania karnego rozwiązań przyjętych w dwóch trybunałach *ad hoc* i MTK.

2. Granice niezależności prokuratora

Za każdym razem twórcy trybunałów międzynarodowych musieli dokonać wyboru między oportunistem a legalizmem ścigania. Przyjęto, że prokurator powinien wnosić oskarżenie przed trybunał tylko w najpoważniejszych sprawach, z których okoliczności – takich jak ważna pozycja podejrzanego, znaczenie zagadnień prawnych czy szanse zatrzymania oskarżonego – wynika, że powinien się nimi zająć organ międzynarodowy. Okoliczności faktyczne ściganych przez prokuratora trybunału międzynarodowego zbrodni zwykle wymagają, by przyjąć zastosowanie zasady oportunistu ścigania. Sprawcy zbrodni międzynarodowych są zbyt liczni by trybunał międzynarodowy mógł prowadzić postępowanie w stosunku do wszystkich z nich. Dlatego prokuratorowi zwykle oferuje się swobodę decyzji, czy ścigać danego sprawcę, gdy już posiada informacje o popełnionym przez niego czynie. Przyjęte przez Statuty trybunałów rozwiązanie opiera się na systemie *common law*, w którym prokurator ma nieograniczoną swobodę decydowania, czy wszcząć postępowanie przygotowawcze, lub umorzyć toczące się – czy to z powodu braku dowodów czy dlatego, że uznał ściganie danej sprawy za niezgodzące się z interesem wymiaru sprawiedliwości²¹. Już w przypadku trybunałów wojskowych w Norymberdze i Tokio zadanie wskazania spraw, któ-

²⁰ C. Romano, A. Nollkaemper, J. Kleffner, *Internationalized Criminal Courts*, Oxford 2004, s. 356.

²¹ K. Ambos, *The Status, Role and Accountability of the Prosecutor of the International Criminal Court: A Comparative Overview on the Basis of 33 National Reports*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2000, nr 8, s. 98.

rymi miał się zająć trybunał, wyznaczono właśnie prokuratorowi. Zastosowanie zasady oportunistu doprowadziło do tego, że spośród wszystkich funkcjonariuszy zbrodniczych reżimów jedynie 24 oskarżonych zasiadło na ławie oskarżonych w Norymberdze i 28 w Tokio.

Również Statuty MTKJ i MTKR nie wymagają od prokuratora prowadzenia każdej sprawy, w której możliwa byłaby ich jurysdykcja. Art. 18 ust. 1 MTKJ stanowi, że prokurator ma ocenić dostępne mu informacje – zarówno własne, jak i otrzymane z innego źródła – i na tej podstawie zdecydować, czy istnieją uzasadnione podstawy do prowadzenia postępowania przygotowawczego. Co więcej, sędziowie nie kontrolują, czy prokurator powinien zająć się jakąś sprawą, którą zgodnie z własną kompetencją odrzucił. Dopiero na etapie zakończenia postępowania przygotowawczego mogą ocenić prawidłowość podjętej samodzielnie przez prokuratora decyzji o konieczności ścigania danego sprawcy. Sędziowie trybunału mogą wówczas poddać kontroli akt oskarżenia przekazany przez prokuratora. Statuty trybunałów *ad hoc* po raz pierwszy przyjęły możliwość poddania kontroli pracy prokuratora już na etapie wnoszenia aktu oskarżenia. W postępowaniu przed trybunałami wojskowymi nie istniał żaden mechanizm sądowej wstępnej kontroli sprawy wniesionej do trybunału przez prokuratora, pozwalający już na tym etapie ocenić, czy materiał dowodowy jest wystarczający do dalszego prowadzenia sprawy.

Prokurator posiada inicjatywę wnioskodawczą na zasadzie oportunistu ścigania również zgodnie ze Statutem MTK. Sformułowana jest ona w art. 15 ust. 3, który przewiduje, że Prokurator może wszcząć postępowanie przygotowawcze, gdy uzna, iż istnieje ku temu uzasadniona podstawa²². Prokurator powinien rozważyć, czy dostępne mu informacje stanowią wiarygodną podstawę do przyjęcia, że została popełniona zbrodnia podlegająca jurysdykcji Trybunału. Można przypuszczać, że samo podejrzenie o popełnianiu zbrodni prawa międzynarodowego, czy też samo zawiadomienie o takim fakcie nie będą mogły być uznane za wystarczające i zawsze będą wymagały przeprowadzenia

²² E. La Haye, *The Jurisdiction of the International Criminal Court: Controversies over the Preconditions for exercising its Jurisdiction*, Netherlands International Law Review 1999, nr XLVI, s. 15. Ta kompetencja prokuratora stanowiła źródło poważnych kontrowersji. 1/3 państw biorących udział w tworzeniu Statutu Rzymskiego sprzeciwiała się takiemu rozwiązaniu, argumentując, że może to oznaczać niebezpieczeństwo zamienienia się prokuratora w „zabawkę polityków” i ugięcia się pod ciężarem żądań politycznych. Zwłaszcza Stany Zjednoczone sprzeciwiały się szczególnie silnie, podnosząc, że taka kompetencja uniemożliwi prokuratorowi bezstronne prowadzenie sprawy, angażując jego uwagę bardziej na politycznych zagadnieniach i dokonywaniu trudnych decyzji politycznych. Przyjęcie ostatecznie tego rozwiązania przyczyniło się niewątpliwie do odmowy podpisania Statutu przez Stany Zjednoczone.

postępowania sprawdzającego²³. Zasada oportunizmu ścigania jest jednak ograniczona uprawnieniami kontrolnymi Izby Przygotowawczej do wydawania upoważnienia do prowadzenia postępowania przygotowawczego, a potem zatwierdzania zasadności aktu oskarżenia (zarzutów) wnoszonego przez prokuratora. Tak więc pomimo, iż mamy tu do czynienia z oportunizmem ścigania, to jednak formalnie oznacza on jedynie możliwość zbadania sprawy, a nie wszczęcia samego postępowania²⁴.

Co więcej, w orzecznictwie trybunałów *ad hoc* przyjęto, że prokurator w ramach zasady oportunizmu ma kompetencję nie tylko wyboru sprawy (tzw. „sytuacji”), którą się zajmie, ale i może oskarżyć tylko niektórych spośród domniemyanych sprawców zbrodni. W sprawie *Celebici* przed MTKJ oskarżony podniósł, że jest on jedynie jednym z tysiąca sprawców, którzy mogliby zostać oskarżeni razem z nim. Ten zarzut został odrzucony przez Izbę Orzekającą, która stwierdziła, że decyzja o tym, kogo oskarżyć, należy wyłącznie do prokuratora i oskarżenie jedynie niektórych spośród sprawców nie prowadzi do naruszenia zasady równości postępowania²⁵. Ponieważ prokurator wszczyna postępowanie zawsze z własnej inicjatywy, na podstawie informacji własnych lub otrzymanych z innego źródła, w sytuacji tak wielu zbrodni podlegających ich jurysdykcji musi on zawsze brać pod uwagę powagę zbrodni i interes wymiaru sprawiedliwości w ściganiu. Również Izba Odwoławcza stwierdziła w tej sprawie, że prokurator cieszy się dużą swobodą w ocenie przesłanek przemawiających za wszczęciem lub odmową wszczęcia postępowania. Zasady niezależności i bezstronności działań prokuratora mają stanowić wystarczającą gwarancję na to, że nie wykorzysta on swoich kompetencji w nieprawidłowy sposób.

Konieczność zapewnienia niezależności prokuratora prowadziła do specyficznego sformułowania jego obowiązków procesowych w Statucie MTK. Podstawowym jego zadaniem zgodnie z art. 54 Statutu jest ustalenie prawdy materialnej. W tym celu powinien on poszukiwać wszystkich informacji niezbędnych dla wyjaśnienia kwestii odpowiedzialności karnej podejrzanego – czyli zarówno dowodów przemawiających na niekorzyść, jak i na korzyść oskarżonego. Oznacza to obowiązek ustalania również okoliczności świadczących o niewinności oskarżonego. Nałożenie na prokuratora obowiązku poszukiwania prawdy materialnej było

²³ Dzięki wstępnemu badaniu sprawy prokurator wszczynając sprawę *proprio motu* może zaprezentować, że uczynił tak na podstawie istniejących źródeł informacji. Por. M. Bergsmo, J. Pejć [w:] O. Triffler [red.], *Commentary on the Rome Statute ... op.cit.*, s. 366-367.

²⁴ M. Bergsmo, J. Pejć [w:] O. Triffler [red.], *Commentary on the Rome Statute ... op.cit.*, s. 369.

²⁵ *Prokurator v. Delalić, Mucić, Delić, Landzo (sprawa Celebici)*, nr sprawy IT-96-21-T, wyrok z dnia 16 listopada 1998 r. oraz wyrok Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2001 r.

wynikiem olbrzymich faktycznych rozbieżności między możliwościami dwóch stron postępowania przed trybunałami, czyli środkami zdobywania dowodów przez oskarżenie i przez obronę. Możliwościami zapewnienia współpracy z państwami dysponują bowiem tylko organy trybunału. Oskarżony (lub podejrzany) nie zawsze ma możliwość gromadzenia dowodów na miejscu zdarzenia. Już w postępowaniu przed trybunałami w Norymberdze i Tokio stanowiło to dla oskarżonego poważny problem²⁶. Biorąc pod uwagę te trudności przyjęto tam ostatecznie rozwiązanie oferujące oskarżonemu pewną pomoc ze strony trybunału w przygotowaniu materiału dowodowego na swoją obronę. Oskarżony w postępowaniu przed trybunałem w Norymberdze mógł ubiegać się o wezwanie przez trybunał świadków obrony. Mimo jednak istnienia tego problemu od początku funkcjonowania trybunałów, rozwiązanie polegające na zapewnieniu neutralnej roli prokuratora w postępowaniu przygotowawczym przyjęto po raz pierwszy przed MTK. Jeszcze w Statutach MTKJ i MTKR nie było mowy o badaniu sprawy wszechstronnie przez prokuratora. Jedyny obowiązek prokuratora dotyczy ujawnienia obronie wszystkich dowodów, które mogłyby sugerować niewinność oskarżonego, wpływać na zmniejszenie winy lub podważać wiarygodność dowodów przygotowanych przez prokuratora, a które znajdują się w jego posiadaniu (R. 68 Statutu MTKJ). Nie istnieje jednak obowiązek zbierania takich dowodów celowo.

Statut MTK nakazuje, by prokurator był nie tylko stroną w procesie, ale wykonał funkcje bezstronnego „organu sprawiedliwości”²⁷, tym samym zbliżając swoją pozycję – przynajmniej w oczach komentatorów anglosaskich – do rozwiązań przyjmowanych przez systemy prawa kontynentalnego²⁸. Prokurator MTK stał się drugim obok sędziego organem, który bezstronnie ma ocenić winę podejrzanego i dopiero po dokonaniu takiej analizy może przystąpić do oskarżenia. Celem działań podejmowanych przez niego powinno być dążenie, by ustalić obiektywną prawdę, a nie jedynie skazanie oskarżonego²⁹. Komentatorzy określają je jako konieczne ustępstwo na rzecz systemu prawa cywilnego³⁰. Prokurator w państwach kręgu *common law* nigdy nie jest określany jako „poszukiwacz prawdy obiektywnej”. Takie ukształtowanie roli prokuratora wynikało z konieczności zapewnienia nie tylko skuteczności działania trybunału, ale i równości między stronami postępowania oraz było konieczne w obliczu charakterystyki spraw, którymi zajmuje się trybunał.

²⁶ R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction op.cit.*, s. 95.

²⁷ G. Turone, *Powers and Duties of the Prosecutor*, w: A. Cassese [red.] *The Rome Statute... op.cit.*, s. 1164.

²⁸ Ibidem, s. 1165.

²⁹ Ibidem, s. 1140.

³⁰ M. Bergsmo, P. Kruger, w: O. Triffterer [red.], *Commentary ... op.cit.*, s. 716.

Kolejnym z przepisów Statutu MTK nakazujących prokuratorowi działanie w imieniu szeroko pojętych „interesów sprawiedliwości” jest przyznanie mu prawa do składania apelacji w imieniu skazanego. Prokurator może skorzystać z tego uprawnienia w sytuacji, gdy za konieczne uzna wniesienie apelacji w obrońce prawa, która z natury zawsze uważana jest za skierowaną na korzyść oskarżonego lub gdy np. z powodu braku odpowiedniej reprezentacji oskarżony nie miał zagwarantowanego rzetelnego procesu. Taka regulacja kierunku składania apelacji neutralizuje rolę prokuratora jako organu oskarżycielskiego i ponownie podkreśla jego zadania jako poszukiwacza i obrońcy prawdy materialnej³¹. Stanowi to kolejny przykład odejścia od modelu kontradiktoryjnego procesu, znanego z działalności poprzednich trybunałów.

II. Przebieg postępowania przygotowawczego

1. Wszczęcie postępowania przygotowawczego

Głównym zadaniem prokuratora jest prowadzenie postępowania przygotowawczego, zbieranie i badanie zawiadomień i innych informacji o zbrodniach podlegających jurysdykcji Trybunału (zwanych w Statucie MTK *notitia criminis*, art. 42 ust. 1 Statutu MTK). Podstawowym problemem dotyczącym roli prokuratora na etapie postępowania przygotowawczego okazała się odpowiedź na pytanie, jak silną pozycję należy mu przyznać w stosunku do innych organów trybunału. Probierzem jego niezależności stała się kompetencja do wszczęcia postępowania.

Prokurator MTKJ i MTKR może wszczynać postępowania *ex officio* na podstawie informacji otrzymanych z jakiegokolwiek źródła. Ma prawo do oceny takich informacji i zdecydowania, czy dotyczą one zbrodni znajdującej się w jurysdykcji tych trybunałów oraz czy istnieją wystarczające podstawy do ścigania. Statuty MTKJ i MTKR nakazują prokuratorowi wszcząć postępowanie przygotowawcze, gromadzić informacje i dowody w czasie jego trwania, oceniać wiarygodność i wartość dowodową zgromadzonego materiału dowodowego oraz przygotować akt oskarżenia oparty na tym materiale (art. 17 MTKR i art. 18 MTKJ). Art. 18 Statutu MTKJ wyraźnie stwierdza, że prokurator nie potrzebuje żadnego upoważnienia do prowadzenia postępowania przygotowawczego. Ma on samodzielnie zdecydować, czy istnieją wystarczające podstawy by prowadzić postępowanie przygotowawcze, na podstawie własnej oceny posiadanych faktów i dowodów.

Kompetencja prokuratora do wszczynania postępowania przed trybunałem stanowiła jedną z najbardziej kontrowersyjnych kwestii w czasie tworzenia Sta-

³¹ R. Roth, M. Henzelin, *The Appeal Procedure of the ICC*, w: A. Cassese (red.), *The Rome Statute...op.cit.*, s. 1543.

tutu Rzymskiego MTK³². Podczas tworzenia MTK wiele państw opowiadało się za rozwiązaniem, zgodnie z którym prokurator mógłby prowadzić postępowanie dopiero po zgłoszeniu takiej konieczności przez państwo-stronę Statutu Rzymskiego lub Radę Bezpieczeństwa – i to jedynie w przypadku, gdy państwo objęte w danej sprawie jurysdykcją trybunału ratyfikowałoby uprzednio Statut MTK. Ostatecznie zwyciężyła wersja promowana przez państwa europejskie i przyjęto, że prokurator może dokonać wstępnego zbadania sprawy także z własnej inicjatywy (tzw. prawo do wszczęcia postępowania *proprio motu*) na podstawie wszelkich informacji o zbrodniach podlegających jurysdykcji trybunału³³. W efekcie długotrwałych negocjacji, kompetencja ta została poddana kontroli Izby Przygotowawczej, która musi upoważnić prokuratora do wszczęcia postępowania przygotowawczego (art. 15 ust. 3 Statutu MTK). Jest to jego samodzielna kompetencja, która nie jest uzależniona od władzy innych organów do podejmowania działania. Wzorowana jest na rozwiązaniu znanym ze Statutu MTKJ i MTKR, zgodnie z koncepcją silnego prokuratora.

Statut MTK ustanowił hierarchię źródeł informacji, od której zależy dalszy tok postępowania. Najsilniejszą pozycję zajmują *notitia criminis* pochodzące od Rady Bezpieczeństwa ONZ (art. 13 lit. b). Rada Bezpieczeństwa może gromadzić informacje za pomocą środków przewidzianych w Karcie Narodów Zjednoczonych, w każdym przypadku, gdy dana sytuacja stanowi zagrożenie dla pokoju i bezpieczeństwa. Są one najbardziej miarodajne i prowadzenie postępowania w oparciu o nie nie wymaga zatwierdzenia przez sędziów trybunału. Przyznanie jej tej kompetencji wydaje się być korzystne z tego powodu, że Rada Bezpieczeństwa dysponuje szerszymi kompetencjami niż prokurator MTK, w związku z jej uznaną pozycją i istniejącym przyzwoleniem na jej działalność na arenie międzynarodowej. Kolejnym źródłem informacji o popełnionych zbrodniach są same państwa (art. 13 lit. a). Zgodnie z art. 14 Statutu państwo-strona może przedstawić prokuratorowi sytuację wskazującą na popełnienie jednej lub więcej zbrodni objętych jurysdykcją trybunału, żądając od niego wstępnego zbadania sprawy w celu ustalenia, czy należy postawić zarzut popełnienia tych zbrodni konkretnej osobie lub większej liczbie osób. Również wówczas prowadzenie postępowania przygotowawczego nie wymaga zatwierdzenia przez trybunał. W przeciwieństwie do dwóch poprzednich źródeł informacji o zbrodniach znajdujących się w jurysdykcji trybunału, w przypadku *notitia criminis* pochodzących

³² M. Płachta, *Międzynarodowy ... op.cit.*, s. 283-286; M. Płachta, *Zasady procesowe w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym*, w: *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 101.

³³ M. Bergsmo, J. Pejic, w: O. Triffterer [red.], *Commentary on the Rome Statute ... op.cit.*, s. 365.

z innych źródeł, gdy postępowanie wszczyna prokurator, nie może ono rozpocząć się bez zatwierdzenia przez Izbę Przygotowawczą. Jednak nawet w przypadku, gdy to uprzywilejowane podmioty (Rada Bezpieczeństwa czy państwo) powierzą trybunałowi prowadzenie postępowania w określonej sytuacji konfliktu, to prokuratorowi przysługuje kompetencja do dokonania wyboru określonych podejrzanych i prowadzenia postępowania przygotowawczego w stosunku do określonych fragmentów tej sytuacji³⁴.

Pierwsze zawiadomienia o popełnionych zbrodniach pochodziły właśnie od Rady Bezpieczeństwa i zainteresowanych państw. Dwa pierwsze postępowania przygotowawcze prowadzone przez prokuratora, w Demokratycznej Republice Kongo (DRK) i w Ugandzie, zostały wszczęte w trybie art. 13 lit a w zw. z art. 14 Statutu. Te dwa państwa przekazały prokuratorowi informacje wskazujące na popełnienie zbrodni objętych jurysdykcją trybunału. W przypadku Demokratycznej Republiki Kongo informacje takie przedstawił sam prezydent³⁵. W przypadku Ugandy, państwa podzielonego między dwa wrogie stronnictwa, zgłoszenie popełnianych zbrodni dotyczyło wyłącznie tych popełnianych przez tylko jedną ze stron. Nie oznacza to jednak, że prokurator może badać zbrodnie tylko w granicach, które wyznaczyła skarga państwa. Od razu poinformował on organy zgłaszające informacje o zbrodniach, że zajmie się wszystkimi przypadkami zbrodni, niezależnie od tego, przez kogo były one popełniane³⁶. Również sprawa Centralnej Republiki Afryki została przekazana do jurysdykcji MTK na podstawie zgłoszenia przez rząd tego państwa masowych naruszeń prawa popełnianych w trakcie toczącego się zbrojnego konfliktu między siłami rządowymi i rebeliantami, które miały mieć miejsce w 2002 i 2003 r. Rada Bezpieczeństwa zajęła się sprawą zbrodni prawa międzynarodowego popełnianych w Sudanie, przekazując tę sprawę do rozpatrzenia przez trybunał na mocy rezolucji 1593³⁷. Jedyny do tej

³⁴ G. Turone, *Powers and Duties of the Prosecutor*, w: A. Cassese [red.], *The Rome Statute...op.cit.*, s. 1147.

³⁵ W. Burke-White, *Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo*, *Leiden Journal of International Law* 2005, nr 18, s. 557-590.

³⁶ R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction ... op.cit.*, s. 134.

³⁷ R. Cryer, *Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice*, *Leiden Journal of International Law* 2006, nr 19, s. 195-222. Powołana przez Sekretarza Generalnego ONZ Kofi Annana w październiku 2004 r. Międzynarodowa Komisja Dochodzeniowa w sprawie Darfuru przedstawiła na forum Rady Bezpieczeństwa raport z sytuacji w Darfurze w styczniu 2005 r., (S/2005/60), stwierdzający, że istnieją podstawy by przypuszczać, że zostały tam popełnione zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne, znajdujące się w obszarze zainteresowania MTK. Na podstawie tego raportu, dnia 31 marca 2005 r., Rada Bezpieczeństwa przyjęła Rezolucję Nr 1593(2005). W odpowiedzi Sudan oskarżył ONZ o stosowanie polityki neokolonialnej. Wszystkie decyzje MTK na stronach: www.icc-cpi.int.

pory przypadek podjęcia działań *proprio motu* przez prokuratora dotyczy sytuacji w Kenii. Dnia 31 marca 2010 r. Izba Przygotowawcza MTK wydała postanowienie zezwalające prokuratorowi na prowadzenie postępowania przygotowawczego. Podkreśliła w nim, że Kenia wykazała brak woli ścigania sprawców zbrodni popełnionych w czasie wyborów i dlatego konieczne stało się odwołanie do sprawiedliwości międzynarodowej. Z drugiej strony jednak państwo to zgodziło się na współpracę z prokuratorem MTK i przekazanie mu wszystkich koniecznych informacji dotyczących zbrodni, w tym także tajnych. Nie uniknięto też podkreślenia politycznego kontekstu decyzji prokuratora. Sam prokurator oświadczył, że zajęcie się sprawą Kenii ma zniechęcić inne państwa afrykańskie do stosowania przemocy w czasie wyborów³⁸.

2. Wstępne badanie sprawy

W fazie badania informacji o popełnionych zbrodniach prokurator prowadzi pewnego rodzaju wstęp do postępowania przygotowawczego (tzw. czynności sprawdzające; *pre-investigation*). Przed MTKJ definiowano dochodzenie jako wszystkie czynności podejmowane przez prokuratora w celu potwierdzenia faktu popełnienia zbrodni znajdujących się w jurysdykcji trybunału, dokonywane zarówno przed, jak i po zatwierdzeniu zarzutów. Nie poczyniono wyraźnego rozróżnienia między czynnościami sprawdzającymi a postępowaniem przygotowawczym (R. 2 MTKJ). Takie zróżnicowanie występuje w postępowaniu przed MTK. Art. 15 ust. 1 Statutu MTK stanowi, że prokurator może *proprio motu* dokonać wstępnego zbadania sprawy na podstawie informacji o zbrodniach podlegających jurysdykcji trybunału. Również w przypadku otrzymania informacji z któregoś ze źródeł wspomnianych przez Statut ma obowiązek zbadać wiarygodność otrzymanej informacji. W tym celu może żądać dodatkowych informacji od państw, organów Narodów Zjednoczonych, organizacji międzyrządowych lub pozarządowych i innych wiarygodnych źródeł, które uważa za właściwe, oraz może zapoznawać się z pisemnymi lub ustnymi zeznaniami w siedzibie trybunału. Oznacza to możliwość przesłuchiwania świadków, jednak wyłącznie tych, którzy dobrowolnie stawili się w siedzibie trybunału. Naturalnie na tym etapie postępowania nie może być jeszcze mowy o wskazaniu osoby podejrzanej. Jeśli w wyniku zbadania tych informacji dojdzie do wniosku, że istnieje uzasadniona podstawa do prowadzenia postępowania przygotowawczego, składa do Izby Przygotowawczej wnioski o upoważnienie do wszczęcia tego postępowania. Wydanie przez Izbę upoważnienia do prowadzenia postępowania przygotowawczego stanowi więc granicę między wstępnym badaniem sprawy przez prokuratora a postępowaniem przygotowawczym.

³⁸ <http://english.aljazeera.net>, 7.10.10.

Statut MTK odróżnia prowadzenie „wstępnej analizy sprawy” z art. 15 Statutu od prowadzenia postępowania przygotowawczego z art. 53 w celu przygotowania aktu oskarżenia i wniesienia go do sądu. Wstępne badanie sprawy oferuje prokuratorowi praktyczne środki wyjaśniania ewentualnych wątpliwości dotyczących uzyskanych wiadomości. Jest to system wstępnej ewaluacji informacji przed wszczęciem postępowania. Kompetencje przyznane prokuratorowi w art. 15 Statutu MTK celowo nie zostały określone jako „wszczęcie postępowania”, a jedynie jako „wstępne zbadanie sprawy”. Instytucja ta ma służyć nie tylko ocenie istnienia przesłanek wszczęcia postępowania wymaganych przez Statut, ale także wyeliminowaniu spraw o niewielkim znaczeniu dla jurysdykcji międzynarodowej. Gdy wstępne badanie sprawy jest zakończone, prokurator decyduje, czy istnieje uzasadniona podstawa do prowadzenia postępowania przygotowawczego. Powstaje pytanie, jak daleko może zejść wstępne badanie sprawy bez formalnego rozpoczęcia postępowania zatwierdzonego przez Izbę Przygotowawczą. To zagadnienie rozważała Izba Przygotowawcza w sprawie sytuacji w Kenii. Doszła do wniosku, że odpowiedzi udziela art. 53 ust. 1 Statutu, nakazujący prokuratorowi gromadzenie informacji aż do momentu, gdy jest on przekonany o zaistnieniu rozsądnej podstawy do przyjęcia, iż popełniono zbrodnię podlegającą jurysdykcji Trybunału, lub też o braku wystarczającej podstawy, by tak sądzić. O takiej konieczności mówi zresztą R. 48 Reguł Procesowych i Dowodowych, która przyjmuje, że dla stwierdzenia czy istnieje uzasadniona podstawa do prowadzenia postępowania przygotowawczego na podstawie artykułu 15 ust. 3, prokurator rozważa czynniki wymienione w artykule 53 ust. 1 Statutu MTK. Oznacza to konieczność rozważania przesłanek z art. 53 Statutu przed otrzymaniem wstępnego upoważnienia od Izby Przygotowawczej, kiedy postępowanie przygotowawcze jeszcze się nie toczy³⁹. W konsekwencji należy obecnie przyjąć, że przesłanki służące do oceny przez prokuratora, a później przez Izbę Przygotowawczą, możliwości wszczęcia postępowania przygotowawczego są równocześnie przesłankami używanymi przez prokuratora do wstępnej analizy sprawy.

3. Przesłanki wszczęcia postępowania przygotowawczego

Faza postępowania przygotowawczego rozpoczyna się w momencie upoważnienia prokuratora przez Izbę Przygotowawczą MTK do jego wszczęcia. Uznanie za konieczne zatwierdzania decyzji prokuratora o wszczęciu postępowania było wyrazem braku zaufania państw tworzących Statut co do jego faktycznej niezależności w wyborze spraw podlegających zainteresowaniu trybunału. Decyzję tę

³⁹ Por. Sytuacja w Republice Kenii, postanowienie z dnia 31 marca 2010 r. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09.

Izba podejmuje na podstawie zebranego przez Prokuratora materiału, w tym także oświadczeń świadków i pokrzywdzonych (które jednak nie mają jeszcze statusu „zeznań” i „wyjaśnień”), gdy stwierdzi na jego podstawie, że istnieją „uzasadnione podstawy” do wszczęcia postępowania.

Art. 53 Statutu określa podstawy wstępnej oceny zasadności i możliwości wniesienia sprawy przed trybunał. Dzielą się one na cztery grupy. Po pierwsze konieczne jest rozważenie, czy dostępne wiadomości stanowią „rozsądną podstawę do przyjęcia, że zbrodnia została popełniona”. Druga przesłanka dotyczy oceny, na podstawie posiadanych dowodów i informacji, czy dany czyn podlega jurysdykcji Trybunału; trzecia to dopuszczalność sprawy według art. 17, czyli zasad komplementarności; czwarta odnosi się do braku istnienia interesu wymiaru sprawiedliwości w ściganiu. Ograniczeniem możliwości działania prokuratora jest również wymaganie, by jego działania dotyczyły jedynie „najpoważniejszych zbrodni wagi międzynarodowej”, czyli zakresu zainteresowań trybunału określonego w art. 1 Statutu⁴⁰. Naturalnie przedstawiając postanowienie o wszczęciu postępowania do zatwierdzenia przez Izbę Przygotowawczą prokurator musi należycie umotywować swój punkt widzenia, powołując się na materiał dowodowy zebrany w sprawie. Bardzo szczegółowa interpretacja znaczenia przesłanek określonych w art. 53 Statutu przedstawiona została w sprawie Kenii, jedynej, jak dotąd sprawie, w której prokurator wszczął postępowanie *proprio motu*⁴¹. Izba Przygotowawcza przeanalizowała decyzję prokuratora pod kątem spełnienia kryteriów z art. 15 i art. 53 ust. 1 Statutu. Ostatecznie udzieliła prokuratorowi upoważnienia do prowadzenia postępowania przygotowawczego, zgadzając się z nim, że istnieje „uzasadniona podstawa do prowadzenia postępowania przygotowawczego”. Zauważyła przy tym, że ocena tego standardu należy do najbardziej delikatnych kwestii, które rozstrzygać ma Izba Przygotowawcza.

W powyższej sprawie sprecyzowano, co oznacza przesłanka „rozsądnej podstawy do przyjęcia, że zbrodnia została popełniona”. Uznano, że w decyzji o wszczęciu postępowania przygotowawczego prokurator musi przedstawić materiał dowodowy konkretny, jednoznacznie i namacalnie wskazujący, że podejrzenie o popełnieniu zbrodni jest uzasadnione⁴². Izba Przygotowawcza podkreśliła

⁴⁰ M. Bergsmo, J. Pejć, w: O. Triffler [red.], *Commentary on the Rome Statute ... op.cit.*, s. 364.

⁴¹ Sytuacja w Republice Kenii, postanowienie z dnia 31 marca 2010 r., Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09.

⁴² Por też Sytuacja w Darfurze, Sudan, Prokurator v. Bahar Idriss Abu Garda, Decision on the Confirmation of Charges z 8 lutego 2010 r., ICC-02/05-02/09.

przy tym, że jest to „najniższy standard dowodowy” przyjęty w Statucie. Sformułowanie to oznacza, że prokurator nie musi jeszcze dowodzić winy podejrzanego „ponad wszelką wątpliwość”, co jest dopiero warunkiem przypisania mu zarzucanych mu zbrodni. Dla wszczęcia postępowania przygotowawczego wystarcza wstępne stwierdzenie istnienia podstaw do przypuszczenia, że dana osoba popełniła czyn należący do jurysdykcji Trybunału. Dlatego też Izba Przygotowawcza przyjęła, że materiał dowodowy przedstawiony przez prokuratora nie musiał być jeszcze ani wyczerpujący, ani decydujący – w przeciwieństwie do materiału zgromadzonego w wyniku zakończonego już postępowania przygotowawczego. Ograniczenie wymagań stawianych prokuratorowi jest również skutkiem ograniczonych braku możliwości gromadzenia dowodów na terytorium państw na tym etapie postępowania. W sprawie Kenii również Izba Odwoławcza stwierdziła, że standard uzasadniający prowadzenie postępowania przygotowawczego nie wymaga, by materiał dowodowy prowadził do jedynego wniosku o winie podejrzanego⁴³. Wystarczy, że wniosek o popełnieniu zbrodni przez podejrzanego jest „możliwy i rozsądny do przyjęcia” – obok innych możliwych wersji wydarzeń. Prokurator nie musi więc udowodnić ponad wszelką wątpliwość, że żadne inne rozwiązanie nie jest możliwe. Ustalenie, czy istnieją uzasadnione podstawy do wszczęcia postępowania należy oceniać w świetle konkretnej sytuacji faktycznej, dlatego nie wystarczy przedstawienie przez prokuratora ogólnych faktów dotyczących konkretnej sprawy. Musi on wskazać przynajmniej grupy osób podejrzewane o popełnienie określonych zbrodni – nawet jeśli jeszcze bez wymieniania konkretnych nazwisk i stawiania konkretnych zarzutów. Wybór zarzutów i podejrzanych dokonany przez prokuratora jest z natury rzeczy wstępny i nie jest wiążący dla późniejszego sformułowania oskarżenia wnoszonego do trybunału.

Druga przesłanka z art. 53 ust. 1 dotyczy badania czy dany czyn podlega jurysdykcji Trybunału. Oznacza to, że czyn musi stanowić zbrodnię określoną w art. 5 Statutu (spełniać warunki *ratione materiae*), być popełniony w okresie umożliwiającym przyjęcie jurysdykcji MTK (art. 11 - jurysdykcja *ratione temporis*) oraz spełniać warunki z art. 12 – podejrzany ma być obywatelem państwa ratyfikującego Statut lub popełnić czyn na terytorium takiego państwa (jurysdykcja *ratione loci* lub *ratione personae*). Dopuszczalność prowadzonej przez prokuratora sprawy zależy również od spełnienia trzeciej przesłanki, wymagania z art. 17 ust. 1 lit. d dotyczącego „wagi sprawy” – by „uzasadniała jurysdykcję trybu-

⁴³ Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the „Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, postanowienie z dnia 3 lutego 2010 r., ICC-02/05-01/09, sprawa Darfuru, Sudan; na stronach www.icc-cpi.int.

nału”. Izba Przygotowawcza MTK zwracała już uprzednio uwagę, że sformułowanie to oznacza obowiązek prokuratora odniesienia się w decyzji o wszczęciu postępowania przygotowawczego do znamion zbrodni, w sposób uzasadniający, że zarówno rozmiar, jak i znaczenie („jakościowy wymiar”) zbrodni przemawiają za tą jurysdykcją⁴⁴. Za pomocne dla prokuratora w ocenie wagi sprawy uznała wskazówki co do wyrokowania przewidziane dla Izby Orzekającej, znajdujące się w Regułach Procesowych i Dowodowych (R. 145). Wskazują one, że uwzględniając powagę zbrodni należy zwrócić uwagę na rozmiar szkód, w szczególności wyrządzonych pokrzywdzonym i ich rodzinom, rodzaj użytych środków oraz charakter bezprawnego zachowania.

Ostatnia przesłanka z art. 53 ust. 1 służąca do oceny zasadności wszczęcia postępowania dotyczy tego, czy pomimo uwzględnienia wagi zbrodni i interesów pokrzywdzonych istnieją istotne powody do uznania, że postępowanie przygotowawcze nie służyłoby interesowi wymiaru sprawiedliwości. Nie wymaga się więc od prokuratora, by wykazał istnienie interesu dla wymiaru sprawiedliwości w toczącym się postępowaniu. Obowiązek ten dotyczy bowiem przedstawienia braku interesu sprawiedliwości w przypadku, gdy występuje o zatwierdzenie odmowy wszczęcia postępowania przez Izbę Przygotowawczą. Nie jest zdefiniowane, co prokurator powinien uznać za służące interesowi wymiaru sprawiedliwości. Jest to przesłanka całkowicie dyskrecjonalna i zależy od uznania prokuratora. Standard „braku interesu wymiaru sprawiedliwości w prowadzeniu postępowania” może zostać sprecyzowany w działalności Izby Przygotowawczej wówczas, gdy pojawi się pierwszy przypadek odmowy wszczęcia na tej podstawie postępowania przygotowawczego. Odmowa upoważnienia prokuratora do prowadzenia postępowania przygotowawczego nie oznacza, że sprawa objęta jest zakazem *ne bis in idem*. Prokurator może zgromadzić nowe fakty i dowody świadczące o popełnieniu zbrodni i przedłożyć Izbie nowy wniosek o upoważnienie do dalszego postępowania (art. 15 ust. 5 Statutu MTK).

Również decyzja o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego podlega kontroli Izby Przygotowawczej. Kontrola przez Izbę Przygotowawczą postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania po pierwsze może być przeprowadzona na wniosek państwa zgłaszającego lub Rady Bezpieczeństwa⁴⁵. Artykuł 53 ust. 2 Statutu MTK precyzuje, że prokurator w każdym przypadku może uznać, iż nie istnieje uzasadniona podstawa do wniesienia oskarżenia. Odmówi wszczęcia postępowania przygotowawczego wówczas, gdy uzna, iż posiadane informacje

⁴⁴Decyzja w sprawie Prokurator v. Bahar Idriss Abu Garda, Sytuacja w Darfurze, Sudan, Decision on the Confirmation of Charges, decyzja z 8 lutego 2010 r., ICC-02/05-02/09.

⁴⁵G. Turone, *Powers and Duties of the Prosecutor*, w: A. Cassese [red.], *The Rome Statute...op.cit.*, s. 1165.

nie stanowią rozsądnej podstawy do przyjęcia, że została popełniona zbrodnia, lub wszczęcie postępowania nie służyłoby wymiarowi sprawiedliwości. Może tak uczynić nawet w przypadku, gdy informacje o popełnieniu zbrodni zostały wniesione przez państwo lub Radę Bezpieczeństwa. Po drugie, w przypadku, gdy decyzja odmowna opiera się wyłącznie na stwierdzeniu przez prokuratora braku interesu sprawiedliwości, zawsze staje się ona ostateczna dopiero po zatwierdzeniu przez Izbę Przygotowawczą. Ponadto, gdy prokurator odmawia rozpoczęcia postępowania z powodu braku rozsądnych dowodów zaistnienia zbrodni, Izba Przygotowawcza może nakazać kontynuowanie badania sprawy, aż do wyjaśnienia wątpliwości. Prowadzi to do wyjątkowej konstrukcji sądowego nakazu ponownego rozważenia decyzji procesowej⁴⁶. Nie można jednak tego uznać za procedurę ograniczającą niezależność prokuratora. Ten nakaz nie jest tożsamy z nakazem dalszego prowadzenia postępowania przygotowawczego mimo przekonania prokuratora o braku ku temu podstaw. Prokurator może ponownie odmówić wszczęcia postępowania przygotowawczego i wówczas jego decyzja staje się ostateczna⁴⁷.

Również Radzie Bezpieczeństwa przyznano pewne kompetencje do wpływania na wszczęcie postępowania. Zgodnie z art. 16 Statutu MTK może ona odroczyć wszczęcie postępowania przygotowawczego na okres 12 miesięcy na podstawie Rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych, w drodze wydania rezolucji. Oznacza to *de facto* możliwość wniesienia weta przez organ zewnętrzny w stosunku do organów Trybunału⁴⁸. W istotny sposób może to ograniczyć samodzielność działania prokuratora, zwłaszcza, że wniosek o odroczenie wszczęcia postępowania może być ponowiony – i Statut nie wspomina ilokrotnie⁴⁹. Rada Bezpieczeństwa może jednak wprowadzić w życie tę kompetencję tylko wówczas, gdy ma uzasadnione podstawy by przypuszczać, że działanie prokuratora może spowodować poważne zagrożenie dla pokoju i bezpieczeństwa – bowiem rozdział VII Karty NZ tylko w takiej sytuacji pozwala jej na interwencję⁵⁰. Obecna wersja

⁴⁶ R. 110(2) RPD. Por też M. Bergsmo, J. Pejić [w:] O. Triffterer [red.], *Commentary on the Rome Statute ... op.cit.*, s. 370.

⁴⁷ Chociaż niektórzy komentatorzy wskazują, że Statut nie precyzuje, czy prawo Izby Przygotowawczej do odmowy zatwierdzenia decyzji prokuratora w tym przypadku jest jednorazowe, czy też może z niego skorzystać kilkakrotnie, por. M. Bergsmo, J. Pejić [w:] O. Triffterer [red.], *Commentary on the Rome Statute ... op.cit.*, s. 370.

⁴⁸ E. La Haye, *The Jurisdiction of the International Criminal Court: Controversies over the Preconditions for exercising its Jurisdiction*, Netherlands International Law Review 1999, nr XLVI, s. 13.

⁴⁹ *The Prosecutor of a Permanent ... op.cit.*, s. 136.

⁵⁰ G. Turone, *Powers and Duties of the Prosecutor*, [w:] A. Cassese [red.], *The Rome Statute...op.cit.*, s. 1143.

Statutu MTK jest znacznie mniej korzystna dla Rady Bezpieczeństwa niż pierwotnie planowano. Niektóre państwa (zwłaszcza Stany Zjednoczone Ameryki Północnej) wnioskowały o przyjęcie normy pozwalającej Radzie Bezpieczeństwa stanowić swego rodzaju „filtr” dla postępowań przed trybunałem. Gdyby przeważało to podejście, sprawy mogłyby być referowane trybunałowi wyłącznie przez Radę, co znacznie ograniczyłoby kompetencje prokuratora i wpłynęłoby w znaczący sposób na jego rolę.

4. Czynności prokuratora w postępowaniu przygotowawczym

Zagadnienie czynności procesowych prokuratora wiąże się z dwoma kwestiami: pierwszą z nich jest ukształtowanie tych czynności w statutach trybunałów, drugą zaś faktyczne możliwości podejmowania działań przez prokuratora. Podstawowym problemem dotyczącym efektywności podejmowanych przez prokuratora trybunałów międzynarodowych czynności procesowych jest fakt, że znajdują się one z dala od dowodów. W każdym postępowaniu karnym prowadzonym przez trybunał międzynarodowy materiał dowodowy gromadzi się na terytorium suwerennych państw, których dotyczy jurysdykcja trybunału w danej sprawie. Oczywistym jest, że czynności dowodowe będą zawsze wymagały współpracy ze strony tych państw. W rezultacie skuteczność działań prokuratora będzie zawsze zależała od dobrej woli państw i wprowadzenia wewnętrznych przepisów umożliwiających tę współpracę. Dlatego w praktyce działalność prokuratora w ramach dokonywanych czynności dochodzeniowo-śledczych zależy od tego, w jaki sposób państwo uregulowało w wewnętrznym ustawodawstwie państw kwestię współpracy z trybunałem i w jakim zakresie regulacje te umożliwiają prokuratorowi podejmowanie samodzielnych czynności lub towarzyszenia w czynnościach dokonywanych przez organy tego państwa.

W postępowaniu przed wojskowymi trybunałami międzynarodowymi w Norymberdze i Tokio prokurator miał kompetencję do gromadzenia materiału dowodowego. Nie przyznano mu możliwości stosowania żadnych środków przymusu w stosunku do podejrzanych, czy świadków. Główna rola w poszukiwaniu i ujmowaniu oskarżonych przypadła rządowi państw zwycięskich, które dokonywały wszystkich czynności faktycznych na terytorium państw zwyciężonych. Wezwanie dla świadka znajdującego się na terytorium podlegającym siłom okupacyjnym wystawiał Sekretarz Generalny trybunału, na wniosek jednego z głównych prokuratorów. Dopiero jeśli któryś z głównych prokuratorów nie zgadzałby się z koniecznością wezwania danego świadka lub przedstawienia dokumentu, sprawa trafiała do rozstrzygnięcia w ręce trybunału. Wezwania miały być doręczane przez rządy państw sprzymierzonych (Reguła 4(e))

Karty trybunału w Norymberdze)⁵¹. Również oskarżony mógł ubiegać się o wezwanie przez trybunał zawnioskowanego przez obronę świadka (art. 9(e) Karty trybunału w Tokio). Już w pierwszych postępowaniach ujawniła się podstawowa wada tego systemu, polegająca na tym, że obrona miała ograniczony dostęp do materiału dowodowego i ograniczone możliwości tłumaczenia go na język postępowania.

Rozwiązanie problemu współpracy z trybunałem różni się zasadniczo przed trybunałami *ad hoc* i MTK. Podczas, gdy trybunały *ad hoc* powstały na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa, której postanowienia są wiążące dla wszystkich państw, to Statut Rzymski opiera współpracę na czynniku „porozumienia” i „dobrej woli”⁵². W rezultacie, zobowiązanie do współpracy z trybunałami *ad hoc* jest prawnie wiążące (na podstawie rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych). Statut MTK podkreśla suwerenną pozycję państw w stosunku do trybunału i ich dobrowolne zobowiązanie się do współpracy. Kompetencje prokuratora do dokonywania czynności w postępowaniu przygotowawczym na terytorium państwa należy oceniać przez pryzmat rozdziału IX Statutu MTK i przewidzianych w nim mechanizmów współpracy z państwami. Pomimo, iż państwa są zobowiązane na podstawie art. 88 Statutu MTK do zapewnienia istnienia w ustawodawstwie wewnętrznym takich instytucji procesowych, które umożliwią zrealizowanie wszystkich czynności koniecznych do prowadzenia postępowania przed trybunałem, to za każdym razem ta współpraca zależy od wewnętrznej sytuacji w danym państwie, które najczęściej jest równocześnie areną konfliktów i zawirowań politycznych⁵³. Co więcej, zapewnić odpowiednie instrumenty współpracy muszą tylko państwa będące stronami Statutu Rzymskiego. W przypadku, gdy państwo nie wykonuje wniosków o współpracę pochodzących z MTK, uniemożliwiając tym samym trybunałowi – czyli również prokuratorowi – wykonywanie ich funkcji, trybunał może przedstawić sprawę Zgromadzeniu Państw Stron. Sytuacja przedstawia się inaczej, gdy postępowanie przed MTK rozpocznie się na wniosek Rady Bezpieczeństwa. Wówczas wezwanie do współpracy na terytorium każdego państwa wykonywane powinno być na zasadach określonych w Karcie Narodów Zjednoczonych – jest więc także wiążące.

⁵¹ Reguła 4(b) Reguł Procesowych trybunału w Norymberdze przewidywała, że jeśli świadek lub dokument znajdował się poza terytorium kontrolowanym przez siły okupacyjne, to trybunał mógł żądać od państw sprzymierzonych przedstawienia takiego dokumentu lub wezwania świadka, jeśli sędziowie trybunału uznali, że są one konieczne dla obrony oskarżonego.

⁵² A. Bruer-Schaefer, *Der Internationale Strafgerichtshof. Die Internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik*, Frankfurt am Main 2001, s. 275;

⁵³ M. Płachta, *Statut Stałego Międzynarodowego Trybunału Karnego: podstawowe zasady kompetencyjne, organizacyjne i procesowe*, Państwo i Prawo 1998, nr 12, s. 28.

Jeśli chodzi o możliwości dokonywania czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym przewidziane Statutami trybunałów, to są one podobne przed wszystkimi trybunałami międzynarodowymi. W postępowaniu przed trybunałami *ad hoc* prokurator może przesłuchiwać pokrzywdzonych i świadków, zbierać dowody i prowadzić czynności na miejscu zdarzenia (art. 18 ust. 2 Statutu MTKJ). Podobna lista znajduje się w R. 38 MTKJ i R. 39 MTKR, stanowiąc, że prokurator może w trakcie postępowania przygotowawczego wzywać świadków, pokrzywdzonych i oskarżonych oraz zbierać dowody z miejsca zdarzenia oraz podejmować wszystkie czynności, które są niezbędne do ukończenia postępowania i przygotowania sprawy na rozprawę, dzięki zapewnieniu sobie współpracy państwa lub organizacji międzynarodowych (np. Interpolu) lub wystąpieniu do Izby Orzekającej o wydanie stosowanego nakazu. Prokurator nie ma bowiem władzy domagania się od tego państwa pomocy przy aresztowaniu podejrzanego. Jest to dopiero możliwe po wydaniu odpowiedniego nakazu przez Izbę Orzekającą. Art. 19 ust. 2 stanowi, że po zatwierdzeniu aktu oskarżenia, sędzia, na wniosek prokuratora, wydaje takie nakazy aresztowania i przekazania osoby w ręce trybunału, jakie są konieczne dla prowadzenia postępowania. Na mocy reguł procesowych (R. 8 MTKJ) może on domagać się od państwa przekazania mu wszystkich istotnych informacji, może wzywać świadków, podejrzanych a także podejmować specjalne środki zmierzające do zapewnienia bezpieczeństwa świadków. W nagłych przypadkach prokurator może zażądać od państwa by zatrzymało podejrzanego, zabezpieczyło dowody i podjęło wszelkie inne środki konieczne do zabezpieczenia czy to podejrzanego, czy materiału dowodowego, na potrzeby postępowania przed trybunałem. Państwo, zgodnie z art. 29 Statutu MTKJ ma obowiązek współpracować w tym zakresie z organami trybunału. Sam trybunał nie ma jednak żadnej możliwości nałożenia na państwo sankcji w razie niezastosowania się do nakazu. W sprawie *Prokurator v. Blaskić* wskazano również, że władza wydawania nakazów ogranicza się do samego państwa, trybunał nie może natomiast wydawać wiążących nakazów poszczególnym urzędnikom państwowym⁵⁴. Obejmuje natomiast kierowanie nakazów do osób prywatnych, jeśli w ich posiadaniu znajdują się potrzebne materiały – nawet jeśli ta osoba prywatna zajmuje stanowisko urzędnika państwowego. Takie wezwania powinny być przekazywane jednostkom za pośrednictwem organów państwowych. Dopiero gdy państwo nie jest w stanie spełnić tego zadania, trybunał może wzywać jednostki bezpośrednio. Każde inne rozwiązanie uniemożliwiłoby wezwanie świadka lub oskarżonego przed trybunał. W ten sposób zaczęto rozróżniać dwa rodzaje współpracy

⁵⁴ Sprawa *Prokurator v. Tihomir Blaskić*, nr sprawy IT-95-14-AR108, decyzja Izby Odwoławczej z 29 października 1997 r., § 44.

z państwem – po pierwsze nakazy skierowane do państwa, gdzie nie jest wymagany czynny udział jednostki (np. przeszukanie, wizja lokalna), oraz drugi rodzaj, czyli współpraca wymagająca zaangażowania ze strony jednostki (np. przesłuchanie świadka). Sędziowie trybunału zauważyli – przy okazji rozpatrywania sprawy *Blaskića* – że należy ograniczać się do dobrowolnej współpracy ze strony państwa tak długo jak to tylko możliwe i nie uciekać się do wydawania nakazów⁵⁵. Powinny one być pozostawione na wypadki, w których są naprawdę potrzebne i gdy nie można uzyskać dobrowolnej współpracy państwa zwykłymi metodami. Generalnie bowiem prokurator jest uprawniony do podejmowania środków przymusu bezpośrednio na terytorium państwa, bez zwracania się do organów wewnętrznych, jeśli taka możliwość wynika z umowy zawartej z rządem⁵⁶. Kiedy już taki nakaz zostanie wydany powinien on posiadać możliwie wąski zakres i precyzyjnie określać, jakiego rodzaju dowód, jest potrzebny do prowadzenia sprawy przed trybunałem.

Statut MTK daje prokuratorowi możliwość prowadzenia samodzielnie postępowania na terytorium państwa tylko tak długo, jak nie stosuje środków przymusu. Art. 54 ust. 3 Statutu MTK przedstawia listę czynności, których prokurator może dokonać w ramach prowadzonego postępowania przygotowawczego na terytorium państwa. Może on gromadzić dowody i dokonywać ich oceny, żądać stawienia osób, przeciwko którym prowadzone jest postępowanie przygotowawcze, świadków i pokrzywdzonych oraz przesłuchiwać ich. Może żądać stawienia jedynie na podstawie zgody państwa na taką współpracę na podstawie art. 99 ust. 4 Statutu. Są to wyłącznie przykłady czynności, których może się domagać, lista ta nie jest zamknięta.

Prokurator MTK może wykonać wniosek o współpracę bezpośrednio na terytorium państwa, jeśli może on zostać wykonany bez zastosowania środków przymusu (np. dokonać dobrowolnego przesłuchania osoby) – i to nawet bez obecności organów tego państwa – jeśli jest to konieczne dla prowadzenia sprawy. W tym przypadku Statut nakłada na prokuratora obowiązek „uwzględnienia wszystkich rozsądnych warunków i uwag przedstawionych przez to państwo”, (art. 99 ust. 4a i b Statutu). Jeśli państwo nie stosuje się do dobrowolnych ustaleń

⁵⁵ Prokurator v. Tihomir Blaskić, nr sprawy IT-95-14-AR108, decyzja Izby Odwoławczej z 29 października 1997 r.;

⁵⁶ Nawet zaś w przypadku ustanowienia w prawie wewnętrznym mechanizmu współpracy z trybunałem współpraca ta będzie ograniczona tradycyjnie stosowanymi we współpracy międzynarodowej w sprawach karnych ograniczeniami: wymaganie podwójnej karalności, brakiem możliwości ekstradycji obywateli własnego państwa, przedawnieniem, oraz wymaganie dotyczącym humanitarnego traktowania po przekazaniu. Por. E. Muller-Rappard, *International Cooperation in Prosecution and Punishment w: Post-conflict Justice*, red. M. Cherif Bassiouni, New York 2002, s. 914.

z prokuratorem, Izba Przygotowawcza może upoważnić prokuratora do dokonania określonych czynności śledczych na terytorium państwa, bez uprzedniego zapewnienia współpracy tego państwa na podstawie rozdziału IX Statutu MTK oraz art. 57 ust. 3(d) Statutu. Ten ostatni przepis wchodzi w grę, jeżeli Izba Przygotowawcza, mając na względzie opinię zainteresowanego państwa, uznała w danym przypadku, że państwo to jest bezsprzecznie niezdolne do wykonania wniosku o współpracę z powodu nieistnienia w tym państwie żadnej władzy lub jakiegokolwiek organu wymiaru sprawiedliwości właściwego do wykonania wniosku o współpracę na podstawie rozdziału IX. Wówczas Izba Przygotowawcza może podjąć środki konieczne dla zapewnienia skuteczności i rzetelności postępowania, takie jak np. zapewnienie obecności biegłych, czy zarządzenie określonego sposobu utrwalenia przebiegu postępowania.

5. Zatwierdzenie zarzutów i zakończenie postępowania przygotowawczego

Kolejnym etapem procesu, na którym praca prokuratora podlega ocenie organu sądowego, jest zatwierdzenie przed rozprawą aktu oskarżenia (art. 19 Statutu MTKJ, tzw. *confirmation of the indictment*) lub zarzutów (art. 61 Statutu MTK, tzw. *confirmation of the charges*). Instytucja zatwierdzenia aktu oskarżenia lub zarzutów kończy etap postępowania przygotowawczego. Gdy zgromadzony w trakcie postępowania przygotowawczego materiał dowodowy zdaniem prokuratora uzasadnia przypuszczenie o popełnieniu zbrodni prawa międzynarodowego znajdujących się w polu zainteresowania danego trybunału, prokurator zwraca się do organu sądowego z wnioskiem o zatwierdzenie decyzji stanowiącej podsumowanie wyników postępowania przygotowawczego. Zatwierdzenie jej oznacza stwierdzenie przez sędziów istnienia podstaw do prowadzenia postępowania sądowego⁵⁷. Dopiero po zatwierdzeniu zarzutów (w przypadku MTK) lub aktu oskarżenia (w trybunałach *ad hoc*) Izba Przygotowawcza (w przypadku trybunałów *ad hoc* właściwy sędzia) kieruje sprawę na rozprawę, przekazując postępowanie do prowadzenia Izbie Orzekającej.

Instytucja zakończenia postępowania przygotowawczego poprzez zatwierdzenie aktu oskarżenia przez organ sądowy istnieje w postępowaniu przed MTKJ i MTKR. Właśnie w przypadku tych trybunałów przyjęto po raz pierwszy model zatwierdzania zarzutów przez organ sądowy (w tym przypadku określonych jako *indictment* – akt oskarżenia), jako moment kończący postępowanie przygotowawcze. Statuty regulujące funkcjonowanie trybunałów *ad hoc* przewidują, że akt oskarżenia podlega kontroli Izby Orzekającej. Gdy tylko prokurator

⁵⁷ J. Izydorczyk, P. Wiliński, *Postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym*, Państwo i Prawo 2005, nr 6, s. 70.

stwierdzi, że uzasadnione jest podejrzenie o popełnieniu zbrodni znajdującej się w jurysdykcji trybunału, przygotowuje akt oskarżenia zawierający zarzuty stawiane podejrzanemu. Gdy wyznaczony sędzia Izby Orzekającej jest przekonany o zasadności oskarżenia, zatwierdza akt oskarżenia, co umożliwia wówczas złożenie wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania wobec oskarżonego. Sędzia zatwierdzający akt oskarżenia ma cztery możliwości: może zatwierdzić akt oskarżenia lub go odrzucić, a także zasugerować prokuratorowi zmianę treści zarzutów, może też domagać się od prokuratora przedstawienia dodatkowego materiału dowodowego na poparcie zarzutów,

Jest to trzecia okazja, po udzieleniu upoważnienia do prowadzenia postępowania przygotowawczego i wydaniu nakazu aresztowania na wniosek prokuratora, do ocenienia, czy dowody i informacje zebrane przez prokuratora uzasadniają przejście procesu na następny etap – postępowania sądowego. Instytucja zatwierdzenia aktu oskarżenia najbardziej przypomina kontrolę merytoryczną aktu oskarżenia, za pomocą której sąd ocenia, czy sprawa wniesiona przez prokuratora nie jest oczywiście bezzasadna. Wspomina się także o wywodzeniu się tej konstrukcji z instytucji postępowania międzyinstancyjnego, tzw. *Zwischenverfahren*, znanej z procesu niemieckiego⁵⁸.

Zasadniczą różnicę w porównaniu z przykładem trybunałów *ad hoc* stanowi przed MTK obowiązek uczestnictwa w posiedzeniu zatwierdzającym zarzuty zarówno prokuratora, jak i oskarżonego i jego obrońcy. Również nazewnictwo (zatwierdzenie zarzutów a nie aktu oskarżenia) wskazuje na chęć twórców odróżnienia tych dwóch instytucji. Przed MTK zatwierdzenie wnoszonego przed trybunał oskarżenia staje się procedurą kontradiktoryjną. Daje ona podejrzanemu możliwość podważenia prezentowanych przez prokuratora dowodów i przedstawienia dowodów na swoją korzyść jeszcze przed formalnym rozpoczęciem postępowania sądowego. Komentatorzy zwracają uwagę, że jednym z powodów takiego ukształtowania fazy wnoszenia aktu oskarżenia jest konieczność poddania kontroli dowodów pochodzących z różnych porządków prawnych i gromadzonych zgodnie z różnymi procedurami wewnętrznymi⁵⁹.

Zgodnie ze Statutem MTK w posiedzeniu dotyczącym zatwierdzenia zarzutów muszą wziąć udział podejrzanym oraz prokurator. Już wtedy przysługuje podejrzanemu prawo do korzystania z pomocy obrońcy, którego obecność jest obowiązkowa. Statut przewiduje, że jeśli podejrzanym zrzekł się prawa do udziału w posiedzeniu lub zbiegł, możliwe jest odbycie tego posiedzenia pod jego nieobecność, chyba że Izba Przygotowawcza postanowi inaczej. W czasie posiedzenia pro-

⁵⁸ K. Shibahara, w: O. Triffler [red.], *Commentary on the Rome Statute ... op.cit.*, s. 786.

⁵⁹ Ibidem, s. 786.

kurator przedstawia zarzuty oskarżenia i popiera je dowodami uzasadniającymi podejrzenie, że podejrzany popełnił zarzucaną mu zbrodnię. Podejrzany podczas posiedzenia ma możliwość zaprzeczania stawianym zarzutom oraz przedstawiania własnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W miarę możliwości może również wzywać świadków. Zależy to od planowanej przez podejrzanego strategii i decyzji, czy ujawnienie dowodów nie okaże się użyteczniejsze w toku rozprawy. Strategia ta może też obejmować podnoszenie podstaw wyłączenia odpowiedzialności karnej na podstawie art. 31 Statutu lub błędów prawa procesowego lub materialnego, jednak wówczas konieczne jest zgłoszenie takich zarzutów 3 dni przed terminem posiedzenia⁶⁰. Charakterystyczne dla roli prokuratora jako poszukiwacza prawdy materialnej jest to, że na posiedzeniu również on może zgłaszać takie zarzuty wobec własnego aktu oskarżenia. Jeszcze przed przystąpieniem do posiedzenia strony mogą zgłosić ewentualne zarzuty dotyczące dopuszczalności jurysdykcji trybunału w danej sprawie. Izba Przygotowawcza za twierdza zarzuty prokuratora, jeśli istnieją „wystarczające dowody” uzasadniające podejrzenie, że podejrzany popełnił zarzucaną mu zbrodnię. Nie jest to jeszcze „przekonanie o winie ponad wszelką uzasadnioną wątpliwość” z art. 66 Statutu MTK, które uzasadnia wydanie wyroku skazującego. Standard zawinienia, którego musi dowieść prokurator jest niższy niż po przeprowadzeniu postępowania sądowego. Izba Przygotowawcza ma jedynie ocenić zasadność przeprowadzenia dalszego procesu, wstrzymując się od orzekania o winie podejrzanego. Z drugiej strony w momencie, gdy Izba Przygotowawcza dochodzi do wniosku, że oskarżenie jest zasadne i przesyła sprawę do trybunału na rozprawę, ustanawia tym samym kłopotliwy standard „potwierdzonej sądowo winy podejrzanego”⁶¹, który może być uznawany za wstępne orzeczenie o winie, które wpływa niekorzystnie na bezstronność postępowania sądowego.

Na tym etapie postępowania nie można jeszcze mówić o orzekaniu w oparciu o standard zasady *in dubio pro reo*, tak więc dowody powinny wykazać jedynie prawdopodobieństwo popełnienia określonych czynów przez oskarżonych, a nie dowodzić tego ponad wszelką wątpliwość⁶². W sprawie *Prokurator v. Germain Katanga i Mathieu Ngudjolo Chui* Izba podkreśliła, że celem posiedzenia za twierdzającego zarzuty jest jedynie wykazanie, że istnieją uzasadnione podstawy by przypuszczać, że zbrodnia znajdująca się w zainteresowaniu trybunału została popełniona. Dlatego też „standard dowodowy” jest znacznie niższy niż

⁶⁰ R. 5.9 (e) Reguł Procesowych i Dowodowych.

⁶¹ G. Turone, *Powers and Duties of the Prosecutor*, w: A. Cassese [red.] *The Rome Statute...op.cit.*, s. 1167.

⁶² Sytuacja w Darfurze, Sudan, *Prokurator v. Bahar Idriss Abu Garda*, Decision on the Confirmation of Charges z 8 lutego 2010 r., ICC-02/05-02/09.

w przypadku postępowania przed Izbą Orzekającą, a posiedzenie to nie powinno zostać przekształcone w „mini proces”⁶³. W obu sprawach sądowa kontrola działalności prokuratora potwierdziła prawidłowość prowadzonego przez prokuratora postępowania przygotowawczego oraz prawidłowość przygotowanego na poparcie zarzutów materiału dowodowego – zarówno w odniesieniu do udowadniania koniecznych elementów zbrodni, jak i rodzaju zamiaru podejrzanych.

Jeśli brak wystarczających dowodów na potwierdzenie zarzutów oskarżenia Izba odmawia ich zatwierdzenia lub żąda dostarczenia dalszych dowodów lub dalszego prowadzenia postępowania przygotowawczego w odniesieniu do określonego zarzutu oskarżenia lub też zmiany zarzutów, jeśli dowody wskazują na popełnienie innej zbrodni pozostającej w jurysdykcji trybunału. Procedura ta przypomina znaną z polskiego procesu możliwość zwrotu sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia postępowania przygotowawczego, jednak przed MTK decyzja ta podejmowana jest wyłącznie na posiedzeniu zatwierdzającym zarzuty oskarżenia. Sama Izba Przygotowawcza nie posiada żadnych narzędzi śledczych i musi polegać na materiale przedstawionym przez prokuratora. Odmowa zatwierdzenia nie powoduje więc automatycznie zakończenia postępowania przygotowawczego ani nie uniemożliwia jego dalszego prowadzenia. Przyjmuje się, że decyzja odmowna nie ma waloru ostateczności, gdyż w razie odmowy zatwierdzenia zarzutów prokurator może ponownie domagać się ich zatwierdzenia, jeśli wniosek swój poprze nowymi dowodami. Jeśli przedłożone dowody wskazują na zaistnienie innej zbrodni podlegającej jurysdykcji Trybunału, może zaproponować oskarżeniu zmianę zarzutu oskarżenia (art. 61 ust. 8 Statutu MTK).

Również prokurator może wnieść o odroczenie posiedzenia w celu przedstawienia dodatkowych dowodów na poparcie dodatkowych zbrodni. Dzieje się tak w przypadku gdy na posiedzeniu okaże się, że zarzuty powinny zostać rozszerzone. Zmiana zarzutów jest możliwa aż do momentu rozpoczęcia rozprawy. Wówczas jednak konieczne będzie ponowne zatwierdzenie dodatkowych zarzutów zgodnie z podstawową procedurą, przez Izbę Przygotowawczą. Po rozpoczęciu rozprawy możliwe jest jedynie wycofanie zarzutów przez prokuratora – jednak wyłącznie za zgodą Izby Orzekającej. Nie ma już możliwości rozszerzenia zarzutów na tym etapie. Ponieważ Statut nic o takiej możliwości nie wspomina, należy sądzić, że konieczne będzie ponowne przejście przez procedurę wszczęcia postępowania przygotowawczego w odniesieniu do nowych zarzutów. Także reguły procesowe MTKJ pozwalają na wycofanie lub zmianę aktu oskarżenia w każdej chwili – jednak jedynie do chwili zatwierdzenia przez Izbę Orzekającą.

⁶³ *Decision on the Confirmation of Charges Decision*, postanowienie z 30 sierpnia 2008 r., ICC-01/04-01/07

Po tym momencie – jedynie za zgodą sędziego (R. 51A MTKJ). W takiej sytuacji ponowne wniesienie oskarżenia jest możliwe tylko po przedstawieniu nowych dowodów i informacji na jego poparcie.

6. Treść zarzutów

Zgodnie z praktyką państw kręgu *common law* nie przyjęto żadnych wymagań formalnych, które każdy akt oskarżenia wnoszony do trybunału międzynarodowego musi spełniać. Wymagania dotyczą natomiast warunków merytorycznych stawianych zarzutów. Już Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Tokio określała, że akt oskarżenia musi zawierać proste, jasne i wystarczające określenie każdej zarzucanej zbrodni (art. 9(a) Karty). Art. 18 ust. 4 Statutu MTKJ stanowi, że po stwierdzeniu, iż istnieje sprawa *prima facie*, prokurator przygotowuje akt oskarżenia zawierający streszczenie okoliczności sprawy i zarzucanych zbrodni, o które jest oskarżana dana osoba. Reguła 47C dodaje, że akt oskarżenia musi zawierać dokładne określenie okoliczności sprawy, tak, by podejrzany wiedział, jakie dokładnie czyny i w jakich okolicznościach popełnione, są mu zarzucane. W orzecznictwie MTKJ przyjęto, że prokurator powinien skomponować akt oskarżenia z dwóch elementów: dokładnego określenia zarzucanego czynu i przedstawienia podejrzanemu materiału dowodowego na poparcie tego twierdzenia⁶⁴. Istotne jest, by akt oskarżenia sformułowany był w sposób wystarczająco precyzyjny. Kwalifikacja prawna przyjęta przez prokuratora jest dla sądu wiążąca, chyba że zdecyduje się przypisać oskarżonemu mniej poważną zbrodnię. Przyjęcie błędnej kwalifikacji prawnej może prowadzić do uniewinnienia, gdy sąd uzna, że prokurator w niewystarczający sposób wykazał wypełnienie znamion danej zbrodni⁶⁵. Tak surowe konsekwencje decyzji prokuratora znane są przede wszystkim z systemów *common law*. Państwa prawa kontynentalnego, zgodnie z zasadą, że to sąd zna prawo (*iura novit curia*) nie uznają, by kwalifikacja prawna zaproponowana przez prokuratora była dla sądu zawsze wiążąca⁶⁶. Zalety i wady takiego ukształtowania procesu rozważono w orzeczeniu w sprawie *Prokurator v. Kupreskić i Inni*, gdzie ostatecznie uniewinniono oskarżonych od niektórych zarzutów. Dopiero w postępowaniu przed MTK uznano, że trybunał ma prawo modyfikowania prawnej kwalifikacji czynów⁶⁷. W ten sposób planuje się położyć kres uniewinnianiu oskarżonych z powodu uznania, że nie przedstawiono

⁶⁴ *Prokurator v. Krnojelac*, Decision on the Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment, nr sprawy IT-97-25, z dnia 24 lutego 1999 r.

⁶⁵ *Prokurator v. Z. Kupreskić, M. Kupreskić, Josipović, Papić, Šantić* tzw. „Lašva Valley”, wyrok Izby Orzekającej z dnia 14 stycznia 2000 r., IT-95-16.

⁶⁶ R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction ... op.cit.*, s. 377.

⁶⁷ R. 55 RPD.

przekonujących dowodów na poparcie kwalifikacji prawnej przyjętej przez prokuratora, mimo iż wskazują one na popełnienie innej zbrodni.

Szczegółowe wytyczne dotyczące treści i sposobu sformułowania zarzutów powstały w orzecznictwie. Sędziowie MTKJ nie wyznaczyli jednak ogólnych zasad dotyczących formułowania zarzutu, podkreślając, że precyzja w określeniu okoliczności popełnienia zarzucanych oskarżonemu czynów zależy od okoliczności samej sprawy. W szczególności powinna zostać określona osoba pokrzywdzona, miejsce i data popełnionego czynu i środki, za pomocą których go dokonano⁶⁸. Nie można jednak tych wymagań interpretować w taki sam sposób jak w przypadku przestępstw sądzonych przez sądy krajowe. Nie ulega wątpliwości, że przygotowanie aktu oskarżenia w sprawach dotyczących zbrodni prawa międzynarodowego jest trudnym zadaniem. Prokurator musi uwzględnić czyny popełnione przez licznych oskarżonych na szkodę często tysięcy pokrzywdzonych. W przypadku masowych zbrodni wojennych nie można wymagać od prokuratora, by dokładnie przytaczał nazwisko każdego pokrzywdzonego i dokładne daty popełnienia czynów. Jeśli jednak prokurator ma taką możliwość, powinien ujawnić wszystkie istotne fakty dotyczące tej sprawy. Nie może ujawnić jedynie części faktów i reszty zostawić na późniejsze etapy procesu, decydując o jego wykorzystaniu dopiero w zależności od dowodów przedstawionych przez oskarżonego⁶⁹. Nie może również przedstawić materiału dotyczącego okoliczności popełniania zarzucanych mu czynów w innych dokumentach niż akt oskarżenia, nawet złożonych w ręce trybunału na etapie postępowania przygotowawczego⁷⁰. W każdej sprawie prokurator powinien również podnieść okoliczności sprawiające, że określone naruszenie prawa znalazło się w zainteresowaniu trybunału międzynarodowego, tj. np. okoliczności dotyczące masowego charakteru zbrodni⁷¹. W przypadku podnoszenia dodatkowych okoliczności dokonanych czynów, takich jak udowadnianie odpowiedzialności przełożonych, powinno się udokumentować związek między sprawcą a wydającym rozkaz. W sprawie dotyczącej odpowiedzialności grupy osób (*Criminal Enterprise*) ma obowiązek przedstawić w akcie oskarżenia dowody na osobiste zaangażowanie oskarżonego w działania tej grupy⁷². Jeśli

⁶⁸ *Prokurator v. Krnojelac*, Decision on the Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment, IT-97-25, z dnia 24 lutego 1999 r.

⁶⁹ *Prokurator v. Z. Kupreškić, M. Kupreškić, Josipović, Papić, Šantić*, Appeal Judgment, IT-95-16, z dnia 23 października 2001 r.

⁷⁰ *Prokurator v. Ntagerura, Bagambiki, Imanishimine*, Judgment, (Cyangugu Judgment), ICTR-99-46-T, z dnia 25 lutego 2004 r.

⁷¹ *Prokurator v. Kvočka*, Decision on the Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment, IT-98-30/1, z dnia 12 kwietnia 1999 r.

⁷² *Prokurator v. Brdanin i Talić*, Decision on Objections by Momir Talić to the Form of the Indictment, IT-99-36, z dnia 20 lutego 2001 r.

w akcie oskarżenia pominięto szczególną formę sprawczą popełnienia przestępstwa, takiego braku nie będą w stanie naprawić dowody przedstawiane na rozprawie⁷³.

Działalność trybunałów *ad hoc* udowodniła, że precyzyjność sformułowania aktu oskarżenia może rzutować na wynik całego procesu. W wielu przypadkach precyzja aktu oskarżenia budziła zastrzeżenia sędziów MTKJ i MTKR. Stwierdzali brak szczegółowości w sformułowaniu zarzutów, brak dowodów na poparcie tych zarzutów, czy też brak jurysdykcji Trybunału w stosunku do wskazanych w akcie oskarżenia czynów⁷⁴. W przypadku niejasności opisu czynów zarzucanych oskarżonemu, obrona może podnieść (np. na podstawie art. 20 ust. 4(a) i (b) MTKR), że naruszone zostało prawo oskarżonego do bycia należycie poinformowanym o naturze zarzucanych mu czynów, co uniemożliwia mu równocześnie prawidłowe skorzystanie z prawa do obrony. Argument ten był zresztą wielokrotnie podnoszony przed tym trybunałem⁷⁵. Zdarzało się również, że zarzut zbyt ogólnego sformułowania aktu oskarżenia był rozpatrywany w trakcie trwania postępowania sądowego, co uniemożliwiało naprawienie go w fazie postępowania przygotowawczego i musiało prowadzić do uniewinnienia⁷⁶.

Również w pierwszych decyzjach wydanych przez Izbę Przygotowawczą MTK sędziowie podkreślili znaczenie precyzyjności sformułowania zarzutów. Uznali, że na ich poparcie prokurator powinien przedstawić konkretne i przekonujące dowody oraz wykazać ich bezpośredni związek z przedstawionymi zarzutami⁷⁷. W decyzjach Izby Przygotowawczej stwierdzono, że niejednoznaczne, sprzeczne ze sobą dowody mogą prowadzić do odmowy zatwierdzenia zarzutów. W sprawie *Prokurator v. Thomas Lubanga Dyilo* obrońcy oskarżonych zgłosili zarzuty odnoszące się do braku szczegółowego sformułowania zarzutów przeciwko oskarżonym. W tej sprawie Izba Przygotowawcza stwierdziła, że prokurator

⁷³ *Prokurator v. Krnojelac*, Decision on the Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment, IT-97-25, z dnia 24 lutego 1999 r.

⁷⁴ M.in. sprawy rozpatrywane przez MTKR - *Prokurator v. Ferdinand Nahimana*, ICTR-96-11, wyrok Izby Orzekającej z dnia 3 grudnia 2003 r., *Prokurator v. Ntakirutimana i G. Ntakirutimana*, Amended Indictment, nr sprawy ICTR-96-17-T, z dnia 7 lipca 1998 r.

⁷⁵ L. van den Herik, E. van Sliedregt, *Ten Years Later, the Rwanda Tribunal still Faces Legal Complexities: Some Comments on the Vagueness of the Indictment, Complicity In Genocide, and Nexus Requirement for War Crimes*, Leiden Journal of International Law 2004, nr 17, s. 537-557.

⁷⁶ Por. np. sprawa *Prokurator v. Z. Kupreškić, M. Kupreškić, Josipović, Papić, Šantić* tzw. „Lašva Valley”, wyrok Izby Orzekającej z dnia 14 stycznia 2000 r., IT-95-16.

⁷⁷ Sprawa Demokratycznej Republiki Kongo - *Prokurator v. Thomas Lubanga Dyilo; Decision on the Confirmation of Charges Decision*, ICC-01/04-01/06. Por. też M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 338.

powinien zawsze ukazywać równie szczegółowo sytuację faktyczną, na tle której popełnione zostały zbrodnie zarzucane oskarżonym. Podkreśliła jednak jednocześnie, że zarzuty powinny zawsze być czytane łącznie z listą dowodów przedstawioną przez prokuratora, gdzie każdy dowód odniesiony jest do określonego zarzutu, uszczegółowiającego określoną sytuację.

7. Podsumowanie

Na przykładzie rozwoju uprawnień prokuratora w postępowaniu przed trybunałami wojskowymi, *ad hoc* i MTK obserwowaliśmy kształtowanie się jego roli w postępowaniu przed międzynarodowymi trybunałami karnymi. Twórcy trybunałów sięgali w dowolny sposób po instytucje, które, jak uznali, będą najlepiej odpowiadały celom stawianym przez trybunał. W rezultacie oceny doświadczeń z pracy innych trybunałów doprowadzono do osiągnięcia pewnej równowagi proceduralnej między dwoma systemami. Statut MTK po raz pierwszy nie był tworzony w sposób chaotyczny i z nastawieniem na jego kreację w procesie stosowania reguł procesowych za pomocą przekształcania ich przez samych sędziów, które to podejście przeważało w przypadku międzynarodowych trybunałów wojskowych i trybunałów *ad hoc*⁷⁸. Te ostatnie bowiem tworzone były, jak sama nazwa wskazuje, w odpowiedzi na konkretne zapotrzebowanie i na tylko określony czas. Dopiero przy tworzeniu MTK poświęcono wiele lat na opracowywanie szczegółowych rozwiązań, które powstawały zawsze w wyniku długotrwałych negocjacji i stanowiły za każdym razem wynik kompromisu między przedstawicielami państw reprezentujących różne tradycje prawne. Począwszy od pierwszych trybunałów wojskowych w Tokio i Norymberdze, poprzez doświadczenia trybunałów *ad hoc*, aż do MTK, instytucje określające pozycję i uprawnienia prokuratora w procesie o zbrodnie prawa międzynarodowego przekształcały się z fragmentarycznych i bardzo prostych rozwiązań, w rozbudowane przepisy regulujące każdy przejaw jego aktywności w procesie, w sposób najbardziej adekwatny do charakteru rozpatrywanych spraw.

W czasie prac nad Statutem Rzymskim szczególnego znaczenia nabrały przepisy wyznaczające zasady działania prokuratora. Wyznaczano granice jego niezależności pamiętając o konieczności zapewnienia poszanowania dla suwerenności państw, które zamierzały się poddać jurysdykcji MTK. Konieczne było podkreślenie, że ani sam trybunał ani jego prokurator nie będą narzędziem politycznych rozgrywek. Mimo kładzenia takiego nacisku na niezależność okazało się jednak, że musiała ona zostać poddana licznym ograniczeniom, zwłaszcza

⁷⁸ M. Rogacka-Rzewnicka, *Prawo międzynarodowe karne: Rozwój i perspektywy sądownictwa międzynarodowego w sprawach karnych*, *Studia Iuridica* XLI/2003, s. 224.

w porównaniu z kompetencjami prokuratora MTKJ i MTKR. Państwa tworzące Statut MTK należały bowiem na poddanie działań prokuratora ściszej kontroli. Koniecznym ustępstwem okazało się m.in. przyjęcie możliwości przekazania postępowania do prowadzenia przez państwo (art. 18 Statutu) lub ograniczenie kompetencji prokuratora przez uprawnienia kontrolne Izby Przygotowawczej (art. 53 ust. 3 Statutu). Jak wynika z dotychczasowych postępowań prowadzonych przed trybunałami międzynarodowymi, mimo bardzo szczegółowych rozwiązań proceduralnych biorących pod uwagę poszanowanie dla suwerenności państwowej oraz gwarancje niezależności działania prokuratora, żaden prokurator międzynarodowego trybunału karnego nie jest w stanie uniknąć oskarżenia o bycie organem politycznym, rozgrywającym interesy własne lub cudze.

Równie istotne okazało się szczegółowe uregulowanie czynności procesowych prokuratora podczas postępowania przygotowawczego. Już sama możliwość wszczęcia postępowania przez prokuratora okazała się podstawowym wyznacznikiem jego silnej pozycji w procesie. Forma postępowania przygotowawczego przyjęta przed MTK cechuje się korzystaniem z różnych modeli postępowania przygotowawczego przyjętych w różnych państwach⁷⁹. Obowiązek ujawnienia podejrzanemu dowodów na poparcie zarzutów już przed ich zatwierdzeniem przez organ sądowy jest odbiciem systemu *common law*. Jednak aktywny udział w postępowaniu przygotowawczym Izby Przygotowawczej jest zaczerpnięty z systemu prawa kontynentalnego⁸⁰. Ma on zapewnić sądową kontrolę przed ewentualnym naruszeniem praw oskarżonego przed nieuzasadnionym oskarżeniem. Pełni ona nie tylko uprawnienia przewidziane tradycyjnie dla sędziów śledczych, ale i funkcje zarezerwowane dla prokuratora nadrzędnego – z racji braku hierarchicznej struktury biura prokuratora przy MTK⁸¹. Ostatecznie więc to prokurator prowadzi postępowanie przygotowawcze, jednak najważniejsze decyzje podejmowane są przez Izbę Przygotowawczą. Decyduje ona m.in. o tym, czy prokurator może prowadzić postępowanie przygotowawcze, wydaje postanowienie o tymczasowym aresztowaniu, zatwierdza sporządzone przez prokuratora zarzuty. W ten sposób w ramach postępowania przygotowawczego zamierzano osiągnąć system równowagi między dwoma organami, nazywany systemem „*checks and balances*”⁸².

⁷⁹ M. Bergsmo, P. Kruger, w: O. Triffterer [red.], *Commentary on the Rome ... op.cit.*, s. 716.

⁸⁰ A. Bruer-Schaefer, *Der Internationale Strafgerichtshof. Die Internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik*, Frankfurt am Main 2001, s. 263; Por. P. Wiliński, *Wpływ systemów ... op.cit.*, s. 640.

⁸¹ Por. P. Wiliński, *Wpływ systemów ... op.cit.*, s. 639.

⁸² O. Fourmy, *Powers of the Pre-Trial Chamber, op.cit.*, s. 1228; R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction ... op.cit.*, s. 359.

Wiele kwestii pozostawiono otwartych, tak jak np. uszczegółowienie kryteriów pozwalających kryteria pozwalające na wszczęcie postępowania *proprio motu* przez prokuratora. Stwierdzono, że nie da się niektórych elementów postępowania uregulować precyzyjnie, nie znając jeszcze prawdziwych możliwości działania trybunału i znajdując się dopiero na etapie jego tworzenia. Uznano, że to orzecznictwo trybunałów ma zapewnić, by powstały w wyniku tak wielu kompromisów system stawał się coraz bardziej jednolity⁸³. W przypadku trybunałów *ad hoc* wątpliwości mogły być wyjaśnione w drodze orzeczniczej. Właśnie w ten sposób MTK, na przykładzie konkretnych spraw, będzie mógł rozwijać przepisy określające rolę prokuratora. Wydaje się również, że sędziowie MTK będą mogli odwołać się do linii orzeczniczej stworzonej przez trybunały *ad hoc*, podobnie jak te trybunały odwoływały się do szerokiego dorobku innych trybunałów międzynarodowych.

THE ROLE OF PROSECUTOR IN PRE-TRIAL BEFORE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS

In the process of creation of international criminal tribunals not only criminal procedure *sui generis* was designed but also for the first time detailed powers of prosecutor had to be adapted to specificity of their functioning. Procedure of international criminal tribunals creates new foundations to the position of prosecutor. The role that is played by this organ in international justice system depends mainly on the position of the tribunal itself. The creators of international tribunals applied legal instruments from several legal systems choosing solutions that seemed most appropriate for organs of international justice. In the consequence such procedure constitutes an amalgamate of common law institutions and solutions used in continental legal systems. In the negotiations during creation of the International Criminal Court for many years the best solutions were discussed and designed. Several questions regarding the shape of procedure had to be answered. The answers influenced not only the powers of prosecutor but also the role of tribunal.

The place of prosecutor as an organ of the tribunal was the first issue of fundamental importance. International military tribunals in Nuremberg and Tokyo did not create prosecutor as an independent organ. Prosecutors acted only in the name of the victorious governments. It was only with creation of *ad hoc*

⁸³ A. Orie, *Accusatorial v. Inquisitorial Approach ... op.cit.*, s. 1494.

tribunals – International Criminal Tribunal for former Yugoslavia and International Criminal Tribunal for Rwanda – that prosecutor became an independent organ, equipped with his own powers. At the time being, in the procedure before the International Criminal Court independence of prosecutor is the fundamental element of his status and is protected equally to independence of judges.

Secondly, the choice between opportunity and legality of prosecution had to be made. It was agreed that prosecutor should take actions only in the most severe situations regarding most serious violations of international criminal law when specific circumstances indicate that they are in the interest of an international organ of justice. Perpetrators of international crimes are usually too numerous to be brought to justice before an international organ. In such situation it is accepted that prosecutor should initiate criminal proceedings only when he sees the procedure to be in interests of international justice. The issue of initiation of procedure was equally crucial. Each tribunal offers to prosecutor such powers, although in the ICC it was one of the most disputed solutions. In the consequence prosecutor plays an important role in the functioning of international justice. Not only he can initiate procedure *proprio motu* but also chooses situations and perpetrators that should be brought to justice before international tribunals.

The shape of pre-trial stage constitutes an amalgamate of different criminal justice systems – both elements of common law and continental legal systems have been employed in order to create procedure most fitted to the specificity of situations that have to be dealt with by international tribunals. Such institutions as disclosure of charges and documents come from common law. Continental legal systems provided solutions of confirmation of indictment and active role of Pre-Trial Chamber in the pre-trial stage. In the consequence system of checks and balances was created – prosecutor conducts the pre-trial stage but most important decisions have to be confirmed by a judicial organ. This article presents powers of prosecutors of international criminal tribunals during the pre-trial stage of proceedings. It focuses on such institutions as power to initiate of proceedings and its limitations, preliminary examination of a case, authorization of investigation, conditions of such authorization and powers of prosecutor to act on a territory of states. Many procedural issues concerning the role of prosecutor have been explained during the judicial activities of *ad hoc* tribunals. It can be expected that in the jurisprudence of the ICC problems concerning the role of prosecutor of international tribunal will be further developed.

dr Helena Szewczyk ■

WOLNOŚĆ KOALICJI W PRACOWNICZYM I NIEPRACOWNICZYM ZATRUDNIENIU

1. Uwagi wprowadzające

Wolności związkowe stanowią fundament zbiorowych stosunków pracy. Konstytucja RP w art. 12 gwarantuje wolność tworzenia i działania związków zawodowych. W doktrynie akcentuje się różnice między wolnościami i prawami. Przez pojęcie wolności związkowych rozumie się swobody i przywileje nie uregulowane bezpośrednio w drodze ustawowej, choć prawo ustawowe wyznacza granice wolności przysługujące jednostkom i ich zbiorowości. Nawet zatem przy braku wyraźnych podstaw w prawie ustanowionym przez organy państwa wolności te są akceptowane przez władze publiczne, a w obszarze zbiorowego prawa pracy także przez partnerów społecznych.¹ Państwo nie jest dysponentem wolności związkowych, a jego rola sprowadza się jedynie do wyznaczenia granic korzystania z tych wolności. W związku z tym w doktrynie wolności związkowe są rozumiane jako zabezpieczenie organizacji związkowych i pracodawców przed władzą państwową, która nie może pozbawić ich praw zagwarantowanych w art. 59 konstytucji RP.²

W starszej nauce prawa pracy wyróżnia się w ramach wolności związkowej kilka jej elementów składowych: wolność zrzeszania się w związkach zawodowych, swobodę tworzenia związków zawodowych, samorządność i niezależność tych związków.³

¹ Por. H. Szewczyk: Zakres pojęcia wolność w indywidualnym i zbiorowym prawie pracy (zarys problematyki). *Studia Prawnicze* 2002, nr 1, s. 158.

² Por. L. Florek: Konstytucyjne gwarancje uprawnień pracowniczych. *Państwo i Prawo* 1997, nr 11-12, s. 201.

³ Por. T. Zieliński: *Prawo pracy. Zarys systemu*. T. 3. Warszawa-Kraków 1986, s. 278.

W nowszej doktrynie można wyszczególnić trzy podstawowe wolności związkowe, do których należą: wolność zrzeszania, samorządność oraz niezależność związków zawodowych.⁴

W świetle tych zapatrywań na wolność zrzeszania składa się wolność koalicji, wolność występowania ze związków zawodowych oraz wolność rozwiązywania związków zawodowych⁵.

Jedną z niekwestionowanych wolności związkowych jest wolność koalicji. Stanowi ona fundament, z którego wywodzą się pozostałe wolności przysługujące organizacjom związkowym, a więc samorządność i niezależność.

Przez wolność koalicji rozumie się zazwyczaj wolność tworzenia związków zawodowych według własnego wyboru oraz wolność wstępowania do już istniejących związków zawodowych oraz wynikające stąd konsekwencje prawne.⁶

W świetle ustawy z 23 maja 1991 roku o związkach zawodowych⁷ na pełne prawo koalicji składają się: wolność tworzenia związków zawodowych oraz wolność przystępowania do istniejących związków zawodowych. Ustawa o związkach zawodowych definiuje związek zawodowy jako organizację ludzi pracy. Oznacza to, że podmiotowy zakres związkowej wolności koalicji nie jest ograniczony tylko do pracowników, ale obejmuje również inne grupy społeczno-zawodowe pozostające w niepracowniczym zatrudnieniu.

2. Pełna i ograniczona wolność koalicji

Z treści art. 2 ustawy o związkach zawodowych wynika, że wszyscy pracownicy posiadają prawo tworzenia i wstępowania do związków zawodowych, bez względu na podstawę nawiązania stosunku pracy. Oznacza to, że pełną wolność koalicji – rozumianą jako prawo tworzenia i przystępowania do związków zawodowych – mają osoby zatrudnione na podstawie powołania, mianowania, wyboru i umowy o pracę w rozumieniu art. 2 kodeksu pracy. Identyczny status w tym zakresie posiadają zarówno pracownicy zatrudnieni w ramach umów terminowych, w celu przygotowania zawodowego jak również spółdzielczej umowy o pracę. Analogiczny status posiadają osoby zatrudnione w niepełnym wymiarze czasu pracy (na przykład na pół etatu) oraz przebywające na urloпах, w tym

⁴ Por. K.W. Baran: Wolności związkowe i ich gwarancje w systemie ustawodawstwa polskiego. Bydgoszcz-Kraków 2001, s.20.

⁵ K.W. Baran: Wolności związkowe i ich gwarancje w systemie ustawodawstwa polskiego. Bydgoszcz-Kraków 2001, s.20.:

⁶ Zob. G. Goździewicz: Zasady zbiorowego prawa pracy W: Zbiorowe prawo pracy w społecznej gospodarce rynkowej. Red. G. Goździewicz. Toruń 2000, s. 55.

⁷ T.J. Dz. U. z 2001 r., nr 79, poz. 854 ze zm.

wychowawczym bądź bezpłatnym⁸. Przynależność do związków zawodowych odbywa się w Polsce zasadniczo za pośrednictwem podstawowej zakładowej organizacji związkowej. Pracownicy mogą jednak przynależeć do związków działających nie tylko w zakładach pracy, ale również poza zakładem pracy. Mogą oni bowiem wstąpić do międzyzakładowej organizacji związkowej, która działa poza ich zakładem pracy.

Oprócz pracowników, nie są ograniczeni w swobodzie tworzenia organizacji związkowych członkowie rolniczych spółdzielni produkcyjnych, ale nie dotyczy to członków ich rodzin, pomimo, że często wykonują oni pracę wraz z tymi osobami w spółdzielni⁹. Nie dotyczy to zatem ani domowników i członków ich rodzin, ani kandydatów na członków.

W świetle postanowień artykułu 2 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych prawo tworzenia związków zawodowych i przystępowania do nich mają także osoby wykonujące pracę na podstawie umowy agencyjnej, pod warunkiem, że nie są pracodawcami. *A contrario* agent, który zatrudni choćby jedną osobę w ramach stosunku pracy (na przykład na podstawie umowy o pracę na okres próbny) nie posiada prawa koalicji w związkach zawodowych. Natomiast nie pozbawia go tego prawa zatrudnienie innych osób w ramach zatrudnienia niepracowniczego, na przykład na podstawie umów cywilnoprawnych. Na mocy artykułu 2 ust. 5 ustawy o związkach zawodowych prawo tworzenia i przystępowania do związków zawodowych w zakładach pracy przysługiwało również prze wiele lat osobom skierowanym do tych zakładów w celu odbycia służby zastępczej. Jest ono ograniczone jedynie w tym sensie, że dotyczy tylko tych zakładów, w których odbywali oni taką służbę.

Aby ustalić kogo dotyczy ograniczenie zakresu podmiotowego wolności koalicji wskazać należy te osoby, których swoboda zrzeszania się została ograniczona do przystąpienia do istniejącej już organizacji związkowej. Posiadają oni tzw. ograniczoną wolność koalicji. Na podstawie obowiązujących norm prawnych tego rodzaju status posiadają emeryci, renciści, bezrobotni oraz nakładcy (chałupnicy). Ci ostatni zgodnie z artykułem 2 ust. 2 ustawy o związkach zawodowych mają prawo wstępowania do związków zawodowych działających w zakładzie pracy, z którym nawiązały umowę o pracę nakładczą. W doktrynie podkreśla się, że wolność koalicji jest w przypadku nakładców instytucją iluzoryczną, jeśli w tym zakładzie pracy nie działa żadna organizacja związkowa.¹⁰ Nakładcy jako, że nie są pracownikami w rozumieniu art. 2 k.p. nie mogą natomiast tworzyć związków zawodowych, pomimo tego, że wykonują oni podobny rodzaj pracy jak telepracownicy (poza siedzibą zakładu pracy), którzy podobnie jak wszyscy pracowni-

⁸ Por. K. W. Baran, Zbiorowe prawo pracy. Komentarz, Warszawa - Kraków 2007, s. 136-137.

⁹ Zob. E. Wronikowska, P. Nowik, Zbiorowe prawo pracy. Warszawa 2008, s. 44.

¹⁰ Por. K. W. Baran: Zbiorowe prawo pracy. Komentarz..., s. 140.

cy korzystają z pełnego prawa koalicji¹¹. Pełne prawo koalicji mają także pracownicy tymczasowi zatrudnieni na podstawie ustawy z dnia 9 lipca 2003 roku o zatrudnianiu pracowników tymczasowych.¹²

Ustawa o związkach zawodowych przyznaje również bezrobotnym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 roku o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy¹³ prawo przynależności do organizacji związkowej, której członkiem byli w okresie zatrudnienia. Jeśli osoba bezrobotna nie była członkiem żadnej organizacji związkowej, to może do niej wstąpić, w przypadkach i na zasadach określonych w statucie danej organizacji. W doktrynie słusznie zauważa się, że pozostawienie kwestii wstępowania tej kategorii osób regulacji statutowej nie może być kwalifikowane jako naruszenie wolności związkowej.¹⁴

Oznacza to również, że bezrobotni nie mają prawa tworzenia związków zawodowych. Ten pogląd znalazł także potwierdzenie w obecnym orzecznictwie Sądu Najwyższego. Sąd Najwyższy uznał, że osoby bezrobotne w rozumieniu przepisów o zatrudnieniu nie posiadają prawa tworzenia związków zawodowych.¹⁵

Analogiczne zasady dotyczą emerytów i rencistów. Z przepisów art. 2 ust. 3 ustawy o związkach zawodowych wynika, że osoby te po przejściu na emeryturę lub rentę nie tracą prawa przynależności i wstępowania do związków zawodowych. Warto dodać, że dotyczy to wszystkich emerytów i rencistów, nie tylko tych, którym prawo to przysługiwało przed przejściem na emeryturę lub rentę. Nie mogą oni natomiast podobnie jak bezrobotni tworzyć związków zawodowych.

Ograniczona wolność koalicji tych grup społecznych wzbudza rozliczne wątpliwości. Komitet Niezależnych Ekspertów stwierdził niedawno, że Polska narusza EKS nie pozwalając na tworzenie związków zawodowych emerytom, rencistom i bezrobotnym.

Pełną, ani nawet ograniczoną wolnością koalicji nie są objęte również osoby pozostające w niepracowniczym zatrudnieniu, a zwłaszcza osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych (na przykład umowy zlecenia czy umowy o dzieło), osoby wykonujące pracę na własny rachunek, takie jak lekarze, tak-

¹¹ Zob. G. Orłowski, Ustawa o związkach zawodowych W: Zbiorowe prawo pracy. Komentarz. Red. J. Wrątny, K. Walczak, Warszawa 2009, s. 10.

¹² Dz. U. nr 166, poz. 1608 ze zm. Zob. też: B. Cudowski: Podstawowe problemy zbiorowych stosunków pracy z udziałem pracowników tymczasowych. Monitor Prawa Pracy 2005, nr 4, s.93-94.

¹³ Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415 ze zm.

¹⁴ Por. K.W. Baran: Komentarz do ustaw o związkach zawodowych, o organizacjach pracodawców, o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, zwolnieniach grupowych. Gdańsk 2004, s.22.

¹⁵ Zob. Uchwałę SN z 10 stycznia 1992 r., IPZP 63/91, OSNCP 1992., nr 7-8, poz. 129.

sówkarze, rzemieślnicy czy adwokaci,¹⁶ oraz studenci i uczniowie. W stosunku do tej ostatniej grupy osób taki pogląd wyraził Sąd Najwyższy¹⁷. Stwierdził on, że uczniowie zawodowych szkół budowlanych, ze względu na to, że nie posiadają przymiotu pracowników nie mają prawa zrzeszania się w związkach zawodowych.

W nauce prawa pracy¹⁸ pojawiają się słuszne wątpliwości, co do słuszności odmowy przyznania przez polskiego ustawodawcę wolności tworzenia i przystępowania do związków zawodowych osobom wykonującym wolne zawody. Kontrowersyjne jest również, że ustawodawca nie zdecydował się na przyznanie wolności zrzeszania się osobom wykonującym pracę na podstawie umów cywilnoprawnych, czyli pozostających w niepracowniczych stosunkach zatrudnienia o charakterze cywilnoprawnym. Zauważa się się, że w innych krajach takich jak Francja osoby wykonujące takie zawody mogą nie tylko zrzeszać się w związkach zawodowych ale równocześnie w izbach (korporacjach), których głównym celem jest nie tyle troska o interesy socjalno – ekonomiczne, ale także o sprawy związane z dopuszczeniem do wykonywania zawodu. Podkreśla się, że zarówno osoby wykonujące pracę na podstawie umów cywilnoprawnych jak i osoby wykonujące pracę na własny rachunek mogą być zaliczani do kategorii ludzi pracy, którym to pojęciem posługuje się ustawa o związkach zawodowych. Przyznanie im prawa zrzeszania się w związkach zawodowych pozostawałoby w zgodzie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 wymienionej ustawy, która stanowi, że związek zawodowy jest organizacją zrzeszającą nie tylko pracowników, ale wszystkich ludzi pracy. Przyznanie im choćby tylko ograniczonego prawa koalicji korespondowałoby zatem z art. 1 ustawy związkowej, która definiuje związki jako organizacje ludzi pracy, a nie tylko osób pozostających w pracowniczym zatrudnieniu.

Pełna wolność koalicji przysługuje natomiast rolnikom indywidualnym. Jednakże ze względu na specyficzny charakter pracy w rolnictwie wolność zrzeszania się w związki zawodowe przez tę grupę społeczno-zawodową została uregulowana w odrębnej ustawie z 7 kwietnia 1989 roku o związkach zawodowych rolników indywidualnych¹⁹.

Warto zauważyć, że zagadnienie prawa zrzeszania się rolników indywidualnych w związki zawodowe należało w Polsce w latach 80-tych ubiegłego wieku do jednego z najbardziej kontrowersyjnych. Tymczasem pozytywnie należy ocenić wyraźną w ostatnich latach tendencję do zwiększania zakresu niezależności organizacji niepracowniczych grup zawodowych takich jak rolnicy, rzemieślnicy czy adwokaci.

¹⁶ Por. K. W. Baran, Konstytucyjne aspekty wolności związkowych, Przegląd Sejmowy, 2001, nr 6, s.12.

¹⁷ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 3 lipca 1991 r., I PRZN 2/91, OSNCP 1992, Nr 9, poz. 169.

¹⁸ Por. K.W. Baran: Komentarz do ustaw... ,s.25;M. Seweryński, Problemy legislacyjne zbiorowego prawa pracy W: Prawo pracy RP w obliczu przemian. Red. M. Matey - Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 389.

¹⁹ Dz. U. nr 20, poz. 106.

Wiele racji społeczno-ekonomicznych przemawia bowiem za traktowaniem ich pracy wykonywanej zawodowo poza stosunkiem pracy w sposób zbliżony do zatrudnienia pracowniczego. Dotyczy to istnienia podobnych rozwiązań prawnych w dziedzinie wolności koalicji zarówno w odniesieniu do pracowników, jak i niepracowniczych grup zawodowych.²⁰

3. Wolność koalicji pracowników zatrudnionych w publicznej sferze zatrudnienia

Współcześnie większość osób zatrudnionych w tzw. publicznej sferze zatrudnienia korzysta z pełnej wolności koalicji. Już w starszej nauce prawa pracy reprezentowane były poglądy, że w dobrze zorganizowanym aparacie państwowym powinno znaleźć się miejsce dla silnych, niezależnych związków zawodowych.²¹

Konwencja MOP nr 87²² stanowi, że pracownicy bez jakiegokolwiek rozróżnienia mają prawo tworzyć i przystępować do związków zawodowych. Zaakcentować należy, że organy kontrolne Międzynarodowej Organizacji Pracy stoją na stanowisku, że postanowienia konwencji MOP nr 98 - dotyczącej stosowania zasad prawa organizowania się i rokowań zbiorowych²³ oraz konwencji MOP nr 151 -dotyczącej ochrony prawa organizowania się i procedury określania warunków zatrudnienia w służbie publicznej²⁴ nie mogą być interpretowane jako dające podstawę do wprowadzenia w prawie krajowym ograniczeń prawa pracowników służby publicznej do tworzenia i przystępowania do związków zawodowych ponieważ zostało ono zagwarantowane wszystkim pracownikom bez „jakiegokolwiek rozróżnienia”²⁵. Zatem gwarancje w niej zawarte, dotyczące pracowników sektora prywatnego są w takim samym stopniu stosowane do pracowników sfery publicznej.

Z uwagi jednak na charakter wykonywanej pracy oraz na specyfikę tzw. pracodawcy publicznego wolności związkowe szeroko rozumianych urzędników

²⁰ Por. T. Żyliński: Prawo zrzeszania się niepracowniczych grup zawodowych W: Prawo o związkach i zrzeszeniach zawodowych. Red. J. Jończyk. Wrocław 1983, s.118.

²¹ Zob. Z. Sypniewski: Związki zawodowe w aparacie państwowym W: Prawo o związkach i zrzeszeniach zawodowych. Red. J. Jończyk. Wrocław 1983, s. 103.

²² Dz. U. z 1958 r., nr 29, poz.125.

²³ Dz. U. z 1958 r., nr 29, poz.126.

²⁴ Dz.U. z 1994 r. Nr 22, poz. 78.

²⁵ J. Skoczyński, Reprezentacja praw i interesów pracowników służby publicznej, w: Reprezentacja praw i interesów pracowniczych, red. G. Goździewicz, Toruń 2001, s. 256-257; M. Sękara: Wolności związkowe pracowników administracji publicznej i funkcjonariuszy formacji zmilitaryzowanych w świetle aktów Międzynarodowej Organizacji Pracy. Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej. Red. A. Świątkowski. Kraków 2007, s.389 i n.

państwowych podlegają jednak w polskim prawie wewnętrznym pewnym ograniczeniom. Pewnym wyjątkiem od wskazanej reguły są ograniczenia wolności koalicji pracowników sektora publicznego, wynikające z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, z pragmatyk służbowych albo z ustaw ustrojowych powołujących dany urząd czy organ.

Co do zasady urzędnicy zatrudnieni na podstawie ustawy z dnia 16 września 1982 roku o pracownikach urzędów państwowych²⁶ oraz pracownicy samorządowi zatrudnieni na podstawie ustawy z dnia 21 listopada 2008 roku o pracownikach samorządowych²⁷ mogą swobodnie tworzyć i wstępować do związków zawodowych. Żadne ograniczenia w tym zakresie nie obejmują też pracowników administracyjnych sądów i prokuratur, kuratorów sądowych, nauczycieli, nauczycieli akademickich, pracowników naukowych, itd. Jednak przyznanie im swobody koalicji nie oznacza jednocześnie, że w pełni korzystają z innych wolności związkowych. Obowiązuje ich bowiem zakaz uczestniczenia w strajkach oraz akcjach protestacyjnych zakłócających prawidłowe funkcjonowanie urzędu, a w stosunku do pracowników wymienionych w art. 239 § 3 kodeksu pracy ustawodawca wyłączył możliwość zawierania układów zbiorowych pracy.

Przepis art. 64 ust. 4 poprzednio obowiązującej ustawy o służbie cywilnej z 24 sierpnia 2006 roku stanowił, że urzędnik służby cywilnej nie mógł pełnić funkcji w związkach zawodowych. Takie ograniczenie wolności związkowej urzędników służby cywilnej pozostawało w sprzeczności z treścią konwencji nr 87 MOP oraz z art. 5 EKS.

Wydaje się, że przesłanką uzasadniającą wprowadzenie zakazu pełnienia funkcji związkowych przez członków korpusu służby cywilnej było zapewnienie bezstronności i profesjonalizmu w wykonywaniu przez nich funkcji urzędniczych. Zakaz ten był też konsekwencją zawartego w ówczesnym art. 49 ust. 1 ustawy o służbie cywilnej innego zakazu zgodnie z którym członkowie służby cywilnej nie mogą się kierować interesami jednostkowymi ani grupowymi przy wykonywaniu obowiązków służbowych.

Jednakże jak zauważa się w doktrynie²⁸ słabość tego argumentu wynika z faktu, że te same wymogi ustawodawca formułuje wobec pozostałych pracowników służby publicznej, których wolności związkowe nie zostały uszczuplone.

Zakaz sprawowania funkcji w związkach zawodowych naruszał istotę wolności związkowej, ponieważ uniemożliwiał on urzędnikom służby cywilnej swojej własnej organizacji związkowej. Dopuszczalne przez organy MOP ograniczenia wolności zrzeszania się pracowników służby publicznej odnoszą się bowiem zawsze

²⁶ Dz.U. z 2001 r. Nr 86, poz. 953 ze zm.

²⁷ Dz.U. z 2008 r. Nr 223, poz. 1458 ze zm.

²⁸ Por. H. Szewczyk, *Zatrudnienie w służbie cywilnej*, Bydgoszcz - Katowice 2006, s. 181.

do ograniczenia możliwości zrzeszania się tych pracowników z innymi grupami pracowników, nigdy zaś do pozbawienia ich możliwości utworzenia własnej organizacji związkowej. Zakaz pełnienia funkcji związkowych przez urzędników służby cywilnej godził też pośrednio w prawo organizacji związkowej do swobodnego wyboru swoich władz, zapisane w art. 3 ust. 1 konwencji MOP nr 87²⁹.

Ograniczenie wolności związkowych zostało również ustanowione w nowej ustawie z dnia 21 listopada 2008 roku o służbie cywilnej³⁰. Na mocy przepisów tej ustawy członkowie korpusu służby cywilnej dzielą się na: pracowników służby cywilnej zatrudnionych na podstawie umowy o pracę zgodnie z zasadami określonymi w ustawie oraz urzędników służby cywilnej zatrudnionych na podstawie mianowania.

W art. 78 ust. 6 ustawy z 2008 roku o służbie cywilnej wprowadzono zakaz pełnienia funkcji w związkach zawodowych przez członków korpusu służby cywilnej zajmujących wyższe stanowiska w służbie cywilnej. Racjonalne uzasadnienie dla wprowadzenia w prawie krajowym wyłączeń i ograniczeń w tym zakresie zawiera konwencja MOP nr 151, która dopuszcza ograniczenia wolności związkowych jeśli dotyczą one pracowników na wysokich stanowiskach, których czynności uważa się za regulę za związane z tworzeniem polityki lub za funkcje kierownicze lub też do pracowników, których czynności mają w wysokim stopniu charakter poufny.³¹ Zatem ta dyrektywa pozwala ustawodawcy wprowadzić ograniczenia w zakresie swobód związkowych, ale tylko w stosunku do tej kategorii członków korpusu służby cywilnej, którzy spełniają powyższe przesłanki. Niewątpliwie pewna część osób zatrudnionych w służbie cywilnej zajmujących wyższe stanowiska spełnia te przesłanki, natomiast nie będzie to dotyczyć wszystkich tych osób.

Ograniczenia wolności koalicji zawarte są również w ustawie z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli³² W pierwotnym brzmieniu art. 86 niniejszej ustawy zakazywał prawa zrzeszania się w związkach zawodowych pracownikom zatrudnionym na stanowiskach prezesa, wiceprezesów i dyrektora generalnego oraz pracownikom nadzorującym i wykonującym czynności kontrolne. To niezgodne z konstytucją RP unormowanie w części dotyczącej wyłączenia prawa koalicji w związkach zawodowych pracowników wykonujących czynności kontrolne zostało zaskarżone do Trybunału Konstytucyjnego. W orzeczeniu z dnia 21 listopada 1995 roku³³ Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 86 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli w części dotyczącej pracowników nadzorujących lub wyko-

²⁹ Por. J. Skoczyński: *Reprezentacja...*, s.267.

³⁰ Dz. U. z 2008 r. Nr 227, poz. 1505 ze zm.

³¹ Por. H. Szewczyk: *Stosunki pracy w służbie cywilnej*. Warszawa 2010, s. 214 – 215.

³² Dz.U. z 2007 r. Nr 231, poz. 1701 ze zm.

³³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 21 listopada 1995 r., K 12/95, OTK NR 3, poz. 15.

nujących czynności kontrolne jest niezgodny z art. 84 przepisów konstytucyjnych z 1952 roku i narusza przez to standardy dopuszczalnych ograniczeń prawa zrzeszania się w związkach zawodowych pracowników publicznych, przewidzianych konwencją MOP nr 151. Trybunał uznał, że tak daleko idących ograniczeń nie uzasadnia obowiązek zachowania przez pracowników NIK w tajemnicy informacji, które uzyskali w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych, bo ów obowiązek dotyczy wszystkich pracowników NIK, a nie tylko merytorycznych. Trwa on również po ustaniu zatrudnienia. Wyłączenie prawa zrzeszania się w związkach zawodowych wobec wszystkich pracowników merytorycznych Najwyższej Izby Kontroli godzi zatem w sens tego prawa i wykracza poza konieczne granice jego ograniczeń w demokratycznym państwie prawnym. Aktualne brzmienie przepisu art. 86 ust. 1 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli wskazuje, że prawa zrzeszania się w związki zawodowe nie mają: prezes, wiceprezesi, dyrektorzy generalni, dyrektorzy i wicedyrektorzy jednostek organizacyjnych oraz doradcy prezesa. Zaś ustęp 2 tego artykułu stanowi, iż pracownicy nadzorujący lub wykonujący czynności kontrolne (przede wszystkim doradcy prawni, ekonomiczni i techniczni) dysponują prawem koalicji, ograniczonym tylko do jednego, zamkniętego związku zawodowego, zrzeszającego wyłącznie pracowników Najwyższej Izby Kontroli. Regulację tę w wyroku z dnia 17 listopada 1998 roku³⁴ Trybunał Konstytucyjny uznał za zgodną z Konstytucją. Trybunał stwierdził, że „ochrona interesu bezpieczeństwa państwa” stanowi wystarczające uzasadnienie wprowadzenia ograniczenia swobody koalicji w stosunku do tej grupy pracowniczej. Niewątpliwie ograniczenie takie uznać można za wyjątek od obowiązującej w demokratycznym państwie prawnym zasady wolności związkowej.

Natomiast pracownicy NIK zatrudnieni na stanowiskach administracyjnych i obsługi mogą zrzeszać się w związkach zawodowych na zasadach ogólnych.

Niektórzy przedstawiciele doktryny krytycznie odnieśli się do tezy wyrażonej przez Trybunał Konstytucyjny, wskazując, że na mocy postanowień konwencji MOP nr 87 organy kontrolne Międzynarodowej Organizacji Pracy nie uznają za dozwolone ograniczenia wolności koalicji polegającego na przyznaniu pracownikom możliwości zrzeszania się w jednym związku zawodowym pracowników danego urzędu, resortu czy działu służby publicznej³⁵. Trudno zatem uznać, że art. 86 ustawy o NIK pozostaje w zgodności z ratyfikowanymi przez Polskę umowami międzynarodowymi i nie wykracza poza zakres dopuszczonych przez te umowy ograniczeń wolności związkowych.³⁶

Dodać należy, że w systemie ustawodawstwa polskiego zajmowanie niektórych wysokich stanowisk w administracji publicznej wiąże się również z ograni-

³⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 17 listopada 1998 r., K 42/97, OTK Nr 7, poz. 113.

³⁵ J. Skoczyński: *Reprezentacja...*, s. 266.

³⁶ Tamże, s. 265-266.

zeniami w zakresie wolności zrzeszania się. Osoba, która dane stanowisko zajmuje nie ma prawa tworzenia związku zawodowego, przynależności do związku zawodowego, ani pełnienia w nim funkcji związkowych. Tego rodzaju unormowania dotyczą osób, od których oczekuje się bezstronności i niezależności. Zakazem tym objęte są w Polsce następujące osoby:

- członkowie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (art. 214 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej),
- Prezes Najwyższej Izby Kontroli (art. 205 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej),
- Rzecznik Praw Obywatelskich (art. 209 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej),
- Prezes Narodowego Banku Polskiego (art. 227 ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej),
- członek Rady Polityki Pieniężnej będący członkiem związku zawodowego obowiązany jest na okres kadencji w Radzie zawiesić działalność w tym związku, pod rygorem odwołania z Rady (art. 14 ustęp 2 ustawy z 29 sierpnia 1997 roku o Narodowym Banku Polskim³⁷),
- Prezes Instytutu Pamięci Narodowej (art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 roku o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu³⁸),
- Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych (art. 10 ust. 2. ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych³⁹).

Jak słusznie zauważa się w nauce prawa pracy zakazy te nie mają jednak wyraźnej podstawy prawnej w wiążących Polskę umowach międzynarodowych. Trudno je bowiem uzasadnić w drodze wykładni konwencji nr 87 MOP oraz art. 5 EKS.⁴⁰

Wolność koalicji pracowników wymiaru sprawiedliwości co do zasady jest z kolei nieskrępowana żadnymi ograniczeniami. Tak jest w przypadku prokuratorów, aplikantów i asesorów w tym zawodzie, aplikantów sądowych oraz pracowników administracyjnych zatrudnionych w jednostkach wymiaru sprawiedliwości. Posiadają oni prawo tworzenia i przystępowania do związków zawodowych.

Natomiast na mocy art. 178 ust. 3 i 195 ust. 3 konstytucji RP sędzia, w tym sędzia Trybunału Konstytucyjnego, nie może należeć do związku zawodowego ani prowadzić działalności publicznej nie dającej się pogodzić z zasadami niezależności sądów i niezawisłości sędziów. Podobne stanowisko zajmowano w odniesieniu do asesorów sądowych wykonujących czynności sądowe.

³⁷ Dz. U. z 2005 r., nr 1, poz. 2 ze zm.

³⁸ Dz. U. z 2007 r. Nr 63, poz. 424 ze zm.

³⁹ T.J. Dz. U. z. 2002 r., nr 101, poz. 926 ze zm.

⁴⁰ Por. J. Skoczyński: *Reprezentacja...*, s.261.

Pozbawienie tej grupy zawodowej wolności koalicji w zakresie zarówno tworzenia jak i przystępowania do istniejących już związków zawodowych podane zostało w literaturze uzasadnionej krytyce jako sprzeczne z konwencjami MOP nr 87 i 151. Żadna z tych konwencji nie przewiduje ograniczenia wolności związkowych tej kategorii pracowników ani tym bardziej całkowitego ich wyłączenia. Sędziowie nie mogą być uznani za pracowników zatrudnionych na wysokich stanowiskach, związanych z tworzeniem polityki, ani za pracowników, których kompetencje mają w wysokim stopniu charakter poufny.⁴¹

4. Wolność koalicji funkcjonariuszy służb mundurowych

Istotnym zagadnieniem z punktu widzenia ekspansji zbiorowego prawa pracy na obszar stosunków służbowych jest wolność koalicji funkcjonariuszy służb mundurowych. Warto zauważyć, że funkcjonariusze służb zmilitaryzowanych PRL nie posiadali w ogóle własnych, niezależnych organizacji przedstawicielskich.

Współcześnie status prawny służb mundurowych w tym zakresie jest zróżnicowany, bowiem nieliczne służby mundurowe posiadają pełną wolność koalicji, część funkcjonariuszy ma możliwość wstąpienia do działającego w ramach danej formacji „branżowego” związku zawodowego posiadając ograniczoną wolność koalicji, części pozbawiono tej wolności w ogóle.

Międzynarodowe prawo pracy w części dotyczącej prawa zrzeszania się tylko w ograniczonym zakresie ustalonym przez ustawodawstwo krajowe rozciąga się na tzw. służby mundurowe. Nie zamyka ono jednak drogi przed ekspansją instytucji zbiorowego prawa pracy na ten obszar.

Na odmienne ukształtowanie statusu prawnego służb mundurowych zezwala jednak art. 9 konwencji MOP nr 87, który dopuszcza wprowadzenie ograniczeń w prawie krajowym w zakresie tworzenia o przystępowania do związków zawodowych przez funkcjonariuszy mundurowych. W świetle tego przepisu wykonywanie praw może podlegać koniecznym w społeczeństwie demokratycznym ograniczeniom z uwagi na interesy bezpieczeństwa państwowego lub publicznego, ochronę porządku i zapobiegania przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności albo ochronę praw i wolności innych osób. Jedyne wyjątki od zasady wolności koalicji konwencja nr 87 MOP mogą zostać wprowadzone w prawie krajowym w odniesieniu do sił zbrojnych i policji. Wiążące Polskę umowy między-

⁴¹ Por. K.W. Baran: Komentarz do ustaw ..., s.21; A. Dubowik: Prawo zrzeszania się w związku zawodowe pracowników sektora publicznego, Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2002, nr 6, s. 24-25.

narodowe dopuszczają możliwość dokonywania pewnych ograniczeń w obrębie zaliczanej w poczet kluczowych praw człowieka wolności koalicji. Taka regulacja znajduje się w art. 9 ust. 1 konwencji MOP nr 87 gdzie stwierdza się, że o tym w jakiej mierze gwarancje w niej przewidziane będą miały zastosowanie do policji i członków sił zbrojnych przesądza ustawodawstwo danego państwa - strony konwencji.⁴² Można spotkać także zapatrywanie, w świetle którego konwencja nr 87 MOP dopuszcza jedynie ograniczenie wolności związkowych funkcjonariuszy policji i członków sił zbrojnych, a nie ich wyłączenie.⁴³ Podobne w swej istocie normy zawierają Pakty Praw Człowieka i Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, które stanowią, że przepis przyznający każdemu prawo zrzeszania się w związkach zawodowych nie stanowi przeszkody w nakładaniu ograniczeń w korzystaniu z tego prawa przez członków sił zbrojnych i policji. Warunkiem jest by ograniczenia te były zgodne z prawem.

Nie wszystkie służby mundurowe są poddane ograniczeniom w zakresie wolności zrzeszania się w związki zawodowe. Z konstytucyjnie zagwarantowanego pluralizmu związkowego w postaci pełnej wolności koalicji korzystają następujące grupy służb mundurowych: strażnicy zatrudnieni w strażach gminnych lub miejskich (art. 30 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o strażach gminnych⁴⁴), strażacy Państwowej Straży Pożarnej (art. 58 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o Państwowej Straży Pożarnej⁴⁵) oraz funkcjonariusze celnicy (art. 144 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o Służbie Celnej⁴⁶). Jednak art. 58 ust. 2 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej stanowi, iż strażak pełniący funkcję na stanowisku, dla którego przepisy ustawy przewidują powołanie, nie może pełnić funkcji w związkach zawodowych oraz nie podlega ochronie, o której mowa w art. 32 ustawy o związkach zawodowych.

W świetle postanowień art. 2 ust. 6 ustawy o związkach zawodowych prawa związkowe funkcjonariuszy Policji, Straży Granicznej i Służby Więziennej mogą być wykonywane z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z pragmatyk służbowych. W formacjach tych ograniczenie wolności zrzeszania się polega na tym, że funkcjonariusze mogą zrzeszać się tylko w jednym związku zawodowym, zrzeszającym tylko członków danej służby.

W obowiązującym ustawodawstwie ograniczone prawo koalicji przysługuje przykładowo funkcjonariuszom Policji. Na podstawie art. 67 ust. 1 ustawy z dnia

⁴² Zob. L. Florek, M. Seweryński: Międzynarodowe prawo pracy. Warszawa 1988, s. 126; Z. Sypniewski: Związki zawodowe..., s. 104 – 105.

⁴³ Zob. T. Zieliński: Prawo pracy., s. 281.

⁴⁴ Dz.U. z 1997 r. Nr 123, poz. 779 ze zm.

⁴⁵ Dz.U. z 2009 r. Nr 12, poz. 68 ze zm.

⁴⁶ Dz.U. z 2009 r. Nr 168, poz. 1323 ze zm.

6 kwietnia 1990 roku o Policji⁴⁷ policjanci mogą zrzeszać się tylko w jednym związku zawodowym funkcjonariuszy Policji. Mamy tu do czynienia z ustawowo narzuconym monizmem związkowym, ponieważ policjanci mogą swobodnie zdecydować czy chcą przystąpić do już istniejącej organizacji⁴⁸. Identyczne rozwiązania odnoszą się do funkcjonariuszy Służby Więziennej i Straży Granicznej. W świetle art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 26 kwietnia 1996 roku o Służbie Więziennej⁴⁹ i art. 72 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 roku o Straży Granicznej⁵⁰ w służbach tych może działać tylko jeden branżowy związek zawodowy.

Przytoczone reguluje międzynarodowe znajdują bez wątpienia odzwierciedlenie w polskiej ustawie o Policji, w której zastosowano konstrukcję monizmu związkowego. Warto jednak w tym miejscu dodać, że w opinii Komitetu Niezależnych Ekspertów sprzeczne z Europejską Kartą Społeczną są te rozwiązania przyjęte przez krajowego ustawodawcę, które zabraniają policjantom utworzenia własnego związku lub też wstępowania do dowolnie wybranego przez nich związku, albo też zobowiązują ich do wstępowania do narzuconego ustawowo związku⁵¹.

Zasadność ograniczeń wolności koalicji w przypadku funkcjonariuszy służby więziennej może również budzić jeszcze większe wątpliwości wobec treści art. 9 konwencji nr 87 MOP. Zgodnie z tym postanowieniem członkowie sił zbrojnych i policji są jedynymi grupami zawodowymi, w stosunku do których prawo krajowe może wprowadzać wyłączenia lub ograniczenia korzystania z wolności zrzeszania się w związkach zawodowych. Członkowie tej formacji w żadnym razie nie mogą być uznani za członków policji lub sił zbrojnych.⁵²

Ostatnią grupę tworzą funkcjonariusze objęci bezwzględny zakazem zrzeszania się w związkach zawodowych. Zakaz ten odnosi się do funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, Biura Ochrony Rządu, Centralnego Biura Antykorupcyjnego. Zgodnie z postanowieniami art. 81 ustęp 2 ustawy z dnia 24 maja 2002 roku o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁵³, art. 58 ustawy z dnia 16 marca 2001 roku o Biurze Ochrony Rządu⁵⁴ oraz art. 73 ust. 3 ustawy z 9 czerwca 2006 roku o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym funkcjonariusze tych formacji nie mogą zrzeszać się w zwią-

⁴⁷ Dz.U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.

⁴⁸ Zob. K.W. Baran: Zbiorowe prawo pracy. Komentarz..., s. 141–142.

⁴⁹ Dz.U. z 2002 r. Nr 207, poz. 1761 ze zm.

⁵⁰ Dz.U. z 2005 r. Nr 234, poz. 1997 ze zm.

⁵¹ Zob. M. Sękara: Wolność koalicji służb zmilitaryzowanych świetle prawa polskiego i międzynarodowego. Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej. Red. A. Świątkowski. Kraków 2003/2004, s. 272.

⁵² Por. J. Skoczyński: Reprezentacja..., s. 258; T. Zieliński: Prawo pracy..., s. 281.

⁵³ Dz.U. z 2002 r. Nr 74, poz. 676 ze zm.

⁵⁴ Dz.U. z 2004 r. Nr 163, poz. 1712 ze zm.

kach zawodowych, co budzi uzasadnione wątpliwości, ponieważ ze względu na zadania tych służb mogą być one zakwalifikowane jako policja specjalna.⁵⁵

Podobny status prawny w tej kwestii mają żołnierze zawodowi. Oni także na mocy art. 108 ustęp 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2003 roku o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych⁵⁶ nie mogą tworzyć i przystępować do związków zawodowych. Dodatkowo w dniu rozpoczęcia przez żołnierza pełnienia zawodowej służby wojskowej ustaje jego dotychczasowe członkostwo w związku zawodowym.

Potwierdzeniem zakazu zrzeszania się żołnierzy w związkach zawodowych jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 marca 2000 roku, w którym Trybunał podkreślił, że siły zbrojne zorganizowane być muszą na zasadach innych, niż inne podmioty w społecznej gospodarce rynkowej, ponieważ ich funkcjonowanie ma charakter szczególny, odrębny i nieporównywalny z innymi strukturami organizacyjnymi państwa. Stwierdził także, że umowy międzynarodowe nie wyłączają suwerennego prawa Rzeczypospolitej Polskiej do rozstrzygania o zakazie zrzeszania się członków sił zbrojnych w związki zawodowe; pod warunkiem wszakże, iż aspiracje wolnościowe żołnierzy będą znajdowały w miarę możliwości swój wyraz w szeroko pojmowanym prawie do zrzeszania się. W opinii Trybunału zapewnienie żołnierzom możliwościami realizacji interesów i praw za pomocą innych rodzajów zrzeszeń oraz instytucji spełniających funkcje zastępcze nie narusza istoty tej konstytucyjnej wolności. Trybunał Konstytucyjny uznał, że w przypadku żołnierzy zawodowych wymieniane powyżej normy międzynarodowe pozwalają na odmienne uregulowanie przez ustawodawcę krajowego zakresu korzystania z wolności koalicji przez członków sił zbrojnych. Wydaje się jednak, że całkowite wyłączenie wolności koalicji w prawie krajowym w stosunku do zawodowych żołnierzy jest zbyt daleko idące.

5. Uwagi końcowe

Można wyszczególnić trzy podstawowe wolności związkowe, do których należą: wolność zrzeszania, samorządność oraz niezależność związków zawodowych. W świetle tych zapatrywań na wolność zrzeszania składa się wolność koalicji, wolność występowania ze związków zawodowych oraz wolność rozwiązywania związków zawodowych. Jedną z niekwestionowanych wolności związkowych jest wolność koalicji. W świetle ustawy o związkach zawodowych na pełne prawo koalicji składają się: wolność tworzenia związków zawodowych oraz wolność przystępowania do istniejących związków zawodowych.

⁵⁵ Por. A. Dubowik: Prawo zrzeszania się..., s. 25.

⁵⁶ Dz. U. z 2003 r., nr 179, poz. 1750 ze zm.

W Polsce niektóre grupy społeczno-zawodowe zostały pozbawione wolności koalicji (pełnej lub nawet ograniczej), co nie pozostaje w zgodzie z prawem międzynarodowym i europejskim. Przykładowo nakładcy (chałupnicy) jako, że nie są pracownikami w rozumieniu art. 2 k.p. nie mogą tworzyć związków zawodowych, pomimo tego, że wykonują oni podobny rodzaj pracy jak telepracownicy (poza siedzibą zakładu pracy), którzy podobnie jak wszyscy pracownicy korzystają z pełnego prawa koalicji. Pełne prawo koalicji mają także pracownicy tymczasowi zatrudnieni na podstawie ustawy z dnia 9 lipca 2003 roku o zatrudnianiu pracowników tymczasowych.

Komitet Niezależnych Ekspertów stwierdził niedawno, że Polska narusza EKS nie pozwalając na tworzenie związków zawodowych emerytom, rencistom i bezrobotnym. W nauce prawa pracy pojawiają się też uzasadnione wątpliwości, co do słuszności odmowy przyznania przez polskiego ustawodawcę wolności tworzenia i przystępowania do związków zawodowych osobom wykonującym wolne zawody. Kontrowersyjne jest również, że ustawodawca nie zdecydował się na przyznanie wolności zrzeszania się osobom wykonującym pracę na podstawie umów cywilnoprawnych, czyli pozostających w niepracowniczych stosunkach zatrudnienia o charakterze cywilnoprawnym. Przyznanie im choćby tylko ograniczonego prawa koalicji korespondowałoby zatem z art. 1 ustawy związkowej, która definiuje związki jako organizacje ludzi pracy, a nie tylko osób pozostających w pracowniczym zatrudnieniu.

W art. 78 ust. 6 ustawy z 2008 roku o służbie cywilnej wprowadzono zakaz pełnienia funkcji w związkach zawodowych przez członków korpusu służby cywilnej zajmujących wyższe stanowiska w służbie cywilnej. Racjonalne uzasadnienie dla wprowadzenia w prawie krajowym wyłączeń i ograniczeń w tym zakresie zawiera konwencja MOP nr 151, która dopuszcza ograniczenia wolności związkowych jeśli dotyczą one pracowników na wysokich stanowiskach, których czynności uważa się z reguły za związane z tworzeniem polityki lub za funkcje kierownicze lub też do pracowników, których czynności mają w wysokim stopniu charakter poufny. Zatem ta dyrektywa pozwala ustawodawcy wprowadzić ograniczenia w zakresie swobód związkowych, ale tylko w stosunku do tej kategorii członków korpusu służby cywilnej, którzy spełniają powyższe przesłanki. Niewątpliwie pewna część osób zatrudnionych w służbie cywilnej zajmujących wyższe stanowiska spełnia te przesłanki, natomiast nie będzie to dotyczyć wszystkich tych osób.

Z mocy postanowień konwencji MOP nr 87 organy kontrolne Międzynarodowej Organizacji Pracy nie uznają za dozwolone ograniczenia wolności koalicji polegającego na przyznaniu pracownikom możliwości zrzeszania się w jednym związku zawodowym pracowników danego urzędu, resortu czy działu służ-

by publicznej. Trudno zatem uznać, że art. 86 ustawy o NIK pozostaje w zgodności z ratyfikowanymi przez Polskę umowami międzynarodowymi i nie wykracza poza zakres dopuszczonych przez te umowy ograniczeń wolności związkowych.

Pozbawienie sędziów wolności koalicji w zakresie zarówno tworzenia jak i przystępowania do istniejących już związków zawodowych również jest sprzeczne z konwencjami MOP nr 87 i 151. Żadna z tych konwencji nie przewiduje ograniczenia wolności związkowych tej kategorii pracowników ani tym bardziej całkowitego ich wyłączenia. Sędziowie nie mogą być uznani za pracowników zatrudnionych na wysokich stanowiskach, związanych z tworzeniem polityki, ani za pracowników, których kompetencje mają w wysokim stopniu charakter poufny.

Warto też dodać, że w opinii Komitetu Niezależnych Ekspertów sprzeczne z Europejską Kartą Społeczną są te rozwiązania przyjęte przez krajowego ustawodawcę, które zabraniają policjantom utworzenia własnego związku lub też wstępowania do dowolnie wybranego przez nich związku, albo też zobowiązują ich do wstępowania do narzuconego ustawowo związku. Zasadność ograniczeń wolności koalicji w przypadku funkcjonariuszy służby więziennej może również budzić uzasadnione wątpliwości wobec treści art. 9 konwencji MOP nr 87.

Działania ustawodawcy powinny zatem zmierzać w kierunku rozszerzenia zakresu podmiotowego wolności koalicji w postaci zniesienia licznych ograniczeń tej wolności w celu dostosowania polskich rozwiązań krajowych w tej dziedzinie do prawa międzynarodowego i europejskiego. Nadal bowiem nie wszyscy uprawnieni korzystają z wolności koalicji w pełnym, a nawet w ograniczonym zakresie. Niektóre grupy społeczno-zawodowe wbrew międzynarodowemu prawu objęte są całkowitym zakazem zrzeszania się w związki zawodowe, inne natomiast podlegają nieuzasadnionym ograniczeniom, które również naruszają wolność koalicji.

FREEDOM OF COALITION OF EMPLOYED AND NOT EMPLOYED WORKERS

One of indisputable freedoms of labor unions is the freedom of coalition. Under Labor Unions Act, full right to coalition consists of: freedom to establish labor unions and freedom to join existing labor unions.

In Poland some social and labor groups were deprived of the freedom of coalition (full or even limited), which is not consistent with international and European law. For instance, employers (outworkers) due to the fact that they are not employees within the meaning of art. 2 of the Labor Code, cannot establish labor unions, even though they perform similar type of work as teleworkers (out-

side work premises) who enjoy full right of coalition just as all other employees. There are also justified doubts if it is right that Polish law-maker refused to grant the freedom to establish and join labor unions by freelancers and those who perform work on the basis of civil-law agreements. Granting them at least limited right of coalition would correspond to art. 1 of the Labor Union Act that defines labor unions as organizations of people who perform work, not only those who are employed.

Art. 78 par. 6 of the Act on Civil Service of 2008 forbids members of civil service who are high in hierarchy to serve any function in labor unions. Undoubtedly, some persons employed in the field of civil service who are high in hierarchy fulfill premises provided in Convention No 151 of International Labor Organization which allows for restriction of labor union freedoms in the said respect, yet that does not concern all people.

Depriving judges of freedom of coalition when it comes to establishment of labor unions and joining already existing ones is also contrary to Conventions No 87 and 151 of the International Labor Organization. The judges neither can be perceived as workers employed on high positions, engaged in creation of politics nor employers whose competences are mostly of confidential character. The rule concerning restriction of freedom of coalition in case of policemen and prison officers may also create some justified doubts in relation to art. 9 of the Convention No. 87 of the International Labor Organization.

Thus, the law-maker's actions should aim at expanding the subjective scope of the freedom of coalition through abolition of numerous restrictions related to that freedom in order to adjust Polish national solutions in that area to international and European law. Still not all entitled persons use the freedom of coalition in full, or even limited scope.

Marcin Rulka ■

PROPORCJONALNE FORMUŁY WYBORCZE I ICH KONSEKWENCJE

Formuła wyborcza to matematycznie określony sposób przekładania liczby otrzymanych głosów na liczbę uzyskanych mandatów przez daną partię¹. Formuła wyborcza obok okręgów wyborczych oraz progów wyborczych jest jednym z elementów proporcjonalnego systemu wyborczego. W analizach systemu proporcjonalnego przyjmuje się powszechnie, że decydujący wpływ na wynik wyborów ma rozmiar i struktura okręgów wyborczych oraz wysokość progów wyborczych², formuła wyborcza zaś w porównaniu do roli, jaką odgrywają progi wyborcze oraz okręgi wyborcze, ma zwykle znaczenie marginalne. Dodatkowo należy stwierdzić, iż znaczenie formuły wyborczej jest ściśle powiązane z wielkością okręgów wyborczych, wysokością progu ustawowego oraz rozkładem głosów pomiędzy partie³. W okręgach małych i średnich, w szczególności o nieparzystej liczbie mandatów, formuła może odgrywać istotną rolę, natomiast w okręgach dużych i narodowych jej znaczenie jest niewielkie. Rozpatrując wpływ wielkości okręgów wyborczych na znaczenie formuły wyborczej, można również stwierdzić, iż w każdym okręgu, niezależnie od jego wielkości formuła decyduje zazwyczaj o tym, komu przypadnie ostatni mandat resztkowy.

¹S. Gebethner, *System wyborczy: deformacja czy reprezentacja?* [w:] *Wybory 1991 i 1993 a polska scena polityczna*, S. Gebethner (red.), Warszawa 1995, s. 29-31.

²Zob. szerzej M. Rulka, *Progi wyborcze – analiza prawnoporównawcza*, „Studia Wyborcze”, Tom VIII, s. 56-60.

³D. Nohlen, *Prawo wyborcze i system partyjny. O teorii systemów wyborczych*, przekład R. Alberski, J. Sroka, Z. Wiktor, Warszawa 2004, *passim*.

Konsekwencje wyboru formuły wyborczej mogą być jednak w określonym układzie również bardzo daleko idące, a czasem urastają nawet do czynnika decydującego o tym, która partia po wyborach obejmie władzę. Przykładowo, gdy utworzonych zostaje 20 pięciomandatowych okręgów wyborczych i w każdym z nich rozkład głosów przedstawia się w ten sposób, iż dominująca partia uzyskuje ok. 45% głosów, dwie mniejsze po ok. 15% głosów, natomiast pozostałe partie marginalne mniej niż 5%, to oczywistym jest, iż w wyborach proporcjonalnych partia dominująca zdobędzie 2 mandaty, a dwie mniejsze partie po jednym mandacie – o tym jednak, która z partii zdobędzie piąty mandat rozstrzygnie formuła wyborcza. Dodatkowo jeśli wyniki wyborów we wszystkich okręgach będą takie same, to okaże się, iż formuła decyduje o przesunięciu rzędu 20% mandatów na rzecz partii dominującej lub jednej z partii mniejszych. O tym na rzecz której partii (mniejszej czy większej) nastąpi wskazane przesunięcie zadecyduje zastosowana formuła wyborcza. Stwarza to przyczynek do rozważań nad aparatem matematycznym najpopularniejszych formuł wyborczych oraz konsekwencjami ich stosowania.

W doktrynie proponowane są różne podziały formuł proporcjonalnych⁴. Jedną z najlepszych podziałów zaproponował wybitny znawca systemów wyborczych Arend Lijphart, według którego formuły proporcjonalne można podzielić na:

- system pojedynczego głosu przenoszonego (system STV), w którym wyborca głosuje na indywidualnych kandydatów wskazując przy tym swoje preferencje,
- system list partyjnych, na który składają się metody dzielnikowe oraz kwotowe⁵;

System STV

System STV mimo swych niewątpliwych zalet⁶, stosowany jest obecnie w zaledwie kilku państwach świata (Malta, Irlandia). Jest to system specyficzny, gdyż wyborca, mając w dyspozycji jeden głos, może wskazać tyle preferencji ile mandatów jest do obsadzenia w „jego” okręgu wyborczym. System STV mimo że zapewnia dość wierne przełożenia wyników głosowania na wyniki wyborów,

⁴ Zob. np. J. Buczkowski, *Podstawowe zasady prawa wyborczego III Rzeczypospolitej*, Lublin 1998, s. 348-350.

⁵ A. Lijphart, *Inżynieria wyborcza: ograniczenia i możliwości*, przekład J. Raciborski [w:] *Władza i społeczeństwo 2*, red. J. Szczupaczyński, Warszawa 1998, s. 78.

⁶ System STV łączy zalety tradycyjnych systemów większościowych i proporcjonalnych, nie kumulując przy tym ich wad, takich jak: pozbawienie mniejszości szans na reprezentację (system większościowy), przekazanie części decyzji wyborczych władzom politycznym (system proporcjonalny). Por. J. Haman, *Demokracja, decyzje, wybory*, Warszawa 2003, s. 160.

przez wielu uważany jest za system większościowy. Kenneth Shepsle i Mark Bonchek określają go nawet jako najbardziej niezwykły system większościowy, a to z uwagi na fakt, iż wybór w tym systemie uzależniony jest od otrzymania większej liczby głosów od innych kandydatów. Zdaniem wymienionych autorów systemowi STV bliżej jest do systemu większościowego aniżeli proporcjonalnego również dlatego, iż większość miejsc w parlamencie może zdobyć partia, która wcale nie uzyskała największej liczby głosów (tzw. *bias*). *Bias* zaobserwowano w praktyce w wyborach do Izby Reprezentantów Malty i dlatego też obecnie zwycięskiej partii przyznawane są mandaty bonusowe, które wyłączają możliwość wystąpienia takiego zjawiska. Klasyfikując system STV należy zatem odpowiedzieć na pytanie, czy o przynależności do jednej z grup systemów wyborczych decydujące znaczenie mają elementy techniczne (bliżej mu wówczas do systemu większościowego) czy też faktyczny wpływ na wynik wyborów (system ten zapewnia proporcjonalność charakterystyczną dla systemów proporcjonalnych)⁷?

System STV nie może funkcjonować samodzielnie, gdyż musi być uzupełniony o formułę wyborczą, którą niemal zawsze jest iloraz Droopa (sporadycznie wykorzystywana jest kwota Hare'a). Połączenie STV z kwotą Droopa powoduje, iż system ten nie sprzyja ani dużym, ani małym partiom. W procesie rozdziału mandatów w pierwszej kolejności liczy się głosy zgodnie z pierwszą preferencją wyborcy. Kandydaci, którzy przekroczyli kwotę Droopa (liczba ważnie oddanych głosów/liczba mandatów do obsadzenia w okręgu + 1, do otrzymanego wyniku dodajemy jeden) zostają wybrani. Tym jednak, co odróżnia ten system od innych jest przeprowadzana w dwóch etapach obsada mandatów resztkowych:

- nadwyżka głosów, niepotrzebna kandydatowi już wybranemu, jest przenoszona na innych kandydatów proporcjonalnie do drugich preferencji; procedura ta jest powtarzana aż do obsadzenia wszystkich mandatów (etap pierwszy);
- gdy żaden z kandydatów nie zostaje wybrany w pierwszym etapie, wówczas najślabszy kandydat według pierwszej preferencji „odpada”, a jego głosy są przenoszone na kandydatów znajdujących się na drugim miejscu. Ta procedura nie jest jednak powtarzana (chyba, że mandat nie został przydzielony), gdyż po przydzieleniu jednego choćby mandatu wraca się do etapu pierwszego (etap drugi)⁸.

W ramach pierwszego etapu tej procedury należy rozstrzygnąć, które głosy oddane na już wybranego kandydata będą usuwane, a które pozostawiane jako nadmiarowe. Możliwych jest tutaj kilka rozwiązań:

⁷D. Nohlen, op. cit, s. 99.

⁸A. Żukowski, *Systemy wyborcze. Wprowadzenie*, Olsztyn 1999, s. 65-67.

- nadanie głosom wskazującym na pierwszym miejscu kandydatów, którzy uzyskali mandat, odpowiednich wag i posługiwanie się tymi wagami w dalszej procedurze rozdziału mandatów – jest to rozwiązanie najtrudniejsze, ale zapewnia wybór „właściwego” kandydata;
- w przypadku, gdy któryś z kandydatów osiągnął kwotę, później liczone głosy oddane na niego zaliczane są na rzecz kolejnego kandydata;
- wykorzystanie metod czysto losowych, które minimalizują do czysto teoretycznych przypadków zagrożenie, iż zostanie wybrany niewłaściwy kandydat⁹.

Każde z tych rozwiązań wymaga mniej lub bardziej pracochłonnych obliczeń. Ta wada systemu STV nie ma jednak obecnie większego znaczenia wobec możliwości wykorzystywania do obliczeń specjalistycznych programów komputerowych. Niestety poza Estonią, która na początku lat 90. stosowała system STV, nie widać zainteresowania tym systemem¹⁰.

Drugim problemem, przed którym staje prawodawca konstruujący system wyborczy z wykorzystaniem STV jest sposób postępowania z głosem niezawierającym pełnego rankingu. Jest to problem istotny, gdyż prawodawca nie może liczyć na to, że wszystkie mandaty zostaną rozdzielone bez korzystania z dalszych preferencji. Również tutaj można wymienić kilka rozwiązań:

- sankcja nieważności za brak wszystkich preferencji;
- przyznanie wszystkim kandydatom mandatu mimo nieosiągnięcia kwoty pod warunkiem jednak, iż liczba niewybranych i niewyeliminowanych kandydatów jest równa liczbie mandatów pozostających jeszcze do obsadzenia;
- wyznaczenie nowej kwoty opartej na liczbie faktycznie dostępnych głosów¹¹.

Podsumowując, system STV jest wyodrębniony od pozostałych formuł wyborczych z uwagi na to, że dokonuje zupełnie innego rozdziału mandatów reszkowych. System ten pozwala bowiem, aby to sami wyborcy zdecydowali, którzy z kandydatów uzyskają nierozdzielne mandaty, podczas gdy inne formuły decydują o tym w sposób arbitralny.

⁹ J. Haman, *Demokracja...*, s. 153-158.

¹⁰ *Ibidem*, s. 161.

¹¹ *Ibidem*, s. 158-159.

Metody dzielnikowe

Wśród drugiej grupy formuł proporcjonalnych w pierwszej kolejności chciałbym omówić metody dzielnikowe, określane również jako metody największych ilorazów lub metody największych liczb. W metodach dzielnikowych przydzielanie mandatów następuje według największych liczb lub największych ilorazów otrzymanych wskutek podziału liczby głosów uzyskanych przez partie, przy zastosowaniu szeregu dzielników¹².

Pierwsza metoda dzielnikowa została opracowana w 1882 r. przez belgijskiego profesora prawa cywilnego i podatkowego Victora d'Hondta i od jego nazwiska nosi nazwę metody d'Hondta. Po raz pierwszy znalazła ona zastosowanie w 1899 r. w wyborach do parlamentu belgijskiego. Podziału w tej metodzie dokonuje się dzieląc liczbę głosów przypadających każdej partii przez kolejne liczby naturalne. Z tak obliczonych ilorazów, wybieranych jest tyle, ile jest mandatów do obsadzenia. Rozwiązanie to, choć wydaje się całkiem neutralne, przysparza znacznych korzyści ugrupowaniom najsilniejszym¹³. Współcześnie jest to najczęściej stosowana formuła wyborcza (wykorzystują ją m.in. Portugalia, Bułgaria, Dania, Finlandia, Hiszpania, a od 2002 r. również Polska)¹⁴, gdyż w połączeniu z okręgami wyborczymi co najwyżej średniej wielkości i klauzulą zaporową, przynosi ona to, czego wymaga się od systemów proporcjonalnych, a więc względnie wysoką proporcjonalność oraz stabilny parlament.

W podstawowej wersji tej metody dzielnikami są liczby naturalne: 1, 2, 3 itd.¹⁵. Metoda ta może jednak ulegać pewnym modyfikacjom. Ustawodawca ma w tym zakresie znaczną swobodę i zmieniając poszczególne dzielniki może uprzywilejowywać partie mniejsze lub większe. Próba takiej modyfikacji miała miejsce w 2000 r. w Czechach, kiedy to wprowadzając wiele zmian w systemie wyborczym, dokonano również zmiany formuły wyborczej z metody Hagenbacha-Bischoffa,

¹² D. Nohlen, *op. cit.*, s. 103.

¹³ Aparat matematyczny metody d'Hondta zapewnia, że jeśli jakaś partia zdobędzie ponad dwukrotnie więcej głosów niż inna partia, to uzyska tym samym co najmniej dwukrotnie więcej mandatów. Metoda ta zapewnia ponadto, że koalicja dwóch partii uzyskuje zawsze nie mniej mandatów niż partie te łącznie uzyskałyby, startując osobno. Żadna z podstawowych formuł nie łączy w sobie tych cech. Te właściwości metody d'Hondta sprawiają, iż jest ona korzystna dla partii dużych. Por. R. Golański, K. Kasprzyk, *Wybór...*, s. 41; J. Haman, *Demokracja...*, s. 145-146.

¹⁴ D. Nohlen, *op. cit.*, s. 103-105.

¹⁵ Ustawodawca może jednak w inny sposób skonstruować aparat matematyczny tej metody. W Chile, gdzie w każdym okręgu do rozdzielenia są 2 mandaty, lista, która zdobywa pierwszy mandat, drugi otrzymuje tylko w przypadku, gdy liczba uzyskanych przez nią głosów jest dwa razy większa od liczby głosów drugiej w kolejności listy. Nie ma tu jednak wątpliwości, iż jest to metoda d'Hondta. Por. D. Nohlen, *op. cit.*, s. 241.

na zmodyfikowaną metodę d'Hondta z pierwszym dzielnikiem 1,42, co w zamysłu miało utrudnić wejście do Izby Poselskiej małym ugrupowaniom¹⁶. Rozwiązanie to było spójne z pozostałymi postanowieniami nowelizacji, które sprzyjały partiom silnym. Unormowanie to ostatecznie nie weszło jednak w życie, gdyż Sąd Konstytucyjny jeszcze przed upływem *vacatio legis* ordynacji, uchylił zmiany odnoszące się do systemu wyborczego, w tym również przepis dotyczący zmiany formuły wyborczej¹⁷.

Jeszcze dalej posuniętej modyfikacji metody d'Hondta dokonano w 1992 r. w Estonii, gdzie na trzecim poziomie repartycji mandatów zastosowano metodę d'Hondta z kolejnymi dzielnikami: 1, 1,87, 2,69, 3,48, co z kolei zdecydowanie sprzyjało partiom małym. Rozwiązania tego nie należy jednak traktować jako instrumentalizacji prawa, gdyż było uzasadnione kompensacyjnym charakterem rozdziału pozostałych mandatów resztkowych na trzecim poziomie¹⁸. W tym przypadku można się zastanawiać nawet, czy była to ciągle metoda d'Hondta, która przecież w swej klasycznej wersji z reguły uprzywilejowuje duże ugrupowania.

Warto zaprezentować sposób rozdziału mandatów w metodzie d'Hondta i konsekwencje tejże metody na przykładzie. Załóżmy że w okręgu wyborczym w którym do rozdysponowania jest 10 mandatów w wyborach uczestniczyły 4 partie, na które łącznie oddano 10 000 głosów.

Tabela 1. Podział mandatów metodą d'Hondta¹⁹.

Partia	Partia A	Partia B	Partia C	Partia D
Liczba głosów	18 200	36 300	18 000	27 500
:1	18 200	36 300	18 000	27 500
:2	9 100	18 150	9 000	13 750
:3	6 067	12 100	6 000	9 167
:4	4 550	9 075	4 500	6 875

Źródło: obliczenia własne.

¹⁶ Podwyższenie pierwszego dzielnika z 1 do 1,4 powoduje, iż pierwszy iloraz jest dużo niższy. Dotyczy to co prawda wszystkich ugrupowań, lecz partie małe przekonują się o tym najboleśniej, gdyż to pierwszy iloraz często decyduje o ich być albo nie być w parlamencie. Szczególnie jest to widoczne w małych i średnich okręgach wyborczych, gdyż większe partie swoim trzecim lub kolejnym ilorazem mogą zabrać małej partii (wskutek obniżenia pierwszego ilorazu) jej jedyny mandat.

¹⁷ *Czechy: Ordynacja...*, przekład i opracowanie K. Skotnicki, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 2, s. 163-164.

¹⁸ W. Sokół, *Geneza i ewolucja systemów wyborczych w państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Lublin 2007, s. 243.

¹⁹ W tabeli wytłuszczonym drukiem oznaczono partie, które zdobyły mandat. Podobnie jest w kolejnych tabelach.

Przedstawione wyliczenia wyraźnie pokazują, które partie są głównym beneficjentem stosowania metody d'Hondta. Są to partie A, B i D, które uzyskały kilkuprocentową nadreprezentację kosztem partii C, która mimo, iż zdobyła prawie 1/5 głosów to uzyskała tylko 1 z 10 mandatów. Nie da się jednak ukryć, iż przykład ten jest celowo opracowany, aby wyjaskrawić główną wadę metody d'Hondta tj. sprzyjanie partiom dużym. Może się jednak też zdarzyć, iż metoda ta przysporzy korzyści partii małej. Przykładowo, zakładając iż 150 wyborców (czyli zaledwie 0,15%) zamiast na największą partię B zagłosowałoby na partię C, to okazałoby się, iż to trzy najmniejsze partie stałyby się beneficjentami podziału (A-2, B-3, C-2, D-3), a partia największa pozostałaby wyraźnie niedoreprezentowana. Przydatne w tym miejscu jest powtórzenie za J. Hamanem: „To, że jakaś metoda jest korzystniejsza dla partii dużych niż dla małych oznacza nie tyle, że zawsze jest korzystniejsza, ile raczej, że na ogół jest korzystniejsza”²⁰.

Drugą z podstawowych metod dzielnikowych jest metoda Sainte-Laguë. Metoda ta została opracowana w 1910 r. przez francuskiego profesora matematyki Andre Sainte-Laguë'a i zakłada dzielenie wyniku wyborczego poszczególnych partii przez kolejne liczby nieparzyste, czyli 1, 3, 5 itd. Metoda ta jest uznawana za zbyt dobrze odzwierciedlającą wyniki głosowania, dlatego obecnie, kiedy funkcja odzwierciedlenia wyników wyborów wyraźnie ustępuje funkcji zapewnienia stabilnej większości rządowej, jej stosowanie należy współcześnie do rzadkości (np. Łotwa, Nowa Zelandia)²¹.

Tabela 2. Podział mandatów metodą Sainte-Laguë.

Partia	Partia A	Partia B	Partia C	Partia D
Liczba głosów	18 200	36 300	18 000	27 500
:1	18 200	36 300	18 000	27 500
:3	6 067	12 100	6 000	9 167
:5	3 640	7 260	3 600	5 500
:7	2 600	5 186	2 570	3929

Źródło: obliczenia własne.

Jak widać, w porównaniu do podziału dokonanego metodą d'Hondta, partia C uzyskała mandat kosztem partii B. Podział stał się w ten sposób dużo bardziej sprawiedliwy. Wynika to z faktu, że dzielnikami w metodzie Sainte-Laguë'a są liczby nieparzyste, co prowadzi do tego, iż różnice między poszczególnymi dzielnikami to dwie jednostki. Większe różnice między dzielnikami powodują

²⁰ J. Haman, *Racjonalne metody podziału mandatów w wyborach proporcjonalnych*, „Studia Socjologiczne” 2000, nr 1-2, s. 38.

²¹ D. Nohlen, *op. cit.*, s. 105.

również większe różnice w kolejnych ilorazach. Jest to korzystne dla partii małych, gdyż aby uzyskać jeden lub dwa mandaty w okręgu kilkumandatowym potrzebne jest im proporcjonalnie mniej głosów niż partiom dużym, ponieważ dzielnikami tych ostatnich są w sytuacji walki o ostatnie wolne mandaty dzielniki 5, 7 i kolejne, podczas gdy dzielnikami partii małych są cyfry 1 i 3.

Współcześnie częściej niż klasyczna postać metody Sainte-Laguë'a wykorzystywana jest jej zmodyfikowana postać, której pierwszym dzielnikiem jest nie 1, lecz 1,4. Zmodyfikowaną metodę Sainte-Laguë'a wprowadziła w 1949 r. Norwegia, w 1952 r. rozwiązanie to przejęła Szwecja, a rok później Dania²². W Polsce metoda ta znalazła zastosowanie podczas wyborów do Sejmu w 2001 r. Zwiększenie pierwszego dzielnika w tej metodzie powoduje redukcję pierwszych ilorazów o ok. 29%. Działa to na niekorzyść partii małych i nowo tworzących się, gdyż utrudnia zdobycie jedyne go mandatu, o który najczęściej walczą te właśnie ugrupowania²³. Z kolei zachowanie w niezmienionej wysokości kolejnych dzielników powoduje również utrudnioną sytuację partii dużych. W tej sytuacji największą korzyść odnoszą partie o średnim poparciu.

Tabela 3. Podział mandatów zmodyfikowaną metodą Sainte-Laguë'a.

Partia	Partia A	Partia B	Partia C	Partia D
Liczba głosów	18 200	36 300	18 000	27 500
:1,4	13 000	25 989	12 857	19 643
:3	6 067	12 100	6 000	9 167
:5	3 640	7 260	3 600	5 500
:7	2 600	5 186	2 570	3929

Źródło: obliczenia własne.

Na podstawie wyników, jakie przyniósł podział mandatów z zastosowaniem przedstawionych metod dzielnikowych, można ułożyć ich hierarchię. Kryterium tej hierarchii będzie stanowić rosnąca tendencja do faworyzowania ugrupowań o wysokim poparciu:

metoda Sainte-Laguë (1) < metoda Sainte-Laguë (1,4) < metoda d'Hondta

Przedstawione metody największych średnich, nie są jedynymi metodami z tej grupy. Można wymienić jeszcze 3 inne metody, a mianowicie metodę Adam-

²² Wprowadzenie zmodyfikowanej metody Sainte-Laguë'a przez państwa skandynawskie było podyktowane dysproporcją w wynikach wyborów, jakie wywoływała metoda d'Hondta oraz chęcią jednoczesnego zachowania stabilizacji politycznej, której nie gwarantowała klasyczna metoda Sainte-Laguë'a. Por. D. Nohlen, op. cit., s. 205.

²³ M. Grzybowski, *Ewolucja systemów wyborczych Norwegii i Szwecji (zagadnienia wybrane)*, „Państwo i Prawo” 1981, z. 2, s. 99-100.

sa, Hilla i Deana, które zostały opracowane w Stanach Zjednoczonych Ameryki na potrzeby rozdziału mandatów między okręgi. Metody te zastosowane dla rozdziału mandatów między partie nie sprawdzają się jednak, gdyż przyznają mandat każdej partii, która zdobyła choćby 1 głos. Metody te mogą być dlatego przydatne dla rozdziału mandatów między partie tylko w przypadku uzupełnienia ich o próg niezbędny do uzyskania pierwszego mandatu²⁴.

Metody kwotowe

Drugą grupą metod w systemie list partyjnych są metody kwotowe, zwane też metodami największych reszt. Metody te polegają na wyznaczeniu kwoty, której osiągnięcie oznacza uzyskanie mandatu. Pojęcie kwoty zostało sformułowane w 1842 r. przez angielskiego konstytucjonalistę Thomasa Hare'a. Od jego nazwiska jest ona zwana kwotą Hare'a. Metoda ta polega na podzieleniu wszystkich ważnie oddanych głosów przez liczbę mandatów do obsadzenia. Każdej partii przysługuje tyle mandatów ile razy kwota jest zawarta w liczbie głosów przez nią uzyskanych. Kwota Hare'a stanowi największą liczbę całkowitą, przy której istnieje pewność, że wszystkie mandaty zostaną rozdzielone, jeśli nie na poziomie podstawowym, to w procesie rozdzielania mandatów resztkowych²⁵. Zazwyczaj okazuje się jednak, iż nie wszystkie mandaty zostają rozdzielone na poziomie podstawowym. Dokonując rozdziału mandatów resztkowych można posługiwać się różnymi metodami. Diether Nohlen wyróżnia cztery takie metody:

- metoda największych reszt, gdzie mandat otrzymuje partia z największą resztą;
- metoda najmniejszych reszt, gdzie mandat uzyskuje partia z najmniejszą resztą;
- metoda największych ilorazów, która polega na tworzeniu największych ilorazów za pomocą dzielenia reszt przez kolejne liczby naturalne, czyli tak jak w metodzie d'Hondta;
- metoda największych średnich, która polega na dzieleniu pozostałych głosów przez powiększoną o jeden liczbę już uzyskanych mandatów.

Najczęstszym uzupełnieniem kwoty Hare'a jest metoda największych reszt (m.in. Belgia, Islandia, Litwa, Rumunia). Kwota Hare'a plus największa reszta przynosi identyczne wyniki podziału jak metodą skonstruowaną przez niemieckiego matematyka Horsta Niemeyera (metoda Hare'a-Niemeyera, zwana również

²⁴J. Haman. *Demokracja...*, s. 136, 148.

²⁵*Ibidem*, s. 128.

metodą największych reszt, stosowa w Austrii, a w wyborach do Sejmu z 1991 r. również w Polsce). Choć operacje matematyczne wyglądają w tej metodzie inaczej niż w metodzie Hare’a, gdyż ważne oddane głosy na każdą z list są mnożone przez liczbę obsadzanych mandatów, uzyskany wynik jest dzielony przez łączną liczbę oddanych głosów, a pozostałe mandaty są rozdzielane według największych reszt, to wyniki rozdziału mandatów z wykorzystaniem obu tych metod są zawsze identyczne²⁶.

Tabela 4. Podział mandatów metodą Hare’a-Niemeyera.

Partia	Partia A	Partia B	Partia C	Partia D
Metoda Hare’a-Niemeyera	$(18200 \times 10) : 100000$	$(36300 \times 10) : 100000$	$(18000 \times 10) : 100000$	$(27500 \times 10) : 100000$
Wysokość kwoty	1,82	3,63	1,80	2,75
Mandaty z pełnych kwot	1	3	1	2
Mandaty resztkowe	1	0	1	1
Liczba uzyskanych mandatów	2	3	2	3

Źródło: obliczenia własne.

Metoda Hare’a-Niemeyera jest korzystna dla małych ugrupowań, gdyż pozwala im uzyskać mandat, gdy ich kwota jest mniejsza niż 1 (czego nie dopuszcza metoda d’Hondta), a nawet, gdy jest mniejsza niż 0,5 (czego z kolei nie dopuszcza metoda Sainte-Laguë’a). Może się zatem zdarzyć, podobnie jak w przypadku metody Hilla, Deana i Adamsa, iż mandat zdobędzie partia, która uzyskała tylko 1 głos, co jest poddawane krytyce. Część doktryny odrzuca te zarzuty, twierdząc, iż jest to metoda neutralna, gdyż wielkość reszty nie zależy od wielkości partii²⁷. Zgadzam się z poglądem Stanisława Gebethnera, według którego metoda Hare’a-Niemeyera jest najbardziej sprawiedliwa z arytmetycznego punktu

²⁶ D. Nohlen, *op. cit.*, s. 105-109.

²⁷ W rzeczywistości rację mają zarówno ci którzy twierdzą, że metoda Hare’a-Niemeyera sprzyja partiom małym, jak i ci którzy uważają, że jest to neutralna metoda. Jak zauważył J. Haman, o tym jakie wyniki przyniesie zastosowanie tej metody w konkretnym przypadku zadecyduje wielkość okręgów wyborczych oraz kształt systemu partyjnego. Dla przykładu, jeśli kraj podzielony jest na okręgi wyborcze o średniej wielkości ok. 20 mandatów, a kilka partii dysponuje poparciem w granicach 3-5%, to metoda Hare’a-Niemeyera najprawdopodobniej przyniesie korzyść tym partiom. Wynika to z faktu, iż kwota wynosi 5%, a więc już poparcie 3% daje duże szanse na zdobycie mandatu, gdyż w przypadku partii dużych średnia wartość reszty będzie wynosiła ok. 0,5 wobec 0,6 partii małych. Taka sytuacja miała miejsce podczas wyborów do Sejmu RP w 1991 r. W porównywalnej sytuacji, tyle że, w systemie partyjnym z kilkoma średnimi i dużymi partiami (tak jak jest to obecnie w Polsce) metoda ta najpewniej okazałaby się neutralna. Por. J. Haman, *Demokracja...*, s. 145.

widzenia, gdyż w globalnym efekcie mandaty dzielone są najbardziej adekwatnie do proporcji głosów oddanych na poszczególne partie w skali kraju²⁸. Metoda ta jest niestety obciążona kilkoma paradoksami:

- przy takim samym procentowym poparciu dwóch partii, na przestrzeni dwóch wyborów, jedna z nich może utracić mandat pomimo zwiększenia liczby obsadzanych miejsc (paradoks Alabamy)²⁹. Ten paradoks miał znaczenie jedynie w państwach, w których stosowano stałą normę przedstawicielską, polegającą na tym, iż za określoną z góry liczbę głosów przyznawano jeden mandat. Powodowało to, że wielkość niższej izby parlamentu w tych państwach ciągle się zmieniała, a najczęściej rosła (taka sytuacja miała miejsce w PRL w 1952 i 1957 r.). Jednak również obecnie, gdy stała norma przedstawicielska stosowana jest bardzo rzadko, wystąpienie tego paradoksu nie jest wykluczone. W niektórych państwach liczba deputowanych jest bowiem określona „widelkowo” np. w Hiszpanii jest to 300-400 deputowanych (aktualnie 350). Powoduje to, iż stosunkowo łatwo można dokonać zmiany ich ilości, choćby w przypadku dążenia do jak najlepszego dochowania zasady równości w znaczeniu materialnym (w Hiszpanii okręgami wyborczymi są poszczególne prowincje kraju zatem problem dochowania zasady równości w znaczeniu materialnym występuje w praktyce)³⁰;
- przy dwóch różnych głosowaniach, w których rozdzielano tyle samo mandatów, może się zdarzyć, że partia A w drugim głosowaniu, mimo że uzyskała więcej głosów niż w pierwszym głosowaniu, otrzymuje mniej mandatów, podczas gdy partia B przy mniejszej ilości głosów uzyskuje większą liczbę mandatów (paradoks populacji);
- przy takim samym poparciu poszczególnych partii i takiej samej liczbie mandatów, dopuszczenie do udziału w podziale mandatów dodatkowej partii może spowodować, iż któraś z partii dotychczasowych zyskuje mandat (paradoks nowego stanu);
- może się również zdarzyć, iż rozdzielając mandaty tylko pomiędzy partię A i B uzyskamy inny podział mandatów pomiędzy te partie, niż w sytuacji gdy do tego podziału dochodzą jeszcze inne partie, mimo że ilość zdobytych głosów nie zmienia się (łamanie postulatu zgodności)³¹.

W zależności od sposobu wyznaczania kwoty można wyróżnić jeszcze kilka innych metod kwotowych. Najczęściej stosowaną z pozostałych metod jest

²⁸ Podobną opinię wyraża B. Banaszak. Por. Idem, *Prawo wyborcze obywateli*, Warszawa 1996, s. 11; S. Gebethner, *System wyborczy...*, s. 13.

²⁹ J. Haman, *Demokracja...*, s. 130.

³⁰ D. Nohlen, *op.cit.*, s. 346.

³¹ J. Haman, *Demokracja...*, s. 129-133.

metoda Hagenbacha-Bischoffa. Metoda ta została opracowana przez profesora uniwersytetu w Bazylei Eduarda Hagenbacha-Bischoffa i stosowana jest m.in. w Szwajcarii, Słowacji, Luksemburgu i Liechtensteinie. Aby dokonać podziału mandatów w ramach tej metody najpierw należy ustalić kwotę, którą oblicza się dzieląc ważnie oddane głosy w okręgu przez liczbę mandatów w okręgu powiększoną o jeden. W następnym etapie liczbę głosów uzyskanych przez poszczególne partie należy podzielić przez otrzymany iloraz (zaokrąglony do liczby całkowitej). Otrzymane wyniki w postaci liczb całkowitych stanowią liczbę mandatów uzyskanych przez poszczególne ugrupowania. Dla rozdziału mandatów resztkowych wykorzystywana jest metoda największych średnich, co oznacza, iż liczbę głosów otrzymanych przez poszczególne listy dzieli się przez powiększoną o jeden liczbę uzyskanych przez każdą partię mandatów. W wyniku tego działania może być rozdzielony tylko jeden mandat resztkowy, a uzyskuje go partia o największym ilorazie. Jeśli nadal pozostają nierozdzielne mandaty, działanie to się ponawia, aż do momentu rozdzielenia wszystkich mandatów³².

Tabela 5. Podział mandatów metodą Hagenbacha-Bischoffa.

Partia	Partia A	Partia B	Partia C	Partia D
Metoda Hagenbacha-Bischoffa	$100000:(10+1)=9091$	$100000:11=9091$	$100000:11=9091$	$100000:11=9091$
Wysokość kwoty	$18200:9091=2,00$	$36300:9091=3,99$	$18000:9091=1,98$	$27500:9091=3,02$
Mandaty z pełnych kwot	2	3	1	3
Metoda największych średnich	–	$0,99:4(3+1)=0,25$	$0,98:2(1+1)=0,49$	$0,02:4(3+1)=0,05$
Mandaty resztkowe	–	0	1	0
Liczba uzyskanych mandatów	2	3	2	3

Źródło: obliczenia własne.

Inną kwotą wykorzystywaną w praktyce (choć bardzo rzadko) jest kwota Imperiali. Otrzymywana jest ona poprzez podzielenie liczby głosów oddanych na partie przez liczbę mandatów powiększoną o dwa. Powoduje to, iż kwota gwarantująca uzyskanie mandatu jest niższa niż w metodzie Hare’a-Niemeyera i Hagenbacha-Bischoffa, co powinno ułatwić zdobycie mandatu partiom małym. Formuła ta sprawdza się szczególnie dobrze w systemach, w których jest wiele okręgów

³² M. Chmaj, *Zasady polskiego prawa wyborczego* [w:] *System wyborczy w Rzeczypospolitej Polskiej*, M. Chmaj, W. Skrzydło, Kraków 2002, s. 65.

wyborczych, a w wyborach bierze udział wiele ugrupowań. Niewątpliwą wadą tej formuły jest jednak to, iż jej zastosowanie może doprowadzić do przydzielenia większej liczby mandatów niż jest do dyspozycji. Decydując się na zastosowanie tej metody koniecznym jest więc ustalenie, co zrobić w takiej sytuacji. Możliwe są cztery rozwiązania:

- odbiera się mandat jednej z partii, przy czym należy ustalić kryterium, które będzie o tym decydowało np. mandat traci partia, która posiada najmniejszą resztę;
- dopuszcza się taką możliwość, co jednak oznacza, że dopiero po wyborach znana będzie liczba wybranych deputowanych (jest to mało realne rozwiązanie z uwagi na to, iż w większości państw liczba deputowanych jest ściśle określona i to na poziomie konstytucyjnym);
- powstała nadwyżka pomniejsza pulę mandatów do rozdzielenia w okręgu wyższego stopnia;
- dokonuje się ponownego dzielenia mandatów za pomocą większej kwoty (takie rozwiązanie przewidywał system włoski, który był ostatnim systemem wyborczym, korzystającym z tej formuły)³³.

Tabela 6. Podział mandatów za pomocą kwoty Imperiali.

Partia	Partia A	Partia B	Partia C	Partia D
Formuła Imperiali	$100000:(10+2)=8333$	$100000:12=8333$	$100000:12=8333$	$100000:12=8333$
Wysokość kwoty	$18200:8333=2,18$	$36300:8333=4,36$	$18000:8333=2,16$	$27500:8333=3,30$
Mandaty z pełnych kwot	2	4	2	3

Źródło: obliczenia własne.

W analizowanym przykładzie zaistniał wspomniany paradoks, rozdzielono 11 mandatów, czyli o jeden więcej niż był do dyspozycji. Gdyby pozbawić mandatu partię, która ma najmniejszą resztę, co wydaje się najbardziej racjonalne, mandat straciłaby partia C. Spowodowałoby to, iż podział mandatów przedstawiałby się tak samo jak w metodzie d'Hondta. Formuła Imperiali zatem tylko na pozór sprzyja małym partiom, w rzeczywistości jednak korzyści odnoszą partie duże. Wystąpienie paradoksu, którym obciążona jest metoda Imperiali (w przeciwieństwie

³³ Włochy ostatecznie zrezygnowały z kwoty Imperiali w 1993 r. Warto również zaznaczyć, iż w latach 1948-1953 w tym kraju stosowana była zmodyfikowana wersja tej kwoty, w której w dzielniku do liczby mandatów doliczano nie dwie, lecz trzy jednostki, co jeszcze bardziej zwiększało prawdopodobieństwo rozdzielenia zbyt dużej liczby mandatów. Por. J. Haman, *Demokracja...*, s. 128-129.

do innych paradoksów, którymi są obciążone metody kwotowe) jest zupełnie realne, co powoduje, iż współcześnie metoda ta nie jest stosowana³⁴.

Ostatnią z głównych metod kwotowych, jest kwota Droopa. Formuła ta jest bardzo podobna do metody Hagenbacha-Bischoffa, z tą różnicą, że uzyskana w wyniku zastosowania tej metody kwota powiększana jest o jeden. Powoduje to minimalne podwyższenie progu, jaki musi osiągnąć partia czy kandydat, aby zdobyć mandat. Wyniki podziału mandatów w ramach obu tych formuł są jednak zwykle takie same. Metody te dają podobny podział mandatów do tego, które uzyskuje się po zastosowaniu zmodyfikowanej metody Sainte-Laguë'a, a więc sprzyjają partiom średniej wielkości.

Wszystkie wymienione wyżej metody kwotowe posługują się ilorazami ustalnymi po wyborach na podstawie liczby ważnie oddanych głosów i liczby mandatów. Warto jednak wspomnieć, iż w przeszłości konstruowano również metody, w których wielkość ilorazu dla całego terytorium ustalana była przed wyborami, co powodowało, iż okręgi wyborcze odgrywały jedynie rolę organizacyjno-techniczną. Ta grupa metod nazywana była metodami automatycznymi, gdyż każda partia otrzymywała za określoną liczbę głosów jeden mandat, bez względu na to, jaki procent głosów zdobyła, jaki rozkładało się jej poparcie w całym kraju i bez względu na liczbę głosów uzyskanych przez pozostałe partie. Zastosowanie jednej z tych metod miało miejsce w Republice Weimarskiej, gdzie uzyskanie 60 000 głosów gwarantowało każdej partii zdobycie mandatu. Podział nierozdzielonych w ten sposób mandatów dokonywany był następnie w zespolonych okręgach, a w ostatniej fazie, na poziomie krajowym, gdzie mandat przyznawano nawet za 30 000 głosów. W ostatniej fazie rozdziału mogły uczestniczyć jedynie partie, które zdobyły choćby jeden mandat na pierwszym lub drugim poziomie rozdziału. Metoda ta sprzyjała małym partiom i stanowiła część „czystego” systemu proporcjonalnego, który gwarantował mandat nawet bardzo małym ugrupowaniom. Na dowód tego wystarczy wskazać, iż w 1933 r., aby zdobyć mandat wystarczyło poparcie rzędu 0,06% ogólnej liczby głosów³⁵.

Również w ramach metod kwotowych można dokonać pewnej hierarchizacji biorąc za kryterium skłonność do faworyzowania dużych partii. Ta hierarchia przedstawia się następująco:

metoda Hare'a-Niemeyera (kwota Hare'a) < metoda Hagenbacha – Bischoffa
< kwota Droopa < kwota Imperiali

³⁴ J. Haman, *Demokracja...*, s. 66; R. Golański, K. Kasprzyk, *O wpływie stosowanej metody przeliczania głosów na mandaty na wynik wyborów*, „Przegląd Statystyczny” 1998, z. 3, s. 439-440.

³⁵ D. Nohlen, *op. cit.*, s. 312.

Warto zauważyć, że wszystkie wymienione metody dzielnikowe i kwotowe mogą być teoretycznie wykorzystane zarówno do podziału mandatów pomiędzy partie, jak i podziału mandatów między okręgi. W praktyce jednak, w związku z tym, iż podziałom tym przyświecają różne cele, nie wszystkie metody będą przydatne w obu tych podziałach. O przyczynach niemożności stosowania metody Deana, Hilla i Adamsa do podziału mandatów pomiędzy partie już wspominałem. Co do innych metod, to metoda d'Hondta oraz kwota Imperiali nie powinny być stosowane do podziału mandatów pomiędzy okręgi ponieważ sprzyjałyby dużym okręgom, podczas gdy celem tego podziału jest jak najlepsze dochowanie zasady równej siły głosu a nie stabilizacja sceny politycznej (na tle tego podziału ten problem w ogóle nie występuje). Do tego podziału nie powinna być również stosowana metoda Hare'a-Niemeyera oraz metoda Sainte-Leaguë'a w wersji podstawowej, gdyż sprzyjałyby małym okręgom. Zauważalna jest więc odmiennność celów, którymi powinien kierować się prawodawca, dobierając do tych podziałów poszczególne metody. Celem podziału mandatów pomiędzy partie jest uzyskanie tylko zbliżonej proporcji. Celem podziału mandatów pomiędzy okręgi jest natomiast równa siła głosów wszystkich wyborców, czyli jak najwyższa proporcjonalność. Względy natury geograficznej, politycznej, a przede wszystkim podział administracyjny kraju oraz częste braki w aktualizacji danych o liczbie mieszkańców powodują znaczne uszczuplenie zasady równej siły głosu. W związku z tym do podziału mandatów między okręgi powinna być wybrana metoda, która w jak najwyższym stopniu spełnia wymogi zasady proporcjonalności, a przez to nie pogłębi jeszcze bardziej dysonansu w sile głosu wyborców. Pozostają zatem tylko dwie metody, które mogą być stosowane w zarówno w podziale mandatów pomiędzy partie, jak i okręgi. Jest to zmodyfikowana metoda Sainte-Laguë'a oraz kwota Droopa. Należy wyjaśnić, że obie te metody nie sprzyjają ani dużym ani małym okręgom, dlatego też zastanawiające jest, iż żadna nich nie znalazła powszechnego zastosowania do rozdziału mandatów między okręgi. Na marginesie warto zresztą zauważyć, że większość metod wykorzystywanych obecnie do rozdziału mandatów pomiędzy partie została opracowana w XVIII i XIX w. w Stanach Zjednoczonych na potrzeby rozdziału mandatów pomiędzy okręgi, a zatem niejako naturalnie są one bardziej predestynowane do wykorzystania w tym właśnie podziale.

Należy stwierdzić, iż współcześnie metody największych średnich są stosowane dużo częściej niż metody kwotowe. Wynika to przede wszystkim z ich prostoty (w metodach największych średnich obowiązuje podział jednostopniowy, podczas gdy w metodach kwotowych funkcjonuje podział dwustopniowy: mandaty z kwoty pełnej oraz mandaty resztkowe), odporności na paradoksy, a także łatwości w manipulowaniu i dostosowywaniu ich do własnych potrzeb.

Nawiązując do kwestii konsekwencje poszczególnych formuł wyborczych, należy wskazać również, że w związku z tym, iż żadna formuła wyborcza nie spełnia postulatu konkluzywności³⁶, istotne jest, aby ustawa wyborcza określała nie tylko formułę wyborczą, ale również wskazywała, co zrobić, gdyby według dokonanych obliczeń ostatni z mandatów miałby przypaść kilku listom (kandydatom). Rozwiązania tego problemu mogą być następujące³⁷:

- decyduje suma głosów zdobytych w danym okręgu lub w całym kraju (teoretycznie kilka list może uzyskać tą samą liczbę głosów);
- decyduje liczba obwodów, w których przewagę miały poszczególne listy (również to kryterium może okazać się niewystarczające);
- decyduje losowanie (jest to jedyne kryterium które zapewnia rozstrzygnięcie tej patowej sytuacji)³⁸.

W kontekście tego problemu, krytycznie należy odnieść się do rozwiązania polskiej ordynacji wyborczej do Sejmu z 2001 r., która nie do końca rozstrzyga problem „remisów”. Wspomniana ordynacja w art. 110 ust. 2 wymienia jedynie dwa pierwsze kryteria nie wskazując jednak na losowanie, które jest jedynym ostatecznym rozwiązaniem takiej sytuacji. Jest to kontynuacja niechlubnej tradycji w tej kwestii, gdyż również ordynacje z 1991 r.³⁹ i 1993 r.⁴⁰ nie rozwiązywały tego problemu. Taką samą regulację w art. 127 ust. 2 zawiera ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego z 2004 r.⁴¹ Z tej praktyki wyłamuje się jedynie ordynacja samorządowa z 1998 r.⁴², która w art. 127 ust. 2, art. 151 ust. 2 oraz art. 178 ust. 4 przewiduje losowanie jako ostateczne rozwiązanie ewentualnie zaistniałego „remisu”. Trudno zrozumieć taką niekon-

³⁶ Postulat konkluzywności jest spełniony wówczas, gdy wykluczona jest możliwość, w której do uzyskania jednego mandatu uprawnione będzie więcej niż jedno ugrupowanie. Por. J. Haman, *Demokracja...*, s. 111-112.

³⁷ R. Golański, K. Kasprzyk, *O wpływie...*, s. 440.

³⁸ Są oczywiście inne kryteria, które mogą rozstrzygnąć patową sytuację np. kryterium starszeństwa, czy termin zarejestrowania listy wyborczej, który był ostatecznym kryterium przyznania spornego mandatu według ordynacji rosyjskiej z 2002 r. (obecnie obowiązuje już nowa ordynacja z 2005 r.). Żadne z tych kryteriów nie jest jednak neutralne, co w kontekście wolnych i demokratycznych wyborów jest najistotniejsze. Por. W. Sokół, *op. cit.*, s. 564.

³⁹ Ustawa z dnia 28 czerwca 1991 r. Ordynacja wyborcza do Sejmu RP (Dz. U. 1991, nr 59, poz. 252 ze zm.) w ogóle nie odnosiła się do problemu „remisów”.

⁴⁰ Ustawa z 28 maja 1993 r. Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U.1993 Nr 45 poz. 205 ze zm.) w art. 110 ust. 2 zawiera identyczną regulację jak ordynacja z 2001 r.

⁴¹ Ustawa z dnia 23 stycznia 2004 r. Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego (Dz.U.2004, nr 25, poz. 219 z ze zm.).

⁴² Ustawa z dnia 16 lipca 1998 r. Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw (tekst jedn., Dz. U. 1998, nr 159, poz. 1547 ze zm.).

sekwencję ustawodawcy, szczególnie z uwagi na to, iż to niedopatrzienie może doprowadzić do poważnego kryzysu konstytucyjnego⁴³.

Polityczne konsekwencje proporcjonalnych formuł wyborczych

Powyżej przedstawione zostały matematyczne konsekwencje zastosowania poszczególnych formuł wyborczych. Konsekwencje zastosowania poszczególnych formuł nie zamykają się jednak w rozważaniach matematycznych. Metody podziału mandatów mają również istotny wpływ na strategię politycznej partii. Obowiązująca formuła wyborcza powoduje, iż partie polityczne z jednej strony mogą podejmować działania w kierunku jej zmiany, a z drugiej strony formuła determinuje ich decyzje o samodzielnym starcie w wyborach lub utworzeniu koalicji. Na przeciwstawnych biegunach, jeśli chodzi o sprzyjanie dużym i małym partiom znajdują się metody Hare'a-Niemeyera i d'Hondta i do wprowadzenia jednej z tych metod dążą partie polityczne w zależności od ich sondażowych wyników. Doszukiwanie się natomiast wpływu formuły wyborczej na zachowania strategiczne wyborców, jest chyba zbyt daleko posuniętym wnioskowaniem. Nie wydaje się bowiem, aby wśród wyborców powszechna była wiedza o stosowanych metodach podziału mandatów, a tym bardziej o ich skutkach, a jeżeli nawet tak by było, to należy pamiętać, iż wyborca zmienia swoją preferencję najczęściej pod wpływem sondaży wyborczych, które nie dają większych szans na wejście do parlamentu jego pierwszej preferencji. Formuła wyborcza, owszem, ma pewien wpływ na wysokość progu naturalnego (oznacza on minimalną liczbę głosów, która zapewnia mandat w danym okręgu wyborczym), a przez to na szanse partii małych na uzyskanie mandatu, lecz o ostatecznym wpływie formuły dowiadujemy się dopiero po wyborach. Decydujący jest tu dokładny rozkład poparcia, którego nie znamy przed wyborami, a trzeba pamiętać, że żadna formuła nie sprzyja bezwzględnie partiom małym czy dużym⁴⁴.

Problem instrumentalizacji formuły wyborczej chciałbym przedstawić na tle polskiego systemu wyborczego ostatnich kilkunastu lat. W pierwszej kolejności należy sięgnąć do roku 1991 r. Wówczas to ordynacją z 1991 r. wprowadzono metodę Hare'a-Niemeyera, wpisującą się w pozostałe elementy ówczesnego systemu wyborczego, który został ustanowiony w formie zapewniającej wysoką proporcjonalność wyników wyborów. Było to podyktowane między innymi tym, aby nowo wybrany parlament, w przyszłości mający utworzyć konstytuante, był

⁴³ J. Haman, *Demokracja...*, s. 148.

⁴⁴ W. Sokół, *op. cit.*, s. 58.

w pełni legitymowany do sprawowania władzy. Wobec bardzo wysokiej fragmentacji Sejmu, będącej rezultatem obowiązującego systemu wyborczego, w 1993 r. dokonano szerokiej reformy systemu wyborczego, zmieniając m.in. formułę wyborczą. Metodę Hare'a-Niemeyera zastąpiono metodą d'Hondta, która sprzyja dużym partiom, a tym samym zapobiega dużemu rozdrobnieniu partyjnemu. Trudno doszukiwać się w tej zmianie instrumentalizacji prawa wyborczego, gdyż zmiana ta, choć celowa, była jednocześnie zasadna, choć niektórzy podnoszą, iż kumulacja elementów ograniczających proporcjonalność wyników wyborów była zbyt duża⁴⁵. Kolejna zmiana formuły wyborczej miała miejsce wiosną 2001 r.⁴⁶ W tym przypadku instrumentalny charakter tej zmiany był bezsporny. Zmiany metody d'Hondta na zmodyfikowaną metodę Sainte-Laguë'a dokonano wówczas w obliczu zbliżających się wyborów i niekorzystnych dla rządzącej koalicji sondaży wyborczych, a argumentacja, iż metoda Sainte-Laguë'a lepiej spełnia wymogi konstytucyjnej zasady proporcjonalności było tylko wymówką. W kilka miesięcy po wyborach zwycięska koalicja dokonała kolejnej zmiany, powracając do formuły d'Hondta. Niewątpliwym celem tej zmiany była chęć zwiększenia swego stanu posiadania w kolejnych wyborach⁴⁷.

Najbardziej jaskrawy przejaw instrumentalizacji formuły wyborczej w badanym okresie miał miejsce w 2001 r. O preferencjach partii politycznych w toku debat sejmowych, a następnie głosowania decydowały wówczas sondaże wyborcze. Dowodzi tego wynik głosowania z 7 marca 2001 r., którego przedmiotem była ostateczna wersja ordynacji przewidująca metodę Sainte-Laguë'a jako formułę wyborczą. Prowadząca wówczas w sondażach koalicja SLD/UP (36% poparcia) zagłosował przeciw przyjęciu ordynacji, podczas gdy pozostałe ugrupowania (AWS, UW, PSL) cieszące się sondażowym poparciem w granicach 10-16% zagłosowały za przyjęciem ordynacji⁴⁸. Późniejsze wyniki wyborów pokazują, iż partie głosujące za przyjęciem ordynacji miały w tym swój wyraźny cel.

⁴⁵ Zob. Z. Jarosz, *Nowa ordynacja wyborcza do Sejmu RP*, „Przegląd Sejmowy” 1993, nr 7, s. 13-14; S. Gebethner, *System wyborczy...*, s. 24.

⁴⁶ Próbę zmiany formuły wyborczej podjęto również przed wyborami w 1997 r. Nie była to jednak inicjatywa rządzących partii, które w tamtym okresie cieszyły się stosunkowo wysokim poparciem, lecz balansującej na granicy progu wyborczego Unii Pracy. Ostatecznie stosunkiem głosów 182 do 181 projekt zmiany ordynacji odrzucono. Por. R. Chruściak, *System wyborczy i wybory w Polsce 1989-1998. Parlamentarne spory i dyskusje*, Warszawa 1999, s. 191.

⁴⁷ W. Sokół, *op. cit.*, s. 309-353.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 349.

Tabela 7. Podział mandatów na podstawie wyników wyborów z 2001 r. według różnych formuł wyborczych.

Formuła wyborcza	SLD/UP	PSL	UW	AWS
d'Hondta	245	37	Nie przekroczyła progu ustawowego (3,10%)	Nie przekroczyła progu ustawowego (5,60%)
Sainte-Laguë (1,4)	216	42		
Hare'a-Niemeyera	210	47		

Źródło: W. Sokół, *Partie polityczne na arenie parlamentarnej i gabinetowej* [w:] *Współczesne partie i systemy partyjne. Zagadnienia teorii i praktyki politycznej*, W. Sokół, M. Żmigrodzki (red.), Lublin 2003, s. 173.

Przede wszystkim warto zauważyć, iż zmiana metody d'Hondta na metodę Sainte-Laguë'a pozbawiła koalicję SLD/UP nie tylko 29 mandatów, ale też bezwzględnej większości parlamentarnej. W ten sposób SLD i UP straciły możliwości samodzielnego realizowania swojej polityki nieskrępowanej postulatami koalicjanta. Korzyść odniosło na tym PSL i pozostałe partie w tabeli niewymienione⁴⁹, które rozdzieliły pomiędzy siebie wspomniane 29 mandatów. Korzyści ze zmiany nie odniosły natomiast partie, które były inicjatorami zmian i miały największą siłę w Sejmie III kadencji, czyli AWS i UW, gdyż nie zdołały one przekroczyć obowiązującego ich progu⁵⁰. Warto zauważyć, iż partie, których głosami uchwalono nową ordynację przy wprowadzeniu metody Hare'a-Niemeyera mogły osiągnąć większe zyski aniżeli przy zastosowaniu metody Sainte-Laguë'a, pomniejszając jeszcze bardziej zwycięstwo koalicji SLD/UP. Wyniki sondaży wskazywały jednak, iż najkorzystniejsza dla rządzącej koalicji będzie zmodyfikowana metoda Sainte-Laguë'a.

W analizowanym przypadku instrumentalizacja prawa wyborczego miała zatem bardzo poważne konsekwencje. W związku z tym warto przytoczyć często pojawiający się w doktrynie postulat ograniczenia zmian w prawie wyborczym, a szczególnie zmiany w systemie wyborczym *sensu stricto* w bezpośredniej bliskości wyborów. Warto się wobec tego zastanowić, w jakim okresie przed wyborami zmiany powinny być dopuszczalne? Według Kodeksu Dobrych Praktyk Wybor-

⁴⁹ Tj. Platforma Obywatelska RP, Samoobrona RP, Prawo i Sprawiedliwość oraz Liga Polskich Rodzin.

⁵⁰ Błędne kalkulacje tych partii wywołane były nieprzewidywanymi zmianami preferencji elektoratu związanymi głównie z pojawieniem się na krótko przed wyborami nowych ugrupowań politycznych, które szybko rosły w siłę. Spowodowało to, iż ordynacja uchwalona w 2001 r., mimo że wydawała się bardzo korzystna dla rządzącej koalicji, w praktyce nie zapewniła tej koalicji choćby jednego mandatu. Jedynym „ratunkiem” dla rządzących było w tej sytuacji obniżenie progu wyborczego.

czych taka zmiana może być dokonana nie później niż na rok przed wyborami, o czym stanowić powinna ustawa wyborcza (kodeks wskazuje również na inne sposoby rozwiązania problemu częstych zmian formuły wyborczej⁵¹). Na podobny okres wskazują przedstawiciele doktryny. Zdaniem Arkadiusza Żukowskiego problem doraźności w tworzeniu prawa wyborczego mógłby rozwiązać zakaz dokonywania zmian w ordynacji w ostatnim roku konstytucyjnego okresu kadencji parlamentu⁵². W tej kwestii wypowiedział się również Trybunał Konstytucyjny wskazując, iż uchwalanie istotnych zmian w prawie wyborczym powinno następować co najmniej na sześć miesięcy przed zarządzeniem wyborów⁵³. Niestety polski ustawodawca często wprowadza zmiany do prawa wyborczego tuż przed wyborami. Na dowód tego można przytoczyć daty uchwalania kolejnych ordynacji i następujących po nich wyborów:

- 28 III 1991 r. - 27 X 1991 r.
- 28 V 1993 r. - 19 IX 1993 r.
- 12 IV 2001 r. - 23 IX 2001 r.

W kontekście tych danych pozytywnie należy ocenić to, iż od 2002 r. nie zachodzą zmiany w zakresie podstawowych elementów systemu wyborczego, w tym formuły wyborczej. Jednak brak zmian nie oznacza, iż takie próby nie zostały podejmowane. Ramy tego opracowania nie pozwalają na szczegółowe omówienie tych prób i przesłanek, które kierowały ich inicjatorów. Warto jednakże wskazać na projekt zmiany systemu większościowego na system proporcjonalny, który był przedmiotem debat na przełomie 2003 i 2004 r., kiedy to Prawo i Sprawiedliwość chciało przeforsować projekt zmiany systemu proporcjonalnego na system mieszany według modelu niemieckiego. Wniosek ten jednak, zupełnie słusznie, został odrzucony. Należy bowiem pamiętać, iż Konstytucja w art. 96 ust. 2 wskazując na zasadę proporcjonalności, jaką jedną z zasad prawa

⁵¹ Kodeks wskazuje na 2 sposoby:

1) uregulowanie kwestii systemu wyborczego na poziomie konstytucji lub innego prawa, które jest na szczeblu wyższym aniżeli prawo powszednie,
2) dokonanie zastrzeżenia w konstytucji, że jeśli prawo wyborcze ulegnie zmianie, to w najbliższych wyborach będzie miał zastosowanie stary system, pod warunkiem, że wybory będą miały miejsce w tym samym lub następnym roku.
Por. Kodeks dobrej praktyki w sprawach wyborczych, Wytyczne II.2.b. oraz Raport wyjaśniający II.2.67., Komisja Wenecka, Strasburg 2003.

⁵² A. Żukowski, *System wyborczy do Sejmu i do Senatu RP*, Warszawa 2004, s. 191.

⁵³ Wyrok TK z 3 listopada 2006 r., sygn. akt K 31/06, OTK ZU 2006, seria A, nr 10, poz. 147; wyrok TK z 28 października 2008 r., sygn. akt Kp 3/09, OTK ZU 2008, seria A, nr 9, poz. 138.

wyborczego, wyłącza jednocześnie możliwość wprowadzenia systemu większościowego czy nawet mieszanego⁵⁴.

Oceniając zmiany w zakresie formuły wyborczej, należy zauważyć, iż u ich podstaw w dwóch na trzy przypadki leżała wyłącznie chęć zdobycia większej liczby mandatów. Zmiany dyktowane były głównie wynikami badań demoskopowych, a nie chęcią uzdrowienia polskiego systemu wyborczego⁵⁵. Niezbędnym wydaje się wobec powyższego, jeśli tylko utrzyma się tendencja do ciągłej alternacji władzy po każdych kolejnych wyborach, aby w przyszłości określenie obowiązującej formuły wyborczej znalazło się w konstytucji.

Czym zatem powinien kierować się ustawodawca dokonując wyboru formuły wyborczej, aby nie być posądzonym o instrumentalizację formuły wyborczej, a jednocześnie dokonać wyboru racjonalnego i prawidłowego? Zdaniem D. Nohlena wybór ten:

- powinien być zharmonizowany z innymi elementami systemu proporcjonalnego;
- powinien uwzględniać wartości, jakie ustawodawca chce osiągnąć za pomocą formuły;
- powinien być skorelowany z lokalnymi uwarunkowaniami, w tym zwłaszcza z tradycjami, wartościami i przyzwyczajeniami⁵⁶.

Krócej mówiąc, ustawodawca dokonując wyboru formuły wyborczej powinien wziąć pod uwagę zarówno pozostałe elementy systemu wyborczego, jak

⁵⁴W doktrynie wykształciły się dwa podejścia, co do kwestii dopuszczalności zastosowania w wyborach do Sejmu zasady większości. Według podejścia formalnego, zasada proporcjonalności jest pojęciem „zastanym” dopuszczającym obowiązywanie jedynie okręgów wielomandatowych (P. Winczorek, K. Skotnicki). Z kolei zwolennicy podejścia materialnego (B. Banaszak, S. Gebethner) uważają, iż ważnym jest nie tyle czy wybory odbywają się w okręgach jednomandatowych czy wielomandatowych, lecz to czy ich wynik zapewnia podział mandatów pomiędzy ugrupowania w sposób równy w stosunku do liczby oddanych na nie głosów. Por. L. Garlicki, *Komentarz do art. 96, Uwaga 33* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Tom 1*, L. Garlicki (red.), Warszawa 1999; K. Skotnicki, *Ogólna charakterystyka trybu uchwalenia i postanowień ordynacji wyborczej*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 4, s. 79; W. Sokół, *op. cit.*, s. 355-356.

⁵⁵Świadczy o tym fakt, iż niemal każda większość parlamentarna w ostatnich kilkunastu latach podejmowała próbę zmiany systemu wyborczego *sensu stricto*. Warto przytoczyć tezę sformułowaną przez Steina Rokšana, według której systemy wyborcze zmieniają się wtedy, kiedy partia lub koalicja partii popiera nowe rozwiązanie zwiększające liczbę posiadanych mandatów i ma możliwości decyzyjne, aby wprowadzić to w życie. W praktyce politycznej III RP teza ta w pełni się potwierdziła. Por. S. Rokkan, *Citizens, elections and parties: approaches to the comparative study of the process of development*, New York-Oslo 1970 podaję za W. Sokół, *op. cit.*, s. 224.

⁵⁶D. Nohlen: *Changes and Choices in Electoral System* [w:] *Choosing an Electoral System: Issues and Alternatives*, A. Lijphart, B. Grofman (red.), New York, s. 217 i n.

i kontekst, w którym cały system jest formowany (sytuacja społeczna, gospodarcza, ekonomiczna itd.). Dopiero uwzględnienie wszystkich tych czynników pozwala na dokonanie wyboru optymalnej dla danego państwa formuły wyborczej.

Na koniec rozważań nad konsekwencjami proporcjonalnych formuł wyborczych warto zastanowić się, która z obecnie stosowanych formuł jest najbardziej sprawiedliwa. Zwolennicy każdej z tych formuł mają swoje argumenty. Zdaniem Marka Jarentowskiego celem metody d'Hondta jest to, aby na każdy mandat przypadała podobna liczba głosów⁵⁷. Metoda d'Hondta jest wobec tego najbardziej sprawiedliwa z punktu widzenia wyborcy. Trudno nie uznać także za sprawiedliwą metody Sainte-Laguë'a, gdyż analizy matematyczne wykazują, iż nie sprzyja ona ani dużym, ani małym partiom. Z kolei z logicznego punktu widzenia najbardziej sprawiedliwa wydaje się metoda Hare'a-Niemeyera, gdyż rozdziela mandaty resztkowe według najbardziej logicznego i neutralnego kryterium, a mianowicie według największych reszt, nie eliminując przy tym z tego podziału partii, które nie osiągnęły pełnej kwoty.

Wydaje się jednak, iż ważniejszym jest nie to, która formuła jest najbardziej sprawiedliwa, lecz to, która jest najbardziej użyteczna na potrzeby systemu proporcjonalnego. Pomijając pozostałe elementy systemu wyborczego, do których najczęściej dostosowuje się formułę wyborczą, wydaje się, iż najlepszą jest metoda d'Hondta, która zachowując dość wysoką proporcjonalność wyników wyborów, sprzyja jednocześnie dużym partiom, co pomaga w wyłonieniu stabilnej większości parlamentarnej.

Reasumując, ustawodawca ma dużą swobodę w wyborze formuły wyborczej. Ma on do dyspozycji metodę STV, jak i katalog metod dzielnikowych oraz kwotowych, ale może również opracować własną metodę rozdziału mandatów. Jest w tym jednak ograniczony przez zasadę proporcjonalności, która nie dopuszcza, aby tak opracowana formuła choćby po części wykazywała cechy formuł większościowych. Uważam, że formuła, która odbiega od rozdziału dokonanego przez formuły najbliższe zasadzie proporcjonalności (Hare'a-Niemeyera, Sainte-Laguë) o więcej niż 2 mandaty na korzyść jednej czy drugiej partii, łamie zasadę proporcjonalności⁵⁸. Formuła wyborcza powinna być również dopasowana do pozosta-

⁵⁷ M. G. Jarentowski, op. cit., s. 41.

⁵⁸ Zazwyczaj różnica w rozdziale mandatów pomiędzy podstawowymi metodami podziału nie przekracza 1 mandatu na korzyść jednej lub drugiej partii. Czasem może to być jednak różnica 2 mandatów. Taka sytuacja miała miejsce w 2 okręgach podczas wyborów z 2001 r., kiedy to zastosowanie obowiązującej metody Sainte-Laguë'a dało koalicji SLD-UP tylko 7 mandatów, podczas gdy zastosowanie metody d'Hondta dałoby tej koalicji aż 9 mandatów.

łych elementów systemu proporcjonalnego, a w szczególności do okręgów wyborczych, które wraz z formułą tworzą wspólną konstrukcję progu naturalnego⁵⁹. Wysokość tego progu powinna być dostosowana też do wysokości progu wyborczego. Wybór konkretnej formuły wyborczej z grupy formuł proporcjonalnych, powinien być oparty na efektywności systemu politycznego, który został wyłoniony w oparciu o dotychczasową formułę, a w żadnym razie nie powinien być oparty o badania sondażowe i przewidywane konsekwencje dla wyniku wyborczego partii politycznych zastosowania poszczególnych formuł wyborczych. Tym bardziej krytycznie należy odnieść się do częstej instrumentalizacji formuły wyborczej, która przez wiele lat była w Polsce elementem „gry politycznej”.

PROPORTIONAL ELECTORAL METHODS AND THEIR CONSEQUENCES

Electoral method is mathematical mode of translating votes on mandates. Electoral method, together with constituencies and electoral thresholds is one of the element of proportional electoral system. In the surveys of proportional system majority of doctrine assume, that deciding influence on electoral outcomes has magnitude and structure of constituencies and amount of electoral thresholds, while electoral method comparing with aforementioned elements has usually minor meaning. Consequences of choosing electoral method can be however very crucial, sometimes becoming even the most important factor deciding which political parties takes power after elections. This fact create tribute to contemplations on mathematical apparatus and consequences of their applying. In doctrine are proposing different proportional methods. One of the best esteem expert of electoral systems Arend Lijphard, consider that proportional methods should be divided on simple transferable vote system, in which voter vote on individual candidates marking his preferences and party list system, which consist of divisor and quota method.

In the article was presenting mathematical and political implication of using particular electoral methods. Author points out that contemporary divisor methods are using commonly than quota methods. It's ensue mainly form it's simplicity, endurance on antinomies and easiness in tinkering. Large part of consideration regarded to instrumentalization of electoral methods.

⁵⁹ Próg naturalny to najmniejsza liczba głosów, która gwarantuje uzyskanie przynajmniej 1 mandatu w danym okręgu wyborczym.

Informacje dla Autorów

Prosimy o nadsyłanie artykułów w formie elektronicznej (na dyskietkach bądź e-mailem) oraz w formie komputerowych wydruków na adres:

Kwartalnik „Studia Prawnicze”
Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
ul. Nowy Świat 72
00-330 Warszawa
e-mail: inp@inp.pan.pl

Komputerowy wydruk winien być podpisany własnoręcznie przez Autora.

Artykuły powinny spełniać następujące warunki formalne:

- **Abstrakt:** tekst powinien być poprzedzony nie dłuższym niż 200 słów streszczeniem, zawierającym informację o tematyce i głównych tezach artykułu. Abstrakt, łącznie z tytułem, należy przetłumaczyć na język angielski.
- **Tekst:** Objętość artykułu nie powinna przekraczać dwóch arkuszy wydawniczych (ok. 44 strony znormalizowane, 80 000 znaków typograficznych). Cytowanie i powołania innych autorów powinny być oznaczone w tekście w formie przypisów, umieszczonych na dole odnośnej strony i mieć formę przyjętą w ostatnich zeszytach kwartalnika. Pełną bibliografię należy dołączyć na osobnej stornie na końcu artykułu.

Autor jest zobowiązany podać swoją afiliację i tytuł naukowy oraz adres korespondencyjny: stacjonarny i mailowy.

Recenzje: o przyjęciu bądź nieprzyjęciu artykułu do druku decyduje opinia dwóch recenzentów.

Nadesłane materiały nie będą zwracane.