

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1-2(179-180) 2009

Wydawnictwo Tekst Sp. z o. o.

Warszawa 2009



KOMITET REDAKCYJNY:

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

Redakcja:

Andrzej Bierć - reaktor naczelny
Tadeusz Smoczyński - z-ca red. naczelnego
Joanna Mucha - sekretarz Redakcji

© Copyright 2009 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel.022 826 52 31 w. 181
fax022 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./fax052 348 62 50
e-mail: info@tekst.com.pl
www.tekst.com.pl

SPIS TREŚCI

dr Tomasz Pietrzykowski

Uniwersytet Śląski w Katowicach

JOHN R. SEARLE I ONTOLOGIA PRAWA

I. Wstęp.....	7
II. Intencjonalność i nadawanie funkcji	9
III. Funkcje statusowe	13
IV. Reguły konstytutywne.....	16
V. Instytucje, konwencje, prawo.....	22
VI. Normy, performatywy i czynności prawne.....	31
JOHN R. SEARLE AND ONTOLOGY OF LAW.....	41

dr halo. Roman Kwiecień

profesor Uniwersytetu Marie Curie-Skłodowskiej w Lublinie

TRADYCJA WOJNY SPRAWIEDLIWEJ A ZAGADNIENIE TZW INTERWENCJI HUMANITARNEJ W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

I. Uwagi wstępne.....	43
II. Tradycja wojny sprawiedliwej (zarys koncepcji)	44
III. Tradycja wojny sprawiedliwej a współczesne prawo międzynarodowe.....	56
IV. Konkluzje.....	63
JUST WAR TRADITION AND AN ISSUE OF VALIDITY OF HUMANITARIAN INTERVENTION IN INTERNATIONAL LAW	64

dr Elżbieta Karska

Uniwersytet Wrocławski

ODPOWIEDZIALNOŚĆ PAŃSTWA ZA NARUSZENIE PRAWA HUMANITARNEGO NA TLE PROJEKTU REGULACJI O ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTW ZA CZYNY MIĘDZYNARODOWO BEZPRAWNE

I. Rozwój międzynarodowej odpowiedzialności państwa	65
II. Charakter prawny odpowiedzialności	69
III. Źródła odpowiedzialności	80
IV. Formy odpowiedzialności	87
V. Współistnienie odpowiedzialności państwa i jednostki	91
VI. Zakończenie.....	97
STATE'S RESPONSIBILITY FOR VIOLATIONS OF HUMANITARIAN LAW ON THE BASIS OF DRAFT ARTICLES ON THE RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS..	98

dr Katarzyna Lasak

Uniwersytet Gdański

ODPOWIEDNIE MIESZKANIE DLA ROMÓW W AKTACH PRAWNYCH RADY EUROPY

I. Wprowadzenie	101
II. Koncepcja odpowiedniego mieszkania dla Romów	103
III. Elementy koncepcji odpowiedniego mieszkania dla Romów	105
VI Wnioski	121
THE RIGHT OF ROMA TO ADEQUATE HOUSING IN LAW OF THE COUNCIL OF EUROPE	123

dr hab. Marek Szydło

Uniwersytet Wrocławski

JURYSDYKCJA KRAJOWA W SPRAWACH UPADŁOŚCIOWYCH W PRAWIE UE

I Normatywne podstawy jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych w UE	125
II Znaczenie jednoznacznego ustalenia COMI w kontekście przepisów Rozporządzenia nr 1346/2000	126
III Wartości aksjologiczne (interesy), którymi potencjalnie może kierować się prawodawca przy wyborze kryterium wskazującego jurysdykcję krajową w sprawach upadłościowych	128
IV Wartości aksjologiczne, którymi kierował się prawodawca wspólnotowy przy wyborze COMI jako kryterium determinującego jurysdykcję krajową	131
V Interpretacja poszczególnych zwrotów mieszczących się w ramach pojęcia COMI	133
VI COMI spółek i innych osób prawnych (z jednej strony) oraz osób fizycznych (z drugiej strony)	141
VII COMI w przypadku spółek (osób prawnych) wchodzących w skład struktur koncernowych	145
VIII Zmiana miejsca usytuowania głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika i jej wpływ na wyznaczanie jurysdykcji krajowej	151
INTERNATIONAL JURISDICTION IN INSOLVENCY MATTERS IN EU	160

dr Jarosław Szymanek

Uniwersytet Warszawski

KONSTITUCYJNA ZASADA RÓWNOUPRAWNIENIA KOŚCIOŁÓW I INNYCH ZWIĄZKÓW WYZNANIOWYCH.....

CONSTITUTIONAL RULE OF THE EQUALITY OF CHURCHES AND OTHER CONFESSIONAL ASSOCIATIONS	175
--	-----

dr Agnieszka Szpak

Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń

AMERYKAŃSKA PRAKTYKA RENDITIONS JAKO WSPÓŁCZESNY PRZYKŁAD WYMUSZONYCH ZAGINIĘĆ

Prawo międzynarodowe praw człowieka	178
---	-----

Międzynarodowe prawo humanitarne	188
Amerykańska praktyka <i>renditions</i>	192
AMERICAN PRACTICE OF RENDITIONS AS A CONTEMPORARY EXAMPLE OF ENFORCED DISAPPEARANCES	200

mgr Krzysztof Mularski

Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu

**O ARGUMENTACJI KOMPARATYSTYCZNEJ W RAMACH BADAŃ NAD
CYWILNOPRAWNYMI KONSEKWENCJAMI URODZENIA DZIECKA NA SKUTEK
NIEWYKONANIA NIEZAKAZANEJ ABORCJI**

I. Uwagi wstępne	203
II. Komparatystyka	207
III. Komparatystyka prawotwórcza	212
IV. Wnioski	228
ABOUT THE COMPARATIVE ARGUMENTATION IN THE RESEARCH ON A BIRTH OF A CHILD BORN IN EFFECT OF AN UNPERFORMED NON-BANNED ABORTION, AS A SOURCE OF A LIABILITY FOR COMPENSATION	234

dr Małgorzata Szeroczyńska

Akademia Pedagogiki Specjalnej w Warszawie, Prokuratura Rejonowa Warszawa Śródmieście

**ZMIANA PŁCI METRYKALNEJ W PRZYPADKU TRANSEKŚSUALISTÓW W
UJĘCIU PRAW CZŁOWIEKA**

I. Znaczenie płci psychicznej jako podstawy określenia płci człowieka ..	238
II. Prawo do zmiany płci metrykalnej prawem człowieka w świetle prawa i orzecznictwa międzynarodowego	242
III. Między sprostowaniem a zmianą zapisu płci metrykalnej - wybór procedury sądowej zmiany płci metrykalnej w Polsce	249
IV. Polski proces o ustalenie istnienia płci a prawo do prywatności Transseksualisty	258
V. Procedura zmiany płci metrykalnej w prawie obcym	263
VI. Być jednocześnie kobietą i mężczyzną - prawne znaczenie określenia płci we współczesnym prawie rodzinnym	274
THE PROCEDURE OF LEGAL GENDER REASSIGNMENT FOR TRANSGENDER PEOPLE AND THE PROTECTION OF RIGHT TO PRIVATE LIFE IN THE POLISH AND FOREIGN LAWS	281

dr hab. Łukasz Pohl

profesor Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu

**TAK ZWANA SUBSYDIARNOŚĆ USTAWOWA JAKO NIEJEDNOLITA
DYREKTYWA USUWANIA NIEZBIEŻNOSCI PRAKSEOLOGICZNEJ NORM
PRAWNYCH W POLSKIM PRAWIE KARNYM**

THEORETICAL ANALYSIS OF A SUBSIDIARY RULE IN CONCURRENCE OF THE REGULATIONS OF A BILL IN POLISH PENAL LAW	303
--	-----

dr Sylwia Durczak-Żochowska

Sędzia Sądu Rejonowego w Bydgoszczy

**FUNKCJONOWANIE POSTĘPOWANIA NAKAZOWEGO W POLSKIM PROCESIE
KARNYM W UJĘCIU STATYSTYCZNYM**

I. Postępowanie nakazowe - stan prawny	305
II. Funkcjonowanie postępowania nakazowego w świetle danych statystycznych.....	311
III. Podsumowanie.....	324

THE WORKINGS OF THE PROCEDURE FOR PENAL ORDER VERDICTS IN POLISH

CRIMINAL PROCEDURE FROM PRACTICAL SIDE.....	325
---	-----

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009

Warszawa 2009

Tomasz Pietrzykowski ■

JOHN R. SEARLE I ONTOLOGIA PRAWA

L Wstęp

Prawo jest elementem rzeczywistości społecznej. Ta zaś stała się w ostatnich dekadach przedmiotem intensywnych dociekań filozoficznych. Ich efekty pozwalają na to, aby w nowym świetle spojrzeć na wiele problemów doniosłych dla zrozumienia porządku prawnego i jego funkcjonowania. Można nawet zaryzykować tezę, iż z prowadzonej od pewnego czasu dyskusji, której istotnym punktem jest ukazanie się „Konstrukcji rzeczywistości społecznej” Johna R. Searle’a¹ zdają się wyłaniać zręby nowego paradygmatu filozoficznej refleksji nad społecznym poziomem rzeczywistości. W pracy tej Searle stara się w oparciu o wyniki swoich prowadzonych od lat 60-tych badań, w szczególności poświęconych funkcjonowaniu umysłu, świadomości i języka, ułożyć spójny obraz zależności pomiędzy światem obiektów fizycznych, reakcji chemicznych i procesów biologicznych, a światem zjawisk oraz faktów społecznych, kultury i wartości. Wnioski

* Wyrażam serdeczne podziękowania Panu prof. dr. hab. Zygmuntowi Toborowi, Panu prof. dr. hab. Tomaszowi Gizbert-Studnickiemu oraz Panu dr. Andrzejowi Grabowskiemu za szereg cennych uwag, które pozwoliły mi uniknąć wielu błędów i przeoczeń, które znalazły się we wcześniejszych wersjach tekstu.

¹ J. K. Searle, *The Construction of Social Reality*, London-New York 1995.

² Główne prace Searle’a na te tematy to: *Speech Acts* (Cambridge 1969, wyd. polskie *Czynności mowy*, tłum. B. Chwedeńczuk, Warszawa 1987), *Intentionality An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge 1983, *Minds, Brains and Science*, Cambridge 1984 (wyd. polskie *Umysł, mózg i nauka*, tłum. J. Bobryk, Warszawa 1995), *The Rediscovery of the Mind* (Cambridge Mass-London 1992, wyd. Polskie *Umysł na nowo odkryty*, Warszawa 1998).

i spostrzeżenia formułowane w ramach tej dyskusji powinny znaleźć stosowne miejsce w myśleniu prawniczym także w naszej rodzimej nauce prawa, i to nie tylko w kręgach teoretyków i filozofów prawa. Ów tworzący się w ten sposób paradygmat ma bowiem - z punktu widzenia prawnika - co najmniej dwie istotne zalety. Po pierwsze, opiera się na bardzo ostrożnych założeniach filozoficznych, nie wymagających odrzucenia czy zasadniczej rewizji tych przekonań, na których opiera się praktyczny dyskurs prawniczy. Fundamentalnym założeniem J. Searle'a jest bowiem afirmacja „oświeceniowego” poglądu na świat opartego na przekonaniu o obiektywnym istnieniu rzeczywistości, wiarygodności jej poznania naukowego oraz klasycznej, korespondencyjnej teorii prawdy. Jest to więc obraz świata zasadniczo zbieżny z tym, jaki przyjmowany jest w dogmatykach prawniczych i praktyce prawa, w której rozumowania budowane są na ogół właśnie na gruncie tego rodzaju „zdroworozsądkowych” założeń na temat rzeczywistości i prawdziwości dotyczących jej sądów. Niewątpliwą zaletą koncepcji Searle'a jest z tego punktu widzenia filozoficzna obrona i rehabilitacja takiej właśnie wizji świata i sposób jego poznania.³ Searle uznaje, że nasza wiedza o świecie dostarczana dzięki postępom nauki nie tylko pozwala, ale wręcz zmusza, aby filozofia porzuciła swą, dominującą od czasów Kartezjusza, „epistemologiczną obsesję”, w wyniku której koncentrowała swój wysiłek na pytaniu czy w ogóle, a jeśli tak - to

w jaki sposób możliwa jest jakakolwiek wiedza⁴. Dokonania współczesnej fizyki, chemii, biologii czy nauk kognitywnych nie pozostawiają już możliwości racjonalnego wątplenia w wartość i wiarygodność wiedzy o człowieku, procesach życiowych czy wszechświecie, jaką dzięki nim osiągnęliśmy i wciąż poszerzamy. Epistemo- logiczny sceptycyzm nie tyle zostaje więc obalony, ile staje się czymś w rodzaju słynnych starożytnych „paradoksów Zenona” kwestionujących możliwość jakiegokolwiek ruchu, traktowanych jako swego rodzaju historyczna czy logiczna ciekawostka, a nie centralny problemu filozofii prowadzący do realnych wątpliwości co do tego, czy cokolwiek na świecie może się naprawdę poruszyć. Wiedza uzyskiwana dzięki osiągnięciom nauki jest, zdaniem Searle'a, nie tylko zasadniczo

Już po *The Construction of Social Reality*, wydane zostały m.in. *Mind, Language and Society. Philosophy in the Mirror of Science*, London 1998 (wyd. polskie *Język, umysł, społeczeństwo. Filozofia a rzeczywistość*, tłum. D. Cieśla, Warszawa 1999); *Rationality in Action*, Cambridge Mass-London 2001 oraz *Freedom & Neurobiology. Reflections on Free Will, Language and Political Power*, New York 2007.

³ Zob. J. Searle, *Język, umysł, społeczeństwo*, s. 43 i nn.; szersze uzasadnienie tych założeń i krytyka argumentów mających stanowić ich podważenie zob. *The Construction of Social Reality*, s. 149 i nn.

⁴ Idem, *The Future of Philosophy*, Philosophical Transactions of the Royal Society series B, London no. 354 (1999), s. 2069 i nn.

wiarygodna, ale umożliwia podjęcie próby rozwiązania niektórych problemów filozoficznych, które wcześniej owiane były mgłą tajemniczości czy wręcz mistycyzmu i skazane na mniej czy bardziej trzymające się ziemi spekulacje. Jednym z tego rodzaju problemów jest właśnie natura rzeczywistości społecznej (jak określa to Searle - jej „struktura logiczna”). Należą do niej zjawiska, które choć powstają z udziałem i niejako na gruncie faktów charakteryzujących się takimi czy innymi fizycznymi, chemicznymi czy biologicznymi własnościami, to jednak nie poddają się wyjaśnieniu jedynie w ich kategoriach. Zasadniczym przedmiotem dociekań Searle’a jest zatem to, w jaki sposób na gruncie obrazu świata jaki wyłania się dzięki osiągnięciom nauk ścisłych, złożonego z różnego rodzaju cząstek, sił, oddziaływań czy pól możliwe jest powstawanie tak odmiennych faktów, jak wybory prezydenckie, pieniądze, przyjęcia, koncerty, ligi piłkarskie, weksle, giełdy czy instrumenty pochodne. Jest to więc niezwykle potrzebna prawnikowi refleksja nad usytuowaniem zjawisk prawnych w ramach rzeczywistości społecznej, a tej zaś - w ramach obrazu świata opisywanego językiem fizyki, chemii, biologii stanowiących w coraz większym stopniu fundament gmachu współczesnej wiedzy.

II. Intencjonalność i nadawanie funkcji

Jak wspomniano, punktem wyjścia rozumowania Searle’a jest przekonanie, że rzeczywistość wokół nas jest mniej więcej taka jaką ją postrzegamy, a zasadniczo wiarygodnej wiedzy na jej temat dostarczają nam nauki ścisłe. Te jednak zdolne są opisać i wyjaśnić specyfikę istnienia planet, lasów, deszczów czy innych „surowych” (*brute*) faktów przyrodniczych. W ich kategoriach nie da się jednak uchwycić tego rodzaju zjawisk jak aukcje dzieł sztuki, uniwersytety, tytuły szlacheckie, kredyty czy mecze piłki nożnej. Każdy z nas wie, że numer jego dowodu osobistego, paszportu, wysokość jego zarobków, warunki na jakich jest zatrudniony, zobowiązania jakie na nim ciążyą, wyniki totolotka, wyborów czy rozgrywek piłkarskich stanowią w naszym życiu fakty nie mniej realne i „obiektywne” niż zmiany pogody bądź pory dnia. Do wyjaśnienia w jaki sposób na gruncie rzeczywistości surowych faktów przyrodniczych dochodzi do powstania faktów tak odmiennych od nich, a nie mniej „obiektywnych” zjawisk społecznych potrzebne są - zdaniem Searle’a trzy pojęcia. Są nimi - intencjonalność (w tym intencjonalność kolektywna), nadawanie funkcji oraz reguły konstytutywne.

Przede wszystkim należy dostrzec, że specyfiką niektórych faktów jest to, że ich istnienie jest zależne od świadomości. Gdyby na świecie nie istniała żadna świadoma istota pogoda mogłaby zmieniać się nadal, podobnie jak pory dnia, nie mogłyby jednak istnieć ani dowody osobiste, ani wybory, ani też (czego zapewne

nie każdy by żałował) rozgrywki piłkarskie. Istnienie świadomości jako pewnej własności neurobiologicznych procesów zachodzących w mózgach niektórych organizmów stanowi samo fakt biologiczny którego bliższym wyjaśnieniem zajmują się nauki kognitywne.⁵ Jednym z rodzajów stanów świadomości są tzw. przeżycia (stany) intencjonalne. Ich cechą jest to, że odnoszą się do obiektów, które są wobec nich (owych przeżyć) zewnętrzne. Stany intencjonalne, w tradycyjnym techniczno-filozoficznym ujęciu (jakim posługuje się Searle), to takie, które *odnoszą się* do czegoś poza nimi samymi, są „o czymś”. Chęć wypicia szklanki wody jest stanem intencjonalnym, podobnie jak żal, że nie nauczyliśmy się *języka japońskiego*. Stanami intencjonalnymi są m.in. przekonania - są one bowiem przekonaniem *o czymś*, nadzieje - bo są nadzieją *na coś*, dążenia - są bowiem dążeniami *do czegoś*, itd. Intencjonalność przeżyć jest zjawiskiem biologicznym, cechą umysłu wykształconą u niektórych organizmów w wyniku różnego rodzaju procesów ewolucyjnych. Oczywiście działania w potocznym rozumieniu tego słowa „intencjonalne”, tj. takie które są zamierzone, stanowią przedmiot czyjeś „intencji” (woli) stanowią jeden, ale tylko jeden, z wielu rozmaitych przypadków intencjonalności w jej szerokim rozumieniu. Nie wszystkie stany świadomości mają charakter intencjonalny (np. radość lub smutek nie muszą mieć charakteru intencjonalnego, mogą być po prostu odczuciami nie związanymi z żadnym zewnętrznym wobec nich obiektem). Jednocześnie intencjonalność przeżyć umożliwia nawiązanie relacji pomiędzy umysłem a światem, a relacja ta może mieć różny „kierunek dopasowania” (odpowiedniości). Różne typy stanów intencjonalnych mogą zmierzać albo do tego, aby zawartość przeżycia odzwierciedlała jakiś fragment zewnętrznej rzeczywistości (np. przekonania, przewidywania lub wspomnienia), zaś inne, aby to ów fragment rzeczywistości zewnętrznej odpowiadał treści przeżycia (np. pragnienia, oczekiwania, życzenia etc.). Niektóre przeżycia intencjonalne nie mają żadnego kierunku dopasowania (np. miłość lub nienawiść do kogoś), inne zakładają już pewną zbieżność pomiędzy swoją treścią a stanem zewnętrznym (np. odczucie radości, przykrości lub żalu z powodu czegoś co się stało). Tym co naj-

⁵ Tzw. *cognitive sciences* stanowi rozwijający się intensywnie od połowy XX w. obszar badań nad naturą i działaniem umysłu, o charakterze interdyscyplinarnym obejmującym zarówno psychologię, jak i neurobiologię, lingwistykę czy antropologię, ze szczególnym uwzględnieniem badań nad sztuczną inteligencją (zob. np. hasło *Cognitive Science* [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/cognitive-science/>, 26.11.2008).

⁶ Kierunek dopasowania stanów intencjonalnych (umysł-swiat) znajduje następnie odzwierciedlenie w kierunku odpowiedniości aktów mowy (np. stwierdzenia mają zawierać sąd odpowiadający rzeczywistości, zaś dyrektywy wzorzec, do której dopasowana ma zostać rzeczywistość). Obok tego istnieją zarówno akty mowy mające podwójny kierunek odpowiedniości, jak i takie, które nie mają go w ogóle (zob. A. Grabowski, *Judicial Argumentation and Pragmatics*, Kraków 1999, s. 42 i nn.).

istotniejsze dla świata społecznego, to fakt, że intencjonalność może mieć - zdaniem Searle'a - charakter kolektywny. Polega ona na wspólnym odnoszeniu się w określony sposób do rzeczywistości, gdy określone postawy lub działania traktowane są jako „nasze”, a nie „moje i innych”. Tego rodzaju kolektywna intencjonalność obejmować i umożliwiać ma różnorodne zjawiska od chociażby wspólnych polowań (łapiemy mamuta) po koncerty orkiestry symfonicznej (odgrywamy sonatę), rozgrywki sportowe (gramy w piłkę nożną), a nawet randkę czy spacer etc. Searle odrzuca możliwość i zasadność redukcji intencjonalności kolektywnej do jakiejś formy współwystępowania w czasie i współzależności szeregu indywidualnych intencjonalności uczestników danego faktu. Jego zdaniem w sytuacjach kolektywnej intencjonalności - rozumianej jako poczucie czynienia (pragnienia, wierzenia, uznawania) czegoś wspólnie, to właśnie indywidualne intencjonalności osób należących do danej grupy mają charakter pochodny i wtórny (każdy z uczestników ma szereg przeżyć intencjonalnych dotyczących własnych działań jako części tego, co odbiera i traktuje jako zdarzenie wspólne). Zjawisko kolektywnej intencjonalności - w opinii Searle'a - „jest daną biologiczną”, powstającą na gruncie świadomości nie tylko ludzi, ale także innych gatunków zwierząt zdolnych do zachowań społecznych. Nie oznacza to, że zjawisko kolektywnej intencjonalności miałoby pociągać za sobą jakiekolwiek tezy ontologiczne w rodzaju istnienia jakiś kolektywnych, ponadindywidualnych bytów. Searle tego rodzaju

⁷ Searle skłonny jest definiować „fakty społeczne” właśnie jako działania podejmowane przez osoby kierujące się kolektywną intencjonalnością. Zbliżone pod tym względem ujęcie „faktów społecznych” jako angażujących „podmiot zbiorowy” (*plural subject*) tworzony przez „wspólne zaangażowanie” (*joint commitment*) uczestników zob. M. Gilbert, *Social Facts*, Princeton NJ 1992, *passim*; Szczególny rozgłos i uznanie uzyskała zwłaszcza przeprowadzona przez tę autorkę błyskotliwa analiza „spaceru” jako faktu społecznego wyjaśnianego w kategoriach podmiotu zbiorowego. Por. idem. *Walking Together. A paradigmatic social phenomenon* [w:] idem, *Living Together. Rationality, Sociality & Obligation*, Lanham- Boulder 1996, s. 177 i n.; na temat tej interesującej dyskusji por. także M. Bratman, *Shared Intention*, *Ethics* vol. 104 (2003), No. 1, s. 97 i nn.; D. Velleman, *How to share an intention?*, *Philosophy and Phenomenological Research* vol. 57, No 1 (1997), s. 29 i nn.; B. Wilkins, *Joint Commitment*, *Journal of Ethics*, vol. 6 (2002), s. 145 i nn.

⁸ W szczególności rozważa on i odrzuca najbardziej popularną alternatywę wobec jego stanowiska polegającą na redukcji „kolektywnej intencjonalności” do zbioru indywidualnych przeżyć każdego uczestnika uzupełnionych wzajemnymi przekonaniem (*mutual belief*) na temat swoich przeżyć żywionymi przez wszystkich uczestników. Zamiast przeżycia „my czynimy X” mielibyśmy więc do czynienia z przeżyciami typu „ja czynię X i wiem że B też czyni X, a zarazem B wie, że ja czynię X i że wiem, że B czyni X i wiem, że B wie, że ja wiem, że on czyni X, a B wie, że ja wiem, że on wie... itd.”. Na pojęciu „*mutual belief*” czy „*mutual knowledge*” budowane są klasyczne filozoficzne ujęcia konwencji społecznych (np. D. Lewis, *Convention. A Philosophical Study*, Oxford 2002, s. 52 i nn.)

przypuszczenia w sposób stanowczy odrzuca. Nie istnieją oczywiście żadne „kolektywne umysły”, które miałyby być nosicielami kolektywnej intencjonalności, istnieje ona, podobnie jak intencjonalność indywidualna, jedynie „w głowach” poszczególnych osób, które doznają określonych przeżyć. Jednakże treścią każdego z tych indywidualnych przeżyć jest czynienie czegoś przez „nas” a nie przeze „mnie”, a równocześnie ewentualnie „także przez inne osoby”.

Dzięki istnieniu świadomych stanów intencjonalnych możliwa jest i taka forma odnoszenia się ich do obiektów zewnętrznych (zdarzeń, przedmiotów, osób), która polega na nadawaniu im funkcji. Są one wówczas *traktowane* jako środki do realizacji jakiegoś stanu rzeczy. Kij może służyć (może zostać mu w ten sposób nadana określona funkcja) do strząsania z drzewa owoców, wydłubywania mrówek z mrowiska, podpierania się w czasie marszu lub tłuczenia nim po głowie przeciwnika. Funkcją nałożoną na skalne wgłębienie może być zapewnienie ochrony przed deszczem, na kawałek zwierzęcej skóry - ogrzanie się pod nim w zimną noc, a na liść zerwany z drzewa figowego - zakrywanie nim wstydliwych części ciała. Poprzez nadanie funkcji pewien przedmiot z metalu może „być” śrubokrętem, inny - nożem, kawałek drewna - krzesłem etc. Fakt, że przedmioty te „są” określonymi narzędziami (służą do określonych celów, mają nadaną pewną funkcję) jest faktem ontologicznie subiektywnym, tzn. jego istnienie jest zależne od świadomości. Żaden kawałek drewna, skały, metalu, liść czy patyk nie mógłby „być” odzieniem, bronią, siedziskiem, schronieniem etc. gdyby nie istniały świadome istoty nadające im odpowiednie funkcje (choć oczywiście mogłyby istnieć obiekty potencjalnie nadające się, aby im taką funkcję przypisać). Bywa przy tym tak, że funkcje nadawane są przedmiotom istniejącym niezależnie - np. kamień, może służyć nam „jako” ławka lub „jako” broń, koń „jako” środek transportu, zbocze góry „jako” stok narciarski etc. Częstokroć bywa jednak i tak, że po to, aby dany przedmiot posiadał tego rodzaju własności, które umożliwią mu lepsze spełnianie nałożonej na niego funkcji, musi zostać w tym celu specjalnie wytworzony - jak domy, samochody, pistolety, ubrania etc. Warto zwrócić uwagę na trzy elementy owego „nakładania funkcji”. Po pierwsze, jak wyraźnie podkreśla to Searle, każdy przypadek „posiadania” przez jakiś obiekt określonej funkcji stanowi

⁹ Pod tym względem stanowisko Searle’a różni do M. Gilbert, której pojęcie „podmiotu zbiorowego” wydaje się implikować przekonanie o jego realnym istnieniu wykraczającym poza istnienie podmiotów indywidualnych, które nań się składają (*Social Facts*, s. 199 i n., *Living Together*, s. 263 i n.).

¹⁰ Umiarkowaną krytykę Searle’a kwestionującą możliwość sprowadzenia zjawiska kolektywnej intencjonalności do przeżyć indywidualnych podmiotów przeprowadza A. Meijers, *Can Collective Intentionality be Individualized?*, *American Journal of Economics and Sociology*, vol., no. 1 (2003), s. 167 i nn.

w istocie nałożenie jej przez kogoś - jej użytkownika czy wytwórcę (funkcje są zawsze, jak ujmuje to Searle, „*agent-relative*”). Nałożenie funkcji polega na przypisaniu przedmiotowi lub działaniu określonego celu, każda funkcja zakłada *eo ipso* pewną teleologię oraz posiadanie przez obiekt własności które przyczynowo zdolne są do zrealizowania przypisanego mu celu. Nawet w sytuacji, gdy np. mówimy, że funkcją serca jest przetaczanie krwi, ta jego „funkcja” nie jest naturalna w tym sensie, że jej przypisywanie zakłada określony cel i określone wartościowania. W ten sposób serce nie tylko *de facto* przetacza krew, ale jest *po to*, aby ją przetaczać. Dochodzi zatem do wartościującego wyróżnienia jednego z rozmaitych skutków przyczynowo wywoływanych działaniem tego organu. Nie mówimy więc, że funkcją serca jest np. wydawanie rytmicznego dźwięku, funkcją muchomorów - trucie, prądu lub piorunów śmiertelne rażenie ludzi, a samochodu - emitowanie spalin. Po drugie - czasem może dochodzić także do przypisania obiektowi odmiennej funkcji przez jego użytkownika względem tej, która została mu przypisana przez jego wytwórcę. Mogę np. używać talerzyka „jako” popielniczki lub krzesła „jako” wieszaka do ubrań etc. Po trzecie zaś, co jest niezwykle istotne dla dalszych rozważań -przypisanie przedmiotowi określonej funkcji, np. popielniczki dzieli w istocie bardzo niewielką przestrzeń od *traktowania* go „jako X”, a w wyniku tego, jego „*bycia* X”. Uważam, że określony przedmiot *jest* popielniczką, bo wiem (a w każdym razie sądzę), że taka właśnie funkcja została mu nadana i dlatego został wyposażony w cechy przydatne do używania go w tym charakterze, a tym samym jego wytwórca oczekiwał, że będzie on przez jego użytkowników *traktowany jako* popielniczka. Zauważmy, że w tego rodzaju sytuacjach mamy do czynienia na ogół z nadawaniem funkcji poprzez kolektywną raczej, niż indywidualną intencjonalność. Pewne przedmioty traktujemy jako łopaty, samochody, dworce kolejowe, muzea, ustawy, wakacje etc. Dość wyraźnie kontrastują z tym sytuacje, gdy dochodzi do nałożenia przez kogoś (intencjonalność indywidualna) odmiennej lub szczególnej funkcji przedmiotowi, któremu jej na ogół nie nadajemy (np. „ten talerzyk jest moją popielniczką”, „ta waza jest naszą pamiątką rodzinną”).

III. Funkcje statusowe

Funkcje nadawane są przedmiotom przede wszystkim ze względu na ich cechy, które umożliwiają używanie ich do określonych celów. Patyk może pełnić funkcję narzędzia dzięki np. temu, że ma odpowiednią długość i jest sztywny. Owoce mogą pełnić funkcję pożywienia ze względu na skład chemiczny i dostępność, koń lub samochód - funkcję środka transportu ze względu na to, że zdolny

jest do przemieszczania się z określoną prędkością. Może jednak zdarzyć się i tak, a zmianę tę uważa Searle za wynalazek „naprawdę oddzielający rozwój człowieka od innych zwierząt”, że określone przedmioty mogą pełnić przypisaną im funkcję nie dzięki faktycznie posiadanym przez nie cechom, ale dzięki ogólnemu (o charakterze kolektywnej intencjonalności) uznaniu, że pełnią one przypisaną im funkcję. Ulubionym i wielokrotnie podawanym przez Searle’a przykładem tego zjawiska może być hipotetyczny mur graniczny wzniesiony przez dwie sąsiadujące ze sobą społeczności. Pełni on swą funkcję zapobieżenia przekraczaniu granicy dzięki posiadanym własnościom fizycznym (jest wysoki i wytrzymały). Jednakże - kontynuuje Searle - wyobraźmy sobie, że po bardzo długim czasie solidny niegdyś mur zmurszał, porozsypywał się i pozostały po nim jedynie niewielkie pozostałości - powiedzmy rząd kamieni. Jeśli obydwie społeczności nadal uważają, że owa linia „oznacza” miejsce, którego *nie należy* przekraczać mamy do czynienia z ową subtelną, acz rewolucyjną zmianą. Pozostałości po murze pełnią swoją funkcję nie dzięki swoim fizycznym cechom, ale poprzez przekonanie społeczności żyjących po obydwu jego stronach, że stanowi on linię, której nie powinno się przekraczać. W tego typu sytuacjach pełnienie przypisanej danemu obiektowi funkcji jest możliwe tylko dzięki uznaniu go za pełniący tę właśnie funkcję. Nie posiada on (choć być może kiedyś tak było) własności fizycznych dzięki którym mógłby on pełnić tę funkcję niezależnie od dotyczących go przekonań i postaw jego „użytkowników”. Jednak pełni ją dzięki temu, że uznawany jest przez nich za posiadający pewien status, a status ten traktowany jest jako wskazujący pewne związane z nim sposoby zachowań. Status taki ma więc charakter samoodnoszący (autorefereneczny), to znaczy posiadają go te obiekty o których uważamy, że go posiadają i oznacza on to, co uważamy, że oznacza. Funkcje statusowe często mają swoje korzenie w „zwykłych” funkcjach spełnianych dzięki własnościom fizycznym obiektów którym były nadawane. Dobrymi przykładami tego rodzaju ewolucji mogą być chociażby pieniądze lub przywódcy. Początkowo monety miały wartość kruszcu z którego były bite, a zatem pełniły swoją funkcję dzięki temu, z czego były zrobione (swojej fizycznej własności). Jednakże z biegiem czasu w obiegu znalazły się kwity uprawniające do odbioru odpowiedniej ilości kruszcu z banku, dzięki czemu nie było konieczności posługiwania się

¹¹ Różnica ta jest mniej więcej taka jak pomiędzy szlabanem zagrażającym wjazd, a znakiem zakazu, który nie pełni funkcji (uniemożliwiania wjazdu) dzięki swoim fizycznym własnościom, ale dzięki akceptowaniu jego funkcji uniemożliwiającej wjazd.

¹² Inna sprawa, że było to możliwe dzięki temu, że złoto uważane było (i jest) za szczególnie wartościowy i pożądaną kruszec, w tym sensie owa fizyczna własność także była w stanie spełniać tę rolę dzięki uważaniu pewnej substancji za cenną.

w obrocie wprost złotem czy srebrem. W wyniku - jak pisze Searle „jakiegoś błysku geniuszu” - ktoś wpadł na pomysł, że można wypuszczać do obiegu więcej kwitów uprawniających do odbioru z banku odpowiedniej ilości kruszcu, niż wynosi rzeczywista ilość zdeponowanego w nim kruszcu. Kolejny „błysk geniuszu” zaowocował ostatecznie ideą „zapomnijmy o kruszcu, poprzestańmy na samych kwitach”. W ten sposób „zwykła” funkcja środka wymiany dóbr, jakim był cenny kruszec zaczęła być pełniona w sposób symboliczny, konwencjonalny. Banknoty i monety *reprezentują* bowiem pewną wartość jedynie poprzez powszechną akceptację, że akurat tego, a nie innego rodzaju kawałki papieru lub metalu posiadają akurat taką, a nie inną wartość. Można zatem powiedzieć, że w tym sensie współczesne banknoty przypominają ów rząd kamieni stanowiący „granicę” dzielącą hipotetyczne społeczności z przykładu Searle’a. Podobnie rzecz się ma z przywódcą religijnym - dla kogoś kto nie dopatruje się jego umocowania w boskim namaszczeniu (a więc pewnej, „obiektywnie” posiadanej przez niego cesze) jasnym jest, że mogą oni pełnić nałożoną na nich funkcję jedynie dzięki temu, że są w tej roli uznawani przez wiernych, a ich status łączy z przypisywaniem im określonych uprawnień. Nie inaczej jest z monarchami - niegdyś władającymi dzięki podbojom drużyn rycerzy czy wojów, obecnie - dzięki powszechnemu uznaniu ich władzy, praw do tronu i zakresu kompetencji. Arystokracja nie jest - jak już dziś wiadomo - kwestią posiadania przez pewną grupę ludzi „błękitnej krwi” (a więc specyficznych własności dzięki którym pełnią określoną funkcję społeczną), a przypisywania im pewnego szczególnego statusu oraz przekonania, że z posiadania tego statusu wynikają pewne konsekwencje. Podobnie w przypadku sędziego piłkarskiego, bokserkiego czy konstytucyjnego, dyrygenta, kolejarza, biletera, przewodniczącego czy prezesa. Ich zdolność do wykonywania przypisywanej im funkcji bierze się z uznania, że oni właśnie pełnią tę funkcję, a posiadanie przez nich takiego statusu wymaga odpowiedniego postępowania po stronie innych (np. podporządkowania się gwizdkowi sędziego lub ruchowi ręki dyrygenta). Skoro więc istnieją tego rodzaju funkcje, których wypełnianie staje się kwestią przyznania danemu obiektowi statusu z posiadaniem którego wiąże się wykonywanie danej funkcji, trudno się dziwić, że w tego rodzaju przypadkach

¹³ Oczywiście często określony status nadawany jest ze względu na posiadanie określonych cech, jednakże same one samoczynnie nie nadają nikomu tego rodzaju statusu. Wybieramy premierów, ministrów, profesorów, małżonków czy przyjaciół *ex hypothesi* ze względu na pewne posiadane przez te osoby cechy. Jednakże nie one przesądają o tym, że ktoś *jest* premierem, ministrem czy profesorem lecz to, czy jest za niego uznawany (czy można być premierem jeśli *nikt* nie uważałby danej osoby za premiera? czy może istnieć przyjaźń, jeśli przyjaciele nie *traktują* się jako przyjaciół etc.).

funkcja wiązana jest raczej z samym statusem, a nie konkretnym jego „nosicielem”. Konsekwencje bycia świątynią czy szkołą wyższą wynikają ze statusu nadanego określonemu budynkowi, a nie z samym budynkiem (jej „zniesienie” oznacza, że konsekwencje nie są już z nim związane mimo, że „fizycznie” nie zachodzi w nim jakakolwiek zmiana). Tego rodzaju funkcje, których realizacja jest możliwa nie wskutek naturalnych własności obiektu na który są nakładane, ale dzięki uznawaniu go za pełniący daną funkcję i wynikającym z tego odpowiednim postawom nazywa Searle - „funkcjami statusowymi”. Najbardziej elementarnym przykładem nakładania na przedmioty lub zdarzenia funkcji statusowych jest oczywiście język. Pewne dźwięki lub znaki nie mogą pełnić funkcji słów mających takie czy inne znaczenie dzięki swoim szczególnym własnościom fonetycznym czy graficznym, ale dzięki temu, że powszechnie akceptujemy je „jako” reprezentujące określone znaczenia słowa, zdania czy akty mowy. Warto także zauważyć, że dzięki temu dochodzi tu do pojawienia się tzw. wtórnej (zewnętrznej) intencjonalności. Linie i plamy na papierze lub określony rodzaj fal akustycznych same w sobie nie są oczywiście zjawiskami o charakterze intencjonalnym. To wewnętrzna intencjonalność (stanów umysłowych) może dopiero *nadać* pewnym konfiguracjom kropek, kresek czy dźwięków ich własną - wtórną niejako - intencjonalność. Nadanie im funkcji „reprezentowania” określonych obiektów sprawia, że *odnoszą się* one do czegoś poza nimi samymi. Nie tylko słowa, zdania, akty mowy, znaki drogowe czy sygnały s.o.s. stanowią przykłady działania funkcji statusowych. Także arystokraci, święta, ministrowie, organy promulgacyjne, taksówki, gole, boiska, indeksy, pisma procesowe - to określone przedmioty lub zdarzenia którym nadawana jest szczególna funkcja, którą są one w stanie spełniać nie dzięki swoim „naturalnym” własnościom, ale dzięki temu, że są traktowane jako obiekty pełniące tę właśnie funkcję.

IV. Reguły konstytutywne

Dzięki kolektywnej intencjonalności oraz nadawaniu funkcji określonym obiektom nadawany jest pewien dodatkowy, konwencjonalny status, z którym związane są określone konsekwencje umożliwiające mu pełnienie przypisanej im funkcji. Tego rodzaju funkcja statusowa nadawana być może osobom (urzędnicy, studenci, przyjaciele, małżonkowie, obywatele), przedmiotom (siedziba Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego, nieruchomości, biblioteka publiczna) czy zdarzeniom (posiedzenie zarządu, przyjęcie urodzinowe, klęska żywiołowa, demonstracja polityczna, konferencja naukowa). W każdym z tych przypadków pewne fakty „surowe” (przedmioty, ruchy, dźwięki, istoty ludzkie) uzyskują

dodatkowy, nie posiadany samoistnie status. Mamy zatem do czynienia z pewnym nowym, szczególnego rodzaju faktem, którego specyfiką jest to, że istnieje jedynie wówczas, gdy jest uznawany za istniejący. W tym sensie ma on charakter ontologicznie subiektywny (jego istnienie jest bowiem uzależnione od postaw czy przekonań podmiotów).¹⁴ Struktura takich faktów, nazywanych przez Searle'a za Elisabeth Anscombe, faktami „instytucjonalnymi” może zostać przedstawiona w postaci stosunkowo prostej formuły, którą Searle nazywa „regułą konstytutywną” takiego faktu:

X (w okolicznościach O) liczy się jako Y.

Od posłużenia się przez Searle'a po raz pierwszy (w latach 60-tych) pojęciem reguły konstytutywnej stało się ono przedmiotem szerokiej i trwającej wiele lat dyskusji, która znalazła wyraz także w polskiej literaturze prawniczej. Choć bynajmniej nie skłoniła ona Searle'a do wycofania się z przedstawionego przed pół wiekiem pojęcia reguły konstytutywnej, wydaje się, że obecnie inaczej nieco traktuje on relację słynnej już formuły „X liczy się jako Y” do powstawania i istnienia faktów instytucjonalnych. Mianowicie podkreśla on, że reguła konstytutywna w postaci *X liczy się jako Y* stanowi jedynie „użyteczną formułę mnemotechniczną” przypominającą o istocie i „strukturze logicznej” faktów instytucjonalnych polegającej na ich zależności od *traktowania* faktów surowych jako posiadających określoną funkcję statusową. Reguła ta ma jednak charakter tylko pewnego schematu, podczas gdy rzeczywiste powstawanie, funkcjonowanie i znoszenie faktów instytucjonalnych poddane jest na ogół regulacji bardzo nieraz złożonych i obszernych

¹⁴ Czy fakty tego rodzaju mają natomiast charakter obiektywny w sensie epistemologicznym (tzn. czy możliwe jest poznanie go lub przynajmniej stwierdzenie jego istnienia w sposób niewymagający zaangażowania własnych wartościowań podmiotu poznającego) wydaje się kwestią sporną i złożoną. Wydaje się jednak bezsporne, że stwierdzenie istnienia tego rodzaju faktów prawnych co najmniej niekiedy bywa uzależniane do różnego rodzaju ocen (por. T. Gizbert-Studnicki, *O pewnych osobliwościach stwierdzeń faktycznych sądu w procesie cywilnym*, *Studia Cywilistyczne* t. XXIV Warszawa-Kraków 1974, s. 131 i nn.). Szersze omówienie tej problematyki pozostawić muszę jednak na inną okazję.

¹⁵ Por. zwłaszcza S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996; T. Gizbert-Studnicki, *Ujęcie instytucjonalne w teorii prawa* [w:] J. Stelmach (red.) *Studia z filozofii prawa. Seria pierwsza*, Kraków 2001, s. 123 i nn.; Formuła „X counts as Y in the context Z” bywa tłumaczona na język polski bądź jako „X liczy się jako Y w okolicznościach Z” (T. Gizbert-Studnicki), „X uchodzi za Y w okolicznościach Z” (B. Chwedeńczuk, S. Czepita), bądź też „X jest uznawane za Y” (D. Cieśla). Biorąc pod uwagę rolę, jaką spełnia relacja wyznaczana przez regułę konstytutywną i jej ontologiczne implikacje, zdecydowanie bardziej trafne wydaje mi się pierwsze z tych sposobów tłumaczeń. Chodzi bowiem właśnie nie o to, że X jedynie „uchodzi” za Y, nie będąc „w rzeczywistości” Y, ale o to, że ponieważ X „liczy się” jako Y to X „rzeczywiście jest” Y.

kompleksów reguł, które można by nazwać „merytorycznymi”.¹⁶ Pewne zdarzenia liczą się jako „mecz piłki nożnej”, „proces karny”, „msza święta”, „posiedzenie zarządu”, „wesele” etc. choć nie dlatego, że wprost została ustanowiona (czy nawet jedynie jakoś formalnie wyartykułowana) reguła wskazująca co i w jakich okolicznościach *Uczy się* jako owe fakty. Reguła konstytucyjna stanowić może i na ogół stanowi pochodną wielu reguł określających kto, w jakich okolicznościach, jak powinien się zachować, oraz jakie z zachowań takich wynikać mają konsekwencje. Ze względu na często niesformalizowany charakter tych reguł ustalenie w jaki sposób względnie precyzyjnie zrekonstruować to, na czym polega dany fakt instytucjonalny (a zatem zrekonstruować jego regułę konstytucyjną, ustalić co i kiedy „liczy się” jako ów fakt) nastroczać może duże trudności i budzić głębokie kontrowersje. Analiza faktów instytucjonalnych i tworzących je funkcji statusowych byłaby przy tym - w opinii Searle’a - w pełni możliwa nawet bez posługiwania się formułą *X Uczy się jako Y* (choć oczywiście jest ona pod wieloma względami użyteczna i obrazowa, oddając prosto i schematycznie sposób powstawania i istnienia faktów instytucjonalnych).

Różnica pomiędzy nadaniem funkcji statusowej (a więc istnieniem określonego faktu instytucjonalnego opartego na pewnej regule konstytucyjnej), a zwykłym nazwaniem jakiegoś przedmiotu (X jest długopisem, Y jest herbatą) leży w tym, że w tym drugim przypadku przedmiot spełnia swoją funkcję jedynie w wyniku swoich posiadanych już samoistnie własności, a nazwanie go niczego do nich - poza nazwą - nie dodaje. Można powiedzieć, że w tych sytuacjach z dodania określonego słowa, określonej „etykiety” nic więcej nie wynika, oczywiście poza możliwością nazywania tego przedmiotu w danym języku. Tymczasem nadanie funkcji statusowej (mającym na ogół także własną nazwę) sprawia, że wynikają z niej konsekwencje o charakterze normatywnym. Z tego, że pewien obiekt jest „kartką papieru” nic nie wynika (jest to „zwykła” nazwa),

¹⁶ N. MacCormick wprowadził tu odróżnienie na reguły instytucyjne, konsekwencyjne i terminatywne (N. MacCormick, O. Weinberger, *Institutional Theory of Law New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht 1986, s. 52 i nn.). W dalszej dyskusji podważano jednak zasadność wyróżniania odrębnej kategorii reguł terminatywnych. Zob. J. Bengoetxea, *Institutions, Legal Theory and EC Law*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 67 (1991), s. 204-205.

¹⁷ Na gruncie pokrewnej, sformułowanej w polskiej literaturze prawniczej koncepcji czynności konwencjonalnych mówi się tu o regułach konstrukcyjnych (wskazujących jak prawidłowo dokonać danej czynności) oraz regułach konsekwencyjnych (określających skutki jej dokonania). Por. L. Nowak, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, M. Zieliński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, Studia Prawnicze z. 33 (1972), s. 73 i nn.

¹⁸ Por. np. odróżnienie „konotacyjnego” i „denotacyjnego” ujęcia reguły konstytucyjnej dokonane przez S. Czepitę (*Reguły konstytucyjne...*, s. 150 i nn.).

z tego, że jest „aktem notarialnym”, „testamentem”, „uchwałą wspólników”, „biletem wstępu” etc. wynikają oczywiste konsekwencje. „Konstytutywność” reguł definiujących określone przedmioty, osoby czy zdarzenia jako pewnego nowego rodzaju fakty ma zatem charakter ontologiczny a nie semantyczny. Tworzy bowiem nowy rodzaj faktów, przesądza o tym, że *X staje się Y*, nabywając dzięki temu pewnych odmiennych własności, a nie tylko odnosi się do niego pewne słowo (jak w przypadku „zwykłych” nazw).

Własności dzięki którym Y jest w stanie pełnić przypisywaną mu funkcję statusową mają charakter normatywny. Inaczej mówiąc, sensem owego „bycia Y” oznaczającego w istocie „liczenie się jako Y” a więc „bycie uznawanym za Y” są uprawnienia i obowiązki, jakie wiążane są z posiadaniem takiego statusu przez X. Tym co charakterystyczne dla funkcji statusowych to właśnie, zdaniem Searle’a, określona deontologia - zbiór konsekwencji normatywnych postrzeganych jako następstwo „bycia Y”. W istocie więc bardziej ściśle niż formuła *X liczy się jako Y* ujęcie istoty funkcji statusowej powinno mieć postać:

X liczy się jako Y => Akceptujemy (A ma obowiązek (A czyni Z)) lub
X liczy się jako Y => Akceptujemy (A jest uprawniony (A czyni Z)).

Oczywiście w powyższych formułach istotne jest to, że akceptacja uprawnienia lub obowiązku pewnego podmiotu (A) jest uznawane za następstwo przypisania określonej funkcji statusowej (Y) zdarzeniu, przedmiotowi czy osobie (X). Jeśli pewna kartka papieru (X) liczy się jako „akt notarialny” (Y) wówczas dla wielu podmiotów (A) wynikają z tego rozmaite konsekwencje normatywne (uprawnienia i obowiązki). Podobnie, gdy wypowiedzenie określonych słów (X) „liczy się” jako „wypowiedzenie umowy” (Y) sens nadania tego rodzaju funkcji statusowej sprowadza się do uprawnień i obowiązków, które wynikają z niej dla określonych podmiotów. Jak utrzymuje Searle - zdolność nadawana funkcji

¹⁹ Te konsekwencje bywają opisywane także jako „tworzenie ram postępowania”, „określanie ról i wzorów zachowania się” „tworzenie powiązań pomiędzy jednostką a innymi osobami oraz społeczeństwem”, „ustalaniem kryteriów wartościowania czynności”, „definiowana oczekiwań związanych z rolami społecznymi” etc. Zob. O. Weinberger, *Norm und Institution*, Wien 1988, s. 28-31.

²⁰ W ten sposób koncepcja Searle’a zbliża się (bez jego wiedzy) do poglądów H. Kelsena, który wszelkie „byty” prawne (w tym także „osoby fizyczne” traktowane przez niego jako po prostu pewien rodzaj „osób prawnych”, tzn. podmiotów, którym prawo zarachowuje pewne uprawnienia i obowiązki) traktował jako wiązki uprawnień i obowiązków wynikających z posiadania określonego statusu prawnego. Zob. H. Kelsen, *Czysta teoria prawa. Metoda i pojęcia zasadnicze*, tłum. T. Przeorski, Warszawa 1934, s. 36; idem, *Reine Rechtslehre*, 2 aufl. Wien 1960, s. 172 i nn.; na temat podobieństw i różnic koncepcji Searle’a i Kelsena zob. także P. Comanducci, *Confronting Two Constructivists* [w:] E. Lagerspetz, *On the Nature...*, s. 193 i nn.

statusowych i wynikających z nich „nieinstynktownych racji postępowania” (*desire-independent reasons for action*) stanowi fundament cywilizowanego życia społecznego. Nadanie funkcji statusowej pociąga za sobą obowiązki i uprawnienia będące racjami postępowania, które skłonni jesteśmy uznawać niezależnie od tego, czy i na ile jest to zbieżne z naszymi aktualnymi popędami, chęciami czy dążeniami.²¹ Uznawanie, a co za tym idzie - istnienie tego rodzaju racji - stanowi zdaniem Searle’a - istotę racjonalności praktycznej.

Warto zwrócić uwagę, że fakty instytucjonalne mogą podlegać i podlegają wielokrotnej „iteracji”, tworząc nieraz wielopoziomowe struktury. Jeśli w jednej regule konstytutywnej X liczy się jako Y, ów Y może stać się następnie X w kolejnej regule (wyższego „piętra”). Pewne obiekty mogą liczyć się jako odrębne „nieruchomości”, niektóre z nich z kolei jako „nieruchomości rolne”, te z kolei jako „nieruchomości rolne należące do ANR” etc. W praktyce mamy do czynienia nie tylko z wielopiętrowością funkcji statusowych i nadających je reguł konstytutywnych, ale także ich wzajemnym nakładaniem się i warunkowaniem tworzącymi łącznie złożone struktury faktów i zjawisk społecznych. W ten sposób bycie osobą fizyczną warunkuje bycie stroną umowy czy postępowania, właścicielem nieruchomości, to zaś z kolei - podatnikiem określonego podatku etc. Jednakże odrębną, podstawową, a zarazem niejako podwójną rolę odgrywa tu język. Z jednej strony jest on sam oczywistym i niejako paradygmatycznym wręcz przejawem instytucji opartych na funkcjach statusowych. Reguły semantyczne, syntaktyczne i pragmatyczne danego języka rozstrzygają o tym, że pewne znaki na kartce papieru lub wyartykułowane dźwięki „liczą się” nie tylko jako wypowiedzenie słów w danym języku, te zaś „liczą się” jako dokonanie określonego aktu mowy: stwierdzenia, złożenia przeprosin, wyrażenia życzenia, zadania pytania etc. Mogą one spełniać te funkcje jedynie dzięki uznaniu w danej społeczności, że w pewien sposób (zgodnie z pewnymi regułami) uporządkowane ciągi dźwięków lub kresek uważane są za dokonanie określonego aktu mowy. Z drugiej strony język i dokonywane przy jego pomocy akty mowy umożliwiają tworzenie faktów instytucjonalnych o rozmaitym, pozalingwistycznym już, charakterze. Wyartykułowanie określonego aktu mowy może bowiem liczyć się jako „wyzwanie na pojedynek”, „naruszenie czci”, „podjęcie uchwały wspólników”, „oświadczyzny”, „rezerwacja pokoju w hotelu”, „złożenie życzeń urodzinowych”, „donos” etc. Jak ujmuje to Searle - język stanowi podstawową instytucję społeczną, albowiem jego istnienie nie wymaga istnienia jakichkolwiek innych instytucji, natomiast

²¹ Jeśli np. złożyłem obietnicę aby coś uczynić tworzy to dla mnie rację aby zachować się w ten właśnie sposób niezależnie od tego czy i na ile mam na to akurat ochotę. Zob. szerzej J. Searle, *Rationality in Action*, s. 167 i nn.

wszelkie inne instytucje zakładają istnienie języka²² Warto także zauważyć, że skoro nadanie określonego obiektowi funkcji statusowej nie zmienia niczego w jego fizycznych, chemicznych czy biologicznych własnościach, często aby ułatwić rozpoznanie owego X jako Y, czy wręcz w sformalizowany sposób zaświadczyć o posiadaniu takiego statusu wykształcane są rozmaite „wskaźniki statusu”

- takie jak chociażby pagony, order, togi, mundury, tablice informacyjne, zaświadczenia, wpisy czy inne dokumenty etc. Same będąc faktami instytucjonalnymi pełnią one jednak funkcję wskazywania, jaka funkcja statusowa (a w konsekwencji jakie uprawnienia i obowiązki) nadawana jest obiektowi, którego dotyczą.

Searle jest zdania, że rzeczywistość społeczna stanowi właśnie kompleks tego rodzaju funkcji statusowych i ich reguł konstytutywnych. Opierają się one na regułach językowych i tworzą następnie wielopiętrową sieć wzajemnie nakładających się na siebie instytucji społecznych. Ten sam obiekt fizyczny czy zdarzenie może mieć szereg rozmaitych funkcji statusowych, a tym samym stanowić przedmiot czy element wielu faktów instytucjonalnych. Rzeczywistość tego rodzaju faktów jest znacznie bardziej różnorodna niż fizycznych „surowych” obiektów na gruncie których powstaje. Te same okoliczności, osoby czy przedmioty bywają wszak elementami czy przedmiotami rozmaitych faktów instytucjonalnych. Niezależnie od tego, że faktem może być jednocześnie to, że Jan jest obywatelem, podatnikiem, właścicielem nieruchomości, przyjacielem Pawła, mężem Zofii, poszkodowanym w wypadku samochodowym, ubezpieczonym, członkiem chóru męskiego czy obrońcą w drużynie piłkarskiej, to na poziomie faktów surowych istnieje jeden i ten sam Jan. W ten sposób świat społeczny jest

- by sparafrazować Wittgensteina - „ogółem faktów, nie rzeczy”, fakty te układają się w określone instytucje wraz z odpowiadającymi im postawami czy praktykami społecznymi. Tworząc ostatecznie „ogromną niewidoczną ontologię” świata społecznego, zależną w ostatecznej instancji od tego, w jaki sposób traktujemy i za co uważamy takie czy inne fakty surowe, jakiego rodzaju obowiązki i upraw-

²² W wielu przypadkach akty mowy bywają (w drodze odrębnych reguł konstytutywnych) zastępowane równoznacznymi z nimi czynnościami symbolicznymi (np. gwizdek sędziego, skinienie głową, podniesienie ręki, sygnalizacja drogowa etc.)

²³ Najbardziej gruntowną analizę roli języka dla budowy rzeczywistości faktów instytucjonalnych przedstawia Searle w pracy *Language and Social Ontology, Theory and Society*, vol. 37 (2008), No 5, s. 443 in.

²⁴ „Again when I am alone in my room, that room contains at least the following ‘social objects’: a citizen of the United States, an employee of the State of California, a licensed driver and a taxpayer. How many objects are in the room? There is exactly one: me.” (J. Searle, *Reply to Smith*, 5.302) ; por. też T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny a obraz świata* [w:] G. Skąpska (red.) *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Kraków 1992, s. 155 in.

nienia kolektywnie wiążemy z nadawanymi im funkcjami statusowymi. Są one po prostu drugim krańcowym punktem długiego kontinuum rozciągającego się od rzeczywistości cząstek elementarnych, oddziaływań grawitacyjnych, przez góry, jeziora, organizmy i mózgi, po krzesła, śrubokręty, restauracje i parlamenty

IV. Instytucje, konwencje, prawo

Koncepcja rzeczywistości społecznej jako zbioru funkcji statusowych znajduje się - jak podkreśla Searle - wciąż jeszcze w okresie „dziecięcym, choć już nie niemowlęcym”. Rozwijana jest jednocześnie w ogniu krytyki i dyskusji, w której pojawiają się także wątki, które okazują się lub mogą okazać szczególnie interesujące z punktu widzenia zagadnień prawnych. Pierwszym z nich jest poruszany zwłaszcza przez B. Smitha, problem „wolnych terminów Y”. Klasyczne stanowisko Searle’a mocno akcentowało „logiczny prymat” faktów surowych względem faktów instytucjonalnych. Ma on polegać na tym, że fakty instytucjonalne, niezależnie od piętér „iteracji”, ostatecznie znajdują pewną podstawę w rzeczywistości złożonej z pewnych obiektów fizycznych. Naturalistyczny rdzeń tej koncepcji polega przy tym właśnie na przekonaniu, że wszelkie, najbardziej nawet złożone „ontologicznie subiektywne” zjawiska życia społecznego stanowią jedynie wynik oddziaływania stanów intencjonalnych na pewne elementy „ontologicznie obiektywnej” rzeczywistości, którym nadawane są funkcje statusowe. Wobec tego, fundamentem wielopiętrowych nieraz konstrukcji instytucjonalnych powinno być ostatecznie jakieś nieinstytucjonalne „X”, które w pierwszym kroku „liczy się” jako „Y” (nawet jeśli w dalszej kolejności owo „Y” liczy się następnie jako inne, tworzące kolejne piętro instytucjonalnej rzeczywistości Y2, to zaś dalej jeszcze jako Y3 etc.). Ten właśnie element teorii Searle’a został zakwestionowany poprzez wysunięcie tezy, że wskazać można przykłady takich faktów instytucjonalnych, którym nie odpowiadają żadne fakty „surowe”, dla których nie istnieje żaden „X”, który liczyłby się jako ów fakt instytucjonalny. Problem ten dyskutowany jest zatem jako problem „wolnych terminów Y” (*free standing Y-terms*).²⁵ Jako przykłady tego rodzaju zjawiska podawane są chociażby pieniądze „na koncie

²⁵ Jak zauważa B. Smith, w ten sposób odrzuca Searle modne przez pewien czas zwłaszcza w ramach postmodernizmu teorie negujące istnienie rzeczywistości i faktów nie będących „społeczną konstrukcją”, „konsensem”, „produktem dyskursu”, „tekstem” etc. (*From Speech Acts to Social Reality* [w:] B. Smith (Ed.), *John Searle*, Cambridge 2003, s. 18

²⁶ Ibidem, s. 19 i nn.; por. Także J. Searle, *What is an institution?* [w:] B. Guy Peters, J. Pierre, *Institutionalism*, vol. I, Los Angeles-London 2007, s. 255 i nn.

bankowym”, które nie mają żadnego odpowiednika fizycznego, poza impulsami elektronicznymi w systemie komputerowym, długi, prawo własności intelektualnej, dobra osobiste etc. Gdyby rzeczywiście zgodzić się z tezą, że obok sytuacji w których mamy do czynienia z prostą relacją „liczenia się jako” (np. Lech Kaczyński liczy się jako Prezydent RP, budynek przy Al. Szucha 12 liczy się jako siedziba Trybunału Konstytucyjnego, Piotr liczy się jako przyjaciel Jana etc.), mamy także do czynienia z faktami instytucjonalnymi nie mającymi - nawet pośrednio - swoich odpowiedników w faktach surowych, wówczas z tego rodzaju „wolnymi terminami Y” mielibyśmy zapewne do czynienia ze szczególnym natężeniem właśnie na gruncie prawa. Tym samym koncepcja Searle’a miałaby bardzo ograniczoną użyteczność akurat dla analizy interesujących nas problemów prawniczych. Wydaje się jednak, że pogląd Smitha pomija pewien kluczowy element powstawania faktów instytucjonalnych. Otóż funkcja statusowa bywa nadawana przede wszystkim zdarzeniom, aktom, a nie przedmiotom. W wyniku dojścia do skutku określonego wydarzenia w pewnych okolicznościach (kontekście) liczy się ono jako zajście pewnego faktu instytucjonalnego którego elementami są związane z owym wydarzeniem konsekwencje normatywne (uprawnienia i obowiązki). W ten sposób wypowiedzenie pewnych słów „liczy się” jako złożenie obietnicy, z którą wiązana jest konsekwencja w postaci ciężącego na mówcy obowiązku jej dotrzymania.²⁸ X jest tu zdarzeniem, które nastąpiło i minęło, natomiast konsekwencje związane z nadawaną mu funkcją statusową (a więc uprawnienia i obowiązki pewnych podmiotów) trwają. Podobnie posiadanie określonej kwoty pieniędzy „na koncie” stanowi fakt instytucjonalny sprowadzający się do pewnych uprawnień i obowiązków wynikających z zajścia zdarzenia, którego funkcją statusową jest „wpłata pieniędzy na konto”. Zajście w przeszłości pewnego faktu, któremu przypisywany jest określony status jest więc traktowane jako tworzące pewne nieinstynktowne racje postępowania, które nie byłyby brane pod uwagę gdyby temu faktowi nie był przypisywany taki właśnie status. Podobnie w przypadku innych „wolnych terminów Y” są one na ogół zespołem uprawnień i obowiązków wynikających z pewnych zdarzeń, które zaszły w określonym

²⁷ Por. B. Smith, *The Ontology of Social Reality. Exchange with J. Searle*, American Journal of Economics and Sociology, vol. 62, no. 1 (2003), s. 288 i nn.

²⁸ Oczywiście nałożenie pewnej funkcji statusowej („złożenia obietnicy”) na określone zdarzenie (wypowiedzenie w pewnej sytuacji słów mających takie a nie inne znaczenie etc.) nie oznacza *ex definitione*, że wiązany z nią obowiązek określonego zachowania nie może zostać następnie uchylony pod wpływem innych okoliczności. Samo istnienie obowiązku stanowiącego treść funkcji statusowej nałożonej na pewien obiekt nie oznacza, że obowiązek ten musi mieć charakter absolutny, niezmienny etc. Jego „siła”, „konkluzywność” itd. jest także kwestią konwencji tworzącej fakt instytucjonalny „obietnicy”, „polecenia”, „prośby” etc.

momencie pozostawiając po sobie określone normatywne konsekwencje (racje postępowania). W sferze rzeczywistości instytucjonalnej mamy bowiem do czynienia - jak ujmuje to Searle - z „prymatem aktów nad przedmiotami”. Te ostatnie bowiem zwykle zyskują funkcję statusową dzięki dokonaniu określonych czynności lub nastąpienia pewnych zdarzeń i stają się „nosicielami” uprawnień i obowiązków stanowiących pewien fakt instytucjonalny. Określona osoba staje się np. powodem, spadkobiercą, pracownikiem, posłem, obywatelem itd. w wyniku pewnych czynności lub zdarzeń, które go dotyczą i które - w przeciwieństwie do wywołanych nimi uprawnień i obowiązków - mają charakter momentalny. „Cały sens faktów instytucjonalnych” - pisze Searle - „polega na tym, że raz wykreowane trwają następnie tak długo, jak są uznawane. Po nadaniu funkcji statusowej Y dalsze istnienie X nie jest już potrzebne”. Należałoby zatem, jak się wydaje, przyjąć, że status określonych przedmiotów lub osób (np. dany kawałek papieru liczy się jako banknot, dana osoba jako minister) stanowią niejako wtórne, pochodne funkcje statusowe, będące skutkiem nadania pierwotnych, źródłowych funkcji statusowych określonym zdarzeniom (wyprodukowaniu banknotu przez określony podmiot, aktu skutecznej nominacji na stanowisko ministra). Choć wydaje się to konkluzją nieuniknioną i zasadną, to jednak prowadzi ona do pewnej modyfikacji obrazu rzeczywistości społecznej w pierwotnym ujęciu Searle’a. Na instytucjonalnym poziomie rzeczywistości mielibyśmy do czynienia przede wszystkim z uprawnieniami i obowiązkami wykreowanymi przeszłymi zdarzeniami i trwającymi w czasie mimo tego, że same te zdarzenia miały charakter momentalny i przemijający. Searle zwraca uwagę, że choć „do powstania funkcji statusowych potrzebny jest określony kontekst, to raz powstałe trwają one następnie w sposób, który jest od owych okoliczności niezależny”. W ten sposób mamy do czynienia nie tyle z „wolnymi”, ile „uwolnionymi” terminami Y. Trzeba jednak pamiętać, że konsekwencje normatywne powstałe w wyniku zajścia faktu instytucjonalnego wiążą się, siłą rzeczy, z określonymi podmiotami, są zawsze „czyimiś” uprawnieniami i obowiązkami. Jeśli na surowy fakt jakim jest śmierć człowieka nakładamy funkcję statusową „otwarcia spadku”, po tym jak wydarzenie to następuje i przemija, w sferze instytucjonalnej pozostają jej konsekwencje - uprawnienia i obowiązki *pewnych podmiotów*. Faktem (instytucjonalnym) staje

²⁹ Pod tym względem ujawnia się trafność intuicji twórców naszej rodzimej koncepcji „czynności konwencjonalnych”, która mając charakter znacznie bardziej wycinkowy i nie podnosząc też ogólnie ontologicznych, w sposób właściwy akcentowała konwencjonalny charakter przede wszystkim czynności, a nie osób czy przedmiotów.

³⁰ J. Searle, *Reply to Smith*, s. 305

³¹ Ibidem, s. 306

się wówczas to, że *X jest spadkobiercą*. W ten sposób w wyniku tego, że pewne zdarzenie *X liczy się* jako zajście określonego faktu instytucjonalnego (otwarcia spadku), pewne osoby zaczynają *liczyć się* jako spadkobiercy, wykonawcy testamentu itd. A zatem termin *Y* nie tyle staje się „wolny”, ile rozkłada się czy rozprasza na nowe funkcje statusowe wszystkich, którzy stają się posiadaczami uprawnień lub obowiązków powstałych w wyniku przypisania pewnemu zdarzeniu funkcji statusowej *Y*. W ten sposób wyjaśnia się też niepokojący B. Smitha przykład pieniędzy na koncie bankowym, dla których nie istnieje „*X*”, który *liczyłby się* jako określona kwota *W* w wyniku zajścia zdarzenia, które *liczy się* jako „wpłata kwoty na konto” powstaje konsekwencja w postaci uprawnienia posiadacza konta do wypłaty tej kwoty. Istnieje zatem osoba, która *liczy się* jako posiadacz określonej kwoty na koncie, a także bank który jest zobowiązany do jej wypłaty, a zatem *liczy się* jako *dłużnik* tej osoby.

Drugą kwestią budzącą zainteresowanie, ale i wątpliwości, a przy tym niezwykle doniosłą dla problematyki prawnej, jest relacja pojęć instytucjonalności i konwencjonalności. Jak postaram się wyjaśnić, sprawa nie ma, a przynajmniej nie musi mieć, charakteru jedynie terminologicznego. Sam Searle stanowczo odróżnia instytucjonalność i konwencjonalność, wskazując na to, że fakty instytucjonalne w istotnym stopniu nie mają charakteru konwencjonalnego. Konwencja niesie bowiem ze sobą *ex definitione* element arbitralności, stanowiąc jeden spośród kilku możliwych sposobów rozwiązania danego problemu. Searle podkreśla natomiast, że to, jakim faktom surowym nadajemy jakie funkcje statusowe nie ma bynajmniej charakteru arbitralnego. „Pewna reguła konstytutywna wskazuje na przykład, że ponieważ zdałem określone egzaminy sprawdzające umiejętność jazdy samochodem jestem posiadaczem prawa jazdy Stanu Kalifornia. Posiadanie umiejętności jazdy samochodem nie jest „konwencjonalnym” sposobem nabywania uprawnień do prowadzenia samochodu. Nie ma niczego arbitralnego w tym, że uprawnienie do prowadzenia samochodu, podobnie jak wykonywania zawodu neurochirurga, wymaga posiadania pewnych fizycznych umiejętności. Element konwencji wkracza tu o tyle, że możemy mieć rozmaite sposoby weryfi-

³² Oczywiście „wpłata pieniędzy na konto” stanowi termin *Y* stanowiący instytucjonalny odpowiednik faktu surowego polegającego, powiedzmy na położeniu pewnych kawałków papieru w określonym miejscu i wypowiedzeniu określonych słów.

³³ Ów moment arbitralności obecny jest w większości analiz pojęcia konwencji. Por. zwłaszcza D. Lewis, *Convention*, s. 69 i nn.; także I Dąbska, *O konwencjach i konwencjonalizmie*, Warszawa 1975; A Marmor, *On Convention*, Synthese vol. 107 (1991), No. 3, s. 349 i n. Odmienne jednak M. Gilbert, *On Social Facts*, s. 340 i n. czy Y. Ben Manahem, *Conventionalism*, Cambridge-New York 2006, s. 53.

kacji tych umiejętności (...) Jednak w tym, że otrzymanie prawa jazdy oparte jest na posiadaniu umiejętności jazdy samochodem nie jest kwestią konwencji. ” Jednakże inni autorzy upatrują konwencjonalności faktów instytucjonalnych przede wszystkim w tym, co Searle nazywa ich auto-referencjalnością (samo- odnoszeniem). Fakty instytucjonalne istnieją bowiem o tyle, o ile uważamy je za istniejące. Banknoty, urzędnicy, księgi wieczyste, święta czy przyjaciele są nimi dlatego, że są za nie uważani. Mają więc charakter konwencjonalny w tym sensie, że ich istnienie jest „ontologicznie subiektywne” - istnieją na mocy konsensu, „umowy”, zgody co do tego, że ktoś lub coś będzie „liczył się” jako nosiciel pewnego dodatkowego statusu wraz z wiązanymi z tym normatywnymi konsekwencjami. W ten sposób konwencjonalność faktów instytucjonalnych rozumie E. Lagerspetz, definiując je w sposób następujący. Można przyjąć, że „a jest F” stanowi fakt konwencjonalny w jakiejś społeczności wtedy i tylko wtedy, gdy:

- (i) istnieją wzajemne przekonania (*mutual belief*) członków danej społeczności, że a jest F;
- (ii) owo wzajemne przekonania są przynajmniej częścią racji ze względu na którą członkowie danej społeczności podejmują działania mające sens dlatego, że a jest F.

Przykładem podawanym przez Lagerspetza jest traktowanie miejsca pod drzewem jako „miejsca spotkań” danej grupy. Jest ono rzeczywiście miejscem spotkań danej grupy wówczas, gdy jest to w owej grupie przedmiotem wspólnego przekonania, że względu na które wówczas, gdy ma dojść do spotkania, udają się oni w to właśnie miejsce. Wzajemne przekonania (*mutual belief*) są tu rozumiane jako wiedza każdego członka społeczności, że „a jest F”, a także jego wiedza, o tym, że jest to też wiedzą innych członków społeczności, a nadto o tym, że elementem wiedzy innych członków społeczności jest to, że jest to także jego wiedza. W przedstawionym wyżej stanowisku Lagerspetza wyróżnić można dwa, w istocie odrębne, zagadnienia. Pierwszym z nich jest „konwencjonalność” faktów instytucjonalnych polegająca na ich uzależnieniu od wspólnego przekonania członków danej społeczności. Drugim - próba sprowadzenia tego, co Searle uznaje za biologiczne zjawisko „kolektywnej intencjonalności” do pewnego systemu wzajemnie powiązanych indywidualnych przekonań (*mutual belief*). To ostatnie

³⁴ Searle, *Reply to Smith*, s. 308

³⁵ E. Lagerspetz, *On the existence of institutions* [w:] idem (ed.) *On the Nature of Social and Institutional Reality*, s 80 i nn. ; szerzej idem *Opposite Mirrors. Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht-Boston-London 1995, passim, szczeg. S. 14 i nn.

zagadnienie pozostawimy poza zakresem rozważań koncentrując się na pierwszym. Fakty konwencjonalne w tym ujęciu charakteryzują się pewną osobliwą cechą - nie jest możliwy wspólny błąd co do charakteru danego faktu. Jeśli pewne miejsce jest *uważane* za miejsce spotkań, to wskutek tego ono właśnie *jest* miejscem spotkań. Nie jest pojęciowo możliwa sytuacja, że wszyscy mylnie traktujące jako miejsce spotkań, podczas gdy w rzeczywistości jest nim np. inne drzewo. Podobnie w języku naturalnym - jeśli wszyscy uznają pewne słowo za posiadające

określone znaczenie to *ma* ono właśnie takie znaczenie (fakt ten jest zdetermi-

nowany przekonaniem i uzusem językowym danej społeczności³⁶). Osobliwość ta wskazuje jednak na pewną różnicę pomiędzy tak rozumianą konwencjonalnością, a specyfiką przynajmniej niektórych faktów instytucjonalnych. Może być bowiem tak, że wszyscy mylnie sądzimy, że pewien kawałek papieru jest banknotem, podczas gdy jest on wyjątkowo udanym fałszerstwem, możemy wspólnie błędnie sądzić, że pewne osoby pozostają w związku małżeńskim, podczas gdy po pewnym czasie zostanie ono uznane za „nieistniejące” (*ex tunc*) - a więc w istocie nigdy nie zaistniałe (w sensie faktu prawnego określonego rodzaju). Podobnie oczywiście z obowiązywaniem aktu normatywnego (ustawy, rozporządzenia, wyroku, dekretu, decyzji), które następnie mogą zostać uznane za nieważne *ab initio*. Można oczywiście próbować rozwiązać ten problem wskazując na to, że pierwotnie pewne fakty, czynności i osoby pełnią nałożone na nie funkcje statusowe dlatego, że wszyscy przypisują im pewien charakter (np. podrobiony pieniądź pełni do czasu ujawnienia fałszerstwa funkcję pieniądza), a następnie wszyscy zmieniamy sposób traktowania owych wcześniejszych faktów i konsekwencji jakie powinny być z nimi wiązane. Wydaje się wszakże, że przykłady te wskazują na pewien interesujący i istotny rys różnicujący instytucjonalność faktu od jego konwencjonalności (w podanym wyżej rozumieniu). Może być bowiem tak, że pewnym obiektom przypisujemy pewną funkcję statusową wprost, opierając się na uznawanych przez siebie regułach. Mają one zazwyczaj charakter niesforma-

³⁶ Traktowanie konwencjonalności jako cechy ukonstytuowania decyzją, przekonaniem czy swego rodzaju „umową” wydaje się zresztą zbieżne z „konwencjonalnością” jaką mieli na myśli twórcy koncepcji czynności konwencjonalnych. Lagerspetz słusznie jednak dostrzega, że ów konwencjonalny charakter przypisywany bywa nie tylko czynnościom, ale także zdarzeniom niezależnym od woli czy osobom. Stąd też metodologicznie teoria czynności konwencjonalnych wydaje się z tego względu teorią „kulejącą” w sensie jakim nadawanym temu określeniu przez L. Petrażyckiego.

³⁷ Por. E. Lagerspetz, *On the Existence of Institutions*, 81.

³⁸ Interesującą dyskusję na temat możliwości powszechnego błędu co do treści prawa zob. M. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge 2007, s. 8-9 (rec. T. Pietrzykowski, *Państwo i Prawo*, 2008 z. 3, s. 126 i n.)

lizowanych reguł społecznych (o charakterze np. zwyczajowym) kształtujących się w każdej grupie. Przykładem tego rodzaju faktu może być np. wspólny spacer, uroczysta gala, pierwsza randka czy uformowanie się kolejki w sklepie czy przy zwężeniu drogi. Z tego rodzaju okolicznościami zaczynamy wiązać pewne konsekwencje normatywne - przyjęcie, że pewne zachowania są właściwe (po- winne), a inne nie. W ten sposób fakt ów kształtuje pewien zbiór normatywnych (a nie tylko predyktywnych) oczekiwań co do wzajemnych zachowań uczestników owego faktu. Rzecz jasna zarówno charakter samego faktu, treść i relewancja znajdujących zastosowanie reguł, jak i skutki ich naruszenia mają charakter zależny od przekonań i postaw uczestników danej sytuacji.⁴¹ Istnieją także fakty, w których mamy do czynienia z sytuacją inną. O statusie danego faktu i jego normatywnych konsekwencjach przesądzają reguły, które nie muszą być wcale znane i akceptowane przez jego uczestników. W tym sensie nie muszą oni wcale uznawać, że dany konkretny fakt „liczy się” jako fakt instytucjonalny pewnego rodzaju. Wystarczy, że członkowie danej społeczności akceptują to, że o funkcjach statusowych pewnych faktów przesądzają reguły określonego rodzaju (choć sami niekoniecznie muszą ich treść znać, akceptować czy stosować w konkretnych sytuacjach). Co więcej nie muszą nawet zgadzać się co do tego, o jaki konkretnie zbiór reguł chodzi, wystarczy, że aprobowane są kryteria i sposób autorytatywnego rozstrzygania o statusie i konsekwencjach danego faktu. W ten sposób możliwe jest przypisanie odpowiedniej funkcji statusowej pewnym zdarzeniom niezależnie od postaw czy przekonań uczestniczących w nim bezpośrednio osób oraz na podstawie niekoniecznie znanych im i aprobowanych przez nich reguł. Do tego niezbędne jest jednak, aby obowiązywanie, treść, relewancja czy konsekwencje reguł określających funkcje statusowe poszczególnych zdarzeń stanowiły kwestię rozstrzyganą przez inne reguły (a nie bezpośrednio przez własną wolę, przekonania czy postawy osób zaangażowanych w dane zdarzenie). Instytucjonalizacja jest więc kwestią reguł wyższego stopnia - które mogą przesądzać zarówno o istnieniu i treści pewnych reguł „merytorycznych”, jak i ustanawiać sposoby autorytatywnego rozstrzygania jaki status

³⁹ Zob. np. G. Romans, *Social Behavior. Its Elementary Forms*, New York-Chicago 1974, s. 98 i nn.; J. Thibaut, H. Kelley, *The Social Psychology of Groups*, New York-London 1959, s. 126 i nn.

⁴⁰ Na temat roli reguł prawnych jako czynnika kształtującego i stabilizującego wzajemne oczekiwania społeczne zob. N. Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford-New York 2004. s. 142 i nn.

⁴¹ Przykładem kolejki jako obszaru działania konwencji społecznych w interesujący sposób posługuje się N. MacCormick, *Institutions of Law*, s. 11 i nn.

i konsekwencje w ich świetle wynikają z określonych zdarzeń czy zachowań. Jednakże ostatecznie, jak zauważa Lagerspetz, „każdy łańcuch reguł musi znajdować początek w aktach o charakterze konwencjonalnym”. W przeciwnym razie natknęlibyśmy się na znany problem „nieskończonego regresu reguł”. Fakty instytucjonalne są bowiem zależne od uznania obowiązywania pewnych reguł. Uznanie obowiązywania reguł samo w sobie nie jest - zdaniem Lagerspetza - faktem surowym, ale samo wymaga założenia obowiązywania innych reguł. W ten sposób dochodziłoby do regresu w nieskończoność. Muszą zatem istnieć nie-surowe fakty, które jednocześnie nie są zależne od reguł. Stąd też jego zdaniem u podstaw każdej instytucji leżeć muszą fakty konwencjonalne polegające na „bezpośrednim” przypisywaniu określonego statusu pewnym obiektom i posiadaniu przez nie tego statusu ze względu na owo przypisanie. W tym ujęciu rację miałby zarówno H.L.A Hart wskazując na to, że reguła uznania każdego porządku prawnego jest ostatecznie kwestią pewnej wspólnej praktyki „*officials*” decydującej o jego funkcjonowaniu (w którym to pojęciu mieści się zarówno przekonanie o tym, że należy posługiwać się pewnymi kryteriami, jak i wynikające z niego postępowanie), jaki H. Kelsen, zwracający uwagę, że ostatecznie obowiązywanie reguł porządku prawnego opiera się na założeniu, że mają one charakter obowiązujący.

⁴² N. MacCormick, *Institutions of Law*, ss. 22 i nn., 286. Na temat roli I zawłości w pojmowaniu „reguł wtórnych” jako reguł „operujących na regułach obowiązku”, nad którymi dyskusję zainicjował H.L.A Hart swoim *Pojęciem prawa* (wyd. polskie tłum. J. Woleń- ski, Warszawa 1998), zob. m.in. KK Lee, *Hart's Primary and Secondary Rules*, *Mind*, Vol. 77 No. 308 (1968), s. 561 i nn.; D. Gerber, *Levels of Rules and Hart's Concept of Law*, *Mind*, Vol. 81, No. 321 (1972), s. 102 i nn. M. Singer, *Hart's Concept of Law*, *The Journal of Philosophy*, Vol. 60 (1963), No. 8, s. 208 i nn.;

⁴³ Sam Searle jest zdania, że najprostsze przypadki nakładania funkcji statusowych nie wymagają „świadomego postępowania według reguł czy procedur”. Reguła konstytutywna nie tyle jest ich podstawą, co wyłania się dopiero wówczas, gdy praktyka staje się względnie „utrwalona i stabilna” (*Social Ontology and Political Power* [w:] idem, *Freedom & Neurobiology*, s.90-92).

⁴⁴ Podobnie N. MacCormick, *Institutions of Law*, 31; 287-288. Por. także B. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford 2001, passim. J. Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford-New York 2001, s. 75 i nn.; M. Singer, *Hart's concept of law*, s. 209,213; L. J. Cohen, *The Concept of Law* (critical notice), *Mind*, vol. LXXI (1962), s. 395 i nn.;

⁴⁵ W ten bowiem sposób można bowiem rozumieć jego pojęcie normy podstawowej, jako założenia, że pierwszy akt prawotwórczy ma charakter obowiązujący-tym samym jego obowiązywania na skutek uznania go za obowiązujący. Zob. H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, s. 40-42; idem, *Reine Rechtslehre*, s. 204 i nn.; por. także N. Hoerster, *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie*, München 2006, s. 56 i n., s. 138 i n.; warto zwrócić uwagę, że podobna intuicja wyrażana była za XIX-wiecznymi „teoriami uznania” (*Anerkennungstheorien*). zob. np. C. Bahlmann, *Die Rechtslehre Ernst Rudolf Bierlings unter besondere Berücksichtigung seiner Anerkennungstheorie*, Münster 1995, passim, szczeg. s. 120 in.

Tyle, że tezy te odnosiłyby się nie tyle do porządku prawnego, ile stanowiły charakterystykę zjawiska „instytucjonalizacji” porządku normatywnego, którego paradygmatyczny, choć bynajmniej nie wyłączny, przypadek stanowi porządek prawny. Warto także zauważyć, że zarysowane przeciwstawienie konwencji i instytucjonalności faktów ma charakter modelowy, w rzeczywistości bowiem tworzą one pewne spektrum od pełnej konwencji do skrajnego zinstytucjonalizowania. Na jednym końcu owego kontinuum sytuowałyby się przypadki nadawania funkcji statusowych i określania ich konsekwencji w sposób w pełni uzależniony od sposobu traktowania ich przez ich uczestników oraz aprobowanych przez nich samych reguł (np. randka, spacer, wieczór kawalerski, spotkanie klasowe etc.). Byłyby to przypadki w których kolektywny błąd byłby w zasadzie wykluczony. Drugim ekstremum byłyby sytuacje, w których o relewancji reguł dla ustalenia funkcji statusowej i konsekwencji danego faktu decydowałyby inne reguły, w zasadzie niezależnie od przekonań i woli uczestników danego faktu. Pomiędzy tymi krańcami rozciąga się całe spektrum sytuacji pośrednich (reguły języków, gier, rozmaite kodeksy honorowe, etyczne, lokalne zwyczaje i konwenanse społeczne etc.). Także historia prawa wskazuje na rozmaite stopnie instytucjonalizacji jego reguł - wystarczy wspomnieć chociażby czasy

prawa zwyczajowego czy rozwój *common law*, nie mówiąc o prawie rozmaitych

społeczności „pierwotnych”).⁴⁶ Mamy więc do czynienia z różnym stopniem uniezależnienia reguł nadających funkcje statusowe i określających wynikające z nich konsekwencje od przekonań i postaw osób, które uczestniczą w realizacji określonych faktów surowych.

⁴⁶ Por. np. E. Colvin, *The Sociology of Secondary Rules*, University of Toronto Law Journal, vol. 28 (1978), s. 201 i nn.

⁴⁷ Trzeba jednak pamiętać, że tego rodzaju niezależne od uczestników reguły mogą uzależniać status danego faktu od ich woli czy świadomości, jest to jednak rodzaj - by tak rzec - „odesłania zwrotnego” mającego znaczenie jedynie dlatego, że od tego akurat uzależniają konsekwencje normatywne danego faktu relewantne dla jego oceny reguły.

⁴⁸ Zob. m.in. G. Sawer, *Law in Society*, Oxford 1965, s. 28 i nn.; B. Tamanaha, *A General Jurisprudence*, s. 171 i nn. ; por. także G. Fletcher, *Law* [w:] B. Smith (ed.) *John Searle*, s. 98 i nn.

⁴⁹ W tym sensie można by rozszerzyć znaną tezę H. Harta i powiedzieć, że istnienie reguł wtórnych (rozumianych jako reguły drugiego stopnia, reguły określające które reguły merytoryczne „liczą się” jako obowiązujące i jak rozstrzygać spory o ich treść i konsekwencje) stanowi nie tyle „krok od świata przedprawnego do świata prawnego” (*Pojęcie prawa*, s. 66), ile krok od świata faktów konwencyjnych do świata faktów instytucjonalnych. Por. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford-New York 1990, s. 123 i nn.

VI. Normy, performatywy i czynności prawne

Zarys ontologii świata społecznego wyłaniający się z prac Johna Searle'a, poza ogólnym postrzeganiem porządku prawnego jako systemu funkcji statusowych nadawanych mocą zinstytucjonalizowanych reguł pozwala także nieco inaczej spojrzeć na szereg tradycyjnie dyskutowanych problemów. Nie oznacza to oczywiście tego, że dostarcza ona jakiegoś algorytmu przy pomocy którego trudne i kontrowersyjne problemy prawnicze staną się nagle, jak za dotknięciem czarodziejskiej różdżki, jasne i bezdyskusyjne. Umożliwia jednak, jak sądzę, spojrzenie na pewne kwestie nieco inaczej i z pewnością stanowi użyteczne narzędzie rzucające na niektóre przynajmniej problemy nowe światło. Szereg formułowanych zresztą w nauce prawa koncepcji - od tzw. nielingwistycznej koncepcji normy po teorię czynności prawnych jako czynności konwencjonalnych czerpało inspirację z podobnych źródeł i zmierzało w podobnym do Searle'a kierunku.

K. Opałek formułując nielingwistyczną koncepcję normy zwracał uwagę, że czym innym jest akt normowania (ustanowienia normy), czym innym wypowiedź normatywna, a czym innym sama norma - będąca, jego zdaniem, decyzją stanowiącą wytwór aktu normowania i trwającą w czasie mimo, iż sam akt normowania ma charakter czynności momentalnej. W świetle ogólnych rozważań Searle'a można powiedzieć, że akt normowania stanowi pewną funkcję statusową nadawaną określonym czynnościom. Polega on na ustanowieniu obowiązującej normy, czy też - nadaniu normie wyartykułowanej w określonych okolicznościach charakteru normy „ważnie ustanowionej” a w konsekwencji - „obowiązującej”. Podobnie jak w przypadku każdej funkcji statusowej jej nadanie prowadzi do traktowania

⁵⁰ Trzeba także zwrócić uwagę na zapoczątkowaną w latach 80-tych przez N. MacCormicka oraz O. Weinbergera instytucjonalną teorię prawa, mającą stanowić całościową koncepcję wyjaśnienia zjawisk prawnych. Rozwija się ona do dziś, a wśród autorów którzy wnieśli do niej istotny wkład wymienić należy zwłaszcza D. Ruitera, F. Atrię czy J. Bengoetxeę. W Polsce z dorobku teorii faktów instytucjonalnych korzystał w wielu pracach zwłaszcza T. Gizbert-Studnicki, S. Czepita czy A. Grabowski. Wczesne koncepcje N. MacCormicka i O. Weinbergera omówił także M. Smolak (*Prawo, fakt, instytucja Koncepcje teoretyczne prawniczego pozytywizmu instytucjonalnego*, Poznań 1998).

⁵¹ Koncepcja nielingwistyczną została przedstawiona w K. Opałek, J. Woleński, *Is, Ought and Logic*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie vol. LXXIII (1987), s. 373 i n.; K. Opałek, *Dwoistość ujęcia normy w nauce prawa*, Państwo i Prawo, z. 6 1988, s. 3 i nn.. Zob także stanowisko T. Gizbert-Studnickiego, *The Non-linguistic Concept of Norm and Ontology*, [w:] W. Krawietz, J. Wróblewski (Hrsg.) *Sprache, Performanz Und Ontologie des Rechts. Festgabe für K. Opałek zum 75. Geburtstag*, Berlin 1993, s. 423 i nn.; także J. Woleński postawił tezę, że wypowiedzi normatywne stanowią w istocie albo wypowiedzi performatywne albo zdania deontyczne (zob. idem, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Kraków 1980, s. 91-94).

zaistnienia zdarzenia na którą jest ona nadawana jako źródła określonych obowiązków, których uznanie stanowi warunek spełnienia przez owo zdarzenie nadawanej mu funkcji. Treść (jak również charakter, rozkład itd.) tych obowiązków jest kwestią reguł w oparciu o które wystąpienie owych okoliczności traktowane jest jako zaistnienie danego faktu instytucjonalnego (tzw. reguł konsekwencyjnych tego faktu). Konsekwencją wiązaną z przypisaniem pewnemu zdarzeniu charakteru „złożenia obietnicy” jest traktowanie go, jako uzasadniającego istnienie obowiązku dotrzymania słowa Jeśli pewne zdarzenie stanowi „przyjęcie urodzinowe” to przypisanie mu takiego właśnie charakteru uzasadnia traktowanie gości jako zobowiązanych np. do tego, aby stawić się z prezentami „Pójście wspólnie na spacer” (jako funkcja statusowa nadana pewnemu zdarzeniu) kreuje chociażby zakaz nagłej i nieuzgodnionej zmiany kierunku marszu. Istnienie owych „obowiązków” sprowadza się do uznawania pewnych nieinstynktownych racji zachowania wiązanych z zajściem zdarzenia, na które nakładana jest danego rodzaju funkcja statusowa Nie inaczej jest w przypadku aktu normowania Jeśli został dokonany w sposób „ważny” (*ergo* pewnemu zachowaniu przypisuje się tę funkcję statusową) to traktowany jest jako pociągający za sobą obowiązek zachowania się w sposób określony treścią będącej jego przedmiotem wypowiedzi normatywnej. Tym jednak co ma tu charakter trwały jest obowiązek postępowania w sposób wyznaczony treścią ustanowionej normy, a więc „obowiązywanie” normy rozumiane jako istnienie racji aby postępować zgodnie z jej dyspozycją. Jednakże pamiętajmy, że wyrażona w akcie normowania wypowiedź normatywna może wprawdzie mieć charakter przepisu prawnego (a tym samym uzyskać pewien trwały substrat materialny), jednakże może także być np. ustnie wyrażonym poleceniem (a wówczas jedynym jej materialnym

⁵² Ten ostatni przykład por. M. Gilbert, *Walking together*, s. 180-182.

⁵³ Oczywiście na ogół obowiązek zachowywania się w sposób przewidziany treścią normy uzależniony jest od dalszych warunków, takich jak nadejście terminu „wejścia w życie” etc. Zob. na ten temat T. Pietrzykowski, *Temporalny zakres obowiązywania prawa*, Państwo i Prawo 2003, z. 4, s. 45 i nn.; inaczej por. P. J. Grabowski, *W sprawie temporalnego zakresu obowiązywania prawa. Polemika*, Państwo i Prawo 2004, z. 4.

⁵⁴ Pamiętajmy przy tym, że w sensie konwencjonalnym „istnienie X” oznacza tyle, co „uznawanie X za istniejące i stosowne do tego postępowanie”. Wobec tego obowiązek postępowania zgodnie z normą X oznacza „istnienie racji, aby postępować zgodnie z treścią normy”, to zaś w istocie: „uznawanie racji, aby postępować zgodnie z normą *za istniejącą*”. W tym świetle widać, zarówno trafność, jak i nieprecyzyjność intuicji Kelsena określającego obowiązywanie normy jako „specyficzną formę jej istnienia”. Z jednej strony bowiem obowiązywanie normy oznacza jej istnienie *jako* pewnego faktu instytucjonalnego. Z drugiej jednak poprawniej byłoby powiedzieć, że mamy do czynienia z *istnieniem* faktu instytucjonalnego *polegającego* na *obowiązywaniu* normy X), a więc na traktowaniu zajścia pewnego faktu prawotwórczego jako racji postępowania w określony sposób.

substratem będą dźwięki wyartykułowane w określonym momencie przez normo- dawcę). Tym samym pozostałością, trwającą w czasie konsekwencją owego aktu jest wiązana z nim racja aby postępować w sposób wyrażony jej treścią, nawet gdy sama wypowiedź normatywna przestała istnieć (w sensie aktu fizycznego) z chwilą wyemitowania określonych dźwięków lub np. zniszczenia kartki papieru na jakiej zapisane została tajna instrukcja czy polecenie. Istnienie takiej racji jest tym, co rozumiemy przez obowiązek postępowania zgodnego z normą, a więc obowiązywanie owej normy Trwa ono tak długo jak długo fakt „ważnego” ustanowienia danej normy traktowany jest jako racja postępowania we wskazany przez nią sposób. Oczywiście, w zinstytucjonalizowanych porządkach normatywnych istotne jest nawet nie tyle to, jak daną normę traktują jej bezpośredni adresaci, ile to, na ile jej obowiązywanie stanowi rację postępowania dla - jak powiedziała by H.L.A.Hart - decydujących o praktycznym funkcjonowaniu tego porządku „officials”. To zaś z kolei jest na ogół kwestią reguł wyższego stopnia, wskazujących co i w jakich okolicznościach „liczy się” jako fakt prawotwórczy. Obowiązek postępowania w sposób określony daną regułą prawną stanowi więc normatywną konsekwencję pewnych faktów, którym uznawane reguły wyższego stopnia nadają funkcję statusową faktów prawotwórczych. Tym, co pozostaje po akcie normowania jest „obowiązywanie” owej normy, a więc uznawanie jej wydania jako określonego rodzaju racji postępowania

⁵⁵ Wydaje mi się, choć nie mam co do tego pewności, że ujęcie powyższe jest w dużej mierze zbieżne z wnioskami T. Gizbert-Studnickiego, który jednak koncentrował się na relacji zaistnienia wypowiedzi normatywnej (w sensie aktu lokucyjnego) jako warunku obowiązywania normy (jako aktu illokucyjnego). Por. idem, *The Non-linguistic Concept of Norm and Ontology*, s. 433-434. Moje uwagi dotyczą natomiast istnienia faktu instytucjonalnego polegającego na „ważnym ustanowieniu normy” (ważnym dokonaniu aktu normowania), a w konsekwencji obowiązku (traktowaniu go jako racji) postępowania zgodnie z treścią wypowiedzi normatywnej. Jest przy tym jasne, że obowiązek ten nie jest ani absolutny, ani niezmienny i może ulec bądź to uchyleniu (derogacji), bądź to „zapomnieniu” (desuetudo), bądź też „przeważeniu” (defeasibility) itd.

⁵⁶ W Lang mówił tu o obowiązywaniu jako „nakazie stosowania normy przedmiotowej” (*Obowiązywanie prawa*, Warszawa 1962, passim). Wydaje się jednak, że trafniejsze jest ujęcie obowiązywania jako traktowania aktu ustanowienia normy jako racji, aby postępować w sposób nią wyznaczany. Norma ta obowiązuje (w sensie tetycznym) tak długo, jak długo ów akt traktowany jest jako racja postępowania w sposób nią wyznaczany.

⁵⁷ Oczywiście przede wszystkim będą to akty stanowienia prawa (pewne czynności prawodawcy), jednakże w przypadku prawa zwyczajowego okolicznościami, które „liczą się” jako fakt prawotwórczy byłoby - najogólniej mówiąc - powszechne przestrzeganie oraz *opinio iuris necessitatis*. Zob. bliżej A. Perraui-Saussine, J. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge 2007, passim.

⁵⁸ Na temat norm i ich obowiązywania jako uznawania ich za racje w rozumowaniu praktycznym por. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford-New York 1990, s. 170 i nn.

Drugą kwestią na którą warto zwrócić uwagę to obecność w języku prawnym wypowiedzi performatywnych. Problem ten został dostrzeżony i podniesiony przez S. Wronkowską, zdaniem której niektóre przepisy, np. przepisy uchylające lub nowelizujące inne przepisy, wprowadzające w życie ustawę etc. nie mają charakteru normatywnego, ale performatywny. Nie należy - jak pisze S. Wronkowska - „ulegać pokusie” traktowania ich podobnie jak innych przepisów prawnych, tzn. jako zwrotów wysławiających normy postępowania. Nie wskazują one bowiem kto, w jakich okolicznościach, jak powinien się zachować (w innym ujęciu: nie określają wzorca powinienego zachowania), ale podobnie jak wszystkie inne performatywy doprowadzają do określonego w nich skutku poprzez przedstawienie go jako zachodzącego. W ten sposób „wyczerpują się” czy konsumują poprzez jednorazowe wywołanie określonego skutku prawnego, stając się następnie - jak ujmuje to autorka - „jedynie napisami” stanowiącymi pozostałość po dokonanej czynności performatywnej (konwencjonalnej). Sprawa ta ma charakter zasadniczy, albowiem przyjęcie takiego stanowiska prowadzi do bardzo daleko idących konsekwencji. Przede wszystkim oznaczałoby w istocie odrzucenie głęboko zakorzonego w myśleniu prawniczym „domniemania normatywności tekstu prawnego”, w oparciu o które prawnicy przyjmują, że każdy przepis prawny - niezależnie od jego sformułowania ma charakter normatywny (wypowiedzi dyrektywnej). Po drugie, rozumowanie autorki prowadzi do wniosku, że przepisy o charakterze performatywów nie mają charakteru obowiązującego, przynajmniej od czasu wywołania skutku i skonsumowania w ten sposób jego działania (po spełnieniu swej roli pozostaje on już bowiem jedynie „łuską”). Nie byłaby zatem już możliwa kontrola ich konstytucyjności, albowiem utraciły one moc obowiązującą (za wyjątkiem kontroli tego, czy same zostały prawidłowo, „ważnie” ustanowione, a zatem czy doprowadziły w ogóle do powstania skutku, jaki został w nich przewidziany). Późniejsze uchylenie takiego przepisu (np. nowelizującego, o wejściu w życie, derogującego) nie miałoby żadnej doniosłości prawnej,

⁵⁹ S. Wronkowska, *O źródłach prawa i aktach normatywnych raz jeszcze* [w:] *Prawo prywatne w czasach przemian. Księga pamiątkowa prof. S. Sołtyśńskiego*, Warszawa 2005, s. 113 i nn.

⁶⁰ Przepisy te zawierają bowiem zwroty, że „ustawa wchodzi w życie”, „traci moc...”, „skreśla się...”, jakiś przepis „otrzymuje brzmienie” etc. Mają one zatem formułę klasycznie performatywną - dochodzi do określonego w nich skutku poprzez wyartykułowanie słów mówiących, że skutek ten następuje.

⁶¹ Utrzymując się w poetyce twórcy teorii performatywów J.L. Austina można by powiedzieć, że przepisy te stają się czymś w rodzaju „łusek” po wystrzale, do jakiego dochodzi z chwilą dokonania przy ich pomocy określonej czynności (wprowadzenia w życie ustawy, uchylenia przepisu, zmiany jego brzmienia etc.).

albowiem skutki już wcześniej dokonane nie ulegałyby odwróceniu (stąd też uchylenie przepisu derogującego nie oznaczałoby „odżycia” przepisów wcześniejszych, a nowelizującego - powrotu dawnego brzmienia przepisu). Wydaje się jednak, że w świetle wcześniejszych rozważań stanowisko to wydaje się dyskusyjne. Nie tylko dokonanie wypowiedzi performatywnej (czy jak obecnie woli nazywać je Searle - deklaratywu) ale także akt ustanowienia każdej normy jest aktem o charakterze performatywnym. Akt taki ma zawsze charakter momentalny i zawsze wywołuje określone w sposób względnie trwały skutki. Te ostatnie polegają na określonych obowiązkach lub uprawnieniach. W przypadku aktu normowania obowiązek ten polega na postępowaniu w sposób określony treścią ustanowionej normy. W wyniku dokonania ważnego aktu normowania owa norma „liczy się” jako norma obowiązująca, jej ustanowienie stanowi rację aby postępować w wyznaczony jej treścią sposób. Akt prawotwórczy jest więc pod tym względem jedynie pewnym szczególnym przypadkiem aktu performatywnego, którego następstwem jest powstanie określonych obowiązków czy uprawnień rozmaitych podmiotów. Nadanie imienia sprawie, że pewna osoba „liczy się” jako nosząca określone imię. Trwałą tego konsekwencją normatywną jest istnienie racji aby odnosić się do niej w ten właśnie sposób. Ustanowienie definicji legalnej „nadaje” definiowanemu słowu pewne znaczenie, czego konsekwencją jest obowiązek (racja) posługiwania się nim w określonym definicją znaczeniu. Zawarcie małżeństwa pociąga za sobą obowiązek traktowania wstępujących w nie osób jako małżonków, z czym łączy się szereg zarówno ich wzajemnych uprawnień i obowiązków, jak i powinności ze strony osób trzecich. Skutki każdego performatywu rozciągają się zatem w czasie co najmniej tak długo, jak długo jego „ważne” dokonanie uznawane jest za rację aby postępować w pewien szczególny sposób, określony regułami konsekwencji danej czynności performatywnej. Nie ma przy tym znaczenia, czy obowiązki te dotyczą bezpośrednio traktowania pewnych zdarzeń, osób czy przedmiotów jako posiadających określony status, czy też traktowania pewnych norm jako posiadających pewien status („prawnie obowiązujących”) - jest to jedynie kwestia jednego dodatkowego poziomu instytucjonalnej „iteracji”. Nie widzę zatem powodu, ażeby wobec istnienia i uznawania „mocy” owych skutków normatywnych

⁶² Chyba, że uchylenie następowałoby na skutek stwierdzenia ich „nieważnego” ustanowienia, wówczas bowiem trzeba by przyjąć, że nie mogły one wywołać i nigdy w istocie nie wywołały one swojego skutku, a zatem nadal istnieje stan prawny sprzed ich „pozornego wejścia w życie” (które nie nastąpiło, albowiem czynność ich ustanowienia nie została dokonana prawidłowo i skutecznie). Na temat „odżycia norm” zob. także A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem* [w:] J. Stelmach (red.) *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 251 inn.; Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle powszechnym*, Warszawa 2007, s. 443 i nn.

wywołujący je akt (przepis) nie mógł być traktowany tak jak każdy inny „obowiązujący” przepis prawny. Nic w samej „naturze” takich przepisów nie przesądza o tym, czy mogą one czy nie mogą być w ten sposób traktowane. Jest to sprawa konwencji, decyzji (podejmowanej przede wszystkim w oparciu o przesłanki celowościowe, etyczne czy pragmatyczne) co do tego, jak *powinny one* być traktowane - czy powinny podlegać kontroli z punktu widzenia konstytucyjności owych skutków normatywnych jakie wywołały, czy i na jakich zasadach mogą być modyfikowane, czy wreszcie ich uchylenie powinno pociągać za sobą skutek w postaci „odżycia” przepisów uchylonych czy zmienionych. Swoją drogą samo w sobie stanowi to doskonały przykład konwencjonalnej płaszczyzny funkcjonowania porządku prawnego - przepisy o wejściu w życie czy nowelizacji będą „uchylalne” jeśli będziemy je za takie uważać. Przepisy derogowane uprzednio przez przepis obecnie derogowany będą „odżywać” jeśli będziemy *uważać*, że w takich sytuacjach odżywają. Nie wyniknie to ani z „pojęcia odżywiania”, ani też „normy”, „performatywu” czy „obowiązywania”, a wyłącznie z tego, jaka ukształtuje się w tej mierze konwencja dotycząca sposobu traktowania przepisów, które zostały uchylone przepisami następnie uchylonymi. Osobiście uważam, że nie ma żadnych powodów, aby wykluczać możliwość uznania za niekonstytucyjny np. przepisu nadającego określonemu zwrotowi pewne znaczenie (definicja legalna), tworzącemu jakiś podmiot, nadającemu rozmaite „zdolności prawne” czy wprowadzającemu „z mocą wsteczną” w życie inne przepisy. Tego ostatniego rodzaju przepis ujawnia zresztą bardzo wyraźnie w jaki sposób performatywność przeradza się następnie w określone, trwające w czasie obowiązki. Retroaktywne wprowadzenie w życie przepisów (tzw. „wsteczne działanie” czy „wsteczna moc” prawa) oznacza wszak nic innego, jak wykreowany *pro futuro* obowiązek oceny w świetle nowych przepisów także faktów z przeszłości. Owo przejście performatywu w obowiązki (jak ujęliśmy to wcześniej „rozproszenia się” terminu Y na obowiązki i uprawnienia poszczególnych podmiotów) nie jest przy tym żadną specyfiką

⁶³ Przykład tego rodzaju argumentacji przedstawiają m.in. A. Grabowski i B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem*, s. 255-256). Swoją drogą wyprowadzanie tak daleko posuniętych konsekwencji z „pojęcia” performatywności, a nie normatywności przepisu zakręca na powrót do jakiegoś rodzaju *neo-begriffsjurisprudenz*. Innym przykładem jest rozpowszechnione w naszym dyskursie prawnym pojmowanie „państwa prawnego”. Jest ono rozumiane tak, jak gdyby z samego pojęcia „wynikały” najrozmaitsze zasady, normy czy obowiązki. W rzeczywistości zaś wynika z niego jedynie to, co wcześniej „umieścimy” czy „przyporządkujemy” temu pojęciu poprzez skonstruowanie takiej czy innej doktryny państwa prawnego (por. na ten temat J. Nowacki, *Rządy prawa*, Katowice 1995, *passim*).

⁶⁴ Por. szerzej T. Pietrzykowski, *Wsteczne działanie prawa i jego zakaz*, Kraków 2004; także idem, *Obowiązywanie i stosowanie prawa cywilnego w czasie* [w:] M. Safjan (red.) *System prawa prywatnego*, 1.1 *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 2007, s. 638 i nn.

„mocy wstecznej”. Nie inaczej jest w każdym innym przypadku - w odniesieniu do zjawiska retroakcji jest to jedynie nieco wyraźniej widoczne.

W świetle teorii faktów instytucjonalnych nieco inaczej spojrzeć można także na niezwykle kontrowersyjny problem ważności i istnienia czynności prawnych, wraz z kwestią tzw. czynności nieistniejących (*negotium non existens*). Wydaje się, że spora część towarzyszącego tej dyskusji zamieszania to rezultat traktowania istnienia i ważności faktu instytucjonalnego (dokonania czynności prawnej) jako dwóch różnych kategorii odnoszących się do tego samego przedmiotu (tj. czynności prawnej). Tymczasem podobnie jak w każdym przypadku faktu instytucjonalnego należy tu odróżnić nastąpienie tego faktu od jego konsekwencji. Czym innym jest bowiem dokonanie czynności prawnej w sensie pewnego zachowania, aktu, któremu przypisywany jest status „złożenia oferty”, „wypowiedzenia umowy najmu”, „udzielenia pełnomocnictwa”, „podjęcia uchwały” etc., od konsekwencji owej czynności, jej wytworu, którym są pewne uprawnienia lub obowiązki. Może tu zatem być mowa o czynności prawnej w sensie pragmatycznym (aktu) oraz czynności prawnej w sensie apragmatycznym (wytworu). W ten sposób „uchwała” czy „umowa” może oznaczać zarówno akt ich podjęcia czy zawarcia (uchwalenia czegoś lub umówienia się co do czegoś), jak i uprawnienia lub obowiązki będące następstwem owego aktu (wraz ewentualnie z ich materialnym substratem - dokumentem w którym treść owa została zapisana). Owe normatywne skutki istnieją jedynie wówczas, jeśli do ich powstania doszło wskutek zajścia zdarzenia, któremu nadawana jest pewna funkcja statusowa - w tym przypadku dokonania danego rodzaju czynności prawnej której przepisy przyporządkowują powstanie określonych konsekwencji. Innymi słowy - jeśli dana czynność (w sensie pragmatycznym) zostanie dokonana w odpowiedni sposób („ważnie”), to powstaną i będą istniały jej skutki (uprawnienia i obowiązki stanowiące czynność w sensie apragmatycznym). I *vice versa* - jeśli czynność nie będzie uważana za dokonaną w sposób „ważny” (prawidłowy, zgodny z regułami jej dokonywania) - nie dochodzi do powstania związanych z jej zajściem normatywnych konsekwencji, a zatem nie *istnieją* uprawnienia i obowiązki stanowiące „umowę”, „pełnomocnictwo” czy „stosunek pracy”. Krótko mówiąc - ważność jest kwestią czynności rozumianej pragmatycznie, istnienie - czynności rozumianej,

⁶⁵ Ten niezwykle istotny podział stosowany jest w teorii wykładni prawa (wykładnia w sensie pragmatycznym rozumiana jako czynności oraz w sensie apragmatycznym rozumiana jako wytwór tych czynności). Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa*, Warszawa 2002, s. 45 i nn. Podobnie w odniesieniu do stanowienia prawa - wyróżnia się akty prawotwórcze rozumiane jako czynności oraz akty normatywne rozumiane jako ich wytwory (A. Michalska, S. Wronkowska, *Zasady tworzenia prawa*, Poznań 1983, s. 13).

apragmatycznie (normatywnych konsekwencji tej pierwszej). Jeśli czynność nie zostaje „ważnie” dokonania (nie jest za taką uważana), to nie zaistnieje *jako* fakt instytucjonalny stanowiący zbiór uprawnień i obowiązków będących konsekwencją jej poprawnego dokonania.

Jak na tym tle przedstawia się kwestia „wadliwych”, „nieważnych” i „nieistniejących” czynności prawnych? Otóż, jeśli z dokonaniem wadliwej czynności prawnej związane są jakieś konsekwencje normatywne, to mamy tu do czynienia z odrębnym rodzaju faktem instytucjonalnym polegającym na dokonaniu *wadliwej czynności prawnej* (a nie - *wadliwej* czynności prawnej), z którym łączone są takie czy inne konsekwencje normatywne. Podobnie z czynnością „nieważną” - jeśli z jej dokonaniem związane są jakiegokolwiek konsekwencje prawne, to stanowi ona pewien odrębny fakt instytucjonalny, polegający na dokonaniu *nieważnej czynności prawnej* (a nie - *nieważnej* czynności prawnej) wywołującej owe konsekwencje. Warto zwrócić uwagę, że w tego rodzaju przypadku, mamy do czynienia z paradoksem polegającym na tym, że zachowanie danego podmiotu może w świetle reguł konstruujących taką *nieważną czynność prawną* bądź to *liczyć się* jako jej dokonanie, bądź też *nie liczyć się* jako jej dokonanie. Można więc powiedzieć, że w istocie możliwe jest ważne (prawidłowe) lub nieważne (nieprawidłowe) dokonanie nieważnej czynności prawnej. Paradoks ten jest jednak efektem nazywania „nieważną czynnością prawną” faktu prawnego, którego nastąpienie wywołuje określone (jej przypisane) skutki prawne. Tworzy się w ten sposób pewna *quasi-czynność* prawna. Gdyby następnie w aparaturze pojęciowej danej gałęzi prawa istniała także instytucja „nieistniejącej czynności prawnej”, której dokonanie wywoływałoby także jakieś konsekwencje prawne - to sytuacja uległaby powtórzeniu. I tu bowiem moglibyśmy mieć do czynienia z ważnym (spełniającym przesłanki prawne) lub nieważnym (niespełniającym tych przesłanek)

⁶⁶ Zob. T. Gizbert-Studnicki, *O nieważnych czynnościach prawnych w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych*, Państwo i Prawo 1975, z. 4; także T. Pietrzykowski, *Negotium non existens*, Rejent 2008, z. 12. Por. także S. Czepita, *Reguły konstytucyjne...*, s. 191 inn.; idem, *Zagadnienie orzeczeń nieistniejących w postępowaniu cywilnym w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych* [w:] S. Czepita (red.) *Konwencjonalne i formalne aspekty prawa*, Szczecin 2006, s. 139 i nn.

⁶⁷ Wydaje się to kontr intuicyjne z tego powodu, że w pojęcie czynności prawnej włącza się założenie co do woli doprowadzenia do powstania związanych z nią skutków prawnych poprzez jej „ważne” (prawidłowe) dokonanie. Jeśli jednak wyobrazimy sobie, że w jakiś szczególnych, nietypowych okolicznościach komuś zależałoby np. na wywołaniu skutków dokonania „nieważnej” czynności prawnej, wówczas rozważania czy dokonał jej w sposób „ważny” (skutki owe wywołując) czy „nieważny” (nie doprowadzając do ich powstania) nie wydawałoby się już niczym szczególnie dziwnym.

dokonaniem takiej „nieistniejącej czynności prawnej”. Jeśli dokonanie jej byłoby „ważne” (prawidłowe, odpowiadające regułom) to w konsekwencji istniałby fakt instytucjonalny polegający na dokonaniu „nieistniejącej czynności prawnej” i wynikających z niej konsekwencji prawnych. Innymi słowy - istniałyby „nieistniejące czynności prawne”. Cała nienaturalność tej terminologii bierze się z tradycji, w której skutki prawne wiązane są z zachowaniami nazywanymi „nieważnymi”, „nieistniejącymi”, „bezskutecznymi” etc. czynnościami prawnymi. Przypomina to trochę sytuację gdy np. kolor biały czy czarny nazwać „brakiem koloru”, „zakrytym kolorem”, „nienadany kolor” etc. Wówczas też dochodziłoby do paradoksalnych konstatacji, że „brak koloru” lub „nienadany kolor” też jest kolorem, tyle że „nienadany” lub „brakującym”. W każdym przypadku, gdy określone konsekwencje przyporządkowywane są do pewnych zachowań, konstytuuje się zarówno rodzaj zachowania, które „liczy się” jako wywołujące te właśnie konsekwencje, jak i zachowania, które nie liczy się jako wywołujące te konsekwencje. Jest tak również wtedy, gdy pewne zachowanie rodzące konsekwencje X nazwie się „nieważną” lub „nieistniejącą” czynnością Y. Odnoszenie „ważności” i „istnienia” czynności prawnych do tego samego przedmiotu (tak samo rozumianej „czynności prawnej” usuwa z pola widzenia to, że prawidłowe w świetle pewnych reguł (tj. „ważne”) dokonanie czynności w sensie pragmatycznym pociąga za sobą istnienie określonych uprawnień i obowiązków jako jej konsekwencji (a więc istnienie tej czynności rozumianej apragmatycznie). Jeśli pełnomocnictwo w sensie udzielenia upoważnienia zostało „ważnie” (prawidłowo) dokonane, wówczas istnieje pełnomocnictwo w sensie relacji pomiędzy pełnomocnikiem i mocodawcą (tzn. umocowany „liczy się” jako pełnomocnik, ciążą na nim określone obowiązki i uprawnienia, podobnie jak na mocodawcy). Krótko mówiąc - jeśli przez istnienie czynności prawnej rozumiemy jej istnienie *jako* owej czynności (tzn. jako pewnego faktu instytucjonalnego), wówczas ważność i istnienie nie odnoszą się do tego samego przedmiotu, ale do dwóch różnych rozumień „czynności prawnej” - jej pragmatycznego i apragmatycznego sensu. Istnieją czynności (wytwory stanowiące zbiór uprawnień i obowiązków), które zostały dokonane w sposób ważny (tzn. stanowią efekt takich zachowań, które prawnie „liczą się” jako dokonanie pewnej czynności), nawet jeśli prawnicy zwykli nazywają je czynnościami „wadliwymi”, „kulejącymi”, a nawet „nieważnymi” lub „nieistniejącymi” ale „wywołującymi pewne skutki prawne”.

Ostatnią sprawą, na którą warto zwrócić uwagę to problematyka „świata prawnego” rozumianego jako pewien możliwy świat konstruowany przez język

⁶⁸ Zob. szerzej T. Pietrzykowski, *Negotium non existens*, op. cit.

prawny.⁶⁹ Nie ma oczywiście niczego złego w ujmowaniu świata konstruowanego przez język prawny jako pewnego możliwego świata prawnego, zwłaszcza doceniając zalety koncepcji „światów możliwych” do analizy wielu zagadnień filozoficznych. Trzeba jednak mieć jednocześnie świadomość, że język prawny przede wszystkim konstytuuje byty (nie tylko podmioty - jak „podatników” czy „spadkobierców”, ale przede wszystkim fakty - jak „wypowiedzenia umów”, „posiedzenia zarządów” czy „decyzje administracyjne”) należące do najzupełniej realnego, „naszego” świata. Spółki, podatnicy, przestępstwa czy obywatele nie są li tylko elementem „możliwego świata tekstu prawnego”, ale elementami rzeczywistości nie mniej realnymi niż ludzie, samochody, planety czy jeziora. Mają one charakter ontologicznie subiektywny, albowiem ich istnienie zależy *ostatecznie* od świadomości i przekonania co do obowiązywania konstruujących je reguł, ale dopóty, dopóki owe należące do sfery kolektywnej intencjonalności warunki po- zostają spełnione, fakty instytucjonalne mają charakter nie mniej realny, niż fakty surowe w oparciu o które są budowane. Oczywiście w pewnych sytuacjach może zdarzyć się, że w sposób błyskawiczny pewne instytucjonalne byty przestają być uznawane i akceptowane, tracąc warunek swojego istnienia, co prowadzić może do gwałtownych nieraz rewolucji także w sferze ontologii świata społecznego. Przypadki mniej lub bardziej nagłej utraty swojego instytucjonalnego statusu przez wczorajszych „właścicieli”, „armie”, „państwa”, „królów”, „rządy”, „pieniądze” czy „instrumenty pochodne” boleśnie nieraz uświadamiają jak bardzo należą one do najzupełniej realnego, oplatającego nas wielopoziomowymi instytucjonalnymi konstrukcjami świata w którym żyjemy.

⁶⁹ Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny a obraz świata* [w:] G. Skąpska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Kraków 1992; R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, rozdz. 96 i nn.

⁷⁰ Na temat koncepcji „światów możliwych” zob. zwłaszcza D. Lewis, *Światy możliwe*, R. Stalnaker, *Światy możliwe* oraz P. van Inwagen, *Dwa pojęcia światów możliwych*, wszystkie prace [w:] T. Szubka (red.) *Metafizyka w filozofii analitycznej*, Lublin 1995; J. Woleński, *Możliwe światy teorii prawa* [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Poznań 1990 s. 15 in.

⁷¹ T. Studnicki, *Ujęcie instytucjonalne w teorii prawa*, s. 132.

JOHN R. SEARLE AND ONTOLOGY OF LAW

An essay „John R. Searle and ontology of law” is devoted to a theory of social ontology being developed by one of the leading contemporary analytic philosophers. It is based on results achieved by cognitive science (of which Searle was one of co-founders) as well as his own earlier inquiries into language, speech acts and mind. This kind of project, the aim of which is to clarify a logical structure and mechanisms of constructing social reality, applying ideas of intention- ality, status functions, constitutive rules and institutions unifies many various theories, findings and intuitions put forward in many fields of research including legal sciences. It enables us to identify and better understand not only common structure behind law and other social phenomena but also their relation to our conception of physical world as described by natural science. It seems that John Searle’s works contribute much to create a new paradigm of exploration and analysis of social world highly relevant for legal thinking. Furthermore, it sheds new light on many controversial problems and concepts of legal science. Despite the fact that the theory of social world as proposed by Searle is still at relatively early stage of development, its importance for understanding legal reality can hardly be overestimated.

Studia PRAWNICZE

Warszawa 2009

Zeszyt 1-2(179-180) 2009

Roman Kwiecień ■

TRADYCJA WOJNY SPRAWIEDLIWEJ A ZAGADNIENIE LEGALNOŚCI TZW INTERWENCJI HUMANITARNEJ W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

I . Uwagi wstępne

Pierwotna refleksja nad znaczeniem i miejscem siły zbrojnej w stosunkach międzyludzkich miała przede wszystkim charakter moralny i religijny. Refleksja nad wojną stanowiła ważny element takich systemów etycznych i religijnych jak konfucjanizm, stoicyzm, hinduizm, judaizm, islam, chrześcijaństwo czy buddyzm. Tradycja wojny sprawiedliwej ukształtowana przede wszystkim przez filozofię i teologię chrześcijańską przez długi czas pełniła rolę punktu odniesienia, wręcz kanonu dla prawniczej analizy i oceny stosowania siły zbrojnej przez państwa. Zakres oddziaływania tej tradycji na praktykę i naukę prawa był niemal wprost proporcjonalny do stopnia pozytywizacji prawa narodów. Toteż w średniowieczu i pierwszych wiekach epoki nowożytnej zdominowała ona doktrynę prawa wojny. Później, w miarę rozwoju prawa traktatowego dotyczącego *ius in bello* i *ius ad belium* jej znaczenie zaczęło słabnąć. W dzisiejszym stanie prawnym opartym na Karcie Narodów Zjednoczonych zakazującej używania i groźby używania siły zbrojnej (art. 2(4)) znaczenie tradycji wojny sprawiedliwej w prawie międzynarodowym jest, na pierwszy rzut oka, marginalne. Należy mieć jednak świadomość prawniczej kontrowersyjności niektórych aspektów stosowania siły zbrojnej, pomimo, wydawałoby się, kompletnej regulacji reguł wszczynania i prowadzenia wojen. Szczególne dylematy wiążą się z użyciem siły zbrojnej w ramach tzw. interwencji humanitarnej.

W niniejszym opracowaniu podjęta zostanie próba oceny przydatności tradycji wojny sprawiedliwej dla uzasadnienia legalności używania siły zbrojnej z pobudek humanitarnych. Uwaga zwrócona zostanie na tę część tradycji wojny sprawiedliwej, która dotyczy usprawiedliwiania użycia siły zbrojnej, czyli *ius ad bellum*. Pojęcie interwencji humanitarnej rozumiane będzie dość wąsko. Swym zakresem obejmie ono nie każde użycie siły zbrojnej przez państwo, grupę państw lub organizację międzynarodową zmierzające do powstrzymania masowych naruszeń praw człowieka w innym państwie, lecz jej użycie z motywów i w celach humanitarnych bez upoważnienia ze strony Rady Bezpieczeństwa ONZ. W literaturze przedmiotu określa się często taką interwencję mianem „jednostronnej interwencji humanitarnej”, dla podkreślenia użycia siły zbrojnej nie mieszczącego się wprost w katalogu wyjątków od zakazu używania siły zbrojnej dopuszczanych przez Kartę NZ.

Pytanie zasadnicze przedkładanego opracowania brzmi następująco: czy argumenty czerpane z tradycji wojny sprawiedliwej mogą służyć legalizacji tak pojmowanej interwencji humanitarnej we współczesnym prawie międzynarodowym? Czy myśląc dziś z punktu widzenia prawa międzynarodowego o wojnie z pobudek humanitarnych zasadne i pomocne jest myślenie o niej w kategoriach tradycji wojny sprawiedliwej? Formułując problem jeszcze inaczej: czy współczesna refleksja prawnicza może zostać w istotny sposób wzbogacona ujęciem *ius ad bellum* w ramach tradycji wojny sprawiedliwej?

Studium daje zarys tradycji wojny sprawiedliwej, przedstawia wybrane przejawy jej obecności w nowożytnym i współczesnym prawie międzynarodowym, zaś w części zasadniczej podejmuje próbę odpowiedzi na sformułowane wyżej pytania

II . Tradycja wojny sprawiedliwej (zarys koncepcji)

2.1. Ideowe korzenie tradycji

Jest rzeczą znamienną, że pierwsze prace poświęcone problematyce prawa narodów, choć nie wolne od uzasadnień czerpanych z religii chrześcijańskiej, dotyczyły używania siły zbrojnej. Za pionierskie uchodzą tu traktaty bolońskich prawników: Bartolusa z Sassoferrato *Tractatus represaliarum* (1354) i Jana z Legnano *De bello, de represaliis et de duello* (1360). Obecne w nich poglądy

¹ Por. sformułowanie tego problemu przez Jamesa T. Johnsona J.T. Johnson: *Just War Tradition and the Restraint of War A Moral and Historical Inquiry*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey 1981, s. XXXI-XXXV; id.: *Can Modern War be Just?*, Yale University Press, New Haven-London 1984, s. 15, 29.

ukształtowane zostały na tle bardzo wpływowej w średniowieczu tradycji wojny sprawiedliwej; tradycji, w ramach której obserwujemy istotne sprzężenie argumentów prawnych z moralnymi. W tej tradycji właśnie należy upatrywać początków kształtowania się aksjologii prawa międzynarodowego bezpośrednio dotyczącej zarówno *ius ad helium*, jak i *ius in bello*.

Koncepcja wojny sprawiedliwej, choć jej początki sięgają czasów rzymskich, zwłaszcza opartej na myśli stoików filozofii Cyserona, została sformułowana i rozwinięta przez doktrynę chrześcijańską przywiązującą kluczową wagę do idei pokoju jako normalnego stanu ludzkości. W swej genezie była ona koncepcją moralną, wobec czego trudno mówić o jej genetycznych związkach z prawem międzynarodowym. Wywarła ona jednak znaczny wpływ na naukę tego prawa, w tym również na jej klasyków - Vitorię, Gentiliego czy Grocjusza.

Po upadku zachodniego Cesarstwa Rzymskiego Kościół katolicki wprowadził i rozwinął w ciągu kilku wieków system prawa kanonicznego. Po kodyfikacji tworzył on *Corpus Iuris Canonici*. Nie było to prawo narodowe, ani międzynarodowe, lecz prawo uniwersalne, ponieważ dotyczyło wszystkich chrześcijan. Regulowało zarówno sprawy kościelne, jak i świeckie, w tym również zagadnienia występujące w stosunkach międzynarodowych. Świadomość przynależności do *christianitas* była znacznie silniejsza niż świadomość narodowa i państwowa. Jeśli uwzględnimy ponadto dysponowanie przez Kościół powszechnie wówczas uznawanymi sankcjami, takimi jak ekskomunika czy interdykt, łatwo zrozumieć intelektualny i praktyczny wpływ władzy kościelnej na średniowieczne stosunki międzynarodowe.

„Największy być może wkład Kościoła w sferę życia świeckiego - niebezpieczeństwo zauważa Arthur Nussbaum - dotyczył prawa wojny i pokoju”. Ocena ta wynika z dwóch następujących okoliczności. Po pierwsze, moralna doktryna chrześcijaństwa podkreślała znaczenie wartości pokoju i jego ochrony. Pamiętajmy choćby o stanowisku niektórych łacińskich pisarzy kościelnych, zwłaszcza Tertuliana (160-220) i Orygenesza (185-254), którzy opierając się na Piśmie Świętym sprzeciwiali się udziałowi chrześcijan w wojnie, widząc w walce zbrojnej przejaw zła. Druga okoliczność była bardziej praktyczna i dotyczyła uciążliwej

² S.C. Neff: *War and the law of nations: a general history*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, s. 37-38.

³ Por. np. É. Gilson: *La philosophie au Moyen Age. Des origines patristiques a la fin du XIV siècle*, Payot, Paris 1944, s. 252-258; A Nussbaum: *A concise history of the law of nations*, rev ed., The Macmillan Company, New York 1961, s. 17-21 ; W Sawicki: *Prawo międzynarodowe średniowiecznej „Christianitas”*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne”, t. XIV (1967) z. 5, s. 21-40.

plagi średniowiecznej zachodniej Europy-wojen prywatnych. Wybuchwały często z błahych powodów, zaś ich stronami byli feudałowie, miasta, rody itp. Średniowieczni historycy wypierali ze świadomości ich okrucieństwo, sublimując pozostawiane przez nie traumatyczne piętno w formie opisu i pielęgnowania etosu rycerskości⁵. Działanie Kościoła zmierzały do ich eliminacji, np. poprzez ustanowienie instytucji “Bożego pokoju”, bądź przynajmniej do łagodzenia ich skutków, między innymi dzięki wprowadzeniu zakazów używania określonych rodzajów broni.

Na przedstawionym tle kształtowała się doktryna wojny sprawiedliwej. Jej dojrzała konceptualizacja trwała długo - od św. Augustyna (354-430) do późnej scholastyki, czyli około 800 lat.

Intelektualne podłoże doktryny wojny sprawiedliwej tworzyła chrześcijańska koncepcja prawa naturalnego. Św. Augustyn, uchodzący za twórcę podstaw doktryny Kościoła w przedmiocie wojny sprawiedliwej⁶, traktował prawo naturalne za immanentne ludzkiemu rozumowi i woli. Było ono dlań odbiciem prawa wiecznego istniejącego prawzorczo w umyśle Boskim i stanowiącego źródło sprawiedliwości w świecie. Na sprawiedliwości winna zostać oparta władza państwowa. Bez niej bowiem państwo byłoby niczym więcej niż systemem zorganizowanego zbójstwa. Na gruncie prawa naturalnego Augustyn stworzył trwałe podstawy chrześcijańskiej nauki o wojnie sprawiedliwej. Wojna jego zdaniem jest sprawiedliwa, czyli dopuszczalna tylko wówczas, gdy prowadzi się ją ze “słusznej przyczyny”, jaką dla Augustyna było naprawienie wyrządzonej krzywdy. Opierając się na pismach stoików i pozostającego pod ich wpływem Cyserona biskup z Hippony podkreślał służebność działań wojennych wobec pokoju, którego trwały charakter jest stanem zawsze pożądanym. Wojna pełniła więc dlań rolę środka ostatecznego, służącego przywróceniu pokoju. Jak trafnie zauważa Michael Walzer, “z perspektywy wczesnego chrześcijaństwa takie wytłumaczenie wojny

⁵ Zob. np. J. Huizinga: *Jesień średniowiecza*, tłum. T. Brzostowski, wyd. 4, PIW Warszawa 1992, s. 90-99; M. Howard: *Wojna w dziejach Europy*, tłum. T. Rybkowski, Ossolineum, Warszawa-Kraków 1990, s. 23-44.

⁶ Por. np. E. Nys: *Les origines du droit international*, Castaigne, Bruxelles 1894, s. 45; M. Lachs: *Rzecz o nauce prawa międzynarodowego*, Ossolineum, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1986, s. 50; H. Dembiński: *Wojna jako narzędzie prawa i przewrotu*, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 1936, s. 16-20.

⁷ Św. Augustyn: *Państwo Boże*, tłum. W. Kubicki, Antyk, Kęty 2002, 15.5;4.4.

⁸ Tamże, 19.7,11. Por. też S.C. Neff: *War and the law of nations...*, dz. cyt., s. 47; E. Nys: *Les origines...*, dz. cyt., s. 45; Th.H. Lee: *The Augustinian just war tradition and the problem of pretext in humanitarian intervention*, „Fordham International Law Journal”, vol. 28 (2004-2005), s. 756-762.

sprawiedliwej stanowiło po prostu pretekst, czyniło prowadzenie wojny czymś możliwym z moralnego i religijnego punktu widzenia”⁹. Teoria ta uprawomocniała wojnę w świecie, w którym prowadzenie działań zbrojnych okazywało się nieraz konieczne. Odrzucała przy tym skrajności patrzenia na wojnę reprezentowane przez chrześcijański radykalizm. Z jednej strony kwestionowała zasadność pacyfistycznego potępienia wojny, z drugiej strony natomiast występowała przeciwko krucjatom z pobudek religijnych. Tradycja wojny sprawiedliwej usiłowała sformułować zasady praktycznej moralnej mądrości zdolne do usprawiedliwienia użycia siły zbrojnej z przyczyn moralnych¹⁰. Wojna sprawiedliwa to, innymi słowy, wojna konieczna z pobudek moralnych. Tradycja wojny sprawiedliwej zapoczątkowana przez Augustyna jest więc tym sposobem myślenia o wojnie, który zaprzecza oddzielaniu etyki od polityki i prawa¹¹.

Augustyńska nauka o wojnie przejęta została przez innych chrześcijańskich teologów i filozofów. Na wymienienie zasługują zwłaszcza Izydor z Sewilli (560-636), uchodzący za antycypatora nowożytnego prawa międzynarodowego oraz trzynastowieczni franciszkanie: Aleksander z Hales (1185-1245) i św. Bonawentura (1221-1274). Obecna była również w Dekrecie Gracjana (1150) oraz u autorów, których dzieła Ludwik Ehrlich uznawał za pionierskie opracowania zagadnień wojny w historii nauki prawa międzynarodowego: Rajmunda z Penna- fort (1170/1175-1275) i Wilhelma z Rennes (?-1250). Rajmund w *Summa ca-*

suum conscientiae (1240) wymienił pięć warunków wojny sprawiedliwej¹³: 1) uczestnictwo w wojnie wyłącznie osób świeckich; 2) prowadzenie wojny wyłącznie w obronie ojczyzny lub dla odzyskania zagarniętych terytoriów; 3) ostateczność działań wojennych dla przywrócenia pokoju; 4) poczucie sprawiedliwości i gorliwość w wypełnianiu prawa Bożego jako motywy wojny; 5) wsparcie

⁹ M. Walzer: *Triumf teorii wojny sprawiedliwej (i niebezpieczeństwa sukcesu)*, w: tenże: *Spór o wojnę*, tłum. Z. Zinserling, MUZA SA, Warszawa 2006, s. 17.

¹⁰ Por. J.T. Johnson: *Can Modern War be Just?*, dz. cyt., s. 15.

¹¹ Por. J.B. Elshtain: *Just war and humanitarian intervention*, “American University International Law Review”, vol. 17 (2001-2002), s. 1, 3; ea: *The just war tradition and natural law*, “Fordham International Law Journal”, vol. 28 (2004-2005), s. 742.

¹² L. Ehrlich: *Polski wykład prawa wojny XV wieku: kazanie Stanisława ze Skarbimierza “De bellis iustis”*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1955, s. 29; tenże: *Prawo międzynarodowe*, Wydawnictwo Prawnicze, wyd. 4, Warszawa 1958, s. 43; tenże: *The development of international law as a science*, RCADI 1962/1, vol. 105, s. 181-185; tenże: *Guillaume de Rennes et les origines de la science du droit de la guerre*, w: *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, Sirey, Paris 1961, s. 215 i nast.

¹³ Podaję za L. Ehrlich: *The development...*, s. 182. Zob. też E. Nys: *Les origines...*, dz.cyt., s. 101-102.

wojny autorytetem Kościoła Obszerna glosa Wilhelma z Rennes do Summy Rajmunda oprócz części egzegetycznej rozwija zagadnienie odszkodowań od strony wszczynającej wojnę niesprawiedliwą oraz wyraźnie podkreśla prawną i moralną niedopuszczalność wojny w sytuacji zgody przeciwnika na polubowne lub sądowe rozstrzygnięcie sporu¹⁴.

Ukoronowaniem średniowiecznej doktryny wojny sprawiedliwej stanowi niewątpliwie myśl św Tomasza z Akwinu (1225-1274). Ze względu na jej szerokie oddziaływanie stała się ona również najbardziej wpływowa u schyłku średniowiecza i w wiekach następnych.

Tomasz włączył koncepcję wojny sprawiedliwej do teologii moralnej, dzięki czemu objął ją zakresem jurysdykcji władzy kościelnej. Wpłynęło to bezpośrednio na powiązanie religijno-moralnej nauki o wojnie sprawiedliwej z *ius gentium*, nie pojmowanym jednak przez Tomasza w takim znaczeniu, jakie prawu międzynarodowemu nadajemy współcześnie¹⁵. Związek ten ugruntowany był w chrześcijańskim prawie naturalnym, którego dotychczasowe ujęcie Akwinata zmodyfikował. Pozostając pod znaczącym wpływem filozofii Arystotelesa, Tomasz odróżnił „prawo wieczne”, czyli odwieczny plan Boskiej mądrości rządzący całym *Universum*, od „prawa naturalnego”, będącego niedoskonałym udziałem ludzkiego rozumu w prawie wiecznym. Prawo naturalne zawiera nakazy pierwszo- i drugorzędne. Nakazy pierwszorzędne posiadają bezwzględną moc, podczas, gdy nakazy drugorzędne to wnioski rozumu praktycznego nie korzystające z prawomocności absolutnej. Najwyższa zasada prawa naturalnego głosi: „czyn dobro i unikaj zła” (*Joonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum*). Funkcja prawodawcy tworzącego normy prawa pozytywnego polega zasadniczo na odkrywaniu nakazów prawa naturalnego. Pozytywne prawo

¹⁴ L. Ehrlich: *Polski wykład...*, dz. cyt., s. 28-30.

¹⁵ Nussbaum (*A concise history...*, s. 39) mówi o niewielkim znaczeniu myśli Tomasza dla rozwoju prawa narodów i podkreśla w tym zakresie o wiele większe zasługi Izydora z Sewilli. Podobnie J.W Kelly: *Historia zachodniej teorii prawa*, tłum. zb., WAM, Kraków 2006, s. 132. Tłumaczyć to można odrzuceniem przez Akwinatę pluralistycznej koncepcji stosunków międzynarodowych i oparciem ich na właściwej średniowieczu wizji unitarystycznej z centralną rolą Kościoła. F. Copleston wyjaśnia to następująco: „...teoria polityczna św. Tomasza jest do pewnego stopnia odbiciem rzeczywistej sytuacji, w której narodowe państwo dochodziło do samoświadomości, ale autorytet Kościoła nie został jeszcze wyraźnie odrzucony. Arystotelizm Tomasza pozwolił mu patrzeć na państwo jako na doskonałą społeczność, jednak jego chrześcijańska postawa, przekonanie, że człowiek ma tylko jeden cel najwyższy, skutecznie nie pozwalała mu uczynić z państwa społeczności absolutnie autonomicznej”. F. Copleston: *Historia filozofii*, t. II: *Od Augustyna do Szkota*, tłum. S. Zalewski, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 2000, s. 477.

ludzkie winno więc znajdować umocowanie w prawie naturalnym. Jest ono w systemie Akwinaty prawem właściwym tylko w takiej mierze, w jakiej pochodzi od prawa naturalnego¹⁶.

Nadrzędna zasada prawa naturalnego ma charakter moralny, nic więc dziwnego w moralnym zakorzenieniu Tomaszowej nauki o wojnie sprawiedliwej. Na pytanie o przyzwolenie do prowadzenia wojny Akwinata odpowiada twierdząco, jednak wskazuje na trzy istniejące w tym zakresie warunki: 1) na wojnę pozwala kompetentny władca (*auctoritas principis*); 2) wojna toczy się w słusznej sprawie (*iusta causa*); 3) prowadzący wojnę kierują się słuszną intencją (*recta intentio*), to znaczy chcą wspomóc zagrożone dobro lub zniweczyć zło. Rdzeń Tomaszowej koncepcji wojny sprawiedliwej tworzy *iusta causa* i *recta intentio*. Jako taka nie odbiega ona od Augustyńskiej nauce o wojnie. Obie wskazują na istotne związanie prawa normami moralnymi, czyli uzależniają prawomocność wojen od kryteriów moralnych. Bez „słusznej przyczyny” i „słusznej intencji” używanie siły zbrojnej jest czynem nie tylko grzesznym i moralnie nagannym, lecz również bezprawnym. Legalność czynów stanowi wyrażnie pochodną ich moralności. W tej perspektywie wojna prowadzona ze słusznych pobudek moralnych okazuje się narzędziem sprawiedliwości i tym samym może być uznawana za instrument prawny.

Problem *iusta causa* w prowadzeniu wojen w średniowieczu miał oczywisty praktyczny kontekst związany ze stosunkami chrześcijan z wyznawcami innych religii. Mając w pamięci działalność zakonów rycerskich we wschodniej Europie i na Bliskim Wschodzie oraz hiszpańskich *encomenderos* w Ameryce Łacińskiej można dojść do wniosku, że chrześcijanie zbyt łatwo znajdowali „słuszną przyczynę” w prowadzonych przez siebie wojnach. Te nowe praktyczne wyzwania stworzyły podatny grunt dla rozwoju tradycji wojny sprawiedliwej. Na nim ukształtowały się między innymi dwie oryginalne szkoły prawa narodów: polska i hiszpańska.

2.2. Rozwój tradycji w kontekście problemu prawomocności interwencji humanitarnej

Tradycja wojny sprawiedliwej stała się u progu epoki nowożytnej trwałym elementem doktryny prawa narodów. Charakterystycznym i ciekawym zarazem przejawem jej obecności w doktrynie prawa wojny pozostaje korzystanie

¹⁶ Św. Tomasz z Akwinu: *Suma teologiczna*, tłum. o. P. Belch, Katolicki Ośrodek Wydawniczy „veritas”, Londyn, I-II, q. 91, a 3-5; q. 95, a 1-2. Zob. również A. Kość: *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 1998, s. 43-50; S. Świeżawski: *Święty Tomasz na nowo odczytany*, W drodze, Poznań 1995, s. 211-216.

z tej tradycji dla uzasadniania często przeciwstawnych przejawów używania siły zbrojnej z pobudek humanitarnych. Warto tę tezę zobrazować choćby kilkoma przykładami¹⁷.

O ile polska XV wieczna doktryna prawa narodów głęboko zakorzeniona w tej tradycji kwestionowała prawomocność zbrojnej „misji cywilizacyjnej” Zakonu Krzyżackiego wśród „barbarzyńskich” narodów Europy Wschodniej, o tyle niektórzy przedstawiciele hiszpańskiej szkoły prawa narodów czerpali z niej argumenty dla uzasadniania interwencji w Nowym Świecie. W obrębie szkoły hiszpańskiej obserwujemy w tym zakresie rozbieżność poglądów Nawet argumentacja jej głównego, a przynajmniej najbardziej znanego przedstawiciela - Franciszka Vitorii (1480-1546), sprawia czasami, szczególnie w zakresie *ius in bello*, wrażenie ambiwalentnej.

Wspomniana rozbieżność poglądów pozostaje szczególnie zauważalna w polemice w sprawie emancypacji Indian stoczonej w I połowie XVI wieku przez Bartolomeo de Las Casasa (1484-1566) z Juanem de SepuKedą występującym w imieniu interesów Hiszpanii prowadzonych w Ameryce przez *encomenderos*. Las Casas odrzuca argumenty Sepulvedy dowodząc, że misja cywilizacyjna motywowana również względami humanitarnymi, jaką Hiszpania przypisała sobie w Nowym Świecie prowadzi do naruszenia zasady „mniejszego zła”. Obaj adversarze opierali się na tradycji wojny sprawiedliwej czerpiąc z niej argumenty prowadzące jednak do całkowicie rozbieżnych wniosków. Wartością tego dawnego sporu pozostaje niewątpliwie wyraźne sformułowanie fundamentalnego dla prawa i etyki problemu: kto ma prawo do interwencji z pobudek humanitarnych, kiedy można interweniować i w jaki sposób należy to czynić? Immanuel Wallerstein zasadnie czyni z tej polemiki ważny przyczynek do współczesnej debaty dotyczącej legitymacji

¹⁷ Szeroko rozwój doktryny wojny sprawiedliwej na tle historii prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych prezentują np. S.C. Neff: *War...*, dz. cyt., s. 7-82; J. von Elbe: *The evolution of the concept of the just war in international law*, *AJIL*, vol. 33 (1939), s. 665-688.; A. Nussbaum: *Just war - a legal concept?*, „*Michigan Law Review*”, vol. 42 (1943-1944), s. 453, zwł. s. 453-474; S. Chesterman: *Just war or just peace? Humanitarian intervention and international law*, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 7-44; R. Schüßler: *Die humanitäre Intervention in der Doktrin des gerechten Krieges*, w: E. Müller et al. (red.): *Menschenrechtsschutz. Politische Maßnahmen, zivilgesellschaftliche Strategien, humanitäre Interventionen*, Baden-Baden 2002, s. 200-217; J.C. Sweeney: *The just war ethic in international law*, „*Fordham International Law Journal*”, vol. 7 (2003-2004), s. 1865-1903; D. Bauer: *Ivo of Chartres, the Gregorian reform and the formation of the just war doctrine*, „*Journal of the History of International Law*”, vol. 7 (2005), s. 43-54; A. J. Bellamy: *Just wars. From Cicero to Iraq*, Polity Press, Cambridge- Malden 2006, *passim*.

interwencji humanitarnej i zarazem przestrogę przed zbyt łatwym zajmowaniem stanowisk w tej kwestii¹⁸.

Tradycja wojny sprawiedliwej w różny sposób wykorzystana została też przez nowożytnych klasyków prawa narodów: Alberico Gentilego (1552-1608), Hugo Grocjusza (1583-1645) i Emericha de Vattela (1714-1767). Interesujące jest zwrócenie uwagi na ich poglądy w kontekście problemu prawomocności interwencji humanitarnej.

Gentili rozpatrywał problem wojny w ramach klasycznego zagadnienia wojny sprawiedliwej. Nie ujmował go jednak scholastycznie. Jako protestant odrzucał naukę Kościoła katolickiego i papieży, z wyjątkiem kilku pisarzy chrześcijańskich, szczególnie św. Augustyna, ważnych również dla protestantyzmu. Z jednej strony miało to niewątpliwie pozytywny skutek w postaci wyraźnej emancypacji nauki prawa narodów od prawa kanonicznego i teologii, z drugiej jednak strony postawiło pod znakiem zapytania spójność fundamentów, na których Gentili oparł swe ujęcie prawa narodów.

Wpływ średniowiecznej tradycji na dzieło Gentilego zauważalny jest szczególnie przy rozpatrywaniu przezeń materialnych przyczyn wojen. Sprawiedliwa przyczyna wojny jest równoznaczna z jej legalnością, ponieważ - jak powiada Gentili - "przyczyna niesprawiedliwa nie jest w ogóle przyczyną"¹⁹. W jego wykładzie znajdujemy trojakię sprawiedliwe przyczyny wojen: boskie, naturalne i ludzkie. Przyczynom boskim Gentili poświęca mało miejsca, ograniczając się właściwie do niewiele mówiącego stwierdzenia: "Boskimi przyczynami wojny są przyczyny, które możemy przypisać Bogu, gdyby to on sam wszczynał wojnę"²⁰. Podkreślić natomiast trzeba jego wyraźną odmowę uznania za sprawiedliwe wojen wszczynanych z przyczyn religijnych²¹. Przeczy też zasadniczo istnieniu "naturalnych", czyli wynikających z natury stosunków międzyludzkich, sprawiedliwych przyczyn wszczynania wojen. Wymienia zaledwie kilka wyjątków opartych o naruszenie praw przysługujących ludziom z natury, których ontologicznego statusu Gentili, *nota bene*, nie wyjaśnia. Wojną sprawiedliwą w kontekście przyczyn naturalnych jest dlań wojna obronna, czasami nawet obrona prewne-

¹⁸ I. Wallerstein: *Kto ma prawo do interwencji? Wartości uniwersalne przeciwko barbarzyństwu*, w: tenże: *Europejski uniwersalizm. Retoryka władzy*, tłum. A. Ostolski, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2007, s. 16-25. O sporze Las Casas z Sepulvedą zob. M. Zywczyński: *Las Casas. Jego życie i dzieło*, w: B. De Las Casas: *Krótką relacją o wyniszczeniu Indian*, tłum. K. Niklewiczówna, PAX, Warszawa 1956, s. 59-72.

¹⁹ A. Gentili: *De iure belli libri tres* (1598), Clarendon Press-Humphrey Milford, "The Classics of International Law", Oxford-London 1933, IVII55.

²⁰ Tamże, IVII157.

²¹ Tamże, LIX. 60-61.

cyjna²² oraz wojna służąca odzyskaniu tego, co przysługuje wszystkim ludziom z natury rzeczy, np. użycie siły zbrojnej w celu odblokowania dostępu do portów morskich²³. „Ludzkie” przyczyny wojen dotyczą działań zbrojnych, których celem pozostaje ukaranie zbrodni naruszających prawo ustanowione przez człowieka²⁴. Ten wątek myśli Gentilego świadczy o dokonującej się pozytywizacji prawa narodów w jego dziele, ponieważ pokazuje, że równym co najmniej prawu naturalnemu źródłem zobowiązań mogą być reguły ustanowione przez człowieka. Tu też można by się doszukiwać podstaw uprawomocnienia działań zbrojnych podejmowanych z pobudek humanitarnych.

Hugo Grocjusz uchodzi za twórcę zsekularyzowanej szkoły prawa natury w nowożytnej nauce prawa. Prawnonaturalne zakorzenienie prawa narodów w systemie autora *De mare liberum* jest szczególnie zauważalne w jego wykładzie prawa wojny Pierwotne, najważniejsze pytanie, jakie Grocjusz w nim stawia brzmi następująco: czy wojny są sprawiedliwe? Pytanie to jest dlań tożsame z zagadnieniem prawnej dopuszczalności działań zbrojnych. Tym samym kontynuuje on wyraźnie tradycję postrzegania wojny w perspektywie tradycji wojny sprawiedliwej²⁵. Stoicko-augustyńskie dziedzictwo będące rdzeniem tej doktryny jest zauważalne już w rozdziale otwierającym jego najśłynniejsze dzieło, gdzie znajdujemy twierdzenie upatrujące w wojnie środek służący osiągnięciu pokoju²⁶. Przemawia za tym również przekonanie Grocjusza o słuszności wyboru pokoju w każdej sytuacji, w której występują wątpliwości dotyczące sprawiedliwości przyczyn potencjalnej wojny²⁷. Świadczy o tym wreszcie przyznawanie przez Grocjusza pierwszeństwa w rozwiązywaniu sporów środkiem pokojowym, wśród których wymienia rokowania, sądownictwo, arbitraż, a nawet losowanie i pojedynki. Używanie siły zbrojnej w celu ich rozstrzygnięcia to środek ostateczny prawnie uzasadniony o tyle, o ile spełnia przesłanki wojny sprawiedliwej.

Wojnę definiuje Grocjusz jako „stan, w jakim znajdują się osoby toczące spór przy użyciu siły”, zaś kwestię ich prawnej dopuszczalności rozwiązuje w perspek-

²² Tamże, I.XIII.93; I.XIV.107.

²³ Zob. tamże, I.XIX.138; I.XXV.198.

²⁴ Tamże, I.XX.150.

²⁵ Podkreśla to np. mocno S.C. Neff (*War and the law of nations...*, dz. cyt., s. 96), pisząc m. in.: „He strongly endorsed the orthodox natural law position that peace was the natural or residual condition of humankind”. Ci, którzy o tym zapominają widzą w Grocjuszu twórcę nowożytnego humanizmu i humanitaryzmu, podczas, gdy w tym zakresie był on „jedynie” kontynuatorem starożytnej i średniowiecznej tradycji.

²⁶ H. Grotius: *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju*, tłum. R. Bierzanek, PWN, Warszawa 1954, III

²⁷ Tamże, IXXIIIIV

²⁸ Zob. tamże, IXXIIIIVII-X.

tywie sprawiedliwości, której kryterium pozostaje zgodność ze społeczną i rozsądną naturą człowieka. Pojęciem wojny obejmuje Grocjusz zarówno wojny publiczne, jak i prywatne. Idea sprawiedliwości nie zabrania jego zdaniem wszelkiej przemocy, a jedynie takiej, która pozostaje w sprzeczności ze społeczeństwem, czyli narusza prawa innych³⁰. Prawo narodów wyróżnia, wedle Grocjusza, wojny formalne (*bellum solenne*) zwane również wojnami sprawiedliwymi i wojny nieformalne (*bellum non solenne*), które pod pewnymi warunkami mogą być wojnami sprawiedliwymi, czyli zgodnymi z prawem³¹. Najistotniejsze w świetle prawa narodów to wojny formalne, ponieważ są wojnami publicznymi i zarazem prawnie uzasadnionymi. W wywodzie Grocjusza o prawomocności ich przyczyn obserwujemy pomieszczenie argumentów prawnych z argumentami moralnymi i religijnymi. Tok jego rozumowania jest następujący: sprawiedliwa przyczyna wojny uzasadnia jej legalność. Podstawową spośród przyczyn usprawiedliwiających wojnę jest „doznane bezprawie”. Uzasadnia ono w każdej sytuacji najsprawiedliwszy, jego zdaniem, ze wszystkich przejawów siły zbrojnej - wojnę obronną³². Oprócz tej przyczyny słynny Holender wyróżnia też: odzyskanie bezprawnie zabranych rzeczy, wymierzenie kary, samoobronę zbiorową, czyli udzielenie pomocy sprzymierzonym prowadzącym wojnę sprawiedliwą oraz, co nas tu interesuje najbardziej, użycie siły zbrojnej w obronie poddanych innego państwa uciskanych przez jego władzę³³. Grocjusz uzasadnia w ten sposób legalność interwencji humanitarnych³⁴.

Spójrzmy na ujęcie *ius ad bellum* w dziele innego klasyka prawa narodów - Emericha de Vattela. Istnieje, zdaniem Vattela, wynikający z prawa naturalnego obowiązek zachowania sprawiedliwości w stosunkach między państwami. W obronie tego prawa państwa uprawnione są do używania siły, ponieważ jest to prawo doskonałe, czyli prawo, któremu towarzyszy uprawnienie do przymuszania niechętnych do wypełniania zobowiązań. Wynikają z tej zasady konkretne uprawnienia: do wymierzania sprawiedliwości siłą, do ukarania sprawców czynów szkodliwych oraz do samoobrony³⁵. Ochrona interesu wspólnego całej społeczności państw daje uprawnienie „wszystkim narodom” do ukarania państwa jawnie

³⁰ Tamże, I.II.I.

³¹ Tamże, I.II.IV; I.III.IV.

³² II.I.I.; II.XXII.V.

³³ Zob. tamże, II.I.II; II.XXV.IV; II.XX.VIII

³⁴ Zob. szerzej J. Zajadło: *Ius ad bellum, ius ad interventionem, czyli historia humanitarnej interwencji*, w: id: *Studia Grotiana*, Arche, Gdańsk 2004, s. 190-198.

³⁵ E. Vattel: *Prawo narodów, czyli zasady prawa naturalnego zastosowane do postępowania i spraw narodów i monarchów*, tłum. B. Winiarski, PWN, t. I, Warszawa 1958, ks. II.V. §§ 63-69, s. 365-367. Prawo do samoobrony Vattel uzasadnia dodatkowo moralnym prawem do bezpieczeństwa. Zob. tamże, ks. II.IV. § 49, s. 354.

naruszającego sprawiedliwość w ich obrębie³⁶. Vattel dopuszczał również motywowaną względami humanitarnymi interwencję zbrojną w państwie, którego władza narusza prawa zasadnicze, jeśli z prośbą taką wystąpi ciemieźzony naród, a nawet interwencję w wojnie domowej na zaproszenie jednej ze stron³⁷.

To etyczne nastawienie Vattela do używania siły zbrojnej staje się jeszcze wyraźniejsze, jeśli zwrócimy uwagę na podkreślaną przezeń słuszność przyczyn wojen. „Wojnę prowadzić ma prawo tylko ten, kto robi to w słusznej przyczynie”³⁸. To wyraźny wpływ tradycji wojny sprawiedliwej. Sam Vattel świadomy był jednak praktycznych ograniczeń jej moralnego przesłania. Choć więc doceniał jej humanistyczny charakter, wskazywał równocześnie na trudności w przestrzeganiu wynikających zeń dyrektyw w stosunkach między suwerennymi państwami. Brak władzy zwierzchniej nad państwami przemawia jego zdaniem za koniecznością liczenia się przez każde państwo z tym, że inne kierują się w swym postępowaniu nie nakazami prawa naturalnego, lecz interesem własnym³⁹. Bez dobrej woli państwa nie ma, innymi słowy, żadnych skutecznych czynników ograniczających używanie siły zbrojnej.

O ile Vattel nie zrywa całkowicie z tradycją wojny sprawiedliwej, o tyle dokonało się to we współczesnej mu, pozytywistycznie zorientowanej, praktyce państw. Obserwujemy w niej wyraźne przesunięcie akcentów z czynników obiektywnych, jakim były zasady sprawiedliwości i słuszności na element subiektywny, tzw. wolę i siłę państwa. W konsekwencji zauważalne zaczyna być wówczas odchodzenie od ważenia prawomocności przyczyn wojen, na rzecz niemal aksjomatycznego uznania o uprawnieniu każdej ze stron do ich wszczynania i prowadzenia. Wojna z narzędzia sprawiedliwości poczyną być w ramach prawa pozytywnego rozpatrywana w kategoriach pojedynku⁴⁰. W tej konfiguracji to nie reguły prawa narodów, lecz racja stanu i polityczna zasada równowagi sił rządzą używaniem siły zbrojnej. Na gruncie nowożytnego pozytywnego prawa narodów

³⁶ Tamże, t.1, ks. II.IV. § 53, s. 355; II.V. § 70, s. 367. Słabością stanowiska Vattela pozostaje niewątpliwie brak wskazania konkretnego podmiotu uprawnionego do działań zbrojnych w interesie wspólnym.

³⁷ Tamże, t.1, ks. II.IV. § 54, s. 356; t. II, ks. III.XVIII. § 296, s. 280.

³⁸ Tamże, t. II, ks. III.XII. § 188, s. 195-196.

³⁹ Tamże, t. II, ks. III.XII. § 189, s. 196-197. H. Dembiński (*Wojna, jako narzędzie prawa i przewrotu*, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 1936, s. 25) komentuje to następująco: „Mimo wszystko przebija jeszcze u Vattela przekonanie, że właściwa wszystkim państwom dążność do rozwoju potęgi podlega pewnym hamulcom; równocześnie jednak zupełnie świadomie odsuwa te hamulce w sferę czysto moralną”.

⁴⁰ S.C. Neff: *A short history of international law*, w: M.D. Evans (ed.): *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2006, s. 39-40.

stosunki międzynarodowe to nie tyle stan bezprawia, co obszar braku prawa, czyli w gruncie rzeczy stan natury. Taka konstatacja mogła łatwo skłaniać do negacji znaczenia prawa międzynarodowego. Oczywiście, trudno byłoby wskazać przykłady jawnego, oficjalnego gloryfikowania „nagiej siły”. Wręcz przeciwnie. Państwa nie zrezygnowały z retoryki uzasadniania wojen istnieniem intersubiektywnych, etycznie ważnych przesłanek, co obrazuje choćby arenga Traktatu między Rosją i Austrią w sprawie trzeciego rozbioru Rzeczypospolitej Obojga Narodów. Literalnie przypominało to tradycję wojny sprawiedliwej, jednak w praktyce stanowiło jej przeciwieństwo⁴¹. Tego typu retoryka miała stwarzać pozory prawomocności działań zbrojnych. Jako taka tworzyła preteksty, które, używając określenia Vattela⁴², możemy co najwyżej traktować jako “hołdy złożone przez niesprawiedliwych sprawiedliwości”.

Reminiscencje tradycji wojny sprawiedliwej w kontekście problemu umocowania interwencji humanitarnej obserwować możemy też w XIX. wiecznej praktyce państw. Mocarstwa niedwuznacznie przypisały sobie wówczas uprawnienie do „sprawiedliwego” używania siły zbrojnej. Owo „sprawiedliwe” używanie siły, jako w założeniu zupełnie odmienne od XIX. wiecznych „wojen prawdziwych” będących środkami polityki służącej ochronie racji stanu, odwoływało się do założeń tradycji wojny sprawiedliwej. Doszło tu jednak do całkowitego, wręcz paradoksalnego, przedstawienia miejsca „wojny sprawiedliwej” w panoramie form używania siły zbrojnej. O ile w ramach klasycznej tradycji wojny sprawiedliwej, wojny podejmowane z pobudek etycznych stanowiły swoiste archetypy wojen prawomocnych, o tyle w XIX. wiecznym prawie narodów takie użycie siły zbrojnej zostało pozbawione charakteru „wojny prawdziwej”. Wyróżnić można, za Neffem⁴³, trzy rodzaje używania siły zbrojnej uznawane wówczas za przejawy wojny sprawiedliwej: interwencje zbrojne podejmowane w celu ochrony interesów całej społeczności międzynarodowej, w tym również ze względów humanitarnych, represalia zbrojne oraz akcje zbrojne podejmowane w stanie konieczności (np. samoobrona, misje ratunkowe, ekspedycje karne). Warto niemniej zauważyć,

⁴¹ S.C. Neff (*War and the history...*, dz. cyt., s. 95) podsumowuje to następująco: “These expressions of just-war sentiments, however, were anachronisms by the time they were pronounced. In reality, a number of important departures from past ways occurred, which, when fully developed in the nineteenth century, would take the legal conception of war far away from its medieval roots”.

⁴² E. Vattel: *Prawo narodów...*, dz. cyt., t. II, ks. III. III. § 32.

⁴³ S.C. Neff: *War...*, dz. cyt., s. 216-217. Tam również (s. 217-249) szerokie i erudycyjnie przedstawienie praktyki i piśmiennictwa w omawianym zakresie. O XIX. wiecznym interwencjonizmie uzasadnianym względami humanitarnymi zob. też J. Zajadło: *Dylematy humanitarnej interwencji. Historia-etyka-polityka-prawo*, Arche, Gdańsk 2005, s. 62-82.

że silne poparcie w doktrynie prawa miał już wówczas pogląd otwarcie przyznający, że z wewnętrzna prawomocnością i słuszością wojen prawo międzynarodowe ma niewiele wspólnego⁴⁴.

III. Tradycja wojny sprawiedliwej a współczesne prawo międzynarodowe

O ile w średniowiecznym i nowożytnym prawie narodów za prawomocne uważano „wojny sprawiedliwe”, o tyle na gruncie Karty Narodów Zjednoczonych dopuszczalne stały się „wojny legalne”, tzn. wojny spełniające przesłanki trzech wyjątków od peremptoryjnego zakazu używania siły⁴⁵. Zgodność z Kartą stanowi więc podstawowe kryterium ich prawomocności. Mimo tego we współczesnej debacie prawniczej znajdujemy bezpośrednie odniesienia do tradycji wojny sprawiedliwej i próby wyjaśniania w jej ramach niektórych przejawów *ius ad bellum*⁴⁶. Nie jest bezpodstawne twierdzenie, że retoryka „wojny sprawiedliwej” odżyła w dzisiejszym dyskursie prawniczym przede wszystkim w związku z problemem legalności interwencji humanitarnej⁴⁷. Również współcześni filozofowie prawa i polityki odwołują się często w tym zakresie do tej tradycji⁴⁸.

⁴⁴ Zob. np. T.J. Lawrence: *The principles of international law*, Macmillan, London 1895, s. 311. Szerzej H. Dembiński: *Wojna ...*, dz.cyt., s. 25-36.

⁴⁵ Zob. J.L. Kunz: *Bellum justum and helium legale*, AJIL, vol. 45 (1951), s. 528, 532-533.

⁴⁶ Np. Y. Dinstein (*War, Aggression and Self-Defence*, 4th ed., Cambridge University Press, Cambridge 2005 s. 67-73) rozważa tę tradycję w kontekście sankcji zbrojnych będących odpowiedzią na poważne naruszenie prawa międzynarodowego, wojen narodowyzwoleńczych oraz interwencji humanitarnych. Również Neff (*War...*, dz. cyt., s. 316 i nast.) mówi o współczesnym „a neo-just-war order”. Por. też Th.M. Franek: *Recourse to force. State action against threats and armed attacks*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, s. 174-191; J. Kranz: *Wojna, pokój czy uspokajanie? Współczesne dylematy użycia siły zbrojnej*, Fundacja Centrum Stosunków Międzynarodowych, Warszawa 2006, s. 39-41; Th.H. Lee: *The Augustian just war tradition and the problem of pretext in humanitarian intervention*, dz. cyt., s. 756-762; M.J. Matheson: *Just war and humanitarian intervention*, „American University International Law Review”, vol. 17 (2001-2002), s. 27-33; J.C. Sweeney: *The just war ethic...*, dz. cyt., 1878-1879.

⁴⁷ S. Chesterman: *Just War or Just Peace after September 11: Axes of Evil and Wars against Terror in Iraq and beyond*, „New York University Journal of International Law and Politics”, vol. 37 (2005), s. 281, 285.

⁴⁸ Zob. np. J.T. Johnson: *Can Modern War be Just?*, dz. cyt., s. 11-29; id.: *Just War Tradition...*, dz. cyt., s. 327-366; J.B. Elshtain: *Just war and humanitarian intervention*, dz. cyt., s. 1-25; R Phillips: *The Ethics of Humanitarian Intervention*, w: R.L. Phillips, D.L. Cady (eds.): *Humanitarian Intervention. Just War. Pacifism*, Rowman & Littlefield, London 1996,

Z drugiej strony kwestionuje się niekiedy potrzebę odwoływania się do tradycji wojny sprawiedliwej w celu zrozumienia i uzasadnienia interwencji humanitarnej w prawie międzynarodowym. Oto kilka przykładów stanowisk zajmowanych w tym względzie przez naukę prawa. Georg Schwarzenberger negował znaczenie tej tradycji jako podstawy *ius ad bellum* zarzucając jej opieranie się na nierealistycznym założeniu upatrującym w pokoju normalnego stanu w stosunkach

międzyludzkich⁴⁹. Również Joseph L. Kunz jednoznacznie podważał zasadność wracania do tradycji wojny sprawiedliwej. Kunz podkreślał podwójną funkcję wojny sprawiedliwej w przeszłości, tj. zapewnienie poszanowania prawa i poszanowania sprawiedliwości, co - jego zdaniem - sugeruje tylko możliwą, lecz wcale niekonieczną tożsamość tych wartości. Wedle Karty NZ pokój i bezpieczeństwo, zdaniem Kunza, to najwyższa wartość prawna, zaś ich ochrona stanowi niezbędny warunek osiągnięcia sprawiedliwości. Ma się to realizować poprzez poszanowanie prawa, a nie nakazów etycznych, na których opiera się tradycja wojny sprawiedliwej⁵⁰. Podobnie ujmował to Arthur Nussbaum, wedle którego tradycja wojny sprawiedliwej to zbiór doktryn o wyłącznie religijnym lub moralnym charakterze. Z tego powodu nie mają one żadnego prawnego znaczenia w XX wieku *ius ad bellum* i *ius in bello*⁵¹. Również Fernando R. Tesón - jeden z najbardziej znanych współcześnie orędowników legalności interwencji humanitarnych nie odwołuje się wprost do tradycji wojny sprawiedliwej, pomimo oparcia się na „morał argument” w swej koncepcji⁵². Wreszcie głośny raport *Responsibility to protect* przygotowany

s. 1-6; M. Walzer: *Just and Unjust Wars. A moral argument with historical illustrations*, 3rd ed., Basic Books 2000, s. 101-108; id.: *Triumf teorii wojny sprawiedliwej*, dz. cyt., s. 7-4; N.J. Wheeler: *Saving strangers: humanitarian intervention in international society*, Clarendon Press, Oxford 2000, *passim*. Por. też A. Buchanan: *Reforming International Law of Humanitarian Intervention*, w: J.L. Holzgrefe, R.O. Keohane (eds.) *Humanitarian Intervention. Ethical, Legal, and Political Dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s. 130, 144-168.

⁴⁹ G. Schwarzenberger: *Jus pads ac belli?*, AJIL, vol. 37 (1943), s. 460, 477-479.

⁵⁰ J.L. Kunz: *Bellum justum...*, dz. cyt., s. 533-534. Por. też. Th.M. Franck: *Recourse to force*, dz. cyt., s. 16-17.

⁵¹ A. Nussbaum: *Just war...*, dz. cyt., s. 474-479. Nussbaum nie wykluczał jednak możliwości uzyskania przez pojęcie wojny sprawiedliwej znaczenia prawnego, co mogłoby się dokonać w traktacie wprost przyjmującym to pojęcie (s. 477). Ponadto przyznawał, że odrzucenie przez współczesne mu prawo międzynarodowe jurydycznego charakteru wojny sprawiedliwej jest równoznaczne z brakiem prawnej regulacji ważnego obszaru stosunków międzynarodowych (s. 479).

⁵² F.R. Tesón: *Humanitarian Intervention. An Inquiry into Law and Morality*, 3 ed. updated and rev., Transnational Publishers 2005, zwł. s. 3-22, 143-167; id.: *The Liberal Case for Humanitarian Intervention*, w: J.L. Holzgrefe, R.O. Keohane (eds.), *Humanitarian Intervention...*, dz. cyt., s. 93-129.

przez Międzynarodową Komisję ds. Interwencji i Suwerenności Państwowej, choć literalnie nawiązuje do średniowiecznych przesłanek wojny sprawiedliwej, nie opiera się na argumentacji charakterystycznej dla tej tradycji.

W nauce polskiej stanowisko podobne zajmuje Jerzy Zajadło, który wprost odrzuca ciągłość tradycji w tym zakresie. Jego zdaniem przeciwko utożsamianiu współczesnej debaty o humanitarnej interwencji z klasyczną doktryną wojny sprawiedliwej przemawiają następujące argumenty: 1) doktryna wojny sprawiedliwej w sposób immanentny wiązała się z faktem, że *ius ad bellum*, zwłaszcza od XVI w., uważane było za oczywisty element suwerenności państwa; 2) wojna sprawiedliwa stosunkowo rzadko dotyczyła tego, co dzisiaj stanowi przedmiot interwencji humanitarnej; 3) współcześnie tradycyjne kryteria oceny wojny sprawiedliwej są wypełniane zupełnie inną treścią; 4) współczesna strategia interwencji humanitarnej rozumiana jest bardziej w kategoriach „odpowiedzialności za ochronę” niż w kategoriach wojny⁵⁴.

Przedstawione argumenty nie wydają się jednak rozstrzygające. Odnosnie do pierwszego z nich należy pamiętać, że tradycja wojny sprawiedliwej ukształtowała się w czasie, gdy suwerenność nie była jeszcze konstytutywną cechą państwa. Nie jest też przekonujący argument o różnych przedmiotach wojny sprawiedliwej i interwencji humanitarnej. Co prawda dla tradycji wojny sprawiedliwej pokój stanowił wartość najwyższą, jednak w celu jego utrzymania lub przywrócenia dopuszczała ona działania zbrojne z pobudek humanitarnych. Innymi słowy, „słuszną przyczyną” wojen sprawiedliwych była również „ochrona niewinnych”, czyli to, co stanowi sedno koncepcji interwencji humanitarnej⁵⁵. Zbyt ogólnikowy wydaje się również argument o wypełnianiu współcześnie zupełnie inną treścią tradycyjnych kryteriów wojny sprawiedliwej. To raczej nie tyle kryteria wypełnione są różną treścią, co kryteria te funkcjonują w zupełnie innym otoczeniu społecznym, kulturowym i politycznym. Same kryteria etyczne swej treści nie zmieniły. Są jednak trudniejsze do powszechnego zaakceptowania z powodu plu-

⁵³ International Commission on Intervention and State Sovereignty: *The responsibility to protect*, International Development Research Centre, Ottawa 2001.

⁵⁴ J. Zajadło: *Dylematy humanitarnej interwencji*, dz. cyt., s. 44-48.

⁵⁵ Por. N. Rengger: *On the just war tradition in the twenty-first century*, „International Affairs”, vol. 78 (2002), s. 353, 359. Rengger, opowiadając się ostatecznie za potrzebą odwoływania się do tej tradycji, wskazuje na inne czynniki, które mogą ograniczać jej współczesne znaczenie, mianowicie: pluralistyczna, a nie solidarystyczna organizacja społeczności międzynarodowej oraz dominujący we współczesnej debacie politycznej paradygmat liberalny upatrujący w stosowaniu siły zbrojnej częstszej możliwości do nadużyć ze strony władzy publicznej godzących w wolności polityczne (s. 359-361). Zob. też N.J. Wheeler: *Saving strangers...*, dz. cyt., s. 310.

ralizmu współczesnej społeczności międzynarodowej. Powstaje w związku z tym pytanie o uniwersalizm wzorców moralnych, na jakich opiera się tradycja wojny sprawiedliwej. Prawu międzynarodowemu brakuje dziś wymiernych środków, aby stwierdzić bezsprzecznie wystąpienie tak ważnych przesłanek interwencji humanitarnej, jak choćby „słuszne intencje”⁵⁶. Ustosunkowując się wreszcie do czwartego z wymienionych wyżej argumentów warto zauważyć, że tradycja wojny sprawiedliwej nie stoi bynajmniej w opozycji do koncepcji „odpowiedzialności za ochronę”. Debata o wojnie sprawiedliwej pozwala na wypracowanie spójnych stanowisk dotyczących trzech stadiów użycia siły zbrojnej w operacji humanitarnej, tj. *ius ad bellum*, *ius in bello*, *ius post helium*, choć prawdą pozostaje, że etapem ostatnim w tradycji wojny sprawiedliwej zasadniczo nie zajmowano się⁵⁷.

Pytanie główne, jakie pojawia się w związku z oceną przydatności tradycji wojny sprawiedliwej dla współczesnej debaty o prawnym umocowaniu interwencji humanitarnej można sformułować następująco: czy intelektualny dorobek składający się na tę tradycję może służyć za inspirację w sytuacjach braku reakcji ze strony Rady Bezpieczeństwa na masowe naruszenia praw podstawowych obywateli ze strony władz macierzystego państwa? Kwestia ta rodzi dwa dalsze pytania o ogólniejszym charakterze: 1) o aksjologiczną podstawę prawa międzynarodowego i stopień internalizacji w nim wartości tworzących rdzeń tradycji wojny sprawiedliwej; 2) o kompletność międzynarodowego porządku prawnego.

Pierwszy problem dotyczy fundamentalnego zagadnienia stosunku wartości moralnych do norm pozytywnego prawa międzynarodowego, drugi zaś nie mniej ważnej kwestii zdolności reagowania prawa międzynarodowego na sytuacje faktyczne nie znajdujące bezpośredniego odzwierciedlenia w dyspozycji norm prawnomiędzynarodowych. Oba problemy rodzą pokusę „myślenia życzeniowego” o prawie międzynarodowym. Zadaniem głównym nauki prawa jest jednak szukanie rozwiązań złożonych problemów na podstawie norm obowiązujących, a dopiero w drugim rzędzie tworzenie postulatów *de lege ferenda*. Szereg norm *ius ad helium* wymaga dziś w związku z tym nie tylko wykładni gramatycznej, ale i systemowej odwołującej się do celów międzynarodowego porządku prawnego. Cele te określa Karta Narodów Zjednoczonych - jedyna dziś umowa międzynarodowa, która może aspirować do podstawy powszechnego prawa międzynarodowego. Cele porządku prawnego mają niewątpliwie zabarwienia aksjologiczne,

⁵⁶ Por. Th.H. Lee: *The Augustian just war...*, dz. cyt., s. 760-762.

⁵⁷ Zob. B. Orend: *Jus post helium: the perspective of a just-wars theorist*, „Leiden Journal of International Law”, vol. 20 (2007), s. 571-591; R.O. Keohane: *Political authority after intervention: gradations in sovereignty*, w: J.L. Holzgrefe, R.O. Keohane (eds.): *Humanitarian intervention...*, dz. cyt., s. 275-298.

ponieważ każdy porządek prawny to tylko środek do realizacji pewnego ładu społecznego. W tym znaczeniu nie jest możliwa całkowita separacja wartości moralnych i norm prawa pozytywnego. Co więcej, nierzadko normy moralne uzyskują charakter norm prawnych. Zauważmy np., że pewne etyczne przesłanki słusznego używania siły zbrojnej sformułowane przez tradycję wojny sprawiedliwej stały się we współczesnym prawie konfliktów zbrojnych również przesłankami legalnymi, np. zasada proporcjonalności, ochrona ludności cywilnej, zakaz używania określonych rodzajów broni. Czy współczesne *ius ad bellum* ucieleśnia wobec tego wartości konstytutywne dla tradycji wojny sprawiedliwej? Tą podstawową wartością był dla niej, przypomnijmy, pokój rozumiany jednak nie jako stan braku wojny, lecz jako stan ładu moralnego pozbawionego niesprawiedliwości. Wojna w tej perspektywie stanowiła „narzędzie sprawiedliwości”.

W dzisiejszym prawie międzynarodowym problem komplikuje się, ponieważ z uwagi na pluralizm społeczności państw trudno wskazać na jego jednoznaczną podstawę aksjologiczną. Czy w świetle Karty NZ podstawą tą jest pokój czy sprawiedliwość? Samo postawienie pytania sugeruje opozycję między tymi wartościami. Wynika ona również z innego rozumienia pokoju, który na gruncie Karty pojmowany jest wąsko, tzn. jako stan braku wojny uchodzący za warunek zachowania bezpieczeństwa w świecie. Dlatego też przeciwnicy używania siły zbrojnej w celach humanitarnych uchodzą za mecenasów pokoju i suwerenności państw, zaś ich przeciwnicy za orędowników sprawiedliwości i praw człowieka.

Taka perspektywa, choć na pierwszy rzut oka atrakcyjna, nie wydaje się ani jasna, ani prawdziwa. Tradycja wojny sprawiedliwej odznaczała się w tym względzie większą spójnością. Wadą wskazanej perspektywy jest opieranie się na anachronicznym rozumieniu suwerenności państwa oraz wąskim, negatywnym ujęciu natury pokoju jako braku konfliktu zbrojnego. Suwerenność, o czym zdają się zapominać jej współcześni krytycy, nie wyklucza podlegania przez państwo obowiązkom prawnym, w tym oczywiście obowiązkowi szanowania praw człowieka. Jak trafnie określił to były Sekretarz Generalny ONZ: „Suwerenność oznacza odpowiedzialność, nie władzę”⁵⁸. Takie rozumienie suwerenności prezentuje również raport Międzynarodowej Komisji ds. Interwencji i Suwerenności Państwowej ujmujący suwerenność właśnie jako „odpowiedzialność”⁵⁹. Ta perspektywa prowadzi do przełamania sztucznej dychotomii przeciwstawiającej rozumienie

⁵⁸ “Sovereignty implies responsibility, not just power”. K.A. Annan: *Reflections on intervention*, w: id.: *The question of intervention. Statements by the Secretary-General*, United Nations Department of Public Information, New York 1999, s. 6. Zob. również esej *Two concepts of sovereignty* (tamże, s. 37-44).

⁵⁹ Zob. przypis 53, ust. 2.14-15.

prawa międzynarodowego jako prawa państw jego rozumieniu jako prawa jednostek ludzkich. Prawo międzynarodowe jest prawem i państw i jednostek. Usiłując wskazać na jego aksjologiczną podstawę musimy jednak pamiętać, że to państwa w pierwszym rzędzie tworzą jego normy, a więc od ich aksjologicznego nastawienia zależy obecność określonych wartości w międzynarodowym porządku prawnym. Miernikiem tego nastawienia pozostają zaś ich konkretne zachowania.

Tymczasem praktyka państw w zakresie interwencji humanitarnych nie jest jednoznaczna. Rola motywów humanitarnych bywa przez państwa wciąż różnie oceniane, wobec czego trudno obecnie mówić o zwyczajowym prawie do interwencji humanitarnej. Z drugiej strony, oczywistość masowych naruszeń praw człowieka w pewnych sytuacjach powstrzymuje od jednoznacznego potępienia działań zbrojnych mających na celu położenie im kresu. Ten stan swoistego zawieszenia usiłował np. oddać raport Niezależnej Międzynarodowej Komisji dotyczącej Kosowa w sprawie interwencji NATO w Kosowie w 1999 r. Komisja stwierdziła w nim m.in.: „...interwencja militarna NATO była nielegalna, ale legitymizowana. [...] Doświadczenia płynące z interwencji NATO w Kosowie wskazują, że istnieje potrzeba zamknięcia rozwarcia pomiędzy legalnością i legitymizacją”⁶⁰. Sformułowanie to z jednej strony sugeruje rozdziwisk między normami prawnymi i moralnością, lecz z drugiej strony wskazuje na znaczenie tej drugiej w międzynarodowym porządku prawnym.

Abstrahując od wspomnianego raportu można zauważyć, że ideał prawa międzynarodowego jako kompletnego porządku prawnego, tzn. porządku, w którym nie występują luki prowadzące do sytuacji *non-liquet* może zostać spełniony tylko przy założeniu, że każdy problem międzynarodowy nie regulowany wprost przez określone przepisy prawa jest problemem prawa międzynarodowego. Jest nim albo dzięki zastosowaniu doń norm prawnych wywiedzionych dzięki regułom interpretacyjnym z innych norm prawnych albo dzięki zastosowaniu norm nie korzystających wprost ze statusu pozytywnego prawa międzynarodowego⁶¹.

⁶⁰ Independent International Commission on Kosovo: *Kosovo Report*, Oxford University Press, Oxford 2000. O stosunku pojęć legalizmu i legitymizmu w kontekście problemu interwencji humanitarnej zob. np. T.J. Farer: *Humanitarian intervention before and after 9/11: legality and legitimacy*, w: J.L. Holzgrefe (eds.): *Humanitarian Intervention...*, dz. cyt., s. 53-89; J. Zajadło: *Legalność i legitymizacja humanitarnej interwencji*, „Państwo i Prawo”, 1/2004, s. 3-17; P. Valek: *Legality versus legitimacy and the use of force*, w: R.A. Miller, R.M. Bratspies (eds.): *Progress in international law*, Nijhoff, Leiden-Boston 2008, s. 615-632. Ostatni z wymienionych autorów wprost uznaje (s. 629) doktrynę legitymizacji za “new life” tradycji wojny sprawiedliwej w czasach współczesnych.

⁶¹ Por. *Oppenheim's International Law*, 9th ed., ed. R. Jennings, A. Watts, vol. I, Longman, London-New York 1996, s. 12-13. Warto przypomnieć, że w XX. wiecznej nauce prawa

Tę drugą funkcję pełnić mogą zwłaszcza zasady etyczne obowiązujące w obrębie społeczności, w jakiej działa prawo pozytywne. W tym choćby znaczeniu tradycja wojny sprawiedliwej może być wciąż uznawana za żywą we współczesnym prawie międzynarodowym.

Nie wolno jednak zapominać o wspomnianej niejednoznaczności aksjologicznego fundamentu prawa międzynarodowego. Niejasność cechująca współczesne prawo międzynarodowe w zakresie dopuszczalności używania siły zbrojnej z motywów humanitarnych wynika z braku konsensusu aksjologicznego w społeczności państw. Tę cechuje ideowy pluralizm, który obok obaw o realizację przez interweniujących interesów politycznych, stanowi źródło niezgody wobec prawnej dopuszczalności interwencji humanitarnych bez uprzedniej autoryzacji ze strony Rady Bezpieczeństwa. Średniowieczna społeczność międzynarodowa, w której wykształciła się dojrzała koncepcja wojny sprawiedliwej miała jednolitą konstytucję prawną i moralną - *Codex Iuris Canonici* i *Codex Iuris Civilis*. Nawet jeśli przyjmiemy Kartę NZ jako konstytucję współczesnej społeczności państw, musimy uznać fakt jej rozbieżnych, często przeciwstawnych interpretacji. Zarówno zwolennicy, jak i przeciwnicy legalności interwencji humanitarnych czerpią z Karty argumenty służące wspieraniu ich stanowisk.

Biorąc pod uwagę spełnianą przez prawo międzynarodowe funkcję „łado- twórczą” w obrębie społeczności międzynarodowej oraz mając świadomość dynamiczności systemu prawa jako jego cechy wewnętrznej, kryteriów oceny używania siły zbrojnej winniśmy poszukiwać również poza literalnie interpretowanymi wymogami prawnymi. To niewątpliwie dyskusyjna teza, jednak w obliczu paraliżu decyzyjnego organu odpowiedzialnego za utrzymanie pokoju i bezpieczeństwa w świecie, potrzebne a nieraz wręcz konieczne okazuje się odwołanie do czynników, jak określał to powołany wyżej raport Komisji ds. Kosowa, legitymizujących używanie siły zbrojnej. Nauka płynąca ze średniowiecznych i wczesnonowożytnych doktryn tworzących tradycję wojny sprawiedliwej pokazuje potrzebę oparcia stosowania siły zbrojnej na „sprawiedliwej podstawie w razie niepewności czy kruchości fundamentu legalnego.

Równocześnie jednak trzeba mieć świadomość związanych z tym niebezpieczeństw. Chodzi szczególnie o niebezpieczeństwo stwarzania przez „retorykę praw człowieka” w połączeniu ze stosowaniem siły zbrojnej podatnego gruntu dla rozwoju hegemonalnych aspiracji. XIX. wieczny interwencjonizm jest tego

międzynarodowego głównym orędownikiem jego kompletności był Hersch Lauterpacht. Prawo międzynarodowe uważał za kompletny porządek prawny dzięki obecności w nim „ogólnych zasad prawa uznawanych przez narody cywilizowane”. Pełnią one, według Lauterpachta, rolę źródła podkreślającego znaczenie zasad prawa naturalnego w prawie międzynarodowym.

spektakularnym wyrazem. Współcześnie również można znaleźć dowody na potwierdzenie tej tezy.

Łagodną formę hegemonizmu stanowi prawo weta stałych członków Rady Bezpieczeństwa. Zaniechanie działania przez ten organ rodzi nieraz skutki bardziej destrukcyjne dla międzynarodowego porządku prawnego, aniżeli akcja zbrojna podjęta bez jego upoważnienia. Przekonanie to obecne jest we wspomnianym raporcie *Responsibility to Protect*, który - co znamienne - nie odwołując się literalnie do tradycji wojny sprawiedliwej przyjmuje wypracowane przez nią kryteria używania siły zbrojnej (*just cause, right intention, last resort, proportional means, reasonable prospects*). W sytuacji częstych obecnie krytyk zimnowojennej interpretacji rozwiązań obecnych w Karcie i coraz silniejszej „retoryki sprawiedliwości” nie powinien w związku z tym dziwić fakt mówienia przez niektórych prawników o kształtującym się współcześnie „neo-just-war order”⁶².

IV. Konkluzje

Przesłanie wynikające z tradycji wojny sprawiedliwej dla współczesnego prawa międzynarodowego wskazuje na potrzebę brania pod uwagę w kontekście kryteriów stosowania siły zbrojnej nie tylko wartości „wewnętrznych” systemu prawa, lecz również patrzenia na nie w optyce jego wartości „zewnętrznych” mających na względzie zajmowanie przez bezpieczeństwo człowieka i ochronę jego praw centralnej pozycji w międzynarodowym porządku prawnym. Przedstawianie w związku z tym w ramach alternatywy rozłącznej stosunku wzajemnego dwóch najważniejszych dla świata wartości - „albo pokój, albo sprawiedliwość”, nie wydaje się trafne. Pokój rozumiany jako stan braku konfliktów zbrojnych toleruje bowiem „regionalne niesprawiedliwości” w stosunkach wewnętrznych państw, zaś dążenie do ekstremalnej sprawiedliwości często na długo zakłóca pokój.

Tradycja wojny sprawiedliwej uzasadniając moralnie potrzebę działań zbrojnych tam, gdzie ich prowadzenie z ludzkiego punktu widzenia okazywało się konieczne, bazowała na koegzystencji tych wartości. To wciąż ważne przesłanie dla prawa międzynarodowego. Brak działań zbrojnych, jako środka ostatecznego, wobec rażących naruszeń praw człowieka skutkuje większym uszczerbkiem dla międzynarodowego porządku prawnego, niż szkodliwość związana z przekroczeniem legalnych kryteriów używania siły zbrojnej przez akcje podejmowane ze „słusznymi motywami”. Prawu międzynarodowemu, jego podmiotom i beneficjentom

⁶² Zob. prace wymienione w przypisie 46.

tom nie służy stan zawieszenia między brakiem działania wobec drastycznych naruszeń praw człowieka, brakiem, który nie godzi w suwerenność państw i zachowuje pokój negatywny (brak konfliktu zbrojnego), lecz zarazem podaje w wątpliwość znaczenie sprawiedliwości w tym prawie a działaniami zbrojnymi, które z uwagi na restrykcyjność wyjątków od zasady z art. 2(4) Karty trzeba byłoby kwalifikować jako jej naruszenia. Warto mieć na uwadze możliwość wypełnienia tego „pęknięcia” przez normy zwyczajowego prawa międzynarodowego.

Dla tradycji wojny sprawiedliwej używanie siły zbrojnej bez jej odniesienia do fundamentalnych wartości moralnych stanowiło wyłącznie przemoc. Czy wobec tego twórcy prawa międzynarodowego mogą dziś w zakresie oceny naruszeń praw człowieka na masową skalę poprzestawać tylko na koncepcji „wojen legalnych” prowadzącej nieraz do nierozstrzygalnych sporów prawnych i tym samym świadomie sytuować się poza „dobrem i złem”? Podjęcie działań zbrojnych w tym zakresie to oczywisty wybór aksjologiczny o wymiernych skutkach prawnych. Ale wyborem takim jest również powstrzymanie się od działania. To przesłanie tradycji wojny sprawiedliwej nie przestało być dziś aktualne.

JUST WAR TRADITION AND AN ISSUE OF VALIDITY OF HUMANITARIAN INTERVENTION IN INTERNATIONAL LAW

The issue of humanitarian intervention and debates about it have become one of the most controversial questions in contemporary *ius ad bellum*.

The aim of the article is to discuss a validity of humanitarian intervention in the context of just war tradition. The prohibition of the threat or use of force contained in Article 2(4) of the United Nations Charter, is currently the subject of fundamental disagreement. There is comparable agreement neither states nor scholars on the exact scope of the prohibition. Controversies especially concern so-called «unilateral humanitarian intervention», that is use of force in pursuit of human rights without express authority from the Security Council.

The Author argues that just war tradition seems to be an useful tool for solving difficulties surrounding the issue of validity of humanitarian intervention. The just war tradition offers a coexistence of two fundamental values of the international society, that is justice and peace. According to this tradition peace cannot be established without justice, and vice versa justice cannot exist without peace. That is why the tradition can serve as a medium protecting both human rights and international peace and security. Thus one can speak of a “new life” of the just war tradition in today’s international law.

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009

Warszawa 2009

Elżbieta Karska ■

ODPOWIEDZIALNOŚĆ PAŃSTWA ZA NARUSZENIA PRAWA HUMANITARNEGO NA TLE PROJEKTU ARTYKUŁÓW O ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTW ZA CZYNY MIĘDZYNARODOWO BEZPRAWNE

I. Rozwój międzynarodowej odpowiedzialności państwa

1.1. Koncepcje odpowiedzialności

Każdy system prawny wymaga stworzenia norm, które zagwarantują jego wykonywanie. W przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia jedynie z zasadami moralnymi a nie prawnymi. Z tego względu zagadnienie międzynarodowej odpowiedzialności państwa, jako jedyne pierwotnego podmiotu prawa międzynarodowego, stało się kluczowym przedmiotem kodyfikacji w kwestii określenia zasad tejże odpowiedzialności.

Sama analiza odpowiedzialności państwa nie jest zadaniem łatwym, gdyż zdefiniowanie go atrybutami właściwymi dla prawa międzynarodowego niewiele wyjaśnia. Konwencja z Montevideo o prawach i obowiązkach państw w art. 1 określa państwo jako „osobę prawa międzynarodowego”, używając czterech atrybutów: (a) stała ludność; (b) określone terytorium; (c) rząd; oraz (d) zdolność do wchodzenia w stosunki z innymi państwami. Ale czym tak naprawdę jest

¹ Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, signed at Montevideo 26 December 1933, entered into force 26 December 1934; www.taiwandocuments.org.

państwo ponoszące odpowiedzialność prawnomiędzynarodową? Wydaje się, że najtrafniejszą byłaby odpowiedź, że to twór abstrakcyjny, działający poprzez swych przedstawicieli. W wyroku Trybunału Norymberskiego stwierdzono, że to „nie twory abstrakcyjne dokonały zbrodni, ale zwykli ludzie i tylko oni mogą za nie ponieść odpowiedzialność”².

W ten oto sposób prawo międzynarodowe zaczęło się rozwijać w dwóch kierunkach jeśli chodzi o zagadnienie odpowiedzialności. Z jednej strony była to odpowiedzialność państwa jako takiego, a z drugiej odpowiedzialność jednostki czyli osoby fizycznej. Wskazane rozróżnienie miało bardzo istotne znaczenie właśnie w zakresie naruszeń prawa humanitarnego.

W postępowym rozwoju społeczności międzynarodowej rywalizowały ze sobą dwie koncepcje odpowiedzialności, tj. konserwatywna, ograniczająca odpowiedzialność państwa jedynie do szkody poniesionej na jego terytorium przez cudzoziemca oraz postępową, która pozostawała w bezpośrednim związku z prawem humanitarnym. Bowiem wobec wyrzeczenia się wojny jako instrumentu polityki zagranicznej, odpowiedzialność za naruszenie zakazu wojny agresywnej oraz odpowiedzialność za dopuszczenie się zbrodni wojennych, stała się podstawowym zagadnieniem wymagającym bezpośredniej regulacji w prawie międzynarodowym.

Analiza odpowiedzialności państwa za naruszenia w zakresie dziedziny tak specyficznej jak międzynarodowe prawo humanitarne łączy w sobie wiele sprzeczności. Wynikają one już z samej definicji tego prawa. H. P. Gasser stwierdził, że „międzynarodowe prawo humanitarne - zwane też prawem konfliktów zbrojnych, dawniej znane jako prawo wojenne, jest odrębną gałęzią prawa, regulującą sytuację konfliktu zbrojnego, jednym słowem wojnę. Międzynarodowe prawo humanitarne dąży do łagodzenia skutków wojny: po pierwsze poprzez ograniczanie katalogu środków i metod prowadzenia działań zbrojnych, a po wtóre poprzez zobowiązanie walczących do oszczędzania osób, które nie biorą udziału albo już nie biorą udziału

we wrogich działaniach”⁴. Z logicznego punktu widzenia cel ochronny tego prawa powinien wykluczać jego naruszanie. Niestety jednak kolejne konflikty zbrojne łączą się nie tylko z licznymi, ale także bardzo brutalnymi naruszeniami międzynarodowego prawa

² Cz. Pilichowski, *Ściganie i karanie sprawców zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości*, Warszawa 1978, s. 37.

³ R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Wyd. VIII, Lexis Nexis, Warszawa 2004, s. 148-149.

⁴ H.P. Gasser, *Międzynarodowe prawo humanitarne. Wprowadzenie*, Instytut Henry Dunant, 1993, Polski Czerwony Krzyż 2000, s. 5; (w dalszej części opracowania będzie niekiedy stosowany skrót mph, przyjęty dość powszechnie w literaturze anglojęzycznej jako ihl).

1.2. Pierwsze próby kodyfikacji

Pierwsze próby kodyfikacji zasad odpowiedzialności państw, zarówno oficjalne, jak i prywatne, sięgają końca XIX w. Prawdopodobnie pierwszym oficjalnym aktem prawnym międzynarodowym jest uchwała o roszczeniach i interwencji dyplomatycznej przyjęta na pierwszej konferencji panamerykańskiej w Waszyngtonie 1889-1890. Zaleca ona uznanie przez rządy - jak i zasady amerykańskiego prawa międzynarodowego - że państwo nie może nałożyć na cudzoziemców innych obowiązków lub przyjąć inne zasady odpowiedzialności niż te, które zostały uchwalone w konstytucji i ustawach państwa w stosunku do własnych obywateli.

Nieco później, na drugiej konferencji państw amerykańskich - Meksyk rok 1920 - została przyjęta konwencja o prawach cudzoziemców. Wyłącza ona odpowiedzialność państwa za szkody poniesione przez obcokrajowców wskutek działań powstańców lub jednostek i w ogóle za szkody wynikające z wszelkiego rodzaju przypadkowej przyczyny.

1.3. Prace Ligi Narodów i Organizacji Narodów Zjednoczonych

Liga Narodów powołała 22 września 1924 r. Komitet Ekspertów, który miał zająć się przygotowaniem kodyfikacji niektórych działów prawa międzynarodowego. Komitet ustalił listę zagadnień nadających się do kodyfikacji, a wśród nich wymienił odpowiedzialność państw za szkody wyrządzone na ich terytorium cudzoziemcom lub ich mieniu. Na konferencji kodyfikującej w Hadze w 1930 r. Komisja III - zajmująca się odpowiedzialnością - z uwagi na rozbieżności nie mogła jednak przedstawić swych wniosków. Prace konferencji haskiej nad problemem odpowiedzialności poprzedzone były nieoficjalnymi kodyfikacjami z lat dwudziestych, wśród których szczególne miejsce zajmuje rezolucja Instytutu Prawa Międzynarodowego, przyjęta na sesji w Lozannie w roku 1927, oraz przygotowany w roku 1929 przez Uniwersytet Harwardzki projekt konwencji o odpowiedzialności państw za szkody wyrządzone na ich terytorium osobom lub mieniu cudzoziemców.

Po zakończeniu drugiej wojny światowej i utworzeniu Organizacji Narodów Zjednoczonych dalsze wysiłki nad kodyfikacją odbywały się w ramach tej organizacji. Komisja Prawa Międzynarodowego (KPM) zainicjowała prace nad

⁵ R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Wyd. 5 zmienione, Warszawa 1998, s. 152.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

zagadnieniem kodyfikacji odpowiedzialności państwa w 1949 r. Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 799/VIII z 7 grudnia 1953 r., podkreślając znaczenie takiej kodyfikacji, zawierała skierowane do Komisji żądanie przeprowadzenia odpowiednich prac kodyfikacyjnych. W 1955 r. Komisja wybrała jako specjalnego sprawozdawcę Garcię Amadora. W sześciu przedstawionych do roku 1961 raportach podejmował on jednak w zasadzie tylko problem odpowiedzialności majątkowej państwa za szkody poniesione przez cudzoziemców. Stanowisko to spotkało się ze sprzeciwem większości członków Komisji, która utworzyła w 1962 r. specjalny podkomitet. Stosownie do zaleceń podkomitetu nowy sprawozdawca R. Ago zajął się opracowaniem ogólnych norm odpowiedzialności państwa. W latach 1969-1977 przedstawił on sześć sprawozdań, które w swych ogólnych założeniach wyrażają postępowe tendencje i odchodzą od wąskiego rozumienia odpowiedzialności.

Przełomową datą w zakresie kodyfikacji odpowiedzialności państw jest listopad 2001 r., kiedy to KPM podczas 53-ciej sesji, przyjęła Projekt artykułów o odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne (*Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts*)¹¹. 16 grudnia 2004 r. Zgromadzenie Ogólne rezolucją 59/35 wezwało Sekretarza Generalnego do zaproszenia rządów, aby te przedłożyły komentarze na temat przyszłości Projektu oraz do przygotowania zestawienia decyzji międzynarodowych sądów i trybunałów, a także innych organów związanych z zagadnieniami odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne, zaś rządy poproszono o przedłożenie informacji o ich praktyce w tym zakresie.

Prawo humanitarne nie doczekało się odrębnej konwencji, regulującej w sposób kompleksowy odpowiedzialność za dopuszczenie się jego naruszeń przez strony konfliktu zbrojnego. Być może społeczność międzynarodowa i Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (MKCK) powinny rozważyć potrzebę przyjęcia takiej konwencji, gdyż obecnie obowiązujące cztery Konwencje Genewskie

⁹ R. Wallace, *International Law*, Fourth Edition, Thomson Sweet & Maxwell, London 2002, s. 175.

¹⁰ R. Bierzanek, J. Syminides, op. cit., Wyd. 5, s. 153.

¹¹ Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), November 2001; www.un.org (dalej: Projekt).

¹² A/RES/59/35 16 December 2004, Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Sixth Committee A/59/505 Responsibility of States for internationally wrongful acts, 65 plenary meeting 2 December 2004; fifty-ninth session; www.un.org.

o ochronie ofiar wojny z 1949 r. (KG) oraz dwa Protokoły Dodatkowe z 1977 r. (PD) odnoszą się każdorazowo do problemu ich naruszeń, ale nie wszystkie zasady ogólne odpowiedzialności znalazły w nich odniesienie. Stąd rozważania dotyczące odpowiedzialności państwa za naruszenia mph, wymagają analizy na tle ogólnych regulacji o odpowiedzialności państwa w prawie międzynarodowym. Jednocześnie prawo humanitarne stanowi dziedzinę o charakterze szczególnym w odniesieniu do systemu prawa międzynarodowego jako całości. W kontekście wyżej przedstawionych regulacji potrzeba przyjęcia odrębnej konwencji wydaje się tym bardziej uzasadniona, że mogłaby uwzględniać dotychczasowe stanowisko orzecznictwa np. w kwestiach przypisania działania państwu oraz działania w jego imieniu czy też odpowiedzialność ruchów narodowowyzwoleńczych.

II. Charakter prawny odpowiedzialności

2.1. Uwagi ogólne

Fakt, że mph jest gałęzią klasycznego prawa międzynarodowego, czyli systemu prawnego obowiązującego między państwami, ma decydujący wpływ na konstrukcję prawną odpowiedzialności tegoż państwa za dopuszczenie się ciężkich naruszeń KG o ochronie ofiar wojny i PD z 1977 r. Ponadto prawo humanitarne jest raczej nastawione na regulacje dotyczące ochrony ofiar konfliktów zbrojnych, niż na formułowanie zasad egzekwowania i karania jego naruszeń, bez względu na to, czy odpowiedzialność będzie ponosiło państwo czy osoba fizyczna KG obowiązek karania naruszeń nakładają na Państwa-Strony, które czynią to w oparciu o ich ustawodawstwo wewnętrzne i przed sądami krajowymi. Obowiązek taki ustanawia np. art. 49 I KG, zgodnie z którym „Wysokie Umawiające się Strony zobowiązują się do wydania niezbędnych przepisów ustawodawczych w celu ustalenia odpowiednich sankcji karnych w stosunku do osób, które popełniły albo wydały rozkaz popełnienia jakiegokolwiek z ciężkich naruszeń Konwencji (...). Każda Umawiająca się Strona będzie obowiązana poszukiwać osoby podejrzane o popełnienie albo wydanie rozkazu popełnienia jakiegokolwiek z tych ciężkich naruszeń

¹³ KG teksty w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów*, uzupełnienie i redakcja: M. Gąska, E. Mikos-Skuza, Wyd. Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2003.

¹⁴ PD teksty w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów*, uzupełnienie i redakcja: M. Gąska, E. Mikos-Skuza, Wyd. Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2003.

i powinna ścigać je przed swoimi własnymi sądami bez względu na obywatelstwo. Będzie ona również mogła, jeżeli woli, wydać te osoby na warunkach przewidzianych przez jej własne ustawodawstwo do osądzenia innej zainteresowanej w ściganiu Umawiającej się Stronie, o ile ta Strona posiada dostateczne dowody obciążające przeciwko powyższym osobom. (...)”¹⁵.

W związku z powyższym pełnej odpowiedzi na pytanie o charakter prawny odpowiedzialności państw, jej zakres, formy czy zasady stosowania środków odwetowych nie znajdziemy w KG czy PD. W tym wypadku, jak nadmieniono we wstępie, należy zbadać zasady odpowiedzialności państwa na tle systemu prawa międzynarodowego jako całości, w czym pomocny jest przyjęty w 2001 r. Projekt, który jednak należy traktować jako regulację ogólną (*lex generalis*) w stosunku do prawa humanitarnego (*lex specialist*). Celowe wydaje się tutaj powołanie rozróżnienia dokonanego w art. 55 Projektu stanowiącym, że „przepisów o odpowiedzialności międzynarodowej państwa nie stosuje się wówczas i w takim zakresie, w jakim warunki zaistniałej odpowiedzialności, jej treść lub wdrożenie są regulowane przepisami szczególnymi prawa międzynarodowego”¹⁶. Niezbędne jest zatem łączne analizowanie Projektu oraz mph jako regulacji w stosunku do niego szczególnej.

Charakter prawny odpowiedzialności państwa za naruszenia mph należy rozpatrywać w oparciu nie tyle o samą definicję państwa, ale raczej sposób jego występowania w stosunkach międzynarodowych. Pojęcie państwa i sposób jego działania są bowiem związane z pewną fikcją prawną¹⁷, polegającą na nadaniu osobowości prawnej podmiotom realnie nie istniejącym, bo czy ktoś widział państwo zasiadające w Zgromadzeniu Ogólnym ONZ lub zgromadzeniu jakiegokolwiek innej organizacji międzynarodowej czy też podczas konferencji międzynarodowej? W tym wypadku występują przedstawiciele danego państwa, reprezentujący je i działający w jego imieniu. Taki też charakter prawny nadano odpowiedzialności państwa za naruszenia mph, w zakresie przypisania działania państwu oraz działania lub postępowania organów tego państwa, który to został potwierdzony, zasadami zwyczajowego prawa międzynarodowego, w obszernym „Studium poświęconym zwyczajowemu prawu humanitarnemu”, a właściwie jego części dotyczącej odpowiedzialności i odszkodowania Zasada 149 stanowi, że „Państwo ponosi odpowiedzialność za możliwe do przypisania mu naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego, wliczając w to:

¹⁵ Art. 491 KG.

¹⁶ Art. 55 Projektu.

¹⁷ Na temat fikcji prawnych zob: *Teorie osób prawnych*, w: J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Wydanie II, Warszawa 1994, s. 164—165.

- a) naruszenia popełnione przez jego organy, łącznie z siłami zbrojnymi;
- b) naruszenia popełnione przez osoby lub instytucje upoważnione przez to państwo do korzystania z władzy państwowej;
- c) naruszenia popełnione przez osoby lub grupy działające *de facto* na podstawie jego instrukcji bądź pod jego przywództwem lub kontrolą; oraz
- d) naruszenia popełnione przez osoby prywatne lub grupy które dane państwo przyjmuje do wiadomości i uznaje za własne.”¹⁸

2.2. Przypisanie działania państwu

W myśl prawa międzynarodowego przypisanie działania państwu może nastąpić tylko wówczas, gdy zostało ono podjęte przez organy danego państwa, bez względu na to czy są to, organy legislacyjne, egzekucyjne czy sądowe oraz bez względu na pozycję jaką zajmują w systemie organizacyjnym państwa oraz bez względu na ich charakter jako organów rządu centralnego lub organów terytorialnych tego państwa. Należy przy tym podkreślić, że pojęcie organ obejmuje zarówno osobę fizyczną jak i innego rodzaju osoby posiadające status organu państwa w myśl prawa krajowego.

O odpowiedzialności państwa za naruszenia mph stanowiła już w art. 3 IV Konwencja Haska dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej, zgodnie z którą „Strona wojująca, która by naruszyła postanowienia powyższego regulaminu, będzie pociągnięta do indemnizacji, jeśli tego zajdzie potrzeba. Strona ta będzie odpowiedzialna za każdy czyn osób, wchodzących w skład jej siły zbrojnej.” Podobnie stanowi art. 91 I PD, zgodnie z którym „Strona konfliktu, która narusza postanowienia Konwencji lub niniejszego Protokołu, jest w uzasadnionych wypadkach obowiązana do odszkodowania. Jest ona odpowiedzialna za wszystkie czyny popełnione przez osoby należące do jej sił zbrojnych”²¹.

Należy jednak pamiętać, że odpowiedzialność może powstać nie tylko w wyniku działania państwa, ale także w wyniku jego zaniechania. Ta druga możliwość wydaje się być szczególnie istotna z punktu widzenia mph, jako systemu ochronnego dla ofiar wojny. Szeroko rozumiane zaniechanie podmiotu zobowią-

¹⁸ J.-M. Henckaerts, *Studium poświęcone zwyczajowemu prawu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszaowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego*, Ośrodek Upowszechniania Międzynarodowego Prawa Humanitarnego przy Zarządzie Głównym Polskiego Czerwonego Krzyża, Warszawa 2006. s. 44.

¹⁹ Art. 4 Projektu.

²⁰ Art. 3 Konwencji dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej, IV Konwencja Haska, podpisana 18 października 1907 r., tekst w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych. Prawo przeciwojenne. Zbiór dokumentów*, Agencja Artekon, Warszawa 1991, s. 21.

²¹ Art. 911 PD.

zanego do udzielenia ochrony jest zatem wyraźnym naruszeniem zobowiązania międzynarodowego i również może powodować odpowiedzialność. Choć Projekt nie reguluje szczegółowo zaniechania to I PD w art. 86 wyraźnie stanowi, że Wysokie Umawiające się Strony i Strony konfliktu powinny karać ciężkie naruszenia i poczynić niezbędne kroki w celu zwalczania wszelkich innych naruszeń Konwencji lub niniejszego Protokołu, które stanowią zaniechanie sprzeczne z obowiązkiem działania.”²² J. De Peux zauważa, że w przypadku mph „do odpowiedzialności za brak działania odwoływano się częściej niż do tej będącej skutkiem działania”²³. Autorzy Komentarza do PD jako przykład zaniechania podają naruszenia art. 118 III KG czyli brak niezwłocznej repatriacji jeńców wojennych.²⁴ Wskazany przepis stanowi, że „jeńcy wojenni zostaną zwolnieni i repatriowani niezwłocznie po zakończeniu działań wojennych”. Ponadto nakazuje się stronom zawarcie odrębnej konwencji dotyczącej zwolnienia i repatriacji, a w razie jej braku „każde z Mocarstw zatrzymujących samo ustali i niezwłocznie wykona plan repatriacji (...)”. Zawarcie umowy nie może w żadnym razie usprawiedliwić najmniejszej zwłoki w repatriacji jeńców wojennych.”²⁵

Inny przykład to zaniechanie obowiązku upowszechniania znajomości zasad mph. Wszystkie cztery KG w zakresie ich wykonania zobowiązują Strony „jak najszerzej rozpowszechniać w swych krajach zarówno w czasie pokoju, jak i podczas wojny tekst Konwencji, a zwłaszcza włączyć go do studiowania do programów szkolenia wojskowego i o ile to możliwe również do programów szkolnictwa cywilnego, aby w ten sposób zasady jej były znane całej ludności, a przede wszystkim członkom sił zbrojnych, personelowi sanitarnemu i kapelanom”²⁶. Gdyby nie wysiłek MKCK, stowarzyszeń krajowych, w tym szczególne zasługi Polskiego Czerwonego Krzyża, a także działającej przy nim Komisji Upowszechniania Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Konfliktów Zbrojnych w organizowaniu licznych szkół tego prawa, zaniechanie w związku z wynikającym z Konwencji obowiązkiem upowszechniania miałoby znacznie szerszy zakres.

²² Art. 86 p. 1IPD.

²³ J. De Peux, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, eds: Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1987, s. 1007.

²³ Ibidem.

²⁴ Art. 118 III KG.

²⁵ Art. 47 I KG, art. 48 II KG, art. 127 III KG oraz art. 144 IV KG. Ponadto na temat realizacji obowiązku upowszechniania zasad mph patrz: T. Jasudowicz, *Obowiązek krzewienia międzynarodowego prawa humanitarnego. W poszukiwaniu optymalnego modelu jego realizacji*, w: tenże, *Międzynarodowe prawo humanitarne*, TNOiK, Toruń 1997.

Wyraźnym naruszeniem mph na skutek braku działania był fakt bezkarności sprawców zbrodni wojennych na terytorium byłej Jugosławii oraz Ruandy. Zaniechanie wiązało się z nałożonym na Państwa-Strony KG obowiązkiem ustanowienia sankcji karnych za dopuszczenie się ciężkich naruszeń zasad tego prawa oraz obowiązkiem ich karania przed sądami krajowymi. Zaniechanie w tym względzie spowodowane było brakiem woli lub niezdolnością tychże państw do postawienia osób winnych dopuszczenia się ciężkich naruszeń zasad mph przed sądem, co skutkowało zaniechaniem realizacji obowiązku prawno-międzynarodowego.

Częste przykłady zaniechania dotyczą nadzoru dowódców nad podwładnymi w zakresie przestrzegania tego prawa. Odpowiedzialność przełożonego za brak powstrzymania podwładnego od popełnienia naruszeń mph dotyczy zaniechania w zakresie nadzoru, czyli obowiązku właściwego wykonywania tego nadzoru. Zdaniem cytowanego już J. De Peux „odpowiedzialność dowódcy może być realizowana po spełnieniu trzech warunków:

- a) dowódca, o którego chodzi musi być dowódcą tego konkretnego podwładnego;
- b) dowódca wiedział lub miał informacje, które powinny prowadzić go do wniosku, że naruszenie było popełniane lub że zamierza się je popełnić;
- c) dowódca nie podjął żadnych środków z zakresu swych kompetencji aby naruszenie powstrzymać.”²⁷

Zasada 154 zwyczajowego mph stanowi, że „Każdy kombatant ma prawo zignorować oczywiście bezprawny rozkaz”²⁸. Zaś zgodnie z zasadą 155: Wykonanie rozkazu przełożonego nie zwalnia podwładnego z odpowiedzialności karnej, jeżeli podwładny wiedział, że rozkaz ten był bezprawny lub powinien był wiedzieć ze względu na oczywiście bezprawny charakter rozkazanego czynu”²⁹. Mają one zastosowanie zarówno w przypadku międzynarodowych jak i nie-międzynarodowych konfliktów zbrojnych.

Projekt artykułów przewiduje też działanie osób nie będących organami państwa. W tym przypadku można przypisać działanie państwu, jeśli podmioty te, na podstawie prawa krajowego, zostały upoważnione do wykonywania elementów władzy państwowej. Ich działanie będzie traktowane w prawie międzynarodowym jako działanie państwa, jeśli w konkretnym przypadku działają one w zakresie przekazanego im upoważnienia.

²⁷ J. De Peux, *Commentary...*, s. 1012-1013.

²⁸ J.-M. Henckaerts, op. cit., s. 45.

²⁹ Ibidem, s. 45.

³⁰ Art. 5 Projektu.

Podobnie za działanie organów danego państwa będzie uznane działanie podjęte przez organy innego państwa, które to pozostawało lub pozostaje w dyspozycji tego pierwszego lub działa na jego polecenie. Za działanie państwa uznane będzie także działanie wykraczające poza zakres kompetencji organu, a nawet naruszające instrukcje, jeśli zostało ono podjęte przez organy tego państwa, osoby fizyczne lub inne podmioty wykonujące elementy władzy rządowej. W Czapliński rozważa w tym kontekście sprawę Pinocheta, który nie torturował osobiście swoich przeciwników, jednakże wydawał odpowiednie rozkazy i w tym zakresie działał jako zwierzchnik policji. W konkluzji autor stwierdził, że akty popełnione przez funkcjonariuszy z przekroczeniem ich kompetencji i z naruszeniem prawa międzynarodowego muszą prowadzić do uchylenia immunitetu jurysdykcyjnego jednostek. Podobna regulacja dotyczy działania osoby lub grupy osób na podstawie instrukcji, pod kierownictwem lub kontrolą tego państwa, a także wówczas jeśli działały pod nieobecność lub w związku z niestawiennictwem oficjalnych przedstawicieli i w warunkach wymagających wykonywania elementów władzy państwowej. Zasady te znajdują pełne zastosowanie do odpowiedzialności państwa w związku z naruszeniem mph.

Szczególnie istotne w tym kontekście są oczywiście naruszenia dokonane przez członków sił zbrojnych, rodzące w myśl prawa międzynarodowego odpowiedzialność odnośnych państw. Oznacza to, że państwo odpowiada wobec państwa, które doznało szkody, za każdy przypadek bezprawnego postępowania każdego z jego członków sił zbrojnych. Państwo odpowiedzialne musi przywrócić stan prawny i ewentualnie zapłacić za szkody państwu, które je poniosło. Należy zgodzić się z poglądem, że „każda strona powinna zadośćuczynić, bez względu na to, czy jest zwycięzcą czy pokonanym, czy tylko się broniła, czy też użyła siły w sposób bezprawny”³⁸.

Praktyka międzynarodowa wskazuje na to, że państwo ponosi odpowiedzialność za działania zarówno członków sił zbrojnych jak i członków milicji nawet wówczas, gdy ci przekroczyli uprawnienia. Tak orzekła amerykańsko - meksykańska Komisja w sprawie *Youmans Claim* uznając, że Meksyk ponosi odpowie-

³¹ Art. 6 Projektu.

³² Art. 7 Projektu.

³³ W. Czapliński, *Kodyfikacja prawa o odpowiedzialności międzynarodowej państw*, Studia Prawnicze, Zeszyt 4(154) 2002, s. 35.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Art. 8 Projektu.

³⁶ Art. 9 Projektu.

³⁷ H-P. Gasser, op. cit., s. 92.

³⁸ J. De Peux, *Commentary...*, s. 1055.

działność za działania członków oddziałów milicji, którzy otworzyli ogień do grupy Amerykanów, przebywających w budynku, gdzie poszukiwano uchodźców zamiast zapewnić im ochronę.

Chyba warto przytoczyć także orzeczenie w sprawie incydentu w cieśninie Korfu, w którym dwa okręty brytyjskie natrafiły na miny: jeden zatonął, a drugi został poważnie uszkodzony. Zdarzenie miało miejsce na terytorium Albanii, która choć twierdziła, że nie założyła min to jednak MTS uznał, że „założenie pól minowych będących przyczyną eksplozji nie mogło zostać zrealizowane bez wiedzy rządu albańskiego”⁴⁰. Obowiązki ciążące na władzach albańskich polegały na notyfikowaniu, na rzecz żeglugi w ogóle, istnienia pól minowych na wodach terytorialnych oraz na ostrzeżeniu brytyjskich okrętów wojennych o grożącym niebezpieczeństwie. (...) W rzeczywistości Albania ani nie notyfikowała istnienia pól minowych, ani nie ostrzegła brytyjskich okrętów o niebezpieczeństwie. Faktem jest, że władze albańskie nie podjęły żadnych usiłowań, aby zapobiec katastrofie. To poważne zaniedbanie pociąga za sobą odpowiedzialność Albanii.

2.3. Działanie państwa w porozumieniu z innym państwem

Projekt określa także warunki odpowiedzialności państw za czyn międzynarodowo bezprawny w sytuacji, gdy państwa działają w porozumieniu, pomagają sobie dokonując takich czynów, działają na rozkaz lub pod kontrolą innego państwa. W tych wypadkach państwo współdziałające ponosi odpowiedzialność jeśli:

- a) państwo to działało ze świadomością okoliczności, że popełniany czyn jest bezprawny; oraz
- b) czyn byłby międzynarodowo bezprawny jeśli zostałby popełniony przez to państwo.

2.4. Przymus wobec państwa

Szczególne miejsce wśród regulacji odpowiedzialności państwa za czyny międzynarodowo bezprawne zajmuje zagadnienie zastosowania przymusu wobec państwa. Państwo, które przymusza inne państwo do popełnienia czynu międzynarodowo bezprawnego, ponosi odpowiedzialność za takie działanie jeśli:

³⁹ R. Wallace, op. cit., s. 180.

⁴⁰ Corfu Channel Case, wielka Brytania v. Albania, orzeczenie z 9 kwietnia 1949 r., ICJ Reports 1949, w: B. Wierzbicki, *Prawo międzynarodowe. Materiały do studiów*, Temida 2, Białystok 2000, s. 163.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Art. 16 i 17 Projektu.

- a) czyn popełniony przez przymuszone państwo byłby czynem międzynarodowo bezprawnym; i/lub
- b) państwo przymuszające działa z rozeznanem swojego postępowania⁴³

2.5. Tytuł prawny do odpowiedzialności państwa i jego realizacja

Przyjęty przez KPM Projekt przewiduje określone procedury wdrażania międzynarodowej odpowiedzialności państwa. Pierwszym zagadnieniem uregulowanym w tej części jest prawo powoływania się na odpowiedzialność międzynarodową państwa przez państwo poszkodowane. Państwo posiada tytuł prawny jako poszkodowane do powołania się na odpowiedzialność innego państwa jeśli to państwo jest winne naruszenia zobowiązania wobec:

- a) danego państwa indywidualnie; lub
- b) grupy państw, nie wyłączając państwa poszkodowanego, lub społeczności międzynarodowej jako całości, i naruszenie zobowiązania:
 - i) w sposób szczególny dotyka państwo poszkodowane; lub
 - ii) ma taki charakter, że radykalnie zmienia położenie wszystkich innych państw, których dotyczy, z zastrzeżeniem dalszego wykonywania zobowiązania.

Wystosowanie pozwu przez państwo poszkodowane do państwa odpowiedzialnego za zaistnienie szkody, powinno zawierać w szczególności opis działania, które państwo odpowiedzialne powinno podjąć w celu zaprzestania bezprawnego działania, jeśli ono wciąż trwa oraz formę reparacji, jaką powinno ono przedsięwziąć celem zadośćuczynienia. W przypadku gdy kilka państw jest pokrzywdzonych w związku z tym samym działaniem, każde z nich może samodzielnie powoływać się na odpowiedzialność tego państwa, które popełniło czyn międzynarodowo bezprawny.

W odniesieniu do dopuszczalności pozwu, to na odpowiedzialność państwa nie można się powoływać jeśli:

- a) pozew nie został wniesiony zgodnie z zasadami stosowanymi wobec pozwów krajowych;
- b) pozew jest jednym z tych, wobec których ma zastosowanie zasada wyczerpania środków lokalnych/miejscowych, a żaden z takich środków nie został wyczerpany.

⁴³ Art. 18 Projektu.

⁴⁴ Art. 42 Projektu.

⁴⁵ Art. 43 Projektu.

⁴⁶ Art. 46 Projektu.

⁴⁷ Art. 45 Projektu.

Jeżeli zaś kilka państw ponosi odpowiedzialność za ten sam czyn międzynarodowo bezprawny dopuszczalne jest powoływanie odpowiedzialności każdego z tych państw z osobna, choć w odniesieniu do tego samego działania. Mimo to powyższe uprawnienie nie daje prawa pokrzywdzonemu państwu do odzyskania, szczególnie w drodze kompensacji, większej sumy niż wartość doznanej szkody. Nie pozostaje to w sprzeczności z prawem żadnego innego państwa do regresu.

Zgodnie z Projektem prawo powoływania się na odpowiedzialność państwa przysługuje także państwu innemu niż poszkodowane (państwo trzecie), jeśli naruszone zobowiązanie dotyczy grupy państw, włączając w to państwo trzecie lub społeczności międzynarodowej jako całości. Może ono wnosić wobec państwa odpowiedzialnego o zaprzestanie działania międzynarodowo bezprawnego oraz zapewnienie i zagwarantowanie niepowtarzalności, a także wykonanie obowiązku reparacji w stosunku do państwa poszkodowanego lub na rzecz beneficjentów naruszonego zobowiązania.

Realizacja prawa do zadośćuczynienia za doznaną szkodę w związku z naruszeniem *mph* może mieć formę protestu oraz żądania powstrzymania się od dalszych naruszeń. Zgodnie z art. 521 KG na żądanie jednej ze stron w konflikcie należy wszcząć śledztwo w trybie, który będzie ustalony przez Strony zainteresowane, co do każdego zarzucanego pogwałcenia Konwencji. Jeżeli nie nastąpi uzgodnienie co do trybu śledztwa, Strony porozumieją się co do wyboru arbitra, który zadecyduje, jaka procedura ma być stosowana. Po stwierdzeniu, że pogwałcenie miało istotnie miejsce, Strony w konflikcie możliwie najprędzej położą mu kres i ukróćą je.

Instytucją powołaną do realizacji tych zadań jest przewidziana w I PD Międzynarodowa Komisja dla ustalania faktów. Właściwość Komisji uznają „Wysokie Umawiające się Strony w chwili podpisania, ratyfikowania lub przystąpienia do Protokołu lub też później, w każdym czasie mogą oświadczyć, że uznają wprost i bez szczególnego porozumienia w stosunku do każdej innej Wysokiej Umawiającej się Strony, która podejmie takie samo zobowiązanie”⁵¹. Zgodnie z art. 90 p. 1 b Komisja zostanie zebrana, gdy co najmniej dwadzieścia Wysokich Umawiających się Stron zgodzi się na uznanie jej właściwości. Do sierpnia 2003 r. 65 państw uznało kompetencje Komisji składając depozytariuszowi stosowne dokumenty.

⁴⁸ Art. 47 Projektu.

⁴⁹ Art. 48 Projektu.

⁵⁰ Podobnie art. 53 II KG, art. 132 III KG, art. 149IV KG.

⁵¹ Art. 90 p. 2a I PD.

⁵² Art. 90 p. 1b I PD.

⁵³ International Humanitarian Fact-Finding Commission; www.ihffc.org

Właściwość Komisji obejmuje:

- 1) przeprowadzanie badań co do każdego faktu, mającego być ciężkim naruszeniem Konwencji i Protokołu albo innym ciężkim pogwałceniem Konwencji lub Protokołu;
- 2) ułatwianie, poprzez ofiarowanie swych dobrych usług, powrotu do przestrzegania postanowień Konwencji i Protokołu.

W innych sytuacjach Komisja podejmuje badania na żądanie jednej ze Stron konfliktu jedynie za zgodą innej lub innych zainteresowanych Stron. Składa się z 15 członków o wysokiej moralności i uznanej bezstronności, którzy pełnią funkcję we własnym imieniu. Wysokie Umawiające się Strony dołożą starań by każdy z kandydatów miał wymagane kwalifikacje i będą czuwać aby była zapewniona odpowiednia reprezentacja geograficzna. Wszystkie badania powinna przeprowadzać Izba złożona z siedmiu członków: pięciu członków Komisji, którzy nie powinni być obywatelami żadnej ze stron konfliktu wyznaczy Przewodniczący Komisji, oraz po jednym członku *ad hoc*, którzy nie powinni być obywatelami żadnej ze stron konfliktu wyznaczy odpowiednio każda z nich.

Izba powinna wezwać strony do udzielenia jej pomocy i przedstawienia dowodów. Może też zbierać inne dowody, jakie uzna za potrzebne, i przeprowadzać badania na miejscu. Wszystkie dowody zostaną podane do wiadomości zainteresowanym stronom, które będą miały prawo przedstawić Komisji swoje spostrzeżenia, a ta sprawozdania z wyników badań Izby wraz z zaleceniami jakie uzna za wskazane. W odniesieniu do ustaleń obowiązuje zasada tajności, co oznacza, że Komisja nie będzie podawać swych ustaleń do publicznej wiadomości, chyba że wszystkie Strony konfliktu zwrócą się do niej o to. Sama Komisja co do swojej misji podkreśla, że „jest ważnym środkiem zapewniającym stosowanie prawa humanitarnego w konfliktach zbrojnych” oraz że „odzwierciedla charakter humanitarny a nie polityczny prawa ochrony ofiar wojny”⁵⁶.

2.6. Czy tylko państwo może naruszyć mph?

Uczestnikami współczesnych konfliktów zbrojnych są nie tylko państwa, ale także inne, podmioty prawa międzynarodowego. W tym kontekście szczególne uregulowanie znalazło w Projekcie działanie ruchów narodowowyzwoleńczych. Zdaniem J.-M. Henckaerts’a „nie jest do końca jasne, czy zbrojne grupy oporu ponoszą zbliżoną odpowiedzialność za naruszenia popełnione przez ich członków i jakie mogłyby być konsekwencje takiej odpowiedzialności. (...) Zbrojne

⁵⁴ Art. 90 p. 2c I PD.

⁵⁵ Art. 90p.2d I PD.

⁵⁶ www.ihffc.org

grupy oporu muszą przestrzegać międzynarodowego prawa humanitarnego i muszą działać pod odpowiedzialnym dowództwem”.

Prawo międzynarodowe uznaje działania ruchów narodowowyzwoleńczych, które staną się nowym rządem danego państwa. A zatem warunkiem uznania ich odpowiedzialności jest skuteczność podjętego oporu. Ma to istotne znaczenie w przypadku dopuszczenia się naruszeń mph. Działanie takich ruchów, które są w stanie ustanowić nowe państwo choćby na części terytorium poprzedniego lub na terytorium pozostającym pod ich administracją, zostaną na podstawie prawa międzynarodowego uznane za działania nowego państwa. Wreszcie za działanie państwa należy uznać takie działanie, którego nie można przypisać państwu na podstawie żadnego z wymienionych przepisów, ale zostanie ono potwierdzone lub uznane przez to państwo jako jego własne.

Nadal nie rozstrzygnięto jednoznacznie, co w sytuacji gdy takiego państwa nie uda się utworzyć. Wydaje się, że problem odpowiedzialności grup oporu pozostaje sprawą wewnętrzną tego państwa, pod zwierzchnictwem którego po- zostają. Cytowany już J.-M. Henckaerts stoi na stanowisku, że „można starać się dowodzić, że zbrojne grupy oporu ponoszą odpowiedzialność za czyny popełnione przez osoby wchodzące w skład tych grup. Konsekwencje tej odpowiedzialności nie są jednak jasne. W szczególności nie jest jasne do jakiego stopnia zbrojne grupy oporu mają obowiązek pełnego pokrycia szkody, mimo że w wielu krajach ofiary mogą wносить przeciwko swoim oprawcom pozwy cywilne o odszkodowanie”⁶⁰.

Odpowiedzialność za działania partyzantów oraz możliwość przypisania ich danemu państwu była przedmiotem orzeczeń MTS-u w sprawie Nikaragui oraz Międzynarodowego Trybunału ds. Zbrodni w byłej Jugosławii (MTKJ). MTS stwierdził, że „czyny naruszające prawo międzynarodowe, popełnione przez tzn. *contras*, mogły być popełnione nawet w sytuacji, w której władze amerykańskie nie wspierałyby ich. Odpowiedzialność taka byłaby możliwa natomiast wówczas, gdy w przypadkach konkretnych działań USA sprawowałyby bezpośrednią i efektywną kontrolę nad partyzantką”⁶¹. MTKJ zaś poszedł w swych rozważaniach jeszcze dalej orzekając, że „nie jest wystarczające jednak tylko finansowanie lub zaopatrywanie grup zbrojnych, lecz konieczny jest udział w przygotowywaniu operacji militarnych”⁶².

⁵⁷ J.-M. Henckaerts, op. cit., s. 28.

⁵⁸ Art. 10 Projektu.

⁵⁹ Art. 11 Projektu.

⁶⁰ J.-M. Henckaerts, op. cit., s. 28.

⁶¹ W Czapliński, A Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*. 2. wydanie, C. H. Beck, Warszawa 2004, s. 592-593.

⁶² Ibidem, s. 593.

III. Źródła odpowiedzialności

3.1. Pojęcie czynu międzynarodowo bezprawnego

Źródłem odpowiedzialności międzynarodowej państwa jest naruszenie zobowiązania międzynarodowego. Z istnieniem takiego naruszenia mamy do czynienia wówczas, gdy czyn danego państwa nie pozostaje w zgodności z wymogami zobowiązania, bez względu na jego źródło lub charakter.

Wydaje się, że w przypadku mph naruszenie ma charakter dwustopniowy. Wynika to bezpośrednio z podziału prawa międzynarodowego na prawo wojny i pokoju. Po pierwsze zastosowanie prawa humanitarnego ma miejsce w związku z zaistnieniem konfliktu zbrojnego, a sam fakt wybuchu takiego konfliktu jest sprzeczny z prawem międzynarodowym i stanowi naruszenie zasady pokojowego współistnienia narodów. Mamy zatem do czynienia z naruszeniem zobowiązania wyrażonego w Preambule Karty NZ do „życia wspólnie w pokoju” oraz „zjednoczenia sił dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa”, a także art. 2 p. 4, który stanowi, że „Wszyscy członkowie powinni w swych stosunkach międzynarodowych powstrzymać się od stosowania groźby lub użycia siły przeciwko nietykalności terytorium, albo niepodległości politycznej któregośkolwiek państwa, bądź wszelkiego innego sposobu, niezgodnego z zasadami Narodów Zjednoczonych”. Na tym poziomie jest to naruszenie międzynarodowego prawa pokoju, co skutkuje tym, że „to nie strona zwyciężona jest zobowiązana do reparacji wojennych, ale ta która użyła siły w sposób bezprawny”⁶⁴. W drugim etapie mamy do czynienia z naruszeniem już właściwego prawa humanitarnego, czyli naruszeniem prawa międzynarodowego czasu wojny lub mówiąc precyzyjniej czasu konfliktu zbrojnego. Katalog tych naruszeń jest bardzo szeroki.

Zgodnie z Projektem artykułów czyn państwa jest międzynarodowo bezprawny (*internationally wrongful*), jeśli ów czyn rozumiany jako działanie lub zaniechanie:

- a) jest możliwy do przypisania państwu na podstawie prawa międzynarodowego; i
- b) stanowi naruszenie zobowiązania międzynarodowego tego państwa.

Ponadto określenie takiego czynu jako międzynarodowo bezprawnego odbywa się na podstawie prawa międzynarodowego, zaś na jego kwalifikację jako zgodnego z prawem nie może mieć wpływu prawo krajowe.⁶⁶

⁶³ Art. 12 Projektu.

⁶⁴ J. De Peux, *Commentary...*, s. 1055.

⁶⁵ Art. 2 Projektu.

⁶⁶ Art. 3 Projektu.

Czyn państwa nie stanowi naruszenia zobowiązania międzynarodowego jeśli zobowiązanie nie jest dla państwa wiążące w chwili, gdy czyn miał miejsce. Przepis ten odnosi się do roli czasu w określaniu odpowiedzialności państwa. Naruszenie zobowiązania międzynarodowego przez czyn państwa nie mający charakteru ciągłego, ma miejsce w chwili gdy czyn został dokonany, nawet gdy jego skutki wciąż następują i rozciąga się na okres, w którym jest kontynuowany oraz pozostaje niezgodny ze zobowiązaniem międzynarodowym. Jeśli zachodzi naruszenie zobowiązania międzynarodowego, to wymaga ono od państwa powstrzymania działań, gdy te mają miejsce i rozciąga się na wskazany okres, kiedy zachodzą oraz pozostaje w tym okresie niezgodne ze zobowiązaniem międzynarodowym.

Naruszenie zobowiązania przez państwo może mieć formę czynów złożonych. Stanowi ono wówczas serię działań lub zaniechań określonych łącznie mianem bezprawnych. W tym przypadku bezprawność rozciąga się na okres, od zaistnienia pierwszego działania lub zaniechania z danej serii i trwa tak długo, jak te działania lub zaniechania są powtarzane i pozostają niezgodne ze zobowiązaniem międzynarodowym. Zdaniem W. Czaplińskiego art. 14 reguluje następstwa pojedynczego naruszenia, deliktu ciągłego (*continuing wrongful act*) i deliktu wielokrotnego (*composite act*). Zrezygnowano więc z pojęcia aktu złożonego (*complex act*), którym posługiwały się poprzednie wersje Projektu.

Konsekwencją prawną czynu międzynarodowo bezprawnego jest odpowiedzialność państwa, zaś sam fakt wystąpienia czynu bezprawnego nie zwalnia państwa od wykonywania zobowiązania międzynarodowego, które mimo jego naruszenia poprzez podjęcie działania bezprawnego, nadal istnieje⁷². Ponadto państwo, będące odpowiedzialnym za to działanie ma obowiązek:

- a) zaprzestania działania jeśli ma ono charakter ciągły;
- b) zapewnienia odpowiedniego zabezpieczenia i gwarancji, że nie będzie się powtarzało, jeśli okoliczności tego wymagają.

Oczywiście najważniejszą sprawą dla państwa odpowiedzialnego za dopuszczenie się czynu międzynarodowo bezprawnego, jest obowiązek całkowitego naprawienia szkody spowodowanej takim działaniem. Szkoła w tym wypadku oznacza zarówno szkodę materialną jak i moralną. Państwo nie może się też

⁶⁷ Art. 13 Projektu.

⁶⁸ Art. 14 Projektu.

⁶⁹ Art. 15 Projektu.

⁷⁰ W. Czapliński, op. cit., s. 39.

⁷¹ Art. 28 Projektu.

⁷² Art. 29 Projektu.

⁷³ Art. 30 Projektu.

⁷⁴ Art. 31 Projektu.

powoływać na przepisy prawa krajowego jako usprawiedliwienie niewykonania obowiązku naprawienia szkody

W przypadku prawa humanitarnego bardzo istotne wydaje się rozróżnienie między szkodą bezprawną, a szkodą spowodowaną działaniem zgodnym z prawem wojennym. W tego typu rozważaniach po raz kolejny stykamy się z pewną paradoksalnością omawianego zagadnienia. Bowiem z samej istoty wojny i w związku z prowadzeniem działań zbrojnych zaistnienie zniszczeń, a w konsekwencji szkody wydaje się nieuniknione. W komentarzach do KG przeważa opinia, że państwo odpowiedzialne jest za każdy rodzaj szkody zaistniałej w związku z konfliktem zbrojnym.

3.2. Pojęcie ciężkiego naruszenia zobowiązania międzynarodowego

Projekt przyjęty przez KPM przewiduje kategorię kwalifikowaną „poważnego naruszenia zobowiązania na podstawie norm bezwzględnie obowiązujących ogólnego prawa międzynarodowego” (*serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law*). Naruszenie takiego zobowiązania określa się jako poważne, gdy obejmuje rażące i systematyczne zaniechanie wykonywania zobowiązania przez odpowiedzialne państwo. W tym wypadku państwa mają obowiązek współpracować, przy użyciu środków zgodnych z prawem, celem zaprzestania takich praktyk.⁷⁵ Ponadto żadne państwo nie powinno uznawać za zgodne z prawem sytuacji spowodowanych ciężkimi naruszeniami, ani też świadczyć pomocy lub współdziałać w ich utrzymywaniu. M. Sasoli w rozważaniach nad zastosowaniem tej części przepisów o odpowiedzialności państw za naruszenia prawa humanitarnego przytacza opinie doradczą MTS-u w sprawie *Nuclear Weapons*, w której to podstawowe normy prawa humanitarnego określono jako „nieprzekraczalne” (*intransgressible*), co wystarcza do zakwalifikowania ich jako norm bezwzględnie obowiązujących (*peremptory*).

Pojęcie ciężkiego naruszenia KG zostało w każdej z nich enumeratywnie określone. Zgodnie z art. 50 I KG za ciężkie naruszenia uważa się popełnienie któregośkolwiek z czynów na szkodę osób lub mienia chronionych przez Konwencję: umyślne zabójstwo, torturowanie lub nieludzkie traktowanie, włączając w to

⁷⁵ Art. 32 Projektu.

⁷⁶ J. De Peux, *Commentary...*, s. 1054.

⁷⁷ Art. 40 Projektu.

⁷⁸ Art. 41 p. 1 Projektu.

⁷⁹ Art. 41 p. 2 Projektu.

⁸⁰ M. Sasoli, *State responsibility for violations of international humanitarian law*, *International Review of the Red Cross*, June 2002, Vol. 84, No. 846, s. 420.

doświadczenia biologiczne, umyślne sprawianie wielkich cierpień albo ciężkie uszkodzenia ciała lub zdrowia, niszczenie i przywłaszczanie sobie mienia, nie usprawiedliwione koniecznościami wojskowymi i dokonane na wielką skalę w sposób bezprawny i samowolny III KG dodaje do tego katalogu: zmuszanie jeńca do służby w siłach zbrojnych Mocarstwa nieprzyjacielskiego lub pozbawianie go prawa do tego aby był sądzony w sposób słuszny i bezstronny Zaś IV KG w katalogu ciężkich naruszeń zawiera także: umyślne powodowanie wielkich cierpień albo ciężkie zamachy na nietykalność fizyczną lub zdrowie, bezprawne deportacje lub przeniesienia, bezprawne pozbawianie wolności, branie zakładników

Bardzo rozbudowany katalog naruszeń i ciężkich naruszeń zawiera I PD. Zgodnie z art. 85 ciężkimi naruszeniami są czyny, które popełnione zostały na szkodę osób znajdujących się we władzy Strony przeciwnej albo na szkodę rannych, chorych i rozbitków Strony przeciwnej lub też przeciwko personelowi medycznemu, formacjom medycznym lub środkom transportu medycznego, znajdującym się pod kontrolą Strony przeciwnej, w razie popełnienia ich z winy umyślnej i jeżeli pociągają za sobą śmierć albo powodują poważne uszkodzenia ciała lub rozstrój zdrowia:

- a) czynienie ludności cywilnej lub osób cywilnych celem ataku;
- b) podejmowanie ataku bez rozróżnienia, dotyczącego ludność cywilną lub dobra o charakterze cywilnym, ze świadomością, że taki atak wywoła straty w życiu ludzkim, ranienia osób cywilnych oraz szkody w dobrach cywilnych;
- c) podejmowanie ataku przeciwko budowlom lub urządzeniom zawierającym siły niebezpieczne, ze świadomością, że taki atak spowoduje straty w życiu ludzkim, ranienia osób cywilnych lub szkody w dobrach o charakterze cywilnym;
- d) czynienie celem ataku miejscowości niebronionych i stref zdemilitaryzowanych;
- e) czynienie celem ataku osoby, o której wiadomo, że jest niezdolna do walki;
- f) wiarołomne używanie znaku rozpoznawczego Czerwonego Krzyża, Czerwonego Półksiężyca lub Czerwonego Lwa i Słońca albo innych znaków ochronnych uznanych przez Konwencje lub niniejszy Protokół.

⁸¹ Art. 50 p. 1 I KG podobnie II KG.

⁸² Art. 130 III KG.

⁸³ Art. 147 IV KG.

⁸⁴ Art. 85 p. 2-31 PD.

Ponadto również za ciężkie naruszenia uważa się:

- a) przeniesienie przez Mocarstwo okupacyjne części swej ludności cywilnej na terytorium, które okupuje, albo deportacja lub przeniesienie wewnątrz lub poza terytorium okupowane całości albo części ludności tego terytorium;
- b) wszelkie nieusprawiedliwione opóźnienia repatriacji jeńców wojennych lub osób cywilnych;
- c) praktyka *apartheidu* oraz inne praktyki niehumanitarne i poniżające, oparte na dyskryminacji rasowej i stanowiące znieważenie godności osobistej;
- d) kierowanie ataków przeciwko pomnikom historycznym, dziełom sztuki lub miejscom kultu religijnego wyraźnie rozpoznany, które stanowią dziedzictwo kulturalne lub duchowe narodów i którym przyznana została szczególna ochrona na mocy odrębnego porozumienia (..);
- e) pozbawienie osoby chronionej przez Konwencję prawa do należytego i bezstronnego jej osądzenia

W zakresie prawa zwyczajowego treść zasady 156 jest jednoznaczna i stanowi, że „Poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego stanowią zbrodnie wojenne” zaś zgodnie z zasadą 157 „Państwa mają prawo powierzyć swoim sądom krajowym jurysdykcję uniwersalną odnośnie zbrodni wojennych”⁸⁶.

3.2. Okoliczności wyłączające bezprawność

W myśl rozdziału V Projektu, okolicznościami wyłączającymi bezprawność są: zgoda (*consent*), samoobrona (*self-defence*), środki odwetowe podjęte w związku z zaistnieniem czynu międzynarodowo bezprawnego (*countermeasures in respect of an internationally wrongful act*), *force majeure*, zagrożenie/narażenie życia (*distress*), konieczność (*necessity*), zgodność z normami bezwzględnie obowiązującymi (*compliance with peremptory norms*).

Pierwszą okolicznością wyłączającą bezprawność jest zgoda państwa. Art. 20 Projektu stanowi, że ważna (wiążąca) zgoda państwa na dokonanie określonego działania przez inne państwo wyklucza bezprawność takiego działania,

⁸⁵ Art. 85 p. 41 PD.

⁸⁶ J.-M. Henckaerts, op. cit., s. 45.

⁸⁷ Prawdopodobnie chodzi o zagrożenie życia, udrczenie lub niebezpieczeństwo spowodowane zajęciem. Niekiedy słowo: *distress* jest tłumaczone jako „zajęcie sądowe, konfiskata, obłożenie aresztem” w: E. Ożga, *Słownik terminologii prawniczej*, cz. 2, Oficyna Wydawnicza Branta, 1998, s. 227; lub „udrczenie” w: *Słownik prawniczy polsko-angielski*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, 1986, s. 177; W Czapliński użył terminu: „nagłego działania w celu ochrony życia ludzkiego”, tenże, op. cit., s. 40.

w odniesieniu do poprzedniego państwa, w takim zakresie, w jakim działanie to mieści się w granicach tej zgody. W tym wypadku mph bez wątpienia będzie wykazywało pozycję *lex specialis* w stosunku do przyjętych w Projekcie rozwiązań. Jego normy należą bowiem do norm bezwzględnie obowiązujących. W konsekwencji państwo związane KG i PD nie może wyrazić zgody na dokonanie w stosunkach bilateralnych lub multilateralnych żadnego działania, które byłoby działaniem sprzecznym z podstawowymi zasadami ochrony ofiar konfliktów zbrojnych. Jeśli zaś taka zgoda została by wyrażona to będzie ona nieważna

Drugą okolicznością wyłączającą bezprawność jest samoobrona. W tym przypadku bezprawność działania państwa jest wykluczona jeśli działanie to stanowi zgodny z prawem środek samoobrony podjęty na podstawie Karty NZ. Jako trzecią grupę okoliczności wyłączających bezprawność Projekt wymienia działanie państwa będące zastosowaniem środków odwetowych. W tym wypadku bezprawność zostanie uchylona oczywiście tylko w takim zakresie, w jakim stanowi ona środek odwetowy podjęty na podstawie rozdziału II części III Projektu i który zostanie omówiony w podrozdziale dotyczącym form odpowiedzialności.

Bezprawność działania jest także wykluczona w związku z działaniem tzn. siły wyższej (*force majeure*). Zgodnie z art. 23 Projektu owa bezprawność działania państwa nie będącego w zgodzie ze zobowiązaniem międzynarodowym w stosunku do innego państwa jest wyłączona, jeśli działanie to zostało spowodowane siłą wyższą. Jest ona wypadkiem (wydarzeniem losowym) gwałtownym lub nieprzewidywalnym, pozostającym poza kontrolą państwa i w tych warunkach wypełnienie zobowiązania czyni materialnie niemożliwym. Przepis ten nie ma zastosowania w sytuacji, gdy siła wyższa występuje w kombinacji z jednym lub wieloma innymi czynnikami, odnoszącymi się do działania państwa, które powołuje się na działanie tejże siły wyższej lub gdy państwo przyjęło ryzyko związane z zaistniałą sytuacją.

Ponadto bezprawność działania państwa jest wyłączona w przypadku zagrożenia życia, jeśli autor tego działania nie miał innego rozsądnego sposobu na uratowanie życia swojego lub osób powierzonych jego opiece. Wyłączenie to nie ma zastosowania jeśli zagrożenie następuje w połączeniu z jednym lub wieloma innymi czynnikami w odniesieniu do działań państwa powołującego się na zagrożenie lub działanie o którym mowa, prawdopodobnie spowoduje porówny-

⁸⁸ Art. 20 Projektu.

⁸⁹ Art. 21 Projektu.

⁹⁰ Art. 22 Projektu.

⁹¹ Art. 23 Projektu.

walne lub większe niebezpieczeństwo (*peril*).⁹² Cytowany już ML Sasoli sugeruje, że „jednostki z definicji są równie zagrożone przez udział w konflikcie zbrojnym, jak państwa w stanie konieczności”⁹³.

Konieczność może być powoływana przez państwo, jako okoliczność wyłączająca bezprawność działania niezgodnego ze zobowiązaniem międzynarodowym tylko wówczas, gdy:

- a) jest dla państwa jedynym sposobem na zabezpieczenie jego podstawowych interesów przed poważnym i groźnym niebezpieczeństwem; i/lub
- b) nie narusza w sposób znaczący podstawowych interesów państwa lub państw wobec których istnieje zobowiązanie lub też społeczności międzynarodowej jako całości.

W żadnym wypadku konieczność nie może być powoływana jako podstawa wyłączenia bezprawności jeśli:

- a) zobowiązanie międzynarodowe, którego dotyczy wyłącza możliwość powołania się na konieczność; i/lub
- b) państwo przyczyniło się do zaistnienia sytuacji konieczności.

Jednakże żadna okoliczność nie może wykluczyć bezprawności działania państwa niezgodnego ze zobowiązaniem międzynarodowym powstałym na mocy norm bezwzględnie wiążących w tym prawie. Ponadto powoływanie się na okoliczność wyłączającą bezprawność nie wyłącza obowiązków w zakresie spełnienia zobowiązania, o którym mowa, jeżeli okoliczności wyłączające bezprawność przestaną istnieć, podobnie jak nie wyłącza obowiązku zadośćuczynienia stratom materialnym spowodowanym działaniem.

3.3. Zakaz zwolnienia się od odpowiedzialności.

KG przewidują również szczególne regulacje w zakresie zwolnienia się od odpowiedzialności za dopuszczenie się ciężkich naruszeń. Najistotniejszą regulacją szczególną przewidzianą przez prawo humanitarne jest zakaz zrzeczenia się odpowiedzialności za dopuszczenie się ciężkich naruszeń tego prawa. Zgodnie z art. 51 I KG „Żadna Umawiająca się Strona nie będzie mogła zwolnić się sama ani zwolnić innej Strony Umawiającej się od odpowiedzialności, ciężącej na niej samej albo na innej Umawiającej się Stronie, za naruszenia przewidziane w poprzednim artykule” tj. ciężkie naruszenia KG. Zakaz ten ma charakter bezwzględny,

⁹² Art. 24 Projektu.

⁹³ M. Sasoli, op. cit., s. 417.

⁹⁴ Art. 25 Projektu.

⁹⁵ Art. 26 Projektu.

⁹⁶ Art. 27 Projektu.

⁹⁷ Podobnie art. 52 II KG, art. 131 III KG oraz art. 148 IV KG.

co skutkuje brakiem jakiegokolwiek skuteczności takiego zrzeczenia się. Pod względem podmiotowym zaś obejmuje wszystkie Strony Konwencji o ochronie ofiar wojny. W Komentarzu do I KG autorzy podkreślają, że zaproponowany przez delegację włoską przepis „ma na celu uchronienie strony pokonanej przed przymusowym zaakceptowaniem w traktatach pokoju zgody na zrzeczenie się roszczeń wobec strony zwycięskiej”⁹⁸.

IV Formy odpowiedzialności

4.1. Formy reparacji.

Na temat form odpowiedzialności państwa za spowodowanie szkody działaniem bezprawnym istniała szeroka dyskusja. Jak stwierdził Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej w wyroku kompetencyjnym z 1927 r. w sprawie fabryki chorzowskiej „Jest zasadą prawa międzynarodowego, że naruszenie zobowiązania międzynarodowego pociąga za sobą obowiązek odszkodowania w odpowiedniej formie”.⁹⁹

Przyjęty przez KPM Projekt przewiduje trzy formy tzn. pełnej reparacji (*fuli reparatori*). Są to: restytucja, kompensacja i satysfakcja, przy czym mogą one występować pojedynczo lub łącznie.¹⁰⁰ Restytucja polega na przywróceniu stanu, który istniał przed popełnieniem czynu bezprawnego. Można ją przeprowadzić pod warunkiem i w takim zakresie:

- a) w jakim nie jest materialnie niemożliwa;
- b) nie zawiera obciążeń nieproporcjonalnych do korzyści wynikających z restytucji zamiast kompensacji.

Kompensacja znajduje zastosowanie wtedy, gdy nie można doprowadzić do restytucji i polega na pokryciu strat finansowych spowodowanych szkodą nie wyłączając utraconych korzyści. Jeżeli żadna z dwóch w/w form reparacji nie może znaleźć zastosowania to pozostaje satysfakcja, która w uznaniu naruszenia może się składać z wyrażenia żalu, formalnych przeprosin lub innych właściwych

⁹⁸ J. S. Pictet, *Commentary I Geneva Convention of 12 August 1949, for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field*, published under the general editorship of J. S. Pictet, Geneva International Committee of the Red Cross, 1952, reprint 1995, s. 373.

⁹⁹ PCIJ, seria A, nr 9, s. 21; w: W Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Wyd. X, Warszawa 2004, LexisNexis, s. 167.

¹⁰⁰ Art. 34 Projektu.

¹⁰¹ Art. 35 Projektu.

¹⁰² Art. 36 Projektu.

modalności/sformułowań. Projekt zastrzega, że satysfakcja nie może być nieproporcjonalna do szkody i nie może mieć charakteru poniżającego dla odpowiedzialnego państwa. W przypadku naruszeń prawa humanitarnego podkreśla się, że „ukaranie sprawców czynów stanowiących naruszenie prawa międzynarodowego można uznać za formę satysfakcji”¹⁰⁴.

Odsetki należne w ramach reparacji powinny być wypłacone jak tylko jest to konieczne w celu zapewnienia pełnej reparacji, zaś stopa procentowa tak ustalona aby ten rezultat osiągnąć. Liczone są one od dnia, w którym suma podstawowa powinna zostać wypłacona do dnia wykonania zobowiązania

4.2. Środki odwetowe

Osobną grupę form odpowiedzialności stanowią środki odwetowe (*counter-measures*) zwane także represaliami i będące formą samopomocy. Państwo pokrzywdzone może przedsięwziąć tylko takie środki odwetowe, które nakłonią państwo zobowiązane do wykonywania zobowiązania. Środki odwetowe są ograniczone w czasie jedynie do okresu niewypełniania przez państwo zobowiązań oraz powinny być przeprowadzane w taki sposób, który umożliwi wznowienie spełnienia zobowiązania. Stosowanie ich powinno zostać zakończone jak tylko odpowiedzialne państwo zacznie przestrzegać zobowiązań w związku z czynem międzynarodowo bezprawnym.¹⁰⁷ Ponadto środki odwetowe nie powinny wpływać na:

- a) zobowiązania powstrzymania się od groźby lub użycia siły zawarte w Karcie Narodów Zjednoczonych;
- b) zobowiązania ochrony podstawowych praw człowieka;
- c) innych zobowiązań na podstawie norm bezwzględnie obowiązujących ogólnego prawa międzynarodowego.

Państwo stosujące środki odwetowe nie jest zwolnione od wykonywania ciążących na nim zobowiązań:

- a) na podstawie postępowania w sprawie rozstrzygania sporów, mającego zastosowanie między nim a państwem odpowiedzialnym;
- b) wynikających z nietykalności przedstawicieli dyplomatycznych i konsularnych, ich pomieszczeń, archiwów i dokumentów.

¹⁰³ Art. 37 Projektu.

¹⁰⁴ W. Czaplński, op. cit., s. 52.

¹⁰⁵ Art. 38 Projektu.

¹⁰⁶ Art. 49 Projektu.

¹⁰⁷ Art. 53 Projektu.

¹⁰⁸ Art. 50 p. 1 Projektu.

¹⁰⁹ Art. 50 p. 1 Projektu.

Ponadto środki odwetowe powinny zostać przedsięwzięte w duchu zasady proporcjonalności. Oznacza to, że muszą one być współmierne do zaistniałej szkody oraz muszą uwzględniać wagę czynu międzynarodowo bezprawnego.

Zanim jednak państwo poszkodowane zastosuje środki odwetowe powinno:

- a) wezwać państwo odpowiedzialne do wypełnienia zobowiązania;
- b) notyfikować państwu odpowiedzialnemu o decyzji w sprawie zastosowania tych środków i zaproponować negocjacje, (chyba że państwo poszkodowane podejmuje środki odwetowe niezbędne do ochrony jego praw).

Środków odwetowych nie podejmuje się, a jeśli zostały podjęte to należy je bezzwłocznie wstrzymać gdy:

- a) działanie międzynarodowo bezprawne zostało zaprzestane; lub
- b) spór jest zawisły przed sądem lub trybunałem, który władny jest wydać decyzję wiążącą dla stron.

Okoliczności wymienione wyżej nie mają zastosowania jeśli państwo odpowiedzialne zaniecha wdrożenia postępowania w sprawie rozstrzygania sporu w dobrej wierze.

Prawo międzynarodowe i prawo humanitarne są dziedzinami, które nie stworzyły jeszcze takiego systemu egzekwowania jego naruszeń, który w pełni zagwarantowałby ich przestrzeganie. Co do podejmowania akcji będącej środkiem odwetowym mph również przewiduje szereg ograniczeń. Zabronione jest ich stosowanie w odniesieniu do rannych na polu walki. Art. 46 I KG stanowi, że „zabrania się stosowania zarządzeń odwetowych wobec rannych, chorych, personelu, budynków lub materiałów znajdujących się pod ochroną Konwencji”. Podobne postanowienia zawiera art. 47 II KG przez co „zabrania stosowania środków odwetowych w stosunku do rozbitków na morzu. Podobnie art. 13 III KG kategorycznie zabrania stosowania środków odwetowych wobec jeńców wojennych, zaś art. 33 IV KG w stosunku do ludności cywilnej i jej mienia. Zakazem tym należy w szczególności objąć szpitale, transporty medyczne itp.

Wszystkie wymienione zakazy w sposób bezwzględny potwierdził I PD, który w art. 20 zabronił represalii przeciwko rannym, chorym i rozbitkom¹¹⁵. Ten

¹¹⁰ Art. 51 Projektu.

¹¹¹ Art. 52 p. 1-2 Projektu.

¹¹² Art. 52 p. 3 Projektu.

¹¹³ Art. 52 p. 4 Projektu.

¹¹⁴ Art. 47 II KG.

¹¹⁵ Art. 20 I PD „Zabronione są represalia przeciwko osobom i dobrom chronionym przez niniejszą Część” tj. Część II Protokołu - Ranni, chorzy i rozbitkowie; dobrami chronionymi zaś są formacje i jednostki medyczne oraz dobra do nich należące, np. pojazdy sanitarne.

sam Protokół w art. 51 p. 6 stanowi, że „zabronione są ataki skierowane tytułem represalii przeciwko ludności cywilnej lub osobom cywilnym”¹¹⁶, zaś zgodnie z art. 52 p. 1 „dobra o charakterze cywilnym nie powinny być celem ataków ani represalii”. W tym znaczeniu „dobrami o charakterze cywilnym są wszystkie dobra, które nie są celami wojskowymi.” Szczególny zakaz czynienia przedmiotem represalii dotyczy dóbr kultury i miejsc kultu religijnego. Chodzi tutaj o zachowanie dóbr chronionych na podstawie Konwencji Haskiej z 14 maja 1954 r. o ochronie dóbr kultury w razie konfliktu zbrojnego oraz innych odnośnych aktów prawa międzynarodowego. Nie można zatem czynić przedmiotem represalii budowli historycznych, dzieł sztuki, miejsc kultu religijnego, które stanowią dziedzictwo kulturalne lub duchowe narodów.¹¹⁹

Podobny zakaz został wyrażony w art. 54 p. 4 I PD i dotyczy on dóbr niezbędnych dla przetrwania ludności cywilnej takich jak środki żywnościowe, strefy rolnicze, które je wytwarzają, zbiory, bydło, urządzenia i zbiorniki z wodą do picia, urządzenia nawadniające w tym celu.¹²⁰ Jednocześnie zakazem represalii objęto środowisko naturalne oraz budowle i urządzenia zawierające niebezpieczne siły, a zwłaszcza zapory, groble i elektrownie jądrowe¹²².

Represalia są same w sobie działaniami bezprawnymi, do których wolno sięgać jedynie w ściśle określonych okolicznościach, by położyć kres naruszeniom prawa przez drugą stronę. Jak podkreśla H-P. Gasser „szeroki zakaz represaliów w PD I był jedną z najbardziej spornych innowacji w prawie z 1977 r. Niektórzy widzieli w groźbie represaliów środek odstraszący. Nieprzyjacieli wiedzieliby, że zapłaci drogo za każde naruszenie norm prawnych. Powinno to skłaniać go do przestrzegania zobowiązań. Z drugiej strony argumentowano, że ze względów moralnych nie można proponować, by ludność cywilna stała się ofiarą naruszeń prawa popełnionych przez rząd lub przez siły zbrojne. Wskazywano na koniec, cytując przykłady z choćby II wojny światowej, że represalia zawsze prowadziły do kontr-represaliów. Nie łagodziły one przemocy, lecz przeciwnie, powodowały jej eskalację i przez to osiągały skutek odwrotny do zamierzonego”¹²³. Nigdy nie

¹¹⁶ Art. 51p. 6 I PD.

¹¹⁷ Art. 52p. 1 I PD.

¹¹⁸ Konwencja o ochronie dóbr kultury podczas konfliktu zbrojnego, tekst w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów*, uzupełnienie i redakcja: M. Gaska, E. Mikos-Skuza, Wyd. Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2003.

¹¹⁹ Art. 53 I PD.

¹²⁰ Art. 54 p. 2 i 3 I PD.

¹²¹ Art. 55 p. 2 I PD.

¹²² Art. 56 p. 4 I PD.

¹²³ H-P Gasser, op. cit., s. 95.

są dopuszczalne represalia przeciwko ludziom będącym we władzy nieprzyjaciela. Gdyby nawet uznać, że dopuszczalny jest atak, jako represalia przeciwko ludności cywilnej, to taki krok mógłby być wykonany jedynie jako środek ostateczny, tj. dla odwrócenia katastrofy. Represalia w żadnym wypadku nie mogą być stosowane dla ukarania przeciwnika ani dla zaspokojenia chęci zemsty.

Zagadnienie represaliów wojennych stało się przedmiotem regulacji w ramach cytowanego już studium poświęconego zwyczajowemu MPH w części dotyczącej egzekwowania tego prawa. W tym przypadku dokonano rozróżnienia zwyczajowych zasad stosowania represaliów w zależności od rodzaju konfliktu zbrojnego. W zakresie międzynarodowych konfliktów zbrojnych sformułowano trzy zasady:

1. zasada 145: „Stosowanie represaliów wojennych, w przypadku gdy nie są one zabronione przez prawo międzynarodowe, podlega surowym warunkom”;
2. zasada 146: „Zabronione jest stosowanie represaliów wojennych przeciwko osobom chronionym przez konwencje genewskie”;
3. zasada 147: „Zabronione jest stosowanie represaliów wojennych przeciwko dobru chronionym przez konwencje genewskie oraz Konwencję haską o ochronie dóbr kulturalnych”.

Zaś co do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych to zgodnie z zasadą 148 „Stronom niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych nie przysługuje prawo stosowania represaliów wojennych. Zabronione jest stosowanie innych środków odwetowych przeciwko osobom, które nie biorą lub przestały brać bezpośredni udział w działaniach zbrojnych”

V. Współlistnienie odpowiedzialności państwa i jednostki

W powoływanym już wyroku Międzynarodowego Trybunału Wojskowego szczególny akcent położono na odpowiedzialność jednostki. Zdaniem A. Nollka – empera teza iż „zbrodnie przeciwko prawu międzynarodowemu zostały popełnione przez ludzi, a nie przez abstrakcyjne twory i tylko karanie tych, którzy ich dokonali może spowodować, że przepisy prawa międzynarodowego będą przestrzegane”, zawierająca stwierdzenie „tylko”, upraszcza zagadnienie odpowiedzialności i jest wątpliwa. W opinii autora „bardziej celowe z punktu widzenia

¹²⁴ Ibidem, s. 95.

¹²⁵ J.-M. Henckaerts, op. cit., s. 44.

¹²⁶ Ibidem, s. 44.

skuteczności wykonywania przepisów prawa międzynarodowego byłoby adresowanie obowiązku do państw niż do pojedynczych osób, które wykonują politykę państwa¹²⁷. Od czasu powołania międzynarodowego sądownictwa karnego mamy zatem do czynienia z równoległym istnieniem odpowiedzialności państwa i jednostki za naruszenia prawa humanitarnego. Na współistnienie tych dwóch systemów wskazuje także Kodeks zbrodni przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości z 1996 r., który w art. 4 stanowi, że „Fakt, iż niniejszy Kodeks przewiduje odpowiedzialność jednostki za zbrodnie przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości jest bez uszczerbku dla odpowiedzialności państwa na podstawie prawa międzynarodowego”¹²⁸.

Wskazana sytuacja prawna wydaje się być konsekwencją dwóch sfer, w których funkcjonuje współczesne prawo międzynarodowe. Jest to pierwotna sfera regulacji stosunków między państwami, jako jedynymi pierwotnymi podmiotami tego prawa, a równoległe do niej współczesne prawo międzynarodowe, w którym można wskazać wiele przykładów przepisów odnoszących się bezpośrednio do osób fizycznych. Obecnie w pewnych dziedzinach prawa międzynarodowego jednostka posiada uprawnienia i obowiązki bezpośrednio na podstawie norm tego prawa. Nie są to dziedziny zbyt liczne, ale ochrona praw człowieka lub międzynarodowe prawo karne, potwierdzają adresowanie swych przepisów nie tylko do państw, ale także bezpośrednio do jednostek.

Naruszenia prawa humanitarnego są dziedziną regulacji, w której mamy do czynienia z faktem równoległego istnienia odpowiedzialności państwa i jednostki za dopuszczenie się tych naruszeń. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że jest to zbieżność, a nie konkurencyjność współczesnych regulacji prawa międzynarodowego. Odpowiedzialność państwa nie wyklucza odpowiedzialności jednostki ani też odwrotnie. Ponadto w związku z zakazem zrzeczenia się odpowiedzialności za naruszenia tegoż prawa wyrażonym we wszystkich czterech KG „państwo nie może się zrzec tej odpowiedzialności na podstawie tego, że osoby indywidualne poniosły już karę za swe działania”¹²⁹.

Odpowiedzialność państwa za naruszenia mph wydaje się być starsza niż odpowiedzialność jednostki. KG zobowiązywały bowiem państwa do ustanowienia

¹²⁷ A. Nollkaemper, *Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, 2003, s. 625.

¹²⁸ Art. 4 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, 1996; www.internationalallawcommission.org.

¹²⁹ J. S. Pictet, M. W. Mouton, *II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked members of Armed Forces at Sea, Commentary* published under the general editorship of J. S. Pictet, Geneva International Committee of the Red Cross, 1960, reprint 1994, s. 270.

sankcji karnych w prawie krajowym, których celem miało być pociągnięcie do odpowiedzialności osób fizycznych winnych naruszeń oraz ciężkich naruszeń prawa humanitarnego. Właściwie rozwój międzynarodowego prawa karnego i ustanowienie bezpośredniej sankcji za naruszenia zasad prawa humanitarnego przez osoby fizyczne bezpośrednio w prawie międzynarodowym, nastąpiły w związku z brakiem skuteczności krajowych systemów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych w zakresie ścigania i karania osób winnych tych naruszeń. Niewydolność krajowych organów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, a często brak woli państw, skłoniły społeczność międzynarodową do podjęcia działań zmierzających do powołania w latach 90-tych XX wieku Trybunałów *ad hoc*]. Międzynarodowego Trybunału ds. Zbrodni w byłej Jugosławii (MTKJ) oraz Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Ruandy (MTKR), a także pierwszego w historii stałego Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK).

Sama idea karania naruszeń prawa humanitarnego dokonanych przez osoby fizyczne nie jest prawu międzynarodowemu obca. Możemy nawet zaryzykować stwierdzenie, że znana już od XV w. Historia odnotowała bowiem proces Petera von Haagenbacha z 1477 r. Został on skazany na śmierć za zbrodnie dokonane na ludności Breisach w 1474 r. takie jak: morderstwa, gwałty, nielegalne opodatkowania, celowa konfiskata własności prywatnej. Wszystkie te działania miały na celu redukcję populacji w/w miasta i dotknęły także sąsiadujące terytoria, w tym szwajcarskie oraz okolice Frankfurtu. Haagenbach został osądzony przez Trybunał składający się z 28 sędziów pochodzących z tzn. dużej koalicji tj. Austrii, Francji, Brna oraz miast i księstw Górnego Renu. Trybunał, który uznaje się za „prawdziwie międzynarodowy sąd”¹³⁰ ustanowił Arcyksiążę Austrii, pod którego jurysdykcją zatrzymano zbrodniarza

Inne przykłady to chociażby Proces przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym w Norymberdze lub przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym dla Dalekiego Wschodu w Tokio. Wszystkie te sądy są organami międzynarodowymi, co oznacza, że odpowiedzialność jednostki odbywa się bezpośrednio na podstawie norm prawa międzynarodowego, a skład sędziowski pochodzi z różnych państw i reprezentuje różne systemy i kultury prawne świata

Należy jednak zwrócić uwagę na szereg różnic między odpowiedzialnością państwa a jednostki. Mimo że w obu tych przypadkach mamy do czynienia z podobnym katalogiem naruszeń zasad prawa humanitarnego, to tylko w odniesieniu

¹³⁰ E. Greppi, *The evolution of individual criminal responsibility under international law*, International Review of the Red Cross, No 835/1999.

¹³¹ Patrz: L. Gardocki, *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1985.

do osób fizycznych odpowiedzialność możemy określić przymiotnikiem karna. Odpowiedzialność państwa, choć ponoszona za zbrodnie, niekiedy nazywane „zbrodniami państw” nie ma takiego charakteru. Wbrew pozorom nie jest to także odpowiedzialność na zasadach prawa cywilnego pomimo, że wiele przepisów Projektu wydaje się wykazywać analogię do tego systemu. Natura odpowiedzialności państwa ma charakter prawnomiędzynarodowy, co oznacza właściwy tylko dla tego systemu prawa. Pomimo współistnienia obu rodzajów odpowiedzialności, żaden z nich nie pochodzi od drugiego. Odpowiedzialność państwa ma swe źródło w czynie, który można przypisać państwu, zaś odpowiedzialność jednostki wyłącznie w czynie, którego ta jednostka się dopuściła. Świadczy o tym wyraźnie konstrukcja prawna zasad odpowiedzialności karnej osób fizycznych. Po pierwsze jest to zasada indywidualizacji tejże odpowiedzialności, co oznacza, że „osoba, która popełniła zbrodnię objętą jurysdykcją Trybunału ponosi indywidualnie odpowiedzialność karą i podlega karze (...)”¹³³. Odpowiedzialności podlega osoba, która:

- a) popełniła taką zbrodnię sama, wspólnie z inną osobą albo za pośrednictwem innej osoby bez względu na to, czy ta inna osoba ponosi odpowiedzialność karą;
- b) zleca, namawia bądź nakłania do popełnienia takiej zbrodni, zarówno w przypadku jej dokonania jak i usiłowania;
- c) w celu ułatwienia popełnienia takiej zbrodni pomaga, nakłania bądź w inny sposób bierze udział w dokonaniu lub usiłowaniu, włącznie z dostarczeniem środków do jej popełnienia;
- d) w jakikolwiek inny sposób uczestniczy w dokonaniu lub usiłowaniu takiej zbrodni przez grupę osób działających ze wspólnym zamiarem (...);
- e) w przypadku zbrodni ludobójstwa bezpośrednio i publicznie podżega do popełnienia ludobójstwa;
- f) usiłuje popełnić taką zbrodnię poprzez podjęcie działań rozpoczynających jej dokonanie, jednak do takiego dokonania nie dochodzi z powodów niezależnych od zamiaru osoby. (...)

Inne zasady charakterystyczne dla karno-międzynarodowej odpowiedzialności osób fizycznych to: *nullum crimen sine lege*,¹³⁵ *nulla poena sine lege*,¹³⁶

¹³² Por. A. Pellet, *The New Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Requiem for States' Crime?*, Netherlands Yearbook of International Law, Vol. XXXII, 2001, s. 59.

¹³³ Art. 25 p. 1 Statutu MTK.

¹³⁴ Art. 25 p. 3 Statutu MTK.

¹³⁵ Art. 22 Statutu MTK.

¹³⁶ Art. 23 Statutu MTK.

zakaz retroaktywnego działania *ratione personae*, wyłączenie jurysdykcji wobec osób poniżej osiemnastego roku życia oraz irrelewantność pełnionej funkcji publicznej. Należy, co do tej ostatniej zasady, przypomnieć, iż w przypadku procesów jakie miały miejsce po II wojnie światowej, nie doszło do osądzenia cesarza Japonii, gdyż uznano, że państwo to, w przeciwieństwie do Niemiec nie utraciło suwerenności, a w konsekwencji władcę chronił immunitet. Ponadto konstrukcja prawna odpowiedzialności indywidualnej w Statucie MTK oparta jest na zasadzie winy umyślnej. Art. 30 - „Umyślność” stanowi, że „osoba ponosi odpowiedzialność karną i podlega karze za zbrodnię objętą jurysdykcją Trybunału tylko wtedy, jeśli świadomie i z zamiarem jej popełnienia realizuje znamiona zbrodni. (...) Osoba działa z zamiarem jeżeli:

- a) w odniesieniu do czynu - osoba ta zmierza do jego popełnienia;
- b) w odniesieniu do skutku czynu - osoba ta zamierza wywołać taki skutek, lub jest świadoma, że taki skutek nastąpi w normalnym następstwie zdarzeń.”

Inna jest także bezpośrednia podstawa prawna ustanowienia odpowiedzialności, choć w każdym z przypadków mamy do czynienia z aktem prawa międzynarodowego. Trybunały *ad hoc* zostały jednak powołane przez Radę Bezpieczeństwa ONZ w drodze rezolucji. Pozostałe umowy międzynarodowe to Porozumienie londyńskie lub Statut w odniesieniu do stałego MTK. Ponadto odpowiedzialność państwa w związku z naruszeniem *mph*, jest w wielu wypadkach uznawana przez strony, podczas gdy z odpowiedzialnością jednostki mamy do czynienia poprzez jej ustanowieniem w drodze aktu prawa międzynarodowego.

Odrębność współlistnienia odpowiedzialności państwa i jednostki za dopuszczenie się naruszeń prawa humanitarnego została potwierdzona w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Selmouni v France*. Trybunał stwierdził, że zagadnienie winy francuskiego policjanta za dopuszczenie się tortur jest przedmiotem jurysdykcji sądów francuskich, jednak bez względu na wynik postępowania tych sądów co do przesądzenia o winie oficera policji i w konsekwencji ani jego skazanie ani uniewinnienie nie zwalnia państwa od odpowiedzialności na podstawie Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Sprawa ta potwierdziła współlistnienie odpowiedzialności jednostki i państwa. Stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie przesądza jednak wykonywania jurysdykcji nad osobami fizycznymi tj. właściwości sądów kra-

¹³⁷ Art. 24 Statutu MTK

¹³⁸ Por: L. Gardocki, op. cit., s. 61.

¹³⁹ Art. 30 Statutu MTK.

¹⁴⁰ A Nollkaemper, op. cit., s. 617.

jowych bądź międzynarodowych trybunałów karnych. W tym zakresie odpowiedzi należy szukać w Statutach MTKJ, MTKR oraz MTK.

Kolejna różnica między odpowiedzialnością kamą jednostki a odpowiedzialnością państwa, dotyczy odrębności w zakresie sposobu dochodzenia roszczeń z tytułu odpowiedzialności państwa za naruszenia mph, a sposobu dochodzenia sprawiedliwości w związku z naruszeniem mph przez jednostkę. W tym drugim przypadku mamy do czynienia z odrębnym systemem międzynarodowego sądownictwa karnego w postaci Trybunałów *ad hoc* czyli: MTKJ, MTKR, Trybunałów mieszanych jak np. Trybunał dla Sierra Leone oraz stałego MTK Trybunały te, określając zagadnienie w najprostszy sposób, sądzą osoby fizyczne. Tego typu konstrukcji sądownictwa nie ma w przypadku odpowiedzialności państwa, gdyż byłoby to sprzeczne z zasadą suwerenności, jako cechą pierwotnych podmiotów prawa międzynarodowego. W związku z naruszeniem prawa humanitarnego możemy mówić jedynie o zastosowaniu szeroko rozumianych sposobów rozstrzygania sporów w prawie międzynarodowym. A zatem to państwo uznaje swoją odpowiedzialność względem innego państwa lub podmiotu prawa międzynarodowego i tylko w tym zakresie można rozważać co do sposobów określenia form w jakich odpowiedzialność zostanie poniesiona. Należy także podkreślić, że jedynie Trybunały karne zawierają w swej nazwie określenie: „dla osądzenia sprawców naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego na terytorium byłej Jugosławii oraz na terytorium Ruandy i sąsiadujących państw”. Takich specyficznych trybunałów nie utworzono w odniesieniu do ścisłej odpowiedzialności państwa za naruszenia mph. Jest to konsekwencją odrębnego charakteru podmiotowości państwa i jednostki w prawie międzynarodowym.

Na zagadnienie współlistnienia odpowiedzialności zwróciła uwagę także Izba Apelacyjna w sprawie *Tadića*. MTKJ orzekł, że „mph nie zawiera określenia kryteriów, na podstawie których można by stwierdzić, kiedy grupa jednostek znajduje się pod kontrolą państwa i w związku z tym zasady ogólne odpowiedzialności państwa mają zastosowanie”¹⁴¹. Jednocześnie Trybunał rozważając winę osoby fizycznej, w tym samym uzasadnieniu stwierdził, że „aby przypisać działanie grupy militarnej lub paramilitarnej państwu (...) nie wystarczy wyposażenie ich w sprzęt lub finansowanie, ale niezbędne jest także koordynowanie działań lub pomoc w ogólnym planowaniu militarnym. (...) Jednocześnie nie jest konieczne wskazywanie instrukcji, na podstawie których przywódca lub członkowie grupy popełnili konkretne czyny sprzeczne z prawem międzynarodowym”¹⁴².

¹⁴¹ A. J. J. De Hoogh, *Articles 8 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadic case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia*, British Yearbook of International Law, 2001, s. 263.

¹⁴⁰ Ibidem.

VI. Zakończenie

Współcześnie mamy do czynienia z równoległym istnieniem w prawie międzynarodowym odpowiedzialności państwa i jednostki za dopuszczenie się naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych. Jurysdykcja w stosunku do osób fizycznych może być wykonywana zarówno przez sądy krajowe jak i międzynarodowe trybunały karne. Odpowiedzialność ta ma charakter karny i wykonywana jest na zasadach przewidzianych zarówno w umowach międzynarodowych jak i krajowych kodeksach karnych. Równolegle z odpowiedzialnością jednostki funkcjonuje odpowiedzialność państwa za te same naruszenia, a w szczególności ciężkie naruszenia prawa humanitarnego. Jest to odpowiedzialność za czyny, które można przypisać państwu, a w konsekwencji może być ona ponoszona wyłącznie w drodze postępowania międzynarodowego, odbywającego się między państwami. O uznaniu odpowiedzialności decyduje zatem nie trybunał, a inne państwo jako takie.

Charakter prawny odpowiedzialności, jej zakres, zasady, czyny będące naruszeniem prawa międzynarodowego oraz formy zadośćuczynienia zostały skodyfikowane, a praktyka państw w zakresie naruszeń mph potwierdziła je w drodze zwyczaju. W związku z tym, że naruszenia prawa humanitarnego ściśle związane są z okresem wojny, to najczęściej sprawa reparacji rozstrzygana jest w traktatach pokoju. Samo prawo humanitarne jako system gwarantuje stronie pokonanej, że nie zostanie zmuszona w traktatach pokoju do rezygnacji ze wszystkich roszczeń.

Przyjęty przez KPM Projekt jest wynikiem kompromisu przedstawicieli doktryny i stanowi pierwszą kompleksową, aczkolwiek ogólną, kodyfikację odpowiedzialności państw w prawie międzynarodowym. Należy ponadto podkreślić, że odpowiedzialność funkcjonuje w określonych gałęziach, w których uregulowano jej poszczególne rodzaje. Jest to zjawisko charakterystyczne nie tylko dla prawa krajowego, ale także międzynarodowego w jego wymiarze zarówno uniwersalnym jak i regionalnym. Podziały gałęziowe z własnymi zasadami odpowiedzialności, specyficznymi dla tych właśnie gałęzi sprawiają, że wątpliwe jest funkcjonowanie odpowiedzialności uniwersalnej tj. takiego zbioru zasad, który znalazłby zastosowanie do każdego przypadku czynu bezprawnego. Stąd potrzebna jest konwencja, która odrębnie stanowiłaby o odpowiedzialności państwa za naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych.

STATE'S RESPONSIBILITY FOR VIOLATIONS OF HUMANITARIAN LAW ON THE BASIS OF DRAFT ARTICLES ON THE RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS

This article is devoted to the state's responsibility for breaches of humanitarian law on the basis of draft articles of future convention on the responsibility of states for internationally wrongful acts. It analyses a development of main concepts, first codifications, achievements of the League of Nations and works in the United Nations Organization. Much attention is paid on the role of the International Committee of the Red Cross in the process of an establishment of the state's responsibility.

Humanitarian law belongs to those branches of international law which are very often violated in present international relations. International character of the state's responsibility is based on the art. 3 of the fourth Hague Convention of 1907 and art. 91 of the first Additional Protocol of 1977. The source of the responsibility is an act of the state's organ which constitutes an internationally wrongful act, including serious violations of international humanitarian law enumerated by the Geneva Conventions of 1949. A special group of acts constitutes delicts against cultural property. International character of the responsibility is provided by the treaty law, confirmed by practice as customary rules of humanitarian law and general principles of that system.

Responsibility of the state has been provided under certain conditions enumerated in Draft articles. Author describes also sources of the responsibility of states which are: violations and serious violations of humanitarian law. Than conditions excluding responsibility and prohibition to absolve of any liability in respect of breaches. State's responsibility can be enforced in such forms as: reparations, restitution or satisfaction. International law established a lot of situations in which countermeasures have been excluded. Procedural aspects of the enforcement can be associated with the International Fact Finding Commission, arbitration or by the jurisdiction of national courts. In all those aspects responsibility of the state needs recognition as a consequence of the principle of sovereignty.

International law as a system provides parallel responsibility of the state and an individual for the same violations of humanitarian law. Increasing number of international and non-international armed conflicts, became the reason of establishing international criminal tribunals. Their task is to bring natural persons responsible for violations of international humanitarian law to justice. Very similar rules applied to breaches and violations of humanitarian law establish not

only responsibility of the state which is closer to civil law system but also classical criminal responsibility of an individual. Despite this fact, concurrent existence does not exclude any type of higher mentioned responsibilities. This article analyses also differences of rules applied to the responsibility of states and individuals. The most important conclusion for the present international law is connected with the needs of a separate convention in order to provide special regulations for the responsibility of states for the commission of breaches and grave breaches of humanitarian law of armed conflicts.

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009 -----

Warszawa 2009

Katarzyna Lasak ■

ODPOWIEDNIE MIESZKANIE DLA ROMÓW W AKTACH PRAWNYCH RADY EUROPY

I Wprowadzenie

Termin *nomada* stosuje się w języku aktów prawnych i nomenklaturze Rady Europy do osób wiodących historycznie uwarunkowany koczowniczy lub na wpół osiadły tryb życia.¹ Do kategorii tej zalicza się, obok Romów, ludy mające wspólne

¹ Zob. www.coe.fr/humanrights/minorities oraz akty prawne wymienione w przypisie 9 niniejszego opracowania. Termin *nomada* odnosi się do członka pasterskiego lub zbieracko-łowickiego ludu. Ludy takie zamieszkują współcześnie np. Afrykę, Azję i Północną Europę. Równoważnym pojęciem jest koczownik. Własna nazwa Romów (w sanskrycie *domae*) oznacza „kasta wędrowna”. Jest to więc zasadniczo lud, który wędruje. Wędrowanie należy do głównych komponentów tradycyjnej kultury Romów. Nie jest ono w żadnym razie bezcelowe lecz stanowi formę ekspresji własnej odrębności Romów. Lud ten wędruje poszukując środków utrzymania się właściwymi dla niego metodami, np. sprzedając produkty swojej pracy kotlarskiej. Kiedy Romowie przybyli do Europy, jej mieszkańcy na ogół wiedli już osiadły tryb życia. Wędrowanie z miejsca na miejsce w taki sposób i z powodów, jakie czynili to Romowie kojarzyło się prawdopodobnie wyłącznie z przybyszami *nomen omen* z dalekiej Azji, tj. np. Mongołami. Termin „kasta” nie był wówczas znany, tak jak niewiele wiadano o Indiach. W użyciu znajdowało się już natomiast słowo „nomada” i jako zrozumiałe zostało zastosowane do Romów. Używanie tego terminu sugerowało, że wędrowanie to podstawowa cecha różniąca Romów od innych społeczności. Było to uproszczenie. Jednak będąc czytelnym, przyjęło się i przetrwało po dzień dzisiejszy. Owszem, Romowie są nomadami, ale definicję trzeba uszczegóławiać, zwłaszcza w kontekście procesu legislacyjnego. Zważywszy, że istnieją różne grupy nomadów, akty prawne odnoszące się do Romów powinny w tytule zawierać ich nazwę własną.

z nimi korzenie bądź podobną obyczajowość². To ostatnie kryterium przesądza o przynależności romskiej, nawet jeśli, wbrew definicji nomady, konkretna osoba osiedliła się na stałe w jakimś miejscu.

Odrębności rasowe, etniczne, językowe i kulturowe przesądają o aktualności społecznej marginalizacji ludności romskiej. Większość Romów żyje w warunkach skrajnego ubóstwa, bez dostępu do podstawowych usług socjalnych. Zważywszy że społeczność romska liczy dziś w Europie 10 milionów osób, jest to ogromne wyzwanie dla organizacji zajmujących się ochroną praw człowieka. Sytuacja, w jakiej znajdują się Romowie zagraża społecznej spójności państw członkowskich Rady Europy. Organizacja stara się o jej poprawę, m.in. w zakresie prawa do mieszkania.

Prawo do mieszkania występuje wyraźnie w Zrewidowanej Karcie Społecznej. W pierwotnej i zmienionej wersji Karta Społeczna gwarantuje szeroko pojmowaną opiekę rodzinie. Opieka ta implikuje pomoc w załatwianiu problemów mieszkaniowych. Konwencja Europejska chroni prywatność mieszkania, życia rodzinnego i korespondencji oraz jego własność.⁶ Konwencja o mniejszościach

² Np. Bałkańscy Egipcjanie, Kowale, Złotnicy, Będący w Podróży.

³ Zob. Final report by Mr Alvaro Gil-Robles, Commissioner for human rights (Commissioner) on the human rights situation of the Roma, Sinti and Travellers in Europe 15 February 2006, Strasbourg, CommDH(2006) 1 ; Report on the Commissioner's visit to Bulgaria, 17-20 December 2001, Strasbourg, CommDH(2002) 1 ; Report on the Commissioner's visit to Hungary, 11-14 June 2002, Strasbourg, CommDH(2002)6; Report on the Commissioner's visit to Romania, 5-9 October 2002, Strasbourg, CommDH (2002)13; Report on the Commissioner's visit to Greece, 2-5 June 2002, Strasbourg, CommDH(2002)5; Report on the Commissioner's visit to Poland 18-22 November 2002, Strasbourg, CommDH(2003)4; Report on the Commissioner's visit to Lithuania, 23-26 November 2003, Strasbourg, CommDH(2004)6; Report on the Commissioner's visit to Portugal, 27- 30 May 2003, Strasbourg, CommDH(2003)14; Report on the Commissioner's visit to Slovenia, 11-14 May 2003, Strasbourg, CommDH (2003) 11 ; Report on the Commissioner's visit to the Czech Republic, 24-26 February 2003, Strasbourg, CommDH(2003)10; Report on the Commissioner's visit to Switzerland, 29 November - 3 December 2004, Strasbourg, CommDH(2005)7; Report on the Commissioner's visit to Italy, 10-17 June 2005, Strasbourg, CommDH(2005)9; Report on the Commissioner's visit to the United Kingdom, 4-12 November 2004, Strasbourg, CommDH(2005)6.; Report on the Commissioner's visit to France, 5-21 September 2005, Strasbourg, CommDH(2006)2.

⁴ Art. 31 Europejskiej Karty Społeczna (zrewidowana) z 1996 r. Polska stała się sygnatariuszem traktatu w dniu 25 października 2005 r. Jej polską wersję można znaleźć w Drzewicką K, *Wybór Konwencji Rady Europy*, Wydawnictwo Naukowe PWN 1999, s. 104-131.

⁵ Art. 16 Zrewidowanej Karty i Europejskiej Karty Społecznej z 1961 r., Dz. U. z 1999 r. Nr 8, poz. 67.

⁶ Art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 oraz art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka

stanowi natomiast o pomocy takim grupom społecznym, jak Romowie we wszechstronnej socjalizacji. Istnieją także uchwały organów Rady Europy bezpośrednio odnoszące się do kwestii zabezpieczenia im mieszkania. Wymienione akty prawne stanowią w niniejszym opracowaniu podstawę koncepcji odpowiedniego mieszkania dla Romów w systemie prawnym Rady Europy.

II. Koncepcja odpowiedniego mieszkania dla Romów

Prawo do mieszkania wykląda się szeroko. Rozumie się, że mieszkanie oznacza bezpieczne, spokojne i godziwe życie w jakimś miejscu. Aby mieszkać nie wystarczy mieć, gdzie złożyć głowę na noc lub schronić się przed deszczem czy

i podstawowych wolności, Dz. U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175. Skargi wnoszone dotychczas przez nomadów opierały się zasadniczo na art. 8. W sprawach, w których pojawiały się również zarzuty naruszenia prawa własności z art. 1 Protokołu nr 1 Europejski Trybunał Praw Człowieka (Trybunał) nie badał ich, uważając że nie dotyczą one zagadnień różnych od tych rozpatrywanych na podstawie art. 8 Konwencji Europejskiej (tak np. *Beard, v. the United Kingdom*, wyrok z dnia 25 września, skarga nr 24882/94) lub stwierdzał brak naruszenia z analogicznych powodów uzasadniających nieuwzględnienie zarzutu naruszenia art. 8 Konwencji Europejskiej (np. *Coster v. the United Kingdom*, wyrok z dnia 18 stycznia 2001 r., skarga nr 24876/94). Konsekwentnie, w niniejszym artykule, koncepcja odpowiedniego mieszkania dla nomadów w Konwencji Europejskiej bazuje na treści i wykładni jej art. 8. Powoływane w niniejszym artykule orzeczenia Trybunału pochodzą ze strony internetowej: www.coe.int/europeancourt/humanrights/hudoc

Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych z 1995 r., Dz.U. z 2002 r. Nr 22, poz. 209, art. 4 i 15.

Resolution of the Committee of Ministers containing recommendations on the social situation of nomads in Europe, Strasbourg, 22 May 1975; Recommendation R(83) 1 of the Committee of Ministers to member states on stateless nomads and nomads of undetermined nationality, Strasbourg, 22 February 1983; Recommendation Rec(2004)14 of the Committee of Ministers to member states on the movement and encampment of Travellers in Europe, Strasbourg, 1 December 2004; Recommendation Rec(2005)4 of the Committee of Ministers to member states on improving the housing conditions of Roma and Travellers in Europe, Strasbourg, 23 February 2005; Recommendation 1557 (2002) of the Parliamentary Assembly on the legal situation of Roma in Europe, 25 April 2002; Recommendation 1203(1993) of the Parliamentary Assembly on Gypsies in Europe, Strasbourg, 2 February 1993; Recommendation 562(1969) of the Parliamentary Assembly on the situation of Gypsies and other Travellers in Europe, Strasbourg, 30 September 1969; Resolution 16 (1995) the Congress of Local and Regional Authorities (CLARE) on towards a tolerant Europe: the contribution of Roma (Gypsies), Strasbourg, 31 May 1995; Resolution 249 (1993) of the CLARE on Gypsies in Europe: the role and responsibility of local and regional authorities, Strasbourg, 18 March 1998.

dzikimi zwierzętami. Według przyjętego kryterium nie mieszka również ten, kto traktuje mieszkanie wyłącznie jak przedmiot obrotu gospodarczego czerpiąc pożytki z prawa własności. Takie ujęcie prawa do mieszkania tłumaczy przede wszystkim jego cel. Cel ten koncentruje się na ochronie przyrodzonej człowiekowi godności.

Podmiotem prawa do mieszkania jest więc każdy człowiek bez jakiegokolwiek dyskryminacji. Imperatyw poszanowania różnic między ludźmi, niedyskryminacji oraz przeciwdziałania społecznej marginalizacji stosuje się do wszystkich Romów, tych związanych na stałe z jakimś miejscem i tych nieustannie wędrujących. Należyta realizacja prawa do mieszkania warunkuje również prawidłową implementację innych politycznych, socjalnych, gospodarczych i kulturalnych praw człowieka.

Ze wskazanych powodów nie każde lokum uznaje się za przedmiot prawa je gwarantującego. Mieszkanie musi być odpowiednie. Znalezione schronienie powinno nadawać się do stałego i wygodnego zamieszkania. Posiadanie takiego mieszkania przesądza o jakości bytu nie tylko jednostek, ale i całych rodzin. W przypadku Romów, których integruje klan, może precyzyjnie wskazywać na poziom życia całej populacji na pewnym obszarze. Standard odpowiedniości waha się w zależności od czynników społecznych, gospodarczych, kulturowych, klimatycznych, ekologicznych. Istota samej koncepcji odpowiedniego mieszkania pozostaje natomiast niezmienna.

Koncepcja odpowiedniego mieszkania ma fundamentalne znaczenie dla rekonstrukcji prawa Romów do mieszkania w standardach prawnych Rady Europy. Spaja ona w zwartą całość tak podmiotowy jak i przedmiotowy aspekt prawa do mieszkania. Koncepcję odpowiedniego mieszkania ukuto w procesie interpretacji Międzynarodowego Paktu Praw Społecznych. Współtworzą ją następujące elementy: dostęp do mieszkań, nadawanie się do zamieszkania, zabezpieczenie infrastruktury (dostępność usług, materiałów, ułatwień i infrastruktury), lokalizacja, odpowiedniość kulturowa, przystępność cenowa, ochrona ęrawna stosunku faktycznego lub prawnego będącego podstawą zamieszkania.

⁹ Wyrok Trybunału w sprawie *Connors v. the United Kingdom* z dnia 27 maja 2004 r., skarga nr 66746/01, pkt 84.

¹⁰ Np. prawo do życia; różnie nazywany, niejednorodny i złożony kompleks praw służących ochronie zdrowia; prawo do nauki; prawo do wolnych wyborów.

¹¹ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169, art. 11(1) gwarantujący prawo do odpowiedniego poziomu życia, w tym mieszkania

¹² Committee on Economic, Social and Cultural Rights, The right to adequate housing, General Comment 4, E/1992/23, Geneva, 1991.

System prawny Rady Europy zaadaptował koncepcję odpowiedniego mieszkania na własne potrzeby Uchwały organów tej organizacji, mówiąc o zapewnieniu Romom prawa do mieszkania, powtarzając ją dosłownie. Na bazie tej koncepcji sformułowano prawo do mieszkania w Zrewidowanej Karcie Społecznej. Koncepcja odpowiedniego mieszkania wytycza także kierunek interpretacji prawa rodziny do ochrony społecznej, prawnej i ekonomicznej w pierwotnej i zrewidowanej wersji Karty Społecznej. Implementacja tego prawa wymaga stworzenia warunków, w tym mieszkaniowych, dla pełnego rozwoju rodziny. Socjalna ochrona Romów, zgodnie z treścią Konwencji o mniejszościach, implikuje zapewnienie im należytego standardu mieszkaniowego. Należy wyraźnie stwierdzić, że Konwencja Europejska nie przewiduje prawa do mieszkania. W traktacie tym chroni się własność mieszkania i jego prywatność. Toteż koncepcję odpowiedniego mieszkania stosuje się przy wykładni praw człowieka przewidzianych Konwencją Europejską we właściwym dla niej wymiarze.

Koncepcję odpowiedniego mieszkania stosuje się do nowych mieszkań, jak i do starszych, wynajmowanych i zamieszkanych przez ich właścicieli. Obowiązkiem władz publicznych jest zapewnienie odpowiednich mieszkań za pomocą właściwych metod, w tym opracowanie planów zagospodarowania przestrzennego, monitorowanie wykonywania obowiązków przez najemców, egzekwowanie obowiązków właścicieli mieszkań, sporządzanie rejestrów dostępnych mieszkań.

III. Elementy koncepcji odpowiedniego mieszkania dla Romów

3. 1. Dostęp do mieszkań

Zagwarantowanie dostępu do mieszkań w systemie Karty Społecznej zakłada w istocie stałe dążenie do likwidacji istniejących i zapobieganie powstawaniu nowych obszarów bezdomności wraz z ich skrajnie negatywnym wpływem na bezpieczeństwo osobiste oraz zdrowie psychiczne i fizyczne człowieka. Za bezdomnego uważa się osobę nie korzystającą zgodnie z prawem z żadnego mieszkania lub z jakiegokolwiek innego odpowiedniego lokalu. Na państwie ciąży obowiązek sukcesywnej redukcji bezdomności, aż do jej całkowitej eliminacji. Bezdomność zwalcza się za pomocą środków o charakterze doraźnym i prewencyjnym. Najpierw udziela się bezdomnym bezzwłocznej pomocy, która obejmuje znalezienie w trybie natychmiastowym schronienia oraz zaoferowanie stosownej opieki.

13

Wnioski Europejskiego Komitetu Praw Społecznych (Wnioski EKPS) 2005, vol. II, s. 587. Wszystkie powoływane w niniejszym artykule wnioski EKPS zostały opublikowane w portalu internetowym: www.coe.int/europeansocialcharter/conclusions.

Wyszukanie tymczasowego lokum, mimo że stanowi niezbędne minimum pomocy, nie wystarcza, aby zapobiec powrotowi do bezdomności. Podejmuje się zatem długotrwałe działania wspierające bezdomnych w przezwyciężeniu ich problemów oraz uzyskaniu odpowiedniego mieszkania w rozsądnym terminie.

Romom w Europie odmawia się dostępu do mieszkania na tej podstawie, iż Karta Społeczna i Zrewidowana Karta Społeczna nie obejmują ich swoim podmiotowym zakresem obowiązywania. Niektóre strony tych traktatów uważają, że Romowie nie spełniają podstawowego warunku przyznania prawa do mieszkania lub prawa rodziny do ochrony prawnej, socjalnej i ekonomicznej. Sugerują one, iż Romowie nie są obywatelami państw stron traktatów legalnie mieszkającymi lub pracującymi na terytorium zainteresowanej strony. Państwa te wyrażają przekonanie, że większość Romów posiada obywatelstwo państw trzecich lub ich obywatelstwo jest trudne do określenia bądź nielegalnie migruje. Twierdzą one nawet, iż przyznanie Romom mieszkania, zgodnie z treścią przedmiotowych umów międzynarodowych, utrudnia albo wręcz wyklucza niemożność odróżnienia Romów mających obywatelstwo zainteresowanego państwa od Romów będących obywatelami innych stron i legalnie rezydujących na terytorium tego pierwszego państwa od całości populacji romskiej tam się znajdującej. Tak sformułowane argumenty wskazują na łączne naruszenia prawa do mieszkania lub prawa rodziny do ochrony prawnej, społecznej i ekonomicznej oraz zakazu niedyskryminacji.

Prawa człowieka chronione w standardach prawnych Rady Europy stanowią wyraz społecznej solidarności. Są narzędziami służącymi przywracaniu społeczeństwu tych, którzy z wielorakich powodów znaleźli się na jego marginesie. Państwo musi respektować różnice między ludźmi, a także zadbać o to, aby funkcjonowanie systemu społecznego nie prowadziło do szybkiego czy łatwego wykluczania jego członków albo to zjawisko nasilało. Równe traktowanie Romów oznacza, że zakazuje się w takim samym stopniu bezpośredniej i pośredniej ich dyskryminacji. Do dyskryminacji Romów dochodzi, jeżeli nie podejmuje się kroków zmierzających do rzeczywistego zapewnienia im na tożsamy co dla pozostałych członków społeczeństwa zasadach, praw i dostępu do takich urządzeń społecznych jak mieszkanie. Wydaje się, że dostęp do mieszkania oznacza tak możliwość zamiesz-

¹⁴ Np. Włochy czy Grecja.

¹⁵ Art. 1 ust. 1 Załączników do pierwotnej i zrewidowanej wersji Karty Społecznej w odniesieniu do osób chronionych.

¹⁶ Preambuła Karty Społecznej i art. E Zrewidowanej Kart Społecznej.

¹⁷ Zob. decyzja merytoryczna EKPS w sprawie *ERRC v. Greece* z dnia 8 grudnia 2004 r., skarga nr 15/2003, pkt 22. Wszystkie powoływane w niniejszym artykule decyzje EKPS są dostępne w jego portalu internetowym:

kania w jakimś pomieszczeniu, jak i również zakup gruntu, na którym mogłoby ono zostać wybudowane. Lekceważenie przejawów odmienności związanych z pochodzeniem Romów prowadzi także do ich dyskryminacji w aspekcie dostępu do mieszkania. Państwu wolno ustanowić przesłanki korzystania z praw społecznych w obszarze dostępu do mieszkania. Nie mogą one być jednak tego rodzaju, iż większość uprawnionych nie może ich spełnić. W efekcie korzystanie z prawa staje się niemożliwe bądź nadmiernie utrudnione. Państwo ma obowiązek sformułować jasne kryteria nabycia obywatelstwa, ponieważ niemożność jego identyfikacji stanowi zawsze przyczynę problemów z realizacją praw człowieka zwłaszcza społecznych.

Aдекватne mieszkanie powinno być dostępne dla każdego uprawnionego. Z uwagi jednak na sytuację, w jakiej znajdują się Romowie, zalicza się poszczególnych przedstawicieli tej mniejszości jak i ich rodziny do grup szczególnego ryzyka. Osobom należącym do takich grup trzeba zapewnić pełny i zrównoważony dostęp do zasobów mieszkaniowych, zwłaszcza typu socjalnego. Wyjątkowość sytuacji Romów w kontekście dostępu do mieszkania odnotowuje się również podczas interpretacji art. 8 Konwencji Europejskiej. Wskazuje się, że trudne położenie Romów pozwala na priorytetowe uwzględnienie ich potrzeb w polityce

¹⁸ Zdarza się, że w niektórych krajach odmawia się nomadom dostępu do mieszkania w obu znaczeniach. Zob. np. Komitet Doradczy, opinia dotycząca Mołdawii z dnia 1 marca 2002j., pkt 34.

¹⁹ Zob. *mutatis mutandis* decyzja merytoryczna EKPS w sprawie *Autism-Europe v. Erance* z dnia 4 listopada 2002 r., pkt 52. W konsekwencji dochodzi do segregacji rasowej w obszarze mieszkalnictwa i tworzenia enklaw zasiedlonych wyłącznie przez nomadów czyli gett. Zob. także opinię Komitetu Doradczego Konwencji Ramowej o Ochronie Praw Mniejszości (Komitet Doradczy) dotyczący Albanii z dnia 12 września 2002 r., pkt 30 oraz opinię tego samego organu dotyczącą Austrii z dnia 16 maja 2002 r., pkt. 23 i 101. Opinie Komitetu Doradczego są dostępne w witrynie internetowej:

www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/Table_en.asp

²⁰ Np. w Republice Czeskiej warunkiem uzyskania dostępu do mieszkania socjalnego jest posiadanie odpowiedniego poziomu wykształcenia lub zatrudnienia. Rzadko który Rom jest w stanie spełnić to kryterium. W związku z tym instytucja budownictwa socjalnego zamiast pomóc wyjść nomadom ze stanu trwałej bezdomności, umacnia ją - zob. Final report by Mr Alvaro Gil-Robles..., op. cit., pkt.35 oraz EKPS, Wnioski XVIII-1, vol. 1, s. 241, Wnioski XVIII-1, vol. 2, s. 571.

²¹ Zob. np. Komitet Doradczy, opinia dotycząca Chorwacji z dnia 1 października 2004 r., pkt 16.

²² Tak jak dzieci, starszych, bezrobotnych, niepełnosprawnych fizycznie, chorych umysłowo, chorych terminalnie, zarażonych wirusem HIV ofiary klęsk żywiołowych, mieszkańców okolic zagrożonych epidemiologicznie, osoby o niskich dochodach czy rodziców samotnie wychowujących dzieci - zob. EKPS, Wnioski XIII-2 s. 43-44 oraz Recommendation 1557 (2002) of the Parliamentary Assembly on the legal situation of Roma in Europe, op.cit., pkt 15d (ii).

mieszkaniowej państwa oraz w konkretnych decyzjach indywidualnych dotyczących przyznania mieszkania Przyjęta linia interpretacji jest zgodna ze stanowiskiem Zgromadzenia Parlamentarnego, Rady Ministrów i CLARE. Prawo do mieszkania służy niwelowaniu socjalnych i gospodarczych różnic. Państwo opracowując strategię w zakresie budownictwa mieszkaniowego powinno mieć pełną

świadomość skutków jej realizacji względem grup szczególnego ryzyka, w tym

²⁵ Romów. Rozwiązanie problemu mieszkaniowego Romów jest skomplikowane i kosztowne. Niemniej stosowne środki muszą zostać podjęte również w praktyce, w rozsądnym okresie czasu i maksymalnym zakresie. W orzecznictwie odnoszącym się do stosowania i interpretacji Konwencji o mniejszościach zwraca się uwagę na niezbędność konsultacji ze środowiskami Romów co do metod i środków realizacji dotyczących ich programów ułatwiających zdobycie mieszkania

3.2. Nadawanie się do zamieszkania

Organ odpowiedzialny za kontrolę wykonania Międzynarodowego Paktu Praw Społecznych wśród elementów koncepcji odpowiedniego mieszkania wymienia osobno nadawanie się do zamieszkania, zabezpieczenie infrastruktury oraz lokalizację. Jednakże każde z tych kryteriów odnosi się w istocie do jednego i tego samego aspektu koncepcji odpowiedniego mieszkania. Jest to mianowicie zagwarantowanie zdrowego i funkcjonalnego lokum. Trudno zgodzić się, iż budynek, wprawdzie wybudowany z cegły, ale zlokalizowany w pobliżu spalarni śmieci nada- je się do zamieszkania. Nie będzie nadawać się do zamieszkania również dom pokryty eternitem, chociażby znajdował się na obszarze wolnym od niszczycielskiej dla środowiska działalności człowieka. Wreszcie nie nadaje się do zamieszkania schronienie sklecone z kiepskich materiałów, postawione byle gdzie i bez zaplecza technicznego. Wydaje się zatem uzasadnione łączne traktowanie wskazanych elementów jako tej przesłanki odpowiedniego mieszkania, którą określa się mianem *nadawanie się do zamieszkania*. Składają się one na obiektywny aspekt tego kryterium.

²³ Wyrok Trybunału w sprawie *Buckley v. the United Kingdom* z dnia 25 września 1996 r. skarga nr 20348/92, pkt. 76 i 80.

²⁴ Recommendation (2005)4 of the Committee of Ministers, op. cit., pkt 28; Rec (2004) 14 of the Committee of Ministers, op. cit., pkt 22; Recommendation 562(1969) of the Parliamentary Assembly, op. cit., pkt. 4 i 5; Resolution 16 (1995) of the CLARE, op.cit., pkt 8; Resolution 249 (1993) of the CLARE, op.cit., pkt 8.

²⁵ Zob. *mutatis mutandis* decyzja merytoryczna EKPS w sprawie *Autism-Europe v. Erance*, op. cit., pkt 53.

²⁶ Zob. *mutatis mutandis* decyzja merytoryczna EKPS w sprawie *International Commission of Jurists v. Portugal* z dnia 9 września 1999 r., skarga nr 1/1998, pkt 32.

²⁷ Zob. np. opinię Komitetu Doradczego dotyczącą Polski z dnia 27 listopada 2003 r., pkt 101.

Inaczej są one decydujące dla oceny zdatości zamieszkania przez dowolny podmiot, tak Roma jak i osobę o różnym od niego statusie etnicznym czy narodowym.

Nadawanie się pomieszczenia do zamieszkania posiada również swój wymiar zależny od indywidualnych preferencji zainteresowanego podmiotu. Wybór stylu mieszkania, podyktowany przynależnością do własnej grupy narodowej czy etnicznej można określić jako subiektywny aspekt nadawania się dowolnego miejsca do zamieszkania. W wykładni Międzynarodowego Paktu Praw Społecznych używa się terminu *odpowiedniość kulturowa mieszkania*. Odnosi się on jednak właściwie tylko do zachowania odrębności kulturowej wybudowanych mieszkań. Sugerowane w niniejszym artykule ujęcie absorbując interpretację Międzynarodowego Paktu Praw Społecznych rozszerza ją tak, aby uwzględnić najważniejszy czynnik kryterium nadawania się do zamieszkania. Jest to wewnętrzne, głęboko indywidualistyczne, motywowane względami kulturowymi przeświadczenie konkretnej osoby, że mieszkanie nadaje się przez nią i tylko przez nią do zamieszkania. Prezentowane podejście stara się w ten sposób uchwycić specyfikę sytuacji Romów w omawianym zakresie. Zaproponowane stanowisko dotyczące pojęcia obiektywnego i subiektywnego aspektu kryterium nadawania się do zamieszkania potwierdza tak interpretacja Karty Społecznej, Zrewidowanej Karty Społecznej oraz niektórych uchwał organów Rady Europy w zakresie prawa Romów do mieszkania²⁹, jak i orzecznictwo dotyczące Konwencji Europejskiej³⁰ i Konwencji o mniejszościach³¹.

3.2.1. Nadawanie się do zamieszkania - aspekt obiektywny W procesie wykładni art. 8 Konwencji Europejskiej zwraca się uwagę na to, aby każdy człowiek miał własny dom i to taki, który odpowiada jego godności. Zwrot *odpowiadać godności człowieka* stanowi właśnie to kryterium odpowiedniego mieszkania, które określa się w systemie Paktu Praw Społecznych i Karty Spo-

²⁸ Zob. w szczególności decyzję merytoryczną EKPS w sprawie *Fédération européenne d'Associations nationales travaillant avec les Sans-Abri (FEANTSA) v. France* z dnia 5 grudnia 2007 r., skarga nr 39/2006.

²⁹ Zob. np. Recommendation R(83) 1 of the Committee of Ministers, op. cit., pkt 2 (b). ³⁰ Np. Trybunał, *mutatis mutandis*, *Marckx v. Belgium*, wyrok z dnia 13 czerwca 1979 r., skarga nr 6833/74, pkt 31; *Keegan v. Ireland*, wyrok z dnia 26 maja 1994 r., skarga nr 16969/90, pkt 49; *and Kroon and Others v. the Netherlands*, wyrok z dnia 27 października 1994 r., skarga nr 18535/91, pkt 3; *Chapman v the United Kingdom*, skarga nr 27238/95, pkt 104; decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia w sprawie *Ryner v. United Kingdom*, skarga nr 9310/81.

³¹ Np. Komitet Doradczy, opinie dotyczące Chorwacji z dnia 6 kwietnia 2001 r., pkt 66; Bośni i Hercegowiny z dnia 27 maja 2004 r., pkt 46.

³² Wyroki Trybunału z dnia 18 stycznia 2001 r. w sprawach *Jane Smith v. the United Kingdom*, skarga nr 25154/94, pkt 106 oraz *Beard v. the United Kingdom*, op. cit., pkt 110.

lecznej oraz przedmiotowych uchwałach organów Rady Europy jako nadawanie się do zamieszkania W pewnych sytuacjach niezapewnienie Romom mieszkania respektującego ich człowieczeństwo kwalifikuje się w Konwencji Europejskiej jako traktowanie stanowiące naruszenie zakazu tortur.

W ujęciu pierwotnej i zrewidowanej wersji Karty Społecznej do zamieszkania nadaje się tylko takie pomieszczenie, którego konstrukcja spełnia wymagania bezpieczeństwa budowlanego, sanitarnego i zdrowotnego. Wymagania te winny zostać określone w prawie krajowym. Mieszkanie powinno być tak zbudowane, aby chronić jego mieszkańców przed chłodem, wilgocią, upałem, deszczem, wiatrem oraz innymi czynnikami ryzyka zachorowalności i umieralności. W żadnym razie nie wolno budować mieszkań na obszarach skażonych bakteriologicznie czy chemiczne ani też w bezpośredniej bliskości terenów zanieczyszczonych pod względem ekologicznym. Poziom substancji szkodliwych, jakie mogą zawierać niektóre materiały budowlane należy stale kontrolować.

³³ Zob. wyroki Trybunału w sprawach *Molochan and others v. Romania* z dnia 5 i 12 lipca 2005 r., skargi nr 41138/98 i 64320/01 oraz decyzje Trybunału w sprawie dopuszczalności skarg *Gergely v. Romania* i *Kalany os v. Romania* z dnia 19 maja 2005 r., skargi nr 57884/00 i 57885/00. Skarżący stali się bezdomni na skutek wymierzonych przeciwko ich społecznościom zamieszek na tle rasowym przy jednoczesnym braku ingerencji ze strony władz państwa oraz żadnej lub znikomej pomocy po ich ustaniu. W następstwie utraty dotychczasowych domów Romowie byli zmuszeni do zamieszkiwania jedynych dostępnych im pomieszczeń takich jak chlewy, stajnie czy kurniki przez długi okres czasu.

³⁴ Art. 16 obu traktatów i art. 31 Zrewidowanej Karty Społecznej.

³⁵ Np. prawo francuskie stanowi, że do zamieszkania nadaje się tylko pomieszczenie, znajdujące się w jedno lub wielorodzinnym budynku, spełniające minimalne warunki techniczne i którego właściciel uzyskał zezwolenie na jego zasiedlenie - zob. EKPS, Wnioski 2005, vol. 1, s. 266-269.

³⁶ Zob. wspólną opinię odrębną sędziów Trybunału Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Strażnicka, Lorenzen, Fischbach i Casadevall w sprawie *Jane Smith v. the United Kingdom*, op. cit. W sprawie tej skarżąca została pozbawiona dotychczasowego mieszkania przez Radę Miasta Organ ten, na wniosek skarżącej, zaoferował jej trzy różne parcele jako alternatywne miejsca dla ustawienia przez nią karawany. Jak wynika z dokumentów na jednej z parceli przeciekał metan, na drugiej poziom wilgotności przekraczał dopuszczalny poziom i wreszcie trzecia była zbyt blisko położona wysypiska śmieci. Odrzucenie takiej oferty przez skarżącą, w przekonaniu wymienionych sędziów, jako wysoce nieodpowiedniej, nie powinna stanowić dowodu jej złej woli. Żadnej z alternatywnie zaproponowanych parceli nie można uznać za mającą odpowiednią lokalizację dla zamieszkania przez matkę z trójką dzieci. Nie można też uznać za odpowiednią takiej propozycji zamieszkania, gdzie brak jest warunków dla ulokowania sprzętu, na którym pracuje mąż skarżącej. Większość sędziów, niewielka bowiem brak naruszenia art. 8 KE zapadł stosunkiem głosów 10 do 7, opowiedziała się za wąską, ściśle formalną interpretacją terminu dozwolonej ingerencji w prawo do poszanowania mieszkania

³⁷ Np. azbest czy ołów.

Mieszkanie uważa się za bezpieczne pod względem zdrowotnym oraz sanitarnym, jeśli w pełni zagwarantowano infrastrukturę umożliwiającą korzystanie z wszystkich podstawowych usług, takich jak czysta zimna i ciepła bieżąca woda do picia i mycia się, energia niezbędna do gotowania, elektryczność, urządzenia sanitarne, oczyszczanie ścieków ogrzewanie oraz przechowywanie zapasów żywności. Obowiązkiem władz publicznych jest zapobieganie przerwom w świadczeniu tak elementarnych usług jak dostawy wody czy gazu. Mieszkańcy powinni mieć dostęp do usług niezbędnych do zabezpieczenia czy usunięcia nagłych awarii uniemożliwiających korzystanie z mieszkania zgodnie z jego przeznaczeniem. Wielu Romów w Europie żyje w odseparowanych od reszty społeczeństwa budynkach chylących się ku upadkowi lub nędznych chatach na obrzeżach miast, lub obszarach skażonych. Tymczasem prawo Rady Europy wymaga nie tylko finansowego wsparcia Romów w zakresie poprawy istniejących warunków mieszkaniowych, ale również technicznego szkolenia ich społeczności, tak aby samodzielnie mogły dokonywać niezbędnych napraw

Odpowiednie mieszkanie nie może być zatłoczone. Zatłoczenie oznacza, że wielkość mieszkania nie odpowiada liczbie osób przebywających na jego powierzchni, jak również planowi przestrzennemu gospodarstwa domowego. Odpowiednie mieszkanie składa się co najmniej z kuchni, sypialni najwyżej na 2 osoby, łazienki, pokoju dziennego i korytarza. Powierzchnia pokoju dziennego powinna wynosić przynajmniej 20 m kw. Jeżeli mieszkanie ma służyć rodzinie jego wielkość trzeba tak zmodyfikować, żeby wzmacniać, a nie rozbijać poczucie wspólnoty między jej członkami.⁴¹

³⁷Resolution R (75) 13 of the Committee of Ministers, op.cit., część B, pkt 1-3.

³⁹ Recommendation 1557 (2002) of the Parliamentary Assembly, op.cit., pkt 15d (iii).

Pomimo to np. w Słowenii zamieszkiwane przez nomadów pomieszczenia zwykle pozbawione są wody, oświetlenia, ogrzewania czy nawet sanitariatów - zob. Wnioski 2005, vol. 2, s. 681. Natomiast w Bułgarii, w dzielnicy Sofii zamieszkiwanej przez Romów, ludzie mieszkają w postawionych przez siebie schronieniach z kartonu i drewna, bez jakiegokolwiek, chociażby najprostszego, infrastruktury. Siłą rzeczy, życie w takich warunkach jest niezwykle trudne, szczególnie zimą. Z kolei w Bukareszcie, gdzie w dzielnicy romskiej odcięto mieszkańcom ogrzewanie i ciepłą wodę, ludność została zmuszona warunkami atmosferycznymi do samodzielnego zamontowania prowizorycznej instalacji elektrycznej, która zagrażała ich życiu. Niewywożenie śmieci z tych osiedli stwarza poważne zagrożenie epidemiologiczne - zob. Final report by Mr Alvaro Gil-Robles..., op. cit., pkt. 26-30. W podobnych warunkach Romowie egzystują na Słowacji i Grecji czy Macedonii i nadal niewiele robi się by im pomóc - zob. Komitet Doradczy, opinia z dnia 27 maja 2004 r., pkt 31.

⁴⁰ EKPS, Wnioski 2003, vol. 2, s. 651.

⁴¹ EKPS, Wnioski 2003, vol.2, s. 555; Wnioski 2004, vol. 1, s. 185 i 383. Jednakże w niektórych państwach członkowskich Rady Europy bloki zamieszkiwane przez Romów znajdują się nie tylko w godnym pożalowania stanie, ale są one dodatkowo przepełnione ponad wszelką miarę - zob. EKPS, Wnioski 2004, vol. 1, s.78.

Lokalizacja odpowiedniego mieszkania ma umożliwiać dostęp do instytucji społecznych typu żłobek, szkoła, ośrodek zdrowia oraz dawać szansę na zatrudnienie. Dojazd do tego rodzaju instytucji społecznych wiąże się zwykle, zwłaszcza w małych wiejskich miejscowościach, z dodatkowymi wydatkami, których biedne rodziny nie są w stanie ponieść. Właściwa lokalizacja oznacza także możliwość zamieszkiwania w pobliżu własnej społeczności Romów. Z kolei funkcjonowanie w gettach wyklucza aktywne uczestnictwo w gospodarczym, społecznym i politycznym życiu kraju. Należałoby podjąć próbę ukrócenia polityki segregacji podejmując inicjatywy zmierzające do wzrostu zaufania między ludnością nieromską i romską, obalania stereotypów i narosłych przez wieki uprzedzeń.

3.2.2. Nadawanie się do zamieszkania - aspekt subiektywny

Konstrukcja mieszkania oraz zastosowane materiały budowlane muszą, jeśli istnieje taka potrzeba, umożliwiać wyrażenie kulturowej tożsamości i różnorodności potencjalnych mieszkańców. Tak więc mieszkanie obiektywnie zdadne do zasiedlenia, bezpieczne, zdrowe i posiadające niezbędną infrastrukturę, ale zlokalizowane w wielkomiejskim centrum handlowym i na 33. piętrze wieżowca, niekoniecznie będzie nadawało się do zamieszkania dla Roma. Każdy z Romów może lub przynajmniej powinien móc odrzucić dominujący we współczesnej cywilizacji europejskiej osiadły tryb życia na rzecz tradycyjnego koczowniczego albo na częściowo osiadłego wzorca zachowania się własnej społeczności. Zgodnie z brzmieniem Konwencji o mniejszościach każde demokratyczne społeczeństwo nie ogranicza się do poszanowania ich odrębnej tożsamości kulturowej, ale rów-

nież tworzy warunki odpowiednie dla jej zachowania i rozwijania.⁴² Romowie powinni mieć dostęp do mieszkań uwzględniających specyfikę ich kultury. Specyfika ta tylko pozornie wyraża się w samym nomadyzmie. W rzeczywistości obejmuje ona również inne wartości i zwyczaje związane z zamieszkiwaniem jakiegoś pomieszczenia. Należą do nich mieszkanie z możliwie największą liczbą członków rodziny, wykonywanie pracy w domu, kultywowanie tradycji rzemieśl-

⁴² Recommendation (2005)4 of the Committee of Ministers, pkt 49. Jednak, np. na Słowenii brakuje dróg i środków komunikacji na obszarach zasiedlonych przez Romów. Dorośli nie mogą dojechać do pracy, a dzieci do szkoły - zob. EKPS, Wnioski XVIII-1, vol. 2, s. 710. Podobny problem poruszono w skardze *ERRC v. Greece*, opcit., pkt. 31 i 32.

⁴³ Zob. wyrok Trybunału w sprawie *Connors v. the United Kingdom*, op.cit., pkt 112.

⁴⁴ Zob. Komitet Doradczy, opinia dotycząca Niemiec z dnia 1 marca 2002 r., pkt 97. W Bułgarii wręcz odgradza się Romów od nie - Romów murami lub betonowymi płotami spychając ich w sensie dołownym i przenośnym na margines życia kraju - zob. EKPS, decyzja merytoryczna w sprawie *ERRC v. Bułgaria* z dnia 18 października 2006 r., skarga nr 31/2005, pkt 22.

⁴⁵ Zob. wstęp do tego artykułu oraz ust. 1 jej art. 5.

niczej, wspólne muzykowanie, śpiewanie, opowiadanie?⁴⁶ W innym akcie prawnym Rada Europy wyraża przekonanie, że poprawa sytuacji Romów nastąpi wówczas jedynie, gdy będzie respektować się ich odrębność kulturową.

Romowie w Europie według własnego wyboru mieszkają tak jak osoby o różnym od nich pochodzeniu etnicznym lub decydują się na stałe lub czasowe przemieszczanie się w przenośnych domach i zatrzymywanie się na dłuższy okres na specjalnie przeznaczonych do tego celach miejscach postojowych. Niektórzy członkowie społeczności romskiej kupują ziemię i na niej ustawiają swoje przenośne domostwa. Prawo ma uczynić ten wybór wolnym w praktyce. Jego rolą jest również gwarantować swobodę poruszania się i zakładania obozowisk niezbędnych do zachowania tradycji przez tych Romów, którzy chcą mieszkać w ruchomych domach. Mieszkanie w karawanach stanowi integralną część etnicznej tożsamości Romów, uświęconą wielowiekowym obyczajem. Wartości tej tradycji nie umniejsza fakt, że wielu Romów, czy to na skutek zmian społecznych czy własnej woli, rezygnuje z koczowniczego życia na rzecz mieszkania w jednym miejscu. Środki oddziałujące na przebywanie w przenośnym domu wpływają konsekwentnie na realizację prawa do poszanowania mieszkania oraz zdolność kształtowania własnej egzystencji według przyjętego wzorca kulturowego. Zabrania się więc praktyk zmierzających do asymilacji Romów wbrew ich woli, np. zmuszając ich do życia w wyznaczonym miejscu, co czyni z nich feudalnych *homines ascriptici* i przekracza granice generalnej polityki integracyjnej, jak również standardy praw człowieka dotyczące swobody poruszania się. Dziwi stanowisko

⁴⁶ Komitet Doradczy, opinia dotycząca Irlandii z dnia 22 maja 2003 r., pkt 47.

⁴⁷ Recommendation 1203(1993) of the Parliamentary Assembly, op.cit., pkt 6.

⁴⁸ 6 msc w okresie zimowym od kilku dni do 1 msc w pozostałym okresie roku - zob. Recommendation Rec(2004) 14 of the Committee of Ministers, op.cit.

Nie wolno zatem żadnemu państwu, związanemu postanowieniami Zrewidowanej Karty, przymusowo eksmitować, chcących prowadzić osiadły tryb życia, Romów do zorganizowanych w tym celu obozów wychodząc z założenia, że nomadowie nie są zdolni do asymilacji i mogą żyć wyłącznie na obrzeżach społeczeństwa. Taka polityka nosi znamiona segregacji rasowej sprzecznej z art. 31 Zrewidowanej Karty i przede wszystkim z jej art. E zakazującym dyskryminacji w obszarze praw społecznych. Zob. decyzja merytoryczna EKPS w sprawie *ERRC v. Italy*, skarga nr 27/2004 z dnia 7 grudnia 2005 r., pkt 28 i 37. Zob. także: Komitet Doradczy, opinia dotycząca Norwegii z dnia 12 września 2002 r., pkt 37.

⁵⁰ Zob. Wyroki Trybunału w sprawie: *Beard v. the United Kingdom*, op.cit., pkt 74 i oraz *Smith v. the United Kingdom*, op.cit., pkt 80 oraz w wyroki z dnia 18 stycznia 2001 r. w sprawach *Chapman v. the United Kingdom*, *Coster v the United Kingdom*, op.cit., pkt 87 i *Lee v. the United Kingdom* skarga nr 25289/94, pkt 70.

⁵¹ Zob. Konwencja o mniejszościach art. 5 ust. 2 oraz odrębną opinię sędziego Pettiti do wyroku Trybunału w sprawie *Buckley v. the United Kingdom* z dnia 25 września 1996 r., skarga nr 20348/92.

Trybunału odrzucające roszczenia Romów oparte na takiej właśnie przesłance i stwierdzające, że strony Konwencji o mniejszościach nie osiągnęły porozumienia, co do kierunku jej implementacji. Trybunał niestety pominął milczeniem fakt, że Konwencja Europejska stanowi wytyczną dla wykładni Konwencji o mniejszościach. Mimo że Trybunał nie wiąże jego wcześniejsze orzeczenia, raczej trudno będzie podważyć znaczenie pierwszych wyroków w sprawach romskich bez uszczuplenia autorytetu organu je wydającego.

Należałoby zatem rozpocząć od kampanii informujących Romów o ich prawach oraz uświadamiających pozostałym członkom społeczeństwa, że realizacja prawa Romów do mieszkania w przenośnych domach nie zagraża i nie zmienia ich własnej sytuacji prawnej. Konieczność stanowią działania zmierzające do uznania karawany lub wchodzących w jej skład wozów za miejsce zamieszkania Romów lub przynajmniej dopuszczające możliwość zameldowania się w stacjonarnym mieszkaniu innej osoby bądź siedzibie stowarzyszenia. Nie można żądać od wędrujących Romów żadnego specjalnego zezwolenia na przemieszczanie się za wyjątkiem wymaganych od wszystkich zwykłych dokumentów pozwalających na ustalenie tożsamości osoby. Na potrzebę uregulowania kwestii uzyskiwania dowodów tożsamości przez Romów wskazuje się stale w orzecznictwie dotyczącym Konwencji o mniejszościach. Pożądane byłoby wyznaczanie, w porozumieniu z przedstawicielami Romów, obszarów na miejsca postoju. Miejsca te powinny spełniać kryterium nadawania się do zamieszkania w omówionym wyżej aspekcie. Przewidziane prawem warunki zakładania obozów nie mogą być tak rygorystyczne, aby wykluczać faktyczną możliwość ich zakładania. Informacje na temat ich rozmieszczenia w całej Europie muszą być łatwo i powszechnie dostępne.

3.4. Przystępność cenowa

W myśl ust. 2 art. 31 Zrewidowanej Karty Społecznej mieszkanie odpowiednie jest przystępne cenowo. Mieszkanie spełnia wymóg przystępności cenowej, jeżeli osoby wchodzące w skład gospodarstwa domowego są zdolne do regularnego ponoszenia wstępnych kosztów związanych z uzyskaniem dostępu do mieszkania (depozyt, koszty najmu płatne z góry za ustalony okres czasu), bieżących

⁵² EKPS, *ERRC v. Italy*, op. cit., pkt 16.

⁵³ Jw., pkt 14.

⁵⁴ Zob. np. Komitet Doradczy, opinia dotycząca Litwy z dnia 21 lutego 2003 r., pkt 33.

⁵⁵ Np. we Włoszech większość miejsc postojowych jest zarobaczona i pełna szczurów.

Ponadto liczba osób w rodzinie nomadów nie jest nigdy brana pod uwagę dla określenia niezbędnej wielkości mieszkania. Zob. *ERRC v. Italy*, op. cit., pkt 30 -32

⁵⁶ EKPS, *ERRC v. Grece*, op. cit., pkt 46-47.

⁵⁷ np. na specjalnej stronie internetowej - jw., pkt 10.

kosztów najmu i/ lub innych kosztów dotyczących eksploatacji mieszkania, utrzymania go w należytym stanie oraz zarządzania nim będąc jednocześnie w stanie utrzymać minimalny poziom życia zgodnie ze standardami przyjętymi w społeczeństwie, w którym gospodarstwo domowe funkcjonuje. Inaczej rzecz ujmując koszty utrzymania mieszkania powinny uwzględniać wysokość dochodów

Państwo związane postanowieniami art. 31 Zrewidowanej Karty Społecznej powinno podjąć środki zmierzające do rozwoju budownictwa przystępnego cenowo, a tym samym dostępnego jak najszerzszemu kręgowi osób. W tym celu państwo musi przyjąć skuteczną politykę mieszkaniową. Szczególnej pomocy dotyczącej ponoszenia opłat mieszkaniowych wymagają grupy jednostek trwale zagrożone bezdomnością. Będą to osoby, które z różnych przyczyn nie rozporządzają dochodami niezbędnymi do ponoszenia kosztów utrzymania mieszkania na wolnym rynku, a więc znaczna populacja Romów. Podstawową formą wsparcia ich w tego typu problemach będzie zagwarantowanie mieszkania w systemie budownictwa socjalnego. Uprawnionymi do ubiegania się o przydział mieszkania socjalnego nie są wyłącznie indywidualni członkowie społeczności romskiej, ale z perspektywy celów art. 16 Karty Społecznej i Zrewidowanej Karty Społecznej całe ich rodziny. Kryteria dostępu do mieszkań socjalnych powinny być takie same dla każdej osoby, a więc i Roma, jeśli tylko przebywa ona lub pracuje legalnie na terytorium zainteresowanego państwa - strony związanej bądź art. 16 pierwotnej lub zrewidowanej wersji Karty Społecznej albo art. 31 Zrewidowanej Karty Społecznej. Niestety zdarza się, że dostęp do mieszkalnictwa socjalnego rezerwuje się wyłącznie np. dla obywateli Unii Europejskiej. Podkreśla się, iż oczekiwanie na mieszkanie socjalne nie może być nadmiernie rozciągnięte w czasie. W razie przedłużania się okresu oczekiwania, zainteresowani powinni móc skorzystać z procedur umożliwiających wyegzekwowanie dostępu do mieszkania socjalnego.

Inną formą wspierania Romów w zakresie ponoszenia kosztów mieszkaniowych są zasiłki mieszkaniowe. Prawo do tego rodzaju zasiłku ma charakter podmiotowy. Wszystkie kwalifikujące się osoby muszą go w praktyce otrzymywać. Nie wolno uzależniać nabycia prawa do zasiłku mieszkaniowego od nabycia obywatel-

⁵⁸ EKPS, Wnioski 2003, vol.1, s. 348; Wnioski 2003, vol. 2, s. 564, Wniosło 2006, vol.1, s. 131.

⁵⁹ EKPS, *ERRC v. Italy*, op.cit., pkt 10 oraz Wnioski 2006, vol. 2, s. 571.

⁶⁰ EKPS, Wnioski XV-1, vol. 1, s. 56-59.

⁶¹ EKPS, Wnioski 2005, vol.1, str. 271, gdzie we Francji stwierdzono przy 6 przypadków oczekiwania do roku czasu, 10 do roku do 1, 5 r., 7 ponad 3 lata

⁶² EKPS, Wnioski 2005, vol. 1, s. 409; Wnioski 2005, vol. 2, 589-590, Wnioski 2006, vol. 1, s. 270.

stwa państwa, w którym ma być on przyznany⁶³ Niedopuszczalne jest zbyt szerokie interpretowanie pod względem czasowym kryterium legalnego przebywania na terytorium państwa strony Karty lub Zrewidowanej Karty⁶⁴. W przeciwnym wypadku powinna istnieć możliwość jego sądowego dochodzenia.⁶⁵ Za absolutnie kuriozalne uznaje się przypadki odmowy przyznania Romom zasiłku mieszkaniowego na tej podstawie, że nie posiadają oni dokumentów poświadczających ich tożsamość, przy czym brak ten powoduje obstrukcyjna postawa władz. Socjalna ochrona rodzin romskich w ujęciu art. 16 Karty Społecznej i Zrewidowanej Karty Społecznej wymaga opracowania systemu jej dofinansowania w obszarze mieszkalnictwa.

Orzecznictwo w sprawach Romów dotyczące art. 8 Konwencji Europejskiej w aspekcie przystępności cenowej nosi znamiona przesadnej restrykcyjności, czego nie da się uzasadnić samym charakterem traktatu, z założenia nie chroniącego praw społecznych. We wszystkich tych przypadkach kładzie się nacisk na formalny aspekt zagadnienia pomijając jego istotę, tj. sprzeczne z godnością ludzką warunki egzystencji Romów. Akcentuje się nadmiernie i nie do końca konsekwentnie, iż art. 8 przedmiotowego traktatu nie przewiduje prawa do mieszkania i nie uznaje go orzecznictwo. Trybunał zgodził się, iż w pewnych okolicznościach odmowa udzielenia przez władze publiczne pomocy w problemach mieszkaniowych implikuje potencjalną niezgodność z art. 8 Konwencji Europejskiej. W jednej ze spraw przyznano, że brak wsparcia w kłopotach mieszkaniowych osoby dotkniętej ciężką chorobą może wywierać negatywny wpływ na jej życie osobiste. W innej sprawie dowiedziono, że art. 8 rodzi obowiązek państwa dania pomocy w tego rodzaju sytuacjach, jeżeli istnieje bezpośredni i oczywisty związek między tym, czego żąda skarżący a jego prywatnym życiem. Tymczasem w sprawach

⁶³ EKPS, Wnioski 2003, vol.1, s. 230.

⁶⁴ W przypadku Danii okres ten wynosił rok, na Słowacji 8 lat. Zob. odpowiednio EKPS, Wnioski XI-1, s. 143 i Wnioski 2003, vol. 1, s. 437, a także w odniesieniu do innych państw: EKPS Wioski XVIII-1, vol. 1, s. 282, 323, 326.

⁶⁵ EKPS, Wnioski 2005, vol. 2, s.686, s. 736-737.

⁶⁶ EKPS, Wnioski XVII-1, vol.1, 249.

⁶⁷ np. dotacje lub subsydia na zakup lub budowę domu dla rodziny, subsydiowane pożyczki na nabycie pierwszego mieszkania, subsydiowanie kosztów wynajmu mieszkania, ulgi podatkowe umożliwiające spłatę pożyczki hipotecznej, zasiłki mieszkaniowe - zob. EKPS, Wnioski 2003, vol. 1, s. 232, s. 348 oraz pozytywną ocenę EKPS działań Polski w kontekście uproszczenia procedur kredytowych w: Wnioski XVIII-1, vol. 2, s. 653.

⁶⁸ Trybunał, *Chapman v. the United Kingdom*, op. cit., pkt 106.

⁶⁹ Decyzja Trybunału w sprawie dopuszczalności skargi *Marzan v. Italy* z dnia 4 maja 1999 r., skarga nr 36448/97.

⁷⁰ Wyrok Trybunału w sprawie *Botta v. Italy* z dnia 24 lutego 1998 r., skarga nr 21439/93, pkt. 33-34.

Romów wyraża się przekonanie, że to, czy państwo przewiduje fundusze dla umożliwienia każdemu posiadania mieszkania, nie jest kwestią decyzji sądowej, lecz polityki państwa w obszarze mieszkalnictwa. Co więcej, jeśli skarżących Romów nie stać na odpowiednie mieszkanie to znajdują się oni w takiej samej sytuacji, jak wiele innych osób zamieszkujących państwa będące stronami Konwencji Europejskiej. Jest to w sposób oczywisty błędne założenie. Jak już wykazano w niniejszym artykule przynajmniej niektórzy Romowie, w tym skarżący, należą do osób, których położenie materialne pozwala je traktować dla potrzeb interpretacji art. 8 Konwencji Europejskiej tak samo jak skarżących Marzan lub Botta. Niezaprzeczalnie zarówno brak kontroli państwa nad wysokością opłat mieszkaniowych jak i odmowa pomocy w ich ponoszeniu determinuje jakość prywatnego życia Romów. Jednakże interpretacja literalna zdominowała ewentualne celowościowe ujęcie tego zagadnienia w orzecznictwie Trybunału. Zarzucono tym samym niepowtarzalną okazję oddziaływania autorytetu tego sądu na politykę mieszkaniową państw europejskich wobec Romów.

Efektywna polityka spójności społecznej wymaga długofalowych działań, które z natury rzeczy w obszarze gospodarki mieszkaniowej implikują odpowiednio wysokie nakłady. Sukces w tej dziedzinie zależy od zapewnienia stałych źródeł finansowania. Powinny one być różnorodne i pochodzić tak z budżetu państwa, jak od sponsorów prywatnych i instytucji międzynarodowych. Zważywszy że projekty budownictwa mieszkalnego dla Romów stanowią część szerszej polityki społecznej integracji tej grupy osób, ich finansowanie należy kompleksowo zaplanować i realizować poprzez sieć partnerów na lokalnym, regionalnym, krajowym i transregionalnym szczeblu zapewniając nie tylko mieszkania, ale i pełną infrastrukturę. Podstawowym remedium jest jednak przyjęcie skutecznej strategii wspierania Romów w dostępie zatrudnienia, tak aby samodzielnie mogli zdobyć mieszkanie lub przynajmniej przyczynić się do jego utrzymania. Znacząca liczba Romów w krajach Rady Europy pozostaje bez pracy z uwagi na niski poziom wykształcenia ogólnego i zawodowego oraz niechętnie nastawienie pracodawców.

⁷¹ Trybunał, *Beard v. the United Kingdom*, op. cit., pkt 126.

⁷² W szczególności Bank Rozwoju Rady Europy, którego mandat obejmuje pomoc w tym obszarze grupom szczególnego ryzyka, a także Europejski Bank Restrukturyzacji i Rozwoju i Bank Światowy, niektóre programy UE.

⁷³ Np. w Hiszpanii 46% Romów jest bezrobotnych. Zob. opinię Komitetu Doradczego dotyczącą tego państwa z dnia 27 listopada 2003 r., pkt 33.

3.5. Ochrona prawna mieszkania

W obu wersjach Karty Społecznej jak również w przedmiotowych uchwałach organów Rady Europy ochronę mieszkania utożsamia się z prawną ochroną stosunku faktycznego lub prawnego będącego podstawą zamieszkania pojedynczych Romów lub ich rodzin. Bez względu na rodzaj tego stosunku Romowie korzystają z prawnej ochrony przed zagrożeniami dla jego bezpieczeństwa. Sens tej ochrony polega na przeciwdziałaniu wszystkim formom destabilizacji normalnego trybu użytkowania mieszkania, a zwłaszcza najbardziej radykalnej z nich czyli przymusowym eksmisjom. Ochronę tę ukształtowano zatem stosunkowo szeroko. Państwa związane przepisami Karty bądź Zrewidowanej Karty przewidującymi prawo rodziny do ochrony lub prawo do mieszkania mają obowiązek niezwłocznego podjęcia środków koniecznych do zagwarantowania tego rodzaju ochrony prawnej tym indywidualnym osobom i całym rodzinom, które jeszcze nie zostały nią objęte.

Przymusową eksmisję definiuje się jako pozbawienie mieszkania wskutek niewypłacalności zamieszkującej je osoby lub w razie bezprawnego zajmowania przez nią mieszkania. Poszanowanie praw eksmitowanych Romów wymaga wąskiej interpretacji tego pojęcia. Z uwagi na trudną sytuację socjalną i ekonomiczną Romowie aż nazbyt często bywają ich ofiarami. Państwa muszą ustanowić procedury ograniczające ryzyko przymusowych eksmisji. Ochrona prawna osób, którym grozi eksmisja, zobowiązuje w szczególności do podjęcia próby alternatywnego rozwiązania konfliktu w drodze konsultacji ze wszystkim zainteresowanymi. Jeżeli konsultacje w tej materii zawiodą, należy starać się przynajmniej odwlec eksmisję w czasie. Eksmisję trzeba przeprowadzać z poszanowaniem godności osoby jej podlegającej. Nie wolno dopuścić, aby eksmisja odbyła się nocą, nad ranem lub w okresie zimowym. Za niedopuszczalne uważa się dokonywanie przymusowej eksmisji Romów przez uzbrojone i zachowujące się agresywnie oddziały policji. Zabrania się wykorzystywania przymusowej eksmisji jako metody weryfikowania legalności pobytu Romów na terytorium państwa i ewentualnej deportacji. Zakazuje się niszczenia celowego lub przypadkowego ruchomości

⁷⁴ Art. 16 obu traktatów, art. 31 Zrewidowanej Karty Społecznej i Recommendation (2005)⁴ of the Committee of Ministers, op.cit., pkt 23.

⁷⁵ Np. własnościowe spółdzielcze prawo do lokalu mieszkalnego, prawo najmu, posiadanie.

⁷⁶ EKPS, *ERRC v. Greece*, op.cit., pkt 51.

⁷⁷ EKPS, Wniosła 2003, vol.2, s. 561, s. 655.

⁷⁸ EKPS, *ERRC v. Greece*, op.cit., pkt 24.

⁷⁹ Camp Barzaghi, Casilino 700, Tor de' Cenci - zob. *ERRC v. Italy*, op.cit., pkt 39.

stanowiącej własność eksmitowanych Romów⁸⁰. Eksmisja nie może w żadnym wypadku prowadzić do ich bezdomności. Oferowane alternatywne mieszkania nie mogą skutkować pogłębieniem zjawiska segregacji rasowej ani też pogarszania ich położenia socjalnego np. przez przeniesienie do zatłoczonych obozowisk rom- skich. Prawo krajowe powinno przewidywać stosowne środki odwoławcze, pomoc prawną dla osób dochodzących swoich roszczeń na drodze sądowej oraz odpowiednie odszkodowanie. Jeżeli eksmisję uzasadnia się potrzebą zadośćuczynienia interesom publicznym, osobom nią dotkniętym kompetentne władze muszą zapewnić mieszkanie zastępcze bądź udzielić im pomocy finansowej nieodzownej dla znalezienia innego mieszkania.

W orzecznictwie dotyczącym Konwencji o mniejszościach zauważa się, potrzebę wyjaśniania stanu prawnego lokali zajmowanych przez Romów i ewentualną ich legalizację. Działania takie są konieczne dla zapobiegania eksmisji Romów bez dania mieszkania zastępczego. Podkreśla się niedopuszczalność eksmitowania Romów w sposób naruszający przysługujące im prawa człowieka, a w szczególności wyrzucanie ich z mieszkań i obręb miast pod presją lokalnych społeczności.

Ochrona prawna mieszkania Romów na podstawie Konwencji Europejskiej jest znacząco węższa w porównaniu z systemem Karty Społecznej. Wszystkie przegrane przez Romów sprawy wniesione na podstawie art. 8 Konwencji Europejskiej dotyczyły możliwości ustawienia na legalnie nabytym gruncie karawan i stałego przebywania we własnych ruchomych mieszkaniach. Skarżący otrzymywali wstępną zgodę na zagospodarowanie ich gruntu (ustawienie karawan), którą następnie wycofywano albo w ogóle jej nie uzyskiwali z uwagi na sprzeczność z planami zagospodarowania przestrzennego określonej okolicy. Skarżący kontynuowali bezprawny pobyt w swoich karawanach na będącym ich własnością gruncie nie mając się dokąd wyprowadzić lub gdy oferowane mieszkania zastępcze nie odpowiadały im. Ostatecznie wydawano nakazy przymusowej eksmisji. Trybunał miał ocenić prawidłowość zastosowania konstrukcji klauzuli ograniczającej według klucza: czy to, co spotkało skarżących stanowiło ingerencję w ich prawa z art. 8 Konwencji Europejskiej, czy ingerowała władza publiczna, czy ingerencję dopuszczało prawo i czy jej cel był zgodny z prawem oraz wreszcie czy ingerencja

⁸⁰ EKPS, *ERRC v. Greece*, op. cit., pkt 50.

⁸¹ Jw., pkt 48.

⁸² Komitet Doradczy, opinia dotycząca Włoch z dnia 14 września 2001 r., pkt 38-40; Recommendation Rec(2004) 14, op. cit., pkt 30.

⁸³ EKPS, *ERRC v. Bulgaria*, op. cit., pkt. 51-57.

⁸⁴ Komitet Doradczy, opinie dotyczące Bośni i Hercegowiny z dnia 27 maja 2004 r., pkt 48, Czech z dnia 24 lutego 2005 r., pkt 52 oraz Portugalii z dnia 6 października 2006 r., pkt 64.

była konieczna w demokratycznym społeczeństwie. Strony w sporze i sam Trybunał uznali za bezsporne, iż ingerencji dopuściła się władza publiczna na podstawie prawa i dla realizacji legalnego celu. Pozwany utrzymywał, że skarżącym nie przysługuje żadne prawo z art. 8, ponieważ w jego rozumieniu na ochronę zasługuje wyłącznie mieszkanie posiadane zgodnie z prawem. Trybunał zauważył, że przynajmniej wstępne warunki legalności zostały spełnione i w związku z tym art. 8 znajduje zastosowanie w ich sprawach. Niemniej Trybunał tak poprowadził wykładnię konieczności ingerencji w demokratycznym społeczeństwie, iż ostatecznie uznał poprawność argumentu pozwanego państwa.

W Konwencji Europejskiej zatem na ochronę przed eksmisjami zasługuje jedynie taicie mieszkanie Romów, które zostało ustanowione zgodnie z prawem. Trybunał nie udziela ochrony prawnej nikomu chcącemu zbudować swój dom bez pozwolenia właściwych władz i w nieodpowiednim miejscu. Przeciwnie stanowisko naruszałoby np. środowiskowe prawa innych osób czy też ich bezpieczeństwo. Taka interpretacja prawa do ochrony mieszkania jest ugruntowana w orzecznictwie dotyczącym Konwencji Europejskiej i raczej nie wzbudza większych kontrowersji. W przypadku jednak takiej grupy społecznej, jaką tworzą Romowie, w większości, niestety, tradycyjnie analfabeci i zarazem ubodzy ludzie, warto rozważyć słuszność dosłownego stosowania zasady, iż to samo prawo obowiązuje wszystkich bez wyjątku. Nadmierny, w przypadku tej społeczności, rygoryzm prawdopodobnie wywrze skutek odwrotny do zamierzonego. Nie sposób z dnia na dzień wtłoczyć w ramy systemu kogoś, kto przez wieki funkcjonował, nie zawsze ze swojej winy, poza jego granicami. Będzie to tym trudniejsze, że system jednoznacznie opowiedział się za legalizmem odrzucając wyraźnie humanitarny aspekt spraw wnoszonych przez Romów. Humanitaryzm, jak się wydaje, leży u podstaw systemu ochrony praw człowieka i pozwala na modyfikowanie jego litery na rzecz ducha. Niezależnie od kwestii natury aksjologicznej poważne wątpliwości budzi rozumienie owego legalizmu.

Koncepcja konieczności zakłada istnienie palącej potrzeby społecznej. Co więcej środki podjęte dla jej zaspokojenia muszą być nie tylko zgodne z prawem ale i proporcjonalne. Rozpoznając sprawę bada się, czy zachowano należytą równowagę między realizowanym celem a konkretnym prawem człowieka, zwracając uwagę na znaczenie tego prawa i zakres ingerencji. Romowie, tak jak wszyscy, podlegają prawu zagospodarowania przestrzennego. Niemniej zważywszy na ich wyjątkową sytuację sprawy Romów powinny być wyjątkowo wnikliwie zbadane.

⁸⁵ np. Wyrok Trybunału w sprawie *Gillow v. the United Kingdom* z dnia 24 listopada 1986 r., skarga nr 9063/80, pkt 55.

Tymczasem Trybunał nie wziął pod uwagę wszystkich istotnych elementów sprawy i pozostawił państwu zbyt szeroki margines uznania. Na jednej z szal sprawy Trybunał położył politykę zagospodarowania przestrzennego, na drugiej szali umieścił wyłącznie prawo do poszanowania nielegalnego mieszkania. Nie dziwi więc, że przeważała pierwsza z szal. Gdyby uwzględniono takie okoliczności jak te, iż mieszkania Romów nie zmieniły charakteru okolicy i były porządnie utrzymane, co nawet przyznały władze pozwanego państwa; mieszkania te nie były pierwsze na tym obszarze; bezpieczeństwo skarżących i ich rodzin; stała niepewność bytu w wypadku opuszczenia własnej ziemi, uwikłanie w procedury zmierzające do pozostania na posiadanym gruncie, grzywny i zagrożenie eksmisją, to cięższa okazałaby się druga z szal skutkując odmiennymi rozstrzygnięciami. Pominiecie przesłanek tak istotnych jak wskazane dla określenia legalności ingerencji w prawo do poszanowania mieszkania świadczy o braku wiarygodności systemu, nawet zakładając jego zaawansowany formalizm. Zapadłe decyzje nie są bowiem sprawiedliwe, tak rozumiane jako słuszne, jak i praworządne.

VI Wnioski

Omówione akty prawne przynależą do różnych generacji praw człowieka. O ile Konwencję Europejską zalicza się do pierwszej z nich, o tyle obie wersje Karty Społecznej reprezentują drugą generację praw człowieka. Natomiast Konwencję o mniejszościach oraz powoływane uchwały organów Rady Europy należy zakwalifikować do aktów prawnych łączących elementy obu generacji praw człowieka. Tak niewątpliwie przebiega teoretyczna linia podziału. Porównanie wniosków wypływających z interpretacji zawartej w nich koncepcji *odpowiedniego mieszkania* dla Romów zaciera ustanowione przez doktrynę granice nadając wyrażającym jej prawom mieszany status. Świadczy już o tym sama nazwa tych praw: prawo do mieszkania, prawo rodziny do ochrony prawnej, socjalnej i ekonomicznej, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego czy wreszcie prawo mniejszości narodowych do utrzymywania i rozwijania własnej kultury. Niemniej sama istota ochrony Romów ustanowiona w przedstawionych aktach prawnych nie zmienia się. Zakłada ona pomoc w wyjściu z permanentnego kryzysu mieszkaniowego upośledzonym pod tym względem tak z powodów politycznych, jak i społecznych Romom. Natomiast zakres tej pomocy według orzecznictwa różni się w niektórych jej aspektach.

Standardy odpowiedniego mieszkania stosuje się do Romów na równi ze wszystkimi innymi członkami społeczeństwa. Tak więc polityka mieszkaniowa obejmująca Romów powinna wchodzić w skład polityki państwa odnoszącej się

do ogółu społeczeństwa w tym przedmiocie. Państwo musi zapewnić, iż Romowie nie będą ofiarami dyskryminacji w dostępie do mieszkań i korzystania z nich. W przypadku, gdy takie sytuacje mają miejsce, trzeba zastosować efektywne środki restytucji praw Romów i kompensacji szkód. W szczególności trzeba zwalczać praktyki segregacji rasowej w dziedzinie dostępu do mieszkania, respektując wolny wybór Romów odnośnie do miejsca zamieszkania i ewentualnego sąsiedztwa. W żadnym razie nie można lekceważyć ich specyfiki etnicznej i kulturowej na żadnym z etapów kształtowania i wykonywania polityki mieszkaniowej. Stąd słuszność postulatu konsultacji z przedstawicielami społeczności romskich w zakresie planowanych projektów mieszkaniowych. Projekty te powinny iść w dwóch kierunkach: legalizacja nielegalnych mieszkań Romów i budowa nowych. Realizacja projektów zależy w głównej mierze od możliwości finansowych państwa. Zważywszy, że tego rodzaju wydatki znacznie obciążają budżet państwa, należy poszukiwać zróżnicowanych źródeł finansowania w kraju i za granicą. Ochrona prawna mieszkania Romów wymaga gwarancji niezakłóconego korzystania z mieszkania i skutecznego zapobieganie eksmisjom.

System prawny Rady Europy dysponuje licznymi materialnymi i proceduralnymi gwarancjami realizacji koncepcji odpowiedniego mieszkania dla Romów. Ilość niekoniecznie przesądza o jakości. Nie można bowiem zapominać o specyfice implementacji poszczególnych aktów prawnych przywoływanych w niniejszym artykule. Przytaczane uchwały organów Rady Europy traktuje się w doktrynie prawa międzynarodowego w kategoriach tzw. prawa miękkiego czy prawa niedoskonałego. Niezaprzeczalnie stanowią one zbiór cennych wytycznych dla państw członkowskich co do ich działań zmierzających do poprawy sytuacji mieszkaniowej Romów. Mimo to niewiążący charakter uchwał przesądza o ich drugoplanowej roli w praktycznym kształtowaniu realizacji koncepcji odpowiedniego mieszkania dla Romów. Nie kreują one żadnych uprawnień dla Romów i dlatego nie mogą oni żądać ich wykonania przed jakimkolwiek organem. Nadzorowanie realizacji Konwencji o mniejszościach przebiega wyłącznie w trybie sprawozdawczym. Państwo, które jest stroną Karty Społecznej nie musi wyrazić zgody na związanie się art. 16 pierwotnej ani też art. 31 jej zrewidowanej wersji. Co więcej jedyny mechanizm skargowy w systemie Karty Społecznej jest typu fakultatywnego i w dodatku jest to skarga zbiorowa. Środek implementacyjny dostępny bezpośrednio i obligatoryjnie Romom przewiduje wyłącznie Konwencja Europejska. Niestety ten sam system bezpodstawnie okazuje się być najbardziej restrykcyjny. Koncepcja odpowiedniego mieszkania dla Romów w aktach prawnych Rady Europy ma potwierdzać solidarność Organizacji z tą grupą społeczną. Konsekwentnie ich wykładnia powinna być jednoznaczna. Nie zachodzą wszak przeszkody do tego, aby prawa nie tylko społeczne, ale również polityczne

i obywatelskie traktować jako przejaw idei leżącej u podstaw trzeciej generacji praw człowieka. System Konwencji Europejskiej nie raz już potwierdził słuszność tej tezy. Nie wolno pomijać wzajemnego oddziaływania orzecznictwa Europejskiej Komisji Praw Człowieka i Trybunału i decyzji innych organów kontroli przestrzegania praw człowieka funkcjonujących w ramach Rady Europy. Jednakże Konwencja Europejska uważana za wyjściowy i podstawowy akt prawa Rady Europy w zakresie praw człowieka nie tylko inspirowa pozostałe systemy jej ochrony lecz może i czasami nadaje ogólny kierunek ich wykładni. Relacja zwrotna jest znacznie słabsza, zwłaszcza w obszarze praw drugiej generacji. Tak ważne jest zatem zachowanie równowagi między zrozumiałą ostrożnością interpretacyjną, a koniecznością zagwarantowania minimalnej ochrony najbardziej jej potrzebującym.

THE RIGHT OF ROMA TO ADEQUATE HOUSING IN LAW OF THE COUNCIL OF EUROPE

The concept of adequate housing stems from the Covenant? The Council of Europe legal system adopted and adjusted that concept to its own needs and aims. The concept of adequate housing with regard to Roma may be found there in a number of legal acts, including Article 31 of the Revised Charter²,

Articles 16 of Revised Charter and the Social Charter³, Article 8 of the European Convention together with its Article 1 of the Protocol No. 1⁴, Article 5 of the Minority Convention referring to social development of minorities as well as

¹ Articles 11 and 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Concluded: 15 December 1966, entered into force: 3 January 1976. 999 UNTS 3.

² European (revised) Social Charter. Concluded: 3 May 1996, entered into force: 1 July 1999. CETS No. 163. It sets for the right to housing.

³ European Social Charter. Concluded: 18 October 1961, entered into force: 4 February 1965. CETS No. 35. They guarantee the right of the family to social, legal and economic protection.

⁴ Convention for the Protection on Human Rights and Fundamental Freedoms. Concluded: 4 November 1950, entered into force: 3 September 1953. CETS No. 5 and Protocol No. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concluded: 20 March 1952, entered into force: 18 May 1954. CETS No. 9. Those provide for the right to respect for private and family life and the right to protection of property respectively.

⁵ Framework Convention for the Protection of National Minorities, Concluded 1 February 1995, entered into force: 1 February 1998. CETS No. 157.

in many other resolutions adopted by various bodies of the Organisation concerning the problem.

The concept of adequate housing in the Covenant constitutes of such elements like: accessibility, habituality, availability of services, materials and infrastructure, location, cultural adequacy and legal security of tenure. These are key factors which are crucial to determinate the adequacy of the housing.

The concept of adequate housing for Roma within the Council of Europe is interpreted as follows. There exists a total ban on segregation policy of this population in settlements and it is to be eradicated. Initiatives should be launched to promote tolerance and regular contacts between nomads and non-nomads communities. It is incumbent on states to enact anti-discrimination laws and to implement them effectively. Given exceptionally harsh nature of nomads housing conditions alternative accommodation should be provided as a matter of priority, especially to those of them who live in settlements which endanger life of the inhabitants or are hazardous to their health. Central and local authorities shall actively co-operate while implementing housing projects for nomads. They must imply all necessary and functional infrastructure. Nomads ought to have free choice of their housing lifestyle. Legal security of tenure implies that all nomads enjoys legal and factual protection against such threats like forced eviction and other harassment.

⁶ E.g. Parliamentary Assembly, Recommendation 1203(1993) on Gypsies in Europe, Strasbourg, 2 February 1993.

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009

Warszawa 2009

Marek Szydło ■

JURYSDYKCJA KRAJOWA W SPRAWACH UPADŁOŚCIOWYCH W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

L Normatywne podstawy jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych w UE

Jurysdykcja krajowa w sprawach upadłościowych - pojmowana jako wyodrębniona ze względu na istnienie zagranicy kompetencja sądów danego państwa do rozpoznawania i rozstrzygania spraw upadłościowych oraz do dokonywania innych czynności w postępowaniu upadłościowym (ogół warunków, jakie w relacjach z zagranicą muszą być spełnione, aby konkretna sprawa upadłościowa mogła zostać rozpoznana i rozstrzygnięta przez sąd krajowy lub też by sąd ten mógł podjąć inną czynność w postępowaniu upadłościowym), wynikająca przede wszystkim z istnienia określonego powiązania konkretnej sprawy upadłościowej z danym państwem - w przypadku państw członkowskich Unii Europejskiej została uregulowana w sposób jednolity, co nastąpiło w przepisach Rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego². Zgodnie z art. 3 ust. 1 powołanego Rozporządzenia, właściwe dla wszczęcia postępowania upadłościowego są sądy państwa członkowskiego, na terytorium którego znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika (*centre of a debtor's main interests* - COMI). W przypadku spółek i osób prawnych domniemywa się, że

¹ Por. K. Weitz: Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym, Warszawa 2005, s. 80.

² Dz. Urz. WE 2000, L 160/1.

głównym ośrodkiem ich podstawowej działalności jest siedziba określona w statucie, chyba że zostanie przeprowadzony dowód przeciwny

Wspomniane powyżej kryterium rozstrzygające o jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych w UE (czyli COMI) ma zastosowanie - tak samo zresztą jak całe w ogóle Rozporządzenie nr 1346/2000 - jedynie do upadłości transgranicznych, a więc takich, których skutki rozciągają się na więcej niż jedno państwo członkowskie. Nie ma ono natomiast zastosowania do upadłości czysto wewnętrznych, tj. takich, których skutki ograniczają się wyłącznie do jednego państwa członkowskiego³. Aby wszakże Rozporządzenie nr 1346/2000 mogło w ogóle znaleźć zastosowanie, główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika powinien znajdować się na terytorium Wspólnoty⁴, co oznacza, że w niektórych przypadkach przepisom omawianego Rozporządzenia będą podlegały również takie spółki, które swoją siedzibę statutową posiadają poza terytorium UE (i są inkorporowane zgodnie z prawem państwa trzeciego), lecz których COMI jest usytuowany na obszarze któregoś z państw członkowskich.

II Znaczenie jednoznacznego ustalenia COMI w kontekście przepisów Rozporządzenia nr 1346/2000

Z powyższych uwag wynika, że prawodawca wspólnotowy, chcąc w sposób zunifikowany dla wszystkich państw członkowskich uregulować kwestię jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych o charakterze transgranicznym, wprowadził jednolite kryterium rozstrzygające o tejże jurysdykcji w postaci „głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika” (COMI). W swoim założeniu każdy dłużnik (upadłościowy) powinien posiadać na terytorium UE tylko jeden główny ośrodek swojej podstawowej działalności⁵. Sądy państwa, na terytorium którego ów główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika się znajduje, są międzynarodowo (tj. w relacjach pomiędzy państwami członkowskimi UE) uprawnione do wszczęcia postępowania upadłościowego, przy czym wszczęte w ten sposób postępowanie (w państwie, gdzie znajduje się COMI) będzie zawsze głównym

³ A Spahlinger, G. Wegen: Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, München 2005, s. 191.

⁴ Pkt 14 preambuły Rozporządzenia

⁵ Co wynika już niejako z samej systematyki Rozporządzenia nr 1346/2000 - S.-H. Undritz [w:] *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, red. A Schmidt, Münster 2007, Rn. 4.

⁶ Lub też przynajmniej w państwie, którego sąd przyjął, że COMI konkretnego dłużnika znajduje się w tym właśnie państwie (nawet, jeżeli ustalenie to jest błędne).

postępowaniem upadłościowym, a więc postępowaniem mającym zakres uniwersalny, którego celem jest objęcie całego (co do zasady) majątku dłużnika⁷.

To uniwersalistyczne zorientowanie głównego postępowania upadłościowego (mającego w założeniu obejmować cały majątek dłużnika) nie jest jednak realizowane przez przepisy Rozporządzenia nr 1346/2000 w sposób bezwzględny, jako że równocześnie Rozporządzenie pozwala na wszczęcie równoległe z postępowaniem głównym wtórnych postępowań upadłościowych. Wtórne postępowanie może zostać wszczęte w państwie członkowskim, w którym dłużnik ma swój oddział⁸. Skutki wtórnego postępowania (inaczej niż postępowania głównego) ograniczone są tylko do majątku dłużnika znajdującego się na terytorium tego ostatniego państwa członkowskiego (art. 3 ust. 2 Rozporządzenia; pkt 12 preambuły). Postępowanie to spełnia funkcje pomocnicze względem postępowania głównego i jest mu w wyraźny sposób podporządkowane. Może ono zostać wszczęte dopiero po wszczęciu głównego postępowania upadłościowego.

Należy podkreślić, że w zakresie zastosowania Rozporządzenia nr 1346/ 2000 w odniesieniu do danego dłużnika może zostać wszczęte tylko jedno główne postępowanie upadłościowe (właśnie w państwie, gdzie znajduje się jego COMI). Powyższe jest przejawem zasady wyłączności głównego postępowania upadłościowego: jeden dłużnik - jedno główne postępowanie upadłościowe .

Zidentyfikowanie państwa, którego sądy są uprawnione do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego (o charakterze transgranicznym) jest istotne także i z tego względu, że zgodnie z art. 4 ust. 1 Rozporządzenia 1346/2000, dla całego postępowania upadłościowego i jego skutków właściwe jest prawo tego właśnie państwa członkowskiego, w którym zostało wszczęte postępowanie (*lex fori concursus*). W rezultacie, główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika rozstrzyga zarówno o jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych (o charakterze transgranicznym) dotyczących tego dłużnika, jak też o prawie właściwym dla postępowania upadłościowego toczzonego z udziałem wspomnianego dłużnika.

⁷ Pkt 12 preambuły do Rozporządzenia

⁸ „Oddział” oznacza każde miejsce wykonywania działalności, w którym dłużnik wykonuje działalność gospodarczą niemającą charakteru tymczasowego, przy wykorzystaniu zasobów ludzkich i majątkowych (art. 2 lit. h) Rozporządzenia); na temat wtórnego postępowania upadłościowego zob. T. Chilarski Upadłość transgraniczna w prawie Unii Europejskiej, Warszawa 2008, s. 87 i n.

⁹ H. Haarmeyer, G. Pape, G. Stephan, C. Nickert: Formularbuch Insolvenzrecht, Münster 2006, Rn. 53; C. Poertzen, D. Adam: Die Bestimmung des “centre of main interests” gem. Art. 3 Abs. 1 EulnsVO, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2006, nr 10, s. 506;

A. Spahlinger, G. Wegen: Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, op. cit., s. 190.

Można też inaczej powiedzieć, że w UE ustalenie jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych (transgranicznych) oraz materialno- i proceduralnoprawnych skutków tego postępowania pozostają ze sobą w bezpośrednim związku.

Rozporządzenie nr 1346/2000 nie reguluje natomiast kwestii związanych z właściwością miejscową sądów w tym państwie, w którym znajduje się COMI i którego sądy są międzynarodowo uprawnione do wszczęcia (głównego) postępowania upadłościowego. Kwestie związane z właściwością miejscową są bowiem regulowane prawem wewnętrznym państwa, w którym zostaje wszczęte postępowanie (*lex fori concursus*)¹¹.

III Wartości aksjologiczne (interesy), którymi potencjalnie może kierować się prawodawca przy wyborze kryterium wskazującego jurysdykcję krajową w sprawach upadłościowych

Konkretna treść przepisów określających jurysdykcję krajową w sprawach cywilnych (w tym upadłościowych) z elementem transgranicznym jest zawsze wypadkową określonych interesów (wartości aksjologicznych) stojących za określonymi podmiotami zaangażowanymi (co najmniej potencjalnie) w tego rodzaju postępowania. Określając w ten czy inny sposób jurysdykcję krajową w sprawach cywilnych z udziałem elementu obcego (i posługując się w tym celu określonymi kryteriami) prawodawca zawsze te interesy odpowiednio wartościuje i je wyważa.

W przypadku spraw upadłościowych z elementem transgranicznym za poszczególnymi podmiotami biorącymi udział w rozpatrywaniu i rozstrzyganiu tego rodzaju spraw mogą stać bardzo różne interesy. I tak, pewna grupa podmiotów biorących udział w takich postępowaniach (czy to jako dłużnicy, czy też jako wierzyciele) może mieć interes w tym, by wspomniane postępowanie prowadził sąd takiego państwa, z którym są oni najściślej związani i z którym pozostają w najbliższym związku (*home trend*). Dzięki temu osoby takie nie stałyby wobec

¹⁰ H. Haarmeyer, G. Pape, G. Stephan, C. Nickert: *Formularbuch Insolvenzrecht*, op. cit. s. 40.

¹¹ W Polsce kwestie związane z właściwością miejscową sądów reguluje art. 19 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Dz. U. nr 60, poz. 535 ze zm. („1. Do rozpoznania spraw o ogłoszenie upadłości właściwy jest sąd upadłościowy, właściwy dla zakładu głównego przedsiębiorstwa dłużnika 2. Jeżeli dłużnik ma zakłady w obszarach właściwości różnych sądów i trudno ustalić, który z nich jest zakładem głównym, właściwy jest każdy z tych sądów”); ogólnie o zasadzie *lex fori concursus* zob. T. Chilarski, op. cit., s. 105 i n.

¹² T. Pfeiffer: *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main 1995, s. 166 i n.

konieczności pokonywania rozmaitych barier w dostępie do sądu, takich chociażby jak bariera językowa, bariera odległości, czy też bariera w postaci nieznamomości prawa, którym posługuje się obcy (zagraniczny) sąd¹³.

Również poszczególne sądy (sędziowie) mogą mieć interes w tym, by rozpatrywać i rozstrzygać jedynie takie sprawy upadłościowe z elementem transgranicznym, w przypadku których występujący w nich stan faktyczny (tj. główne elementy tego stanu faktycznego związane z samą istotą upadłości) pozostaje zlokalizowany w jak największej bliskości tego sądu. Sąd usytuowany w przestrzennej bliskości wobec danego (relevantnego) stanu faktycznego ma zazwyczaj lepsze możliwości dowodowe i lepiej zna określone znane stosunki faktyczne (jest niejako „na miejscu”), co ma także i ten pozytywny skutek, że zwiększa się wówczas akceptacja danego postępowania przez jego uczestników¹⁴.

Wydaje się wszakże, że przy określaniu jurysdykcji krajowej w transgranicznych sprawach upadłościowych największą jednak wagę powinno się przywiązywać do interesów, jakie mają wówczas wierzyciele upadłościowi, jako że to właśnie zaspokojenie interesów wierzycieli pozostaje najważniejszym celem i zadaniem każdego postępowania upadłościowego. W interesie wierzycieli jest z jednej strony to, by w razie kryzysu określonego dłużnika istniejąca masa upadłościowa (*ex post*) była w jak najdalej idącym stopniu zmaksymalizowana, tak, aby szanse na zaspokojenie roszczeń wszystkich wierzycieli były możliwie dalece zoptymalizowane¹⁵. Z drugiej jednak strony - i to jest w omawianym tutaj kontekście kwestią o zasadniczym wręcz znaczeniu - w interesie wierzycieli jest także to, by w odpowiedni sposób mogli oni (*ex ante*) skalkulować swoje ryzyko przy udzielaniu kredytu określonemu dłużnikowi (przyszłemu potencjalnemu dłużnikowi upadłościowemu)¹⁶. Jedną zaś z podstaw takiej kalkulacji jest bez wątpienia ustalenie reżimu prawnego, który będzie rządził ewentualnym postępowaniem upadłościowym z udziałem danego dłużnika i który będzie przesądzał tym samym m. in. o tak ważnych dla poszczególnych wierzycieli kwestiach, jak zakres masy upadłości, skutek otwarcia postępowania dla bieżących umów czy też kolejność zaspokajania roszczeń poszczególnych kategorii wierzycieli (czynniki te mają bez

¹³ B. Knof: *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus*, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2005, nr 19, s. 1019-1020.

¹⁴ Ibidem, s. 1020.

¹⁵ W Uhlenbruck: *Zur Kollision von Gesellschafts- und Insolvenzrecht in der Unternehmensinsolvenz* [w:] *Insolvenzrecht im Wandel der Zeit*, red. W Gerhardt, H. Haarmeyer, G. Kreft, Münster 2003, s. 480; H. Eidenmüller: *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, Köln 1999, s. 23 i n.

¹⁶ H. Eidenmüller: *Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO*, Neue Juristische Wochenschrift 2004, nr 48, s. 3456.

wątpienia bezpośredni wpływ na odpowiednią kalkulację ryzyka przez wierzycieli). Zważywszy na fakt, że na gruncie Rozporządzenia nr 1346/2000 uznanie jurysdykcji krajowej sądów określonego państwa jest równoznaczne ze wskazaniem prawa właściwego dla wszelkich proceduralno- i materialnoprawnych skutków danego postępowania upadłościowego (*lex fori concursus*), przesądzającego m. in. o wskazanych wyżej istotnych dla wierzycieli kwestiach, jest rzeczą oczywistą, że wierzyciele określonego dłużnika chcą już możliwie jak najwcześniej (najlepiej jeszcze w momencie zawierania z nim umowy) oraz w sposób możliwie jasny (w oparciu o przejrzyste kryterium) wiedzieć (i mieć świadomość tego), sądy jakiego państwa będą właściwe w sprawach związanych z upadłością danego dłużnika, gdyż to właśnie prawo tego państwa będzie wówczas miarodajnym *lex concursus* i to ono będzie stanowiło dla wierzycieli podstawę do odpowiedniego skalkulowania przez nich swojego ryzyka. W kontekście określenia jurysdykcji krajowej z punktu widzenia wierzycieli najistotniejsza jest zatem przejrzystość (transparentność) wskazanych przez prawodawcę kryteriów oraz okoliczności przesądzających o tej jurysdykcji. Wierzyciele chcą bowiem dokładnie wiedzieć oraz bez żadnej wątpliwości móc ustalić to, sądy którego państwa są (będą) właściwe w sprawie związanej z upadłością danego dłużnika oraz które prawo upadłościowe będzie wówczas miarodajne. Im kryteria wskazujące jurysdykcję krajową w sprawach upadłościowych będą bardziej przejrzyste, dostrzegalne dla wierzycieli oraz jasne (proste, nieskomplikowane), tym łatwiej też poszczególni wierzyciele będą mogli ustalić prawo właściwe dla ewentualnego postępowania upadłościowego i tym samym w sposób bardziej pełny i odpowiedzialny będą mogli oni skalkulować swoje ryzyko związane z zawarciem umowy z określonym podmiotem (potencjalnym dłużnikiem upadłościowym)¹⁷.

Dla wierzycieli istotne jest również to, by wskazane przez prawodawcę kryteria (okoliczności) przesądzające o jurysdykcji krajowej w (transgranicznych) sprawach upadłościowych nie były podatne na dowolną manipulację ze strony samych dłużników upadłościowych, a konkretnie, by uniemożliwiały tym ostatnim nieoczekiwaną i nie dającą się przewidzieć zmianę jurysdykcji krajowej oraz stosowanego w takich przypadkach prawa (reżimu) upadłościowego. Kryteria te zatem muszą być w dostatecznym stopniu stabilne i trwałe, gdyż, stabilność i (względna przynajmniej) trwałość wzmiankowanych kryteriów znakomicie zwiększa pewność prawną oraz prowadzi tym samym do zmniejszenia kosztów ponoszonych przez wierzycieli przy udzielaniu kredytów¹⁸.

¹⁷ B. Knof: *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus*, op. cit., s. 1020.

¹⁸ H. Eidenmüller: *Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen*, op. cit., s. 3456.

W omawianym kontekście z punktu widzenia wierzycieli ważne jest również i to, by kryterium określające jurysdykcję krajową w transgranicznych sprawach upadłościowych było na tyle jednoznaczne, aby wskazywało na jedno tylko państwo jako na to, którego sądy są międzynarodowo uprawnione do rozpoznania i rozstrzygnięcia konkretnej sprawy upadłościowej. Wspomniane zatem kryterium powinno, na ile to tylko możliwe, wykluczać możliwość zaistnienia konkurencyjnych jurysdykcji krajowych.

IV Wartości aksjologiczne, którymi kierował się prawodawca wspólnotowy przy wyborze COMI jako kryterium determinującego jurysdykcję krajową

Uważna analiza przepisów merytorycznych Rozporządzenia nr 1346/2000, jak też niektórych wyjaśniających postanowień zawartych w jego preambule dowodzi tego, że wybierając (decydując się na) COMI w charakterze miarodajnego kryterium wskazującego jurysdykcję krajową w (transgranicznych) sprawach upadłościowych prawodawca wspólnotowy kierował się tymi - omówionymi szerzej w punkcie 3 - wartościami aksjologicznymi, które mają istotne znaczenie z punktu widzenia interesów wierzycieli, a którymi są: jasność i przejrzystość tego rodzaju kryterium (decydującego o jurysdykcji), jego stabilność (trwałość) i odporność na manipulację, a także jednoznaczność, pozwalająca wykluczyć zaistnienie przypadków konkurencyjnej jurysdykcji krajowej. I tak, po pierwsze, w punkcie 13 preambuły do omawianego Rozporządzenia prawodawca wspólnotowy wyjaśnia, że główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika (COMI), będąc miejscem, w którym dłużnik zazwyczaj zarządza swoją działalnością, jest równocześnie miejscem, które „jako takie jest rozpoznawalne przez osoby trzecie”. Osobami trzecimi są w tym kontekście rzecz jasna (przede wszystkim) wierzyciele danego dłużnika i to właśnie dla wierzycieli główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika powinien być zawsze - w opinii wspólnotowego prawodawcy - dostatecznie dostrzegalny i dający się bez większych trudności zidentyfikować (określić).

¹⁹ H. Haarmeyer, G. Pape, G. Stephan, C. Nickert: Formularbuch Insolvenzrecht, op. cit., Rn. 50; S.-H. Undritz [w:] Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, op. cit., Rn. 5; B. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2007, nr 19, s. 1011; S. Schilling, J. Schmidt: COMI und vorläufiger Insolvenzverwalter - Problem gelöst?, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2006, nr 3, s. 116-117; H. Eidenmüller: Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen, op. cit., s. 3456.

Intencją prawodawcy wspólnotowego wybierającego COMI na miarodajne kryterium określające jurysdykcję krajową było więc to, by miejsce tejże jurysdykcji było zawsze przez wierzycieli większego problemu dostrzegane i identyfikowane. Prawodawca unijny nie chciał natomiast, by miejsce omawianej jurysdykcji krajowej było wskazywane w oparciu o nieprzejrzyste i niedostrzegalne (lub też niedostatecznie dostrzegalne) dla wierzycieli okoliczności istniejące po stronie dłużnika i by jedynie z dużą trudnością dawało się ono ustalić.

Po drugie, w punkcie 4 preambuły do Rozporządzenia prawodawca wspólnotowy zawarł stwierdzenie, że „Dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego niezbędne jest unikanie sytuacji, w których strony byłyby skłonne do przenoszenia majątku lub postępowania sądowego z jednego Państwa Członkowskiego do innego w celu uzyskania korzystniejszej sytuacji prawnej (tzw. *„forum shopping”*)”. Tymczasem ta niepożądana przez prawodawcę wspólnotowego sytuacja, w której strony, a właściwie głównie sam dłużnik, byłby skłonny przenosić postępowanie upadłościowe (sądowe) ze swoim udziałem z jednego państwa do drugiego w poszukiwaniu jak najkorzystniejszej dla siebie sytuacji prawnej (czyli *forum shopping*) zaistniałaby właśnie wówczas, gdyby kryterium wskazujące (determinujące) jurysdykcję krajową w (transgranicznych) sprawach upadłościowych było niedostatecznie stabilne i trwałe oraz gdyby pozwalało dłużnikom na takie manipulowanie okolicznościami istniejącymi po ich stronie (i zależnymi od nich) oraz równocześnie relewantnymi z punktu widzenia wybranego kryterium, że możliwa byłaby szybka i bezproblemowa zmiana jurysdykcji krajowej (tj. takie zmanipulowanie okolicznościami relewantnymi z punktu widzenia tegoż kryterium, że w miejsce sądów państwa członkowskiego A jako dotychczas właściwych właściwymi międzynarodowo stałyby się w krótkim czasie sądy państwa członkowskiego B). Ponieważ ustawodawca wspólnotowy - jak to wyraźnie zadeklarował - chciał takiej właśnie sytuacji uniknąć, trzeba przyjąć, że tymże celem kierował się również (czy może nawet przede wszystkim) wtedy, gdy określał miarodajne kryterium jurysdykcji krajowej i że wybrane przez niego kryterium w postaci COMI umożliwia (przynajmniej co do zasady) wyeliminowanie niebezpieczeństwa *erom shopping*.

Po trzecie wreszcie, prawodawca wspólnotowy zakłada, że w miejscu, w którym znajduje się COMI powinno zostać wszczęte główne postępowanie upadłościowe z udziałem danego dłużnika, czyli postępowanie, które będzie miało co do zasady charakter uniwersalny, tj. obejmujący cały majątek dłużnika, także ten znajdujący się w innych państwach członkowskich. Wszelkie natomiast pozostałe ewentualne postępowania upadłościowe obejmujące majątek danego dłużnika mogą mieć jedynie charakter wtórny lub uboczny i są w pełni podporządkowane postępowaniu głównemu, prowadzonemu w miejscu, gdzie znajduje się COMI

(pkt 12 preambuły do Rozporządzenia; art. 3 ust. 2-4 Rozporządzenia). Tym samym prawodawca zakłada, że każdy dłużnik może mieć tylko jedno COMI i że to sądy jednego tylko państwa członkowskiego są uprawnione do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego. Na przyjęcie powyższego założenia wskazują zresztą również następujące sformułowania użyte w ramach COMI: „główny” ośrodek „podstawowej” działalności dłużnika. Z założenia „główny” ośrodek „podstawowej” działalności może być tylko jeden, co do zasady powinno eliminować wszelkie możliwości zaistnienia konkurencyjnych jurysdykcji krajowych.

Omówione powyżej postanowienia Rozporządzenia nr 1346/2000 bez żadnej wątpliwości dowodzą tego, że wybierając COMI na miarodajne kryterium wskazujące jurysdykcję krajową w (transgranicznych) sprawach upadłościowych prawodawca wspólnotowy kierował się tym, że kryterium to wskazuje jurysdykcję w sposób dostatecznie przejrzysty i łatwo identyfikowalny dla wierzycieli, uniemożliwia (lub przynajmniej istotnie utrudnia) zaistnienie przypadków *forum shopping*, a także wyklucza co do zasady zaistnienie konkurencyjnej jurysdykcji krajowej. Od razu jednak trzeba w tym miejscu powiedzieć, że poszczególne sformułowania (zwroty) zawarte w wyrażeniu „główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika” są jednak dość ogólne i potencjalnie podatne na możliwość różnej ich interpretacji (dotyczy to chociażby zwrotu „podstawowa” działalność czy też „główny ośrodek”). Chcąc więc osiągnąć sytuację, w której jurysdykcja krajowa w sprawach upadłościowych będzie w sposób przejrzysty łatwo identyfikowalna dla wierzycieli, zostanie umiejscowiona w jednym tylko państwie oraz nie będzie możliwości dowolnego manipulowania ją w celu *forum shopping* (co było przecież celem wspólnotowego prawodawcy decydującego się na COMI), poszczególne zwroty zawarte w wyrażeniu „główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika” muszą być - właśnie w celu osiągnięcia opisanej wyżej pożądanej sytuacji - w odpowiedni sposób interpretowane (wykładane). Dokonując zatem operacyjnej wykładni pojęcia „główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika” należy się kierować (jako wskazówkami interpretacyjnymi) dokładnie tymi samymi wartościami aksjologicznymi (interesami), którymi kierował się też wspólnotowy prawodawca decydując się na COMI

V Interpretacja poszczególnych zwrotów mieszczących się w ramach pojęcia COMI

A) Działalność. Wykładnię poszczególnych zwrotów mieszczących się w pojęciu COMI należałoby rozpocząć od sformułowania „działalność”. W tym kontekście trzeba podkreślić, że tekście angielskim Rozporządzenia prawodawca

posłużył się w tym miejscu zwrotem „interesy” (*centre of a debtor's main interests*; podobnie w tekście niemieckim: *Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen*). W literaturze zauważa się w związku z tym, że sformułowanie „interesy” jest bardzo szerokie i pojemne. Używając zaś takiego szerokiego (ekstensywnego) określenia prawodawca wspólnotowy chciał objąć nim wszelkie rodzaje aktywności dłużnika: nie tylko te o charakterze *stricte* gospodarczym, a więc zawodową działalność handlową, przemysłową czy też usługową, ale również ogólną aktywność o charakterze ekonomicznym, nie będącą działalnością *stricte* gospodarczą. Ta ostatnia aktywność ma szczególne znaczenie w przypadku osób fizycznych będących konsumentami, a nie przedsiębiorcami (podmiotami gospodarczymi). Ich działalność, tj. działalność w zakresie prywatnej konsumpcji, nie będąca działalnością *stricte* gospodarczą, także się bowiem mieści z zakresie zastosowania Rozporządzenia nr 1346/2000 i ogólne sformułowanie „interesy” w pełni obejmuje także i tego rodzaju aktywność²⁰. Powyższa uwaga odnosi się także do polskiego określenia: „działalność”. Również i to ostatnie określenie jest w dostatecznym stopniu pojemne, obejmujące swoim zakresem przedmiotowym nie tylko działalność typowo gospodarczą, ale także działalność w sferze prywatnej konsumpcji.

B) „Podstawowa” działalność. Chociaż prawodawca wspólnotowy pozwala przy identyfikowaniu jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych kierować się zarówno gospodarczą, jak też niegospodarczą (np. w zakresie prywatnej konsumpcji) działalnością dłużnika (w zależności od tego, jaką konkretnie działalność dany dłużnik prowadzi), to jednak równocześnie wyraźnie rozstrzyga, iż zawsze musi wówczas chodzić o jego „podstawową” działalność. Bez względu zatem na to, czy dany dłużnik prowadzi działalność o charakterze gospodarczym czy też niegospodarczym, względnie też czy łączy oba te rodzaje działalności, przy rozstrzyganiu o jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych powinno się zawsze nastawiać na miejsce, w którym dłużnik ten prowadzi swoją „podstawową” działalność. W doktrynie zauważono, że sformułowanie „podstawowa” działalność ma znaczenie w przypadku ustalania jurysdykcji krajowej tych dłużników, którzy prowadzą swoją działalność w różnych miejscach, zwłaszcza jeżeli te różne miejsca znajdują się w dwóch lub więcej państwach członkowskich. Ponieważ każdy dłużnik powinien mieć tylko jedno swoje COMI, kwalifikator „podstawo-

²⁰ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1010; S.-H. Undritz [w:] *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 3; A. Herchen: Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren: Der Mittelpunkt der (hauptsächlichen) Interessen im Mittelpunkt der Interessen, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht* 2004, nr 15, s. 827; S. Smid: Judikatur zum internationalen Insolvenzrecht, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht* 2004, nr 10, s. 400.

wa” (działalność) służy jako kryterium rozstrzygające o jurysdykcji krajowej w tych wszystkich przypadkach, gdy działalność dłużnika jest realizowana w więcej niż jednym miejscu²¹.

Od razu jednak trzeba powiedzieć, że kwalifikator „podstawowa” odnoszący się do działalności dłużnika może mieć również znaczenie w tych sytuacjach, gdy dłużnik prowadzi kilka różnych rodzajów działalności (tzn. różnych w sensie ich przedmiotu), bez względu zresztą na to, czy działalność ta jest prowadzona w jednym tylko miejscu, czy też w wielu różnych miejscach. W takich sytuacjach powinna zawsze istnieć możliwość ustalenia, który z tych (różnych) rodzajów działalności jest w przypadku danego dłużnika działalnością „podstawową”, a który jedynie działalnością uboczną lub dodatkową. Stąd też, biorąc powyższe pod uwagę, wydaje się, że - pomijając najprostszy przypadek, gdy dany dłużnik prowadzi jeden tylko rodzaj działalności i czyni to wyłącznie w jednym ściśle określonym miejscu - chcąc ustalić w prawidłowy sposób jurysdykcję krajową pod rządami Rozporządzenia nr 1346/2000 powinno się zawsze najpierw ustalać, który z różnych rodzajów prowadzonej przez danego dłużnika działalności (w sensie ich przedmiotu) zasługuje na miano działalności „podstawowej” (a który zaś jest jedynie działalnością uboczną lub dodatkową). Ustalając to należy się przy tym kierować bynajmniej nie kryteriami czysto subiektywnymi, uwzględniającymi punkt widzenia samego tylko dłużnika, ale raczej kryteriami bardziej zobiektywizowanymi, biorącymi pod uwagę punkt widzenia osób trzecich, w tym zwłaszcza ogółu wierzycieli. Należy więc dążyć do ustalenia, który z różnych rodzajów działalności dłużnika jest postrzegany jako „podstawowy” przez jego wierzycieli, czyli przez osoby wchodzące w bezpośrednie relacje cywilnoprawne z danym dłużnikiem. Nastawić się oczywiście trzeba na rozsądną ocenę tychże wierzycieli, kierujących się uzasadnionymi ekonomicznymi kryteriami.

W kontekście identyfikowania „podstawowej” działalności danego dłużnika na szczególną uwagę zasługuje przypadek osób fizycznych, które nie prowadzą żadnej działalności gospodarczej, lecz które wykonują jedynie działalność niesamodzielną w sensie prawnym, a więc np. działalność w ramach stosunku pracy (tj. w imieniu i na rzecz określonego pracodawcy). W przypadku takich osób należy uznać, że ich działalnością „podstawową” nie jest bynajmniej ta niesamodzielną działalność realizowana w ramach stosunku pracy. Trzeba raczej przyjąć, że „podstawową” działalnością tychże osób jest wówczas ich działalność w zakresie prywatnej konsumpcji (tj. działalność w charakterze prywatnych konsumentów).

²¹ S.-H. Undritz [w:] *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 4; C. Wiedemann: *Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI*, op. cit., s. 1010.

Wynika to stąd, że w przypadku takich osób główne przyczyny (powody) ich upadłości nie leżą bynajmniej w ich działalności zależnej (niesamodzielnej), lecz właśnie w działalności prowadzonej w sferze prywatnej konsumpcji²².

Tak pojmowana „podstawowa” działalność dłużnika może być oczywiście prowadzona w jednym określonym miejscu lub też co prawda w różnych miejscach, ale usytuowanych w jednym tylko państwie członkowskim. Wtedy też, z punktu widzenia ustalenia COMI, większe problemy nie powstają. Jeżeli jednak dany dłużnik prowadzi swoją „podstawową” (w sensie jej przedmiotu) działalność w więcej niż jednym państwie członkowskim, to wówczas - pamiętając cały czas o wartościach aksjologicznych, jakimi należy się kierować dokonując wykładni pojęcia COMI, jak też przy odnajdywaniu go w praktyce - należałoby zawsze ustalać to, która z tych („podstawowych”) działalności posiada większe znaczenie w sensie gospodarczym niż pozostałe przejawy jego „podstawowej” działalności, prowadzone w innych miejscach, tzn. w innych państwach członkowskich. Innymi słowy, powinno się wtedy dążyć do zidentyfikowania działalności „podstawowej”, ale „podstawowej” w sensie terytorialnym (przestrzennym), co będzie niejako drugim etapem oceny, po dokonaniu uprzedniego już ustalenia, która działalność danego dłużnika jest „podstawowa” w sensie jej przedmiotu. Również i w tym drugim etapie oceny powinno się brać pod uwagę rozsądną i uwarunkowaną czynnikami ekonomicznymi ewaluację ze strony wierzycieli (innych osób trzecich). Nie chodzi tu przy tym o jednostkowy punkt widzenia ze strony konkretnego wierzyciela lub wierzycieli, ale o ocenę zgeneralizowaną, w ramach której miarodajnym punktem odniesienia jest ogół wierzycieli (innych osób trzecich) ujmowanych jako pewna (idealna, modelowa) całość. Może być natomiast kwestią sporną to, czy w ramach ewaluowania działalności prowadzonych przez danego dłużnika w różnych miejscach (tzn. w różnych państwach członkowskich), gdy któraś z tych działalności jest kwalifikowana jako „podstawowa”, rozstrzygające znaczenie należy przypisać jakimś konkretnym i mierzalnym kryteriom (czynnikom), jak chociażby wielkości obrotów lub też liczbie zatrudnionych przy danej działalności pracowników. Wydaje się, że te ostatnie (mieralne) kryteria nie powinny mieć jednak znaczenia wyłącznie rozstrzygającego (i jedynie w tym kontekście miarodajnego), choć oczywiście należy je zawsze uwzględniać w ramach całościowej i pogłębionej oceny

C) Główny ośrodek. Kolejnym etapem przy identyfikowaniu COMI konkretnego dłużnika jest ustalenie, gdzie leży „główny ośrodek” (ang. *centre*, niem.

²² C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1011.

²³ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1010.

Mittelpunkt) opisanej wyżej jego „podstawowej” działalności. W tym kontekście prawodawca wspólnotowy wyjaśnia, że „główny ośrodek” podstawowej działalności dłużnika jest to „miejsce, w którym dłużnik zazwyczaj zarządza swoją działalnością i jako takie jest rozpoznawalne przez osoby trzecie” (pkt 13 preambuły do Rozporządzenia). Z powyższej podanej przez prawodawcę wskazówki wynika, że COMI konkretnego dłużnika wcale niekoniecznie jest miejscem, gdzie podstawowa działalność danego dłużnika jest w sensie operacyjnym prowadzona. Jest to raczej miejsce, z którego, po pierwsze, działalność ta jest „zarządzana” i które, po drugie, jest w tym charakterze rozpoznawane przez osoby trzecie, do których to osób trzecich - jak była już o tym wyżej mowa - należą przede wszystkim wierzyciele.

Jeżeli chodzi o miejsce, z którego następuje „zarządzanie” daną (podstawową) działalnością dłużnika (i które to miejsce należy co do zasady uznać za COMI danego dłużnika), to trzeba przyznać, że w doktrynie wskazywane są bardzo różne kryteria jako mogące służyć przy ustalaniu tegoż miejsca. Najogólniej można powiedzieć, że „zarządzanie” daną działalnością następuje w miejscu, z którego działalność ta jest kierowana²⁴, przy czym chodzi tutaj co do zasady o kierownictwo codzienne i bieżące (operacyjne). O „zarządzaniu” daną działalnością (w rozumieniu pkt 13 preambuły do Rozporządzenia) nie świadczy natomiast sam tylko fakt, że w danym miejscu zapadają strategiczne rozstrzygnięcia dotyczące prowadzenia danej działalności lub też że w tymże miejscu dana działalność jest faktycznie prowadzona²⁵. Nie jest też - jak przynajmniej utrzymują niektórzy przedstawiciele doktryny - w omawianym kontekście rozstrzygającym czynnikiem to, że w danym miejscu zawierana jest większość umów związanych z działalnością danego dłużnika lub też że przebywa tam (ma swoją siedzibę) większość wierzycieli danego dłużnika²⁶.

Często się przy tym twierdzi, że w omawianym kontekście chodzi tak naprawdę o miejsce, w którym znajduje się efektywna (czy też rzeczywista) siedziba zarządu dłużnika (w rozumieniu tzw. teorii siedziby)²⁷. W doktrynie międzyna-

²⁴ H. Haarmeyer, G. Pape, G. Stephan, C. Nickert: *Formularbuch Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 50; A. Konecny: *Thesen zum Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen* gem art 3 Abs 1 EulnsVO, *Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz* 2005, nr 1, pkt 3.5.

²⁵ A. Konecny: *EuGH zu internationaler Zuständigkeit, Eröffnung und Anerkennung von Haujrtinsolvenzverfahren*, *Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz* 2006, nr 5, s. 150.

²⁶ A. Konecny: *Thesen zum Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen*, op. cit., pkt 3.5.

²⁷ Tak H. Eidenmüller: *Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen*, op. cit., s. 3456-3457; I Saenger, U. Klockenbrink: *Neue Grenzen für ein forum shopping des Insolvenzschuldners?*, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und insolvenzrecht* 2006, nr 5, s. 184.

rodowego prawa spółek oraz w ukształtowanym na tym tle orzecznictwie sądowym pod pojęciem efektywnej czy też rzeczywistej siedziby zarządu rozumie się zaś najczęściej „miejsce, w którym zasadnicze rozstrzygnięcia zarządu czy też kierownictwa spółki są efektywnie transponowane czy też przeobrażane (przekształcane) w bieżące akty prowadzenia interesów spółki”²⁸. Z kolei „miejsce, w którym zasadnicze rozstrzygnięcia zarządu czy też kierownictwa spółki są efektywnie transponowane czy też przeobrażane (przekształcane) w bieżące akty prowadzenia interesów spółki” jest to po prostu miejsce, w którym członkowie zarządu spółki, a więc osoby powołane do kierowania spółką oraz do prowadzenia jej spraw, podejmują oraz równocześnie ujawniają na zewnątrz (uzewnętrzniają) rozmaite decyzje oraz rozstrzygnięcia dotyczące kwestii związanych z bieżącym i codziennym prowadzeniem spraw spółki, komunikując te decyzje i rozstrzygnięcia różnym podporządkowanym zarządowi (kierownictwu) spółki jednostkom organizacyjnym oraz wydziałom (pod postacią wytycznych oraz poleceń). Nie jest to przy tym w żadnym razie miejsce, gdzie kształtuje się wewnętrzna wola organów zarządzających spółką. Nie jest to również miejsce, gdzie będące uzewnętrznieniem tej woli decyzje oraz rozstrzygnięcia zarządu są następnie faktycznie wykonywane (realizowane) oraz gdzie wywołują one swoje ostateczne skutki. Rozstrzygające jest bowiem to miejsce, gdzie wola członków zarządu dotycząca prowadzenia bieżących spraw (interesów) spółki jest ujawniana i komunikowana na zewnątrz, stając się dostrzegalna dla otoczenia, w tym zwłaszcza dla jednostek i wydziałów podporządkowanych zarządowi (kierownictwu) spółki²⁹.

Biorąc powyższe pod uwagę można zatem powiedzieć, że rzeczywista siedziba spółki (lub też inaczej rzeczywista czy też faktyczna siedziba głównego zarządu spółki) jest to miejsce, w którym zostają podjęte oraz jednocześnie ujaw-

²⁸ A Jüttner: *Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit*, Frankfurt am Main 2005, s. 17; M. Brombach: *Das Internationale Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld von Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit*, Jena 2006, s. 24; C. T. Ebenroth: *Neuere Entwicklungen im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht - Teil 1*, *Juristenzeitung* 1988, nr 1, s. 22; B. Knobbe-Keuk: *Umzug von Gesellschaften in Europa*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 1990, Band 154, s. 326; A. Spahlinger, G. Wegen: *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*, op. cit., s. 18; B. von Hoffmann, K. Thorn: *Internationales Privatrecht*, München 2005, s. 290.

²⁹ Por. C. T. Ebenroth: *Handels- und Gesellschaftsrecht [w:] Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 7. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Internationales Privatrecht*, red. H. J. Sonnenberger, München 1990, s. 473; tenże: *Neuere Entwicklungen im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht - Teil 1*, op. cit., s. 22; C. T. Ebenroth, E. Neiß: *Voraussetzungen der steuerlichen Abschirmwirkung für Finanzierungsgesellschaften in den Niederlanden*, *Betriebs-Berater* 1990, nr 3, s. 151; A. Spahlinger, G. Wegen: *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*, op. cit., s. 19-20.

nione na zewnątrz rozstrzygnięcia zarządu dotyczące prowadzenia spraw spółki (np. dotyczące kwestii związanych z produkcją, zbytem, inwestycjami, polityką personalną), przy czym podjęcie i ujawnienie tychże rozstrzygnięć na zewnątrz można uznać za przekształcenie woli członków zarządu w bieżące akty prowadzenia interesów spółki.

Rozważając zasadność powyższego stanowiska interpretacyjnego, utożsamiającego miejsce, z którego następuje „zarządzanie” (podstawową) działalnością danego dłużnika z efektywną (rzeczywistą) siedzibą jego zarządu (w znaczeniu przyjmowanym w międzynarodowym prawie spółek) należy wszakże cały czas pamiętać o tym, że zgodnie z pkt 13 preambuły do Rozporządzenia nr 1346/ 2000 dane miejsce „zarządzania” podstawową działalnością danego dłużnika dopiero wtedy będzie mogło być kwalifikowane jako „główny ośrodek” tej działalności, gdy będzie rozpoznawalne (dostrzegalne) w tym charakterze przez osoby trzecie (wierzycieli). Tak też musi być zatem w przypadku efektywnej (rzeczywistej) siedziby zarządu. Wprawdzie w ramach przytoczonej powyżej definicji efektywnej siedziby zarządu wyraźnie podkreśla się to, że w miejscu owej siedziby rozstrzygnięcia ciała (organu) zarządzającego danym podmiotem (spółką) muszą być ujawniane dla otoczenia, tym niemniej wzmiankowane upublicznianie tychże rozstrzygnięć następuje przede wszystkim w odniesieniu do jednostek organizacyjnych podporządkowanych wspomnianemu ciału (które to jednostki organizacyjne wzmiankowane rozstrzygnięcia wcielają następnie w życie) i wcale niekoniecznie musi być równoznaczne z ujawnianiem ich ogółowi (tj. wszystkim uczestnikom obrotu prawnego). Nie można przy tym wykluczyć sytuacji, że osobom stojącym na zewnątrz danego podmiotu (dłużnika) nie tylko nie będzie ujawniana treść przeważającej części z tychże rozstrzygnięć, ale że osoby te nie będą również w posiadaniu wiedzy na temat tego, gdzie te rozstrzygnięcia są podejmowane i przekształcane w bieżące akty prowadzenia interesów spółki (w znaczeniu przyjętym w międzynarodowym prawie spółek). Dlatego też trzeba przyjąć, że efektywna (rzeczywista) siedziba danego podmiotu (dłużnika) jedynie wtedy będzie mogła zostać uznana za „główny ośrodek” działalności dłużnika, gdy osoby trzecie, w tym zwłaszcza wierzyciele, w oparciu o określone obiektywne okoliczności, będą mieli dostateczną świadomość tego, iż to właśnie w tym miejscu zapadają (i zostają ujawnione właściwym jednostkom organizacyjnym) zasadnicze decyzje dotyczące kierowania (podstawową) działalnością dłużnika i że miejsce to stanowi centrum operacyjnego (bieżącego, codziennego) zarządzania wzmiankowaną działalnością.

Równie dobrze jednak może być tak, że wierzyciele danego dłużnika, nie mając dostatecznego rozeznania na temat tego, gdzie znajduje się efektywna siedziba zarządu tegoż dłużnika, za miejsce zarządzania podstawową działalnością dłużnika

będą uznawali miejsce, gdzie znajdują się określone należące do niego struktury organizacyjne, takie np. jak biura, wraz z personelem i rozmaitymi urządzeniami komunikacyjnymi³⁰, względnie też miejsce, w którym działają (wykonują swoje czynności) osoby pełniące funkcję organu danego podmiotu (np. członkowie zarządu spółki) lub też osoby będące pełnomocnikami (prokurentami)³¹. Chodzi zatem o osoby uprawnione do dokonywania za dłużnika (w jego imieniu) czynności prawnych, konstytuujących konkretne stosunki prawne. Należy przy tym przyjąć, że miejsce działania osób dokonujących za dłużnika czynności prawnych o wiele częściej będzie rozpoznawalne i kojarzone przez osoby trzecie jako miejsce zarządzania działalnością dłużnika niż miejsce dokonywania samych tylko czynności faktycznych związanych z przedmiotem działania dłużnika. U osób trzecich miejsce działania osób dokonujących za dłużnika czynności prawnych budzi bowiem większe zaufanie jako miejsce identyfikowalne z zarządzaniem działalnością dłużnika³².

Odnosząc się z kolei bliżej do zawartego w pkt 13 preambuły do omawianego tutaj Rozporządzenia wymogu, że miejsce zarządzania (podstawową) działalnością dłużnika musi być jako takie rozpoznawalne przez osoby trzecie, w tym głównie przez wierzycieli (i dopiero wtedy jest „głównym ośrodkiem” tej działalności), w doktrynie podkreśla się, że nie chodzi tutaj bynajmniej o konkretną rozpoznawalność, w sensie wymogu posiadania pozytywnej wiedzy przez ściśle określonych wierzycieli o konkretnych okolicznościach związanych z zarządzaniem działalnością dłużnika. Gdyby tak właśnie ów wymóg był rozumiany, to wówczas - w razie sporu - sąd musiałby zawsze ustalać to, kiedy, o czym i w jaki sposób określony wierzyciel uzyskał informację (wiedzę), co byłoby z kolei podejściem zbyt uciążliwym i niepraktycznym. Omawiany wymóg rozpoznawalności może być zatem pojmowany w sensie abstrakcyjnym. Co do zasady wystarczy zatem ustalenie, że w oparciu o określone (obiektywne) okoliczności związane z działalnością dłużnika (np. fakt, że w danym miejscu znajduje się efektywna siedziba zarządu danego dłużnika lub też że działają tam osoby pełniące funkcję organu lub pełnomocnika dłużnika) przeciętny (obiektywny) wierzyciel byłby - przynajmniej potencjalnie (tj. gdyby chciał się o tym poinformować) - w stanie zidentyfikować dane miejsce jako miejsce zarządzania działalnością określonego dłużnika³³.

³⁰ H. Haarmeyer, G. Pape, G. Stephan, C. Nickert: *Formularbuch Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 50.

³¹ *Nota bene*, wymienione tutaj miejsca mogą się niekiedy pokrywać z miejscem efektywnej (rzeczywistej) siedziby zarządu dłużnika.

³² A Herchen: *Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren*, op. cit., s. 828.

³³ C. Wiedemann: *Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI*, op. cit., s. 1011; C. Poertgen, D. Adam: *Die Bestimmung des centre of main interests*“gem.

Podkreśla się przy tym, że z punktu widzenia wymogu (co najmniej potencjalnej i abstrakcyjnej) rozpoznawalności przez wierzycieli danego miejsca jako miejsca zarządzania działalnością określonego dłużnika wszyscy wierzyciele danego dłużnika (jako miarodajny w takich przypadkach punkt odniesienia) powinni być traktowani jednakowo, w tym mianowicie sensie, że należy uwzględniać punkt widzenia wszystkich wierzycieli, a nie nastawiać się wyłącznie na tych największych spośród nich, a więc na tych, których wierzytelności osiągają najwyższą wartość w relacji do roszczeń pozostałych wierzycieli³⁴. Inna sprawa, że niekiedy punkty widzenia poszczególnych kategorii wierzycieli mogą się w omawianym zakresie znacząco różnić, jako że poszczególne grupy wierzycieli (np. instytucje finansowe z jednej strony, zaś dostawcy towarów z drugiej strony) mogą (na podstawie nieco innych okoliczności, na jakie zwracają oni uwagę) postrzegać zupełnie inne miejsca jako te, z których następuje zarządzanie (podstawową) działalnością danego dłużnika³⁵. Pozostaje kwestią otwartą, czy w takich przypadkach nie można by jednak nastawić się na punkt widzenia największych wierzycieli³⁶.

W omawianym tutaj kontekście warto jeszcze dodać, że oprócz wierzycieli do kategorii „osób trzecich” w rozumieniu pkt 13 preambuły do Rozporządzenia nr 1346/2000 mogą niekiedy należeć inne jeszcze podmioty, jak np. władze publiczne, które udzieliły danemu dłużnikowi zezwolenia na określoną działalność lub też organizacje przedsiębiorców, których dany dłużnik jest członkiem³⁷.

VI COMI spółek i innych osób prawnych (z jednej strony) oraz osób fizycznych (z drugiej strony)

Przedstawiona w poprzednim punkcie (w miarę jednolita) struktura pojęcia COMI nie wyklucza tego, że ów główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika powinien być nieco inaczej pojmowany *in abstracto* i ustalany w praktyce

Art. 3 Abs. 1 Eulns VO, op. cit., s. 507; A. Konecny: Thesen zum Mittelpunkt der hauptsächlichlichen Schuldnerinteressen, op. cit., pkt 3.4; P. Mańkowski: Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts durch die Eurofood-Entscheidung?, Betriebs-Berater 2006, nr 33, s. 1754-1755.

³⁴ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1011; S. Schilling, J. Schmidt: COMI und vorläufiger Insolvenzverwalter, op. cit., s. 117.

³⁵ H. Eidenmüller: Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen, op. cit., s. 3457; C. Poertzgen, D. Adam: Die Bestimmung des “centre of main interests” gem. Art. 3 Abs. 1 EulnsVO, op. cit., s. 507.

³⁶ H. Eidenmüller: Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen, op. cit., s. 3457.

³⁷ A. Herchen: Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren, op. cit., s. 827.

w przypadku spółek i innych osób prawnych (z jednej strony) oraz w przypadku osób fizycznych (z drugiej strony). W przypadku spółek i innych osób prawnych opisane w poprzednim punkcie postępowanie, polegające na identyfikowaniu „podstawowej” działalności danego dłużnika, a następnie na ustalaniu tego, które konkretnie miejsce jest postrzegane przez osoby trzecie (wierzycieli) jako miejsce bieżącego (codziennego) i operatywnego zarządzania tą działalnością (co z kolei kwalifikuje to miejsce jako „główny ośrodek” tejże działalności), powinno być przeprowadzane dopiero wtedy, gdy dany sąd upadłościowy nie oprze się w tym względzie na domniemaniu wyspecyfikowanym w art. 3 ust. 1 zd. 2 Rozporządzenia nr 1346/2000, mówiącym o tym, iż „w przypadku spółek i osób prawnych domniemywa się, że głównym ośrodkiem ich podstawowej działalności jest siedziba określona w statucie, chyba że zostanie przeprowadzony dowód przeciwny”. Od razu jednak trzeba w tym miejscu powiedzieć, że co do natury tego domniemania brak jest w doktrynie oraz w orzecznictwie sądowym poszczególnych państw członkowskich jednomyślności. I tak, z jednej strony twierdzi się, że sąd nie musi z urzędu przeprowadzać dowodów na okoliczność ustalenia COMI konkretnego dłużnika będącego spółką lub inną osobą prawną i może się w tym względzie całkowicie zdać na domniemanie wyspecyfikowane w przytoczonym przepisie. Wyjątkiem od tego jest sytuacja, gdy istnieją w tym względzie określone już i konkretne poszlaki wskazujące na to, że COMI danego dłużnika znajduje się w innym miejscu niż jego siedziba statutowa. Poszlaki te mogą wynikać np. z wypowiedzi samego dłużnika, z informacji przekazywanych w mediach lub dostępnych danemu sądowi z urzędu. Z drugiej strony broniony jest pogląd, że żaden sąd nie może się zdać jedynie na domniemanie zawarte w art. 3 ust. 1 Rozporządzenia nr 1346/2000, lecz zawsze musi z urzędu ustalać to, w którym miejscu znajduje się COMI konkretnego dłużnika. Tego rodzaju ustalenia powinien on przy tym czynić zawsze, a nie tylko w razie pojawienia się w tym względzie określonych wątpliwości³⁸. Można się też spotkać ze stanowiskiem, że o tym, czy sąd ma z urzędu przeprowadzać stosowne ustalenia dotyczące zlokalizowania COMI określonego dłużnika (względnie też czy jest zasadniczo od tego uwolniony i może się zdać na opisane domniemanie) rozstrzyga każdorazowo *lex fori processus*³⁹. Jak się przy tym wydaje, najbardziej trafny jest pogląd pierwszy, jako że z jednej strony pozwala on na zachowanie (i utrzymanie właściwej rangi) domniemania ustanowionego przecież przez ustawodawcę wspólnotowego, zaś

³⁸ S. Smid: Judikatur zum internationalen Insolvenzrecht, op. cit., s. 401; C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1009-1010.

³⁹ A Herchen: Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren, op. cit., s. 826.

z drugiej strony umożliwia on poszczególnym stronom postępowania wykazywanie okoliczności przeczących wnioskowi płynącemu z tegoż domniemania oraz zobowiązuje wówczas sąd upadłościowy do dokładnego ustalenia COMI określonego dłużnika

W przypadku osób fizycznych jako dłużników upadłościowych w Rozporządzeniu brak jest analogicznego domniemania, jak to ma miejsce w odniesieniu do spółek i osób prawnych. Wiele jest wszakże racji w twierdzeniu, że w przypadku osób fizycznych nie prowadzących samodzielnej działalności gospodarczej, których - jak już wcześniej wspomniano - podstawowa działalność przejawia się (co do zasady) poprzez działalność w zakresie prywatnej konsumpcji, głównym ośrodkiem tej ich podstawowej działalności będzie zazwyczaj - co nie znaczy rzecz jasna, że w każdym przypadku - miejsce zwykłego pobytu tychże osób⁴⁰, a więc miejsce, które jest głównym ośrodkiem życiowym tychże osób i w którym osoby te są (w sensie zawodowym lub rodzinnym) trwale zakorzenione. Chodzi zatem o miejsce, z którym dana osoba fizyczna wykazuje silny socjalny związek, przejawiający się na zewnątrz poprzez określone obiektywne okoliczności (np. dana osoba mieszka i stale przebywa w danym miejscu, pracuje tam, posiada tam rodzinę), nie uzależniony od okoliczności czysto subiektywnych (tj. zamiaru danej

osoby)⁴¹. Trudno byłoby natomiast za główny ośrodek podstawowej działalności osób fizycznych nie prowadzących samodzielnej działalności gospodarczej uznawać ich miejsce zamieszkania (jak to się niekiedy proponuje)⁴². To ostatnie miejsce jest w omawianym kontekście o tyle nieodpowiednie, że w poszczególnych porządkach prawnych miejsce zamieszkania jest bardzo różnie definiowane⁴³, przy czym różnice te dotyczą m. in. tzw. ustawowego miejsca zamieszkania, możliwości posiadania więcej niż jednego miejsca zamieszkania, przesłanek zmiany dotychczasowego miejsca zamieszkania, a także relewantności w tym zakresie elementów czysto subiektywnych (czyli woli stałego pobytu w określonym miejscu). Te wszystkie występujące w krajowych porządkach prawnych różnice w zakresie zdefiniowania miejsca zamieszkania sprawiają, że ewentualne przyjęcie, iż COMI dłużnika prowadzącego niesamodzielną działalność znajduje się w miejscu jego zamieszkania wywołałoby ryzyko, iż sądy w poszczególnych państwach człon-

⁴⁰ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1012-1013; B. Knof: Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus, op. cit., s. 1021-1022.

⁴¹ B. von Hoffmann, K. Thorn: Internationales Privatrecht, op. cit., s. 208.

⁴² H. Schack: Internationales Zivilverfahrensrecht, München 2002, s. 442; S.-H. Undritz [w:] Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, op. cit., Rn. 8.

⁴³ B. von Hoffmann, K. Thorn: Internationales Privatrecht, op. cit., s. 204-206.

kowskich usytuowałyby omawiane miejsce w zupełnie różnych państwach, co z kolei kłóciłoby się jednym z podstawowych założeń określających jurysdykcję krajową w (transgranicznych) sprawach upadłościowych, że mianowicie dany dłużnik upadłościowy może mieć tylko jedno COMI i że to w tym właśnie miejscu powinno być wszczęte główne postępowanie upadłościowe⁴⁴. Ponadto w niektórych porządkach prawnych jednym z czynników determinujących miejsce zamieszkania danej osoby fizycznej jest jej wewnętrzna wola (zamiar) pobytu w danej miejscowości (tak jest m. in. w prawie polskim oraz niemieckim). Wewnętrzna zaś wola danej osoby, przynajmniej gdy nie jest w dostateczny sposób ujawniona na zewnątrz, nie jest dostrzegalna dla osób trzecich (jest to więc element subiektywny)⁴⁵. Tymczasem z pkt 13 preambuły do Rozporządzenia jasno przecież wynika, że to osoby trzecie powinny postrzegać dane miejsce (na podstawie określonych zobiektywizowanych okoliczności) jako główny ośrodek podstawowej działalności danego dłużnika (i właśnie to ostatecznie rozstrzyga o COMI danego dłużnika).

Z kolei w przypadku tych osób fizycznych, które prowadzą samodzielną działalność gospodarczą ich COMI będzie się - na ogólnych zasadach - znajdowało w tym miejscu, które przez osoby trzecie (głównie przez wierzycieli) jest postrzegane (identyfikowane) jako miejsce (operatywnego i bieżącego) zarządzania ich podstawową działalnością. Wprawdzie twierdzi się niekiedy, że miejscem tym - inaczej niż w przypadku osób fizycznych prowadzących niesamodzielną działalność - nie będzie miejsce ich zwykłego pobytu⁴⁶, tym niemniej w poszczególnych (konkretnych) przypadkach wykluczyć się tego całkowicie nie da. Skoro bowiem dana osoba fizyczna stale przebywa w określonym miejscu i zlokalizowała w nim główny punkt swojej życiowej aktywności (co uczyniło to miejsce miejscem zwykłego pobytu tejże osoby), to nie można wykluczyć, iż właśnie z tego miejsca - i to w sposób widoczny dla osób trzecich - zarządza również swoją podstawową działalnością.

Może się oczywiście zdarzyć i tak, że dana osoba fizyczna samodzielnie nie zarządza prowadzoną przez siebie (tj. w jej imieniu) działalnością gospodarczą, lecz wyznaczyła w tym celu swojego pełnomocnika lub prokurenta, który jest w pełni uprawniony do bieżącego i operatywnego zarządzania tę wchodzącą w grę działalnością. W takich przypadkach COMI danego dłużnika będzie się

⁴⁴ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1012.

⁴⁵ B. Knof: Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus, op. cit., s. 1022.

⁴⁶ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1013.

rzecz jasna znajdował w miejscu, w którym przebywa i wykonuje swoje czynności wzmiankowany pełnomocnik lub prokurent, zakładając rzecz jasna, że tak właśnie postrzegają to osoby trzecie.

VII COMI w przypadku spółek (osób prawnych) wchodzących w skład struktur koncernowych

Jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień związanych jurysdykcją krajową w (transgranicznych) sprawach upadłościowych jest wyznaczanie tej jurysdykcji w przypadku spółek (ew. innych osób prawnych), które wchodzą w skład pewnych szerszych transgranicznych struktur koncernowych, a więc które są powiązane ze spółkami posiadającymi swoją siedzibę w innych państwach członkowskich określonymi więzami kapitałowymi, sprawiającymi, że spółka z innego państwa (tzw. spółka-matka) kontroluje (posiada dominujący wpływ na) działalność danej krajowej spółki (spółki zależnej, spółki-córki), niekiedy także poprzez inne jeszcze spółki.

Jednym z możliwych (potencjalnych) sposobów wyznaczania jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych z udziałem transgranicznych koncernów jest przyjęcie, że wszczęcie głównego postępowania upadłościowego wobec spółki-matki powoduje objęcie skutkami tego postępowania (czyli przede wszystkim zajęciem) również tego majątku, który należy do spółek zależnych. Można by bowiem założyć, że skoro udziały lub akcje posiadane przez spółkę-matkę w spółkach-córkach są normalnymi składnikami majątku spółki-matki, to tym samym, niejako pośrednio, do spółki-matki należy też majątek samych spółek-córek. W związku z tym, jak można by sądzić, główne postępowanie upadłościowe prowadzone wobec spółki-matki powinno powodować również zajęcie majątku spółek-córek, jako należącego - przynajmniej pośrednio - do spółki-matki. W takim układzie wobec spółek-córek nie byłoby nigdy wszczynane główne (samodzielne) postępowanie upadłościowe, lecz podlegałyby one zawsze w tym względzie głównemu postępowaniu upadłościowemu prowadzonemu wobec ich spółki-matki, wszczynanemu w państwie, w którym znajduje się COMI tejże spółki-matki (zgodnie z prawem tego właśnie państwa). Wobec zaś spółek-córek można by co najwyżej prowadzić wtórne postępowanie upadłościowe.

Od razu jednak trzeba w tym miejscu powiedzieć, że Rozporządzenie nr 1346/2000 bynajmniej nie przyjmuje takiej właśnie koncepcji wyznaczania jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych z udziałem transgranicznych koncernów. Ustawodawca wspólnotowy przyjął bowiem paradygmat, zgodnie z którym wobec każdego odrębnego i samodzielnego w sensie prawnym podmiotu prawa

(tj. wobec każdej jednostki organizacyjnej posiadającej własną, odrębną podmiotowość prawną) powinno być prowadzone osobne (odrębne) postępowanie upadłościowe (w miejscu jego COMI) (każda taka jednostka jest więc - na potrzeby Rozporządzenia nr 1346/2000 - odrębnym i samodzielny dłużnikiem upadłościowym), bez względu na fakt, czy podmiot taki jest w sensie kapitałowym kontrolowany (podlega dominującemu wpływowi) innych jeszcze podmiotów, także tych usytuowanych w innych państwach członkowskich, wchodząc tym samym w skład pewnych szerszych transgranicznych struktur koncernowych. Rzecz jasna, zgodnie z zasadą uniwersalizmu postępowania upadłościowego, postępowanie wszczęte wobec danego dłużnika obejmuje również (podlegający w takich przypadkach zajęciu) jego majątek usytuowany w innych państwach członkowskich, jak chociażby majątek uprzedmiotowiony w postaci „oddziału” w rozumieniu art. 2 lit. h) Rozporządzenia Tym niemniej ta zasada uniwersalizmu obejmuje jedynie majątek należący do danego dłużnika w sensie prawnym i nie dotyczy bynajmniej majątku odrębnych (w sensie prawnym) od dłużnika upadłościowego podmiotów prawa, które są powiązane z dłużnikiem jedynie w sensie kapitałowym (tj. w których dłużnika posiada udziały bądź akcje). Wobec tych ostatnich podmiotów, a więc wobec spółek-córek, powinno być prowadzone odrębne postępowanie upadłościowe (w miejscu ich COMI) (jeżeli rzecz jasna zachodzą przesłanki ogłoszenia ich upadłości, oceniane wobec nich w sposób indywidualny; nie ma zatem w omawianym zakresie żadnego automatyzmu pomiędzy ogłoszeniem upadłości spółki-matki a ogłoszeniem upadłości wobec spółki-córki), przy czym wszczęcie wobec każdej takiej spółki-córki odrębnego postępowania upadłościowego w oczywisty sposób wiąże się z koniecznością uprzedniego wyznaczenia w odniesieniu do niej jurysdykcji krajowej. Powstaje zatem w tym kontekście problem, w jaki sposób powinno się ustalać COMI wchodzącej w skład transgranicznego koncernu spółki-córki (determinujące miejsce jurysdykcji krajowej).

Należy tu stwierdzić, że w doktrynie oraz w orzecznictwie sądowym poszczególnych państw członkowskich brak jest jednolitości stanowisk odnośnie do wyznaczania COMI spółki-córki będącej częścią transgranicznego koncernu. I tak, sądy angielskie (oraz tamtejsza doktryna) preferują podejście zgodne z tzw. teorią „*mind of management*”. Teoria ta uznaje, że COMI spółki-córki znajduje się w miejscu, w którym podejmowane są najistotniejsze strategiczne (kierownicze) rozstrzygnięcia dotyczące tejże spółki-córki, względnie też w którym realizowane

⁴⁷ S. Smid: *Judikatur zum internationalen Insolvenzrecht*, op. cit., s. 399; S. L. Bufford: *International Insolvency Case Venue in the European Union: The Parmalat and Daisytec Controversies*, *Columbia Journal of European Law* 2006, vol. 12, s. 465; L. M. LoPucki: *Universalism Unravels*, *American Bankruptcy Law Journal* 2005, vol. 79, s. 152.

są centralne funkcje zarządzające w odniesieniu do niej („*head office fonctions*”). W przypadku spółek-córek oznacza to tak naprawdę, że ich COMI znajduje się w miejscu siedziby (oraz równocześnie w miejscu będącym COMI) ich spółki- matki. W rezultacie, chociaż w odniesieniu do spółki-córki powinno być wszczęte odrębne główne postępowanie upadłościowe (toczone niezależnie od ewentualnego głównego postępowania upadłościowego prowadzonego wobec spółki-matki), to jednak do wszczęcia takiego postępowania upadłościowego międzynarodowo uprawnione są sądy tego samego państwa członkowskiego, które są równocześnie międzynarodowo uprawnione do wszczęcia (głównego) postępowania upadłościowego wobec spółki-matki. Tym samym, przy założeniu przyjęcia omawianej teorii, odrębne postępowania upadłościowe wobec wszystkich spółek wchodzących w skład transgranicznego koncernu byłyby prowadzone przez sądy tego samego państwa oraz zgodnie z tym samym prawem (upadłościowym)⁴⁸.

Z kolei w państwach kontynentalnych sądy oraz tamtejsza doktryna w większości odrzucają teorię „*mind of management*” („*head office fonctions*”) i przyjmują konkurencyjną względem niej teorię *fousiness-activity*”. Teoria ta zakłada, że COMI spółki-córki znajduje się w miejscu, w którym prowadzi ona normalną i operacyjną działalność gospodarczą i które to miejsce jest dostrzegane oraz identyfikowane przez osoby trzecie. Teoria ta odrzuca zatem możliwość ustalania COMI spółki-córki w oparciu o elementy czy kryteria, które nie są dostrzegalne przez osoby trzecie i podlegają dowolnemu kształtowaniu wewnątrz struktury danego koncernu⁴⁹.

Dla rozstrzygnięcia powyższego dylematu na gruncie Rozporządzenia nr 1346/2000 najistotniejsze znaczenie ma orzeczenie Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Parmalat/Eurofood*⁵⁰. Sprawa ta dotyczyła upadłości spółek wchodzących w skład koncernu *Parmalat*, którego główna spółka-matka posiadała swoją statutową siedzibę oraz równocześnie COMI na terenie Włoch. Jedną ze spółek- córek wchodzących w skład tegoż koncernu była spółka *Eurofood IFSC Etd*, która zajmowała się finansowaniem omawianego koncernu poprzez emisję pożyczek.

⁴⁸ P. Mańkowski: Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts..., op. cit., s. 1754; C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1013; S. Schilling, J. Schmidt: COMI und vorläufiger Insolvenzverwalter, op. cit., s. 116; S.-H. Undritz [w:] Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, op. cit., Rn. 32; A Herchen: Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren, op. cit., s. 826.

⁴⁹ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1013; S.-H. Undritz [w:] Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, op. cit., Rn. 33.

⁵⁰ Orzeczenie ETS w sprawie C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd*, Zbiór Orzeczeń 2006, s. 1-3813.

Siedziba statutowa tej ostatniej spółki znajdowała się w Irlandii (a konkretnie w jednej z kancelarii adwokackich w Dublinie), przy czym spółka ta nie zatrudniała nigdzie żadnych pracowników ani też nie posiadała żadnych lokali czy biur. W odniesieniu do spółki-matki wspomnianego koncernu *Parmalat* w dniu 24 grudnia 2003 r. zostało wszczęte we Włoszech główne postępowanie upadłościowe oraz ustanowiony został nadzwyczajny komisarz (stało się to na podstawie specjalnie w tym celu uchwalonej przez włoski parlament ustawy - tzw. *lex parma-lat*). Z kolei dnia 27 stycznia 2004 r. w odniesieniu do spółki-córki *Eurofood* sąd irlandzki ustanowił tymczasowego zarządcę (*provisional liquidator*). To ostatnie rozstrzygnięcie zostało zaskarżone przez nadzwyczajnego komisarza spółki-matki koncernu *Parmalat*, na którego wniosek włoski sąd *Tribunale di Parma* otworzył w odniesieniu do spółki-córki *Eurofood* główne postępowanie upadłościowe we Włoszech. Sąd włoski uznał, że wynikające z art. 3 ust. 1 zd. 2 Rozporządzenia nr 1346/2000 domniemanie usytuowania COMI w miejscu siedziby statutowej spółki (a więc w przypadku spółki *Eurofood* w Irlandii) jest wzruszone (obalone), jako że rzeczywiste kierowanie spółką-córką *Eurofood*, i to w sposób widoczny dla jej wierzycieli, następowało z Parmy. W dniu 23 marca 2004 r. *High Court Dublin* stwierdził w podjętej przez siebie uchwale, iż wraz z ustanowieniem w dniu 27 stycznia 2004 r. tymczasowego zarządcy wobec spółki *Eurofood* zostało wobec niej wszczęte główne postępowanie upadłościowe w Irlandii i że brak jest podstaw do obalenia w tym przypadku domniemania wynikającego z art. 3 ust. 1 zd. 2 Rozporządzenia nr 1346/2000. Rozstrzygnięcie sądu w Dublinie zostało zaskarżone przez włoskiego nadzwyczajnego komisarza do irlandzkiego Sądu Najwyższego, który z kolei zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego. Irlandzki Sąd Najwyższy zapytał Trybunał m. in. o to, czy jeżeli: a) statutowa siedziba spółki nadrzędnej i statutowa siedziba spółki zależnej znajdują się w dwóch różnych państwach członkowskich, b) spółka zależna zarządza swoją działalnością w sposób rozpoznawalny przez osoby trzecie oraz przy całkowitym i nieprzerwanym zachowaniu swojej własnej tożsamości w państwie członkowskim, gdzie znajduje się jej siedziba określona w statucie i c) spółka nadrzędna jest w stanie, dzięki swoim udziałom i prawu do powoływania członków zarządu, pełnić kontrolę i w rzeczywistości pełni kontrolę nad polityką spółki zależnej, to czy do określenia „głównego ośrodka podstawowej działalności” decydującymi elementami są te wymienione powyżej w podpunkcie b), czy też te wymienione powyżej w podpunkcie c).

Odpowiadając na to pytanie Trybunał stwierdził, że z definicji „głównego ośrodka podstawowej działalności” zawartego w pkt 13 preambuły do Rozporządzenia nr 1346/2000 wynika, iż COMI należy identyfikować w oparciu o kryteria, które są jednocześnie obiektywne i możliwe do zweryfikowania przez osoby trzecie.

Ta obiektywność i możliwość weryfikacji przez osoby trzecie są niezbędne dla zagwarantowania pewności prawa i przewidywalności w kwestii określenia sądu właściwego dla wszczęcia głównego postępowania upadłościowego. W związku z tym w celu określenia głównego ośrodka podstawowej działalności spółki będącej dłużnikiem domniemanie zwykle ustanowione przez prawodawcę wspólnotowego na rzecz siedziby określonej w statucie tej spółki może zostać obalone jedynie wtedy, gdy obiektywne i możliwe do zweryfikowania przez osoby trzecie kryteria umożliwiają stwierdzenie, że rzeczywista sytuacja jest odmienna niż ta, która wynikałaby z położenia przedsiębiorstwa w miejscu statutowej siedziby spółki. Taka sytuacja może mieć miejsce w szczególności w przypadku tzw. „spółki- skrzynki pocztowej”, która nie prowadzi żadnej działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją statutową siedzibę. Jeżeli jednak spółka prowadzi działalność na terytorium państwa członkowskiego, w którym znajduje się jej statutowa siedziba, sama okoliczność, że jej decyzje ekonomiczne są lub mogą być kontrolowane przez spółkę nadrzędną, mającą siedzibę statutową w innym państwie członkowskim, nie jest wystarczająca do obalenia domniemania ustanowionego w Rozporządzeniu .

Z przytoczonego orzeczenia wynika zatem, że przy ustalaniu COMI spółki- córki (wchodzącej w skład transgranicznego koncernu) w żadnym wypadku nie jest wystarczające nastawienie się na same tylko te kryteria, na które zwraca uwagę teoria „*mind of management*”, a więc na możliwość kontrolowania spółki-córki przez spółkę-matkę mającą siedzibę statutową (i COMI) winnym państwie członkowskim, jak też na możliwość podejmowania wobec spółki-córki przez spółkę- matkę strategicznych rozstrzygnięć (a więc rozstrzygnięć wyjątkowych, nie równoznacznych z bieżącym i operacyjnym zarządzaniem spółką-córka). Tym samym ETS wyraźnie odrzucił anglosaską doktrynę „*mind of management*”. Nie znaczy to jednak, że równocześnie Trybunał zaakceptował w pełnym zakresie wskazania płynące z konkurencyjnej teorii „*business-activity*”⁵². Z orzeczenia ETS wyraźnie bowiem wynika, że jurysdykcja krajowa w transgranicznych sprawach upadłościowych jest w UE wyznaczana przy wykorzystaniu autonomicznych kryteriów zawartych w Rozporządzeniu, nie zaś w oparciu o jakiegokolwiek teorie krajowe.

⁵¹ Pkt 32-36 orzeczenia.

⁵² Choć niekiedy twierdzi się, że orzeczenie ETS w sprawie *Parmalat/Eurofood* idzie w tym właśnie kierunku, tj. akceptacji teorii „*business- activity*”: S.-H. Undritz [w:] *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 33a; C. Wiedemann: *Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI*, op. cit., s. 1013; wbrew temu należy jednak zgodzić się z *Mańkowskim*, że odrzucenie przez ETS czystej teorii „*mind of mamagement*” nie jest bynajmniej równoznaczne z przyjęciem czystej teorii „*business-activity*”: P. Mańkowski: *Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts...*, op cit., s. 1755.

W tym zakresie rozstrzyga mianowicie położenie COMI dłużnika, pojmowane jako rozpoznawalne przez osoby trzecie (wierzycieli) miejsce (bieżącego, operatywnego) zarządzania podstawową działalnością dłużnika. Kryterium to powinno być stosowane również w odniesieniu do poszczególnych spółek-córek wchodzących w skład transgranicznego koncernu. Biorąc pod uwagę to kryterium, a także wskazówki zawarte w tym zakresie w orzeczeniu Trybunału w sprawie *Parmalat/Eurofood* należałoby stwierdzić, że w większości przypadków COMI spółki-córki będzie się mieściło w miejscu jej siedziby statutowej (zgodnie z domniemaniem wynikającym z art. 3 ust. 1 zd. 2 Rozporządzenia), tym bardziej, jeżeli w tym miejscu jest prowadzona również działalność gospodarcza przez tę spółkę, nie zaś w miejscu siedziby statutowej oraz równocześnie w miejscu COMI jej spółki-matki. Będzie tak przynajmniej wówczas, gdy relacje pomiędzy spółką-matką a spółką-córką w ramach transgranicznego koncernu wyrażają się w możliwości zwykłego kontrolowania przez tę pierwszą spółkę decyzji ekonomicznych podejmowanych przez jej spółkę zależną. Pozostaje natomiast kwestią otwartą to, czy w niektórych (wyjątkowych) przypadkach, z uwagi na o wiele dalej idący wpływ spółki-matki na decyzje z zakresu bieżącego zarządzania spółką-córką, nie byłoby możliwe przyjęcie, że dla osób trzecich dostrzegalnym miejscem bieżącego zarządzania spółką-córką, a tym samym miejscem COMI spółki-córki, jest miejsce siedziby statutowej (oraz COMI) spółki-matki (nawet jeżeli spółka-córka prowadzi swoją działalność gospodarczą w miejscu swojej siedziby statutowej). Wiele jest chyba racji w twierdzeniu, że właśnie w tym kierunku zdaje się podążać ETS w swoim wywodzie zawartym w orzeczeniu w sprawie *Parmalat/Eurofood*⁵³. Takie jest również stanowisko niemałej części doktryny, która wskazuje ponadto (czego ETS nie uczynił) na rozmaite (obiektywne) kryteria mogące w danym przypadku wskazywać na usytuowanie COMI spółki-córki w miejscu siedziby statutowej oraz jednocześnie COMI spółki-matki⁵⁴.

⁵³ Por. C. Poertzen, D. Adam: Die Bestimmung des "centre of main interests" gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, op. cit., s. 507.

⁵⁴ P. Mankowski: Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts., op. cit., s. 1755; C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1014; S. Schilling: Insolvenz einer englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, Frankfurt am Main 2006, s. 78.

VIII Zmiana miejsca usytuowania głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika i jej wpływ na wyznaczenie jurysdykcji krajowej

Wyznaczające jurysdykcję krajową w transgranicznych sprawach upadłościowych kryterium w postaci COMI (dłużnika) ma w swoim założeniu charakter względnie trwały co jest o tyle istotne, że zapobiega to niepożądanym przez prawodawcę wspólnotowego przypadkom występowania zjawiska *forum shopping*, wynikającego z manipulacji omawianym kryterium przez poszczególnych dłużników (zob. pkt 4). Ta względna trwałość (stabilność) głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika nie oznacza wszakże w żadnym razie, że miejsce to jest w przypadku każdego dłużnika wyznaczone raz na zawsze i że nie może podlegać żadnym zmianom (modyfikacjom). Sprawa przedstawia się wręcz odwrotnie: z uwagi na dynamikę stanów faktycznych związanych ze współczesnym obrotem gospodarczym COMI jest podatne na różnego rodzaju zmiany delokalizacyjne, polegające na jego przenoszeniu z jednego państwa członkowskiego do drugiego. Dokonywanie tego rodzaju zmian nie odbywa się w sposób szybki i prosty (wręcz przeciwnie: zajmuje to zwykle sporo czasu i indukuje znaczne koszty), tym niemniej pozostaje to zawsze w potencjalnych możliwościach poszczególnych dłużników. Rodzi to z kolei pytanie o wpływ tego rodzaju zmian na wyznaczenie jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych.

W tym kontekście należy przede wszystkim zauważyć, że o miejscu jurysdykcji krajowej każdego poszczególnego dłużnika rozstrzyga jego COMI ustalone (i istniejące) w momencie złożenia wniosku o wszczęcie głównego postępowania upadłościowego (wniosek taki może zaś złożyć on sam, względnie też mogą to uczynić jego wierzyciele). To zatem chwila złożenia wniosku o wszczęcie (głównego) postępowania upadłościowego jest miarodajnym momentem czasowym dla ustalenia (zidentyfikowania) COMI każdego dłużnika, przesądzającego o jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych (przy czym Rozporządzenie nr 1346/2000 nie określa tego momentu *explicite*; uznanie tego właśnie momentu za w omawianym kontekście miarodajny jest jedynie wynikiem określonej interpretacji przepisów omawianego Rozporządzenia)⁵⁵.

⁵⁵ Orzeczenie ETS w sprawie C-1/04 Susanne Staubitz-Schreiber, Zbiór Orzeczeń 2006, s. 1-701, pkt 23-29; C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1016; H.-C. Duursma-Kepplinger: Aktuelle Entwicklungen in Bezug auf die Auslegung der Vorschriften über die internationale Eröffnungszuständigkeit nach der Europäischen Insolvenzverordnung, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht 2006, nr 5, s. 178; B. Knof: Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- -Tourismus, op. cit., s. 1023-1024; należy wszakże wspomnieć też o innym poglądzie, zgodnie z którym miarodajnym momentem czasowym jest w omawianym zakresie moment wszczęcia

Jeżeli zmiana głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika nastąpi jeszcze przed złożeniem wniosku o wszczęcie wobec niego postępowania upadłościowego, to w takim przypadku miejsce jurysdykcji krajowej będzie wyznaczane zgodnie z nowym COMI tegoż dłużnika, tj. ukształtowanym już po zmianie i istniejącym w momencie składania wniosku o wszczęcie postępowania⁵⁶. Będzie tak nawet wówczas, gdy zmiana taka nastąpi na krótko przed złożeniem wniosku o wszczęcie (głównego) postępowania i gdy będzie można zasadnie twierdzić, że dany dłużnik dlatego zmienił lokalizację swojego COMI, gdyż chciał uczynić międzynarodowo uprawnionymi do wszczęcia postępowania upadłościowego z jego udziałem sądy innego państwa członkowskiego niż to, w którym dotychczas znajdowało się jego COMI oraz by tym samym prowadzone wobec niego postępowanie toczyło się zgodnie z przepisami tego nowego państwa członkowskiego (być może bardziej dla niego korzystnymi z punktu widzenia podstawowych reguł procedury upadłościowej). W Rozporządzeniu nr 1346/2000 brak jest bowiem mechanizmów (regulacji), które by mogły skutecznie przeciwdziałać wszelkim tego typu zmianom COMI, dokonywanym niejako „na przedpolu” (i w sam niemalże przeddzień) złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego⁵⁷.

Teoretycznie rzecz biorąc, pewnym sposobem zapobiegania tego typu zmianom COMI dokonywanym przez dłużników na krótko przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego (wiążącym się ze zmianą jurysdykcji krajowej oraz miarodajnego wówczas *lex concursus*) mogłoby być rozwiązanie, zgodnie z którym miarodajnym momentem czasowym, w którym następowałaby identyfikacja COMI dłużnika na potrzeby ustalenia jurysdykcji krajowej byłby nie moment złożenia wniosku o wszczęcie głównego postępowania upadłościowego (tak jak to ma miejsce obecnie), ale moment wcześniejszy np. moment zaistnienia (spełnienia się) przesłanek upadłości danego dłużnika⁵⁸, względnie też nawet moment zaciągnięcia określonego zobowiązania (powstania długu) względem wierzyciela występującego następnie z wnioskiem o wszczęcie postę-

postępowania (a nie moment złożenia wniosku o wszczęcie): H. Haarmeyer, G. Papę, G. Stephan, C. Nickert: *Formularbuch Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 59; A. Konecny: *Thesen zum Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen*, op. cit., pkt 3.9.

⁵⁶ H.-C. Duursma-Kepplinger: *Aktuelle Entwicklungen in Bezug auf die Auslegung der Vorschriften...*, op. cit., s. 180.

⁵⁷ B. Knof: *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus*, op. cit., s. 1023; I Saenger, U. Klockenbrink: *Neue Grenzen für ein forum shopping des Insolvenzschuldners?*, op. cit., s. 185; choć raz jeszcze trzeba powtórzyć, że zapobieganie forum shopping, motywowane chęcią ochrony interesów wierzycieli, jest jednym z celów rozporządzenia nr 1346/2000: M. Glicz, *Prawo upadłościowe Unii Europejskiej*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2003, nr 11, s. 28.

⁵⁸ H.-C. Duursma-Kepplinger: *Aktuelle Entwicklungen in Bezug auf die Auslegung der*

powania upadłościowego. Nie wydaje się jednak, aby tego rodzaju rozwiązanie było zasadne. Prawdą jest oczywiście, że dzięki takiemu (hipotetycznemu) rozwiązaniu nie tylko utrudniono by dłużnikom dokonywanie zmian COMI na krótko przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego (co jest w istocie nierzadko równoznaczne z określoną manipulacją tymże COMI przez dłużników, dokonywaną ze względów typowo oportunistycznych), ale również w szerszym stopniu objęto by wówczas ochroną interesy wierzycieli. Ci ostatni bowiem, znając COMI dłużnika istniejące w momencie zaistnienia przesłanek jego upadłości lub też nawet w momencie udzielania mu kredytu, mieliby pewność, że właśnie to COMI będzie rozstrzygające dla wyznaczenia jurysdykcji krajowej oraz tym samym dla ustalenia miarodajnego wówczas *lex concursus*, bez względu na ewentualną późniejszą zmianę COMI dokonaną przez dłużnika. W rezultacie, wspomniani wierzyciele, znając dostatecznie wcześniej miarodajny w przypadku danego dłużnika statut upadłościowy (w sensie porządku prawnego właściwego dla określenia skutków postępowania upadłościowego z udziałem tegoż dłużnika), mogliby w sposób pewniejszy i bardziej dokładny oszacować (ocenić) swoje ryzyko w ewentualnym późniejszym postępowaniu upadłościowym prowadzonym z udziałem wspomnianego dłużnika (a więc osoby, której udzielają lub udzielili kredytu), co z kolei lepiej by chroniło ich interesy. Niemniej jednak rozwiązanie takie, posiadając bez wątpienia określone zalety, miałyby także swoje niezaprzeczalne wady. Podstawową zaś wadą byłoby nieuchronne wówczas zmniejszenie pewności prawnej w zakresie wyznaczenia jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych. Moment zaistnienia bowiem przesłanek upadłości danego dłużnika (jako moment, który mógłby potencjalnie wchodzić w grę jako miarodajny moment czasowy dla ustalenia COMI dłużnika rozstrzygającego o jurysdykcji krajowej) jest jednak dla większości wierzycieli o wiele mniej uchwytny niż moment złożenia wniosku o wszczęcie postępowania i może budzić wśród zainteresowanych spore kontrowersje odnośnie tego, kiedy on właściwie zaistniał. Z kolei moment zaciągnięcia zobowiązania przez dłużnika (jako kolejny alternatywny moment czasowy, który mógłby w omawianych tutaj przypadkach wchodzić w grę) jest jeszcze mniej odpowiedni, jako że przecież dany dłużnik może mieć bardzo wielu wierzycieli oraz zobowiązań. Mogłoby to rodzić zasadne pytanie, moment powstania której wierzytelności byłby wówczas rozstrzygający dla zidentyfikowania COMI danego dłużnika (pamiętając o tym, że dany dłużnik powinien mieć na potrzeby Rozporządzenia nr 1346/2000 tylko jedno COMI)⁵⁹.

⁵⁹ B. Knof: *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs-Tourismus*, op. cit., s. 1023; J. Schmidt: *Perpetuatio fori im europäischen internationalen Insolvenzrecht*, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht* 2006, nr 2, s. 89.

7 powyższych względów należy się zatem opowiedzieć za zasadnością utrzymania obecnej interpretacji przepisów Rozporządzenia, zgodnie z którą momentem czasowym miarodajnym dla ustalenia COMI danego dłużnika jest moment złożenia wniosku o wszczęcie wobec niego głównego postępowania upadłościowego.

Utrzymanie powyższego rozwiązania nie oznacza przy tym wcale aprobaty ze strony prawodawcy wspólnotowego oraz ze strony organów stosujących Rozporządzenie nr 1346/2000 dla działań manipulacyjnych ze strony dłużników, polegających na zmianie ich COMI na krótko przed złożeniem wniosku o wszczęcie (głównego) postępowania upadłościowego. W tym kontekście trzeba bowiem zauważyć, że skuteczną tamą dla szczególnie nagannych i podważających dobrą wiarę w obrocie prawnym zachowań poszczególnych dłużników jest odpowiednia interpretacja pojęcia COMI, w ramach której główną uwagę zwraca się na to, które miejsce jest w momencie złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego postrzegane jako miejsce bieżącego zarządzania podstawową działalnością dłużnika (względnie też które miejsce jest wówczas postrzegane jako miejsce zwykłego pobytu dłużnika - w przypadku osób fizycznych nie prowadzących działalności gospodarczej) przez osoby trzecie (wierzycieli). Tymczasem szybka i nieoczekiwana zmiana przez danego dłużnika (w celach manipulacyjnych) jego COMI na krótko przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania może zostać przez wspomniane osoby trzecie, w tym zwłaszcza przez wierzycieli danego dłużnika, niedostrzeżona i nie odnotowana od razu (natychmiast). Trzeba zresztą pamiętać, że COMI jest miejscem, z którym dany dłużnik jest ściśle związany i w którym jest on dość mocno zakorzeniony, zwłaszcza jeżeli chodzi o dłużników będących osobami fizycznymi, których COMI znajduje się zazwyczaj w miejscu ich zwykłego pobytu. Zmiana przez danego, będącego osobą fizyczną, dłużnika miejsca jego zwykłego pobytu (i uczynienie tym miejscem zwykłego pobytu określoną miejscowość znajdującą się w innym niż dotychczas państwie członkowskim) nie jest bynajmniej sprawą prostą i zabiera zawsze sporo czasu. W rezultacie, mimo, iż dany dłużnik mógł rozpocząć przenoszenie głównego ośrodka swojej życiowej aktywności do innego państwa członkowskiego i np. przeprowadził się do innego państwa oraz podjął tam pracę, może to jeszcze nie wystarczyć do tego, by osoby trzecie zaczęły od razu postrzegać jego COMI jako znajdujące się w tym innym państwie członkowskim. Z uwagi na pewne okoliczności związane z danym dłużnikiem w państwie członkowskim będącym dotychczasowym miejscem jego COMI (np. z uwagi na ciągle jeszcze istnienie w dotychczasowym państwie członkowskim wielu ważnych składników majątkowych należących do danego dłużnika), osoby trzecie wciąż mogą postrzegać właśnie to dotychczasowe państwo członkowskie jako miejsce, z którego dłużnika zarządza swoją podstawową działalnością. Jak z tego wynika, zmiana COMI niejako „na

przedpolu” (i w sam niemalże przeddzień) złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego nie jest bynajmniej taka prosta i trudno jest ją efektywnie przeprowadzić w krótkim czasie⁶⁰.

Wszelkie natomiast zmiany COMI, które nastąpiły już po złożeniu wniosku o wszczęcie wobec danego dłużnika postępowania upadłościowego są z punktu widzenia wyznaczenia jurysdykcji krajowej irrelevantne i nie powodują zmiany tejże jurysdykcji. Nawet jeżeli (skuteczna i dostrzegalna przez osoby trzecie) zmiana COMI danego dłużnika nastąpi w okresie pomiędzy złożeniem wniosku o wszczęcie głównego postępowania upadłościowego a samym wszczęciem tego postępowania (trzeba przy tym pamiętać, że pomiędzy złożeniem wniosku a wszczęciem postępowania może niekiedy upłynąć sporo czasu, co różnie zresztą wygląda w poszczególnych państwach członkowskich z uwagi na obowiązujące tam wewnętrzne procedury upadłościowe), to i tak nie wpłynie to na zmianę jurysdykcji krajowej. W rezultacie, sąd określonego państwa wszczynający postępowanie upadłościowe będzie posiadał jurysdykcję krajową nawet wtedy, gdy w momencie wszczęcia tegoż postępowania COMI danego dłużnika znajduje się już w innym państwie członkowskim, o ile tylko wspomniane COMI znajdowało się w tym pierwszym państwie w momencie złożenia tam wniosku o wszczęcie postępowania. Powyższe jest przejawem obowiązywania w europejskim prawie upadłościowym tzw. zasady *perpetuatio fori*⁶¹.

Należy przy tym podkreślić, że samo złożenie wniosku o wszczęcie wobec danego dłużnika głównego postępowania upadłościowego nie jest bynajmniej przeszkodą do złożenia wobec tego dłużnika analogicznego wniosku w innym państwie członkowskim, zakładając, że w tym pierwszym państwie członkowskim postępowanie upadłościowe nie zostało jeszcze wszczęte i że w międzyczasie (tj. pomiędzy złożeniem wniosku a wszczęciem postępowania) dany dłużnik zmienił swoje COMI i przeniósł je do tego drugiego państwa (choć niektórzy błędnie przyjmują, iż złożenie pierwszego wniosku blokuje w sensie prawnym możliwość składania kolejnych wniosków wobec tego samego dłużnika w innym państwie)⁶². Jeżeli dany dłużnik w momencie składania wniosku o wszczęcie wobec

⁶⁰ B. Knof: *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus*, op. cit., s. 1023; B. Knof: *Perpetuatio fori und Attraktivkraft des Erstantrags im Europäischen Insolvenzrecht?*, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht* 2006, nr 14, s. 758.

⁶¹ Por. J. Schmidt: *Perpetuatio fori im europäischen internationalen Insolvenzrecht*, op. cit., s. 88 i n.; B. Knof: *Perpetuatio fori und Attraktivkraft des Erstantrags im Europäischen Insolvenzrecht?*, op. cit., s. 754 i n.

⁶² Por. B. Knof: *Perpetuatio fori und Attraktivkraft des Erstantrags im Europäischen Insolvenzrecht?*, op. cit., s. 756; B. Knof: *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus*, op. cit., s. 1024.

niego postępowania upadłościowego posiadał swoje COMI w jednym państwie członkowskim, a następnie, jeszcze przed wszczęciem powyższego postępowania, przeniósł swoje COMI do innego państwa, gdzie z kolei złożony został kolejny wniosek o wszczęcie wobec niego postępowania upadłościowego, to o tym, który z sądów (do których złożono wniosek) będzie międzynarodowo uprawniony do prowadzenia głównego postępowania upadłościowego będzie rozstrzygała zasada pierwszeństwa, oznaczająca, że jurysdykcję krajową będzie posiadał ten sąd, który wcześniej dokonał wszczęcia postępowania (wcześniej otworzył postępowanie)⁶³.

Rozstrzygnięcie (orzeczenie) sądu, który wcześniej dokonał wszczęcia głównego postępowania upadłościowego (i który posiada w danej sprawie jurysdykcję krajową z uwagi na usytuowanie w tymże państwie COMI określonego dłużnika w momencie złożenia wniosku o wszczęcie wobec niego postępowania upadłościowego) blokuje możliwość wszczęcia wobec tego samego dłużnika drugiego głównego postępowania upadłościowego przez sąd innego państwa członkowskiego. Nie jest to możliwe nawet wówczas, gdy w międzyczasie, ale już po wszczęciu postępowania w pierwszym państwie, dany dłużnik zmieni swoje COMI i przeniesie je do innego państwa. Każde postępowanie upadłościowe wszczęte w takiej sytuacji wobec danego dłużnika w innym państwie członkowskim będzie mogło być tylko i wyłącznie wtórnym (a nie głównym) postępowaniem upadłościowym, tj. postępowaniem, którego skutki ograniczone są do majątku dłużnika znajdującego się na terytorium tego ostatniego państwa członkowskiego (i które to postępowanie będzie podporządkowane głównemu postępowaniu upadłościowemu). Jeżeli po złożeniu wniosku o wszczęcie w danym państwie wobec określonego dłużnika głównego postępowania upadłościowego dłużnik ten zmieni swoje COMI przenosząc je do innego państwa członkowskiego i w międzyczasie, jeszcze przed wszczęciem postępowania w sprawie pierwszego wniosku, sąd w tym innym państwie członkowskim (w którym znajduje się nowe COMI danego dłużnika) otworzy wobec tegoż dłużnika postępowanie upadłościowe, to wówczas, zgodnie z zasadą pierwszeństwa, to właśnie ten ostatni sąd będzie międzynarodowo uprawniony do prowadzenia głównego postępowania upadłościowego i nie zmieni tego nawet fakt ewentualnego obowiązywania w prawie upadłościowym pierwszego państwa członkowskiego fikcji prawnej, zgodnie z którą otwarcie każdego postępowania wywołuje skutki z mocą wsteczną, a konkretnie jest

⁶³ Por. C. Poertzen, D. Adam: Die Bestimmung des "centre of main interests" gem. Art. 3 Abs. 1 EUnVO, op. cit., s. 509; H. Haarmeyer, G. Pape, G. Stephan, C. Nickert: Formularbuch Insolvenzrecht, op. cit., Rn. 53; A. Herchen: International-insolvenzrechtliche Kompetenzkonflikte in der Europäischen Gemeinschaft, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2004, nr 2, s. 63.

skuteczne od dnia złożenia wniosku o wszczęcie postępowania (tego rodzaju fikcja prawna jest znana m. in. w prawie brytyjskim i irlandzkim). Z punktu widzenia przepisów Rozporządzenia nr 1346/2000 opisana wyżej fikcja prawna jest bez- skuteczna⁶⁴. Dlatego też sąd pierwszego państwa członkowskiego (do którego złożony został pierwszy wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego), w sytuacji, gdy w międzyczasie nastąpiło wszczęcie postępowania w innym państwie, może już co najwyżej wszcząć wtórne postępowanie upadłościowe i nie może twierdzić, że wszczęte przez niego postępowanie - zgodnie ze wspomnianą wyżej fikcją prawną przyjętą w prawie upadłościowym danego państwa - wywołuje skutki prawne od dnia złożenia wniosku (i dlatego wyprzedza jakoby w swoich skutkach wszelkie ewentualne postępowania wszczęte po dniu złożenia tego wniosku).

Wspomniana wyżej zasada pierwszeństwa wynika *implicite* z art. 16 ust. 1 Rozporządzenia nr 1346/2000, stanowiącego, iż „Wszczęcie postępowania upadłościowego przez sąd Państwa Członkowskiego właściwy zgodnie z art. 3 podlega uznaniu we wszystkich pozostałych Państwach Członkowskich z chwilą, gdy orzeczenie stanie się skuteczne w Państwie wszczęcia postępowania”. Zgodnie zaś z art. 16 ust. 2 Rozporządzenia, „Uznanie postępowania określonego w art. 3 ust. 1 nie stoi na przeszkodzie wszczęciu przez sąd innego Państwa Członkowskiego postępowania określonego w art. 3 ust. 2 [tj. postępowania, którego skutki ograniczone są do majątku dłużnika znajdującego się na terytorium tego ostatniego państwa członkowskiego - przyp. M. Sz.]. W tym wypadku postępowanie wszczęte na podstawie art. 3 ust. 2 jest wtórnym postępowaniem upadłościowym”.

Z kolei w punkcie 22 preambuły do omawianego Rozporządzenia prawodawca wspólnotowy wyjaśnia, że „Niniejsze rozporządzenie powinno przewidywać bezpośrednie uznanie orzeczeń dotyczących wszczęcia, prowadzenia oraz ukończenia postępowań upadłościowych wchodzących w jego zakres zastosowania oraz orzeczeń wydanych w bezpośrednim związku z takimi postępowaniami upadłościowymi. Automatyczne uznanie powinno zatem oznaczać, że skutki wynikające z postępowania na podstawie prawa Państwa wszczęcia postępowania rozciągają się na wszystkie inne Państwa Członkowskie. Uznawanie orzeczeń wydanych przez sądy Państw Członkowskich powinno się opierać na zasadzie

⁶⁴ C. Poertzen, D. Adam: Die Bestimmung des “centre of main interests“ gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, op. cit., s. 509; H. Eidenmüller: Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen, op. cit., s. 3457; S. Schilling, J. Schmidt: COMI und vorläufiger Insolvenzverwalter, op. cit., s. 115; A. Herchen: Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren, op. cit., s. 829; K. Wimmer: Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des irischen Supreme Court in Sachen Parmalat, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2005, nr 3, s. 127.

wzajemnego zaufania; w tym celu przyczyny odmowy uznania powinny być ograniczone do niezbędnego minimum. Według tej zasady powinien również być rozwiązany każdy spór w sytuacji, w której sądy dwóch Państw Członkowskich jednocześnie uważają się za właściwe do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego. Orzeczenie sądu, który jako pierwszy wszczął postępowanie powinno zostać uznane w pozostałych Państwach Członkowskich, bez możliwości badania orzeczenia sądu przez te Państwa Członkowskie”.

Warto tu dodać, że orzeczeniem, które powoduje wszczęcie głównego postępowania upadłościowego i które podlega - zgodnie z art. 16 ust. 1 Rozporządzenia - uznaniu we wszystkich innych państwach członkowskich (sprawiając, iż w tych innych państwach możliwe jest co najwyżej wszczęcie wtórnego postępowania upadłościowego) jest już orzeczenie o ustanowieniu tzw. tymczasowego zarządcy (*provisional liquidator*, *vorläufiger Insolvenzverwalter*) a więc niekoniecznie dopiero formalne orzeczenie o otwarciu (głównego) postępowania. Takie właśnie stanowisko zajął Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie *Parmalat/Eurofood*, stwierdzając, iż „za „orzeczenie o wszczęciu postępowania upadłościowego” w rozumieniu rozporządzenia należy uznać nie tylko orzeczenie kwalifikujące się formalnie jako postanowienie o wszczęciu postępowania zgodnie z prawem krajowym państwa członkowskiego, które stosuje sąd wydający to orzeczenie, lecz również orzeczenia wydane w następstwie złożenia wniosku o wszczęcie postępowania określonego w załączniku A do rozporządzenia w związku z niewypłacalnością dłużnika, jeżeli orzeczenie to skutkuje zajęciem majątku dłużnika oraz powołaniem zarządcy określonego w załączniku C do rozporządzenia [w załączniku tym wymienieni są m. in. irlandzki *provisional liquidator* oraz niemiecki *vorläufiger Insolvenzverwalter* - przyp. M. Sz.]. Zajęcie majątku oznacza, że dłużnik traci prawo zarządu swoim majątkiem. W takim przypadku następują dwa charakterystyczne skutki postępowania upadłościowego, mianowicie powołanie zarządcy określonego w załączniku C i zajęcie majątku dłużnika, i wobec tego spełnione zostają konstytutywne przesłanki definicji postępowania upadłościowego określone w art. 1 ust. 1 rozporządzenia”⁶⁵.

Orzeczenie o wszczęciu wobec danego dłużnika głównego postępowania upadłościowego, w tym także orzeczenie o ustanowieniu tymczasowego zarządcy, musi być uznane przez sądy innych państw członkowskich. Uznanie to musi nastąpić nie tylko - o czym już wspomniano - wówczas, gdy do sądu w innym państwie członkowskim wniosek o wszczęcie postępowania wpłynął wcześniej niż

⁶⁵ Pkt 54 orzeczenia; zob. też trafne uwagi A. Konecnego na temat wspomnianego tymczasowego zarządcy: A. Konecny: EuGH zu internationaler Zuständigkeit, Eröffnung und Anerkennung von Hauptinsolvenzverfahren, op. cit., s. 152-153.

do sądu, który otworzył postępowanie, zaś w międzyczasie, jeszcze przed wszczęciem postępowania w tym innym państwie członkowskim, dłużnik zmienił swoje COMI i przeniósł je do drugiego państwa (czyli tam, gdzie ostatecznie zostało wszczęte główne postępowanie upadłościowe), ale nawet wówczas, gdy sąd wszczynający główne postępowanie upadłościowe nieprawidłowo zlokalizował COMI danego dłużnika i błędnie przyjął, iż posiada jurysdykcję krajową w tej sprawie, podczas gdy w rzeczywistości COMI danego dłużnika (a wraz z nim jurysdykcja krajowa) znajdowało się w zupełnie innym państwie członkowskim. Wyjątkiem od tego obowiązku uznania orzeczenia o wszczęciu postępowania jest możliwość powołania się na tzw. klauzulę porządku publicznego, o której jest mowa w art. 26 Rozporządzenia Zgodnie z tym ostatnim przepisem, „Każde Państwo Członkowskie może odmówić uznania postępowania upadłościowego wszczętego w innym Państwie Członkowskim albo wykonania wydanego w jego toku orzeczenia, o ile uznanie to lub wykonanie prowadziłyby do rezultatu, który pozostaje w oczywistej sprzeczności z jego porządkiem publicznym, w szczególności z jego podstawowymi zasadami lub konstytucyjnie zagwarantowanymi prawami i wolnościami jednostki”. Należy wszakże podkreślić, że do rezultatu pozostającego w oczywistej sprzeczności z porządkiem publicznym państwa członkowskiego (w rozumieniu powołanego przepisu) nie prowadzi bynajmniej sam tylko fakt, że sąd innego państwa członkowskiego nieprawidłowo zlokalizował COMI danego dłużnika i błędnie w związku z tym przyjął, iż przysługuje mu w danej sprawie jurysdykcja krajowa. Będzie natomiast sprzeczna z porządkiem publicznym danego państwa członkowskiego sytuacja, gdy sąd w innym państwie członkowskim wszczynający dane postępowanie upadłościowe naruszył prawo podstawowe do bycia wysłuchanym, przysługujące jednemu z uczestników tegoż postępowania.

⁶⁶ A. Spahlinger, G. Wegen: Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, op. cit., s. 194.

⁶⁷ Pkt 67 orzeczenia ETS w sprawie *Parmalat/Eurofood*.

INTERNATIONAL JURISDICTION IN INSOLVENCY MATTERS IN EU

In the case of cross-border insolvency proceedings the international jurisdiction in the European Union is determined by the uniform criterion that is - according to Article 3 of the Regulation No 1346/2000 - the centre of a debtor's main interests (COMI). The COMI has to be understood as a place which is considered by third parties (especially by the creditors) to be the place of today's and current administration of a debtor's main activity. By choosing COMI as a relevant criterion the Community legislator wanted to ensure that international jurisdiction in insolvency matters: 1) will be situated in a place that is easily and transparently perceived (and identified) by third parties, 2) is based on circumstances that are not easily susceptible to arbitrary manipulations on the part of the debtor (so as to prevent forum shopping), and 3) is located only in one single Member State (the focus is to avoid concurrent jurisdictions). The abovementioned values and interests are at the same time the steering principles that govern the interpretation of individual notions that are contained in the expression „COMI” („centre”, „main”, „interests”).

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009
Warszawa 2009

Jarosław Szymanek ■

KONSTYTUCYJNA ZASADA RÓWNOUPRAWNIENIA KOŚCIOŁÓW I INNYCH ZWIĄZKÓW WYZNANIOWYCH

Konstytucja w art. 25 ust 1 proklamuje zasadę, zgodnie z którą „kościół i inne związki wyznaniowe są równouprawnione”. Z przepisu tego rekonstruuje się zasadę równouprawnienia, która obok takich zasad jak: bezstronność, autonomia i niezależność, konsensualny tryb układania relacji państwa z poszczególnymi związkami konfesyjnymi czy wreszcie współpraca państwa z organizacjami religijnymi dla dobra człowieka i dobra wspólnego tworzą podstawy konstytucyjnej charakterystyki stosunków państwowo-kościelnych¹. Trzeba przy tym od razu wskazać, że katalog tych zasad nie wyczerpuje się bynajmniej w treści art. 25 ustawy zasadniczej, ale musi być uzupełniony o podstawową zasadę wolności sumienia i religii zawartą *explicite* w art. 53 Konstytucji. Zasady relacji instytucjonalnych wyartykułowane w art. 25 są wszak konkretyzacją rudymentarnej zasady wolności sumienia i religii, czy szerzej traktowanej wolności myśli, sumienia, religii i przekonań, która dla każdej regulacji konfesyjnej stanowi konieczny punkt startu. Wynika to z oczywistego faktu, iż działalność wszystkich związków wyznano-

¹ Szerzej na ten temat zob.: J. Krukowski, K. Warchałowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2000, s. 58 i n.; M. Pietrzak, *Konstytucyjne podstawy prawa wyznaniowego*, [w:] *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 2001, s. 169 i n.; J. Krukowski, *Konstytucyjny model stosunków między państwem a kościołem w III Rzeczypospolitej*, [w:] *Prawo wyznaniowe w systemie prawa polskiego*, red. A. Mezglewski, Lublin 2004, s. 79 i n. ² Por. J. Szymanek, *Wolność sumienia i wyznania w Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 2, s. 39 i n.

wych (a w tym również odniesienie ich relacji do państwa) jest niczym innym jak praktyczną realizacją wolności sumienia i wyznania tyle tylko, że w wymiarze kolektywnym³.

Należy wskazać, że przewidziany przez polskiego ustrojodawcę katalog instytucjonalnych założeń odnoszących się do stosunków między państwem a kościołem jest wyjątkowo, a można się nawet zastanawiać czy przypadkiem nieproporcjonalnie, rozbudowany Konfrontacja postanowień art. 25 polskiej konstytucji z jego odpowiednikami z innych ustaw zasadniczych państw euro-atlantycznego kręgu kultury prawnej wskazuje jednak, że liczba zasad określających relacje konfesyjne jest w polskiej konstytucji nadspodziewanie rozbudowana. Odpowiedź na pytanie o powody takiej multiplikacji ustrojowych rudymetów relacji państwa do organizacji konfesyjnych wydaje się być prosta. Jest nią, mówiąc w największym skrócie, wyjątkowa wręcz konfliktowość materii całego art. 25 ustawy zasadniczej i kompromis, jaki próbowano osiągnąć konstruując poszczególne normy art. 25⁴. Za wszelką cenę, m.in. za sprawą postulatów Kościoła katolickiego, starano się nie dopuścić do ustanowienia *expressis verbis* systemu rozdziału, zarówno w wersji negatywnej, jak ma to miejsce np. w Hiszpanii czy Niemczech, jak i w wersji pozytywnej *à la française*. W efekcie zamiast ustanowić wprost zasadę rozdziału państwa i kościoła względnie, w innej warstwie słownej, państwa świeckiego, ustawodawca konstytucyjny postanowił podać katalog pewnych zasad (cech), które *en bloc* mają zdefiniować model racji konfesyjnych mieszczący się w ramach szeroko rozumianego systemu rozdziału. Stosunek państwa do kościołów i innych związków wyznaniowych może być więc określony dopiero po odkodowaniu zestawu zasad zawartych przede wszystkim w art. 25 ustawy zasadniczej.

Z tego punktu widzenia przepis z ust. 1 wspomnianego artykułu ma znaczenie kluczowe. Jako pierwsza została wszak wymieniona zasada równouprawnienia wszystkich bez wyjątku kościołów i związków wyznaniowych. Zasada ta, przy braku zdefiniowanego *explicite* rozdziału, wprowadza najważniejszy więc element tego systemu, czyli brak wyeksponowania któregośkolwiek z kościołów

³ Por. J. Krukowski, *Państwo i kościół. Podstawy relacji prawnych*, Lublin 2000, s. 87 i n. Krytycznie na ten temat zob. R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych w Konstytucji III RP (refleksje krytyczne)*, [w:] *Ze sztafardą prawa przez świat. Księga dedykowana Profesorowi Włodzisławowi Józefowi Wagnerowi von Igelgrund z okazji 85-lecia urodzin*, red. R. Tokarczyk, K. Motyka, Kraków 2002, s. 277 i n.

⁴ Por. P. Borecki, *Koncepcje stosunków między państwem a związkami wyznaniowymi w projektach i postulatach konstytucyjnych*, Warszawa 2002, s. 21 i n.

⁵ Por. J. Szymanek, *Konstytucyjna regulacja stosunków państwo - kościół (ujęcie komparatystyczne)*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 4, s. 22 i n.

czy innych związków wyznaniowych⁷. Warunkiem *sine qua non* rozdzielenia sfery *sacrum* i *profanum* jest bowiem równouprawnienie organizacji religijnych, co oznacza niedopuszczalność dyskryminowania bądź faworyzowania jednych z nich w porównaniu z innymi, która to reguła była najbardziej chyba relewantną cechą systemu powiązania państwa i kościoła w każdej jego wersji aplikacyjnej. Nie powinno więc dziwić, że ustawodawca konstytucyjny, chcący przynajmniej *implicite* ustanowić system rozdziału, jako pierwszą z zasad podał właśnie zasadę równouprawnienia, która choć nie może być ekwiwalentem rozdzielania państwa i kościoła to wydaje się być jego najważniejszym substratem, bez którego nie jest możliwe właściwe zrealizowanie w praktyce modelu *separationis ecclesiae et status* w jakiegokolwiek jego formie. Potwierdzeniem tego są zresztą zasady enumeratywnie wskazane w dalszych postanowieniach art. 25, które obok tego, że wprowadzają konkretne reguły ogólnych relacji państwowo-kościelnych stanowią też, a może nawet przede wszystkim, konkretyzację, a zarazem zabezpieczenie poszanowania pierwszej i fundamentalnej zasady równouprawnienia związków wyznaniowych⁸.

Patrząc bowiem *prima facie* na cały art. 25 konstytucji wydaje się on być detalizacją zasady równouprawnienia, która z kolei jest pewną formą zastępczą wobec zasady rozdziału, bądź inaczej państwa świeckiego pojmowanego jako antonim państwa wyznaniowego. Trzeba przy tym od razu wskazać, że zabieg legislacyjny polegający na podaniu zestawu cech (właściwości, atrybutów) definiujących model państwa świeckiego, zamiast wskazania *eo nomine* takiego państwa, nie jest bynajmniej właściwy jedynie dla ustawodawcy polskiego, przy czym wszędzie gdzie ma on zastosowanie (np. Włochy) uznaje się, że przyjmowany katalog regulacji określających relacje państwowo-kościelne w swoim całokształcie ustanawia właśnie państwo laickie⁹. Najczęściej przy tym jedna z takich zasad uznawana jest za *sui generis* zasadę zrębową, kluczową bądź w inny jeszcze sposób przesądzającą o systemie rozdziału¹⁰. W polskich warunkach ustrojowych charakter takiej najważniejszej, wyjściowej zasady ma z pewnością właśnie zasada

⁷ Por. M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 1999, s. 101 i n.

⁸ Szerzej na ten temat zob. S. Bożyk, *Konstytucyjna zasada równouprawnienia kościołów i innych związków wyznaniowych*, [w:] *Zasada równości w prawie*, red. H. Zięba-Załucka, M. Kijowski, Rzeszów 2004, s. 93 i n.

⁹ Szerzej na ten temat zob. J. Szymanek, *Formy prawnej instytucjonalizacji rozdziału państwa i kościoła*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2008, t. XI, s. 73 i n.

¹⁰ Np. w konstytucji Republiki Włoskiej charakter taki ma przepis art. 8 zd. 1 wedle którego „wszystkie wyznania religijne są jednakowo wolne wobec prawa”. Szerzej na ten temat zob. P. Stanisławski, *Porozumienia w sprawie regulacji stosunków między państwem i niekatolickimi związkami wyznaniowymi we włoskim porządku prawnym*, Lublin 2007, s. 42 i n.

równouprawnienia wszystkich związków wyznaniowych. Współ z pozostałymi zasadami relacji instytucjonalnych enumerowanymi w art. 25 ustanawia ona system rozdziału państwa i kościoła. Świadczy o tym co najmniej kilka faktów.

Po pierwsze to, że cała problematyka stosunków państwo - kościół została przeniesiona z genetycznie najwłaściwszego chyba miejsca przeznaczonego dla niej, tj. z rozdziału drugiego regulującego status prawny jednostki. Zawarcie postanowień instytucjonalnych w osobnej części ustawy zasadniczej i wyraźne rozgraniczenie indywidualnej wolności sumienia i wyznania od jej aspektu kolektywnego, choć może budzić kontrowersje metodologiczne, dokonywane jest, patrząc w perspektywie porównawczej, coraz częściej, a przy tym z reguły w konstytucjach tych państw, które wyraźnie opowiedziały się za modelem państwa świeckiego (Francja, Rosja, Włochy, Słowenia). W efekcie polska konstytucja wyodrębniając i przenosząc blok wyznaniowy (w jego części instytucjonalnej i - co warto podkreślić - tylko instytucjonalnej) do rozdziału pierwszego, zawierającego katalog zasad podstawowych, traktuje zasadę rozdziału (choć nie wypowiedzianą wprost) jako jedną z podstaw ustroju państwa¹¹. Przyjęcie takiego stanowiska redukuje w zasadzie problem tego czy zawarcie w rozdziale pierwszym ustawy zasadniczej problematyki konfesyjnej nie spowodowało bynajmniej nadmiernej ekspozycji ustrojowego statusu związków wyznaniowych oraz nie rozerwało organicznej więzi między zasadą wolności sumienia i wyznania w jej obu ęrzejach tj. prymarnym, indywidualnym i wtórnym, czyli kolektywnym¹². Jeśli bowiem przyjmie się punkt widzenia, iż *ratio legis* regulacji zawartej w art. 25 konstytucji jest wprowadzenie zasady rozdziału, to właśnie ta zasada, jako naczelna dyrektywa postępowania państwa i jego organów (obok takich zasad jak: dobro wspólne, demokratyczne państwo prawne, sprawiedliwość społeczna, podział i równowaga władz czy pluralizm polityczny) jest *clou* postanowień zawartych w rozbudowanym art. 25. W konsekwencji nie tyle związki wyznaniowe uzyskały szczególną, mocno w konstytucji zaakcentowaną podstawę prawną funkcjonowania, co raczej stosunek państwa do tych związków mający odpowiadać standardom państwa demokratycznego, które w zakresie relacji konfesyjnych przewiduje rozdział państwa i kościoła. W efekcie, na podstawie rekonstrukcji poszczególnych

¹¹ Taki sens ma bowiem całość materii uregulowanej w rozdziale pierwszym konstytucji. Szerzej na ten temat zob. S. Gebethner, *Rzeczpospolita w świetle postanowień rozdziału pierwszego Konstytucji z 1997 roku*, [w:] *Podstawowe pojęcia pierwszego rozdziału Konstytucji RP*, red. E. Zwierzchowski, Katowice 2000, s. 13 i n.

¹² Szerzej na ten temat zob. J. Osuchowski, *Religia i konstytucja*, [w:] *Państwo. Demokracja Samorząd. Księga jubileuszowa na sześćdziesięciopięciolecie profesora Eugeniusza Zielińskiego*, red. T. Mołdawa, Warszawa 1999, s. 89in.

zasad wymienionych *epressis verbis* w treści art. 25 można uznać, że zasada rozdziału jest jedną z zasad naczelných Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku. Zasada rozdziału (którą można w drodze uogólnia uznać za substytut przewidzianego wprost państwa świeckiego) obejmuje wszak takie rozwiązania szczegółowe jak równouprawnienie, bezstronność (neutralność) państwa wobec kwestii konfesyjnych czy autonomię państwa i kościoła, zakładającą - przynajmniej co do zasady - nieskuteczność prawa kanonicznego na forum państwowego porządku prawnego, co przecież również jest istotnym indykatorem świeckiego (laickiego)

charakteru państwa¹⁴. Uznać zatem wypada, że ustawa zasadnicza w art. 25 wprowadziła jako jedną z zasad naczelných polskiego porządku konstytucyjnego zasadę rozdziału państwa i kościoła, nie posługując się jednak w warstwie słownej ani sformułowaniem, wedle którego państwo i kościół są oddzielone (jak np. w Chorwacji, Portugalii czy na Węgrzech), ani formułą ustanawiającą zakaz funkcjonowania kościoła państwowego czy też religii państwowej bądź inaczej uprzywilejowanej (jak np. w Estonii, Hiszpanii, na Litwie czy w Niemczech), ani wreszcie formułą stwierdzającą wprost świecki charakter państw (Francja, Rosja). W charakterze substytutu tych jednoznacznych stwierdzeń konstytucyjnych występują wyliczone w kolejnych przepisach art. 25 zasady, które wzięte *en bloc* każą jednak uznać laicki sposób odniesienia się państwa do problematyki wyznaniowej. Wśród tych zasad naczelné miejsce ma z pewnością zasada równouprawnienia, oznaczająca nakaz równego (jednakowego) traktowania wszystkich kościołów i innych związków wyznaniowych¹⁵. Jej prymarne miejsce ma przy tym aspekt zarówno formalny, jak i materialny. Formalny, gdyż norma równouprawnienia otwiera

¹³ Choć oczywiście nie jest ona wyartykułowana wprost.

¹⁴ Por. M. Pietrzak, *Prawo kanoniczne w polskim systemie prawnym*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 8, s. 16 i n.

¹⁵ Potwierdzeniem tego mogą być dodatkowo regulacje zawarte w konstytucji z 17 marca 1921 roku, gdzie podstawowym artykułem był art. 114 ust. 1 zakładający dość przecież eklektyczną formułę wedle której „wyznanie rzymsko-katolickie, będące religią przeważającą większości narodu [zajmowało] w Polsce naczelné stanowisko wśród równouprawnionych wyznań”. Wewnętrzna sprzeczność wskazanego postanowienia, często powodująca formowanie różnych ocen zawartych ostatecznie w konstytucji marcowej regulacji konfesyjnych, również przecież potwierdza, że zasada równouprawnienia miała być elementem rozdziału, charakterystycznego dla państwa świeckiego. Rozdział ten, obok właśnie równouprawnienia wynikał także z zasady wolności sumienia i wyznania (art. 111), co sprawiało, że w konstytucji były dwa postanowienia właściwe dla państwa laickiego, tj. właśnie równouprawnienie (w aspekcie kolektywnym) i wolność sumienia i wyznania (w aspekcie indywidualnym). Inną oczywiście sprawą jest to, że elementy właściwe dla systemu rozdziału kolidowały z elementami pozostawionymi jeszcze z systemu powiązania państwa i kościoła, tj. właśnie zagwarantowaniem jednemu z kościołów naczelnego stanowiska czy funkcjonowanie instytucji związków wyznaniowych prawnie uznanych i nieuznanych.

całość regulacji przeprowadzonej w art. 25, materialny zaś bierze się z doniosłości zasady równouprawnienia dla samej koncepcji rozdziału, która obligatoryjnie zakłada wymóg równości wobec prawa (równości prawnej) wszystkich kościołów i innych związków wyznaniowych¹⁶.

Po drugie, warto wskazać, że ust. 1 art. 25 proklamuje *expressis verbis* nie zasadę równości związków wyznaniowych, ale właśnie ich równouprawnienia¹⁷. W efekcie gdyby uznać, że równouprawnienie nie jest normą konstytuującą, wspólnie z innymi zasadami z art. 25, system rozdziału to można by przyjąć, że byłoby ono jedynie konstytucyjnym *superfluum*, zwłaszcza jeśli miałoby być ono traktowane (jak często to się robi) jako proste i w gruncie rzeczy prymitywne przeniesienie zasady równości z jednostki na kolektyw. Zasada równości i wszystkie wyprowadzone z niej pomniejsze reguły i zasady, jest wszak wyjątkowo silnie zinstytucjonalizowana w obowiązującej konstytucji, dość wskazać art. 32 ust. 1 (wszyscy są wobec prawa równi), art. 32 ust. 2 (nikt nie może być dyskryminowany w życiu publicznym z ... jakiegokolwiek przyczyny), art. 30 (przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło jego wolności i praw), art. 31 ust. 2 (każdy jest obowiązany szanować wolność i prawa innych), art. 53 ust. 1 (każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii), a obok tego przez ogólne zasady ustrojowe, w tym zwłaszcza zasadę demokratycznego państwa prawnego (art. 2). Gdyby więc poprzestać na konstatacji, że równouprawnienie związków wyznaniowych jest formą kolektywnego zabezpieczenia równości, która przysługuje wszystkim ze względu na ogólną regułę równości, a ponadto na zasadę przyrodzonej i niezbywalnej godności uzupełnioną wolnością sumienia i wyznania¹⁸, to popadlibyśmy w konstytucyjną tautologię, co klóciłoby się z zadaniami prakseologii, nie mówiąc już o przyzwoitej legislacji. W konsekwencji, jak się wydaje, tylko posiłkowo można zgodzić się ze stwierdzeniem, że konstytucyjna zasada równouprawnienia kościołów i innych związków wyznaniowych „jest swoistą egzemplifikacją ogólnej zasady równości”¹⁹. Tak naprawdę sens konstytucyjnego sformułowania o równouprawnieniu organizacji konfesyjnych jest inny, a przynajmniej inaczej należy go postrzegać na tle art. 25 i na tle całości postanowień obowiązującej ustawy

¹⁶ Por. D. Dudek, *Równouprawnienie kościołów i związków wyznaniowych na tle konstytucyjnych zasad prawa wyznaniowego*, [w:] *Prawo wyznaniowe w systemie prawa...*, jw., s. 199 i n.

¹⁷ Por. L. Garlicki, *Wolność sumienia i wyznania w orzecznictwie konstytucyjnym: status wspólnot religijnych*, [w:] *Wolność sumienia i wyznania w orzecznictwie konstytucyjnym. XI Konferencja Europejskich Sądów Konstytucyjnych, Warszawa 16-20 maja 1999*, „Biuletyn Trybu nału Konstytucyjnego” 1999, nr specjalny, s. 39.

¹⁸ Por. H. Misztal, *Konstytucyjne podstawy polskiego prawa wyznaniowego*, [w:] *Prawo wyznaniowe*, red. H. Misztal, Lublin 2003, s. 197.

¹⁹ A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisławski, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2006, s. 71.

zasadniczej²⁰, co oczywiście nie oznacza, że nie ma żadnego związku pomiędzy zasadą równości a zasadą równouprawnienia.

Wydaje się, że przepis wprowadzający zasadę równouprawnienia *per se* ma dwa istotne znaczenia *Per se*, bo przecież, jak to zostało wskazane wyżej, jego podstawowym *ratio essendi* jest ustanowienie, choć tylko w postaci ekwiwalentnej, systemu rozdziału państwa i kościoła, ale to da się wyprowadzić dopiero z całości postanowień art. 25 konstytucji²¹. Pierwsze znaczenie jest najprostsze i oznacza jednoznaczne podkreślenie nie jakiejś ogólnej cechy równości czy jednakowości wszystkich związków wyznaniowych, gdyż związki wyznaniowe nie są równe i nie będą równe, choćby uwzględniając liczbę wiernych czy osób sprawujących kult, liczbę budynków, obszar działania, zasięg wpływów, dogmaty religijne, strukturę organizacyjną, czy historyczną ewolucję itp. itd. Wyrażne zaznaczenie, że chodzi nie o jakąś równość czy jednakowość bądź identyczność związków wyznaniowych przekreśla te wszystkie możliwe przecież sposoby prymitywnej interpretacji czy raczej nadinterpretacji konstytucyjnej klauzuli wprowadzającej równouprawnienie kościołów i innych związków wyznaniowych, które doszukiwały by się w zasadzie równouprawnienia prostego egalitaryzmu. W tym ujęciu związki wyznaniowe nigdy bowiem nie były, nie są i nie będą równe. Drugie znaczenie doprecyzowuje sens tej równości i wyraźnie wskazuje, że nie chodzi tutaj np. o równość redystrybutywną, w myśl której każdy ze związków wyznaniowych powinien otrzymywać równo, bez względu na swoją liczebność, wpływy czy znaczenie, ani też równością parytetową, zgodnie z którą większy związek wyznaniowy powinien otrzymywać więcej a mniejszy mniej. Równość związków wyznaniowych, nieprzypadkiem przez ustawodawcę konstytucyjnego precyzyjnie nazwana równouprawnieniem, jest zatem zawsze równością prawną, czyli równością wobec prawa, oznaczającą nakaz jednakowego traktowania wszystkich związków wyznaniowych, bez ich jakiegokolwiek dyskryminacji czy faworyzacji²². Stąd właśnie ustrojodawca w art. 25 ust. 1 ustanowił *explicite* równouprawnienie a nie równość jako taką czy równość „w ogóle”, która mogłaby być różnie odczytywana i interpretowana. Oczywiście, tak pojmowana zasada równouprawnienia kościołów i innych związków wyznaniowych stanowi pozytywną stronę zasady równości

²⁰ W tym szczególnie zasady bezstronności, która wespół z zasadą równouprawnienia potwierdza aplikację modelu rozdziału. Szerzej na ten temat zob. W Łączkowski, „*Bezstronność*” władz publicznych, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 2, s. 209 i n.

²¹ Por. W Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 1998, s. 28.

²² Por. Z. Łyko, *Wolność sumienia i wyznania w relacji: człowiek - kościoły - państwo*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 96, 97.

wskazanych podmiotów (co oznacza, że *iunctim* pomiędzy normą art. 32 a 25 ust. 1 istnieje), zgodnie bowiem z nią wszystkim związkom konfesyjnym, bez względu na formę prawną regulacji ich statusu, powinny przysługiwać równe uprawnienia

Zasada równouprawnienia formułuje wobec tego względem ustawodawcy obowiązek jednakowego traktowania wszystkich organizacji religijnych z tego właśnie powodu, że są one związkami wyznaniowymi i przez ten właśnie fakt. Cechą relevantną związków wyznaniowych jest więc to, że grupują one wyznawców danej religii²³. Dwa obiektywne fakty służą więc jako indykator związku wyznaniowego tj. substrat osobowy (związek to przecież zawsze grupa) oraz prezentowanie jakichś dogmatów religijnych oraz liturgii, które, nie wnikając w definicję zjawiska religii, są konieczną jego komponentą. Dla określenia uprawnień związków wyznaniowych indyferentne są zatem takie ich cechy jak wielkość, struktura organizacyjna, prezentowane dogmaty, zasięg wpływów *etc.* Różnicowania faktyczne istniejące pomiędzy różnorodnymi związkami konfesyjnymi nie mają więc żadnego znaczenia dla sytuacji prawnej tych podmiotów, która powinna być równa w odniesieniu do wszystkich tych związków właśnie dlatego, że bez względu na występujące między nimi odmienności są one związkami wyznaniowymi, *ergo* tworzą jedną klasę podmiotów. Tak rozumiana zasada równouprawnienia pokazuje dowodnie, że jest ona rudymeniem systemu rozdziału państwa i kościoła, jego podstawowym, a w zasadzie wyjściowym elementem. Bez równouprawnienia nie można wszak mówić o systemie rozdziału państwa i kościoła, gdyż brak równouprawnienia wprowadza element definiujący wręcz model powiązania, odznaczający się właśnie nierównoprawnością związków wyznaniowych i wyraźnym uprzywilejowaniem jednego z nich²⁴.

Konsekwencją zapisania w art. 25 ust. 1 równouprawnienia, a zarazem istnieniem oprócz tego generalnej klauzuli zakładającej równość wobec prawa zakodowanej w treści art. 32 jest więc nie tożsamość obu formuł, gdyż to było by zabiegiem zbędnym stanowiącym jedynie konstytucyjne *superfluum*, ale komple- mentarność obu regulacji. W konsekwencji art. 32 zachowuje aktualność przy określaniu statusu związków wyznaniowych, wyrażając zwłaszcza dyrektywę obciążania wspólnot konfesyjnych równymi obowiązkami przez prawo lub w następstwie działań władz publicznych²⁵. Z art. 25 ust. 1 wynika natomiast nakaz

²³ Por. W Uruszczak, *Prawo wyznaniowe*, Kraków 1997, s. 16.

²⁴ Szerzej na ten temat zob. M. Pietrzak, *Demokratyczne, świeckie państwo prawne*, Warszawa 1999, s. 133 i n.

²⁵ Co tym bardziej potwierdza wtórność regulacji instytucjonalnych odnoszących się do stosunków państwo - kościół. Tak samo bowiem jak stosunki te są rozwinięciem, w aspekcie kolektywnym, indywidualnej wolności sumienia i wyznania, tak samo równość związków

zapewnienia wszystkim związkom wyznaniowym równych uprawnień, czyli takich samych możliwości działania lub zaniechania²⁶. W szczególności wszystkie związki wyznaniowe powinny cieszyć się taką samą wolnością, rozumianą jako swoboda działania polegająca na indyferencji prawa; takimi samymi wolnościami prawnie chronionymi, czyli uprawnieniami do własnych zachowań, mających charakter czynów; takimi samymi upoważnieniami do dokonywania czynności konwencjonalnych czy takimi samymi uprawnieniami do cudzych zachowań czynnych i biernych²⁷. W treści art. 25 ust. 1 ustawy zasadniczej nie przewidziano żadnych kryteriów zróżnicowania uprawnień związków wyznaniowych objętych generalną klauzulą równouprawnienia, w tym również takich, które różnicowałby status prawny organizacji konfesyjnych np. z uwagi na prawną formę regulacji. To ostatnie, jako swoista gwarancja, z jednej strony, właściwej realizacji zasady równouprawnienia, z drugiej zaś, prawidłowego odczytania jej sensu, wynika *expressis verbis* z ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania²⁸, gdzie mowa jest wprost o równouprawnieniu „wszystkich kościołów i innych związków wyznaniowych, bez względu na formę uregulowania ich sytuacji prawnej”. W efekcie zróżnicowanie prawnych form uregulowania sytuacji prawnej poszczególnych związków konfesyjnych nie wpływa i nie może wpływać na dyferencjację ich takich samych, *ergo* równych możliwości działania lub zaniechania. W związku z powyższym to, że na ogólną liczbę ok. 170 związków wyznaniowych jeden z nich ma uregulowaną sytuację prawną na podstawie umowy międzynarodowej, część na podstawie ustawy, a część na podstawie jedynie wpisu do rejestru w oparciu o ustawę o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, w żadnym wypadku nie stwarza jakiejkolwiek ekspektaty tego, że np. związki wyznaniowe, których status prawny jest reglamentowany ustawowo mają większe możliwości działania lub zaniechania aniżeli pozostałe związki konfesyjne funkcjonujące jedynie na podstawie wpisu do rejestru. Wszystkie one, zgodnie z ogólną klauzulą równouprawnienia, doprecyzowaną w treści ustawy z 17 maja 1989 roku mają dokładnie te same i takie same możliwości zachowań prawnych właśnie przez wzgląd na fundamentalną zasadę równouprawnienia. Ten właśnie fakt, czyli zrównanie związków wyznaniowych bez względu na istniejącą formę uregulowania ich statusu

wyznaniowych, rozumiana jako obowiązek obciążania wspólnot konfesyjnych równymi obowiązkami przez prawo lub w następstwie działań władz publicznych jest niczym innym jak konkretyzacją indywidualnej równości wszystkich wobec prawa.

²⁶ Por. P. Borecki, M. Pietrzak, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 kwietnia 2003 r. (sygn. akt K 13/02)*, „Przegląd Sejmowy” 2003, nr 5, s. 99.

²⁷ Por. T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1993, s. 41in.

²⁸ Dz.U. z dnia 23 maja 1989 r., Nr 29, poz. 155 z póź. zm.

prawnego (która to forma *notabene* dowodzi ewidentnego faktycznego zróżnicowania związków wyznaniowych) zaświadcza bodajże najlepiej, że zasada równouprawnienia pełni funkcję zastępczą wobec klauzuli jednoznacznie ustanawiającej system rozdziału (albo wprost państwa świeckiego)²⁹.

Oczywiście jak każda norma konstytucyjna, także i norma z art. 25 ust. 1 stwarza, w stosunku do ustawodawcy zwykłego, zobowiązanie jednakowego sposobu redystrybucji obowiązków i uprawnień, który to sposób powinien być również dyrektywą wykładniczą w procesie stosowania obowiązującego prawa zarówno przez organy administracyjne, jak i organy typu sądowego, w tym zwłaszcza Trybunał Konstytucyjny³⁰. Oczywiście, wbrew niektórym formułowanym w literaturze ocenom, nie oznacza to jakiegś redukcji uprawnień związków wyznaniowych większych i dostosowanie ich możliwości działania do mniejszościowych kościołów i innych związków wyznaniowych³¹. Sensem konstytucyjnej zasady równouprawnienia nie jest bowiem prymitywny egalitaryzm, ani tym bardziej „zredukowanie uprawnień wszystkich kościołów i innych związków wyznaniowych do uprawnień jednego z nich, np. do związku wyznaniowego, który ma najmniejszą liczbę wyznawców w danym kraju”³². Sens konstytucyjnej zasady równouprawnienia związków wyznaniowych da się, mówiąc w największym skrócie, sprowadzić do stosowania zasady „skoro jeden to i drugi”, co często będzie miało postać wniosku *a maiore ad minus*, tzn. skoro jeden ze związków wyznaniowych ma prawo do czegoś przez wzgląd na to, że jest właśnie związkiem wyznaniowym, to również inny związek wyznaniowy (niezależnie od różnic faktycznych jakie istnieją między nimi) również powinien mieć takie samo prawo do tego samego³³. Przy czym, co należy tutaj silnie podkreślić, chodzi jedynie o stworzenie potencjalnej możliwości korzystania z przyznanych uprawnień, a nie o wymóg czynienia

²⁹ Potwierdza to jeden z Autorów pisząc wprost, komentując dyspozycję art. 25 ust. 1 konstytucji, że „równouprawnienie oznacza, że żaden z kościołów lub związków wyznaniowych nie może uzyskać w Rzeczypospolitej Polskiej pozycji prawnie uprzywilejowanej”, a dodatkowo „prawa i obowiązki dotyczące jednego z nich mogą dotyczyć każdego z pozostałych”, a to z kolei oznacza, że polska „nie zna religii lub kościoła (związku wyznaniowego) państwowego lub dominującego”. Por. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 38.

³⁰ Co w praktyce może stwarzać pewne problemy. Zob. np. wyrok TK z 2 kwietnia 2003 r. (sygn. akt K 13/02).

³¹ Por. np. J. Krukowski, *Konkordat polski. Znaczenie i realizacja*, Lublin 1999, s. 59.

³² J. Krukowski, K. Warchałowski, *Polskie prawo...*, s. 59.

³³ Przy czym nie chodzi tutaj, jak niektórzy na to wskazują, o prymitywny egalitaryzm i uszczuplanie praw silniejszego. Por. W. Góralski, *Wstęp do prawa wyznaniowego*, Płock 2003,

z nich realnego użytku. Związki konfesyjne muszą mieć więc zagwarantowaną jednakowość obowiązków i uprawnień, jednakowość korzystania z tych samych działań i zaniechań i w tym właśnie zawiera się *clou* konstytucyjnej zasady równouprawnienia³⁴.

Warunkiem koniecznym realizacji postulatu równouprawnienia nie jest więc identyczność związków wyznaniowych, ani tym bardziej redukcja uprawnień związków większościowych, a jedynie nakaz równego traktowania podmiotów należących do pewnej klasy podmiotów wyróżnionych przez posiadanie przez każdy z tych podmiotów takiej samej (czyli równej) cechy istotnej, indykującej klasę owych podmiotów³⁵. W odniesieniu do kościołów i innych związków wyznaniowych oznacza to, że jeśli wszystkie kościoły i inne związki wyznaniowe posiadają określoną cechę to prawo nie może dokonywać ich różnicowania³⁶. Jeśli w związku z tym cechą, jaką spełniają wszystkie organizacje konfesyjne jest sprawowanie kultu, to ustawodawca zobowiązany jest do zakazu różnicowania pod tym względem i z uwagi na ten przedmiot kościołów i innych związków wyznaniowych³⁷. Ta wydawałoby się prosta reguła interpretacyjna może jednak być naruszona wówczas, kiedy będzie próbowało się poszukiwać coraz to nowych, bardziej szczegółowych i wyszukanych cech, w oparciu o które tworzyłoby się klasę związków wyznaniowych. Tymczasem związki wyznaniowe (w każdej formule organizacyjnej) mają jedną cechę wspólną mianowicie tę, że organizują one określone zbiorowości celem zaspokajania przez nie potrzeb religijnych³⁸. Tworzenie nowych, coraz bardziej szczegółowych i rozbudowanych cech związków wyznaniowych byłoby w efekcie

³⁴ Sensem równouprawnienie nie jest więc, jak czasami na to się wskazuje, sprowadzenie uprawnień związków wyznaniowych większych do tych, jakie mają mniejsze, ale zasada wręcz odwrotna, tj. zasada dawania tych wszystkich możliwości działania mniejszościowym związkom konfesyjnym, jakie przysługują związkowi większościowemu. W efekcie można powiedzieć, że zasada równouprawnienia stwarza dyrektywę ekstensywnego sposobu przyznawania praw, co dodatkowo sprzyja realizacji innych konstytucyjnych wartości np. dobra wspólnego, pluralizmu ideowego czy, *last but not least*, neutralności światopoglądowej państwa.

³⁵ Szerzej na ten temat zob. K. Działocha, *Równość wobec prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w Polsce*, [w:] *Zasada równości w orzecznictwie trybunałów konstytucyjnych*, red. L. Garlicki, J. Trzeciński, Warszawa 1990, s. 150 i n.; R.M. Małajny, *Reguła równości wobec prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Warszawa 2003, s. 178 i nast.

³⁶ Co dodatkowo nakazuje zasada bezstronności. Por. W. Łączkowski, „Bezstronność”..., s. 209 i n.

³⁷ Por. W. Góralski, *Wstęp do prawa...*, s. 97.

³⁸ Por. M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe...*, s. 13.

sprzeczne i z zasadą równości, i z zasadą równouprawnienia³⁹, mogą w praktyce doprowadzić do różnicowania obowiązków i uprawnień poszczególnych konfesji, co z kolei mogłoby doprowadzić również i do naruszenia indywidualnej zasady wolności sumienia i wyznania, a to dzięki ograniczeniu uprawnień wiernych należących do niejeda-

kowo traktowanych wspólnot religijnych⁴⁰.

Po trzecie wreszcie o tym, że zasada równouprawnienia z art. 25 ust. 1 nie jest jedynie prostym powtórzeniem normy równości wszystkich wobec prawa zapisanej w dyspozycji art. 32 ustawy zasadniczej, a jej istota (a w każdym razie najważniejsza treść) sprowadza się do proklamacji systemu rozdziału państwa i kościoła jest sposób redakcji całego art. 25 konstytucji. Świadczą o tym najlepiej dwie następujące kwestie, tj. przyjęcie formuły słownej na oznaczenie podmiotu regulacji oraz ciąg pozostałych zasad kształtujących stosunki państwo - kościół wyliczonych w kolejnych ustępach art. 25. Jeśli chodzi o formułę słowną to nieprzypadkowo ustawodawca konstytucyjny zdecydował się użyć określenia „kościół i inne związki wyznaniowe”, obejmując w ten sposób wszystkie organizacje konfesyjne bez względu na przyjętą przez nie formę organizacyjną i wyznawane dogmaty wiary. Kościół jest bowiem jednym tylko ze związków wyznaniowych, co oznacza, że pojęcie kościoła nie wyczerpuje zakresu znaczeniowego określonego terminem związek wyznaniowy. Dlatego jeśli już decydujemy się na posługiwanie się pojęciem kościoła to winniśmy obok niego, równolegle posługiwać się również pojęciem związku wyznaniowego (konfesyjnego), gdyż nie każdy związek wyznaniowy jest kościołem, ponieważ określenie to generalnie odnosi się do

³⁹ Z czego zdawał sobie doskonale sprawę ustrojodawca, nie wprowadzając do konstytucji postulowanego w czasie prac konstytucyjnych przepisu, zgodnie z którym regulacja ustawowa mogła by być odniesiona jedynie do tych związków konfesyjnych, które istniały legalnie w Polsce co najmniej 50 lat.

⁴⁰ Co z kolei doskonale pokazuje powiązanie praw indywidualnych z prawami kolektywnymi i ich ewidentną wręcz współzależność. Zarówno bowiem wolność sumienia i wyznania (art. 53), jak i równość (art. 32) stanowią element wpływający na status związków wyznaniowych, czyli regulacje instytucjonalne. Niemniej jednak ani indywidualna wolność sumienia i wyznania, ani zasada równości nie są *per se ipse* równoznaczne z zasadą równouprawnienia, choć oczywiście ta ostatnia stanowi pochodną, a zarazem *sui generis* rozwinięcie i doprecyzowanie dwóch pozostałych zasad. Wymienione zasady wolności sumienia i wyznania oraz równości są więc współzależne ale zarazem nie tożsame względem zasady równouprawnienia, która ma status osobny.

⁴¹ Co samo w sobie nie jest konieczne, gdyż terminem najszerszym obejmującym każdy typ organizacji religijnej jest właśnie pojęcie związku wyznaniowego. Por. H. Świątkowski, *Wyznaniowe prawo państwowe*, Warszawa 1962, s. 138.

⁴² Szerzej na ten temat zob. W. Wysoczański, M. Pietrzak, *Prawo kościołów i związków wyznaniowych nierzymskokatolickich w Polsce*, Warszawa 1997, s. 7, 8. Zob. również

wspólnot chrześcijańskich⁴². Aby jednak nie przeciwstawiać kościołów pozostałym związkom wyznaniowym (innym niż kościoły), a co za tym idzie aby ich nie różnicować, a tym bardziej dyskwalifikować związków wyznaniowych (wymienionych w drugiej kolejności obok kościołów) ustawodawca słusznie wprowadził określenie „inne związki wyznaniowe”. Konstrukcja językowa „kościół i inne związki wyznaniowe” nie konkretyzuje bowiem któregośkolwiek z tych związków lub kościołów, traktując je wszystkie równo⁴³. Szata słowna, jaką posługuje się ustrojodawca definiując podmiot regulacji konfesyjnej zawartej w art. 25 ust. 1 konstytucji potwierdza więc równość formalną wszystkich związków wyznaniowych, a tym samym to, że wszystkie bez wyjątku organizacje konfesyjne są traktowane w jednakowy sposób i nie zachodzą między nimi żadne zależności hierarchiczne, co z kolei jest koniecznym składnikiem państwa świeckiego (laickiego), zakładającego rozdział państwa i kościoła⁴⁴.

Równouprawnienie nie jest jednak wystarczającą cechą państwa świeckiego, traktowanego jako synonim rozdziału⁴⁵. Dlatego obok zasady równouprawnienia art. 25 kataloguje również inne jeszcze cechy (zasady) które w swoim całokształcie formują model rozdziału państwa i kościoła. W efekcie zawarty w art. 25 konstytucji przegląd zasad kształtujących sposób odniesienia się państwa do problematyki konfesyjnej (czy nawet szerzej światopoglądowej) spełnia dwie istotne funkcje. Raz dookreśla system rozdziału (który nie wynikałby w takim stopniu i tak wyraźnie z samej tylko zasady równouprawnienia); dwa stanowi *sui generis* zabezpieczenie należytej (właściwej) realizacji rudymenarnej normy z ust. 1 art. 25, tj. normy proklamującej równouprawnienie wszystkich kościołów i innych związków wyznaniowych. Takie bowiem zasady jak: bezstronność państwa w sprawach światopoglądowych, autonomia i niezależność państwa

T.J. Zieliński, *Pojęcie religii, wyznania, związku wyznaniowego i kościoła w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Prawo i religia*, red. T.J. Zieliński, Warszawa 2007, s. 29 i n.

⁴³ Por. J. Osuchowski, *Stosunki wyznaniowe w Polsce na tle transformacji ustrojowej*, Warszawa 1996, s. 24.

⁴⁴ Choć w literaturze przedmiotu można spotkać również głosy krytyczne, wskazujące, że przyjęte sformułowanie może powodować asymetrię pomiędzy kościołami a związkami wyznaniowymi, które jako wymienione w drugiej kolejności mogą być, przy negatywnym nastawieniu, traktowane w sposób gorszy. Szerzej na ten temat zob. R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych...*, s. 289.

⁴⁵ Państwo świeckie można bowiem traktować w dwóch znaczeniach. Po pierwsze, jako antonim państwa wyznaniowego, czyli - mówiąc inaczej - jako państwo, które zakłada odrębność *sacrum* i *profanum*. Po drugie zaś, jako szczególny, kwalifikowany typ państwa przewidującego rozdział instytucji państwowych i kościelnych, który jednak idzie „dalej” i „głębiej”, czego najlepszym przykładem jest oczywiście francuski model laickości, którego przecież nie da się zredukować do prostej zasady oddzielenia państwa i organizacji konfesyjnych.

i organizacji religijnych czy w końcu bilateralna forma układania wzajemnych relacji państwa ze związkami konfesyjnymi oprócz dobitnego potwierdzenie systemu *separationis ecclesiae et status* są sposobem zabezpieczenia należytej egzekucji normy gwarantującej równouprawnienie związków wyznaniowych. W momencie bowiem, kiedy państwo nie byłoby bezstronne albo kiedy doszło by do niejednakowego traktowania prawa wewnętrznego (kanonicznego) organizacji religijnych, naruszającego zasadę autonomii i niezależności, to jasną jest rzeczą, że związki wyznaniowe nie byłyby też równouprawnione. To samo odnosi się przecież i do konsensualnego trybu regulacji prawnego położenia wspólnot konfesyjnych i założonego w konstytucji mechanizmu „małych konkordatów”, czyli partykularnych umów zawieranych przez Radę Ministrów i odpowiednie reprezentacje kościołów i innych związków wyznaniowych niż Kościół katolicki, transformowanych następnie w ustawę, które mają być odpowiednikiem konkordatu właśnie, tj. umowy międzynarodowej zawartej pomiędzy państwem a Stolicą Apostolską (reprezentującą największy socjologicznie związek wyznaniowy, tj. Kościół katolicki)⁴⁶. Elementem zabezpieczającym równouprawnienie wszystkich pozostałych związków konfesyjnych w tym przypadku jest właśnie negocjacyjny (konsensualny) tryb wypracowania regulacji normatywnej (oczywiście w przypadku umowy międzynarodowej), która wyklucza system jednostronnego narzucenia przez państwo modelu regulacji wyznaniowej, co znowu było elementem często charakteryzującym państwa realizujące system powiązania *sacrum* i *profanum*⁴⁸. W efekcie choć reżim prawny regulacji największego związku wyznaniowego jest odmienny aniżeli pozostałych związków wyznaniowych to zabezpieczona jest w sposób wystarczający reguła symetryczności trybu jurydykacji stosunku państwa do wszystkich związków wyznaniowych. Jej trzonem jest bowiem właściwa

⁴⁶ Szerzej na temat zasad określających relacje państwo - kościół zob.: A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisławski, *Prawo wyznaniowe...*, s. 72 i n.; J. Krukowski, K. Warchałowski, *Polskie prawo...*, s. 60 i n.; J. Krukowski, *Konstytucyjny system relacji między państwem a Kościołem katolickim oraz innymi kościołami i związkami wyznaniowymi*, [w:] *Ustrój konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej*, red. R. Mojak, Lublin 2000, s. 95 i n.; M. Pietrzak, *Stosunki państwo - kościół w nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11/12, s. 173 i n.; J. Szymanek, *Stosunki państwa ze związkami wyznaniowymi w świetle postanowień Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, [w:] *Przestrzeń polityki i spraw wyznaniowych. Szkice dedykowane Profesorowi Januszowi Osuchowskiemu z okazji 75-lecia urodzin*, red. B. Górowska, Warszawa 2004, s. 457 i n.

⁴⁷ Szerzej na ten temat zob. T.J. Zieliński, *Regulacja stosunków między państwem a związkami wyznaniowymi w trybie art. 25 ust. 5 Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 7, s. 48 i n.

⁴⁸ Por. J. Szymanek, *Prawo wyznaniowe w praktyce III RP (zagadnienia wybrane)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 1, s. 105 i n.

dla systemu rozdziału reguła bilateralnego sposobu wypracowywania odpowiednich formuł, przyjmujących postać umowy bądź to (w odniesieniu do Kościoła katolickiego) międzynarodowej, bądź to (w przypadku innych związków konfesyjnych) krajowej, przekształcanej następnie w ustawę.

W efekcie zasada równouprawnienia, jako punkt wyjścia całości regulacji zawartej w art. 25 konstytucji, stanowi - zwłaszcza w powiązaniu z pozostałymi zasadami wyartykułowanymi w art. 25 - ekwiwalent systemu rozdziału, który w ten sposób został wyrażony w konstytucji co prawda tylko *implicite*, ale mimo to dość wyraźnie⁴⁹. Jednoznaczność systemu rozdziału potwierdza dobitnie katalog kolejnych zasad kształtujących stosunki państwo-kościelne, które z jednej strony właśnie konkretyzują system rozdziału, z drugiej zaś pełnią w sposób bardzo wyraźny rolę gwarancyjną w stosunku do zasady równouprawnienia⁵⁰. W ten sposób równouprawnienie, z woli ustawodawcy konstytucyjnego, stało się kluczową normą w określeniu instytucjonalnego sposobu odniesienia się państwa do problematyki konfesyjnej pełniąc na swój sposób rolę normy zarówno „otwierającej” cały szereg norm i wartości definiujących przyjęty sposób ułożenia relacji państwa do związków wyznaniowych, jak i normy w bardzo dużym stopniu zabezpieczonej właśnie poprzez wszystkie pozostałe normy konstytucyjnej charakterystyki stosunku państwa do związków wyznaniowych. Fakt takiej swoiście rozumianej binarnej natury zasady równouprawnienia (norma gwarantująca i gwarantowana zarazem) potwierdza najlepiej jej ustrojową doniosłość i to, że jej podstawowym i najważniejszym sensem jest pośrednie, przeprowadzone *tacite*, ustanowienie systemu rozdziału państwa i kościoła

CONSTITUTIONAL RULE OF THE EQUALITY OF CHURCHES AND OTHER CONFESSIONAL ASSOCIATIONS

The Constitution in art. 25 passage 1 proclaims the rule according to which “churches and other confessional associations are egalitarian”. This rule, taking into account the lack of an explicitly defined chapter, introduces the most important element of this system, i.e. the lack of focus on any church or other confessional associations. The *sine qua non* condition of separating the *sacrum* and *profanum* areas is the equality of religious organisations, which means that it is

⁴⁹ Por. K Complak, *Normy pierwszego rozdziału Konstytucji RP*, Wrocław 2007, s. 193 i nast.

⁵⁰ Por. S. Sagan, *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2001, s. 44,45.

not allowed to discriminate or favour some of them in comparison to others; that rule was probably the most relevant feature of the system of connection of the state and the church in every application version.

Therefore it should be assumed that the equality rule as the starting point of the whole regulation included in art. 25 of the Constitution constitutes - especially in comparison to other rules articulated in art. 25, i.e. impartiality, autonomy and independence of confessional associations, as well as bilateralism of regulating relation of the state and the church - the equivalent of the system of division, which was expressed in this way in the Constitution, admittedly only *implicite*, but nevertheless quite clearly. The unequivocality of the system of division is markedly confirmed by the catalogue of rules shaping relations between the state and the church, which on the one hand just determine the system of division, and on the other hand fulfil in this way a very distinct guarantee role in relation to the equality rule. Thus the equality, by the power of the constitutional legislator, became the key standard to specify the institutional way of relation of the state to the confessional issue, thus fulfilling the role of a standard both "opening" the whole group of standards and values defining the adopted way of arranging relations between the state and confessional associations (in art. 25 and 53 of the Constitution), and a standard to a large extent protected by all other standards of the constitutional characteristics of relation of the state towards confessional associations. The fact of such a specifically understood binary nature of the rule of equality (guaranteeing and guaranteed standard at the same time) best confirms its constitutional significance, as well as its basic and most important sense, which is an indirect, *tacite* undertaken settlement of the system of division between the state and the church.

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009
Warszawa 2009

Agnieszka Szpak ■

AMERYKAŃSKA PRAKTYKA *RENDITIONS* JAKO WSPÓŁCZESNY PRZYKŁAD WYMUSZONYCH ZAGINIĘĆ

Zjawisko wymuszonych zaginięć sięga czasów II wojny światowej, kiedy to A Hitler w zarządzeniu z dnia 7 grudnia 1941 r. (tzw. Dekret „Noc i mgła”) nakazał deportację z okupowanych terenów do Niemiec osób podejrzanych o opór przeciwko okupacji niemieckiej. W ramach tej akcji ok. 7000 osób, głównie Francuzów zostało skazanych na śmierć przed sądami specjalnymi bądź osadzonych w obozach koncentracyjnych. Wiele osób zostało potajemnie przetransportowanych do Niemiec, gdzie ślad po nich zaginął¹. Podobne metody były stosowane w państwach Ameryki Południowej przez reżimy wojskowe rządzące w latach 60-tych i 70-tych ubiegłego wieku (Gwatemala, Chile, Argentyna). Wtedy też po raz pierwszy został użyty termin wymuszone zaginięcie (*enforced disappearance*) będący tłumaczeniem z języka hiszpańskiego *desaparección forzada*². Wśród państw, w których miały miejsce wymuszone zaginięcia można wymienić *inter alia*: Algierię, Argentynę, Chile, Chiny, Cypr, Etiopię, Filipiny, Honduras, Indie, Indonezję, Iran, Irak, Jemen, Gwatemalę, Kolumbię, Kongo, Liban, Meksyk, Maroko, Nepal, Nikaraguę, Peru, Rosję (Czeczenia), Salwador, Stany Zjednoczone, Sudan, Sri Lankę, Timor-Leste czy Turcję.

¹ Zobacz: *Enforced Disappearances, Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, Council of Europe* (2005); raport dostępny na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc05/EDOC10679.htm>; punkt B (2) 11 (27.01.08).

² Ibidem, punkt B (2) 12.

We wszystkich państwach, w których miały miejsce wymuszone zaginięcia przebiegały one podobnie:

- Osoby porwane lub schwytane są poddawane nieoficjalnemu zatrzymaniu, torturom i często zabijane;
- Sprawcy są dobrze zorganizowani i dobrze uzbrojeni; są funkcjonariuszami państwowymi, członkami sił zbrojnych lub policji bądź osobami w cywilnym ubraniu podającymi się za członków sił bezpieczeństwa;
- Zaginięcia stanowią świadomą i zaplanowaną politykę rządu mającą na celu eliminację sił postrzeganych przez rząd jako destabilizujące lub zagrażające bezpieczeństwu publicznemu. Bardzo często zaginięcia są przeprowadzane z bezpośrednim udziałem funkcjonariuszy państwowych, członków sił bezpieczeństwa itp.;
- Nie ma możliwości bliższego określenia celów czyli ofiar; zaginieni pochodzą ze wszystkich warstw społecznych (terroryści, osoby podejrzane o terroryzm, najczęściej osoby podejrzane o udział w wywrotowych działaniach, przywódcy związków zawodowych, aktywiści). Niektóre osoby są porywane przypadkowo, gdyż znalazły się w niewłaściwym miejscu w niewłaściwym czasie.
- Informacje i dowody dotyczące wymuszonego zaginięcia są bardzo trudno dostępne, a w rezultacie rodziny zaginionych są poddawane dotkliwemu cierpieniu psychicznemu. Często z powodu obaw o własne bezpieczeństwo bądź ofiar-krewnych członkowie rodzin i przyjaciele boją się mówić publicznie o wymuszonym zaginięciu.

Prawo międzynarodowe praw człowieka

Wymuszone zaginięcia osób stanowią jedno z najpoważniejszych naruszeń praw człowieka, określanym jako „naruszenie ludzkiej godności” i „poważne i godne potępienia przestępstwo przeciwko przyrodzonej godności ludzkiej”.

³ M. R. Berman, R. S. Clark, *State Terrorism: Disappearances*, “Rutgers Law Journal” 1982, nr 3, ss. 532-533.

⁴ Art. 1 Deklaracji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami; deklaracja jest dostępna na stronie internetowej: [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/ARES.47.133.En?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/ARES.47.133.En?OpenDocument) (27.01.08).

⁵ Preambuła Międzyamerykańskiej konwencji dotyczącej wymuszonych zaginięć osób, ustęp 3. Konwencja jest dostępna na stronie internetowej: <http://www.oas.org/juridico/English/Treaties/a-60.html> (11.02.08).

Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych (ZONZ) wielokrotnie określało wymuszone zaginięcia jako „naruszenie ludzkiej godności i poważne i rażące naruszenie praw człowieka i fundamentalnych wolności [...] jak również zasad prawa międzynarodowego”⁶. Wymuszone zaginięcie nie jest „prostym” naruszeniem praw człowieka; narusza ono różne prawa człowieka, w tym wiele praw nie-derogowalnych⁷. Charakterystyczną cechą wymuszonego zaginięcia jest to, że jego ofiara zostaje pozbawiona ochrony prawa⁸; władze zaprzeczają jakoby znajdowała się ona pod ich kontrolą tym samym odmawiając takiej osobie wszelkich praw, w tym szczególnie prawa dostępu do sądu i sprawiedliwego procesu (*fair trial*).

Jak słusznie stwierdzają, M. R Berman i R. S. Clark, “jeśli władze odmówią uznania zatrzymania [...] nawet jeśli rodzina jest w stanie przedstawić wiarygodne dowody, że osoba została wzięta do niewoli, żadna pomoc nie może być zapewniona przez międzynarodowe organizacje humanitarne lub ciała pozarządowe, których przedstawiciele odwiedzają jeńców celem określenia stanu zatrzymanych. Ofiary zbrodni zaginięcia po prostu znikają i dlatego zaginięcie staje się skutecznym środkiem dla uniknięcia stosowania standardów prawnych gwarantujących prawa jednostki”⁹.

W dniu 20 grudnia 2006 r. Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych (ZONZ) przyjęło Konwencję o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami (*UN Convention for the protection of all persons from enforced disappearance*)¹⁰. Jednak również wcześniejsze traktaty międzynarodowe i instrumenty niewiążące poświęcone zostały problematyce wymuszonych zaginięć, np. statut Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK), który w art. 7 dotyczącym zbrodni przeciwko ludzkości w ust. 1 (i) określił wymuszone zaginięcia jako „zatrzymanie, aresztowanie lub porwanie ludzi przez lub za upoważnieniem, pomocą lub milczącą zgodą państwa lub organizacji politycznej, a następnie odmowę przyznania faktu tego pozbawienia wolności lub odmowę przekazania

⁶ M.in. zobacz: rez. 49/193 z 23 grudnia 1994 r.; rez. 51/94 z 12 grudnia 1996 r.; rez. 53/150 z 9 grudnia 1998 r. Rezolucje są dostępne na stronie internetowej:
<http://www.un.org/documents/resga.htm>

⁷ F. Andreu-Guzman, *Progress Towards a United Nations Treaty Against Enforced Disappearances*, “Yearbook of International Commission of Jurists” 2004, s. 325.

⁸ Paragraf 3 preambuły do Deklaracji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami.

⁹ M. R Berman, R S. Clark, *State Terrorism: Disappearances*, “Rutgers Law Journal” 1982, nr 3, s. 534

¹⁰ Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami jest dostępna na stronie internetowej:

http://untreaty.un.org/English/notpubl/IV_16_english.pdf (11.02.08).

informacji dotyczących losu i miejsca pobytu tych ludzi, z zamiarem pozbawienia ich ochrony prawnej przez dłuższy okres czasu”¹¹. Także wcześniejsza Deklaracja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami (rez. ZO 47/ 133) z dnia 18 grudnia 1992 r. została w całości poświęcona temu problemowi¹²; w preambule definiowała ona wymuszone zaginięcia „w tym znaczeniu, że osoby są aresztowane, zatrzymywane lub porywane wbrew ich woli lub w inny sposób pozbawiane wolności przez funkcjonariuszy różnych gałęzi lub poziomów w rządzie lub przez zorganizowane grupy lub prywatne osoby działające w imieniu lub ze wsparciem, bezpośrednim lub pośrednim, za zgodą lub milczącym przyzwoleniem rządu i późniejszą odmowę ujawnienia informacji na temat losu takich osób lub odmowę uznania pozbawienia wolności, co pozbawia takie osoby ochrony prawnej”. Deklaracja stwierdzała także, że takie czyny stanowią naruszenie ludzkiej godności oraz ciężkie pogwałcenie fundamentalnych praw człowieka takich jak *inter alia*: prawo każdej osoby do uznawania jej podmiotowości prawnej, prawo do wolności i bezpieczeństwa osoby, wolność od tortur i innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania i karanie oraz prawo do życia (art. 1)¹³. Pierwszym prawnie wiążącym źródłem w tym zakresie była Międzynarodowa konwencja o wymuszonych zaginięciach osób z 1994 r.¹⁴ Konwencja międzyamerykańska potwierdza, że systematyczna praktyka wymuszonych zaginięć „stanowi zbrodnię przeciwko ludzkości”¹⁵.

Zbrodnia wymuszonego zaginięcia została zdefiniowana w ONZ-owskiej Konwencji z 2006 r. jako: areszt, zatrzymanie, porwanie lub pozbawienie wolności osoby przez funkcjonariuszy państwowych lub przez osoby bądź grupy osób działające z upoważnienia, ze wsparciem lub za przyzwoleniem państwa oraz późniejsza odmowa uznania pozbawienia wolności lub zatajenie losu zaginionej osoby, co pozbawia taką osobę ochrony prawa. Państwa-strony powinny również

¹¹ Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupełnienie i redakcja M. Gaska, E. Mikos-Skuz), Warszawa 2003, s. 538 i n.

¹² Na temat prac na Deklarację i jej przyjęcia zobacz: R. Brody, *Commentary on the Draft UN „Declaration on the Protection of All Persons from Enforced or Involuntary Disappearances”*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” 1990, nr 4.

¹³ Deklaracja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami. Na temat Deklaracji zobacz również: R. Brody, F. Gonzalez, *Nunca Mas: An analysis of International Instruments on „Disappearances”*, „Human Rights Quarterly” 1997, nr 19.

¹⁴ Międzynarodowa konwencja o wymuszonych zaginięciach osób.

¹⁵ Tak: preambuła (*reaffirming that the systematic practice of the forced disappearance of persons constitutes a crime against humanity*).

¹⁶ Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami, art. 2. Zobacz Uwagi ogólne Grupy roboczej ds. Wymuszonych Zaginięć: *Press Release. Working*

przedsięwziąć odpowiednie kroki celem zbadania aktów wymuszonych zaginięć popełnionych przez osoby lub grupy osób działające bez upoważnienia, wsparcia czy przyzwolenia państwa i ukarania winnych¹⁷. Novum w niniejszej Konwencji stanowi wyraźny zakaz wymuszonych zaginięć jako odrębna zbrodnia prawa międzynarodowego¹⁸; wcześniej wymuszone zaginięcie łączono z innymi prawami i tak stanowiły one naruszenie wspomnianych wyżej w Deklaracji praw, lecz należy podkreślić, że zbrodnia ta nie stanowi tylko sumy naruszeń tych innych wymienionych praw człowieka. To odrębna kategoria zbrodni stanowiąca odmowę istnienia osoby pozbawionej wolności, a dla jej rodziny odmowę dostępu do jakiejkolwiek informacji na temat jej losu. Nowo przyjęta Konwencja wyraźnie uznaje wymuszone zaginięcie za zbrodnię samą w sobie. Na drugim biegunie będzie się w związku z tym znajdowała wolność od wymuszonego zaginięcia jako jedno z fundamentalnych praw człowieka. Żadne wyjątkowe okoliczności takie jak stan wojny, zagrożenie wojną, wewnętrzna niestabilność polityczna lub inny stan zagrożenia publicznego nie mogą zostać powołane jako uzasadnienie dla wymuszonych zaginięć (art. 1 ust. 2).

Zakaz wymuszonych zaginięć ma cztery aspekty ściśle ze sobą związane i stanowiące konieczne elementy efektywnego wprowadzenia zakazu w życie, a mianowicie:

- eliminacja bezkarności
- prewencja
- prawa ofiar wymuszonego zaginięcia
- zapewnienie przestrzegania Konwencji w praktyce (mechanizm kontrolny).

Konwencja nakłada na państwa-strony obowiązek osądzenia i ukarania nie tylko sprawców wymuszonych zaginięć, lecz również osób, które dały rozkaz ich popełnienia, namawiały, zachęcały, usiłowały je popełnić lub były pomocnikami bądź brały udział w ich popełnieniu. Odpowiedzialności karnej podlega również przełożony, który 1.) wiedział lub świadomie zlekceważył informacje, które wyraźnie wskazywały, że podwładni pod jego efektywną kontrolą popełnili lub mieli popełnić zbrodnię wymuszonego zaginięcia; 2.) sprawował efektywną kontrolę i odpowiedzialność nad działaniami, które dotyczyły wymuszonych zaginięć oraz 3.) nie przedsięwziął wszystkich koniecznych i rozsądnych kroków będących

Group on Enforced or Involuntary Disappearances Adopts General Comment on the Definition of Enforced Disappearances, 20 March 2007; dostępne na stronie internetowej: <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/B9661660AB105C52C12572A400466F2E?ope ndocument> (30.01.08).

¹⁷ Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami, art. 3.

¹⁸ Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami, art. 4.

w jego mocy celem zapobieżenia lub zaprzestania popełnienia wymuszonych zaginięć lub nie przedstawił sprawy kompetentnym władzom do zbadania i osądzenia¹⁹. Nie można powołać się na rozkaz władzy państwowej cywilnej bądź wojskowej jako na okoliczność wyłączającą odpowiedzialność²⁰. Obowiązek karania rozciąga się nie tylko terytorium danego państwa, ale również inne obszary, które znajdują się pod jurysdykcją tego państwa, a na których to popełniono zbrodnię wymuszonego zaginięcia²¹. Obowiązek ten przybiera typową w przypadku zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych postać *aut dedere aut iudicare* czyli państwo może daną osobę ekstradować albo samo osądzić²². Jurysdykcja danego państwa-strony wchodzi w grę także w sytuacji, gdy sprawca zbrodni jest jego obywatelem lub ofiara posiada jego obywatelstwo, jeśli państwo obywatelstwa uzna osądzenie takiej osoby za odpowiednie²³. Art. 11 stanowi, że państwo-strona, na którego terytorium lub pod którego jurysdykcją znajduje się osoba podejrzana o popełnienie wymuszonego zaginięcia, ma obowiązek taką osobę osądzić bądź ekstradować ją do innego państwa bądź wreszcie wydać ją międzynarodowemu trybunałowi karnemu, którego jurysdykcję to państwo uznaje. Każda osoba oskarżona będzie korzystać z prawa do słusznego procesu (*fair trial*) przed właściwym, niezależnym i bezstronnym sądem na wszystkich etapach postępowania. Celem jest zapewnienie sprawiedliwości, tak aby żadna osoba winna popełnienia zbrodni nie pozostała bezkarna. Samo ujawnienie prawdy nie wystarczy; służy ono przede wszystkim ofiarom wymuszonych zaginięć, w tym członkom rodzin osób zaginionych, lecz dla zapewnienia sprawiedliwości i pojednania konieczne jest ukaranie sprawców. Poprzez bezkarność sprawców zaprzecza się faktom; nie następuje publiczne lub oficjalne potwierdzenie tego co się wydarzyło, nie zostaje udzielona satysfakcja ani gwarancje niepowtarzalności. W takiej sytuacji poczucie sprawiedliwości zostaje naruszone²⁴.

Aby ustalić odpowiedzialność za łamanie praw człowieka poprzez stosowanie wymuszonych zaginięć należy przeprowadzić śledztwo w tym zakresie. Mogą temu służyć przede wszystkim dwa rodzaje mechanizmów: komisje prawdy (narodowe i międzynarodowe) bądź trybunały (podobnie narodowe lub

¹⁹ Art. 6 ust. 1.

²⁰ Art. 6 ust. 2.

²¹ Art. 9 ust. 1 (a).

²³ Art. 9 ust. 1 (b) i (c).

²⁴ M. Blaauw, V. Lahteenmaki, 'Denial and silence' or 'acknowledgment and disclosure', „International Review of the Red Cross” 2002, nr 848, s. 781.

międzynarodowe)²⁵. Udział Narodów Zjednoczonych w tego typu działaniach ma ogromne znaczenie, gdyż wiele problemów natury politycznej, finansowej i logistycznej zostaje rozwiązanych lub znacznie ograniczonych. Tak stało się w przypadku Komisji Prawdy w Salwadorze i Gwatemali, międzynarodowych trybunałów karnych w b. Jugosławii i Rwandzie oraz Misji NZ w Timorze Wschodnim²⁶. Zaleca się, aby w tego typu działania włączać członków rodzin osób zaginionych²⁷.

W przypadku ekstradycji wymuszone zaginięcie nie będzie uważane za przestępstwo polityczne, a więc nie będzie można odmówić ekstradycji na tej podstawie. Ponadto zbrodnia wymuszonego zaginięcia będzie uważana za zbrodnię, której sprawca podlega ekstradycji, a jeżeli państwo strona uzależnia ekstradycję od istnienia podstawy traktatowej niniejsza Konwencja będzie ją stanowić. Państwa-strony Konwencji włączą również wymuszone zaginięcie do umów o ekstradycję zawartych przed wejściem w życie omawianej Konwencji²⁸. Państwa-strony Konwencji powinny współpracować i udzielać sobie wszelkiej potrzebnej pomocy w sprawach karnych dotyczących wymuszonych zaginięć zgodnie z prawem krajowym lub wiążącymi je umowami międzynarodowymi²⁹. Współpraca powinna obejmować także pomoc ofiarom wymuszonych zaginięć, poszukiwanie i uwalnianie osób zaginionych, a w przypadku śmierci ekshumację i identyfikację takich osób oraz zwrot ich ciał³⁰.

Jeżeli chodzi o prewencję to Konwencja zawiera pewną ilość gwarancji mających na celu zapobieżenie wymuszonemu zniknięciu. Przede wszystkim osoby

²⁵ L. Fondebrider, *Reflections on the scientific documentation of human rights violations*, "International Review of the Red Cross" 2002, nr 848, s. 886.

²⁶ Ibidem s. 887.

²⁷ Ibidem, ss. 887, 889 i 890.

²⁸ Art. 13.

²⁹ Art. 14.

³⁰ Art. 15. Wśród metod identyfikacji wymienia się badanie wizualne oparte na antropometrycznej charakterystyce takiej jak wiek, płeć, wzrost i cechy charakterystyczne; zastosowanie radiologicznych metod; identyfikacja na podstawie użębienia lub na podstawie kodu DNA. Niestety wiele z tych metod jest bardzo specjalistycznych, wymagających wykwalifikowanego personelu i odpowiedniego sprzętu, a co za tym idzie bardzo kosztownych. To stawia na porządku dziennym pytanie o zdolność krajów rozwijających się poradzenia sobie z problemem wymuszonych zaginięć będących wynikiem konfliktu wewnętrznego lub wewnętrznych napięć. Zobacz: A. K. Olumbe, A. K. Yakub, *Management, exhumation and identification of human remains: A viewpoint of the developing world*, "International Review of the Red Cross" 2002, nr 848, s. 895. Na temat zastosowania w praktyce metod medycyny sądowej (*forensic medicine*) przy ekshumacji zwłok zobacz: E. Stover, R. Shigekane, *The missing in the aftermath of war: When do the needs of victims' families and international war crimes tribunals clash?*, "International Review of the Red Cross" 2002, nr 848; S. Corder, H. McKelvie, *Developing standards in international forensic work to identify missing persons*, "International Review of the Red Cross" 2002, nr 848.

pozbawione wolności muszą być przetrzymywane w oficjalnym miejscu zatrzymania; one same podlegają rejestracji, jak również każda czynność wobec nich podejmowana (rejestr taki musi być stale aktualizowany). Co niemniej istotne, każda osoba pozbawiona wolności musi mieć zapewnione prawo do kontaktu ze światem zewnętrznym, zwłaszcza z rodziną i prawnikiem, a w przypadku cudzoziemca z przedstawicielem konsularnym; korelatem tego jest prawo członków rodziny i prawnika do uzyskiwania informacji na temat losu osoby pozbawionej wolności³¹. Ponadto Konwencja z 2006 r. stanowi, że nie można wydalać, wydawać (*surrender*) ani ekstradować osoby do państwa, w którym takiej osobie może grozić wymuszone zaginięcie³². Przepis art. 23 nakłada na państwa-strony obowiązek szkolenia personelu służb egzekwowania prawa, personelu medycznego, funkcjonariuszy państwowych i innych osób, które mogą mieć do czynienia z opieką lub traktowaniem osób pozbawionych wolności. Celem szkolenia jest zapobieganie udziałowi takich osób w procederze wymuszonych zaginięć oraz podkreślenie wagi prewencji i dochodzeń w zakresie wymuszonych zaginięć. Wyraźny walor prewencyjny ma niewątpliwie samo szkolenie tego typu. Dalsza część przepisu stanowi, że każde państwo-strona powinno również zapewnić, że wydawanie rozkazów czy instrukcji nakazujących bądź upoważniających do popełnienia wymuszonych zaginięć będzie zakazane. Osoba, która odmówi wykonania takiego rozkazu nie może zostać ukarana.

W zakresie praw ofiar wymuszonych zaginięć przedstawiana Konwencja po raz pierwszy pojęciem ofiary obejmuje nie tylko osoby bezpośrednio dotknięte, a więc osoby poddane przymusowemu zaginięciu, lecz także każdą osobę, która w rezultacie wymuszonego zaginięcia doznała bezpośredniej szkody³³, a więc przede wszystkim członków ich rodzin; stanowi to uznanie prawa rodzin do poznania losu ich krewnych oraz do zadośćuczynienia za naruszenie ich praw. Każda ofiara ma prawo poznać prawdę na temat okoliczności wymuszonego zaginięcia, postępu i rezultatów śledztwa oraz losu zaginionej osoby. Państwa-strony zobowiązały się poszukiwać i uwalniać zaginione osoby, a w przypadku śmierci takich osób szanować ich ciała i zwrócić je do kraju pochodzenia. Ust. 4 art. 24 nakłada na państwa obowiązek zapewniania ofiarom wymuszonych zaginięć zadośćuczynienia i szybkiego, słusznego i odpowiedniego odszkodowania. Powinno ono pokrywać materialne jak i moralne szkody; może przyjmować formę

³¹ Art.: 17 i 18. Przepisy te szczegółowo określają rodzaje informacji, które muszą zostać umieszczone w rejestrze oraz dostęp, do których musi zostać zapewniony zainteresowanym osobom.

³² Art. 16 Konwencji.

³⁰ Art. 24 ust. 1.

restytucji, rehabilitacji, satysfakcji i gwarancji niepowtarzania w przyszłości. Państwa powinny także zagwarantować prawo do swobodnego tworzenia i uczestniczenia w organizacjach i stowarzyszeniach próbujących ustalić okoliczności wymuszonego zaginięcia i los zaginionych osób oraz pomagających ofiarom wymuszonych zaginięć (art. 24 ust. 7).

Prawo członków rodziny do poznania losu zaginionych krewnych jest niezwykle ważne. Ludzie pozbawieni możliwości przeprowadzenia właściwego pochówku nie mają tym samym możliwości opłakiwania bliskich. To może doprowadzić do różnych problemów natury psychologicznej; ciągły brak wiary w śmierć bliskiej osoby uniemożliwia rozpoczęcie normalnego procesu żałoby, a w dalszej kolejności prowadzenie normalnego dalszego życia. Badania dowodzą, że członkowie rodzin osób zaginionych są bardziej niespokojni niż osoby, których krewni nie żyją. Cierpią one także na posttraumatyczne zaburzenia; mogą cierpieć na bezsenność, nieprzewidywalne okresy złości, niepokoju, poczucie winy (jako osoba, która uniknęła śmierci) lub izolowanie się od innych ludzi³⁴.

Konwencja zawiera również przepisy dotyczące prewencji w zakresie wymuszonych zaginięć dzieci. Dzieci stają się ofiarami na skutek wymuszonego zaginięcia rodzica/ów; bezpośredniego zaginięcia, kiedy to same zostają porwane i oddane rodzinie zastępczej (bardzo często powiązanej ze sprawcą wymuszonego zaginięcia) oraz na skutek urodzenia się podczas niewoli matki (następnie podobnie takie dziecko trafia do rodziny zastępczej). Każde państwo-strona będzie zapobiegać oraz karać bezprawne zabieranie dzieci-ofiar wymuszonych zaginięć; dzieci, których ojciec, matka lub inny opiekun prawny jest poddany wymuszonemu zaginięciu lub dzieci urodzonych w czasie niewoli matki będącej ofiarą wymuszonego zaginięcia. Karze podlegać będzie także fałszowanie, ukrywanie lub niszczenie dokumentów poświadczających prawdziwą tożsamość dzieci określonych powyżej. Każde państwo powinno podjąć wszelkie środki celem szukania i zidentyfikowania takich dzieci oraz zwrócenia ich do rodzin ich pochodzenia. W tym kontekście istotne jest dokładne weryfikowanie wszelkich przypadków adopcji w tych państwach, w których istnieje system adopcji, aby zapobiegać lub unieważniać adopcję dzieci będących ofiarami wymuszonych zaginięć³⁵.

Jeżeli chodzi o mechanizm implementacyjny to Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami powołała do życia Komitet ds. Wymuszonych Zaginięć złożony z dziesięciu niezależnych ekspertów wybieranych przez państwa-strony na podstawie zasady równego podziału geograficznego.

³⁴ M. Blaauw, V. Lahteenmaki, op.cit., s. 771.

³⁵ Art. 25.

Kadencja wynosi cztery lata z możliwością reelekcji, lecz tylko raz³⁶. Zadaniem Komitetu będzie monitorowanie przestrzegania postanowień Konwencji. Komitet będzie badał przedkładane mu przez strony sprawozdania, skargi międzypaństwowe (fakultatywne), a także co bardzo ważne skargi indywidualne (fakultatywne)³⁷. Kompetencja Komitetu będzie obejmować przypadki wymuszonych zaginięć, które rozpoczęły się po jej wejściu w życie (i odpowiednio po jej wejściu w życie w stosunku do każdego państwa, które przystąpi do Konwencji po jej ogólnym wejściu w życie)³⁸.

Państwo-strona Konwencji może przy ratyfikacji lub w każdym późniejszym czasie zadeklarować, że uznaje kompetencję Komitetu do rozpatrywania skarg indywidualnych (na razie deklarację taką złożyła Albania, Argentyna, Franca, Urugwaj³⁹). Skarga musi spełniać następujące warunki:

- musi dotyczyć naruszeń postanowień omawianej Konwencji;
- nie może być anonimowa;
- nie może stanowić nadużycia prawa do przedłożenia skargi lub nie może być sprzeczna z postanowieniami Konwencji;
- nie może być już przedmiotem innego międzynarodowego postępowania;
- wszystkie wewnętrzne środki odwoławcze muszą zostać wyczerpane; nie dotyczy to środków, których zastosowanie jest bezzasadnie wydłużone (*unreasonably prolonged*); jest to tzw zasada *exhaustion of local remedies rule*⁴⁰.

Jeżeli Komitet uzna, że skarga spełnia warunki przekaże ją do zainteresowanego państwa z prośbą o wyjaśnienie w ciągu określonego czasu. Następnie Komitet poinformuje autora skargi o odpowiedzi rządu państwa oskarżonego. Kiedy Komitet zdecyduje się zakończyć postępowanie zakomunikuje swoje wnioski zarówno autorowi skargi, jak i państwu zainteresowanemu⁴¹.

O skargach państwowych z kolei stanowi art. 32. Zgodnie z nim państwo- strona Konwencji może w każdym czasie oświadczyć, że uznaje kompetencję Komitetu do otrzymywania i rozpatrywania skarg, w których jedno państwo twierdzi, że inne państwo strona Konwencji nie wypełnia zobowiązań wynikających z tej Konwencji (na razie taką deklarację złożyła Albania, Argentyna, Franca, Urugwaj).

³⁶ Art. 26.

³⁷ Art.: 29, 31 i 32.

³⁸ Art. 35.

³⁹ Zobacz: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV16&chapter=4&lang=en

⁴⁰ Art. 31, ust. 2.

⁴¹ Art. 31, ust. 3 i 4.

⁴² Zobacz: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV16&chapter=4&lang=en

Ponadto Komitet może składać wizyty w państwie, co do którego otrzymał wiarygodne informacje, że to państwo poważnie narusza postanowienia Konwencji. W takim przypadku po konsultacjach z zainteresowanym państwem Komitet składa taką wizytę i sporządza z niej raport. Państwo-strona jest o wizycie uprzedzane i powinno odpowiedzieć na prośbę w rozsądnym czasie. Po odbyciu wizyty Komitet przekazuje zainteresowanemu państwu swoje wnioski i zalecenia⁴³. Stosownie do art. 34 Komitet może - w sytuacjach naglących z humanitarnego punktu widzenia - podejmować śledztwa w terenie (*field inquiries*) i zwracać uwagę Zgromadzenia Ogólnego NZ na praktykę systematycznych i rozległych wymuszonych zaginięć.

Istotny przepis zawiera art. 28, zgodnie z którym Komitet powinien współpracować ze wszystkimi organami, biurami i wyspecjalizowanymi organizacjami i funduszami NZ, organami traktatowymi powołanymi na mocy poszczególnych traktatów międzynarodowych oraz z odpowiednimi organizacjami pozarządowymi i instytucjami państwowymi, które zajmują się ochroną osób przed wymuszonymi zaginięciami.

Komitet będzie składał państwom-stronom Konwencji i Zgromadzeniu Ogólnemu NZ raz na rok sprawozdanie ze swoich działań⁴⁴. W części III Konwencji zawarto przepisy końcowe i formalne. Konwencja stanowi, że żadne z jej postanowień nie stoi na przeszkodzie przyjmowaniu rozwiązań bardziej korzystnych lub dalej idących w przedmiocie ochrony osób przed wymuszonymi zaginięciami, a które mogą być zawarte w prawie krajowym państwa-strony lub w wiążącym dla niej prawie międzynarodowym⁴⁵. Tak więc Konwencja stanowi minimum, poniżej którego zejść nie można. W art. 39 uregulowano wejście Konwencji w życie. Konwencja wchodzi w życie trzydziestego dnia po dacie złożenia u Sekretarza Generalnego NZ (jako depozytariusza) dwudziestego dokumentu ratyfikacji lub przystąpienia. Dla każdego państwa ratyfikującego lub przystępującego do Konwencji po tej dacie wejdzie ona w życie trzydziestego dnia po dacie złożenia przez to państwo dokumentu ratyfikacji lub przystąpienia. Konwencja jeszcze nie weszła w życie. Ratyfikowało ją osiem państw, natomiast podpisało 81. Państwa, które Konwencję ratyfikowały to: Albania, Argentyna, Boliwia, Kuba, Francja, Honduras, Meksyk i Senegal. Wśród państw-sygnatariuszy nie ma ani Polski ani Stanów Zjednoczonych⁴⁶. Odnosnie Polski wśród umów wyliczonych

⁴³ Art. 33.

⁴⁴ Art. 36 ust. 1.

⁴⁵ Art. 37.

⁴⁶ Zobacz *UN Treaty Collection*:

<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=3&chapter=4&lang=en> (24.02.09).

na stronie internetowej Ministerstwa Spraw Zagranicznych, którymi Polska zamierza się związać nie ma wymienionej omawianej Konwencji⁴⁷. Z kolei istotne w tym przypadku Stany Zjednoczone stroną Konwencji nie są. Izba Reprezentantów amerykańskiego Kongresu przyjęła w dniu 1 maja 2008 r. rezolucję, w której stwierdziła, że Senat powinien wyrazić swoją zgodę na ratyfikację Konwencji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami⁴⁸. Pozostaje mieć nadzieję, że Stany Zjednoczone staną się wkrótce stroną Konwencji i będą przestrzegać jej postanowień w praktyce. Jest to szczególnie istotne w kontekście praktyki *renditions* analizowanej poniżej.

Art. 42 zawiera klauzulę pokojowego regulowania sporów międzynarodowych. Każdy spor między stronami dotyczący stosowania lub interpretacji Konwencji powinien zostać w pierwszej kolejności rozwiązany na drodze rokowań; jeśli ta droga zawiedzie spór na żądanie jednej ze stron należy przekazać do arbitrażu. Jeśli w ciągu sześciu miesięcy od wyrażenia takiego żądania czy też prośby strony sporu nie osiągną porozumienia w zakresie organizacji arbitrażu każda z nich może przekazać sprawę do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (stosownie do jego statutu). Państwa-strony Konwencji mogą jednak w momencie ratyfikacji czy przystąpienia oświadczyć, że nie będą związane tym postanowieniem. W takiej sytuacji inne państwa-strony nie będą związane tym przepisem w stosunku do tegoż państwa. Konwencja reguluje także swój stosunek do międzynarodowego prawa humanitarnego, a mianowicie stanowi ona, że jej postanowienia w niczym nie naruszają przepisów prawa humanitarnego wynikających z czterech Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. i Protokołów dodatkowych do nich z 8 czerwca 1977 r. ani nie ustawiają upoważnienia MKCK do wizytowania miejsc uwięzienia osób w sytuacjach nie podlegających prawu humanitarnemu.

Międzynarodowe prawo humanitarne

Dla pełnego obrazu zjawiska wymuszonych zaginięć warto wspomnieć w kilku słowach o regulacji tegoż zjawiska w międzynarodowym prawie humanitarnym. W międzynarodowych konfliktach zbrojnych przez wieki nie interesowano się

⁴⁷ Zobacz strona internetowa MSZ: <http://www.msz.gov.pl/> Internetowa Baza, Traktatowa, 8522.html (25.02.09).

⁴⁸ Rezolucja Izby Reprezentantów jest dostępna na stronie internetowej: http://www.icaed.org/fileadmin/user_upload/Expressing_the_sense_of_the_House_of_Representatives_that_the_United_States_should_become_an_international_human_rightsleader_by_ratifying_and_implementing_certain_core_international.doc (25.02.09).

⁴⁹ Art.43.

losem zaginionych żołnierzy, gdyż traktowano ich jak „mięso armatnie”. Paradoksalnie to w konflikcie wewnętrznym jakim była wojna domowa w Stanach Zjednoczonych w latach 1861-1865 podłożono podwaliny pod późniejszą identyfikację zabitych lub zaginionych osób. Każdy żołnierz otrzymywał oznakę tożsamości (*identity disc*), na której podawano imię, nazwisko i jednostkę, do której żołnierz należał. Po I wojnie światowej, na Międzynarodowej Konferencji Czerwonego Krzyża w 1925 r. wydawanie takich oznak ujednolicono i wprowadzono odpowiednie standardy. Były to pierwsze kroki mające na celu redukcję liczby żołnierzy „zaginionych w akcji” (*missing in action*)⁵⁰. Tysiące zaginionych w trakcie II wojny światowej osób cywilnych, kobiet, dzieci i starszych osób zwróciły uwagę na fakt, że problem zaginionych osób cywilnych jest znacznie poważniejszy niż problem żołnierzy „zaginionych w akcji”⁵¹.

W międzynarodowym prawie humanitarnym mającym zastosowanie w międzynarodowych konfliktach zbrojnych nie występuje termin „wymuszone zaginięcie”, jednak znaleźć można przepisy mające na celu odnalezienie czy identyfikację rannych, chorych i zabitych. Stosownie do art. 15 i 16 I Konwencji genewskiej o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych z 12 sierpnia 1949 r., strony konfliktu są zobowiązane szukać i zbierać rannych i chorych oraz wyszukać zabitych. Ponadto strony w konflikcie będą jak najszybciej rejestrować wszystkie dane mogące pomóc w ustaleniu tożsamości rannych, chorych i zmarłych strony przeciwnej. Informacje takie powinny zostać przesłane do krajowego Biura informacji powołanego na podstawie art. 122 III Konwencji genewskiej o traktowaniu jeńców wojennych. Następnie Biuro przesyła te informacje do Centralnego Biura Informacji o jeńcach wojennych i do Mocarstwa opiekuńczego, które z kolei przekaze je Mocarstwu, któremu te osoby podlegają⁵². Analogiczne obowiązki zawierają art. 17 i 18 II Konwencji genewskiej o poprawie losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu⁵³. III Konwencja genewska w art. 70 stanowi, że każdy jeńiec wojenny od chwili dostania się do niewoli lub najpóźniej po upływie tygodnia od przybycia do obozu, nawet jeżeli chodzi o obóz przejściowy, a także w razie choroby lub przewiezienia do lazaretu lub innego obozu, powinien mieć możliwość wysłania - z jednej strony bezpośrednio do rodziny,

⁵⁰ S. Martin, *The missing*, „International Review of the Red Cross” 2002, nr 848, s. 723.

⁵¹ Ibidem, s. 724.

⁵² Tekst I Konwencji genewskiej w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, ss. 241-256. Na temat Mocarstw opiekuńczych zobacz: A. Szpak, *Implementacja międzynarodowego prawa humanitarne na tle aktualnych naruszeń tego prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny, Socjologiczny” 2006, nr 4, s. 60-63.

⁵³ Tekst II Konwencji genewskiej w: ibidem, s. 256-268.

a z drugiej - do Centralnego Biura Informacji o jeńcach wojennych karty sporządzonej w miarę możliwości według wzoru załączonego do Konwencji (Załącznik IV B). Karty te powiadamiają o dostaniu się do niewoli, adresie i stanie zdrowia, i powinny być przesłane możliwie bezzwłocznie i w żadnym wypadku nie będą przetrzymywane. Zgodnie z następnym przepisem - art. 71, jeńcy wojenni będą mogli wysyłać i otrzymywać listy i karty pocztowe. Jeżeli Mocarstwo zatrzymujące uzna za konieczne ograniczenie tej korespondencji, to powinno zezwolić co najmniej na wysyłanie w okresie miesięcznym 2 listów i 4 kart, sporządzonych w miarę możliwości według wzorów, załączonych do Konwencji (nie włączając w to kart przewidzianych w art. 70). Inne ograniczenia będą mogły być wprowadzone tylko wtedy, gdy Mocarstwo opiekuńcze (a nie Mocarstwo zatrzymujące) ma wszelkie powody do przypuszczania, że leżą one w interesie samych jeńców ze względu na trudności jakie ma Mocarstwo zatrzymujące w zaangażowaniu dostatecznej ilości wykwalifikowanych tłumaczy dla dokonywania niezbędnej cenzury. Decyzja o ograniczeniu korespondencji nadsyłanej do jeńców może być powzięta tylko przez Mocarstwo, do którego ci jeńcy należą, ewentualnie na prośbę Mocarstwa zatrzymującego.

Istotne przepisy zawiera także art. 120 ust. 2 III Konwencji genewskiej, zgodnie z którym świadectwa zgonu wszystkich jeńców wojennych zmarłych w niewoli lub wykazy poświadczone na zgodność przez odpowiedzialnego oficera będą przesłane w najkrótszym terminie do krajowego Biura Informacji o jeńcach wojennych. Świadectwa i wykazy powinny zawierać dane dotyczące tożsamości (wymienionych w art. 17), jak również datę i miejsce zgonu, przyczynę zgonu, miejsce i datę pochowania oraz wszelkie informacje konieczne dla rozpoznania grobów⁵⁴. Z chwilą wybuchu konfliktu i we wszystkich przypadkach okupacji, każda ze stron w konflikcie utworzy oficjalne Biuro Informacji o jeńcach wojennych. W możliwie najkrótszym terminie każda ze stron Konwencji udzieli swemu Biuru koniecznych danych dotyczących jeńców wojennych, którzy znaleźli się w jej władzy. Biuro powinno bezzwłocznie przekazać takie informacje za pomocą najszybszych środków zainteresowanemu Mocarstwu za pośrednictwem Mocarstwa opiekuńczego lub Centralnego Biura o jeńcach wojennych przewidzianego w art. 123. Informacje dotyczące stanu zdrowia jeńców wojennych chorych lub ciężko rannych powinny być przekazywane regularnie, w miarę możliwości co tydzień⁵⁵. Wspomniany art. 123 przewiduje utworzenie Centralnego Biura Informacji o jeńcach wojennych, którego zadaniem będzie skoncentrowanie wszelkich

⁵⁴ Tekst III Konwencji genewskiej w: *ibidem*, s. 268-313.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Art. 122 III Konwencji genewskiej.

informacji dotyczących jeńców wojennych, jakie będzie mogło zdobyć drogą oficjalną lub prywatną; następnie będzie je ono przekazywać jak najszybciej krajowi pochodzenia jeńców lub Mocarstwu, do którego oni należą.

Wreszcie IV Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny zawiera kilka gwarancji wyjaśnienia losu osób cywilnych - ofiar wojny Art. 25 stanowi, że każda osoba znajdująca się we władzy strony w konflikcie będzie mogła przysyłać członkom swej rodziny wiadomości o charakterze ściśle rodzinnym i będzie mogła otrzymywać tego rodzaju wiadomości. Rolą Centralnego Biura Informacji może być ułatwienie przekazywania takich wiadomości w sytuacji, gdy jest ono utrudnione lub uniemożliwione (rolę tę w praktyce spełnia Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża). Przepis wyraźnie wspomina o roli krajowych stowarzyszeń Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężyca⁵⁷. Podobnie jak jeńcy wojenni, internowane osoby cywilne mają prawo wysyłania bezpośrednio do rodziny oraz do Centralnego Biura Informacji o osobach podlegających ochronie z art. 140 zawiadomienia o internowaniu. Art. 107 w połączeniu z art. 112 ustanawia prawo internowanych osób cywilnych do korespondencji, ograniczone prawem Mocarstwa zatrzymującego do cenzurowania listów i kart pocztowych. Analogicznie do III Konwencji genewskiej, świadectwa zgonu wszystkich internowanych osób cywilnych będą należycie sporządzane i rejestrowane, a następnie przesyłane w najkrótszym terminie do krajowego Biura Informacji⁵⁹. Powołanie owego Biura przewiduje art. 140 Konwencji. Stosownie do tego przepisu, zadaniem Biura będzie zbieranie wszelkich wiadomości o charakterze rodzinnym i przekazywanie ich do kraju pochodzenia lub zamieszkania osób zainteresowanych, z wyjątkiem przypadków, gdy mogłoby to zaszkodzić osobom, których dotyczą te informacje lub członkom ich rodzin. Również każde państwo strona w konflikcie utworzy krajowe Biuro Informacji, które będzie przyjmowało i przekazywało wiadomości o osobach podlegających ochronie (art. 136).

Podobne zobowiązania zawarte są w I Protokole dodatkowym do Konwencji genewskich z 1977 r. (art. 32 i 33). Istotne jest to, że Protokół I poszerzył pojęcie międzynarodowego konfliktu zbrojnego o konflikty, w których ludy walczą przeciwko dominacji kolonialnej, obcej okupacji i rasistowskim reżimom w wykonaniu prawa do samostanowienia⁶⁰, a tym samym zagwarantował ochronę przed

⁵⁷ Tekst IV Konwencji genewskiej w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, s. 313-351.

⁵⁸ Art. 106 IV Konwencji genewskiej.

⁵⁹ Art. 129 IV Konwencji genewskiej.

⁶⁰ Art. 1 ust. 4 Protokołu dodatkowego 1 Tekst I Protokołu dodatkowego z 1977 r. do Konwencji genewskich z 1949 r. w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, s. 361-403.

zaginięciami kolejnym kategoriom walczących. W przepisach art. 32 i 33 podkreślone jest prawo rodzin do poznania losu krewnych. Tak szybko jak tylko warunki konfliktu zbrojnego pozwolą osoby uznane za zaginione powinny być poszukiwane przez strony w konflikcie. W tym celu strony powinny przekazywać sobie wszelkie potrzebne informacje. Dla ułatwienia zebrania takich informacji każda strona konfliktu powinna rejestrować wszelkie konieczne dane dotyczące osób podlegających ochronie na mocy IV Konwencji genewskiej, które były zatrzymane, uwięzione lub w inny sposób pozbawione wolności. Strony konfliktu powinny także starać się zawrzeć porozumienia, na mocy których powstałyby zespoły mające na celu poszukiwanie, identyfikowanie i zbieranie zmarłych na polu walki.

Amerykańska praktyka *renditions*

Zagadnienie wymuszonych zaginięć pojawiło się ponownie z całą mocą w kontekście tzw. „wojny z terroryzmem”, którą po 11 września 2001 r. ogłosiły Stany Zjednoczone Ameryki Północnej. Warto wyodrębnić przypadek Stanów Zjednoczonych z kilku powodów. Po pierwsze jest to obecnie największe mocarstwo współczesnego świata. Po drugie cechuje je tradycja przestrzegania fundamentalnych praw i wolności człowieka, czym szczycą się same Stany Zjednoczone. W kontekście „wojny z terroryzmem” Stany Zjednoczone uciekały się do tajnych więzień, więzienia *incommunicado*, bezterminowego więzienia bez postawienia zarzutów oraz tortur i innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania i karania. Niektórzy z zatrzymanych ujętych w trakcie trwania międzynarodowych konfliktów zbrojnych w Afganistanie czy Iraku, jak również na terytoriach innych państw zostali umieszczeni w tajnych więzieniach CIA lub innych tajnych ośrodkach detencyjnych będących pod nadzorem amerykańskiego departamentu obrony. We wrześniu 2006 r. prezydent Bush przyznał, że CIA używała sieci tzw. „czarnych miejsc” (*black sites*), w których były przetrzymywane osoby podejrzane o terroryzm. Aż do 14 tysięcy osób miało się znajdować w tego typu

⁶¹ Art. 32 i 33, w: ibidem. Zobacz również: L. Capdevila, D. Goldman, *Du numéro marticule au code génétique: la manipulation du corps des tués de la guerre en quête d'identité*, „International Review of the Red Cross” 2002, nr 848. Na temat prawa humanitarnego i ochrony ofiar konfliktów zbrojnych zobacz: R. Bierzanek, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych*, Warszawa 1972; R. Bierzanek, *Wojna a prawo międzynarodowe*, Warszawa 1982; T. Lesko, *Międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych*, Warszawa 1982; A. Radzaj, *Prawno- międzynarodowa ochrona ofiar wojny*, Warszawa 1987.

ośrodkach (od 2001 r.) . Większość z takich więzień i ośrodków detencyjnych znajdowała się lub nadal znajduje poza granicami Stanów Zjednoczonych np. w Afganistanie (Kabul, Bagram), Jordanie, Pakistanie, Egipcie czy Tajlandii . Zatrzymani nie mają kontaktu ani z rodziną ani z przedstawicielami Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża (MKCK) ani z przedstawicielami dyplomatycznymi lub konsularnymi; ich bliscy nie zostali powiadomieni o ich losie, a ich uwięzienie nie zostało potwierdzone przez władze amerykańskie (nie podlegają oni żadnej rejestracji). Pojawiło się określenie takich zatrzymanych jako *ghost detainees*⁶⁴ czyli zatrzymanych-duchów, które w istocie dobrze oddaje ich położenie. Niektórzy z takich zatrzymanych spędzili/spędzają w takich ośrodkach nawet do kilku lat⁶⁵. Raport Antonio Taguby dotyczący traktowania więźniów w irackim więzieniu Abu Ghraib z 2004 r. wskazuje, że tacy zatrzymani są przenoszeni w obrębie ośrodka detencyjnego celem ukrycia ich przed przedstawicielami MKCK; następnie raport określa takie praktyki jako „oszukańcze, sprzeczne z doktryną armii i naruszające prawo międzynarodowe”⁶⁶. W przypadku Iraku przedstawicielom MKCK odmówiono dostępu oraz informacji na temat zatrzymanych przetrzymywanych w tajnych więzieniach; nie ujawniono im także miejsca położenia tego typu ośrodków⁶⁷. Jak podaje *Amnesty International* przez dwa i pół roku od momentu ujęcia zatrzymanych w Guantanamo Bay, na Kubie departament obrony nie potrafił odpowiedzieć na pytanie dlaczego amerykańska administracja nie ujawniła tożsamości zatrzymanych. Podawano absurdalny argument ochrony ich prawa do prywatności⁶⁸. Podobnie w raporcie Faya jest mowa o *ghost detainees* wraz z informacją, że ich ilość nie jest możliwa

⁶² Zobacz: raport organizacji *Reprieve, Enforced Disappearance, Ulegal Interstate Transfer, and Other Human Rights Abuses Involving the UK Overseas Territories*, s. 4; dostępny na stronie internetowej:

<http://www.reprieve.org.uk/documents/FinalReprieveSubmissionFASC.pdf> (04.02.08). ⁶³ Zobacz:

raport *Amnesty International, USA: Human dignity denied. Torture and accountability in the 'war on terror'*, raport jest dostępny na stronie internetowej:

[http://web.amnesty.org/library/pdf/AMR511452004ENGLISH/\\$File/AMR5114504.pdf](http://web.amnesty.org/library/pdf/AMR511452004ENGLISH/$File/AMR5114504.pdf); s. 111.

Zobacz również raport *Amnesty Internationale* 2005 r.: *USA/Jordan/Yemen. Torture and secret detention: Testimony of the 'disappeared' in the 'war on terror'*, dostępny na stronie internetowej:

<http://web.amnesty.org/library/index/engamr511082005> (30.06.07).

⁶⁴ Zobacz raport majora generała Antonio Taguby; dostępny na stronie internetowej: <http://news.findlaw.com/cnn/docs/iraq/tagubarpt.html>; punkt 33.

⁶⁵ *USA: Human dignity denied. Torture...*, s. 111.

⁶⁶ Raport A Taguby, punkt 33.

⁶⁷ *Human dignity denied. Torture...*, s. 111.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 102.

do określenia⁶⁹. *Human Rights Watch* w swoim raporcie z lutego 2007 r. zatytułowanym *Ghost Prisoner. Two Years in Secret CIA Detention* wyraził zaniepokojenie problemem tzw. zatrzymanych-duchów czy więźniów-duchów oraz związanymi z tym pytaniami, które wymagają odpowiedzi jak np. zasięg programu tajnych więzień CIA, dokładna lokalacja takich ośrodków, traktowanie zatrzymanych czy współpraca innych państw w tym procederze⁷⁰.

Dla przykładu warto wskazać następujący przypadek trzech Saudyjczyków: „Rząd Arabii Saudyjskiej prosił oficjalnymi kanałami dyplomatycznymi o określenie statusu tych trzech osób i wszystko co mogliśmy powiedzieć to to, że ich nie mamy, ponieważ nie mamy pojęcia, gdzie oni są. Nie było ich w żadnej bazie danych, nie było ich nigdzie. Później wynikło, że byli przetrzymywani w Abu Ghraib w bloku więziennym nr 1 przez siedem tygodni i w końcu zostali zwolnieni. Z tego powodu spotkaliśmy się z dużą krytyką, gdyż nie tylko odpowiedzieliśmy rządowi saudyjskiemu, że ich nie mamy, ale także MKCK, kiedy tak naprawdę ich mieliśmy. Kiedy odwiedziłem Abu Ghraib na początku stycznia [2004] ..., te osoby były określane jako duchy. W tamtym czasie to było 11 więźniów w bloku więziennym nr 1. W tamtym momencie było około 100 więźniów w bloku więziennym nr 1, tak więc około 10 procent tej populacji zostało określonych jako duchy. Byli ludźmi, którzy nie pojawili się w żadnych rejestrach...”⁷¹.

⁶⁹ Raport Fay’a jest dostępny na stronie internetowej: news.findlaw.com/hdocs/docs/dod/fay82504rpt.pdf; s. 28.

⁷⁰ Raport *Ghost Prisoner Two Years in Secret CA Detention* jest dostępny na stronie internetowej: <http://hrw.org/reports/2007/us0207/us0207web.pdf>; s. 3. Czytaj więcej na temat konkretnego przypadku Marwana Jaboura, ibidem, s. 6-26. Zobacz również: raport *Human Rights First, Behind the Wire. An Update to Ending Secret Detentions*, 2005; raport jest dostępny na stronie internetowej: http://www.humanrightsfirst.org/us_law/PDF/behind-the-wire-033005.pdf; raport organizacji *Human Rights Watch, Amnesty International, Cage Prisoners, Center for Constitutional Rights, Reprieve i Center for Human Rights and Global Justice (NYU School of Law), Of the Record, US Responsibility for Enforced Disappearances in the “War on Terror”*, raport jest dostępny na stronie internetowej: http://www.wchrg.org/docs/OffRecord/OFF_THE_RECORD_FINAL.pdf (13.02.08); Meeropol R (red.), *America’s Disappeared. Detainees, Secret Imprisonment, and the “War on Terrorism”*, Nowy Jork-Londyn-Toronto-Melbourne 2005.

⁷¹ *Deposition of Colonel Ralph Sabatino, Camp Doha, Kuwait, 10 February 2004*, s. 28-29; dostępne na stronie internetowej: <http://www.publicintegrity.org/docs/AbuGhraib/Abul6.pdf> (23.12.06). W oryginale: “The Saudi government was requesting officially through diplomatic channels for status of these three individuals and all we could say was that we didn’t have them because we had no idea where they were. They weren’t on any database, they weren’t anywhere. It turns out that they had been held at Abu Ghraib in cellblock 1 for seven weeks and ultimately were released. We had a lot of egg on our face about that because we not only responded to the Saudi government that we didn’t have them, but also to the ICRC, when in fact we did have them.

Najbardziej znanym przykładem ośrodka detencyjnego, w którym przez lata przetrzymuje się setki ludzi bez dostępu do rodziny i prawnika, jest obóz w Guantanamo Bay, na Kubie. Stany Zjednoczone przetrzymują w nim około 275 osób podejrzanych o terroryzm. Istnieją dowody na to, że osoby te były torturowane lub okrutnie bądź upokarzająco traktowane⁷³. Poza Guantanamo Bay CIA stworzyła wspomniany już system tajnych więzień, w których na długie okresy czasu umieszczane są *incommunicado* osoby podejrzane o akty terrorystyczne. Praktyka taka jest niezwykle groźna i w istocie stanowi jeden z najnowszych przykładów stosowania wymuszonych zaginięć⁷⁴. Tym razem przez największe mocarstwo świata uważające się za ostoję demokracji, praworządności i praw człowieka. Wśród takich zaginionych więźniów można wymienić Abu Zubaydah - bliskiego pomocnika Osamy bin Ladena, Rimzi bin al-Shibh - prawdopodobnie jednego z terrorystów, którzy dokonali ataków z 11 września 2001 r., który gdyby uzyskał więź rzekomo wziąłby w atakach udział, Hambali - sojusznika Al Kaidy w południowo-wschodniej Azji, Abd al-Rahim al-Nashiri - prawdopodobnego organizatora ataku na U.S.S. *Cole* i Khalid Sheikh Muhammad - uznawanego przez Stany Zjednoczone za jednego z najgroźniejszych terrorystów, który przyznał się m.in. do udziału w atakach z 11 września oraz zabójstwa dziennikarza Daniela Pearl⁷⁵. Raport *Human Rights Watch* obrazowo opisuje: „jeniec został zabrany w środku nocy dziewiętnaście miesięcy temu. Został zakapturzony i umieszczony w tajnym miejscu, w którym o nim od tej pory nikt nie słyszał. Przesłuchujący stosowali przymus wobec więźnia, włączając w to „podtapianie” (*waterboarding*) - technikę znaną w Ameryce Środkowej jako *submarino* - w ramach którego za-

When I visited Abu Ghraib in early January [2004]..., these individuals were described as ghosts. They were 11 prisoners in cellblock 1 at that time. At that point there were about 100 prisoners in cellblock 1, so approximately ten percent of their population were described as these ghosts. They were folks that didn't appear on anybody's books... ”.

⁷² Zobacz: *Detainee Transfer Announced*, oświadczenie prasowe departamentu obrony USA, dostępne na stronie internetowej: <http://www.defenselink.mil/releases/release.aspx?releaseid=11591>

⁷³ Zobacz więcej na ten temat: A Szpak, *Status prawny zatrzymanych w Guantanamo Bay*, Toruń 2007, s. 150-196. Zobacz również: Azubuike L., *Status of Taliban and Al Qaeda Soldiers: Another Viewpoint*, „Connecticut Journal of International Law” nr 19 (2003); S. Levinson S., *Torture. A Collection*, Oxford 2004.

⁷⁴ Raport *Human Rights Watch*, *The United States' „Disappeared”. The CIA's Long-Term “Ghost Detainees”*. *A Human Rights Watch Briefing Paper*, 2004; dostępny na stronie internetowej: <http://www.hrw.org/background/usa/usl004/usl004.pdf>; s. 1.

⁷⁵ Ibidem, s. 1-2. Zobacz również: protokół z przesłuchania K. S. Muhammada przed Trybunałem Weryfikującym Status Zatrzymanych; protokół jest dostępny na stronie internetowej: http://www.defenselink.mil/news/transcript_ISNI_0024.pdf

trzymany jest pod przymusem zanurzany w wodzie celem wywołania w nim przeświadczenia, że utonie. Jego siedmioletni i dziewięcioletni synowie również zostali zatrzymani, prawdopodobnie, aby skłonić go do mówienia. Taka taktyka jest aż nazbyt typowa dla opresyjnych dyktatur. Przesłuchujący nie byli jednak z dyktatury, lecz z CIA. Więźniem amerykańskim jest Khalid Sheikh Muhammad [...]. Muhammad jest jednym z około tuzina najwyższych działaczy Al Kaidy, którzy po prostu „zniknęli” pod kontrolą Stanów Zjednoczonych”⁷⁶. Tak było w 2004 r. Administracja amerykańska przez długi czas zaprzeczała istnieniu tego rodzaju tajnych więzień, jednak we wrześniu 2006 r. prezydent George W. Bush potwierdził ich istnienie, kiedy stwierdził, że do Guantanamo Bay zostało przetransferowanych z tajnych więzień CIA czternastu najgroźniejszych podejrzanych o terroryzm. Prezydent Bush podkreślił wtedy, że program tajnych więzień jest poddany wielowarstwowej (wielokrotnej) weryfikacji prawnej przez departament sprawiedliwości i prawników CIA. Ich zdaniem program ten jest zgodny z prawem wiążącym Stany Zjednoczone⁷⁷.

Jednak już w czerwcu 2004 r. sam ówczesny amerykański sekretarz obrony Donald Rumsfeld przyznał, że na prośbę ówczesnego dyrektora CIA Georga Teneta, zarządził usunięcie z oficjalnych rejestrów nazwiska jednego z irackich zatrzymanych znajdującego się w silnie zabezpieczonym ośrodku w obozie *Cropper* w Iraku celem ukrycia go przed przedstawicielami MKCK. Rumsfeld przyznał, że miały miejsce również inne przypadki tajnego przetrzymywania więźniów⁷⁸. W marcu 2004 r. MKCK publicznie stwierdził, że jest wysoce zaniepokojony losem nieokreślonej liczby ludzi ujętych w ramach tzw. „wojny z terroryzmem” i przetrzymywanych w tajnych więzieniach poza Guantanamo Bay⁷⁹.

Jak wskazuje raport niezależnego panelu, na czele którego stał były sekretarz obrony James Schlesinger (tzw. raport Schlesingera z sierpnia 2004 r.), CIA

⁷⁶ *Human Rights Watch, The United States' „Disappeared”...*, s. 1.

⁷⁷ Zobacz: ICRC to visit new Guantanamo detainees, „ABC Online”, <http://www.abc.net.au/news/newsitems/200609/s1735753.htm>; D. Riechmann, *Bush Admits the CIA Runs Secret Prisons*, „The Guardian”, <http://www.guardian.co.uk/us/latest/story/0,-6063248,00.html>; *Bush admits CIA has secret prisons*, ABC Online, <http://www.abc.net.au/news/newsitems/200609/s1734844.htm>; *Profile: Key US terror suspects*, BBC News, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5322694.stm>; *Two Malaysians held in Guantanamo*, „The Star”, <http://thestaronline.com/news/story.asp?file=/2006/9/8/nation/20060908072115&sec=nation>; (23.09.06).

⁷⁸ *Human Rights Watch, The United States' „Disappeared”...*, s. 5.

⁷⁹ *United States: ICRC President Urges Progress on Detention-Related Issues (Press Release)*, 4 marca 2004; oświadczenie prasowe jest dostępne na stronie internetowej: <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteengO.nsf/iwpList74/774F1B35A7E20CC9C1256E1D0077410> (23.06.07).

działała według innych reguł niż departament obrony i wojsko⁸⁰. Nie jest do końca jasne, jakie to miały być owe „inne reguły”, lecz ich korzenie można znaleźć już we wstrząsającym memorandum Jaya S. Bybee z dnia 1 sierpnia 2002 r. do Alberto Gonzalesa, ówczesnego doradcy prezydenta Busha. Zgodnie z memorandum torturowanie zatrzymanych członków Al Kaidy za granicą „może być uzasadnione”. Bybee wskazywał także na możliwe okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną za torturowanie - samoobronę i stan wyższej konieczności oraz na fakt, że na podstawie tej ostatniej teorii prezydent może podjąć decyzję o zastosowaniu tortur bez względu na obowiązujący w prawie międzynarodowym i amerykańskim zakaz stosowania tortur (jako głównodowodzący armią). Memorandum znacznie zawężyło definicję tortur, obejmując nią tylko siedem praktyk: dotkliwe pobicia kijami lub pałkami, groźby nieuchronnej śmierci, przypalanie papierosem, elektrowstrząsy genitaliów, zgwałcenie lub napastowanie seksualne oraz zmuszanie zatrzymanego do obserwowania torturowania innej osoby⁸¹. Aby „ból fizyczny stanowił tortury musi odpowiadać swą intensywnością bólowi towarzyszącemu poważnym zranieniom, takim jak uszkodzenie narządu ciała, upośledzenie funkcji organizmu lub nawet śmierć”⁸² (!). Natomiast tortury psychiczne obejmują tylko czyny, których rezultatem jest „znaczna psychologiczna krzywda (cierpienie) o znacznym okresie trwania np. trwająca miesiącami lub nawet latami”⁸³ (!). Memorandum to zostało następnie odrzucone przez amerykańską ad-

ministrację⁸⁴, jednak zaistniało w przestrzeni publicznej i świadomości prawnej dowódców, żołnierzy etc. przez około dwadzieścia dwa miesiące i tym samym mogło przyczynić się wytworzenia ogólnego klimatu sprzyjającego naruszaniu

⁸⁰ Raport Schlesingera jest dostępny na stronie internetowej: <http://files.findlaw.com/news.findlaw.com/cnn/docs/dod/abughraibrpt.pdf>; s. 70. Raport Schlesinger’a ujawnia około 300 zgłoszeń przypadków nadużyć popełnionych w Afganistanie, Guantanamo i Iraku.

⁸¹ Memorandum Jaya S. Bybee (z ministerstwa sprawiedliwości) dla Alberto Gonzalesa {*Standards for Conduct of Interrogation under 18 U.S.C. Sections 2340-2340A*} jest dostępne na stronie internetowej: <http://files.findlaw.com/news.findlaw.com/hdocs/docs/doj/bybee80102mem.pdf>, s. 24. Na ten temat zobacz również: J.W Dean, *The Torture Memo By Judge Jay S. Bybee That Haunted Alberto Gonzales's Confirmation Hearings*, artykuł jest dostępny na stronie internetowej: <http://writ.news.findlaw.com/dean/20050114.html>

⁸² Ibidem, s. 1.

⁸³ Ibidem, s. 1.

⁸⁴ Tak również D. Rose, *Guantanamo. America's War on Human Rights*, Londyn 2004, ss. 91 i 94 (cytuje wypowiedź Milton’a Bearden’a, byłego funkcjonariusza CIA). Memorandum to zostało uchylone przez memorandum ministerstwa sprawiedliwości z 30 grudnia 2004 r. {*Standards for Conduct of Interrogation under 18 U.S.C. Sections 2340-2340A*} dla James’a B. Comey (zastępcy prokuratora generalnego); jest ono dostępne na stronie internetowej: <http://www.usdoj.gov/olc/dagmemo.pdf>.

międzynarodowego prawa humanitarnego oraz zakazu stosowania tortur⁸⁵. Ponadto cały system tajnych więzień CIA uzyskał oficjalną autoryzację na podstawie tajnej dyrektywy prezydenta z dnia 17 września 2001 r. Jeśli chodzi o współpracę z innymi państwami to „Washington Post” stwierdził, że program tajnych więzień obejmował w różnym czasie osiem państw, m.in. Tajlandię, Afganistan i kilka demokratycznych państw w Europie Wschodniej (Polska, Rumunia). W artykule w *Washington Post* nie podano nazw Polski ani Rumunii, gdyż poprosili o to wyżsi funkcjonariusze amerykańscy

Przypadek Stanów Zjednoczonych jest specyficzny i odbiegający od pozostałych wyżej przedstawionych. W raporcie Grupy Roboczej ds. Wymuszonych Zaginięć za rok 2006 nie zarzucono Stanom Zjednoczonym żadnych wymuszonych zaginięć. Zwrócono jednak uwagę na zarzuty wysunięte przez organizacje pozarządowe. Zdaniem tych organizacji, po 11 września 2001 r. w trakcie tzw. „wojny z terroryzmem” rząd amerykański bardzo często odwoływał się praktyki nazywanej *rendition* bądź *extraordinary rendition*⁸⁹. Terminy te nie występują ani w prawie międzynarodowym ani amerykańskim. Oznaczają one przetrzymywanie osób poza terytorium Stanów Zjednoczonych bądź na tym terytorium i ich pozasądowe przekazanie do będących pod amerykańską kontrolą ośrodków detencyjnych na terytorium innego państwa lub pod kontrolę zagranicznych służb wywiadowczych. W jednym i drugim przypadku Stany Zjednoczone utrzymują

⁸⁵ Krytyczna analiza memorandum z 1 sierpnia 2002 r. - zobacz: H.H. Koh, *A World Without Torture*, „Columbia Journal of International Law” nr 43 (2004-2005), s. 646-654.

⁸⁶ Zobacz: oświadczenie *American Civil Liberties Union, CIA Finally Acknowledges Existence of Presidential Order on Detention Facilities Abroad*; dostępne na stronie internetowej: <http://www.aclu.org/safefree/torture/27382prs20061114.html> (23.06.07).

⁸⁷ D. Priest, *CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons*, „The Washington Post”, 5 listopada 2005 r.; artykuł jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/11/01/AR2005110101644.html> Na temat wymuszonych zaginięć popełnionych przez Stany Zjednoczone w kontekście tzw. „wojny z terroryzmem” zobacz również: T. Clifford, *Enforced Disappearance. The Ghost Prisoners*, artykuł jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.counterpunch.org/clifford06212007.html> (29.06.07).

⁸⁸ Zobacz drugi raport Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy dotyczący tajnych zatrzymań i nielegalnych transferów zatrzymanych z udziałem państw członków Rady Europy z 11 lipca 2007 r. (*Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report*), dostępny na stronie internetowej: http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/edocl_1302.pdf Zgodnie z raportem D. Marty’ego między 2002 a 2005 r. szczególnie groźni terroryści byli trzymani na terytorium Polski i Rumunii w tajnych ośrodkach detencyjnych CIA. W czasie takiego zatrzymania mogli oni być torturowani.

⁸⁹ Raport Grupy roboczej za rok 2006 jest dostępny na stronie internetowej: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/105/30/PDF/G0710530.pdf?OpenElement>; s. 92-94 (23.02.08).

wysoki stopień kontroli zarówno nad samym uwięzieniem, jak i przesłuchaniami tych osób. Cała procedura może mieć różnorodny przebieg: niektóre osoby zostały ujęte w kontekście międzynarodowego konfliktu zbrojnego, np. w Afganistanie; inne zostały bezprawnie ujęte i przekazane pod kontrolę CIA; jeszcze inne zostały porwane przez CIA⁹⁰. *Renditions* - podobnie jak wymuszone zaginięcia - naruszają wiele praw człowieka, w tym prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego; zakaz tortur i innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania; prawo do skutecznego środka odwoławczego; w skrajnych przypadkach prawo do życia. Mogą również naruszać jeszcze inne prawa takie jak swoboda poruszania się, prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego. Ponieważ osoby padające ofiarami *renditions* są przetrzymywane *incommunicado* w tajnych więzieniach uznaje się, że taka praktyka stanowi w istocie wymuszone zaginięcie⁹¹. Stanom Zjednoczonym zarzuca się, że poprzez upoważnienie swoich funkcjonariuszy do zatrzymania i przekazania osób podejrzanych o terroryzm do takich ośrodków detencyjnych naruszają one przepisy prawa człowieka takie jak właśnie wspomniane prawo do życia, zakaz tortur i innego niehumanitarnego, okrutnego i poniżającego traktowania i karania, zakaz arbitralnego pozbawiania wolności oraz prawo do sądowej weryfikacji podstaw takiego pozbawienia wolności⁹². Biorąc pod uwagę powyższe rozważania autorka uważa, że amerykańska praktyka *renditions* stanowi współczesny przykład wymuszonych zaginięć i jako taka powinna zostać potępiona i natychmiastowo zakończona. Jak wskazano wyżej Stany Zjednoczone powinny ratyfikować Konwencję o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami i przestrzegać jej postanowień. Pociągałoby to za sobą naturalnie obowiązek położenia kresu praktykom sprzecznym z Konwencją.

Przyjęcie w grudniu 2006 r. Konwencji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami jest momentem niejako wieńczącym wcześniejsze prace kodyfikacyjne w tym zakresie. Konwencja potwierdza i precyzuje wcześniejsze wiążące i niewiążące akty międzynarodowe. Czy przyczyni się ona do popra-

⁹⁰ *International Commission of Jurists Submission to European Parliament Temporary Committee on Alleged Use of European countries by the CIA for the Transportation and Illegal Detention of Prisoners (TDIP)*, s. 2; dostępne na stronie internetowej: <http://www.icj.org/IMG/TDIPFINAL.pdf> (30.01.08). Zobacz również: J. Fitzpatrick, *Rendition and Transfer in the War Against Terrorism: Guantanamo and Beyond*, "Loyola Los Angeles International & Comparative Law Review" nr 25 (2002-2003).

⁹¹ Tak również: ibidem, ss. 3 i 4. Samo więzienie *incommunicado* nie oznacza jeszcze wymuszonego zaginięcia; konieczne jest uwięzienie w warunkach tajności bądź zaprzeczania faktowi, że dana osoba została pozbawiona wolności i znajduje się pod kontrolą władz; raport organizacji *Reprieve, Enforced Disappearance, Illegal Interstate Transfer, and Other Human Rights Abuses Involving the UK Overseas Territories*, s. 5.

⁹² Raport za 2006 r., s. 93-94.

wy sytuacji potencjalnych ofiar wymuszonego zaginięcia i zmniejszenia intensywności, a wreszcie wyeliminowania omawianego zjawiska zależeć będzie w ogromnej mierze od samych państw. Na zakończenie można stwierdzić z nadzieją, że wraz z przyjęciem Konwencji społeczność międzynarodowa uzyskała narzędzie do zapobiegania, eliminowania oraz karania za przestępstwo wymuszonych zaginięć. To czy uczyni z owego narzędzia odpowiedni i skuteczny użytek zależy od członków tejże społeczności, przede wszystkim państw.

AMERICAN PRACTICE OF RENDITIONS AS A CONTEMPORARY EXAMPLE OF ENFORCED DISAPPEARANCES

After a short historical introduction of the phenomenon of enforced disappearances, the author analyzes it from the point of view of international human rights law on the one hand and international humanitarian law on the other. Enforced disappearance is one of the most serious violations of human rights, very often described as the infringement of human dignity. Enforced disappearance is not a simple violation but a multiple one which means that it infringes several human rights including many non-derogable (the right to life, freedom from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment, the right to recognition everywhere as a person before the law). The characteristic feature of this crime comprises the fact that the victim is devoid of any legal protection and the authorities deny having her or him under control; thus they refuse the victim any rights, in particular a right to a fair trial.

The article contains analysis of the following human rights law instruments aimed at protection from enforced disappearances: the UN General Assembly Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance (1992) and the UN Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance (2006). It also mentions the Statute of the International Criminal Court (1998) and Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons (1994).

The second part - dedicated to international humanitarian law - presents provisions relevant to the protection from enforced disappearances. They are to be found especially in the four Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols of 1977 which however do not use the term enforced disappearance. Those provisions relate inter alia to the search for and collecting the wounded and sick, recording and forwarding of information, the right of the prisoners of war to send and receive letters and cards, preparation of the wills, death certifi-

cates, burial, cremation of the prisoners of war and a Central Prisoners of War Information Agency whose function is to collect all the information it may obtain through official or private channels respecting prisoners of war, and to transmit it as rapidly as possible to the country of origin of the prisoners of war or to the Power on which prisoners depend.

Taking this into account the author next explains the contemporary example of enforced disappearances namely American renditions or extraordinary renditions undertaken during the so called “war on terrorism”. Renditions meet all the legal conditions of enforced disappearances which the author tries to prove.

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009
Warszawa 2009

Krzysztof Mularski ■

O ARGUMENTACJI KOMPARATYSTYCZNEJ W RAMACH BADAŃ NAD CYWILNOPRAWNYMI KONSEKWENCJAMI URODZENIA DZIECKA NA SKUTEK NIEWYKONANIA NIEZAKAZANEJ ABORCJI

I. Uwagi wstępne

Od kilku lat przedmiotem żywego zainteresowania dogmatyki prawa cywilnego stał się problem urodzenia dziecka na skutek niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji jako ewentualne źródło obowiązku odszkodowawczego personelu medycznego lub zakładu opieki zdrowotnej. Szkodę stanowią przy tym mają przede wszystkim koszty utrzymania i wychowania urodzonego dziecka. O ile początkowo przeważało chyba stanowisko przyjmujące istnienie takiego obowiązku¹,

¹ Zob. zwłaszcza T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003, *passim*. Z artykułów i glos zob. M. Bilecka, *Proces o złe urodzenie (uwagi do wyroków Sądu Okręgowego w Łomży oraz Sądu Apelacyjnego w Białymstoku)*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 3, s. 29 i n.; T. Justyński, *Wrongful conception w prawie polskim*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 1, s. 34 i n.; tenże, *Glosa do wyroku z 21 XI 2003, V CK 16/03*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9, s. 122 i n.; tenże, *Glosa do wyroku SN z 13 X 2005, IV CK 161/05*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 7, 110 i n.; tenże, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z dnia 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06*, OSP 2007, nr 2, poz. 16, s. 102 i n.; M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r.*, OSP 2004, nr 10, poz. 125, s. 531 i n.; tenże, *Glosa do wyroku z 13 X 2005, IV CK 161/05*, OSP 2006, nr 6, poz. 71, 333 i n.; tenże, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej*

zaakceptowane również przez trzy orzeczenia Sądu Najwyższego², o tyle ostatnimi czasy rośnie przeciwko niemu zdecydowana opozycja³. Przedmiotem niniejszego szkicu nie jest jednak przedstawienie argumentacji dogmatycznej przema-

z dnia 22 lutego 2006 r. (III CZP 8/06), „Prawo i Medycyna” 2006, nr 4, s. 129 in.; Z. Peplowska, *Odpowiedzialność cywilna lekarza z tytułu wrongful life, wrongful birth i wrongful conception w prawie USA*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 1, s. 100 i n.; P. Sobołewski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r.*, „Palestra” 2005, nr 9-10, s. 232 i n.; tenże, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z dnia 13 października 2005 r.* IV CK 161/05, OSP 2006, nr 11, poz. 125, s. 585 i n.; D. Tykwińska-Rutkowska, *Powództwa wrongful birth i wrongful conception w świetle orzecznictwa sądowego. Wybrane uwagi*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 3, s. 16 i n.

² Wyrok SN z 21 listopada 2003 r.; V CK 16/03, OSNC 2004, nr 6, poz. 104 (zwany dalej „SN I”); wyrok SN z 13 października 2005 r.; IV CK 161/05; OSP 2006, nr 6, poz. 71 (zwany dalej „SN II”); uchwała SN z 22 lutego 2006 r.; III CZP 8/06; OSNC 2006, nr 7-8, poz. 123 (zwana dalej „SN III”).

³ Zob. L. Bosek, *Roszczenia wrongful life i wrongful birth w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 1, s. 33 i n.; A. Górski, *Roszczenia związane z uniemożliwieniem legalnego przerwania ciąży w aktualnym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 5, s. 28 i n.; R. Trzaskowski, *Czy urodzenie dziecka może być źródłem szkody?*, „Palestra” 2007, nr 9-10, s. 15 i n. Wcześniej krytykę przedstawili W. Borysiak, *Glosa do wyroku z 13 X 2005*, IV CK 161/05, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9, s. 118 i n.; M. Domański, *Urodzenie się dziecka jako źródło szkody? (Rozważania na tle wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 roku V CK 16/03)*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2005, nr 2, s. 134 i n.; M. Mataczyński, *Wnioski ze spotkania z ekspertami holenderskimi na temat wybranych zagadnień ochrony dóbr osobistych oraz odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej* [tytuł skrócony] [w:] Zielona Księga, *Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006 (red. Z. Radwański), s. 249 i n.; S. Rudnicki, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r.*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 10, s. 475 i n.; tenże, *Wybrane problemy z zakresu ochrony dóbr osobistych na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego* [w:] *Prawo prywatne czasu przemian*. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu, Poznań 2005 (red. A. Nowicka), s. 276 i n. (bardzo szkicowo); M. Wiącek, *Naruszenie prawa podmiotowego do aborcji jako przesłanka roszczeń odszkodowawczych?*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2006, nr 2, s. 177 i n.; M. Wild, *Roszczenia z tytułu wrongful birth w prawie polskim (Uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 16/03)*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 1, 49 i n. Jeszcze na długo przed trafieniem tego rodzaju spraw na wokandy polskich sądów, szeroką krytykę przedstawił M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 157 i n.; tenże, *Odpowiedzialność za wadliwą diagnozę prenatalną w świetle orzecznictwa USA*, „Państwo i Prawo” 1985, nr 10, s. 106 i n. Tenże powtórzył swoje stanowisko po kilkunastu latach, zob. *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 219; tenże [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000 (red. W. Lang), s. 401 i n.; nieznacznie je chyba modyfikując, zob. *Prawo wobec wyzwań współczesnej medycyny*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1, s. 6 i n. Tenże ostatnio znowu wyraźnie krytycznie [w:] *Kodeks cywilny Tom I, Komentarz do artykułów 1-449(11)*, Warszawa 2008 (red. K. Pietrzykowski), s. 1453 i n. Tale też, jak się wydaje A. Szpunar w *Głosie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 1965 r., II CR/ 65*, OSPiKA 1967, nr 9, *passim*.

wiającej za którymś ze sprzecznych stanowisk, lecz próba metodologicznej analizy szczególnego rodzaju argumentacji komparatystycznej mającej uzasadniać obowiązywanie norm, na gruncie których urodzenie dziecka na skutek niewykonania niezakazanej aborcji skutkuje powstaniem obowiązku odszkodowawczego. Poddana analizie argumentacja sprowadza się w uproszczeniu do przyjęcia tezy, że obowiązywanie określonej normy w określonym systemie lub określonych systemach obcych stanowi przesłankę (jedną z wielu, a niekiedy jedyną) dla uznania obowiązywania takiej normy również na gruncie systemu polskiego. Szczególnego rodzaju argumentacja komparatystyczna, której analiza jest zadaniem niniejszego szkicu, będzie nazwana projektująco „komparatystyką prawotwórczą” i przeciwstawiona argumentacji komparatystycznej przeprowadzonej zgodnie z regułami przyjętymi w kulturze prawnej.

Analiza komparatystyki prawotwórczej wydaje się niezbędna z co najmniej dwóch względów. Po pierwsze, kontrowersyjność tematu i jego oczywiste znaczenie dla spójności aksjologicznej i pojęciowej polskiego systemu prawnego wymaga, aby wszelkie argumenty podawane za takim czy innym rozwiązaniem były argumentami dopuszczalnymi na gruncie kultury prawnej. Po drugie wydaje się, jakkolwiek potwierdzenie tej hipotezy wymagałoby bardzo wnikliwych badań teoretycznoprawnych, że wśród argumentacji niedopuszczalnych należy wyróżnić argumentację kwalifikowanie niedopuszczalne, które naruszają uznane za fundamentalne założenia o systemie obowiązującego prawa. Chodzić tu będzie zwłaszcza o tezy przyjmujące niezgodną z przyjętą koncepcję źródeł prawa lub tezy uznające, chociażby entymematycznie, możliwość rezygnacji z językowych dyrektyw wykładni. Trudno bowiem mówić o „systemie [prawa]”, gdy uzna się za obowiązujące normy

⁴ Próbuje uzasadnić istnienie obowiązku odszkodowawczego obejmującego koszty utrzymania i wychowania dziecka konstruuje się jak się wydaje m. in. projektując definicję wyrażenia „szkoda”, zob. zwłaszcza T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., *passim* (gdzie jednak twierdzi się, że z dogmatycznego punktu widzenia koszty utrzymania i wychowania urodzonego na skutek niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji dziecka są „normalną” szkodą w majątku rodziców dziecka). Przekonujące wątpliwości zgłoszono w cytowanej wyżej literaturze; zob. zwłaszcza R. Trzaskowski, op. cit., s. 15 i n.; M. Wild, op. cit., s. 50 i n.; A. Górski, op. cit., s. 28 i n. Nie prowadząc dogmatycznej analizy należy zauważyć, że o ile nikt nie przeczy, że lekarz „musi odpowiadać na takich samych zasadach jak piekarz” (T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 69), o tyle wyprowadzenie z tej okoliczności wniosku, że szkodą jest szereg czynności cywilnoprawnych i faktycznych, dokonywanych przez matkę (czy nawet „rodziców”; zob. niżej) stanowiących konsekwencję urodzenia się dziecka (na którą mogą się składać nawet „koszty zamiany mieszkania na większe”; *idem*, s. 75), wydaje się nietrafne. „Szkoda” w postaci ceny smoczka wynika z urodzenia dziecka zdaje się w każdym razie nie mieć nic wspólnego ze szkodą w postaci ceny zakupu bułek, które wbrew umowie okazały się czerstwe.

wyinterpretowane z jakichś nieznanymi systemowi wytworów aktów normotwórczych lub zaprzeczy tezie, że wytwory faktów prawotwórczych, w szczególności przepisy prawne, formułowane są w określonym języku i dopiero nadanie tym wytworom znaczenia na gruncie reguł semantycznych i syntaktycznych tego języka pozwala na przeprowadzenie wykładni funkcjonalnej tych wytworów. Ujmując rzecz od innej strony, niemożliwe jest ocenianie w kategorii moralne/ niemoralne wyrażań, których się nawet nie spróbowało zrozumieć. Komparaty- styka prawotwórcza, przynajmniej w niektórych przypadkach, zdaje się natomiast stanowić desygnat predykatu „być kwalifikowanie niedopuszczalnym na gruncie kultury prawnej”. Uprawdopodobnienie tej hipotezy będzie jednak możliwe dopiero po przeprowadzeniu analizy komparatystyki prawotwórczej i ujęciu jej w ramy siatki pojęciowej wypracowanej przez teorię prawa.

Niniejszy szkic nie jest pierwszym, który poddaje krytyce komparatystykę prawotwórczą związaną z problemem istnienia obowiązku odszkodowawczego na skutek niewykonania niezakazanej aborcji⁵. Krytyka ta, formułowana na marginesie rozważań dogmatycznych, wymaga jednak doprecyzowania i uzupełnienia, a to co najmniej z trzech powodów. Przede wszystkim nie odróżniono komparatystyki prawotwórczej od argumentacji komparatystycznych nie uznających faktu obowiązywania jakichś norm w obcym systemie za przesłankę obowiązywania takich norm w systemie polskim, a tym samym nie przeprowadzono dokładnej analizy komparatystyki prawotwórczej. Oba rodzaje argumentacji uznano za desygnaty tych samych wyrażań, które okazują się tym samym wyrażeniami wieloznacznymi. Stąd należy ujednoznaczyć wyrażenia denotujące wszelką argumentację komparatystyczną, takie jak „nawiązywanie do obcych rozwiązań prawnych”⁶, „odwołanie do [obcych] porządków prawnych”⁷, „analogie z obcych systemów”⁸, „korzystanie z [obcej] praktyki orzeczniczej”⁹; odnosząc je kolejno do komparatystyki i komparatystyki prawotwórczej. Wreszcie, postulaty wobec podmiotów wykorzystujących wszelką argumentację komparatystyczną mają jak się zdaje charakter ilościowy, a nie jakościowy i formułowane są ęrzy użyciu bardzo nieostrych wyrażań (np. postuluje się „dużą ostrożność”¹⁰, „niezmierną

⁵ Najszerzej R. Trzaskowski, op. cit., s. 12 i n. Zob. także L. Bosek, op. cit., s. 50 i n.; A. Górski, op. cit., s. 28; G. Jędrejek, *Czy można wyróżnić dobro osobiste w postaci wolności do dokonania aborcji?* [w:] *Prawo rodzinne w Polsce i w Europie. Zagadnienia wybrane* (red. P. Kasprzyk), Lublin 2005, s. 554; M. Wiącek, op. cit., s. 172; M. Wild, op. cit., s. 50 i n.

⁶ R. Trzaskowski, op. cit., s. 12.

⁷ M. Wild, op. cit., s. 50.

⁸ L. Bosek, op. cit., s. 53.

⁹ A. Górski, op. cit., s. 28.

¹⁰ R. Trzaskowski, op. cit., s. 14.

ostrożność”¹¹, „powściągliwość i krytycyzm”¹²), co w praktyce może uniemożliwić weryfikację ich spełnienia. Stąd należy podjąć również próbę zbadania, czy możliwe jest ujednoznacznienie tych wyrażań.

W niniejszej pracy wprowadzono zróżnicowanie zapisu graficznego przypisów. Przypisy wskazujące jedynie na literaturę, na gruncie której formułowany jest dany pogląd, zapisywane są czcionką zwykłą; przypisy zaś, w których znajdują się wyjaśnienia warunkujące adekwatne do zamierzeń autora zrozumienie tekstu, zapisywane są czcionką wytłuszczoną¹³.

II Komparatystyka

Jak wyżej wskazano, postulat szczególnej ostrożności przy nawiązywaniu do obcych rozwiązań prawnych w kontekście niewykonania niezakazanej aborcji jako ewentualnego źródła cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej może być rozumiany jako postulat odnoszący się do jakiegokolwiek wykorzystania w procesie wykładni obowiązujących w obcych systemach norm. Aby zbadać zasadność tego postulatu konieczne jest choćby niezwykle pobieżne naszkicowanie warunków poprawnej analizy komparatystycznej przyjętych na gruncie kultury prawnej. Co najważniejsze, szkic **elementarnych wymogów** stawianych przed argumentacją komparatystyczną przez reguły ukształtowane w kulturze prawnej stanowić będzie jedną z podstaw dla analizy komparatystyki prawotwórczej.

Na gruncie literatury poświęconej teorii komparatystyki uznaje się jednolicie (pomijając bardzo sporny wymóg porównywalności¹⁴), że zestawienie ze sobą czy przeciwstawienie sobie obcych systemów prawnych jest podstawowym warunkiem przeprowadzenia poprawnej analizy komparatystycznej. Podkreśla się przy tym, że naukowy sens ma zestawienie jedynie takich systemów, które są od

¹¹ M. Wild, op. cit., s. 50.

¹² A. Górski, op. cit., s. 28.

¹³ Zob. K. Mularski, *Pozomość oświadczenia woli. Zarys problematyki semiotycznej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, z. 3, s. 614 z szerszym uzasadnieniem. Zabieg wydaje się szczególnie przydatny w pracy z założenia interdyscyplinarnej, gdzie przeciążenie przypisami może być szczególnie uciążliwe.

¹⁴ M. Ancel, *Znaczenie i metody prawa porównawczego*, Warszawa 1979, s. 33 i n.; M. Borucka-Arctowa, *Problemy metodologiczne badań porównawczych w naukach prawnych i innych naukach społecznych*, „Studia Prawnicze” 1971, nr 29, s. 5; M. Rybicki, *Badania prawnoporównawcze. Ich znaczenie dla rozwoju nauk prawnych i dla praktyki* [w:] *Metody badania prawa*, Wrocław 1970 (red. A. Łopatka), s. 42; R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Kraków 2005, s. 39 i n.

siebie **różne**¹⁵. Wiedza uzyskana dzięki takiemu porównawczemu zestawieniu może następnie służyć do dokonania oceny poddanych badaniu systemów prawnych i w konsekwencji formułowaniu m. in. wniosków *de lege ferenda* czy do formułowaniu argumentów funkcjonalnych w procesie wykładni. Zestawienie różnych systemów wymaga przy tym analizy nie tylko obowiązujących przepisów czy treści orzeczeń sądowych, ale być może przede wszystkim refleksji nad **przyczynami ich obowiązywania**¹⁸ oraz zakładanymi **celami społecznymi**, którym obowiązujące wytwory faktów prawotwórczych mają służyć¹⁹. Wskazanie przyczyn obowiązywania określonych norm wymaga zaś zapoznania się z różnymi doktrynami prawnymi, które stanowią uzasadnienie dla obowiązujących norm czy wydawanych orzeczeń oraz uwarunkowaniami moralnymi obowiązujących norm²¹. Należy przy tym mieć świadomość, że doktryny prawne stanowiące uzasadnienie dla obowiązujących wytworów faktów prawotwórczych same są uwarunkowane przez względy polityczne, ekonomiczne i kulturowe; stąd obo-

¹⁵ Dobitnie R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 36, gdzie podnosi się, że aby można było cokolwiek porównywać, „naczelné miejsce zajmuje zróżnicowanie stosunków społecznych regulowanych prawem, zróżnicowanie ludzi, zachowań, zdarzeń, idei, praw, ustrojów etc”. Podobnie M. Ancel, *Znaczenie...*, s. 103, podkreślając wagę konfrontacji różnych systemów prawnych.

¹⁶ Zob. R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 242 i n.

¹⁵ Tale chyba M. Ancel, op. cit., s. 172 i n. Myśl tę można odczytać również z cytowanej monografii R. Tokarczyka, aczkolwiek nie została wypowiedziana *expressis verbis*. O argumentacji komparatystycznej z teoretycznoprawnego punktu widzenia zob. & Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Mein 1991, s. 288 i n. (zwłaszcza s. 294).

¹⁸ Zob. zwłaszcza M. Ancel, *Znaczenie...*, op. cit., s. 134 i n. Tale też chyba R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 179, gdzie mowa o konieczności badania historii prawa i M. Borucka-Arctowa, *Problemy...*, op. cit., s. 11. Postulat wywodzi się chyba z idei F. Savigny'ego, zob. R. Zimmermann, *Dziedzictwo Savigny'ego. Historia prawa, prawoznawstwo porównawcze i kształtowanie się europejskiej nauki prawa*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, nr 1, s. 12 i n. (dobitnie s. 41). W kontekście przedmiotu pracy trafnie konieczność badania przyczyn stanowienia określonych norm czy wydawania określonych orzeczeń podkreśla R. Trzaskowski, op. cit., s. 12 i n.

¹⁹ Zob. M. Ancel, op. cit., s. 56; R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 68. Chyba podobnie H. Kötz, *Dogmatyka prawa a badania prawnoporównawcze*, „Studia Prawnicze” 1993, nr 1, s. 29 i n. Por. także A. Podgórecki, *Zarys socjologii prawa*, Warszawa 1971, s. 203 i n.

²⁰ Zob. R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., ss. 37 i 64

²¹ Zob. np. M. Ancel, op. cit., s. 34 i dobitnie s. 82; M. Rybicki, op. cit., s. 36 i n.; M. Borucka-Arctowa, *Podejście socjologiczne* [w:] *Metody badania prawa*, Wrocław 1970 (red. A. Łopatka), s. 82. Obowiązek uwzględniania moralności jako warunek rzetelnego uprawiania komparatystyki podkreśla R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 116 (także s. 67). Chyba podobnie R. Zimmermann, op. cit., s. 29 i n.

wiązkiem komparatysty jest podjęcie choćby próby zbadania tych uwarunkowań. Ogólnie mówiąc, niezbędne jest badanie systemów prawnych ujmowanych całościowo, przy uwzględnieniu **społecznych kontekstów** obowiązywania określonych norm²³.

Jeśli chodzi natomiast o dopuszczalność wykorzystywania komparatystyki w procesie wykładni funkcjonalnej (nie budzi wątpliwości zakaz przełamywania argumentem komparatystycznym jednoznacznego wyniku uzyskanego w konsekwencji zastosowania dyrektyw językowych), jest ono możliwe na gruncie reguł kultury prawnej wtedy, gdy zestawiane są ze sobą systemy **podobne kulturowo**²⁴. Jak się wydaje, rekonstrukcja takiej argumentacji pozwala sprowadzić ją do schematu: „Na gruncie obcego systemu, np. S1, obowiązuje określona norma NO, której obowiązywanie doprowadziło do skutków R, a jednym z dopuszczalnych językowo wyników wykładni przepisów systemu S2 jest właśnie norma NO. Jeżeli skutek R jest aprobowany przez racjonalnego prawodawcę systemu S2, to można uznać za obowiązującą właśnie normę NO”. Uznanie za obowiązującą normy NO jest przy tym o tyle racjonalne, że przy podobieństwie między porównywanymi systemami (i nadto podobieństwie co do ocen, wartości, postaw światopoglądowych *etc* żywionych przez adresatów norm w porównywanych systemach) istnieje duże prawdopodobieństwo, że norma N rzeczywiście doprowadzi do skutków R, skoro gdzie indziej do takich skutków już doprowadziła²⁵.

Tak rozumiane „nawiązanie do obcych systemów” - **zestawienie** obowiązujących na gruncie systemu polskiego norm prawnych dotyczących aborcji z normami obowiązującymi na gruncie obcych systemów, ugruntowane w rzetelnej analizie kontekstu prawnego i pozaprawnego, w którym te normy obowiązują,

²² Zob. R Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 263 (gdzie mowa o uwarunkowaniach „rozumowań prawniczych”). Zob. także Z. Ziemiński, *Teoria prawa, filozofia prawa a szczególowne nauki prawne*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1995, nr 3, s. 406, gdzie podkreśla się, że normy prawne wywodzą swe obowiązywanie w ostatecznej instancji nie tyle z konstytucji, co z danej doktryny politycznej.

²³ Zob. dobitnie M. Ancel, op. cit., s. 78 i n. Podobnie R Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 39.

²⁴ M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 265. W obszarze prawa cywilnego Z. Radwański, M. Zieliński [w:] *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne - część ogólna, t. I*, Warszawa 2007 (red. M. Safjan), s. 457.

²⁵ Powyższe uwagi są próbą rekonstrukcji poglądów Z. Ziemińskiego, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa-Poznań 1983, s. 23 i n. Podobnie M. Rybicki, op. cit., s. 28. Na związek komparatystyki z wykładnią funkcjonalną zwraca uwagę również R Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 255.

wyduje się działaniem celowym²⁶. W kontekście przedmiotu niniejszej pracy wypada zaznaczyć, że o ile chyba zadowalająco ukazano kontekst prawny i uwarunkowania moralne stanowiące przyczynę obowiązywania norm uznających koszty utrzymania i wychowanie dziecka urodzonego na skutek niewykonania niezaka- zanej *de lege lata* aborcji za szkodę w obcych systemach²⁷, o tyle co do skutków społecznych, do których obowiązywanie tych norm prowadzi, jak na razie formułowane są jedynie niepoparte badaniami empirycznymi hipotezy²⁸. W przypadku jednak trafności wysuniętych hipotez, skutki społeczne do jakich obowiązywanie tych norm doprowadziło, dyskwalifikowałyby w oczywisty sposób obowiązywanie takich norm na gruncie systemu polskiego, a zapewne dały także do myślenia zwolennikom tych norm na gruncie obcych systemów²⁹. Co najmniej jedna z wysuniętych hipotez wydaje się przy tym tak dobrze uzasadniona, że jej falsyfikacja jest prawdopodobnie niemożliwa³⁰; szersza analiza problemu wykracza jednak poza zakres pracy

²⁶ Chodzić będzie zwłaszcza o wszelkie normy dotyczące płodu/ nienarodzonego dziecka oraz kontekst moralny, w szczególności przekonania aksjologiczne żywione przez adresatów norm różnych systemów, a także cele społeczne, które prawodawcy w różnych systemach chcą przez normy dotyczące w jakikolwiek sposób płodu/ nienarodzonego dziecka zrealizować. Niniejszy szkic używa wyrażenia „płód/ nienarodzone dziecko”, ponieważ oba są terminami języka prawnego; terminami, które choć posiadają taką samą (w uproszczeniu) ekstensję, to jednak ich intensja jest zupełnie inną. Swobodnie mówiąc, terminy te niosą ze sobą zupełnie inne moralne skojarzenia czy wartości. Ich łączne używanie zapewni więc zgodność języka niniejszej pracy z językiem prawnym oraz oddali zarzut przemycania perswazyjnej terminologii.

²⁷ Zob. zwłaszcza T. Justyński, *Poczucie...*, op. cit., *passim*-, M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, op. cit., *passim*-, tenże, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 99 i n.; tenże [w:] *Prawne problemy...*, op. cit., s. 384 i n.; tenże, *Prawo i medycyna*, op. cit., s. 207 i n. Zob. także np. Z. Peplowska, uja cit., s. 100 i n.

²⁸ Najszerzej M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, op. cit., *passim*; uwagi zawarte w tej monografii zostały powtórzone we wszystkich cytowanych wyżej pracach tego Autora Chodzić będzie m. in. o „kreację lekarskiego obowiązku „wyprodukowania” dziecka doskonałego”, utwierdzanie i promowanie postaw proeugenicznych w społeczeństwach, degradację społeczną osób upośledzonych czy konieczność ustalenia zestawu cech genetycznych, których posiadanie przez człowieka jest pożądane.

²⁹ Choć od uznania za obowiązujące takich norm przez trzy orzeczenia Sądu Najwyższego minęło prawdopodobnie zbyt mało czasu, aby móc przeprowadzić jakieś badania dla systemu polskiego dla większości spośród wysuniętych (zwłaszcza przez M. Safjana) hipotez.

³⁰ Chodzi o „promowanie postaw proeugenicznych wśród personelu medycznego”, objawiające się zwłaszcza „rozstrzygnięciem na niekorzyść płodu pojawiających się wątpliwości” (tak np. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, op. cit., s. 193; tenże, *Prawo i medycyna*, op. cit., 224; tenże, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 107). Przekonującą interpretację sytuacji, w której, swobodnie mówiąc, lekarzowi z jednej strony grozi wielomilionowa sankcja

Jak się wydaje, właśnie do tak rozumianego „nawiązania” należy odnosić postulat szczególnej ostrożności czy powściągliwości. Postulat ten należy przy tym uznać za zdecydowanie trafny. Po pierwsze, na podmiotach prowadzących badania komparatystyczne ciąży ogólny obowiązek zachowania ostrożności, niezależny od przedmiotu badań³¹, o ile nie chcą oni uprawiać „radosnego plagiatorstwa”³². Po drugie, ostrożność czy powściągliwość „szczególna” uzasadniona jest skrajnie kontrowersyjnym charakterem aborcji i norm prawnych dotyczących aborcji oraz faktem, że niektóre z dotychczas przeprowadzonych argumentacji komparatystycznych dotyczących tej problematyki z najswobodniej rozumianą ostrożnością czy powściągliwością nie mają nic wspólnego, stanowiąc raczej osobliwe *argumentum ad personam* pod adresem polskiego systemu prawnego³³.

odszkodowawcza, a z drugiej ewentualne wyrzuty sumienia w kontekście konstytucyjnym przedstawił najszerzej L. Bosek, op. cit., s. 46 i n. (podobnie M. Wild, op. cit., s. 52 i n.; M. Mataczyński, op. cit., s. 250 i n.). Odmienne, m. zd. bardzo naiwne, T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 211 (poprzedzając jednak wywód wyrażeniem „chyba”). Tenże następnie trafnie zauważa, że „system prawny nie powinien aktywnie wspierać aborcji”, przy czym w tym akurat przypadku „wspieranie” polegałoby na zmniejszeniu zakresu odpowiedzialności lekarza, który aborcji nie wykonał. Na następnej stronie monografii uznano jednak odmowę poddania się kolejnej aborcji w niektórych przypadkach za **działanie podstępne** (podkr. moje), wyłączające możliwość zasądzenia odszkodowania. Wydaje się, że samo prawdopodobieństwo choćby jednego - ujmując rzecz bardzo eufemistycznie - „rozstrzygnięcia na niekorzyść” płodu/ nienarodzonego dziecka prokurowane przez uznanie odpowiedzialności odszkodowawczej, wyłącza możliwość jej uznania, a to wobec całkowitej niewspółmierności wchodzących w grę wartości, które niespornie przypisać można prawodawcy (zob. niżej). Szersza argumentacja wykraczałaby jednak poza zakres pracy.

³¹ Szczególnie dobitnie o obowiązku ostrożności pisał M. Ancel, czyniąc go jednym z podstawowych warunków prowadzenia badań komparatystycznych, przestrzegając przed „wtłaczaniem obcych instytucji w... ramy...własnego prawa” (M. Ancel, op. cit., s. 138). Co do ostrożności w komparatystyce zob. także M. Borucka-Arctowa, *Problemy...*, op. cit., s. 14 i n.; Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii...*, op. cit., s. 23 i n.; M. Rybicki, op. cit., s. 37; R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 23. Obowiązek zachowania ostrożności zauważa także SN III. Obowiązek ostrożności był dotąd uznawany także przez przedstawicieli dogmatyki dyscyplin szczegółowych; należy zwłaszcza przytoczyć odważny pogląd, iż możliwe jest „odrzuć argumentów z systemów innych państw socjalistycznych” z racji „odmiennej struktury prawa polskiego” [tak W. Czachórski [w:] *System Prawa Cywilnego, t. III, część I*, Ossolineum 1981 (red. Z. Radwański), s. 583]. Ostatnio np. A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 10.

³² R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 251. Zob. także Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii...*, op. cit., s. 23 i n.

³³ Jedynie tytułem przykładu wskazać można wypowiedź E. Zielińskiej, która porównuje obowiązujące w Polsce prawo do systemu obowiązującego „w Rumunii w czasie reżimu

Nie wydaje się przy tym możliwe doprecyzowanie postulatu „szczegółnej” ostrożności w badanym tutaj kontekście; funktor ten musi chyba pozostać wyrażeniem nieostrym.

III Komparatystyka prawotwórcza

3.1. Na gruncie powyższych szkicowych uwag można stwierdzić, że dopiero bardzo ostrożne zestawienie norm obowiązujących w różnych systemach (a w przypadku norm nawet pośrednio dotyczących aborcji - skrajnie ostrożne zestawienie) oraz ich domniemanego uzasadnienia aksjologicznego, poprzedzone jeszcze ostrożniejszym zbadaniem kontekstu społecznego, zwłaszcza zinter- nalizowanych w danym społeczeństwie norm moralnych, pozwala na wyprowadzanie z przeprowadzonej analizy wniosków *de lege ferenda* lub wykorzystania wyników badań w ramach wykładni funkcjonalnej. Takie wnioski mają charakter w tym sensie naukowy, że intersubiektywnej weryfikacji poddaje się zarówno zestawienie różnych systemów jak i argumentacja mająca przemawiać za przyjęciem określonych wniosków *de lege ferenda* lub argumentów funkcjonalnych. Tymczasem komparatystyka prawotwórcza, wykorzystywana przez kilku przedstawicieli doktryny oraz dwa orzeczenia Sądu Najwyższego z (tak rozumianą) komparatystyką zdaje się nie mieć nic wspólnego. Adekwatna analiza komparatystyki prawotwórczej wymaga przyjęcia kilku, jak się wydaje niespornych założeń (Z):

Caucescu”; zapewne przez przypadek nie zestawiając prawa obowiązującego w USA czy Wielkiej Brytanii z systemem KRLd w czasie reżimu Kim Ir Sena czy ZSRR do roku 1936 w czasie reżimu Lenina i Stalina {zob. też [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000 (red. W Lang), s. 245}. Taż twierdzi następnie, że „Rozwiązanie prawne przyjęte w Polsce jest.. .wyrazem instrumentalnego traktowania kobiety, której podmiotowość w przypadku, gdy zajdzie w ciążę, jest całkowicie przekreślana” (podkr. moje); przeciwstawiając następnie demokracje prawdziwe („przyznające kobiecie prawa do decydowania w sprawach reprodukcji”) - demokracji polskiej. Przy najskańniej życzliwej interpretacji wypowiedź powyższą należy uznać za definicję projektującą wyrażenia „podmiotowość [prawna?] kobiety”, która znaczy tu tyle co „możliwość dokonania aborcji na żądanie”. R Dębski (*Meandry i bezdroża polskiej medycyny prenatalnej - refleksje klinicysty*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 42) przeciwstawia natomiast system polski systemom „trochę bardziej cywilizowanym”; skądinąd wyszydzając wręcz tezę, jakoby w stanie faktycznym rozpatrywanym przez SN II zachodziły eugeniczne wskazania do wykonania aborcji.

Z1: pomiędzy normami dotyczącymi depenalizacji aborcji (Na) obowiązującymi w systemie polskim (SP), gdzie aborcja jest co do zasady zakazana a normami obowiązującymi w systemach obcych (S1-Sn), gdzie aborcja jest co do zasady niezakazana, zachodzi co najmniej relacja niezgodności, a niekiedy sprzeczności, co można jak się wydaje³⁵ zapisać „[S1-Sn(Na)] SP (~Na)”³⁶.

Z2: pomiędzy aksjologiczną oceną preferencyjną (O), którą należy przypisać prawodawcy polskiemu³⁷ i którą *expressis verbis* wypowiedział Trybunał

³⁵ Zob. ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz. U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.; zwana dalej „upropłwdpc” oraz art. 152 i n. kodeksu karnego. Toporny skrót zapewnia nie- perswazyjny charakter wypowiedzi, w których ustawa będzie powoływana. Wypada zauważyć, że powszechny w publicznym dyskursie (a pojawiający się również w dogmatyce) termin „ustawa antyaborcyjna” jest nieadekwatny i perswazyjny; nieadekwatny, ponieważ ustawa nazywa się inaczej i wyrażenie „aborcja” w ogóle w niej nie pada; perswazyjny, ponieważ wyrażenie „anty” kojarzy się raczej źle, wyrażenie „ochrona” raczej dobrze.

³⁶ Schematy wykorzystane w pracy nie roszczą pretensji do zgodności z surowymi wymaganiami logiki, zwłaszcza z wymaganiami rachunku predykatów; są jedynie próbą uściślenia i graficznego zobrazowania poddanych analizie argumentacji; próbą w bardzo albo jeszcze bardziej nieudolny sposób nawiązującą do metodologii wykorzystywanej w tzw. poznańskiej szkole teorii prawa, gdzie niejednokrotnie wykorzystywany jest podobny (?) zapis (np. „norma N obowiązują w systemie S”). Zastrzeżenie „jak się wydaje” odnosi się do wszystkich prób rekonstrukcji w niniejszej pracy, za wyjątkiem jednego wniosku opartego na wynikaniu logicznym normy z normy, co zostanie podkreślone wyżej.

³⁷ Sprzeczność zachodzi w szczególności pomiędzy systemem polskim a systemem prawnym USA, gdzie przyjmuje się nieograniczone i co do zasady nieograniczalne prawo do aborcji, mające umocowanie w konstytucji (zob. zwłaszcza L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych a „prawo do życia”*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 8, s. 41 in.). Niezgodność zachodzi również pomiędzy systemem polskim a systemem niemieckim, mimo uznania aborcji za „bezprawną” przez tamtejszy sąd konstytucyjny (zob. wyrok niemieckiego sądu konstytucyjnego z 28 maja 1993 r.; BVerfGE 88/203). Na gruncie znaczenia wyrażenia „bezprawny” nie można bowiem sensownie twierdzić, że bezprawny jest czyn, którego wykonanie jest prawem podmiotowym, którego niewykonanie może rodzić sankcje, również karne, i którego nazwanie „bezprawnym” rodzi cywilnoprawną odpowiedzialność podmiotów używających tego sformułowania za naruszenie dóbr osobistych podmiotów wykonujących owe „bezprawne” czyny (zob. wyrok BGH z 1 kwietnia 2004 r., VI ZR 366/02, „Neue Juristische Wochenschrift” 2003, s. 2012). Na nieporozumienie związane z nazywaniem czynu będącego przedmiotem prawnego obowiązku jednych podmiotów, a prawem podmiotowym innych czynem „bezprawnym” zwraca także uwagę doktryna niemiecka {zob. E. Zielińska [w:] *Prawne...*, op. cit., s. 201}. Wydaje się, że niemiecki sąd konstytucyjny w bardzo nieudolny sposób próbował wyrazić przekonanie, że ustawodawca nie uważa owego „bezprawnego” czynu za czyn godny moralnej aprobaty.

³⁸ Niesporność przypisania prawodawcy polskiemu wskazanej wyżej oceny preferencyjnej również stanowi konsekwencję założenia o jego racjonalności aksjologicznej; kilku podmiotom, które twierdzą, że to nie ocena [życia] płodu/ nienarodzonego dziecka jako

Konstytucyjny³⁸ a aksjologiczną oceną preferencyjną, którą przypisać należy prawodawcom państw obcych zachodzi sprzeczność³⁹; co można zapisać „[S1-Sn(~O)]

^SP(O)”. Ocenę preferencyjną O, którą przypisać należy polskiemu prawodawcy, można chyba nieperswazyjnie ująć w wyrażenie „życie człowieka [przedstawiciela gatunku *H sapiens*] przed urodzeniem jest ważniejsze od statusu majątkowego lub stanu psychicznego innego, urodzonego już człowieka”. Na gruncie systemów obcych przyjmuje się natomiast aksjologiczną ocenę preferencyjną ~O „życie człowieka przed urodzeniem nie jest ważniejsze od statusu majątkowego lub stanu psychicznego innego, urodzonego już człowieka (gdyż on tylko ma status osoby ludzkiej)”.

Z3: Sprzeczność ocen preferencyjnych jest konsekwencją niezgodnych założeń ontycznych (ZO) przyjętych przez prawodawcę polskiego i prawodawców obcych dotyczących płodu/ nienarodzonego dziecka, co można zapisać „[S1-Sn(-ZO)] → Na ~ [SP(ZO) → ~Na]”⁴⁰

Z4: pomiędzy normą N nakazującą zapłatę odszkodowania obejmującego przede wszystkim koszty wychowania i utrzymania urodzonego na skutek niewy-

obiekty cenniejszego niż inne kolidujące z tym obiektem dobra, zwłaszcza najszerzej rozumiane dobra majątkowe, a np. chęć uprzedmiotowienia polskich kobiet kierowała prawodawcą stanowiącym m. in. art. 4a, pomyliło się uprawianie nauki z ideologiczną agitacją.

³⁸ Uzasadnienie wyroku z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19; zwanego dalej „TK 97”.

³⁹ Należy zauważyć, że powyżej przyjęto jedynie treść ocen preferencyjnych, a nie merytorycznych; ustalono jedynie preferencje prawodawcy (na gruncie założenia o jego racjonalności aksjologicznej, którego konsekwencją jest założenie, że oceny prawodawcy są asymetryczne i przechodnie; zob. zwłaszcza L. Nowak, *Interpretacja prawnicza Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 53 i n.). Ustalenie preferencji uchodzi za mniej sporne i prostsze niż ustalenie treści konkretnej oceny merytorycznej także w literaturze metaetycznej, tak. np. M. Przełęcki, *Sens i prawda w etyce*, Warszawa 2004, s. 35 i n. Ustalenie dokładnej treści ocen merytorycznych prawodawcy dotyczących płodu/ nienarodzonego dziecka wymagałoby prawdopodobnie szerokiego studium.

⁴⁰ Na gruncie obcych systemów nie kwestionuje się (nie miałyby to, swobodnie mówiąc, sensu), przynależności płodu/ nienarodzonego dziecka do gatunku *H sapiens* na gruncie powszechnie przyjętej w naukach biologicznych filogenetycznej koncepcji gatunku (pomijając nieistotny w kontekście aborcji problem, czy nowy przedstawiciel gatunku powstaje z chwilą ukończenia procesu zapłodnienia czy też procesu pierwszego podziału mitotycznego zapłodnionej już komórki), wskazując jednak, w skrajnym uproszczeniu, że status „osoby” zależy nie tylko od posiadania ludzkiego genotypu, lecz także innych czynników, np. możliwości bycia podmiotem stosunków społecznych, zdolności odczuwania bólu *etc.* (zob. np. W. Lang [w:] *Prawne...*, op. cit., s. 15 i n.). Najszerzej o niezgodności założeń ontycznych co do statusu płodu/ nienarodzonego dziecka w systemie polskim i systemach obcych L. Bosek, op. cit., s. 33 i n.

konania niezakazanej aborcji dziecka obowiązującą na gruncie obcych systemów a normą Na, oceną preferencyjną $\sim O$ i założeniem ontycznym $\sim ZO$ zachodzi związek, co można zapisać „ $S1-Sn[(Na \wedge \sim O \wedge \sim ZO) \rightarrow N]$ ”⁴¹

Analizie poddane zostaną kolejno wypowiedzi sformułowane w języku prawniczym, uznanym za język przedmiotowy, zarówno przez doktrynę jak i orzecznictwo, oraz jedna wypowiedź metajęzykowa. Wypowiedzi języka przedmiotowego zostaną podzielone na takie, które z obowiązywania normy N w systemach S1 -Sn wywodzą obowiązywanie takiej normy w systemie polskim oraz na takie, które z różnego rodzaju norm, konstrukcji doktrynalnych czy praw podmiotowych (x), przyjętych w systemach S1-Sn, stanowiących jedną albo jedyną podstawę obowiązywania normy N na gruncie tych systemów, wywodzą istnienie tych obiektów na gruncie systemu prawa polskiego - co uzasadniać ma pośrednio obowiązywanie normy N na gruncie tego systemu. Argumentacja w pierwszym przypadku przebiega według schematu „ $S1-Sn(N) \rightarrow SP(N)$ ”; w drugim „ $[S1-Sn(x \rightarrow N)] \rightarrow SP(x \rightarrow N)$ ”. W trudnej do dokładnego określenia relacji do członów podziału pozostają takie wypowiedzi, które w związku z analizą obcych systemów tworzą nowe konstrukcje pojęciowe, mające uzasadniać obowiązywanie normy N na gruncie systemu polskiego.

⁴¹ Związek ten jest ewidentny, aczkolwiek nie zachodzi tu oczywiście wynikanie logiczne (stąd symbol nie oznacza tu wynikania logicznego, zob. przypis 35). Zob. zwłaszcza T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., *passim*; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, op. cit., *passim*; tenże, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 99 i n.; tenże [w:] *Prawne problemy...*, op. cit., s. 384 i n.; tenże, *Prawo i medycyna*, op. cit., s. 207 i n. Zob. także np. Z. Pełowska, op. cit., s. 100 i n. Zob. także Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania - część ogólna*, Warszawa 2006, s. 264. W szczególności odnotować należy wpływ orzeczenia Roe/Wade, uznającego nieograniczone i w szerokim zakresie nieograniczone prawo do aborcji (dopuszczalnej w niektórych stanach do bardzo swobodnie rozumianej chwili urodzenia), za chronioną konstytucyjnie wolność obywatelską, na ukształtowanie się orzecznictwa amerykańskiego i pośrednio także orzecznictwa w innych państwach, zwłaszcza w RFN. Fakt ten podkreślają także ci przedstawiciele doktryny, którzy uznają istnienie cywilnoprawnego obowiązku odszkodowawczego w związku z urodzeniem dziecka na skutek niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji, zob. np. T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 181; Z. Pełowska, op. cit., s. 106; D. Tykwińska-Rutkowska, op. cit., s. 22. Co do znaczenia precedensu Roe/Wade dla wykształcenia się cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej zob. także M. Safjan, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 101; T. Smyczyński, *Nasciturus w świetle ustawodawstwa o przerywaniu ciąży*, „*Studia Prawnicze*” 1993, nr 1, s. 80; A. Szlęzak, „*Nasciturus*” w prawie deliktowym USA, „*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*” 1987, nr 2, s. 140. Powoływane jako argument za obowiązywaniem w systemie polskim norm uznających istnienie obowiązku odszkodowawczego, zwłaszcza w zakresie kosztów utrzymania i wychowania dziecka orzecznictwo odwołuje się niekiedy bezpośrednio do precedensu Roe/Wade, tak np. precedens uznający skargę „*wrongful birth*” Park/Chessin z 1978 r. (za M. Safjanem, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 102).

3.2.1. Jeśli chodzi o wypowiedzi języka przedmiotowego wywodzące obowiązki normy N w systemie polskim z faktu obowiązywania tej normy w innych systemach, wskazać należy w pierwszej kolejności na uzasadnienie uchwały SN II Dla poparcia tezy o istnieniu obowiązku odszkodowawczego w zakresie kosztów utrzymania i wychowania dziecka urodzonego na skutek niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji skład orzekający argumentował, że koszty utrzymania i wychowania uznawane są za szkodę w zdecydowanej większości krajów, w których dochodzi do tego typu procesów. Z faktu przyjęcia określonych norm przez orzecznictwo systemów S1-Sn wywodzi się (między innymi), obowiązywanie takiej normy w systemie polskim, co można zapisać „[S1-Sn(N)]→SP(N)”. Argumentacja ta całkowicie pomija orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (co skądinąd zostało odnotowane już nie tylko przez dogmatykę⁴², ale nawet przez sam Sąd Najwyższy w kolejnym orzeczeniu), nie odnosi się również w jakikolwiek sposób nie tylko do sprzeczności założeń ontycznych i ocen aksjologicznych, ale nawet do sprzeczności norm Na w powołanych systemach. Co więcej, SN II nie podaje żadnych danych pozwalających swój pogląd zweryfikować, w tym zwłaszcza liczby krajów w których do procesów dochodzi, a w których nie dochodzi⁴³. Np. w monografii T. Justyńskiego, z której niemal na pewno czerpał wiedzę SN II, opisywany jest stan prawny jedynie kilku krajów europejskich i pozaeuropejskich (przy czym orzecznictwo czy poglądy doktryny państw, w których obowiązywałyby podobne normy dotyczące prawnokarnej ochrony płodu/nienarodzonego dziecka ugruntowane w podobnych założeniach aksjologicznych nie jest ani razu nawet wzmiankowane; skądinąd w monografii T. Justyńskiego podkreśla się również, że w omawianych systemach przed przyjęciem normy Na roszczenia były niemal powszechnie oddalane).

W zakresie, w jakim komparatystyka prawotwórcza wykorzystywana jest przez kilku przedstawicieli doktryny, wskazać należy w pierwszym rzędzie na obce

⁴² A. Górski, op. cit., s. 30. Tak też, jak się wydaje R. Trzaskowski, op. cit., s. 14; L. Bosek, op. cit., s. 50.

⁴³ Co jest skądinąd również przypadłością doktryny, np. M. Kowalski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza lekarza z tytułu wrongful birth w prawie niemieckim*, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 11, s. 65 głosi, że skarga „wrongful birth” znajduje akceptację w „wielu krajach Europy Zachodniej i USA”, powołując w przypisie 1 orzeczenie z Anglii, 1 z Holandii oraz 2 z Francji. Krytycznie o komparatystyce w uzasadnieniu SN II zwłaszcza R. Trzaskowski, op. cit., s. 13 i n. Tak też chyba A. Górski, op. cit., s. 30. T. Justyński, *Wrongful...*, op. cit., s. 39 wskazuje natomiast, że stanowisko uznające za szkodę koszty utrzymania i wychowania dziecka „zwykłyżło wszędzie tam, gdzie problem *wrongful conception* się pojawił”. Trudno powiedzieć, na jakiej podstawie Autor używa wielkiego kwantyfikatora, skoro omawia jedynie kilka systemów z ponad 200 istniejących.

orzecznictwo przytoczone jako jeden z argumentów na rzecz tezy, że obowiązkiem odszkodowawczym objęte są nie tylko zwiększone w związku z upośledzeniem dziecka koszty jego utrzymania i wychowania, lecz koszty wszelkie. Rodzice chcieli bowiem uniknąć wszelkich kosztów, a nie jedynie kosztów zwiększonych. Pomija się tu jednak m. in. okoliczność (albo uznaje za pozbawioną znaczenia), że w przeciwieństwie do norm obowiązujących na gruncie obcych systemów aborcja z tzw. przyczyn społecznych czy ekonomicznych w polskim systemie jest nie „uświęconym prawem”⁴⁷, a przestępstwem zagrożonym karą pozbawienia wolności. Rekonstrukcja analizowanej argumentacji może być ujęta w schemat „[S1-Sn(Na→N)]→SP(N)”, gdy wiadomo, że „SP(~Na)”.

Podobnie jak naszkicowana wyżej „bezpośrednia” komparatystyka prawotwórcza, również pośrednie uzasadnienie obowiązywania normy N w systemie polskim dokonywane jest zarówno przez orzecznictwo jak i przez doktrynę. Jeśli chodzi o orzecznictwo, SN I uznał za argument przemawiający za istnieniem cywilnoprawnego obowiązku odszkodowawczego dwa orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: „JETPC”) nie uznające legalizacji aborcji za naruszenie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. W dużym uproszczeniu, Konwencja ta zakazuje państwom - stronom naruszania

⁴⁴ Żaden obowiązujący przepis i żadne reguły wykładni nie upoważniają do formułowania tezy, aby tak czy inaczej rozumiane „pozbawienie kobiety prawa do aborcji” rodziło obowiązek odszkodowawczy również wobec ojca dziecka (męża matki?). Skądinąd, presu- pozycją pojawiającego się niekiedy wyrażenia „x pozbawił rodziców możliwości dokonania aborcji” (tak np. Z. Pełowska, op. cit., s. 100) jest zdanie „Rodzice mają możliwość dokonania aborcji”. Presupozycja ta jest oczywiście fałszywa - na gruncie dostępnej rzeczywistości aborcja to przerwanie ciąży (jakkolwiek jest to definicja perswazyjna), a w ciąży może być tylko kobieta, stąd tylko kobietę można pozbawić możliwości dokonania aborcji. Wyrażenie o fałszywej presupozycji jest zaś - w zależności od koncepcji filozoficznej - albo zdaniem [„analitycznie”] fałszywym, albo nonsensem. Do powyższego można dodać, że wyrażenie „możliwość” można by rozumieć normatywnie tylko wówczas, gdyby jakaś norma nakazywała lekarzowi albo kobiecie dokonać aborcji na żądanie mężczyzny; wolno przypuszczać, że takie normy, przynajmniej oficjalnie, nigdzie nie obowiązują.

⁴⁵ T. Justyński, *Glosa SN II*, op. cit., s. 115; M. Nesterowicz, *Glosa SN II*, op. cit., s. 335 (podkreślając jednak, że orzecznictwo to jest rozbieżne).

⁴⁶ T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 109 i n., s. 216.

⁴⁷ Zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza wobec nienarodzonego dziecka z tytułu wrongful life w prawie francuskim* [w:] Prawo. Społeczeństwo. Jednostka, Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu, Warszawa 2003, s. 293 (cytuując pogląd odnoszący się do prawa francuskiego i nie odnosząc go wyraźnie do systemu polskiego). Pomijając już nawet sam przedmiot owegoż uświęcenia, osobiwa jest teza, że prawo stanowione może cokolwiek uświęcać; osobiwsza, że prawo stanowione może coś uświęcać w laickiej z założenia Francji; a najosobiwsza, że cokolwiek może być uświęcone „pod warunkiem”.

stypizowanych w niej praw człowieka, a podmiotom, których prawa zostały naruszone, zapewnia możliwość żądania ochrony prawnej przed ETPC. Jednocześnie podkreśla się, że ETPC upoważniony jest do kwalifikowania określonych sytuacji określonych podmiotów na gruncie Konwencji, nie przyznano mu natomiast jakichkolwiek kompetencji walidacyjnych⁴⁸. Stąd już *prima facie* bardzo trudno zrozumieć, jakie znaczenie dla dogmatycznej analizy art. 415 i n. kc ma mieć fakt, że określone normy generalne i abstrakcyjne obowiązujące w systemach państw - stron Konwencji nie zostały uznane za naruszenie Konwencji⁴⁹. Sąd Najwyższy, przytaczając pozbawione związku ze sprawą orzeczenia ETPC pominął tymczasem wyrok TK 97, którego związek z rozpoznawanym problemem jest ewidentny⁵⁰. Podejmując próbę rekonstrukcji komparatystyki normatywnej, wydaje się, że SN I fakt obowiązywania w określonych systemach normy Na (pozostającej w odnotowanym przez sam Sąd ścisłym związku z normą N) w koniunkcji z faktem, że norma Na została uznana za nienaruszającą określoną umowę międzynarodową przez podmiot nieupoważniony do orzekania o naruszaniu albo nienaruszaniu przez normę Na tej umowy międzynarodowej, wywodzi obowiązywanie normy N w systemie polskim. Ujmując rzecz od nieco innej strony, fakt obowiązywania określonej normy Na w systemach obcych w koniunkcji z faktem, że norma ta nie narusza umowy międzynarodowej został uznany za argument przemawiający na rzecz obowiązywania jakiejś normy na gruncie systemu polskiego przy pominięciu faktu, że w systemie polskim obowiązuje norma ~Na, mająca umocowanie nie tylko w przepisach ustawy, lecz także orzecznictwie sądu kon-

⁴⁸ Zob. np. M.A Nowicki, Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Zakamycze 2006, s. 64-67; R. Kuźniar, Prawa człowieka Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe, Warszawa 2006, s. 180. Zob. także P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Antwerpen-Oxford 2006, s. 241-245, 275-278. Za konsultację literatury przedmiotu dziękuję serdecznie P. Magistrowi B. Pawelczykowi.

⁴⁹ Zob. zwłaszcza M. Wild, op. cit., s. 50. Sam skład orzekający zauważa zresztą, że rozstrzygnięcia w obcych systemach zależą od aktualnego ustawodawstwa aborcyjnego.

⁵⁰ Od strony zasad procesu cywilnego chyba poza sporem jest okoliczność, że powoływanie nie mających żadnego związku z rozpoznawanym problemem orzeczeń ETPC, przy jednoczesnym całkowitym pominięciu wiążącego SN I wyroku TK 97, naraża skład orzekający, jak to eufemistycznie ujął M. Wild, na zarzut jednostronności (M. Wild, op. cit., s. 51). Należy dodać, że w innych (niż SN I i SN II) przypadkach dotyczących, najogólniej rzecz ujmując, płodu/ nienarodzonego dziecka obowiązek respektowania orzeczenia TK 97 Sądowi Najwyższemu nie umyka; por. zwłaszcza SN III i uchwała SN z 26 października 2006 r., I KZP 18/06, OSN IKIW 2007, poz. 97. Choć uchwała SN z 26 października 2006 r. ma bardzo odległy związek z przedmiotem niniejszej pracy, należy odnotować wyjątkową precyzję językową jaką się cechuje, w tym zwłaszcza świadomość nominalnego charakteru definicji legalnych.

stytucyjnego. Argumentację SN I można ująć w schemat „[S1 -Sn (Na)]→SP(N)”; gdy podmiot argumentujący wie, że „SP(~Na)”.

Szkic komparatystyki prawotwórczej wykorzystywanej przez doktrynę należy rozpocząć od poglądu ML Nesterowicza. Tenże, odnosząc się do sporu, czy art. 4a uproplwdpc konstruuje jakieś prawo podmiotowe, czy też ma jedynie charakter kontratypu, którego rozstrzygnięcie uważane jest za istotne dla uznania zasadności roszczeń odszkodowawczych stwierdza, że „(...) bardziej przekonuje mnie stanowisko orzecznictwa amerykańskiego, gdzie w wielu wyrokach podkreśla się, że istnieje prawo do autonomii prokreacji, które mieści się w prawie do prywatności, a to zawiera się w konstytucyjnym prawie do wolności”⁵¹. Teza powyższa, łamiąc najbardziej nawet swobodne reguły wykorzystywania argumentów funkcjonalnych w toku wykładni⁵², przechodzi do porządku dziennego nad tym choćby faktem, że prawo do prywatności (*right to privacy*) o którym mowa, zostało uznane w USA za prawo konstytucyjnie chronione w kontekście aborcji na gruncie przytoczonego już orzeczenia Roe/Wade, uznającego w określonym zakresie nieograniczone i nie- ograniczalne prawo do aborcji. Tymczasem nie wzmiankowane nawet w przypisie orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, uznające za prawo konstytucyjnie chronione nie „prawo do prywatności”, a tzw. „prawo do życia” , jest **sprzeczne** z orzecznictwem amerykańskim. Tym samym ocena ~O stanowiąca uzasadnienie aksjologiczne normy Na, które łącznie stanowią uzasadnienie dla prawa podmiotowego P w systemie amerykańskim została uznana za uzasadnienie aksjologiczne tegoż samego prawa podmiotowego P w systemie, w którym obowiązuje norma ~Na, uzasadniona oceną O; co można zapisać „S{[(Na ^ ~O)-> P]→N}→SP(P→ N)”, gdy wiadomo, że „SP(~Na O)”. Rekonstrukcja zdaje się ukazywać nieporozumienie, jakim jest uznawanie *de lege lata* za przejaw „wolności” czynu, za którego wykonanie grozi co do zasady kara pozbawienia wolności.

Do powyższego należy dodać, że analizowany przypadek komparatystyki prawotwórczej nie jest poprzedzony jakąkolwiek próbą ani wykładni językowej

⁵¹ M. Nesterowicz, *Glosa SN III*, op. cit., s. 130.

⁵² Zob. np. E. Łętowska, *Boska sztuka interpretacji* [w:] Prawo. Społeczeństwo. Jednostka, Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu, Warszawa 2003, s. 25 i n. gdzie mowa m. in. o słuszności, której osiągnięcie ma umożliwić odejście od pozytywistycznego paradygmatu wykładni, lecz jest to - jak się wydaje - jakieś zobiektywizowane ujęcie słuszności, odwołujące się m. in. do „mądrości prawniczej” czy doświadczenia życiowego ogółu prawników, a nie jedynie prywatnych przekonań określonego podmiotu co do tego, co jest słuszne, a co nie-słuszne.

⁵³ Skrót „tzw” został użyty jedynie z tego powodu, że poprawniejsze wydaje się mówienie nie o „prawie do życia”, a o „życiu chronionym prawem”; życie jest raczej pewną zaszczością warunkującą posiadanie praw, niż przedmiotem jakiegoś prawa; co skądinąd podkreśla jego wartość (tak też fragmenty uzasadnienia wyroku TK 97).

obowiązujących przepisów, ani wykładni funkcjonalnej, która byłaby poparta jakimikolwiek ocenami moralnymi (chyba, że za taką uznać przytoczenie fragmentu uzasadnienia SN I), które możnaby choćby spornie przypisać racjonalnemu aksjologicznie prawodawcy, a podmiot argumentujący używa funktora intensjonalnego „bardziej przekonuje mnie stanowisko, że” (zob. wniosek).

Podobny charakter ma uzasadnienie tezy, że dla przeprowadzenia aborcji z przyczyn eugenicznych nie jest konieczne przeprowadzenie badań prenatalnych faktem „podobnego stanowiska sądów amerykańskich”⁵⁴. Przechodzi się tu do porządku dziennego nad art. 4a ust. 2 upr. oraz wydanym na jego podstawie rozporządzeniem, które w § 2 ust. 2 stanowi, iż „wystąpienie okoliczności wskazujących na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu stwierdza lekarz (...) na podstawie badań genetycznych, lub (...) obrazowych badań ultra-sonograficznych”⁵⁵. Tymczasem rozwiązanie przyjęte w systemie amerykańskim ma oczywiste uzasadnienie - skoro aborcja dozwolona jest co do zasady zawsze (a nie, jak w systemie polskim, wyjątkowo), to wymóg prowadzenia badań prenatalnych poprzedzających aborcję z przyczyn eugenicznych prowadziłby do niezgodności w tamtym systemie. Komparatystyka prawotwórcza przybiera tu schemat: skoro w systemie S obowiązuje norma Na z której wynika logicznie norma Na1, to na gruncie systemu prawa polskiego, gdzie obowiązuje norma $\sim$ Na (której obowiązywanie jest przemilczane, ale nie kwestionowane otwarcie), obowiązuje norma Na1. Należy to zapisać „ $[S(Na \rightarrow Na1)] \rightarrow [SP(\sim Na \rightarrow Na1)]$ ”. Nietrafność powyższego wnioskowania (jeśli próba rekonstrukcji jest trafna) jest już uderzająca; implikacja $N \rightarrow N1$ jest analityczną prawdą, implikacja $\sim N \rightarrow N1$

⁵⁴ M. Nesterowicz, *Glosa SM II*, op. cit., s. 335, popierając stanowisko SN.

⁵⁵ Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 22 stycznia 1997 r. w sprawie kwalifikacji zawodowych lekarzy, uprawniających do dokonania przerwania ciąży oraz stwierdzania, że ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety ciężarnej lub wskazuje na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, Dz. U. Nr 9, poz. 49. Odnosząc się do uzasadnienia SN II wydaje się, że jeśli zdaniem organu orzekającego pomiędzy tymi aktami normatywnymi zachodzi niezgodność, winien on do tego konfliktu ustosunkować się w uzasadnieniu, a najlepiej przekazać sprawę do rozstrzygnięcia Trybunałowi Konstytucyjnemu; nie zaś zbywać obowiązujące prawo milczeniem.

⁵⁶ Przy świadomości kłopotów i wątpliwości, jakie rodzi wynikanie normy z normy na gruncie różnych logik norm i logik deontycznych. W tym przypadku chodzić będzie o pod-rzędność zakresu zastosowania normy Na1 w relacji do zakresu zastosowania normy Na, przy tożsamości zakresu normowania obu norm. „Wynikanie logiczne normy z normy” rozumie się tu za Z. Ziemińskiego, *Logika praktyczna*, Warszawa 2002, s. 249; w tym jednym przypadku uchyla się zastrzeżenie ostrożnościowe przedstawione w przypisie 35.

analitycznym fałszem, stąd cała implikacja jest zdaniem analitycznie fałszywym. Należy dodać, że komparatystyka normatywna nie została poparta nawet próbą wykładni czy to językowej, czy to funkcjonalnej obowiązujących w systemie polskim wytworów faktów prawotwórczych (chyba, że za taką uznać pogląd, że uzasadnienie wyroku jest „trafne”).

Komparatystyka prawotwórcza przybiera niekiedy postać tezy, że skoro w systemach S1 -Sn przyjmuje się istnienie obowiązku odszkodowawczego zarówno wtedy, kiedy dziecko urodziło się na skutek nieskutecznej sterylizacji jak i wtedy, kiedy dziecko urodziło się na skutek niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji, to tożsamość skutków obu zdarzeń zachodzi również w systemie polskim⁵⁷. Zarówno aborcja, jak i sterylizacja i antykoncepcja uznane są w tym ujęciu za desygnat bardzo już osobliwej nazwy „szeroko rozumiana antykoncepcja”⁵⁸. Wydaje się, że argument z komparatystyki prawotwórczej ma w tym przypadku ustanowić związek w płaszczyźnie odpowiedzialności odszkodowawczej pomiędzy niewykonaniem aborcji a nieudaną sterylizacją czy antykoncepcją. Jeśli bowiem chodzi o nieudaną sterylizację, to argumentów na rzecz tezy, że może ona rodzić obowiązek odszkodowawczy jest znacznie więcej niż w przypadku niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji, jakkolwiek i tu miałoby to zapewne miejsce na gruncie projektującej definicji wyrażenia „szkoda”. Nie wchodząc w zawile szczegóły, penalizacja sterylizacji „dla wygody” jest *de lege lata* przedmiotem sporu⁵⁹. Niezależnie od tego, czy uzna się, że czyn ten podpada pod art. 156 § 1 kk, za czym opowiada się w przeważającym stopniu dogmatyka prawa karnego, czy też uzna się pogląd przeciwny, to zarówno jego penalizacja jak i de- penalizacja znajdowałaby uzasadnienie w zupełnie innych ocenach aksjologicznych prawodawcy niż penalizacja aborcji co do zasady i depenalizacja kilku od tej zasady wyjątków. Uznanie obowiązku odszkodowawczego w tym przypadku nie groziłoby w każdym razie wywołaniem skutków społecznych rażąco sprzecznych

⁵⁷ Tak, jak się wydaje T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 20 i n. Należy jednak zastrzec, że w tym przypadku nie nastąpiło jakieś wyraźne odwołanie do obcych systemów jako argument w procesie wykładni; odwołania mają charakter raczej entymematyczny. Tożsamość skutków analizowanych zdarzeń zakładana jest m. in. przez samą konstrukcję tzw. skargi „*wrongful conception*” (dobitnie *idem*, s. 27).

⁵⁸ Pojęciem tym, odnosząc je jednak również do prawa polskiego, posługuje się konsekwentnie T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 79 („obowiązki związane z aborcją, sterylizacją i innymi formami antykoncepcji”), s. 94 (antykoncepcja to „wąsko rozumiana antykoncepcja”), s. 224 („antykoncepcja rozumiana szeroko”), s. 218 („środek antykoncepcyjny rozumiemy tu szeroko”).

⁵⁹ Zob. np. E. Zielińska, *Aspekty prawnokarne nieterapeutycznych zabiegów medycznych*, „*Studia Iuridica*” 1988, t. XVI, s. 245 i n. i podana tam literatura.

z ocenami aksjologicznymi przypisanymi prawodawcy, nie byłoby też chyba niezgodne z założeniami ontycznymi przypisanymi temu prawodawcy. Uznanie obowiązku odszkodowawczego nie prowadziłyby wreszcie do uznanych chyba słuszenie za niesprawiedliwe rozstrzygnięć, w których podmiot pragnący dokonać czynu choć niezakazanego, to jednak ocenianego negatywnie przez prawodawcę, byłby premiowany gigantycznym odszkodowaniem, w przeciwieństwie do podmiotów realizujących w stopniu niekiedy heroicznym wartości zgodne z preferencyjnymi ocenami aksjologicznymi przypisanymi prawodawcy⁶⁰. Te same uwagi należałoby odnieść również do antykoncepcji, tym bardziej, że jej prawna dopuszczalność nie budzi niczych wątpliwości. Do powyższego można dodać - jakkolwiek jest to jedynie skrajnie ostrożna hipoteza - że uznanie obowiązku odszkodowawczego w dwóch ostatnich przypadkach, choć i tak niezwykle wątpliwe z dogmatycznego punktu widzenia, byłoby być może bardziej zgodne ze społecznym poczuciem słusności, które chyba inaczej oceni podmiot, który o kilka dni pomylił wiek płodu/ nienarodzonego dziecka, a inaczej podmiot, który np. dla żartu albo zaspokojenia prywatnych przekonań aksjologicznych zamiast przepisanego środka antykoncepcyjnego wyda w aptecce multiwitaminę.

W związku z powyższym należy zauważyć, że na gruncie obcych systemów niezakazane są wszystkie trzy wymienione wyżej czyny; więcej, stanowią w takim czy innym zakresie niekwestionowane prawo podmiotowe, a niekiedy chronioną konstytucyjnie wolność⁶¹. Zrównanie skutków tych czynów na gruncie cywilnoprawnej odpowiedzialności odszkodowawczej uzasadnione jest m. in. przyjętymi w tamtych systemach założeniami ontycznymi co do statusu płodu/nienarodzonego dziecka oraz związanymi z tymi założeniami ocenami aksjologicznymi; w pewnym uproszczeniu można więc powiedzieć, że zarówno antykoncepcja, sterylizacja „dla wygody” (Ns) jak i aborcja wchodzi w zakres nazwy „szeroko rozumiana antykoncepcja”. Stąd podobieństwo między systemami polskim a obcymi zachodzi wyłącznie w zakresie dopuszczalności antykoncepcji, rzecz można, *sensu stricte* (Sk) i być może sterylizacji. Komparatystyka normatywna przybiera więc postać schematu: „{[Sl-Sn(Na[^]Ns[^]Nk) ^ ~O ^ ~ZO]→N}→ SP(N)”, w sytuacji, gdy na gruncie systemu polskiego obowiązują

⁶⁰ Na problem ten zwracają uwagę A Górski, op. cit., s. 32; M. Mataczyński, op. cit., s. 149 i n.; M. Wild, op. cit., s. 53 i 59.

⁶¹ Np o sterylizacji dla wygody jako fragmencie konstytucyjnego prawa człowieka do samookreślenia na gruncie systemu niemieckiego zob. np. T. Justyński, *Urodzenie dziecka jako źródło szkody. Uwagi na marginesie orzeczenia Sądu Najwyższego RFN z 27 czerwca 1995 r.*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 2, s. 65; tenże, *Poczęcie...*, op. cit., s. 83 i n.

normy $\sim Na$ i Ns ?, a prawodawcy należy przypisać założenie ontyczne ZO i preferencyjną ocenę aksjologiczną O⁶².

Do powyższego należy dodać, że apriorycznie przyjęte założenie o tożsamości skutków niewykonania aborcji, nieudanej sterylizacji i nieudanej antykoncepcji w płaszczyźnie odpowiedzialności cywilnoprawnej zdaje się wykluczać możliwość prowadzenia wykładni funkcjonalnej. Z góry zakłada się bowiem, że pomiędzy tymi zdarzeniami nie ma istotnych różnic, co ustala wynik wykładni jeszcze przed jej rozpoczęciem. Wynik ten jest przy tym uzasadniony wyłącznie ideologicznie, twierdzi się mianowicie, że zróżnicowanie skutków tych zdarzeń w płaszczyźnie odpowiedzialności odszkodowawczej „„oznaczałoby „karę” wobec kobiet pragnących poddać się aborcji””⁶³. Pomijając problem sterylizacji, nie wiadomo, dlaczego sytuacja, w której obowiązująca norma Na prowadzi do skutku $S1$, a inna obowiązująca norma $N2$ prowadzi do skutku $S2$, miałyby stanowić jakąś „karę”. Normy te regulują chyba nieporównywalne pod względem

⁶² Dowodzenie, że polskiemu prawodawcy nie można przypisać oceny aksjologicznej na gruncie której aborcja to rodzaj „szeroko rozumianej antykoncepcji” wydaje się zbędne; teza taka bywa jak się zdaje rzadko głoszona nawet przez najbardziej radykalne ugrupowania pozaparlamentarne.

⁶³ T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 213. Argumentacja Autora, odwołująca się do metadyrektywy *lege non distinguente*... stanowi jaskrawe już nieporozumienie. Autor twierdzi, że jeśli ustawodawca przyznaje kobietom prawo do aborcji, to korzystanie z tego prawa w pełni akceptuje, tak samo jak akceptuje antykoncepcję (podkr. moje). Gdyby ustawodawca negatywnie oceniał aborcję, to zrezygnowałby z prawnego sankcjonowania jej bytu. Skoro zaś tak nie postąpił i nie wprowadził przepisów obie sytuacje różniących, to brak jakichkolwiek podstaw dla ich różnicowania (*idem*, s. 213). Jeśli dla Autora różnica pomiędzy kodeksem karnym a rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 17.05.2007 r. w sprawie recept lekarskich (Dz. U. Nr 97, poz. 646; § 8 ust. 1; wydane na podstawie art. 45 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry) oraz rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 02.11.2007 r. w sprawie limitów leków i wyrobów medycznych wydawanych świadczenio-biorcom odpłatnie, za opłatą ryczałtową lub częściową odpłatnością (Dz. U. Nr 227, poz. 1653; załączniki, wydane na podstawie art. 38 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych; powołane akty można uznać za podstawę legalności obrotu środkami antykoncepcyjnymi) nie jest „wyraźną różnicą normatywną”, a pomoc społeczna dla rodziców dzieci upośledzonych tudzież niekwestionowane założenie, że człowiek przed urodzeniem podlega ochronie prawa (w takim czy innym zakresie) oznacza „pełną akceptację” dla aborcji, dyskusja nie wydaje się możliwa. Nie dość jak widać powtarzać, że sam fakt depenalizacji jakiegoś czynu nie upoważnia do wysnuwania wniosku, że czyn taki jest przez prawodawcę „w pełni akceptowany”. Należy jednak zastrzec, że teza o pełnej akceptacji dla aborcji przez polskiego prawodawcę zyska znamiona powagi, jeśli na gruncie reguły konsekwencji zacznie się również głosić, że prawodawca ten „w pełni akceptuje” pijaństwo, niszczenie własnego mienia, uwodzenie i porzucanie piętnastoletnich dziewcząt itd. Gdyby bowiem prawodawca „negatywnie oceniał” pijaństwo *etc*, to „zrezygnowałby z prawnego sankcjonowania jego bytu”.

aksjologicznym zdarzenia; co więcej, nieporównywalne są również w płaszczyźnie dogmatycznej - jedna stanowi poddawany w pewnym zakresie w wątpliwość co do swej konstytucyjności wyjątek⁶⁴, druga zaś (na gruncie norm prawnych) niekwestionowaną zasadę.

Znamiennym przykładem komparatystyki prawotwórczej jest również pogląd T. Justyńskiego, który uznaje, że podstawą dla obowiązywania normy N (w tym przypadku w postaci tzw. roszczeń z tytułu „*wrongful birth*”) jest między innymi „prawo do planowania rodziny”, „uznane obecnie niemal powszechnie za granicą”⁶⁵. Ma to być prawo rodziców zadecydowania o tym, czy i kiedy chcą się obciążyć wychowaniem oraz utrzymaniem dzieci⁶⁶. Prawo to wynika na gruncie obcych systemów z szeregu przepisów prawnych, często utwierdzonych orzecznictwem sądów konstytucyjnych; w kontekście aborcji, która uznana jest za postać realizacji tego prawa tak samo, a w każdym razie bardzo podobnie jak stosowanie antykoncepcji, znajduje nadto ugruntowanie w poglądach moralnych i ontologicznych przeważających części tamtych społeczeństw. Tymczasem na gruncie prawa polskiego podstawę „prawa do planowania rodziny” stanowić ma wyrwany z kontekstu fragment preambuły uproplwdpc, nazwany (w liczbie mnogiej)

⁶⁴ L. Bosek, op. cit., s. 46 i s. 53, z podaną tam literaturą prawa konstytucyjnego. W dogmatyce prawa karnego zob. np. K. Wiak, *Polskie prawo karne wobec dziecka poczętego* [w:] *Ius et lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002, s. 114. W ogromnym uproszczeniu chodzić będzie przede wszystkim o posługiwanie się zwrotami nieokreślonymi. Choć nie jest to przedmiotem niniejszego szkicu, trudno uznać za zgodną z konstytucją sytuację, w której podmiot/przyszły podmiot uzależniony jest od zwrotu niedookreślonego; bardzo różnie zresztą interpretowanego.

⁶⁵ T. Justyński, *Wrongful...*, op. cit., s. 34 i n.; tenże, *Poczęcie...*, op. cit., s. 105 i n. Planowanie rodziny - cokolwiek miałoby akurat znaczyć, jest przy tym uważane za podstawę roszczeń; podnosi się wręcz., iż „sprawy te związane są przecież nie tyle z lecznictwem, co planowaniem rodziny” (T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 23 i s. 105 i n.; dla uzasadnienia rozciągnięcia obowiązku odszkodowawczego również wobec ojca dziecka). Bardzo podobnie M. Nesterowicz, *Glosa SN I*, op. cit., s. 532, gdzie obce orzecznictwo przytoczone jest również jako argument obowiązywania „prawa do planowania rodziny”; jego podstawę stanowią także tytuł ustawy i jej preambuła (podkr. moje). Zob. także M. Kowalski, *Koncepcja prawa do planowania rodziny w systemie dóbr osobistych*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 5, s. 60, gdzie również fragment preambuły uopropwdpc (nazwany „preambulą”) oraz, jak się zdaje, prywatne przekonanie Autora co do tego, że „aktualny katalog dóbr osobistych nie zapewnia wystarczającej ochrony sfery życia człowieka związanej z planowaniem potomstwa” nazwano „wyraźnymi podstawami normatywnymi”. Na okoliczność, że prawo do planowania rodziny w systemie niemieckim obejmuje m. in. możliwość określenia przez rodziców „w jakim zakresie gotowi są poddać się obciążeniu finansowym, które przynoszą ze sobą dzieci” T. Justyński, *Urodzenie dziecka jako źródło szkody. Uwagi na marginesie...*, op. cit., s. 65.

⁶⁶ Najściślej T. Justyński, *Wrongful...*, op. cit., s. 42.

„wyraźnymi podstawami normatywnymi”⁶⁷, a w jednym przypadku nawet tytuł ustawy o planowaniu rodziny (...). Powyższy poglądy łamią bez podania jakiegokolwiek uzasadnienia niesporne jak dotąd założenia co do normatywnego charakteru tekstów prawnych, na gruncie których preambuły, ich wyrwane z kontekstu fragmenty, a tym bardziej tytuły ustaw nie mogą stanowić samoistnego źródła praw i obowiązków⁶⁸. Twierdzi się przy tym, że *de lege lata* prawo do aborcji służy, przynajmniej między innymi, uniknięciu kosztów utrzymania niechcianego dziecka⁶⁹, niczym nieuzasadnioną hipotezę co do *ratio legis* przepisu czyniąc podstawą czyjejś odpowiedzialności.

Rekonstrukcja tego przypadku komparatystyki prawotwórczej ukazuje dalsze osobliwości. Na gruncie systemów S1-Sn norma nakazująca zapłacić odszkodowanie obejmujące w szczególności koszty utrzymania i wychowania dziecka podmiotowi, który w taki czy inny sposób uniemożliwił wykonanie aborcji, uzasadniona jest między innymi przyznaniem przez systemy S1-Sn określonego prawa podmiotowego P. Prawo to, które wynika z szeregu przepisów prawnych (P1-Pn), orzeczeń sądów konstytucyjnych (W), uznanych przez prawodawcę i większość adresatów norm ocen aksjologicznych i założeń ontycznych ma być argumentem za przyznaniem przez prawodawcę polskiego prawa podmiotowego takiej samej treści (choć o węższym zakresie) w sytuacji, gdy nie obowiązują żadne przepisy na gruncie których uznanie takiego prawa byłoby możliwe, gdy orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego *expressis verbis* stwierdza, że „prawo do planowania rodziny” ma jedynie swój aspekt pozytywny - nie można bowiem planować tego co już jest (na podstawie przyjętych założeń ontycznych i związanych z nimi ocen aksjologicznych rodzina „jest” od chwili poczęcia dziecka), gdy

⁶⁷ M. Kowalski, *Koncepcja...*, op. cit., s. 60

⁶⁸ Co do preambuł zob. np. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 369 i n.; tenże, *Uzasadnienie aktu prawodawczego*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 1, s. 28; Z. Ziemiński, *Przepis prawny a norma prawna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1960, nr 1, s. 111. Najszerzej S. Lewandowski, *Charakter normatywny preambuł*, „Studia Iuridica” 1998, t. XXXVI, *passim* i podana tam literatura Autor podkreśla wyjątkowość sytuacji, w której z preambuły można wyinterpretować jakąś normę; dotyczyć to ma wyłącznie „preambuł merytorycznych” na gruncie typologii zaproponowanej przez tego Autora Wyinterpretowana norma nie może być przy tym podstawą jakiegokolwiek rozstrzygnięcia Przyjmując typologię i wnioski S. Lewandowskiego należy stwierdzić, że mający rzekomo stanowić podstawę czyichś praw fragment preambuły uproszczony ma charakter motywacyjno-teleologiczny i nie stanowi podstawy dla obowiązywania jakiegokolwiek normy w systemie; w szczególności takiej, której naruszenie miałoby skutkować potencjalnie wielomilionową sankcją odszkodowawczą. Szersze dowodzenie, że tytuł ustawy nie stanowi podstawy do wyinterpretowania jakiegokolwiek normy, jest zbędne.

⁶⁹ T. Justyński, *Wrongful...*, op. cit., s. 42.

wreszcie pogląd przeciwny został uznany przez TK 97 za niezgodny z Konstytucją z kilkunastu powodów Argumentacja przebiega więc tu według schematu „ $\{[S1-Sn(P1-Pn \wedge W \wedge \sim O \wedge \sim ZO) \rightarrow P] \rightarrow N\} \rightarrow SP(P \rightarrow N)$ ”, gdy wiadomo, że $SP[(\sim P1-Pn) \wedge \sim W \wedge O \wedge ZO]$.

Niekiedy odwołania do obcych systemów jedynie pośrednio wywierają wpływ na wykładnię, prowadząc do konstruowania kategorii pojęciowych o wyraźnym zabarwieniu ocennym, nieznanym polskiej dogmatyce. Przykładowo jeden z wyroków Sądu Najwyższego RFN został uznany za „dobrą ilustrację zaawansowanego poziomu niemieckiej judykatury „medycznej”⁷⁰. Autor, wyraźnie wiążąc zaawansowanie judykatury niemieckiej z brakiem zaawansowania polskiej pomija okoliczność, iż podstawowym kryterium kwalifikacji decyzji sądowych jest nie ich „zaawansowanie”, a praworządność⁷¹. Decyzje podmiotów stosujących prawo w ogromnym uproszczeniu wtedy są praworządne, jeśli znajdują uzasadnienie w obowiązujących na gruncie danego systemu normach prawnych. Tymczasem „zaawansowane orzeczenie” zostało wydane na gruncie co najmniej kilku założeń nieadekwatnych dla polskiego systemu, tj. przyznania każdemu prawa podmiotowego do sterylizacji „dla wygody”, obowiązywania doktrynalnej koncepcji tzw. „sfery ochronnej umowy”⁷², tezy, że zapłodnienie do którego doszło wbrew woli kobiety stanowi naruszenie jej ciała czy tezy, stanowiącej chyba bardziej ocenę aksjologiczną niż jakąś normą oraz że sterylizacja „dla wygody” „służy planowaniu rodziny” (cokolwiek miałyby to wyrażenie oznaczać). Tym samym funktor nazwotwórczy „zaawansowane” znajduje odniesienie nie do dogmatycznych walorów orzeczenia na gruncie systemu polskiego, a niemieckiego. Sam fakt obowiązywania różnych norm w różnych systemach zdaje się natomiast

⁷⁰ Zob. T. Justyński, *Urodzenie dziecka jako źródło szkody. Uwagi na marginesie*..op. cit., s. 59.

⁷¹ Zob. zwłaszcza Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 291 (w kontekście wykładni językowej) i s. 476 i n. ; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa* Warszawa 1988, s. 82 i n.

⁷² T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 107 i n. Autor odnosząc się do krytycznych uwag A Kocha, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 111 i n. stwierdza, że są one „niesłuszne”, gdyż koncepcja „sfery ochronnej umowy” nie grozi nadmiernym rozszerzeniem zakresu odpowiedzialności, ale ten zakres ogranicza Chyba niemożliwe jest zrozumienie, jak „sfera ochronna umowy” ma ograniczać zakres odpowiedzialności, skoro została wykorzystana m. in. dla jej rozszerzenia tak, aby podmiotem uprawnionym do odszkodowania był także ojciec dziecka Skądinąd podstawowym zarzutem wobec „Normzwecklehre” wysuniętym przez A Kocha (do którego T. Justyński w żaden sposób się nie odnosi) jest fakt, że teoria ta jest teorią bezprawności, a nie związku przyczynowego.

nie upoważniać do oceniania orzecznictwa opartego na tych różnych normach jako zaawansowanego albo niezaawansowanego⁷³. Powyższa argumentacja stanowi być może nieuświadomioną próbę stworzenia projektującej definicji predykatu „być orzeczeniem na zaawansowanym poziomie”. Brzmiałaby ona mniej więcej tak: „x jest orzeczeniem na zaawansowanym poziomie, jeśli x jest zgodne z założeniami jakiegoś obcego systemu”, gdzie „x” to zmienna przebiegająca zbiór orzeczeń sądów polskich. Definicja wywiera przy tym pośredni, aczkolwiek ewidentny wpływ na wykładnię, który przejawia się w perswazyjnej presupozycji, że orzeczenia nie spełniające definicji są niezaawansowane, i stąd (entymematycznie) godne modyfikacji.

3.3. Odrębny charakter ma prawdopodobnie jedyna wypowiedź metajęzykowa uznająca trafność konkretnego przypadku komparatystyki prawotwórczej. Warto przytoczyć ją *in extenso*. „Rozważania [SN II] są wnikliwe oraz interesujące, tym bardziej że Sąd Najwyższy umiejętnie wykorzystał bogaty dorobek judykatury zagranicznej. Dzięki temu dorobkowi dyskusja w prawie polskim może rozpocząć się od innego punktu wyjściowego niż toczona przed kilkudziesięciu laty za granicą. Wiele problemów zostało już przecież rozpoznanych oraz definitywnie rozwiązanych. W wielu kwestiach osiągnięto dale-

ko idącą zgodność poglądów”⁷⁴.

O powyższej tezie można napisać prawdopodobnie odrębny artykuł, należy jednak skoncentrować się na dwóch zagadnieniach. Po pierwsze, głosi się tu jak się zdaje postulat **receptji** określonych norm. Chyba niemożliwe jest inne rozumienie tezy, że skoro na gruncie określonych systemów obowiązuje określona norma, to jej obowiązywanie należy przyjąć na gruncie prawa polskiego, ponieważ problemy z tą normą związane zostały na gruncie obcych systemów „definitywnie rozwiązane”. O problemie receptji będzie mowa we wnioskach; w tym miejscu należy skoncentrować się na drugim zagadnieniu, mianowicie postulatowi **rewolucji naukowej**, którą chyba nieświadomie głosi Autor. Na gruncie powyższej wypowiedzi zerwany został bowiem paradygmat w ogromnym uproszczeniu mówiący, że w nauce problemów „rozwiązanych definitywnie” nie ma i w związku z tym każde twierdzenie może zostać poddane badaniu przez każdego innego badacza na okoliczność swej trafności, funkcjonując

⁷³ O założeniu aksjologicznej równości systemów w badaniach komparatystycznych zob. R. Tokarczyk. *Komparatystyka...*, op. cit., s. 260.

⁷⁴ T. Justyński, *Glosa SN II*, op. cit., s. 111. Skądinąd tenże jeszcze rok wcześniej uważał zagadnienie za „niezwykle skomplikowane jurydycznie” (T. Justyński, *Glosa SN I*, op. cit., s. 122 i n.).

w nauce dopóki, dopóty jego nietrafność nie zostanie wykazana. Z powyższej wypowiedzi (i wypowiedzi ją poprzedzających, zob. cytowany artykuł) wynika bowiem, że pewne zdanie deontyczne: „niewykonanie niezakazanej *de lege lata* aborcji rodzi obowiązek odszkodowawczy, a szkodę stanowią zwłaszcza koszty utrzymania i wychowania urodzonego dziecka ponoszone przez jego rodziców” wchodzi do nauki - jako wynik „definitywnego” rozwiązania problemu dogmatycznego - na stałe i nie może podlegać już falsyfikacji. Postulat ten zdaje się również stanowić bardzo śmiało nawiązanie do metodologicznego postulatu nakazującego podejmowanie starań dla integrowania ze sobą różnych dyscyplin naukowych. Dogmatyka prawa cywilnego została tu bowiem bardzo ściśle zintegrowana z teologią, gdzie również pewne zdania deontyczne, jako orzekające o normach ustanowionych przez nieomylnego, wszechwiedzącego i absolutnie dobrego Boga wchodzi do systemu „definitywnie”.

IV Wnioski

Niniejsza praca uczyniła przedmiotem dalece szkicowej i nieroszczącej pretensji do zupełności analizy schemat argumentacyjny nazwany projektują- co „komparatystyką prawotwórczą”. Wydaje się, że szkic upoważnia do sformułowania kilku wniosków, które wychodząc od reguł poprawnej argumentacji komparatystycznej przyjętej w kulturze prawnej, będą stanowić próbę zinterpretowania powyższego schematu na gruncie założeń co do metod prowadzenia wykładni i jej przedmiotu, teorii prawa, semiotyki, teorii argumentacji oraz rudymenarnych założeń dotyczących różnicy pomiędzy działalnością naukową a działalnością nie - naukową. Wyprowadzenie możliwie dobrze uzasadnionych wniosków zdaje się wymagać wyodrębnienia trzech typów komparatystyki prawotwórczej; zasadą typologii jest stopień naruszenia założeń co do sposobu prowadzenia wykładni.

Komparatystyka prawotwórcza w swej najłagodniejszej wersji zdaje się stanowić argument funkcjonalny na rzecz przyjęcia obowiązującego normy N w systemie polskim. Wobec szeregu faktów, takich jak niezgodność, a niekiedy sprzeczność norm dotyczących aborcji, które obowiązują w systemie polskim i w systemach obcych, sprzeczności założeń ontycznych dotyczących płodu/ nienarodzonego dziecka i związanych z nimi ocen preferencyjnych przypisanych polskiemu prawodawcy i prawodawcom obcym, kontekstu historycznego, zwłaszcza wpływu de- penalizacji aborcji w innych systemach (w tym w szczególności precedensu Roe/Wade w USA), kontekstu społecznego, w tym zwłaszcza zinternalizowanych w różnych systemach niezgodnych norm moralnych przez adresatów norm tych

systemów⁷⁵ należy stwierdzić, że **jeśli obowiązywanie normy N (lub obiektów stanowiących jej uzasadnienie, np. „prawa do planowania rodziny”) stanowi argument funkcjonalny na rzecz jakiejś tezy, to tezy o nieobowiązywaniu normy N w systemie polskim**. Należy jednak zastrzec, że taki argument sam przez się nie rozstrzyga sporu na rzecz nieobowiązywania normy N w systemie polskim.

Wnioski płynące ze szkicowej analizy komparatystyki prawotwórczej w jej najmniej skrajnej wersji nie wyczerpują się jednak w stwierdzeniu jej nietrafności. Komparatystyka ta czyni bowiem argumentem na rzecz obowiązywania normy N w systemie polskim różne obiekty uzasadnione aksjologicznie oceną preferencyjną $\sim O$, gdy tymczasem w systemie polskim prawodawcy należy przypisać ocenę O . Zdaje się to prowadzić do sprzeczności aksjologicznej w systemie, co zresztą już wiele lat temu szeroko uzasadniał M. Safjan. W tym miejscu można jedynie dalece skrótowo zauważyć, że nie jest chyba możliwe pogodzenie oceny O przyjętej przez polskiego prawodawcę z tezą, jakoby koszty utrzymania i wychowania dziecka urodzonego na skutek niewykonania niezakazanej *de lege lata* aborcji były szkodą; ponieważ teza ta zdaje się, swobodnie mówiąc, implikować ocenę $\sim O$ {„nie jest tak, by życie człowieka - nawet tego już urodzonego - było ważniejsze od statusu majątkowego lub psychicznego innego człowieka [ponieważ koszty tego życia są szkodą dla innego podmiotu]”}⁷⁶.

W skrajniejszym ujęciu komparatystyka prawotwórcza przechodzi do porządku dziennego nad niekwestionowanym od dziesięcioleci obowiązkiem rozpoczęcia procesu wykładni od zastosowania dyrektyw językowych. Obowiązujące w Polsce przepisy są wprawdzie przytaczane, lecz nie podejmuje się nawet próby przydania im znaczenia na gruncie reguł semantycznych i syntaktycznych języka ogólnego głosząc, że wynika z nich jakaś norma czy prawo podmiotowe, ponieważ norma ta czy prawo podmiotowe jest przyjmowana prawie wszędzie

⁷⁵ Jak trafnie zauważono w doktrynie (zob. np. L. Bosek, op. cit., s. 36 i n.; A. Górski, op. cit., s. 30; M. Wiącek, op. cit., s. 174 i n. M. Wild, op. cit., s. 51;), a fakt ten dostrzega również T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 213, aborcja jest uważana powszechnie za zło - niechby i w skrajnych sytuacjach „mniejsze” (S. Rudnicki, *Głosa SN I*, s. 475 i n.) - a nie godny moralnej aprobaty akt samostanowienia, nazwany w jednym miejscu wręcz „uświęconym prawem”.

⁷⁶ Odmienne najszerzej T. Justyński, *Poczęcie...*, op. cit., s. 52 i n. Do powyższego należy dodać, że sama konstrukcja skarg zakłada odpowiedzialność za urodzenie dziecka „niechcianego”, co pogłębia aksjologiczne rozdarcie systemu. Stosunek psychiczny jednego podmiotu do drugiego, będący dotąd jedynie bardzo smutnym stanem faktycznym, któremu racjonalny aksjologicznie prawodawca starał się w ten czy inny sposób zaradzać (np. poprzez pomoc dla rodzin zastępczych) został jak się zdaje uznany za relewantne na gruncie prawa cywilnego zdarzenie prawne.

tam, gdzie np. „dochodzi do [podobnych] procesów”. Ignorowane są także niekwestionowane jak dotąd założenia teoretycznoprawne, choćby takie, że tytuły ustaw lub wyrwane z kontekstu fragmenty preambuł nie stanowią „wyraźnych podstaw normatywnych” dla jakiegoś prawa podmiotowego i skorelowanego z nim obowiązku.

W swej wersji najskrajniejszej komparatystyka prawotwórcza nie trudzi się już nawet przytoczeniem obowiązujących w polskim systemie przepisów, wywodząc obowiązywanie *de lege lata* jakiś norm np. z „podobnego stanowiska sądów amerykańskich”. Nie trzeba szerzej udowadniać, że art. 87 i n. Konstytucji nie znają takiego źródła prawa jak „podobne stanowisko sądów amerykańskich”. Próba zinterpretowania komparatystyki w tym ujęciu musi chyba doprowadzić do tezy, że jest ona raczej próbą dokonania recepcji norm, których obowiązywanie byłoby pożądane przez kilku przedstawicieli doktryny na gruncie prywatnego moralnego sprzeciwu tych podmiotów wobec norm obowiązujących w polskim systemie. Szersze dowodzenie, że podmiotom tym nikt kompetencji do działań walidacyjnych nie udzielił, wydaje się zbędne⁷⁷.

Próbując natomiast wyjaśnić komparatystykę prawotwórczą, przynajmniej w jej najskrajniejszej wersji, na gruncie teorii prawa, właściwym narzędziem wydaje się koncepcja H.L.A. Harta. Otóż podmiot, który wykładni danego przepisu nawet nie próbuje dokonać albo w toku interpretacji powołuje się na oceny sprzeczne z tymi, które stanowią jego niekwestionowane uzasadnienie aksjologiczne⁷⁸, sam wyklucza się poza obowiązujący system prawny i poza ukształtowaną na jego gruncie kulturę prawną. Podmiot taki nie dokonuje bowiem „wykładni” w znaczeniu przypisanym temu terminowi przez kulturę prawną, a kwalifikuje dany akt normatywny „spoza” systemu. Mówiąc językiem H. L. A. Harta, podmiot taki

⁷⁷ Nawet gdyby powyższy wniosek okazał się nietrafny, a komparatystyka prawotwórcza traktowała obiekty takie jak „podobne stanowisko sądów amerykańskich” nie jako fakt normotwórczy relewantny dla polskiego systemu, a [po prostu] jako pewien fakt, stanowiłaby w takim przypadku, jak się wydaje, ewidentny przykład błędu naturalistycznego.

⁷⁸ W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na fragment uzasadnienia SN I, gdzie skład orzekający odwołał się do poglądów „upodmiotowujących kobietę w sprawach pro- kreacji, sprzeciwiających się jej instrumentalnemu traktowaniu”. Wyrażenia tego, wzięwszy pod uwagę również kontekst wypowiedzi, nie można chyba rozumieć inaczej, niż jako „odwołanie się do panujących w określonych kręgach społeczeństwa opinii na temat prawa do aborcji” (S. Rudnicki, Wybrane problemy..., s. 279). Nie wydaje się zadaniem prac prawniczych podejmowanie prób rozstrzygnięcia, które ze sprzecznych ocen aksjologicznych aborcji są słuszne, niemniej jeśli analizowana w teorii prawa formuła „x jest niepraworządnym stosowaniem prawa” może być kiedykolwiek spełniona, to uzasadnienie składu orzekającego, który odwołuje się w procesie interpretacji danej normy do ocen, na gruncie których ta norma **w ogóle nie powinna obowiązywać, jest niepraworządnym stosowaniem prawa.**

przyjmuje względem systemu eksternalny (zewnątrzny) punkt widzenia⁷⁹; nie uznaje przepisów **za prawo**, któremu winien jest posłuszeństwo, a za obiekt jakiegoś innego rodzaju, który z racji jego np. rzekomej niesłuszności czuje się upoważniony ignorować.

Odrębnym zagadnieniem jest charakter semiotyczny komparatystyki prawotwórczej. Przynajmniej niektóre wypowiedzi stanowią mniej lub bardziej ewidentną **ocenę** polskiego systemu prawnego, zwłaszcza obowiązującej w nim normy Na; względnie jakiś sformułowany entymematycznie wniosek *de lege ferenda*⁸⁰. Nic nie stoi oczywiście na przeszkodzie formułowaniu takich wniosków pod adresem ustrojodawcy, niemniej nazywanie ich „wykładnią” stanowi nieporozumienie. Jeszcze ostrzej osobliwość komparatystyki prawotwórczej widoczna jest w przypadkach, w których dane wyrażenie poprzedzone jest funktorem in- tensjonalnym, co każe traktować je raczej jako ekspresję prywatnych przekonań moralnych, niż poddające się intersubiektywnej weryfikacji zdanie.

Komparatystykę prawotwórczą należy również zakwalifikować pod kategorie pojęciowe skonstruowane przez teorię argumentacji. Schemat wnioskowania będący chyba cechą swoistą rozumowań stanowiących desygnat nazwy „kom- paratystyka normatywna” stanowi przykład popularnego sofizmu „z powszechnego mniemania”. Z tego, że większość sądzi, że *p* wnosi się, że *p*⁸². Oczywiście należy zastrzec, że schemat wnioskowania „z powszechnego mniemania” nie zawsze przybiera postać sofizmu; więcej, nie ma chyba pracy naukowej, która nie powołałaby się na „*communis opinio*” panujące co do jakiegoś zagadnienia. Poprawne powołanie się podmiotu P na „*communis opinio*” podmiotów P2-Pn dotyczy jednak

⁷⁹ Co do zewnętrznej oceny prawa z punktu widzenia określonych wartości zob. zwłaszcza J. Wróblewski, *Sądowe...*, s. 83; por. także H. L. A. Hart, *Pojęcia prawa*, Warszawa 1998, s. 144 i n.

⁸⁰ O wypowiedziach zabarwionych ocennie, służących przede wszystkim wyrażeniu aprobaty albo dezaprobaty w prawoznawstwie zob. Z. Ziemiński, *Rodzaje sporów w prawoznawstwie*, „Studia Metodologiczne” 1968, nr 4, s. 173.

⁸¹ O cechach swoistych w relacji do cech istotowych desygnatów nazw zob. J. J. Jadacki, *Spór o granicę języka*, Warszawa 2005, s. 106.

⁸² Zob. np. K. Szymanek, *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*, Warszawa 2005, s. 242. Sofizmat ten można uznać za szczególny typ sofizmu „z autorytetu” (*ad verecundiam*); „autorytetem” jest w tym przypadku nie konkretny podmiot, lecz zdanie większości; tak jak się zdaje A Schopenhauer, *Erystyka, czyli sztuka prowadzenia sporów*, Warszawa 2000, s. 92 i n. („sposób 30”). Rzecz wymaga dalszych badań - które o ile udało się ustalić nie były prowadzone - bo uznanie wyrażenia „zdanie większości” za podpadające pod nazwę „autorytet”, dosłownie rzecz biorąc jest nonsensem (syntaktycznym), a w najlepszym razie metaforą. Problem chyba zniknie, jeśli za „autorytet” będzie można uznać także zbiór podmiotów, a za „powszechną opinię” - opinię żywioną przez większość podmiotów z jakiegoś zbioru.

poglądów, które mogą zostać przyjęte przez podmiot P⁸³, a nie obowiązywania norm w systemach, które pod niektórymi przynajmniej względami nie mają z systemem polskim nic wspólnego. Argument, że w większości państw roszczenia takie są uznawane i aprobowane przez doktrynę (jakkolwiek wydaje się, że w przeciągu ostatnich kilku lat niektóre z tych państw zaczynają rewidować swoje stanowisko⁸⁴) nie stanowi żadnego argumentu na rzecz ich uznawania na gruncie systemu polskiego. Podobnie np. możliwość rozwiązania małżeństwa przez mężczyznę poprzez list rozwodowy w państwach islamskich, zapewne znajdująca bardzo gorącą aprobatę w tamtejszej doktrynie, nie stanowi żadnego argumentu na rzecz obowiązywania takiej normy w systemie krajowym.

Komparatystyka prawotwórcza zdaje się stanowić zagrożenie nie tylko dla normatywnej i aksjologicznej spójności systemu obowiązującego prawa, lecz również dla dogmatyki prawa cywilnego. Po pierwsze, bez szerszego uzasadnienia uznaje się zasadność obowiązywania obcych konstrukcji doktrynalnych, wykształconych na gruncie obcych systemów. Znowu należy zastrzec, że nic nie stoi oczywiście na przeszkodzie uznaniu zasadności np. koncepcji „sfery ochronnej” umów zobowiązaniowych, która to konstrukcja służy m. in. uzasadnieniu rozciągnięcia obowiązku odszkodowawczego również wobec ojca dziecka (męża matki?). Zasadnym byłoby chyba jednak przedstawienie jakiś argumentów wychodzących poza rzekomą słuszość skutków do jakich ta konstrukcja ma prowadzić i podjęcie choćby próby polemiki z poglądami, które już kilkadziesiąt lat temu uznały niezasadność i nieadekwatność tej koncepcji na gruncie rodzimego systemu. Nie od rzeczy byłaby chyba również chociaż próba wyobrażenia sobie, do czego recepcja konstrukcji stworzonej m. in. dla przezwyciężenia mankamentów związanych z wąskim ujęciem deliktu na gruncie § 823 BGB, może doprowadzić w systemie, gdzie przyjęto szerokie unormowanie art. 415 kc⁸⁵. Niekiedy bywa i tak, że dwie konkurujące ze sobą konstrukcje uzasadniające obowiązek odszkodowawczy na

⁸³ Zob. np. Ch. Perelman, *Imperium retoryki. Retoryka i argumentacja*, Warszawa 2004, s. 106 i n.

⁸⁴ Co dotyczy Wlk. Brytanii i Hiszpanii, gdzie ostatnio powództwa z tzw. „*wrongful birth*” zostały oddalone, zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza i szpitala za wrongful conception, wrongful birth, wrongful life w orzecznictwie europejskim (2000-2005)*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 21 i n. (angielskie orzeczenie wprowadzając radykalną zmianę w dotychczasowym stanie rzeczy zostało określone mianem „konserwatyizmu”).

⁸⁵ O osobliwościach niemieckiego reżimu odpowiedzialności kontraktowej na tle unormowań europejskich zob. np. R. Zimmermann, op. cit., s. 32 i n. Na tle powyższego zob. F. Bossowski, *Znalezienie skarbu wedle prawa rzymskiego*, Kraków 1925, s. 7, gdzie opisuje się postępowanie prawników rzymskich, którzy „w instytucje prawa rzymskiego wciskali, świadomie czy nieświadomie, greckie pojęcia prawne”. Analizowana w pracy metodologia nie jest więc jak widać zjawiskiem nowym.

gruncie systemu obcego („pokrzyżowanie planowania rodziny” i „sfera ochronna umowy”), które na gruncie tego systemu zdają się wzajem wykluczać; a przynajmniej konkurować⁸⁶, przyjmowane są jako zarazem obowiązujące w systemie polskim. Uderzająco nieadekwatne wydają się także kalki konstrukcji dogmatycznych wykształconych w *common law*, pomijające m. in. fundamentalne różnice pomiędzy systemami prawa kontynentalnego a *common law* oraz niezgodności w zakresie kluczowych pojęć bezpośrednio wpływających na wykładnię, zwłaszcza niezgodne z polskim rozumieniem zasad prawa czy podstawowych instytucji prawa cywilnego, np. związku przyczynowego⁸⁹.

Co jednak wydaje się najważniejsze, komparatystyka prawotwórcza w swej wersji metajęzykowej, uznając pewne już *prima facie* niezwykle trudne problemy za „rozwiązane definitywnie”, zdaje się godzić w najbardziej elementarne intuicje i założenia związane z nauką. Wydaje się bowiem, że w nauce rozumianej jako - mówiąc nieco mętnie - obowiązek nieustannego poszukiwania prawdy, problemów „definitywnie rozwiązanych” *ex definitione* nie ma

Kończąc należy podkreślić, że jeśli powyższe analizy zostaną uznane za trafne, okoliczność ta nie pociągnie za sobą konieczności uznania za nietrafne poglądu przyjmującego istnienie obowiązku odszkodowawczego obejmującego koszty utrzymania i wychowania urodzonego na skutek niewykonania niezaka-

⁸⁶ Zob. T. Justyński, *Poczucie...*, op. cit., s. 108.

⁸⁷ Zob. zwłaszcza R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Kraków 2003, *passim* (o osobliwościach prawa deliktowego s. 223 i n.). Zob. także np. L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001, s. 343 (gdzie podkreślono powszechną praktykę opierania argumentacji na przekonaniach przyjętych w danym środowisku); Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii...*, op. cit., s. 75; M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, „Państwo i Prawo” 1980, nr 6, s. 70. M. Ancel, op. cit., s. 119 podkreśla, że *common law* to nie tylko system prawa, ale także „sposób życia czy myślenia i działania, które wykraczają poza ramy techniki prawnej”. Z drugiej strony obserwowane jest jednak zbliżanie się do siebie obu koncepcji prawa, zob. np. A. Piotrowski, *Precedens w systemie polskiego prawa ustawowego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1994, nr 4, s. 79. Zob. także R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 73 i n. i s. 250 i n.; na s. 255 *expressis verbis* wskazując na ryzyko wykładni *contra legem* przy porównywaniu prawa kontynentalnego z *common law*. O fundamentalnych różnicach w doktrynalnych uwarunkowaniach systemów zob. R. Zimmermann, op. cit., s. 19. W kontekście obowiązku odszkodowawczego zob. zwłaszcza R. Trzaskowski, op. cit., s. 12 i n.

⁸⁸ Zob. zwłaszcza R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, *passim*. Zob. także np. Z. Ziemiński, *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*, Warszawa 1993, s. 89.

⁸⁹ A. Peczenik, *W obronie dogmatyki prawa* [w:] W kręgu teoretycznych i praktycznych apeksów prawoznawstwa. Księga jubileuszowa profesora Bronisława Ziemiańskiego, Szczecin 2005, s. 75; podkreślając jednak, że odmienne koncepcje prowadzą najczęściej do zbieżnych wyników. Co do podobieństw i rosnących zbieżności między systemami R. Zimmermann, op. cit., s. 25 i n.

zanej aborcji dziecka. Zadaniem niniejszej pracy było bowiem podjęcie próby obalenia jednego z argumentów wysuwanych na poparcie tego poglądu, a nie polemika z samym poglądem.

ABOUT THE COMPARATIVE ARGUMENTATION IN THE RESEARCH ON A BIRTH OF A CHILD BORN IN EFFECT OF AN UNPERFORMED NON-BANNED ABORTION, AS A SOURCE OF A LIABILITY FOR COMPENSATION

There is a current discussion in Polish civil law whether an unperformed non-banned abortion can result in the formation of a liability for compensation, which includes in particular the costs of maintenance and upbringing of a born child. The aim of this article is not a research on the mentioned problem, but an attempt of analysis of one of the arguments used in the discussion.

A formation of the liability for compensation has been accepted in foreign law orders, which can be presented as a proof of the existence of the same liability in Polish civil law. However, this argument, referred to as 'The normative compar- atistics', has been deemed as erroneous. First, norms of Polish law regarding abortion, according to which abortion is generally banned, are discordant and sometimes even contradictory to norms of law present in foreign legal systems in which abortion in principle is admissible. Second, discordant norms of law are justified in the light of discordant axiological values attributed to Polish legislator and foreign legislators; legislators were attributed preferential, instead of merit-related, opinions as, *inter alia*, definitely easier to determine and less disputable. Preferential axiological value attributed to Polish legislator was expressed in a way of following sentence: "life of a human [representative of the *Homo sapiens* species] before a birth is more important than financial position or mental state of other born human", whereas in foreign legal systems there is assumed preferential axiological value resulting in following sentence: "life of a human before a birth is not more important than financial position or mental state of other born human". Diversity of preferential axiological values originates from discordance or possible contradiction in ontic presuppositions regarding *nasciturus* assumed in Polish and foreign systems; on the ground of foreign systems there is assumed, simplifying, that *nasciturus* is not a human being. Finally, there are different social purposes, which these discordant and sometimes contradictory norms of law are designed to serve.

The research allowed formulating conclusions that pose an attempt to interpret obtained outcomes on the ground of - *inter alia* - the assumptions concerning the methods of interpretation and its subject, the theory of law, the semiotics and the theory of argumentation. With regard to the assumptions concerning the methods of interpretation and its subject there have been indicated three types of the normative comparatistics'; the level of infringement of the rules of the interpretation accepted in Polish law culture has been deemed as the criterion of typology. The first and the most common type infringes the assumptions of rules of the functional interpretation. The second - infringes the order of the linguistic guidelines of interpretation and the third one rejects the hierarchy of Polish sources of the law and accepts as a source of a law - for example - verdicts of the foreign courts. The last type has been recognized as an attempt to introduce of the foreign laws into the Polish legal system by the subjects, which do not exercise legislative power. With respect to the theory of law, on the basis of the H. L. A Hart's concept, it has been regarded that subjects attempting to adopt foreign laws to Polish legal system assume so called "external point of view" in reference to norms of law which are not in accordance with adopted norms of law. With regard to the semiotics, at least some of analyzed opinions do not have the nature of deontic propositions, but the nature of assessment (values) of Polish legal system. Eventually, with respect to the theory of argumentation, the normative comparatistics' takes the form of the "generally accepted view - fallacy", which is considered as a particular type of so called "appeal to authority - fallacy" (*argumentum ad verecundiam*).

A research on the rightness of thesis, which is accepted by some scholars that unperforming of non-banned abortion may result in the formation of a liability for compensation, which includes also the costs of maintenance and upbringing of a born child, was not the purpose of this work. Therefore, possible refutation of the comparative argument will not entail refutation of the thesis, which is supported by other arguments as well.

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009

Warszawa 2009

Małgorzata Szeroczyńska¹ ■

PROCEDURA ZMIANY PŁCI METRYKALNEJ TRANSSEKSUALISTÓW A OCHRONA PRAWA DO ŻYCIA PRYWATNEGO W PRAWIE POLSKIM I ZAGRANICZNYM

Płeć człowieka jest jednym z podstawowych elementów określających jego tożsamość psychiczną, społeczną i biologiczną. To płeć określa przyzwolenie społeczne na ubiór, fryzurę, makijaż, sposób zachowania się lub okazywania emocji. To płeć powoduje, że zajmujemy odpowiednie role społeczne (męża albo żony) i biologiczne (ojca albo matki). Płeć niesie za sobą także konotacje prawne (różnicuje wiek zdolności do zawarcia małżeństwa, wiek uprawnienia do pobierania świadczeń emerytalnych, obowiązek służby wojskowej itp.).

Mogłoby się na pierwszy rzut oka wydawać, że nie ma nic trudnego w określeniu, jakiej płci jest dana osoba. Lekarz, trzymając w rękach noworodka, stwierdza istnienie żeńskich albo męskich zewnętrznych narządów płciowych i na tej podstawie do aktu urodzenia każdego człowieka wpisywana jest odpowiednia płeć - żeńska albo męska. Większość z ludzi przez całe życie funkcjonuje zgodnie z tą właśnie płcią wpisaną w dokumentach, tzw. płcią metrykalną. Istnieje jednak niewielka grupa osób, w wypadku których płeć metrykalna określona na podstawie drugorzędowych cech płciowych może nie odpowiadać ich płci gonadalnej (obojnaćstwo) lub płci psychicznej (transseksualizm). Niniejsze opracowanie chciałabym poświęcić właśnie omówieniu sytuacji prawnej tej ostatniej grupy osób - transseksualistom - i zasadom określania praw-

¹ Autorka jest stypendystką Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej.

nego ich płci. U transseksualistów występuje rozbieżność pomiędzy morfologiczno-biologiczną budową ciała, z której wynika określenie płci metrykalnej a psychicznym poczuciem przynależności do płci. Transseksualista czuje odrazę do własnej płci fizycznej i dąży wszelkimi dostępnymi sposobami do posiadania ciała zgodnego z płcią przeżywaną (nawet w formie samokastracji), a co za tym idzie odgrywania roli społecznej i prawnej zgodnej właśnie z tą płcią. Stąd u transseksualistów silna potrzeba doprowadzenia do uznania przez społeczeństwo, że są odmienną płcią, niż ich natura stworzyła².

Z punktu widzenia prawa zadać sobie należy pytanie, co jest ważniejsze - fakty biologiczne czy psychika człowieka, a więc co za tym idzie - czy dopuszczalne w ogóle jest na podstawie diagnozy transseksualizmu dokonanie zmian w zapisach o znaczeniu prawnym, tj. określenia płci, a często także imienia i końcówki nazwiska w akcie urodzenia i innych dokumentach tożsamości. Jeśli odpowiedź na to pierwsze pytanie byłaby pozytywna, to zastanowić się należy, jakie powinny być przesłanki formalne do dokonania takiej zmiany oraz jaką procedurę należy zastosować.

I Znaczenie płci psychicznej jako podstawy określenia płci człowieka

Konieczniak i Boratyńska postawili bardzo ważne pytanie (na które niestety nie dali odpowiedzi): co to jest prawdziwa, rzeczywista płeć człowieka - zespół cech fizycznych czy trwały stan psychiki (płeć subiektywna) . Rozstrzygnięcie tego zagadnienia z punktu widzenia prawa staje się bardzo istotne. Jeśli bowiem przyjmiemy, że określenie płci człowieka wynika wyłącznie z zapisu jego kodu genetycznego, to niezależnie od odczuć psychicznych osoba o genomie zawierającym chromosomy XY musi prawnie funkcjonować jako mężczyzna, podczas gdy osoba o chromosomach XX - jako kobieta. Nie ma jednak na obecnym etapie rozwoju medycyny żadnych przesłanek, które by mogły prowadzić do jednoznacznego stwierdzenia, że płeć chromosomowa (genotypowa) jest najważniejszym elementem określenia płci. W medycynie rozróżnia się wręcz kilka rodzajów płci. Obok płci chromosomowej mówi się o płci gonadalnej (określanej przez istnienie gruczołów płciowych), płci hormonalnej (określanej przez proporcje wytwarzanych przez gruczoły płciowe hormonów), płci gonadoforycznej (określanej przez istnienie wewnętrznych narządów płciowych, np. jajowodów

² Imieliński, K., *Seksjatria*, PWN, Warszawa, 1990, t. II, s. 285 i nast.

³ Boratyńska, M., Konieczniak, P., *Prawa pacjenta*, Difin, Warszawa, 2001, s. 78-79.

i macicy u kobiety), płci zewnętrznych narządów płciowych (określanej przez występowanie prącia albo sromu), płci fenotypowej (określanej przez wygląd zewnętrzny człowieka, np. zarost, budowę ciała, przerost gruczołów piersiowych), a także o już wspomnianej płci metrykalnej i płci psychicznej⁴. Rozbieżności w funkcjonowaniu mogą zaistnieć na poziomie każdej z tak określonych płci, czego przykładem może być zarówno hermafrodytyzm (występowanie u jednego osobnika zarówno gonad męskich jak i żeńskich), jak i obojnactwo rzekome (niezgodność między gonadami jednej płci a drugorzędowymi i trzeciorzędowymi cechami płciowymi)⁵, co nie dowodzi jeszcze przewagi żadnej z tak określonych płci nad pozostałymi, ani z punktu widzenia medycyny, ani tym bardziej prawa.

Przy transseksualizmie potrzebne jest jednak zajęcie jednoznacznego stanowiska, czy płeć psychiczna nie jest właśnie najważniejszym elementem w określaniu płci człowieka. Jak już bowiem zostało wspomniane, transseksualiści czują taką odrazę do własnego ciała (a więc do wszystkich pozostałych elementów określających ich płeć biologiczno-morfologiczną), że dążą do jego zmiany, nawet poprzez samouszkodzenie. W chwili obecnej jedyną dostępną metodą likwidacji dysharmonii pomiędzy poczuciem przynależności do danej płci a wyglądem zewnętrznym własnego ciała jest zabieg chirurgicznej korekty płci. Wszystkie inne metody terapeutyczne, w tym oddziaływanie psychologiczne czy psychiatryczne, okazały się nieskuteczne. Niemożliwe jest bowiem zniesienie zaburzenia identyfikacji płciowej poprzez wpływ na psychikę, a więc uzdrowienie człowieka przy zachowaniu jego płci biologicznej i metrykalnej⁶. Jeśli więc nie uznamy, że płeć psychiczna ma znaczenie przeważające tak dla medycyny, jak i dla prawa, musimy pozostawić transseksualistów bez jakiegokolwiek leczenia w sytuacji cierpienia.

Część polskich autorów wydaje się stać właśnie na takim stanowisku. Filar twierdzi, że chirurgiczny zabieg korekty płci nie prowadzi do stanu zdrowia, ale utrwała patologiczną identyfikację rodzajową, a więc nie ma celu leczniczego. Także Rejman głosi, że korekta płci u osobnika dorosłego nawet za jego zgodą

⁴ Imieliński, K (red.), *Seksuologia. Zarys encyklopedyczny*, PWN, Warszawa, 1985, s. 266-267.

⁵ Ibidem, s. 117.

⁶ Daniluk, P., *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca bezprawność „chirurgicznej zmiany płci”*, Państwo i Prawo, 2008, nr 1, str. 97; Daniluk, P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów jako czynność lecznicza*, Prawo i Medycyna, 2007, nr 1, s. 108-109.

⁷ Filar, M., *Dwie płci w jednym ciele*, Prawo i Życie, 1987, nr 28, s. 4; Filar, M., *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze, Kraków, 2000, s. 216-217; Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, Państwo i Prawo, 1987, nr 7, s. 74; Filar, M., *Transseksualizm jako problem prawny*, Przegląd sądowy, 1996, nr 1, s. 82; Filar, M., Krześ, S., Marszałkowska-Krześ, E., Zaborowski, P., *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, LexisNexis, Warszawa, 2004, s. 183-184.

stanowi ciężkie uszkodzenie ciała, sankcjonowane przez prawo karne, tym bardziej że zabieg chirurgiczny nie jest w stanie przywrócić biologicznych funkcji organów płciowych, a tylko stanowi ich atrapę, a więc całe postępowanie nie mieści się w pojęciu czynności leczniczej⁸. Z tymi ostatnimi poglądami zgadza się również Gromadzki, który w obecnym stanie prawnym nie widzi możliwości zalegalizowania takich zabiegów chirurgicznych, a także dokonania zmiany w zapisach aktu urodzenia określających płeć⁹.

Jednakże spotkać można w doktrynie także liczne twierdzenia przeciwne. Przykładowo Daniluk wskazuje, że pogląd Filara, Rejman i Gromadzkiego o nieleczniczym kierunku chirurgicznej zmiany płci jest z gruntu fałszywy. Według niego nie można przyjmować prymatu zdrowia fizycznego nad psychicznym, a fizyczność nie jest wyznacznikiem zdrowia człowieka¹⁰. We współczesnej medycynie w myśleniu o transseksualizmie przeważa teoria, że ani ciało, ani dusza nie są chore, ale panuje między nimi silna dysharmonia. Leczenie polega więc na usunięciu tej dysharmonii, a nie przywróceniu wcześniejszej sprawności (która przecież nigdy nie istniała). Nie jest to dopasowanie ciała do chorej psychiki, ale próba likwidacji chorobowego stanu dysharmonii między zdrowym ciałem a zdrową psychiką¹¹.

Jeśli uznajemy transseksualizm za jednostkę chorobową - a tak definiuje go obecna Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych - to chirurgiczna zmiana płci stanowi czynność medyczną w ramach leczenia objawowego - likwiduje skutki zaburzenia w postaci cierpienia psychicznego transseksualisty, wynikającego z niezgodności między płcią psychiczną a biologiczną. Transseksualista jest dogłębnie przekonany o prawidłowości swojej orientacji psychoseksualnej, ma za to poczucie choroby ciała, które tej orientacji nie odpowiada. Stanowisko to popiera Dulko wskazując - na podstawie przeprowadzonych badań aktowych i wywiadów z osobami po sądowej zmianie płci - że ma ona działanie terapeutyczne dające znaczne korzyści psychiczne transseksualistom w postaci zarówno złagodzenia konfliktów intrapsychicznych i interpersonalnych, jak i odwrócenia uwagi od natrętnego zainteresowania problemem własnej płci, kierując aktywność na społecznie użyteczną działalność zawodową

⁸ Rejman, G., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89*, Orzecznictwo Sądów Polskich, 1991, nr 2, s. 67.

⁹ Gromadzki, C., *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów*, Przegląd Sądowy, 1997, nr 10, s. 84.

¹⁰ Daniluk, P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci”*, op. cit., s. 109.

¹¹ Daniluk, P., *Stan wyższej konieczności*, op. cit. s. 97; Daniluk, P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci”*, op. cit., s. 108-109.

¹² Za: Daniluk, P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci”*, op. cit., s. 100.

oraz pozwalając na prowadzenie satysfakcjonujących związków seksualnych i emocjonalnych¹³. Podobną opinię głosi też Sakowicz, wskazując, że w wyniku zabiegu korekcyjnego psychika uzyskuje właściwy wymiar, choć ciało pozostaje obciążone pewną „wadą”¹⁴. Autor ten nie ma wątpliwości, że to właśnie płeć psychiczna jest płcią właściwą i zabieg chirurgicznej korekty płci przywraca ciału człowieka jego prawidłowy rodzaj¹⁵. Pisuliński stoi z kolei na stanowisku, że dla potrzeb prawnych trwałe psychiczne przekonanie o przynależności do określonej płci powinno stanowić kryterium równorzędne do cech biologicznych¹⁶. Warylewski podkreśla natomiast, że zdrowie człowieka rozumiane jest także jako gotowość do wypełniania funkcji społecznych, a właśnie taką zdolność - wypełniania roli społecznej zgodnej z płcią psychiczną - daje chirurgiczny zabieg korekcyjny¹⁷.

Tak więc wobec braku innych metod leczenia transseksualizmu, ważniejsze wydaje się polepszenie przynajmniej stanu psychicznego pacjenta¹⁸, co przecież zgodnie z definicją WHO mieści się w definicji zdrowia¹⁹. Z takim nastawieniem zgadza się Leszczyński, wskazując, że podstawą każdej czynności leczniczej jest łagodzenie cierpienia, co w przedmiotowym wypadku niewątpliwie ma miejsce (oczywiście w aspekcie cierpienia psychicznego, a nie bólu fizycznego)²⁰. Podobne poglądy można spotkać też w późniejszych publikacjach Rejman²¹.

Pomimo pewnych rozbieżności panujących wciąż w polskiej doktrynie w zakresie legalności zabiegów korekty płci i ich medycznego charakteru, a co za tym idzie dopuszczalności zmiany płci metrykalnej, na dzień dzisiejszy w świetle prawa i orzecznictwa międzynarodowego zdaje się nie ulegać już wątpliwości, że to właśnie płeć psychiczna jest dominującym elementem uprawniającym do korekty płci fizycznej i metrykalnej. Co więcej, uprawnienia te zostały na przestrzeni ostatnich lat uznane za zagadnienia objęte prawem do prywatności każdego

¹³ Dulko, S., *Stwierdzenie zmiany płci w drodze sądowej*, Nowe Prawo, 1982, nr 9-10, s. 76.

¹⁴ Sakowicz, A., *Prawnokame gwarancje prywatności*, wyd. Zakamycze, Kraków, 2006, s. 278-279.

¹⁵ Ibidem, s. 284.

¹⁶ Pisuliński, J., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89*, Państwo i Prawo, 1991, nr 6, s. 114.

¹⁷ Warylewski, J., *O duszy uwięzionej w obcym ciele - dopuszczalność chirurgicznej zmiany płci w świetle prawa karnego*, Gazeta Sądowa, 2000, nr 730-74, s. 57.

¹⁸ Filar, M., *Transseksualizm*, op. cit., s. 74-75.

¹⁹ Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia z 22 lipca 1946 r., Dz. U. z 1948 r., nr 61, poz. 477.

²⁰ Leszczyński, J., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów Izby Cywilnej z dnia 22 czerwca 1989 r. (III CZP 37/89)*, Palestra, 1992, nr 3-4, s. 102.

²¹ Rejman, G., *Odpowiedzialność kama lekarza*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa, 1991, s. 149.

człowieka, wobec którego państwo ma obowiązki pozytywne umożliwienia realizacji zarówno zabiegów medycznych, jak i przeprowadzenia odpowiednich zmian zapisów prawnych.

II Prawo do zmiany płci metrykalnej prawem człowieka w świetle prawa i orzecznictwa międzynarodowego

W dniu 12 września 1989 r. Parlament Europejski wydał rezolucję o dyskryminacji transseksualistów²². Według tej rezolucji życie zgodne z identyfikacją płciową zostało uznane za prawo osobiste każdego człowieka, wynikające z przyrodzonej mu godności. Przyjmując takie stanowisko, Parlament Europejski wezwał państwa strony do wdrożenia odpowiedniego ustawodawstwa narodowego umożliwiającego transseksualistom zmianę płci zarówno medyczną (endykronologiczną i chirurgiczną w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego), jak i prawną (zmianę imienia i nazwiska na zgodne z płcią oraz zmianę zapisu płci w akcie urodzenia i innych dokumentach tożsamości). Jednocześnie zakazana została we wszystkich dziedzinach życia dyskryminacja transseksualistów z powodu adaptacji do płci psychicznej. Parlament Europejski wezwał również Radę Europy do przyjęcia konwencji o ochronie transseksualistów.

Odpowiedzią Rady Europy na powyższy dokument było wydanie przez Zgromadzenie Parlamentarne Rekomendacji 1117 (1989) on the condition of transsexuals²³, sugerującej państwom stronom wprowadzenie ustawodawstwa pozwalającego transseksualistom na zmianę płci w akcie urodzenia i dokumentach tożsamości oraz zmianę imienia zgodnie z tą płcią, a także prawa prowadzącego do zapewnienia ochrony życia prywatnego transseksualistów i zakazu ich dyskryminacji zgodnie z art. 14 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Kolejnym dokumentem międzynarodowym poświęconym temu zagadnieniu była Konwencja nr 29 o uznaniu decyzji o zmianie? j?łci wydana 16 września 1999 r. przez International Commission on Civil Status²⁴. Zgodnie z tą konwencją państwa strony zgodziły się uznawać na swoim terytorium orzeczenia innych państw odnośnie do uznania płci, jeśli osoba, której orzeczenie dotyczy, była obywatelem albo stałym mieszkańcem państwa je wydającego, i na tej podstawie

²² Granet, E, *Transsexualism in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasburg, 2000, s. 82-83.

²³ Ibidem, s. 78-79.

²⁴ Ibidem, s. 68-71.

dokonywać zmiany w postaci wzmianki marginesowej we własnym rejestrze urodzeń, jeśli osoba jest w nim zarejestrowana, a także w każdym aspekcie prawa krajowego traktować ją jako przedstawiciela płci uznanej. Wyjątkowo odmówić uznania można, jeśli osoba - pomimo zmiany płci metrykalnej - nie dokonała faktycznej fizycznej adaptacji do tej płci, w tym także zabiegu chirurgicznego, albo fakt dokonania tej adaptacji nie wynika jednoznacznie z orzeczenia uznającego płć.

Takie podejście do praw podmiotowych transseksualistów wynika obecnie także w sposób jednoznaczny z orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, który w orzeczeniu w sprawie Van Kuck przeciwko Niemcom z 12 czerwca 2003 r. wyraźnie stwierdził, iż tożsamość płciowa i orientacja seksualna mieszczą się w sferze osobistej chronionej przez art. 8 Konwencji. Także kwestie dotyczące zmiany imienia i nazwiska oraz zapisu płci w dokumentach prawnych objęte są prawem do życia prywatnego²⁵.

Stanowisko takie kształtowało się jednak powoli w orzecznictwie strasburskim. Początkowo Trybunał Praw Człowieka nie wymagał od państw w ogóle wprowadzenia procedury zmian aktu urodzenia w odniesieniu do transseksualistów po operacyjnej korekcie płci. Stwierdzenie, że nałożenie takich obowiązków pozytywnych na państwa byłoby zbyt daleko idące, padło w sprawie Rees przeciwko Wielkiej Brytanii z 17 października 1986 r. Rees był transseksualistą, który zmienił płć z żeńskiej na męską. Oznaczenie płci (oraz imion z żeńskich na typowo męskie) zmieniono we wszystkich dokumentach poza aktem urodzenia, gdyż przepisy brytyjskie przewidywały w tamtych czasach jedynie możliwość zmian w wypadku błędów pisarskich oraz adopcji, co w tym stanie faktycznym nie miało miejsca. Uznając przedmiotową skargę za zasadną Komisja co prawda przyznała, że osoby transseksualne po operacji korekcji płci powinny mieć możliwość potwierdzenia tego nowego stanu rzeczy we wszystkich dokumentach²⁶, jednakże Trybunał wskazał, iż w chwili obecnej należy pozostawić państwom stronom margines swobody w ocenie, w jakim stopniu są w stanie zaspokajać potrzeby transseksualistów (w przedmiotowej sprawie istotnym faktem było, że koszty operacji zostały poniesione w ramach publicznej służby zdrowia, skarżący

²⁵ Sygn. 35968/97, Nowicki, M., *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka Wybór orzeczeń 1999-2004*, Zakamycze, Kraków, 2005, s. 673.

²⁶ Kilkelly, U., *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention Human Rights*, Council of Europe, Strasburg, 2001 s. 14.

²⁷ Sygn. 9532/81

²⁸ Zostało to już wcześniej stwierdzone przez Komisję w orzeczeniu Van Oosterwijck przeciwko Belgii, sygn. 7654/76. W wyroku w tej sprawie z 6 listopada 1980 r. Trybunał oddalił jednak skargę wobec niewyczerpania krajowych środków odwoławczych.

mógł zmienić imiona oraz wskazanie płci w paszporcie i prawie jazdy, a akt urodzenia nie stanowił w zasadzie podstawy do wydania żadnego innego dokumentu i nie był mu niezbędny - a przynajmniej prawnie wymagany w codziennym funkcjonowaniu). Trybunał stwierdził, że interes publiczny dotyczący przejrzystości stosunków rodzinnych i spadkowych może przeważać nad interesem prywatnym transseksualisty żądającego zmiany płci prawnej²⁹. Przyznał co prawda, że jest świadomy cierpienia, jakie przeżywają te osoby, jednakże uznał za istotniejsze stosowanie Konwencji zgodnie z obowiązującym stanem wiedzy medycznej i świadomości społecznej. Przy takim odwołaniu do czynników historycznie zmiennych, Trybunał zapowiedział, że niniejsze zagadnienie powinno być systematycznie badane w przyszłości³⁰.

W wydanym cztery lata później orzeczeniu w sprawie Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii Trybunał co prawda dopatrywał się, że w niektórych państwach zaszła znacząca zmiana w traktowaniu transseksualistów, jednakże wobec braku jednolitej praktyki w Europie pozostawił w tym zakresie nadal duży margines swobody władzom państwowym. Tym samym - opierając się na tych samych argumentach, co w sprawie Rees - nie stwierdził naruszenia art. 8 i 12 Konwencji w wypadku zakazu zawarcia związku małżeńskiego przez transseksualistę, który zmienił płeć z męskiej na żeńską (także w tym wypadku organy brytyjskie zmieniły skarżącej imiona na żeńskie i wydały wszystkie dokumenty potwierdzające tę płeć, z wyjątkiem naniesienia odpowiedniej wzmianki w akcie urodzenia)³².

Pewien przełom w orzecznictwie Trybunału nastąpił w orzeczeniu z 25 marca 1992 r. w sprawie B. przeciwko Francji³³. Władze francuskie odmówiły zmiany zapisu dotyczącego płci w akcie urodzenia (a także wszystkich innych dowodach tożsamości) transseksualisty, który zmienił płeć z męskiej na żeńską, uzasadniając swoją decyzję stwierdzeniem, iż zmiana ta miała charakter sztuczny, a uwzględnienie jej uznania w akcie urodzenia naruszyłoby zasadę integralności osoby ludzkiej (choć zdarzały się już we Francji sądowe zarządzenia o dokonaniu takich wpisów w przypadku innych osób transseksualnych). Trybunał odniósł się przede wszystkim do faktu, że we Francji nie istniała możliwość zmiany nawet pierwszego imienia, aby dostosować go do nowej płci fizycznej. Transseksualista był zmuszony posługiwać się starymi dokumentami, w których widniały nieodpo-

²⁹ Kilkelly, U., op. cit., s. 44.

³⁰ Burek, W, *Interpretacja ewolucyjna Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na przykładzie orzecznictwa w sprawach sytuacji prawnej transseksualistów pooperacyjnych*, Prawo i Medycyna, 2007, nr 1, s. 121-123.

³¹ Wyrok z 11 września 1990 r., sygn. 10843/84.

³² Burek, W, op. cit., s. 123.

³³ Sygn. 13343/87

wiadające stanowi faktycznemu zapisy dotyczące imienia i określenia płci. Trudności faktyczne oraz cierpienie, związane z każdorazową koniecznością tłumaczenia swojej sytuacji życiowej, Trybunał uznał za zbyt obciążające dla jednostki i nieuzasadnione w imię interesu ogólnego. Wskazał również na różnice prawne w odniesieniu do aktów stanu cywilnego w Wielkiej Brytanii i Francji. O ile w Wielkiej Brytanii rejestr urodzeń ma charakter historyczny, w którym można poprawiać jedynie błędy faktyczne, a każda zmiana zapisu prowadziłaby do jego falsyfikacji (odmiennie uregulowane były tylko kwestie adopcji), o tyle przepisy francuskie pozwalają aktualizować akt urodzenia przez całe życie obywatela i nie stawiają żadnej przeszkody, by dopisywać na nich różne adnotacje, w tym o sądowej zmianie płci. Z tych powodów Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji³⁴.

Pomimo wydania powyższego wyroku, w sprawie Sheffield i Horsham przeciwko Wielkiej Brytanii z 30 lipca 1998 r. Trybunał powrócił do poprzedniej linii orzeczniczej, ustalonej w wyrokach Rees i Cossey (zresztą stan faktyczny w odniesieniu do obu skarżących był analogiczny jak w powyższych sprawach)³⁵.

Wyrażna zmiana linii orzeczniczej nastąpiła dopiero w wyroku z 11 lipca 2002 r. w sprawie Christie Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii³⁶. Skarżąca z powodu odmowy zmiany numeru ubezpieczenia, zgodnie z którym nadal była mężczyzną, była dyskryminowana na rynku pracy. Między innymi odmówiono jej przejścia na emeryturę w wieku 60 lat, czyli w wieku ustalonym dla kobiet. W wyroku tym Trybunał wyraźnie uznał, że prawo transseksualistów do pełnego rozwoju osobistego oraz bezpieczeństwa fizycznego i moralnego jest obecnie bezsprzeczne. W związku z tym wobec osób po operacyjnej korekcie płci nie można utrzymywać stanu rozbieżności między płcią prawnie zadeklarowaną przy urodzeniu a stanem faktycznym. Trybunał stwierdził, że rozstrzygnięcie w tym względzie nie mieści się w zakresie swobody decyzji państwa, gdyż interes publiczny nie przeważa nad interesem prywatnym. Jeśli państwo zgodziło się pomóc w leczeniu i operacji transseksualisty (w tym wypadku, jak we wszystkich wcześniejszych sprawach przeciwko Wielkiej Brytanii, operacja została sfinansowana ze środków publicznych), to nielogiczna wydaje się odmowa uznania prawnych skutków zmiany płci w obszarze prawa administracyjnego. Z tego powodu orzeczone zostało naruszenie art. 8 Konwencji. Tym razem Trybunał stwierdził także naruszenie

³⁴ Burek, W, op. cit., s. 124; Pogodzińska, P., *Orientacja seksualna w orzecznictwie trybunałów europejskich*, w: Śmieszek, K. (red.), *Przeciwdziałanie dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej w świetle prawa polskiego oraz standardów europejskich*, Kampania przeciwko homofobii, Warszawa, 2006, s. 129-130.

³⁴ Sygn. 22985/1993

³⁵ Burek, W, op. cit., s. 125.

³⁶ Sygn. 28957/95.

art. 12 Konwencji poprzez zakazanie małżeństwa osobie po chirurgicznej korekcie płci z osobą płci przeciwnej, a więc płci, która widnieje w akcie urodzenia transseksualisty Trybunał stwierdził, że małżeństwo jest co prawda tradycyjnie związkiem mężczyzny i kobiety, ale nie wynika z tego konieczność określania tej płci wyłącznie na podstawie kryteriów biologicznych. Rozwój nauki i medycyny w dziedzinie transseksualizmu prowadzą do przekonania, że tożsamość płciowa jest dużo istotniejsza niż zapis chromosomowy. Ponieważ operacja korekty płci ma prowadzić do przyjęcia roli płciowej, z którą dana osoba się utożsamia, zakazanie jej wstępowania w zakresie tej roli w związek małżeński stanowi nieuzasadnioną ingerencję państwa³⁷.

Ta linia orzecznicza została utrzymana w sprawie I przeciwko Wielkiej Brytanii z tej samej daty co sprawa Goodwin³⁸. I była wielokrotnie zmuszana przez różne organy do pokazywania swojego aktu urodzenia, w którym widniała płeć męska, co prowadziło do jej dyskryminacji na rynku pracy, a także czuła się pogardzana i odrzucona przez społeczeństwo, co powodowało u niej znaczne pogorszenie nastroju i wystąpienie obaw odnośnie do funkcjonowania społecznego. Także w tym wypadku Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji, powtarzając, że dłużej nie można pozostawiać kwestii pełnego uznania płci transseksualisty po operacji za zagadnienie pozostające w marginesie swobody decyzji państwa. Podobnie jak w poprzednim wyroku, Trybunał jednoznacznie potwierdził, że prawo do autonomii obejmuje także aspekt samodecydowania o przynależności płciowej zarówno medycznie, jak i społecznie, a państwa mają obowiązek pozytywny zapewnić jak najdalej idącą możliwość życia zgodnie z przyjętą przez danego transseksualistę rolą płciową, przy poszanowaniu intymności jego wyboru i zapewnieniu mu adekwatnej ochrony danej osobowej dotyczącej chirurgicznej korekty płci. Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 12 Konwencji, Trybunał w całości powtórzył swoją argumentację z wyroku Goodwin. Identyczne orzeczenie zapadło także 23 maja 2006 r. w sprawie Grant przeciwko Wielkiej Brytanii⁴⁰, w odniesieniu do stanu faktycznego zbliżonego do sprawy Goodwin⁴¹.

³⁷ Burek, W, op. cit., str. 125-126; Nowicki, M., op. cit., s. 865 i n.; Osajda, K, *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich*, Przegląd sądowy, 2004, nr 5, s. 144—145; Pogodzińska, P., op. cit., str. 132; Romer, T., *Zakaz dyskryminacji pracowników ze względu na orientację seksualną*, w: Śmieszek, K (red), op. cit., s. 76-77.

³⁸ Sygn. 25680/94; Nowicki, M., op. cit., s. 871.

⁴⁰ Sygn. 32570/03; Pogodzińska, P., op. cit., s. 132-133

⁴¹ Skarga Grant dotyczyła okoliczności mających miejsce przed wejściem w życie w dniu 1 lipca 2004 r. Gender Recognition Act, który w Wielkiej Brytanii wprowadził możliwość prawnej zmiany płci, uznanej we wszystkich sferach życia, w tym także w odniesieniu do kwestii ubezpieczenia społecznego.

Jednym z najnowszych orzeczeń Trybunału Praw Człowieka dotyczących zmiany płci metrykalnej przez transseksualistę jest wyrok z 11 września 2007 r. L. przeciwko Litwie⁴². L. urodził się z płcią biologiczną kobiety jednak już od najmłodszych lat przejawiał identyfikację z płcią męską. W wieku 19 lat zgłosił się do lekarza w celu przeprowadzenia chirurgicznej korekty płci. Został zdiagnozowany jako transseksualista i skierowany na leczenie psychiatryczne i hormonalne. Jednakże leczenie chirurgiczne okazało się niemożliwe, gdyż prawo litewskie w tamtym okresie nie przewidywało dopuszczalności tego typu procedur medycznych. Pomimo to L. przeszedł częściową korektę płci, podlegającą na usunięciu piersi. L. udało się też - przy wsparciu jednego parlamentarzysty - zmienić swoje imię i nazwisko w akcie urodzenia i paszporcie na brzmienie niewskazujące płci. Był zmuszony jednak wybrać zarówno imię, jak i nazwisko, pochodzenia słowiańskiego, gdyż słowotwórstwo litewskie zawsze miało konotację rodzajową. Oficjalnie jednak nie została zmieniona płeć L. w żadnych dokumentach, a jego numer identyfikacyjny wyraźnie wskazywał na przynależność do płci żeńskiej, co przy konieczności posługiwania się tym numerem przy wszystkich czynnościach urzędowych, prowadziło do jego dyskryminacji. Stan prawny na Litwie zmienił się z 1 lipca 2003 r. po wejściu w życie nowego kodeksu cywilnego, który w art. 2.27 § 1 przewiduje możliwość chirurgicznej korekty płci przez osobę niepozostającą w związku małżeńskim, pod warunkiem wyrażenia przez nią pisemnej zgody. Jednakże w § 2 tego artykułu istnieje odwołanie do konieczności uregulowania całej procedury i warunków jej dopuszczalności oraz skutków prawnych w odrębnej ustawie. Ustawa ta nie została wydana do czasu ogłoszenia przedmiotowego wyroku przez Trybunał w Strasburgu, co nadal uniemożliwiło L. przeprowadzenie do końca chirurgicznej i prawnej zmiany płci. W tej sytuacji Trybunał, stwierdzając naruszenie art. 8 Konwencji, zobowiązał Litwę do wprowadzenia odpowiedniej ustawy w terminie trzech miesięcy od uprawomocnienia się tego wyroku. Charakterystyczne jest, że wydając ten nakaz Trybunał miał świadomość, że przedmiotowe zagadnienie dotyczy jedynie ok. 50 obywateli Litwy, co jednak nie stanowiło żadną miarą dla rządu usprawiedliwienia pominięcia regulacji tego zagadnienia przez tyle lat⁴³.

W dniu 4 stycznia 2008 r. Trybunał po raz pierwszy zajmował się sprawą transseksualisty, którego prawa człowieka zostały naruszone przez Polskę⁴⁴. M.M.

⁴² Sygn. 27527/03

⁴³ W Polsce zjawisko transseksualizmu jest powszechniejsze. Warylewski wskazuje, że do 2000 roku wykonanych zostało ponad 2.000 zabiegów chirurgicznej zmiany płci; Warylewski, J., op. cit., s. 56.

⁴⁴ Decyzja M.M. przeciwko Polsce, sygn. 37850/03.

w marcu 2002 r. złożyła wniosek do sądu okręgowego o ustalenie, że jest płci żeńskiej. W momencie składania wniosku, skarżąca przeszła już częściową korektę chirurgiczną płci w postaci utworzenia piersi, jednakże lekarze odmówili bez uprzedniego wyroku sądu przeprowadzenia usunięcia męskich części rodnych w obawie przed oskarżeniem o pozbawienie zdolności płodzenia Wyrok sądu - uznający zmianę płci metrykalnej - wydany został dopiero w listopadzie 2003 r., po uprzednich interwencjach M.M. u prezesa sądu oraz Rzecznika Praw Obywatelskich. W grudniu 2003 r. M.M. zmieniła administracyjnie imię na żeńskie. W grudniu 2004 r. skarżąca wystąpiła do sądu apelacyjnego o odszkodowanie za naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki, jednakże sprawa została oddalona wobec faktu, że postępowanie, którego dotyczyła, już się prawomocnie zakończyło (orzeczenie sądu okręgowego nie zostało przez żadną ze stron zaskarżone).

Przed Trybunałem skarżąca podniosła naruszenie art. 6 Konwencji oraz przytoczyła skutki, jakie wywarło tak długie postępowanie na jej życie prywatne. M.M. studiowała pielęgniarstwo. Jednakże wobec faktu, że wyglądała już jak kobieta (po kuracji hormonalnej i utworzeniu piersi), a musiała się na co dzień posługiwać imieniem męskim, które widniało choćby na jej identyfikatorze w czasie stażu w szpitalu, czuła się dyskryminowana i pogardzana, co doprowadziło ją do rezygnacji ze studiów.

Trybunał nie wydał wyroku w przedmiotowej sprawie, ale skreślił ją z wokandy, wobec uznania przez rząd polski roszczeń skarżącej, zarówno w kontekście naruszeń art. 6, jak i art. 8 Konwencji. W tej sytuacji nie ulega wątpliwości - o czym świadczy także wcześniej cytowany wyrok przeciwko Litwie - że zgodnie z poglądami Trybunału (a także jak widać rządu polskiego) sądowa zmiana płci

metrykalnej może mieć miejsce także przed zabiegiem chirurgicznym⁴⁵.

W świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka nie da się w chwili obecnej przyjąć, że dla określenia płci danego osobnika istotniejsze znaczenie mają cechy biologiczne. Niezależnie od tego, kiedy transseksualizm się pojawia i jaka jest jego faktyczna etiologia, uznać musimy dominację płci psychicznej (a więc właśnie poczucia przynależności do danej płci), jako istotniejszą dla prawnej oceny sytuacji człowieka, gdyż - jak wskazał wielokrotnie Trybunał - każdy ma prawo do rozwoju i sposobu życia zgodnie z własną identyfikacją płciową, także w ramach prawa rodzinnego i małżeńskiego. Nie można zatem

⁴⁵ Taka jest zresztą praktyka w sądach polskich, o czym świadczyć może choćby wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 kwietnia 2004 r., sygn. I ACa 276/04, a także orzeczenia przytaczane przez Gromadzkiego w sprawach, w których transseksualiści po sądowej zmianie płci nie poddali się zabiegom korekcyjnym, Gromadzić, C., op. cit., s. 79.

stać na stanowisku - jak głosi Gromadzki⁴⁶ - że prawna zmiana płci metrykalnej, a także chirurgiczne zabiegi korekcyjne (niezależnie od stopnia ich ingerencji w zdolności prokreacyjne człowieka) są niedopuszczalne. Pozostaje jedynie pytanie, w jaki sposób procedura prawna powinna być przeprowadzona, jakie powinny być przesłanki jej dopuszczalności oraz jaka kolejność powinna obowiązywać w odniesieniu do zabiegu medycznego i procedury sądowej. Niestety ta przyjęta przez polskie orzecznictwo wydaje się być oparta na błędnych przesłankach właśnie, jeśli chodzi o znaczenie prawnie nadawane płci psychicznej.

III Między sprostowaniem a zmianą zapisu płci metrykalnej - wybór procedury sądowej zmiany płci metrykalnej w Polsce

Zgodnie z ustawą prawo o aktach stanu cywilnego z 29 września 1986 r.⁴⁷ polski akt urodzenia może zostać zmieniony na dwa sposoby. Pierwszy z nich to sprostowanie w trybie art. 31 - o ile zapis w akcie urodzenia jest oczywiście błędny lub został nieściśle zredagowany. O sprostowaniu decyduje sąd w postępowaniu nieprocesowym na wniosek osoby zainteresowanej, prokuratora lub kierownika urzędu stanu cywilnego. Drugi sposób, to wpisanie zgodnie z art. 21 w treść aktu zdarzenia, które miało miejsce już po jego sporządzeniu, a które ma wpływ na jego ważność lub treść. Wpisu takiego dokonuje się w formie wzmianki dodatkowej na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu, ostatecznej decyzji, odpisu z innego aktu stanu cywilnego lub innego dokumentu.

Żeby wybrać, która z powyższych procedur powinna zostać zastosowana w odniesieniu do zmiany płci metrykalnej u transseksualistów, należałoby zdecydować, czy płeć psychiczna jest pierwotna w stosunku do płci biologiczno-morfo-logicznej, czy też transseksualizm ujawnia się dopiero na pewnym etapie rozwoju człowieka, a jego ostatecznym przejawem jest przebycie zabiegu chirurgicznego. W wypadku przyjęcia pierwszej hipotezy właściwym byłby wybór ścieżki sprostowania aktu urodzenia - jeśli stan psychicznej identyfikacji płci uznamy za pierwotny i ważniejszy od płci biologicznej, to zapis w akcie urodzenia - na podstawie oglądu zewnętrznych narządów płciowych - powinien być traktowany jako błąd w deklaracji zgodnie z art. 31 ustawy. Z kolei w wypadku przyjęcia hipotezy drugiej, moment diagnozy transseksualizmu, a już na pewno moment zabiegu korekcyjnego należy uznać za zdarzenie mające wpływ na treść aktu i wymagające wpisu w formie wzmianki dodatkowej, zgodnie z art. 21 ustawy.

⁴⁶ Ibidem, s. 87-88.

⁴⁷ Dz. U. nr 36 poz. 180 z późn. zm.

Problemem oczywiście jest podjęcie decyzji, która z powyższych hipotez jest prawdziwa. Medycyna w chwili obecnej nie jest w stanie udzielić jednoznacznej odpowiedzi w tym zakresie, gdyż etiologia transseksualizmu pozostaje niewyjaśniona⁴⁸.

Współcześnie lekarze stawiają hipotezę, że płeć psychiczna najprawdopodobniej kształtuje się już w życiu płodowym, w tak zwanej fazie krytycznej różnicowania płciowego ośrodkowego układu nerwowego, a dalej w pierwszych latach życia człowieka, jako wypadkowa wielu czynników wewnętrznych i zewnętrznych⁴⁹, co świadczyłoby o pierwotności płci psychicznej. Dowodzi tego także fakt, że identyfikacja osobnika z płcią przeciwną niż biologiczna objawia się już w bardzo wczesnym dzieciństwie, jest niepodatna na żadne formy psychoterapii, a pragnienie ujednolicenia płci biologicznej z psychiczną pogłębia się z wiekiem i u pacjentów nie poddaje się żadnemu racjonalnemu argumentowaniu zysków i strat związanych ze stanem zdrowia, funkcjonowaniem rodzinnym czy społecznym.

W sprawie rozstrzyganej przed Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu w 1986 r. skarżący przedłożył opinię lekarską dr C.N. Armstronga, z której wynikało, że płeć człowieka można zdefiniować na podstawie czterech kryteriów: płci chromosomalnej, płci gonadalnej, zewnętrznych narządów płciowych oraz płci psychicznej. Przy czym dr Armstrong twierdził, że płeć psychiczna jest w tym wypadku najważniejsza i to ona wyznacza przyszłą rolę społeczną podejmowaną przez daną osobę. Co więcej, z opinii tej wynika, że płeć psychiczna jest zdeterminowana jeszcze przed urodzeniem, co uzasadniałoby uznanie, że zapis płci w akcie urodzenia na podstawie innych kryteriów - w wypadku ich sprzeczności z płcią psychiczną - jest błędem⁵¹. Z kolei w postępowaniu przed Trybunałem z 1997 r. podniesiono nowe odkrycia medyczne, że transseksualizm jest nie tyle zaburzeniem psychicznym, ale wynika z fizjologicznej budowy mózgu⁵².

Poglądy o pierwotności płci psychicznej, a tym samym o poprawności zastosowania procedury sprostowania zapisu w akcie urodzenia głoszone są także przez niektórych przedstawicieli polskiej doktryny prawa. Przykładowo Ignatowicz wyraźnie stoi na stanowisku, że zabieg korekcyjny nie prowadzi do zmiany płci, ale do jej ujawnienia, a tym samym stosowana powinna być procedura sprostowania

⁴⁸ Imieliński, K, op. cit., s. 287.

⁴⁹ Imieliński, K, op. cit., s. 287; Maksymowicz, K, Mędraś, M., Trubner, K, Szleszkowski, Ł., *Podstawy prawne dla orzekania płci osobniczej w zespole dezaprobaty płci pod postacią transseksualizmu. Porównanie stanu w Polsce i niektórych wybranych krajach*, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminalistyki, 2005, nr LV s. 62.

⁵⁰ Daniluk, P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci”*, op. cit., s. 101-102.

⁵¹ Rees przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok z 17 października 1986 r., sygn. 9532/81.

⁵² X, Y i Z przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok z 22 kwietnia 1997 r., sygn. 21830/1993.

aktu urodzenia⁵³. Ze stanowiskiem tym zgadza się Osajda, który podnosi, że transseksualizm istnieje *ex tunc*, a jedynie jest sobie przez daną osobę uświadamiany dopiero na pewnym etapie jej rozwoju⁵⁴.

Safian wskazuje natomiast na niejednoznaczność kryteriów medycznych, na podstawie których można by jednoznacznie określić, czy mamy do czynienia z ciągłością płci człowieka, czy też z poczuciem przynależności do innej płci niż biologiczna, które pojawia się z czasem. Autor ten jednocześnie podkreśla, że przyjęcie tego pierwszego założenia prowadziłoby do dużo bardziej przejrzystych prawnie rozwiązań, powodując jednocześnie, że poprawną procedurą ujawnienia płci transseksualisty powinno być sprostowanie aktu urodzenia⁵⁵. Oczywiście, jeśli staniemy na stanowisku, że zmiana płci następuje jako zdarzenie późniejsze w życiu człowieka, nie ma podstaw do zastosowania tej procedury nawet w drodze analogii. Z tymi wątpliwościami zgadza się Daniluk, który podnosi, że jeśliby przyjąć, iż transseksualizm ma charakter pierwotny, to nie jest wykluczone dokonanie sądowej zmiany płci w drodze sprostowania aktu urodzenia. Ta procedura jest dopuszczalna jednak jedynie pod warunkiem, iż płci psychicznej transseksualisty przyzna się pierwszeństwo w stosunku do płci biologiczno-morfologicznej, wynikającej z budowy ciała. Można byłoby bowiem w takim wypadku przyjąć, że w chwili sporządzania aktu urodzenia płeć transseksualisty została błędnie oznaczona, w oparciu tylko o kryterium jego zewnętrznej budowy ciała, bez uwzględnienia dominującej płci psychicznej. W wypadku odwrotnym - gdyby uznać, że transseksualizm ma charakter wtórny, wówczas o jedynym właściwym postępowaniem byłby tryb wpisania wzmianki dodatkowej, poprzedzonej orzeczeniem sądowym będącym wynikiem powództwa o ustalenie płci transseksualisty. Daniluk nie wyraża preferencji do żadnego z tych rozstrzygnięć, wskazując za Safianem, iż do dnia dzisiejszego etiologia transseksualizmu, a więc i moment jego pojawienia się, pozostają nieznane⁵⁷.

Osobiście uważam, że powyższe poglądy Ignatowicza, Safiana i Osajdy są całkowicie poprawne, przede wszystkim dlatego, że podkreślają znaczenie przy

⁵³ Ignatowicz, J., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1995 r., III CZP 118/95*, Orzecznictwo Sądów Polskich, 1996, nr 4, s. 194; Ignatowicz, J., Nazar, M., *Prawo rodzinne*, LexisNexis, Warszawa, 2005, s. 306.

⁵⁴ Osajda, K, op. cit., s. 157-158.

⁵⁵ Safian, M., *Glosa do postanowienia z dnia 22 marca 1991 r. (III CRN 28/91)*, Przegląd sądowy, 1993, nr 2 s. 80 i nast.

⁵⁶ Ibidem, s. 84.

⁵⁷ Daniluk, P., *Glosa do wyroku SA w Katowicach z dnia 30 kwietnia 2004 r., I ACa 276/04*, Palestra 2006, nr 7-8, s. 307 i nast.; Daniluk, P., *Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów (Uwagi de lege ferenda)*, Państwo i Prawo, 2007, nr 5, s. 83.

definiowaniu płci prawnej aspektu psychicznego. Takie podejście jest zgodne z najnowszymi teoriami medycznymi. Poza tym, jak już zostało wcześniej wykazane, na identycznym stanowisku stoi obecne orzecznictwo Trybunału w Strasburgu, które podkreśla właśnie przewagę prawnego znaczenia tożsamości płciowej nad samą biologią. Przy uznaniu dominacji i pierwotności płci psychicznej logicznym następstwem jest uznanie poprawności procedury sprostowania płci w akcie urodzenia i to ze skutkiem *ex tunc*. Konsekwencje prawne, jakie miałyby przyjęcie takiego momentu skutku w innych dziedzinach prawa, w szczególności w prawie rodzinnym, wydają się w dzisiejszym społeczeństwie - wobec zmian w mentalności społecznej i strukturze rodziny oraz ewolucji prawa rodzinnego w wielu krajach, a także podejścia sądów międzynarodowych do kwestii prawno-rodziny - coraz mniej istotne, do wykazania czego powróć w dalszej części opracowania

Pomimo iż w pierwszym polskim orzeczeniu Sądu Najwyższego z 25 lutego 1978 r. skład orzekający stanął na stanowisku, że sąd może sprostować akt urodzenia zarówno po operacji korekty płci, jak i „przed dokonaniem zabiegu korekcyjnego zewnętrznymi narządami płciowymi, jeśli cechy nowo kształtującej się płci są przeważające a stan ten jest nieodwracalny”, jego rozumowanie nie było do końca konsekwentne. Co prawda Sąd nie przeprowadzał dokładniejszej analizy kwestii, co jest pierwotne - płeć psychiczna, czy płeć biologiczna, jednakże już z powyższego cytatu zdaje się wynikać, że płeć, do której dostosować ma zabieg operacyjny, potraktował jako wtórną, o czym mogą świadczyć choćby słowa: „cechy nowo kształtującej się płci”, co przeczyłoby uznaniu za prawidłowej procedury sprostowania. Co więcej, Sąd stwierdził, że sprostowanie płci ma mieć skutek *ex nunc*, a więc od momentu wydania orzeczenia w przedmiotowej sprawie, tym bardziej wskazując na nielogiczność swojej argumentacji.

Krytykę tej uchwały przeprowadził Filar, wskazując, że sprostować w aktach stanu cywilnego można - w świetle zarówno ówczesnych, jak i obecnych przepisów - jedynie błędy faktyczne, co nie ma miejsca przy chirurgicznej korekcie płci, gdyż tutaj stwierdzenie płci biologicznej przy urodzeniu było prawidłowe, a zaburzenia identyfikacji, skutkujące zabiegiem chirurgicznym nastąpiły dopiero później, a więc powinny być wpisane w formie wzmianki dodatkowej⁵⁸. Autor ten sprzeciwia się zastosowaniu w tym wypadku procedury sprostowania w drodze analogii, uznając, że byłoby to postępowanie *contra legem*. Według tego autora stosowanie sprostowania płci wobec transseksualistów, ze skutkiem *ex tunc*, prowadziłoby do trudności praktycznych. Jeśli byśmy bowiem uznali, że trans-

⁵⁸ III CZP 100/77.

⁵⁹ Filar, M., *Dwie płci*, op. cit., str. 5; Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 75-76; Filar, M., *Transseksualizm*, op. cit., s. 78-79.

seksualista od momentu urodzenia miał inną płeć, niż wpisaną w akcie urodzenia, jak należałoby postąpić wobec faktu realizowania przed operacją roli tej płci, a więc np. zawarcia związku małżeńskiego czy spółdzenia dziecka? Ze stanowiskiem tym zgadza się m.in. Rozental⁶¹.

Jeśli przyjmiemy, że Sąd w przedmiotowym orzeczeniu uznał płeć biologiczną za pierwotną, a psychiczną za wtórną - co jak wskazano wcześniej, zdaje się wynikać ze słów użytych w uzasadnieniu tego orzeczenia - to niestety z interpretacją Filara należy się zgodzić, gdyż w takim wypadku nie można mówić o błędzie przy ocenie płci tuż po urodzeniu. Co więcej, nielogiczne jest stwierdzenie, że sprostowanie aktu urodzenia wywiera skutek *ex nunc*, a więc w tym wypadku od momentu operacji (lub sądowego orzeczenia), gdyż jest to sprzeczne z formalnymi warunkami sprostowania Ustawa (zarówno w starym, jak i nowym brzmieniu) wymaga bowiem, aby błędny zapis był błędny od początku, a nie a stał się błędny z czasem. Jeśli jakiś fakt podlegający wpisowi w akcie urodzenia stał się błędny z czasem, zastosować należy procedurę wpisu dodatkowego, a nie sprostowania

Warto jednak wskazać za Safianem, że jeśli pojęcia płci nie można jednoznacznie zdefiniować, gdyż warunkują ją nie tylko aspekty medyczne i genetyczne, ale także psychiczne i społeczne, a więc nie można rozstrzygnąć, która płeć - psychiczna czy biologiczna - ma być podstawą do zapisów prawnych, prawo może stworzyć własną autonomiczną definicję tego pojęcia właśnie dla potrzeb regulacji dotyczącej choćby zasad określania płci metrykalnej. Takie autonomiczne definicje prawne (często oparte nawet na fikcji prawnej) bywają częste i nawet sprzeczne z panującym w społeczeństwie rozumieniem danego słowa (przysłowiowy „rak to ryba”), albo określające konkretnie zakres jakiegoś pojęcia wobec sporów naukowych i etycznych („osoba ludzka”, „śmierć”, „rodzicielstwo”)⁶². Wtedy dopuszczalna procedura zmiany płci prawnej wynikałaby z przyjętej definicji prawnej tego ostatniego pojęcia. Niestety dla polskich transseksualistów stworzenie takiej definicji prawnej wymaga interwencji ustawodawcy, który mimo że zabiegi korekty płci trwają w Polsce od 1963 r., a postępowania o zmianę płci metrykalnej od 1964 r., do tej pory nie uznał za wskazane uregulować tego zagadnienia.

Tak więc na razie kwestia pierwotności płci i wyboru procedury pozostała w sferze dyskusji doktryny prawniczej, co uzmysławia kolejny wyrok Sądu Najwyż-

⁶⁰ Filar, M., *Dwie płci*, op. cit., s. 5; Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 76; Filar, M., *Transseksualizm*, op. cit., s. 79.

⁶¹ Rozental, K., *O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda*, Państwo i Prawo, 1991, nr 10, s. 66-67.

⁶² Safian, M., op. cit., s. 81.

⁶³ Dulko, S., op. cit., s. 72.

szego w tej sprawie, który całkowicie odszedł od poprzedniej linii orzeczniczej. W uchwale z 22 czerwca 1989 r. Sąd Najwyższy wyszedł z założenia, że trans- seksualizm powinien być traktowany jako dewiacja płciowa - zespół dezaprobaty płci. Według Sądu stanem prawnym, który podlega stwierdzeniu w akcie urodzenia w sposób deklaratoryjny, jest płeć biologiczna. Natomiast transseksualizm polega na zmianie stanu psychicznego, a nie prawnego człowieka, stąd występowanie transseksualizmu nie daje podstaw do sprostowania w akcie urodzenia zapisu o płci człowieka⁶⁵. Ponieważ sprostowanie aktu urodzenia dotyczy jedynie faktów błędnie w nim określonych i ma moc *ex tunc*, to nie można go stosować dla określenia płci przez transseksualistów, ani wprost (z powodu braku błędu), ani przez analogię (wobec zbyt dużej rozbieżności między stanami faktycznymi)⁶⁶.

W głosie do przedmiotowej uchwały Filar podniósł, że Sąd odmawiając stosowania techniki sprostowania aktu urodzenia nie wskazał żadnej innej ścieżki prawnej pozwalającej na sądową zmianę płci metrykalnej, co doprowadziło do zaprzestania przez lekarzy przeprowadzania zabiegów korekcyjnych z obawy przed odpowiedzialnością karną⁶⁷. Filar uznał jednak, że *de lege lata* wnioskowanie Sądu jest niestety poprawne. Powtarzając swoje poprzednie poglądy, Filar jednoznacznie stwierdził, iż w wypadku transseksualistów biologiczno-somatyczna płeć w chwili urodzenia nie budziła żadnej wątpliwości, a więc nie może być mowy o żadnym błędzie, który należałoby sprostować⁶⁸. Zgodził się również z Sądem, że stosowanie w tym wypadku procedury sprostowania aktu urodzenia w drodze analogii byłoby działaniem *contra legem*⁶⁹.

Odmienne kwestię tę ocenił Pisuliński, który twierdzi, że zmiana płci jest zdarzeniem, które powinno być ujawnione w aktach stanu cywilnego, gdyż zmienia deklaratorywny opis rzeczywistości, mający wpływ na stosunki prawne (np. w ramach prawa rodzinnego), przy czym preferuje - do czasu kompleksowego uregulowania tego zagadnienia przez ustawodawcę - stosowanie w drodze analogii procedury sprostowania aktu urodzenia, jednakże ze skutkiem *ex nunc*⁷⁰. Także Leszczyński stoi na stanowisku, że stanowisko Sądu Najwyższego uniemożliwiające zastosowanie procedury sprostowania aktu urodzenia zarówno przed

⁶⁴ III CZP 37/89

⁶⁵ Adamczyk, M., *Zmiana płci w świetle aktualnego stanu prawnego*, Przegląd sądowy, 2006, nr 11-12, s. 216.

⁶⁶ Osajda, KL, op. cit., s. 149.

⁶⁷ Filar, M., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89*, Państwo i Prawo, 1990, nr 10, s. 117; Filar, M., *Transseksualizm*, op. cit., s. 80.

⁶⁸ Filar, M., *Glosa*, op. cit., s. 117-118.

⁶⁹ Ibidem, s. 118.

⁷⁰ Pisuliński, J., op. cit., s. 113.

jak i po operacji korekcyjnej, jest zbyt formalistyczne i sprzeczne tak z interesami transseksualistów, jak i z prawdą obiektywną⁷¹. Z twierdzeniami powyższymi zgadza się również Radwański, wskazując, że co prawda procedura sprostowania aktu urodzenia w wypadku transseksualizmu nie jest właściwa - nawet przy zastosowaniu w drodze analogii, to jednak zmiana płci mogłaby być wpisywana w akta stanu cywilnego w formie wzmianki dodatkowej, tym bardziej, że prawo o aktach stanu cywilnego nie wymienia zamkniętego katalogu treści tych wzmianek⁷².

Wszyscy ci trzej autorzy uznali, że płeć człowieka stanowi jego prawo osobiste zgodnie z art. 23 k.c., a więc podlega ochronie w drodze powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c. Ze stanowiskiem tym zgodził się także Zielenacki, według którego osoba występująca z żądaniem zmiany płci metrykalnej ma interes prawny, wymagany przez ten przepis, istniejący w sytuacji niepewności obiektywnej stanu prawnego lub prawa⁷⁴.

Wnioskowanie to jednak nie do końca wydaje się przekonywające. Co prawda nie ulega wątpliwości, że płeć człowieka i to zarówno psychiczna, jak i fizyczno-morfologiczna podlega ochronie jako dobro osobiste na podstawie art. 24 k.c.. Z tego jednak faktu nie wynika jednoznacznie możliwość dochodzenia ustalenia płci w drodze art. 189 k.p.c. Tak naprawdę, jeśli przyjrzeć się katalogowi dóbr osobistych wymienionych w art. 23 k.c., to większość z nich nie podlega ustaleniu w drodze procesu na podstawie powyższego przepisu. Trudno bowiem mówić o konieczności, a nawet możliwości ustalenia, że człowiek jest obdarzony (albo co gorzej - nie jest obdarzony) zdrowiem, wolnością, czcią, swobodą sumienia, że nosi takie a nie inne nazwisko, posiada dany wizerunek czy korzysta z tajemnicy korespondencji lub nietykalności mieszkania. Z jednej strony ustawodawca za dobra osobiste uznał bowiem powszechnie cenione wartości wynikające z przyrodzonej człowiekowi godności (zdrowie, cześć, wolność, nietykalność mieszkania itp.)⁷⁵, które z definicji przysługują każdej jednostce ludzkiej, a więc nie ma potrzeby ich udowadniania. Z drugiej - zaliczył do nich pewne elementy stanu faktycznego (jak wizerunek i właśnie płeć, tak psychiczna, jak i fizyczno-morfologiczna), które stanowią o indywidualizacji danej jednostki ludzkiej, ale które są opisem

⁷¹ Leszczyński, J., op. cit., s. 100-101.

⁷² Radwański, Z., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.*, 111 CZP 37/89, Orzecznictwo Sądów Polskich, 1991, nr 2, s. 65.

⁷³ Leszczyński, J., op. cit., s. 101; Pisuliński, J., op. cit., s. 114-115; Radwański, Z., *Glosa*, op. cit., s. 65.

⁷⁴ Zielenacki, A., *Zmiana płci w świetle prawa polskiego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1988, nr 2, s. 49.

⁷⁵ Radwański, Z., *Prawo cywilne - część ogólna*, Beck/PWN, Warszawa, 1993, s. 121.

rzeczywistości, a nie prawem czy tym bardziej stosunkiem prawnym. Do trzeciej kategorii należą niematerialne przedmioty intelektualne, które mogą być przedmiotem praw twórców (w zasadzie ustaleniu podlegać może jedynie właśnie istnienie praw autorskich czy wynalazczych, a i to tylko w znaczeniu weryfikacji, czy dana osoba jest autorem lub wynalazcą danego dzieła).

Natomiast zgodnie z art. 189 k.p.c. żądać można sądowego ustalenia istnienia prawa lub stosunku prawnego. Trudno zaś zgodzić się ze stwierdzeniem, że cześć, swoboda sumienia, wolność, wizerunek czy płeć (zarówno psychiczna, jak i biologiczna) stanowią prawo albo stosunek prawny. Uznanie płci czy wizerunku za prawo byłoby analogiczne z uznaniem za prawo mienia (np. domu), podczas gdy stanowić ono może jedynie przedmiot prawa - np. prawa własności. Podobnie jak przedmioty materialne, dobra osobiste jako przedmioty niematerialne dopiero mogą stać się treścią jakiegoś prawa podmiotowego - w tym wypadku prawa każdego człowieka do swobodnego korzystania z tych dóbr. To prawo podmiotowe rodzi po stronie innych osób przynajmniej negatywne obowiązki jego nienaruszania. Zestawienie po jednej stronie prawa podmiotowego, a po drugiej - obowiązku jego poszanowania, tworzy stosunek prawny⁷⁶. Tak więc z faktu uznania płci psychicznej za dobro osobiste wynika uprawnienie człowieka do życia zgodnie z tą płcią i zakaz przeszkadzania mu w dostosowywaniu własnego ciała do własnej tożsamości płciowej i to właśnie te uprawnienia transseksualista mógłby dochodzić w drodze art. 189 k.p.c. Czym innym jednak wydaje się dochodzenie istnienia powyższych uprawnień od dowodzenia istnienia faktu medyczno-psychologicznego, jakim jest płeć. Samo istnienie interesu prawnego (który transseksualiści z pewnością mają dążąc do zmiany płci metrykalnej) nie może stanowić wyłącznej przesłanki do przyjęcia poprawności tej procedury.

Jednakże cytowane powyżej krytyczne uwagi doktryny, że należy umożliwić transseksualistom zmianę płci metrykalnej, oraz pomysły, w jaki sposób zezwolić tym osobom na realizację tej głębokiej potrzeby psychicznej bez powrotu do procedury przyjętej w orzeczeniu z 1978 r., wpłynęły na Sąd Najwyższy właśnie w ten sposób, że postanowieniem z dnia 22 marca 1991 r.⁷⁷, podtrzymując swoje wcześniejsze stanowisko, że sprostowanie aktu urodzenia w wypadku operacyjnej korekty płci jest niedopuszczalne, wskazał na możliwość zastosowania instytucji wpisu dodatkowego w akcie urodzenia po sądowym orzeczeniu wydanym w ramach postępowania wskazanego w art. 189 k.p.c. ustalającym istnienie nowej płci w oparciu o trwałe poczucie przynależności do płci przeciwnej niż metrykalna, po dokonaniu operacyjnego zabiegu korekcyjnego.

⁷⁶ Ibidem, s. 68 i nast.

⁷⁷ III CRN 28/91

Pomijając w tym miejscu ocenę zasadności przyjęcia powyższej procedury, podkreślić należy przy ocenie tego wyroku, że Sąd po raz pierwszy stwierdził, że to płeć psychiczna ma znaczenie dominujące, choć tak naprawdę jego stanowisko nie do końca było spójne, gdyż wprowadził wymóg przedsądowego przeprowadzenia chirurgicznej korekty płci, a więc nadal wskazywał na istotność płci biologicznej, przynajmniej w znaczeniu wizualizacji zewnętrznych narządów płciowych zgodnych z płcią dochodzoną. Właśnie tę niespójność myślenia skrytykował Safian. Przyznał on co prawda, że poczucie przynależności do danej płci jest chronionym dobrem osobistym (podobnie zresztą jak sama płeć człowieka), co jednak nie prowadzi automatycznie do uznania, że można dochodzić ustalenia stanu cywilnego w oparciu o płeć psychiczną w drodze art. 189 k.p.c. Wskazał przede wszystkim, że ochrona z art. 23 k.c. obejmuje także wartości wchodzące w zakres stanu osobistego człowieka, które nie znajdują wyrazu przy ustalaniu stanu cywilnego (np. tożsamość genetyczna człowieka, która nie podlega ujawnieniu ani przy adopcjach anonimowych, ani przy zapłodnieniu gametami dawców). Ponadto przyjęcie takiego rozwiązania może prowadzić do omijania terminów zawitych wymaganych ustawowo przy ustalaniu istnienia praw⁷⁸. Autor ten jednak nie odrzuca całkowicie możliwości dochodzenia określenia płci w trybie art. 189 k.p.c., jednakże wskazuje, że nie powinno się orzeczenia o zmianie płci metrykalnej opierać na poczuciu osoby o przynależności do płci odmiennej, ale na ocenach medycznych - ustaleniu podlega więc nie tyle poczucie tożsamości płciowej, co sama płeć (co należy chyba interpretować jako płeć biologiczną)⁷⁹. Analogiczne poglądy głosi Wojciechowski, który twierdzi za Safianem, że dla zastosowania procedury z art. 189 k.p.c. nie jest konieczne wskazywanie, że poczucie tożsamości płciowej oraz płeć człowieka podlegają ochronie na podstawie art. 23 k.c., gdyż w tym wypadku chodzi o interes powoda związany z prawidłowym ustaleniem jego stanu osobistego⁸⁰.

Tę ostatnią koncepcję przyjął Sąd Najwyższy w swoim kolejnym orzeczeniu odnoszącym się do tego zagadnienia, z 22 września 1995 r.⁸¹, w którym - wskazując jako prawidłową ścieżkę art. 189 k.p.c. - nie odwołuje się już do art. 23 k.c. dla uzasadnienia istnienia interesu prawnego do wniesienia pozwu, ani nie mówi o ochronie dobra osobistego w postaci poczucia przynależności do danej płci

⁷⁸ Safian, M., op. cit., s. 85-86.

⁷⁹ Ibidem, s. 88-89.

⁸⁰ Ibidem, s. 89; Wojciechowski, M., *Prawne aspekty transseksualizmu. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 kwietnia 2004 r.*, ACa 276/04, Gdańskie Studia Prawnicze - Przegląd Orzecznictwa, 2005, nr 3, s. 69-70.

⁸¹ Sygn. III CZP 118/95.

w drodze powództwa o ustalenie, ale jednoznacznie o dopuszczalności dochodzenia w tej drodze ustalenia płci. Przy takim sformułowaniu wydaje się, że sąd znowu przyłożył większą wagę do płci biologicznej - a więc określonej drugorzędowymi (tj. wyglądem zewnętrznych narządów rodnych po operacji korekty płci), albo przynajmniej trzeciorzędowymi (tj. zmianami w wyglądzie człowieka w wyniku mastektomii i wdrożenia terapii hormonalnej) cechami płciowymi - niż do płci psychicznej. W świetle orzecznictwa Trybunału w Strasburgu, który wielokrotnie podkreślał - jak zostało wyżej wskazane - że prawem każdego człowieka jest prawo do funkcjonowania zgodnie z własną tożsamością seksualną, takie podejście Sądu Najwyższego wydaje się naruszać prawo do prywatności transseksualisty, gdyż nie szanuje jego potrzeb psychicznych, a całe zagadnienie sprowadza raczej do czystej fizyczności. Niespójność w tym względzie - co jest przeważające płeć psychiczna czy biologiczna - panuje także wśród sądów okręgowych orzekających w przedmiotowych sprawach, które z jednej strony podkreślają znaczenie przesłanek medycznych, a więc wymagają opinii biegłych i to nie tylko odnoszących się do diagnozy transseksualizmu (a więc istnienia płci psychicznej w kierunku odwrotnym od fizyczności powoda), ale także dotyczących zmian hormonalnych i wdrożonych terapii, a z drugiej - orzekają z reguły przed przeprowadzeniem zabiegu chirurgicznego, pomimo odmiennych wskazań Sądu Najwyższego w tym względzie.

Jednakże przyjęcie procedury ustalenia płci według art. 189 k.p.c. niesie za sobą jeszcze inne wątpliwości odnośnie do jej zgodności z międzynarodowymi normami praw człowieka.

IV Polski proces o ustalenie istnienia płci a prawo do prywatności transseksualisty

W momencie, gdy Sąd Najwyższy przyjął postanowieniem z 22 marca 1991 r.⁸³ - do tej pory dosyć stabilną linię orzeczniczą - że sądową zmianę płci metrykalnej przeprowadza się w formie procesu na podstawie art. 189 k.p.c., konieczne stało się wskazanie, przeciwko komu ten proces ma się toczyć. Dopiero uchwałą z 22 września 1995 r.⁸⁵ Sąd Najwyższy wskazał jako pozwanych rodziców,

⁸² Patrz sprawa M.M. przeciwko Polsce czy wyrok Sąd Apelacyjny w Katowicach z 30 kwietnia 2004 r., sygn. I ACa 276/04.

⁸² III CRN 28/91.

⁸⁴ Potwierdza ją choćby wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 kwietnia 2004 r., sygn. I ACa 276/04.

⁸⁵ IIICZP 118/95.

powołując się przez analogię na inne postępowania prawno-rodzinne⁸⁶. Tym samym odrzucił sugerowane wcześniej w doktrynie występowanie po stronie pozwanej Skarbu Państwa reprezentowanego przez kierownika urzędu stanu cywilnego⁸⁷.

Koncepcję tę słusznie skrytykował Ignatowicz, wskazując, iż Sąd powołał się na zasady odnoszące się do praw stanu cywilnego regulujących sytuację prawną człowieka w rodzinie, które z natury mają charakter wzajemny. W przeciwieństwie do tych praw, prawo do płci, stanowiące element stanu osobistego człowieka, takiego charakteru nie ma. Nie można więc przyjąć, aby ktokolwiek - rodzice, czy Skarb Państwa - miał interes w ustalaniu płci danego człowieka⁸⁸.

Także Pisuliński wskazuje na niezasadność uznania legitymacji biernej rodziców, ani kierownika urzędu stanu cywilnego, choć zastanawia się, czy pozwaną nie powinna być gmina, jako że kwestie aktów stanu cywilnego zostały przekazane do jej kompetencji w ramach zadań zleconych, przyjmując jednocześnie, że gdyby pozwaną nie była gmina, to wyrok zapadły w przedmiotowym postępowaniu nie mógłby zobowiązywać organów prowadzących księgi stanu cywilnego do dokonania w nich odpowiednich zmian⁸⁹.

Rozental proponując rozwiązania *de lege ferenda*, uważa, że właściwym trybem dokonania zmiany płci metrykalnej byłoby - wobec braku przeciwnych stron - postępowanie nieprocesowe⁹⁰. Osajda, zgadzając się z Ignatowiczem, że rodzice nie mają interesu prawnego do bycia pozwany w przedmiotowej sprawie, wskazuje na dwa możliwe rozwiązania. Z jednej strony podnosi, że podmiotem, który z urzędu ma obowiązek dbać o prawdziwość danych ujawnionych w aktach stanu cywilnego, jest kierownik urzędu stanu cywilnego. Z drugiej strony poddaje pod rozagę konstrukcję, według której pozwany mógłby być każdy, kto kwestionuje prawo powoda do zmiany zapisu o płci w akcie urodzenia. Mając świadomość, że przyjęcie tego typu rozwiązania mogłoby prowadzić do procesów fikcyjnych z braku realnego oponenta, podkreśla iż znacznie ułatwiłoby to transseksualistom dochodzenie sądowej zmiany płci metrykalnej, oszczędzając im i rodzicom traumatycznych przeżyć związanych z koniecznością konfrontacji na takim procesie⁹¹.

W świetle orzecznictwa Trybunału w Strasburgu nie ma wątpliwości, że transseksualista ma prawo do zatajenia przed innymi osobami faktu zmiany płci⁹²,

⁸⁶ Adamczyk, M., op. cit., s. 223-224.

⁸⁷ Ibidem, s. 224.

⁸⁸ Ignatowicz, J., op. cit., s. 194; Wolter, A., Ignatowicz, J., Stefaniuk, K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa, 1996, s. 168-169.

⁸⁹ Pisuliński, J., op. cit., s. 115-116.

⁹⁰ Rozental, K., op. cit., s. 69.

⁹¹ Osajda, K., op. cit., s. 160.

⁹² Por. B. przeciwko Francji, Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii.

temu mają służyć właśnie zmiany administracyjne w dokumentach tożsamości, aktach stanu cywilnego, numerach ubezpieczenia społecznego oraz zamiany imion. Utajenie faktu zmiany płci ma zapobiegać przede wszystkim dyskryminacji tych osób, ale także zapewnieniu pełnego poszanowania ich prywatności i intymności oraz nienarażania na kolejny dyskomfort psychiczny. Dlatego nic nie stoi na przeszkodzie - choć Trybunał do tej pory nie rozważał tego problemu wobec niewystępowania tej kwestii proceduralnej w prawie innych krajów - aby uznać, że owo prawo do utajnienia zmiany płci obejmuje także osoby najbliższe, w tym rodziców. Z doświadczenia życiowego wiadomo bowiem, że osoby trans- seksualne często odcinają się od swoich rodzin, zmieniają zupełnie warunki życia, po to właśnie, aby uniknąć konieczności konfrontacji z rodziną i narażenia się na bolesne psychicznie odrzucenie. Stąd należałoby uznać, że przyjęta w Polsce przez orzecznictwo ścieżka sądowej zmiany płci w procesie o ustalenie istnienia stanu prawnego przeciwko własnym rodzicom narusza fundamentalne prawo do prywatności osób transseksualnych, zmuszając je do ujawnienia swojej tożsamości seksualnej i faktu zmiany płci rodzicom.

Należy się zgodzić z Ignatowiczem, że tak naprawdę nie da się w ogóle wskazać strony przeciwnej konfliktu i to niezależnie, czy mówimy o rodzicach, Skarbie Państwa, czy gminie. Wynika to z prostego faktu - w wypadku zmiany płci metrykalnej nie ma w ogóle mowy o konflikcie między różnymi podmiotami. Istniejący konflikt jest konfliktem wewnętrznym jednej osoby, co z punktu widzenia prawa nie ma żadnego znaczenia, tym bardziej, że decydując się na zmianę płci metrykalnej, ewidentnie dany transseksualista już ten konflikt rozstrzygnął i to na korzyść płci psychicznej. Co więcej, jak wynika z powyższych rozważań o uznaniu płci psychicznej za dobro osobiste, zgodnie z którym każdy ma prawo swobodnie funkcjonować, po stronie innych osób istnieje obowiązek nieprzeszkadzania w realizacji tego uprawnienia. Ten obowiązek co prawda może doprowadzić do konfliktu - jeśli ktokolwiek faktycznie takie utrudnienia będzie czynił - to jednak nie uprawnienia do pozwania jakiegokolwiek osoby jako potencjalnego utrudniającego, gdy do naruszenia prawa do życia zgodnie z własną tożsamością płciową jeszcze nie doszło. Niezależnie bowiem od psychicznego nastawienia rodziców transseksualisty do zachowania i sposobu funkcjonowania ich dziecka, dopóki nie podejmą oni działań naruszających jego uprawnienie, nie mogą być pozwani za własne niewcielone w życie poglądy. Tym

⁹³ Zakaz dyskryminacji z powodu zmiany płci w prawie pracy wynika również z orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 30 kwietnia 1996 r. w sprawie P. przeciwko S. and Cornwall County Council, sygn., C-13/94; Pogodzińska, P., op. cit., s. 137; Romer, T., op. cit., s. 76.

samym sama forma procesu wydaje się nieadekwatna do zastosowania w wypadku zmiany płci metrykalnej.

Do takiego wniosku doszedł już Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 25 lutego 1978 r. Skład orzekający uznał, iż zasada postępowania cywilnego, aby rozstrzygać sprawy w procesie z wyjątkiem sytuacji, gdy ustawa stanowi odmiennie, nie może mieć zastosowania do sądowej zmiany płci metrykalnej. Co prawda ustawodawca w żadnym przepisie nie przewidział takiego postępowania nieprocesowego (w ogóle bowiem nie uregulował tego zagadnienia), jednakże zastosowaniu trybu procesowego stoi na przeszkodzie brak strony pozwanej. Stąd, odrzuciwszy tryb procesowy, Sąd Najwyższy uznał, że w drodze analogii należy stosować przepisy prawa o aktach stanu cywilnego dotyczące sprostowania aktu urodzenia w trybie nieprocesowym⁹⁵.

Taką interpretację skrytykował Zielonacki, przytaczając dosłownie brzmienie art. 13 § 1 k.p.c., który pozwala na zastosowanie trybu nieprocesowego jedynie w wypadkach jednoznacznie wskazanych w ustawie. Przy braku takiego ustawowego rozstrzygnięcia, nie można według tego autora stosować analogii, a więc postępowanie winno toczyć się w trybie procesowym, co wymaga „stworzenia” drugiej strony „sporu”⁹⁶.

Z formalnego punktu widzenia, jeśli odrzuci się zasadność stosowania wprost przepisów o sprostowaniu aktu urodzenia i to ze skutkiem *ex tunc*, nie da się wskazać ogólnej podstawy do przeprowadzenia sądowej zmiany płci metrykalnej w formie postępowania nieprocesowego. Oczywiście, najprostsze w takim wypadku byłoby uznanie, że jedyną słuszną ścieżką jest proces. Jednakże powyższe rozważania na temat niemożności znalezienia faktycznej strony pozwanej są na tyle istotne, że może warto się zastanowić, czy droga sądowa jest w tym wypadku w ogóle konieczna.

Jeśli przeczytać dokładnie ust. 2 art. 21 ustawy prawo o aktach stanu cywilnego, to można się przekonać, że wzmianka dodatkowa może zostać umieszczona w akcie urodzenia nie tylko na podstawie orzeczenia sądowego, czy decyzji administracyjnej, ale także na podstawie innego dokumentu. Przy tworzeniu aktu urodzenia takim innym dokumentem jest zgodnie z art. 40 ustawy pisemne zgłoszenie urodzenia dziecka wystawione przez lekarza, położną lub zakład opieki zdrowotnej, w którym jednym ze wskazanych punktów jest właśnie płeć dziecka. Biorąc pod uwagę fakt, że prawo o aktach stanu cywilnego w ogóle nie odnosi się do zmiany płci metrykalnej w akcie urodzenia - a więc nie przewiduje procedury

⁹⁴ III CZP 100/77.

⁹⁵ Adamczyk, M., op. cit., s. 214.

⁹⁶ Zielonacki, A, op. cit., s. 51.

szczegółnej, nic nie stoi na przeszkodzie, żeby zapis ten został zmieniony w tym akcie w formie wzmianki dodatkowej także na podstawie orzeczenia lekarskiego. Nie byłby to pierwszy przypadek, gdy zapisy w akcie urodzenia zmieniane są na podstawie innych dokumentów niż sądowe. Warto tutaj wspomnieć choćby o możliwości uznania dziecka (art. 43 i 44 ustawy) czy zmiany jego imienia w okresie pierwszych 6 miesięcy po urodzeniu (art. 51 ustawy), które dokonywane są wyłącznie na podstawie pisemnych oświadczeń rodziców właśnie w drodze wzmianki dodatkowej bez ingerencji żadnych organów państwowych.

Dokonanie zmiany zapisu określenia płci na podstawie zaświadczenia lekarskiego bez orzeczenia sądu cywilnego nie prowadziłoby wcale do samowoli, ani tym bardziej do podważenia wiarygodności aktów stanu cywilnego. Przede wszystkim żaden lekarz nie wystawiłby takiego zaświadczenia, gdyby nie było ono zgodne z prawdą. Co więcej kierownik stanu cywilnego mógłby zażądać innych dowodów na potwierdzenie prawdziwości danych zgłoszonych (a więc na przykład drugiej opinii, czy wypisu ze szpitala po przeprowadzonym zabiegu korekty płci), a jeśli uznałby te dowody za niewystarczające mógłby przeprowadzić postępowanie wyjaśniające zgodnie z art. 22 ustawy.

Także wnioskodawca nie byłby przy zastosowaniu tej procedury ograniczony w swoich uprawnieniach, gdyż w razie odmowy dokonania wzmianki dodatkowej, służyłoby mu odwołanie do wojewody (art. 7 i 8 ustawy), a następnie droga sądowa przed sądami administracyjnymi. Co więcej, przyjęcie ścieżki administracyjnej pozwala na udział w postępowaniu wszystkim osobom zainteresowanym tą kwestią prawną, gdyż stroną może być każdy, kto ma w tym interes prawny. Jeśli więc faktycznie rodzice transseksualisty będą chcieli wyrazić swoje zdanie w tym zakresie (np. jeśli mają obawy, że postępowanie ich dziecka jest przejawem choroby psychicznej i mu faktycznie szkodzi), ta procedura im tego nie utrudni. Ponadto, jeśli wnioskodawca będzie osobą pozostającą w związku małżeńskim lub będzie rodzicem, to jako stronę postępowania kierownik urzędu stanu cywilnego będzie mógł powiadomić współmałżonka oraz dzieci albo ich przedstawiciela. Biorąc pod uwagę wrażliwość aspektów prawnorodzinnych w sytuacji życiowej transseksualistów, udział tych osób w postępowaniu i zapewnienie im pełnej możliwości obrony własnych praw - czego nie zapewnia dzisiejsze postępowanie sądowe w oparciu o art. 189 k.p.c. - jest jak najbardziej wskazane. Jednocześnie kierownik urzędu stanu cywilnego wcale nie musiałby uznawać za zasadne wobec osoby samotnej, bezdzietnej, dorosłej i niebudzącej wątpliwości co do działania z rozeznaniem poszukiwania innych stron postępowania, a tym samym nie zawiadamiałby o nim nikogo, szanując w ten sposób prawo transseksualisty do zachowania w tajemnicy kwestii związanych z płcią. Takie postępowanie, wyłącznie z udziałem wnioskodawcy, powinno być zasadą, podlegającą uchyleniu jedynie

w sytuacji istnienia faktycznych interesów osób trzecich. Zresztą gdyby kierownik urzędu stanu cywilnego bezzasadnie nie powiadomił faktycznie zainteresowanych osób o tym postępowaniu, miałby one zawsze możliwość zgłoszenia w nim swojego udziału, a nawet wystąpienia o jego wznowienie w wypadku naruszenia ich uprawnień decyzją o zmianie płci metrykalnej danej osoby

Przyjęcie ścieżki administracyjnej w odniesieniu stanu osobistego człowieka nie jest zresztą rzadkością, ani w Polsce, ani tym bardziej w innych krajach. Jeśli chodzi o regulacje polskie, to wskazać należy choćby - równie powszechnie wykorzystywaną przez transseksualistów ścieżkę zmiany imienia i końcówki nazwiska w wypadku, gdy mają one konotację związaną z płcią. Zgodnie z ustawą

o zmianie imion i nazwisk z 15 listopada 1956 r.⁹⁷ przeprowadzenie powyższej zmiany dokonywane jest dokładnie przez wyżej wymienione organy w drodze decyzji administracyjnej, przy czym do dokonania takich zmian wystarczy zaistnienie ważnych powodów, a więc formalnie osoba wcale nie musi przejść ani zabiegu korekty płci, ani tym bardziej uzyskać sądowego orzeczenia o zmianie płci metrykalnej - wystarczy, że organ uzna prawną ważność jej woli życia zgodnie z płcią psychiczną pod imieniem i nazwiskiem wskazującym na tę płeć lub rodzajowo neutralnym.

Jeśli natomiast chodzi o przykłady z zagranicy, to taka właśnie procedura przyjęta została przez większość stanów USA, Kanady i Australii, a także niektóre kraje europejskie.

V Procedura zmiany płci metrykalnej w prawie obcym

W USA zagadnienia zmiany płci są regulowane na poziomie stanowym. Tylko trzy stany nie dopuszczają w ogóle prawnej zmiany płci w akcie urodzenia (Idaho, Ohio i Tennessee)⁹⁸. Część stanów wprowadziła procedurę administracyjną, bez konieczności odwołania się do sądu. Przykładowo w Connecticut ustawa z 2001 r. przewiduje możliwość zmiany płci w akcie urodzenia przez Departament Zdrowia Publicznego na podstawie zaświadczenia lekarskiego o wykonanym zabiegu chirurgicznej korekty płci oraz orzeczenia psychiatry, psychologa lub pracownika socjalnego, że dana osoba jest płci wskazanej we wniosku. Nowy akt urodzenia wydawany jest już ze wskazaniem płci wnioskowanej, fakt jego zmiany pozostaje utajniony dla wszystkich instytucji⁹⁹. Analogiczna procedura obowiązuje na

⁹⁷ Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r., nr 233, poz. 1992, z późn. zm.

⁹⁸ *Transgender legal issues, New England*, GLAD, Boston, 2008, s. 28.

⁹⁹ Ibidem, s. 32-33.

Hawajach i w Wirginii, gdzie na podstawie potwierdzonego notarialnie zaświadczenia lekarza o przeprowadzeniu korekty płci wydany zostanie nowy akt urodzenia¹⁰⁰. Podobna droga urzędowa została przyjęta w Rhode Island, jednakże w tym stanie nowy akt urodzenia nosi oznaczenie, że został zmieniony Dołączane do niego jest też streszczenie podstawy tej zmiany (którą stanowi notarialnie poświadczony zaświadczenie lekarskie o przeprowadzonej chirurgicznej korekcie płci)¹⁰¹. Z kolei w Karolinie Południowej nie jest zmieniany oryginalny akt urodzenia, ale odpowiedni urząd przesyła wnioskodawcy kartę ze wskazaniem zmienionych płci i imienia, którą należy dołączyć do starego aktu urodzenia. Także w Montanie stosuje się wyłącznie ścieżkę administracyjną, tyle że poprawiony akt urodzenia nie będzie nosił oznaczenia, które zapisy zostały zmienione¹⁰².

Z kolei w Massachusetts do zmiany zapisu płci w oryginalnym akcie urodzenia konieczne jest nie tylko uprzednie przeprowadzenie zabiegu chirurgicznego (potwierdzone przez lekarza), ale także sądowa zmiana imienia. Natomiast sama zmiana zapisu płci w akcie urodzenia dokonywana jest już w urzędzie stanu cywilnego bez ingerencji sądowej¹⁰³. Analogicznie jest na Alasce, w Dystrykcie Kolumbii, na Florydzie czy w Północnej Dakocie¹⁰⁴. Ta sama procedura obowiązuje także w Arizonie, Iowa, Kentucky, Michigan, Nebrasce, Nevadzie, New Jersey, Nowym Meksyku, New York State, Północnej Karolinie, Pensylwanii, Teksasie i Waszyngtonie, przy czym w tych stanach zostanie wydany nowy akt urodzenia, a nie poprawiony pierwotny¹⁰⁵. Także w New York City wydany zostanie na tej podstawie nowy akt urodzenia, jednakże będzie on wskazywał nowe imię, ale nie będzie nosił w ogóle oznaczenia płci. Zbliżona procedura panuje w Oklahomie, gdzie po dokonaniu odpowiednich poprawek wydaje się dwustronicowy akt urodzenia - pierwsza to akt zmieniony, ze wskazaniem, że został zmieniony, druga - to akt oryginalny bez żadnych zmian¹⁰⁶. Analogicznie postępowanie wygląda w Illinois (które posiada najstarszą w tym zakresie regulację z 1967 r.) i Zachodniej Wirginii, choć w tych stanach nowy akt urodzenia będzie nosił przekreślone stare określenie płci i imienia i nadpisane nowe¹⁰⁸.

¹⁰⁰ *U.S. States and Canadian Provinces: Instructions Por Changing Name And Sex On Birth Certificate*, <http://www.drbecky.com/birthcert.html>, 29 lipca 2008 r.

¹⁰¹ *Transgender legal issues*, op. cit., s. 42.

¹⁰² *U.S. States and Canadian Provinces*, op. cit.

¹⁰³ *Transgender legal issues*, op. cit., s. 35-36.

¹⁰⁴ *U.S. States and Canadian Provinces*, op. cit.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 71-72.

¹⁰⁸ *U.S. States and Canadian Provinces*, op. cit.

Odminną regulację przyjęło Maine, które do zmiany zapisu płci w akcie urodzenia wymaga drogi sądowej, przed sądem opiekuńczym (probate court). Wydanie orzeczenia pozytywnego możliwe jest dopiero po zakończonych zabiegach chirurgicznej korekty płci, poświadczonych przez lekarza. Nowy akt urodzenia będzie miał oznaczenie, że został zmieniony oraz zawierał datę zmiany i jej podstawę prawną¹⁰⁹. Analogicznie rozwiązał problem Vermont. Jednakże nowy akt urodzenia wydany w tym stanie zawiera przekreślony stary zapis płci i wpisany nowy¹¹⁰. Jeszcze mniej szanująca prawo do prywatności transseksualistów procedura panuje w Missisipi, gdzie co prawda można dochodzić sądowego stwierdzenia odmiennej płci i innego imienia, jednakże na podstawie orzeczenia sądu nowe zapisy zostają wpisane na marginesie aktu urodzenia, bez zmiany lub usunięcia pierwotnych¹¹¹. W Alabamie, Missouri i Wisconsin, gdzie także zarówno dla zmiany imienia, jak i zapisu płci konieczne jest wdrożenia postępowania sądowego, po przeprowadzonym zabiegu chirurgicznym, wzmianki umieszcza się na oryginalnym akcie urodzenia¹¹². Natomiast w Arkansas, Kalifornii, Kolorado, New Hampshire i Oregonie przy zachowaniu tej samej procedury sądowej i warunków formalnych, zostanie wydany nowy akt urodzenia¹¹³. W Marylandzie i Utah wydany zostanie co prawda po zastosowaniu tej procedury poprawiony akt urodzenia, ale bez jakiegokolwiek odwołania do oryginału¹¹⁴. W Luizjanie po zabiegu chirurgicznej korekty płci dana osoba może wystąpić do sądu o wydanie nowego aktu urodzenia ze wskazaniem odmiennej niż pierwotnie płci i innego imienia. Dodatkowo w odniesieniu do osób pozostających w związku małżeńskim na zmiany w akcie urodzenia musi wyrazić pisemną zgodę współmałżonek¹¹⁵.

Także w Kanadzie obowiązują regulacje na poziomie stanowym. Zostały one w większości stanów wprowadzone już w latach 70-tych (Alberta i Kolumbia Brytyjska - 1973; Saskatchewan - 1975; Ouebek - 1977). Wszędzie jednak obowiązuje droga administracyjna, przy czym wymaga się, aby najpierw przeprowadzona została chirurgiczna korekta płci potwierdzona przez jednego lub więcej lekarzy. Tak jest m.in. w Albercie, Kolumbii Brytyjskiej, Manitobie, Nowej Funlandii i na Labradorze, w Saskatchewan¹¹⁶, Nowym Brunzswiku oraz

¹⁰⁹ *Transgender legal issues*, op. cit., s. 37-38.

¹¹⁰ *Ibidem*, s44.

¹¹¹ *U.S. States and Canadian Provinces*, op. cit.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Changing legal gender assignment in Canada*, http://en.wikipedia.org/wiki/Changing_legal_gender_assignment_in_Canada, 30 lipca 2008 r.

w Nowej Szkocji¹¹⁷. Akt urodzenia ulega sprostowaniu, co ma skutek, że osoba transseksualna traktowana jest jakby od urodzenia należała do płci, do której czuje przynależność psychiczną. Odmienne jest w Quebecu, gdzie skutek zmiany płci następuje od dnia zabiegu chirurgicznego¹¹⁸. Wyjątkowo w Ontario co prawda na poprawionym skróconym odpisie aktu urodzenia w tym stanie nie wskazuje się, które wzmianki zostały zmienione, jednak odmienne jest na akcie pełnym - wskazane są i stare i nowe zapisy imienia oraz płci¹¹⁹. W stanach, w których dopuszczalne są małżeństwa osób tej samej płci, zniesiony został warunek pozostawania w stanie wolnym dla dokonania zmiany płci metrykalnej (np. Quebec, Kolumbia Brytyjska). Zmiana imienia jest niezależna od zmiany płci i nie wymaga uprzedniego przeprowadzenia zabiegu chirurgicznego

Także Republika Południowej Afryki na podstawie South African Births, Marriages and Deaths Registration (Amendment) Act z 1974 r. dopuszcza sprostowanie zapisu płci w akcie urodzenia przez urzędnika za rekomendacją Sekretarza Zdrowia. Sprostowanie takie dotyczy osób, które przeszły chirurgiczną korektę płci, o czym świadczy dokumentacja medyczna. Sprostowanie dokonane w akcie urodzenia ma taki skutek, jakby osoba od urodzenia była płci, która została ujawniona w wyniku operacji¹²¹.

W Australii prawo federalne reguluje jedynie kwestię wydawania paszportów. Transseksualistom po przejściu operacyjnej korekty płci, którzy także zmienili imię, wydawany jest nowy paszport ze wskazaniem nowych danych. Transseksualistom, którzy zmienili imię, lecz jeszcze nie przeszli operacji korekty płci, wydawany jest - na podstawie zaświadczenia lekarskiego o zamiarze przeprowadzenia takiej operacji - paszport czasowy, ważny przez rok. Z kolei na poziomie stanowym rozstrzygnięte zostało zagadnienie zmiany aktu urodzenia i innych dokumentów¹²².

Większość stanów reguluje to zagadnienie na drodze administracyjnej. Tak jest na Terytorium Północnym i na Australijskim Terytorium Stołecznym oraz w Nowej Południowej Walii, Queensland, Tasmanii i Wiktorii. Do uznania odmiennej płci wymagane jest wdrożenie postępowania chirurgicznego, ale nie muszą być ukończone wszystkie etapy prowadzące do wykształcenia zewnętrznych

¹¹⁷ U.S. States and Canadian Provinces, op. cit.

¹¹⁸ *Integrating Transsexual and Transgendered People. A Comparative Study of European, Commonwealth and International Law*, <http://www.pfc.org.uk/node/347>, 30 lipca 2008 r.

¹¹⁹ U.S. States and Canadian Provinces, op. cit.

¹²⁰ *Changing legal gender assignment in Canada*, op. cit.

¹²¹ *Integrating Transsexual and Transgendered People*, op. cit.

¹²² Ibidem.

narządów rodnych płci przeciwnej¹²³. Uznaje się, że w przypadku operacji narządów męskich wystarcza usunięcie penisa, a w wypadku narządów żeńskich - usunięcie macicy i jajników. Przykładowo w sprawie z 2001 r. *Re Kevin and Another* sąd uznał Kevina za mężczyznę i wydał zgodę na zawarcie małżeństwa z kobietą, pomimo nieprzeprowadzenia phalloplastii (chirurgicznej konstrukcji penisa)¹²⁴.

Ostatnio duże zainteresowanie wywołała sprawa 12-letniej dziewczynki, która od czwartego roku życia przejawia poczucie bycia chłopcem i wykazuje zachowania w związku z tą płcią. W maju 2008 r. sąd rodzinny w stanie Wiktorii (sprawa trafiła do sądu wobec konfliktu między rodzicami dziewczynki) wydał orzeczenie zezwalające - w interesie dziecka - na rozpoczęcie fazy leczenia hormonalnego, aby nie doprowadzić do naturalnego uzewnętrznienia się hormonów kobiecych w postaci miesiączkowania i rozrostu gruczołów piersiowych. Co prawda zabiegi chirurgiczne oraz ewentualna zmiana dokumentów będą mogły być dokonane dopiero po uzyskaniu przez dziewczynkę pełnoletniości, jednakże sąd uznał, że dla dobra dziecka należy podjąć już na tym etapie jej rozwoju kroki pozwalające mu w przyszłości żyć jako mężczyzna¹²⁵.

Wszystkie powyższe stany i terytoria australijskie wydają na podstawie decyzji administracyjnej nowy akt urodzenia, wywierający skutki prawne od daty jego wydania. Jedynie w Tasmanii na tym nowym dokumencie istnieje wzmianka, że osoba było poprzednio zarejestrowana pod inną płcią¹²⁶.

Z kolei w Południowej Australii przyjęto drogę sądową zmiany płci metrykalnej. Zgodnie z *Sexual Reassignment Act* z 1988 r. sędziowie wyznaczeni przez gubernatora mogą wystawiać certyfikaty uznania płci. Z wnioskiem o wydanie takiego certyfikatu może wystąpić transseksualista, który przeszedł pełen chirurgiczny zabieg korekty płci na terenie stanu lub jest zarejestrowany w stanowym rejestrze urodzeń, a w przypadku dziecka-jego przedstawiciel ustawowy. O złożeniu wniosku sąd powiadamia ministra oraz każdą osobę, którą uzna za stosowne - w takim wypadku może ona wziąć udział w rozprawie. Warunkami orzeczenia o wydaniu certyfikatu o uznaniu płci jest przekonanie wnioskodawcy, że jego prawdziwą płcią jest płeć ujawniona w wyniku zabiegu chirurgicznego, osoba ta żyje zgodnie z tą płcią oraz otrzymała odpowiednie doradztwo z zakresu identyfikacji

¹²³ Wymaganie dokonania pełnej korekty narządów rodnych wprowadzone zostało w Południowej i Zachodniej Australii; David, E., Blight, J., *Understanding Australia's Human Rights Obligations in Relation to Transsexuals: Privacy and Marriage in the Australian Context*, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2004/16.html>, 30 lipca 2008 r.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Squires, N., *judge gives girl, 12, go-ahead to change sex*, Telegraph.co.uk, 26 maja 2008 r.

płciowej. W wypadku osoby niepełnoletniej, sąd musi być przekonany, że zmiana płci metrykalnej leży w najlepiej pojętym interesie dziecka. Na podstawie tego sądownie wydane go certyfikatu uznania płci, rejestr urodzeń zmienia zapisy w aktach danej osoby. Taki zmieniony akt urodzenia nie może być wykorzystywany poza stanem, chyba że prawo tego kraju na to zezwala i zostały poinformowane odpowiednie władze o dokonanej zmianie płci metrykalnej.

W Nowej Zelandii kwestie te reguluje Transgender (Anti-Discrimination and Other Acts Amendment) Act z 1996 r. Zgodnie z tą ustawą warunkiem zmiany zapisu płci w akcie urodzenia jest „interwencja medyczna”, jednakże wobec braku dokładniejszej definicji tego pojęcia przyjmuje się, że transseksualiści przed zabiegiem chirurgicznym także mogą starać się o zmianę płci metrykalnej, a w wyniku jej przeprowadzenia, zawierać związki małżeńskie i adoptować dzieci¹²⁷.

Natomiast Japonia przyjęła odpowiednią ustawę w lipcu 2003 r. decydując się na procedurę sądową. Jednakże warunkiem do zmiany płci metrykalnej jest według niej niepozostawanie w związku małżeńskim oraz bezdzietność¹²⁸. Na chwilę obecną japoński Sąd Najwyższy utrzymuje te dwa warunki jako konieczne dla przeprowadzenia niniejszej procedury mając na względzie ochronę i przejrzystość stosunków rodzinnych¹²⁹.

Pierwszym krajem europejskim, który wprowadził ustawę dotyczącą regulacji prawnej sytuacji transseksualistów, była Szwecja. Akt z 21 kwietnia 1972 r. przewidywał sprostowanie zapisu w księgach stanu cywilnego w trybie procedury administracyjnej na podstawie orzeczenia komisji lekarsko-prawniczej o trwałym i nieodwracalnym transseksualizmie, przy czym orzeczenie takie może otrzymać wyłącznie osoba pełnoletnia, całkowicie niezdolna do prokreacji i nie- pozostająca w związku małżeńskim. Warunkiem prawnej zmiany płci nie jest uprzednie przeprowadzenie chirurgicznego zabiegu adopcyjnego, wręcz przeciwnie - przeprowadzenie takiej adaptacji bez zgody powyższej komisji traktowane jest jak przestępstwo¹³⁰.

W dniu 10 września 1980 r. uchwalona została niemiecka ustawa o zmianie imion i ustaleniu przynależności rodzajowej w określonych przypadkach. Przewi-

¹²⁷ *Integrating Transsexual and Transgendered People*, op. cit.

¹²⁸ *Legal aspects of transsexualism*, op. cit.

¹²⁹ *Japanese court denies transsexuals' pleas to change records*, ABC News, 30 października 2007 r.

¹³⁰

Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 70-71; Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, CIEC, Strasburg, 2002, s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 12; Osajda, K., op. cit., s. 145.

duje ona dwa warianty postępowania w Władku transseksualistów. Tzw wariant mały dotyczy dorosłego transseksualisty¹³¹, będącego obywatelem niemieckim, azylantem albo bezpaństwowcem, zamieszkującego na terenie Niemiec, od trzech lat żyjącego zgodnie z płcią przeciwną do wskazanej w akcie urodzenia, wobec którego istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że identyfikacja płciowa nie zmieni się. W odniesieniu do takiej osoby sąd dokonuje zmiany imienia zgodnie z płcią psychiczną. Nie następuje natomiast zmiana zapisu płci w akcie urodzenia. Taką zmianę przewiduje tzw. wariant duży, który oprócz wymienionych wyżej warunków wymaga, aby osoba nie pozostawała w związku małżeńskim i przeszła chirurgiczny zabieg adaptacji płci, w wyniku którego będzie trwale niezdolna do prokreacji. W tym ostatnim wypadku zmiana płci następuje w formie wzmianki marginesowej na oryginale aktu urodzenia¹³³.

Zbliżone do rozwiązań niemieckich są uregulowania austriackie, tyle że zostały one przyjęte na poziomie nie ustawy, ale rozporządzeń administracyjnych (rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z 18 lipca 1983 r.) i nie przewidują udziału sądu. Poza tym - tak jak w Niemczech - możliwe są dwa rozwiązania. Rozwiązanie pełne oznacza, że organ administracyjny wpisuje w postaci wzmianki marginesowej w akt urodzenia nowy zapis o płci. Procedura ta może mieć miejsce w stosunku do osób, które przynajmniej od roku żyją zgodnie z płcią przeciwną do metrykalnej i przeszły chirurgiczny zabieg korekcyjny, co stwierdzone zostało przez odpowiedni ośrodek medyczny. Procedurę tę mogą zastosować wyłącznie osoby niepozostające w związku małżeńskim. Oprócz tego istnieje rozwiązanie niepełne - pozwalające, bez konieczności spełniania powyższych warunków, na zmianę imienia mającego konotację płci na imię neutralne rodzajowo

Także Słowacja przyjęła ścieżkę administracyjną. Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Ministra Zdrowia z 1981 r. przewidują możliwość zmiany imienia i nazwiska oraz określenia płci w akcie urodzenia na podstawie

¹³¹ Początkowy warunek ukończenia 25 lat został uznany za niezgodny z konstytucją przez Bundesverfassungsgericht, orzeczeniem z 16 marca 1982 r.; Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 5.

¹³² Wyrokiem z lipca 2008 r. niemiecki Trybunał Konstytucyjny uznał ten warunek za niekonstytucyjny i dał ustawodawcy rok na wprowadzenie odpowiedniej zmiany ustawowej ; *Un transsexuel de 79 ans peut rester marié*, Insolite, 23 lipca 2008 r.

¹³³ Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 69-70; Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., str. 10; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 11.

¹³⁴ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 12.

płciowej. W wypadku osoby niepełnoletniej, sąd musi być przekonany, że zmiana płci metrykalnej leży w najlepiej pojętym interesie dziecka. Na podstawie tego sądownie wydanego certyfikatu uznania płci, rejestr urodzeń zmienia zapisy w aktach danej osoby. Taki zmieniony akt urodzenia nie może być wykorzystywany poza stanem, chyba że prawo tego kraju na to zezwala i zostały poinformowane odpowiednie władze o dokonanej zmianie płci metrykalnej.

W Nowej Zelandii kwestie te reguluje Transgender (Anti-Discrimination and Other Acts Amendment) Act z 1996 r. Zgodnie z tą ustawą warunkiem zmiany zapisu płci w akcie urodzenia jest „interwencja medyczna”, jednakże wobec braku dokładniejszej definicji tego pojęcia przyjmuje się, że transseksualiści przed zabiegiem chirurgicznym także mogą starać się o zmianę płci metrykalnej, a w wyniku jej przeprowadzenia, zawierać związki małżeńskie i adoptować dzieci¹²⁷.

Natomiast Japonia przyjęła odpowiednią ustawę w lipcu 2003 r. decydując się na procedurę sądową. Jednakże warunkiem do zmiany płci metrykalnej jest według niej niepozostawanie w związku małżeńskim oraz bezdzietność¹²⁸. Na chwilę obecną japoński Sąd Najwyższy utrzymuje te dwa warunki jako konieczne dla przeprowadzenia niniejszej procedury mając na względzie ochronę i przejrzystość stosunków rodzinnych¹²⁹.

Pierwszym krajem europejskim, który wprowadził ustawę dotyczącą regulacji prawnej sytuacji transseksualistów, była Szwecja. Akt z 21 kwietnia 1972 r. przewidział sprostowanie zapisu w księgach stanu cywilnego w trybie procedury administracyjnej na podstawie orzeczenia komisji lekarsko-prawniczej o trwałym i nieodwracalnym transseksualizmie, przy czym orzeczenie takie może otrzymać wyłącznie osoba pełnoletnia, całkowicie niezdolna do prokreacji i nie- pozostająca w związku małżeńskim. Warunkiem prawnej zmiany płci nie jest uprzednie przeprowadzenie chirurgicznego zabiegu adopcyjnego, wręcz przeciwnie - przeprowadzenie takiej adaptacji bez zgody powyższej komisji traktowane jest jak przestępstwo¹³⁰.

W dniu 10 września 1980 r. uchwalona została niemiecka ustawa o zmianie imion i ustaleniu przynależności rodzajowej w określonych przypadkach. Przewi-

¹²⁷ *Integrating Transsexual and Transgendered People*, op. cit.

¹²⁸ *Legal aspects of transsexualism*, op. cit.

¹²⁹ *Japanese court denies transsexuals' pleas to change records*, ABC News, 30 października 2007 r.

¹³⁰ Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 70—71; Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, CIEC, Strasburg, 2002, s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 12; Osajda, K, op. cit., s. 145.

duje ona dwa warianty postępowania w Władku transseksualistów. Tzw. wariant mały dotyczy dorosłego transseksualisty¹³¹, będącego obywatelem niemieckim, azylantem albo bezpaństwowcem, zamieszkującego na terenie Niemiec, od trzech lat żyjącego zgodnie z płcią przeciwną do wskazanej w akcie urodzenia, wobec którego istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że identyfikacja płciowa nie zmieni się. W odniesieniu do takiej osoby sąd dokonuje zmiany imienia zgodnie z płcią psychiczną. Nie następuje natomiast zmiana zapisu płci w akcie urodzenia. Taką zmianę przewiduje tzw. wariant duży, który oprócz wymienionych wyżej warunków wymaga, aby osoba nie pozostawała w związku małżeńskim i przeszła chirurgiczny zabieg adaptacji płci, w wyniku którego będzie trwale niezdolna do prokreacji. W tym ostatnim wypadku zmiana płci następuje w formie wzmianki marginesowej na oryginale aktu urodzenia¹³³.

Zbliżone do rozwiązań niemieckich są uregulowania austriackie, tyle że zostały one przyjęte na poziomie nie ustawy, ale rozporządzeń administracyjnych (rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z 18 lipca 1983 r.) i nie przewidują udziału sądu. Poza tym - tak jak w Niemczech - możliwe są dwa rozwiązania. Rozwiązanie pełne oznacza, że organ administracyjny wpisuje w postaci wzmianki marginesowej w akt urodzenia nowy zapis o płci. Procedura ta może mieć miejsce w stosunku do osób, które przynajmniej od roku żyją zgodnie z płcią przeciwną do metrykalnej i przeszły chirurgiczny zabieg korekcyjny, co stwierdzone zostało przez odpowiedni ośrodek medyczny. Procedurę tę mogą zastosować wyłącznie osoby niepozostające w związku małżeńskim. Oprócz tego istnieje rozwiązanie niepełne - pozwalające, bez konieczności spełniania powyższych warunków, na zmianę imienia mającego konotację płci na imię neutralne rodzajowo

Także Słowacja przyjęła ścieżkę administracyjną. Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Ministra Zdrowia z 1981 r. przewidują możliwość zmiany imienia i nazwiska oraz określenia płci w akcie urodzenia na podstawie

¹³¹ Początkowy warunek ukończenia 25 lat został uznany za niezgodny z konstytucją przez Bundesverfassungsgericht, orzeczeniem z 16 marca 1982 r.; Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 5.

¹³² Wyrokiem z lipca 2008 r. niemiecki Trybunał Konstytucyjny uznał ten warunek za niekonstytucyjny i dał ustawodawcy rok na wprowadzenie odpowiedniej zmiany ustawowej; *Un transsexuel de 79 ans peut rester marié*, Insolite, 23 lipca 2008 r.

¹³³ Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 69-70; Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., str. 10; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 11.

¹³⁴ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 12.

zaświadczenia lekarskiego o diapaozie nieodwracalnego transseksualizmu oraz przebytej operacji korekty płci¹³⁵.

Z kolei ustawa włoska z 1 czerwca 1982 r. wybrała postępowanie sądowe w trybie nieprocesowym ze skutkiem zmiany zapisu o płci *ex nunc* w formie wzmianki marginesowej na akcie urodzenia i to bez formalnej konieczności uprzedniego przeprowadzania operacji chirurgicznej korekty płci, niezależnie od wieku wnioskodawcy i bez żadnych warunków dodatkowych, orzeczenie takie powoduje jedynie ustanie z mocy prawa związku małżeńskiego wnioskodawcy¹³⁶. Natomiast samo przeprowadzenie chirurgicznej korekty płci wymaga uzyskania uprzedniej zgody sądu udzielanej po zweryfikowaniu diagnozy nieodwracalnego transseksualizmu. W praktyce przyjęło się więc, że sądy wydają ostateczną decyzję o zmianie płci metrykalnej po zakończeniu terapii, w tym po zabiegu chirurgicznym¹³⁷.

Kolejnym aktem europejskim, który umożliwił zmianę płci metrykalnej, była holenderska ustawa z 1985 r. Dopuszcza ona sądową zmianę płci w formie wzmianki marginesowej na akcie urodzenia, na wniosek obywatela holenderskiego albo obcokrajowca, zamieszkującego terytorium Holandii co najmniej od roku, pod warunkiem niepozostawania w związku małżeńskim oraz braku zdolności do prokreacji. Osoba musi przejść zabieg chirurgiczny adaptacji płci oraz przedstawić zaświadczenie lekarskie o diagnozie nieodwracalnego transseksualizmu¹³⁸. Wnioskodawca może żądać, aby oryginalne dokumenty wskazujące płeć i imię zostały zniszczone, jednak na nowych dokumentach stanu cywilnego będzie wskazane, decyzją jakiego sądu i kiedy które elementy stanu cywilnego zostały zmienione¹³⁹.

Turecka ustawa z 4 maja 1988 r. jest zbliżona w treści do prawa włoskiego i nie stawia praktycznie żadnych warunków do zmiany płci metrykalnej z wyjątkiem poświadczenia przez lekarza diagnozy transseksualizmu¹⁴⁰, przy czym o ile osoba pozostaje w związku małżeńskim to - ponieważ zmiana płci metrykalnej powoduje z urzędu anulowanie małżeństwa - sprawa jest wytaczana przeciwko współmałżonkowi¹⁴¹. Odmienne są jednak skutki wyroku zmieniającego płeć

¹³⁵ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 12-13.

¹³⁶ Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 70; Osajda, K., op. cit., s. 145-146.

¹³⁷ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 12.

¹³⁸ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 11-12.

¹³⁹ Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 19.

¹⁴⁰ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 6.

¹⁴¹ W takich wypadkach sąd musi również z urzędu rozstrzygnąć kwestię opieki nad

metrykalną - o ile we Włoszech nowy zapis płci jest wpisywany w formie wzmianki marginesowej na oryginale aktu urodzenia, o tyle w Turcji stary akt urodzenia jest anulowany i wystawiany jest nowy ze wskazaniem odmiennego zapisu płci¹⁴².

Wielka Brytania, na skutek przegranej przed Trybunałem Praw Człowieka sprawy Goodwin, wydała 1 lipca 2004 r. Gender Recognition Act. Zgodnie z tą ustawą, każda pełnoletnia osoba, która żyje zgodnie z płcią odmienną niż wynikająca z aktu urodzenia przez okres co najmniej dwóch lat i zamierza żyć zgodnie z tą płcią do śmierci, może złożyć wniosek o uznanie tej płci do Gender Recognition Panel, składającego się z prawników i lekarzy lub psychologów wybieranych przez Lorda Kanclerza, przy czym do wniosku musi dołączyć zaświadczenie lekarza lub psychologa o zdiagnozowaniu transseksualizmu i wdrożonych oraz przewidywanych formach terapii. Na podstawie takiego wniosku, po zweryfikowaniu istnienia wszystkich przesłanek, panel wydaje osobie niepozostającej w związku małżeńskim certyfikat o uznaniu płci. W wypadku odmowy wydania takiego certyfikatu wnioskodawcy przysługuje prawo odwołania do sądu. Certyfikat stanowi podstawę do uznania stwierdzonej w nim płci danej osoby w każdych stosunkach prawnych, nie ma on jednak wpływu na ważność czynności wcześniejszych (z wyjątkiem małżeństwa - wydany osobie pozostającej w związku małżeńskim certyfikat czasowy stanowi podstawę do unieważnienia małżeństwa). Certyfikat z urzędu jest wysyłany do rejestru aktów urodzenia i na jego podstawie wydawane są odpisy zawierające nowe określenie płci. Osoba, która uzyskała uznanie płci może zawrzeć związek małżeński z osobą płci przeciwnej do jej obecnej płci metrykalnej, choć ustawa wyraźnie wskazuje, że kapłan może odmówić udzielenie ślubu, jeśli ma podejrzenia, że osoba zmieniła płeć. W takim wypadku transseksualista ma prawo do małżeństwa cywilnego.

Zgodnie z hiszpańską ustawą z czerwca 2006 r. zmiana imienia oraz oznaczenia płci w akcie urodzenia i wszystkich dokumentach tożsamości nie jest związana z warunkiem przejścia operacji chirurgicznej, wymaga się jedynie dwuletniego okresu terapii hormonalnej¹⁴³.

W dniu 10 maja 2007 r. wydana została belgijska ustawa Loi relative a la transsexualite, modyfikująca kodeks cywilny i kodeks sądowy. Zgodnie z tą ustawą, każdy obywatel Belgii oraz obcokrajowiec, który jest wpisany do belgijskiego rejestru ludności, może złożyć oświadczenie przed urzędnikiem stanu cywilnego, że ma trwałe poczucie przynależności do płci odmiennej, niż wpisana w jego akcie

¹⁴² Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 10; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 18.

¹⁴³ *Legal aspects of transsexualism*, http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_aspects_of_transsexualism, 28 lipca 2008 r.

urodzenia, jeśli jego ciało zostało przystosowane - jak dalece to możliwe z punktu widzenia medycyny - do płci, do której przynależność odczuwa. Oświadczenie takie może złożyć także osoba niepełnoletnia pod warunkiem, że zostanie ono potwierdzone przez jej przedstawiciela ustawowego. Do oświadczenia należy dołączyć zaświadczenie prowadzącego psychiatry lub chirurga potwierdzające stałe poczucie przynależności do innej płci, fakt przeprowadzenia chirurgicznego zabiegu korekcyjnego oraz niezdolność do prokreacji zgodnie z płcią metrykalną. Na podstawie tych dokumentów urzędnik stanu cywilnego wystawia odpis aktu urodzenia, wskazujący nowe określenie płci, wywierający prawne skutki od momentu jego rejestracji w rejestrze aktów urodzenia. Zapis nowej płci wpisywany jest na oryginale aktu urodzenia w postaci wzmianki marginesowej. O fakcie tym urzędnik stanu cywilnego ma obowiązek poinformować prokuraturę i właściwy miejscowo sąd pierwszej instancji. W wypadku odmowy wpisania nowej płci do aktu urodzenia, urzędnik wydaje umotywowaną decyzję, od której wnioskodawcy przysługuje odwołanie do sądu. Prokurator oraz każda osoba mająca w tym interes prawny mogą wnieść do sądu odwołanie od decyzji urzędnika stanu cywilnego zmieniającej zapis płci w akcie urodzenia. Ustawa pozwala także na zmianę imion i nazwiska na zgodne z płcią psychiczną i to jeszcze przed zmianą płci metrykalnej, a nawet przed zabiegiem korekcyjnym. Zmiana płci metrykalnej nie ma znaczenia dla stosunków rodzinnych danej osoby, ani rodzicielskich, ani małżeńskich, co wynika z faktu, że Belgia uznaje możliwość zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci¹⁴⁴.

Niektóre państwa, które nie przyjęły regulacji ustawowych lub administracyjnych w odniesieniu do zmiany płci przez transseksualistów, rozstrzygnęły to zagadnienie - podobnie jak Polska - na poziomie orzecznictwa. Przykładowo Bułgaria dopuszcza w drodze praktyki sądową zmianę płci metrykalnej oraz imienia po przebytym zabiegu chirurgicznym. Przed sądem należy udowodnić za pomocą świadków i ekspertów medycznych istnienie syndromu trans seksualizmu. Sąd dokonuje odpowiednich sprostowań, przyjmując, że zapis płci w oparciu o wygląd zewnętrznych genitaliów był błędny oraz że istnieje ważny interes prawny w zmianie imienia¹⁴⁵.

Także Francja do tej pory nie przyjęła żadnych regulacji prawnych w tym zakresie, jednakże od wyroku Trybunału w Strasburgu w sprawie B. przeciwko

¹⁴⁴ Kleniewska, I, *Zarejestrowane związki partnerskie i małżeństwa osób tej samej płci za graniową prawo polskie*, artykuł oddany do druku, s. 2.

¹⁴⁵ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 7; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 13-14; Okoliyski, M., Velichkov, P., *Bulgaria*, <http://www2.hu-berlin.de/sexology/IES/bulgaria.html#7>, 28 lipca 2008 r.

Francji, Cour de cassation zmienił swoją politykę w tym względzie i dwoma orzeczeniami z 11 grudnia 1992 r. ustalił nową linię orzeczniczą. Zezwolił tym samym na modyfikację zapisu płci w formie wzmianki marginesowej na akcie urodzenia, a co za tym idzie - zmianę imienia osoby, w odniesieniu do której diagnoza trans- seksualizmu została udowodniona sądową ekspertyzą medyczną i która przeszła chirurgiczny zabieg korekcyjny. W praktyce można spotkać także jedynie wnioski o zmianę imienia, którym sądy niższych instancji czynią zadość¹⁴⁶.

W Danii, Finlandii i Norwegii, pomimo braku regulacji prawnych, przyjęta jest praktyka administracyjna zmiany płci metrykalnej i imienia oraz numeru identyfikacyjnego przez urzędnika stanu cywilnego po przedstawieniu mu odpowiedniej dokumentacji medycznej, wskazującej na przejście zabiegu chirurgicznego korekty płci i niezdolność do prokreacji¹⁴⁷.

Również w Irlandii brak jest przepisów umożliwiających zmianę płci metrykalnej. Do tej pory sądy na tej podstawie odmawiały dokonywania przedmiotowej zmiany. Jednakże w wyroku z 14 lutego 2008 r. w sprawie wniesionej przez dr Lidię Foy High Court orzekł - odwołując się do wyroku Trybunału w Strasburgu w sprawie Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii - że Civil Registration Act, który nie przewiduje możliwości zmiany zapisu płci w akcie urodzenia, jest sprzeczny z art. 8 Konwencji. Sąd stwierdził również, że brak regulacji dotyczącej małżeństw transseksualistów jest sprzeczny z art. 12 Konwencji. Rząd Irlandii ma prawo wniesienia odwołania do Sądu Najwyższego, jednakże w wypadku braku zaskarżenia lub oddalenia odwołania, będzie zobowiązany do wprowadzenia rozwiązań prawnych zgodnych z Europejską Konwencją Praw Człowieka według jej interpretacji wynikającej ze sprawy Goodwin¹⁴⁸.

Podobnie sytuacja wygląda w Korei Południowej. Od lat 90-tych sądy zasadniczo dokonują zmiany płci metrykalnej. Co więcej w wyroku z 2006 r. Sąd Najwyższy orzekł, że transseksualiści mają prawo do tego, aby wszystkie ich dokumenty zawierały oznaczenie płci zgodnej z ich poczuciem wewnętrznym i przystosowaniem medycznym i to nie tylko jako odpowiednio: mężczyzna czy kobieta, ale wręcz jako „urodzony jako mężczyzna” albo „urodzona jako kobieta”.

¹⁴⁶ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 8; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 14-15; Radal, B., *Hommes et femmes transsexuel(le)s en France. Entre normalisation et subversion*, mémoire Université de Provence, Aix-Marseille 1, 2002, s. 31.

¹⁴⁷ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 9; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 16-17.

¹⁴⁸ Whittle, S., Turner, L., Combs, R., Rhodes, S., *Transgender EuroStudy: legal Survey and Focus on the Transgender Experience of Health Care*, ILGA Europe, Bruksela, 2008, s. 19; *Legal aspects of transsexualism*, op. cit.

Transseksualista otrzymuje również automatyczne uznanie płci odmiennej niż metrykalna w momencie zawarcia związku małżeńskiego z osobą tej samej płci co jego płeć metrykalna¹⁴⁹.

Jak widać z powyższych rozważań, nie ma wśród krajów świata jednej przeważającej ścieżki prawnej prowadzącej do uznania płci psychicznej transseksualistów. Nie ulega jedynie wątpliwości, że powszechnie uznano ich prawo do zmiany płci metrykalnej oraz innych danych osobowych. Niezależnie od tego, czy dany kraj wybrał drogę procedury administracyjnej czy cywilno-sądowej, najczęściej wymaganymi warunkami wstępnymi - oprócz diagnozy nieodwracalnego transseksualizmu - są przebieg operacji korekty płci, niezdolność płodzenia oraz niepozostawanie w związku małżeńskim. Ostatnie doniesienia prasowe oraz decyzje sądowe wskazują jednak, że właśnie wymaganie spełnienia tych warunków wcale nie jest już takie oczywiste.

VI Być jednocześnie kobietą i mężczyzną - prawne znaczenie określenia płci we współczesnym prawie rodzinnym

Safian omawiając przytoczony powyżej wyrok Sądu Najwyższego z 1991 r., który podkreślił, że warunkiem sądowej zmiany płci jest trwałe poczucie przynależności do płci przeciwnej niż metrykalna, podnosi, że nietrwałość bądź odwracalność tego poczucia (czego dowodem byłoby pozostawanie w związku małżeńskim, czy zachowanie zdolności do płodzenia lub urodzenia dziecka), prowadziłaby do powstania wątpliwości, czy w ogóle możemy mówić o „zmianie płci”, a tym samym - skutkowałaby oddaleniem powództwa¹⁵⁰. Podobne zastrzeżenia zgłaszał wielokrotnie Filar, który uważał, że warunkiem wstępnym zmiany płci metrykalnej powinna być chirurgiczna operacja korekcyjna, gdyż w przeciwnym wypadku może dojść do zawarcia związku małżeńskiego przez dwie osoby o co prawda odmiennej płci prawnej, ale identycznej płci biologicznej, co może prowadzić do zniszczenia instytucji małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety nastawionego na spłodzenie potomstwa¹⁵¹. Podobne obawy można zgłosić nie tylko zresztą odnośnie do zawierania małżeństw, ale także do kwestii rodzicielstwa. Jeśli bowiem transseksualista po zmianie płci metrykalnej a przed zabiegiem korekcyjnym

¹⁴⁹ *Legal aspects of transsexualism*, op. cit.

¹⁵⁰ Safian, M., op. cit., s. 89-90.

¹⁵¹ Jak to Filar obrazowo określa: „możemy być narażeni na to, że dopiero w trakcie nocy poślubnej okaże się, że będą z niej nici”; Filar, M., *Dwie płci*, op. cit., s. 5; Filar, M., *Glosa*, op. cit., s. 118.

spłodzi lub urodzi dziecko, to czy jego ojcostwo albo macierzyństwo powinno się oznaczać zgodnie z płcią prawną czy biologiczną?

Jak widać z powyższych rozważań prawno-porównawczych, większość ustawodawstw zagranicznych stoi lub przynajmniej początkowo stała na tym samym stanowisku, w imię - jak to ładnie ujął Sąd Najwyższy Japonii - przejrzystości i ochrony stosunków rodzinnych¹⁵². Także orzecznictwo strasburskie, w odniesieniu do zagadnień prawno-rodzinnych wydaje się głosić zbliżone poglądy.

Dowodem tego, że według Trybunału Praw Człowieka warunkiem niezbędnym do zmiany płci metrykalnej jest trwałość i nieodwracalność poczucia przynależności do płci odmiennej jest choćby orzeczenie Komisji z 23 października 1997 r. w sprawie Theodor (Dora) Roetzheim przeciwko Niemcom. Roetzheim domagał się uznania, że Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen - Transsexuellengesetz z 1980 r. jest niekonstytucyjna i narusza jego prawo do prywatności, gdyż nie dopuszcza do zmiany imienia oraz zapisu płci w aktach stanu cywilnego bez uprzedniej operacji chirurgicznej korekty płci. Roetzheim był chromosomalnym mężczyzną, żonatym, ojcem jednego dziecka. W 1992 r. zaczął przejawiać zachowania typowe dla płci żeńskiej i ubierać się jak kobieta, odmówił jednak poddania się operacji korekty płci, pozostawał również nadal płodny jako mężczyzna. Pomimo to wystąpił do sądu o zmianę zapisu płci. W momencie wydawania wyroku odmownego w sądzie pierwszej instancji postępowanie rozwodowe pomiędzy Roetzheimem a jego żoną było w toku. Gdy sąd odwoławczy utrzymywał ten wyrok w mocy, Roetzheim był już ponownie żonaty i został ojcem kolejnego dziecka. Niemiecka Transsexuellengesetz do zmiany prawnej płci wymaga, aby przekonanie o przynależności do płci przeciwnej niż wpisana w akcie urodzenia było trwałe - osoba ma żyć zgodnie z tą płcią przez okres co najmniej trzech lat, ma niepozostawać w związku małżeńskim oraz przejść chirurgiczną korektę płci i być trwale bezpłodna. Oddalając skargę jako niedopuszczalną, Komisja wskazała, że kroki, które poczyniły Niemcy, aby zapewnić prawne uznanie płci transseksualistów, są wystarczające. Państwo nie ma obowiązku traktować jako osobę innej płci człowieka, który ma chromosomalne, biologiczne i prokreacyjne zdolności drugiej płci, jeśli ten nie chce zmienić tych cech, które są możliwe (za pomocą operacji korekty płci i usunięcia zdolności płodzenia), a co więcej społecznie kontynuuje przynajmniej częściowo zachowania i role przynależne do jego płci metrykalnej (jak w tym wypadku zawarcie

¹⁵² *Japanese court denies*, op. cit.

¹⁵³ Sygn. 31177/96.

ponownego związku małżeńskiego jako mężczyzna czy splodzenie w naturalny sposób kolejnego dziecka).

Wydaje się jednak, że także w tym zakresie orzecznictwo Trybunału ulega przynajmniej częściowej ewolucji. Jeśli bowiem spojrzymy na niedawną sprawę L. przeciwko Litwie (a także choć pośrednio na sprawę M.M. przeciwko Polsce), to nie ulega wątpliwości, że Trybunał przystaje na możliwość zmiany płci metrykalnej jeszcze przed przeprowadzeniem zabiegu korekcyjnego, o ile transseksualista deklaruje chęć przeprowadzenia tej operacji po uzyskaniu wyroku sądowego i życia zgodnie z daną płcią, niemając jednocześnie gwarancji, że takie zabiegi faktycznie później podejmie.

Jeśli chodzi o prawo małżeńskie, to co prawda Trybunał od wyroku w sprawie Goodwin stoi na stanowisku, że osoby transseksualne mają prawo do zawarcia małżeństwa zgodnie z nową płcią metrykalną, nigdy jednak do tej pory nie narzucił państwu obowiązku uznania małżeństw osób o tej samej płci metrykalnej. Dowodem tego mogą być dwie decyzje o niedopuszczalności skargi z 28 listopada 2006 r. wydane w zbliżonych pod względem stanu faktycznego sprawach przeciwko Wielkiej Brytanii: Wena i Anita Parry¹⁵⁴ oraz R i F.¹⁵⁵

W pierwszej sprawie po 38 latach małżeństwa, z którego urodziło się troje dzieci, małżonek Parry zdecydował się na podjęcie kroków w kierunku zmiany płci na żeńską. Operacja została przeprowadzona w ramach publicznej służby zdrowia Parry zmienił imię na żeńskie i podjął w całości funkcjonowanie społeczne jako kobieta. Małżeństwo Parry nie zostało jednak rozwiązane, gdyż oboje postanowili trwać w tym związku jako kochająca się para, tym bardziej że byli bardzo religijni. Po wejściu w życie Gender Recognition Act Weny Parry wystąpiła o prawne uznanie jej płci. Jednakże zgodnie z treścią ustawy, ponieważ pozostawała w związku małżeńskim, odpowiedni organ wydał jej tylko tymczasowy certyfikat, który pozwala jedynie na wystąpienie do sądu o anulowanie małżeństwa. Dopiero po takim wyroku (pod warunkiem, że postępowanie wytoczono w ciągu sześciu miesięcy od wydania certyfikatu) ustawa zezwala na całkowite uznanie nowej płci, przy czym z wnioskiem o uznanie trzeba wystąpić w okresie sześciu miesięcy od uprawomocnienia się wyroku i osoba nie może zawrzeć w tym okresie kolejnego związku małżeńskiego. Jednakże Wena i Anita Parry nie chciały wystąpić o unieważnienie małżeństwa. Stan faktyczny w drugiej sprawie różnił się od pierwszej jedynie o tyle, że skarżący pozostawali w związku małżeńskim od pięciu lat przed chirurgiczną korektą płci przez męża i nie mieli dzieci. Podlegali oni prawu szkockiemu, a więc do wystawienia certyfikatu uznania płci

¹⁵⁴ Sygn. 42971/05.

¹⁵⁵ Sygn. 35748/05.

potrzebny był ich rozwód, a nie unieważnienie małżeństwa, jednakże Gender Recognition Act traktuje obie instytucje analogicznie, także w kwestii terminów

W obu sprawach skarżący podnosili, że uzależnienie uznania prawnego płci psychicznej od rozwiązania ich małżeństwa stanowi naruszenie art. 8 i 12 Konwencji. Według ustawodawstwa zarówno Anglii, jak i Szkocji, osoby zawierające małżeństwo muszą być odmiennej płci prawnej. Od 5 grudnia 2005 r. obowiązuje jednak Civil Partnership Act, który umożliwia rejestrację związków partnerskich osób jednej płci, dając im te same prawa i obowiązki co w małżeństwie, jednakże bez konotacji religijnych, jakie niesie ze sobą zawarcie małżeństwa. Pozostawanie w zalegalizowanym związku partnerskim nie stoi na przeszkodzie wydaniu ostatecznego certyfikatu uznania nowej płci. Trybunał uznał, że takie rozwiązanie prawne - które nie zmusza pary do rozstania się i nie zmienia faktycznie ich uprawnień i obowiązków względem siebie oraz wiąże się z relatywnie niskimi kosztami - stojące na straży tradycyjnej instytucji małżeństwa, nie jest dysproporcjonalną ingerencją państwa w prawo do prywatności, ani tym bardziej nie narusza prawa kobiety i mężczyzny do zawarcia małżeństwa. Wobec powyższego obie skargi zostały oddalone jako oczywiście niezasadne.

Także jednak w tym aspekcie dostrzec można ostatnio zasadniczą ewolucję, co prawda jeszcze nie na poziomie Trybunału Praw Człowieka, ale sądów narodowych. Warto bowiem wspomnieć o orzeczeniu niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego w Karlsruhe w lipca 2008 r., w którym sąd uznał za niekonstytucyjny analogiczny do brytyjskiego przepis niemieckiej ustawy o transseksualistach, stawiający jako warunek zmiany płci metrykalnej niepozostawanie w związku małżeńskim. W przedmiotowej sprawie 79-letni transseksualista, który w 2002 r. przeszedł operację korekty płci na kobietę, pozostawał w związku małżeńskim od 56 lat i był ojcem trójki dzieci. Zaskarżył on fakt, że ustawa o transseksualistach zmusza go do rozwodu, jeśli chce, aby prawnie uznano go za kobietę. Sędziowie stwierdzili, że nie można wymagać od transseksualisty pozostającego w związku małżeńskim, aby się rozwiódł, bez zapewnienia mu jednocześnie prawnie równie bezpiecznej możliwości życia w parze, a więc tym samym uznali, że istniejący w Niemczech legalny konkubinat osób tej samej płci nie stanowi wystarczającej gwarancji poszanowania praw transseksualisty do życia w związku małżeńskim¹⁵⁶. W tym uzasadnieniu widać wyraźnie, że niemiecki Trybunał Konstytucyjny odszedł właśnie od tych argumentów, które według wcześniej przytoczonych decyzji Trybunału Praw Człowieka świadczyły o braku naruszenia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Z kolei jeśli chodzi o prawa rodzicielskie transseksualistów, to w chwili obecnej tak naprawdę trudno przewidzieć, jakie byłoby współcześnie orzeczenie

¹⁵⁶ *Untranssexuel de 79 ans*, op. cit.

Trybunału w Strasburgu w tym zakresie. Do tej pory postępowanie dotyczące tej kwestii pojawiło się tylko raz na wokandzie i to parę lat przed orzeczeniem Goodwin - 22 kwietnia 1997 r. Trybunał rozstrzygnął sprawę X, Y i Z przeciwko Wielkiej Brytanii¹⁵⁷. Skarga dotyczyła transseksualisty X, który zmienił płeć z żeńskiej na męską, jego partnerki Y oraz dziecka Z, urodzonego przez tę ostatnią dzięki procedurze sztucznej inseminacji, przy czym dawca spermy był anonimowy. X domagał się uznania go za ojca Z. Według prawa brytyjskiego partner matki dziecka, nawet nie będący jego genetycznym ojcem, miałby takie uprawnienie. Jednakże X odmówiono ze względu na fakt, że był transseksualistą po zmianie płci z żeńskiej, a więc formalnie dla organów Wielkiej Brytanii - nadal kobietą (pomimo to dziecku dano jego nazwisko, para miała też uprawnienie do otrzymania wspólnego miejsca zamieszkania z dzieckiem, a tym samym wspólnej władzy rodzicielskiej nad dzieckiem, na wzór stałych związków homoseksualnych). Trybunał nie stwierdził co prawda naruszenia art. 8 Konwencji, wskazując, że w kwestiach stosunków rodzinnych w odniesieniu do transseksualistów brak jest konsensusu wśród państw europejskich, jednak wyraźnie zdefiniował związek skarżących jako rodzinę¹⁵⁸.

W świetle ewolucji orzecznictwa Trybunału, która nastąpiła po dacie powyższego orzeczenia, można się chyba zasadnie spodziewać, że na dzień dzisiejszy decyzja byłaby inna, szczególnie w świetle ostatnich doniesień prasowych dotyczących przypadku urodzenia w Oregonie pod koniec czerwca 2008 r. córki przez osobę będącą z punktu widzenia prawa mężczyzną. 34-letni Thomas Be- atie przyszedł na świat jako kobieta o imieniu Trący Lagondino. Pracował jako modelka i dotarł nawet do finału Miss Hawajów. Kiedy pięć lat temu spotkał 11 lat starszą Nancy, mamę dwóch córek, stwierdził, że jest to kobieta jego życia. Prawo Hawajów zakazuje jednak małżeństw osobom tej samej płci, więc Beatie postanowił zostać mężczyzną. Zaczął specjalną kurację, zoperował piersi, z czasem nawet zapuścił brodę. Następnie doprowadził do zmiany oznaczenia płci w akcie urodzenia i poślubił Nancy. Choć oficjalnie został mężczyzną, to jednak nie usunięto mu wszystkich kobiecych narządów płciowych, co wynikało z od początku wyrażanej przez Beatie woli urodzenia dziecka, tym bardziej że wiedział, iż Nancy po usunięciu macicy nie będzie mogła więcej zostać matką¹⁵⁹. Do zapłodnienia

¹⁵⁷ Sygn. 21830/1993.

¹⁵⁸ Pogodzińska, P., op. cit., s. 131.

¹⁵⁹ Z doniesień medialnych trudno wręcz wywnioskować, czy przeszedł operację usunięcia pochwy i zbudowania prącia, tym bardziej, że prasa donosi, iż dziecko zostało urodzone drogą naturalną, co wskazywałoby na brak operacji ostatecznie korygującej płeć, choć prawo Hawajów wymaga tego przed zmianą płci metrykalnej; *Mężczyzna, który urodził dziecko opowiada o porodzie*, Deser.pl, 21 lipca 2008 r.

doszło dzięki sztucznej inseminacji nasieniem dawcy. Była to druga ciąża Beatie, pierwsza - trojacza - została poroniona z powodu rozwoju płodów poza macicą. Beatie deklaruje, że dla dziecka chce być ojcem, ale też że szykuje się do następnej ciąży¹⁶⁰. W tej sytuacji pozostaje wciąż ważne z prawnego punktu widzenia pytanie: czy Beatie jest ojcem czy matką swojej córki?

Obserwowane w ostatnich latach zmiany w legislacji, orzecznictwie, zjawiskach społecznych i mentalności w myśleniu o rodzinie stawiają nas przed potrzebą stworzenia nowej definicji płci i wskazania jej znaczenia w stosunkach prawnych. Coraz więcej krajów dopuszcza małżeństwa, a przynajmniej związki partnerskie, osób tej samej płci¹⁶¹. Nie wszystkie kraje wymagają przed zmianą płci metrykalnej zaistnienia faktycznej niezdolności do prokreacji u danej osoby. Niektóre dopuszczają do zmiany imienia i wskazania w dokumentach tożsamości płci odmiennej bez formalnej zmiany zapisu płci w akcie urodzenia, a tym bardziej bez przeprowadzenia chirurgicznej korekty płci. Sądy polskie standardowo ustalają płeć odmienną od metrykalnej przed przeprowadzeniem zabiegu, bez kontroli, czy ten zabieg później zostanie faktycznie przeprowadzony. Stąd rodzą się wątpliwości, czy faktycznie wskazanie płci prawnie coś jeszcze oznacza, jeśli ojcowie mogą być matkami a mężowie żonami i na odwrót. Nie pierwszy raz stajemy wobec takich etycznych i prawnych problemów. Wynikły one już z faktu wprowadzenia możliwości zapłodnienia pozaustrojowego, kiedy rozdzielone zostało rodzicielstwo genetyczne od biologicznego i społecznego, gdzie przy użyciu gamet dawców dziecko może mieć dwóch ojców i nawet cztery matki. Może się to wszystko wydawać niepojęte, a nawet nieetyczne, ale nie zatrzyma rozwoju społecznego i nie powstrzyma ludzi przed realizacją ich potrzeb co do życia zgodnie z własną tożsamością seksualną, zawierania małżeństw czy realizacji rodzicielstwa. Niezależnie od obaw Filara należy mieć więcej zaufania do ludzi, że jeśli będą chcieli się związać z drugą osobą, to ją poinformują o zmianie płci metrykalnej i biologicznej lub o niecałkowitym przeprowadzeniu tych zmian. Ostatnie przykłady niemieckie i brytyjskie wskazują, że partnerzy transseksualistów mają w sobie dużo tolerancji, która wypływa najpewniej z miłości do konkretnego człowieka, niezależnie od tego, jakiej jest faktycznie płci. Podobnie - jeśli ludzie decydują się na posiadanie dzieci, to po to, żeby je kochać, niezależnie od tego, czy nazwiemy ich ojcem czy matką. Dzieci rodzone i adoptowane przez pary homoseksualne są tego najlepszym dowodem.

Może więc dla uproszczenia stosunków prawnych należałoby wręcz w ogóle zrezygnować z oznaczania płci metrykalnej. Może wystarczy mówić po prostu

¹⁶⁰ Trocka, J., *Mężczyzna urodził córeczkę*, Polska Rozmaitości, 5 lipca 2008 r.

¹⁶¹ Kleniewska, I, op. cit., s. 3-6.

„współmałżonek”, „rodzic”, „człowiek”. Takie postępowanie wymagałoby jednak wprowadzenia najpierw całkowitej równości traktowania wszystkich w każdym aspekcie prawa, do czego przynajmniej w Polsce jeszcze daleko, pomijając już nawet aspekty kulturowe i religijne związane z tradycyjną rodziną.

Tak więc w chwili obecnej pozostaje jedynie zgodzić się z powszechnie panującym w doktrynie przekonaniem¹⁶², że pilnie postulowane jest prawne uregulowanie kwestii związanych z transseksualizmem i jego terapią, zarówno w aspekcie prawno-karnej dopuszczalności dokonywania operacyjnych zabiegów korekty płci, jak i procedury obejmującej zagadnienia zmiany zapisów w aktach stanu cywilnego oraz ich wpływu na relacje rodzinne. Regulacja ta musi respektować prawa człowieka, w tym prawo do prywatności, a więc na pewno powinna pozwolić na utajnienie nawet przed najbliższymi faktu dokonanej zmiany, tak w ramach wydanych w jej rezultacie dokumentów, jak i na etapie samej procedury.

Niestety choć postulaty doktryny o wprowadzenie odpowiedniej ustawy sięgają lat osiemdziesiątych, nie doprowadziły do tej pory do zainteresowania ustawodawcy tym zagadnieniem. Należy jednak pamiętać, że argument o niewielkim znaczeniu społecznym rozważanych kwestii, wobec stosunkowo nielicznej w społeczeństwie grupy transseksualistów okazał się nieprzekonywający dla Trybunału Praw Człowieka, który nakazał pilne wprowadzenie takiej regulacji Litwie w odniesieniu do 50 osób. Warto więc wyciągnąć wnioski w tym względzie na podstawie orzeczeń dotyczących innych państw, bo przecież z doświadczenia wiemy, że lepiej i taniej dla Polski jest, wprowadzić odpowiednie regulacje, zanim Trybunał w Strasburgu skąże nas za nieprzestrzeganie praw człowieka, a rząd chyba czuje przed tym faktyczną obawę, o czym świadczy polubowne rozstrzygnięcie w sprawie M.M.

¹⁶² Adamczyk, M., op. cit., s. 230-231; Daniluk, P., *Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci”*, op. cit., str. 73 i n.; Daniluk, P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci”*, op. cit., s. 111; Filar, M., *Dwie płci*, op. cit., s. 5; Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 76—77; Filar, M., *Transseksualizm*, op. cit., s. 79; Rozental, K., op. cit., s. 68; Safian, M., op. cit., s. 90; Zielonacki, op. cit., s. 54.

THE PROCEDURE OF LEGAL GENDER REASSIGNMENT FOR TRANSGENDER PEOPLE AND THE PROTECTION OF RIGHT TO PRIVATE LIFE IN THE POLISH AND FOREIGN LAWS

The following article presents the legal situation of transgender people and the rules of legal identification of their gender. From the legal point of view we should ask what is more important - biology or psychic - and what follows - if the diagnosis of transsexualism can justify the change of gender assignment and sex connected name in the birth certificate and other identity documents. If the answer is positive we should decide what preconditions and what a legal procedure for such a reassignment shall be.

On the 12 September 1989 the European Parliament enacted the Resolution on discrimination of transsexuals. According to this resolution the life concordant to one's gender identity is acknowledged as a personal right of every human being, issued from the innate dignity. The European Parliament appealed to States to adapt adequate national laws permitting to transsexuals both the medical and legal gender reassignment. The same attitude to the human rights of transsexuals is presented nowadays also by the Tribunal of Human Rights which in the case *Van Kuck v. Germany* from the 12 June 2003 explicitly declared that the gender identity and sexual orientation are included in the private life protected by the art. 8 of the European Convention on Human Rights. Also the matters of name changes and legal gender reassignment are enveloped by this protection.

The Polish Supreme Court assumed that legal gender reassignment shall be done in the judicial process based on the art. 189 of code of civil procedure and the case is sued against the parents of the transsexual. In the light of the jurisdiction by the Strasburg Tribunal there is no doubt that the transsexual has a right to keep in secret the fact of gender reassignment - such is the aim of changes of gender and name in birth certificates and other identity documents, as well as in the insurance or identity numbers. There is no contraindication against the assumption that the right to secret includes the next of kin, so also the parents. The experience shows that the transgender people often isolate from their families, change their life conditions just in order to omit the necessity of confrontation with the parents and the risk of psychical rejection. Therefore it should be admitted that such a judicial procedure of legal gender reassignment accepted by Polish jurisdiction which obliges the transsexuals to sue their parents infringes the fundamental right to privacy of transgender people by forcing them to reveal their gender identity and the fact of gender reassignment to their parents.

Among various countries there is no one main procedure of legal gender reassignment for transgender people. Some states have chosen the civil process, others the administrative way. However, there is no doubt that commonly their right to change gender and other personal data in birth certificate or identity documents has been acknowledged. Not everywhere the inability to procreate is a precondition to legal gender reassignment (there are even cases noted when a legal man gave birth to a child). Some countries allow even a change of name and gender in identity documents without surgical gender reassignment and without formal change of these data in birth certificate. At present the transgender people after the legal gender reassignment have also the right to stay marry with their previous relationships. Therefore, an important doubt appears if the gender nowadays still has any legal meaning. When fathers are able to be mothers and husbands are able to be wives, perhaps shall we resign from the legal gender assignment and speak only about “spouse”, “parent” and “human being” and no more about “man” and “woman”?

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009
Warszawa 2009

Lukasz Pohl ■

TAK ZWANA SUBSYDIARNOŚĆ USTAWOWA JAKO NIEJEDNOLITA DYREKTYWA USUWANIA NIEZBIEŻNOŚCI PRAKSEOLOGICZNEJ NORM PRAWNYCH W POLSKIM PRAWIE KARNYM (na przykładzie przepisów art. 231 § 4 i art. 13 § 1 k.k. z 1997 r.)

Niniejszy szkic, mając za przedmiot analizę pewnego fragmentu problematyki tzw. pomijalnego zbiegu przepisów ustawy, zbiegu nazywanego także niewłaściwym bądź nieuwzględnianym zbiegiem tych przepisów, dowieść ma, że wyjście poza tradycyjne formuły objaśniania zjawisk prawnych, formuły charakterystyczne zwłaszcza dla odłamów dogmatyki prawa karnego w istocie zamkniętych na integrację z ważkimi i postępowymi osiągnięciami uniwersalizujących dyscyplin prawnych, takich jak teoria prawa czy metodologia nauk prawnych, jest postawą w pełni słuszną, bowiem umożliwiającą głębsze rozpoznanie struktury rzeczonych zjawisk i w konsekwencji pozwalającą dostarczyć bardziej wiarygodne ich objaśnienie.

I. Wyływające z tej postawy badawczej wyraźne metodologiczne przesłanie pozwala przeto już na wstępie pokrótce wytłumaczyć się i zarazem usprawiedliwić z tytułu niniejszych refleksji, tytułu wydawałoby się nazbyt długiego i na pierwszy rzut oka także nazbyt mglistego, zwłaszcza dla karnisty, który wszak ma być głównym, acz mam nadzieję nie jedynym, ich surowym konsumentem. Dlatego więc, mając poruszać istotny fragment zagadnienia tzw. pomijalnego

zbiegu przepisów ustawy, fragment, który wyznacza zasięgiem swego działania tzw. subsydiarność ustawowa, piszę o usuwaniu przez tę dyrektywę niezbieżności prakseologicznej norm prawnych w prawie karnym? Otóż czynię tak dlatego, by już w tytule tych uwag uwypuklić racje leżące u podstaw powzięcia przez prawodawcę decyzji o zakodowaniu w tekście ustawy tzw. subsydiarności ustawowej, a więc dyrektywy zmuszającej dokonującego egzekucji przepisów prawnych do pominięcia rzeczywiście zachodzącego pomiędzy tymi przepisami jednoczynowego zbiegu. A racja ta jest właściwie jedna. Sprowadza się ona w istocie, choć nie jedynie - co postaram się poniżej wykazać - do żywnego przez prawodawcę przekonania, że przekroczenie przez sprawcę jednym czynem określonych norm prawnych, norm, które nazywał będę normami sankcjonowanymi, nie powinno - gdyż byłoby to zdaniem prawodawcy niecelowe - prowadzić do aktualizacji innych norm prawnych, mianowicie norm, które nazywał będę dalej normami sankcjonującymi. Słowem, zdaniem prawodawcy łączna aktualizacja norm sankcjonujących w tych przypadkach jest właśnie prakseologicznie niezbieżna¹.

Co więcej, jest ona w opinii prawodawcy tak dalece prakseologicznie niezbieżna, że postanowił on zrezygnować w rodzącej ją sytuacji - tj. sytuacji faktycznego, a zatem nie pozornego, przekroczenia przez sprawcę jednym czynem określonych norm sankcjonowanych - z wydawałoby się wystarczającego w tego rodzaju przypadkach instrumentu, jakim jest zawarta w art. 11 § 3 aktualnie obowiązującego kodeksu karnego norma nakazująca sądowi zaktualizować tylko jedną normę sankcjonującą, mianowicie tę najsurowszą². Tym samym potwierdził więc prawodawca, że - jego zdaniem - niezbieżność prakseologiczna norm sankcjonujących może przybrać różne rozmiary, że dla przykładu w sytuacji tzw. pomijał - nego zbiegu przepisów ustawy musi być ona większa, aniżeli w przypadku tzw. uwzględnianego (kumulatywnego, właściwego) zbiegu przepisów ustawy. Przy tym ostatnim figurujące w kwalifikacji prawnej czynu przepisy zawierające przekroczone przez sprawcę jednym czynem normy sankcjonowane są bowiem zjawiskiem w ocenie prawodawcy wysoce pożądanym, podczas gdy przy tzw. pomijał - nym zbiegu przepisów ustawy zjawisko uwzględnienia wszystkich tych przepisów w tejże kwalifikacji jest właśnie - jego zdaniem - niepożądane. Jest ono niepożąda-

¹ zjawisku niezbieżności prakseologicznej norm prawnych, zwłaszcza norm sankcjonujących, pisał Z. Ziemiński w artykule *Problematyka ogólna zbiegu przepisów prawnych* - zob. Z. Radwański (red.): *Studia z prawa zobowiązań*, Poznań-Warszawa 1979, s. 333- 346. Artykuł ten znalazł się także w zbiorze wybranych prac Z. Ziemińskiego - zob. S. Wronkowska (red.): *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, Warszawa 2007, s. 158-170.

² Na temat tej normy i odmówienia jej statusu normy sankcjonującej zob. Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 216-218.

ne z uwagi na większą, aniżeli w przypadku tzw. uwzględnianego zbiegu przepisów ustawy, niezbieżność prakseologiczną norm sankcjonujących.

II Niniejszy szkic traktował będzie w zasadzie o niejednolitości tzw. subsydiarności ustawowej w polskim prawie karnym. Sformułowanie „niejednolitość tzw. subsydiarności ustawowej” - jako niejednoznaczne - wymaga sprecyzowania. Otóż przez zawarte w nim słowo „niejednolitość” chciał będę w dalszych rozważaniach wyeksponować to, że omawiana w nich tzw. subsydiarność ustawowa, jako pewnego rodzaju dyrektywa mająca usunąć niezbieżność prakseologiczną określonych norm sankcjonujących, zdaje się w polskim prawie karnym działać na różnych poziomach kwalifikacyjnych. Z jednej bowiem strony - chciałoby się rzec w wąskim jej znaczeniu - usuwa ona tę niezbieżność w sposób wyraźny już na poziomie wskazywania w kwalifikacji prawnej czynu przepisów zawierających przekroczone przez sprawcę jednym czynem normy sankcjonowane. Z drugiej zaś strony - chciałoby się powiedzieć wówczas o tej subsydiarności, że pojmuje się ją wtedy w luźniejszym znaczeniu - że usuwa ona tę niezbieżność w istocie na poziomie wyższym, tj. na poziomie wskazywania tego, która ze sprzężonych funkcjonalnie z przekroczonymi przez sprawcę jednym czynem normami sankcjonowanymi norm sankcjonujących winna się zaktualizować. Okazuje się bowiem - co starał się będę niżej wykazać - że w tym drugim przypadku pomijanie w kwalifikacji prawnej czynu (na skutek właśnie zastosowania interesującej nas dyrektywy, jaką jest tzw. subsydiarność ustawowa) któregoś z przepisów zawierających przekroczoną przez sprawcę normę sankcjonowaną jest zabiegiem nie do końca prawidłowym, acz - jak wiadomo — powszechnie stosowanym.

III Zanim przystąpię do realizacji tak zakreślonego zamierzenia badawczego, kilka słów poświęcę kwestiom na pozór tylko terminologicznym. Wokół używanych w poruszanej problematyce terminów narosło bowiem wiele nieporozumień, które z natury rzeczy nie służą, a w istocie szkodzą, prowadzonej na jej gruncie dyskusji. Rzecz jasna ograniczę się tu tylko do tych z nich, które zdają się mieć podstawowe znaczenie dla analizowanego w niniejszym szkicu problemu.

Jak wiadomo, w polskiej karnistyce spotkać się można z różnymi rozumieniami terminu „pomijalny zbieg przepisów ustawy”. Nie będę tu - rzecz, jak sądzę, zrozumiała - przywoływał wszystkich autorów reprezentujących takie czy inne w tym względzie stanowisko³. Dla zilustrowania występującej na tym polu polisemii posłużę się więc jedynie jej reprezentatywnymi egzemplifikacjami, co uzasadnione

³ Artykuł ten w żadnym bowiem razie nie ma pełnić funkcji tematycznego przewodnika bibliograficznego.

jest też tym, że sprawy te już niejednokrotnie, by nie rzec wielokrotnie - acz w moim przekonaniu nie zawsze do końca właściwie - próbowano objaśnić.

I tak, niektórzy autorzy termin „pomijalny zbieg przepisów ustawy”⁴, a właściwie sytuacje kryjące się pod tym terminem, proponują określać innym wyrażeniem, ich zdaniem w pełni wówczas adekwatnym, mianowicie wyrażeniem „nierzeczywisty zbieg przepisów ustawy”. Tego rodzaju propozycję znaleźć można na przykład u M. Tarnawskiego, który swoje w tym względzie stanowisko przedstawił w interesującej, acz moim zdaniem nie w pełni trafnej, polemice z pewnym poglądem A. Spotowskiego - poglądem, wedle którego przypadki: „(...) w których wprawdzie czyn wyczerpuje znamiona określone przez kilka przepisów, ale postępujemy tak, jak gdyby ów zbieg nie nastąpił; postępujemy tak, jak gdyby czyn wyczerpywał znamiona tylko jednego przestępstwa, a nie kilku.” winno określać się właśnie wyrażeniem „pomijalny zbieg przepisów ustawy”, a nie wyrażeniem „pozorny zbieg przepisów ustawy”⁶. M. Tarnawski bowiem pisał tak: „Propozycja Spotowskiego, poza użyciem innej nazwy, nie wnosi chyba niczego nowego dla problematyki tzw. zbiegu przepisów ustawy. Autor ten zdaje się nie dostrzegać, że nazwa „pozorny zbieg przepisów” jest nazwą używaną jako odpowiednik nazwy „nierzeczywisty zbieg przepisów”. Zaś odpowiednikiem nazwy „realny zbieg przepisów” jest nazwa „rzeczywisty zbieg przepisów”. A nie powinno budzić wątpliwości, że coś co jest brakiem czegoś, nie jest tym czymś. Jeśli zatem określona sytuacja nie może być nazwana zbiegiem przepisów, to po prostu nie jest tym zbiegiem.”⁷. Mając przed oczyma cytowane fragmenty z prac obu autorów, łatwo zauważyć, że autorzy ci prezentują odmienne zapatrywania co do tego, kiedy zbieg przepisów ustawy zachodzi. Zdaniem A. Spotowskiego rzeczony zbieg zachodzi, a więc jest wówczas właśnie rzeczywisty, gdy sprawca tym samym czynem - posługując się nie w pełni precyzyjnym językiem tego autora - wyczerpał znamiona określone w co najmniej dwóch przepisach, a fakt wyczerpania tych znamion może być albo uwzględniony w kwalifikacji prawnej czynu albo może być - jeśli istnieją, rzecz zrozumiała, ku temu podstawy - w niej pominięty z racji zastosowania tzw. reguł wyłączających wielość ocen⁸. Wedle zaś

⁴ Dla jasności wyводу dodam, że będę tu miał na myśli jedynie sytuację zbiegu dwóch przepisów zawierających różne normy sankcjonowane.

⁵ A Spotowski: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 55.

⁶ Zob. A. Spotowski: *loc. cit.*

⁷ M. Tarnawski: *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977, s. 46

⁸ Pogląd ten A. Spotowski artykułował w wielu miejscach swojej pracy, niemniej jednak zwłaszcza jedną jego wypowiedź, eksponującą jego w tym względzie stanowisko, warto przypomnieć: „Nie uwzględniamy faktu zachodzenia zbiegu przepisów na mocy ustawowych

M. Tarnawskiego zbieg przepisów ustawy zachodzi, a więc jest wówczas właśnie rzeczywisty, gdy - posługując się terminologią A. Spotowskiego - fakt wyczerpania przez sprawcę tym samym czynem znamion określonych w co najmniej dwóch przepisach zostanie odnotowany w kwalifikacji prawnej tego czynu. Słowem, w ujęciu A. Spotowskiego zbieg przepisów ustawy jest rzeczywistym zbiegiem przepisów ustawy, gdy sprawca tym samym czynem wyczerpał znamiona określone w co najmniej dwóch przepisach⁹, zaś w ujęciu M. Tarnawskiego zbieg przepisów ustawy staje się rzeczywistym zbiegiem przepisów ustawy, gdy fakt wyczerpania przez sprawcę tym samym czynem znamion określonych w co najmniej dwóch przepisach zostanie nadto jeszcze - co jest właśnie warunkiem *sine qua non* uznania zbiegu przepisów ustawy za rzeczywisty w ujęciu tego autora - odnotowany w kwalifikacji prawnej czynu. Z racji odmiennych założeń terminologicznych

lub pozaustawowych reguł wyłączenia wielości ocen. Zastosowanie takiej reguły nie powoduje tego, że czyn, który przed jej zastosowaniem wyczerpywał znamiona określone w dwóch przepisach, po jej zastosowaniu wyczerpuje już tylko znamiona określone w jednym z tych przepisów. Powoduje ono jedynie wyłączenie oceny dokonywanej przez pryzmat jednego z przepisów. Faktu wyczerpywania znamion ustawowych przez czyn nie można bowiem anulować. Określanie tych sytuacji terminem „pozorny zbieg przepisów ustawy” jest więc mylące, gdyż nie chodzi tu o sytuacje, w których zdawało się jedynie, że zachodzi zbieg przepisów, ale o sytuacje, w których zaistniały zbieg przepisów ustawy nie jest uwzględniany przy kwalifikacji czynu. Jest to zatem nie tyle zbieg pozorny, co zbieg „pomijalny.” - A. Spotowski: *loc. cit.*

⁹ Dodać należy, że ujęcie, wedle którego zbieg przepisów ustawy zachodzi (a więc jest rzeczywisty), gdy sprawca tym samym czynem wypełnił znamiona określone w co najmniej dwóch przepisach, nie jest - jak wiadomo - pomysłem A. Spotowskiego. Dla przykładu, jeszcze przed A. Spotowskim ujęcie to prezentowali W. Wolter oraz W. Mąciór. W. Wolter klarownie wyłożył je w artykule *Zbieg przepisów ustawy*, w którym pisał: „Z tego, że zachodzi zbieg przepisów ustawy, nie wynika jeszcze, że musi dojść do kumulatywnej oceny, zaś z tego, że nie stosuje się kumulatywnej oceny, nie wynika jeszcze, że nie zachodzi wtedy zbieg przepisów ustawy. Jeszcze inaczej: gdy nie zachodzi zbieg przepisów ustawy, odpada zarówno kumulatywny zbieg przepisów ustawy, jak i wszelkiego rodzaju tzw. pozorny zbieg przepisów ustawy, zaś gdy zachodzi zbieg przepisów ustawy, to może dojść albo do kumulatywnego zbiegu przepisów, albo - powiedzmy - do „zredukowanej oceny.” - W. Wolter: *Zbieg przepisów ustawy*, Państwo i Prawo 1973 z. 10, s. 90-91. Z kolei W. Mąciór wypowiedział się tak: „To natomiast, że w pewnych wypadkach możliwa jest redukcja wielu ocen do jednej oceny, w niczym przecież nie zmienia faktu, iż zbieg przepisów ustawy rzeczywiście zachodzi. Gdyby bowiem nie zachodził, cała kwestia redukcji wielu ocen do jednej oceny stałaby się bezprzedmiotowa. Nie trzeba więc nazywać „pozornym” tego, co jest rzeczywiste. W rezultacie zaś nie trzeba odróżniać „pozornego” i „rzeczywistego” zbiegu przepisów ustawy, gdyż odróżnienie takie jest niewłaściwe i nieuzasadnione, wobec czego bardzo łatwo może wprowadzać w błąd.” - W. Mąciór: *Zbieg przepisów ustawy jako problem logiczny i prawny*, Państwo i Prawo 1975, z. 1, s. 32.

leżących u podstaw tych ujęć, krytyka propozycji A. Spotowskiego jest krytyką jedynie z pewnego, nie całkiem dobrze dla krytyki tej dobranego, punktu widzenia. Stąd też trudno ją uznać za w pełni przekonującą.

Zarysowany wyżej spór - spór tylko z pozoru terminologiczny - ukazuje w całej pełni dualizm, jaki funkcjonuje w polskiej nauce prawa karnego na gruncie dokonywanego w niej podziału zbiegu przepisów ustawy. Z uwagi na to, że o kwestiach tych już pisałem¹⁰, to wspomnę w tym miejscu jedynie krótko, że zwolennicy poglądu akceptowanego przez M. Tarnawskiego przyjmują w istocie jednostopniowy podział zbiegu przepisów ustawy, dzieląc ten zbieg na zbieg rzeczywisty, czyli uwzględniony w kwalifikacji prawnej czynu, i na zbieg pozorny, czyli nieuwzględniony w tej kwalifikacji - nieuwzględniony na skutek zastosowania tzw. reguł wyłączających wielość ocen. Zwolennicy zaś poglądu akceptowanego przez A. Spotowskiego, a właściwie pewnej korekty tego poglądu¹¹, przyjmują dwustopniowy podział zbiegu przepisów ustawy. Na pierwszym stopniu zbieg ten dzielą na rzeczywisty i na nierzeczywisty, który częstokroć proponują określać mianem zbiegu pozornego - podział na tym stopniu dokonywany jest tedy w zależności od tego, czy sprawca tym samym czynem wypełnił znamiona określone w co najmniej dwóch przepisach (rzeczywisty zbieg przepisów ustawy), czy też tego nie uczynił (nierzeczywisty, pozorny zbieg przepisów ustawy). Z kolei na drugim stopniu, zajmując się już wyłącznie rzeczywistym zbiegiem przepisów ustawy, dzielą oni ten zbieg na uwzględniony w kwalifikacji prawnej czynu - tę postać zbiegu zwolennicy omawianego podziału określają takimi terminami jak: „kumulatywny zbieg przepisów ustawy”, „właściwy zbieg przepisów ustawy”, czy „uwzględniany zbieg przepisów ustawy” - i na zbieg w tej kwalifikacji nieuwzględniony - który z kolei proponują określać takimi wyrażeniami jak: „pomijalny zbieg przepisów ustawy”, „niewłaściwy zbieg przepisów ustawy”, czy „nieuwzględniany zbieg przepisów ustawy”. W dalszych rozważaniach będę posługiwał się wyrażeniem „pomijalny zbieg przepisów ustawy” w znaczeniu, jakie się temu wyrażeniu nadaje w podziale dwustopniowym, którego - z racji jego większej przejrzystości i dbałości w nim o wierne odwzorowywanie rzeczywistości - jestem zwolennikiem.

¹⁰ Zob. Ł. Pohl: *op. cit.*, s. 220-221.

¹¹ Korekta ta, mówiąc krótko, polega na rozbiciu pomijalnego przepisów ustawy (w rozumieniu tego terminu przyjmowanym przez A. Spotowskiego) na pozorny zbieg przepisów ustawy, który ma miejsce w sytuacji zastosowania zasady (reguły) tzw. specjalności w rozumieniu wolterowskim, rozumieniu, którego, jak wiadomo, A. Spotowski do końca nie przyjmował, i na pomijalny (niewłaściwy, nieuwzględniany) zbieg przepisów ustawy, który pomijany jest w kwalifikacji prawnej czynu na skutek zastosowania dwóch pozostałych tzw. reguł wyłączających wielość ocen, tj. zasady tzw. subsydiarności i zasady tzw. konsumpcji.

IV Przed przystąpieniem do analizy głównego problemu, któremu poświęcony jest niniejszy szkic, poczynić muszę jeszcze pewną - moim zdaniem konieczną - precyzującą uwagę. I w tym miejscu nie będę przeciążał uwagi czytelnika, gdyż kwestii tej poświęciłem wiele uwagi w innym opracowaniu¹². Mówiąc najkrócej, chodzi o to, by przenieść rozważania z płaszczyzny przepisów na płaszczyznę norm. Zabieg ten wydaje się w pełni uzasadniony. Jest bowiem zasadą, że w przepisie, który typizuje czyn zabroniony zagrożony karą, a ściślej mówiąc w deskryptywnym jego sformułowaniu, nie da się odszukać wszystkich syntaktycznych elementów normy prawnej, która w pełni dokładnie wskazuje na to, jaki typ czynu jest typem czynu zabronionego pod groźbą kary¹³, normy, którą w piśmiennictwie zwykło określać się mianem normy sankcjonowanej¹⁴, podobnie jak nie da się z tego przepisu odtworzyć jednoznacznej charakterystyki tych elementów. Rzeczona sytuacja, którą w literaturze teoretycznoprawnej określa się jako syntaktyczne i treściowe rozczłonkowanie normy prawnej w przepisie prawnym - przepisie, który normę tę tedy jedynie zrębowo wysłowia - sprawia, że twierdzenie, iż sprawca popełnił czyn zabroniony zagrożony karą, gdy wypełnił znamiona

¹² Zob. Ł. Pohl: *op. cit.*, zwłaszcza s. 203-223.

¹³ To bowiem właśnie przez rzeczoną normę czyn przez nią normowany jako zakazany (na marginesie dodam, że, moim zdaniem, właściwym dla wszystkich norm sankcjonowanych w prawie karnym operatorem normatywnym jest operator zakazu) - co ma miejsce w zakresie normowania tej normy - jest zabroniony pod groźbą kary. Jest on zabroniony pod groźbą kary dlatego, że zakazuje jego popełnienia norma sankcjonowana, a ta - jak wiadomo - obowiązuje jako sankcjonowana dlatego, że w systemie prawnym obowiązuje norma sankcjonująca, która sankcjonuje właśnie jej określone (a więc nie każde) przekroczenie. Słowem, norma prawna - wedle tej koncepcji obowiązywania prawa - uzyskać może status sankcjonowanej, gdy w systemie prawnym obowiązywać będzie norma sankcjonująca jej przekroczenie. W tym właśnie wyraża się istota funkcjonalnego (a nie logicznego - jak chciałby tego J. Lande; zob. J. Lande: *Studia z filozofii prawa*, Warszawa 1959, s. 926) związku sankcjonowania, jaki zachodzi pomiędzy normą sankcjonującą a normą sankcjonowaną, związku, który z kolei jest fundamentem i podstawowym rysem całej koncepcji norm sprzężonych, co, o ile mi wiadomo, naderrazdoko bywa w literaturze teoretycznoprawnej dostrzegane.

¹⁴ Zresztą analogicznie jest w przypadku zawartej w tym przepisie (czyli zrębowo w nim wysłowionej) normy sankcjonującej, tj. normy, która nakazuje sądowi wymierzyć karę w sytuacji, gdy ustalił on, że sprawca dopuścił się przestępnego przekroczenia normy sankcjonowanej i nie zachodzą materialnoprawne i procesowe okoliczności wyłączające możliwość ścigania sprawcy tego przekroczenia

¹⁵ Szereg informacji na temat syntaktycznego i treściowego rozczłonkowania normy prawnej w przepisach prawnych podaje M. Zieliński - zob. M. Zieliński: *Wykładnia prawa Zasady reguły, wskazówki*, Warszawa 2008, s. 112-137.

¹⁶ Na temat zrębowego wystawiania normy prawnej w przepisie prawnym (przepisie, który z tego właśnie powodu nazywany jest przepisem zrębowym) zob. M. Zieliński: *op. cit.*, s. 115-124.

określone w omawianym przepisie, okazuje się być daleko posuniętym uproszczeniem, jako że pełną informację o tym, jakie zachowanie jest zabronione pod groźbą kary, przekazuje nam nie przepis prawny typizujący czyn zabroniony pod groźbą kary, lecz precyzyjna pod tym względem z założenia norma prawna¹⁷, właśnie sankcjonowana, która jest przeto wynikiem uwzględnienia w procesie jej odtwarzania zawartości normatywnej jeszcze innych przepisów. W konsekwencji więc - gdy chcemy być precyzyjni - powinniśmy mówić o jednoczynowym zbiegu przekroczonych norm sankcjonowanych, a nie o jednoczynowym zbiegu przepisów¹⁸.

V Mając tak zarysowaną aparaturę terminologiczną, można już przejść do realizacji zaanonsowanego zamierzenia badawczego, którym jest - przypomnę - próba wykazania niejednorodności tzw. subsydiarności ustawowej w polskim prawie karnym, niejednorodności w zakresie poziomów kwalifikacyjnych na których dyrektywa ta usuwa niezbieźność prakseologiczną łącznej aktualizacji określonych norm sankcjonujących. Próbę tę podejmę na przykładach, tj. na dwóch wybranych przepisach aktualnie obowiązującego polskiego kodeksu karnego, które w moim przekonaniu wyrażają właśnie tzw. ustawową subsydiarność. Pierwszym przepisem, na przykładzie którego starał się będę ukazać mechanizm działania tzw. subsydiarności ustawowej w płaszczyźnie normatywnej, będzie art. 231 § 4 k.k., drugim natomiast art. 13 § 1 k.k. Chronologia ta powodowana jest faktem, że

¹⁷ Niekwestionowanym bowiem w polskiej kulturze prawnej, a podkreślanym zwłaszcza w derywacyjnej koncepcji wykładni prawa, koncepcji autorstwa M. Zielińskiego, założeniem jest to, że wyrażenie normokształtne, aby mogło być uznane za normę prawną, musi być wyrażeniem kompletnym syntaktycznie (tj. zawierającym wszystkie elementy syntaktyczne normy) i jednoznacznie treściowo, co wymaga w procesie odtwarzania normy z przepisu prawnego (przepisówprawnych) podejmowania różnorodnych czynności rekonstrukcyjnych i rozmaitych czynności percepcyjnych (czynności te interpretator tekstu prawnego realizuje w odpowiadających im fazach wykładni, tj. w fazie rekonstrukcyjnej i w fazie percepcyjnej). O założeniu tym zgrabnie i klarownie pisze np. właśnie M. Zieliński w następującym wywodzie: „Prawnicy wiedzą powszechnie, a nieprawnicy mogą to bez trudu zauważyć, że w przytłaczającej większości przypadków przepisy prawne nie są jednocześnie normami, bo ich struktura syntaktyczna jest nie taka lub ich treść nie jest dostatecznie jednoznaczna.” - M. Zieliński: *op. cit.*, s. 27.

¹⁸ Znacznie więcej informacji na temat uzasadnienia na rzecz posługiwania się wyrażeniem „jednoczynowy zbieg przekroczonych norm sankcjonowanych” na określenie kontekstowo rozumianego w karnistyce wyrażenia „zbieg przepisów ustawy” podaję w pracy *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne* - zob. Ł. Pohl: *loc. cit.* W miejscu tym wspomnę jedynie, że dochodzę tamże do takiej właśnie konstatacji po przyjrzeniu się funkcjonującym w literaturze teoretycznoprawnej typologiom przepisów prawnych wyróżnianym przez pryzmat charakterystyki syntaktycznej i treściowej tych przepisów, typologiom, które stanowią oryginalny składnik derywacyjnej koncepcji wykładni prawa

z powołanych przepisów tylko art. 231 § 4 k.k. uchodzi w literaturze karnistycznej za bezsporny przykład przepisu wyrażającego tzw. ustawową subsydiarność, podczas gdy art. 13 § 1 k.k. wedle części doktryny polskiego prawa karnego traktowany jest jako przepis, który wprowadza wyraża tzw. subsydiarność, ale nie w jej odmianie ustawowej, lecz w jej tzw. milczącej odmianie - z czym, jak postaram się wykazać, zgodzić się jednak nie można.

Zgodnie z dosłownym brzmieniem art. 231 § 4 k.k., przepisu § 2 (art. 231 k.k. - dop. Ł. P.) nie stosuje się, jeżeli czyn wyczerpuje znamiona czynu zabronionego określonego w art. 228 k.k. Zawarta w art. 231 § 4 k.k. norma nakazuje zatem nie stosować przepisu typizującego kwalifikowaną postać przestępstwa przekroczenia przez funkcjonariusza publicznego przysługujących mu uprawnień lub niedopełnienia przez niego spoczywających na nim obowiązków w sytuacji, kiedy funkcjonariusz ten zrealizuje znamiona tego typu czynu zabronionego zachowaniem wypełniającym jednocześnie znamiona jednego z określonych w art. 228 k.k. typów tzw. biernego łapownictwa. Zachowaniem nakazanym przez tę normę jest zatem to, by we wskazanej sytuacji - tj. w sytuacji (ustalenia) przekroczenia przez sprawcę tym samym czynem normy sankcjonowanej zrębowo wysłowionej w art. 231 § 2 k.k. i którejs z norm sankcjonowanych zrębowo wysłowionych w art. 228 k.k. - nie stosować art. 231 § 2 k.k. Zastanówmy się teraz nad tym, jak należy rozumieć ustawowy, gdyż zawarty w art. 231 § 4 k.k., zwrot „przepisu § 2 nie stosuje się”. Odpowiedź na to pytanie wydaje się nie nastroczać większych trudności, o czym przekonuje zgodne w tej kwestii stanowisko doktryny polskiego prawa karnego. Zwrot ten odczytuje się w niej bowiem jako nakaz nie- ujawniania w kwalifikacji prawnej czynu przepisu art. 231 § 2 k.k. . W pełni

¹⁹ Jest ono postacią kwalifikowaną z uwagi cel determinujący zachowanie sprawcy, którym jest osiągnięcie korzyści majątkowej lub osobistej.

²⁰ Na przykład A. Wąsek, omawiając tzw. ustawową subsydiarność na tle regulacji zawartej w art. 231 § 4 k.k., pisał: „Tale więc ustawodawca wyraźnie wyłączył stosowanie konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów art. 231 k.k. (należało sprecyzować, że chodzi o § 2 tego artykułu - dop. Ł. P.) i 228 k.k. ” - A. Wąsek: *Kodeks kamy. Komentarz. Tom I*, Gdańsk 1999, s. 159. Analogiczne stanowisko zajął też A. Marek, pisząc: „W takiej sytuacji - słusznie - odpowiedzialność funkcjonariusza podlega wyłącznie kwalifikacji z przepisu dotyczącego przestępstwa sprzedajności (art. 228 KK).” - A. Marek: *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 229. Z kolei A. Zoll, wyrażając identyczne zapatrywanie, stwierdził, że: „Ustawodawca wskazuje przepis pomocniczy przez wskazanie w tekście ustawy tzw. klauzuli subsydiarności. Klauzulą subsydiarności jest art. 231 § 4 stanowiący, że zaostrożonej kwalifikacji prawnej, z uwagi na dopuszczenie się przez funkcjonariusza publicznego czynu określonego w § 1 w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, przewidzianej w art. 231 § 2, nie stosuje się, jeżeli czyn wyczerpuje znamiona czynu zabronionego określonego w art. 228 (łapownictwo bierne).” - A. Zoll w A. Zoll (red.): *Kodeks kamy. Część ogólna Komentarz. Tom I*, Warszawa 2007, s. 148.

należy podzielić to stanowisko²¹. W wersji teoretycznoprawnej, a więc w wersji, która - jak zakładam - jest w stanie odkryć rzeczywistą strukturę normatywną tego stanowiska, stanowisko to przedstawiać się będzie jako nieuwzględniany w kwalifikacji prawnej czynu jednoczynowy zbieg przekroczonych norm sankcjonowanych; nieuwzględnienie w kwalifikacji prawnej czynu wszystkich rzeczywiście naruszonych przez sprawcę norm sankcjonowanych dokonuje się tutaj poprzez pominięcie w tejże kwalifikacji przepisu zrębowo wystawiającego jedną z przekroczonych przez sprawcę norm sankcjonowanych. Tym pominięciem w kwalifikacji prawnej czynu przepisem jest art. 231 § 2 k.k., który zrębowo wystawia normę, która zakazuje funkcjonariuszowi publicznemu celowego działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego zachowaniem polegającym na przekraczaniu przez niego przysługujących mu uprawnień lub niedopełnianiu przez niego spoczywających na nim obowiązków

Przeanalizowany wyżej przykład art. 231 § 4 k.k. ujawnia tedy, że zawarta w nim tzw. ustawowa subsydiarność - jako pewnego rodzaju reguła kolizyjna (usuwająca bowiem niebezpieczeństwo prakseologiczną łącznej aktualizacji określonych norm sankcjonujących) - usuwa tę niebezpieczeństwo już na poziomie kwalifikowania czynu sprawcy, a więc na poziomie, na którym ujawniane są przekroczone przez sprawcę normy sankcjonowane. Usunięcie niebezpieczeństwa prakseologicznego, jaka powstałaby w wyniku aktualizacji określonych norm sankcjonujących, następuje poprzez pominięcie w kwalifikacji prawnej czynu przepisu, który zrębowo wysłowił rzeczywiście przekroczoną przez sprawcę normę sankcjonowaną. Słowem, tzw. ustawowa subsydiarność zawarta w art. 231 § 4 k.k. - z racji jej zakodowania w tekście prawnym - okazuje się przeto w istocie wysłowioną w tymże tekście normą prawną, której funkcja czyni z niej regułę kolizyjną mającą za zadanie usuwać niebezpieczeństwo prakseologiczną określonych norm sankcjonujących już na poziomie subsumpcji.

Nieco inaczej sprawa wygląda przy art. 13 § 1 k.k., a więc przepisie, który w mojej opinii również wyraża tzw. subsydiarność ustawową. Z twierdzenia tego należy się wytłumaczyć, albowiem - jak już zwracano na to uwagę - wedle części doktryny polskiego prawa karnego przepis ten wyraża jedynie tzw. subsydiarność milczącą, a nie ustawową²³. Otóż, ku tzw. subsydiarności ustawowej, lecz - jak się

²¹ Zresztą uczyniłem to już w pracy *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, w której podjąłem się pewnego wysubtelnienia tego stanowiska od strony teoretycznoprawnej - zob. Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 222-223.

²² Na przykład w sposób wyraźny tzw. reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym nazywał regułami kolizyjnymi Z. Ziemiński - zob. Z. Ziemiński: *O czym mówią prawnicy gdy mówią o „ocenach”*, Państwo i Prawo 1986, z. 12, s. 18.

²³ O subsydiarności milczącej w tym przypadku mówi na przykład A. Zoll, który podkreśla: „Charakter subsydiarny (milczący) ma przepis określający formę stadialną w stosunku

okaże - w nieco innej jej odmianie, skłania mnie w tym przypadku brzmienie art. 13 § 1 k.k., w którym - moim zdaniem - tzw. ustawową subsydiarność wprost wyartykułowano²⁴. By to wykazać, przeprowadzę analizę zawartości normatywnej tego przepisu, którą - co zrozumiałe - rozpocznę od przypomnienia treści tego przepisu. Zgodnie z nią odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje. Spróbujmy zatem odpowiedzieć na pytanie, jakiego rodzaju normy prawne w tak sformułowanym przepisie zakodowano.

Aby to uczynić, wykorzystajmy, rzecz jasna z grubsza, ideę, która legła u podstaw opracowanej przez L. Nowaka idealizacyjnej koncepcji nauki - ideę, która polega na przyjmowaniu pewnych teoretycznych założeń kontrfaktycznych (tzw. idealizacji - taki właśnie idealizacyjny charakter - na skutek tych założeń - mają prawa naukowe, będące zasadniczymi przesłankami wyjaśniania) i ich następnie uchylaniu, które następuje poprzez empiryczną ich weryfikację (nazywaną w tejże koncepcji sprawdzaniem) dokonywany m. in. w drodze konfrontacji idealizacji z bliższą rzeczywistością konkretyzacją²⁶.

do przepisu określającego formę bardziej zaawansowaną na drodze przestępczej.” - A. Zoll w A. Zoll (red.): *op. cit.*, s. 149. Czynił tak również A. Wąsek-zob. A Wąsek: *op. cit.*, s. 161. Z polskich autorów piszących prace pod rządami poprzednio obowiązujących kodeksów karnych za subsydiarnością milczącą w tym przypadku opowiadał się wyraźnie A. Spotowski (zob. A. Spotowski: *Reguły wyłączające wielość ocen a zbieg przepisów ustawy określających przestępstwo umyślne i nieumyślne*, Państwo i Prawo 1973, z. 6, s. 116-117; tenże: *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 118 i nast.), natomiast W. Wolter już nie czynił tego w sposób tak zdecydowany, wskazując w swoich opracowaniach, że przypadek ten można rozwiązywać także za pomocą zasady tzw. konsumpcji - zob. np. W. Wolter: *Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 77—78; tenże: *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 335 i nast.

²⁴ Zarys tego pogląd już zresztą przedstawiłem w innym opracowaniu - zob. Ł. Pohl: *Przestępstwo zabójstwa jednym czynem więcej niż jednej osoby (art. 148 § 3 k.k.)*, Prokuratura i Prawo 2008, z. 1, s. 6-7.

²⁵ Podkreśla to W. Patryas, gdy pisze, że: „ (...) wedle koncepcji idealizacji prawa naukowe, będące zasadniczymi przesłankami wyjaśniania, są twierdzeniami idealizacyjnymi. Mają one charakter idealizacyjny, ponieważ w ich poprzednikach występują założenia idealizujące. (...) Stąd też prawa idealizacyjne odnoszą się do obiektów idealnych. Uzyskanie z nich twierdzeń odnoszących się do obiektów realnych zapewnia konkretyzacja tych praw, która polega na zastępowaniu założeń idealizujących realistycznymi i odpowiednim modyfikowaniu następników tych twierdzeń.” - W. Patryas: *Idealizacyjny charakter interpretacji humanistycznej*, Poznań 1979, s. 3.

²⁶ L. Nowaka idealizacyjna koncepcja nauki zakłada bowiem konieczność przeprowadzania szeregu innych jeszcze czynności, wymaga np. sprawdzania prawa idealizacyjnego nie tylko poprzez konkretyzację, ale i poprzez tzw. aproksymację, czasami przeprowadzania tzw. dialektycznej korespondencji czy niekiedy tzw. dialektycznej refutacji. Tej niewątpliwie

Załóżmy przeto, że w interesującym nas przepisie, jakim jest art. 13 § 1 k.k., zawarto (tj. zrębowo wysłowiono) dwie struktury normatywne: normę sankcjonującą oraz normę sankcjonowaną. Choć założenie o takiej zawartości normatywnej art. 13 § 1 k.k. traktujemy w tym miejscu analizy tej zawartości jako idealizację, to jednak nie jest ono do końca założeniem nierealistycznym (kontrfaktycznym). Podkreśla to choćby wywód M. Zielińskiego, w którym wskazuje on, że: „Tekstów prawnych nie tworzy się na pustyni prawniczej (legislacyjnej), lecz w momencie ich tworzenia uwzględnia się pewne wykształcone już w całości lub w przeważający sposób w prawoznawstwie i praktyce prawniczej bądź w praktyce legislacyjnej sposoby ukształtowania pewnych instytucji, których wyrazem mają być następnie szaty słowne, które w tradycyjnym sposobie wyrażania nakazu (zakazu) - z zachowaniem sformułowań opisowych - przybierają określoną postać określonych przepisów. Znajomość tych założeń jest przy odtwarzaniu zrębowości poszczególnych przepisów bardziej albo mniej niezbędna. Oto przepis art. 148 § 1 k.k. wymaga znajomości założenia, iż zawarte są w nim dwie normy: sankcjonowana i sankcjonująca (...).”²⁷. Sądzę, że znajomości tego założenia wymaga również art. 13 § 1 k.k.

Sprawdźmy teraz, czy nasze założenie idealizujące w konfrontacji z brzmieniem art. 13 § 1 k.k. da się utrzymać. Siłą konieczności sprawdzian ten rozpocząć musimy od ustalenia wysłowienia w tym przepisie normy sankcjonującej. Obowiązkiwanie tej normy przesądza bowiem - jak zresztą to już podkreślano - o obowiązkiwaniu normy sankcjonowanej. Bez wątpienia w deskrypcji art. 13 § 1 k.k. nie mamy sformułowania „podlega karze”, a więc sformułowania, które - jak wiadomo - jest charakterystyczne dla deskrypcji przepisów części szczególnej k.k. typizujących czyny zabronione pod groźbą określonych w tych przepisach kar. Nie mamy też - co w istocie jest konsekwencją braku rzeczonego sformułowania - w art. 13 § 1 k.k. określenia kary, jaka grozi za usiłowanie, co skądinąd jest w pełni zrozumiałe, jako że trudno byłoby, zwłaszcza ze względu na wskazania wynikające z zasad redagowania tekstów prawnych, w jednym przepisie wskazać kary za popełnienie wszystkich relewantnych prawnokarnie usiłowań. W związku z powyższym - chciałoby się rzec na pierwszy rzut oka - można by dojść do wniosku, że treść art. 13 § 1 k.k. nie daje podstaw do twierdzenia o zakodowaniu w tym przepisie normy sankcjonującej.

Czy tak jednak jest w istocie? Uważam, że nie. W sformułowaniu zawartym w art. 13 § 1 k.k. znajduje się bowiem wyrażenie „odpowiada za”, które wskazuje właśnie na zręby norm sankcjonujących wyrażających karalność za popełnienie -

oryginalnej koncepcji metodologicznej, koncepcji, która w metodologii nauk odcisnęła poważne piętno, L. Nowak poświęcił wiele prac - zob. np.: *U podstaw marksowskiej metodologii nauk*, Warszawa 1971, *Wstęp do idealizacyjnej teorii nauki*, Warszawa 1977.

²⁷ M. Zieliński: *op. cit.*, s. 120.

zabronionych tedy pod groźbą kary - usiłowań dokonania wszystkich określonych w kodeksie karnym czynów zabronionych pod groźbą kary. Pogląd ten oparty jest na spostrzeżeniu, że rzeczzone wyrażenie jest analogonem wyrażenia użytego przez ustawodawcę w art. 1 § 1 k.k., mianowicie wyrażenia „odpowiedzialności karnej podlega”, a więc sformułowania, z którego jednoznacznie - po rzecz jasna uzupełnieniu tego sformułowania dalszą treścią art. 1 § 1 k.k. - daje się odczytać funkcjonalny (nie logiczny) związek sankcjonowania, jaki zachodzi pomiędzy normą sankcjonującą, której istotę w tym przepisie ukryto pod sformułowaniem „odpowiedzialności karnej podlega”, i normą sankcjonowaną, której odpowiednikiem w k.k. (a więc w języku prawnym) jest używany w tymże akcie prawnym termin „czyn zabroniony pod groźbą kary” (a niekiedy krótszy termin „czyn zabroniony”), który również znalazł się w treści art. 1 § 1 k.k., a za pośrednictwem którego ustawodawca podkreślił gwarancyjny warunek *sine qua non* praworządnej aktualizacji jakiegokolwiek normy sankcjonującej obowiązującej w polskim prawie karnym, warunek, jakim jest przekroczenie przez sprawcę normy sankcjonowanej.

Sprawdźmy teraz, czy spostrzeżenie to jest trafne w świetle aparatury pojęciowej, jaką na swoje potrzeby wypracowała derywacyjna koncepcja wykładni prawa, a więc koncepcja, którą tu - jako w pełni adekwatną dla rozwiązywania tego rodzaju problemów interpretacyjnych - zakładam. Aby to uczynić, przypomnę, że w świetle tej koncepcji o zrębowym wysłowieniu normy prawnej w przepisie prawnym można mówić już wtedy, kiedy z przepisu tego da się wydobyć dwa, przesądzające właśnie o zrębowości tego przepisu, elementy syntaktyczne normy prawnej. Tymi elementami są: operator normatywny (deontyczny) nakazu (zakazu) oraz normowane (nakazująco/zakazująco- w zależności od charakteru powyższego operatora) przez normę zachowanie, które na tym etapie wykładni rzeczzonego przepisu musi dać się wyodrębnić syntaktycznie²⁹. Podkreśla to wyraźnie M. Zieliński, gdy pisze, że: „(...) przepisem zrębowym jest taki przepis prawny, który wyśłowia co najmniej element nakazu (zakazu) wspólny z ele-

²⁸ Ustalenie przekroczenia normy sankcjonowanej nie pociąga bowiem za sobą - chcia- łoby się rzec automatycznie - uruchomienia normy sankcjonującej. Ustalenie to jest wprawdzie warunkiem koniecznym do tego, by norma sankcjonująca mogła się zaktualizować (jest przez to jednym z elementów zakresu zastosowania tej normy), lecz nie jest warunkiem wystarczającym do tej aktualizacji. Mówiąc krótko, w zakresie zastosowania normy sankcjonującej znajdują się jeszcze inne warunki, bez których spełnienia norma ta nie może się zaktualizować (np. nie zaktualizuje się norma sankcjonująca, jeśli sprawca przekroczył normę sankcjonowaną, ale ustalono, że uczynił to w sposób niezawiniony).

²⁹ Pamiętać należy bowiem o tym, że odszukiwanie w tekście prawnym syntaktycznych elementów normy - co ma miejsce w rekonstrukcyjnej fazie jego wykładni - nie wymaga, by elementy te były już w tym momencie wykładni jednoznacznie treściowo. Dążenie do ich

mentem określającym zachowanie.”³⁰. Uważam, że z zawartego w art. 13 § 1 k.k. sformułowania „odpowiada za” da się zrekonstruować te dwa elementy. Mówiąc krótko, wyrażenie to daje podstawy do tego, by twierdzić, że zakodowano w nim nakaz (a właściwie nakazy) wymierzenia kary (za usiłowania dokonania czynów zabronionych pod groźbą kary). A skoro tak, to art. 13 § 1 k.k., wystawiając (rzecz jasna jedynie syntaktycznie) element nakazu współ z elementem określającym zachowanie, jest właśnie przepisem zrębowym, określającym bowiem wymagające dla przyznania mu tego statusu elementy normy prawnej. Warto też dodać, że - wobec braku wysłowienia w tym przepisie adresata tych norm - art. 13 § 1 k.k. jest przepisem zrębowym niezupełnym normatywnie³².

Powstaje teraz kolejne ważne pytanie, a mianowicie, czy zrębowo wysłowione w art. 13 § 1 k.k. normy prawne są normami sankcjonującymi? Z tego bowiem, że są one normami nakazującymi wymierzyć karę, nie można jeszcze wnosić, że są one normami sankcjonującymi³³. Aby uzyskały one status normy

jednoznaczności ma bowiem miejsce przede wszystkim w kolejnej fazie wykładni, mianowicie w tzw. percepcyjnej fazie wykładni, która wymaga zakończenia wszystkich czynności rekonstrukcyjnych, polegających na wydobyciu z tekstu prawnego wszystkich syntaktycznych elementów normy prawnej.

³⁰ M. Zieliński: *op. cit.*, s. 115.

³¹ Już z tego powodu art. 13 § 1 k.k. jest przepisem pluralnym. Przypomnę, że za przepis pluralny - w świetle aparatury pojęciowej przyjmowanej w ramach derywacyjnej koncepcji wykładni prawa - uchodzi ten, w którym zawarto (zrębowo wysłowiono) więcej niż jedną normę. Przypadek art. 13 § 1 k.k. jest przy tym przykładem na tzw. *sensu stricto* kondensację norm (kondensację bowiem w jednym zdaniu). O pojęciu przepisu pluralnego i zjawisku kondensacji norm prawnych w przepisach prawnych zob. M. Zieliński: *op. cit.*, s. 138 i nast. Dodam dla czytelności obrazu, że art. 13 § 1 k.k. jest przepisem pluralnym - w rozważanym tu aspekcie zrębowego wysłowienia wielu norm nakazujących wymierzenie kary (a właściwie różnych kar - w zależności bowiem od tego o usiłowanie jakiego czynu zabronionego pod groźbą kary będzie chodzić) za wszelkie, określone w k.k. usiłowania z tego powodu, że jest tyle usiłowań, ile typów czynów zabronionych pod groźbą kary. W konsekwencji normy sankcjonujące, aktualizujące się w momencie ustalenia - mówiąc w uproszczeniu - popełnienia przestępnych usiłowań, różnić się będą między sobą zakresem normowania (kara grożąca za usiłowanie jest bowiem zależna od kary grożącej za dokonanie, a ta - jak wiadomo - nie jest jedna dla wszystkich typów czynów zabronionych pod groźbą kary) i zakresem zastosowania (hipoteza tych norm jest zróżnicowana, co wynika z faktu, iż nie ma jednego usiłowania, że usiłowań jest wiele; jest ich tyle, ile jest typów czynów zabronionych pod groźbą kary).

³² M. Zieliński przyjmuje bowiem, że: „(...) przepis zrębowy, w którym brak któregoś z dwóch określeń - adresata lub okoliczności, jest przepisem zrębowym niezupełnym.” - M. Zieliński: *op. cit.*, s. 115-116.

³³ Nie każda norma nakazująca wymierzyć karę jest normą sankcjonującą, bo nie każda taka norma przesądza o obowiązywaniu normy sankcjonowanej. W tej kwestii zob. Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej...*, s. 56-57, 216-218, 260-261, 262.

sankcjonującej, muszą one przesądzać o obowiązywaniu norm sankcjonowanych, a więc norm, które pozostawałaby tym samym w funkcjonalnym związku z normami nakazującymi wymierzyć karę. Z uwagi na to, że w przeprowadzanym tu procesie wykładni art. 13 § 1 k.k. jesteśmy na etapie rekonstrukcji elementów syntaktycznych norm nakazujących wymierzyć karę, spróbujmy zrekonstruować te elementy w przypadku norm (sankcjonowanych), których przestępne przekroczenie aktualizowałoby normy nakazujące wymierzyć karę za owe przekroczenia. Łatwo, jak sądzę, zauważyć, że w art. 13 § 1 k.k. da się odszukać te elementy syntaktyczne rzeczonych norm, które umożliwią uznanie, że w przepisie tym zrębowo wysłowiono te normy. W deskrypcji art. 13 § 1 k.k. znajdujemy bowiem odpowiedź na to, kiedy odpowiada się za usiłowanie. Słowem, w przepisie tym mamy określone zachowanie usiłującego, a zachowanie to - z uwagi na treść art. 1 § 1 k.k., który pełni pomocną rolę w poszukiwaniu operatora normatywnego (deontycznego) dla norm sankcjonowanych w prawie karnym - musi być zakazane³⁴. Odnajdując te elementy syntaktyczne, możemy zatem powiedzieć, że w art. 13 § 1 k.k. zrębowo wysłowiono normy sankcjonowane zakazujące usiłowań. Art. 13 § 1 k.k. okazuje się więc być przepisem, który zrębowo wysłowi również normy sankcjonowane (zakazanych pod groźbą kary usiłowań jest bowiem tyle, ile typów czynów zabronionych pod groźbą kary). Jest więc i w aspekcie tychże norm przepisem pluralnym. W konsekwencji art. 13 § 1 k.k. jest przepisem pluralnym i w tym sensie, że zrębowo wysłowi on zarówno normy sankcjonujące, jak i normy sankcjonowane.

Należy też dodać - gdyż jest to szczególnie istotne - że analizowany art. 13 § 1 k.k. jest też przepisem zrębowym niezupełnym logicznie. Jak podkreśla M. Zieliński, z tego rodzaju niezupełnością mamy do czynienia: „(...) gdy któryś z elementów syntaktycznych normatywnych (adresat, okoliczności, zakaz czy zachowanie się) jest zwrotem relatywnym, tj. wymagającym dodania jakiegoś zwrotu, by uczynić go w pełni sensownym, bo w pełni składnym (...).”³⁵. Art. 13 § 1 k.k. jest przy tym niezupełny logicznie zarówno w kontekście zrębowo wysłowionych w nim norm sankcjonujących, jak i w kontekście zrębowo w nim wysłowionych norm sankcjonowanych. Gdy chodzi o normy sankcjonujące, to występującym na tym etapie ich wykładni zwrotem relatywnym jest zawarte w tym przepisie sformułowanie „odpowiada za”, które, nie określając „rozmiarów tej odpowiedzialności”, wymusza stosowną relatywizację do innego przepisu, który jednoznacznie wskazywałby już jakie są te rozmiary w przypadku przekroczenia norm sankcjonowanych zakazujących dopuszczania się ich adresatom prawno-

³⁴ Szerzej na temat roli art. 1 § 1 k.k. w procesie poszukiwania operatora normatywnego (deontycznego) dla norm sankcjonowanych w prawie karnym zob. Ł. Pohl: *op. cit.*, s. 59-60.

³⁵ M. Zieliński: *op. cit.*, s. 117.

karnie relewantnych usiłowań. Z uwagi na fakt, że nie ma jednego usiłowania, a jest ich tyle, ile typów czynów zabronionych, relatywizacja ta siłą rzeczy musi być piętrowa. I tak jest w istocie. W pierwszej kolejności przepisem k.k., który - w zakresie poszukiwanej przez nas informacji o rozmiarach kary grożącej za popełnienie określonego usiłowania - uzupełnia i tym samym dookreśla komunikat, który przekazał nam ustawodawca w art. 13 § 1 k.k., jest przepis art. 14 § 1 k.k., w którym ustawodawca zawarł zaadresowaną do sądu normę nakazującą mu wymierzać karę za usiłowanie w „granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa”³⁶. Stąd też, aby dokładnie dowiedzieć się jaka kara grozi za określone usiłowanie (usiłowanie określonego czynu zabronionego pod groźbą kary), musimy dokonać kolejnej relatywizacji, mianowicie do przepisu określającego karę grożącą za dokonanie czynu zabronionego, którego sprawca usiłował dokonać. Gdy chodzi natomiast o niezupełność logiczną art. 13 § 1 k.k. w kontekście wysłowionych w nim zrębowo norm sankcjonowanych zakazujących ich adresatom dopuszczania się prawnokarnie relewantnych usiłowań, to łatwo spostrzec, że potrzeba uzupełnienia w drodze stosownej relatywizacji do innego przepisu bierze się stąd, iż nie ma jednego usiłowania, a jest ich tyle, ile typów czynów zabronionych pod groźbą kary. Słowem, występujące w art. 13 § 1 k.k. słowo „usiłowanie” wymaga uzupełnienia, jako że wyrażenie zakazujące usiłowania bez określenia tego, o usiłowanie czego miałoby tu chodzić, jest z punktu widzenia logiki semantycznej nieskładne³⁷, i w konsekwencji nonsensowne, skutkiem czego nie może ono spełniać podstawowej funkcji normy prawnej. Nie określając bliżej tego jakie usiłowanie jest zakazane (tj. jakiego czynu), nie może bowiem wyrażenie to spełniać tzw. funkcji sugestywnej, a więc funkcji, która jest podstawową racją tworzenia racjonalnie sformułowanych norm. Stąd potrzeba relatywizacji do przepisów określających poszczególne typy czynów zabronionych pod groźbą kary. W konsekwencji więc nie ma jednej normy sankcjonowanej zakazującej usiłowania (chyba, że normę tę pojmujemy modelowo), a w istocie jest tyle tych norm, ile jest typów czynów zabronionych pod groźbą kary³⁸.

³⁶ Rolą normy zawartej w art. 14 § 1 k.k. nie jest bowiem wskazanie, że za usiłowanie dokonania czynu zabronionego zagrożonego karą grozi kara (tę informację ustawodawca wyartykułował w art. 13 § 1 k.k. *in principio*), lecz wskazanie tego, jak w przypadku rzeczzonego usiłowania kształtują się granice tej kary.

³⁷ Słowo „usiłowanie” nie jest bowiem nazwą, lecz funktorem nazwotwórczym - zob. W. Patryas: *Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*, Poznań 1993, s. 27-29. O kategoriach syntaktycznych przystępnie pisze H. Stonert-zob. H. Stonert: *Język i nauka*, Warszawa 1964, s. 22 i nast.

³⁸ Swoją drogą należałoby nadmienić, że i usiłowanie dokonania czynu zabronionego zagrożonego karą można postrzegać w kategorii typu czynu zabronionego zagrożonego karą.

Przeprowadzone wyżej czynności rekonstrukcyjne potwierdzają przeto zasadność zrębowego wysłowienia w art. 13 § 1 k.k. norm sankcjonujących i norm sankcjonowanych. Z uwagi na to, że już to spostrzeżenie pozwala przejść do problemu wyrażenia w tym przepisie tzw. ustawowej subsydiarności, a więc problemu głównego moich rozważań, pominię dalsze czynności interpretacyjne, które są konieczne do tego, aby z przepisu tego odtworzyć jednoznacznie już brzmiące normy prawne (sankcjonujące i sankcjonowane).

Zatrzymam się natomiast na jasno przez ustawodawcę wyartykułowanym w przepisie art. 13 § 1 k.k. warunku „nienastąpienia dokonania czynu zabronionego”. Ustawodawca wyraźnie bowiem w tymże przepisie postanowił, że odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje. Zastanówmy się teraz, w której ze wskazanych, a zawartych w art. 13 § 1 k.k., struktur normatywnych, tj. w normie sankcjonującej czy w normie sankcjonowanej, warunek „nienastąpienia dokonania czynu zabronionego” się znajduje. Jak wiadomo, wedle przeważającej części polskiej doktryny prawa karnego warunek ten traktuje się jako znamię usiłowania. Na przykład A. Zoll, którego wypowiedź, jak sądzę, uznać można w tym względzie za reprezentatywną egzemplifikację tego poglądu, stwierdza wprost: „Znamieniem negatywnym usiłowania jest brak dokonania czynu zabronionego objętego zamiarem sprawcy.”³⁹. Podobnie uważa L. Gardocki, który wskazuje, że jednym z elementów, którego występowanie - wedle definicji zawartej w art. 13 § 1 k.k. - charakteryzuje usiłowanie, jest brak dokonania⁴⁰. Z twierdzeniem, iż do znamion prawnokarnie relewantnego usiłowania należy brak dokonania czynu zabronionego zagrożonego karą, należy się niewątpliwie zgodzić. Pamiętać jednak należy o tym, by nie wyciągać z tego twierdzenia zbyt daleko idących wniosków. Takim właśnie wnioskiem jest wyprowadzana niekiedy z tego twierdzenia konkluzja, jakoby dokonanie umyślnego czynu zabronionego zagrożonego karą było elementem wykasowującym fakt dopuszczenia się przez sprawcę usiłowania tego czynu⁴¹. Dlaczego jest ona wnioskiem zbyt daleko idącym? Otóż dlatego, że próbuje się w niej na jednej płaszczyźnie statycznej stawiać zachowania (usiłowanie czynu zabronionego zagrożonego karą i dokonanie tego samego czynu), które siłą ontologicznej konieczności na jednej takiej płaszczyźnie występować nie mogą. A mówiąc nieco inaczej, ci, którzy rzeczoną konkluzję uznają za trafną, przeocząją,

³⁹ A. Zoll w A. Zoll (red.): *op. cit.*, s. 210.

⁴⁰ Zob. L. Gardocki: *Prawo karne*, Warszawa 1999, s. 102.

⁴¹ Kwestię tę zasygnalizowałem już w innym opracowaniu - zob. Ł. Pohl: *Przestępstwo zabójstwa...*, s. 6-7.

że zachowania te za każdym razem znamionuje odmienny moment czasu, w którym są one zrealizowane.

W celu wyjaśnienia tego poglądu posłużmy się przykładem. Niech będzie nim zachowanie, którym jeden człowiek umyślnie spowodował śmierć drugiego człowieka. Jak wiadomo, dokonanie tego rodzaju czynu zabronionego zagrożonego karą ma miejsce wtedy, kiedy jego sprawca zabije człowieka. Czas dokonania zabójstwa, którym to czasem jest moment śmierci człowieka, oznaczmy symbolem $t(1)$. Nie może ulegać żadnym wątpliwościom, że w czasie $t(1)$ sprawca nie realizował znamion usiłowania zabójstwa człowieka⁴². Nie może bowiem ten sam podmiot w tym samym czasie zabić i nie zabić tego samego człowieka. Sprawca musiał zatem - co zresztą oczywiste - zrealizować znamiona usiłowania tego zabójstwa przed czasem $t(1)$. Czas tego usiłowania oznaczmy przeto innym symbolem, mianowicie symbolem $t(0)$. Jakie wypływają zatem wnioski z powyższych spostrzeżeń? Otóż zauważyć należy, że w czasie $t(0)$ sprawca realizował wyłącznie znamiona usiłowania zabójstwa. Znaczy to - w wersji teoretyczno- prawnej - że w czasie tym przekroczył on normę sankcjonowaną zakazującą mu dopuszczania się do usiłowania dokonania tego czynu. Istotne jest również to, że w czasie $t(0)$ sprawca nie dokonał zabójstwa, a więc, że w czasie tym nie przekroczył normy sankcjonowanej zakazującej mu dokonania tego czynu⁴³. Słowem, w czasie $t(0)$ sprawca przekroczył tylko jedną normę sankcjonowaną, mianowicie tę, która zakazuje mu usiłowania zabójstwa. Z kolei w czasie $t(1)$ sprawca zabił człowieka, a więc w czasie tym wypełnił znamiona tego typu czynu zabronionego zagrożonego karą, co w wersji teoretycznoprawnej oznacza, że w czasie tym przekroczył on zaadresowaną do niego normę sankcjonowaną zakazującą mu zabicia człowieka (tj. dokonania tego czynu). Istotne jest też to, że w czasie $t(1)$ sprawca ten nie przekraczał już normy sankcjonowanej zakazującej mu usiłowania zabójstwa człowieka. Słowem, w czasie $t(1)$ sprawca przekroczył także tylko jedną normę sankcjonowaną, mianowicie normę zakazującą mu dokonania zabójstwa.

⁴² Stąd, jak sądzę, czerpie umocowanie pogląd, według którego ustalenie dokonania czynu zabronionego zagrożonego karą - rzecz jasna, gdy rzeczono o czynu dokonano tzw. jednolitym czynem - wyklucza możliwość przyjęcia usiłowania tego czynu zabronionego.

⁴³ Warto odnotować, że literaturze karnistycznej znany jest pogląd, zgodnie z którym znamień skutku nie jest elementem składowym normy sankcjonowanej, a jedynie elementem składowym normy sankcjonującej. Dałem już wyraz temu, że z poglądem tym trudno się zgodzić (zob. Ł. Pohl: *Struktura normy sankcjonowanej...*, s. 89-95), niemniej jednak i autorom nie podzielającym mego stanowiska nie może nie odpowiadać powyższe spostrzeżenie o „temporalnej różnicy” między usiłowaniem czynu zabronionego zagrożonego karą a jego dokonaniem.

Powyższe wnioski uzmysławiają zatem, że wyartykułowany wart. 13 § 1 k.k. warunek „nienastąpienia dokonania czynu zabronionego” należy - przy próbach objaśniania tego, kiedy zachodzi usiłowanie, a kiedy ono już nie zachodzi - pojmować w pewien szczególny sposób. Mianowicie pamiętać należy o tym, że usiłowanie czynu zabronionego zagrożonego karą zachodzi w czasie, gdy nie zachodzi dokonanie tego czynu, a dokonanie (umyślnego) czynu zabronionego zagrożonego karą zachodzi w czasie, w którym nie zachodzi już jego usiłowanie.

Mając w polu widzenia rzeczzone uwagi, zauważyć przeto można, że wcale nie jest tak, jak niektórzy twierdzą i utrzymują, że gdy sprawca tzw. jednolitym czynem dokonał (umyślnego) czynu zabronionego zagrożonego karą, to już nie dopuścił się jego usiłowania. Otóż i usiłowania tego czynu musiał z konieczności ontologicznej się dopuścić. W istocie jest więc tak, że dokonanie (umyślnego) czynu zabronionego zagrożonego karą zawsze poprzedzone być musi faktem jego usiłowania. Mówiąc krótko, ten, kto przekroczył normę sankcjonowaną zakazującą mu umyślnego dokonania czynu, ten wcześniej przekroczyć musiał i inną normę, mianowicie normą sankcjonowaną zakazującą mu usiłowania tego czynu.

I tu dochodzimy do sedna sprawy. Jak pokazują bowiem powyższe rozważania, warunek „nienastąpienia dokonania czynu zabronionego”, o którym mowa w art. 13 § 1 k.k., nie powoduje w razie jego niespełnienia - gdyż powodować nie może - wykasowania niewątpliwego faktu wypełnienia przez sprawcę znamion usiłowania czynu zabronionego zagrożonego karą w sytuacji, gdy sprawca ten w drodze tzw. jednolitego czynu, a zatem od razu po usiłowaniu, rzeczzonego czynu zabronionego dokonał. A skoro tak, to w sytuacji tej mamy w istocie rzeczywisty jednoczynowy zbieg przekroczonych norm sankcjonowanych w prawie karnym. Sprawca przekroczył bowiem zarówno normę sankcjonowaną zakazującą mu dokonania umyślnego czynu, jak i normę sankcjonowaną zakazującą mu usiłowania tego czynu.

Wniosek ten skłania mnie do poglądu, że omawiany warunek „nienastąpienia dokonania czynu zabronionego” odgrywa rolę przede wszystkim na płaszczyźnie norm sankcjonujących. Skoro bowiem ustalenie dokonania przez sprawcę (umyślnego) czynu zabronionego zagrożonego karą (tj. ustalenie przekroczenia normy sankcjonowanej zakazującej mu dokonania tego czynu) nie jest w stanie wykasować ustalenia, że wcześniej sprawca ten usiłował tego dokonania (tj. ustalenia, że sprawca przekroczył normę sankcjonowaną zakazującą mu usiłowania tego czynu), rzeczą jasną jest, że na tej właśnie płaszczyźnie - chciałoby się rzec siłą konieczności - ujawnić się musi jego doniosłość.

I tak jest w istocie. Słowem, warunek ten okazuje się być przeto warunkiem uruchomienia (modelowej) normy sankcjonującej nakazującej wymierzyć karę za (przestępne) usiłowanie czynu zabronionego zagrożonego karą. Jest więc ten

warunek jednym z elementów zakresu zastosowania (hipotezy) tej normy Sąd, chcąc przestrzegać tę normę, zobowiązany jest zatem do tego, by ustalić, że po usiłowaniu czynu zabronionego zagrożonego karą nie nastąpiło od razu, a więc w drodze tzw. jednolitego czynu, jego dokonanie. Tylko bowiem w takiej sytuacji - z mocy rzeczzonego warunku - można wymierzyć karę za usiłowanie. A *contrario*, ustalenie, że sprawca po usiłowaniu czynu zabronionego zagrożonego karą tzw. jednolitym czynem czynu tego dokonał jest ustaleniem, które wyklucza możliwość uruchomienia normy sankcjonującej wyrażającej karalność za wskazane usiłowanie. Posługując się językiem tradycyjnym językiem dogmatyki prawniczej, powiedzielibyśmy zatem, że za usiłowanie czynu zabronionego zagrożonego karą odpowiada się tylko wówczas, gdy w drodze tzw. jednolitego czynu sprawca tego usiłowania czynu tego nie dokonał.

VI Mając przed oczyma zarysowaną strukturę modelowej normy sankcjonującej wyrażającej karalność za prawnokarnie relewantne usiłowanie, łatwo już zauważyć odmienność zakodowanej w art. 13 § 1 k.k. tzw. subsydiarności ustawowej od tzw. subsydiarności ustawowej zawartej w art. 231 § 4 k.k. W tym przypadku jej rola nie polega bowiem w istocie - tak jak to ma miejsce właśnie w wypadku art. 231 § 4 k.k. - na tym, że w kwalifikacji prawnej czynu usuwa ona przepis zrębowo wystawiający którąś z faktycznie przekroczonych przez sprawcę norm sankcjonowanych, lecz na tym, że uniemożliwia ona zaktualizowanie się określonej normy sankcjonującej. I w tym właśnie uwidacznia się niejednolitość tej dyrektywy.

Pomimo tego, że z merytorycznego punktu widzenia zawarta w art. 13 § 1 k.k. tzw. subsydiarności ustawowa oddziałuje dopiero na płaszczyźnie zrębowo wysłowionych w tym przepisie norm sankcjonujących, to i w jej przypadku konsekwencją jej działania winno być pominięcie w kwalifikacji prawnej czynu przepisu, który zrębowo wysłowił naruszoną przez sprawcę normę sankcjonowaną zakazującą mu usiłowania czynu zabronionego zagrożonego karą. Brak tego pominięcia byłby, jak się wydaje, bowiem nadmiernym formalizmem, mnożącym byt ponad konieczność.

Podsumowując, wspólny mianownik dla tzw. subsydiarności ustawowej - mianownik ostatecznej jej konsekwencji - można z pewnością znaleźć. Wiedząc to, nie można jednakże nie zauważać, że dyrektywa ta, służąc jednemu celowi, dąży doń niemalże skrajnie różnymi drogami.

**THEORETICAL ANALYSIS OF A SUBSIDIARY RULE
IN CONCURRENCE OF THE REGULATIONS
OF A BILL IN POLISH PENAL LAW
(article 231 par. 4 and article 13 par. 1
of the penal code from June 6, 1997)**

The aim of this study is a theoretical analysis of a subsidiary rule in concurrence of the regulations of a bill in polish penal law. The author presented his own view, using the conception of distinguishing legal regulations from legal norms contained in them (norms sanctioned and norms sanctioning) and others thesis from theory of law and methodology of legal sciences. In consequence - according to the author - the function of the subsidiary rule in concurrence of the regulations of a bill in penal law is exclude collision between these norms.

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009
Warszawa 2009

Sylvia Durczak-Żochowska ■

FUNKCJONOWANIE POSTĘPOWANIA NAKAZOWEGO W POLSKIM PROCESIE KARNYM W UJĘCIU STATYSTYCZNYM

I Postępowanie nakazowe - stan prawny

Współczesne ustawodawstwa karnoprocesowe przewidują tryby postępowania, które różnią się w swym przebiegu od postępowania uznanego za zwyczajne w danym systemie procesowym. Są to postępowania szczególne. Do nich należy tryb nakazowy. Stanowi on postępowanie szczególne drugiego stopnia o „zredukowanym” charakterze i najbardziej posuniętym odformalizowaniu wśród powyższych trybów.

Ustawa karna procesowa z dnia 6 czerwca 1997r. w wersji pierwotnej przyznała prawo do wzięcia udziału w posiedzeniu, na którym wydawano nakaz karny, oskarżonemu i jego obrońcy oraz pokrzywdzonemu i jego pełnomocnikowi.

¹ S. Waltoś, *Założenia konstrukcyjne trybów szczególnych*, Nowe Prawo 1970, z. 7-8, s. 1100; por. D. Kała [w:] A. Bulsiewicz, M. Jeż-Ludwichowska, D. Osowska, D. Kała, *Przebieg procesu karnego*, Toruń 2003, s. 260.

² Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555.

³ Zwana dalej „k.p.k. z 1997 r.” Dla rozróżnienia autorka stosuje skrót „k.p.k.” na określenie kodeksu postępowania karnego z 1997 r., po zmianach wprowadzonych ustawą z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy-Kodeks postępowania karnego, ustawy-przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155).

⁴ Art. 339 § 5 k.p.k. z 1997 r. w zw. z art. 500 § 4 k.p.k. z 1997r.

Oznaczało to konieczność odroczenia posiedzenia w przypadku niestawiennictwa uprawnionych, gdy nie zostali oni prawidłowo powiadomieni o terminie bądź gdy swoją nieobecność usprawiedliwili i wnosili o jego odroczenie. Udział prokuratora w posiedzeniu w przedmiocie wydania nakazu karnego był obligatoryjny. Konsekwencją przyznania stronom prawa udziału w tymże posiedzeniu był obowiązek ich zawiadomienia o czasie i miejscu posiedzenia. W literaturze wskazywano, iż umożliwienie stronom uczestnictwa w posiedzeniu w trybie nakazowym wyeliminowało obawę, że wydanie nakazu zaskoczy oskarżonego, który oczekuje na rozprawę i nie jest przygotowany na załatwienie sprawy w trybie nakazu. Z kolei dla oskarżonych, działających bez obrońcy, doręczenie zawiadomienia stanowiło impuls do rozważenia możliwości skorzystania z jego pomocy. Podkreślano, że oskarżonemu i jego obrońcy zagwarantowano możliwość zapoznania się z aktami sprawy jeszcze przed wydaniem nakazu. Ponadto, przepis art. 504 pkt 6 k.p.k. z 1997 r. przewidywał wymóg sporządzenia uzasadnienia nakazu karnego. Niedopuszczalny i nieskuteczny procesowo był nakaz karny, który nie zawierał wspomnianego elementu. Ograniczono także możliwość wymierzania nakazem karnym środków karnych wyłącznie do nieważki i przepadku przedmiotów (art. 502 § 2 k.p.k. z 1997 r.).⁸ Przepis art. 505 § 2 k.p.k. z 1997 r. przewidywał, iż sąd był władny postanowieniem uznać nakaz karny za bezskuteczny w razie niemożności doręczenia oskarżonemu nakazu karnego w ciągu 3 miesięcy, sprawa wówczas podlegała rozpoznaniu na zasadach ogólnych. Był to jedyny przypadek, gdy sąd pierwszej instancji mógł uchylić z urzędu swoje nieprawomocne orzeczenie w przedmiocie odpowiedzialności karnej. Przesłanki uznania nakazu

⁵ Dotychczas prokurator miał prawo wziąć udział w każdym posiedzeniu, również i tym, na którym wydawano nakaz karny (art. 88 k.p.k. z 1969 r.). Obowiązek uczestniczenia w posiedzeniu w przedmiocie wydania nakazu karnego statuował *expressis verbis* art. 339 § 5 k.p.k. z 1997 r. w zw. z § 3 tego przepisu.

⁶ Odmienne, zob. H. Gajewska - Kraczkowska, *Postępowania szczególne w kodeksie postępowania karnego* [w:] Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r., pod red. P. Kruszyńskiego, Warszawa 1999, s. 339.

⁷ T. Grajewski [w:]: Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks postępowania karnego z komentarzem*, Sopot 2000, s. 745.

⁸ Obowiązek orzeczenia środków karnych - innych niż wskazane w przepisie art. 502 § 2 k.p.k. i art. 500 § 1 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją styczniową - eliminował możliwość zastosowania postępowania nakazowego. Zob. wyrok SN z dnia 23.07.2003 r.; V KK 47/03; Monitor Prawniczy 2003, nr 17, s. 770; wyrok SN z dnia 29.08.2002 r., III KK 83/02, Prokuratura i Prawo, Dodatek Orzecznictwo 2003, nr 6 poz. 12.

⁹ J. Grajewski [w:]: J. Grajewski, L. K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom II, Kraków 2003, s. 224; D. Kala, *Kodeksowe postępowania szczególne*, Toruń 2000, s. 77.

za bezskuteczny to fakt niedoręczenia nakazu, ale też stwierdzenie, że doręczenie nie było możliwe. Ustawa nie precyzowała innych warunków, którymi winien był kierować się sąd podejmując decyzję w tym przedmiocie. Zatem po upływie trzech miesięcy licząc od dnia wydania nakazu, nie było możliwe podejmowanie dalszych prób doręczenia. Kodeks z 1997 r. nie wprowadził jednakże przepisu, zgodnie z którym sąd, rozpoznając sprawę po wniesieniu sprzeciwu nie byłby związany treścią nakazu karnego, który utracił moc.

Wraz z upływem czasu w doktrynie pojawiły się propozycje zmian kodeksu postępowania karnego, w tym trybu nakazowego. Wskazywano na konieczność skorelowania jego przepisów z przepisami Konstytucji RP¹³, wprowadzenia możliwości wydania nakazu w sytuacji, gdy przestępstwo jest zagrożone karą grzywny określoną kwotowo oraz rozszerzenia katalogu środków karnych dopuszczalnych w postępowaniu nakazowym. Nadto, podkreślano, iż niezbędna jest rezygnacja z udziału stron na posiedzeniu, na którym wydaje się nakaz karny oraz wyeliminowanie konieczności sporządzania uzasadnienia. Wciąż pojawiały się sugestie dotyczące wprowadzenia zakazu *reformationis in peius* w postępowaniu, toczącym się po wniesieniu sprzeciwu od nakazu karnego. Powyższe postulaty - prócz tego ostatniego - znalazły odzwierciedlenie w projektach nowelizacji:

¹⁰ Słusznie bowiem w literaturze proponowano, aby jako „niemożność doręczenia” ujmować przypadki, w których zgodnie z obowiązującymi przepisami o doręczeniach, nie mogą powstać skutki prawne doręczenia. Zob. Z. Wrona, *Postępowanie nakazowe w polskim procesie karnym*, Warszawa 1997, s. 101.

¹¹ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania postępowania karnego wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, Kraków 2003, 983; J. Bielański, *Postępowanie nakazowe według nowego ustawodawstwa kamoprocesowego. Zagadnienia wybrane*, [w:] Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. VII, pod red. L. Bogunii, Wrocław 2001, s. 77; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom II., op. cit., s. 224. Zauważyć należy, iż na gruncie art. 454f § 2 k.p.k. z 1969 r., w doktrynie pojawiły się postulaty skonkretyzowania przesłanek instytucji uznania doręczenia za bezskuteczne, a także wprowadzenia możliwości zaskarżania postanowienia w przedmiocie uznania. Zob. J. Grajewski, *Postępowanie nakazowe w polskim procesie karnym*, Studia Prawnicze 1991, nr. 1, s. 76. Propozycji tych jednak podczas prac nad k.p.k. z 1997 r. nie uwzględniono.

¹² Tak stanowiły przepisy art. 454 h k.p.k. z 1969 r. i art. 34 ustawy o szczególnej odpowiedzialności karnej z dnia 10 maja 1985 r. (Dz.U. z 1985 r., Nr 23, poz.101).

¹³ Por. A. Zoll, *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001, s. 104-105 oraz uwagi na ten temat A. Wąsek, *Krytyczne uwagi do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dn. 16.05.00 r., dotyczącego warunkowego umorzenia postępowania*, [w:] Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana profesorowi Tadeuszowi Nowakowi, pod red. S. Stachowiaka, Poznań 2002, s. 23-34.

¹⁴ J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks postępowania...* op. cit., s. 757.

prezydenckim, z datą wpływu na dzień 20 grudnia 2001 r.¹⁵, a także poselskim z dnia 3 marca 2002 r. Obie propozycje postulowały w przepisach, regulujących tryb nakazowy, zastąpienie wyrazów „wydać nakaz karny” słowami „orzec wyrokiem nakaz karny”. Projekt poselski wyraźnie określał, iż sąd rozpoznający sprawę po wniesieniu sprzeciwu nie jest związany treścią wyroku, który utracił moc. Dopiero Komisja Nadzwyczajna do Spraw Zmian w Kodyfikacjach w swoim sprawozdaniu z dnia 16 października 2002 r., proponowała, aby sformułowanie obu projektów „orzec wyrokiem nakaz karny” zmienić na zwrot: „wyrok nakazowy”. Nadto, na tym etapie prac, modyfikacji uległ art. 505 k.p.k. w ten sposób, że przepisy o prawie, terminie i sposobie wniesienia sprzeciwu oraz skutkach jego niewniesienia proponowano doręczać „wraz z odpisem wyroku”, postulowano również rezygnację z instytucji uznania przez sąd nakazu za bezskuteczny w razie niemożności jego doręczenia oskarżonemu w ciągu 3 miesięcy. Zmiany w tej ostatniej wersji, wraz z poprawkami dokonanymi przez izbę wyższą, Sejm uchwalił w dniu 10 stycznia 2003 r.²⁰

Nowelą styczniową przemodelowano regulacje dotyczące postępowań szczególnych, zwłaszcza zmianie uległy przepisy dotyczące trybu nakazowego. Obok

¹⁵ Projekt prezydencki z dnia 20.12.2001 r. ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, tekst pochodzi ze stron internetowych Sejmu (<http://www.sejm.gov.pl>) - druk sejmowy IV kadencji nr 182.

¹⁶ Projekt poselski z dnia 1.03.2002 r. ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw wraz z uzasadnieniem, tekst pochodzi ze stron internetowych Sejmu (<http://www.sejm.gov.pl>), druk sejmowy IV kadencji nr 388.

¹⁷ K. Marszał słusznie podniósł, iż takie sformułowanie, zawierające w istocie podwójną formę rozstrzygnięcia: wyrok i nakaz karny stanowiłoby zbędne udziwnienie. Zob. K. Marszał, *Nad projektem nowelizacji. Plusy i minusy Rzeczypospolita* z dnia 26.09.2002 r., s. C3.

¹⁸ Art. 1 pkt 172b) wskazanego wyżej projektu poselskiego z dnia 01.03.2002 r.

¹⁹ Sprawozdanie Komisji Nadzwyczajnej do Spraw Zmian w Kodyfikacjach z dn. 16.10.2002 r. o przedstawionym przez Prezydenta RP oraz poselskim projektach ustaw o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw wraz z uzasadnieniem, tekst pochodzi ze stron internetowych Sejmu (<http://www.sejm.gov.pl>), druk sejmowy IV kadencji nr 1001. Wprowadzenie powyższych słów przesądziło o charakterze tego rozstrzygnięcia. Zob. S. Durczak, *Charakter prawny wyroku nakazowego (aspekty kamoprocesowe i konstytucyjne)*, Gdańskie Studia Prawnicze 2004, Tom XII, s. 29 i nast.

²⁰ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155), zwana dalej nowelizacją z dnia 10 stycznia 2003 r. lub nowelą styczniową.

kary ograniczenia wolności lub grzywny w wysokości określonej w art. 502 § 1 k.p.k. wolno, w wypadkach przewidzianych w ustawie, orzec środek kamy (art. 502 § 2 k.p.k.). Zatem obecnie można wymierzyć każdy środek karny dopuszczalny przy danym przestępstwie²¹, co spowodowało objęcie trybem nakazowym większej ilości spraw. Zmiana ta zasługuje na aprobatę, gdyż brak podstaw do ograniczenia katalogu środków karnych, które sąd może wymierzyć w postępowaniu nakazowym, w szczególności, iż aktualnie sąd wydaje w tym trybie rozstrzygnięcie w postaci wyroku tj. wyroku nakazowego. Od dnia 1 lipca 2003 r. sąd wydaje wyrok nakazowy jednoosobowo na posiedzeniu bez udziału stron (art. 500 § 4 k.p.k.). O posiedzeniu bez udziału stron nie powiadamia się ich, zatem może się odbyć w dowolnym, możliwym oraz odpowiednim dla sądu czasie. Nadto, przy wydawaniu wyroku nakazowego, przy braku udziału stron na posiedzeniu, a także ustnego umotywowania wyroku, ustawodawca zrezygnował z obligatoryjnego sporządzenia uzasadnienia wyroku nakazowego. W literaturze wskazuje się, iż nie jest to trafna zmiana, bowiem brak uzasadnienia może skłaniać strony do

²¹ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego wraz z komentarzem do ustawy o świadku...* op.cit. s. 1263.

²² Tak też zob. P. Hofmański, *Opinia o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy - kodeks kamy., ustawy - kodeks postępowania karnego., ustawy - kodeks kamy wykonawczy i niektórych innych ustaw (druk nr 2510 w zakresie przepisów procesowych) oraz poselskich projektach ustaw o zmianie ustawy - kodeks postępowania karnego (druki nr 1638, 1655, 1814, 2154 oraz 2336)*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2001, z. 2, s. 87 wraz z załącznikiem do niej, s. 93. Odmienne stanowisko zajął K. Zgryzek, według którego zmiana ta nie zasługuje na aprobatę ze względu na charakter postępowania nakazowego, zwłaszcza najgłębsze uproszczenia proceduralne, a także znaczną niekiedy dolegliwość pełnego katalogu środków karnych. Zob. K. Zgryzek, *Opinia do projektów ustaw o zmianie ustawy - k.p.k. oraz innych ustaw*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2001, nr 2, s. 223 wraz z załącznikiem do niej, s. 230. Zauważyć jednak należy, iż nawet dysponując pełnym katalogiem środków karnych, sąd uwzględniając art. 53 § 1-3 k.k. w zw. z art. 56 k.k. wymierzy adekwatny środek karny. Ponadto, C. P. Kłak słusznie wskazał, iż żadne argumenty nie przemawiają za wykluczeniem możliwości orzekania np. środka karnego w postaci zakazu prowadzenia pojazdów w wyroku nakazowym. Szerzej zob. C. P. Kłak, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 2003 r., V KK 47/03*, Ius et Administratio 2005, nr 2, s. 143-144.

²³ Nawet jeśli podmioty te we własnym zakresie dowiedzą się o terminie i miejscu posiedzenia oraz stawiać się na nie, nie mogą wziąć w nim udziału w charakterze stron. Zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom III, Warszawa 2004, s. 62. Jest to zatem posiedzenie zamknięte dla stron. Tak: A. R. Światłowski, *Kodeks postępowania karnego po nowelizacji*, Bezpłatny Dodatek do Monitora Prawniczego z 2003 r., nr 13, s. 20. Stanowi to wydatne ułatwienie i usprawnienie postępowania. Zob. A. Zachuta, *Reperkusje sądowe nowelizacji kodeksu postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003 r - czyli o wątpliwościach i propozycjach ich likwidacji*, Przegląd Sądowy 2004, nr 9, s. 100.

częstszego składania sprzeciwów, gdyż nie znają one motywów ani przyczyn, jakimi kierował się sąd przy uznaniu winy oraz wymierzeniu konkretnej kary i /lub środka karnego. Jednakże wydaje się, że ponowne wprowadzenie obligatoryjnego uzasadniania każdego wyroku nakazowego w sposób oczywisty wydłużyłoby czas od momentu wpłynięcia aktu oskarżenia do sądu do momentu wydania tego wyroku i doręczenia jego odpisu oskarżonemu²⁵, a ponadto zmniejszyłoby zainteresowanie sądów stosowaniem tego trybu. Wskazać przy tym należy, iż wyrok nakazowy stanowi jedynie propozycję sądu, skierowaną do oskarżonego, ustalenia rozmiarów odpowiedzialności karnej za zarzucony akt oskarżenia czyn. Oskarżony i oskarżyciel decydują o bycie wyroku nakazowego poprzez zaakceptowanie jego rozstrzygnięć bądź wniesienie sprzeciwu, wyrażającego dezaprobatę. Ponadto, sąd wydając wyrok nakazowy, nie stosuje ogólnych reguł, dotyczących promulgacji wyroku, ale instytucję tzw. udostępnienia treści wyroku publicznie, poprzez złożenie jego odpisu na okres 7 dni w sekretariacie sądu, o czym należy poczynić wzmiankę w protokole posiedzenia (art. 418a k.p.k.). W mojej ocenie,

²⁴ Zob. P. Hofmański, *Opinia o rządowym projekcie...* op. cit., s. 87 wraz z załącznikiem do niej, s. 93; Zob. K. Zgryzek, *Opinia do projektów...* op. cit., s. 223-224 wraz z załącznikiem do niej, s. 230; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego wraz z komentarzem do ustawy o świadku...* op. cit., s. 1265; C. P. Kłak, *Postępowanie nakazowe po nowelizacji kodeksu postępowania karnego. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *Problemy znolizowanej procedury karnej*, pod red. Z. Sobolewskiego, G. Arytmiak, C.P. Kłaka, Kraków 2004, s. 104; C. P. Kłak, *Posiedzenie nakazowe w polskim procesie karnym*, Ius et Administratio 2004, z. 4, s. 55.

²⁵ Por. *ibidem*, s. 59.

²⁶ Nie zasługuje na uznanie pogląd E. Skrętowicza, według którego wprowadzenie sformułowania „wyrok nakazowy” w miejsce „nakazu karnego” spowodowało, iż wyrok ten nie stanowi propozycji rozstrzygnięcia, bowiem jest on nieproporcjonalnie ważniejszym orzeczeniem niż był nim nakaz. Zob. E. Skrętowicz, *Postępowanie nakazowe - zagadnienia wybrane* [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa prof. A. Bulsiewicza*, pod. red. A. Marka, Toruń 2004, s. 350-351; podobnie A. Pawłowska, *Wyrok nakazowy w znolizowanym k.p.k. - uwagi wybrane*, *Studia Iuridica Lublinensia* 2004, nr 4, s. 32. Nie negując twierdzeń tychże autorów, iż przekształcenie nie oznacza bynajmniej wyłącznie zmiany nazwy, wskazać należy, iż nadal jest on propozycją, do której oskarżony może się przychylić bądź też nie, zaskarżając go sprzeciwem.

²⁷ A. Pawłowska, *Postępowanie nakazowe w kodeksie postępowania karnego*, *Prokuratura i Prawo* 1999, nr 1, s. 126. W literaturze przyrównano wyrok nakazowy do swoistego porozumienia - oskarżony godząc się z przedstawionym mu w wyroku nakazowym rozstrzygnięciem zawiera z sądem swego rodzaju porozumienie, będące jednakże nie wynikiem negocjacji z sądem czy oskarżycielem, ale akceptacją propozycji sądu. Nie ma tu bowiem miejsca na „targowanie się” co do kary, oskarżony może wyłącznie wyrok nakazowy przyjąć bądź też nie zgodzić się z nim, składając sprzeciw. Zob. M. J. Urbaniak, *Rozpoznawanie spraw pod nieobecność oskarżonego w polskim procesie karnym*, Poznań - Kalisz 2003, s. 126.

powyższy przepis w obecnym brzmieniu pozostaje w sprzeczności z zasadami publicznego ogłaszania wyroków, gdyż zainteresowany nie ma możliwości powzięcia wiadomości, gdzie i kiedy ma prawo zapoznać się z treścią wyroku nakazowego, brak bowiem publicznej informacji o tym, iż w ogóle doszło do jego wydania. Skreślenie § 2 przepisu art. 505 k.pk. nowelizacją z dnia 10 stycznia 2003 r. skutkuje tym, iż wyrok nakazowy może być doręczony stronom w każdym czasie i dopóki to nie nastąpi nie uzyskuje on atrybutu prawomocności. Zmianę tę należy zaaprobować, uzależnia ona uprawomocnienie się wyroku nakazowego od upływu terminu do złożenia sprzeciwu, licząc od doręczenia odpisu wyroku nakazowego wraz z pouczeniem stronom, zgodnie z przepisami rozdziału 15 działu IV k.pk., nie bierze zaś pod uwagę daty wydania tego wyroku. Nowela styczniowa nie wprowadziła zakazu *reformationis in peius* w postępowaniu, toczącym się po wniesieniu sprzeciwu od wyroku nakazowego.

II Funkcjonowanie postępowania nakazowego w świetle danych statystycznych

Ocena funkcjonowania postępowania nakazowego może być dokonana przy uwzględnieniu podstaw dwojakiego rodzaju. Jedną z nich mogą być wyniki rozważań wyłącznie natury prawnej, odnoszące się do poprawności strukturalnej całego postępowania oraz trafności zastosowania przez ustawodawcę konkretnych rozwiązań. Drugą podstawę mogą zaś stanowić wyniki badań praktyki, związane z korzystaniem z tego trybu. W niniejszym opracowaniu w sposób szczególny skupiono się na tej ostatniej z przedstawionych podstaw. Celem znowelizowania procedury karnej ustawą z dnia 10 stycznia 2003 r. było „urealnienie postępowania za sprawą uwolnienia trybu ze zbędnych rygorów”³¹, zatem zredukowanie formalizmu poprzez poczynienie uproszczeń, które przyczynią się do przyśpie-

²⁸ Zob. S. Durczak, *Charakter prawny wyroku nakazowego...* op. cit., s. 38-42.

²⁹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom III., op. citj s. 72.

³⁰ Por. B. Gronowska, M. Jeż - Ludwichowska, K. Noskiewicz, *Postępowanie nakazowe w świetle praktyki*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1991, nr 1, s. 86; J. Biela- siński, *Postępowanie nakazowe według...* op. cit., s. 56.

³¹ Uzasadnienie prezydenckiego projektu ustawy z dnia 20.12.2001 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, s. 49, 51, tekst pochodzi ze stron internetowych Sejmu (<http://www.sejm.gov.pl>), druk sejmowy IV kadencji nr 182, s. 48.

szenia procesu karnego.³² Wpływ wprowadzenia tak doniosłych zmian na liczbę wydawanych przez sądy nakazów karnych oraz wnoszenie sprzeciwów od tych rozstrzygnięć, obrazują poniższe badania przeprowadzone przez autorkę na podstawie danych zgromadzonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości RP.

Przeprowadzone badania dotyczyły okresu od początku roku 2000 do końca roku 2007. Wybór lat nie był przypadkowy, chodziło o objęcie analizą zarówno okresu przed zmianami dokonanymi nowelą styczeniową, jak i okresu po ich wprowadzeniu. Badania miały na celu przedstawienie wpływu wyżej wymienionych zmian na korzystanie z trybu nakazowego zbiorczo przez wszystkie i następnie poszczególne sądy rejonowe w obrębie wybranych sądów okręgowych w Polsce. Jako technikę badawczą wykorzystano analizę danych zgromadzonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości w okresie od początku roku 2000 do końca roku 2007, z uwzględnieniem I półroczy i lat. W wymienionym czasie każdy sąd okręgowy w Polsce, na podstawie danych wszystkich sądów rejonowych w obrębie określonego sądu okręgowego, zarówno po upływie konkretnego I półrocza danego roku, jak i po upływie danego roku wypełniał opracowany w danym czasie przez Ministerstwo Sprawiedliwości formularz dotyczący liczby załatwień spraw z oskarżenia publicznego, jak i prywatnego, a następnie przekazywał go zlecającemu Ministerstwu Sprawiedliwości. Podkreślenia wymaga, iż materiał źródłowy niniejszej pracy stanowią orzeczenia nieprawomocne, bowiem opracowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości formularze zawierają wyłącznie dane dotyczące orzeczeń nieprawomocnych, wyjątkowo w formularzach za rok 2005 i I półrocze 2006 pojawiły się liczby prawomocnych wyroków nakazowych. Zatem, mimo iż w większości przypadków liczba wydanych nieprawomocnych wyroków nakazowych była wskazana wprost w formularzu, za rok 2005 i za I półrocze 2006 należało ją obliczyć, sumując liczbę wniesionych sprzeciwów od wyroków nakazowych i prawomocnych wyroków nakazowych. Ponadto, w formularzach za I półrocze 2004 i rok 2004 wskazano aż trzy liczby dotyczące liczby wyroków nakazowych: pierwsza liczba oraz trzecia to wskazana wprost w formularzu liczba wyroków nakazowych, liczba środkowa to „ewidencja spraw w postępowaniu

³² Uzasadnienie projektu poselskiego ustawy z dnia 1.03.2002 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, s. 16, tekst pochodzi ze stron internetowych Sejmu (<http://www.sejm.gov.pl>), druk sejmowy IV kadencji nr 388, s. 2.

³³ Na dzień 31.05.2008 r. Ministerstwo Sprawiedliwości dysponowało danymi statystycznymi za okres do dnia 31.12.2007 r.

³⁴ Jednocześnie należy mieć na względzie, iż liczba wydanych wyroków nakazowych za rok 2005 i I półrocze 2006, może nieznacznie odbiegać od sumy prawomocnych wyroków nakazowych oraz złożonych sprzeciwów.

nakazowym”, w konsekwencji wszystkie trzy, różniące się znacząco liczbą, oznaczają liczbę wydanych wyroków nakazowych.

Analizą zostały objęte następujące zagadnienia: 1) liczba wydanych łącznie wyroków nakazowych (do 1 lipca 2003r. nakazów karnych) w poszczególnych półroczach i latach w stosunku do łącznych załatwień spraw z oskarżenia publicznego oraz 2) liczba wniesionych sprzeciwów w poszczególnych półroczach i latach wobec wydanych łącznie wyroków nakazowych (do 1 lipca 2003 r. nakazów karnych), przy czym tę drugą kwestię rozpatrywano na dwóch płaszczyznach: 1) ogólnej tj. uwzględniając zbiorcze dane ze wszystkich sądów rejonowych w Polsce oraz 2) cząstkowe tj. biorąc pod uwagę dane zebrane w poszczególnych sądach rejonowych w Polsce w obrębie konkretnego sądu okręgowego w Polsce. Przeprowadzone badania uznać należy za upoważniające do formułowania wniosków natury ogólnej, obejmują one bowiem - wedle danych Ministerstwa Sprawiedliwości - wszystkie załatwienia spraw z oskarżenia publicznego, wszystkie wydane wyroki nakazowe oraz wszystkie wniesione sprzeciwy na terenie całej Polski oraz wszystkie wydane wyroki nakazowe oraz wszystkie wniesione sprzeciwy w poszczególnych sądach rejonowych w Rzeczypospolitej Polskiej w obrębie konkretnego sądu okręgowego w Polsce. Podkreślić należy, iż dane Ministerstwa Sprawiedliwości dotyczą w przypadku lat 2000-2001 wyłącznie spraw karnych, zaś poczynając od I półrocza 2002 oraz w półroczach i latach następnych spraw karnych oraz spraw o wykroczenia. Od sprawozdań za I półrocze 2002 roku i w kolejnych półroczach i latach w statystykach Ministerstwa Sprawiedliwości nie wyodrębnia się kategorii spraw karnych, stąd nie ma możliwości skonfrontowania wyżej wymienionych zagadnień uwzględniając wyłącznie sprawy toczące się na podstawie kodeksu postępowania karnego. Zastosowane w niniejszej pracy sformułowanie „załatwiono łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego” oznacza, iż każda uwzględniona w formularzu sprawa z oskarżenia publicznego została zakończona w ciągu danego okresu sprawozdawczego: merytorycznie lub formalnie, przez przeniesienie do innego urzędu ewidencyjnego, przez połączenie z inną sprawą lub przez przeniesienie do innej jednostki sprawozdawczej. Pod

³⁵ Wiąże się to z likwidacją kolegiów do spraw wykroczeń i przejęciem rozstrzygania spraw wykroczeniowych przez nowo powstałe sądy grodzkie tj. wydziały grodzkie w sądach rejonowych. Zob. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 września 2001 r. w sprawie utworzenia sądów grodzkich (Dz. U. z 2001 r., Nr 106, poz. 1160 ze zm.).

³⁶ Zob. § 471 Zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej (Dz. Urz. MS z 2003 r., Nr5, poz. 22 ze zm.). Powyższe zarządzenie dotyczy formularzy za I półrocza i lata 2004-2007. Odnosnie sprawozdań za I półrocza i lata 2000- -2003, obowiązywało Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 lutego 1988 r.

powyższą pozycją nie zostały ujęte sprawy z oskarżenia prywatnego oraz prowadzone w trybie art. 55 § 1 k.p.k. Zwrot „w tym” oznacza, że nie wymienia się wszystkich składników sumy ogólnej danej informacji. W tablicach sprawozdawczych wykazano ogólną liczbę spraw z danego repertorium lub ogólną liczbę osób osądzonych, a poniżej wymienia się tylko te sprawy lub osądzienia, które są przedmiotem zainteresowania odbiorcy sprawozdania czyli w tym przypadku sprawy rozpoznane w postępowaniu nakazowym. Zwrot „w tym” nie występował samodzielnie, lecz zawsze po określonej danej informacji, w niniejszym wypadku po wskazaniu liczby załatwień łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego, wobec czego liczba po zwrocie „w tym” jest wliczona do liczby ogółem.

Jako pierwszą płaszczyznę wzięto pod uwagę dane zbiorcze tzn. uwzględniające dane ze wszystkich sądów rejonowych w Polsce. W statystykach Ministerstwa Sprawiedliwości prowadzi się ewidencję łącznych załatwień spraw z oskarżenia publicznego, w tym wydanych łącznie wyroków nakazowych (do 1 lipca 2003 r. nakazów karnych) oraz wniesionych od nich sprzeciwów.

Dokonane zestawienie (zob. tabela zbiorcza nr 1), poczynając od I półrocza 2000 do I półrocza 2003, wskazuje, iż przed nowelizacją z dnia 10 stycznia 2003 r., liczba spraw, w których wydano nakaz karny w stosunku do ogólnej liczby załatwień spraw z oskarżenia publicznego systematycznie malała z 7,03% do 2,81%. Spadek ten następował przy wzroście ogólnej liczby załatwień spraw z oskarżenia publicznego oraz jednocześnie nieznacznym spadku liczby wydanych wyroków nakazowych. Najsilniejszy spadek można zaobserwować na przełomie 2002 i 2003 roku (czyli tuż przed wprowadzeniem zmian). Zauważyć należy, o czym wyżej wspomiano, iż poczynając od I półrocza 2002 r. oraz w kolejnych półroczach i latach statystyka dotyczy trybu nakazowego w sprawach karnych oraz wykroczeniach łącznie. Aby zachęcić sądy do częstszego sięgania po tenże tryb, ustawodawca zdecydował się na głębokie zmiany, wprowadzone nowelą stycz-

w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej (Dz. Urz. MS z 1988 r., Nr 2, poz. 6 ze zm.), gdzie jedynie ogólnie wskazywano, iż do obowiązków kierownika sekretariatu należy w szczególności opracowywanie projektów sprawozdań statystycznych z zakresu pracy wydziału (§2 ust. 2 pkt 5 tego zarządzenia), jednakże z opisów znajdujących się na formularzach, przesyłanych w tych okresach do danego sądu wynika, iż rozumienie w/w zwrotu było takie, jak umieszczone następnie w cytowanej tzw. instrukcji sądowej z dnia 12 grudnia 2003 r.

³⁷ § 474 powyższego Zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2003 r. Dotyczy ono sprawozdań za okres od I półrocza 2004 do roku 2007. Natomiast, jak już wyżej wskazano, z opisów znajdujących się na formularzach, za okres od I półrocza 2000 do roku 2003 należy wnosić, iż sformułowania te rozumiano w taki sposób, jak wskazany *expressis verbis* następnie w cytowanej tzw. instrukcji sądowej z dnia 12 grudnia 2003 r.

niową, która weszła w życie od dnia 1 lipca 2003 r. Kolejne zestawienia (zob. tabele zbiorcze nr 2 i 3), a także dane za rok 2003 w tabeli zbiorczej nr 1 pozwalają dostrzec znaczący wzrost liczby wydawanych wyroków nakazowych w stosunku do ogólnej liczby załatwień w sprawach z oskarżenia publicznego w porównaniu z danymi za okresy od I półrocza 2000 do I półrocza 2003. Wpływ wprowadzonej nowelizacji obrazuje liczba wydanych nakazów karnych w roku 2003 w porównaniu do I półrocza 2003 r. I tak, w I półroczu 2003 r. wydano 6535 nakazów karnych, a w całym roku 2003 aż 58530 wyroków nakazowych i nakazów karnych, co stanowi 796% wzrost łącznej liczby wyroków nakazowych i nakazów karnych. Porównując natomiast liczbę spraw, w których wydano nakaz karny w stosunku do ogólnej liczby załatwień spraw z oskarżenia publicznego w roku 2002, czyli w okresie sprzed nowelizacji z dnia 10 stycznia 2003r., oraz w 2003 roku, zauważamy jej zmianę z 4,12% do 11,51%, co świadczy o niezwykle wysokim (179%) wzroście zainteresowania sądów w korzystaniu z tego trybu w badanym okresie. Z kolei, analizując dalej okres od I półrocza 2004 do I półrocza 2007, można dostrzec, iż po roku 2003 sytuacja zaczęła się stabilizować. Potwierdza to liczba spraw, w których wydano wyrok nakazowy w stosunku do ogólnej liczby załatwień spraw z oskarżenia publicznego po wejściu w życie noweli styczniowej, w porównaniu do I półrocza 2003 r. Zauważamy, iż liczba ta kształtowała się na poziomie wyższym odpowiednio: w I półroczu 2005 r. o 6,9 punktów procentowych³⁸, w I półroczu 2006 r. o 6,59 p.p., w I półroczu 2007 o 4,86 p.p. Dane obejmujące I półrocze 2004 i rok 2004 uznać należy za niemiernorodne, gdyż trzy wskazane liczby oznaczają: pierwsza liczba oraz trzecia to wskazana wprost w formularzu liczba wyroków nakazowych, liczba środkowa to „ewidencja spraw w postępowaniu nakazowym”, a w konsekwencji wszystkie trzy, różniące się znacząco liczbą, oznaczają liczbę wydanych wyroków nakazowych. Jednakże każda z tych liczb jest wyższa niż te sprzed nowelizacji z dnia 10 stycznia 2003 r. w odniesieniu do liczby załatwień spraw z oskarżenia publicznego. Zatem, biorąc pod uwagę fakt, iż po wprowadzeniu noweli styczniowej nastąpiło intensywne zainteresowanie się korzystaniem z trybu nakazowego w nowej formule, przez co dane za rok 2003 niezwykle znacząco odbiegają od późniejszych tendencji (co wyżej zaznaczono), ponadto uwzględniając powyższe uwagi dotyczące I półrocza 2004 i roku 2004 należy uznać, iż najbardziej reprezentatywne dane dotyczą I półrocza i roku 2005. W tamtym bowiem czasie, nowe przepisy obowiązywały już odpowiednio rok i półtora roku, „okrzepły” w polskim procesie karnym, zaś nadmierne zainteresowanie opadło. Zauważyć przy tym należy jednocześnie, iż liczba spraw,

³⁸ Zwane dalej w skrócie p.p.

w których wydano wyrok nakazowy w stosunku do ogólnej liczby załatwień spraw z oskarżenia publicznego - mając na uwadze powyższe rozważania - w porównaniu do I półrocza 2005 r. zaczęła spadać poczynając od I półrocza 2006 r. o 0,31 p.p. aż do I półrocza 2007 o 2,04 p.p.³⁹

Z kolei przed nowelą styczniową (zob. tabela zbiorcza nr 1), liczba wniesionych sprzeciwów wobec wydanych łącznie nakazów karnych średnio za I półrocza lat 2000-2003 wyniosła 23% (najwyższą liczbę zanotowano w I półroczu 2001 r. tj. 25,08%). Aktualne pozostają uwagi, iż poczynając od I półrocza 2002 r. i w kolejnych półroczach i latach statystyka obejmuje tryb nakazowy w sprawach karnych i wykroczeniach łącznie, zaś badając stosunek wniesionych sprzeciwów do wydanych łącznie wyroków nakazowych w I półroczu i roku 2004 uwzględniono trzy, różniące się znacząco liczby, każda z nich oznacza liczbę wydanych wyroków nakazowych. Podkreślić należy, iż liczba wniesionych sprzeciwów, wskazywana przez sądy - mimo rozbieżności, co do liczby wydanych wyroków nakazowych w I półroczu 2004 r. i w roku 2004 - była w każdym miejscu formularza taka sama (por. tabela zbiorcza nr 2). Po zmianach dokonanych ustawą z dnia 10 stycznia 2003r. stosunek wyżej wymienionych liczb - uwzględniając uwagi dotyczące I półrocza i roku 2004 - w przypadku każdego półrocza lat 2005-2007 przekraczał 25,08 % czyli najwyższą liczbę sprzed noweli i średnio kształtował się na poziomie 31%. Zatem wielkość ta podniosła się w porównaniu do okresu za I półrocza lat 2000-2003 średnio aż o 8 pp. Powyższe rozważania uprawniają do wniosku, iż nastąpił trwały wzrost liczby wniesionych sprzeciwów w stosunku do liczby wydanych wyroków nakazowych (do 1.07.2003r. nakazów karnych). Wzrost ten był najbardziej znaczący - nie uwzględniając danych za I półrocze 2004 r. i za rok 2004, gdyż jak wyżej wskazano są niemiarodajne - w I półroczu 2007r., gdzie badana wielkość wyniosła 32,21%.

³⁹ Na spadek spraw, rozpoznawanych w postępowaniu nakazowym w I półroczu 2007 r. i roku 2007 miało wpływ wprowadzenie kolejnego postępowania szczególnego do k.p.k. - trybu przyspieszonego ustawą z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2006 r., Nr 226, poz. 1648). Ustawa ta obowiązuje od dnia 12.03.2007 r. Zakresy postępowania przyspieszonego oraz trybu nakazowego mogą się pokrywać np. w przypadku orzekania w sprawach o przestępstwa z art. 178 a §1 i 2 k.k.

⁴⁰ W literaturze niemieckiej wskazuje się, iż sprzeciw od nakazu karnego w Niemczech zostaje złożony przez oskarżonego w około jednej trzeciej spraw. Dane za G. Fezer, zob. G. Fezer, *Strafprozessrecht*, München 1995, s. 117.

Tabela zbiorcza nr 1:

Zestawienie ogólnej liczby załatwionych spraw z oskarżenia publicznego, liczby wyroków nakazowych (do 1.07.03 r. nakazów karnych) wydanych przez poszczególne sądy rejonowe w obrębie wszystkich sądów okręgowych w Polsce od I półrocza 2000 r. do roku 2003 r. i wniesionych od nich sprzeciwów.

Lp.		2000		2001		2002		2003	
		I półrocze	rok	I półrocze	rok	I półrocze	rok	I półrocze	rok
1.	Załatwiono łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego	136514	278977	166768	381835	205467	432424	232247	508721
2.	W tym wydano łącznie wyroków nakazowych (nakazów karnych do 1.07.03 r.)	9597	18860	8883	18052	8892	17795	6535	58530
3.	Liczba spraw, w których wydano wyrok nakazowy (nakaz karny do 1.07.03 r.) w stosunku do liczby załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego w procentach	7,03%	6,76%	5,33%	4,73%	4,33%	4,12%	2,81%	11,51%
4.	Wniesiono łącznie sprzeciwy od wyroków nakazowych (nakazów karnych do 1.07.03 r.)	2016	4647	2228	4349	2186	4277	1393	13057
5.	Liczba spraw, w których wniesiono łącznie sprzeciwy od wyroków nakazowych (nakazów karnych do 1.07.03 r.) do liczby wydanych wyroków nakazowych (nakazów karnych do 1.07.03 r.) w procentach	21,01%	24,64%	25,08%	24,09%	24,58%	24,04%	21,32%	22,31%

Tabela zbiorcza nr 2:

Zestawienie ogólnej liczby załatwionych spraw z oskarżenia publicznego, liczby wyroków nakazowych (do 1.07.03 r. nakazów karnych) wydanych przez poszczególne sądy rejonowe w obrębie wszystkich sądów okręgowych w Polsce od I półrocza 2004 r. do roku 2006r. i wniesionych od nich sprzeciwów.

Lp.		2004						2005		2006	
		I półrocze			rok			I półrocze	1	I półrocze	2
1.	Załatwiono łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego	269857			544607			270671	569432	254286	516092
2.	W tym wydano łącznie wyroków nakazowych (nakazów karnych do 1.07.03 r.)	23760 ¹⁾	40052 ²⁾	42721 ³⁾	53481 ¹⁾	78667 ²⁾	82246 ³⁾	26279	65564 ⁴⁾	23877 ⁴⁾	48890
3.	Liczba spraw, w których wydano wyrok nakazowy (nakaz karny do 1.07.03 r.) w stosunku do liczby załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego w procentach	8,80%	14,84%	15,83%	9,82%	14,45%	15,10%	9,71%	11,51%	9,40%	9,47%
4.	Wniesiono łącznie sprzeciwy od wyroków nakazowych (nakazów karnych do 1.07.03 r.)	11033			21338			8285	17073	6729	14932
5.	Liczba spraw, w których wniesiono łącznie sprzeciwy od wyroków nakazowych (nakazów karnych do 1.07.03 r.) do liczby wydanych wyroków nakazowych (nakazów karnych do 1.07.03 r.) w procentach	46,44%	27,55%	25,83%	39,90%	27,12%	25,95%	31,53%	26,04%	28,18%	30,54%

Legenda do tabeli zbiorczej nr 2:

¹⁾ liczba wyroków nakazowych - Dział 1. la formularza Ministerstwa Sprawiedliwości.

²⁾ liczba wyroków nakazowych - Dział 1.2 formularza Ministerstwa Sprawiedliwości.

³⁾ liczba załatwień w postępowaniu nakazowym - Dział 1. lc formularza Ministerstwa Sprawiedliwości.

⁴⁾ liczba powstała po dodaniu liczby wniesionych sprzeciwów od wyroków nakazowych oraz liczby wydanych prawomocnych wyroków nakazowych - Dział 1.1. c e) formularza Ministerstwa Sprawiedliwości.

Tabela zbiorcza nr 3:

Zestawienie ogólnej liczby załatwionych spraw z oskarżenia publicznego, liczby wyroków nakazowych (do 1.07.03 r. nakazów karnych) wydanych przez poszczególne sądy rejonowe w obrębie wszystkich sądów okręgowych w Polsce od I półrocza 2007 r. do roku 2007 r. i wniesionych od nich sprzeciwów.

Lp.		2007	
		I półrocze	rok
1.	Załatwiono łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego	270443	514895
2.	W tym wydano łącznie wyroków nakazowych (nakazów karnych do 1.07.03 r.)	20729	37885
3.	Liczba spraw, w których wydano wyrok nakazowy (nakaz karny do 1.07.03 r.) w stosunku do liczby załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego w procentach	7,67%	7,36%
4.	Wniesiono łącznie sprzeciwy od wyroków nakazowych (nakazów karnych do 1.07.03 r.)	6677	11737
5.	Liczba spraw, w których wniesiono łącznie sprzeciwy od wyroków nakazowych (nakazów karnych do 1.07.03 r.) do liczby wydanych wyroków nakazowych (nakazów karnych do 1.07.03 r.) w procentach	32,21%	30,98%

Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości zawierają również dane dotyczące wydanych wyroków nakazowych (do 1 lipca 2003 r. nakazów karnych) oraz wniesionych od nich sprzeciwów w poszczególnych sądach rejonowych w Polsce w obrębie konkretnego sądu okręgowego w Polsce. Jak wyżej wskazano, poczynając od I półrocza 2002 r. oraz w kolejnych półroczach i latach statystyka dotyczy trybu nakazowego w sprawach karnych oraz wykroczeniach łącznie, wcześniej obejmowała wyłącznie sprawy karne. Wskazać trzeba, iż w niektórych przypadkach w archiwum Ministerstwa Sprawiedliwości nie odnaleziono całego formularza danego sądu za konkretny okres lub też jego części, obejmującej omawiane dane, czasami określone pozycje formularza pozostawiono niewypełnione, nie podając, czy danymi tymi ten sąd nie dysponuje czy dana wielkość wynosi zero.

⁴¹ Ponadto w niektórych przypadkach brakowało danych, co było spowodowane zaprzestaniem istnienia danego okręgu, czy też powstaniem danego okręgu w późniejszym czasie, przykładowo rozporządzeniami Ministra Sprawiedliwości, jednym z dnia 17 grudnia 2003 r. (Dz. U. z 2003 r., Nr 220, poz. 2186) utworzono Sąd Okręgowy w Koninie, zaś kolejnym z dnia 29 kwietnia 2004 r. (Dz. U. z 2004 r., Nr 127, poz. 1326) utworzono Sąd Okręgowy w Sieradzu, a także zanotowaniem znaku w formularzu przez dany sąd, bez określenia, czy należy wnioskować, iż dane te oznaczają zero czy też brak danych.

Materiał źródłowy również w tej płaszczyźnie stanowią orzeczenia nieprawomocne, gdyż opracowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości sprawozdania zawierają wyłącznie dane dotyczące orzeczeń nieprawomocnych, wyjątkowo w formularzach za rok 2005 i I półrocze 2006 pojawiły się liczby prawomocnych wyroków nakazowych.

Z zebranych zestawień liczb łącznych załatwień w sprawach z oskarżenia publicznego oraz liczb wydanych łącznie nakazów karnych wydanych przez poszczególne sądy rejonowe w obrębie konkretnych sądów okręgowych w Polsce w okresie od I półrocza 2000 r. aż do I półrocza 2003 r. można wywnioskować, iż przed nowelizacją z dnia 10 stycznia 2003 r., liczba spraw, w których wydano nakaz karny, w większości okręgów malała. Stosunek liczby spraw, w których wydano nakaz karny w stosunku do liczby załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego w procentach, przykładowo w okręgu jeleniogórskim, w porównaniu do I półrocza 2000r., spadał odpowiednio: w I półroczu 2001 r. o 7,89 p.p., w I półroczu 2002 r. o 9,83 p.p., w I półroczu 2003 r. o 16,23 p.p. Z kolei ta sama wielkość w okręgu jeleniogórskim, w porównaniu do roku 2000 r., spadała odpowiednio: w roku 2001 o 5,75 p.p., w roku 2002 o 7,96 p.p. Stosunek liczby spraw, w których wydano nakaz karny w stosunku do liczby załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego w procentach, w okręgu radomskim, w porównaniu do I półrocza 2000 r., spadał odpowiednio: w I półroczu 2001 r. o 2,56 p.p., w I półroczu 2002 r. o 6,54 p.p., w I półroczu 2003 r. o 8,02 p.p. Z kolei ta sama wielkość w okręgu radomskim, w porównaniu do roku 2000r., spadała odpowiednio: w roku 2001 o 2,44 p.p., w roku 2002 o 5,53 p.p. Przedstawione powyżej dwa przykłady okręgów odzwierciedlają ogólną tendencję zaprezentowaną przy badaniu zestawienia poszczególnych sądów rejonowych w obrębie wszystkich sądów okręgowych w Polsce.

Interesujące przypadki stanowią okręgi: krakowski i warszawski. W pierwszym z nich, badany stosunek liczby spraw, w których wydano nakaz karny

⁴² Zatem, za rok 2005 i za I półrocze 2006 liczby wydanych wyroków nakazowych, w poszczególnych okręgach, należało obliczyć sumując liczbę wniesionych sprzeciwów od wyroków nakazowych oraz liczbę wydanych prawomocnych wyroków nakazowych. Formularze w tych okresach nie wskazywały bowiem wprost liczb wydanych wyroków nakazowych, o czym była już mowa wcześniej.

⁴³ W tym okręgu zatem, stosunek liczby spraw, w których wydano nakaz karny w stosunku do liczby załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego w I półroczu 2003 r. w porównaniu do I półrocza 2000 r. spadł o 78%.

⁴⁴ W okręgu radomskim w rezultacie zanotowano, iż stosunek liczby spraw, w których wydano nakaz karny w stosunku do liczby załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego w I półroczu 2003 r. w porównaniu do I półrocza 2000 r. zmniejszył się o 56%.

w stosunku do liczby załatwionych, łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego, w procentach, w I półroczu 2000 r. i roku 2000 kształtował się na poziomie 0,03% (w I półroczu 2000 r. wydano 1 nakaz karny, zaś w roku 2000 - 2 nakazy), w I półroczu 2001 r. stanowił 0,15% (wydano 6 nakazów karnych), za rok 2001 zaś 0,65% (wydano 76 nakazów karnych), w I półroczu 2002 r. wynosił 0,99% (wydano 77 nakazów karnych), za rok 2002 stanowił 1,14 % (wydano 177 nakazów karnych), w I półroczu 2003 r. jedynie 0,09% (wydano 7 nakazów karnych). Zatem, stosunek liczby spraw, w których wydano nakaz karny do liczby załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego w procentach od I półrocza

2000 r. do roku 2002 rósł, w I półroczu 2003 r. znowu zmalał. Natomiast liczba załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego stale rosła w odniesieniu do danych za I półrocze i rok 2000. W badanym okręgu krakowskim wielkość ta w procentach, w porównaniu do I półrocza 2000 wzrosła odpowiednio: za I półrocze 2001r. o 16%, za I półrocze 2002 r. o 122%, za I półrocze 2003 r. o 130%, zaś w porównaniu do roku 2000, odpowiednio zwiększyła się: za rok

2001 o 73%, za rok 2002 o 128%.⁴⁵ W rezultacie, mimo wzrostu liczby spraw, w których wydano nakaz karny w stosunku do liczby załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego od I półrocza 2000 r. do roku 2002, uznać należy, że od I półrocza 2000 r. do I półrocza 2003 r. - biorąc pod uwagę liczbę załatwień w tych okresach łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego - w okręgu krakowskim w wymienionym okresie tryb nakazowy był wykorzystywany jedynie w niewielkim zakresie.

Natomiast w okręgu warszawskim stosunek liczby spraw, w których wydano nakaz karny w stosunku do liczby załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego w procentach, w porównaniu do I półrocza 2000 r., spadał odpowiednio: w I półroczu 2001 r. o 1,78 p.p., w I półroczu 2002 r. o 1,49 p.p., w I półroczu 2003 r. o 3,05 p.p. Z kolei ta sama wielkość w tym okręgu, w porównaniu do roku 2000 r., zmalała odpowiednio w roku 2001 o 0,16 p.p., by niewiele wzrosnąć w roku 2002 o 0,14 p.p. Zauważyć jednak należy, iż mimo zwiększenia się badanej liczby w 2002 r. w porównaniu do roku 2000 r., to - uwzględniając

⁴⁵ Liczba załatwień łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego w okręgu krakowskim kształtowała się następująco za I półrocza: roku 2000 - 3497, roku 2001 - 4059, roku 2002 - 7764, roku 2003 r. - 8053, natomiast w latach wynosiła: za rok 2000 - 6795, za rok 2001 - 11725, za rok 2002 - 15469.

⁴⁶ W formularzach za I półrocza 2000-2004 oraz za lata 2000-2004 występował tylko okręg warszawski, począwszy od I półrocza 2005 i w następnych półroczach i latach, wraz z podziałem okręgu warszawskiego na warszawski i warszawsko-praski, w sprawozdaniach pojawiają się oba okręgi. W badaniach, po wyodrębnieniu okręgu warszawsko-praskiego, uwzględniono wyniki wskazane w obu wymienionych okręgach.

liczbę załatwień w tych okresach łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego⁴⁷ - w okręgu warszawskim w okresie od I półrocza 2000 r. do I półrocza 2003 r. z postępowania nakazowego korzystano tylko w ograniczonym zakresie.

Z kolei z zestawień liczb łącznych załatwień w sprawach z oskarżenia publicznego oraz liczb wydanych łącznie wyroków nakazowych (do 1.07.2003 r. nakazów karnych) wydanych przez poszczególne sądy rejonowe w obrębie konkretnych sądów okręgowych w Polsce w okresie od roku 2003 aż do roku 2007, uwzględniając półrocza, wynika, iż stosunek liczby spraw, w których wydano wyroki nakazowe (do 1.07.2003 r. nakazy karne) do liczby załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego znacząco wzrósł w odniesieniu do danych z poprzednich I półroczy i lat. Tytułem przykładu, w badanych okręgach krakowskim i warszawskim, wielkość ta w procentach, w porównaniu do roku 2003 r., odpowiednio wzrosła: w roku 2004 r. o 13,80 p.p. (13,31 p.p. lub 12,57 p.p.) i 11,86 p.p. (pozostałe liczby wynoszą także 11,86 p.p.), w roku 2005 o 10,00 p.p. i 7,05 p.p., w roku 2006 o 7,15 p.p. i 15,06 p.p., w roku 2007 o 3,36 p.p. i 12,27 p.p. Z kolei w okręgu radomskim, badany stosunek również rósł, chociaż już nie tak znacząco jak w przypadku powyższych okręgów: w roku 2004 r. o 0,81 p.p. (8,53 p.p. lub 11,72 p.p.), w roku 2005 o 4,37 p.p., w roku 2006 o 0,25 p.p., w roku 2007 o 1,81 p.p.

Zauważyć przy tym należy, iż w przypadku powyższych okręgów - nie uwzględniając danych za I półrocze 2004 r. i za rok 2004, gdyż jak wyżej wskazano są niemiarodajne - do roku 2005 badany stosunek rósł, w roku 2006 zmalał w okręgu krakowskim i radomskim, a wzrósł w warszawskim (w porównaniu do roku poprzedniego), w roku 2007 się zmniejszył w krakowskim i warszawskim, zaś w radomskim wzrósł (w porównaniu do 2006 r.). Z kolei, porównując stosunek liczby spraw, w których wydano wyrok nakazowy (do 1.07.2003 r. nakaz karny) do liczby załatwionych łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego w okręgu krakowskim za okres I półrocza 2007 r. i za okres I półrocza 2003 r. należy uznać, iż nastąpił wzrost aż 109 razy, zaś porównując tę wielkość za okres I półrocza 2007 r. i za okres I półrocza 2000 r. stwierdzić trzeba, iż zwiększyła się ona aż 331 razy. Natomiast w okręgu warszawskim, porównując powyższy stosunek liczb, za okres I półrocza 2007 r. i za okres I półrocza 2003 r. należy uznać, iż wzrósł on 47 razy, zaś porównując tę wielkość za okres I półrocza 2007 r. i za okres I półrocza 2000 r. stwierdzić trzeba, iż zwiększyła się ona 6 razy.

⁴⁷ Liczba załatwień łącznie w sprawach z oskarżenia publicznego w okręgu warszawskim wynosiła za I półrocza: roku 2000 - 8 458, roku 2001 - 9 335, roku 2002 - 12 076, roku 2003 - 17 475. Z kolei w latach kształtowała się następująco: za rok 2000 - 27 971, za rok 2001 - 20 399, za rok 2002 - 25 557.

Podkreślenia wymaga, iż z powodu nieprecyzyjnego sformułowania formularzy za I półrocze i rok 2004, występują trzy różne liczby, z których każda oznacza ilość wydanych wyroków nakazowych. Dane za ten okres należy uznać za niemiarodajne, o czym świadczy fakt, iż gdyby uwzględniać stosunek liczby spraw, w których złożono sprzeciwy do liczby spraw, w których wydano wyroki nakazowe, to np. w okręgu katowickim w I półroczu 2004 otrzymamy 148,84%, za rok 2004 zaś 116,31%, w okręgu częstochowskim w I półroczu 2004 zanotujemy 112,30%, za rok 2004 zaś 142,26%. Zatem w powyższych przypadkach liczba wydanych wyroków nakazowych byłaby - według tych formularzy - niższa niż liczba złożonych od nich sprzeciwów.

Odnosnie liczby wnoszonych sprzeciwów, przed nowelizacją z dnia 10 stycznia 2003 r., średni stosunek liczby spraw, w których wniesiono łącznie sprzeciwy od nakazów karnych do liczby wydanych nakazów karnych, w większości okręgów był niższy niż po wejściu w życie tej noweli. Przykładowo, stosunek liczby wniesionych sprzeciwów wobec wydanych łącznie nakazów karnych średnio za I półrocza lat 2000-2003 w okręgu warszawskim wyniósł 16,14% (zaś najwyższą liczbę zanotowano w I półroczu 2001r. tj. 22,84%), natomiast ta wielkość za I półrocza lat 2005-2007 - nie biorąc pod uwagę danych za I półrocze 2004 r. i za rok 2004, gdyż jak wyżej wskazano są niemiarodajne - w badanym okręgu kształtowała się średnio na poziomie 24,49% (najwyższa liczba wystąpiła w I półroczu 2007 r. tj. 30,70%). Z kolei w okręgu gdańskim, stosunek liczby wniesionych sprzeciwów w odniesieniu do wydanych łącznie nakazów karnych średnio za I półrocza lat 2000-2003 wyniósł 17,63% (a najwyższą liczbę zanotowano w I półroczu 2000 r. tj. 25,90%), zaś ta wielkość za I półrocza lat 2005-2007 - nie uwzględniając danych za I półrocze 2004 r. i za rok 2004, gdyż jak wyżej wskazano są niemiarodajne - w badanym okręgu kształtowała się średnio na poziomie 25,99% (najwyższa liczba wystąpiła w I półroczu 2007 r. tj. 32,21%). Zatem badany stosunek w powyższych okręgach wzrósł w porównaniu do okresu za I półrocza lat 2000-2003 średnio aż o 8,36 p.p. w przypadku okręgu warszawskiego i 8,35 p.p. w wypadku okręgu gdańskiego.

Nadto, zauważyć należy, iż od I półrocza 2000 do I półrocza 2003 jedynie sporadycznie stosunek liczby złożonych sprzeciwów do liczby wydanych nakazów

⁴⁸ Jak już wyżej wskazywano, w formularzach za I półrocza 2000-2004 oraz za lata 2000-2004 występował tylko okręg warszawski, począwszy od I półrocza 2005 i w następnych półroczach i latach, wraz z podziałem okręgu warszawskiego na warszawski i warszawsko-praski, w sprawozdaniach pojawiają się oba okręgi. Stąd też, w badaniach - po wyodrębnieniu się okręgu warszawsko-praskiego - uwzględniono wyniki wskazane w obu wymienionych okręgach.

karnych w poszczególnych okręgach wynosił powyżej 50%⁴⁹, od roku 2003 oraz w kolejnych półroczach i latach częściej ten procent przekraczano.

Reasumując, nie ulega wątpliwości, iż liczba złożonych sprzeciwów w stosunku do liczby wydawanych wyroków nakazowych w badanym okresie wykazywała tendencje wzrostowe.

III Podsumowanie

Usprawnienie procesu karnego winno mieć na względzie właściwe wyważenie proporcji między skutecznością ścigania karnego a zabezpieczeniem praw uczestników postępowania. Postępowanie nakazowe po nowelizacji z dnia 10 stycznia 2003r. zasadniczo spełnia ten wymóg. Przede wszystkim oskarżonemu przysługuje sprzeciw od wyroku nakazowego, skutkujący rozpoznaniem sprawy na rozprawie, na zasadach ogólnych, nadto sąd wyrokując nie ma prawa wymierzyć takiego rodzaju czy wymiaru kary, który nie jest dopuszczalny w tym postępowaniu, wreszcie zakres przedmiotowy i podmiotowy tego trybu jest ograniczony w taki sposób, iż nie ma możliwości stosowania go na szeroką skalę. Dodatnią cechą polskiego postępowania nakazowego stanowi również fakt, iż stosowanie tego trybu nie jest uzależnione od inicjatywy oskarżyciela, zaś sądu nie wiąże także jego ewentualna propozycja co do wysokości i rodzaju sankcji karnych. Jednakże, polski ustawodawca, stwarzając możliwość rozpoznawania merytorycznego sprawy poza rozprawą, powinien zapewnić, aby procedowanie przez sąd na posiedzeniu i wydanie wyroku merytorycznego nie narażało ani konstytucyjnych praw oskarżonego ani standardów międzynarodowych. Po przeprowadzeniu poważniejszych nowelizacji obszerniejszych aktów prawnych, po okresie ich praktycznej weryfikacji, można ocenić ich rzeczywistą wartość i funkcjonalność poszczególnych rozwiązań. Zaprezentowane powyżej wyniki badań, związane z korzystaniem z trybu nakazowego wskazują, iż wprowadzone nowelą styczniową zmiany niewątpliwie spowodowały częstsze podejmowanie decyzji o wyborze tego

⁴⁹ Taka sytuacja wystąpiła: w I półroczu 2000 w okręgu tarnowskim (83,33%), w roku 2000 w okręgu wrocławskim (53,00%), w I półroczu 2001 w okręgu w okręgu ostrołęckim (51,28%), w I półroczu 2003 w okręgu gliwickim (58,57%) i nowosądeckim (51,40%).

⁵⁰ Miało to miejsce: w I półroczu 2005 r. w 5 okręgach, w I półroczu 2006 r. również w 5 okręgach, w roku 2006, I półroczu 2007 w 4 okręgach, w roku 2007 w 3 okręgach. W roku 2005 wskazanych przekroczeń nie zanotowano.

⁵¹ Por. J. Tylman, *Nowy kodeks postępowania karnego w świetle pierwszych jego ocen*, Państwo i Prawo 1998, nr 9-10, s. 135.

trybu przez sądy, a ponadto zaowocowały szybszym orzekaniem w konkretnej sprawie, co wpłynęło na sprawniejsze wyrokowanie w sprawach skomplikowanych pod względem merytorycznym i przez to bardziej pracochłonnych.

Autorka jest doktorem nauk prawnych, sędzią Sądu Rejonowego w Bydgoszczy.

THE WORKINGS OF THE PROCEDURE FOR PENAL ORDER VERDICTS IN POLISH CRIMINAL PROCEDURE FROM PRACTICAL SIDE

In many countries the modern criminal law proceedings provide a main procedure and a number of special procedures. Those special types of procedure differ in their course from the main procedure in the particular criminal proceeding. One of them is the procedure for penal order verdicts.

The article discusses the workings of the procedure for penal order verdicts from practical side. But first the author presents the regulations in the *“Code of Penal Procedure” from 1997*, referring to this procedure. The legislator assumed the possibility of the participation of the defendant and his attorney-at-law in the court session, although the public prosecutor was obliged to take part in the session. The decision given by the court at first instance was a penal order, i.e. not a verdict. A penal order might impose punishment in the form of limited imprisonment or fine, according to Article 502 of the *“Code of Penal Procedure” from 1997*, and only the following subset of legal consequences of the offense, either on their own or in a combination: compensation and forfeiture of goods. The pronouncement of the penal order was made in public to both parties and the audience. The author brings the attention to the fact that, the penal order must have contained the reason for the decision in writing. The article presents proposals *de lege lata* and the need for changes *de lege ferenda* in the procedure. After the major, fundamental amendment of the *“Code of Penal Procedure” from 1997*,

which took place on 1st of July 2003, the parties and the audience may not participate in the procedure for penal order verdicts court session. The session is “closed”

⁵² S. Waltoś, *Założenia konstrukcyjne...* op. cit., s. 1095-1096.

for any entitled persons. The decision given by the court at first instance is not a penal order but a penal order verdict, which shall be communicated to the public prosecutor, defendant and his representative by the way of delivering its certified copy. The content of a penal order verdict issued during a court session is made available to the public by the way of depositing a certified copy of such order for seven days in the court's secretariat, an action to be mentioned in the minutes of the court session. This institution gives rise to the controversy because the promulgation is not really public. A judge may impose punishment in the form of fine or limited imprisonment and any legal consequences of the offense, which the "*Code of Penal Procedure*" from 1997 assumes, either on their own or in combination. The verdict may not contain the reason for the decision. The author suggests that these changes were intended by legislator to accelerate the procedure for penal order verdicts.

In the second part the article presents the results of author's researches connected with using this procedure in practice. Information gathered in the Ministry of Justice from year 2000 to 2007 connected with penal orders or penal order verdicts has been analyzed. Special attention was paid to the amount of penal orders and penal order verdicts issued before and after the major, fundamental amendment of the "*Code of Penal Procedure*" from 1997, which took place on 1st of July 2003. The analysis of results of researches permits to conclude that the courts of first instance use this procedure more often after the amendment. It is a significant conclusion because cases in this procedure can be finished faster, therefore courts using this procedure can sentence in more cases than earlier.