

P-295

**POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH**

PL ISSN 0039-3312

Studia

PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Podstawowe problemy reformy prawa służby cywilnej
- Modele regulacji ludowej inicjatywy ustawodawczej
- Interpretacja i znaczenie art. 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych
- O pojęciu granic wolności sumienia i wyznania
- Zasady ogólne prawa w statutach międzynarodowych trybunałów oraz w prawie wspólnotowym
- Opodatkowanie działalności rolniczej podatkiem od towarów i usług
- Ochrona sądowa zatrzymanych w Guantanamo

**1(171)
2007**

**WARSZAWA 2007
WYDAWNICTWO NAUKOWE SCHOLAR**

**POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH**

STUDIA PRAWNICZE

**Zeszyt
1(171) 2007**



**WYDAWNICTWO NAUKOWE SCHOLAR
Warszawa 2007**

KOMITET REDAKCYJNY

ANDRZEJ BIERĆ, MAŁGORZATA BOGOMILSKA-KRÓL, JANUSZ BORKOWSKI,
JERZY CIEMNIEWSKI, LECH GARDOCKI, WŁADYSŁAW CZAPLIŃSKI, EWA ŁĘTOWSKA,
MARIA KRUK-JAROSZ, MARIA MATEY-TYROWICZ, JOANNA MUCHA, JAN SKUPIŃSKI,
TADEUSZ SMYCZYŃSKI, ANDRZEJ SZAJKOWSKI, ELŻBIETA TOMKIEWICZ,
ROMAN WIERUSZEWSKI, ANDRZEJ WRÓBEL, MACIEJ ZIELIŃSKI

Redakcja:

ANDRZEJ BIERĆ	redaktor naczelny
TADEUSZ SMYCZYŃSKI	zastępca redaktora naczelnego
JOANNA MUCHA	sekretarz Redakcji

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 022 826 · 52 · 31 w. 181
fax 022 826 · 78 · 53
e-mail: inp@inp.pan.pl

Publikacja dofinansowana ze środków
Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Redakcja i korekta: Iwonna Olszewska-Głowińska
Wydawnictwo Naukowe Scholar, ul. Krakowskie Przedmieście 62, 00-322 Warszawa
tel./fax 022 828 · 95 · 63, 022 828 · 93 · 91, 022 826 · 59 · 21
e-mail: info@scholar.com.pl, scholar@neostrada.pl, www.scholar.com.pl
Nakład: 500 egz. + 20 egz.
Druk i oprawa: Paper & Tinta, Warszawa

SPIS TREŚCI

dr Helena Szewczyk

Uniwersytet Śląski, Katowice

<i>Podstawowe problemy reformy prawa służby cywilnej w nowym ustroju społeczno-gospodarczym</i>	5
I. Uwagi wprowadzające	5
II. Odrębny status członków korpusu służby cywilnej	8
III. Zakres podmiotowy ustawy o służbie cywilnej	9
IV. Zatrudnienie na podstawie mianowania	11
V. Ocenianie członków korpusu służby cywilnej.	16
VI. Wynagrodzenie członków korpusu służby cywilnej.	17
VII. Praca w godzinach nadliczbowych	19
VIII. Odpowiedzialność dyscyplinarna	20
IX. Zbiorowe prawo pracy	21
X. Uwagi końcowe	23
<i>Basic problems related to Civil Service Law reforms in new social and economic system.</i>	23

dr Sabina Grabowska

Uniwersytet Rzeszowski, Rzeszów

<i>Modele regulacji ludowej inicjatywy ustawodawczej</i>	25
I. Podmioty uprawnione do wystąpienia z ludową inicjatywą ustawodawczą.	26
II. Zakres przedmiotowy ludowej inicjatywy ustawodawczej	30
III. Wniosek o dopuszczenie ludowej inicjatywy ustawodawczej, ludowy projekt ustawy	31
IV. Organ zobowiązany do wszczęcia procedury związanej z ludową inicjatywą ustawodawczą	35
V. Akcja zbierania podpisów pod ludowym wnioskiem w sprawie uchwalenia ustawy	36
VI. Skargi związane z ludową inicjatywą ustawodawczą	39
VII. Ludowy projekt ustawy jako przedmiot postępowania ustawodawczego	40
VIII. Finansowanie ludowej inicjatywy ustawodawczej	43
IX. Podsumowanie.	44
<i>Models of legal regulations of popular legislative initiative</i>	50

mgr Tadeusz Białek

Istytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Warszawa

<i>Interpretacja i znaczenie art. 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.</i>	51
I. Zasada niedyskryminacji	51
II. Istota i treść art. 27 paktu	52
III. Interpretacja art. 27 paktu w orzecznictwie Komitetu Praw Człowieka.	56
<i>Interpretation and meaning of Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights</i>	64

mgr **Wojciech Brzozowski**

Uniwersytet Warszawski, Warszawa

<i>O pojęciu granic wolności sumienia i wyznania</i>	67
I. Wprowadzenie	67
II. Wolność sumienia i wyznania w państwie demokratycznym	68
III. Granice i ograniczenia	70
IV. Wolność religijna czy wolność przekonań?	71
V. Państwo wobec nowych ruchów religijnych.	74
VI. O tzw. prawie do milczenia	76
VII. Granice prawne i faktyczne	77
VIII. Zakończenie	79
<i>About the notion of the limits of the freedom of conscience and religion</i>	79

mgr **Jakub Michał Pawłowski**

Szczecin

<i>Zasady ogólne prawa w statutach międzynarodowych trybunałów oraz w prawie wspólnotowym. Szkic na marginesie art. 21 Statutu Rzymskiego Międzynarodowego Trybunału Karnego</i>	81
I. Zagadnienia wstępne.	81
II. Zakres pojęciowy nazw: „zasada prawa międzynarodowego”, „zasada ogólna prawa”, „zasada ogólna prawa międzynarodowego”	83
III. Zasady ogólne prawa w myśl art. 21 ust. 1 lit. c, a zasady prawa międzynarodowego, zasady ogólne prawa międzynarodowego, zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane.	99
IV. Specyfika zasad ogólnych prawa wspólnotowego.	106
V. Podsumowanie.	113
<i>General principles of law in statutes of international courts and European Community Law. Some remarks upon Article 21 of Rome Statute of the International Criminal Court.</i>	113

dr **Beata Jeżyńska**

Uniwersytet im. Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin

<i>Opodatkowanie działalności rolniczej podatkiem od towarów i usług</i>	115
I. Opodatkowanie działalności rolniczej w przepisach VI dyrektywy.	115
II. Opodatkowanie działalności rolniczej podatkiem od towarów i usług w Polsce	124
<i>Taxation of agricultur activity Value Added Tax</i>	143

dr **Agnieszka Szpak**

Uniwersytet im. Mikołaja Kopernika, Toruń

<i>Ochrona sądowa zatrzymanych w Guantanamo oraz obywateli amerykańskich zatrzymanych na terytorium USA – analiza orzecznictwa sądów amerykańskich</i>	145
I. Sprawy dotyczące cudzoziemców zatrzymanych w Guantanamo	147
II. Sprawy dotyczące obywateli amerykańskich	153
III. Orzeczenia Sądu Najwyższego (2004)	162
IV. Sprawy rozstrzygnięte po wydaniu orzeczeń Sądu Najwyższego.	168
<i>Judicial Protection of the Guantanamo Detainees and American Nationals Held on the U.S. Territory – Analysis of the Judgments of the American Courts</i>	173
Spis treści zeszytów 1–4/2006	175

HELENA SZEWCZYK

PODSTAWOWE PROBLEMY REFORMY PRAWA
SŁUŻBY CYWILNEJ W NOWYM USTROJU
SPOŁECZNO-GOSPODARCZYM

I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Zgodnie z tradycyjną koncepcją prawa urzędniczego praca w aparacie publicznym była służbą publiczną pełnioną przez jednostkę, której osobiste interesy podporządkowano naczelnym interesom państwa. Między państwem a urzędnikami istniały stosunki o charakterze administracyjnoprawnym, oparte na hierarchii służbowej, której towarzyszyła daleko posunięta dyspozycyjność urzędnika piastującego swój urząd na podstawie mianowania. W zamian za wierną służbę i posłuszeństwo urzędnik korzystał ze specjalnych przywilejów w postaci wysokiego uposażenia, stabilizacji zatrudnienia oraz odrębnego, korzystniejszego niż powszechne, zaopatrzenia emerytalnego¹. Do założeń biurokratycznego modelu służby publicznej nawiązywała ustawa z 17 lutego 1922 r. o państwowej służbie cywilnej² oraz ustawa śląska z 22 czerwca 1934 r. o stosunkach służbowych śląskich funkcjonariuszów wojewódzkich³.

Obecnie problem dostępu do służby publicznej znajduje odzwierciedlenie w prawie wspólnotowym. Zgodnie z art. 39 ust. 4 Traktatu o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej do pracowników zatrudnionych w służbie publicznej nie stosuje się zasady swobody przepływu osób (wolności pracy)⁴. Ustalenie zakresu podmiotowego „zatrudnienia w służbie publicznej” pozostawiono regulacjom wewnętrznym. Niemniej jednak w orzecznictwie ETS przyjmuje się, że zakwalifikowanie danego stanowiska do służby publicznej opierać się musi na kryteriach

¹ Zob. T. Zieliński, *Podstawowe problemy reformy prawa służby państwowej w PRL*, „Państwo i Prawo” 1982, nr 9, s. 45 i n. z cyt. tam literaturą; A. Dubowik, *Mianowanie jako instytucja prawa pracy – podstawowe problemy*, w: B.M. Ćwiertniak (red.), *Prawo Pracy; Ubezpieczenia Społeczne. Polityka Społeczna. Wybrane zagadnienia*, Opole 1998, s. 184–185; B. Kudrycka, *Kodeks etyki służby cywilnej na tle reform administracji publicznej*, w: W. Sanetra (red.), *Stosunki pracy w służbie cywilnej i samorządzie terytorialnym*, Białystok 2001, s. 96 i n.; G. Rydlewski, *Służba cywilna w Polsce*, Warszawa 2001, s. 13 i n.

² Dz.U. Nr 21, poz. 164 z późn. zm.

³ Dz.U. Śl. Nr 18, poz. 37; H. Szewczyk, *Zakres działania Województwa Śląskiego jako jednostki autonomiczno-samorządowej*, „Samorząd Terytorialny” 1992, nr 9, *passim*.

⁴ Zob. M. Tomaszewska, *Zasada wolności pracy w europejskim prawie wspólnotowym*, Poznań 2003, s. 222; D. Dzienisiuk, *Sytuacja urzędników w prawie Unii Europejskiej*, w: W. Sanetra (red.), *Stosunki pracy...*, op. cit., s. 237.

takich, jak rodzaj zadań oraz odpowiedzialności, jaką ponosi osoba zatrudniona. Trybunał Sprawiedliwości sprecyzował dwie przesłanki, które muszą być spełnione kumulatywnie w celu objęcia określonego stanowiska zakresem art. 39 ust. 4 Traktatu WE, a więc pośrednie lub bezpośrednie sprawowanie władzy oraz ochrona ogólnych interesów państwa lub władz publicznych. Zdaniem Trybunału w odniesieniu do zatrudnienia w urzędach państwowych w celu zastosowania wyjątku przewidzianego w tym przepisie konieczne jest wykazanie, że dane stanowisko łączy się z bezpośrednim lub pośrednim sprawowaniem władzy⁵. Komisja Europejska dokładnie określiła rodzaj stanowisk, które należy zaliczyć do służby publicznej⁶.

W zaleceniu nr 1322 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 19 marca 1997 r. o służbie publicznej w poszerzonej Europie uznano, że Europejska Konwencja Praw Człowieka powinna służyć jako podstawa do sformułowania wspólnych wartości służby publicznej w europejskich społeczeństwach demokratycznych. Zdaniem Zgromadzenia wymaga to istnienia profesjonalnej administracji publicznej, która jest lojalna wobec wybranych członków władz państwowych, a jednocześnie okazuje szacunek obywatelom, którym służy⁷.

W literaturze europejskiej powszechnie uznaje się koncepcję tzw. efektywnej administracji, która powinna skutecznie stosować obowiązujące prawo, działając w interesie państwa i społeczeństwa⁸.

Komitet Rady Europy w przyjętej 24 lutego 2000 r. rekomendacji nr R/2000/6 dotyczącej statusu pracowników publicznych w Europie⁹ uznał znaczącą rolę administracji publicznej w społeczeństwach demokratycznych, jej neutralny charakter, oraz wskazał równocześnie na europejskie tendencje do reformowania administracji, w tym statusu prawnego zatrudnionych w niej osób, tak by była coraz bardziej skuteczna i wydajna. Rekomendacja powinna służyć poszukiwaniu wspólnych reguł dobrej praktyki administracyjnej oraz wprowadzaniu ich do ustawodawstw krajowych. W związku z tym zalecono państwom członkowskim Unii Europejskiej wzięcie pod uwagę tekstu rekomendacji przy przygotowywaniu projektów ustaw dotyczących służby publicznej¹⁰.

Według rekomendacji dokonywanie rekrutacji ma się odbywać zgodnie z zasadą równego dostępu do służby publicznej oraz według kryteriów merytorycznych,

⁵ Zob. L. Mitrus, *Wpływ regulacji wspólnotowych na polskie prawo pracy*, Kraków 2006, s. 319–324.

⁶ Zob. J. Stelina, *Charakter prawny stosunku pracy z mianowania*, Gdańsk 2005, s. 62–63.

⁷ Zob. R. Mizerski, *Rekonstrukcja europejskich standardów organizacyjnych*, w: B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 488 i n.

⁸ Por. T. Rabska, *Administracja publiczna w świetle integracji z Unią Europejską*, „Samorząd Terytorialny” 2003, nr 3, s. 3 i n. z cyt. tam literaturę; Ch. Demmke, *Służba cywilna w państwach akcesyjnych. Tendencje i wpływ procesów integracyjnych*, Łódź 2003, s. 77 i n.

⁹ Zob. T. Górzyńska, *Standardy europejskie dotyczące pracowników administracji publicznej*, „Studia Prawnicze” 2001, nr 3–4, s. 129 i n.

¹⁰ Por. T. Górzyńska, *Służba nie drużba. Rekomendacja o statusie pracowników publicznych w Europie*, „Rzeczpospolita” z 21 marca 2001 r., nr 75, s. C3; idem, *Standardy europejskie...*, op. cit., s. 119 i n.; D. Dzienisiuk, *Sytuacja urzędników...*, s. 234 i n.

wolnej konkurencji i bez dyskryminacji¹¹. Jawne i jasno określone procedury rekrutacji powinny zapewnić wybór najlepszych kandydatów oraz gwarantować im ochronę zatrudnienia. Zaprzestanie pełnienia funkcji powinno nastąpić jedynie w okolicznościach i z powodów przewidzianych w ustawie. Z rekomendacji wynika również, iż powinnością państwa jest zapewnienie ochrony członkom korpusu służby cywilnej wykonującym funkcje publiczne. Pracownikom publicznym powinna przysługiwać, jako środek ochrony ich praw i interesów, droga odwoławcza do sądu i innych niezależnych organów.

Szczególnie ważne dla prawidłowego funkcjonowania administracji publicznej w Polsce jest właściwe unormowanie statusu prawnego jej pracowników, a zwłaszcza pracowników merytorycznych stanowiących kadrę „zawodowców”, zatrudnionych na podstawie nominacji na stanowiskach kierowniczych i innych samodzielnych związanych z wykonaniem zadań na rzecz państwa poprzez wydawanie decyzji, ich przygotowywanie lub realizowanie¹². We wszystkich bowiem skomplikowanych sprawach z zakresu administracji decyzja powinna być podejmowana przez odpowiedniego fachowca, posiadającego odpowiednie przygotowanie teoretyczne i praktyczne oraz będącego w stanie poświęcić się dla dobra służby¹³, ponieważ uprawianie sztuki administracji na pewnym poziomie, odpowiadającym dzisiejszym stosunkom społeczno-gospodarczym, wymaga zawodowego pełnienia funkcji publicznych¹⁴. W dyskusji nad przyszłym kształtem tzw. służby cywilnej w Polsce należy stanowczo opowiedzieć się za zawodowym statusem wykwalifikowanych pracowników zatrudnionych na podstawie mianowania oraz bezterminowych umów o pracę¹⁵.

Pracownicy fachowi, pełniący profesjonalnie służbę w administracji, powinni być zatrudniani na stałe i korzystać z ustawowych gwarancji zachowania pracy na zajmowanych stanowiskach, poza sytuacjami wyjątkowymi określonymi w ustawie; stałość zatrudnienia fachowej kadry urzędniczej jest bowiem niezbęd-

¹¹ Por. M. Jabłoński, *Prawo dostępu do służby publicznej*, w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 628–640; Z. Witkowski, *Prawo dostępu do służby publicznej*, w: W. Skrzydło (red.), *Konstytucyjne wolności i prawa w Polsce*, t. III, *Wolności i prawa polityczne*, Kraków 2002, s. 194–196.

¹² Por. T. Liszcz, *Pragmatyki pracownicze a nowy kodeks pracy*, w: Z. Salwa (red.), *Przesłanki reformy prawa pracy*, cz. 1, „Studia i Materiały IPiSS”, Warszawa 1990, z. 1, s. 182.

¹³ Por. A. Chobot, *Dobro służby jako podmiot obowiązków pracowników mianowanych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1994, nr 2, s. 8–18. Zob. też *Europejską Kartę Samorządu Terytorialnego z 15 października 1985 roku* (Dz.U. z 1994 r. Nr 124, poz. 607); F.L. Knemeyer, *Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung*, „Die Öffentliche Verwaltung” 1988, nr 23, s. 997 i n.

¹⁴ Por. T. Zieliński, *Podstawowe problemy...*, op. cit., s. 48–49; J. Jończyk, *Wprowadzenie do problematyki służb publicznych*, w: *Służby Publiczne*, Wrocław 1982, s. 10–20; T. Öhlinger, *Der Öffentliche Dienst zwischen Tradition und Reform*, t. 3, Wien 1993, s. 7–88.

¹⁵ Por. H. Szewczyk, *Problemy personalne w samorządzie*, „Samorząd Terytorialny” 1992, nr 10, s. 5; M. Jaroszyński, *Zagadnienie samorządu* 1974, nr 6, s. 12; W. Szubert, *Refleksje nie – historia nad historią prawa*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 1, s. 4–14; H. Izdebski, *Reforma administracji publicznej w Polsce*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 9, s. 50 i n.; C. Jabloner, *Das Personal der Yerwaltung*, w: *Die öffentliche Yerwaltung in Österreich*, Wien 1992, s. 243–246; R. Gruner, *Österreichisches Berufsbeamtentum*, w: *Der Rechts in der Krise. Festschrift für E. Loebenstein*, Wien 1991, s. 45 i n.

na przesłanką racjonalizacji organizacji wszelkich służb publicznych¹⁶. Wynika to z przekonania o konieczności zapewnienia stabilności kadr w administracji publicznej tak, aby większość urzędników wykonywała ten zawód do emerytury. Praca w służbie publicznej nie powinna być odskocznią do objęcia atrakcyjnej posady w sektorze prywatnym, czasem wymagającej bezprawnego wykorzystywania byłego stanowiska, co w ostatnich latach było stale praktykowane w naszym kraju.

Zwiększenie stabilizacji zatrudnienia, jako podstawowy instrument prawny wpływający na kształcenie i doskonalenie kadr (z czym wiąże się usprawnienie administracji), powinno dotyczyć tych stanowisk pracy, gdzie rygory selekcyjne przy naborze kandydatów są wysokie, a proces selekcji jest długotrwały oraz wymagający intensywnego przygotowania zawodowego. Trudno bowiem oczekiwać od pracownika, któremu nie zapewni się ochrony, przede wszystkim w postaci gwarancji prawnych, przed arbitralnym i nieuzasadnionym zwolnieniem z pracy, że będzie on stale podwyższał swe umiejętności zawodowe. Pracownik powinien bowiem mieć świadomość tego, że trud włożony w proces doskonalenia zawodowego będzie procentował w przyszłości¹⁷.

Ochrona trwałości zatrudnienia jest uzasadniona także dlatego, że praca w administracji, aby mogła być wykonywana rzetelnie, wymaga intensywnego przygotowania i doskonalenia zawodowego, a nabytych kwalifikacji i zdobytego wykształcenia nie da się często spożytkować w innych sferach zatrudnienia.

Istnieją uzasadnione obawy, iż zbyt łatwe i częste przesunięcia kadrowe w administracji będą godzić w zawodowość kadry urzędniczej, w jej fachowość i kompetencje¹⁸.

II. ODRĘBNY STATUS CZŁONKÓW KORPUSU SŁUŻBY CYWILNEJ

W społecznej dyskusji na temat reformy prawa urzędniczego w Polsce ujawniły się po 1989 r. dwie sprzeczne ze sobą tendencje, a mianowicie, z jednej strony dążenie do dalszego ujednolicenia prawa służby publicznej i powszechnego prawa pracy, aż do granic ich pełnej integracji, a z drugiej przeciwnie, akcentowanie potrzeby daleko idącej odrębności statusu prawnego pracowników administracji publicznej w stosunku do statusu tzw. pracowników najemnych. W owej dyskusji na temat „odrębności” czy też „powszechności” regulacji stosunków zatrudnienia w administracji publicznej opowiedziano się ostatecznie za odrębnością tej regulacji w odniesieniu do powszechnego prawa pracy.

¹⁶ Zob. T. Zieliński, *Podstawowe problemy...*, op. cit., s. 52–54; H. Lewandowski, W. Suchowicz, Z. Sypniewski, *Status prawny służby państwowej wybranych krajów europejskich*, IPiSS, Warszawa 1985, s. 27.

¹⁷ Zob. Z. Sypniewski, *Problemy stabilizacji stosunku pracy*, w: W. Piotrowski (red.), *Zagadnienia prawne stosunków pracy w administracji państwowej*, Poznań 1981, s. 62–65.

¹⁸ Zob. C. Jabloner, *Das Personal...*, op. cit., s. 233.

W Polsce począwszy od 1990 r. korpus pracowniczy administracji publicznej składa się z pracowników zatrudnionych w administracji rządowej oraz pracowników zatrudnionych w administracji samorządowej¹⁹.

Wraz z wejściem w życie reformy administracji publicznej zaprzeczona została jednak możliwość „uporządkowania” stosunków zatrudnienia w administracji publicznej.

Generalne zmiany ustroju administracyjnego państwa dokonywane pod hasłami uporządkowania i ujednolicenia oraz racjonalizacji struktur kompetencji winny natomiast wywoływać logiczne konsekwencje polegające na uporządkowaniu, ujednoliceniu i racjonalizacji sfery zatrudnienia w administracji publicznej. Jednolita regulacja statusu pracowników administracji publicznej występuje i sprawdza się w wielu krajach Europy²⁰. Zawarcie jej w jednej pragmatyce zawodowej zgodne jest też z powszechnie głoszonymi w literaturze prawa pracy postulatami uporządkowania i znaczącej redukcji liczby pragmatyk zawodowych²¹ oraz głoszonymi w literaturze prawa administracyjnego postulatami wprowadzenia w Polsce prawa urzędniczego, odpowiedniego pod względem materialnym i formalnym²². Wskazać tu można przykładowo dość powszechną krytykę „rozczłonkowania” statusu urzędników państwowych na skutek niekonsekwentnego wprowadzenia reform w rządowej administracji publicznej (poddanie części urzędników przepisom ustawy o pracownikach urzędów państwowych, części zaś ustawy o służbie cywilnej).

III. ZAKRES PODMIOTOWY USTAWY O SŁUŻBIE CYWILNEJ

Zgodnie z wymogiem konstytucyjnym należy utworzyć w pełni niezależny korpus służby cywilnej. Od kilku lat toczy się dyskusja nad wprowadzeniem zmian w tym zakresie²³.

Przyjmując ustawy: z 24 sierpnia 2006 r. o służbie cywilnej²⁴ oraz z 24 sierpnia 2006 r. o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwo-

¹⁹ Por. Z. Gilowska, D. Kijowski, M. Kulesza, W. Misiąg, S. Prutis, M. Stec, J. Szlachta, J. Zaleski, *Podstawy prawne funkcjonowania terytorialnej administracji publicznej w RP*, „Samorząd Terytorialny”: 2002, nr 1–2, s. 64 i n. Przykładowo w Wielkiej Brytanii pracownicy służby cywilnej i samorządu terytorialnego mają odrębny status prawny. Zob. S. Horton, *Ewolucja służby cywilnej w Zjednoczonym Królestwie Brytyjskim. Od konstytucyjnej biurokracji i administracji publicznej do konstytucyjnej adhokracji i zarządzania publicznego*, w: W. Sanetra (red.), *Stosunki pracy...*, op. cit., s. 267 i n.

²⁰ Por. H. Izdebski, *Współczesne modele administracji publicznej*, Warszawa 1993, s. 114 i n., s. 122.

²¹ Por. W. Piotrowski, *Ocena pragmatyk i propozycje ich uporządkowania*, w: Z. Salwa, M. Matey (red.), *Przesłanki i kierunki reformy prawa i ubezpieczeń społecznych*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1987, s. 110 i n.; Z. Sypniewski, *Stosunki pracy i mianowania a nowelizacja kodeksu pracy*, w: Z. Salwa (red.), *Przesłanki reformy prawa pracy*, op. cit., cz. I, s. 154 i n.; B.M. Cwiertniak, *Pragmatyki zawodowe (Stan obecny i perspektywy przemian)*, w: A. Nowak (red.), *Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej*, t. 10, Katowice 1992, s. 54 i n.

²² Por. J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, cz. I, Kraków 1995, s. 213 i n.

²³ Por. T. Rabska, *Administracja...*, op. cit., s. 3 i n.

²⁴ Dz.U. Nr 170, poz. 1218.

wych²⁵, ustawodawca nie ustrzegł się jednak błędów. Poza tym mimo wejścia w życie ustawy o służbie cywilnej ustawodawca utrzymał nadal w mocy ustawę z 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych²⁶. Powoduje to, że układ stosunków pracy w służbie cywilnej jest wciąż bardzo skomplikowany, a umiejscowienie członków korpusu służby cywilnej niejasne.

W aktualnym stanie prawnym mamy do czynienia z dualizmem prawnym. Ustawa o służbie cywilnej oraz ustawa o pracownikach urzędów państwowych funkcjonują równocześnie w tej samej sferze, tzn. normują stosunki pracy pracowników zatrudnionych w urzędach państwowych. Zakres podmiotowy obowiązywania obu ustaw pokrywa się, choć nie w pełni. Zakres podmiotowy ustawy o pracownikach urzędów państwowych jest szerszy. Jej przepisy mają zastosowanie do pracowników zatrudnionych w urzędach wymienionych w art. 2 ust. 1 ustawy o służbie cywilnej, a ponadto jeszcze w innych urzędach administracji rządowej²⁷. O tym, która z dwóch ustaw ma zastosowanie do osoby zatrudnionej w urzędzie administracji rządowej, jeżeli zakresy obowiązywania obu ustaw się krzyżują, decyduje stanowisko zajmowane przez pracownika, a konkretnie jego włączenie do struktury stanowisk w korpusie służby cywilnej. Tak określone stanowiska urzędnicze w rozumieniu ustawy o pracownikach urzędów państwowych w znacznej mierze się pokrywają ze stanowiskami, których zajmowanie jest równoznaczne z przynależnością do korpusu służby cywilnej, co nie wydaje się prawidłowe²⁸.

Obecnie w służbie cywilnej są zatrudniane trzy kategorie osób:

- 1) mianowani urzędnicy służby cywilnej;
- 2) pracownicy służby cywilnej mianowani na podstawie ustawy o pracownikach urzędów państwowych przed jej nowelizacją ustawą z 2 grudnia 1994 r., która zniosła mianowanie jako podstawę nawiązania stosunku pracy w urzędzie państwowym, ale utrzymała w mocy już istniejące stosunki pracy z mianowania z ich odrębną regulacją;
- 3) pracownicy służby cywilnej zatrudnieni na podstawie umów o pracę (pracownicy kontraktowi).

Dodatkowe komplikacje wiążą się z tym, że większość osób powołanych na wysokie stanowiska państwowe w administracji rządowej na podstawie ustawy o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych nie wchodzi obecnie w skład korpusu służby cywilnej. W nowej ustawie o służbie cywilnej ograniczono bowiem zakres podmiotowy tej służby przez wyłączenie z niej tzw. wyższych stanowisk, co budzi poważne zastrzeżenia. Złamano w ten sposób dotychczasową zasadę, w świetle której o wyższe stanowisko w służbie cywilnej mógł się ubiegać tylko urzędnik służby cywilnej wyłącznie w drodze

²⁵ Dz.U. Nr 170, poz. 1217 z późn. zm.

²⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 86, poz. 953 z późn. zm.

²⁷ Zob. A. Dubowik, *Podstawy zatrudnienia w służbie cywilnej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1999, nr 10, s. 15.

²⁸ Szerzej na ten temat A. Dubowik, *Zmiany zakresu podmiotowego ustawy o pracownikach urzędów państwowych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2000, nr 3, s. 19–21.

konkursu. Pozostaje to w sprzeczności z zasadą politycznej neutralności służby cywilnej, czyli politycznie neutralnego wykonywania zadań państwa przez powołaną do tego służbę cywilną zgodnie z art. 153 Konstytucji RP²⁹.

IV. ZATRUDNIENIE NA PODSTAWIE MIANOWANIA

Ustawa o służbie cywilnej nadal nie urzeczywistnia w pełni zasady dostępu wszystkich obywateli do służby cywilnej na ogólnych warunkach równości. Dotyczy to zarówno naboru na wolne stanowiska w służbie cywilnej, jak i udziału w postępowaniu kwalifikacyjnym pracowników służby cywilnej ubiegających się o mianowanie.

Ustawa o służbie cywilnej stanowi jedynie o prawie ubiegania się o zatrudnienie w służbie cywilnej na podstawie mianowania i określa wymagania, które muszą być spełnione. Władza administracyjna zachowuje natomiast pełną swobodę wyboru osób, które mianuje spośród osób spełniających wymagania określone w ustawie.

Mianowanie jest podstawą nawiązania stosunku pracy, której uzyskanie wymaga spełnienia szeregu wymogów (rygorów selekcyjnych). O mianowanie może starać się tylko pracownik służby cywilnej, a nie osoba, która dopiero ubiega się o przyjęcie do korpusu służby cywilnej. Aby zostać mianowanym urzędnikiem służby cywilnej, należy z pozytywnym wynikiem przejść postępowanie kwalifikacyjne, w toku którego sprawdzane są: wiedza, kwalifikacje i predyspozycje niezbędne do wypełniania zadań służby cywilnej.

Mianowań pracowników służby cywilnej dokonuje w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej Prezes Rady Ministrów w ramach limitu urzędników w służbie cywilnej na dany rok budżetowy. Limit mianowań urzędników służby cywilnej ustalany jest w ustawie budżetowej. Premier nie może przekroczyć tego limitu i dokonać nowych mianowań, ponieważ jest nim związany.

Warto zauważyć w tym miejscu, iż mianowany może być tylko ten pracownik służby cywilnej, który ukończył w danym roku postępowanie kwalifikacyjne z liczbą punktów wyższą od minimalnej liczby punktów określonej w cytowanym wyżej rozporządzeniu i z miejscem uprawniającym do mianowania lub który jest absolwentem Krajowej Szkoły Administracji Publicznej. Oznacza to, że pozytywne zakończenie postępowania kwalifikacyjnego nie gwarantuje uzyskania mianowania, ponieważ kandydat musi jeszcze znaleźć się na liście na miejscu uprawniającym do mianowania z uwagi na to, że liczba miejsc jest limitowana (ograniczona).

Przy ustalaniu miejsc uprawniających do mianowania uwzględnia się jeszcze liczbę mianowań absolwentów Krajowej Szkoły Administracji Publicznej, którzy mają gwarancję uzyskania mianowania po spełnieniu przez nich rygorów selekcyjnych.

²⁹ Por. K. Działocha, A. Łukaszczyk, *Nowa ustawa o służbie cywilnej (aspektprawno-konstytucyjny)*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 11, s. 6.

Ponieważ o mianowanie może ubiegać się tylko ten kandydat, który w danym roku ukończył z wynikiem pozytywnym postępowanie kwalifikacyjne, osoba, która nie uzyskała nominacji tylko z powodu istniejących limitów mianowań, w świetle utrwalonego poglądu musi w przyszłości ponownie przejść postępowanie kwalifikacyjne, mimo że ukończyła postępowanie z wynikiem pozytywnym³⁰, co budzi uzasadnione wątpliwości.

Zasadne jest też pytanie, czy przepisy ustawy o służbie cywilnej w zakresie, w jakim uprzywilejowują absolwentów Krajowej Szkoły Administracji Publicznej, naruszają wyrażoną w art. 32 Konstytucji zasadę równości wobec prawa.

Po pierwsze, art. 21 ust. 2 ustawy o służbie cywilnej uwidacznia, że każdy absolwent Krajowej Szkoły Administracji Publicznej – pracownik służby cywilnej znajduje się w lepszej sytuacji od tych pracowników służby cywilnej, których wiedza, kwalifikacje i predyspozycje do wypełniania zadań w służbie cywilnej zostały sprawdzone w postępowaniu kwalifikacyjnym, ponieważ o mianowaniu przesądza sam fakt ukończenia ww. szkoły (domniemanie prawne co do sprawdzenia wiedzy, kwalifikacji i predyspozycji na najwyższym możliwym poziomie) i złożenie wniosku, a nie uzyskane w trakcie kształcenia wyniki, które przelicza się na punkty. Ponadto w stosunku do absolwentów Krajowej Szkoły Administracji Publicznej sprawdzenie to następuje w toku kształcenia, a więc jest rozłożone na poszczególne partie tematów, co pozwala na lepsze przygotowanie się do sprawdzenia.

Po drugie, absolwenci Krajowej Szkoły Administracji Publicznej z tytułu jej ukończenia nabywają prawo do składania wniosku o mianowanie nie tylko bezpośrednio po jej ukończeniu, ale i w kolejnych latach. Oznacza to, że korzystają oni z ochrony praw nabytych, tzn. sprawdzenie ich wiedzy, kwalifikacji i predyspozycji ma charakter trwały. Niestety z takiej samej ochrony nie korzystają ci pracownicy służby cywilnej, których wiedza, kwalifikacje i predyspozycje zostały sprawdzone w postępowaniu kwalifikacyjnym, a tylko ze względu na limit mianowań określony ustawą budżetową nie mogą uzyskać mianowania. W ustawie o służbie cywilnej brak bowiem przepisu, który osobom tym gwarantuje pierwszeństwo mianowania w ramach limitu mianowań określonego w kolejnych latach w ustawie budżetowej. Oznacza to, że osoby, których wiedza, kwalifikacje i predyspozycje zostały przecież sprawdzone, są w gorszej sytuacji od absolwentów Krajowej Szkoły Administracji Publicznej. Jest to ewidentny przykład nierównego traktowania tych osób.

Po trzecie, brak w ustawie odpowiednich przepisów regulujących status pracowników służby cywilnej, którzy nie uzyskali mianowania w związku z limitem określonym ustawą budżetową, pozwala na postawienie dwóch przeciwstawnych tez, tj. niekorzystnej dla tych osób, zakładającej, że muszą one ponownie przystąpić do postępowania kwalifikacyjnego w kolejnych latach, oraz korzystnej,

³⁰ Zob. J. Jagielski, w: J. Jagielski, K. Rączka, *Komentarz do ustawy o służbie cywilnej*, Warszawa 2001, s. 140.

że powinny one uzyskać mianowanie w ramach limitu określonego na kolejny rok, ponieważ ich wiedza, kwalifikacje i predyspozycje zostały już sprawdzone. Za przyjęciem tezy korzystnej przemawia argument, że sprawdzenie dokonane w trakcie postępowania kwalifikacyjnego korzysta z powagi rzeczy osądzonej. Nie może być przecież tak, że ta sama osoba w jednym roku ma odpowiednią wiedzę, kwalifikacje i predyspozycje, a w kolejnym już ich nie posiada. Nie może również umknąć uwadze i ten argument, że postępowanie kwalifikacyjne jest odpłatne, a osoba, która nie uzyskała mianowania w związku z limitem, nie jest zwolniona z opłat w kolejnym roku. W ten sposób osoba taka musi ponosić dodatkowe koszty, których nie muszą ponosić absolwenci Krajowej Szkoły Administracji Publicznej, jeżeli złożą wniosek o mianowanie w kolejnych latach po ukończeniu szkoły.

Mając na uwadze podniesione argumenty, należałoby w pierwszej kolejności podjąć działania zmierzające do zmiany ustawy budżetowej poprzez zmianę limitu mianowań w ten sposób, aby wszyscy pracownicy służby cywilnej, których wiedza, kwalifikacje i predyspozycje zostały stwierdzone w trakcie postępowania kwalifikacyjnego, uzyskali mianowanie, a następnie doprowadzić do zmiany ustawy o służbie cywilnej w celu jej dostosowania do norm konstytucyjnych.

Wniosek o zmianę ustawy budżetowej uzasadniony jest interesem osób, które nie mogą uzyskać mianowania ze względu na zawarty w tej ustawie limit. Należy podnieść, że w poprzednich latach nie wykorzystano 3973 mianowań z przyznanego limitu.

Powstaje też wątpliwość, czy zapewnienie Absolwentom Krajowej Szkoły Administracji Publicznej (KSAP) statusu urzędników mianowanych niejako z urzędu jest zgodne z zasadą równego dostępu do służby publicznej. Dostęp do mianowania zostaje bowiem zróżnicowany na podstawie kryterium formalnego ukończenia określonej szkoły, a nie kryterium merytorycznego, czyli rzeczywiste posiadanych przez kandydata kwalifikacji³¹.

Pracownicy służby cywilnej, którzy nie ukończyli KSAP, muszą natomiast ubiegać się o uzyskanie mianowania, uczestnicząc w postępowaniu kwalifikacyjnym, pomimo posiadania często wysokich kwalifikacji zawodowych i umiejętności oraz długoletniego stażu pracy. Osoba taka musi spełnić określone warunki, aby przystąpić do postępowania kwalifikacyjnego. I jak już wspomniano, pozytywne zakończenie przez uczestnika postępowania kwalifikacyjnego, czyli uzyskanie przez niego liczby punktów wyższej od ustalonej minimalnej, i tak nie gwarantuje mu jeszcze uzyskania mianowania na urzędnika służby cywilnej, ponieważ zależy to od limitu mianowań określonego w ustawie budżetowej na dany rok budżetowy.

Przewidziane w ustawie postępowanie kwalifikacyjne na urzędnika służby cywilnej nie ma *de facto* charakteru *stricte* konkursowego, nie następuje w nim bowiem ustalenie kolejności, w jakiej powinny następować mianowania, ale tylko

³¹ Zob. J. Skoczyński, *Ustawowa regulacja naboru do służby publicznej w świetle konstytucyjnej zasady równego dostępu do służby publicznej*, w: W. Sanetra (red.), *Stosunki pracy...*, op. cit., s. 161.

ustalenie, czy kandydat spełnia wymagania kwalifikacyjne kategorii urzędniczej, o którą się ubiega.

Rekrutacja do służby cywilnej ma więc w zasadzie charakter rekrutacji wewnętrznej spośród pracowników administracji publicznej, a nie otwartej.

Postępowanie kwalifikacyjne, w wyniku którego może nastąpić mianowanie, dotyczy tylko członków korpusu służby cywilnej, czyli pracowników już zatrudnionych i nie spełnia warunków postępowania rekrutacyjnego. Z pewnością nie jest to jasna i czytelna procedura, o której mowa w rekomendacji nr R/2000/6. Należy więc podać w wątpliwość celowość istnienia postępowania kwalifikacyjnego w obecnym kształcie i na obecnym etapie ze względu na „sztucznie” utrudniony dostęp do kręgu mianowanych urzędników służby cywilnej³².

Kolejne ustawy o służbie cywilnej wprowadziły wprawdzie bardziej przejrzyste niż dotychczas zasady przeprowadzania naboru na wolne stanowiska w służbie cywilnej, nie rozwiązały jednak wyżej przedstawionych problemów, choć celem nowych rozwiązań prawnych powinna być realizacja konstytucyjnego wymogu równego dostępu do służby publicznej przez zapewnienie przejrzystości procedur związanych z obsadzaniem wolnych stanowisk w służbie cywilnej.

Celowi temu należy podporządkować również regulację prawną dotyczącą zasad publicznego ogłaszania wolnego stanowiska oraz zasad wyboru najlepszego kandydata.

Dokonane zmiany nie miały bowiem na celu wprowadzenia zasady jawności postępowania konkursowego, nie objęły również merytorycznej strony postępowania konkursowego ani sposobu prowadzenia prac przez zespół konkursowy³³.

Ustawa o służbie cywilnej nadal bowiem nie określa wymagań dla danego stanowiska ani metod rekrutacji kandydatów do pracy w służbie cywilnej, pozostawiając w tym zakresie swobodę pracodawcy. Poważne wątpliwości budzi również zatrudnianie w służbie cywilnej na podstawie umów o pracę na zastępstwo na stanowiska wymagające określonego stażu pracy.

Skądinąd nikt nie kwestionuje dziś, gdy polityka regionalna jest priorytetowym kierunkiem działania Unii Europejskiej, potrzeby znajomości języków obcych wśród członków korpusu służby cywilnej. Ustanowienie jednak wymogu znajomości języka obcego, jako warunku dostania się do grona urzędników służby cywilnej, zwłaszcza zatrudnionych w tzw. administracji terenowej, jest niewątpliwie dalece niefortunne, szczególnie że nie ma wymogu co do znajomości języka polskiego, który w Polsce jest podstawowym językiem urzędowym, z którym to część pracowników administracji publicznej ma niestety problemy. Trudno doprawdy znaleźć podobne rozwiązanie prawne w innych krajach Unii Europejskiej³⁴.

³² Zob. T. Górzyńska, *Służba...*, op. cit., s. C3; *Przemoczony strach przed mianowaniem*, „Gazeta Prawna” z 29 czerwca 2004 r., nr 125, s. 3.

³³ Zob. A. Dubowik, *Nowe zasady naboru do służby cywilnej a zasada równego dostępu obywateli do służby publicznej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2006, nr 2, s. 23; T. Duraj, *Pojęcie i klasyfikacja konkursów na stanowiska kierownicze*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2001, nr 12, s. 12.

³⁴ Art. 25 przedwojennego projektu ustawy w sprawie kodeksu służby w samorządzie terytorialnym zawierał wymóg władania językiem polskim w mowie i piśmie. Podobny wymóg zawierał art. 6

Jeden z projektów nowelizacji ustawy o służbie cywilnej wprowadził wprawdzie dwie kategorie urzędnicze A i B, uwzględniając rozszerzenie zakresu ustawy na tych urzędników, nie rozwiązał jednak problemu do końca. Projekt zakładał dla kategorii B eliminację znajomości języka obcego i konieczności posiadania tytułu magistra³⁵. Nowe przepisy dotyczące służby cywilnej zmierzają jednak w kierunku zaostrzenia wymogów językowych. Do postępowania kwalifikacyjnego nie zostaną dopuszczone osoby, które posiadają certyfikat potwierdzający znajomość języka obcego jedynie na poziomie podstawowym. Z listy certyfikatów uprawniających do ubiegania się o mianowanie w służbie cywilnej wykreślono bowiem wszystkie certyfikaty na poziomie B1.

Do niedawna dominował pogląd, iż kandydatom, którzy nie uzyskali pozytywnego wyniku postępowania kwalifikacyjnego, nie przysługiwał żaden środek odwoławczy, tak aby mogli zakwestionować jego wyniki³⁶, co było niewątpliwie sprzeczne z konstytucyjną zasadą powszechnego dostępu do sądu. Jeden z projektów nowelizacji ustawy o służbie cywilnej w art. 7 ust. 2 wyraźnie stanowił, iż spory dotyczące postępowań kwalifikacyjnych i konkursów na wyższe stanowiska w służbie cywilnej są rozpatrywane przez sądy pracy.

W literaturze przedmiotu można było spotkać również pogląd, że ówczesny akt Szefa Służby Cywilnej w przedmiocie wyniku postępowania kwalifikacyjnego można zaskarżyć do sądu administracyjnego. Według tego zapatrywania postępowanie kwalifikacyjne jest postępowaniem administracyjnym, którego wynik zasadniczo przesądza, czy kandydat zostanie włączony w poczet urzędników służby cywilnej. Rozstrzygnięcie w tej sprawie zaliczano do aktów regulowanych wcześniej art. 16 ust. 1 pkt 4 uchylonej ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, a obecnie art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, którego prawidłowość podlega kontroli sądu administracyjnego³⁷.

Kandydatom na wolne stanowiska w służbie cywilnej również odmawiano kwestionowania wyników naboru w postępowaniu przed sądem pracy. W przypadku osób uczestniczących w naborze nie mamy – w świetle tych poglądów – do czynienia z pracownikami, tylko z kandydatami do pracy, wobec których ustawa o służbie cywilnej nie zawiera materialnoprawnych podstaw roszczeń o nawiązanie stosunku pracy czy też roszczeń odszkodowawczych. Osoby uczestniczące w naborze nie mogą zatem co do zasady kwestionować jego wyników w postę-

ustawy z 22 czerwca 1934 r. o stosunkach służbowych śląskich funkcjonariuszów wojewódzkich oraz art. 6 ustawy z 17 lutego 1922 r. o państwowej służbie cywilnej (Dz.U. Nr 21, poz. 164 z późn. zm.).

³⁵ Zob. Projekt Sejmowej Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych (Druk Sejmowy, nr 2926 z 9 maja 2001 r.).

³⁶ Zob. J. Jagielski, w: J. Jagielski, K. Rączka, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 132; A. Dubowik, *Podstawy zatrudnienia...*, op. cit., s. 19; Projekt Sejmowej Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych (Druk Sejmowy, nr 2926 z 9 maja 2001 r.).

³⁷ Zob. T. Kuczyński, *Tryby załatwiania sporów członków korpusu służby cywilnej*, w: B.M. Cwiertniak (red.), *Prawo pracy, zabezpieczenie społeczne (z aktualnych zagadnień)*, Opole 2001, s. 183 i n.

powaniu przed sądem pracy. Osoby te mogą jednak wystąpić do sądu pracy, jeśli w trakcie naboru doszło do stosowania praktyk dyskryminacyjnych³⁸.

Obecnie na tle kształtującej się linii orzeczniczej coraz częściej pojawia się zapatrywanie, iż spory na tle legalności postępowania kwalifikacyjnego należą do kategorii sporów o roszczenia związane ze stosunkiem pracy, ponieważ nie należy ono do spraw z zakresu administracji publicznej. Kandydatowi na urzędnika służby cywilnej przysługuje więc w tym zakresie roszczenie do sądu pracy³⁹. Nie ulega wątpliwości, że realizacja zasady równego dostępu do służby nie może być wyłączona spod kontroli sądowej. Wynika to również z konstytucyjnej zasady prawa obywatela do rozpatrzenia jego sprawy przez niezawisły sąd.

Dotychczasowy dualizm w rozpoznawaniu spraw związanych z naborem do służby cywilnej nie wpływał natomiast korzystnie na realizację zasady równego dostępu do służby cywilnej.

V. OCENIANIE CZŁONKÓW KORPUSU SŁUŻBY CYWILNEJ

Zapewnienie państwu dobrych urzędników wymaga nie tylko stworzenia właściwych procedur rekrutacji do służby, lecz także wytyczenia czytelnej drogi kariery. Tego warunku omawiana ustawa również nie spełnia.

W przeciwieństwie do ustawy z 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych ustawa o służbie cywilnej nie określa trybu i zasad dokonywania ocen czy też powszechnie obowiązującego zestawu kryteriów oceny wobec członka korpusu służby cywilnej będącego pracownikiem. Już przepisy poprzednio obowiązującej ustawy z 18 grudnia 1998 r. o służbie cywilnej były w tym zakresie dość lakoniczne, co budziło uzasadnione wątpliwości w doktrynie, zwłaszcza w aspekcie prawidłowego dokonywania ocen. Natomiast w nowej ustawie o służbie cywilnej w ogóle nie unormowano zasad przeprowadzania ocen pracowników służby cywilnej. Ustawa nie odsyła też w tym zakresie do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, które ma regulować jedynie szczegółowe zasady przeprowadzania ocen urzędników służby cywilnej.

W związku z powyższym wydaje się, że zasady dokonywania ocen pracowników służby cywilnej powinien określić dyrektor generalny urzędu lub kierownik urzędu w formie aktu wewnątrzzakładowego, np. regulaminu dokonywania ocen, czy też zarządzenia. Nie można jednak sądzić, że pracodawca nie jest w tym zakresie ograniczony żadnymi wymaganiami ustawowymi i ma całkowitą swobodę przy ustalaniu zasad oceniania członków korpusu służby cywilnej. Jest on bowiem związany powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym zasadami prawa pracy, np. zasadą równego traktowania pracowników, czy też obo-

³⁸ Por. A. Dubowik, *Nowe zasady naboru...*, op. cit., s. 22–23; postanowienie NSA z 9 września 2001 r., II SA 3381/00, LEX, nr 53779; wyrok NSA z 27 lutego 2002 r., II SA 2629/01, „Prawo Pracy” 2003, nr 2, s. 35; wyrok NSA z 14 lutego 2001 r., II SA 2908/00, „Prawo Pracy” 2001, nr 4, s. 42.

³⁹ Zob. H. Szewczyk, *Zatrudnienie w służbie cywilnej*, Bydgoszcz–Katowice 2006, s. 58.

wiązkiem stosowania obiektywnych i sprawiedliwych kryteriów oceny, a także celem, dla którego instytucja oceniania została powołana⁴⁰.

Pozostają jednak wątpliwości. Wydaje się, że zróżnicowanie pozycji prawnej obu grup pracowniczych – urzędników i pracowników służby cywilnej – w zakresie zasad przeprowadzania ocen oraz trybu odwoławczego od oceny jest nieuzasadnione. Aby temu zapobiec w przyszłości, ustawodawca powinien wprowadzić jednolity system oceniania i towarzyszące temu systemowi procedury dla urzędników i pracowników służby cywilnej.

Trudno oprzeć się wrażeniu, że problematyka dokonywania ocen przedstawiona została w ustawie w sposób lakoniczny, a niezbyt przejrzysta redakcja przepisów rodzi trudności interpretacyjne, co w istotny sposób utrudnia stosowanie ustawy oraz stwarza niepewność w zakresie prawidłowego oceniania członków korpusu służby cywilnej. Prawidłowość oceny wpływa natomiast istotnie na stabilizację zatrudnienia w tej służbie. Przykładowo pracodawca ma bowiem obowiązek zwolnić urzędnika, gdy otrzyma on dwukrotną, następującą po sobie, negatywną ocenę.

Szczególnie ważne wydaje się też znalezienie obiektywnych kryteriów, dzięki którym pracodawca mógłby rozstrzygnąć kwestię, czy dany kandydat cieszy się nieposzlakowaną opinią, a także stworzenie procedury, która dawałaby urzędnikowi służby cywilnej pełną gwarancję ustosunkowania się do stawianych mu zarzutów. Zapobiegnie to różnym formom dyskryminacji pracowników⁴¹. Obecnie nie ma w tym zakresie żadnych wymogów ustawowych i pracodawca ma w związku z tym formalnie znaczną swobodę ze względu na to, że omawiana przesłanka ma charakter ocenny (została sformułowana przy użyciu zwrotu o nieostrym zakresie). Stąd też należy postulować stworzenie rozwiązań prawnych, wyraźnie określających zasady postępowania przy stwierdzaniu utraty nieposzlakowanej opinii przez urzędnika służby cywilnej⁴².

Trudno również na tle obowiązującego ustawodawstwa znaleźć podstawę prawną dla uzyskania rekompensaty przez urzędnika służby cywilnej za okres dłuższy niż trzy miesiące pozostawania bez pracy z powodu toczącego się postępowania karnego bezwarunkowo umorzonego lub gdy zapadł wyrok uniewinniający. Widoczny jest w tym miejscu brak synchronizacji przepisów ustawy o służbie cywilnej z przepisami karnymi⁴³.

VI. WYNAGRODZENIE CZŁONKÓW KORPUSU SŁUŻBY CYWILNEJ

Zwiększonym obowiązkom członków służby cywilnej odpowiadać powinny zwiększone uprawnienia. Do najważniejszych uprawnień, które będą decydować

⁴⁰ Zob. Z. Góral, *Prawo pracy w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 1999, s. 187; H. Szewczyk, *Zagadnienie wzmoczonej ochrony przed wypowiedzeniem stosunku pracy z mianowania urzędnikowi służby cywilnej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2001, nr 11, s. 25.

⁴¹ Zob. K. Stefański, *Kryteria rekrutacji pracowników służby cywilnej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2001, nr 4, s. 17; H. Szewczyk, *Zagadnienie wzmoczonej ochrony...*, op. cit., s. 28.

⁴² Zob. K. Rączka, w: J. Jagielski, K. Rączka, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 199–200.

⁴³ Ibidem, s. 201–202.

o przyszłych kadrach służby cywilnej, należą wynagrodzenia dla tej grupy społeczno-zawodowej.

Wynagrodzenie za pracę jest podstawowym świadczeniem pieniężnym ze stosunku pracy. O pozycji społecznej i zaangażowaniu w proces pracy członka korpusu służby cywilnej decyduje przede wszystkim odpowiednia wysokość wynagrodzenia i sposób jego kształtowania. Obecnie wysokość wynagrodzenia w służbie cywilnej nadal znajduje się na niepokojąco niskim poziomie. Gdy tymczasem ustawodawca poprzez warunki zatrudnienia powinien dążyć do nadania korpusowi służby cywilnej wysokiej pozycji społecznej, a także do stworzenia motywacyjnego systemu wynagrodzenia odpowiadającego istocie stabilnego stosunku pracy.

Z doświadczeń praktycznych wynika, że brak odpowiednich relacji pomiędzy wynagrodzeniami a wynikami pracy członków korpusu służby cywilnej oraz należytej koordynacji pomiędzy płacami w poszczególnych urzędach doprowadził do nadmiernego zróżnicowania systemów płacowych w administracji publicznej. Zaobserwowano bowiem rażące, sięgające nawet do 300%, nieuzasadnione dysproporcje płacowe⁴⁴. Szczególną uwagę należy zwrócić na nadmierną rozpiętość wynagrodzeń na tych samych stanowiskach w różnych resortach i urzędach centralnych, co jest skutkiem nieuzasadnionej preferencji niektórych resortów i urzędów, mającej przełożenie na wielkość przyznawanych im środków na wynagrodzenia.

Świadczy to o tym, że dotychczas nie było czytelnych zasad zarządzania wynagrodzeniami w służbie cywilnej, które powinny być podporządkowane koncepcji zarządzania kadrami w całej administracji rządowej. Płace powinny być bowiem powiązane z kwalifikacjami oraz charakterem pracy na stanowisku, przy uwzględnieniu celów realizowanych przez dany urząd. Wydaje się, że podstawowy problem tkwi w doborze właściwych kryteriów wartościowania, a jest to warunek konieczny, aby zapewnić prawidłową politykę płacową w służbie cywilnej. Ostateczne wyniki wartościowania powinny być wykorzystywane przy ustalaniu mnożników. Skutkiem racjonalizacji wydatków budżetowych na płace nie może być też minimalizacja wynagrodzeń w służbie cywilnej, niekorzystnie wpływająca na dobór odpowiednich kadr⁴⁵.

Ustawa z 24 sierpnia 2006 r. o służbie cywilnej stanowi wprawdzie w art. 54 ust. 1, że stanowiska urzędnicze w korpusie służby cywilnej podlegają opisowi i wartościowaniu, jednak szczegółowe zasady dokonywania tych czynności mają być określone dopiero w zarządzeniu Prezesa Rady Ministrów. Należy mieć nadzieję, że ten bardzo ogólny przepis znajdzie swą konkretyzację w stosownym akcie prawnym, a następnie dojdzie do jego realizacji w praktyce.

⁴⁴ Por. T. Wydra, *Wynagrodzenia w służbie cywilnej*, „Służba Cywilna” 2005, nr 11, s. 83 i n.

⁴⁵ Por. Z. Czajka, *Racjonalizacja systemów wynagradzania w sektorze publicznym*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2005, nr 2, s. 5–7.

VII. PRACA W GODZINACH NADLICZBOWYCH

Kolejny problem wiąże się z pracą w godzinach nadliczbowych. Poprzednio obowiązująca ustawa o służbie cywilnej posługiwała się terminem „praca poza normalnymi godzinami pracy”, a nie „praca w godzinach nadliczbowych”.

W doktrynie przyjmowano nawet, że jest to odmienna konstrukcja prawna, oparta na innych zasadach niż obowiązujące w stosunku do pracy w godzinach nadliczbowych⁴⁶. *Prima facie* należałoby więc uznać, iż do członków korpusu służby cywilnej nie stosuje się przepisów dotyczących godzin nadliczbowych, w tym ustanowionego w kodeksie pracy dobowego i rocznego limitu godzin nadliczbowych.

Przyjęcie takiego stanowiska byłoby jednak zbyt ryzykowne ze względu na to, iż przepisy o czasie pracy nie mogą być interpretowane na niekorzyść pracownika. Poza tym naruszałoby to zasadę prawa pracownika do wypoczynku oraz prawa pracownika do prywatności⁴⁷. Moim zdaniem nie można więc było w tym przypadku twierdzić, iż pracodawca mógł w sposób nieograniczony dysponować czasem członka korpusu służby cywilnej, zwłaszcza że członkowie korpusu służby cywilnej mają 40-godzinną normę tygodniową czasu pracy.

Jak sądzę, należało wykonywanie tego rodzaju pracy traktować jako wykonywanie pracy w godzinach nadliczbowych⁴⁸. Obecnie obowiązujący art. 67 ustawy z 24 sierpnia 2006 r. o służbie cywilnej stanowi wyraźnie o pracy w godzinach nadliczbowych, co należy przyjąć z zadowoleniem.

Nierozwiązany pozostaje jednak nadal problem dotyczący rekompensaty za pracę wykonywaną poza normalnymi godzinami pracy. W świetle art. 67 ust. 6 ustawy o służbie cywilnej pracownikowi służby cywilnej za pracę wykonywaną na polecenie przełożonego w godzinach nadliczbowych przysługuje czas wolny w tym samym wymiarze. Na wniosek pracownika czas wolny może być udzielony bezpośrednio przed lub po urlopie wypoczynkowym.

Natomiast urzędnikowi służby cywilnej za pracę wykonywaną w godzinach nadliczbowych przysługuje czas wolny w tym samym wymiarze tylko wówczas, gdy praca ta wykonywana jest w porze nocnej, oraz zgodnie z art. 67 ust. 8 ustawy o służbie cywilnej za pracę w niedzielę przysługuje dzień wolny od pracy w najbliższym tygodniu, a za pracę w święto przysługuje inny dzień wolny.

Mamy tu do czynienia z nieuzasadnionym zróżnicowaniem sytuacji prawnej pracowników i urzędników służby cywilnej, naruszającym zasadę równego traktowania osób zatrudnionych⁴⁹.

⁴⁶ Zob. K. Rączka, w: J. Jagielski, K. Rączka, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 290.

⁴⁷ Zob. A. Dubowik, *Treść, zmiany i ustanie stosunku pracy w służbie cywilnej*. „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1999, nr 11, s. 24; A. Nycz, *Ochronny charakter przepisów o czasie pracy – wybrane zagadnienia*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1999, nr 3, s. 2–9.

⁴⁸ Zob. H. Szewczyk, *Regulacja prawna szczególnych obowiązków członków korpusu służby cywilnej a ograniczenie zasady równego dostępu do służby publicznej*, w: A. Nowak (red.), *Z problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej*, t. 15, Katowice 2002, s. 101; idem, *Zatrudnienie w służbie cywilnej*, op. cit., s. 143 i n.

⁴⁹ Por. K. Rączka, w: J. Jagielski, K. Rączka, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 292–293.

Z unormowań tych jednoznacznie wynika też, że członkom korpusu służby cywilnej nie przysługuje prawo do odrębnego wynagrodzenia z tytułu wykonywania pracy poza normalnymi godzinami pracy. Oznacza to, że jedynym ekwiwalentem pracy „w godzinach nadliczbowych” członka korpusu służby cywilnej jest czas wolny⁵⁰.

Trudno więc zrozumieć, czym kierował się ustawodawca, po pierwsze – pozbawiając urzędników służby cywilnej prawa do wynagrodzenia i prawa do czasu wolnego za pracę poza normalnymi godzinami pracy wykonywaną w dni powszednie; po drugie – pozbawiając pracowników służby cywilnej prawa do wynagrodzenia za pracę poza normalnymi godzinami pracy, przyznając im jedynie czas wolny. O ile w tym drugim przypadku można to jeszcze uzasadniać prawem do prywatności i odpoczynku, to pozbawienie urzędników służby cywilnej prawa do wynagrodzenia i czasu wolnego narusza zasadę równości osób zatrudnionych.

W dalszym ciągu liczne kontrowersje budzi też stosowanie do członków korpusu służby cywilnej limitów pracy w godzinach nadliczbowych oraz odpowiednie stosowanie w służbie cywilnej norm ochronnych wynikających z art. 131 § 1 i art. 151 § 3 k.p. Konieczna jest w tym zakresie ingerencja ustawodawcy przy uwzględnieniu prawa wspólnotowego nieprzewidującego wyjątków w tym zakresie w odniesieniu do pracowników zatrudnionych w administracji publicznej⁵¹.

Można więc odnieść wrażenie, że regulacja czasu pracy w służbie cywilnej jest nie tylko niespójna wewnętrznie, ale tworzy nieuzasadnioną dyferencjację uprawnień pracowników i urzędników służby cywilnej.

VIII. ODPOWIEDZIALNOŚĆ DYSCYPLINARNA

Ze względu na wagę zadań wykonywanych przez członków korpusu służby cywilnej w przepisach określających ich pozycję prawną w sposób szczególnie określono nie tylko ciężące na nich obowiązki, ale także ustanowiono surową odpowiedzialność dyscyplinarną za naruszenie tych obowiązków.

Odpowiedzialność dyscyplinarna oddziałuje na wykonanie obowiązków pracowniczych. Jej istnienie w stosunku do osób zatrudnionych w służbie publicznej ze względu na szczególny charakter ich pracy jest zapewne uzasadnione. Trudno jednak stawiać tezę, iż w społecznej gospodarce rynkowej środki represyjne (w tym odpowiedzialność dyscyplinarna) mają być podstawowym instrumentem prawnym oddziałującym na postawy osób zatrudnionych⁵².

⁵⁰ Ustawa o pracownikach urzędów państwowych w art. 30 ust. 2 korzystnie ustala ekwiwalent za pracę w godzinach nadliczbowych, przyznając za nią według wyboru pracownika wynagrodzenie albo czas wolny.

⁵¹ Por. A. Tomanek, *Czas pracy w urzędach państwowych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2006, nr 1, s. 23–24.

⁵² Por. Z. Góral, *Środki prawa pracy stymulujące wykonywanie obowiązków pracowniczych*, w: H. Lewandowski, T. Wyka (red.), *Problemy prawa pracy i polityki społecznej*, Łódź 1993, s. 10 i n.; Z. Sypniewski, *Charakter prawny środków zabezpieczających przestrzeganie obowiązków pracowniczych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 1997, nr 4, s. 104.

Tym bardziej że odpowiedzialność dyscyplinarna jest stosowana z reguły na mocy przepisów pragmatyk pracowniczych do pracowników mianowanych. Tymczasem w świetle art. 80 o służbie cywilnej nie tylko mianowany urzędnik służby cywilnej, ale i pracownik tej służby odpowiada dyscyplinarnie za naruszenie obowiązków członka korpusu służby cywilnej. Zwiększonym obowiązkom i odpowiedzialności pracowników służby cywilnej nie odpowiadają jednak większe uprawnienia, tak jak to ma miejsce w przypadku urzędników służby cywilnej, którym przysługuje dodatek służby cywilnej i inne dodatkowe uprawnienia.

IX. ZBIOROWE PRAWO PRACY

Kolejny problem wiąże się z pozbawieniem urzędników służby cywilnej możliwości sprawowania przez nich funkcji związkowych, co jest istotnym ograniczeniem wolności związkowej oraz jest równoznaczne z uniemożliwieniem stworzenia urzędnikom własnej organizacji związkowej. Urzędnicy służby cywilnej mogą natomiast zrzeszać się w związki zawodowe tylko wtedy, gdy członkami władz związkowych są osoby spoza kręgu urzędniczego⁵³.

To ograniczenie jest niezgodne z wiążącymi Polskę umowami międzynarodowymi dotyczącymi wolności związkowej. Dopuszczalne przez organy kontrolne MOP ograniczenia prawa zrzeszania się w związkach zawodowych odnoszą się bowiem zawsze do ograniczenia możliwości zrzeszania się tych osób z innymi grupami pracowników, nigdy zaś do pozbawienia ich możliwości utworzenia własnej organizacji związkowej. Zakaz pełnienia funkcji związkowych przez urzędników pozostaje także pośrednio w sprzeczności z prawem organizacji związkowej do swobodnego wyboru władz⁵⁴.

Wyłączenie władz politycznych *de lege lata* jako strony sporów zbiorowych z pracownikami służby cywilnej w poważnym stopniu ogranicza skuteczność sposobów rozwiązywania tych sporów, przewidzianych w ustawie o rozwiązywaniu sporów zbiorowych⁵⁵. Nieuznawanie w tej ustawie władz publicznych jako strony sporu zbiorowego może zostać uznane za naruszenie art. 7 i 8 konwencji nr 151 MOP i art. 6 ust. 2 i 3 Europejskiej Karty Społecznej, ponieważ jest to bariera utrudniająca skuteczne funkcjonowanie procedur rozwiązywania sporów zbiorowych z pracownikami służby publicznej. Polskie prawo pracy nie zapewnia więc właściwych mechanizmów rozwiązywania sporów zbiorowych dotyczących warunków zatrudnienia pracowników służby publicznej, jakie są wymagane przez wiążące Polskę umowy międzynarodowe. Naruszenia te polegają na braku odpowiednich uregulowań w prawie krajowym⁵⁶.

⁵³ Zob. J. Skoczyński, *Reprezentacja praw i interesów pracowników służby cywilnej*, w: G. Goździewicz (red.), *Reprezentacja praw i interesów pracowniczych*, Toruń 2001, s. 266–267.

⁵⁴ Ibidem, s. 266–267; G. Goździewicz, *Wpływ instytucji zbiorowego prawa pracy na status prawni pracowników służby cywilnej i samorządu terytorialnego*, w: W. Sanetra (red.), *Stosunki pracy...*, op. cit., s. 43–45; K. Rączka, w: J. Jagielski, K. Rączka, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 239–242.

⁵⁵ Zob. J. Skoczyński, *Reprezentacja praw...*, op. cit., s. 273.

⁵⁶ Ibidem, s. 274.

Polskie ograniczenia, zawarte zwłaszcza w art. 19 ust. 3 ustawy z 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych⁵⁷, w wielu wypadkach wykraczają więc poza granice dopuszczane przez wiążące Polskę umowy międzynarodowe, a także pozostają w niezgodzie z ich wykładnią dokonywaną przez kompetentne organy międzynarodowe. Ograniczeniom tym nie towarzyszy wprowadzenie odpowiednich mechanizmów udziału reprezentantów pracowników służb publicznych w ustalaniu przez władze publiczne ich warunków zatrudnienia, co jest wymagane przez wiążącą nasz kraj konwencję nr 151 MOP⁵⁸.

Ustawa z 24 sierpnia 2006 r. o służbie cywilnej w art. 49 ust. 1 pkt 3 wprowadziła wyraźny zakaz uczestniczenia członków korpusu służby cywilnej w strajku lub w akcji protestacyjnej, która zakłócałaby normalne funkcjonowanie urzędu. Znamienne jest, że przepis ten dotyczy nie tylko mianowanych urzędników tej służby, ale również pracowników służby cywilnej i innych osób zatrudnionych w urzędach państwowych⁵⁹. Wydaje się, iż wystarczającym ograniczeniem prawa do strajku w służbach publicznych byłoby pozbawienie go mianowanych urzędników służby cywilnej, co w przypadku urzędników służby cywilnej korespondowałoby z istniejącymi ograniczeniami w zakresie sprawowanych funkcji związkowych⁶⁰.

Wyrazem niekonsekwencji jest też pozbawienie członków korpusu służby cywilnej prawa do strajku, podczas gdy mają oni możliwość wszczynania sporu zbiorowego w zakresie obrony praw i interesów pracowników, w których obronie podejmuje się zazwyczaj akcję strajkową, gdy nie skutkują inne sposoby rozwiązania sporu⁶¹.

Z mocy art. 239 § 3 pkt 1 k.p. układów zbiorowych pracy nie zawiera się dla członków korpusu służby cywilnej. Brak rozszerzenia zakresu stosowania przynajmniej ponadzakładowych układów zbiorowych pracy na te kategorie osób zatrudnionych w administracji publicznej jest co najmniej kontrowersyjny. Niestety w aktualnym stanie prawnym pozbawiono członków korpusu służby cywilnej możliwości zawierania jakichkolwiek układów zbiorowych.

Dla tej grupy społeczno-zawodowej zakres uprawnień i obowiązków określą – jak wiadomo – pragmatyka pracownicza, tj. ustawa o służbie cywilnej. Podstawowa materia będąca tradycyjnie przedmiotem rokowań zbiorowych – wynagrodzenie za pracę i inne świadczenia związane z pracą – zostały ujęte w pragmatyce przy zastosowaniu systemu parametrycznego (mnożników prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia obowiązującego w państwowej sferze budżetowej). Szczegółowe zasady ustalania wynagrodzenia zasadniczego oraz określenia stopni służbowych urzędników służby cywilnej i związanych z tym dodatków reguluje Prezes Rady Ministrów w drodze rozporządzeń. Pracodawca

⁵⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 79, poz. 874 z późn. zm.

⁵⁸ Zob. J. Skoczyński, *Reprezentacja praw...*, op. cit., s. 281.

⁵⁹ Zob. B. Cudowski, w: M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński (red.), *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, Warszawa 2006, s. 492–493.

⁶⁰ Zob. G. Goździewicz, *Wpływ instytucji...*, op. cit., s. 47.

⁶¹ Ibidem, s. 48.

powinien zapewnić członkom korpusu służby cywilnej właściwe warunki realizacji ich obowiązków przewidzianych w ustawie. Jednostronna metoda kształtowania statusu prawnego członków korpusu służby cywilnej w formie regulacji ustawowej, a nie układowej, oznacza, że państwo przejmuje na siebie rolę gwaranta w zakresie ochrony interesów zawodowych i socjalnych tej grupy pracowniczej⁶², z czego niezbyt dobrze do tej pory się wywiązywało.

Członkowie korpusu służby cywilnej mają bowiem swoje interesy na równi z pozostałymi grupami pracowników. Do form realizacji wolności związkowej należą natomiast rokowania zbiorowe⁶³ i udział w nich umożliwiłby tej grupie społeczno-zawodowej lepszą ochronę swoich interesów.

X. UWAGI KOŃCOWE

Na podstawie wyżej przeprowadzonych wywodów można postawić tezę, że konieczna jest głębsza nowelizacja ustawy o służbie cywilnej i innych aktów prawnych normujących poszczególne elementy statusu prawnego członków korpusu służby cywilnej. Nadal aktualny pozostaje też postulat całościowego uregulowania podstaw prawnych stosunków pracy w całym sektorze publicznym, co pozwoliłoby na znowelizowanie i usystematyzowanie przepisów rozrzuconych w różnych aktach prawnych oraz podporządkowanie ich wspólnym regułom ogólnym w jednym akcie rangi ustawowej, który powinien być zharmonizowany zarówno z kodeksem pracy, jak też z odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego. Od wielu już lat powszechnie akceptowany w doktrynie postulat reformowania pragmatyk pracowniczych nadal nie znajduje jednak zrozumienia u ustawodawcy⁶⁴.

BASIC PROBLEMS RELATED TO CIVIL SERVICE LAW REFORMS IN NEW SOCIAL AND ECONOMIC SYSTEM

The critical issue for proper functioning of civil services in Poland is proper normalization of legal status of civil servants, notably those assigned to managerial positions and other independent positions related to performance of tasks for the State, by issuing decisions, their procurement or execution.

Civil Service Act dated 24 August 2006 has however some shortcomings. Among most serious are: too narrow itemized scope of Act, no implementation of

⁶² Zob. G. Goździewicz, *Wpływ instytucji...*, op. cit., s. 52.

⁶³ Por. J. Wrątny, *Niektóre problemy wolności związkowej w krajach kapitalistycznych*, w: *Z problematyki związków zawodowych i współuczestnictwa pracowników w zarządzaniu i współuczestnictwie pracowników w zarządzaniu. Ujęcie prawnoporównawcze*, Warszawa 1982, s. 31.

⁶⁴ Por. Z. Salwa, *Ogólne założenia i kierunki reformy prawa pracy*, w: Z. Salwa (red.), *Przesłanki reformy prawa pracy*, op. cit., s. 9 i n.; W. Sanetra, *Kierunki i zakres nowelizacji kodeksu pracy*, w: Z. Salwa i M. Matey (red.), *Przesłanki i kierunki reformy...*, op. cit., s. 59 i n.; A. Świątkowski, *Przyszłość prawa pracy*, w: A. Świątkowski (red.), *Polskie prawo pracy w procesie przemian*, Kraków 1991, s. 9 i n.

equal access to Civil Service principle, which affects the transparency of recruitment to Civil Service and competition status of CS qualification procedure. Some other regulations, concerning remunerations, working time in Civil Service, and some Solutions of collective employment law, are to be altered.

Based on discussions the thesis can be put forward that deeper amendment to Civil Service Act, as well as other regulations, is required to normalize individual elements governing civil servants' legal status, one compliant with international law.

SABINA GRABOWSKA

MODELE REGULACJI LUDOWEJ INICJATYWY USTAWODAWCZEJ

Ludowa inicjatywa ustawodawcza jest mało znaną i rzadko spotykaną instytucją w prawodawstwach państw europejskich. Inicjatywa ta jest prawem pewnej liczby obywateli do złożenia wniosku w określonej sprawie w celu uchwalenia ustawy¹. Tylko nieliczne państwa posiadają w swym ustawodawstwie przepisy, które by regulowały ten rodzaj inicjatywy ludowej, przy czym sposób uregulowania jest zróżnicowany, od bardzo sformalizowanego do całkiem schematycznego i pobieżnego. Wszędzie uważana jest za ważny element ustroju i istotne uzupełnienie demokracji parlamentarnej².

W niniejszym opracowaniu postaram się przybliżyć dwa odmienne sposoby uregulowań tej inicjatywy na przykładzie Austrii i Polski.

Obywatele Republiki Austrii mają prawo do złożenia ludowego projektu ustawy. Art. 41 ust. 2 Konstytucji Austrii umożliwia złożenie projektu ustawy przez grupę co najmniej 100 tys. obywateli uprawnionych do złożenia podpisu pod ludowym projektem lub przez 1/6 uprawnionych do złożenia podpisu pod ludowym projektem z trzech krajów federalnych³.

Początki ludowej inicjatywy ustawodawczej w Austrii sięgają teoretycznie 1929 r., korzystanie z niej zaś stało się możliwe w 1931 r., kiedy to uchwalono pierwszą ustawę regulującą zasady postępowania w sprawie inicjatywy ludowej⁴. Dopiero w 1964 r. zgłoszona została przez obywateli pierwsza inicjatywa ustawodawcza⁵. W pierwszym okresie funkcjonowania ludowej inicjatywy ustawodawczej (lata 1931–1934) mało kto w Austrii wiedział, co to jest za forma demokracji bezpośredniej, lata wojny wykluczyły możliwość jej stosowania. Okres powojenny, aż do 1963 r., był czasem

¹ Zob. W. Kraluk, *O rozumieniu i regulacji normatywnej demokracji bezpośredniej w nowej Konstytucji*, w: A. Szmyt (red.), *Wybrane zagadnienia nowej Konstytucji*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, t. III, Gdańsk 1998, s. 22.

² R.R. Ludwikowski, *Prawo konstytucyjne porównawcze*, Toruń 2000, s. 222; S. Grabowska, *Instytucja ogólnokrajowej inicjatywy ludowej w wybranych państwach europejskich. Studium prawnoporównawcze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2005, s. 82–138.

³ Federalna Ustawa Konstytucyjna Republiki Austrii z dnia 1 października 1920 r., tłum. i wstęp P. Czarny i B. Naleziński, Warszawa 2004, s. 74.

⁴ Ustawa z dnia 16 czerwca 1931 r. o inicjatywie ludowej (oryginalny tytuł: *Volksbegehrensgesetz*) (BGBl nr 181/1931); W.C. Muller, *Party Competition and Plebiscitary Politics in Austria*, „Electoral Studies” 1998, Vol. 17, nr 1, s. 23.

⁵ W.C. Muller, *Party Competition...*, op. cit., s. 24–25; A. Pelinka, S. Rosenberger, *Österreichische Politik*, Wien 2000, s. 73.

licznych polemik naukowych na temat tego, czy przepisy ustawy z 1931 r. powinny nadal obowiązywać oraz czy istnieje możliwość występowania z wnioskiem w sprawie złożenia ludowego projektu ustawy do parlamentu? Prawnicy konstytucjoniści, tacy jak L. Adamovich, H. Spanner i R. Walter, uważali, iż ustawa ta nie powinna w dalszym ciągu obowiązywać⁶. Te dylematy mogły być przyczyną tak długiego, jedynie teoretycznego jej funkcjonowania w prawodawstwie austriackim. Dopiero po zmianie ustawy w 1963 r. możliwe stało się praktyczne wykorzystanie inicjatywy ludowej. Na pierwszą inicjatywę nie trzeba było długo czekać. Została przeprowadzona w dniach 5–12 października 1964 r. i dotyczyła reformy systemu mediów. Ostatecznie parlament uchwalił nową ustawę dnia 27 czerwca 1973 r. o inicjatywie ludowej (zwaną dalej ustawą 344/1973)⁷.

Ludowa inicjatywa ustawodawcza w prawie polskim pojawiła się z chwilą uchwalenia nowej Konstytucji RP⁸. Artykuł 118 ust. 2 Konstytucji RP stanowi, iż prawo inicjatywy ustawodawczej przysługuje grupie co najmniej 100 tys. obywateli posiadających pełnię praw wyborczych, a tryb postępowania w tej sprawie zostanie określony ustawą⁹. Aby umożliwić obywatelom korzystanie z tego prawa, Sejm uchwalił 24 czerwca 1999 r. ustawę o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli (zwaną dalej ustawą o wykonywaniu inicjatywy¹⁰). Nie reguluje ona zasad, lecz tryb postępowania w sprawie wykonywania inicjatywy ustawodawczej¹¹.

I. PODMIOTY UPRAWNIONE DO WYSTĄPIENIA Z LUDOWĄ INICJATYWĄ USTAWODAWCZĄ

We wszystkich przypadkach podmiotami uprawnionymi do wystąpienia z ludową inicjatywą ustawodawczą jest określona grupa obywateli. Aby jednak gru-

⁶ Zob. L. Adamovich, H. Spanner, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, Vienna 1957, s. 63 i n.; R. Walter, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, Vienna 1972, s. 44.

⁷ Ustawa z dnia 27 czerwca 1973 r. o inicjatywie ludowej (oryginalny tytuł: *Yblksbegehrengesetz*) (BGBlNr 344/1973).

⁸ Tylko incydentalnie instytucja inicjatywy ludowej w sprawie złożenia projektu nowej konstytucji pojawiła się w ustawie konstytucyjnej z dnia 23 kwietnia 1992 r. o trybie przygotowania i uchwalenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 67, poz. 336 z późn. zm.), po nowelizacji z dnia 22 kwietnia 1994 r. (Ustawa konstytucyjna z dnia 22 kwietnia 1994 r. o zmianie ustawy konstytucyjnej o trybie przygotowania i uchwalenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – Dz.U. Nr 61, poz. 251). Zob. R. Chruściak, *Projekty Konstytucji 1993–1997*, t. 1, 2, Warszawa 1997; W. Skrzydło, *Władza ustawodawcza w Konstytucji RP*, w: R. Mojak (red.), *Ustrój konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej, Społeczeństwa – demokracje – konstytucje*, t. X, Lublin 2000, s. 170.

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

¹⁰ Ustawa z dnia 24 czerwca 1999 r. o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli (Dz.U. Nr 62, poz. 688) – dalej ustawa o wykonywaniu inicjatywy.

¹¹ Zob. P. Uziębło, *Ustawa z 1999 r. o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli*, „Przegląd Sejmowy” 2000, nr 4, s. 47 i n.; A. Szmyt, *Obywatelska inicjatywa ustawodawcza*, w: A. Szmyt (red.), *Wybrane zagadnienia nowej Konstytucji*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, t. III, Gdańsk 1998, s. 145 i n.; J. Szymanek, *Ludowa inicjatywa ustawodawcza. Uwagi de lege lata*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 3, s. 52–69; S. Grabowska, *Inicjatywa ustawodawcza obywateli*, „Studia z prawa wyznaniowego”, Lublin 2001, nr 2, s. 149–158, idem, *Inicjatywa ludowa w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Rzeszowskie Zeszyty Naukowe”, t. 30, Rzeszów 2001, s. 169–186.

pa ta mogła sprawnie działać i wykonywać swoje prawo, powinna mieć swojego reprezentanta bądź reprezentantów. Problem ten znalazł różne rozwiązania.

W Austrii minimalną liczbą obywateli popierających projekt ludowej ustawy jest 100 tys. osób uprawnionych do złożenia podpisu pod ludowym projektem lub 1/6 tych osób w trzech krajach federalnych (do nowelizacji ustawy w 1981 r. było to 200 tys. podpisów lub 1/2 uprawnionych do złożenia podpisu pod ludowym projektem w trzech krajach)¹². Osoby uprawnione wyrażają swoje poparcie, składając podpis pod projektem na specjalnych kartach do zbierania podpisów. Karty te powinny zawierać imię, nazwisko i datę urodzenia osoby składającej podpis¹³.

Inicjatywę ludową może poprzeć ten, kto w dniu wydania przez ministra spraw wewnętrznych decyzji o wszczęciu postępowania o zbieraniu podpisów posiada prawo głosowania w wyborach do Rady Narodowej i zamieszkuje na terenie jednej z gmin Austrii¹⁴.

Osoba zamierzająca udzielić poparcia ludowemu wnioskowi w sprawie uchwalenia ustawy może złożyć oświadczenie o poparciu lub podpisać się na arkuszach do zbierania podpisów w trakcie akcji zbierania podpisów pod projektem ustawy. Każdy uprawniony do złożenia podpisu pod ludowym projektem może wpisać się na listę tylko raz¹⁵.

Grupa obywateli występująca z inicjatywą ludową posiada swojego pełnomocnika. Pełnomocnikiem i zastępcami pełnomocnika mogą zostać osoby, które znajdują się w spisie wyborczym i zamieszkują na terenie kraju. Osoby, które nie poparły ludowego projektu ustawy, również mogą zostać pełnomocnikiem lub jego zastępcą. W przypadku gdy pełnomocnik lub jeden z jego zastępców nie poprze ludowego projektu, do wniosku dołącza się potwierdzenie jego figurowania w spisie wyborczym z gminy wyznaczonej do prowadzenia tego spisu. W sytuacji kiedy pełnomocnik nie jest w stanie sprawować swojej funkcji, do podpisania projektu ustawy oraz obsługi rachunku bankowego inicjatywy ludowej upoważnieni są wspólnie zastępcy pełnomocnika¹⁶.

Pełnomocnikowi przysługuje prawo delegowania jednej zaufanej osoby do uczestniczenia w postępowaniu o ustalenie wyników akcji zbierania podpisów pod projektem ustawy, przeprowadzanym przez organy wyborcze. Dla każdej zaufanej osoby może zostać wyznaczony zastępca. Przedkładają oni organom wyborczym zaświadczenia wystawione przez pełnomocnika i są uprawnieni do obserwowania postępowania, lecz nie mają wpływu na decyzję tych organów¹⁷.

¹² W.C. Muller, *Plebiscitary agenda – setting and party strategies. Theoretical Considerations and Evidence from Austria*, „Party Politics”, Vol. 5, nr 3, London–Thousand Oaks–New Delhi 1999, s. 304.

¹³ § 10 pkt 1, § 11 pkt 1 ustawy 344/1973.

¹⁴ § 6 ustawy 344/1973.

¹⁵ § 7 pkt 5 ustawy 344/1973.

¹⁶ § 3 pkt 4 ustawy 344/1973. S. Grabowska, *Ludowa inicjatywa ustawodawcza w Austrii*, „Gospodarka, Administracja, Samorząd”, *Kwartalnik Wyższej Szkoły Administracji i Zarządzania w Przemysłu* 2002, nr 1–2, s. 54–61.

¹⁷ § 17 ustawy 344/1973. W.C. Muller, *Plebiscitary agenda...*, op. cit., s. 305–306.

W myśl polskich przepisów, z inicjatywą ustawodawczą, jak już wspomniano, może wystąpić grupa co najmniej 100 tys. obywateli posiadających czynne prawo wyborcze¹⁸.

W trakcie prac nad nową polską konstytucją w komisji konstytucyjnej pojawił się pogląd, iż liczba 100 tys. podpisów to za dużo i trudno będzie je zebrać¹⁹. Dowodzono także, że liczba ta jest znacznie za mała i Sejm zostanie zalany przez liczne obywatelskie projekty ustaw²⁰. W praktyce zebranie prawie 200 tys. podpisów popierających pierwszy ludowy projekt ustawy o zachowaniu narodowego charakteru strategicznych zasobów naturalnych kraju zajęło komitetowi zaledwie trzy tygodnie. Dnia 14 września 1999 r. Marszałek Sejmu przyjął zawiadomienie o powstaniu komitetu, a już dnia 4 października został złożony przez pełnomocnika komitetu projekt ustawy wraz z wymaganą liczbą podpisów²¹. Jak widać, zebranie ustawowej liczby podpisów nie stanowiło żadnego utrudnienia. Nieuzasadnione były także obawy, że do Sejmu trafi niezliczona ilość projektów obywatelskich. Dotychczas do tego nie doszło i jak wskazuje praktyka wcale się na to nie zanosi.

Aby grupa obywateli mogła wystąpić z inicjatywą ustawodawczą, musi powstać komitet inicjatywy ustawodawczej²². Komitet taki tworzy co najmniej 15 polskich obywateli posiadających czynne prawo wyborcze, którzy jako pierwsi poparli projekt ustawy. Przystępując do komitetu, składają oni pisemne oświadczenia wraz z podaniem imienia, nazwiska i adresu zamieszkania oraz numeru ewidencyjnego PESEL²³. Do zadań komitetu należy: przygotowanie projektu ustawy, rozpowszechnianie go, prowadzenie kampanii promocyjnej, a także organizacja akcji zbierania podpisów obywateli popierających projekt²⁴.

W celu usprawnienia działań komitet posiada pełnomocnika oraz zastępcę pełnomocnika. Działają oni w imieniu i na jego rzecz. Pełnomocnik, po zebraniu 1000 podpisów obywateli popierających projekt ustawy, zawiadamia Marszałka

¹⁸ Art. 2 ustawy o wykonywaniu inicjatywy; W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002, s. 151. Szerzej o zasadach prawa wyborczego J. Buczkowski, *Podstawowe zasady prawa wyborczego III Rzeczypospolitej*, Lublin 1998, s. 39–45; K. Skotnicki, *Zasada powszechności w prawie wyborczym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Łódź 2000, s. 22–30; B. Banaszak, *Prawo wyborcze obywateli*, Warszawa 1996, s. 13.

¹⁹ J. Jaskiemia, *Zasady demokratycznego państwa prawnego w sejmowym postępowaniu ustawodawczym*, Warszawa 1999, s. 400; M. Pietrzak, *Demokracja reprezentacyjna i bezpośrednia w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, w: M.T. Staszewski (red.), *Referendum konstytucyjne w Polsce*, Warszawa 1997, s. 55 i n.

²⁰ S. Grabowska, *Geneza i ewolucja inicjatywy ludowej w Europie*, Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji Wyższej Szkoły Pedagogicznej w Częstochowie, Historia – Prawo – Administracja. Gubemaculum et Administratio, Częstochowa 2001, s. 142.

²¹ Pierwsze czytanie odbyło się na 64 posiedzeniu Sejmu, dnia 18 listopada 1999 r., a ustawa została uchwalona dopiero po prawie dwóch latach, tj. na 112 posiedzeniu Sejmu, dnia 6 lipca 2001 r. (Dz.U. Nr 97, poz. 1051).

²² M. Jabłoński, *Obywatelskie prawo inicjatywy ustawodawczej*, w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 652.

²³ Art. 5 ustawy o wykonywaniu inicjatywy.

²⁴ S. Grabowska, *Inicjatywa ustawodawcza...*, op. cit., s. 149; J. Szymanek, *Ludowa inicjatywa...*, op. cit., s. 60.

Sejmu o powstaniu komitetu²⁵. Z chwilą wydania przez Marszałka Sejmu postanowienia o przyjęciu zawiadomienia, komitet inicjatywy ustawodawczej obywateli uzyskuje osobowość prawną. Po ogłoszeniu tego faktu w dzienniku ogólnopolskim, a także podaniu do publicznej wiadomości adresu organizatorów inicjatywy i miejsca udostępnienia do wglądu projektu ustawy można rozpocząć akcję zbierania podpisów²⁶.

Powstaje pytanie, jak w sposób legalny można zdobyć ten pierwszy 1000 podpisów, jeśli komitet prawo ich zbierania nabywa dopiero z chwilą uzyskania od Marszałka Sejmu postanowienia o przyjęciu zawiadomienia?²⁷ Rozwiązaniem problemu może być zastosowanie do przepisów ustawy wykładni, w myśl której zbieranie pierwszego 1000 podpisów może odbywać się bez zawiadamiania Marszałka Sejmu. Tak więc przepis art. 6 ust. 1 ustawy o wykonywaniu inicjatywy to wobec art. 6 ust. 4 tej samej ustawy postanowienie szczególne, a więc mające pierwszeństwo²⁸.

Komitet inicjatywy ustawodawczej obywateli ulega rozwiązaniu po trzech miesiącach od dnia zakończenia postępowania ustawodawczego, wydania przez Marszałka Sejmu postanowienia o odmowie nadania biegu projektowi ustawy, wydania przez Sąd Najwyższy postanowienia o oddaleniu zaskarżonego przez pełnomocnika komitetu postanowienia Marszałka Sejmu o odmowie nadania biegu projektowi ustawy. Komitet ulega rozwiązaniu także wtedy, gdy pełnomocnik w terminie trzech miesięcy nie wniesie projektu ustawy do Marszałka Sejmu oraz kiedy pełnomocnik złoży sprawozdanie finansowe na ręce ministra finansów po upływie terminu trzech miesięcy²⁹.

Ustawodawca w art. 18 ustawy pominął dwa przypadki, w których komitet ulega rozwiązaniu. Tak więc komitet powinien ulec rozwiązaniu w przypadku wydania przez Marszałka Sejmu postanowienia o odmowie przyjęcia projektu ustawy oraz gdy Sąd Najwyższy wyda postanowienie o odrzuceniu skargi pełnomocnika na postanowienie Marszałka Sejmu o odmowie przyjęcia projektu ustawy³⁰.

Ponadto w art. 18 ust. 1 pkt 2 mamy do czynienia z pomyłką ustawodawcy co do postanowienia Sądu Najwyższego. Przepis ten mówi, że komitet ulega rozwiązaniu po upływie trzech miesięcy od daty wydania przez Sąd Najwyższy postanowienia oddalającego zaskarżone postanowienie Marszałka Sejmu o odmowie nadania biegu projektowi ustawy. Sąd Najwyższy, oddalając to postanowienie, nakłada na Marszałka Sejmu obowiązek skierowania tego projektu do Sejmu.

²⁵ Art. 6 ust. 1 ustawy o wykonywaniu inicjatywy. Podpisy te stanowią część wymaganej liczby 100 tysięcy podpisów obywateli popierających projekt ustawy.

²⁶ Art. 7 ust. 1 ustawy o wykonywaniu inicjatywy; H. Zięba-Załucka, *Instytucja obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej w RP*, w: „Rzeszowskie Zeszyty Naukowe Prawo–Ekonomia (seria prawnicza)”, t. XXX, Rzeszów 2001, s. 158.

²⁷ Problem ten poruszył poseł J. Madej w dyskusji nad poprawkami Senatu, lecz jego uwagi nie zostały uwzględnione.

²⁸ Zob. P. Winczorek, *Obywatele wnoszą projekt ustawy*, „Rzeczpospolita”, nr 196, z dnia 23 sierpnia 1999 r.

²⁹ Art. 18 ustawy o wykonywaniu inicjatywy.

³⁰ Art. 11 ustawy o wykonywaniu inicjatywy.

Pierwsze czytanie przeprowadza się w terminie trzech miesięcy od dnia wydania postanowienia. W dyskusji w Sejmie nad projektem obywatelskim bierze udział pełnomocnik komitetu. Jak więc pełnomocnik może wziąć udział w pracach Sejmu, jeśli w tym samym terminie trzech miesięcy komitet ulega rozwiązaniu? Być może ustawodawcy chodziło o postanowienie Sądu Najwyższego oddalające zaskarżenie (a nie zaskarżone postanowienie) postanowienia Marszałka Sejmu o odmowie nadania biegu projektowi ustawy. W tym przypadku rozwiązanie komitetu inicjatywy ustawodawczej miałoby sens³¹.

II. ZAKRES PRZEDMIOTOWY LUDOWEJ INICJATYWY USTAWODAWCZEJ

Zakres przedmiotowy ludowej inicjatywy ustawodawczej jest zróżnicowany. W niektórych państwach rozumiany jest bardzo szeroko. W innych jest ograniczony licznymi wyłączeniami dotyczącymi np. budżetu, ratyfikowania umów międzynarodowych czy prawa łaski. W tym opracowaniu poddano analizie ludową inicjatywę ustawodawczą dotyczącą tylko ustawodawstwa zwykłego.

Przedmiotem inicjatywy ludowej w Austrii mogą stać się sprawy, które można uregulować w formie zwykłej ustawy federalnej. Wykluczona jest tylko możliwość wniesienia projektu budżetu, ponieważ to prawo posiada wyłącznie rząd federalny³².

Pojęcie „ustawy” w prawodawstwie austriackim zostało już dawno określone³³. Tak więc ustawy są aktami prawnymi ujmującymi rodzajowo reglamentowane stany faktyczne (akty abstrakcyjne) i skierowane do nieokreślonej liczby adresatów (akty generalne).

Jak wskazuje praktyka, materia ludowych projektów ustaw jest bardzo zróżnicowana. Jednakże nie wykracza poza przepisy kompetencyjne, dotyczące podziału zakresu ustawodawstwa pomiędzy federację a kraje federalne³⁴. W drodze inicjatywy ludowej zgłaszano między innymi propozycje: reformy systemu mediów, skrócenia z czterdziestopięć- do czterdziestogodzinnego tygodnia pracy, przeciwko aborcji, przeciwko budowie międzynarodowego centrum konferencyjnego w Wiedniu, przeciwko imigrantom czy ochrony zwierząt³⁵.

W Polsce inicjatywa obywatelska nie może dotyczyć spraw zastrzeżonych w konstytucji dla innych podmiotów posiadających prawo inicjatywy ustawo-

³¹ S. Grabowska, *Inicjatywa ustawodawcza...*, op. cit., s. 157.

³² Zob. K.R. Luther, *Die Freiheitlichen*, w: H. Dachs (red.), *Handbuch des politischen Systems Österreichs*, Vienna 1997, s. 233; G. Rabinowitz, S. Macdonald, *A Directional Theory of Issue Voting*, „American Political Science Review” 1982, nr 83, s. 93–121.

³³ F. Ermacora, *Österreichische Verfassungslehre*, t. 1, Wien 1970, s. 215.

³⁴ R. Sarnecki, *System konstytucyjny Austrii*, Warszawa 1999, s. 66.

³⁵ Zob. V. Ergert, *50 Jahre Rundfunk in Österreich*, Vol. III, Salzburg 1977, s. 324; W.C. Müller, *Die Rolle der Parteien bei Entstehung und Entwicklung der Sozialpartnerschaft*, w: P. Gerlich, E. Grande, W.C. Müller (red.), *Sozialpartnerschaft in der Krise*, Vienna 1985, s. 135 i n.; F. Plasser, P.A. Ullrich, *Meinungstrends, Mobilisierung und Motivlagen bei der Volksabstimmung über den EU – Beitritt*, w: A. Pelinka (red.), *In EU – Referendum*, Vienna 1994, s. 87 i n.; K. Feldmann, *Die Diskussion zur Asyl – und Ausländerpolitik in Österreich*, „Österreichisches Jahrbuch für Politik” 1992, Wien 1992, s. 457–474.

dawczej³⁶. Artykuł 221 Konstytucji mówi, że prawo inicjatywy ustawodawczej w zakresie ustaw: budżetowej, o prowizorium budżetowym, o zaciąganiu długu publicznego, oraz o udzielaniu gwarancji finansowych przez państwo przysługuje wyłącznie Radzie Ministrów³⁷. W materii stosunków pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a innymi niż Kościół katolicki Kościołami i związkami wyznaniowymi, zgodnie z art. 25 ust. 5 Konstytucji RP, prawo inicjatywy ustawodawczej przyznano tylko Radzie Ministrów, wykluczając tym samym możliwość wystąpienia obywateli z ludową inicjatywą ustawodawczą³⁸.

Dopuszczenie inicjatywy ludowej w sprawie zgłoszenia projektu ustawy wyrażającej zgodę na ratyfikację umowy międzynarodowej (art. 90 Konstytucji RP) może budzić pewne wątpliwości. Należy zgodzić się z opinią M. Jabłońskiego, który twierdzi, iż „przyczyna tej niepewności tkwi w wyłącznym umocowaniu Sejmu do podjęcia decyzji w sprawie wyboru trybu podejmowania takiej zgody. Kompetencja ta wskazywałaby bowiem, że prawo zgłoszenia projektu ustawy przysługuje tylko temu organowi”³⁹.

Ustawodawca, nie wskazując w art. 235 ust. 1 Konstytucji RP grupy obywateli, jako jednego z podmiotów mogących przedłożyć projekt o zmianie Konstytucji, wyłączył stosowanie konstytucyjnej inicjatywy obywatelskiej⁴⁰. W ten pośredni sposób określił inicjatywę ustawodawczą obywateli jako tzw. inicjatywę zwykłą, odnoszącą się jedynie do ustaw⁴¹.

Nieuzasadnione wydaje się rozważanie, czy grupa obywateli może złożyć projekt regulaminu Sejmu lub Senatu w drodze inicjatywy ludowej⁴². Uprawnienie do zgłaszania tych projektów nie należy do materii inicjatywy ludowej. Regulaminy te są przepisami wewnętrznymi tych izb uchwalanymi w formie uchwały.

III. WNIOSEK O DOPUSZCZENIE LUDOWEJ INICJATYWY USTAWODAWCZEJ, LUDOWY PROJEKT USTAWY

Złożenie wniosku o dopuszczenie ludowej inicjatywy ustawodawczej i projektu ustawy wraz dodatkowymi dokumentami zostało różnie uregulowane, lecz zachowano pewne stałe wymagania co do samej procedury. W każdym przypadku ustawodawca nałożył na wnioskodawcę obowiązek przedstawienia gotowego projektu ustawy z podziałem na artykuły i z uzasadnieniem.

³⁶ Art. 3 ustawy o wykonywaniu inicjatywy; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1999, s. 249.

³⁷ J. Kuciński, *Konstytucyjny ustrój państwowy Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 158.

³⁸ A. Szmyt, *Obywatelska inicjatywa...*, op. cit., s. 151.

³⁹ M. Jabłoński, *Obywatelskie prawo...*, op. cit., s. 651–652.

⁴⁰ W. Skrzydło, *Władza ustawodawcza...*, op. cit., s. 155 i n.

⁴¹ Szerzej R. Balicki, M. Jabłoński, *Materiały do prawa konstytucyjnego*, Warszawa 1999, s. 110; uzasadnienie uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 września 1994 r., W10/93, OTK 1994 r., cz. II, s. 201; H. Zięba-Załucka, *Sejm Rzeczypospolitej*, w: H. Zięba-Załucka (red.), *Wybrane instytucje prawa konstytucyjnego*, Przemyśl 1998, s. 30.

⁴² P. Uziębło, *Ustawa z 1999 r...*, op. cit., s. 52.

Obowiązek przedłożenia gotowego projektu oznacza, iż ustawodawca wprowadził tzw. inicjatywę sformułowaną, czyli konieczność przedłożenia propozycji w formie odpowiadającej zasadom techniki prawodawczej⁴³. Tym samym odrzucono dopuszczalność tzw. inicjatywy niesformułowanej, pozwalającej na traktowanie jako inicjatywy ustawodawczej samego tylko „postulatu”⁴⁴.

Jest to utrudnienie dla grupy osób składających ludowy projekt, ponieważ nie dysponują oni takim zapleczem jak np. rząd i trudno jest im uzyskać wymagane ekspertyzy, oceny i dane, dostępne niejako „z urzędu” dla rządu czy parlamentarzystów. Z drugiej jednak strony, utrudnienia te stanowią barierę, dzięki której zahamowana została, już na samym początku, możliwość zalania parlamentu „półproduktami” ustawodawczymi.

Wniosek o wszczęcie postępowania w sprawie realizacji austriackiej ludowej inicjatywy ustawodawczej powinien zawierać: tekst projektu ustawy, oznaczenie skrótowe, mogące zawierać maksymalnie trzy słowa, dane pełnomocnika, a także jego czterech zastępców (imię, nazwisko, zawód, adres), dane rachunku bankowego, do którego są wspólnie upoważnieni pełnomocnik i jego zastępcy oraz ich podpisy. Projekt ustawy powinien być przedstawiony w formie gotowego tekstu z podziałem na artykuły. Ponadto należy złożyć wypełnione i własnoręcznie podpisane oświadczenia o poparciu projektu oraz uzasadnienie projektu ustawy z wymienionymi wyżej dodatkowymi dokumentami⁴⁵.

Do wniosku należy dołączyć oświadczenia osób popierających ludowy projekt ustawy, którzy są uwzględnieni w spisie wyborczym i zamieszkują na terenie kraju. Oświadczenie składają tylko te osoby, które zdecydowały się poprzeć ludowy projekt ustawy jeszcze przed złożeniem wniosku w tej sprawie u ministra spraw wewnętrznych. Liczba złożonych oświadczeń nie może być mniejsza od jednego promila liczby mieszkańców ustalonej podczas ostatniego zwyczajnego lub wyjątkowego spisu ludności Austrii⁴⁶. Liczba wymaganych oświadczeń ulegała zmianie. Początkowo ustawa z 1931 r. wymagała 10 tys. podpisów, w 1963 r. liczbę tę podniesiono do 30 tys., następnie w 1973 r. ustalono na 10 tys. Obecnie, jak już wspomniano, stanowi ona nie mniej niż jeden promil liczby mieszkańców Austrii⁴⁷.

Zamiast oświadczeń grupy osób możliwe jest dołączenie do wniosku oświadczeń o poparciu złożonych przez ośmiu członków Rady Narodowej (*Nationalrat*) lub przez czterech członków z trzech Rad Krajowych (w sumie dwunastu). Również i te proporcje ulegały zmianom. W 1931 r. ustawa wymagała aż trzydziestu oświadczeń członków *Nationalrat* lub trzydziestu członków Rad Krajowych

⁴³ Zob. J. Szymanek, *Ludowa inicjatywa...*, op. cit., s. 54.

⁴⁴ Zob. A. Szmyt, *Obywatelska inicjatywa...*, op. cit., s. 152–153; Z. Witkowski (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 1998, s. 400–401.

⁴⁵ § 3 pkt 3, 5 ustawy 344/1973.

⁴⁶ § 4 pkt 1 ustawy 344/1973.

⁴⁷ Zob. E.S. Macdonald, G. Rabinowitz, O. Listhaug, *On Attempting to Rehabilitate the Proximity Model: Sometimes the Patient Just Cant Be Helped*, „Jurnal of Politics” 1998, nr 60, s. 653 i n.; W.C. Muller, *Das Parteiensystem in der Zweiten Republik: Entwicklungsphasen und Dynamik seit 1986*, w: R. Kriechbaumer (red.), *Österreichische Nationalgeschichte nach 1945*, Vienna 1998, s. 199 i n.

(po dziesięciu z trzech Rad). Następnie liczby te uległy zmniejszeniu do piętnastu członków *Nationalrat* lub piętnastu członków z Rad Krajowych. Dopiero w 1973 r. ustalono je na wyżej wymienionym poziomie⁴⁸.

W oświadczeniu o poparciu ludowego wniosku w sprawie złożenia projektu ustawy osoba przedstawia swoje imię i nazwisko, datę urodzenia, miejsce zamieszkania oraz podpis złożony przed władzami gminy lub potwierdzony sądowo lub notarialnie⁴⁹. Gmina udziela potwierdzenia, jeżeli oświadczenie zawiera wszystkie wyżej wymienione dane i osoba ta wpisana jest do spisu wyborczego jako uprawniona do wzięcia udziału w wyborach oraz zamieszkuje na terenie gminy. Oświadczenia są aktualne tylko wtedy gdy znajdujące się na nich potwierdzenie gminy zostało udzielone po pierwszym styczniu roku poprzedzającego złożenie projektu⁵⁰.

Wniosek wraz ze wszystkimi załącznikami pełnomocnik składa u ministra spraw wewnętrznych, który w ciągu trzech tygodni podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania w sprawie realizacji inicjatywy ludowej⁵¹. Wniosek o wszczęciu postępowania zostaje zatwierdzony, gdy zostaną spełnione wszystkie wymogi określone przepisami⁵².

Ludowy projekt ustawy, wraz z zebranymi pod nim podpisami, uzasadnieniem oraz załącznikami jak we wniosku, państwowe organy wyborcze przedkładają do rozpatrzenia Radzie Narodowej⁵³.

Należy dodać, iż w austriackiej literaturze z zakresu prawa konstytucyjnego, jak również w wypowiedziach polityków podkreślane jest znaczenie, jakie na wstępnym etapie opracowywania projektu ustawy ma tzw. przedparlamentarna faza procesu ustawodawczego poprzedzająca skorzystanie przez organizatorów z prawa inicjatywy ustawodawczej⁵⁴. W fazie tej istotne są różne nieformalne naciski o charakterze politycznym, przedstawianie swoich interesów przez ugrupowania polityczne, związki interesów, izby zawodowe, itp. Ważne jest również korzystanie przez składających projekt ustawy z różnych ekspertyz, zasięganie opinii różnych grup społecznych itp.⁵⁵

⁴⁸ W.C. Muller, *Party Competition...*, op. cit., s. 24–25.

⁴⁹ Podpisy na oświadczeniach o poparciu projektu, na których gmina udzieliła potwierdzenia, liczą się jako ważne głosy w rozumieniu przepisów rozdziału III ustawy 344/1973. W przypadku każdego uprawnionego do głosowania, który otrzymał od gminy potwierdzenie, gminy mają obowiązek odnotować ten fakt w spisie wyborczym.

⁵⁰ Gminy są zobowiązane do niezwłocznego przygotowania potwierdzenia do oświadczeń o poparciu projektu bez ściągania kosztów administracyjnych i pobierania innych opłat; w tym przypadku gminy stosują posiadane przez nie formularze, przygotowane pod kątem projektu ustawy podanego przez popierających projekt. W przypadku gdy jakaś osoba przekazuje gminie formularze, gmina ma obowiązek przekazać złożone u niej i dotyczące określonego projektu ustawy oświadczenia o poparciu projektu w określonym przez tę osobę czasie, pod wskazany przez tę osobę adres w kraju.

⁵¹ § 5 pkt 1 ustawy 344/1973.

⁵² W.C. Muller, *Party Competition...*, op. cit., s. 23.

⁵³ § 19 ustawy 344/1973.

⁵⁴ K. Korinek, *Sozialpartnerschaft und Parlament*, w: H. Schambeck (red.), *Österreichs Parlamentarismus. Werden und System*, Berlin 1986, s. 646–649.

⁵⁵ B. Banaszak, *Regulacja prawna procedury legislacyjnej w Austrii*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 5, s. 77.

W myśl polskich przepisów pełnomocnik komitetu inicjatywy, po zebraniu 1000 podpisów obywateli popierających projekt ustawy, zawiadamia Marszałka Sejmu o utworzeniu komitetu i o zamiarze złożenia obywatelskiego projektu ustawy w Sejmie⁵⁶. Takie zawiadomienie, oprócz 1000 podpisów, zawiera pełną nazwę komitetu, jego dokładny adres, dane członków komitetu, dane pełnomocnika i jego zastępcy oraz projekt ustawy wraz z uzasadnieniem. Uzasadnienie takie powinno zawierać: wyjaśnienie potrzeby i celu uchwalenia takiej ustawy; skutki społeczne, gospodarcze, finansowe i prawne; źródła finansowania ustawy; różnice pomiędzy aktualnym a projektowanym stanem prawnym; oświadczenie o zgodności ludowego projektu z prawem Unii Europejskiej, projekty podstawowych aktów wykonawczych. Należy też przedstawić wyniki przeprowadzonych konsultacji i poinformować o wariantach i zebranych opiniach, jeżeli obowiązek zasięgnięcia takich opinii wynika z przepisów ustawy (art. 31 ust. 2 i 3 Regulaminu Sejmu)⁵⁷. Brak któregośkolwiek z wymogów może zostać uznany za błąd i tym samym zawiadomienie może zostać zwrócone do uzupełnienia. Przygotowanie przez komitet inicjatywy ludowego projektu ustawy pod względem formalnym może sprawiać kłopoty ze względu na brak profesjonalnego przygotowania i dostępu do potrzebnych danych i informacji⁵⁸.

Należy zgodzić się ze zdaniem P. Uziębły, który uznał za dyskusyjne odrzucenie przez Sejm poprawki Senatu do ustawy o wykonywaniu inicjatywy mającej na celu umożliwienie pełnomocnikowi komitetu żądania od organów administracji państwowej pomocy przy określaniu przewidywanych skutków finansowych uchwalenia ustawy⁵⁹.

Komitet inicjatywy może zgłosić tylko jeden projekt ustawy. Gdy inicjatorzy mają na celu uchwalenie nowelizacji obowiązujących przepisów, to jeden komitet może zgłosić kilka projektów ustaw⁶⁰. Jeżeli zgłoszone mają być różne, niepowiązane ze sobą projekty ustaw, niezbędne jest powstanie dwóch lub więcej komitetów inicjatywy ustawodawczej, w których skład mogą wchodzić te same osoby⁶¹.

W przypadku gdy zawiadomienie nie zawiera błędów, Marszałek Sejmu, w terminie 14 dni od jego doręczenia, postanawia o jego przyjęciu. Postanowienie o przyjęciu zawiadomienia doręcza się niezwłocznie pełnomocnikowi komitetu⁶². Od dnia wydania postanowienia przez Marszałka Sejmu treść projektu ustawy nie może ulec zmianie⁶³.

⁵⁶ P. Winczorek, *Obywatele wnoszą...*, op. cit.; P. Uziębły, *Ustawa z 1999 r...*, op. cit., s. 57.

⁵⁷ M. Jabłoński, *Obywatelskie prawo...*, op. cit., s. 654–655.

⁵⁸ M. Kruk, *Prawo inicjatywy ustawodawczej w nowej Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 2, s. 26.

⁵⁹ P. Uziębły, *Ustawa z 1999 r...*, op. cit., s. 54. Zob. Sprawozdanie Stenograficzne z 52 posiedzenia Sejmu RP III kad. w dniach 23, 24 i 25 czerwca 1999 r., s. 89.

⁶⁰ B. Szepietowska, *W sprawie wykonywania inicjatywy ustawodawczej przez obywateli (art. 118 ust. 2 konstytucji)*, Biuletyn Ekspertyzy i Opinii Prawne, nr 3 (39), Warszawa 2000, s. 56.

⁶¹ Ibidem, s. 56–57.

⁶² Art. 6 ust. 1–4 ustawy o wykonywaniu inicjatywy.

⁶³ S. Grabowska, *Inicjatywa ustawodawcza...*, op. cit., s. 153.

Po zakończeniu akcji zbierania podpisów pełnomocnik komitetu składa wniosek o wszczęcie przez Sejm procesu legislacyjnego. Do niego dołącza ludowy projekt ustawy w niezmienionej formie wraz z zebranymi co najmniej 100 tys. podpisów oraz dane, które były podane w zawiadomieniu złożonym Marszałkowi Sejmu⁶⁴. Oznacza to, że projekt ustawy przedłożony Marszałkowi Sejmu powinien spełniać wymogi określone w Konstytucji i Regulaminie Sejmu⁶⁵.

IV. ORGAN ZOBOWIĄZANY DO WSZCZĘCIA PROCEDURY ZWIĄZANEJ Z LUDOWĄ INICJATYWĄ USTAWODAWCZĄ

Aby rozpocząć akcję zbierania podpisów osób popierających ludowy projekt ustawy, należy zawiadomić odpowiednie władze o zamiarze wystąpienia z inicjatywą ustawodawczą. Ten etap inicjatywy ludowej każdy ustawodawca uregulował w odmienny sposób.

Austriacki minister spraw wewnętrznych jest organem decydującym o dopuszczeniu do realizacji inicjatywy ludowej. Po otrzymaniu ludowego wniosku, jeśli zostały spełnione ustawowe wymogi, minister wydaje decyzję o dopuszczeniu inicjatywy ludowej do realizacji oraz podaje datę zbierania podpisów, w terminie trzech tygodni od dnia wpływu wniosku. Następnie ogłasza swą decyzję w Dzienniku Urzędowym do Gazety Wiedeńskiej⁶⁶.

Marszałek Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w myśl ustawy o wykonywaniu inicjatywy jest organem zobowiązanym do wszczęcia procedury związanej z inicjatywą ludową w sprawie złożenia projektu ustawy. Postanawia o przyjęciu zawiadomienia o utworzeniu komitetu bądź odmowie jego przyjęcia⁶⁷. W przypadku gdy Marszałek Sejmu stwierdzi istnienie braków formalnych w zawiadomieniu, takich jak np. brak danych członków komitetu, wyznacza 14-dniowy termin do ich usunięcia. Jeśli pełnomocnik tego nie robi, Marszałek odmawia przyjęcia zawiadomienia⁶⁸.

Po wniesieniu przez pełnomocnika projektu ustawy Marszałek Sejmu kieruje go do Sejmu. W przypadku stwierdzenia, że treść projektu lub uzasadnienia została zmieniona, wydaje postanowienie o odmowie przyjęcia projektu ustawy⁶⁹.

⁶⁴ Art. 10 ust. 1 ustawy o wykonywaniu inicjatywy. B. Naleziński, *Formy demokracji bezpośredniej*, w: P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 1999, s. 162; M. Laskowska, *Obywatelska inicjatywa ustawodawcza 100 000 podpisów*, „Prawo i Życie” 2000, nr 1, s. 18–22.

⁶⁵ Art. 118 ust. 3 Konstytucji RP, art. 34 ust. 2 uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r., Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. z 1992 r. Nr 26, poz. 185 z późn. zm.); Z. Witkowski, J. Galster, W. Szyszkowski, *Podstawy prawa konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej*, Toruń–Warszawa 1999, s. 85.

⁶⁶ Tytuł oryginalny: „Amtsblatt zur Wiener Zeitung”, § 5 ustawy 344/1973.

⁶⁷ M. Jabłoński, *Obywatelskie prawo...*, op. cit., s. 656–659.

⁶⁸ Art. 6 ust. 5 ustawy o wykonywaniu inicjatywy. Zob. L. Garlicki, *Konstytucja a ustawy przedkonstytucyjne*, w: Z. Witkowski (red.), *Wejście w życie nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, XXXIX Ogólnopolska Konferencja Katedr Prawa Konstytucyjnego. Księga Pamiątkowa K. Działochy, Toruń 1998, s. 43 i n.

⁶⁹ Art. 10 ust. 3 i art. 11 ust. 1 ustawy o wykonywaniu inicjatywy.

Ponadto, w przypadku uzasadnionych wątpliwości co do prawidłowości złożenia podpisów, Marszałek może zwrócić się do Państwowej Komisji Wyborczej o ustalenie liczby prawidłowo złożonych podpisów, w terminie 14 dni od dnia wniesienia projektu⁷⁰. Jeżeli po przeprowadzeniu przez Państwową Komisję Wyborczą czynności sprawdzających, w terminie 21 dni, okaże się, że liczba podpisów jest mniejsza niż wymagana ustawowo, Marszałek Sejmu postanawia o odmowie nadania biegu projektowi ustawy⁷¹.

Marszałek Sejmu w terminie 14 dni od chwili doręczenia zawiadomienia lub złożenia projektu ustawy wraz z podpisami bądź otrzymania protokołu Państwowej Komisji Wyborczej wydaje postanowienie. W razie odmowy nadania dalszego biegu sprawie pełnomocnikowi komitetu przysługuje prawo zaskarżenia jej do Sądu Najwyższego, w terminie 14 dni od daty doręczenia postanowienia wraz z uzasadnieniem.

V. AKCJA ZBIERANIA PODPISÓW POD LUDOWYM WNIOSKIEM W SPRAWIE UCHWALENIA USTAWY

Ciężar przeprowadzenia akcji zbierania podpisów pod ludowym projektem ustawy spada, w zależności od kraju, bądź to na komitet obywatelski, bądź to na państwowe jednostki odpowiedzialne, zgodnie z prawem wyborczym, za organizację wszelkiego rodzaju wyborów parlamentarnych, samorządowych i referendum. Prowadzona w trakcie zbierania podpisów kampania promocyjna służy przedstawianiu i wyjaśnianiu przez organizatorów treści projektu ustawy, stanowiącego przedmiot ludowej inicjatywy ustawodawczej.

Ustawa austriacka 344/1973 dość szczegółowo, można by powiedzieć, że zbyt szczegółowo, uregulowała kwestię zbierania podpisów osób popierających inicjatywę ustawodawczą.

Postępowanie przy zbieraniu podpisów jest przeprowadzane przez władze do tego uprawnione, to znaczy przez gminy na podległym im obszarze. Gmina określa miejsca zbierania podpisów, w których uprawnieni do złożenia podpisu pod ludowym projektem mogą wpisać się na listy⁷². Każdy uprawniony do złożenia podpisu pod ludowym projektem ma prawo do złożenia podpisu w gminie, w której spisie wyborczym figuruje. Ci uprawnieni, którzy są w posiadaniu karty do głosowania, mogą skorzystać z prawa do złożenia podpisu również w innej

⁷⁰ Zob. P. Sarnecki, *Wprowadzenie Konstytucji w życie*, w: *Wejście w życie nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, XXXIX Ogólnopolska..., op. cit., s. 17 i n.

⁷¹ Art. 12 ustawy o wykonywaniu inicjatywy.

⁷² Należy przewidzieć taką liczbę miejsc zbierania podpisów, która uwzględni liczbę ludności i jej ewentualne rozproszenie w gminie. Lokale do zbierania podpisów w tych miejscowościach w dni robocze powinny być otwarte przynajmniej od 8.00 do 16.00, w dwa dni robocze dodatkowo do 20.00, a w soboty i niedziele przynajmniej od 8.00 do 12.00. W gminach o liczbie mieszkańców mniejszej niż 2500 w soboty i niedziele czas zbierania podpisów w każdym przypadku może zostać skrócony o dwie godziny. W zależności od możliwości technicznych w każdej gminie, w Wiedniu w każdym okręgu, należy przewidzieć przynajmniej jeden lokal do zbierania podpisów dla niepełnosprawnych. Dla niewidomych i niedowidzących uprawnionych do głosowania w zależności od możliwości technicznych należy zorganizować odpowiednie systemy kierujące.

gminie, o ile ma w niej miejsce zbieranie podpisów. Za ważne uważane są tylko te podpisy zebrane podczas akcji, które zostały złożone na listach stworzonych zgodnie z przepisami⁷³.

Pełnomocnik ma obowiązek powiadomić ministra spraw wewnętrznych pisemnie, w ciągu 14 dni od dnia podania do wiadomości decyzji ministra spraw wewnętrznych o wszczęciu postępowania, czy zbieranie podpisów powinno mieć miejsce we wszystkich gminach czy tylko we wskazanych⁷⁴.

Ministerstwo spraw wewnętrznych organizuje rozesłanie list do składania podpisów i potrzebnego do ogłoszenia tekstu projektu ustawy w takiej liczbie, aby wszyscy uprawnieni do złożenia podpisu pod ludowym projektem w gminie mogli złożyć swoje podpisy⁷⁵.

Termin zbierania podpisów powinien rozciągać się na 8 kolejnych dni i nie może rozpoczynać się lub kończyć w sobotę lub w niedzielę. W razie gdy na okres ten przypadają dni świąteczne, termin należy ustalić tak, aby zbieranie podpisów nie odbywało się w żaden z tych dni i aby w związku z tym okres ten uległ przedłużeniu⁷⁶. Akcja zbierania podpisów nie może rozpocząć się wcześniej niż przynajmniej 8 tygodni od dnia podania do wiadomości decyzji ministra spraw wewnętrznych o wszczęciu postępowania. Kończy się nie później niż 6 miesięcy od dnia ogłoszenia tejże decyzji⁷⁷.

Władze gminy informują, w sposób zwyczajowo przyjęty w danej gminie, o miejscach i godzinach, w których można składać podpisy na listach, oraz o tym, iż uprawnieni do złożenia podpisu pod ludowym projektem w terminie przeznaczonym do składania podpisów mogą zapoznać się z tekstem projektu ustawy, który znajduje się w każdym miejscu składania podpisów. Miejsce i godziny składania podpisów powinny być tak wyznaczone, aby wszyscy uprawnieni mieli możliwość złożenia na listach swoich podpisów⁷⁸.

Uprawniony do złożenia podpisu pod ludowym projektem, który stawi się w terminie przed organem uprawnionym do zbierania podpisów, powinien podać swoje nazwisko, adres i przedłożyć dokument, na podstawie którego można jednoznacznie określić jego tożsamość. Organ uprawniony do zbierania podpisów stwierdza przed dopuszczeniem do jego złożenia, czy osoba, która chce złożyć podpis, znajduje się w spisie wyborczym jako uprawniona do złożenia podpisu pod ludowym projektem. W razie wątpliwości co do tożsamości uprawnionego, bądź gdy nie jest on odnotowany w spisie wyborczym jako uprawniony do złoże-

⁷³ § 7 ustawy 344/1973.

⁷⁴ § 8 pkt 2 ustawy 344/1973.

⁷⁵ § 8 pkt 3 ustawy 344/1973.

⁷⁶ Rozpoczęcie upływu terminu przewidzianego w niniejszej ustawie nie zmienia się w związku z przypadającymi niedzielami i innymi dniami wolnymi. To samo dotyczy sobót i Wielkiego Piątku. W przypadku gdy koniec tego terminu przypada na sobotę, niedzielę lub inny dzień wolny, władze, które zgodnie z niniejszą ustawą zajmują się tym postępowaniem, muszą zadbać o to, aby mogły zaangażować się również w tych dniach z czynnościami objętymi terminem.

⁷⁷ § 5 pkt 3, 4 i § 21 ustawy 344/1973.

⁷⁸ § 7 pkt 1 ustawy 344/1973.

nia podpisu pod ludowym projektem, nie dopuszcza się go do złożenia podpisu. Od decyzji w tej sprawie nie ma odwołania⁷⁹.

Nieważne są podpisy złożone przez osoby nieuprawnione do złożenia podpisu pod ludowym projektem, a także gdy zostały oddane na listach do zbierania podpisów nieodpowiadających przepisom lub przez osoby, które już raz skorzystały z prawa do złożenia podpisu pod ludowym projektem w sprawie tego samego projektu ustawy, bądź w przypadku gdy brak danych osobowych uprawnionego do złożenia podpisu pod ludowym projektem.

Po upływie terminu przewidzianego na składanie podpisów władze uprawnione do ich zbierania zamykają listy i uzgadniają liczbę uprawnionych do złożenia podpisu pod ludowym projektem zgodnie ze spisami wyborczymi oraz liczbę prawidłowo złożonych podpisów⁸⁰.

Protokół z wynikiem i listami zostaje przekazany okręgowym organom wyborczym. Po sprawdzeniu wyników i liczby uprawnionych do złożenia podpisu pod ludowym projektem okręgowe organy przesyłają własny protokół oraz protokół władz uprawnionych do zbierania podpisów do państwowych organów wyborczych.

Państwowe organy wyborcze stwierdzają na podstawie dostarczonych protokołów jak i swoich akt dla każdego kraju federalnego i całego państwa całkowitą liczbę osób uprawnionych do złożenia podpisu pod ludowym projektem, ujętych w spisie wyborczym, liczbę prawidłowo złożonych podpisów na listach oraz liczbę osób, które poparły wniosek o wszczęcie postępowania. Liczby prawidłowo złożonych podpisów i liczby osób, które poparły wniosek o wszczęcie postępowania, zostają zsumowane. Państwowe organy wyborcze stwierdzają, czy projekt ustawy uzyskał odpowiednią liczbę podpisów, tj. 100 tys. lub więcej, i tym samym czy może zostać zatwierdzony. Następnie ogłaszają wynik w Dzienniku Urzędowym do Gazety Wiedeńskiej i przedkładają projekt ustawy wraz z uzasadnieniem i dokumentami Radzie Narodowej do rozpatrzenia⁸¹.

Kampanię promocyjną na rzecz projektu ustawy w Polsce oraz zbieranie podpisów obywateli popierających projekt ustawy komitet obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej może rozpocząć po ogłoszeniu w dzienniku o zasięgu ogólnopolskim faktu uzyskania przez komitet osobowości prawnej, adresu komitetu oraz miejsca udostępnienia projektu ustawy⁸².

Do prowadzenia kampanii promocyjnej oraz do zbierania podpisów stosuje się odpowiednio przepisy o ordynacji wyborczej do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i Senatu Rzeczypospolitej Polskiej, które określają zasady przeprowadzania kampanii wyborczej⁸³.

⁷⁹ § 10 pkt 2, 3 ustawy 344/1973.

⁸⁰ § 14 pkt 1 ustawy 344/1973.

⁸¹ § 16 ustawy 344/1973.

⁸² S. Grabowska, *Inicjatywa ludowa...*, op. cit., s. 181; H. Zięba-Załucka, *Instytucja obywatelskiej...*, op. cit., s. 163.

⁸³ Art. 85–93 (z wyłączeniem art. 94) ustawy z dnia 12 kwietnia 2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 46, poz. 499 z późn. zm.).

W miejscu zbierania podpisów musi być udostępniony do wglądu projekt ustawy. Obywatel udziela poparcia, składając własnoręczny podpis na wykazie, którego wzór w drodze rozporządzenia ustalił Prezes Rady Ministrów po zasięgnięciu opinii Państwowej Komisji Wyborczej⁸⁴. Na każdej stronie wykazu musi znajdować się nazwa komitetu i tytuł projektu ustawy, której obywatel udziela poparcia⁸⁵.

Swoje poparcie dla projektu ustawy obywatele wyrażają poprzez złożenie pod projektem własnoręcznego podpisu wraz z podaniem imienia i nazwiska, adresu zamieszkania oraz numeru ewidencyjnego PESEL. Podpisy te są składane na odpowiednim wykazie. Wycofanie raz udzielonego poparcia dla projektu ustawy jest bezskuteczne⁸⁶.

Po zebraniu wymaganej liczby podpisów, w czasie nie dłuższym niż trzy miesiące od daty uzyskania postanowienia o przyjęciu zawiadomienia o powstaniu komitetu, pełnomocnik komitetu powinien wnieść do Marszałka Sejmu projekt ustawy wraz z wykazem podpisów obywateli popierających projekt. Jeśli wszystkie czynności zostały przeprowadzone zgodnie z ustawą, Marszałek Sejmu kieruje projekt ustawy do pierwszego czytania, jednocześnie zawiadamiając o tym fakcie pełnomocnika komitetu⁸⁷.

VI. SKARGI ZWIĄZANE Z LUDOWĄ INICJATYWĄ USTAWODAWCZĄ

Każdemu, kto dopatrył się uchybień w trakcie akcji zbierania podpisów pod ludowym projektem ustawy, ustawodawca zapewnił możliwość wniesienia skargi do odpowiedniego organu wymiaru sprawiedliwości. W jednych państwach jest to Sąd Najwyższy (Polska), w innych Trybunał Konstytucyjny (Austria).

W ciągu czterech tygodni od dnia podania do wiadomości przez austriackie państwowe organy wyborcze uzyskany wynik może zostać zakwestionowany z powodu niezgodnego z prawem postępowania przez pełnomocnika wniosku o wszczęcie postępowania lub czterech członków Rady Narodowej *bądź Landtagu*. Organem uprawnionym do rozpatrzenia skarg jest Trybunał Konstytucyjny. Do pisma kwestionującego winno się dołączyć uzasadnienie wniosku o unieważnienie ustaleń państwowych organów wyborczych⁸⁸. Trybunał Konstytucyjny może sprostować wyniki liczbowe państwowych organów wyborczych⁸⁹.

W Polsce Sąd Najwyższy rozpatruje skargi, które wnosi pełnomocnik komitetu w związku z wydaniem przez Marszałka Sejmu postanowień niekorzystnych

⁸⁴ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 września 1999 r. w sprawie ustalenia wzoru wykazu obywateli, którzy udzielają poparcia projektowi ustawy stanowiącej przedmiot inicjatywy ustawodawczej (Dz.U. Nr 79, poz. 893).

⁸⁵ Art. 9 ust. 1, 4 ustawy o wykonywaniu inicjatywy.

⁸⁶ Art. 9 ust. 2, 3 ustawy o wykonywaniu inicjatywy.

⁸⁷ Art. 10 ustawy o wykonywaniu inicjatywy.

⁸⁸ W przypadku postępowania związanego z zakwestionowaniem stosuje się postanowienia § 68 ust. 2, § 69 ust. 1 jak i § 70 ust. 1 i 4 ustawy z 1930 r. w brzmieniu z dnia 12 maja 1953 r. o Trybunale Konstytucyjnym (BGBl nr 127/1930), tłum. J. Olejniczak, w: J. Trzeciński (red.), *Sądy Konstytucyjne w Europie*, t. 1, Warszawa 1996.

⁸⁹ § 18 ustawy 344/1973.

dla komitetu inicjatywy obywatelskiej. Skargi rozpatrywane są w postępowaniu nieprocesowym, w składzie 7-osobowym, w terminie 30 dni od ich wniesienia⁹⁰.

Sąd Najwyższy postanawia o uznaniu lub odrzuceniu skargi pełnomocnika na postanowienie Marszałka Sejmu odmawiające przyjęcia zawiadomienia. W przypadku uznania skargi pełnomocnika Marszałek Sejmu ma obowiązek przyjąć zawiadomienie o utworzeniu komitetu. Jeśli skarga zostanie odrzucona, komitet ulega rozwiązaniu.

Sąd Najwyższy postanawia także o uznaniu lub odrzuceniu zaskarżenia przez pełnomocnika postanowienia Marszałka Sejmu o odmowie przyjęcia obywatelskiego projektu ustawy. Wydając postanowienie uznające zaskarżenie, nakłada na Marszałka Sejmu obowiązek przyjęcia projektu. Odrzucając zaskarżenie, zamyka dalszą drogę legislacyjną dla projektu ustawy.

Jeszcze w jednym przypadku Sąd Najwyższy wydaje postanowienie w sprawie inicjatywy obywatelskiej. A mianowicie, gdy pełnomocnik komitetu zaskarży postanowienie Marszałka Sejmu o odmowie nadania biegu projektowi ustawy. Zaskarżenie to Sąd Najwyższy może podtrzymać lub też nie. Jeżeli przychyli się do skargi pełnomocnika, Marszałek Sejmu kieruje projekt ustawy do pierwszego czytania w Sejmie, jeśli nie to ludowy projekt ustawy upada⁹¹. Postanowienia Sądu Najwyższego są ostateczne, to znaczy że nie przysługuje od nich odwołanie.

VII. LUDOWY PROJEKT USTAWY JAKO PRZEDMIOT POSTĘPOWANIA USTAWODAWCZEGO

Po zakończeniu akcji związanej ze zbieraniem podpisów osób popierających ludowy projekt ustawy następuje drugi etap związany z ustawodawczą inicjatywą ludową. Złożenie projektu ustawy wraz z odpowiednią liczbą podpisów i dokumentami wymaganymi prawem otwiera parlamentarną fazę prac nad propozycją ustawy.

Ze względu na specyfikę procedury ludowego projektu ustawy ustawodawca przewidział pewnego rodzaju preferencje dla tego typu projektów. Nie dotyczy ich zasada dyskontynuacji działań ustawodawczych⁹², bywa ściśle określany termin na przeprowadzenie pierwszego czytania lub mogą one posiadać prawo pierwszeństwa przed wszystkimi innymi projektami ustaw.

W przypadku gdy stwierdzenie wyniku ustawodawczej inicjatywy ludowej przez austriackie państwowe organy wyborcze w rozumieniu art. 41 ust. 2 Konstytucji Austrii nie zostanie zakwestionowane lub Trybunał Konstytucyjny nie uzna zakwestionowania, państwowe organy wyborcze przedkładają wniosek, projekt ustawy wraz z uzasadnieniem i pozostałymi dokumentami Radzie Narodowej do rozpatrzenia⁹³.

⁹⁰ Zob. ustawa z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. Nr 240, poz. 2052).

⁹¹ Art. 6 ust. 5 ustawy o wykonywaniu inicjatywy.

⁹² Zasada ta oznacza, że projekty „wygasają” z końcem kadencji izby parlamentu, bez względu na zaawansowanie postępowania legislacyjnego.

⁹³ W.C. Muller, *Party Competition...*, op. cit., s. 23.

Wniosek w sprawie inicjatywy ludowej może zostać złożony przed przejściem do porządku dziennego posiedzenia bądź po zakończeniu obrad. Rozpoczęcie etapu parlamentarnego inicjatywy ludowej rozpoczyna uchwała Rady Narodowej o poddaniu pod pierwsze czytanie wniesionego projektu ustawy⁹⁴.

W Austrii projekty ustaw wniesione dzięki inicjatywie ludowej posiadają w Radzie Narodowej pierwszeństwo w rozpatrywaniu przed wszystkimi innymi sprawami⁹⁵. Jeśli brak wniosku deputowanego Rady Narodowej dotyczącego pierwszego czytania i jeśli Rada Narodowa nie podjęła uchwały o konieczności odbycia takiego czytania, Przewodniczący Rady Narodowej kieruje od razu zgłoszony projekt do rozpatrzenia przez właściwą komisję⁹⁶. Debata wstępna nad ludowym projektem powinna odbyć się w ciągu miesiąca od daty przesłania go do komisji. Następnie po sześciu miesiącach powinno zostać przedstawione sprawozdanie z prac nad projektem⁹⁷.

Niestety, tak jak inne projekty ustaw, ludowy projekt ustawy podlega zasadzie dyskontynuacji prac parlamentu. Po ukonstytuowaniu się nowego parlamentu taki projekt musi być ponownie składany⁹⁸. Nie mamy tu do czynienia z projektem organu państwowego, lecz projektem suwerena, czyli obywateli, dla których dyskontynuacja jest wielkim utrudnieniem. Ustawodawca austriacki nie powinien traktować tak samo projektów złożonych przez organy państwowe i ludowych projektów ustaw.

W Polsce pierwsze czytanie projektu odbywa się na posiedzeniu Sejmu w terminie 3 miesięcy od dnia wniesienia projektu ustawy do Marszałka Sejmu lub postanowienia Sądu Najwyższego⁹⁹. Art. 14 ustawy o wykonywaniu inicjatywy stanowi, że w Sejmie i Senacie w pracach nad projektem ustawy bierze udział przedstawiciel komitetu, na zasadach określonych w regulaminach obu izb. Artykuł 14 nie precyzuje jasno, czy przedstawiciel komitetu może wycofać czy też nie ludowy projekt ustawy.

Wydaje się słusznym pogląd M. Jabłońskiego, iż „osoba reprezentująca komitet inicjatywy ustawodawczej w ramach udzielonego przez ten komitet umocowania i na podstawie obowiązujących przepisów ma prawo wycofać projekt, szczególnie w sytuacji gdy doszło do istotnych zmian jego treści”¹⁰⁰. Dzięki takim uprawnieniom komitet inicjatywy ustawodawczej, poprzez swojego przedstawiciela, ma możliwość nadzorowania prac legislacyjnych nad projektem ustawy. W sytuacji gdy końcowy tekst ustawy będzie znacząco odbiegać od tekstu projektu złożonego dzięki inicjatywie ludowej, przedstawiciel może zapobiec jego uchwaleniu poprzez wycofanie tego aktu prawnego.

⁹⁴ Art. 69 ustawy federalnej z dnia 4 lipca 1975 r. o regulaminie Rady Narodowej, tłum R. Sarnecki, „Przegląd Sejmowy” 1994, nr 3.

⁹⁵ P. Sarnecki, *Parlament Federalny Republiki Austrii*, Warszawa 1996, s. 28.

⁹⁶ B. Banaszak, *Regulacja prawna...*, op. cit., s. 78.

⁹⁷ Art. 24 ustawy federalnej z dnia 4 lipca..., op. cit.

⁹⁸ W.C. Muller, *Party Competition...*, op. cit., s. 23.

⁹⁹ Art. 13 ustawy o wykonywaniu inicjatywy..., op. cit.

¹⁰⁰ M. Jabłoński, *Obywatelskie prawo...*, op. cit., s. 661.

Odmienne stanowisko zajmuje P. Uziębło, twierdząc, że uprawnienie pełnomocnika komitetu do wycofania projektu ustawy „Zniweczyłoby (...) ogromny wysiłek społeczny z całą procedurą przygotowania projektu ustawy i jego złożenia na ręce marszałka Sejmu”¹⁰¹. Należy jednak mieć na uwadze to, że pełnomocnik jest traktowany jako wnioskodawca, czy też jako przedstawiciel wnioskodawców, którym w tym wypadku jest grupa co najmniej 100 tys. obywateli. Tak jak każdy wnioskodawca posiada uprawnienia, w tym również prawo do wycofania projektu. Problem nie polega więc na tym, czy pełnomocnik komitetu może wycofać projekt, tylko, kiedy może to zrobić? Czy może to uczynić tylko wtedy, gdy projekt końcowy ustawy będzie daleko odbiegał od projektu złożonego przez komitet inicjatywy, czy także w innych okolicznościach? Czy może to uczynić bez konsultacji z grupą obywateli, którzy poparli ten projekt? Oraz kolejne pytanie. Na jak dużą ingerencję, tj. na jak daleko idące poprawki ze strony parlamentarzystów, może się zgodzić pełnomocnik?

Moim zdaniem pełnomocnikiem powinna zostać osoba, która najlepiej zna i rozumie powody, dla których powstał dany projekt ustawy. Tak więc decydując się na wybór określonej osoby na pełnomocnika komitetu, a w dalszej kolejności podpisując ludowy wniosek w sprawie uchwalenia ustawy, obywatele upowazniają go do wypowiadania się i podejmowania działań w ich imieniu. Wiąże się to również z podejmowaniem działań podczas całego postępowania legislacyjnego w parlamencie. Jest to równoznaczne z upoważnieniem pełnomocnika do tego, aby samodzielnie, tj. bez konsultacji z grupą wnioskodawców (co na marginesie byłoby bardzo trudne i czasochłonne), podejmował wszystkie decyzje związane z pracami nad ludowym projektem w parlamencie.

Projekt ustawy wnoszony przez grupę obywateli korzysta w Polsce z pewnych preferencji. W myśl art. 3 ust. 3 ustawy o wykonywaniu inicjatywy projekt ustawy, w sprawie którego nie zakończono postępowania ustawodawczego przed upływem kadencji Sejmu, zostaje rozpatrzony przez Sejm następnej kadencji w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy od pierwszego posiedzenia nowo wybranego Sejmu, bez potrzeby ponownego wnoszenia. Czyli tak jak włoski i hiszpański, również polski ustawodawca zniósł zasadę dyskontynuacji względem ludowego projektu ustawy¹⁰².

Oprócz tego, w przeciwieństwie do innych projektów ustaw, Sejm przeprowadza pierwsze czytanie projektu ustawy wniesionego przez obywateli w terminie 3 miesięcy od daty wniesienia tego projektu do Marszałka Sejmu. Odbywa się ono zawsze na posiedzeniu plenarnym Sejmu, podczas gdy w przypadku innych projektów ustaw pierwsze czytanie może odbyć się na forum komisji sejmowych¹⁰³.

¹⁰¹ P. Uziębło, *Ustawa z 1999 r.*..., op. cit., s. 65.

¹⁰² O zasadzie dyskontynuacji pisze L. Garlicki, *Zasada dyskontynuacji prac parlamentarnych*, „*Studia Iuridica*” 1995, nr 28, s. 45 i n.

¹⁰³ Zob. A. Patrzalek, A. Szmyt, *Warunki prawne wniesienia projektu ustawy*, w: J. Trzeciński (red.), *Postępowanie ustawodawcze w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 1994, s. 146 i n.

VIII. FINANSOWANIE LUDOWEJ INICJATYWY USTAWODAWCZEJ

Sprawa finansowania ludowej inicjatywy ustawodawczej jest dość skomplikowana. To, w jaki sposób organizatorzy inicjatywy zdobywają środki na przeprowadzenie akcji i załatwienie całości spraw związanych z inicjatywą, zależy od tego, w jaki sposób zostały uregulowane kwestie dotyczące akcji zbierania podpisów. Jeśli organizatorzy są sami za wszystko odpowiedzialni, to tylko od nich zależy, w jaki sposób zdobędą fundusze na przeprowadzenie inicjatywy ludowej. Natomiast jeśli za akcję odpowiada gmina bądź organy wyborcze danego państwa, wówczas w kosztach inicjatywy partycypuje również państwo.

Finansowanie austriackiej inicjatywy ludowej odbywa się niejako z dwóch źródeł. Jednym z nich jest komitet organizacyjny ludowej inicjatywy ustawodawczej, drugim – organ odpowiedzialny za realizację akcji zbierania podpisów, czyli gmina.

Do pełnomocnika należy uiszczenie składki w wysokości 2180 euro na zorganizowanie i rozesłanie list do składania podpisów i tekstów projektu ustawy¹⁰⁴. Składkę należy wpłacić w gotówce w momencie poinformowania ministerstwa spraw wewnętrznych o tym, czy zbieranie podpisów powinno się odbyć we wszystkich gminach, czy tylko w wybranych. Zamiast gotówki może zostać przedłożony dowód wpłaty na rachunek ministerstwa spraw wewnętrznych. Jeżeli opłata nie zostanie dokonana, nie może odbyć się akcja zbierania podpisów¹⁰⁵.

W sytuacji gdy ludowy projekt ustawy, po zebraniu odpowiedniej liczby podpisów, zostanie złożony wraz z wymaganymi dokumentami Radzie Narodowej, należy przekazać na rachunek podany w § 3 ust. 3 ustawy 344/1973 pięciokrotną wysokość wyżej wymienionej sumy¹⁰⁶.

Państwo zwraca gminom niezbędne i wykazane zgodnie z przepisami koszty, poniesione przez nie przy realizacji inicjatywy ludowej. Nie podlegają zwrotom koszty poniesione przez gminy, w przypadku gdy nie przeprowadzono akcji zbierania podpisów. Gminy, z wyjątkiem miasta Wiednia, mają prawo domagać się zwrotu kosztów w ciągu 60 dni od upływu terminu składania podpisów u naczelnika gminy (państwa), który podejmuje decyzję w porozumieniu z kompetentnymi władzami odpowiadającymi za finanse państwowe. Od decyzji tej nie ma odwołania¹⁰⁷.

Żądania miasta Wiedeń dotyczące zwrotu kosztów należy wnieść w ciągu sześciu miesięcy od upływu terminu składania podpisów bezpośrednio u mini-

¹⁰⁴ Wysokość składki ulegała zmianom. Początkowo w 1931 r. ustawa nie regulowała w żaden sposób zasad finansowania inicjatywy ludowej. Następnie w 1963 r. ustalono depozyt w wysokości 50 tys. szylingów. Był on zwracany w przypadku, gdy inicjatywa uzyskała wymaganą pomoc. Stan ten trwał do 1973 r., w którym to zniesiono potrzebę wnoszenia depozytu i przywrócono stan poprzedni z 1931 r. W 1982 r. ponownie ustalono potrzebę wniesienia kwoty 30 tys. szylingów jako wkładu w koszty inicjatywy ludowej jej inicjatorów. Po przyjęciu przez Austrię nowej waluty euro kwota ta została przeliczona na euro. Zob. W.C. Muller, *Party Competition...*, op. cit., s. 25–26; R. Deiser, N. Winkler, *Das Politische Handeln der Österreichs*, Vienna 1982, s. 262.

¹⁰⁵ § 8 pkt 4 ustawy 344/1973.

¹⁰⁶ § 19 pkt 2 ustawy 344/1973.

¹⁰⁷ § 23 pkt 1–4 ustawy 344/1973.

stra spraw wewnętrznych, który podejmuje decyzję w porozumieniu z ministrem finansów¹⁰⁸.

Finansowanie obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej w Polsce jest jawne. Komitet pokrywa całość wydatków związanych z prowadzoną działalnością, a fundusze na ten cel może czerpać np. ze zbiorów publicznych¹⁰⁹. Środki finansowe komitetu nie mogą pochodzić z budżetu państwa, od państwowych przedsiębiorstw i jednostek organizacyjnych, z budżetu jednostek samorządu terytorialnego, związków komunalnych i innych komunalnych osób prawnych oraz od przedsiębiorstw z udziałem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego, związków komunalnych i innych komunalnych osób prawnych. Ograniczenia te dotyczą funduszy pochodzących od: osób fizycznych nieposiadających zameldowania na terenie Polski, z wyjątkiem obywateli polskich zamieszkałych za granicą, cudzoziemców zameldowanych i osób prawnych nieposiadających siedziby na terenie Polski, osób prawnych z udziałem podmiotów zagranicznych oraz innych podmiotów posiadających zdolność do czynności prawnych, a niemających siedziby na terenie Polski. Komitet nie może być dofinansowany przez obce przedstawicielstwa dyplomatyczne, urzędy konsularne, misje specjalne i organizacje międzynarodowe oraz inne przedstawicielstwa posiadające, na podstawie umów, immunitet dyplomatyczny¹¹⁰.

Sprawozdanie finansowe dotyczące sposobu i źródeł gromadzenia środków na działalność komitetu jego pełnomocnik składa ministrowi finansów w terminie trzech miesięcy od dnia wniesienia do Marszałka Sejmu projektu ustawy bądź wydania postanowienia przez Sąd Najwyższy w sprawie zaskarżenia przez pełnomocnika postanowienia Marszałka Sejmu o odmowie nadania biegu projektowi ustawy lub wcześniejszego rozwiązania się komitetu. Wzór sprawozdania ustala Minister Finansów w drodze rozporządzenia¹¹¹. Pełnomocnik publikuje sprawozdanie w dzienniku ogólnopolskim. Gdy wpływy były większe niż wydatki, pełnomocnik przekazuje nadwyżkę na cele charytatywne. Zobowiązany jest przechowywać dokumenty finansowe komitetu przez 12 miesięcy¹¹².

IX. PODSUMOWANIE

W Austrii w 1973 r. uchwalono ustawę o inicjatywie ludowej, która z licznymi zmianami obowiązuje do dziś. Ostatnią, trzydziestą pierwszą akcją zbierania podpisów pod ludowym wnioskiem przeprowadzono w terminie od 22 marca

¹⁰⁸ § 23 pkt 5 ustawy 344/1973.

¹⁰⁹ Art. 15 ustawy o wykonywaniu inicjatywy. Zasady i tryb zbierania funduszy określa ustawa z dnia 15 marca 1933 r. o zbiorach publicznych (Dz.U. Nr 22, poz. 162 z późn. zm.).

¹¹⁰ Art. 16 ustawy o wykonywaniu inicjatywy. S. Grabowska, *Inicjatywa ludowa...*, op. cit., s. 183; P. Uziębło, *Ustawa z 1999 r...*, op. cit., s. 58; J. Szymanek, *Ludowa inicjatywa...*, op. cit., s. 67.

¹¹¹ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 27 sierpnia 2001 r. w sprawie wzoru sprawozdania o źródłach pozyskiwania funduszy na cele inicjatywy ustawodawczej wykonywanej przez obywateli oraz szczegółowego zakresu zawartych w nim informacji (Dz.U. Nr 94, poz. 1036).

¹¹² Art. 17 ustawy o wykonywaniu inicjatywy. H. Zięba-Zalucka, *Instytucja obywatelskiej...*, op. cit., s. 155; S. Grabowska, *Inicjatywa ustawodawcza...*, op. cit., s. 154 i n.

2004 do 29 marca 2004 r.¹¹³ Do chwili obecnej tylko cztery ludowe projekty zostały uchwalone w formie ustawy, a pod dwoma projektami nie udało się zebrać wymaganej ustawowo liczby podpisów.

Podejście obywateli do instytucji inicjatywy ludowej oraz ich wiedza na jej temat rośnie i stale się zmienia. Z początkiem lat 80. tylko mały procent obywateli (21%) poparł ludową inicjatywę, 49% było gotowych taką poprzeć, a 29% nigdy nie podpisałoby wniosku. Z końcem lat 80. świadomość obywateli uległa zmianie. Zwiększył się procent osób (30%), którzy już udzielili swojego poparcia inicjatywie ludowej. Także liczba chętnych do podpisania wniosku wzrosła do 51%, a zmalała liczba osób (18%) niepopierających inicjatywy ludowej¹¹⁴.

Jak można łatwo zauważyć, obywatele dostrzegli korzyści płynące z demokracji bezpośredniej. Instytucja inicjatywy ludowej dość szybko została przejęta i jest używana do własnych celów przez partie polityczne, które są bardzo często właśnie motorem takich inicjatyw w Austrii¹¹⁵. To one organizują i wspomagają inicjatywę, z jednym wszakże wyjątkiem. Inicjatywa ludowa odnośnie do środowiska, energii i pracy z 1985 r. stała się początkiem i motorem wspólnej organizacji partii ekologów pod nazwą – Zieloni (*Grüne*). Dzięki temu w wyborach do Rady Narodowej w 1986 r. Zieloni weszli do parlamentu i uzyskali 8 mandatów¹¹⁶. We wszystkich przypadkach, z wyjątkiem inicjatywy w sprawie 13-letniej nauki w szkole¹¹⁷, inicjatywy ludowe nie były konieczne do zainicjowania procesu legislacyjnego. Partie polityczne popierające wnioski miały swoich członków w parlamencie i mogli oni przedłożyć odpowiedni projekt. Złożenie projektu ustawy w drodze inicjatywy ludowej było raczej potrzebne dla zwiększenia jego wagi, a także, co wydaje się oczywiste, dla zwrócenia uwagi obywateli na działalność partii, szczególnie przed wyborami¹¹⁸.

W Polsce po niemal siedmioletnim okresie obowiązywania ustawy o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli wyraźnie widać, że Sejmowi nie grozi (jak się obawiano w trakcie debaty nad projektem ustawy o inicjatywie) „zalanie” ogromną ilością obywatelskich projektów. Można by rzec, że jest wręcz przeciwnie. Wnioskodawcami projektów są zazwyczaj różne grupy interesów, od nauczycieli i emerytów do pielęgniarek i bezrobotnych.

Dotychczas partie polityczne nie angażowały się zbyt w akcje promocyjne ludowych inicjatyw ustawodawczych. Dzięki temu istnieje szansa na to, by inicjatywa ludowa pozostała inicjatywą grupy obywateli, a nie partii politycznej,

¹¹³ Dane za <http://www.bmi.gv.at/innenressort/>, obliczenia własne. Stan prawny na dzień 1 marca 2007 r.

¹¹⁴ R. Deiser, N. Winkler, *Das politische Handeln...*, op. cit., s. 262.

¹¹⁵ Wyjątek stanowią trzy inicjatywy, o zmniejszeniu liczby uczniów w klasach (1989 r.), o motorach (1995 r.) i o uchwaleniu klauzuli o neutralności (1996 r.).

¹¹⁶ Zob. R. Grabowski, *Geneza i ewolucja ustroju politycznego Austrii*, w: Związkowa Ustawa Konstytucyjna Austrii, tłum. S. Sagan, Częstochowa 2002, s. 11–42.

¹¹⁷ Inicjatywa ta została zorganizowana przez FPÖ – Wolnościową Partię Austrii (Freiheitliche Partei Österreichs) i była popierana przez część ÖVP – Austriackiej Partii Ludowej (Österreichs Volks Partei).

¹¹⁸ W.C. Muller, *Party Competition...*, op. cit., s. 37–38.

jak to się dzieje np. we Włoszech. Będzie to miało korzystny wpływ na stosunek parlamentu do tego typu projektów ustaw.

Do chwili obecnej w Polsce złożono siedemnaście ludowych projektów ustaw¹¹⁹. Sześć projektów zostało uchwalonych w formie ustawy¹²⁰. Uchwalenie ośmiu jest nadal sprawą otwartą¹²¹. Jeden projekt został uchwalony przez Sejm w formie ustawy, lecz Senat złożył wniosek o jej odrzucenie¹²². Dwa projekty, po upływie dwóch kadencji Sejmu, już zgodnie z zasadą dyskontynuacji¹²³, zakończyły swój proces ustawodawczy¹²⁴.

Analizując instytucję ludowej inicjatywy ustawodawczej w Austrii i Polsce, można dojść do następujących wniosków. Nielogiczna wydaje się austriacka regulacja dotycząca statusu pełnomocnika inicjatywy ludowej. Może nim zostać osoba, która nie poparła wniosku w sprawie uchwalenia ludowego projektu ustawy. A przecież pełnomocnik ten ma za zadanie przekonać obywateli do podpisania takiego wniosku.

¹¹⁹ Dane za <http://www.sejm.gov.pl>, własne. Stan prawny na dzień 1 marca 2007 r.

¹²⁰ Ustawa z dnia 6 lipca 2001 r. o zachowaniu narodowego charakteru strategicznych zasobów naturalnych kraju (Dz.U. Nr 97, poz. 1051), ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o zmianie ustawy – Karta nauczyciela (Dz.U. Nr 128, poz. 1404), ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o wprowadzeniu ustawy – Prawo ochrony środowiska, ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. Nr 143, poz. 1196), ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne, ustawy o zawodzie lekarza oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo farmaceutyczne, ustawę o wyrobach medycznych oraz ustawę o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (Dz.U. Nr 92, poz. 882), ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. o świadczeniach przedemerytalnych (Dz.U. Nr 120, poz. 1252) oraz ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz ustawy – Karta Nauczyciela (Dz.U. Nr 167, poz. 1397).

¹²¹ Obywatelski projekt ustawy – Kodeks kamy (druk sejmowy nr 775 IV kad. Sejmu i nr 430 V kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy o zawodach pielęgniarstwa i położnej (druk sejmowy nr 1576 IV kad. Sejmu i nr 197 V kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy z dnia 24 lipca 1998 r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa (dmk sejmowy nr 2491 IV kad. Sejmu i nr 174, 174A V kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy Fundusz Alimentacyjny (dmk sejmowy nr 3392 IV kad. Sejmu i nr 176 V kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o finansowaniu świadczeń opieki zdrowotnej (dmk sejmowy nr 3550 IV kad. Sejmu i nr 177 V kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług (dmk sejmowy nr 3764 IV kad. Sejmu i nr 198 V kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o restrukturyzacji i prywatyzacji Zespołu Elektrociepłowni w Łodzi S.A. (dmk sejmowy nr 3854 IV kad. Sejmu i nr 199 V kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz niektórych innych ustaw (dmk sejmowy nr 691 V kad. Sejmu).

¹²² Obywatelski projekt ustawy w sprawie utworzenia Fundacji Edukacji Narodowej (dmk sejmowy nr 2397 III kad. Sejmu, druk senacki nr 77 IZ IV kad. Senatu) uchwalony przez Sejm jako ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o Powszechnym Funduszu Stypendialnym.

¹²³ Zob. Opinie J. Mordwiłki, W. Odrowąż-Sypniewskiego, A. Szymta i M. Granata w sprawie dyskontynuacji prac nad obywatelskim projektem ustawy wniesionym w danej kadencji Sejmu, a nierozpatrzoną w następnej kadencji Sejmu, „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 1, s. 104–110.

¹²⁴ Obywatelski projekt ustawy o zakazie promowania przemocy w środkach masowego przekazu (dmk sejmowy nr 2918 III kad. Sejmu i nr 4 IV kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym żołnierzy zawodowych oraz ich rodzin i ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Urzędu Ochrony Państwa, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej i ich rodzin (dmk sejmowy nr 2804 III kad. Sejmu i nr 30 IV kad. Sejmu).

Następną istotną sprawą jest dopuszczenie do realizacji ludowej inicjatywy ustawodawczej. Jest to ważne dlatego, że dzięki wcześniejszemu sprawdzeniu ludowego wniosku przez uprawniony do tego organ (ministra spraw wewnętrznych czy Marszałka Sejmu), organizatorzy mogą uniknąć w późniejszym terminie jego odrzucenia z powodu niezgodności z konstytucją i ustawami, błędów w projekcie ustawy czy innych błędów formalnych.

W Polsce termin na zebranie wymaganej liczby podpisów wynosi tylko 3 miesiące. Moim zdaniem, powinien być dłuższy i wynosić 6 miesięcy¹²⁵. Termin ten wydaje się odpowiedni do przygotowania i przeprowadzenia przez samych organizatorów całej akcji uzyskania wymaganego poparcia dla inicjatywy ludowej.

Zupełnie inne rozwiązanie przedstawił ustawodawca austriacki. Przygotowanie i przeprowadzenie całej akcji zbierania podpisów pod ludowym wnioskiem organizują uprawnione organy gminne, a nie inicjatorzy ludowej inicjatywy. W związku z tym termin na zebranie wymaganej liczby wynosi 8 dni. Do czasu wyznaczenia przez ministra spraw wewnętrznych daty akcji zbierania podpisów inicjatorzy ludowej inicjatywy mają czas na przeprowadzenie akcji promocyjnej. Jest to ciekawe rozwiązanie i moim zdaniem lepsze od pozostałych. Obywatelom zawsze łatwiej jest się zmobilizować i złożyć podpis w ściśle wyznaczonym i krótkim terminie. Jednakże takie rozwiązanie jest możliwe tylko w przypadku, gdy w akcji zbierania podpisów organizatorom inicjatywy pomagają organy państwowe, ponieważ wymaga to zaangażowania dużych środków finansowych i znacznej liczby osób oraz posiadania odpowiedniej liczby lokali, w których możliwe będzie złożenie podpisu. Sami organizatorzy inicjatywy nie są w stanie wszystkiego zorganizować i przeprowadzić w takim krótkim terminie i w ten sposób.

Ustawodawca polski nie przewidział obligatoryjnego uwierzytelnienia przez urzędnika państwowego (np. w urzędzie gminy) podpisów złożonych pod ludowym wnioskiem w sprawie uchwalenia ustawy. Sprawdzenia takiego dokonuje się tylko na wniosek Marszałka Sejmu w przypadku uzasadnionych wątpliwości. Weryfikacja taka jest ważna, między innymi dlatego, że daje pewność co do poprawności i liczby złożonych podpisów jeszcze przed przekazaniem wniosku na ręce Marszałka Sejmu. Zasadna wydaje się zmiana tego przepisu przez polskiego ustawodawcę. Uwierzytelnienie podpisów nie zostało zbagatelizowane w Austrii, gdzie dokonują tego urzędnicy gminy.

Ważną modyfikacją postępowania parlamentarnego dotyczącego ludowego projektu ustawy w Polsce jest zniesienie zasady dyskontynuacji działań parlamentarnych. Dzięki tego rodzaju preferencji wysiłek inicjatorów inicjatywy ludowej i wola wielkiej grupy obywateli nie zostanie zaprzepaszczone w sytuacji, gdy prace legislacyjne nad ludowym projektem ustawy nie zostaną zakończone

¹²⁵ Termin 6 miesięcy na zebranie wymaganej liczby podpisów przewidzieli ustawodawcy włoski i hiszpański. Szerzej P. Uziębło, S. Grabowska, *Demokracja bezpośrednia w Hiszpanii*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego, Seria Prawnicza, Prawo 1, Rzeszów 2003, s. 411 i n.; S. Grabowska, *Ludowa inicjatywa ustawodawcza w Austrii...*, op. cit., s. 54 i n., idem, *Instytucja ogólnoekrajowej inicjatywy ludowej w wybranych...*, op. cit., s. 82–138.

przed upływem kadencji lub rozwiązaniem parlamentu. Jednak w Austrii ludowy projekt podlega, tak jak inne projekty ustaw, zasadzie dyskontynuacji prac parlamentu i po ukonstytuowaniu się nowego parlamentu projekt musi być, niestety, składany ponownie.

Zarówno polski, jak i austriacki ustawodawca starał się zadbać również o to, by ludowy projekt ustawy nie mógł zostać celowo odłożony przez parlamentarzystów. Ma temu zapobiec: pierwszeństwo w rozpatrywaniu przed wszystkimi innymi sprawami (Austria) czy obowiązek przeprowadzenia pierwszego czytania ludowego projektu w Sejmie na posiedzeniu plenarnym w nieprzekraczalnym terminie 3 miesięcy od daty skutecznego wniesienia do Marszałka Sejmu ludowego projektu ustawy. W Austrii komisja parlamentarna, do której został skierowany ludowy projekt po jego skutecznym złożeniu, powinna rozpatrzyć taki projekt w terminie 1 miesiąca. Niestety ustawodawca nie przewidział tego, że po pierwszym czytaniu w Sejmie (Polska) i po rozpatrzeniu ludowego projektu przez wyznaczoną komisję parlamentarną (Austria) projekty będą „zalegać” w parlamencie i parlamentarzyści nie będą się kwapić do szybkiego zakończenia procesu legislacyjnego ludowego projektu ustawy.

Różnie uregulowano finansowanie inicjatywy ludowej w sprawie uchwalenia ustawy w analizowanych państwach. Na uwagę zasługują uregulowanie polskie. W Hiszpanii koszty poniesione przez inicjatorów inicjatywy ludowej są rekompensowane przez państwo w chwili, gdy wniosek ludowy został skutecznie złożony. W Polsce przepisy ustawy dopuszczają możliwość uzyskania funduszy na pokrycie wydatków związanych z przeprowadzeniem inicjatywy ludowej ze zbiorów publicznych. Ograniczono jednak grono podmiotów, które mogą dofinansować ludową inicjatywę. Polscy organizatorzy inicjatywy ludowej muszą udokumentować swoje wydatki, składając sprawozdanie finansowe ze swojej działalności.

Tym, co wyróżnia polską ustawę regulującą instytucję inicjatywy ludowej spośród ustawodawstwa państw europejskich, są przepisy karne¹²⁶. Jest to dobre rozwiązanie, ponieważ przepisy regulują właśnie sprawy związane z inicjatywą ludową. Dzięki temu nie ma już potrzeby „dopasowywania” przepisów innych ustaw do przepisów ustawy o wykonywaniu inicjatywy. Specyfika spraw związanych z inicjatywą ludową nie zawsze umożliwia taką interpretację innych przepisów, w której mieściłyby się sprawy związane z ludową inicjatywą ustawodawczą.

W analizowanych państwach można wyróżnić dwa modele uregulowań prawnych dotyczących instytucji inicjatywy ludowej w sprawie przedstawienia projektu ustawy w parlamencie. Z pierwszym modelem mamy do czynienia w Polsce. Ustawodawca całość spraw związanych z organizacją inicjatywy ludowej złożył na ręce jej organizatorów, począwszy od zawiązania komitetu inicjatywy, poprzez przeprowadzenie akcji zbierania podpisów, na finansowaniu kończąc.

¹²⁶ Art. 19–20 ustawy o wykonywaniu inicjatywy.

Organy państwowe w żaden sposób nie pomagają ludowym wnioskodawcom projektu ustawy¹²⁷.

Drugi model występuje w Austrii, gdzie państwo pomaga w organizacji inicjatywy ludowej. W Austrii gminy przeprowadzają całą akcję zbierania podpisów pod ludowym wnioskiem w sprawie złożenia projektu ustawy w parlamencie¹²⁸.

Słuszne wydaje się rozwiązanie, w którym państwo pomaga swoim obywatelom w korzystaniu z form demokracji bezpośredniej. Do wymienionych już form pomocy organizatorom inicjatywy ludowej można by, zarówno w Polsce, jak i w Austrii, dodać jeszcze pomoc np. w przygotowaniu oświadczenia o finansowych skutkach jej wykonania czy ustaleniu źródeł finansowania, w przypadku gdy projekt obciąża budżet państwa, lub w sporządzeniu oświadczenia w sprawie zgodności ludowego projektu ustawy z prawem Unii Europejskiej. Obywatele nie dysponują takim zapleczem organizacyjnym, finansowym i prawnym jak organy państwowe. Dzięki takiemu wsparciu organizacja inicjatywy ludowej byłaby przeprowadzona sprawniej. Ludowe projekty ustaw miałyby szansę na lepsze przygotowanie i tym samym proces legislacyjny mógłby zostać przeprowadzony szybciej.

Obecnie instytucja inicjatywy ludowej nie jest często wykorzystywaną formą demokracji bezpośredniej. Powodów tego stanu rzeczy jest kilka. Brak zainteresowania obywateli lub niezrozumienie przez nich materii przedkładanych projektów, jak również nieufność w stosunku do organów władzy mogą być przyczyną rzadkiego korzystania z tej formy demokracji bezpośredniej. Za następny powód można uznać brak pomocy ze strony organów państwowych w trakcie przygotowywania ludowego projektu ustawy i podczas organizacji akcji promocyjnej czy akcji zbierania podpisów.

Inne podmioty posiadające prawo inicjatywy ustawodawczej, które podejmują działania po otrzymaniu sygnałów od obywateli odnośnie do potrzeby uchwalenia nowych lub zmiany już istniejących uregulowań prawnych, mogą mieć wpływ na niską liczbę ludowych inicjatyw ustawodawczych.

Kolejną przyczyną może być to, jak słusznie zauważa M. Jabłoński, że parlament nie ma obowiązku zakończenia postępowania legislacyjnego w sprawie uchwalenia ludowego projektu ustawy. Ludowi wnioskodawcy nie mają wpływu na końcową treść ustawy uchwalonej na ludowy wniosek oraz nie posiadają żadnych środków prawnych celem wpływania na pracę organów ustawodawczych¹²⁹.

Niestety, w dużej mierze ludowe projekty ustaw są odrzucane przez organy przedstawicielskie lub odwlekane jest zakończenie ich procesu legislacyjnego

¹²⁷ Ten model zastosował również ustawodawca włoski. Szerzej S. Grabowska, *Instytucja ogólnokrajowej inicjatywy ludowej w wybranych...*, op. cit., s. 82–138.

¹²⁸ W Hiszpanii organy państwowe zwracają koszty związane z przeprowadzeniem inicjatywy, ale tylko wtedy, gdy organizatorzy skutecznie złożą projekt ustawy w parlamencie. Szerzej P. Uziębło, S. Grabowska, *Demokracja bezpośrednia w Hiszpanii...*, op. cit., s. 411 i n.

¹²⁹ M. Jabłoński pisze tylko o sytuacji ludowej inicjatywy ustawodawczej w Polsce. Jednakże problem ten dotyczy wszystkich omawianych państw. M. Jabłoński, *Obywatelskie prawo...*, op. cit., s. 664–665.

ze względu na polityczne skutki uchwalenia takiej ustawy. Projekty są odrzuca-
ne, w przypadku gdy parlamentarzyści w trakcie prac nad ludowym projektem
ustawy doszukają się błędów na tyle istotnych, że wejście w życie takiej ustawy
byłoby wręcz niemożliwe, np. niejasny sposób finansowania spraw wynikają-
cych z ustawy czy nieprecyzyjne słownictwo. Parlament, nie uchwalając ludo-
wego projektu ustawy, musi brać pod uwagę skutki, jakie może wywołać takie
odrzućcie. Paradoksalnie lepszym wyjściem dla parlamentu może okazać się
przeciąganie procesu legislacyjnego. Dokonując zmian w projekcie ustawy, par-
lamentarzyści narażają się na krytykę, np. opozycji, że uchwalona ustawa znacz-
nie odbiega od treści projektu złożonego dzięki inicjatywie ludowej.

Obywatele swoją władzę zwierzchnią realizują poprzez swych przedstawicieli
oraz bezpośrednio dzięki różnym formom demokracji bezpośredniej. Jeżeli par-
lament będzie wykonywał swoje obowiązki w taki sposób, to może to doprowa-
dzić do zwątpienia obywateli w demokrację jako formę władzy i skuteczność
instytucji demokracji bezpośredniej oraz sens ich istnienia.

MODELS OF LEGAL REGULATIONS OF POPULAR LEGISLATIVE INITIATIVE

Popular legislative initiative is not a well-known and common institution in
legal systems of European countries. The initiative is the right of a specified
number of citizens to lodge a petition for enacting a certain law. This type of
popular initiative is regulated only in a few countries where regulations vary from
formalized to schematic and superficial. However, there is no doubt that popular
legislative initiative is considered as a significant supplement of parliamentary
democracy.

There are two main types of legal regulations concerning popular legislative
initiative.

The first one can be found in the Polish legal system where the whole burden
of organizing popular initiative (concerning e.g.: establishing the initiative com-
mittee, collecting required number of signatures, financing all the activities as-
sociated with the initiative) is put on the initiative's organizers, whereas public
authorities do not assist.

The second type can be found in Austria where the State assists in organizing
the popular initiative – municipality carry out all the activities associated with
gathering signatures under the popular motion on submitting a draft of a bill to
parliament.

TADEUSZ BIAŁEK

INTERPRETACJA I ZNACZENIE ART. 27 MIĘDZYNARODOWEGO PAKTU PRAW OBYWATELSKICH I POLITYCZNYCH

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 16 grudnia 1966 r.¹ był pierwszym prawnie wiążącym dokumentem wydanym przez Organizację Narodów Zjednoczonych, który nałożył na państwa-strony obowiązek przestrzegania praw osób należących do mniejszości narodowych.

I. ZASADA NIEDYSRYMINACJI

Analizę obowiązków należy rozpocząć od treści art. 2 ust. 1 paktu, który zobowiązuje każde z państw-stron paktu do przestrzegania i zapewnienia praw uznanych w pakcie wszystkim osobom, które znajdują się na jego terytorium i podlegają jego jurysdykcji bez względu na jakiekolwiek różnice, takie jak m.in. rasa, kolor skóry, urodzenie i pochodzenie narodowe. Artykuł ten proklamuje zasadę niedyskryminacji w stosunku do wszelkich praw i wolności uregulowanych w pakcie². Zasada równości i niedyskryminacji, jako odrębne prawo, a więc dotyczące nie tylko praw i wolności zawartych w pakcie, uregulowana została w art. 26 paktu, a art. 27 rozwijają i adresuje właśnie do mniejszości. Art. 26 stwierdza, że wszyscy są wobec prawa równi i uprawnieni do jednakowej ochrony prawnej bez żadnej dyskryminacji. Jakakolwiek dyskryminacja w tym zakresie powinna być ustawowo zakazana. Państwa-strony powinny zagwarantować na drodze ustawy równą dla wszystkich i skuteczną ochronę przed dyskryminacją z takich względów jak: rasa, kolor skóry, płeć, religia, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuacja majątkowa, urodzenie lub jakiekolwiek inne okoliczności. W tym kontekście wskazać należy, że tak określona zasada nie wyklucza istnienia tzw. pozytywnej dyskryminacji, która polega na uprzywilejowanym traktowaniu pewnych kategorii osób w celu wyrównywania różnic w zakresie korzystania przez te osoby z gwarantowanych praw i wolności³. Proces taki powinien mieć jednak charakter tymczasowy, a ponadto – jak

¹ Wszedł w życie 3 stycznia 1976 r., ratyfikowany przez Polskę w dniu 18 marca 1977 r.

² R. Wieruszewski, *Zasada równości i niedyskryminacji w świetle orzecznictwa Komitetu Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 4, s. 40.

³ Ibidem, s. 41.

wskazywał Komitet Praw Człowieka – różnicowanie sytuacji prawnej osób jest dopuszczalne, jeśli oparte jest na rozsądnych i obiektywnych kryteriach.

II. ISTOTA I TREŚĆ ART. 27 PAKTU

W art. 27 paktu wskazano, że „w państwach, w których istnieją mniejszości etniczne, religijne i językowe, osoby należące do tych mniejszości nie mogą być pozbawione prawa do posiadania, we wspólnocie z innymi członkami tej grupy, własnego życia kulturalnego, do wyznawania i praktykowania własnej religii oraz do posługiwania się własnym językiem”. Jak podnosi się w doktrynie, artykuł ten stanowi globalny standard w zakresie ochrony praw osób należących do mniejszości narodowych na świecie i jest jedynym powszechnie obowiązującym przepisem prawnym w tej dziedzinie⁴. Obecny kształt tego przepisu powstał w wyniku kompromisu państw, których część przedstawicieli oponowała przeciw niemu, podnosząc, że jego stosowanie może prowadzić do separatystycznych nastrojów, czy nadawania statusu mniejszości imigrantom, stąd też w przepisie brak definicji mniejszości⁵. Art. 27 stanowi klauzulę generalną, która ma charakter dodatkowy w stosunku do innych praw zawartych w pakcie, jednakże może on stanowić w odróżnieniu od art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka samoistną podstawę naruszenia, ponieważ chroni również prawa podmiotowe osób⁶.

Odnosząc się do genezy powstania art. 27 paktu, należy wskazać, że przepis ten w swoich założeniach miał zapewniać specjalną ochronę tylko obywatelom państwa, którzy wyróżniają się od reszty swoją odrębnością etniczną, religijną i językową. Oznacza to, że intencją twórców przepisu nie było objęcie ochroną obco-krajowców, robotników sezonowych, uchodźców i imigrantów⁷. Konsekwentnie więc nie każda grupa obywateli będąca mieszkańcami danego państwa, odróżniająca się pod pewnymi względami od większości jego obywateli, może skutecznie powoływać się na ochronę przewidzianą w art. 27 paktu⁸, co nie wyklucza oczywiście korzystania przez takie osoby z wielu praw gwarantowanych w danym państwie na rzecz wszystkich obywateli (z zastrzeżeniami – np. prawa wyborcze), ale nie przez pryzmat art. 27 paktu. Z drugiej jednak strony użycie w przepisie sformułowania „mniejszości etniczne, religijne i językowe” z pominięciem terminu „mniejszości narodowe” niewątpliwie miało na celu zastosowanie tego

⁴ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, N.P. Engel, Publisher 2005, s. 638.

⁵ N. Lemer, *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht 1991, s. 15.

⁶ C. Mik, *Ochrona mniejszości narodowych w prawie europejskim*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 3, s. 32. Podobnie pkt 6.1 ogólnego komentarza Komitetu Praw Człowieka w zakresie art. 27 paktu z dnia 6 kwietnia 1994 r. (General Comment, No 23 (50), art. 27 – Report of the Human Rights Committee, vol. I, A/49/40, New York 1994).

⁷ S. Pawlak, *Ochrona mniejszości narodowych w Europie*, Warszawa 2001, s. 28.

⁸ Przykładowo Niemcy tradycyjnie nie uznają za mniejszości narodowe tzw. mniejszości napływowych (imigrantów).

artykułu do jak największej grupy osób⁹. W komentarzu ogólnym do art. 2710 Komitet Praw Człowieka podkreślił jednak, że osoby należące do mniejszości nie muszą być obywatelami danego państwa lub stale zamieszkiwać na jego terytorium, aby móc korzystać z ochrony przewidzianej w art. 27, ponieważ to, czy dana mniejszość etniczna, religijna lub językowa istnieje, jest faktem obiektywnym, niezależnym od decyzji danego państwa¹¹. Ponieważ art. 27 nie wskazuje definicji mniejszości¹², podobnie jak wszystkie inne międzynarodowe dokumenty, a jednocześnie przepis używa sformułowania „w państwach, w których istnieją mniejszości”, artykuł ten odebrano w niektórych państwach jako przyznanie im prawa do określenia, czy na ich terytorium istnieją mniejszości. Z możliwości takiej skorzystała np. Francja, która złożyła oświadczenie, że art. 27 nie znajduje zastosowania w Republice Francuskiej, ponieważ na jej terytorium nie ma mniejszości¹³. Niezależnie od komentarza ogólnego do art. 27 Komitet wyrażał również swoje poglądy w przedmiocie zakresu ochrony wynikającej z tego artykułu w uwagach sporządzanych do sprawozdań państw w trybie art. 40 paktu. I tak np. w uwagach dotyczących Słowenii¹⁴ Komitet wskazał, że społeczeństwa imigrantów tworzą mniejszości w rozumieniu art. 27 paktu i są uprawnione do ochrony na podstawie tego przepisu. Natomiast w uwagach dotyczących Austrii Komitet wyraził swoje zaniepokojenie, że państwo ogranicza definicję mniejszości je-

⁹ Termin „mniejszość narodowa” jest już jednak użyty wyraźnie w Deklaracji praw osób należących do mniejszości narodowych lub etnicznych, religijnych i językowych z 1992 r. Z drugiej strony zauważyć należy, że raczej trudno znaleźć mniejszość narodową, która nie jest jednocześnie mniejszością językową, a często też religijną.

¹⁰ Committee's General Comment No. 23 (50) 1994, UN doc. HRI/GEN/1/Rev.5, pp. 147–150; cyt. za R. Hański, M. Scheinin, *Leading cases of the Human Rights Committee*, Institute of Human Rights, Abo Akademi University, Turku 2003, s. 375.

¹¹ Warto wskazać na dyskusję, która toczyła się w literaturze, zanim Komitet wyraził swoje ostateczne zdanie. Za interpretacją wskazującą, że art. 27 nie dotyczy obcokrajowców i imigrantów opowiadał się m.in. Capotorti, wskazując, że termin mniejszości odnosi się jedynie do obywateli danego państwa, a cudzoziemców i imigrantów chronią inne normy prawa międzynarodowego. Odmienne wskazywał Nowak, podnosząc, że gramatyczna wykładnia przepisu prowadzi do wniosku, że przepis posługuje się pojęciem osoby, a nie obywatela – M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights...*, op. cit., s. 645.

¹² W toku prac nad art. 27 proponowano następującą definicję mniejszości – „oddzielne lub odrębne grupy ludności, należące zdefiniowane i od dawna osiedlone na terytorium danego państwa”.

¹³ C. Mik, *Ochrona mniejszości narodowych...*, op. cit., s. 20. Dodatkowo zauważyć należy, że Komitet w swoich uwagach do sprawozdania Francji wskazał, że nie podziela stanowiska Francji stwierdzającego, że w kraju tym nie ma mniejszości etnicznych, religijnych i językowych, a fakt, że wszystkie jednostki są równe wobec prawa, wcale nie wyklucza respektowania przez państwo istnienia wskazanych mniejszości i ich praw do własnego życia kulturalnego, do wyznawania i praktykowania własnej religii oraz do posługiwania się własnym językiem – Concluding Observations on France (1997) UN doc. CCPR/C/79/Add.80. Co więcej, w skardze *Hopu and Bessert v. France* (549/93), w której autorzy będący Polinezyjczykami podnieśli, że rozbudowa hoteli na gruntach poświęconych cmentarzyskom narusza ich prawo do prywatności i ochrony rodziny, Komitet uznał racje skarżących należących do mniejszości, ale nie na gruncie art. 27, w zakresie którego Francja złożyła ww. oświadczenie; cyt. za: S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant on civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary*, Oxford 2004, s. 757–759 i 779.

¹⁴ Concluding Observations on Slovenia (1994) UN doc. CCPR/C/79/Add.40; cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 756.

dynie do pewnych wybranych grup¹⁵. Problem definicji mniejszości w świetle art. 27 paktu był również przedmiotem indywidualnych skarg rozpatrywanych przez Komitet Praw Człowieka, o czym szerzej w dalszej części artykułu.

Co do charakteru art. 27 należy przypomnieć dyskusję toczącą się już na etapie konstrukcji przepisu, a sprowadzającą się do należytego rozumienia wynikających z niego obowiązków państwa. Wskazywano bowiem na różnice między koncepcją równości i niedyskryminacji, jako działań zapobiegających naruszaniu praw mniejszości, a koncepcją ochrony mniejszości¹⁶. Konsekwencją powyższego było rozstrzygnięcie, czy wobec osób należących do mniejszości narodowych państwo ma obowiązki negatywne, czy też pozytywne. Negatywne podejście do przepisu sprowadza się do tezy, że samo nieingerowanie i niepodejmowanie działań przeciw mniejszościom jest wystarczającym wywiązywaniem się państwa z traktatowego obowiązku. Pozytywne podejście do przepisu zakłada natomiast, że państwo powinno efektywnie działać na rzecz korzystania przez mniejszości z praw kulturalnych, religijnych i językowych przez stwarzanie odpowiednich warunków i podejmowanie odpowiednich środków. Początkowo zdawało się przeważać negatywne podejście do przepisu – a więc przekonanie, że prawa mniejszości tak jak inne prawa obywatelskie i polityczne powinny być zagwarantowane przez nieingerencję państwa. W ramach negatywnego podejścia pojawił się również pogląd, że celem art. 27 jest zagwarantowanie członkom mniejszości takich samych praw, z jakich korzystają inni obywatele danego państwa, a nie tworzenie odrębnego systemu praw mniejszości¹⁷. Komitet Praw Człowieka w swojej praktyce odszedł od negatywnego pojmowania obowiązków na rzecz pozytywnych działań służących ochronie mniejszości. Konsekwentnie więc stwierdzić należy, że państwo, ograniczając się do zapewnienia tylko formalnej obecności normy wynikającej z art. 27, nie wykonuje traktatowego obowiązku w dobrej wierze. W komentarzu ogólnym do art. 27 Komitet Praw Człowieka wskazał wyraźnie, że państwo ma obowiązek pozytywnego aktywnego działania na rzecz realizacji art. 27 paktu¹⁸. Obowiązek ten powinien być spełniany nie tylko za pomocą działań podejmowanych przez państwo na drodze ustawodawczej, sądowej lub administracyjnej, ale także za pomocą działań innych osób (organizacji) wspieranych przez państwo. W tym kontekście wskazuje się ponadto

¹⁵ Concluding Observations on Austria (1998) UN doc. CCPR/C/79/Add.103; cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 756. Austriacka ustawa federalna o statusie prawnym grup etnicznych z 1976 r. nie obejmuje wszystkich mniejszości zamieszkujących w Austrii, ale jedynie takie, które austriackie władze administracyjne uznają za mniejszości. Uznanyymi mniejszościami narodowymi są Słoweńcy, Chorwaci i Węgrzy.

¹⁶ S. Pawlak, *Ochrona mniejszości...*, op. cit., s. 28–29.

¹⁷ A. Michalska, *Ochrona mniejszości etnicznych w świetle praktyki Komitetu Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 6.

¹⁸ Odmienne S. Łodziński, *Ochrona praw osób należących do mniejszości narodowych i etnicznych – perspektywa europejska*, Kancelaria Sejmu, Biuro Studiów i Ekspertyz 2002, s. 9. Autor wskazuje, że użyty na początku artykułu zwrot „członkowie mniejszości nie mogą być pozbawieni” może sugerować wąską (negatywną) interpretację ochrony ich praw, tj. tolerowania praw mniejszości, a nie aktywnego działania państwa na ich rzecz. Za negatywną interpretacją przepisu opowiada się również M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 180–181.

na antydyskryminacyjny charakter przepisu¹⁹. Sprowadza się on do uznania, że jeżeli państwo w określonych dziedzinach nie pomaga większości (dominującej grupie narodowej lub etnicznej), to nie jest również zobowiązane do pomagania mniejszości, ponieważ nie zachodzi w takim przypadku dyskryminacja. Z drugiej strony pamiętać również należy, że państwo, podejmując pozytywne aktywne działania na rzecz mniejszości, musi mieć na uwadze, aby czynić to w zakresie wszystkich grup mniejszościowych zamieszkujących na jego terenie, ponieważ inaczej może narazić się na zarzut naruszenia art. 26 paktu (dyskryminację). Natomiast zakres dodatkowych pozytywnych działań państwa na rzecz mniejszości, ponad standard wynikający z art. 27 paktu, zależy od uznania państwa i stanowi niewątpliwie wyraz jego działania w dobrej wierze.

Przeanalizowania wymaga też na tle art. 27 paktu zagadnienie, kto właściwie jest adresatem normy – zbiorowość czy jednostka. W świetle powszechnie przyjętego poglądu²⁰ art. 27 nie przyznaje praw mniejszości rozumianej jako kolektywna całość, ale przewiduje, że z praw tych korzystają jednostki należące do mniejszości²¹. Gwarancje prawne ustanawiane są więc na rzecz jednostki – członka danej społeczności, ale poprzez ochronę każdego z członków mniejszości ochrania się niewątpliwie również same mniejszości. Poważniejsze wątpliwości interpretacyjne wywołał natomiast zapis, że realizacja praw następować ma „we wspólnocie z innymi członkami grupy”²². Niektórzy autorzy proponują w związku z tym rozróżnienie praw wspólnot mniejszościowych i praw realizowanych indywidualnie we wspólnocie z innymi członkami grupy²³, ale inni wskazują, że jeśli można korzystać z praw tylko wspólnie z innymi członkami grupy, to takie korzystanie ma *de facto* cechy prawa grupowego (zbiorowego)²⁴. Jeszcze inni autorzy wywodzą, iż taki zapis oznacza, że indywidualni członkowie grup mniejszościowych nie mają indywidualnych roszczeń o realizację praw wskazanych w art. 27 paktu²⁵. Wszystkie powyższe rozważania interpretacyjne nie zmieniają jednak zasady, zgodnie z którą o ile art. 27 paktu gwarantuje prawa na rzecz jed-

¹⁹ J. Sozański, *Ochrona mniejszości w systemie uniwersalnym, europejskim i wspólnotowym*, Warszawa 2002, s. 76.

²⁰ S. Pawlak, *Ochrona mniejszości...*, op. cit., s. 28–29; J. Sozański, *Ochrona mniejszości...*, op. cit., s. 75; M.A. Estebanez, *International organizations and minority protection in Europe*, Turku 1995, s. 8; N. Lemer, *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht 1991, s. 15–16; M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights...*, op. cit., s. 652. W doktrynie pojawiły się jednak głosy odmienne – np. Y. Dinstein, *Freedom of Religion and the Protection of Religious Minorities*, Faculty of Law, Tel Aviv 1990. Autor na przykładzie praw religijnych wskazuje, że celem art. 27 jest kolektywna ochrona mniejszości jako grup.

²¹ Sprawa była również przedmiotem ogólnego komentarza Komitetu Praw Człowieka w zakresie art. 27 paktu. W komentarzu Komitet wskazał właśnie taką interpretację.

²² Zapis ten wprowadzony z inicjatywy Wielkiej Brytanii był początkowo rozumiany jako podkreślenie egzystencji grup mniejszościowych, ale niedługo po jego wprowadzeniu pojawiła się kolejna interpretacja wskazująca, że ideą takiego zapisu była ochrona indywidualnych jednostek przed naruszaniem chronionych praw przed destrukcyjnymi tendencjami pojawiającymi się w państwach przeciw mniejszościom. Zapis ten wywołał liczne głosy krytyczne w doktrynie; szerzej M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights...*, op. cit., s. 655.

²³ C. Mik, *Zbiorowe prawa człowieka*, Toruń 1992, s. 409.

²⁴ J. Sozański, *Ochrona mniejszości...*, op. cit., s. 75.

²⁵ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights...*, op. cit., s. 657.

nostek, o tyle praktyczna realizacja tych praw uzależniona jest od zdolności całej mniejszościowej grupy do podtrzymywania swojej kultury, języka i religii.

III. INTERPRETACJA ART. 27 PAKTU W ORZECZNICTWIE KOMITETU PRAW CZŁOWIEKA

Interpretacja art. 27 paktu dokonywana była również w trakcie rozpatrywania indywidualnych skarg przez Komitet Praw Człowieka. W sprawie *Sandra Lovelace v. Kanada*²⁶ Komitet uznał, że doszło do naruszenia art. 27 paktu. Skarżąca będąca Indianką wносиła o przywrócenie jej prawa do powrotu do rezerwatu, gdzie żyła przed wyjściem za mąż za Kanadyjczyka niebędącego Indianinem, z którym następnie się rozwiodła. Komitet wskazał, że kanadyjska ustawa indiańska, w świetle której skarżąca nie mogła już wrócić do rezerwatu, narusza normę art. 27 paktu, ponieważ osoby, które urodziły się i wychowały w rezerwacie, a które utrzymują więzi ze swoją społecznością i pragną nadal je utrzymywać, muszą być naturalnie uważane za mniejszość w rozumieniu paktu. W tym kontekście więc prawo skarżącej do dostępu do swojej rodzimej kultury i języka we wspólnocie z innymi członkami grupy zostaje naruszone, ponieważ nie może być realizowane poza rezerwatem, gdzie taka grupa istnieje. Natomiast jakiegokolwiek ustawowe ograniczenia odnoszące się do prawa zamieszkania w rezerwacie muszą mieć zarówno racjonalne, jak i obiektywne uzasadnienie oraz pozostawać w zgodzie z innymi postanowieniami paktu traktowanego jako całość. Komitet podkreślił istotną zasadę, że art. 27 musi być rozumiany i stosowany w świetle innych postanowień paktu (takich jak art. 12, 17 i 23) w takim zakresie, w jakim mogą one odnosić się do poszczególnych spraw, a także w świetle postanowień zakazujących dyskryminacji (art. 2 i 26). Po wydaniu tej decyzji Kanada częściowo zmieniła ustawę indiańską w ten sposób, że pozwolono kobietom, które przed 1985 r. poślubiły Kanadyjczyków niebędących Indianinami, powrócić do rezerwatów, ale nałożono restrykcje na uznanie dzieci z mieszanych małżeństw urodzonych po 1985 r. Taki stan rzeczy był przedmiotem kolejnej skargi *R.L. v. Kanada*²⁷, w której skarżący podnosili, że zmiana ustawy ograniczyła prawo szczepów indiańskich do decydowania o ich własnym członkostwie. Skarga została jednak przez Komitet oddalona z powodu niewyczerpania krajowej drogi odwoławczej. W 1999 r. Komitet w swoich uwagach dotyczących Kanady wskazał, że zmiany w ustawie indiańskiej poprawiły wprowadzić status kobiet, które poślubiły przed 1985 r. Kanadyjczyków niebędących Indianinami w zakresie ich prawa do powrotu do rezerwatu, ale nie przesądziły tego prawa dla późniejszych podobnych spraw, w których nadal prawo do powrotu do rezerwatu może być odmawiane. Podobna sprawa, w której Komitet uznał naruszenie art. 27 paktu, dotyczyła również Kanady i przedstawiciela szczepu indiańskiego

²⁶ *Sandra Lovelace v. Canada* (1981), Selected Decisions of the Human Rights Committee I, s. 83–87.

²⁷ *R.L. et al v. Canada* (358/89); cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 757–759.

Lubicon Lake²⁸. Skarżący podniósł sprawę naruszenia przez władze kanadyjskie tradycyjnych praw do polowu i polowania oraz kwestię samostanowienia, co do której Komitet uznał jednak, że nie mieści się ona w zakresie objętym przez Protokół fakultatywny do paktu. Zdaniem skarżącego naruszenie tradycyjnych praw szczepu przez kanadyjską prowincję Alberta, poprzez pozwolenie na wydobywanie gazu, polegać miało na zagrożeniu destrukcją ich ekonomicznej bazy i ich stylu życia stanowiącego podstawowy element ich odrębności i kultury. Komitet uznał naruszenie postanowień art. 27 paktu, ponieważ wskazał, że prawa chronione tym artykułem obejmują prawo indywidualnych osób występujących we wspólnocie z innymi do zajmowania się działalnością społeczną i gospodarczą stanowiącą część kultury tej społeczności, do której należą. Zdaniem Komitetu plany rozwojowe kanadyjskiej prowincji Alberta zagrażają sposobowi życia i kulturze szczepu Lubicon Lake, powodując tym samym naruszenie art. 27 paktu, dopóki będą kontynuowane. Decyzja Komitetu nie zapadła jednomyślnie. W zdaniu odrębnym do tej decyzji²⁹ podniesiono, że prawo praktykowania swojej kultury nie powinno być rozumiane w ten sposób, że tradycyjny sposób życia szczepu musi być chroniony niejako za wszelką cenę, w szczególności za cenę rozwoju gospodarczego prowincji, ponieważ w tym przypadku należy mieć na uwadze odniesienie do potrzeb społeczeństwa jako całości.

Komitet w zdecydowanej większości przypadków nie dopatrywał się jednak w skargach naruszenia praw mniejszości zagwarantowanych w art. 27 paktu. W skardze *Ballantyne v. Kanada*³⁰ autorzy będący przedstawicielami mniejszości anglojęzycznej w kanadyjskiej prowincji Quebec podnieśli, że ustawodawstwo prowincji w zakresie języka narusza art. 27 paktu, w szczególności poprzez fakt, że zakazuje mniejszości anglojęzycznej wystawiania komercyjnych oznaczeń (tablic, napisów itp.) w języku angielskim³¹. Skarżący zarzucili, że francuskojęzyczni przedsiębiorcy są w uprzywilejowanej pozycji, ponieważ w biznesie mogą

²⁸ *Chief Ominayaka v. Canada* (1990), Selected Decisions of the Human Rights Committee II, s. 224–225.

²⁹ Zdanie odrębne – N. Ando; cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 773.

³⁰ *Ballantyne et al v. Canada* (359, 385/89); cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 754.

³¹ Na gruncie praw językowych chronionych przez art. 27 paktu Komitet wielokrotnie wypowiadał się w uwagach dotyczących poszczególnych państw. W uwagach dotyczących Estonii Komitet wskazał, że jest zaniepokojony praktyczną implementacją biegłej znajomości języka estońskiego, włączając w to prywatny sektor, i efektem, jaki może to wywołać w zakresie możliwości zatrudniania obywateli rosyjskojęzycznych mniejszości. Ponadto w dalszym ciągu brak tablic i znaków w języku rosyjskim na obszarach ściśle zamieszkałych przez te mniejszości – Concluding Observations on Estonia (2003) UN doc. CCPR/CO/77/EST. W uwagach dotyczących Algierii Komitet wskazał, że wprowadzenie Dekretu o języku arabskim, który wszedł w życie w 1998 r., spowodowało obowiązkowe i natychmiastowe używanie języka arabskiego we wszystkich obszarach spraw publicznych, czego bezpośrednim efektem okazało się ograniczenie praw gwarantowanych przez pakt (art. 19, 25, 26 i 27) znaczącej części populacji używającej języka francuskiego lub berberyjskiego – Concluding Observations on Algeria (1998) UN doc. CCPR/C/79/Add.95. Jednocześnie Komitet wypowiadał się jednak pozytywnie o niektórych działaniach podejmowanych przez państwa; np. w uwagach dotyczących Norwegii Komitet wskazał, że zauważa z satysfakcją, że język Lapończyków (*Sami language*) może być używany w kontaktach z publicznymi władzami i przed sądami – Concluding Observations on Norway

używać swojego języka bez żadnych przeszkód. Komitet wskazał, że mniejszości, o których mowa w art. 27, powinny być rozumiane jako mniejszości w ramach państwa, a nie mniejszości w ramach prowincji takiego państwa. Innymi słowy, anglojęzyczni obywatele Kanady nie mogą być uważani za mniejszość językową, dlatego też autorzy skargi nie mają legitymacji do występowania ze skargą na naruszenie art. 27 paktu. Charakterystyczne jest jednak, że Komitet dopatrywał się w tej skardze naruszenia art. 19 paktu traktującego o wolności swobodnego wyrażania opinii, wskazując, że środki podjęte w ustawodawstwie prowincji dotyczącym języka są nieadekwatne do osiągnięcia celów ochrony języka francuskiego. W zdaniu odrębnym do tej decyzji³² podniesiono jednak, że prawo prowincji Quebec pozwala na dopuszczalne ograniczenie art. 19 paktu z uwagi na fakt, że francuskojęzyczni obywatele Kanady stanowią mniejszość w tym państwie, a więc stosowane prawo językowe w prowincji Quebec jest pozytywnym działaniem na rzecz tej mniejszości w rozumieniu art. 27 paktu.

Duża część skarg rozpatrywanych przez Komitet na gruncie art. 27 paktu, w których Komitet nie dopatrywał się naruszenia praw osób należących do mniejszości, dotyczyła praw kulturalnych wyrażających się w tradycyjnym stylu życia związanym z wykonywaniem określonych czynności (w tym kontekście skargi zazwyczaj dotyczyły tzw. *indigenous people*³³). Generalnie z decyzji Komitetu w tym zakresie wynika, że kultura wyrażać się może w wielu formach, włączając w to właśnie tradycyjny styl życia związany z przywiązaniem do pewnych zajęć, np. hodowli, rybołówstwa, rolnictwa. Prawidłowe funkcjonowanie tych praw stanowiących element wspólnego życia kulturalnego wymaga od państw podejmowania pozytywnych środków i działań oraz – na co Komitet zwraca szczególną uwagę – efektywnego uczestnictwa przedstawicieli mniejszości w procesie podejmowania decyzji, które ich dotyczą (także pośrednio)³⁴. W skardze *Ivan Kitok*

(1993) UN doc. CCPR/C/79/Add.27; cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 790.

³² Zdanie odrębne – Mr Ando; cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 773.

³³ Zaznaczyć należy również w tym miejscu, że w komentarzu ogólnym do art. 27 paktu Komitet Praw Człowieka wskazał, że chociaż art. 27 nie zawiera bezpośrednio odniesienia do tzw. ludów tubylczych (*indigenous people*), to jednak należy uznać, że norma art. 27 ma również do nich zastosowanie, ponieważ spełniają kryteria mniejszości językowych i etnicznych, a czasami także religijnych. W praktyce wiele skarg indywidualnych rozpatrywanych przez Komitet odnosiło się do roszczeń podnoszonych przez członków tych grup (w istocie do *indigenous people* zalicza się *Sami people*, oraz wskazanych w omówionych poniżej skargach Maorysów i członków społeczności *Rehoboth Baster* w Namibii). Por. M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights...*, op. cit., s. 650–655.

³⁴ W uwagach dotyczących Chile Komitet stwierdził, że państwo, planując czynności, które oddziałują na członków mniejszości (a w zasadzie tzw. ludów tubylczych – *indigenous people*), powinno zwracać szczególną uwagę na podtrzymywanie kultury oraz tradycyjnego sposobu życia tych społeczności, co powinno m.in. przejawiać się w tym, że członkowie tych społeczności mają zapewnione uczestnictwo w podejmowaniu decyzji, które ich dotyczą – Concluding Observations on Chile (1999) UN doc. CCPR/C/79/Add. 104. W uwagach dotyczących Szwecji Komitet wyraził zaniepokojenie zmniejszającym się zakresem, w jakim Parlament Lapończyków (*Sami Parliament*) może odgrywać znaczącą rolę w procesie podejmowania decyzji, które oddziałują na tradycyjnie wykonywane czynności – Concluding Observations on Sweden (2002) UN doc. CCPR/CO/74/SWE; cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 779, 781.

v. *Szwecja*³⁵ dotyczącej zaniechania przez rząd tego państwa realizacji inwestycji naruszających tradycyjny styl życia związany z hodowlą reniferów skarżący przedstawiciel mniejszości *Sami* (Lapończycy) podniósł, że wskazane działania rządu zmierzają do odmówienia praktycznej realizacji zagwarantowanych Lapończykom praw, w szczególności prawa do członkostwa w ich społeczności i prawa do kultywowania swoich tradycji kulturalnych, związanych w tym przypadku z hodowlą reniferów. Komitet nie uznał naruszenia normy, wskazując, że regulowanie działalności gospodarczej jest normalną sprawą należącą do wyłącznej kompetencji państwa. Jak wynika z uzasadnienia decyzji Komitetu, w którym powołano się na rozstrzygnięcie w sprawie *Sandra Lovelace v. Kanada*, ograniczenie praw indywidualnego członka mniejszości musi mieć racjonalne i obiektywne uzasadnienie i musi być konieczne dla dobra ogółu osób należących do konkretnej mniejszości, a w tej sprawie Komitet nie dopatrywał się naruszenia właśnie tej zasady. Komitet dostrzegł jednak, że gdy działalność, którą zajmują się w głównej mierze osoby należące do danej mniejszości, jest istotną częścią składową kultury społeczności etnicznej, to zależnie od okoliczności konkretnego przypadku art. 27 może mieć zastosowanie wobec jednostki należącej do takiej społeczności.

W skardze *Mahuik v. Nowa Zelandia*³⁶ autorzy zarzucili rządowi Nowej Zelandii, że uгода zawarta w Traktacie Waitangi³⁷ narusza ich tradycyjne prawa do połowu i pozostaje tym samym w sprzeczności z art. 27 paktu. Autorzy skargi byli członkami tych szczepów Maori, czyli tradycyjnych mieszkańców wysp Nowej Zelandii (tzw. *indigenous people*), którzy sprzeciwiali się podpisaniu ugody. Skarżący podnieśli brak właściwej reprezentacji ze strony Maorysów w trakcie podpisywania ugody i podnieśli ponadto, że przyjęte ustalenia zagrażają ich tradycyjnemu życiu i kulturze. Rybołówstwo stanowi bowiem główny element ich działalności i do dnia dzisiejszego Maorysi odczuwają silną potrzebę zamianowania własnej kultury w ten właśnie sposób, co sprowadza się do zapewnienia jak najpełniejszego obszaru ich tradycyjnych połowów. Rząd Nowej Zelandii wskazał, że jest w pełni świadom, iż rybołówstwo jest tradycyjnym elementem kultury Maorysów, i że państwo na gruncie art. 27 paktu ma pozytywne obowiązki do spełnienia, co właśnie udało się osiągnąć w ugodzie zawartej w Traktacie Waitangi. Zdaniem rządu uгода, przy której zawieraniu zapewniona była odpowiednia reprezentacja, jest jednym z najbardziej pozytywnych osiągnięć ostatnich czasów w kierunku zapewnienia Maorysom właściwego respektowania należnych im praw. Komitet w swojej decyzji podkreślił, tak jak w poprzednich sprawach, że ekonomiczna sfera działań może również podlegać ochronie na gruncie art. 27 paktu, jeśli stanowi zasadniczy element kultury społeczności osób należących do mniejszości narodowych. Komitet podkreślił, że w przedmiotowej

³⁵ *Ivan Kitok v. Sweden* (197/1985); cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 761.

³⁶ *Mahuik v. New Zealand* (547/93); cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 763.

³⁷ Treaty of Waitangi (Fisheries Claims) Settlement Act 1992.

sprawie taka sytuacja ma właśnie miejsce, ale nie można jednocześnie dopatrzeć się naruszenia art. 27 paktu, ponieważ rząd Nowej Zelandii podjął działania, które zmierzają do ochrony i właściwego uregulowania głównego zajęcia Maorysów, jakim jest rybołówstwo. Proces konsultacji był zdaniem Komitetu przeprowadzony właściwie i ze szczególnym uwzględnieniem kulturalnego i religijnego znaczenia rybołówstwa dla Maorysów, a przed rządem stoi zadanie zwrócenia szczególnej uwagi na właściwą implementację przepisów Traktatu Waitangi.

W skardze *Diergaardt v. Namibia*³⁸ skarżący będący członkiem społeczności *Rehoboth Baster* (spadkobiercy plemienia tubylczego Khoi oraz holenderskich osadników zwanych Afrikaans) podniósł, że z chwilą uzyskania niepodległości przez Namibię w 1990 r. prawny status społeczności *Rehoboth*, która w 1989 r. pod politycznym naciskiem tymczasowo pozbawiona została autonomii przyznanej w 1976 r. na rzecz Administratora Generalnego powołanego na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ³⁹, powinien automatycznie powrócić do stanu sprzed 1989 r. Tymczasem, jak podniósł skarżący, rząd Namibii nie tylko nie uznał autonomii społeczności *Rehoboth*, ale poddał wywłaszczeniu całą ziemię należącą do tej społeczności. Konfiskata ziemi w efekcie spowodowała pozbawienie społeczności podstawowych środków do życia, ponieważ hodowla bydła jest i była podstawą egzystencji społeczności jako całości i stanowiła nie tylko jej ekonomiczną bazę, ale również była wyznacznikiem kulturalnej, socjalnej i etnicznej tożsamości, o której mowa w art. 27 paktu. Komitet nie uznał naruszenia art. 27 paktu, wskazując, że jest sprawą krajowych sądów odpowiednia interpretacja faktów w świetle krajowego porządku prawnego (które miały miejsce *de facto* przed ratyfikacją przez Namibię Protokołu fakultatywnego w 1996 r.). Co ważniejsze jednak, Komitet uznał, że w niniejszej sprawie i tak nie można się dopatrzeć naruszenia art. 27 paktu, ponieważ o ile faktycznie można mówić o pewnych historycznych formach samorządu, jakim cieszyła się społeczność *Rehoboth*, o tyle hodowla bydła nie została uznana przez Komitet za wystarczający czynnik kulturalnej odmienności społeczności, który byłby chroniony przez art. 27 paktu, a ponadto hodowla prowadzona przez wskazaną społeczność przez okres nie dłuższy niż 125 lat nie była tą czynnością, która stanowiła o odrębności tej społeczności (w odróżnieniu np. od wskazanych powyżej Maorysów lub Lapończyków).

W skardze *Lansman v. Finlandia*⁴⁰ skarżący wraz z członkami Komitetu Hodowców Muotkatunturi zarzucił rządowi Finlandii przeprowadzanie prac wydobywczych, które naruszają i zakłócają tradycyjną hodowlę reniferów i tym samym stanowią o naruszeniu art. 27 paktu. Komitet, niewątpliwie uznając skarżących za osoby należące do mniejszości w rozumieniu art. 27 paktu, nie dopatrzył się jednak naruszenia wskazanego przepisu. Jak wynika z uzasadnienia decyzji

³⁸ *Diergaardt v. Namibia* (760/97); cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 769.

³⁹ UN Security Council Resolution 435 (1978).

⁴⁰ *Lansman v. Finland* (511/92), cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 773.

Komitetu, w którym powołano się na rozstrzygnięcie w sprawie skargi *Ivan Kitok v. Szwecja*, ekonomiczna działalność, którą zajmują się w głównej mierze osoby należące do danej mniejszości, może podlegać ochronie na gruncie art. 27 paktu, jeżeli jest istotną częścią składową kultury społeczności etnicznej. Jednakże, jak podkreślił dalej Komitet, prawa kulturalne członków mniejszości nie mogą być chronione *in abstracto*, ale muszą mieć wyraźny kontekst, przedmiotem ochrony art. 27 paktu bowiem jest nie tylko tradycyjny sposób życia osób należących do mniejszości. Państwo niewątpliwie może podejmować środki mające na celu rozwój gospodarczy kraju, ale środki, jakie podejmuje w tym celu, nie mogą powodować zniweczenia prawa, które chronione jest normą wynikającą z art. 27 paktu. W niniejszej sprawie Komitet uznał, że podjęte przez państwo środki polegające na prowadzeniu na zboczu prac wydobywczych, które w istocie mają pewien ograniczający wpływ na życie osób należących do mniejszości, nie powodują zniweczenia praw chronionych art. 27 paktu, a w szczególności prawa do własnej kultury, a ponadto, jak wynika z dokumentacji sprawy, intencją państwa było zminimalizowanie negatywnych skutków wydobywania dla hodowców. Interesy skarżącego Komitetu były rozważane podczas procedury uzyskiwania zezwolenia na wydobywanie i hodowlę reniferów nie została uznana za narażoną na znaczący uszczerbek na skutek tych prac, tym bardziej że prace prowadzone miały być zasadniczo w okresie, kiedy hodowcy nie przebywają na spornym terenie. W drugiej skardze *Lansman v. Finlandia*⁴¹ skarżący zakwestionowali plany Fińskiego Centralnego Zarządu Lasów w zakresie zaplanowania i konstrukcji dróg na terenach przeznaczonych do zimowego wypasu reniferów. Komitet podobnie jak w pierwszej skardze skarżących podniósł, że środki, które mają pewien ograniczający wpływ na sposób życia osób należących do mniejszości, niekoniecznie sprowadzają się do zniweczenia praw chronionych art. 27 paktu. Komitet po dokładnej analizie sprawy uznał, że nie jest właściwy do rozstrzygnięcia, czy planowane czynności wskazanego organu mogą naruszać art. 27 paktu i mieć wpływ na zniweczenie praw chronionych przez ten artykuł. W decyzji zawarto jednak pewnego rodzaju ostrzeżenie dla rządu fińskiego, aby był świadom, że podejmowanie kroków oddziaływających na prawa chronione art. 27 paktu za pomocą różnych środków może powodować w całościowym ujęciu zniweczenie prawa osób należących do mniejszości do rozwijania i praktykowania własnej kultury. W innej podobnej skardze *Aarela i Ndkkldjarvi v. Finlandia*⁴² skarżący również zarzucili rządowi fińskiemu, że plany zagospodarowania 92 hektarów lasów wpływają bezpośrednio szkodliwie na hodowlę reniferów. Komitet po przeanalizowaniu sprawy zauważył, że skarżący nie tylko byli bezpośrednio konsultowani w trakcie tworzenia planów zagospodarowania, ale właśnie na skutek ich interwencji plany uległy zmianie. Podobnie jak w drugiej skardze *Lansman v. Finlandia* Komitet uznał, że nie posiada wystarczających informacji, aby być

⁴¹ *Lansman v. Finland* (671/95); cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 776.

⁴² *Aarela i Ndkkldjarvi v. Finland* (779/97); cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 777.

zdołnym do wydania niezależnej i obiektywnej decyzji w zakresie wpływów planów zagospodarowania na obszar prowadzenia hodowli reniferów i w konsekwencji na naruszenie kulturalnych praw chronionych przez art. 27 paktu.

Również podobny problem jak w skargach przeciw Finlandii, choć w znacznie szerszym kontekście, pojawił się w skardze *Jonassen v. Norwegio*⁴³, gdzie skarżący podnieśli, że rząd norweski nie rozpoznał i nie ochronił ich tradycyjnych praw do ziemi. Norweska ustawa o hodowli reniferów z 1978 r. pozwala Lapończykom (*Samipeople*) zajmującym się hodowlą reniferów na prowadzenie tej działalności w specjalnie wyznaczonych do tego dystryktach i po uzyskaniu odpowiedniego pozwolenia. Norweski Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 24 października 1997 r.⁴⁴ wskazał, że przekraczanie przez hodowców granic wyznaczonych dystryktów w celu letniego wypasania reniferów na terenach prywatnych właścicieli ziemskich jest niedozwolone. Skarżący zarzucili rządowi norweskiemu, że w odróżnieniu od skarg *Ldnsmann v. Finlandia*, które dotyczyły naruszania praw na skutek podejmowania przez państwo określonych działań, w tym wypadku cały system prawa norweskiego narusza ich prawa i pozbawia możliwości niczym niezakłóconego działania polegającego na zajmowaniu się hodowlą, która stanowi zasadniczy element ich kultury. Skarżący zarzucili ponadto, że Norweski Sąd Najwyższy oparł się zasadniczo na orzeczeniu z dnia 6 czerwca 1897 r., czyli z czasów, kiedy Lapończycy poddani byli jawnej dyskryminacji, a hodowla reniferów była uważana za ciężar dla prawidłowego rozwoju rolnictwa. Przyjęcie przez sądy niższych instancji takiej interpretacji czyni praktycznie niemożliwym uzyskanie w wielu rejonach legalnych pozwoleń na prowadzenie hodowli, ponieważ wykazanie się przed sądami wieloletnim (ponad 100 lat) użytkowaniem danych terenów na potrzeby hodowli będzie w wielu przypadkach niemożliwe. Tym samym niemożność wykonywania przez Lapończyków ich podstawowej działalności pozbawia ich prawa do posiadania własnego życia kulturalnego, a to narusza art. 27 paktu. Co więcej, skarżący zarzucili rządowi norweskiemu, że nie wykonuje pozytywnych obowiązków wynikających z art. 27, czyli nie odgrywa aktywnej roli na rzecz urzeczywistniania praw chronionych przez ten artykuł. W odpowiedzi rząd norweski stwierdził, że wszystkie sprawy podnoszone przez skarżących należą do domeny prawa prywatnego, które zgodnie ze swą naczelną zasadą jest równe dla wszystkich, a pozwolenie na zajmowanie się hodowlą jest elementem prawa norweskiego, którym w podnoszonej sprawie będącej przedmiotem orzeczenia Sądu Najwyższego z 1997 r. skarżący nie legitymowali się, dochodząc praw do zajmowania się hodowlą poza wyznaczonymi dystryktami. Komitet przyznał rację rządowi norweskiemu, podnosząc, że skarżący nie dostarczyli wystarczających argumentów przeciwko prawidłowości rozstrzygnięcia Norweskiego Sądu Najwyższego, w tym na okoliczność oparcia się przez sąd na dyskryminujących tezach orzeczenia z 1897 r. Przedmiotowa decyzja

⁴³ *Jonassen v. Norway* (942/00); cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 782.

⁴⁴ *Aursunden Case 1997*; cyt. za S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 783.

Komitetu spotkała się z głosami krytycznymi w doktrynie⁴⁵, wskazującymi, że takie rozstrzygnięcie nie jest dobrym znakiem na przyszłość dla podobnych roszczeń opartych na tradycyjnym stylu życia (dotyczących „przywiązania do ziemi” w sensie hodowli lub uprawy) jako elementu praw kulturalnych, ponieważ w takich roszczeniach często są kwestionowane rozstrzygnięcia sądów oparte na kompleksowej ocenie faktów, zwyczajów, lokalnego prawa oraz lokalnej historii, a Komitet nie chce w takim zakresie odgrywać roli sądu ostatniej instancji. W konsekwencji, takie podejście Komitetu może zagrażać efektywnej ochronie, którą gwarantuje art. 27 paktu, w szczególności właśnie w kontekście wspomnianej ochrony tradycyjnego stylu życia związanego z wykonywaniem określonej ekonomicznej działalności (związanej z „przywiązaniem do ziemi”) jako elementem życia kulturalnego.

Komitet często rozpatrywał również skargi osób powołujących się na inne przepisy paktu, ale w powiązaniu z art. 27 paktu. Przykładowo Komitet nie dopatrzył się również naruszenia art. 27 paktu w skardze *Malik i Schlosser v. Republika Czeska*⁴⁶, którzy jako obywatele Niemiec zarzucili Czechom naruszenie art. 26 i 27 paktu w związku z art. 12 § 4 (zakaz powrotu do kraju) na skutek ich wysiedlenia, pozbawienia obywatelstwa Czechosłowacji i tym samym uniemożliwienia im prawa powrotu do własnego kraju. Komitet stwierdził, że w związku z ustawowym ograniczeniem przysługującej rekompensaty za wywłaszczone majątki tylko do ofiar reżimu komunistycznego nie doszło do naruszenia praw skarżących, a ponadto skarżący nie wykazali, że podjęli jakiegokolwiek kroki w celu realizacji prawa do powrotu.

Warto również wskazać, że Komitet Praw Człowieka w kontekście ochrony mniejszości zajmował się w swoim orzecznictwie jednym z kryteriów, które wprawdzie nie zostało wyraźnie wymienione w art. 26 obok pochodzenia narodowego, ale stanowi niewątpliwie element różnicujący sytuację prawną jednostek. Sprawa dotyczy obywatelstwa. Stwierdzenie, czy dochodzi do naruszenia zasady niedyskryminacji, gdy kryterium różnicującym jest obywatelstwo, wymaga zbadania kontekstu tego zróżnicowania⁴⁷. W ogólnym komentarzu do art. 27 Komitet stwierdził w pkt. 15, że w odniesieniu do praw uregulowanych w pakcie, generalną zasadą powinno być przyznanie cudzoziemcom identycznych praw z tymi, które mają obywatele, z wyjątkiem art. 25, tj. prawa do udziału w życiu politycznym, i w sposób oczywisty art. 13 regulującego wydalenie cudzoziemców.

Omówiony art. 27 paktu, podobnie jak wskazane powyżej artykuły 2 i 26 oczywiście nie są jedynymi artykułami paktu, które mają zastosowanie do ochrony mniejszości. Zauważyć bowiem należy, że przedstawiciele mniejszości w sposób oczywisty mogą również korzystać, na równi z innymi współmieszkańcami danego kraju, z innych praw przewidzianych w pakcie, z wyjątkiem praw zastrzeżonych np. wyłącznie dla obywateli danego państwa (np. uczestnictwo

⁴⁵ S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant...*, op. cit., s. 788.

⁴⁶ *Malik i Schlosser v. Republika Czeska*, sprawa nr 669 i 670/1995; cyt. za R. Wieruszewski, *Zasada równości i niedyskryminacji...*, op. cit., s. 45–46.

⁴⁷ R. Wieruszewski, *Zasada równości i niedyskryminacji...*, op. cit., s. 42.

w wyborach w przypadku przedstawicieli mniejszości nie posiadających obywatelstwa danego państwa). W swojej praktyce Komitet Praw Człowieka w kontekście ochrony mniejszości narodowych zajmował się skargami dotyczącymi pogwałcenia norm zawartych w art. 13 (wydalenia), art. 19 (prawo do swobodnego wyrażania opinii) i art. 20 (zakaz popierania nienawiści rasowej i narodowościowej)⁴⁸.

Podsumowując znaczenie art. 27 paktu, wskazać należy przede wszystkim na fakt, że był to pierwszy przepis w powojennym porządku prawa międzynarodowego, który stanowił bezpośrednie prawne zobowiązanie dla państw – członków ONZ w zakresie ochrony mniejszości etnicznych, religijnych i językowych. Prawa członków mniejszości zawarte w tym artykule skonstruowane są w sposób dość ogólny, ale głównym celem tego przepisu była i jest ochrona osób należących do mniejszości przed utratą ich tożsamości etnicznej, językowej i religijnej. Określenie szczegółowych praw tych mniejszości pozostawione zostało systemom prawnym organizacji regionalnych. Podkreślenia wymaga fakt, że na gruncie tego przepisu i na drodze dokonywania jego wykładni zarówno przez doktrynę, jak i orzecznictwo Komitetu Praw Człowieka rozstrzygniętych zostało wiele kwestii, które wyznaczają w tej chwili standard w zakresie ochrony praw osób należących do mniejszości. Wspomnieć tu należy przede wszystkim o tzw. pozytywnym obowiązku państwa na rzecz ochrony mniejszości wraz z dopuszczeniem działań określanych mianem „pozytywnej dyskryminacji”, zasadzie korzystania z praw mniejszościowych przez jednostki należące do mniejszości, a nie grupę jako zbiorowość. Inne kwestie rozstrzygane na podstawie tego artykułu w orzecznictwie Komitetu, chociaż nieprzyjęte do końca przez wszystkie państwa, jak np. kwestia niewiązania statusu mniejszości z obywatelstwem państwa albo obowiązkiem zamieszkiwania na jego terytorium przez określony czas, stanowią niewątpliwie pewien pożądany kierunek zmian w celu zapewnienia pełniejszej i skuteczniejszej ochrony praw osób należących do mniejszości.

INTERPRETATION AND MEANING OF ARTICLE 27 OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS

Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides that, in those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

The aim of the author is to prove that Article 27 is in fact widely considered to be the primary provision guaranteeing protection by the UN to persons belonging to minorities. The scope of Article 27 has been subject to many discussions

⁴⁸ S. Pawlak, *Ochrona mniejszości...*, op. cit., s. 27.

and interpretations. The Human Rights Committee (HRC) had an important role to play in clarifying the scope and application of the article. The case-law of the HRC has been presented by the author.

The terms used in article 27 indicate that the persons designed to be protected are those who belong to a group and who share in common a culture, a religion and/or a language. Those terms also indicate that the individuals designed to be protected need not be citizens of the State party. Moreover, migrant workers or even visitors in a State party constituting such minorities are entitled not to be denied the exercise of those rights. The existence of an ethnic, religious or linguistic minority in a given State party does not depend upon a decision by that State party but requires to be established by objective criteria.

Although article 27 is expressed in negative terms, that article, nevertheless, does recognize the existence of a „right” and requires that it shall not be denied. Moreover, State party is under an obligation to ensure that the existence and the exercise of this right are protected against their denial or violation. Positive measures of protection are, therefore, required not only against the acts of the State party itself, whether through its legislative, judicial or administrative authorities, but also against the acts of other persons within the State party. Although the rights protected under article 27 are individual rights, they depend in turn on the ability of the minority group to maintain its culture, language or religion.

It has to be observed that such positive measures must respect the provisions of articles 2.1 and 26 of the Covenant both as regards the treatment between different minorities and the treatment between the persons belonging to them and the remaining part of the population. However, as long as those measures are aimed at correcting conditions which prevent or impair the enjoyment of the rights guaranteed under article 27, they may constitute a legitimate differentiation under the Covenant, provided that they are based on reasonable and objective criteria.

WOJCIECH BRZozowski

O POJĘCIU GRANIC WOLNOŚCI SUMIENIA I WYZNANIA**I. WPROWADZENIE**

Pytanie o kształt wolności towarzyszy ludzkiej myśli od dawna. We współczesnej demokracji nabiera ono niespotykanej ostrości i aktualności. W jaki sposób pogodzić sprzeczne dążenia milionów ludzi do możliwie najpełniejszej realizacji ich potrzeb? W jakich ramach osadzić wolność człowieka, jakie wartości uzasadniają jej ograniczenie? Czy jesteśmy wolni przez sam fakt, że dano nam możliwość wyboru, czy też warunkiem wolności jest dopiero dokonanie właściwego wyboru? Czy należy pozwalać na wybór błędny? Nie są to dylematy czysto filozoficzne – w równym stopniu inspirują one od dawna myśl prawniczą, a w epoce praw człowieka oddzielenie od siebie tych dwóch nurtów refleksji bywa wręcz niemożliwe.

Celem niniejszego artykułu jest ukazanie w zarysie problemów wiążących się z prawną konceptualizacją wolności sumienia i wyznania. Nie zamierzam jednak dokonywać w tym miejscu szerokiej analizy historycznej¹, lecz raczej uwypuklić najbardziej istotne wątki związane z pojmowaniem wolności. Prawo człowieka do swobodnego kształtowania swego światopoglądu religijnego i uzewewnętrzniania go, tak w toku działalności indywidualnej, jak i w ramach praktyki społecznej, wydaje się obywatelowi współczesnego państwa demokratycznego oczywiste. Jest to wszakże oczywistość pozorna; konsensus wikła się w sprzeczne interpretacje. Nawet u progu XXI w. dyskusyjne pozostają nie tylko kwestie terminologiczne, ale również sam zakres takiej wolności. (Jak się zresztą okaże, nie są to do końca odrębne zagadnienia.)

Na użytek wywodu pozostaję przy rozpowszechnionym określeniu „wolność sumienia i wyznania”, mimo że autorzy obecnej Konstytucji zaniechali jego recepcji z ustawy zasadniczej z 1952 r., zapewne pragnąc się tym samym odciąć od niechlubnej tradycji ustrojowej, w której ta wolność miała charakter w znacznej mierze fasadowy. Tym samym obecna ustawa zasadnicza posługuje się sformułowaniem „wolność sumienia i religii” (art. 53 ust. 1). Sądzę zarazem, że twierdzenie, jakoby ta decyzja była brzemenna w konsekwencje aksjologiczne wynikają-

¹ Ewolucję idei wolności sumienia i wyznania przedstawia np. J. Osuchowski, *Prawno-teoretyczne problemy ochrony wolności sumienia i wyznania*, w: A. Czohara, B. Górowska, M. Nadolski, J. Osuchowski, *Dylematy wolności sumienia i wyznania w państwach współczesnych*, Warszawa 1996.

ce z odcięcia się od pozytywistycznej filozofii człowieka, co sugerują niektórzy autorzy, jest zbyt daleko idącym wnioskiem².

Przyjęcie na gruncie tego opracowania określenia „wolność sumienia i wyznania” wymaga deklaracji, jak pojmowana będzie zawarta w nim koniunkcja. Zgodnie z przeważającym w doktrynie głosem, będę traktować to prawo niejako dwuwarstwowo³, odróżniając wolność w sferze sumienia od wolności w sferze wyznania. Pierwsza z nich ma charakter wewnętrzny i oznacza psychiczną swobodę człowieka w wyborze religii lub przekonania. Druga z kolei artykułuje się w manifestowaniu wierzeń na zewnątrz oraz postępowaniu zgodnie z ich treścią. Nie ulega wątpliwości, że granice wolności mogą *de facto* odnosić się jedynie do tego drugiego aspektu. Niezależnie od tego, pozostają przy utartym terminie „wolność sumienia i wyznania” – już to z racji jego trwałej obecności w dorobku polskich nauk prawnych i politycznych, już to z racji tego, że oba aspekty wywodzonego zeń prawa są ze sobą ściśle powiązane pod względem funkcjonalnym.

Za podstawę rozważań posłuży pojęcie granic wolności sumienia i wyznania. Z metodologicznego bowiem punktu widzenia dopiero zaistnienie granic zjawiska czyni w gruncie rzeczy możliwą jego demarkację. Definiowanie granicy to sposób określania zasięgu oddziaływania określonego fenomenu – zatem zdefiniowanie warunków progowych, w jakich realizuje się ludzka wolność, odsłania istotę samej wolności. Dając obraz tego, gdzie wolność znajduje swój kres, eksplikuje zarazem jej materię. Uwyrażnia to znaczenie badań nad granicami wolności w ogóle, nie tylko w sensie instytucjonalnym.

II. WOLNOŚĆ SUMIENIA I WYZNANIA W PAŃSTWIE DEMOKRATYCZNYM

Zasadność ograniczenia wolności sumienia i wyznania w państwie demokratycznym nie budzi współcześnie wątpliwości. Jest to motywowane, jak sądzę, zwłaszcza dwoma czynnikami.

Pierwszą z istotnych przesłanek ograniczenia formuły wolności sumienia i wyznania wydają się wymogi pluralizmu politycznego, na którym ufundowany jest ład demokratyczny. Jego nieodłączną cechą jest wieloświatopoglądowość, czyli współistnienie wielu przekonań uznawanych przez prawodawcę za formalnie

² Zob. K. Pyclik, *Wolność sumienia i wyznania w Rzeczypospolitej Polskiej (założenia filozoficzno-prawne)*, w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i obowiązki obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 453. Pouczające może okazać się bliższe przyjrzenie się sporowi o wprowadzenie do porządku konstytucyjnego nie bezpośredniego odniesienia do prawa naturalnego – przez stwierdzenie, że konstytucja stanowi w hierarchii źródeł prawa „najwyższy akt prawa stanowionego”. Odrzucenie tej propozycji przez Komisję Konstytucyjną oznacza sceptycyzm ustawodawcy wobec mieszania prawa pozytywnego z domniemanym porządkiem prawnonaturalnym, choć za pewne ustępstwo w kierunku filozofii chrześcijańskiej można uznać wzmiankę o przyrodzonym i niezbywalnym charakterze godności człowieka. Por. P. Winczorek, *Dyskusje konstytucyjne*, Warszawa 1996, s. 121–122. (Pozostaje ponadto w naszym porządku prawnym ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, stosująca rzekomo odrzuconą terminologię.)

³ Por. np. M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2003, s. 19; A. Łopatka, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii*, Warszawa 1995, s. 9.

równorzędne. Wolność jednostki musi zatem zatrzymać się tam, gdzie wkracza w sferę cudzej wolności. Problem ten nie miałby znaczenia w warunkach pełnego monizmu światopoglądowego, co jest wszakże konstatacją ściśle teoretyczną, jako że nie istnieją społeczeństwa idealnie homogeniczne pod względem wyznaniowym (a w przypadku tych o znacznej przewadze jednego wyznania tym większego znaczenia nabiera kwestia ochrony mniejszości przed dyskryminacją ze strony reprezentantów religii dominującej). Ograniczenie wolności sumienia i wyznania ze względu na prawa i wolności innych osób jest nie tylko wyrazem technicznej niemożliwości, jaką stanowiłaby pełna (w każdym czasie i miejscu) ekspresja światopoglądów przez każdą jednostkę objętą tą wolnością, lecz wiąże się przede wszystkim z koniecznością ochrony podstaw porządku demokratycznego, w tym neutralności państwa w kwestiach światopoglądowych.

Drugim czynnikiem wydatnie ograniczającym, w pewnych okolicznościach, realizację uprawnień zagwarantowanych wolnością sumienia i wyznania jest przekonanie ustawodawcy, że przy zejściu określonych stanów faktycznych należy dać pierwszeństwo innym wartościom aniżeli wolność religijna. Taką wartością może być na przykład bezpieczeństwo państwa lub zdrowie jego obywateli. Specyfiką tych ograniczeń jest z reguły to, że mają charakter konkretny i często przemijający, a więc zawężają możliwość korzystania z omawianych uprawnień w określonym kontekście podmiotowym i przedmiotowym. O ile wolność i prawa innych jednostek stanowią, by tak rzec, stałą barierę w realizacji tych uprawnień, o tyle preferencja oznaczonych wartości kosztem wolności sumienia i wyznania zależy od zaistnienia pewnych okoliczności faktycznych, które czynią taką preferencję pożądaną. Rozwijając tę myśl, można zauważyć, że znakomita większość działań uznanych za pogwałcenie sfery praw innych jednostek będzie za takie uznana niezależnie od czynników zewnętrznych (np. posługiwanie się przymusem w celu nakłonienia do zmiany wyznania, dyskryminacja na tle wyznaniowym), natomiast postawienie wartości, jaką jest zdrowie, wyżej niż wartość wolności manifestowania przekonań religijnych, jest uzależnione od sytuacji w otoczeniu adresatów wolności (np. od zaistnienia lub nie potencjalnego zagrożenia epidemiologicznego na planowanej trasie pielgrzymki).

Ograniczenie wolności sumienia i wyznania wiąże się ponadto z powszechną na gruncie różnych nurtów filozofii politycznej koncepcją wolności *tout court*. Ma bez wątpienia rację M. Granat, gdy dostrzega problem koncepcji ludzkiej wolności jako podstawowy i pierwotny w stosunku do problemu wolności religijnej, a także gdy krytykuje stanowisko ujmujące wolność jako brak jakichkolwiek ograniczeń⁴. Jeśli przyjąć, że niezbędnym korelatem wolności jest odpowiedzialność, a nieskrępowana realizacja własnych zachcianek prowadzi do zniewolenia innych, rozróżnienie to staje się czytelne.

Punktem wyjścia jest tu założenie antropologiczne, że człowiek, będąc istotą zdolną do kierowania swym postępowaniem oraz pojmowania znaczenia swych

⁴ M. Granat, *Granice wolności religijnej w społeczeństwie pluralistycznym*, w: J. Krukowski, O. Theisen (red.), *Kultura i prawo*, t. III. *Religia i wolność religijna w Unii Europejskiej*, Lublin 2003, s. 173 i n. W terminologii kantowskiej określono by taką wolność mianem samowoli.

czynów, dysponuje wolną wolą, rozumianą jako „wolność i prawo swobodnego wyboru działania ze zbioru działań możliwych”, a w szerszym ujęciu jako „wolność sensownej autodeterminacji”⁵.

Ustanowienie przez prawodawcę granic wolności sumienia i wyznania nie tylko więc nie sprzeciwia się jej realizacji – oczywiście, przy spełnieniu wielu warunków o charakterze gwarancyjnym wobec praw jednostki – ale wręcz przeciwnie: umożliwia zaistnienie wolności jako takiej. Ukazuje treść wolności, w tym sensie, że czyni teoretycznie możliwym wyobrażenie sobie katalogu zachowań, którymi jednostki wykonują prawo do niej.

III. GRANICE I OGRANICZENIA

Na gruncie powyższych rozważań staje się coraz bardziej widoczne, że w istocie to, co określono mianem granic wolności sumienia i wyznania, nie do końca pokrywa się z rozumieniem tego terminu rozpowszechnionym na gruncie nauki prawa wyznaniowego i konstytucyjnego.

Uważna analiza stosowanych konstrukcji prawnych pozwala dostrzec różnicę między dwoma sposobami odmawiania określonym zachowaniom ochrony wynikającej z wolności sumienia i wyznania.

Pierwszy z nich polega na wprowadzeniu do systemu prawnego przesłanek, których zaistnienie pozwala – przy zachowaniu szeregu warunków – pozbawić pewne jednostki prawa do dawania zewnętrznego wyrazu swym przekonaniom, najczęściej religijnym. Chodzi tu zatem o taką sytuację, gdy zachowania objęte zwykle ochroną ujętą w formule wolności sumienia i wyznania są za sprawą ziszczenia się pewnych stanów faktycznych wyjątkowo spod tej ochrony wyłączone. W polskim porządku prawnym ich enumeratywne wyliczenie zawiera art. 53 ust. 5 Konstytucji RP z 1997 r.: „Wolność uzewnętrzniania religii może być ograniczona jedynie w drodze ustawy i tylko wtedy, gdy jest to konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności lub wolności i praw innych osób”. Przesłanki typizujące te stany faktyczne (a ściślej rzecz biorąc: wartości, którym daje się wówczas pierwszeństwo), opatrzone listą warunków stawianych ograniczeniom (wymóg regulacji ustawowej, zasada proporcjonalności, zakaz naruszenia istoty wolności), są zwykle nazywane w literaturze granicami wolności sumienia i wyznania⁶.

Istnieją wszak również takie przejawy ludzkiej aktywności, które po prostu nie są przez ustawodawcę uznawane za realizację badanej wolności, choć ich treść mogłaby to *prima facie* uzasadniać. Pewne formy uzewnętrzniania religii lub przekonania wymykają się uznawanym interpretacjom wolności sumienia i wyznania, by wymienić tu, za A. Łopatką, na przykład uprawianie agitacji politycznej w ramach ceremonii religijnej czy wzywanie do nieposłuszeństwa

⁵ Z. Łyko, *Wolność sumienia i wyznania w relacji: człowiek – kościoły – państwo*, w: L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1997, s. 83.

⁶ Przytaczanie w tym miejscu znanych podręczników do prawa wyznaniowego miałyoby się chyba z celem; omawiana konwencja terminologiczna jest znana i rozpowszechniona.

obywatelskiego motywowane niezgodnością prawa pozytywnego z daną doktryną religijną⁷. Można z tego spostrzeżenia wyprowadzić wnioszek, w zasadzie oczywisty z punktu widzenia logiki, że wolność sumienia i wyznania poniekąd ogranicza samą siebie. Jej definicja (czy też jej rozwinięcie, jak w art. 53 ust. 2 Konstytucji RP) – wraz z dorobkiem interpretacyjnym ukształtowanym przez ciągły rozwój prawa międzynarodowego, orzecznictwo i doktrynę – stanowi w istocie listę warunków, których spełnienie umożliwia podleganie ochronie prawnej ze strony instytucji państwowych⁸. Pozostawianie danego przejawu ludzkiej aktywności poza tak nakreślonymi ramami wolności również jest formą jej limitacji, a wspomnianym ramom trudno w zasadzie odmówić miana granic wolności sumienia i wyznania, choć w literaturze zwykle nie wyodrębnia się tej podgrupy zagadnień⁹.

W pierwszym przypadku mamy zatem do czynienia z ograniczeniami, w drugim zaś – z granicami wolności. Rozróżnienie wydaje się błahe, jego użyteczność nie kończy się jednak na walorach stylistycznych. Niewątpliwie opis zyskuje na precyzji, nawet intuicyjnie wydaje się oczywiste, że granice zjawiska (fenomeny, pojęcia, konstrukcji) wypływają z samej jego istoty (to one czynią obiekt takim, jakim on jest), podczas gdy ograniczenia płyną z zewnątrz i deformują lub unicestwiają dane już kształty. Ograniczenia mają zatem charakter wtórny. Chodzi tu jednak o coś więcej niż cyzelowanie aparatu kategorialnego; dostrzeganie granic wolności właśnie, a nie tylko klauzul limitacyjnych, pozwala odtworzyć zasadniczy problem. Manipulowanie zawartością pojęcia umożliwia wszak wydatne zmniejszenie zakresu ochrony prawnej, a w skrajnych przypadkach pozbawienie tej ochrony poglądów uważanych przez większość za niewygodne lub szkodliwe społecznie.

IV. WOLNOŚĆ RELIGIJNA CZY WOLNOŚĆ PRZEKONAŃ?

Pierwsze problemy pojawiają się już na poziomie terminologii. Gdy chodzi o nazwę samej wolności, przegląd dorobku prawnomiędzynarodowego ostatnich dziesięcioleci dostarcza aż nadmiaru propozycji. Wolność sumienia i wyznania, wolność religijna, wolność wierzeń, wolność myśli, sumienia i religii, wolność kultu, wolność przekonań – to najczęściej spotykane określenia. Ta różnorodność nie jest bynajmniej kwestią częściej ornamentyki i upodobań stylistycznych. Termin „wolność przekonań” obejmuje bowiem przekonania nie tylko natury religijnej i w związku z tym „właściwa” wolność religijna jedynie się w nim zawiera, nie wyczerpując zarazem jego istoty (na podobnej zasadzie, jak w ludzkim

⁷ Zob. A. Łopatka, *Prawo...*, op. cit., s. 11.

⁸ Jest to objaw ograniczającej roli reglamentacji prawnej.

⁹ Bywa ona jednak dostrzegana; J. Zakolska trafnie zauważa, że „od klauzul ograniczających należy (...) odróżnić przepisy, które nie upoważniają do ustanawiania ograniczeń, a jedynie zawężają zakres ochrony danego prawa, wynikający z przepisów konstytucyjnych udzielających ochrony temu prawu” (J. Zakolska, *Problem klauzuli ograniczającej korzystanie z praw i wolności człowieka w pracach konstytucyjnych, w poglądach doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5, s. 11, przyp. 2), choć nie rozwija szerzej tego wątku.

światopoglądzie zawierają się przekonania religijne¹⁰). Z kolei określeniu „wolność sumienia i wyznania” zarzuca się czasem pozytywistyczną wersję rzeczywistości¹¹ i ucieczkę od wyrokowania, czy istotą tej wolności jest uznanie prawa człowieka do oddawania czci istotom nadprzyrodzonym, czy też po prostu prawa do swobodnego wyrobienia sobie stosunku do tej materii. Warto zwrócić uwagę, że pierwszy wariant niejako traktuje religię jako coś naturalnego i wynikającego z obiektywnego porządku świata, a postawy areligijne jako nietypowy wyjątek. Druga opcja przyjmuje, że wolność artykułuje się nie tyle w sferze wyboru pożądanego religii, lecz przede wszystkim w zakresie nieskrępowanego ustosunkowania się do zjawiska religii jako takiego. Wybór określonej wiary jest dopiero ewentualną konsekwencją tego pierwszego kroku.

Analiza aktów prawa międzynarodowego uchwalonych w celu ochrony praw człowieka zdaje się wskazywać, że treść wolności sumienia i wyznania nie powinna budzić szczególnych kontrowersji, jako że jest w nich z reguły ujmowana w sposób zbliżony lub identyczny. Warto w tym miejscu przywołać art. 18 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, przyjętego przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 16 grudnia 1966 r., w którym „prawo do wolności myśli, sumienia i religii” definiuje się następująco: „Prawo to obejmuje wolność posiadania lub przyjmowania religii lub przekonania według własnego wyboru i wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie swej religii lub przekonania w modlitwie, praktykowaniu, uprawianiu kultu i w nauczaniu”¹². Niemal identyczne sformułowanie zawiera art. 9 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r. Znaczące odstępstwa od tego ujęcia w prawie międzynarodowym są raczej wyjątkiem niż regułą¹³. Znajduje ponadto uzasadnienie teza A. Łopatki, że można mówić o istnieniu wiążącego prawnie, uniwersalnego¹⁴ wzorca tej wolności – Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych został ratyfikowany przez większość państw świata, w tym Polskę (w 1977 r.). Oznacza to także, że od wielu lat wiąże on polskiego ustawodawcę, także autorów obecnie obowiązującej konstytucji.

Czyni to niezrozumiałym pojawiający się w doktrynie postulat, aby przedmiotem ochrony gwarantowanej wolnością sumienia i wyznania czynić jedynie przekonania o charakterze religijnym. Po pierwsze, byłoby to sprzeczne z literą art. 18 Paktu, w którym stawia się religię na równi z przekonaniami („wolność posiadania i przyjmowania religii lub przekonania”), a zatem wyraźnie wskazuje się, że nieuprawnione byłoby preferowanie światopoglądu religijnego kosztem

¹⁰ Zob. J. Szymanek, *Bezstronność czy neutralność światopoglądowa państwa (Uwagi na tle art. 25 ust. 2 Konstytucji RP)*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 5, s. 33–37.

¹¹ Tak W. Góralski, *Wstęp do prawa wyznaniowego*, Płock 2003, s. 105.

¹² Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

¹³ Chodzi tu o sformułowanie zawarte w Afrykańskiej Karcie Praw Człowieka i Praw Ludów z 1981 r. Por. A. Łopatka, *Prawo...*, op. cit., s. 9.

¹⁴ Określenie „uniwersalny” niewątpliwie odnosi się w tym kontekście do geografii, a nie do ewentualnego wywodzenia imperatywnego charakteru tej normy z jej umocowania metafizycznego. Ibidem, s. 8.

innych. Po drugie, domniemywanie, nieco zresztą sztuczne, że chodzi o „przekonanie” natury religijnej – w tym sensie, że chodziłoby o pojedyncze twierdzenie niestanowiące jednak całościowego systemu wierzeń – staje się niemożliwe do podtrzymania ze względu na późniejszy rozwój prawa międzynarodowego w tej dziedzinie. Deklaracja o eliminacji wszelkich form nietolerancji i dyskryminacji opartych na religii i przekonaniu, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne NZ w 1991 r., precyzuje stanowczo, że chodzi o „jakikolwiek pogląd według swego wyboru”¹⁵. Po trzecie, ograniczanie wolności sumienia i wyznania wyłącznie do materii o charakterze religijnym wydatnie zmniejszałoby jej zakres przedmiotowy i odrywałoby ją od całości problematyki wolnościowej, w której jest ona głęboko osadzona.

Pogląd, zgodnie z którym przekonaniom areligijnym przysługuje ochrona na równi z wierzeniami religijnymi, pojawiał się też w orzecznictwie strasburskim. Dookreślając postanowienia art. 9 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, uznano, że zakresem ochrony należy objąć np. poglądy pacyfistyczne¹⁶. Co istotne, mowa tu o pacyfizmie jako samodzielnej filozofii, niemotywowanym religijnie, gdyż Europejska Komisja Praw Człowieka zabierała także głos w sprawach, gdzie pacyfizm występował jako pochodna wierzeń religijnych (świadkowie Jehowy, kwakrowie), co z punktu widzenia omawianego tu problemu nie ma większego znaczenia. W innych sprawach Komisja wyraźnie stwierdzała, że prawo do wolności myśli, sumienia i religii obejmuje „przekonania religijne lub filozoficzne” (*religious or philosophical convictions*)¹⁷ w tym np. weganizm¹⁸. W orzecznictwie przyjęto zatem linię doktrynalną, zgodnie z którą wolność sumienia i wyznania przysługuje efektywnie nie tylko osobom wierzącym, ale każdemu człowiekowi, z uwzględnieniem szerokiego spektrum przekonań światopoglądowych dających się pogodzić z zasadami państwa demokratycznego. Są to, w świetle standardów międzynarodowych, „przekonania w szerokim rozumieniu tego słowa”¹⁹.

W świetle powyższych uwag można podzielić pogląd, że odmawianie przekonaniom laickim prawa do ochrony na zasadach przewidzianych dla wierzeń religijnych byłoby przejawem „nietolerancyjnych tendencji, trudnych do pogodzenia ze współczesnym pojmowaniem praw wolnościowych człowieka”²⁰.

Omawiany tu problem ma o tyle realne znaczenie, że szeroka koncepcja wolności sumienia i wyznania jest ostro krytykowana w doktrynie ze stanowiska

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Zob. sprawa *Arrowsmith v. Wielka Brytania* (Decision of 22/10/78, No 7050/75). Jak jednak zaznaczono w orzeczeniu, musi tu chodzić o manifestację ideałów pacyfistycznych, a nie o doraźne działania polityczne motywowane pacyfizmem, jak np. nawoływanie do dezercji.

¹⁷ Sprawa *Faclin v. Szwajcaria*; podaje za P.W. Edge, *Religious rights and choice under the European Convention of Human Rights*, „Web Journal of Current Legal Issues” 2000, nr 3, <http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue3/edge3.html#Heading6>.

¹⁸ Sprawa *H. v. Wielka Brytania* (za P.W. Edge, op. cit.).

¹⁹ K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004, s. 94–95 (zob. też przywołane tam inne orzeczenia).

²⁰ M. Pietrzak, *Prawo...*, op. cit., s. 20.

zbliżonego do katolickiej nauki społecznej. Niektórzy postrzegają rozszerzanie się zakresu tej wolności jako jedną z prawnych konsekwencji procesu laicyzacji społeczeństw i sekularyzacji państw demokratycznych, oczywiście ocenianego ujemnie; pisze się też o „rozmywaniu” znaczenia wolności religijnej²¹. Byłoby przejawem złej woli niedostrzeganie jakościowej różnicy między przekonaniami religijnymi a niektórymi przekonaniami laickimi, całkowicie pozbawionymi odniesień do metafizyki, a wyczerpującymi się np. w sferze wskazówek etycznych. Różnica niewątpliwie istnieje, tyle że różnicowanie ochrony prawnej w tym względzie wydaje się trudne do pogodzenia z formułą neutralności światopoglądowej państwa, a co ważniejsze: nie bardzo wiadomo, kto miałby być powołany do oceny, co jest religią, a co już nie. Niebezpieczeństw płynących z powierzenia tej roli instytucjom państwowym nie trzeba chyba omawiać. Co prawda, rozwiązania takie funkcjonują jeszcze w porządkach prawnych niektórych państw demokratycznych²², jednak nie powinno to przesłaniać faktu, że podobna konstrukcja jest sprzeczna z obecną w doktrynie prawa wyznaniowego tendencją do wycofywania się państwa z badania przekonań jego obywateli czy wręcz ingerowania w możliwość i formę ich głoszenia metodami administracyjnymi.

V. PAŃSTWO WOBEC NOWYCH RUCHÓW RELIGIJNYCH

Jak wspominałem, pierwszą potencjalną barierą na drodze do objęcia danych przekonań formułą wolności sumienia i wyznania jest spór co do ich religijnego (lub nie) statusu. Zdarza się jednak, że także sądom o charakterze bez wątpienia konfesyjnym próbuje się odmawiać wynikającej zeń ochrony. Mowa tu o tzw. sektach religijnych. Ingerencja w materię wolności okazuje się w tym przypadku niepomiaralnie głęboka, a przecież nie klasyfikuje się w literaturze przedmiotu takiego zabiegu jako granicy wolności sumienia i wyznania. Stosując terminologię przyjętą w niniejszym tekście, znów chodzić będzie nie o ograniczenie, ale właśnie o granicę wolności sumienia i wyznania.

Źródłem nieporozumień bywa zwłaszcza interpretowanie wolności sumienia i wyznania na gruncie koncepcji wolności propagowanej przez katolicką naukę społeczną, zgodnie z którą (w wielkim skrócie) wolność oznacza możliwość rozwoju własnej osobowości, ale i dążenia do wspólnego dobra²³. Przyjmowanie, że wolność realizuje się przez dokonywanie właściwych wyborów, jest zagrożeniem dla idei praw człowieka. Wymaga bowiem ustanowienia roli swoistego rzecznika wolności, arbitralnie oceniającego, które poglądy są właściwe („dobre”), a które nie. Z punktu widzenia neutralnego światopoglądowo państwa, rzecznictwo takie miałoby charakter jednoznacznie uzurpatorski. Prowadziłoby do zniweczenia

²¹ Zob. M. Granat, *Granice...*, op. cit., s. 179.

²² Przykładem może być Hiszpania, gdzie ustawa organiczna o wolności wyznania wyraźnie wyklucza ze swego zakresu przedmiotowego sądy niemające charakteru religijnego, a administracja wyznaniowa sama ocenia, czy ubiegający się o rejestrację związek wyznaniowy spełnia kryterium „religijności”. Zwłaszcza to drugie rozwiązanie wydaje się swoistym kuriozum. Por. A. Czohara, *Stosunki państwo–kościół. Belgia, Francja, Hiszpania, Włochy*, Warszawa 1994, s. 46.

²³ Zob. np. C. Strzeszewski, *Katolicka nauka społeczna*, Lublin 1994, s. 513–515.

zasady równouprawnienia wyznań i mogłoby owocować faktycznym dyktatem religii dominującej.

Cytowany wcześniej M. Granat zauważa, że współczesny prawodawca „jest (...) skłonny do jednakowego traktowania w życiu społecznym prawdy i nieprawdy, zmierzając do jednakowego traktowania dobra i zła”²⁴. Jest to diagnoza częściowo słuszna, z tym że wymagająca uzupełnienia – dzieje się tak dlatego, że w warunkach pluralizmu politycznego jednostronne wyrokowanie przez ustawodawcę o tym, co jest w sensie filozoficznym prawdą, a co nieprawdą, byłoby sprzeczne z regułami demokracji. Nie jest to w żadnym wypadku wynik nihilistycznych zapatrywań prawodawcy, bo – powtórzmy raz jeszcze – swych zapatrywań prawodawca nie powinien ujawniać. Neutralność światopoglądowa państwa nie oznacza zresztą neutralności moralnej prawa²⁵.

Niepokojem może napawać jednak dalszy tok wywodu: „owa *neutralna* na dobro i zło postawa prawodawców może sprzyjać temu, że pod hasłem *wolności religijnej* można legalizować każdą inicjatywę, np. typu sekty, jako spełniającą jedynie nieliczne wymogi formalne ustanowione przez prawodawcę, odwołujące się do reguły większości”²⁶. Spostrzeżenie to ujawnia problematyczny charakter takiej interpretacji wolności sumienia i wyznania. Dochodzi tu bowiem do manipulacji zakresem przedmiotowym tej wolności w celu pozbawienia ochrony wybranych przekonań niezgodnych z nauką wyznania większościowego. Pojęcie „sekty” nie występuje w polskim systemie prawnym, a jego treść jest co najmniej nieostra²⁷. Trzeba w tym miejscu podkreślić, że nawet gdyby uzyskano w tym zakresie precyzję, to wolność sumienia i wyznania służy ochronie także związków wyznaniowych uznawanych przez niektórych za sekty. „Wszelka wolność, pozostawiając sumieniu człowieka ciężar odpowiedzialności i wyboru, jest źródłem jego wewnętrznej rozterki i bywa źródłem niepokoju społecznego”²⁸. Co więcej – być może służy nawet ochronie przede wszystkim tych związków, gdyż to właśnie mniejszościowe ruchy religijne, a nie Kościół katolicki, padają ofiarą dyskryminacji²⁹. Jak słusznie zauważa A. Łopatka: „Nietolerancyjnym, a zwłaszcza dyskryminującym bywa ten podmiot, który ma faktyczną możliwość takim być. Podmiot, który w danych okolicznościach jej nie ma, jest w sposób naturalny tolerancyjny i niedyskryminujący”³⁰.

²⁴ M. Granat, *Granice...*, op. cit., s. 179.

²⁵ Por. Z. Łyko, *Wolność...*, op. cit., s. 101–102. Zob. jednak W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa (Przyczynek do teorii prawa liberalnego)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 7.

²⁶ M. Granat, *Granice...*, op. cit., s. 179.

²⁷ Fakt, że nawet w opracowaniach o charakterze naukowym do sekt zaliczani mogą być mormoni czy świadkowie Jehowy, nie pozostawia w tym względzie wątpliwości (zob. E.M. Guzik-Makaruk, *Sekty religijne w Polsce*, Warszawa 2004).

²⁸ J. Jedlicki, *Antynomie liberalnej koncepcji wolności*, w: *Chrześcijanizm wobec praw człowieka. Sesja odbyta w KIK w Warszawie w dniach 8–16 listopada 1977 r.*, Paris 1980, s. 85.

²⁹ Warto tu przytoczyć mądre słowa ks. Z. Łyko: „w państwach demokratycznych miarą wolności nie jest wolność większości, lecz właśnie wolność mniejszości”. Por. Z. Łyko, *Wolność...*, op. cit., s. 89.

³⁰ A. Łopatka, *Prawo...*, op. cit., s. 14.

Płynie stąd wniosek, że źródłem ingerencji w materię wolności sumienia i wyznania (w szerokim znaczeniu) może być zabieg polegający na takim ukształtowaniu jej definicji, by wyłączyć spod ochrony wybrane przekonania. Oznaczałoby to instytucjonalizację dyskryminacji religijnej i faktyczny koniec wolności sumienia i wyznania, której zadaniem jest między innymi ochrona pluralistycznego charakteru struktury wyznaniowej. To, co czyni tego typu zagrożenie szczególnie niebezpiecznym, jest jego ukryty charakter – postulat trwałego pozbawienia ochrony prawnej niektórych poglądów nie jest bowiem postrzegany w kategoriach realnego ograniczenia wolności, lecz krucjaty w obronie prawdy i dobra. O ile jednak pojawianie się podobnych poglądów w debacie publicznej nie dziwi, o tyle doktryna prawa wyznaniowego powinna się ich raczej wystrzegać, także ze względu na zobowiązania prawnomiędzynarodowe Polski. Wiążąca nasz kraj treść wzorca wolności sumienia i wyznania nie daje wszak podstaw do wyróżniania przez ustawodawcę poglądów „właściwych” i „sekiarskich”.

VI. O TZW. PRAWIE DO MILCZENIA

Starałem się dotychczas ukazać, że to, co uważa się za granice wolności sumienia i wyznania, w zasadzie nie wyczerpuje pojemności tego terminu. Istnieje jednak także druga strona medalu: rozważania niektórych autorów zdają się sugerować, że wolność sumienia i wyznania doznaje ograniczeń tam, gdzie, jak sądzę, nie należy się ich doszukiwać. Otóż można się spotkać z sugestią, jakoby liberalne ujęcie tej wolności miało charakter samoograniczający, w tym sensie, że dochodzi współcześnie, jak pisze P. Mazurkiewicz, do „desakralizacji czy wręcz dezynfekcji przestrzeni publicznej”³¹ przez usunięcie z niej symboli religijnych. Towarzyszy temu zarzutowi (i czyni go w ogóle możliwym) wielce dyskusyjny pogląd na charakter tzw. prawa do milczenia (art. 53 ust. 7 Konstytucji RP): „Wolność religijna oznacza (...) przede wszystkim prawo do ukrywania swoich przekonań religijnych, a nie do swobody praktyk, prawo do bycia wolnym od indagowania na temat własnej wiary, a nie do jej publicznego wyznawania”³². Autor daje do zrozumienia, że akcentowanie negatywnego aspektu wolności sumienia i wyznania prowadzi do upośledzenia jej strony pozytywnej³³. Byłaby to więc forma ingerencji nadzwyczaj przewrotnej – jeden z elementów definicji uniemożliwia pełną realizację pozostałych.

Takie odczytanie prawa do milczenia budzi poważne wątpliwości. Nie jest ono bowiem, moim zdaniem, właściwym składnikiem treści wolności sumienia i wyznania³⁴, lecz w gruncie rzeczy jedną z jej gwarancji. Dzięki niemu istotnie możliwe staje się ukrywanie swych przekonań religijnych, ale nie wiadomo, dlaczego

³¹ P. Mazurkiewicz, *Kościół w życiu publicznym*, w: P. Mazurkiewicz (red.), *Kościół katolicki w przededniu wejścia Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 190.

³² Ibidem.

³³ Ibidem. Podobne stanowisko zajmuje W. Janyga, *Wolność sumienia i wyznania wobec wyzwań pluralizmu religijnego (na tle wyroku Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 24 IX 2003)*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 10, s. 87 i n.

³⁴ Odmienne np. Z. Łyko, *Wolność...*, op. cit., s. 85.

miałoby to w jakikolwiek sposób utrudniać publiczne wyznawanie wiary. Celem tego prawa jest uniemożliwienie dyskryminacji na podłożu religijnym, a co za tym idzie, stworzenie warunków do wyznawania poglądów niepopularnych społecznie lub źle postrzeganych przez władze publiczne. W ten sposób dąży się do urzeczywistnienia wolności sumienia i wyznania, a nie do jej ograniczenia. „Można się zgodzić z tym, że liberalna koncepcja wolności jest tylko formą, tylko określeniem warunków niezbędnych do tego, by w ogóle można było mówić o świadomej działalności i odpowiedzialności człowieka”³⁵. Ochrona jednostki przed doznaniem potencjalnych dolegliwości z powodu jej wierzeń jest logiczną konsekwencją liberalnego przekonania o niedopuszczalności państwowej ingerencji w sferę przekonań obywateli. Nie wyklucza to w żadnym wypadku manifestowania swych poglądów w przestrzeni publicznej, także na kwestie religijne, zwłaszcza w przypadku przedstawicieli wyznania dominującego, którzy ze względu na swą uprzywilejowaną pozycję nie muszą obawiać się dyskryminacji. Innymi słowy, prawo do milczenia nie oznacza obowiązku milczenia.

VII. GRANICE PRAWNE I FAKTYCZNE

Warto dodać do omawianych zagadnień jeszcze jeden wątek. Omawiana tu problematyka konstytucyjnych granic wolności sumienia i wyznania nie wyczerpuje w żadnej mierze tematu rzeczywistych ograniczeń, jakich ta wolność doznaje w toku praktyki społecznej. Jak sądzę, można je podzielić na granice prawne i faktyczne. Dla pełnego obrazu zagadnienia konieczne wydaje się kilka słów na temat granic faktycznych.

Znajdą się wśród nich między innymi granice o charakterze ekonomicznym, infrastrukturalnym, a także normatywnym, lecz pozaprawnym. Przez pozaprawne, lecz normatywne ograniczenia wolności sumienia i wyznania rozumiem takie efekty oddziaływania norm społecznych, które utrudniają lub uniemożliwiają faktyczne korzystanie z zagwarantowanych przez ustawodawcę uprawnień w badanym zakresie. Przykładowo, wyznawanie mniejszościowych religii często bywa stygmatyzowane społecznie i choć z prawnego punktu widzenia status prawny świadka Jehowy nie różni się niczym od statusu prawnego katolika, to nie można powiedzieć tego samego o ich statusie społecznym, a to z kolei wpływa wydatnie na możliwość samorealizacji obu tych jednostek w zakresie manifestowania ich przekonań religijnych. Problem granic ekonomicznych oraz infrastrukturalnych wiąże się z kolei z niedostatkiem środków materialnych służących korzystaniu z uprawnień przyznawanych aktem normatywnym. Brak środków na sprawowanie kultu lub niemożność dotarcia z przesłaniem do wyznawców niewątpliwie również zakłócają i ograniczają możliwość pełnego korzystania z wolności sumienia i wyznania.

Ten rodzaj granic rzadko staje się przedmiotem zainteresowania prawnika, acz warto zwrócić tu nań uwagę z dwóch powodów. Po pierwsze, ich dostrzeżenie

³⁵ J. Jedlicki, *Antynomie...*, op. cit., s. 86.

uwypukla znany socjologom fakt, że prawne gwarancje wolności nie są skuteczne, jeśli spotkają się z konsekwentnym oporem społecznym. Zarazem podmiot wolności odczuwa znacznie silniej swoją sytuację faktyczną aniżeli zadeklarowany przez władzę polityczną status prawny. Bez uwzględnienia realnego kontekstu nie oddaje on bowiem rzeczywistego obrazu stosunków społecznych. Nabiera to dużego znaczenia zwłaszcza w Polsce, gdzie ze względu na znaczną przewagę jednego wyznania nad wszystkimi pozostałymi wyznaniem i światopoglądami możliwość nadużywania dominującej pozycji bywa kusząca. Jak zauważa ks. Z. Łyko, „wszelkie większości, zwłaszcza wyznaniowe, przejawiają niemalże stałą, i często niemałą pokusę wszechstronnego korzystania ze swego statusu większościowego i z łączącej się z tym określonej siły faktycznej, społecznej czy nawet politycznej (...) do umacniania swych stanowisk oraz zyskania możliwie największej praw i przywilejów, jak również do ograniczania praw mniejszości”³⁶. Z tym większą aprobatą należy odnotować fakt pojawiania się raportów z badań i tzw. monitoringów przestrzegania wolności sumienia i wyznania w naszym kraju³⁷. Po drugie, dochodzi czasem do swoistej interferencji ograniczeń faktycznych i ustawowych, czego przykładem może być sytuacja związana z nauczaniem w Polsce religii, które odbywa się w grupach liczących przynajmniej siedmiu uczniów. Prowadzi to do faktycznej dyskryminacji dzieci wyznających religie mniejszościowe poza większymi skupiskami wyznawców³⁸. Przykład ten ukazuje, w jaki sposób faktyczna granica wolności (brak możliwości nauczania religii w ramach szkolnej infrastruktury) może być zapośredniczona przez stosowne regulacje prawne, same w sobie niestatuujące granicy czy też ograniczenia wolności sumienia i wyznania.

Płyne stąd wniosek, że badacz (także prawnik projektujący przyszłe regulacje w tej materii lub tylko formułujący uwagi *de lege ferenda*), który zamierza poznać całościową siatkę ograniczeń, jakich doznaje wolność sumienia i wyznania, nie zdoła tego uczynić, poruszając się tylko w ramach tradycyjnie pojętej dogmatyki prawniczej. Potrzeba tu szerokiej perspektywy poznawczej. Zagadnienie konstytucyjnych granic wolności sumienia i wyznania należy zatem sytuować nie tylko w kontekście innych granic o charakterze prawnym (instytucjonalnym), ale także na tle obserwowanych wzorów interakcji społecznych, które w dużej mierze decydują o faktycznym układzie stosunków wyznaniowych.

³⁶ Z. Łyko, *Wolność...*, op. cit., s. 89.

³⁷ Zob. np. A. Mikulska, *Wolność sumienia i wyznania. Raport z monitoringu*, Warszawa 2002; Stowarzyszenie na Rzecz Państwa Neutralnego Światopoglądowo „Neutrum”, *Respektowanie wolności sumienia i wyznania w szkole publicznej. Raport*, Warszawa 1996. Pewne wyobrażenie o kształcie stosunków społecznych daje też praktyka instytucji ochrony prawnej – zob. np. J. Falski, *Dyskryminacja na tle wyznaniowym w praktyce Rzecznika Praw Obywatelskich*, „Studia Prawnicze” 2001, z. 3–4.

³⁸ Zob. M. Pietrzak, *Prawo...*, op. cit., s. 248. Przy grupach liczących przynajmniej trzech uczniów nauczanie religii jest również możliwe, acz znacznie utrudnione (m.in. w zespołach międzyszkolnych, co trudno uznać za komfortowe i satysfakcjonujące wszystkich rozwiązanie).

VIII. ZAKOŃCZENIE

Reasumując podjęte tu wątki, należy zaakcentować sens prezentowanej autorskiej koncepcji granic (i ograniczeń) wolności sumienia i wyznania. Uszczuplenie tej wolności może się bowiem dokonywać nie tylko za pomocą klauzul limitacyjnych, ale także przez manipulowanie jej zakresem, co niejednokrotnie może okazać się dalece bardziej dotkliwe dla podmiotów wolności. Czyni to przyjętą w literaturze koncepcję granic wolności sumienia i wyznania w znacznej mierze niewystarczającą. Nie oddaje ona bowiem w pełni istoty problemu. Zasygnalizowana została też społeczna doniosłość granic o charakterze pozaprawnym. Realizację wolności sumienia i wyznania warunkują wszak utrwalone wzory praktyki społecznej, a także politycznej. Chodzi o to, by konfrontować poszczególne sposoby odczytania litery prawa (zwłaszcza pojęć nieostrych, jak „ochrona moralności”) z gwarancyjnym charakterem omawianych uregulowań. Klimat polityczny, możliwość wyzyskania dominującej pozycji, poglądy interpretatorów – wszystko to należy brać pod uwagę, oceniając stan prawny w tej sferze. Ochrona praw jednostki jest celem, który nie może zniknąć z horyzontu, nawet za cenę pozornie zbyt drobiazgowej egzegezy i terminologicznej małostkowości. Słowem, na każdym kroku spod technikaliów wyzierają imponderabilia.

Dodajmy na zakończenie, że doniosłość podjętego tematu jest trudna do przecenienia – nie chodzi tu tylko o refleksję nad prawną regulacją stosunków wyznaniowych. Pytanie o granice wolności sumienia i wyznania jest w pewnym wymiarze również pytaniem o kondycję liberalnej demokracji.

ABOUT THE NOTION OF THE LIMITS OF THE FREEDOM OF CONSCIENCE AND RELIGION

In the article, the author makes an attempt to outline problems relating to the limits of the freedom of conscience and religion. An analysis of existing legal constructs reveals a difference between two strategies of excluding certain types of behaviour from adequate protection which should otherwise be guaranteed on the basis of the freedom of conscience and religion. The first of these strategies relies on introducing into the legal system some prerequisites, the occurrence of which would in certain circumstances prevent the addressees of the law from the exercise of their freedom of conscience. Such prerequisites are often referred to as ‘limits of the freedom of conscience and religion’. The other strategy is based on the assumption that certain areas of human activity cannot be regarded as free exercise of the freedom in question. The author maintains that – contrary to conventional legal terminology – in the former case, what is really meant are not limits but limitations of freedom, while limits as such should rather be derived directly from the adopted definition of freedom. Thus, legal restrictions are introduced not only through limitations clauses but also by manipulating the scope of freedom itself. This phenomenon is often overlooked in the theory of law,

even though it has recently gained new implications in view of two noticeable developments. One of these developments entails denying non-religious (secular) beliefs the same legal protection which is applied in the case of religious convictions; the other relates to measures taken against minority religious denominations often disparagingly labeled as sects. Furthermore, the article delineates the social significance of limits of non-legal character.

JAKUB MICHAŁ PAWŁOWSKI

**ZASADY OGÓLNE PRAWA
W STATUTACH MIĘDZYNARODOWYCH
TRYBUNAŁÓW ORAZ W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM.
SZKIC NA MARGINESIE ART. 21 STATUTU RZYMSKIEGO
MIĘDZYNARODOWEGO TRYBUNAŁU KARNEGO**

I. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Wśród bogatego piśmiennictwa¹, tak polskiego, jak i zagranicznego, dotyczącego Międzynarodowego Trybunału Karnego na próżno szukać szczegółowej analizy źródeł wyrokowania zawartych w artykule 21 statutu tegoż trybunału (zwanego Statutem Rzymskim)². Autor niniejszego artykułu ma ambicję postawienia kilku istotnych pytań o prawnomiędzynarodowy status tych norm oraz przedstawienia natury zasad ogólnych prawa w różnych aktach prawa narodów³.

Art. 21 statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego⁴ (zwanego dalej w niniejszej pracy MTK): „Prawo właściwe” wyszczególnia orzecznicze źródła Trybunału, na pierwszym miejscu sytuując normy statutowe oraz tzw. elementy zbrodni, reguły procesowe oraz dowodowe, dalej zaś odpowiednie traktaty oraz zasady i reguły prawa międzynarodowego, łącznie z uznanymi zasadami

¹ Patrz fundamentalna pozycja M. Płachty, w: M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, t. I, II, Kraków 2004, tam również doskonale opracowana przez autora bibliografia.

² Na pytania postawione w niniejszej pracy próżno szukać odpowiedzi w rozdziałach renomowanych komentarzy poświęconych *applicable law* – prawu właściwemu, stosowanemu przez Międzynarodowy Trybunał Karny, choćby: A. Pellet, *Applicable Law*, w: A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (red.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford 2002, s. 1051–1084; M. McAuliffe de Guzman, *Article 21: Applicable Law*, w: O. Triffterer (red.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden 1999, s. 435–445.

³ Terminu „zasady ogólne prawa” nie znajdziemy wśród źródeł wyrokowania międzynarodowych trybunałów wojskowych (Norymberskiego oraz Tokijskiego), ujętych w statutach tychże (zwanych Kartami), ani w statucie Międzynarodowego Trybunału dla osądzenia naruszeń prawa humanitarnego w byłej Jugosławii, ani analogicznego Trybunału dla Rwandy; pojęcie to nie znalazło się także w statucie Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza w Hamburgu; niniejsza praca wyszczególni natomiast zapisy statutowe oraz praktykę pozostałych sądów i trybunałów międzynarodowych, tak regionalnych, jak i powszechnych, z wyjątkiem regionalnych trybunałów praw człowieka, których analiza winna się stać przedmiotem osobnego opracowania.

⁴ *Rome Statute of the International Criminal Court* (Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998), A/CONF.183/9 (1998); tekst polski Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708; także M. Płachta, *Międzynarodowy...*, op. cit., t. II, także na stronie Uniwersytetu Europejskiego Viadrina we Frankfurcie nad Odrą: <http://www.vilp.de>; również za J. Izydorczyk, P. Wiliński, *International Criminal Court. Powstanie. Organizacja. Jurysdykcja. Akty prawne*, Kraków 2004, s. 121–367, wraz z dokumentami ratyfikacyjnymi.

prawa konfliktów zbrojnych. W razie braku wśród wyżej wymienionych źródeł norm nadających się do zastosowania Trybunał stosuje ogólne zasady prawa wyinterpretowywane z praw krajowych różnych systemów prawnych świata, a we właściwych przypadkach – włącznie z prawem krajowym państw, które same wykonywałyby jurysdykcję w stosunku do danej zbrodni, o ile zasady te nie są niezgodne z niniejszym statutem, prawem międzynarodowym i uznanymi przez społeczność międzynarodową normami i standardami.

Już pobieżna lektura tego artykułu uprawnia do sformułowania kilku pytań:

- 1) dlaczego statut MTK korzysta z formuły „zasad ogólnych prawa”, mimo iż nauka prawa narodów nie ma w materii tych norm najlepszych doświadczeń, a taki stan rzeczy powodowany jest przez ogólną i budzącą do dziś uzasadnione spory w doktrynie konstrukcją art. 38 ust. 1 lit. c statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (zwanego dalej w niniejszej pracy MTS);
- 2) dlaczego podmiot prawotwórczy statutu dokonał rozróżnienia na zasady i reguły prawa międzynarodowego;
- 3) czy zasady wyinterpretowywane przez Trybunał z praw krajowych różnych systemów prawnych świata podlegają wymogom uznania („przez narody cywilizowane”), tak jak ma to miejsce w przypadku art. 38 ust. 1 lit. c MTS;
- 4) jaki jest stosunek art. 21 statutu MTK do art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS;
- 5) czy zawarta w art. 21 ust. 2 norma otwierająca możliwość powoływania przez Trybunał zasad i reguł prawa międzynarodowego, zgodnie z ich interpretacją zawartą w poprzednich orzeczeniach, stanowiąca więc traktatową podstawę uwzględniania precedensów prawnych, może być odnoszona li tylko do zasad i reguł prawa międzynarodowego (ust. 1 lit. b), czy także do zasad ogólnych prawa (ust. 1 lit. c);
- 6) czy uznane przez społeczność międzynarodową normy i standardy oraz prawo międzynarodowe to różne pojęcia prawne;

oraz kilku wniosków:

- 1) zwrot, iż w razie braku prawa właściwego określonego w art. 21 ust. 1 lit. a i lit. b „Trybunał stosuje”⁵ ogólne zasady prawa, nakazuje wnioskować, iż na Trybunał nałożony został obowiązek stosowania zasad ogólnych prawa, tzn. iż brak norm określonych w lit. a i lit. b nie uprawnia do wyboru między zasadami ogólnymi prawa a innymi niewyszczególnionymi w art. 21 źródłami orzekania, ale stanowi normę nakazującą „automatyczne” stosowanie zasad ogólnych prawa; oznacza to również, iż same zasady ogólne prawa stanowią subsydiarne źródło orzekania, tzn. mogą być powoływane tylko wobec braku źródeł głównych;
- 2) podmiot prawotwórczy statutu dokonuje wyraźnego rozróżnienia statusu zasad i reguł prawa międzynarodowego, a także zasad ogólnych prawa;

⁵ Zwrot „Trybunał stosuje” może budzić uzasadnione wątpliwości zwłaszcza w odniesieniu do epitetu „odpowiednie” traktaty – był to w nauce dylemat na tyle poważny, iż zastanawiano się, czy Konwencja wiedeńska o prawie traktatowym mogłaby być na mocy art. 21 ust. 1 lit. b „stosowana”, czy „odpowiednio stosowana”, szerzej J. Carraciolo, *Applicable Law*, w: F. Lattanzi, W.A. Schabas (red.), *Essays on the Rome Statute of International Criminal Court*, Sirente 1999, s. 221.

- 3) zasady (oraz reguły) prawa międzynarodowego są podstawowym źródłem wyrokowania (prawa właściwego) MTK, mając także na uwadze, iż statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości wśród źródeł orzekania nie wymieniał *expressis verbis* zasad samego prawa międzynarodowego, jest to znaczne wzmocnienie i uprecyzyjnienie statusu prawnego tych zasad na gruncie prawa narodów.

II. ZAKRES POJĘCIOWY NAZW:

„ZASADA PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO”, „ZASADA OGÓLNA PRAWA”,
„ZASADA OGÓLNA PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO”

1. Zagadnienia ogólne

„Zasady prawa w znaczeniu opisowym zezwalają porządkować gałęzie oraz system prawa, a także ukazać powiązania między instytucjami prawnymi (...) oraz instytucjami pozaprawnymi. Termin «zasady prawa» używany może być także w znaczeniu dyrektywalnym i wtedy za J. Wróblewskim wyróżnia się w polskiej literaturze prawniczej: **zasady prawa w ścisłym znaczeniu słowa (dyrektywy wiążące prawnie i oparte na tekście prawnym) oraz zasady prawne w sensie postulatycznym (dyrektywy nie oparte na tekście prawnym i dlatego nie wiążące prawnie).**”

Zasady prawa w ścisłym znaczeniu słowa opisują szczególnie ważne normy w obrębie systemu prawa, czy też poszczególnych gałęzi prawa⁶. Rozróżnienie na trzy grupy zasad, tj. zasady prawa międzynarodowego, zasady ogólne prawa oraz zasady ogólne samego prawa międzynarodowego, pojawia się stosunkowo często w nauce prawa międzynarodowego. Wśród zasad prawa międzynarodowego starsze podręczniki wymieniają np. zasadę proporcjonalności, zasadę równości, zasadę wzajemności, zasadę dobrej wiary, zasadę możliwości wykonania prawa, zasadę słuszności⁷. Należy wszakże podkreślić, iż pojmowanie zasad prawa międzynarodowego ulegało transformacji, nauka prawa zaś nie stworzyła ich jednolitego katalogu⁸. Zasadami prawa międzynarodowego będą niewątpliwie i bezsprzecznie zasady: *pacta sunt servanda*⁹ i zasada dobrej wiary (*bonafides*)¹⁰,

⁶ Cenne uwagi zob. A. Redelbach, *Wstęp do prawoznawstwa*, Poznań 1996 s. 126–127; o zasadach prawa szerzej S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, zwłaszcza s. 24–48, 53–69, o zasadach prawa międzynarodowego: s. 202–208.

⁷ Choćby L. Ehrlich, *Prawo narodów*, Kraków 1947, s. 14–19, 66–67, 170, 197; zasada dobrej wiary jest według Ehrlicha najważniejszą zasadą prawa międzynarodowego, stanowiąc podstawę systemu prawa międzynarodowego.

⁸ Fundamentalna dla opisu fenomenu zasad zdaje się wciąż pozostawać pozycja *General Principles in Public International Law*, autorstwa I. Brownlie, obecnie dostępna edycja VI, Oksford–Nowy York 2003; zob. także S.D. Murphy, *Principles of International Law*, Thomson–West 2003.

⁹ Art. 2 rozdziału I Karty Narodów Zjednoczonych, tekst, w: Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90; zasadę tę zawarto również w Deklaracji zasad prawa międzynarodowego dotyczących pokojowych stosunków i współdziałania państw, dok. cyt. za K. Kocot, K. Wolfke, *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, Wrocław 1972, s. 524–533; Akt Końcowy KBWE z dnia 1 sierpnia 1975 r., tekst, w: A.D. Rotfeld (red.), *Od Helsinek do Madrytu. Dokumenty KBWE 1973–1983*, PISM, Warszawa 1983, s. 110–130.

¹⁰ Ibidem.

które wraz z zasadą słuszności i sprawiedliwości (*aequitas*) leżą o podstaw *ius gentium*¹¹. Do szczególnej kategorii należą zasady ogólne prawa międzynarodowego. W nauce prawa narodów spotykamy zjawisko wymiennego posługiwania się terminami „zasada prawa międzynarodowego” i „zasada ogólna prawa międzynarodowego”. Ma to związek z przenikaniem się zakresów obu nazw. Z poglądu A. Klafkowskiego wynika, iż zasadami ogólnymi prawa międzynarodowego¹² są: „normy prawa międzynarodowego mające charakter podstawowych przesłanek międzynarodowego porządku, przenikające cały system prawa międzynarodowego i znajdujące zastosowanie we wszystkich jego działach”¹³. Wśród formalnych źródeł zasad ogólnych prawa międzynarodowego Klafkowski wymienił Kartę Narodów Zjednoczonych oraz Deklarację zasad prawa międzynarodowego dotyczącą przyjaznych stosunków i współdziałania państw zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych¹⁴. Niewątpliwie ze względu na datę wydania tej cennej pozycji naukowej autor nie zawarł wśród aktów prawnych wyszczególniających zasady ogólne prawa międzynarodowego Aktu Końcowego KBWE. Z powyższej definicji Klafkowskiego wynika w sposób oczywisty, iż zasady ogólne prawa międzynarodowego stanowią kategorię zasad prawa międzynarodowego o szczególnym znaczeniu, nadrzędnych w stosunku do innych zasad prawa międzynarodowego, i przenikają cały system prawa narodów, mają charakter „zasad konstytucyjnych” (naczelnych)¹⁵ tego systemu prawa, podczas gdy zwykłe zasady prawa międzynarodowego stanowią normy podstawowe dla poszczególnych gałęzi prawa międzynarodowego (np. prawa traktatowego, prawa humanitarnego, prawa morza, prawa ochrony środowiska, prawa kosmicznego, itp.). Nie każda tedy zasada prawa międzynarodowego jest zasadą ogólną prawa międzynarodowego. Pozostaje więc do rozstrzygnięcia relacja pojęciowa między obiema powyżej opisanymi kategoriami zasad a zasadami ogólnymi prawa uznawanymi przez narody cywilizowane.

2. Problematyka tzw. zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane¹⁶

Artykuł 38 ust. 1 lit. c statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości wśród źródeł prawa międzynarodowego wymienia, obok traktatów oraz norm

¹¹ Zob. W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu z wyborem źródeł*, wyd. II, Poznań 1992, s. 24.

¹² I. Łukaszuk natomiast posługuje się terminem „zasady podstawowe”, w: *Charakter podstawowych zasad prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” 1988, nr 11, s. 111–124; o zasadach prawa międzynarodowego zob. także J. Menkes, *Zasady prawa międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 10, s. 75–82.

¹³ Zob. A. Klafkowski (red.), *Encyklopedia prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych*, Warszawa 1976, s. 459/61; por. definicję zasad podstawowych prawa międzynarodowego przytoczoną przez Łukaszuka, op. cit., s. 111.

¹⁴ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 2625, Nowy York, 24 V 1970, AJIL 65 (1), 1971 r.

¹⁵ Por. J. Menkes, *Zasady prawa...*, op. cit., s. 79.

¹⁶ Cenne artykuły: A.D. Mc Nair, *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, British Yearbook of International Law 1957; G. Hercegh, *General Principles of Law and the*

zwyczajowych, również „ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane”¹⁷. Przepis ten nie precyzuje tego określenia¹⁸, żaden zaś z aktów prawa międzynarodowego nie dokonuje wyszczególnienia przykładowych choćby zasad ogólnych prawa¹⁹. Ponieważ powyższy zapis statutu warunkuje kwalifikację danej zasady ogólnej do źródeł prawa międzynarodowego od uznania jej przez narody cywilizowane, należy więc w celu kwalifikacji dokonać przeglądu praktyki państw, w szczególności zaś też wynikających z orzecznictwa.

W doktrynie pojawił się pogląd, iż wśród zasad ogólnych, w myśl art. 38 ust. 1 lit. c, należy upatrywać kilku kategorii norm²⁰, najczęściej:

- ogólnych zasad samego prawa międzynarodowego²¹,
- nieodzownych reguł myślenia prawniczego²²,

International Legal Order, Budapest 1969; *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, AJIL 1957, nr 4; Sir G. Fitzmaurice, *The General Principles of International Law*, Collected courses of Hague Academy of International Law 1957, vol. 92; ostatnio temat nie jest częstym przedmiotem rozpraw naukowych, z nowszych ujęć na szczególną uwagę zasługuje H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1960–1989, *British Yearbook of International Law* 1990, vol. 61; również V. Degan, *General Principles of Law*, 3 *Finnish Yearbook of International Law* 1992; porównanie zakresów nazw „zasada ogólna prawa” oraz „zasada prawa międzynarodowego” zawarł J. Sozański, *Ogólne zasady w *acquis communautaire* oraz w prawie międzynarodowym publicznym – istotniejsze pytania badawcze*, „*Studia Prawnicze*” 2005, nr 2, s. 5–31.

¹⁷ Statut MTS stanowi integralną część Karty Narodów Zjednoczonych.

¹⁸ Doktryna zgodnie uważa to określenie za nietrafne, podobnie konstatuje A. Klafkowski, *Encyklopedia...*, op. cit., s. 460–461.

¹⁹ Wybitny jurysta Z. Cybichowski na przykład w ogóle nie wyszczególnia zasad ogólnych wśród źródeł prawa międzynarodowego, zob. Z. Cybichowski, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1928.

²⁰ Choćby T. Jasudowicz, *Normy regionalne w prawie międzynarodowym*, Toruń 1983, s. 192, przytacza ten podział; z kolei Peretiatkiewicz przytacza podział dokonany przez Rousseau, który wśród zasad ogólnych prawa w myśl art. 38 ust. 1, lit. c upatrywał następujące grupy norm:

I. Ogólne zasady prawa, wspólne porządkom krajowym i porządkowi prawnemu międzynarodowemu: reguły zaczerpnięte z prawa obligacyjnego umownego lub *quasi-umownego* (*zasadapacta sunt servanda*, obowiązek wynagradzania szkód spowodowanych przez zwłokę, konsekwencje nadużywania prawa, respektowanie praw nabytych, zasada *nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet*, zasady dotyczące zgaśnięcia zobowiązań), reguły zaczerpnięte z obligacji przestępczych lub *quas/-przestępczych* (wynagrodzenie szkody, określenie wysokości odszkodowania), reguły proceduralne (poszanowanie orzeczeń prawomocnych, *ekscepcja litis pendenci*, przepisy dowodowe, płacenie kosztów).

II. Ogólne zasady prawa międzynarodowego, dotyczące relacji między prawem międzynarodowym a prawem wewnętrznym, zasady ogólne dotyczące wykonywania zwierzchnictwa terytorialnego (zasada ciągłości państwa, poszanowania niepodległości państwa itd.), ogólne zasady dotyczące odpowiedzialności międzynarodowej, ogólne zasady rządzące międzynarodowym prawem kryminalnym, ogólne zasady dotyczące prowadzenia wojny morskiej, cyt. za A. Peretiatkiewicz, *Ogólne zasady prawa jako źródło prawa międzynarodowego a tendencje kosmopolityczne*, Poznań 1956, s. 40; panuje też w doktrynie pogląd uznający za zasady ogólne w myśl art. 38 ust. 1 lit. c zasady wspólne wszystkim porządkom prawnym, takie jak *res iudicata*, *nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet*, *nemo iudex in re sua*, zasada, iż wyrządzenie szkody rodzi obowiązek naprawienia szkody, ochrona praw majątkowych, zasada, iż ciężar dowodu spoczywa na stronie, która wywodzi z niego skutki prawne, cyt. za S. Nahlik, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, Warszawa 1967, s. 91; C. Berezowski dodaje do tego katalogu zasady: *auditur et altera pars*, *par in parem non habet iurisdictionem*, C. Berezowski, *Prawo międzynarodowe publiczne*, cz. II, Warszawa 1969, s. 87.

²¹ Zob. definicja A. Klafkowskiego, w: *Encyklopedia...*, op. cit., s. 459–461.

²² Należałoby tutaj wyszczególnić takie zasady jak: *nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet*, *ne bis in idem*, *nemo potes commodum capere de iniuria sua propria*, *frustra sibi fidem*

– zasad wyprowadzonych wprost z systemu prawa wewnętrznego i dających się stosować w prawie międzynarodowym²³.

Ponieważ analiza reguł wnioskowania prawniczego jest całkowicie zbędna przy omawianiu niniejszego problemu²⁴, toteż zostanie w niniejszej pracy pominięta.

Powyżej przedstawiony katalog trzech grup zasad pokrywa się także z wyrazistymi trendami w obrębie samej nauki prawa międzynarodowego. I tak postulat kwalifikujący zasady ogólne prawa międzynarodowego do zasad ogólnych prawa forswany był aktywnie przez radziecką naukę prawa międzynarodowego, ujmującą zasady ogólne prawa jako powtórzenie funkcji pryncypiów samego prawa międzynarodowego²⁵.

Już jednak na wstępie analizy uznać należy zbiorcze grupowanie zasad prawa międzynarodowego i innych reguł i zasad w obrębie ogólnych zasad prawa w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. c, za zabieg niefortunny, jako że zasady prawa międzynarodowego i zasady ogólne prawa nie stanowią jednolitej kategorii zasad ani w zakresie funkcji, ani stopnia ogólności, czy też sposobu ujęcia²⁶. Wypada jednak dodać, że również we współczesnych monografiach pojawia się tendencja do grupowania w obrębie zasad ogólnych prawa odmiennych kategorii norm, co w dużej mierze uniemożliwia ich analizę²⁷. Dochodzi też częstokroć do mieszania zasad w ujęciu opisowym z zasadami w sensie dyrektywalnym.

Art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS nie dotyczy zasad ogólnych prawa międzynarodowego, ale jedynie, jak wskazują epitety, ogólnych zasad prawa. I to właśnie status samych zasad prawa międzynarodowego oraz zasad ogólnych prawa międzynarodowego, nie zaś zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane, stanowi największy problem pojęciowy i prawny. Statut MTS wśród źródeł prawa międzynarodowego nie wymienił bowiem ani zasad prawa międzynarodowego, ani zasad ogólnych prawa międzynarodowego, toteż do wywodzenia ich

quis postulat ab eo servari, cui fides a se praestriam servare recusat, L. Ehrlich, *Prawo narodów*, op. cit., s. 66; również zasada *qui suo iure utitur neminem laedit*, L. Ehrlich, *Prawo narodów*, Lwów 1932, s. 82.

²³ Zasady prawne, które są uznane przez narody cywilizowane *in foro domestico*, tj. uznane w prawie krajowym tych państw oraz możliwe do zastosowania w prawie międzynarodowym, zob. J. Gihl, *The Legal Character and Sources of International Law*, w: „Scandinavian Studies in Law”, Stockholm–Uppsala 1957, t. I, s. 86; wśród zasad tych uznanych przez narody cywilizowane *in foro domestico* wymieniane są zasady procedury, zasada dobrej wiary, zasada rzeczy osądzonej, A. Peretiatkowicz, *Ogólne zasady...*, op. cit., s. 6.

²⁴ Pod żadnym pozorem reguły rozumowania prawniczego nie mogą stanowić zasad prawa międzynarodowego, będąc jedynie dyrektywami pewnego procesu myślowego, określającymi sposoby i kierunki interpretacji norm prawnych, nigdy zaś źródłami samego prawa, w tym prawa międzynarodowego.

²⁵ Pogląd Tunkina przytacza M. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 82; por. także J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Olsztyn 2003, s. 90.

²⁶ Zob. J. Menkes, *Zasady prawa...*, op. cit., s. 79.

²⁷ Por. choćby model O. Schachtera: 1. *Principles of municipal law recognized by civilized nations*, 2. *General principles of law derived from specific nature of international law*, 3. *Principles intrinsic to the idea of law and basic to all legal systems*, 4. *Principles valid through all kind of societies*, 5. *Principles of justice found on the very nature of man as rational and social being*, przytoczony, w: L. Henkin (red.), *International Law: Cases and Materials*, St Paul, West 1993, s. 104–110.

mocy prawnej służył doktrynie art. 38 ust. 1 lit. c. Już jednak w głośnej sprawie wolnych stref Górnej Sabaudii i obwodu Gex sędzia F.B. Kellog dobitnie stwierdził, iż zasady prawa międzynarodowego stanowią źródło orzecznictwa Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej. Należy przyjąć, że zasady prawa międzynarodowego, w tym zasady ogólne samego prawa międzynarodowego, zyskują status źródeł prawa międzynarodowego, owszem – na podstawie art. 38 ust. 1 statutu MTS, ale jego lit. a i b, dotyczących norm traktatowych i zwyczajowych²⁸ (z zaakcentowaniem tego ostatniego źródła), nie zaś na podstawie treści lit. c dotyczącego zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane, jako odrębnej i specyficznej kategorii zasad. Kwestia uznania zasad prawa międzynarodowego za źródło tegoż prawa byłaby zupełnie klarowna, gdyby dana zasada prawa międzynarodowego zawarta była w zapisach traktatowych²⁹ lub potwierdzona przez te zapisy, co ma zresztą po wielokroć miejsce. Wówczas jej status jako źródła prawa międzynarodowego wynikałby z charakteru prawnego traktatu prawa międzynarodowego, każda zaś spekulacja dotycząca wywodzenia mocy prawnej zasady prawa międzynarodowego z treści jednego z trzech punktów art. 38 statutu MTS byłaby bezzasadna³⁰.

Występuje jeszcze jedna dotychczas nieomawiana i pominięta w nauce przeszkoda w łączeniu katalogu zasad ogólnych prawa z zasadami prawa międzynarodowego, w tym ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego. Konstrukcja prawna zasady ogólnej prawa międzynarodowego została wypracowana po to, by hierarchizować normy prawa międzynarodowego o różnym pochodzeniu. Zasada ogólna prawa międzynarodowego nie jest kategorią wyszczególnianą w procesie systematyzowania źródeł prawa, jest natomiast zespołem nadrzędnych norm prawnych, tak stanowionych, jak i zwyczajowych, stanowiących podstawę do tworzenia i konkretyzowania norm pospolitych³¹. Podczas gdy cel powoływania przez MTS zasad ogólnych prawa jest zgoła inny, służyć ma wypełnianiu normatywnej luki w przestrzeni nieuregulowanej traktatem lub zwyczajem. Toteż łączenie tych dwóch grup zasad w jedną kategorię zdaje się być nieporozumieniem. Zasada ogólna prawa jest kategorią źródeł prawa międzynarodowego, za-

²⁸ Zob. zwyczajowe nabycie mocy wiążącej przez Deklarację ONZ zasad prawa międzynarodowego dotyczących pokojowych stosunków i współdziałania państw, *Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, Hague 1920, choćby s. 35; z nowszych pozycji dotyczących zasad prawa międzynarodowego zob. E. Schaffer, J.R. Randall, J. Snyder, *Contemporary Practice in International Public Law*, Oceana 1997, s. 44, 105–106.

²⁹ Według M. Muszkata: zasady ogólne prawa są miarodajnym źródłem prawa międzynarodowego, wówczas gdy zostały odzwierciedlone w zwyczaju bądź w traktacie, M. Muszkat, *Zarys prawa międzynarodowego*, Warszawa 1955, I.1, s. 25.

³⁰ Na zasady prawa międzynarodowego powoływano się np. we wstępie do IV Konwencji Haskiej z 1907 r., w traktacie pokojowym zawartym z Turcją w Lozannie w 1923 r., choć pierwszą i najistotniejszą traktatową próbą kodyfikacji zasad była Karta Narodów Zjednoczonych; wcześniej próbę ich kodyfikacji podjęła, bez większego efektu Konferencja Kodyfikacyjna w Hadze w 1930 r.; wśród wcześniejszych, pozatraktatowych aktów powołujących się na zasady prawa międzynarodowego doktryna wyróżnia: zapis na sąd rozjemczy w układzie waszyngtońskim z 1871 r. w sprawie statku Alabama, wstęp do Deklaracji Londyńskiej z 1909 r., A. Klafkowski, *Encyklopedia...*, op. cit., s. 459–461, hasło: „zasady prawa międzynarodowego”.

³¹ Por. J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe...*, op. cit., s. 91.

sada ogólna prawa międzynarodowego zaś kategorią norm prawnych tego systemu i wyznacznikiem charakteru wszystkich innych jego norm.

Gdyby jednak pokusić się o hierarchizowanie samych norm prawa międzynarodowego, to zasady ogólne prawa międzynarodowego, jakkolwiek niestanowiące osobnej kategorii wyodrębnionej w procesie systematyzacji źródeł prawa międzynarodowego, winny być uznane za nadrzędne w stosunku do zwyczajnych norm traktatowych i pospolitych norm zwyczajowych³², również zważywszy na fakt, że jeśli zaakceptowalibyśmy katalog zaproponowany przez Kłafkowskiego, musielibyśmy uznać wiele z tych zasad za peremptoryjne normy powszechnego prawa międzynarodowego³³. Z kolei zasady ogólne prawa w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. c nie decydują o doniosłości innych norm prawa, choć pojawia się w doktrynie chybiony pogląd, że zasady te cechuje pewna nadrzędność wobec innych jednostek normatywnych w procesie tworzenia i stosowania prawa³⁴. Niezależnie od wpływu, jaki mogą wywierać zasady ogólne prawa na proces tworzenia i stosowania innych norm prawnych, trudno uznać je za nadrzędne w stosunku np. do norm traktatowych lub zwyczajowych, wobec faktu, że mogą być one powołane do rozstrzygnięcia sporów tylko wobec absencji pozostałych źródeł prawa międzynarodowego.

Toteż nie dziwi, że odosobniony jest w nauce prawa międzynarodowego pogląd, jakoby art. 38 ust. 1 lit. c dotyczył w pierwszej kolejności zasad ogólnych samego prawa międzynarodowego, w drugiej natomiast miałby normować byt samych zasad powszechnych uznanych w ustawodawstwie państw cywilizowanych³⁵. Obecnie w doktrynie przyjmuje się raczej wyłączenie możliwości powoływania zasad prawa międzynarodowego na podstawie art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS³⁶. Panuje też w doktrynie pogląd, że zasady prawa międzynarodowego, w tym zasady ogólne prawa międzynarodowego, czerpią swą normatywną moc bądź bezpośrednio z traktatów, bądź z przestrzeni niezagospodarowanej ani przez traktat, ani przez zasady ogólne prawa w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS. To ostatnie z ujęć silnie akcentuje zwyczajowy charakter nabycia mocy prawnej przez zasady prawa międzynarodowego³⁷. Należy jednak dodać, iż zwyczajowe pochodzenie zasad prawa międzynarodowego nie wyklucza późniejszego potwierdzenia ich statusu poprzez kodyfikację traktatową. Rozpatrując zakresy nazw „zasada prawa międzynarodowego”, „zasada ogólna prawa” oraz „zasada ogólna prawa międzynarodowego”, warto zauważyć, że jakkolwiek „za-

³² Por. ibidem, s. 90.

³³ Por. I. Łukaszuk, *Charakter podstawowych zasad...*, op. cit., s. 117.

³⁴ Autorem krytykowanego przeze mnie poglądu jest J. Sozański, *Powstawanie i charakter ogólnych zasad prawa oraz ich rola w prawie międzynarodowym publicznym (z uwzględnieniem prawa wspólnotowego)*. Uwagi wprowadzające do analizy zagadnienia, *Rocznik Nauk Prawnych* 2005, KUL, t. 15, z. 1, s. 147.

³⁵ Zob. D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Paryż 1929, s. 117; I. Hillier, *Sourcebook of Public International Law*, Londyn–Sydney 1999, s. 83.

³⁶ Choćby A. Wyrozumski, W. Czapliński, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 119.

³⁷ Por. uwagi R. Jenningsa dotyczące zwyczaju jako źródła prawa międzynarodowego, R. Jennings, *General Course on Principles of International Law*, RCADI 1967 (121), s. 335.

sady ogólne prawa” w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. c. są pojęciem szerszym od obu poprzednich grup, o tyle nie uzasadnia to zbiorczego ujmowania wszystkich zasad występujących w prawie międzynarodowym.

Niezależnie jednak od tego, czy moc prawną zasad prawa międzynarodowego wywodzić będziemy z treści art. 38 ust. 1 lit. a, b czy nawet c, ich naruszenie jest naruszeniem norm prawa międzynarodowego i jako takie stanowi przesłankę odpowiedzialności międzynarodowej. Problemem pozostaje tutaj, czy norma prawa międzynarodowego przypisana do konkretnej zasady jest normą hierarchicznie tożsamą z normą traktatową, czy normą prawa międzynarodowego zwyczajowego. Jeśli normy prawa międzynarodowego mają charakter hierarchiczny, wówczas należałoby domniemywać, iż naruszenie normy hierarchicznie wyższej spowoduje konsekwencje większych rozmiarów niż naruszenie zwykłej normy prawa międzynarodowego. Istnieje w doktrynie niebezpieczny pogląd, iż zasady ogólne prawa międzynarodowego są normami hierarchicznie wyższymi niż normy traktatowe lub zwyczajowe³⁸. O ile więc zasady prawa międzynarodowego nie mogą być utożsamiane z zasadami ogólnymi prawa uznanymi przez państwa cywilizowane, co oznacza, że art. 38 ust. 1 lit. c nie obejmuje zasad prawa międzynarodowego, nie należy wykluczyć poglądu, że zasada ogólna prawa, poprzez praktykę jej stosowania i powszechne uznanie, stać się może zasadą samego prawa międzynarodowego³⁹.

Akceptacja poglądu, że do zasad ogólnych prawa w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. c nie kwalifikują się ani zasady prawa międzynarodowego, ani też z oczywistych względów reguły rozumowania prawniczego, nakazuje skoncentrować się na trzeciej wyszczególnionej przez doktrynę grupie – zasadach wyprowadzonych wprost z systemu prawa wewnętrznego i dających się stosować w prawie międzynarodowym. Należy jednak pod powyższym terminem rozumieć nie tyle normy prawa krajowego stosowane *mutatis mutandis* do rozstrzygnięcia sporów międzynarodowych przed MTS, co mogłoby być próbą stosowania przez MTS norm prawa krajowego, a więc kategorii niewyszczególnionej przez zapisy statutowe⁴⁰, ile raczej zasady ogólne prawa wspólne tak prawu krajowemu, jak i systemowi prawa międzynarodowego⁴¹, niemal dokładnie w formule, o której mowa u S. Nahlika⁴².

³⁸ Choćby A. Alvarez, *Le droit International nouveau*, Paris 1959, s. 438, 442; z kolei A. Verdross, *Les principes généraux dans la jurisprudence Internationale*, RCADI 1935, t. 52, s. 191, przyznaje pierwszeństwo nie zasadom ogólnym prawa międzynarodowego, ale zasadom ogólnym prawa, w myśl art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS.

³⁹ Zakres nazwy „zasady ogólne prawa” jest bowiem szerszy od zakresu nazwy „zasada prawna” w prawie krajowym oraz od zakresu nazwy „zasada prawa międzynarodowego”, pogląd Rousseau, wyartykułowany w: *Principes généraux de droit international public*, t. I, s. 517, podziela T. Jasudowicz, *O zasadach ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane – garść refleksji*, w: C. Mik (red.), *Pokój i Sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe*, Toruń 1997, patrz całość rozważań, s. 141–163.

⁴⁰ R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2004, s. 109, uważają aplikację norm krajowych w trybie art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS za niedopuszczalną.

⁴¹ Por. J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe...*, op. cit., s. 91.

⁴² Por. S. Nahlik, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, op. cit., s. 91 i n.

W praktyce badanie specyfiki zasad ogólnych uznanych przez narody cywilizowane, rozumianych jako zasady wyprowadzone wprost z systemu prawa wewnętrznego i dające się stosować w prawie międzynarodowym, sprowadza się do śledzenia praktyki MTS w przedmiotowej materii⁴³. Orzecznictwo międzynarodowe często powołuje zasady ogólne prawa, bez jednak wyraźnego umocowania w art. 38 ust. 1 lit. c⁴⁴, a to sprawia, iż sporna staje się możliwość kwalifikacji danej zasady ogólnej prawa do źródeł prawa międzynarodowego, a także iż niewyraźny staje się obszar zastosowania przytoczonej zasady⁴⁵. Biorąc wszak pod uwagę, iż jedynie literalna wykładnia tego artykułu stwarza możliwość ujmowania tzw. zasad ogólnych prawa jako źródeł prawa międzynarodowego, oraz fakt, iż art. 38 stanowił przez długi okres przede wszystkim katalog nie tyle samych źródeł prawa międzynarodowego, co źródeł wyrokowania⁴⁶, kwestia określenia statusu zasady ogólnej prawa staje się skomplikowana. Nie byłaby całkowicie

⁴³ Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości rzadko znajduje sposobność do powołania się na zasadę ogólną prawa – „a General Principle of Law” jako źródło prawa międzynarodowego, L. Oppenheim, H. Lauterpacht, *International Law. A Treatise*, London–New York 1955, t. I, *O zasadach ogólnych prawa*, s. 29–31. Autorzy w zapisach art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, w odniesieniu do zasad ogólnych prawa, upatrują wyrazu odnowy naturalistycznego nurtu w ujmowaniu praw i ich źródeł. Podkreślają także rolę arbitrażu międzynarodowego w kształtowaniu się koncepcji zasady ogólnej prawa jako jednego ze źródeł prawa międzynarodowego. O zasadach również: A.M. Stuyt, *The General Principles of Law Applied by International Law to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction*, Haga 1946 r., a także B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londyn 1953 r.; zasady ogólne prawa jako pomocnicze źródło orzekania MTK – art. 21.c Statutu Rzymskiego.

⁴⁴ J. Gilas, *Zasady ogólne prawa w pracach Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości*, Zeszyty Naukowe UMK 1966, z. 19, s. 30; S. Nahlik, komentując podobne zarzuty, podkreśla, iż Trybunał, stosując normę traktatową, również nie powoływał się na art. 38 ust. 1 lit. a, stosując zaś normę prawa narodów zwyczajową, nie przywoływał automatycznie art. 38 ust. 1 lit. b, S. Nahlik, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, op. cit., s. 376, nie oznacza to wszakże, iż Trybunał nie stosował norm prawnych w rozumieniu art. 38 ust. 1. lit. a i b.

⁴⁵ Orzecznictwo próbuje opisywać te zasady za pomocą określeń *rule of Law generally accepted, general and well recognized principles, well established and generally recognized principle of Law*, a także za pomocą swoistych cech tychże: *a long established principle* – zasad, J. Gilas, *Zasady ogólne...*, op. cit., s. 39, 43, a także „dobrze ugruntowane i ogólnie uznane zasady prawa”, CPIJ, ser. A, nr 6, s. 19, „normy prawa”, Sprawa szkół niemieckich na Górnym Śląsku, CPIJ, ser. A/B, nr 40, „ogólnie przyjęta norma prawna”, Casus tranzytu przez terytorium Indii, CPIJ, s. 141–142, „norma prawa pospolitego”, Casus układu grecko-tureckiego, CPIJ, ser. B, nr 16, s. 25, „ogólna koncepcja prawa”, Casus fabryki chorzowskiej, CPIJ, ser. A, nr 17, s. 29–44 – brak precyzji oraz zmienność w używaniu terminów nie ułatwia jednak oceny ich mocy prawnej.

⁴⁶ Należałoby uznać, iż katalog źródeł wyrokowania MTS stał się wiążącym katalogiem źródeł prawa w drodze zwyczaju, choć niewątpliwie charakter art. 38 ust. 1 lit. c byłby przeszkodą w takim ujęciu tego katalogu; z nowszych ujęć art. 38 statutu STSM i MTS, na szczególną uwagę zasługują poglądy W. Czaplińskiego, A. Wyrozumskiej, zawarte w: *Prawo międzynarodowe publiczne...*, op. cit., s. 98–119; T. Jasudowicz, *O zasadach ogólnych...*, op. cit., stanowczo protestuje przeciwko traktowaniu art. 38 jako katalogu, li tylko źródeł wyrokowania; autor powiada, iż skoro istnieje norma prawna stwierdzająca w sposób wyraźny, iż sąd orzeka na podstawie prawa międzynarodowego, wyszczególniająca następnie te źródła, a wśród nich zasady ogólne prawa, oznacza to, iż zasady ogólne prawa są niewątpliwym źródłem nie tylko wyrokowania MTS, ale również źródłem samego prawa międzynarodowego; następnie autor stwierdza, iż stosowanie zasad ogólnych prawa mieści się w „obszarze normatywnym prawa międzynarodowego”; sam pogląd autora odnośnie do konstrukcji prawnej art. 38 zdaje się być słuszny, wszelako większy walor ma badanie praktyki sądu, oraz co ważne praktyki państw, a analiza tych praktyk zaś nie skłania do tak ostatecznych i pewnych konstatacji; autor, s. 142, wyraża także niezgodę na traktowanie zasad ogólnych prawa jako środka pomocniczego wy-

bezzasadna konstatacja, iż wobec powyższych wątpliwości art. 38 statutu Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej (STSM), którego to sukcesorem prawnym jest MTS, zawierał w gruncie rzeczy:

- 1) katalog niewątpliwych źródeł prawa międzynarodowego (zwyczaj i traktat) oraz
- 2) katalog innych źródeł wyrokowania Trybunału, które mogą stać się źródłami prawa międzynarodowego w drodze zwyczaju bądź przez odzwierciedlenie w normie traktatowej.

Spór, czy zasady ogólne prawa są źródłem prawa międzynarodowego, dotyczył w gruncie rzeczy tego, czy trybunały haskie, stosując daną zasadę ogólną prawa, wyznaczały precedens. Spór dodać należy nierozstrzygnięty⁴⁷. Choć istnienie w doktrynie pogląd, iż Trybunał powoływać może takie normy, których ani wyraźnie nie przyjęto, ani wyraźnie nie uznano za normy prawa międzynarodowego, które jednak wynikają z zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane, więc pośrednio przez te narody już przyjętych⁴⁸. Jest więc wątpliwe, czy można stwierdzić naruszenie normy prawnej, w sytuacji gdy przepis upoważniający jej powołanie cechuje brak precyzji, a także gdy organ stosujący normę prawną nie wyznaczył dokładnie jej treści. Należy również powątpiewać, czy naruszenie zasady ogólnej prawa, ze względu na stopień jej ogólności, stanowić może samoistną przesłankę odpowiedzialności państw. Za analogię niech posłużą zasady prawa międzynarodowego⁴⁹. Trudno bowiem wyobrazić sobie odpowiedzialność np. państwa niemieckiego za rozpętanie II wojny światowej, wynikającą z naruszenia zasady zakazu prowadzenia wojny agresywnej, gdyby zasada ta nie była odzwierciedlona w konkretnych aktach prawnych⁵⁰. Trudno również wyobrazić sobie skuteczną realizację zasady samostanowienia narodów bez odnośnych zapisów w Karcie Narodów Zjednoczonych, w Deklaracji zasad pokojowego współistnienia państw, Akcie Końcowym KBWE, a nade wszystko bez tych rezolucji ONZ, które konkretyzując „jednostkę samostanowienia”, czyniły z zasady stanowiącej ochronę ogólną prawo konkretnych narodów do realizacji swoich aspiracji państwowotwórczych. Paradoks prawny polega bowiem na tym, że status zasady prawa międzynarodowego, nieodzwierciedlonej, nie-

rokowania, jako zasad ogólnych prawa międzynarodowego, a także jako postulatów interpretacyjnych pozbawionych charakteru normatywnego.

⁴⁷ T. Jasudowicz, *O zasadach ogólnych...*, op. cit., s. 160, powiada, iż Trybunał tworzy precedens nie tylko samą normę prawną.

⁴⁸ L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 1958, s. 26.

⁴⁹ Naruszenie ogólnej zasady prawa międzynarodowego może być, co prawda, traktowane jako przesłanka odpowiedzialności państwa, jednak dochodzenie tego naruszenia w tym przypadku napotyka na utrudnienia i zdarza się bardzo rzadko, W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, op. cit., s. 589.

⁵⁰ Zawarcie Paktu Kelloga-Brianda oraz innych paktów antywojennych nie zapobiegło co prawda wybuchowi wojny, jako że akty te skażone były brakiem sankcji, niedostateczną precyzją sformułowań, ale ich naruszenie i możliwość powołania się na to naruszenie stworzyło bezprecedensową sytuację prawną, w wyniku której państwo-agresor i jego organy poniosły odpowiedzialność międzynarodową.

potwierdzonej w traktacie, może stać się sporny⁵¹. To samo w praktyce dotyczy może zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane. W odniesieniu do tych ostatnich paradoks jest tym większy, że istotą zasad ogólnych prawa ma być z założenia wypełnianie normatywnej luki powstałej przez absencję normy traktatowej czy zwyczajowej. Zasada ta winna regulować materię nieunormowaną ani przez zwyczaj, ani przez wolę państw wyrażoną w formie traktatowej⁵². Niemożność sankcjonowania norm prawa narodów, przybierających postać zasad prawa międzynarodowego, czy też zasad ogólnych prawa, daje negatorom tegoż prawa asumpt do formułowania sądów, jakoby prawo narodów stanowiło porządek norm li tylko moralnych, nie zaś prawnych. Stąd też praktyka prawa międzynarodowego winna unikać powoływania tych norm postępowania, których charakter prawny jest sporny i które nie znajdują odzwierciedlenia w aktach prawa międzynarodowego, a których naruszenie nie jest sankcjonowane, ani naruszoną normą prawną, ani żadną inną normą prawną.

Dodatkowym mankamentem prawnym, obok braku precyzji w konstrukcji upoważnienia do stosowania przez MTS zasad ogólnych prawa, jest epitet kwalifikujący jako źródło wyrokowania Trybunału tylko te z zasad ogólnych prawa, które są „uznane przez narody cywilizowane”. Formuła ta obok niewątpliwego anachronizmu terminologicznego⁵³, skutkującego podziałem na narody cywilizowane i niecywilizowane, a także pomimo autentycznej niezgodności z celami ONZ⁵⁴, nakazuje rozważyć samą możliwość kwalifikacji danej zasady jako „uznanej” przez społeczność międzynarodową. Są to mankamenty na tyle poważne, iż wątpliwy staje się sam fakt istnienia takich zasad⁵⁵. Doktryna wśród zasad ogólnych prawa najczęściej wymieniała dwie grupy reguł: zasady prawa międzynarodowego oraz zasady wspólne praktyce krajowej państw oraz prawu międzynarodowemu⁵⁶. Zasady prawa międzynarodowego mają jednak zazwy-

⁵¹ To samo dotyczy zwyczajowych norm imperatywnych, które dla swej skuteczności mogą (winny mieć) traktatowe umocowanie, por. C. Mik, *Powszechne uznanie a imperatywne normy praw człowieka*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 9, s. 55, s. 59.

⁵² Por. J. Gilas, *Prawa nabyte w prawie międzynarodowym*, Zeszyty Naukowe UMK 1972, nr 52, s. 27.

⁵³ Cenne konstatacje Jasudowicza, który usiłuje bronić formuły „uznania przez narody cywilizowane” jako właściwej, *O zasadach ogólnych...*, op. cit., s. 145, gdzie autor zwraca uwagę, na fakt przywołania tej formuły w jej „anachronicznym” kształcie w art. 7 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności; autorzy Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich (tekst w: Dz.U. z 29 grudnia 1977 r. Nr 38, poz. 167) posługują się mniej dyskusyjną formułą: „zasady ogólne prawa uznane przez społeczność międzynarodową”, art. 15 tegoż; o powszechnie uznanych zasadach prawa międzynarodowego (ang. *generally recognized principles of international law*) powiada z kolei art. 46 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka (tekst za: O.A.S., Official Records, ser. K/XVI/ I Doc. 65, Rev. I, również *Basic Documents of Human Rights*, Oxford 1971, s. 399-427, Protokół dodatkowy zawierający prawa społeczne i ekonomiczne: O.A.S., Official Records, ser. G/IV/ C-2/787, Rev. 3.), w kontekście wymogu wyczerpania środków prawnych krajowych, jako podstawy uruchomienia postępowania przed Inter-American Court of Human Rights, którego to wymogu źródłem są właśnie te zasady.

⁵⁴ Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe...*, op. cit., s. 92.

⁵⁵ Por. W. Góralczyk, *Prawo międzynarodowe w zarysie*, Warszawa 2001, s. 67.

⁵⁶ J. Gilas, *Zasady ogólne prawa...*, op. cit., przytacza poglądy takich sławjaków jak Azevedo, Fitzmaurice, Lauterpacht, Spender, Nair, jako ekspresję ujęcia zasad ogólnych prawa, jako tych zasad obrotu praw-

czaj swe źródło normatywne w traktacie lub zwyczaju, są zatem źródłami prawa międzynarodowego na mocy art. 38 ust. 1 lit. a lub b. Pojawia się w nauce pogląd (M. Muszkat), iż tylko zasada ogólna prawa odzwierciedlona w zwyczaju⁵⁷ lub w traktacie staje się miarodajnym źródłem prawa międzynarodowego⁵⁸. Powszechne uznanie zasad ogólnych prawa, jako wymóg kwalifikacji tychże do źródeł prawa narodów, koresponduje z rzymskim rozumieniem prawa narodów jako zbioru zasad właśnie: *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*⁵⁹.

Należy dobitnie podkreślić, iż normy prawne dedukowane z zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane są ponad wszelką wątpliwość normami prawa międzynarodowego⁶⁰. Problemem prawnym przy kwalifikacji określonych zasad do źródeł prawa międzynarodowego pozostaje problem uznawania⁶¹ tychże za takie właśnie przez społeczność międzynarodową („narody cywilizowane”, jak chcą autorzy statutu MTS)⁶² Uznanie to ściśle koresponduje z wymogiem, iżby zasada ogólna prawa w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS była wspólna wszystkim systemom prawnym. Należy domniemywać, iż ekspresją uznania międzynarodowego tych zasad jest wielokrotne ich przywoływanie w orzeczeniach sądów międzynarodowych, a także skład Trybunału odzwierciedlający reprezentację różnych porządków prawnych, który miałby ułatwiać docieranie do wspólnego rdzenia systemów prawnych. Fakt zaś, iż są to zazwyczaj wybitni przedstawiciele nauki prawa narodów, wywodzący się jednak z różnych systemów prawa, miałby dawać gwarancję wypracowania takiej formuły zasad ogólnych prawa, która byłaby kompilacją zasad wspólnych porządkom prawnym krajowym i systemowi prawa międzynarodowego. Aby wyjść również naprzeciw powyższemu wymogowi kwalifikacji zasad ogólnych prawa, podług tego po-

nego międzynarodowego, które są wspólne zarówno ustawodawstwu państwowemu jak i praktyce międzynarodowej państw, s. 44; H. Thirlway, *The Law and Procedure...*, op. cit., s. 110, ta sama próba określenia zasad ogólnych, ze szczególnym podkreśleniem specyfiki tychże; W. Góralczyk powiada, pod terminem „zasady ogólne prawa” w myśl art. 38 ust. 1 lit. c należy rozumieć zasady wspólne dla wszystkich systemów prawnych zarówno więc dla prawa wewnętrznego jak i systemu prawa międzynarodowego, W. Góralczyk, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, op. cit., s. 66.

⁵⁷ Ogólne zasady prawa mają to samo źródło co zwyczaj, są bowiem wyrazem zwyczaju, G. Scelle, *Essai sur les sources formelles du droit international*, RCADI 1935, t. IV, s. 429.

⁵⁸ T. Jasudowicz postuluje niezależność, autonomiczność i samoistość zasad ogólnych prawa w stosunku do norm traktatowych i zwyczajowych, *O zasadach ogólnych...*, op. cit., s. 153.

⁵⁹ „(...) to natomiast (prawo), które wrodzony rozsądek ustanowił między ludźmi, jest jednakowo przestrzegane u wszystkich ludów zwie się *ius gentium*, jako prawo, jakim posługują się wszystkie narody” (Gaius), cyt. za W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie...*, op. cit., s. 229.

⁶⁰ Sporny pozostaje natomiast charakter tych norm jako ewentualnych norm imperatywnych, Ehrlich, *Prawo narodów*, op. cit., s. 17.

⁶¹ „(...) nie jest to powszechne uznanie, czy przyjęcie zasad ogólnych prawa w sensie typowym dla nadawania mocy wiążącej normom traktatowym, czy zwyczajowym”, T. Jasudowicz, *O zasadach ogólnych*, op. cit., s. 151 i n. i dalej: „(...) chodzi o mniejszą lub większą powszechność takich zasad w systemie prawa i praktyce różnych państw”, wraz z ewentualnym podkreśleniem – jak spotykamy u Nahlka – że mają to być „zasady wspólne wszystkim grupom państw”.

⁶² W orzeczeniach Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości omijana jest zresztą formuła statutowa „narody cywilizowane”, Gilas, *Zasady ogólne prawa...*, op. cit., s. 43.

dwójnego kryterium, należałoby analizować tylko te z orzeczeń sądów międzynarodowych, które stwarzają możliwość ich zastosowania również poza stronami postępowania sądowego⁶³. Nie ulega wówczas wątpliwości, iż zasadami ogólnymi prawa w myśl art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS są tylko te z zasad, które tworzą precedens, tzn. na które można się powołać również w postępowaniach innych niż przedmiotowe. Zasad tak rozumianych nie będą więc zawierać orzeczenia sądów międzynarodowych wydawane *ex aequo et bono*⁶⁴. Dodatkowym walorem przytaczania orzeczeń Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej (STSM) oraz MTS, zawierających zasady ogólne prawa, jest fakt, iż stanowią one podwójne źródło prawa międzynarodowego: na mocy art. 38 ust. 1 lit. c jako zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane oraz na mocy art. 38.1.d., jako subsydiarne źródło wyrokowania. Jakkolwiek formuła uznania przez narody cywilizowane brzmi anachronicznie, to jednak samo powszechne uznanie jest aktem doniosłej wagi, trudno bowiem nie zgodzić się z poglądem, że zasada ogólna prawa zyskuje moc wiążącą dopiero, gdy zostanie powszechnie uznana⁶⁵. Nie samo więc powołanie danej zasady ogólnej przez MTS, ale jej powszechne uznanie, determinuje charakter prawny zasady ogólnej prawa. O ile więc MTS wypełnia daną zasadę treścią, decydując przy tym o jej powołaniu do rozpoznania sporu, o tyle społeczność międzynarodowa ogranicza MTS w tym sensie, że powszechne uznanie tej zasady warunkuje dopiero samą możliwość jej powołania.

Nie ulega wątpliwości, że w obecnym kształcie statut MTS zawiera katalog powszechnie obowiązujących źródeł prawa międzynarodowego. Jakkolwiek wokół zasad ogólnych prawa jako źródeł prawa międzynarodowego trwała w nauce wielopoziomowa polemika, należy uznać zasady ogólne prawa za wprowadzicie ograniczone, ale jednak samoistne źródło prawa międzynarodowego. Pozycja źródeł wyrokowania statutu STSM w stosunku do MTS została znacznie wzmocniona, a to za przyczyną art. 92 Karty Narodów Zjednoczonych, na mocy którego statut MTS stał się jej integralną częścią. Na mocy więc zapisów art. 103 KNZ normy zawarte w tym akcie, a więc także i statut MTS, mają pierwszeństwo

⁶³ Kwestia precedensowego charakteru zasad ogólnych budzi do dzisiaj uzasadnione spory; możliwość precedensowego ujmowania „zasad i reguł” samego prawa międzynarodowego otwiera natomiast art. 21 pkt 2 Międzynarodowego Trybunału Karnego, co zostało w niniejszej pracy zaznaczone.

⁶⁴ Art. 59 statutu Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej formułował zasadę, przyjętą przez orzecznictwo międzynarodowe, przewidującą, że orzeczenie sądu ma moc obowiązującą tylko między stronami i w stosunku do tego przypadku; jest to zasada ogólna, należy jednak przyjąć, iż statut dopuszczał istnienie takich orzeczeń, których moc obowiązująca wykraczała znacznie poza strony postępowania oraz przedmiot sporu, wszelako pod warunkiem, iż zasada formułowana przez takie orzeczenie znajdowała uznanie państw cywilizowanych; taką możliwość otwierają wszak zapisy art. 38 statutu STSM; same zaś orzeczenia wydawane na podstawie zasad słuszności i sprawiedliwości są pozostałością praktyki utrwalonej przez XII Konwencję Haską z 1907 r., która porządkowała źródła orzecznicze w ten sposób, iż podstawowymi czyniła zapisy traktatowe, wobec ich braku sąd stosował reguły ogólne prawa międzynarodowego, wobec zaś braku takowych sąd orzekał *ex aequo et bono*, przy czym te ostatnie orzeczenia z zasady nie tworzyły precedensów, obowiązywały li tylko między stronami i w odnośnych wypadkach.

⁶⁵ Cenny pogląd J. Sozańskiego, *Powstawanie i charakter ogólnych zasad prawa oraz ich rola w prawie międzynarodowym publicznym...*, op. cit., s. 146.

przed innymi zobowiązaniami międzynarodowymi państw. Biorąc także pod uwagę fakt, iż zapisy KNZ wiążą również te państwa, które nią są członkami ONZ, wzmocniło to znacząco charakter źródeł prawa międzynarodowego, wyszczególnionych w statucie. Jeśli nawet charakter prawny zawartych w tym artykule norm, stanowiących potencjalny katalog źródeł prawa międzynarodowego w odniesieniu do działalności STSM, jest sporny, to art. 38 w odniesieniu do prac MTS, poprzez fakt odczytywania go przez pryzmat normy zawartej w art. 103 KNZ, jest bezsporny. Oznacza to, iż sam status zasad ogólnych prawa jest odmienny pod rządami statutu STSM oraz MTS.

Nie niweluje to zasadniczych wątpliwości co do precyzji sformułowań zawartych w tym artykule, nakazuje jednak wnioskować, iż **jeśli zasady ogólne prawa w myśl tego artykułu są źródłem prawa międzynarodowego, jest to zasługą włączenia statutu dawnego STSM do najważniejszego aktu prawa międzynarodowego, jakim niewątpliwie jest KNZ**⁶⁶. Status samych zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane uległ znacznemu wzmocnieniu przez włączenie statutu STSM do KNZ, na tyle, iż uprawnione byłoby rozpoznawanie tych zasad jako samoistnych źródeł prawa, jednakże nadal w gestii sądu pozostawało określanie praw i obowiązków nałożonych na użytkowników tych zasad, jako norm prawnych. Obrona statusu zasad ogólnych prawa w myśl art. 38 ust. 1 lit. c statutu STSM i MTS, jako samoistnego źródła prawa międzynarodowego, napotyka jednak na pewne trudności. Podstawowym weryfikatorem, czy dana norma jest normą prawa międzynarodowego, zdaje się być odpowiedź na pytanie: czy naruszenie tej normy jest naruszeniem prawa międzynarodowego i jako takie implikuje odpowiedzialność państwa? Czy zasady ogólne prawa, jako samoistne źródło prawa międzynarodowego, mogą być powoływane jako takie poza postępowaniem przed MTS? Brak przymusu sądowego oraz brak organu, który kontrolowałby, niejako z urzędu, przestrzeganie prawa narodów, dodatkowo osłabia charakter zasad ogólnych prawa jako samoistnych źródeł prawa narodów, uzależniając ich moc od woli powołania ich przez sądy międzynarodowe. Te ostatnie decydują o tym, jakie zasady ogólne powołują, jaką treść mają normy z nich dedukowane, które z nich tworzą precedensy, które i w jaki sposób odnoszą się do obecnych tendencji prawa narodów. Jeśli więc zasady ogólne prawa wypełniają lukę w powszechnym prawie międzynarodowym, niwelując brak unormowań traktatowych lub norm zwyczajowych, ich znaczenie jest całkowicie uzależnione od powołania ich przez sąd międzynarodowy, na skutek wniesienia przez stronę skargi, stąd teza o tym, że zasady ogólne prawa, jakkolwiek stanowiące źródło prawa międzynarodowego, są nim w ograniczonym zakresie⁶⁷. Na marginesie, gdyby koncepcja zasad ogólnych prawa jako samoistnego źródła prawa okazała się w pełni zasadna, autorzy statutu MTK skorzystaliby z niej w takim właśnie kształcie. Natomiast podmiot prawotwórczy statutu zdaje się

⁶⁶ Por. S. Nahlik, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, op. cit., s. 373.

⁶⁷ M. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, op. cit., s. 83.

jednak przejmować koncepcję zasad ogólnych prawa w jej zreformowanej postaci, w tym jako subsydiarnego źródła orzeczniczego.

Także interpretacja zasad ogólnych prawa, a są to zazwyczaj normy niepisane, należy wyłącznie do sądu. To skłania do wyartykułowania wniosku, iż zasady ogólne prawa tworzą międzynarodowe prawo sądowe, czy też raczej sędziowskie. Wypada również skonstatować, iż jeśli nawet obecne pojmowanie zasad ogólnych prawa sytuuje je w obszarze niezależnym od innych źródeł prawa międzynarodowego, „nie znaczy to, iżby były one z substancji tych źródeł całkowicie wyobcowane czy hermetycznie oddzielone. Systematykę źródeł prawa narodów należy postrzegać w ich wzajemnym współgraniu i wzajemnym jakby wspieraniu”⁶⁸.

Budzi więc uzasadnione wątpliwości, czy powoływane przez MTS zasady ogólne prawa wiążą podmioty inne niż strony sporu, np. społeczność międzynarodową – pojawił się nawet w nauce słabo uargumentowany pogląd, jakoby zasady ogólne prawa miały charakter zobowiązań *erga omnes*⁶⁹. Nadal nie rozstrzygnięta pozostaje więc kwestia, czy fakt powoływania określonej zasady ogólnej prawa przez MTS oznacza automatycznie możliwość jej powoływania w każdym innym przypadku, gdy zachodzi jej naruszenie. Zasady te powołuje MTS, tylko więc sam Trybunał określonym wyrokiem stwierdza zasadność powoływania się przez stronę na naruszenie określonej zasady.

3. Uwagi końcowe

Najczęściej termin „ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane” obejmował w nauce prawa międzynarodowego dwie kategorie zasad: zasady prawa międzynarodowego oraz zasady możliwe do zastosowania w prawie międzynarodowym, a wywiedzione z systemów prawa krajowego wiodących państw świata. Obecnie należy przyjąć, że zasady prawa międzynarodowego zyskują swą moc prawną w drodze zwyczaju lub kodyfikacji traktatowej, nie zaś na podstawie treści art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS, mając też zupełnie odmienny charakter i funkcję niż zasada ogólna prawa. Już nawet literalna wykładnia powyższego przepisu nakazuje odrzucić tezę o tożsamości zasad prawa międzynarodowego i zasad ogólnych prawa. Powyższy problem z zakresami nazw tych trzech grup norm – „zasady prawa międzynarodowego”, „zasady ogólne prawa”, „zasady ogólne prawa międzynarodowego”, nie pojawiłby się, gdyby podmiot prawotwórczy statutu MTS określił wyraźnie pozycję zasad prawa międzynarodowego jako źródła tegoż prawa. Wówczas to mielibyśmy do czynienia z zasadami prawa międzynarodowego oraz zasadami ogólnymi prawa, uznanymi przez narody cywilizowane, jako osobnymi i bezsprzecznymi źródłami prawa międzynarodowego. Stało się inaczej, a art. 38 ust. 1 lit. c stanowił pole do udowodnienia istnienia w prawie międzynarodowym różnych kategorii norm, doprowadzając do mieszania zakresów różnych zasad. Sam problem zaś z określeniem pozycji nor-

⁶⁸ T. Jasudowicz, *O zasadach ogólnych...*, op. cit., s. 153.

⁶⁹ Basedevant, *Règles générales du droit de paix*, RCADI 1936, t. IV, s. 501.

matywnej zasad prawa międzynarodowego również w relacji do zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane dotyka materii dla prawa narodów podstawowej, a mianowicie: czy naruszenie zasady prawa międzynarodowego, wobec nieumieszczenia ich *expressis verbis* w katalogu źródeł prawa międzynarodowego (art. 38 ust. 1 lit. a-d statutu MTS), przy jednoczesnym umieszczeniu zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane art. 38 ust. 1 lit. c, skutkować może odpowiedzialnością międzynarodową państw?⁷⁰ A może charakter prawny zasady prawa międzynarodowego miałby zależeć od kryterium formalnoprawnego, tzn. od charakteru prawnego aktu, w którym dana zasada została wyartykułowana? Wówczas, czy istnieją akty posługujące się precyzyjną i spójną definicją poszczególnych zasad prawa międzynarodowego. Do dziś bowiem ani orzecznictwo, ani doktryna nie poczyniły wiążącego ustalenia, czy zasady prawa międzynarodowego mogą być kwalifikowane jako źródła prawa narodów na mocy art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS, choć przeważa pogląd – z którym należy się zgodzić – o zwyczajowym charakterze nabywania mocy prawnej przez zasady prawa międzynarodowego. Warto także rozważyć pogląd autora niniejszego artykułu [JMP], że zasady ogólne prawa międzynarodowego nie stanowią kategorii źródeł prawa międzynarodowego, przesądzają natomiast o hierarchii norm w systemie całego prawa międzynarodowego.

Zbiorcze grupowanie zasad ogólnych prawa oraz zasad prawa międzynarodowego napotyka na jeszcze jeden problem. Przeważająca część zasad prawa międzynarodowego ma charakter samoistny i niezależny od zasad prawa krajowego i nie wywodzi swego bytu prawnego z systemu prawa wewnętrznego, ale wynika wprost ze specyfiki prawa międzynarodowego. Pojawia się również w nauce pogląd, iż jako zasady ogólne prawa w myśl art. 38 ust. 1 lit. c mogą być kwalifikowane tylko te z norm prawnych, które nadają się do zastosowania w sytuacjach nieobjętych jeszcze dotychczasową praktyką ich stosowania⁷¹, a za takie trudno byłoby uznać zasady prawa międzynarodowego czy też zasady ogólne prawa międzynarodowego.

Należy dodać, iż obecny projekt Konwencji o odpowiedzialności międzynarodowej państw, określając pojęcie naruszenia zobowiązania międzynarodowego, nie różnicuje źródeł prawa międzynarodowego (art. 12): *There is the breach of an International obligation by a State is not conformity with what is required of it by obligation, regardless of its origin or character*⁷². Autorzy *Draft articles* nie posługują się więc formułą źródeł prawa narodów zawartą w art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS, choć cytowany powyżej dokument, jako li tylko projekt, nie stanowi jeszcze normy prawnej.

Teorie prawa natury podejmujące się definiowania zasad ogólnych prawa kładły nacisk na możliwość oparcia ich na ocenach wyrażających pewne warto-

⁷⁰ Zob. przyp. 37.

⁷¹ S. Nahlik, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, op. cit., s. 386.

⁷² Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, extract from the Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty – sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), IV. E.1.

ści absolutne lub też na zaleceniach typu prakseologicznego, co z kolei miałyby oznaczać, iż przyjęcie tego rodzaju zasad jest elementem koniecznym dla wszelkiego myślenia prawniczego, a także to, iż bez tak skonstruowanych zasad system prawny nie mógłby funkcjonować. Nurt prawnoporównawczy hołdował z kolei takiemu ujmowaniu zasad ogólnych, którego konsekwencją jest nacisk położony na to, iżby zasada ogólna prawa znajdowała przejaw we wszystkich lub nawet niemal wszystkich systemach prawa wewnętrznego.

Jeśli więc zasadą ogólną prawa uznaną przez narody cywilizowane jest norma, która możliwa jest do zastosowania w prawie narodów, a wywiedziona jest z krajowych porządków prawnych państw, tedy należy zauważyć, że konstrukcja ta wykazuje silną podatność na konstatacje prawnoporównawcze.

Z kolei zasady ogólne prawa międzynarodowego, konstytuujące byt całego prawa narodów, stanowią najbardziej swoisty twór normatywny tego systemu, charakteryzują i wyznaczają aksjologię tego systemu prawa, różnego od prawa wewnętrznego państw tak dalece, iż możliwa jest jednoznaczna konstatacja o nieprzenikaniu się zakresów nazw: „zasada ogólna prawa uznana przez narody cywilizowane” i „zasada ogólna prawa międzynarodowego.” Doniosłość wypracowania koncepcji zasad ogólnych prawa międzynarodowego jest na tyle wielka, iż uprawniony jest pogląd, że dopiero wraz z ich pojawieniem się możemy mówić o powstaniu systemu prawa międzynarodowego⁷³.

Także spekulacje na temat obowiązywania w prawie narodów i prawie krajowym zasady dobrej wiary oraz zasady *pacta sunt servanda*, jako dowodu, iż normy te stanowią zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane, są o tyle bezzasadne, iż w obu systemach prawa zasady te mają inny zakres i inną treść. Dodatkowym argumentem za uznaniem, że zasada dobrej wiary, a także zasada *pacta sunt servanda* nie stanowią zasad ogólnych prawa w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. c, jest okoliczność, że nie muszą być one powoływane przez MTS jako zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane, gdyż stanowią immanentną część i fundament prawa narodów, a istnienie MTS jest również konsekwencją ich istnienia i ich normatywnej mocy⁷⁴. Jakkolwiek więc zasada dobrej wiary i zasada *pacta sunt servanda* czerpią swój byt z rzymskiego prawa kontraktów, należy zauważyć, że obecnie mają one charakter konstytucyjnych zasad prawa międzynarodowego, stanowiąc podstawowy komponent powszechnego prawa międzynarodowego, również pozytywnego.

Można więc podsumować:

- 1) „zasadą ogólną prawa międzynarodowego” jest naczelna zasada prawa narodów, stanowiąca aksjologiczny wyznacznik różnych gałęzi tego prawa, a także prawa narodów jako całości, odzwierciedlona w Karcie Narodów Zjednoczonych, Deklaracji zasad prawa międzynarodowego oraz Akcie Końcowym KBWE, stanowiąca emanację istoty prawa międzynarodowego

⁷³ I. Łukaszuk, *Charakter podstawowych zasad...*, op. cit., s. 119.

⁷⁴ Utożsamieniu zasad ogólnych w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS z zasadami ogólnymi samego prawa międzynarodowego stanowczo sprzeciwiają się: A. Wyrozumska, W. Czapliński, *Prawo międzynarodopubliczne*, op. cit., s. 119.

- i podstawowy wyznacznik jego spójności oraz hierarchizująca normy systemu prawa międzynarodowego;
- 2) „zasadą prawa międzynarodowego” jest norma prawa narodów fundamentalna dla poszczególnych gałęzi tego prawa, znajdująca dla swej skuteczności oparcie w traktacie lub mająca pochodzenie zwyczajowe;
 - 3) „zasadą ogólną prawa uznaną przez narody cywilizowane” jest norma wspólna dla różnych systemów prawnych, a poprzez możliwość zastosowania jej w prawie narodów oraz uznanie „państw cywilizowanych” stanowiąca źródło tego prawa.

III. ZASADY OGÓLNE PRAWA W MYŚL ART. 21 UST. 1 LIT. C A ZASADY PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO, ZASADY OGÓLNE PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO, ZASADY OGÓLNE PRAWA UZNANE PRZEZ NARODY CYWILIZOWANE

1. Zagadnienia podstawowe

Niewątpliwie zasady ogólne prawa w myśl art. 21 ust. 1 lit. c statutu MTK nie stanowią zasad prawa międzynarodowego, tym bardziej zaś zasad ogólnych tego prawa. Oczywiście przeszkodami w takim ich ujmowaniu są następujące przesłanki:

- 1) zasady prawa międzynarodowego oraz zasady ogólne prawa wymienione są w różnych punktach art. 21 ust. 1 lit. b i c;
- 2) jak stanowi art. 21 ust. 1 lit. c MTK może powołać zasady ogólne prawa, o ile te „nie są niezgodne z niniejszym statutem, prawem międzynarodowym i uznanymi przez społeczność międzynarodową normami i standardami”, a wszak trudno sobie wyobrazić sytuację, by zasady prawa międzynarodowego miały być niezgodne z prawem międzynarodowym, którego są częścią;
- 3) doświadczenia doktryny prawa narodów z tzw. zasadami ogólnymi prawa uznanymi przez narody cywilizowane nakazują odrzucić tezę o tożsamości zasad prawa międzynarodowego oraz zasad ogólnych prawa.

Punkt 2 powyższego wyszczególnienia zwraca jednak uwagę na doniosłą rolę samego statutu MTK, który staje się weryfikatorem mocy wiążącej danej zasady powoływanej w danym postępowaniu, nie zaś li tylko zbiorem przepisów techniczno-organizacyjnych organu międzynarodowego⁷⁵.

Statut MTS z kolei, po włączeniu go do Karty Narodów Zjednoczonych, stał się zespołem podstawowych norm prawa narodów, w tym określających katalog źródeł samego prawa narodów (nie tylko źródeł wyrokowania MTS), statut rzymski MTK zaś można uznać za „międzynarodowy kodeks karny”⁷⁶.

⁷⁵ Taką rolę zdaje się pełnić Regulamin MTK, o którym mowa w art. 52 Statutu Rzymskiego.

⁷⁶ O potrzebie ustanowienia takiego międzynarodowego kodeksu karnego, a przynajmniej opracowania jego części ogólnej, patrz M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny: podstawowe zasady kompetencyjne, organizacyjne i dowodowe*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 12, s. 26.

Zasady ogólne prawa w myśl art. 21 ust. 1 lit. c statutu MTK wykazują pewne cechy wspólne z zasadami wyszczególnionymi w art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS:

- 1) obie grupy zasad wywodzą się z porządków prawa wewnętrznego, choć MTK dysponuje wyraźną kompetencją do powoływania norm prawa krajowego;
- 2) obie grupy zasad w celu przydatności i możliwości powołania w postępowaniu sądowym winny być „wyinterpretowywane” z systemów prawnych różnych państw świata, choć statut MTK wyraźnie określa ten zespół czynności wstępnych, jakim Trybunał winien poddać normy prawa krajowego⁷⁷;
- 3) obie grupy zasad pochodzą ze statutów międzynarodowych trybunałów;
- 4) obie grupy zasad z założenia mają wypełnić normatywną lukę wytworzoną przez klasyczne zwyczajowo-traktatowe prawo narodów;
- 5) obie grupy zasad wykazują podobieństwo nominalne;
- 6) obie grupy zasad są próbą implementacji do prawa międzynarodowego norm spoza systemu prawa międzynarodowego.

Podstawowe różnice zaś w ujmowaniu obu grup zasad ogólnych zostaną omówione poniżej.

Zasady ogólne prawa w świetle statutu MTS dla możliwości powołania ich w postępowaniu sądowym winny legitymować się cechą „uznania przez narody cywilizowane”. Należy z całą mocą podkreślić, iż MTS nigdy nie sugerował, iż chodzi tutaj o „powszechne uznanie czy przyjęcie zasad ogólnych prawa w sensie typowym dla nadawania mocy wiążącej normom traktatowym czy zwyczajowym”⁷⁸. Bardziej „chodzi o mniejszą lub większą powszechność takich zasad w systemie prawa i praktyce różnych państw, wraz z ewentualnym podkreśleniem – jak spotykamy u Nahlika – że mają to być „zasady wspólne wszystkim grupom państw”⁷⁹. Najbardziej restrykcyjny pogląd w zakresie powszechności uznania zasad ogólnych wyraża W. Góralczyk, który powiada, iż zasada ogólna prawa w myśl art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS winna być wspólna **wszystkim**⁸⁰ systemom prawnym, co oznacza z kolei konieczność badania, czy dana zasada wspólna jest tak porządkom prawnym wewnętrznym, jak i systemowi prawa międzynarodowego. Należy więc uznać, iż zwrot „wszystkie” trzeba interpretować jako pewną całość względną, nie zaś absolutną, wszak wymóg całości absolutnej zahamowałby całkowicie rozwój prawa międzynarodowego. Stąd C. Berezowski powiada o większości państw, a C. Mik, wbrew zresztą opinii większości badaczy i redakcji powoływanego artykułu statutowego, powiada, dokonując analogii między zasadami ogólnymi prawa w myśl art. 38 ust. 1 lit. c a zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego, iż wystarczy, aby dana zasada była wspólna systemom prawnym dwóch państw dla uznania jej za zasadę ogólną prawa⁸¹.

⁷⁷ Patrz dedukcyjno-indukcyjny system wnioskowań Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w części niniejszej pracy poświęconej zasadom ogólnym prawa wspólnotowego.

⁷⁸ T. Jasudowicz, *O zasadach ogólnych...*, op. cit., s. 151 i n.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Patrz uwagi Góralczyka – przyp. 56.

⁸¹ Pogląd C. Mika (*Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2000, s. 515) zasługuje na odrzucenie; tamże również autor dokonuje zaskakującego utożsamienia

Wynika z powyższego, iż „uznanie” danej zasady przez „narody cywilizowane”, jakkolwiek rozumiane, stanowi *conditio sine qua non* ujmowania danej zasady prawa za ogólną zasadę prawa w myśl statutu MTS.

Art. 21 ust. 1 lit. c statutu MTK wymienia z kolei „ogólne zasady prawa wyinterpretowane przez Trybunał z praw krajowych różnych systemów prawa”, nie stawiając przy tym wymogu, iżby zasady te były uznane przez narody cywilizowane albo przez większość państw (nawet względną) albo „uznane przez społeczność międzynarodową”, a terminami tymi posługuje się w tym samym artykule w odniesieniu do: zasad międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych (ust. 1 lit. b), praw człowieka (ust. 3), norm i standardów (ust. 2 lit. c). Wynika z powyższego w sposób jednoznaczny, iż intencją autorów Statutu Rzymskiego nie była konieczność powszechnego uznania za warunek powołania zasady ogólnej w postępowaniu sądowym. Literalna wykładnia niniejszego ustępu art. 21 nie wyklucza także możliwości powołania zasady ogólnej prawa pochodzącej z porządku prawnego jednego z państw. Ponad wszelką jednak wątpliwość zasady ogólne prawa w rozumieniu art. 21 ust. 1 lit. c nie muszą być dla swej skuteczności wspólne wszystkim systemom prawa.

Rozważania o prawnomiędzynarodowych aspektach źródeł wyrokowania MTK nie mogą być przeprowadzane w całkowitym oderwaniu od specyfiki postępowania mającego toczyć się przed MTK. Postępowanie to, chociaż konstruowane przez normy prawa narodów, od strony przedmiotowej stanowi proces karny, mający na celu sądenie zbrodni rangi międzynarodowej (termin statutowy). Zbrodni, które mają miejsce w określonym czasie i w określonym miejscu, a porządki prawne krajowe (czy szerzej systemy prawa)⁸² cechuje różnorodność stanowiąca pochodną specyfiki tych państw. W konkretnych przypadkach może wszak zaistnieć żywotna potrzeba powoływania norm prawa krajowego, bez których opis popełnionej zbrodni może być niepełny.

zasad ogólnych prawa międzynarodowego z zasadami ogólnymi prawa; Klafkowski do zasad ogólnych prawa narodów zalicza te wynikające z KNZ oraz tzw. zasady pokojowego współistnienia, *Encyklopedia...*, op. cit.; nie blokuje to żadnej ogólnej zasadzie prawa drogi do uznania jej za zasadę ogólną samego prawa międzynarodowego, wątpliwy jest pogląd o kwalifikacji zasad ogólnych prawa, jako grupy, do zasad ogólnych samego prawa międzynarodowego; akceptacja poglądu Mika prowadzić by mogła do wniosku, iż zasadą ogólną prawa międzynarodowego mogłaby być zasada wspólna systemom prawnym np. dwu państw, z czym należy się nie zgodzić; wymóg uznania danej zasady przez wszystkie „narody cywilizowane” w sposób nieuchronny może zablokować z kolei rozwój prawa międzynarodowego; w prawie tym pojawiają się tendencje do regionalizacji zasad ogólnych prawa, czego wyrazem może być art. 61 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev.5, 21 ILM.58 (1982), który wśród subsydiarnych źródeł inspiracji Afrykańskiej Komisji Praw Człowieka (obecnie Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka) przy podejmowaniu rozstrzygnięć wymienia ogólne zasady prawa uznane przez państwa afrykańskie, bez wyjaśnienia, czy muszą być one częścią powszechnego prawa międzynarodowego, na co mógłby wskazywać epitet „general” (od *general International law*, bądź jako wyraz ich ogólności); patrz także o zasadach ogólnych prawa uznanych przez grupę państw amerykańskich, Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe...*, op. cit., s. 31.

⁸² Niewykluczone, iż chodzi tu o system prawa anglosaskiego czy np. prawo SharLahu; prawo narodów zna również konstrukcję zasad ogólnych prawa uznanych przez państwa danego kontynentu, patrz przyp. 81.

Zgodnie z przesłankami *ratione personae*, przed Trybunałem mogą być postawione jedynie osoby fizyczne (domniemani zbrodniarze), a więc jednostki, których status prawny w sposób oczywisty kształtowany jest przez normy prawa krajowego. W trakcie trwania procesu może zaistnieć potrzeba powołania norm prawa krajowego, a art. 21 ust. 1 lit. c został skonstruowany w taki, a nie inny sposób ze względów praktycznych.

Zasadami powoływanymi przez Trybunał na mocy powyższego artykułu nie będą natomiast ogólne zasady samego prawa karnego, porządku prawnego państwowe posługują się w tej materii tożsamymi normami, byłby to więc zabieg zbędny, a zresztą podstawowe z tych zasad zostały *expressis verbis* wyartykułowane w tekście statutu⁸³.

O ile też zasady ogólne prawa w myśl art. 21 ust. 1 lit. c nie muszą być uznane przez społeczność międzynarodową, o tyle nie mogą być niezgodne z niniejszym statutem, prawem międzynarodowym i uznanymi przez społeczność międzynarodową normami i standardami, a sam Trybunał będzie powoływał te zasady, które okażą się najbardziej przydatne do osądzenia danej zbrodni.

Należy więc podsumować, iż zasady ogólne prawa w myśl art. 21 ust. 1 lit. c statutu MTK mają otworzyć Trybunałowi drogę do stosowania prawa krajowego⁸⁴, co nie przedstawiało się tak jednoznacznie w statucie MTS. Poglębiona analiza natury zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane nakazuje upatrywać w ich powoływaniu i konstrukcji prawnej celu zbliżonego do ujawnionego powyżej przy okazji zasad ujętych w Statucie Rzymskim, jakkolwiek zasady ogólne w myśl art. 21 ust. 1 lit. c tego statutu nie muszą być uznane przez narody cywilizowane, autorzy statutu zaś wyraźnie wskazują krajowe pochodzenie tych zasad ogólnych. Jedynym wymogiem odnośnie do powoływania tych zasad jest ich zgodność ze statutem i prawem międzynarodowym⁸⁵ oraz brak podstawowych źródeł wyrokowania (art. 21 ust. 1 lit. a i b).

W przeciwieństwie do zasad ogólnych uznanych przez narody cywilizowane, zasady ogólne prawa w myśl art. 21 ust. 1 lit. c Statutu Rzymskiego stanowią pomocnicze źródło wyrokowania i mogą być powoływane tylko w razie braku wśród źródeł wymienionych w lit. a i b norm nadających się do zastosowania w przedmiotowej sprawie.

Sam też art. 38 ust. 1 lit. c MTS stanowi dziś powszechnie obowiązujący (choć nie wolny od błędów i zastrzeżeń) katalog źródeł prawa międzynarodowego, Statut Rzymski zaś w art. 21 „Prawo właściwe” wyszczególnia jedynie źródła wyrokowania konkretnego trybunału. Należy jednak pamiętać, iż jest to trybu-

⁸³ Zob. choćby cz. III statutu MTK, gdzie wymienione są zasady: *nullum crimen sine leg, nulla poena sine lege*, zasada (non)retroaktywności *ratione personae*.

⁸⁴ M. Plachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, op. cit., t. I, s. 541; statut MTK konstruuje zresztą na tyle specyficzną relację między jurysdykcją karną międzynarodową a krajową, iż pojawił się w nauce niebezpieczny zresztą pogląd, iż statut stanowi „przedłużenie władzy jurysdykcyjnej krajowej”, *ibidem*, s. 112.

⁸⁵ Normy i standardy uznane przez społeczność międzynarodową (ang. *internationally recognized norms and standards*) są według autora niniejszej rozprawy składową prawą narodów, ich powtarzanie obok prawa międzynarodowego należy uznać za zbędną tautologię.

nał międzynarodowy, a źródła jego wyrokowania (zależnie od utrwalonej praktyki) mogą się stać źródłami prawa międzynarodowego, tak jak to miało miejsce w przypadku MTS, tym bardziej iż zasadnicze elementy obu katalogów (traktat)⁸⁶ są zbieżne. Wychodząc naprzeciw zarzutom, iż statut MTS nie może być powszechnie obowiązującym katalogiem źródeł prawa narodów, gdyż zawiera jedynie katalog źródeł wyrokowania, autorzy statutu MTK uczynili zapisy samego statutu jednym ze źródeł prawa właściwego, co sytuuje ten dokument wyżej niż pierwszy statut Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej i może skutkować doniosłymi konsekwencjami prawnymi. Nie należy wszakże wykluczać, iż niektóre z obecnych źródeł wyrokowania MTK staną się kiedyś źródłami powszechnego prawa międzynarodowego. Umieszczenie statutu (na równi z tzw. elementami definicji zbrodni oraz regułami procesowymi i dowodowymi) ma w sposób szczególny podkreślić jego moc jako **podstawowego** źródła wyrokowania Trybunału, wszak MTK na mocy art. 21 ust. 1 lit. b i tak mógłby stosować jego zapisy, dlatego iż stanowi on traktat prawa narodów⁸⁷ oraz niewątpliwie jest „odpowiednim traktatem” (czyt. odpowiednio stosowanym) w myśl tego artykułu. Jednakże czym innym jest możliwość powoływania danej normy wobec nieistnienia innych odpowiednich norm, czym innym zaś obowiązek uwzględniania danej normy (statutowej, traktatowej) w pierwszej kolejności, tj. przed innymi źródłami prawa. O ile więc statut MTK nie hierarchizuje źródeł wyrokowania zawartych w art. 21 ust. 1 lit. a, o tyle przy ewentualnej kolizji norm tam zawartych zapisy statutowe mają pierwszeństwo⁸⁸.

Ewentualny wpływ Statutu Rzymskiego na rozwój prawa narodów może wynikać z faktu, iż traktat ów po raz pierwszy w historii sądownictwa międzynarodowego zawiera wyraźną normę uprawniającą sąd międzynarodowy do tworzenia i uwzględniania precedensów prawotwórczych (art. 21 ust. 2), choć przedstawiciele doktryny powiadają ostrożnie o „łagodnym podejściu do problemu precedensu”⁸⁹. Jednak i ten zapis statutowy może budzić pewne wątpliwości. Art. 21 ust. 2 powiada mianowicie, iż Trybunał „może” stosować i interpretować reguły i zasady zgodnie z ich interpretacją zawartą w poprzednich orzeczeniach, sam zaś precedens prawotwórczy zdaje się być bardziej obowiązkiem organu niż jego uprawnieniem. Jeśli tworzenie precedensów i ich uwzględnianie jest jedynie uprawnieniem organu, może to skłonić do paradoksalnego wniosku, iż nie jest on wiązany treścią norm przez siebie tworzonych i następnie interpretowanych. W przedmiotowej sprawie mogłoby to oznaczać, iż Międzynarodowego

⁸⁶ Wśród źródeł wyrokowania MTK nie znajduje się zwyczaj, podstawowe źródło orzekania MTS, stanowiące „dowód powszechnej praktyki państw”; przyczyną tej nieobecności może być okoliczność, iż w zakresie prawa karnego międzynarodowego większość norm zwyczajowych przybrało postać zasad lub obłożono je w formę traktatową lub stanowią wprost normy krajowych kodeksów karnych; choć ze swej zasady błędne zdaje się wykluczenie możliwości pojawienia się takiego zwyczaju w przyszłości; o zwyczajowym pochodzeniu reguł prawa międzynarodowego w myśl art. 21 ust. 1 lit. b, M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, op. cit., s. 543.

⁸⁷ Jest to jednak traktat swoisty, zob. M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, op. cit., s. 111–112; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, op. cit., s. 471.

⁸⁸ M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, op. cit., s. 542.

⁸⁹ Ibidem, s. 541.

Trybunału Karnego nie wiążą jego własne interpretacje treści zasad i reguł prawa narodów, odniesione do podobnych przypadków, a byłaby to konkluzja niedorzeczna. Jest oczywiste, iż tak specyficzne normatywnie twory jak zasady winny być konkretyzowane w procesie sądowej dedukcji, jednak nie może to oznaczać, iż treść tych norm prawnych w odniesieniu do podobnych przedmiotowo przypadków może być odmienna.

Nie jest też jasne, czy: „reguły i zasady” mające stanowić przedmiot działania prawotwórczego, to zasady i reguły prawa międzynarodowego w myśl art. 21 ust. 1 lit. b, czy także ogólne zasady prawa lit. c. Istotą tworzenia prawa za pomocą precedensów (zwanych dlatego „prawotwórczymi”) jest wszakże „wypracowywanie powszechnej normy”⁹⁰, co następuje przy okazji rozstrzygania konkretnej sprawy. Jeśli więc przedmiotem precedensu miałyby być zasady i reguły prawa międzynarodowego, to należy w nich raczej upatrywać źródeł prawa powszechnie obowiązującego i wówczas to normy prawne obowiązujące nie musiałyby nabywać mocy wiążącej w drodze precedensu prawotwórczego. Wówczas istocie precedensu bardziej odpowiadałyby zasady ogólne prawa, niebędące wcześniej normami powszechnie obowiązującymi, jedynie normami prawa krajowego różnych systemów prawnych świata, które dzięki precedensowi, czyli powołaniu ich przez organ (w tym wypadku sądowy), stawałyby się normami obowiązującymi w pierwszej kolejności dla MTK, dalej dla państw-stron Statutu Rzymskiego (do celowo także dla innych organów) od momentu ich powołania.

Powoływanie przez MTK zasad ogólnych prawa w myśl art. 21 ust. 1 lit. c Statutu Rzymskiego ma ze swej natury służyć sądzeniu jednostek i odbywa się w reżimie procesu karnego, podczas gdy zasady ogólne prawa w świetle art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS służyły rozstrzyganiu sporów międzypaństwowych, decydując o losach jednostek. Sądownictwo międzynarodowe nie dysponowało jednak kompetencją do pociągania osób fizycznych do odpowiedzialności, czy szerzej pociągając do odpowiedzialności państwa, nie dysponowało środkami karnymi *sensu stricto*, operowało pojęciem państwa-agresora, nigdy zaś państwa-przestępcy. Postępowanie przed MTS miało charakter powództwa, nie zaś zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa⁹¹ i odbywało się poza reżimem karnym. Wszystkie powyższe okoliczności wpływają na zasadniczo odmienny charakter obu instytucji, ich powoływanie przez MTK albo MTS zaś odbywa się w odmiennych reżimach prawnych.

Zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane w aspekcie prawnonaturalnym możliwe były do zastosowania w prawie międzynarodowym, a sama konieczność ich powołania dowodziła, iż system prawa narodów nie mógł bez nich funkcjonować, miały one bowiem na celu wypełnienie ewidentnych luk prawnych tego systemu, chociaż genetycznie wywiedzione z systemów prawa krajowego, były jednak z ducha prawa narodów. Z kolei zasady ogólne prawa

⁹⁰ Por. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1998, s. 113.

⁹¹ Czy nawet, jak projektują autorzy MTK, wszczynane jest z urzędu, patrz kompetencje prokuratora na mocy art. 14, 15, w powiązaniu z art. 13 lit. c Statutu Rzymskiego.

w myśl art. 21 ust. 1 lit. c Statutu Rzymskiego stanowią raczej próbę implementacji norm prawa krajowego do systemu prawa międzynarodowego. Owszem, muszą być zgodne z prawem międzynarodowym, nie muszą być jednak wspólne wszystkim systemom prawnym, nie stanowią wszak źródła prawa międzynarodowego i nie są temu systemowi niezbędne. Mogą się okazać pomocne jedynie w zakresie określonej procedury międzynarodowego procesu karnego.

W świetle powyższego zasady ogólne prawa w myśl art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS i zasady ogólne w myśl art. 21 ust. 1 lit. c statutu MTK, jakkolwiek zbliżone, należy uznać za normy prawne o odmiennym charakterze.

2. Pozostałe wątpliwości

Szereg określeń zawartych w art. 21 Statutu Rzymskiego może budzić poważne wątpliwości prawne. W ust. 1 lit. b autorzy statutu powiadają o „uznanych zasadach międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych”. Jest to stwierdzenie wyjątkowo niezręczne, wszak zasady danej gałęzi prawa narodów (prawa konfliktów zbrojnych) stanowią jego immanentną część i jeśli są zasadami międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych stanowią normy tego prawa, ze swej więc natury są „uznane”.

Mimo iż statut MTK stara się więc w sposób oczywisty unikać niejednoznaczności, będących udziałem autorów choćby statutu MTS, jego autorzy zbyt często szermują terminem „uznanie”, któremu w prawie międzynarodowym zasadniczo podlegają nie tyle normy i zasady, ale państwo, rząd, nabytki terytorialne itp. Pokutuje tu więc nieudana nomenklatura prawna, wywodząca swój byt z art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS („ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane”). „Uznanie” to staje się w myśl autorów Statutu Rzymskiego dodatkowym („wtórnym”) potwierdzeniem mocy obowiązującej danych norm Tymczasem jeżeli dana norma postępowania uchodzi za prawo, stanowi część systemu prawa, a więc nie podlega uznaniu, w przeciwieństwie do sytuacji faktycznych, które wymagają uprawnomocnienia poprzez uznanie.

Ów brak precyzji może spowodować, iż „uznamy”, że istnieją (również):

- 1) zasady międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych „nieuznane” przez społeczność międzynarodową;
- 2) zasady międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych uznane przez społeczność międzynarodową, a niestanowiące norm powszechnego prawa narodów (wszak zasady i reguły prawa międzynarodowego funkcjonują, w tym przepisie „łącznie z uznanymi zasadami prawa konfliktów zbrojnych”, co może dowodzić, iż te grupy zasad i reguł nie tworzą jednego systemu prawa: prawa międzynarodowego), co zdaje się być wnioskowaniem błędnym, a akt prawny tej rangi winien się podobnych niejasności wystrzegać.

Powyższe wątpliwości skłaniają do zadania pytania: czy autorzy Statutu Rzymskiego nie mogli art. 21 „Prawo właściwe” skonstruować następująco:

„1. Trybunał stosuje:

- a) bez zmian,

- b) prawo międzynarodowe (normy prawa międzynarodowego) oraz w uzasadnionych przypadkach normy prawa krajowego, o ile te nie są niezgodne z prawem międzynarodowym,
- c) skreślony.”

Wówczas to jednak rozpoczęłaby się zacięta batalia doktryny o definicję prawa międzynarodowego, jego zakres pojęciowy, o to, jakie normy wchodzą w skład powszechnego prawa narodów, czy zasady prawa międzynarodowego stanowią osobną kategorię norm prawa narodów, czy nabywają swą moc prawną, wobec nie wyszczególnienia ich *expressis verbis* w statucie MTS, na mocy jego art. 38 ust. 1 lit. a i b, a dotyczących traktatu i zwyczaju. Jak widać, przed Komisją Prawa Międzynarodowego ONZ jeszcze wciąż wiele wyzwań.

Budzi również uzasadnione wątpliwości zastosowane w art. 21 ust. 1 lit. b rozróżnienie na zasady i reguły prawa międzynarodowego. Należy bowiem z całą mocą podkreślić, iż angielskie terminy: *principle* i *rule* funkcjonują w nauce oraz potocznie w znaczeniu zbliżonym, niemal synonimicznym. Nawet jeśli uznamy, że zasady regulują zazwyczaj aspekty materialnoprawne, reguły zaś bardziej kwestie trybu postępowania⁹² (choć nie jest to wyraziste kryterium podziału), między oboma tymi instytucjami prawnymi nie ma różnicy normatywnej. Nauka podkreśla, iż w myśl art. 21 ust. 1 lit. b zasadami miałyby być normy wyprowadzone z samego prawa międzynarodowego (koncepcja prawnonaturalna), reguły zaś mogłyby mieć charakter zwyczajowy⁹³, konstatacja ta jednak niewiele wnosi do odpowiedzi na pytanie, skąd to rozróżnienie na zasady i reguły prawa międzynarodowego.

IV. SPECYFIKA ZASAD OGÓLNYCH PRAWA WSPÓLNOTOWEGO⁹⁴

Zasadą ogólną prawa w nauce prawa bywa nazywana taka norma prawna, która odnosi się do samych podstaw danego systemu prawnego i przywołuje fun-

⁹² W takim znaczeniu reguły (ang. *rules*) pojawiają się jako normy proceduralne wielu sądów i trybunałów, zob. choćby reguły proceduralne Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza (www.itlos.org); są jednak wówczas określane regułami proceduralnymi, nie zaś wprost regułami prawa międzynarodowego; por. uwagi R. Dworkina, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 60–65, częściowo tylko przydatne.

⁹³ Ang. określeniem *customary international rule(s)* posługuje się np. J. Verhoeven, *Article 21 of the Rome Statute and the ambiguities of applicable law*, „Netherlands Yearbook of International Law” 2002, s. 3–22; taki pogląd nauki przytacza również M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, op. cit., t. 1, s. 543.

⁹⁴ Materię specyfiki zasad ogólnych prawa wspólnotowego szeroko opisują: J.A. Usher, *General Principles of European Community Law*, London 1998; R.E. Papadopolou, *Principles généraux du droit communautaire. Origins et concretisation*, Athenes-Bruxells 1996; Akehurst, *Application of General Principles of Law by Court of Justice of the European Community*, The British Yearbook of International Law, Oxford 1982; z piśmiennictwa polskiego na uwagę zasługują teksty J. Sozańskiego: *Ogólne zasady prawa we wspólnotowym systemie prawnym*, „Jurysta” 2003, nr 1, s. 17–22, a także *Powstawanie i charakter ogólnych zasad prawa oraz ich rola w prawie międzynarodowym publicznym...*, op. cit., s. 135–179, który podejmuje też problematykę relacji między *acquis communautaire* Wspólnot a zasadami ogólnymi prawa, *Wspólnotowe a powszechne prawo traktatowe – wzajemne relacje a jedność czy odrębność unormowań i systemów*, Toruń 2004, s. 94–103, w pozycji *Ogólne zasady w *acquis communautaire*...*, op. cit., s. 25–29, cenne uwagi o zasadach ogólnych w Konstytucji dla Europy, zob. także K. Lenaerts, P. van Nuffel, *Podstawy prawa europejskiego*, Warszawa 1998, s. 310–318.

damentalne wartości, na których system ów się opiera⁹⁵. Jakkolwiek ich natura prawna jest wyjątkowo niejasna⁹⁶, zasady ogólne prawa wspólnotowego⁹⁷ wykazują pewną zbieżność z tzw. zasadami ogólnymi prawa, w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. c statutu STSM i MTS⁹⁸.

Podstawowym problemem prawnym przy opisie specyfiki zasad ogólnych jest brak normy powszechnej, która by je ustanawiała i określała ich charakter⁹⁹.

⁹⁵ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasady ogólne prawa jako źródło europejskiego prawa wspólnotowego*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4, s. 23.

⁹⁶ J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu*, Toruń 1996, s. 168, gdzie autorzy stwierdzają, iż ani istota, ani ich zakres nie są jasne.

⁹⁷ Model Boulouis-Chevalliera wymienia 4 grupy zasad: 1) zasady nierozdzielnie związane z każdym rozwiniętym porządkiem prawnym, 2) zasady, które mają być wyprowadzone z systemów prawnych państw członkowskich, 3) zasady wynikające z samej materii Wspólnot Europejskich, 4) prawa podstawowe jednostki, C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe*, op. cit., s. 518; M. Kenig-Witkowska (red.), *Prawo instytucjonalne UE*, Warszawa 2004, s. 146, wśród źródeł zasad ogólnych prawa wspólnotowego wymienia: zasady właściwe dla państw członkowskich, zasady charakterystyczne dla samego prawa europejskiego, generalne zasady prawa znajdujące zastosowanie w każdym porządku prawnym; Z. Knypl, *Wprowadzenie do prawa europejskiego*, Warszawa 1997, s. 60–63, wyróżnia trzy grupy zasad: 1) zasady strukturalne, 2) zasady związane z samą istotą społeczeństw demokratycznych, 3) zasady związane z istotą gospodarki rynkowej; M. Drobysz, powołując się na T. Tridimasa, *General Principles of EC Law*, Oxford 1999, s. 3, dokonuje podziału zasad ogólnych na zasady własne WE oraz zasady zapożyczone, utożsamiając te pierwsze z zasadami strukturalnymi, wśród których należy wymienić: zasadę jednolitości prawa europejskiego, zasadę skutku bezpośredniego, zasadę subsydiarności, zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego, zasadę równości instytucjonalnej, M. Drobysz, *Stanowienie prawa przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości – studium zasady ogólnej*, w: C. Mika (red.), *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej*, Toruń 2001, s. 72; istnieje więc wyraźna paralela między zasadami ogólnymi prawa w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. c statutu MTS a zasadami zapożyczonymi z prawa wspólnotowego, zwłaszcza wobec powszechnego charakteru obu tych grup zasad; zasady strukturalne wynikają z samej istoty porządku prawnego UE i tak właśnie bywają nazywane, o tychże patrz również J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego*, op. cit., s. 169–182; J. Duthel de La Rochere, *Wstęp do prawa europejskiego*, Warszawa 2004, wymienia z kolei: zasady ogólne wspólne dla wszystkich zinstytucjonalizowanych systemów prawnych, zasady ogólne wspólne dla państw członkowskich, zasady ogólne wynikające z samej natury prawa Wspólnot, s. 132–135; z kolei S. Biernat, w: J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2002 s. 181, wśród zasad ogólnych prawa wyszczególnia dwie grupy: 1) prawa podstawowe, 2) zasady współcześnie zaliczane do kanonów praworządności i demokracji; z kolei pogląd, iż na zasady ogólne prawa wspólnotowego składają się: zasady wywiedzione z prawa międzynarodowego, zasady wspólne dla wszystkich systemów prawnych państw członkowskich oraz zasady specyficzne dla prawa wspólnotowego, dzielają: G.C. Rodriguez Iglesias, *Reflections on the General Principles of Community Law*, Comparative Yearbook of European Legal Studies 1998, vol. 1, s. 2; F. Dumon, *The Formal Sources of Community Law*, Judicial and Academic Conference, 27–28 IX 1976 (Reports), s. 63; J. Schwarze, *Developing Principles of European Administrative Law*, Public Law, London 1993, s. 229–230, a także A. Potocki, *Rola Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w unifikacji prawa*, „Palestra” 2000, nr 7–8, s. 168.

⁹⁸ Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż ETS sceptycznie odnosi się do powoływania norm prawa narodów, z wyjątkiem tych zawartych w Konwencji Europejskiej, por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasady ogólne prawa...*, op. cit., s. 27.

⁹⁹ J. Tyranowski, *Prawo europejskie instytucjonalne*, Poznań 1998, s. 12 stwierdza, iż na zasady ogólne prawa wspólnotowego składają się: zasady pisane – zawarte w Traktatach założycielskich oraz zasady niepisane – wspólne porządkom prawnym konstytucyjnym państw członkowskich, czyli takie, których treść i zakres trzeba dopiero ustalić; teza o konieczności ustalenia treści zasad tych zasad zdaje się zasługiwać na poparcie, choć sam podział na zasady pisane i niepisane, może budzić wątpliwości, ze względu na fakt, iż zasady wspólne porządkom konstytucyjnym państw członkowskich, mimo iż nie są wyartykułowane wprost w prawie pierwotnym UE, zazwyczaj mają charakter pisanych norm rangi konstytucyjnych.

Doktryna wymienia kilka podstaw prawnych (traktatowych) powoływania zasad ogólnych prawa wspólnotowego, artykuły: 220100, 230 i 288 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE)¹⁰¹ oraz 6 i 7 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE)¹⁰². Należy jednak podkreślić, iż żaden z wymienionych w poprzednim zdaniu artykułów nie określa funkcji, zakresu stosowania oraz katalogu zasad ogólnych europejskiego prawa wspólnotowego. W doktrynie prawa europejskiego panuje zgoda co do tego, iż zasady ogólne prawa wspólnotowego dedukowane¹⁰³ z orzeczeń ETS¹⁰⁴ stanowią niewątpliwe źródło prawa wspólnotowego¹⁰⁵. Stanowiąc część prawa wspólnotowego pierwotnego¹⁰⁶ (niekiedy bywają ujmowane jako osobne źródło prawa wspólnotowego)¹⁰⁷, stają się również weryfika-

¹⁰⁰ T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford 2003, s. 134 powiada nawet, iż art. 220 TWE nie tyle uprawnia, co nakazuje (zobowiązuje) Trybunał do stosowania zasad ogólnych; należy wszakże stosować szeroką wykładnię pojęcia prawo, o którym mowa w tym przepisie, J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasady ogólne prawa...*, op. cit., s. 24.

¹⁰¹ Wersja skonsolidowana TWE, Dz.U. U.E., C 321E, z 29 grudnia 2006.

¹⁰² Szerokie omówienie J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasady ogólne prawa...*, op. cit., s. 23–35; tekst polski TUE: K. Lankosz (red.), *Traktat o Unii Europejskiej z komentarzem*, Warszawa 2003, wersja skonsolidowana TUE, Dz.U. U.E., C 325, z 24 grudnia 2002.

¹⁰³ Choć należałoby raczej mówić o metodzie indukcyjno-dedukcyjnej, wszak w pierwszej kolejności ETS dokonać musi drogą indukcji wyprowadzenia danej zasady z postanowienia traktatowego, następnie zaś znajduje rozwiązanie zawisłej przed nim sprawy przez zastosowanie indukowanej wcześniej zasady ogólnej, szerzej o tym mechanizmie, M. Drobyś, *Zasady ogólne prawa wspólnotowego związane z funkcjonowaniem jednolitego rynku*, w: C. Mik (red.), *Europeizacja prawa krajowego. Wpływ integracji europejskiej na klasyczne dziedziny prawa krajowego*, Toruń 2000, s. 361, także J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasady ogólne prawa...*, op. cit., s. 27 i n.

¹⁰⁴ Rola ETS w dedukcji zasad ogólnych prawa wspólnotowego jest na tyle doniosła, iż orzecznictwo luksemburskie tworzy osobny jakby podsystem prawa wspólnotowego, określany przez niektórych badaczy europejskim prawem sędziowskim, Tyranowski, op. cit., s. 13; F. Emmert, W. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa 2002 s. 113.

¹⁰⁵ M. Kenig-Witkowska (red.), *Prawo instytucjonalne UE*, s. 145; zasady ogólne prawa wspólnotowego jako pierwotne prawo wspólnotowe, Tyranowski, op. cit., s. 11–12; w skład prawa pierwotnego wchodzić tzw. zasady podstawowe (zasady autonomii), zasady ogólne prawa wspólnotowego zaś stanowią uzupełnienie do pierwotnego prawa wspólnotowego, M. Herdegen, *Prawo europejskie*, Warszawa 2004, s. 106 i 111; zasady ogólne prawa wspólnotowego są wiążące i są normami hierarchicznie wyższymi od prawa wtórnego Wspólnot, J. Duthiel de La Rochere, *Wstęp do prawa...*, op. cit., s. 137.

¹⁰⁶ F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, op. cit., s. 19 określają zasady ogólne prawa wspólnotowego mianem niepisanego prawa pierwotnego; w nauce przeważają dwa stanowiska: pierwsze – zasady ogólne prawa wspólnotowego sytuuje poniżej prawa pierwotnego, jednak nad prawem wtórnym, choćby: J. Nergelius, *General Principles of Community Law in the Future: Some Remarks on their Scopes, Applicability and Legitimacy*, w: U. Bemtitz, J. Nergelius (red.), *General Principles of European Community Law*, The Hague–Boston 2000, s. 229–230), drugie – wprost kwalifikuje zasady ogólne prawa wspólnotowego jako integralną część prawa pierwotnego (M. Kenig-Witkowska, *Prawo instytucjonalne...*, op. cit., s. 138–140; C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe*, op. cit., s. 486); podział ten jest zasadny (wynikając wprost z funkcji tychże zasad) o tyle, iż jeśli przyjmiemy, że zasady winny stanowić w pierwszej kolejności pochodne celów i struktury WE, wówczas umieszczenie ich poniżej prawa pierwotnego jest w pełni zrozumiałe; model absorbujący zasady ogólne prawa wspólnotowego do obszaru prawa pierwotnego koresponduje z kolei z ich funkcją jako uogólnienia prawa pierwotnego lub krajowego („twór międzynarodowo-krajowy”, określenie C. Mika); por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasady ogólne prawa...*, op. cit., s. 33.

¹⁰⁷ B. Witte, *Institutional Principle: A Special Category of General Principles of EC*, w: U. Bemtitz, J. Nergelius (red.), *General Principles of European Community Law*, op. cit., s. 143.

torem mocy prawa wtórnego¹⁰⁸ oraz podstawowym narzędziem unifikacji prawa¹⁰⁹. W tym ostatnim znaczeniu zasady ogólne prawa wspólnotowego zbliżone są swym charakterem do zasad prawa ujmowanych jako element systemu prawa międzynarodowego, który decyduje o jego spójności, tworząc jedność tego systemu¹¹⁰. Ostatnio pojawiła się w orzecznictwie ETS tendencja do ujmowania jako zasad prawa wspólnotowego także odesłań pozaprawnych¹¹¹.

Wśród zasad ogólnych na szczególną uwagę zasługują tzw. prawa podstawowe¹¹², które¹¹³ stanowią integralną część zasad ogólnych Wspólnot Europejskich¹¹⁴. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż niezależnie od systematyki zasady ogólne prawa wspólnotowego, wśród nich tzw. prawa podstawowe¹¹⁵, mają charakter wiążących norm prawnych¹¹⁶. Dodatkowo zaś zasady ogólne prawa wspólnotowego mogą znaleźć zastosowanie jako instytucja pomocnicza w procesie wykładni prawa UE, jako podstawa prawna w procesie orzekania o nieważności aktu prawnego oraz jako fundament dla uznania odpowiedzialności organów Wspólnoty oraz państw za naruszenie prawa wspólnotowego¹¹⁷.

Wielu badaczy podkreśla doniosłość zasad ogólnych prawa wspólnotowego w procesie „pozyskiwania” prawa za pomocą analizy porównawczej systemów

¹⁰⁸ J. Sozański, *Prawa zasadnicze a prawa człowieka we wspólnotowym systemie prawnym*, Poznań–Warszawa 2003, s. 42.

¹⁰⁹ Ten aspekt omawia z kolei szeroko sędzia A. Potocki, *Rola Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w unifikacji prawa*, op. cit., s. 166–174.

¹¹⁰ J. Menkes, *Zasady prawa międzynarodowego*, op. cit., s. 79; pojawia się także w doktrynie pogląd, jakoby zasady ogólne prawa służyły uogólnieniu prawa pierwotnego, por. choćby: E. Skrzydło-Tefelska, R. Skubisz, *Prawo europejskie. Zarys wykładu*, Lublin 2003, s. 132.

¹¹¹ Szerzej A. Kalisz-Prakopik, L. Leszczyński, *Zasady prawa w stosowaniu prawa wspólnotowego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 1, s. 24, 29–30.

¹¹² Z nowszych ujęć cenny artykuł K. Lenaerts, *Fundamental Rights in the European Union*, 25 *El. Rev.* (2000), a także idem, P. van Nuffel, *Podstawy prawa europejskiego*, op. cit., s. 313–319.

¹¹³ Cenne konkluzje: G. Borchardt, *Prawa Podstawowe: status, przyszłość w Unii Europejskiej*, Human Rights and Accession. Learning together, British Council 2002.

¹¹⁴ Utrwalona linia orzecznicza ETS; z nowszych orzeczeń ten stan rzeczy potwierdza np. orzeczenie Sądu I Instancji z 14 V 1998, *Case of Enso Espanola v. Komisja*, T-348/94, ECR 1998, II-1875.

¹¹⁵ Pojawia się w doktrynie pogląd o ujmowaniu tzw. praw podstawowych wspólnoty jako odrębnej (od zasad ogólnych prawa wspólnotowego, a także wykraczającej poza klasyczną formułę podziału źródeł prawa wspólnotowego na prawo pierwotne i wtórne) kategorii prawnej, por. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe*, op. cit., s. 518; T. Koncewicz, *Prawa człowieka w Trybunale Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 10, s. 4–5; W. Cairns, *Introduction to European Union Law*, London–Sydney 1997, s. 12.

¹¹⁶ Wiążą wszystkie organy UE i państwa członkowskie, Ch. Zacker, S. Wemiche, *Prawo europejskie w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa 2000, s. 119; wiążą Wspólnoty, gdy podejmują decyzje w sprawach indywidualnych, Państwa Członkowskie, gdy stosują prawo wspólnotowe, Tyranowski, op. cit., s. 106.

¹¹⁷ Cenny pogląd Tridimasa, przytacza M. Kenig-Witkowska, op. cit., s. 146; D. Lasok, *Zarys prawa europejskiego*, Toruń 1995, s. 187 powiada, iż zasady ogólne prawa wspólnotowego mają jedynie asekuracyjny charakter, nie będąc stosowanymi w odosobnieniu, ale wspólnie z postanowieniami Traktatów lub ustawodawstwa Wspólnoty.

prawnych¹¹⁸ (stanowiących podstawowe źródło normatywnej inspiracji ETS¹¹⁹) w dwóch zasadniczych obszarach, gdzie prawo europejskie okazało się niekompletne¹²⁰: przy ochronie praw podstawowych oraz przy tworzeniu minimalnych standardów dla procedur administracyjnych¹²¹. Sama również konieczność tworzenia katalogu praw podstawowych UE bywa definiowana jako uzupełnienie i próba utrwalenia pewności prawnej (ang. *legal certainty*) oraz bezpieczeństwa prawnego (ang. *legal security*) w ramach Wspólnoty¹²².

Jakkolwiek więc powyższe zasady nie stanowią pozytywnych norm prawnych, nie wynikając wprost z treści np. traktatów założycielskich, mogą być jednak wydobyte na zewnątrz z materii traktatowej w procesie interpretacji¹²³. Są one bowiem organicznie związane z materią traktatową, stanowiąc *l'esprit du traite*.

Istnieje także niejasność terminologiczna w związku z użyciem pojęcia „zasada ogólna prawa wspólnotowego”. Art. 288 TWE posługuje się terminem ang. *general principles common to the laws of the Member States*, zbieżnym z terminem użytym w art. 6 ust. 1 TUE ang. *principles which are common to the Member States*. Terminy te, chociaż zbieżne, wykazują jednak pewne różnice: art. 6 ust. 1 TUE nie mówi wcale o zasadach ogólnych, tylko o zasadach, które są wspólne państwom członkowskim¹²⁴, nie zaś, jak to przewiduje art. 288

¹¹⁸ Źródłem inspiracji pozostają tu często porządki prawne krajowe; doniosłą rolę w analizie porównawczej tych różnych systemów prawnych przypisuje się roli Rzeczników Generalnych, o roli ich opinii zob. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasady ogólne prawa...*, op. cit., s. 24, 28, 29 i 30–31; autorka zapytuje również o to, czy możliwe do absorpcji do prawa wspólnotowego są tylko te zasady, które występują we wszystkich systemach prawnych; takie ujęcie musiałoby, jak podkreśla autorka, nieuchronnie hamować rozwój prawa wspólnotowego; prawo wspólnotowe przejmuje tylko te z zasad, które wydają się najbardziej optymalne w perspektywie celów i struktury Wspólnoty, nawet jeśli są wyrażone *expressis verbis* w porządkach prawnych tylko niektórych państw członkowskich, cyt. pogląd sformułowany przez W. Lorenc, *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, „American Journal of Comparative Law” 1964, vol. 13, nr 1.

¹¹⁹ Źródłem tej inspiracji może być zarówno ustawodawstwo, jak i orzecznictwo, a nawet doktryna prawa państwa członkowskiego Wspólnot, Maliszewska-Nienartowicz, op. cit., s. 28.

¹²⁰ O wypełnianiu luk na podstawie kompetencji wynikającej z art. 164 TWE (obecnie art. 220 o treści: „Trybunał Sprawiedliwości zapewnia poszanowanie prawa w wykładni niniejszego Traktatu”), w ramach ochrony prawnej jako wartości obiektywnej, patrz Emmert, Morawiecki, *Prawo europejskie*, op. cit., s. 112.

¹²¹ Pogląd F. Emmerta i W. Morawieckiego, *Prawo europejskie*, op. cit., s. 115, przytaczany przez Sozańskiego, *Prawa zasadnicze a prawa człowieka*, op. cit., s. 56; niewątpliwie do tych czynności dedukcyjnych ETS odnosi się termin powoływany przez J. Tyranowskiego – „europejskie prawo porównawcze”, op. cit., s. 13; o metodzie porównawczej także J. Maliszewska-Nienartowicz, op. cit., s. 29–32.

¹²² F. Jasiński, *Nabycie mocy prawnie wiążącej przez Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej – refleksje teoretyczne*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2003, 1(12), s. 7.

¹²³ Pogląd zawarty w: J. Barcza (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, op. cit., s. 181, proces ów dotyczy dwóch grup zasad: 1) proklamowanych w orzeczeniach ETS, odnośnie do praw podmiotowych jednostek, 2) wspólnie zaliczanych do kanonów praworządności i demokracji; chociaż zasady te wydobywane są z materii traktatowej, rola ETS w wypełnianiu ich normatywną treścią jest doniosła na tyle, że należałoby raczej uznać, co postuluje Z. Brodecki, *Prawo integracji europejskiej*, Warszawa 2004, s. 97, że ETS faktycznie kreuje zasady ogólne prawa, nie zaś tylko je wydobywa.

¹²⁴ Art. 6 ust. 1 grupuje tzw. zasady konstytucyjne, zwane niekiedy zasadami instytucjonalnymi Wspólnot, a wśród nich: zasady wolności, zasady praworządności, demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności.

TWE – prawu państw członkowskich. Z kolei art. 6 ust. 2 TUE posługuje się, jako jedyny przepis prawny, pełną formułą *general principles of Community law*. Art. 288 TWE powiada więc o zasadach ogólnych wspólnych porządkom prawnym państw członkowskich, art. 6 ust. 1 TUE o zasadach wspólnych państwom członkowskim, art. 6 ust. 2 zaś o zasadach ogólnych samego prawa wspólnotowego. Nierozstrzygnięty pozostanie spór, czy wszystkie trzy grupy zasad należą do tej samej kategorii. Różnice między tymi trzema ujęciami, jakkolwiek terminologiczne, nie są błahе. Istnieją przecież takie zasady prawa wspólnotowego, które nie są wspólne porządkom państw członkowskich. Same też zasady wspólne państwom nie oznaczają automatycznie, iż są one wspólne porządkom prawnym tych państw. Dodatkowym problemem jest fakt, iż – jak podkreśla doktryna – termin „prawa podstawowe” nie zawsze jest jednakowo rozumiany we wszystkich porządkach prawnych samych państw członkowskich¹²⁵.

Niewątpliwie jednak ETS, stwierdzając, iż dane prawo podstawowe Wspólnot stanowi integralną część ogólnych zasad prawa (ang. *general principles of the law*), posługuje się formułą, która znalazła najpełniejsze odzwierciedlenie w art. 6 ust. 2 TUE oraz w wyszczególnionych w nim normatywnych źródłach inspiracji w konstruowaniu koncepcji zasad ogólnych Wspólnoty. Tym większa rola ETS w czynieniu tych pojęć bardziej precyzyjnymi. Można skonstatować, iż **zasadami ogólnymi prawa (wspólnotowego) są te zasady, które wskutek prawniczej dedukcji i zastosowania metod porównawczych przez ETS zostały powołane jako zasady ogólne prawa wspólnotowego do rozstrzygnięcia konkretnego sporu i nadające się do stosowania w formule ustalonej przez Wysoki Trybunał Luksemburski, niezależnie od sposobów kwalifikacji oraz niewiążących katalogów.**

Z kolei zasady ogólne prawa, w myśl art. 38 ust. 1 lit. c statutu STSM i MTS, chociaż nigdy nie przytaczane z wyraźnym powołaniem się na ten artykuł, najczęściej bywają definiowane jako zasady wspólne wszystkim systemom prawnym. Wobec niedostatecznej precyzji art. 38 ust. 1 lit. c i w związku z tym niefortunnego wymogu, iż zasadami tymi, jako samoistnymi źródłami prawa, mogą być tylko zasady prawa „uznane przez narody cywilizowane”, i ponieważ Trybunał powoływał je w orzeczeniach bez dokładnego określenia treści norm z nich dedukowanych, ich natura stawała się sporna.

Koncepcja zasad ogólnych prawa wspólnotowego znakomicie wypełnia lukę w konstrukcji powyższych zasad, wywodząc ich byt prawny wprost z porządków konstytucyjnych państw członkowskich¹²⁶.

Do zasad ogólnych prawa w rozumieniu statutu MTS bywały zaliczane, chociaż błędnie, również same zasady ogólne prawa międzynarodowego. Doktryna prawa europejskiego podkreśla zaś, iż większość zasad ogólnych Wspólnot zosta-

¹²⁵ Taki stan rzeczy akcentuje R. Arnold, *Karta Praw Zasadniczych Unii Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 3, s. 40.

¹²⁶ J. Tyranowski, *Prawo europejskie instytucjonalne*, op. cit., s. 13 stwierdza z kolei, iż zasady ogólne wspólne państwom członkowskim to zasady nie tyle odzwierciedlone we wszystkich porządkach prawnych, ile zasady najbardziej sprzyjające Wspólnotom.

ła recypowana z prawa międzynarodowego. W przeciwieństwie do orzecznictwa haskiego prawo europejskie oraz sądownictwo luksemburskie stworzyło katalog zasad ogólnych Wspólnoty oraz katalog praw podstawowych Unii Europejskiej (Karta Praw Podstawowych UE)¹²⁷, istnieje wszak w doktrynie, niebezpieczny zresztą, pogląd, jakoby katalog zasad ogólnych Wspólnoty można odtworzyć bezpośrednio z ust. 1 art. 6 TUE (najczęściej określane mianem zasad konstytucyjnych), dodając doń prawa podstawowe Wspólnot, o których mowa w ust. 2 tego artykułu.

Należy z całą mocą stwierdzić, iż między zasadami ogólnymi prawa a zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego istnieje oczywista płaszczyzna porównawcza również ze względu na stwierdzony fakt, iż w procesie dedukcji zasad ogólnych prawa wspólnotowego Europejski Trybunał Sprawiedliwości korzysta z metodologii wypracowanej przez STSM i MTS¹²⁸. Chociaż sama natura praw podstawowych stanowi przedmiot sporu, nie niweczy to faktu, iż i prawa podstawowe, i zasady ogólne Wspólnoty stanowią normy bardziej uchwytnie niż te dedukowane z zasad ogólnych prawa przywoływanych przez trybunały haskie. Powodem takiego stanu rzeczy może być podkreślany w doktrynie fakt, iż zasady ogólne prawa wspólnotowego mają większe znaczenie niż (analogiczne) zasady ogólne prawa, tyle że na gruncie prawa wewnętrznego i na gruncie prawa narodów¹²⁹. Jednym z podstawowych źródeł normatywnej inspiracji ETS jest prawo międzynarodowe oraz porządek prawny krajowy. Warto w tym miejscu dobitnie podkreślić, iż z chwilą przyjęcia danej zasady prawa międzynarodowego czy też normy prawa krajowego w poczet zasad ogólnych prawa wspólnotowego stają się one bytem prawnym niezależnym od tego prawa i funkcjonującym odrębnie od tej samej zasady występującej w systemie prawa narodów lub prawa krajowego, z którego zostały zaczerpnięte¹³⁰, stanowiąc „własną”, właściwą dla prawa wspólnotowego kategorię normatywną, powiązaną aksjologicznie z prawem międzynarodowym oraz krajowymi porządkami prawnymi, ale wyodrębnioną konstrukcyjnie z obu tych systemów¹³¹.

Naruszenie zasady prawa wspólnotowego jest naruszeniem prawa pierwotnego, gdy są to tzw. zasady konstytucyjne zawarte w art. 6 ust. 1 TUE. Naruszenie może uruchomić procedurę zawartą w art. 7 TUE, skierowaną przeciw państwu-naruszycielowi. Z kolei naruszenie prawa podstawowego, stanowiącego w myśl orzeczeń ETS integralną część zasad ogólnych prawa wspólnotowego,

¹²⁷ Sama jednak Karta, chociaż cenna, nie zawiera zapisów umożliwiających bezpośrednią skuteczność jej norm, ze względu na brak jej umocowania w prawie traktatowym, stanowiąc akt deklaracyjny i prawo *soft law*, por. M. Herdegen, *Prawo europejskie*, op. cit., s. 116; w doktrynie panują dwa ujęcia nabycia mocy wiążącej przez Kartę, w drodze ratyfikacji traktatu, odrębnego w stosunku do Traktatów Założycielskich albo poprzez włączenie jej (bardziej ostatnio aktualne) do Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy, zob. choćby: F. Jasiński, *Nabycie mocy prawnie wiążącej przez Kartę...*, op. cit., s. 5–21, w przytoczonym kontekście s. 7.

¹²⁸ M. Drobysz, *Stanowienie prawa... – studium zasady ogólnej*, op. cit., s. 73.

¹²⁹ J. Sozański, *Prawa zasadnicze...*, op. cit., s. 42.

¹³⁰ J. Maliszewska-Nienartowicz, op. cit., s. 28.

¹³¹ Por. A. Kalisz-Prakopik, L. Leszczyński, *Zasady prawa w stosowaniu prawa wspólnotowego*, op. cit., s. 33.

może spowodować unieważnienie aktu prawa wspólnotowego¹³², a nawet prawa krajowego¹³³, o ile akt ów mieścił się w obszarze aktywności normotwórczej Wspólnoty¹³⁴.

V. PODSUMOWANIE

Powoływanie przez międzynarodowe Trybunały zasad ogólnych prawa jest wyrazem tendencji do wypełniania luk w systemie prawa narodów, a także wyrazem konieczności korzystania z norm prawa spoza systemu prawa międzynarodowego. Podczas gdy zasady ogólne prawa powoływane przez trybunał haski winny być dla swej skuteczności prawnej wspólne wszystkim systemom prawnym (w rozumieniu prof. Berezowskiego), o tyle orzecznictwo luksemburskie dopuszcza możliwość stosowania zasad ogólnych wspólnych systemom kilku państw, statut MTK zaś otwiera bezpośrednią możliwość stosowania norm prawa krajowego. Z powyższego wynika, że ewolucja statusu zasad ogólnych prawa możliwych do aplikacji przez międzynarodowe trybunały przebiega w kierunku coraz to większej adaptacji norm prawa wewnętrznego, dowodząc przy tym sporej mobilności zasad. Normy różnych gałęzi prawa krajowego mieszczą się w obrębie normatywnej inspiracji trybunałów tworzonych na mocy porozumień międzynarodowych. Przy wszelkich podobieństwach przytaczanych w niniejszej pracy grup zasad ogólnych prawa, należy je uznać za instytucje swoiste na gruncie reżimów prawnych, w których obrębie przyszło się poruszać Wysokim Trybunałom, sama zaś natura zasad ogólnych prawa jest jednym z najbardziej spornych zagadnień w nauce prawa narodów i prawa ponadnarodowego. Nauka XX-wiecznego prawa narodów jest także zapisem sporu wokół natury zasad ogólnych prawa.

GENERAL PRINCIPLES OF LAW IN STATUTES OF INTERNATIONAL COURTS AND EUROPEAN COMMUNITY LAW. SOME REMARKS UPON ARTICLE 21 OF ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Article 21 of Rome Statute of the International Criminal Court specifies two groups of fundamental sources of law which are applicable by the Court:

- (1) the same Statute, Elements of Crime and its Rules of procedure
- (2) applicable treaties and the principles and rules of international law including the established principles of international law of armed conflict.

¹³² Zob. orzeczenie Sądu I Instancji Wspólnot Europejskich, *Case of Opel Austria v. Council*, T-115/54, ECR [1997], 11-39, § 93, zwłaszcza 126.

¹³³ Podobnie Usher, *General Principles...*, op. cit., s. 6-7.

¹³⁴ K. Lenaerts, P. van Nuffel, *Podstawy prawa europejskiego*, op. cit., s. 315.

In the absence of applicable norms provided by former points 1–2 of Article 21, the Court shall apply general principles of law derived by the Court from national laws of legal system of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards. Considering problems with application of general principles of law on the ground of Article 38 of Statute of the International Court of Justice, striking is which meaning of general principles of law shall be worked out by International Criminal Court's practice. Author of the present text have been trying to find similarities between general principles of law derived from statutes of international courts and European Community Law. Have been trying to reveal possible effects of general principles of law in the meaning of Article 21 of Rome Statutes of the International Criminal Court on development of general international law.

BEATA JEŻYŃSKA

OPODATKOWANIE DZIAŁALNOŚCI ROLNICZEJ PODATKIEM OD TOWARÓW I USŁUG*

I. OPODATKOWANIE DZIAŁALNOŚCI ROLNICZEJ W PRZEPISACH VI DYREKTYWY**

7. *Harmonizacja wspólnotowego systemu opodatkowania VAT*

Stosownie do postanowień art. 93 i 94 Traktatu Rzymskiego¹ pełnej harmonizacji podlegają przepisy państw członkowskich UE normujące podatki pośrednie w zakresie niezbędnym do swobodnego i niepoddanego kontroli granicznej przepływu towarów i usług.

W sferze obrotu produktami rolnymi zasadnicze znaczenie ma harmonizacja przepisów podatku od towarów i usług. Proces dostosowania zapoczątkowała I dyrektywa Rady 67/227/EEC z dnia 11 kwietnia 1967 r. w sprawie harmonizacji przepisów państw członkowskich w zakresie podatków pośrednich². Postanowienia I dyrektywy uznawane są za podstawę funkcjonowania wspólnego europejskiego systemu podatku od wartości dodanej – VAT³, przez który ro-

* Artykuł został złożony do druku w listopadzie 2005 r.

** Dyrektywa IV została z dniem stycznia 2007 r. zastąpiona dyrektywą Rady nr 206/112/UE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej. Zgodnie z treścią art. 412 powołanej dyrektywy określony został termin jej implementacji na datę 1 stycznia 2008 r. W chwili publikacji niniejszego artykułu przepisy prawa krajowego nie zostały jeszcze dostosowane do nowego aktu. W odniesieniu do opodatkowania rolnictwa przepisy dyrektywy 2006/112/UE utrzymują ryczałtowy system opodatkowania i tylko w nieznacznym stopniu modyfikują dotychczasowe regulacje dotyczące VAT w rolnictwie.

¹ W wersji pierwotnej Traktatu Rzymskiego art. 93 i 94 oznaczone były numerami 99 i 100 i według tej numeracji zostały powołane w preambule do I oraz do VI Dyrektywy.

² P 071, z dnia 14 kwietnia 1967.

³ Podatek od wartości dodanej (ang. *Value Added Tax – VAT*) pobierany jest od wszystkich uczestników procesu produkcji i sprzedaży, jednakże z uwagi na sposób poboru nie występuje kumulacja opodatkowania. Każdy kolejny uczestnik procesu produkcyjno-dystrybucyjnego ma bowiem prawo potrącić z podatku ustalonego od całości obrotów tę część, którą już zapłacił. Pobierany w ten sposób podatek, mimo że nakładany we wszystkich fazach obrotu, staje się rzeczywistym obciążeniem dopiero wówczas, gdy sprzedaż towaru lub świadczenie usługi wykonane jest na rzecz odbiorcy finalnego, który nie ma prawa dokonywania odliczeń. Zob. W. Aron, *VAT Experiences of some European Countries*, Deser 1982, s. 45; W. Maruchin, *VAT – harmonizacja polskiego prawa podatkowego z prawem Unii Europejskiej*, Warszawa 1998, s. 15 i n.; D. Gotz-Kozierkiewicz, *Podatek od wartości dodanej*, „Ekonomika i organizacja przedsiębiorstwa” 1990, nr 9, s. 15 i n.; A. Jargiełło, *Podatek od towarów i usług w rolnictwie elementem dostosowawczym do systemu podatkowego krajów Unii Europejskiej*, w: *Szanse i zagrożenia dla krajowego ogrodnictwa po przystąpieniu Polski do*

zumie się powszechny podatek obciążający konsumpcję, stosowany do towarów i usług proporcjonalnie do ich ceny, niezależnie od liczby transakcji, które mają miejsce w procesie produkcji i dystrybucji⁴. Postanowienia powołanej dyrektywy zobowiązywały wszystkie państwa do zastąpienia w terminie do 1 stycznia 1972 r. dotychczasowych krajowych regulacji podatków obrotowych wspólnym systemem podatku od wartości dodanej⁵. W kolejnych latach wydane zostały dalsze dyrektywy konstruujące wspólne dla państw członkowskich opodatkowanie pośrednie⁶.

Dla obowiązującego wspólnotowego systemu opodatkowania podatkiem VAT zasadnicze znaczenie ma VI dyrektywa Rady 77/388/EEC z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji przepisów państw członkowskich dotyczących podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku⁷. Określiła ona podstawowe założenia dla wspólnego systemu podatkowego, a przede wszystkim: podatników, podstawę i przedmiot opodatkowania, stawki i zwolnienia, a także zasady i warunki stosowania specjalnych zasad opodatkowania.

Unii Europejskiej, Materiały III Ogólnopolskiej Konferencji Ogrodniczej, Lublin 13–14 grudnia 2000, s. 437 i n.

⁴ W doktrynie wskazuje się na różne cechy charakterystyczne VAT. Jednakże do konstruktywnych zalicza się zwłaszcza: 1) neutralność podatku; 2) powszechność opodatkowania; 3) unikanie podwójnego opodatkowania oraz niezamierzonego braku opodatkowania; 4) zachowanie warunków konkurencji. Szerzej zob. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *VAT Komentarz*, Kraków 2004, s. 22. VAT spełnia także istotną rolę w strukturze zasobów własnych, na podstawie których konstruowany jest budżet UE; Por. B. Kozłowska, *Stan dostosowania prawa polskiego do regulacji wspólnotowych w zakresie podatku od towarów i usług w rolnictwie*, w: R. Budzinowski, A. Zieliński (red.), *Prawo Rolne. Problemy teorii i praktyki*, Kłuczbork 2000, s. 90–92.

⁵ Jednocześnie z I Dyrektywą Rada uchwaliła II Dyrektywę nr 67/228/EEC w sprawie harmonizacji przepisów państw członkowskich w zakresie podatków obrotowych – struktura i procedury wdrożenia wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (I Dyrektywa z dnia 11 kwietnia 1967 r.; P 071, z dnia 14 kwietnia 1967 r.), która określała przedmiot, podmiot i podstawę opodatkowania, stawki podatku oraz zwolnienia i zakres prawa do odliczenia podatku naliczonego.

⁶ W zakresie podatku od wartości dodanej Rada wydała kilkadziesiąt dyrektyw, wśród których można wyróżnić dyrektywy o charakterze systemowym, dyrektywy o węższym, przedmiotowym zakresie regulacji oraz dyrektywy zmieniające wydane już przepisy. Do najważniejszych dyrektyw systemowych, poza powołaną już I Dyrektywą z dnia 11 kwietnia 1967 r., należą: VI Dyrektywa Rady z dnia 17 maja 1977 r. (77/388/EEC) w sprawie harmonizacji przepisów prawnych państw członkowskich w zakresie podatku obrotowego – wspólny system podatku od wartości dodanej; jednolita podstawa opodatkowania (Dz.Urz. L 145 z 13 czerwca 1977 r.); oraz Dyrektywa Rady z dnia 19 października 1992 r. (2/77/EEC) w sprawie uzupełnienia wspólnego systemu podatku od wartości dodanej i w sprawie zmiany VI Dyrektywy; zbliżenie stawek podatkowych (Dz.Urz. L 384 z 31 października 1992 r.); Dyrektywy o węższym przedmiotowym zakresie regulacji odnoszą się m.in. do: zastosowania podatku od wartości dodanej do wynajmu rzeczy ruchomych (X Dyrektywa z dnia 31 lipca 1984 r. Dz.Urz. EWG L 208/58), postępowania w sprawie zwrotu podatku naliczonego podatnikom niemającym miejsca zamieszkania (siedziby) na obszarze Wspólnoty (XIII Dyrektywa z dnia 17 listopada 1986 r. Dz.Urz. EWG L 326/40); zwolnienia podatkowego przy przewozie towarów w małych przesyłkach o charakterze niehandlowym w obrębie Wspólnoty (Dyrektywa z dnia 21 grudnia 1988 r. Dz.Urz. EWG L 382/40. Szczegółowy wykaz dyrektyw zob. A. Blachowicz, w: K. Sachs (red.), *VI Dyrektywa VAT*, Warszawa 2003, s. 981–989.

⁷ L 145, z 13 czerwca 1977 r.

2. Zasady ogólne opodatkowania działalności rolniczej

Wytwórcza działalność producentów rolnych została włączona we wspólnotowy system opodatkowania podatkiem od wartości dodanej. Przepis art. 25 VI dyrektywy definiuje dla potrzeb VAT pojęcia: rolnik, rolnik ryczałtowy, produkt rolny, usługi rolnicze oraz przedsiębiorstwo – rolne, leśne i rybackie, dookreślając usługi rolnicze oraz czynności stanowiące rolniczą działalność produkcyjną w załącznikach A i B⁸ do niniejszej dyrektywy. Z treści powołanych przepisów wynika, że podatnikami VAT są producenci rolni prowadzący szeroko rozumianą działalność wytwórczą w zakresie produkcji roślinnej, hodowlanej, leśnictwa oraz rybactwa słodkowodnego wraz z hodowlą ryb, skorupiaków, mięczaków i żab, jak też świadczący typowe usługi dla produkcji rolnej. Przy czym działalność taka, prowadzona niezależnie, w sposób ciągły⁹, we własnym imieniu i na własne ryzyko¹⁰, w dowolnych formach organizacyjnych¹¹, bez względu na jej rozmiar a nawet ekonomiczne efekty, traktowana jest jako działalność gospodarcza.

Opodatkowaniu VAT podlegają odpłatne czynności dostawy towarów i świadczenia usług na terytorium kraju przez podatnika występującego w takim charakterze oraz import towarów¹².

Dostawa towarów, w tym produktów rolnych, określona została jako przeniesienie prawa do dysponowania rzeczą jak właściciel, co wskazywałoby, że dla potrzeb prawnopodatkowych zastosowane zostały wprost cywilistyczne pojęcia rzeczy, właściciela oraz przeniesienia prawa własności. Jednakże postanowienia dalszych przepisów VI dyrektywy, jak i ukształtowane na ich gruncie orzecznictwo ETS przeczą takiemu twierdzeniu. Odwołując się do treści preambuły VI dyrektywy, w której wyrażone zostało dążenie prawodawcy wspólnotowego do objęcia podatkiem od towarów i usług jak najszerszego zakresu czynności

⁸ VI Dyrektywa – Załącznik A *Lista czynności stanowiących rolniczą działalność produkcyjną*; Załącznik B *Lista usług rolniczych*; Załącznik C *Wspólna metoda kalkulacji*; Klasyfikacja w załączniku C jest stosowana także w sprawozdaniach gospodarczych dotyczących rolnictwa publikowanych przez Urząd Statystyczny Wspólnoty Europejskiej – *Economic Accounts for Agriculture*, SOEC.

⁹ Przyjęcie wzajemnej zależności między pojęciami podatnika i prowadzonej działalności gospodarczej traktowane jest jako element charakterystyczny dla systemu opodatkowania wartości dodanej, obowiązujący w ramach profesjonalnego obrotu gospodarczego, odróżniającego VAT od innych form podatków i opłat transakcyjnych stosowanych w obrocie nieprofesjonalnym.

¹⁰ W pojęciu podatnika VAT nie mieszczą się przeto podmioty nieprowadzące działalności gospodarczej, jak również pracownicy i osoby zatrudnione u prowadzącego działalność gospodarczą pracodawcy na podstawie innego stosunku prawnego.

¹¹ Zob. orzeczenia ETS w sprawach: 268/83 *D.A. Rompelman i E.A. Rompelman v. Minister van Financien* oraz sprawę C-110/94 *Intercommunale voor Zeewaterontziltling (INZO) v. państwo Belgijkskiej Tolley's VAT Casus 2001*, Tolley Publishing, Sixteenth Edition, s. 564 i n. oraz orzeczenia powołane w: K. Sachs (red.), *Komentarz do Dyrektywy Rady Unii Europejskiej dotyczący wspólnego systemu podatku od wartości dodanej*, Warszawa 2003, s. 66–68 oraz s. 990 i n.

¹² Import począwszy od 1 stycznia 1993 r. obejmuje transakcje zawierane z podmiotami gospodarczymi z krajów nieobjętych wspólnym rynkiem. W kontekście rozważań opodatkowania rolniczej działalności wytwórczej uwzględnić należy, że importowane mogą być zarówno dostawa towarów, jak i świadczenia usług, a zasadniczą różnicą w odniesieniu do zasad regulujących pozostałe przypadki wskazanych transakcji jest jedynie ich miejsce; do importu odnosić się będą wszystkie uwagi podniesione w treści niniejszego opracowania, dlatego odrębne omówienie zagadnień importu produktów rolnych nie wydaje się konieczne.

realizowanych w ramach działalności gospodarczej, ETS przyjął, że na gruncie prawnopodatkowym zwrot **przeniesienie prawa do dysponowania rzeczą jak właściciel** nie jest tożsamy z cywilistycznym pojęciem przeniesienia własności, zwłaszcza na podstawie umowy sprzedaży. Sprzedaż jako pojęcie sięgające tradycji prawa rzymskiego stanowi podwalinę wszystkich europejskich legislacji cywilnych i ma jednoznacznie zdefiniowaną treść, której istota sprowadza się z jednej strony do zobowiązania sprzedawcy do przeniesienia własności rzeczy i jej wydania kupującemu, a z drugiej strony zobowiązanie kupującego do odebrania rzeczy i zapłaty ceny. Tym samym przyjęcie jako przedmiotu opodatkowania obrotu dokonywanego na podstawie umów przeniesienia własności, a zwłaszcza umowy sprzedaży, prowadziło do zawężenia prawnopodatkowego pojęcia dostawy. To zaś z jednej strony wyłączało spod opodatkowania pewne czynności obrotu, a z drugiej mogłoby prowadzić w pewnych okolicznościach do podwójnego ich opodatkowania. Stąd interpretacja przepisów regulujących wspólnotowe opodatkowanie odpłatnej dostawy towarów, a w wyniku konsekwentnej implementacji do porządków krajowych – także przepisów poszczególnych państw członkowskich, prowadzi do przyjęcia, że przy klasyfikacji konkretnej transakcji (czynności) gospodarczej dla potrzeb opodatkowania VAT należy przede wszystkim uwzględnić jej aspekt ekonomiczny związany z faktycznym dysponowaniem rzeczą, nie zaś samo przeniesienie prawa własności¹³. Przeciwno odmiennej interpretacji w ocenie ETS przemawia też różny – konsensualny lub realny – w poszczególnych porządkach krajowych charakter czynności przeniesienia własności. Związanie powstania obowiązku podatkowego z momentem cywilnoprawnego przeniesienia prawa własności prowadziło przeto do jego zróżnicowania w czasie w zależności od chwili powstania skutku rzeczowego. Z powyższych względów dla oceny prawnopodatkowej za decydujący uznany został aspekt ekonomiczny transakcji gospodarczych¹⁴.

Ukształtowana przez orzecznictwo ETS interpretacja pojęcia dostawy prowadzi do oderwania, na gruncie systemu opodatkowania podatkiem od wartości dodanej, od cywilistycznej koncepcji przeniesienia praw oraz istotnego rozszerzenia zakresu pojęciowego przedmiotu opodatkowania, którego celem jest objęcie VAT także czynności prawnych innych niż realizowane na mocy charakterystycznych dla obrotu gospodarczego cywilnoprawnych umów, które jednak w ujęciu ekonomicznym wywierają podobne skutki¹⁵.

¹³ Por. orzeczenie ETS z dnia 8 lutego 1990 r. w sprawie 320/88 [1990] ECR 285 *Shopping and Forwarding Safe BV v. Staatssecretaris van Financiën*.

¹⁴ ETS uznał, że przyjęcie jako powszechnie obowiązującej tak dokonanej interpretacji ma znaczenie fundamentalne dla jednolitego stosowania podatkowego prawa wspólnotowego. Zob. orzeczenie ETS w sprawie C-320/88, zawierające odpowiedź na pytanie prawne holenderskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Shipping and Forwarding Enterprise Safe B.V. v. Staatssecretaris van Financiën* oraz orzeczenie w sprawie C-291/92 *Dietek Armbrecht v. Finanzamt Uelzen*.

¹⁵ Oderwanie od cywilistycznego ujęcia widoczne jest także w dalszych przepisach VI dyrektywy, zwłaszcza zaś przy definiowaniu pojęcia rzeczy (towaru). Do rzeczy zaliczone zostały energia elektryczna, gaz, ciepło, chłodzenie i tym podobne. Państwa członkowskie mogą też uznać za rzeczy określone prawa na nieruchomościach, prawa rzeczowe dające posiadaczowi prawo do użytkowania

W kontekście działalności wytwórczej producentów rolnych konieczność uwzględniania jedynie aspektów ekonomicznych dostawy produktów rolnych skutkuje pominięciem węzła prawnego łączącego strony czynności, determinowanego szczególnymi warunkami produkcji rolnej. W ujęciu prawopodatkowym cywilnoprawne obowiązki producentów rolnych wynikające z zawartych umów czy dostosowania do wymogów wspólnego rynku rolnego pozostają bez znaczenia, podobnie jak ocena dopuszczalności czy legalności zawieranych umów stanowiących podstawę dostawy produktów rolnych. Wobec rygorystycznie limitowanej wielkości i jakości produkcji typowej dla branżowej organizacji rynków rolnych, gdzie prawidłowe zawarcie i zarejestrowanie umów producenckich stanowi warunek dopuszczalności prowadzenia produkcji oraz wprowadzania produktów do obrotu, nieuwzględnianie w ocenie prawnopodatkowej tak zasadniczych regulacji wydaje się zbyt daleko idące. Może bowiem prowadzić do naruszania ukształtowanych w ramach wspólnej polityki rolnej instrumentów rynkowych charakterystycznych dla wspólnego rynku rolnego. Prawidłowe funkcjonowanie wspólnego rynku UE, w którym rynek rolny stanowi szczególnie istotny i chroniony segment, wymaga konstruowania wzajemnie spójnych przepisów, tworzących system regulacji uwzględniający wszystkie aspekty produkcji i wprowadzania do obrotu towarów, w tym także szczególne reżimy obowiązujące przy produkcji rolnej. Stąd też w obrocie produktami rolnymi uwzględnianie tylko kryterium ekonomicznego **przeniesienia prawa do dysponowania rzeczą jak właściciel** nie do końca gwarantuje niezakłócony przepływ towarów i usług oraz zachowanie równych warunków konkurencji.

Świadczenie usług, w tym także ich szczególnej kategorii, jaką są usługi rolne wymienione w załączniku B do VI dyrektywy, jako przedmiot opodatkowania VAT określone zostało w sposób komplementarny do dostawy. Zgodnie z treścią art. 6 VI dyrektywy świadczenie usług oznacza każdą czynność (transakcję), która nie jest dostawą towarów¹⁶. W praktyce związanej z opodatkowaniem działalności producentów rolnych pojawiają się niekiedy jednak wątpliwości co do zakwalifikowania pewnych czynności podlegających opodatkowaniu VAT do kategorii usług bądź dostawy. Problemy z prawidłową kwalifikacją szczególnie mocno ujawniły się przy ocenie obowiązku rolników do zaprzestania produkcji mleka za odszkodowaniem, przewidzianego przepisami rozporządzenia Rady nr 1336/86¹⁷. W toczącym się na gruncie powołanego rozporządzenia sporze między Jurgen Mohr a Finanzamt Bad Segeberg ETS stwierdził, że definicję świadczenia usług jako podstawy opodatkowania należy interpretować w taki sposób, że zobowiązanie rolników do zaprzestania produkcji mleka za odszkodowaniem nie stanowi odpłatnego świadczenia usług na rzecz Wspólnoty czy też

nieruchomości oraz udziały lub inne tytuły będące odpowiednikiem udziałów, dające ich posiadaczowi *de iure* lub *de facto* prawo własności lub posiadania nieruchomości lub jej części.

¹⁶ Jednocześnie VI dyrektywa wprowadza odrębne reżimy prawopodatkowe w stosunku do dostawy towarów i świadczenia usług w zakresie miejsca powstania obowiązku podatkowego.

¹⁷ Rozporządzenie Rady z dnia 6 maja 1986 r. nr 1336/86 ustalające rekompensatę za ostateczne zaprzestanie produkcji mleka, Dz.Urz. L 119 z 8 maja 1986 r.

władz krajowych. Wspólnota nie nabywa w tej sytuacji ani towarów, ani usług. Zaniechanie produkcji za odszkodowaniem nie podlega przeto opodatkowaniu na mocy art. 6 VI dyrektywy¹⁸.

Dalsze wątpliwości dotyczą podatkowej klasyfikacji wydawania posiłków lub innych artykułów żywnościowych w placówkach, gdzie jednocześnie świadczone są inne usługi oraz dokonywane dostawy. Dla producentów rolnych zaliczenie do kategorii dostawy lub usługi ma istotne znaczenie w sytuacji, gdy obok rolniczej działalności wytwórczej prowadzą także działalność agroturystyczną, która obejmuje między innymi podawanie posiłków¹⁹. Z uwagi na fakt, iż w niektórych państwach członkowskich świadczenie usług, których przedmiotem są artykuły żywnościowe, podlega opodatkowaniu zróżnicowaną stawką VAT niż ich dostawa, prawidłowa ocena czynności przesądza o zakresie obowiązku podatkowego. Orzecznictwo ETS wskazuje, że kryterium właściwym dla rozróżnienia usługi od dostawy powinien być zakres i znaczenie klasyfikowanej usługi pośród innych usług świadczonych przez podatnika. A zatem oceny, czy wydawanie posiłków w ramach agroturystyki jest jedną ze świadczonych usług, czy też dostawą, należy dokonywać każdorazowo, z uwzględnieniem wzajemnych relacji między rozmiarem działalności wytwórczej oraz usług agroturystycznych świadczonych przez podatnika – producenta rolnego.

Dla powstania obowiązku podatkowego VAT dostawa towarów i usług musi mieć charakter **odpłatny**. Dyrektywa nie definiuje jednoznacznie pojęcia odpłatności, natomiast w art. 11 wymienia podstawy opodatkowania, które obejmują płatność podstawową otrzymaną lub należną dostawcy-usługodawcy od nabywcy lub osoby trzeciej, łącznie z subwencjami związanymi bezpośrednio z ceną tych transakcji (czynności prawnej). Podstawa opodatkowania obejmuje także podatki, cła i inne należności z wyjątkiem samego podatku od wartości dodanej, wydatki dodatkowe, w tym koszty prowizji, opakowania, transportu oraz ubezpieczenia, jakie zostały doliczone do płatności podstawowej²⁰.

W takim rozumieniu pojęcie odpłatności obowiązuje także w odniesieniu do producentów rolnych zarówno w zakresie dostaw, jak i świadczenia usług, z tym że z uwagi na specyfikę obrotu produktami rolnymi w ramach wspólnej polityki rolnej obejmuje także wartość towarów, innych dóbr oraz rekompensat uzyskiwanych w zamian za dostawy realizowane w trybie zamówień publicznych. W świetle dorobku orzecznictwa ETS ukształtowanego przede wszystkim na gruncie spo-

¹⁸ Tak ETS w orzeczeniu C- 215/94 z 29 lutego 1996 r. [1996] ECR 972.

¹⁹ Por. orzeczenie C-231/94 *Faaborg-Gelting Linien A/S v. Finanzamt Flensburg* oraz orzeczenia z 27 czerwca 1989 r. w sprawie 50/88 [1989] ECR 1984, *H. Kuhne* i z 25 maja 1993 r. w sprawie C-193/91 [1993] ECR 2630, *G. Mohsche*.

²⁰ Płatność z tytułu dostaw lub świadczenia usług wyrażana jest w pieniądzu. W przypadku gdy przybiera inną niż monetarna postać świadczenia rzeczowego bądź mieszanego, zachowuje swój charakter, o ile daje się ustalić jego równowartość pieniężną. Jeżeli polega na świadczeniu usług, opodatkowaniu podlega wartość takich usług. Tak ETS w licznych orzeczeniach; por. m.in. orzeczenia z 23 listopada 1988 r. w sprawie C-230/87 [1988] ECR 6365, *Naturalny Yours Cosmetics*; z 2 czerwca 1994 r. w sprawie C-33/93 [1994] ECR 2392; Szerzej zob. B. Brzeziński, M. Kalinowski, *Europejskie prawo podatkowe w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Gdańsk 2001, s. 123 i n. Zob. też J. Jędraszczyk, w: K. Sachs (red.), *VIDyrektywa...*, op. cit., s. 30–33.

rów związanych z mechanizmami WPR przyjęto, że tak rozumiana odpłatność ma miejsce tylko wówczas, gdy występuje bezpośredni związek wynikający ze stosunku cywilnoprawnego między wykonywanymi czynnościami a wysokością otrzymywanej płatności, czyli gdy istnieje bezpośrednia i jasno zindywidualizowana korzyść na rzecz dostawcy-usługodawcy z tytułu dostawy lub świadczenia usługi²¹. Wzajemne powiązanie, o którym mowa, ma zasadnicze znaczenie dla możliwości opodatkowania czynności mieszczących się w pojęciu odpłatnej dostawy, świadczenia usług czy importu, nawet dokonywanych w ramach transakcji nielegalnych. Wychodząc z założenia, że naczelną zasadą wspólnego systemu podatku od wartości dodanej jest zapewnienie równej konkurencji dla wszystkich podmiotów gospodarczych, dostawa na wspólny rynek wszystkich towarów, w tym także nielegalnie wprowadzonych do obrotu, jak przykładowo towary podrobione²², które jednak mogą konkurować z towarami legalnie dystrybuowanymi, podlega obowiązkowi opodatkowania VAT. W kontekście dostaw produktów rolnych oznacza to, że opodatkowaniu podlegają także czynności, których przedmiotem są produkty rolne niewytworzone przez samego producenta, a pozyskane w inny sposób – także nielegalny, które następnie zostały wprowadzone do obrotu. Obowiązek podatkowy nie powstaje bowiem tylko wówczas, gdy nielegalne towary nie mają odpowiednika w obrocie legalnym, jak to ma miejsce przykładowo przy dostawach narkotyków²³. Przy produktach rolnych nie ma większych problemów z ustaleniem ich odpowiednika prawidłowo wytworzonego i wprowadzonego do obrotu. Wobec rygorystycznie uregulowanych zasad wytwarzania i wprowadzania do obrotu produktów rolnych, zmierzających do kontrolowania przede wszystkim wielkości produkcji, ale też warunków zdrowotnych i bezpieczeństwa produktów żywnościowych oraz odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez produkty wadliwe wprowadzane zarówno do obrotu konsumenckiego jak i do przetwórstwa, prawno-podatkowe regulacje, na mocy których oceniana jest podstawa opodatkowania, wydają się niewystarczające. Podobnie bowiem jak przy samym definiowaniu czynności podlegających opodatkowaniu nie uwzględniają szczególnych regulacji ani też nie tworzą niezbędnych mechanizmów kontroli legalności obrotu. Przeciwnie, sankcjonują niejako czynności, które w świetle innych przepisów obowiązującego systemu prawnego mogą być uznane za nielegalne lub niespełniające przesłanek

²¹ Zob. orzeczenie ETS z 8 marca 1988 r. w sprawie [1988] ECR 1443, *Apple and Pear Development Council*. W powołanym orzeczeniu ETS, oceniając, czy przychody organizacji wspierającej rozwój sadownictwa *Apple and Pear Development Council* z tytułu świadczeń zrzeczonych w niej plantatorów podlegają opodatkowaniu VAT, uznał, że brak jest zindywidualizowanej i bezpośredniej korzyści osiągniętej przez poszczególnych plantatorów. Korzyści płynące z działalności organizacji odnosili bowiem wszyscy plantatorzy prowadzący gospodarstwa sadownicze, a zatem nie powstał bezpośredni związek między uzyskiwanym przychodem a świadczonymi usługami, co wykluczyło możliwość opodatkowania podatkiem od towarów i usług.

²² Dotyczy to produktów, które mogą być legalnie wprowadzane do obrotu, tak jak podrabiane perfumy, kosmetyki czy alkohole i papierosy.

²³ Zob. orzeczenie ETS w sprawie C-455/98 *Tullihallitus v. Kaupop Salumets* oraz odpowiedź na pytanie sądu krajowego w sprawie karnej C-3/97 *Regina v. J.C. Goodwin & E.T. Unstead*; J. Jędraszczyk, w: K. Sachs (red.), *VIDyrektywa...*, op. cit., s. 36–37; orzeczenie z 5 lipca 1988 r. w sprawach 269/86 *Mol* oraz 289/86 *Happy Family* [1988] ECR 3627 i 3655.

formalnych. Stan ten trudno uważać za właściwy zwłaszcza przy uwzględnieniu, że VI dyrektywa wymaga każdorazowego ustalania, czy dostawa towarów lub świadczenie usług stanowiących przedmiot opodatkowania dokonane zostało w warunkach pozwalających na uznanie, że strona w odniesieniu do konkretnej czynności działała jako podatnik (**w charakterze podatnika**). Konieczność dokonywania takiego ustalenia ma szczególne znaczenie w odniesieniu do osób fizycznych dokonujących czynności zarówno w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, jak i poza nią, co ma miejsce zwłaszcza przy działalności wytwórczej indywidualnych producentów rolnych. Występowanie w charakterze podatnika ma zasadnicze znaczenie dla ustalenia zakresu obowiązku podatkowego. W zależności bowiem od okoliczności te same czynności mogą być kwalifikowane raz jako podlegające, a innym razem jako niepodlegające opodatkowaniu VAT. Ocena występowania w charakterze podatnika powinna przede wszystkim uwzględniać, czy przedmiot opodatkowania został wytworzony i wprowadzony do obrotu z zachowaniem reguł ukształtowanych przez wspólną politykę rolną, a dopiero w dalszej kolejności relacje między działalnością rolniczą traktowaną jako gospodarza a czynnościami związanymi z prowadzeniem gospodarstwa domowego. Oba elementy wydają się tak samo istotne, a zatem pomijanie reguł natury ogólnej, które determinują cały proces produkcji i obrotu konkretnym produktem rolnym przy jednoczesnym uwzględnianiu bardziej szczegółowych reguł pozwalających na odróżnienie czynności gospodarczych od pozostałych, nie znajduje racjonalnego wytłumaczenia nawet przy uwzględnieniu zasady powszechności opodatkowania.

3. System zryczałtowanego opodatkowania rolników

Wyrazem szczególnego statusu producentów rolnych przy opodatkowaniu VAT jest możliwość wyboru sposobu opodatkowania, albo na zasadach ogólnych, albo według zasad uproszczonych, zwanych zryczałtowanym systemem opodatkowania. W ramach wspólnotowego wzorca podatku od wartości dodanej stworzony został szczególny, uproszczony system wymiaru i poboru VAT od producentów rolnych, który stanowi uzupełnienie systemu ogólnego. Jakkolwiek możliwość swobodnego wyboru systemu opodatkowania traktowana jest jako istotna i wyróżniająca cecha europejskiego systemu zryczałtowanego opodatkowania obrotu produktami rolnymi, to ma ona jednak charakter przejściowy, wynikający z założenia, że docelowo wszyscy producenci rolni powinni osiągnąć taki stan organizacji produkcji, który umożliwi rozliczanie na zasadach ogólnych²⁴. Stąd też przepis art. 25 VI dyrektywy wprowadza zasadę, że państwa członkowskie mogą zastosować do rolników zryczałtowany system opodatkowania wówczas, gdy obowiązek rozliczeń działalności rolniczej na zasadach ogólnych podatku od wartości dodanej mógłby powodować istotne trudności. W założeniach VI dyrektywy zryczałtowany system podatkowy przewidziany był dla producentów prowadzących niewielkie

²⁴ Szerzej zob. Explanatory Memorandum COM (73) 950 Memorandum Wyjaśniające. Dokument przygotowany przez Komisję, stanowiący integralną część projektu VI dyrektywy, pełniący rolę uzasadnienia jej przepisów, s. 34.

gospodarstwa rolne. Jednakże przepisy powołanej dyrektywy nie statuuja żadnych ograniczeń tak co do rozmiarów prowadzonej rolniczej działalności wytwórczej, jak i wielkości gospodarstwa rolnego. Tym samym uproszczonym systemem opodatkowania można objąć wszystkich producentów rolnych, chyba że w przepisach krajowych państwa członkowskie wprowadzą ograniczenia zgodnie z art. 25 ust. 9 VI dyrektywy, dopuszczającym wyłączenie z zakresu ryczałtowego opodatkowania tych podatników, którym stosowanie zasad ogólnych opodatkowania nie powinno stwarzać nadmiernych utrudnień administracyjnych. Odnosi się to przede wszystkim do producentów – podatników osiągających określony pułap dochodów²⁵ lub tych, którzy prowadzą produkcję wytwórczą w określonych formach organizacyjno-prawnych²⁶, bądź też prowadzą jednocześnie inną działalność gospodarczą²⁷ niż rolnicza i w związku z tym są zobowiązani na mocy przepisów odrębnych do prowadzenia ksiąg rachunkowych.

Uproszczony system opodatkowania rolnictwa VAT konstruowany jest na dwóch podstawowych założeniach. Po pierwsze, na wyeliminowaniu nadmiernych trudności związanych z zastosowaniem zasad ogólnych opodatkowania, a po wtóre na zapewnieniu rolnikom ryczałtowym częściowej refundacji VAT zapłaconego przy nabyciu środków niezbędnych do produkcji rolniczej. Zasadnicza różnica między systemem zryczałtowanym a zasadami ogólnymi opodatkowania polega na zwolnieniu pewnej grupy producentów rolnych – podatników zryczałtowanych, z obowiązku odprowadzania do budżetu różnicy między ceną netto a brutto. Różnica ta stanowi dla takich podatników zryczałtowany zwrot podatku naliczonego, określonego w przepisach dyrektywy jako rekompensata. Mechanizm działania systemu uproszczonego sprowadza się do powiększenia przez uprawnionego producenta rolnego ceny sprzedawanych produktów o kwotę zryczałtowanej rekompensaty. Wartość podlegająca zwrotowi obliczana jest jako procent ceny netto towarów lub usług dostarczanych przez producentów rolnych. Wysokość stóp procentowych zryczałtowanego zwrotu podatku (rekompensaty) ustalają odrębnie państwa członkowskie. Uwzględniając jednak, że system zryczałtowany ma na celu wyłącznie zrekompensowanie kosztów poniesionych przy zakupie dla potrzeb produkcyjnych towarów i usług, dopuszczalna wysokość ustalonej stopy procentowej zryczałtowanego zwrotu nie może przekraczać kwoty podatku naliczonego od dokonywanych przez producentów rolnych zakupów ani też stanowić ukrytej dotacji. Państwa członkowskie samodzielnie określają zasady zwrotu zryczałtowanego VAT, a w szczególności ustalają, czy zwrotu dokonują nabywcy produktów i usług rolnych, czy też odpowiednie organy publiczne. Przyjęte w praktyce rozwiązania, choć charakteryzują się znacznymi odrębnościami, pozwalają jednak na wskazanie pewnej ogólnej prawidłowości. W odniesieniu do transakcji prowadzonych w obrocie krajowym obowiązek zwrotu z reguły ciąży na nabywcach produktów i usług rolniczych. Natomiast w odniesieniu do dostaw realizowanych na rzecz

²⁵ Kryterium pułapu obrotów wprowadzone zostało we Francji.

²⁶ Tak ma to miejsce w Grecji.

²⁷ Kryterium rodzaju działalności i obowiązku prowadzenia ksiąg rachunkowych obowiązuje w Wielkiej Brytanii.

podatników lub innych podmiotów mających siedzibę poza obszarem danego państwa członkowskiego do zwrotu zryczałtowanej wartości VAT zobowiązane są odpowiednie organy państwowe.

Zakresem przedmiotowym zryczałtowanego systemu opodatkowania objęte zostały produkty rolne wytworzone w ramach tych rodzajów działalności, które określone zostały w załączniku A do VI dyrektywy. W jego treści szczegółowo wymienione zostały rodzaje prac oraz świadczeń realizowanych zwykle w ramach produkcji rolnej z wykorzystaniem należącego do producenta rolnego sprzętu, o jakich mowa w załączniku B do powołanej dyrektywy. To enumeratywne wyliczenie rodzajów działalności stanowi przedmiotowe ograniczenie dla uznania producenta rolnego za rolnika ryczałtowego. Zryczałtowanemu zwrotowi podatku podlegają przeto dokonywane przez producenta rolnego – podatnika ryczałtowego dostawy tak określonych produktów rolnych i usług. Katalog czynności rolniczych, o którym mowa w załącznikach A i B, wyznacza także zakres swobody państw członkowskich, które wskazując rodzaje rolniczej działalności produkcyjnej uzasadniającą zastosowanie ryczałtowego systemu opodatkowania podatkiem od wartości dodanej, muszą uwzględnić wyłącznie rodzaje działalności określone w powołanych dokumentach.

II. OPODATKOWANIE DZIAŁALNOŚCI ROLNICZEJ PODATKIEM OD TOWARÓW I USŁUG W POLSCE

1. Ewolucja systemu opodatkowania działalności rolniczej VAT

Koncepcja opodatkowania działalności rolniczej podatkiem od towarów i usług w systemie polskiego prawa przeszła pewną ewolucję widoczną na gruncie kolejnych ustaw normujących podatki pośrednie.

Ustawa z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym²⁸, wprowadzając nowe zasady opodatkowania pośredniego działalności gospodarczej, nie objęła producentów rolnych, a obrót produktami rolnymi zwolniła od VAT²⁹. Stan ten oceniany był negatywnie przede wszystkim ze względów ekonomicznych, jako uniemożliwiający producentom rolnym skorzystanie z odliczeń podatku płaconego w cenach nabywanych towarów i usług związanych z prowadzoną działalnością³⁰. Ale także z uwagi na niedostosowanie regulacji prawa krajowego do obowiązujących zasad prawa wspólnotowego, co

²⁸ Dz.U. z 1993 r. Nr 11, poz. 50 z późn. zm.; ustawa weszła w życie z dniem 5 lipca 1993 r., zastępując funkcjonujące dotychczas dwa podatki obrotowe – obciążający jednostki gospodarki uspołecznionej (ustawa z dnia 26 lutego 1982 r. o opodatkowaniu jednostek gospodarki uspołecznionej, Dz.U. z 1987 r. Nr 12, poz. 77) oraz obciążający pozostałe podmioty prowadzące działalność wytwórczą, usługową i handlową (ustawa z dnia 16 grudnia 1972 r. o podatku obrotowym, Dz.U. z 1983 r. Nr 43, poz. 191).

²⁹ Zob. art. 7 pkt 1 oraz załącznik nr 1 do ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym w pierwotnym brzmieniu.

³⁰ Tak m.in. J. Zubrzycki, *Leksykon VAT 2001*, Wrocław 2001, s. 772; E. Matejek, *VAT w rolnictwie – wady i zalety*, w: *Szanse i zagrożenia dla krajowego ogrodnictwa po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Materiały III Ogólnopolskiej Konferencji Ogrodniczej, Lublin 13–14 grudnia 2000, s. 429 i n.

stanowiło naruszenie wymogów określonych w art. 68 i 69 Układu Europejskiego ustanawiającego Stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i Ich Państwami Członkowskimi³¹.

Dokonując dalszej harmonizacji prawa krajowego, ustawa o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym została gruntownie znowelizowana ustawą z dnia 20 lipca 2000 r.³² Zmienione przepisy włączyły do systemu opodatkowania VAT działalność producentów rolnych. Tym samym usunięta została zasadnicza sprzeczność prawa krajowego z prawem wspólnotowym, co jednak nie oznaczało pełnej harmonizacji z postanowieniami VI dyrektywy. W szczególności nie został ujednolicony zakres opodatkowania, jako że przepisy polskiej ustawy w sferze produkcji rolnej i leśnej nie objęły produkcji drewna w stanie surowym oraz całkowicie wyłączyły spod opodatkowania świadczenie usług rolniczych³³. Nadto stawka opodatkowania obowiązująca w sferze rolnictwa ustalona została na poziomie 3%³⁴, podczas gdy w świetle przepisów VI dyrektywy nie mogła być niższa niż 5%³⁵. Nieco odmiennie określone zostały też zasady zmiany systemu opodatkowania przy rezygnacji z opodatkowania ryczałtowego, ograniczając w tym zakresie producentowi rolnemu swobodę wyboru³⁶.

W związku z powyższym konieczne okazały się dalsze zmiany, które uwzględnić miały w niezbędnym zakresie reguły wytyczone przepisami wspólnego systemu opodatkowania podatkiem od wartości dodanej. Dostosowanie dokonane zostało ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług³⁷, która uchyliła dotychczas obowiązującą ustawę o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym. Ustawa ta, w nieznacznym tylko zmienionym brzmieniu, kształtuje obecną sytuację producentów rolnych w sferze pośredniego opodatkowania prowadzonej przez nich działalności.

2. Zakres przedmiotowy ustawy o podatku od towarów i usług

Producenci rolni w przepisach ustawy o podatku od towarów i usług objęci zostali zróżnicowanymi zasadami opodatkowania, podlegając albo opodatkowaniu ryczałtowemu, albo na zasadach ogólnych. Omówienie sytuacji prawnej

³¹ Zob. A. Komar, *Założenia Harmonizacji polskiego prawa podatkowego z prawem Unii Europejskiej*, „Podatki i Prawo Gospodarcze Unii Europejskiej” 1999, nr 3, s. 22; P. Czechowski, *Dostosowanie polskiego prawa do prawa wspólnot europejskich realizowanych w ramach programu PHARE/SIERRA*, „Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 1999, nr 4, *passim*.

³² Ustawa o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym i opłacie skarbowej, Dz.U. z 2000 r. Nr 68, poz. 805. Ustawa weszła w życie z dniem 4 września 2000 r.

³³ Zob. art. 4 pkt. 12 i 17 ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym.

³⁴ Zob. art. 18 ust. 1a ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym; L. Oręziak, *Harmonizacja podatków pośrednich i bezpośrednich*, w: E. Kawecka-Wyrzykowska, E. Synowiec (red.), *Unia Europejska. Integracja Polski z Unią Europejską*, Warszawa 1997, s. 340–345.

³⁵ Dyrektywa pozostawia państwom członkowskim swobodę w zakresie ustalenia stawki opodatkowania, zastrzegając jedynie, iż jej wysokość nie może być niższa niż 5%. Tak J. Kiszka, *Opodatkowanie rolnictwa podatkiem od wartości dodanej*, „Prawo Unii Europejskiej” 2000, nr 5, s. 4 i n.

³⁶ Por. art. 7 ust. 1 pkt 7 oraz ust. 2b–2d ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym; zob. też B. Kozłowska, *Stan dostosowania prawa...*, op. cit., s. 89 i n.

³⁷ Dz.U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.; cytowana dalej jako ustawa o VAT.

producentów rolnych ze względu na sposób opodatkowania, któremu podlegają, wymaga poprzedzenia uwagami związanymi ze sferą przedmiotową VAT.

Rozpocząć wypada od uwagi natury ogólnej, że wskutek wymaganej ścisłej implementacji postanowień VI dyrektywy do przepisów ustawy o podatku od towarów i usług zastosowanie znajdują ukształtowane na gruncie orzecznictwa ETS reguły interpretacji pojęć działalności rolniczej jako działalności gospodarczej, dostawy, świadczenia usług oraz oceny czynności podlegających opodatkowaniu jako dokonanych przez podmiot działający w charakterze podatnika. Przepisy prawa krajowego przesadzają o niezakłóconym funkcjonowaniu wspólnego rynku, a zatem muszą być konstruowane i interpretowane odpowiednio do regulacji VI dyrektywy oraz ukształtowanej w ich świetle linii orzecznictwa ETS. W przypadku zaś braku zgodności normy krajowej z prawem wspólnotowym każdemu podatnikowi służy prawo do bezpośredniego powoływania się przed sądem krajowym na przepisy VI dyrektywy³⁸. Stąd także na gruncie zharmonizowanego prawa polskiego, zasadnicze znaczenie dla oceny prawnopodatkowej mają, tak jak i w prawie wspólnotowym, aspekty ekonomiczne. Natomiast problematyka cywilnoprawna regulująca dopuszczalność i legalność wytwarzania produktów rolnych oraz wprowadzania ich do obrotu, jak i przepisy kształtujące stosunki między stronami czynności podlegających opodatkowaniu, pozostają poza sferą regulacji i oceny prawnopodatkowej. Przeto podniesione na gruncie VI dyrektywy uwagi co do skutków nieuwzględniania szczególnych rygorów produkcji rolnej, zwłaszcza w warunkach limitowania jej wielkości oraz branżowej organizacji rynków rolnych, zachowują pełną aktualność także w kontekście przepisów polskiej ustawy o podatku od towarów i usług.

Ustawa wprowadza nadto definicje pojęć podstawowych dla opodatkowania VAT, jakimi są działalność rolnicza, dostawy i usługi rolnicze, produkty rolne oraz gospodarstwo rolne, leśne i rybackie. Z uwagi na to, że pojęcia te znajdują zastosowanie tak w odniesieniu do rolnika ryczałtowego, jak i opodatkowanego na zasadach ogólnych, wymagają nieco szerszego omówienia.

2.1. Działalność rolnicza

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT przedmiotem opodatkowania jest odpłatna dostawa towarów i świadczenie usług na terytorium kraju, wewnątrzwspólnotowa dostawa i nabycie towarów³⁹ oraz import i eksport towarów i usług⁴⁰.

³⁸ Por. orzeczenie ETS z dnia 25 maja 1993 r. w sprawie C-193/91 [1993] ECR 2630, *G. Mohsche*.

³⁹ Przepis art. 5 ustawy o VAT wymienia jako czynności podlegające opodatkowaniu wewnątrzwspólnotowe nabycie lub dostawę towarów. Z uwagi na to, że wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów nie występuje w przypadku, gdy dotyczy towarów nabywanych przez rolników ryczałtowych (art. 10 ust. 1 pkt 2 lit. a) – a dostawa, z uwagi na zwolnienie podmiotowe, wynikające z art. 113 ustawy o VAT, traktowana jest jako dostawa krajowa – problematyka stąd wynikająca wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

⁴⁰ Przepisy regulujące import i eksport mogą także odnosić się do producentów rolnych, jednakże zasadniczo – poza tym, że obowiązek podatkowy przy eksporcie powstaje z chwilą potwierdzenia przez urząd celny wyjścia towaru poza terytorium Wspólnoty, a przy imporcie z chwilą potwierdzenia

W odniesieniu do producentów rolnych przedmiotem dostaw podlegających opodatkowaniu są produkty rolne pochodzące z własnej działalności rolniczej. Ustalenie zakresu pojęciowego działalności rolniczej na gruncie przepisów omawianej ustawy wymaga uwzględnienia szeregu przepisów. W treści art. 2 pkt 15 ustawy o VAT określone zostały rodzaje upraw, produkcji oraz chowu i hodowli organizmów traktowane jako **działalność rolnicza**, jak też wprost wskazano, że taką działalnością jest także sprzedaż produktów gospodarki leśnej i rybackiej. Jednocześnie pkt 20 powołanego przepisu stwierdza, że **produktami rolnymi są towary** określone w załączniku nr 2 do omawianej ustawy oraz towary wytworzone z nich przez rolnika ryczałtowego z produktów pochodzących z jego własnej działalności rolniczej przy użyciu środków zwykle używanych w gospodarstwie rolnym, leśnym lub rybackim. Definicję towaru zawiera zaś pkt 6 art. 2 ustawy o VAT, w myśl którego są to wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej: rzeczy ruchome, wszystkie postacie energii, budynki, budowle lub ich części.

Ustalanie wzajemnych relacji między określonym w pkt 15 art. 2 ustawy o VAT zakresem rolniczej działalności wytwórczej a wytworzonymi w jej ramach produktami zwanymi towarami określonymi w pkt 6 i 20 art. 2 oraz w załączniku nr 2 do ustawy o VAT budzi wiele wątpliwości.

Przed wszystkim rozstrzygnąć należy, czy pojęcie „**produkt rolny**” zdefiniowane zostało w odniesieniu do dostaw dokonywanych zarówno przez rolników ryczałtowych, jak i producentów rolnych opodatkowanych na zasadach ogólnych. Jakkolwiek przepis art. 2 zawiera definicje ustawowe, które co do zasady powinny znajdować zastosowanie do całego aktu prawnego, wprowadzając jednolite rozumienie i interpretowanie przepisów, to wynikające z treści przepisu odesłanie do załącznika nr 2, zawierającego *wykaz towarów i usług, od których dostawy przysługuje zryczałtowany zwrot podatku od towarów i usług*, tworzy zasadniczą niejasność.

Przepisy ustawy konstruujące na zasadzie wyjątku od powszechnie obowiązujących reguł ryczałtowy sposób opodatkowania producentów rolnych⁴¹ mają charakter przepisów szczególnych. Dotyczy to także postanowień zawartych w załączniku nr 2 do ustawy, w którym wymienione są produkty objęte ryczałtowym zwrotem VAT. Załączniki do ustawy stanowią jednak jej integralną część, a zawarte w nich postanowienia mają taki sam charakter jak przepisy, które wprowadzają regulacje szczególne. Przeto postanowienia załącznika nr 2 do ustawy o VAT, jako postanowienia szczególne, nie mogą być interpretowane rozszerzająco⁴². To zaś przesądza o tym, że ustawodawca zdefiniował pojęcie „produkt rol-

wejścia na obszar celny Wspólnoty, a podstawą opodatkowania jest wartość celna towarów – nie modyfikują zasad kształtujących pozycję prawną producentów rolnych. Nie mają też charakteru samodzielnego, lecz w znacznej mierze odwołują się do instytucji celnych. Stąd też ich szersze omówienie w kontekście tematyki niniejszego opracowania nie wydaje się celowe.

⁴¹ Zob. Dział XII *Procedury szczególne*. Rozdział 2 *Szczególne procedury dotyczące rolników ryczałtowych* ustawy o podatku od towarów i usług.

⁴² Por. rozważania TK w uzasadnieniu do wyroku z 3 kwietnia 2001 r. K 32/99, OTK 2001, nr 3, poz. 5.

ny” wyłącznie dla ryczałtowego sposobu opodatkowania producentów rolnych. Natomiast produkty wytworzone w ramach działalności rolniczej producentów niekorzystających z ryczałtowych zasad opodatkowania, o ile zostaną ujęte w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, objęte będą szerszym pojęciem towaru.

W odniesieniu do producentów rolnych podlegających szczególnym, ryczałtowym zasadom ustalenie przedmiotu opodatkowania wymaga nadto uwzględnienia ograniczeń wynikających z treści art. 2 pkt 19 w zw. z pkt 20 oraz z załącznika nr 2 do ustawy o VAT. Sprowadzają się one przede wszystkim do uznania, że bez względu na rozmiar i zakres prowadzonej samodzielnej działalności rolniczej przez rolnika ryczałtowego produktami rolnymi są tylko produkty wymienione w załączniku nr 2 do ustawy⁴³. W konsekwencji dostawa przez rolnika ryczałtowego innych produktów niż wskazane nie będzie stanowiła podstawy do ryczałtowego opodatkowania VAT.

Inne ograniczenie związane jest z dopuszczalnym stopniem przetworzenia produktów rolnych. Ryczałtowy zwrot podatku przysługuje tylko wówczas, gdy produkty dokonanego przetworzenia nadal będą w wykazie artykułów ujętych w załączniku nr 2 do ustawy. Warto jednak zauważyć, że niemal wszystkie tam wymienione produkty rolne to produkty naturalne niepoddane właściwie żadnym zabiegom przetwórczym. Nieliczne wyjątki zawarte w postanowieniach załącznika nr 2, jak tusze i półtusze zwierzęce, mięso i filety z ryb słodkowodnych czy też odpady, obierki, strużyny i liście, zdają się wskazywać na dopuszczalny stopień przetworzenia, który wbrew nowoczesnym technikom produkcji rolniczej ograniczony został jedynie do prostych czynności przygotowania produktu naturalnego w celu wprowadzenia do obrotu. Tym samym za produkty rolne, za które przysługuje ryczałtowy zwrot podatku, mogą zostać uznane produkty nieprzetworzone lub niskoprzetworzone. Wobec braku w ustawie jakichkolwiek innych przesłanek, pozwalających odróżnić dopuszczalne zabiegi przygotowawcze czy wstępnego przetworzenia produktów rolnych, jedynym źródłem przesądającym, w jakim stopniu przetworzenia dany produkt rolny jest towarem w rozumieniu przepisów o VAT, pozostaje klasyfikacja zawarta w załączniku nr 2. To zaś wymaga każdorazowego sprawdzania, czy produkt w danym stadium przygotowania do dostawy wymieniony jest w powołanym załączniku.

Konieczność każdorazowego sprawdzania postanowień załącznika wynika także z faktu, iż wszystkie towary, w tym także ich szczególna kategoria, jaką

⁴³ Na marginesie należy wskazać na wyjątkową niedbałość techniki legislacyjnej pkt. 20 art. 2 ustawy o VAT, który definiując pojęcie podstawowe, jakim jest przedmiot opodatkowania, przyjmuje brzmienie: „produktach rolnych – rozumie się przez to towary wymienione w załączniku nr 2 do ustawy oraz towary wytworzone z nich przez rolnika ryczałtowego z produktów pochodzących z jego własnej działalności rolniczej przy użyciu środków zwykle używanych w gospodarstwie rolnym, leśnym i rybackim”. Takie ujęcie sugeruje, że można wyróżnić trzy grupy produktów: 1) określone w załączniku nr 2; 2) wytworzone z tych produktów; 3) wytworzone z (innych niż wskazane w załączniku nr 2) produktów pochodzących z własnej działalności rolniczej. Taka interpretacja nie wydaje się jednak możliwa do zaakceptowania, przy założeniu, że tylko produkty wymienione w załączniku są w odniesieniu do rolnika ryczałtowego traktowane jako produkty rolne – efekt jego własnej działalności rolniczej.

są produkty rolne stanowiące przedmiot czynności podlegających opodatkowaniu, muszą być wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej. Stąd też poszczególne produkty rolne zostały usystematyzowane i oznaczone odpowiednio do reguł statystyki publicznej. Klasyfikacje statystyki publicznej nie są wprawdzie tworzone dla celów podatkowych, ale stanowią próbę uporządkowania towarów i usług występujących w obrocie przez dokonanie ich szczegółowego pogrupowania i oznaczenia numerami. Z uwagi na płynność zjawisk gospodarczych, szybkość rozwoju produkcji i coraz szerszy asortyment produktów wprowadzonych do obrotu klasyfikacja statystyczna podlega częstym zmianom i modyfikacjom. W związku z tym że opodatkowaniu podlegają tylko towary objęte i uwzględnione w takiej klasyfikacji, konieczne wydaje się stałe śledzenie zmian wprowadzonych tam oznaczeń. Budzi jednak poważne wątpliwości, czy reguły obowiązujące przy tworzeniu klasyfikacji statystyki publicznej mogą *de facto* przesądzać o zakresie przedmiotowym VAT. Koncentrują się one przede wszystkim wokół charakteru i trybu uchwalania klasyfikacji statystyki publicznej oraz na dopuszczalności odwołania się w przepisach podatkowych do klasyfikacji statystycznych.

Sygnalizowany problem nie jest nowy. Ujawniony został już na gruncie uprzednio obowiązującej ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym. Był też przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego⁴⁴, który stanął na stanowisku, że przez ujęcie w załącznikach towarów i usług podlegających opodatkowaniu treść klasyfikacji zostaje pozbawiona znaczenia normatywnego. Pełni wyłącznie funkcje techniczne, dostarczając niezbędnej nomenklatury i symboli. Stanowi pewien swoisty zbiór nazw i definicji towarów i usług występujących w obrocie. Natomiast nie tworzy norm prawa obowiązującego. Nadto w ocenie TK stworzenie kompletnej, jednoznacznej i niezmienniej klasyfikacji obejmującej wszystkie towary i usługi jest obiektywnie niemożliwe i to niezależnie od rangi aktu prawnego, który by tę klasyfikację zawierał.

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego nie do końca przekonuje. Z uwagi na ustawowy nakaz uwzględniania postanowień zawartych w klasyfikacji przy określaniu przedmiotu opodatkowania, ma ona znaczenie prawne w sferze kształtowania sytuacji podatnika⁴⁵. Jednakże wynikające z przepisów ustawy odesłanie nie jest właściwe, gdyż zostało skierowane do aktu prawnego który nie jest ani ustawą, ani innym aktem będącym źródłem powszechnie obowiązującego prawa. Uznając zaś, zgodnie z wyrokiem TK, że porządkują one zjawiska obrotu gospodarczego, ich zmienność i modyfikowanie uznać trzeba za cechę charakterystyczną i trwałą. Dla producenta rolnego – podatnika, tak korzystającego z opodatkowania ryczałtowego, jak i opodatkowania na zasadach ogólnych, oznacza to, że

⁴⁴ Zob. powoływany już wyrok TK z 3 kwietnia 2001 r. K 32/99, OTK 2001, nr 3, poz. 53.

⁴⁵ W uzasadnieniu do wyroku z 16 lutego 2000 r. NSA zwrócił uwagę, że dla prawidłowego rozstrzygnięcia, czy działalność skarżącego jest opodatkowana VAT, niezbędne jest ustalenie, do jakiego symbolu KU należy ją zaliczyć. Por. wyrok NSA z 16 lutego 2000 r., I S.A./Lu 1256/98, LEX, nr 42906.

na gruncie przepisów ustawy o VAT nie do końca można precyzyjnie określić, co jest przedmiotem opodatkowania⁴⁶.

2.2. Usługi rolnicze

Opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług objęte zostało także świadczenie usług, przez które według art. 8 ustawy o VAT rozumie się każde odpłatne świadczenie na rzecz osoby fizycznej, prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów. Powołany przepis wskazuje także pewne czynności wykonywane nieodpłatnie, które na gruncie podatkowym zrównane zostały z odpłatnym świadczeniem usług. Ich wykonanie przez podatnika skutkuje powstaniem obowiązku podatkowego. Zdefiniowanie pojęcia usługi dokonane zostało w oderwaniu od klasyfikacji statystycznych i ma charakter komplementarny do pojęcia dostawy. Odpowiednio do regulacji VI dyrektywy wszelkie ekonomiczne zjawiska obrotu gospodarczego niebędące dostawą zakwalifikowane zostały jako usługi.

W odniesieniu do usług świadczonych przez producentów rolnych ogólne pojęcie ulega zasadniczej modyfikacji. Ustawa wprowadza bowiem kategorię usług rolniczych, które enumeratywnie wymienione zostały w wielokrotnie już powoływanym załączniku nr 2 do ustawy o VAT.

Z omówionego charakteru i znaczenia postanowień zawartych w załączniku nr 2 *prima facie* wynika, że wymienione w jego treści usługi odnoszą się do rolnika ryczałtowego, a określenie świadczenie usług przez producenta rolnego opodatkowanego na zasadach ogólnych podlega przepisom art. 8 ustawy o VAT. Niestety, definiując działalność rolniczą, przepis art. 2 ust. 15 ustawy o VAT mówi wprost tylko o usługach rolniczych, co prowadzi do wniosku, że nie wszystkie usługi producenta rolnego opodatkowanego na zasadach ogólnych mogą być przez niego świadczone w ramach działalności rolniczej. Tymczasem rezygnując z opodatkowania ryczałtowego, producent rolny traci uprzywilejowany status i podlega zasadom właściwym dla podatników niekorzystających ze szczególnych form opodatkowania. Wówczas prowadzona przez podatnika – producenta rolnego działalność rolnicza traktowana jest tak jak każda inna działalność gospodarcza. Tym samym, odpowiednio do konstrukcyjnych cech VAT, do jakich należy równe traktowanie podatników oraz zachowanie warunków konkurencji, także dostawa i świadczenie usług przez producenta rolnego powinno podlegać przepisom ogólnym. Przeto wynikające z ust. 15 art. 2 ustawy o VAT ograniczenie nie znajduje żadnego uzasadnienia, a nawet wydaje się postanowieniem zbędnym, wprowadzającym niepotrzebny zamęt.

⁴⁶ Argumenty przytoczone podnoszone były w zdaniach odrębnych do wyroku TK, sygn. K 32/99, przez sędziego Janusza Trzcńskiego oraz sędziego Andrzeja Mączyńskiego.

2.3. Gospodarstwo rolne, leśne i rybackie

Przepis art. 2 pkt 16–18 ustawy o VAT odwołuje się do pojęcia gospodarstwa rolnego, leśnego i rybackiego, sugerując, że działalność rolnicza objęta zakresem opodatkowania VAT, w myśl art. 15 ust. 2 ustawy o VAT, nie tylko ma być prowadzona osobiście przez podatnika – producenta rolnego, w sposób niezależny (samodzielny) i częstotliwy, to także powinna mieć miejsce w gospodarstwie odpowiednim do rodzaju produkcji.

Z uwagi na niejednoznaczność normatywnego pojęcia gospodarstwo rolne (leśne, rybackie) rozważyć wypada przede wszystkim, w jakim znaczeniu występuje ono na gruncie przepisów ustawy o VAT, a także, czy prowadzenie działalności rolniczej w ramach takiej jednostki gospodarczej determinuje w jakikolwiek sposób prawnopodatkową pozycję producenta rolnego.

Ustawa o VAT, poza pojęciem gospodarstwa rybackiego, nie tworzy własnych definicji gospodarstw, odsyłając do przepisów innych aktów prawnych. Nawet pobieżna analiza zastosowanych odesłań pozwala zauważyć, że zdefiniowanie pojęć „gospodarstwo rolne i leśne” dokonane zostało w sposób nieadekwatny do potrzeb opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Co do pojęcia **gospodarstwo rolne** odesłanie wskazuje na ustawę o podatku rolnym, w której gospodarstwo rolne określone zostało jako obszar gruntów, sklasyfikowanych w ewidencji gruntów i budynków jako użytki rolne lub jako grunty zadrzewione lub zakrzewione na użytkach rolnych, o łącznej powierzchni przekraczającej 1 ha lub 1 ha przeliczeniowy, stanowiące własność lub znajdujące się w posiadaniu osoby fizycznej, prawnej lub jednostki nieposiadającej osobowości prawnej, w tym spółki nieposiadającej osobowości prawnej⁴⁷. A zatem gospodarstwo rolne występuje tu w klasycznym gruntowym znaczeniu, dla którego jedynym i wystarczającym elementem uznania danej jednostki wytwórczej za gospodarstwo są grunty o odpowiedniej wielkości i kategorii ewidencyjnej. Charakteru gospodarstwa rolnego wskazane grunty nie tracą nawet wówczas, gdy nie tworzą zorganizowanej całości gospodarczej i nie są wykorzystywane do prowadzenia działalności rolniczej. W takim ujęciu pojęcie gospodarstwo rolne odrywa się od kluczowej dla powstania obowiązku podatkowego VAT dostawy produktów rolnych wytworzonych w ramach własnej działalności przez producenta rolnego.

W odniesieniu do pojęcia **gospodarstwo leśne** ustawowe odesłanie dokonane zostało w sposób wyjątkowo nieczytelny. Art. 2 pkt 17 ustawy o VAT nie wskazuje bowiem wprost na przepisy innej ustawy, ale stwierdza, że gospodarstwem leśnym jest gospodarstwo prowadzone przez podatnika, na którym ciąży obowiązek podatkowy w podatku leśnym. Tymczasem ani ustawa o lasach⁴⁸, ani ustawa o podatku leśnym⁴⁹ nie wprowadzają pojęcia gospodarstwa leśnego, ale posługują się pojęciem działalności leśnej, przez którą rozumie się urządzenie, ochronę i zagospodarowanie lasu, powiększanie zasobów i upraw leśnych, gospodarowa-

⁴⁷ Zob. art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. o podatku rolnym.

⁴⁸ Ustawa z dnia 28 września 1991 r., Dz.U. z 2005 r. Nr 45, poz. 435.

⁴⁹ Ustawa z dnia 30 października 2002 r., Dz.U. Nr 200, poz. 1682 z późn. zm.

nie zwierzyną leśną oraz pozyskiwanie surowców leśnych i ich sprzedaż w stanie nieprzetworzonym⁵⁰. Przedmiotem opodatkowania jest las (grunt leśny), a podstawą wymiaru podatku jego areał wynikający z ewidencji gruntów i budynków⁵¹. Natomiast podatnikami podatku leśnego w myśl art. 2 ustawy o podatku leśnym są właściciele, posiadacze samoistni, użytkownicy wieczysti gruntów leśnych oraz jednostki samorządu terytorialnego⁵². Tak więc także i w przypadku pojęcia gospodarstwa leśnego brak jest nawiązania do działalności wytwórczej oraz czynności podlegających opodatkowaniu VAT.

Jedynie pojęcie **gospodarstwo rybackie** zostało zdefiniowane samodzielnie dla potrzeb ustawy o VAT jako prowadzenie działalności w zakresie chowu, hodowli ryb oraz innych organizmów żyjących w wodzie. A zatem w bezpośrednim nawiązaniu do jednej ze wskazanych w art. 2 ustawy o VAT działalności określanych jako rolnicza⁵³. To przesądza o ujęciu funkcjonalnym, w którym jednostka produkcyjna określana jest w sposób najbardziej elastyczny poprzez prowadzoną przez nią działalność wytwórczą.

W piśmiennictwie podkreśla się, iż traktowanie gospodarstwa w znaczeniu funkcjonalnym jest ujęciem nowoczesnym, pozwalającym na uwzględnienie współzależności między aktywnością gospodarczą realizowaną w ramach zorganizowanego w tym celu zespołu składników (gospodarstwem w znaczeniu przedmiotowym) a statusem producenta rolnego prowadzącego rolniczą działalność wytwórczą⁵⁴. W takim ujęciu z aktywnością gospodarczą oraz jej efektami ustawodawca łączy na wielu płaszczyznach określone konsekwencje prawne. Do takich płaszczyzn należą z pewnością zobowiązania publiczne, zwłaszcza w sferze opodatkowania pośredniego, do którego należy opodatkowanie VAT, świadczenia usług rolniczych oraz dostaw produktów rolnych. Konstruowanie definicji gospodarstwa rolnego, leśnego i rybackiego dla potrzeb opodatkowania VAT po-

⁵⁰ Wymienione w art. 1 ust. 3 ustawy o podatku leśnym surowce leśne obejmują: drewno, choinki, żywice, korę, karpinę, igliwie, zwierzynę oraz płody runa leśnego.

⁵¹ Zob. art. 1. ust. 1 oraz art. 3 ustawy o podatku leśnym.

⁵² A w odniesieniu do lasów pozostających w zarządzie Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe oraz wchodzących w skład Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa obowiązek podatkowy ciąży odpowiednio na jednostkach organizacyjnych Agencji Nieruchomości Rolnych oraz Lasach Państwowych.

⁵³ Dla pełnego określenia organizmów objętych chowem i hodowlą rybacką poza przepisami art. 2 ustawy o podatku od towarów i usług uwzględnić nadto należy przepisy ustawy z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (Dz.U. z 1999 r. Nr 66, poz. 750 z późn. zm.) oraz rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 12 listopada 2001 r. w sprawie połowu ryb oraz warunków chowu, hodowli i połowu innych organizmów żyjących w wodzie (Dz.U. Nr 138, poz. 1559 z późn. zm.).

⁵⁴ Szerzej zob. R. Budzinowski, *Koncepcja gospodarstwa rolnego w prawie rolnym*, Poznań 1992, s. 99 i n.; A. Stelmachowski, *Gospodarstwo rolne; pojęcie i jego ewolucja na tle przekształceń europejskich*, w: P. Czechowski, M. Korzycka-Twanow, S. Prutis, A. Stelmachowski, *Polskie prawo rolne na tle ustawodawstwa Unii Europejskiej*, wyd. II, Warszawa 1997, s. 79; M. Bednarek, *Mienie*, Kraków 1997, s. 215 i n.; K. Stefańska, *Model indywidualnego gospodarstwa rolnego w świetle znowelizowanego kodeksu cywilnego*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 3, s. 36 oraz K. Stefańska, *Darowizna gospodarstwa rolnego na rzecz małoletniego*, w: *Obrót nieruchomościami w praktyce notarialnej*, Kraków 1997, s. 216; E. Klat-Górska, *Pojęcie gospodarstwa rolnego w umowie sprzedaży*, „Studia Prawnicze” 2001, z. 3-4, s. 91 i n.

winno mieć przeto jednolity funkcjonalny charakter, odpowiednio do ukształtowanego przepisami ustawy mechanizmu opodatkowania. Wypada jednak zauważyć, że dla oceny pozycji prawnopodatkowej producenta rolnego zdefiniowanie gospodarstwa nie ma większego znaczenia. Zgodnie bowiem z treścią postanowień art. 15 pkt 4 i 5 ustawy o VAT, podatnikiem jest zarówno osoba prowadząca gospodarstwo rolne, rybackie lub leśne, jak i prowadząca działalność rolniczą w inny sposób. Tym samym dla podatku od towarów i usług nie ma znaczenia ani sposób prowadzenia produkcji czy obsługi cyklu rolno-biologicznego, miejsce (obszar) na ten cel przeznaczony, ani też to, czy produkcja dokonywana jest z wykorzystaniem lub bez wykorzystania gruntów i zabudowań tak własnych, jak i stanowiących przedmiot praw osób innych niż podatnik. Tak też traktuje rolniczą wytwórczość najnowsza linia orzecznictwa, zwracająca szczególną uwagę na fakt, iż współczesna produkcja rolna charakteryzuje się daleko posuniętą specjalizacją, wskutek czego może polegać także na jednorodzajowych uprawach z wykorzystaniem obcych urządzeń (usług agrotechnicznych), co jednak nie prowadzi do utraty charakteru rolnego samej działalności⁵⁵. Stąd dokonane w przepisach ustawy o VAT odwołanie do pojęć gospodarstw rolnego i leśnego w obowiązującym brzmieniu nie znajduje żadnego uzasadnienia i wypada je uznać za zbędne.

3. Szczególne zasady opodatkowania działalności rolniczej

Obejmując systemem opodatkowania podatkiem od towarów i usług działalność rolniczą, odpowiednio do postanowień VI dyrektywy zróżnicowano zasady opodatkowania producentów rolnych. Rolnicy korzystający ze szczególnych procedur określani zostali mianem rolników ryczałtowych, a pozostali są rolnikami opodatkowanymi na zasadach ogólnych. Z uwagi na mechanizm opodatkowania w chwili wejścia w życie przepisów regulujących VAT w rolnictwie⁵⁶ niemal wszyscy prowadzący już działalność rolniczą producenci rolni *ex lege* uzyskali status rolników ryczałtowych. Ustawowym wyłączeniem objęci zostali jedynie producenci rolni, obowiązani na mocy odrębnych przepisów do prowadzenia ksiąg rachunkowych⁵⁷. W odniesieniu do producentów rolnych rozpoczynających działalność ustawa przyjęła, że w roku podatkowym, w którym podejmują prowadzenie produkcji rolniczej, zawsze będą objęci zwolnieniem od VAT i uzyskają status rolnika ryczałtowego. Do korzystania ze szczególnych zasad opodatkowania rolników ryczałtowych uprawnieni zostali także producenci rolni, którzy wykonują czynności podlegające opodatkowaniu VAT inne niż działalność rolnicza. Oznacza to, że podatnik w zakresie rolniczej działalności będzie rolnikiem ryczałtowym, a w pozostałej podatnikiem opodatkowanym na zasadach ogólnych.

⁵⁵ Por. wyrok NSA z 15 marca 1995 r. S.A./Gd 3078/94, ONSA 1996, nr 2, poz. 73.

⁵⁶ Z dniem 4 września 2000 r. na mocy ustawy z dnia 20 lipca 2000 r., Dz.U. Nr 68, poz. 805.

⁵⁷ Podmioty gospodarcze, na których taki obowiązek ciąży, określone zostały w art. 2 ust. 1 ustawy o rachunkowości z dnia 29 września 1994 r., Dz.U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 z późn. zm.

3.1. Pojęcie rolnika ryczałtowego

Ustawowa definicja rolnika ryczałtowego skonstruowana została niezbyt poprawnie, posługuje się bowiem sformułowaniem *idem per idem*. Z treści art. 2 pkt 19 ustawy o VAT wynika, że rolnikiem ryczałtowym jest rolnik dokonujący dostawy produktów rolnych pochodzących z własnej działalności rolniczej lub świadczący usługi rolnicze, korzystający ze zwolnienia na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy o VAT. Natomiast art. 43 ust. 1 pkt 3 powołanej ustawy stanowi, że od VAT zwalnia się dostawę produktów rolnych pochodzących z własnej działalności rolniczej oraz świadczenie usług rolniczych przez rolnika ryczałtowego.

Zważywszy na dotychczasowe rozważania nad ustawowym pojęciem działalności rolniczej oraz świadczeniem usług, zwolnienie od podatku wynikające z art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy o VAT stanowi nieomówiony element konstruujący pojęcie rolnika ryczałtowego. Rezygnacja z ustalonego zwolnienia powoduje, co do zasady, utratę statusu rolnika ryczałtowego oraz objęcie dostaw i usług rolniczych ogólnymi zasadami opodatkowania.

Zwolnienie, o którym mowa, przysługuje z mocy samego prawa, stąd też brak jest podstaw prawnych do wydania decyzji o zwolnieniu od podatku od towarów i usług lub o odmowie takiego zwolnienia⁵⁸. Tym samym do czasu rezygnacji przysługuje zwolnienie każdemu producentowi rolnemu z wyłączeniem rolników zobowiązanych do prowadzenia ksiąg rachunkowych. Dopuszczalność dokonania rezygnacji ze zwolnienia przesądza o tym, że jest to zwolnienie opcjonalne. Producent rolny według własnego wyboru, przy spełnieniu określonych przesłanek, może zadecydować o podleganiu opodatkowaniu na zasadach ogólnych. Może również, po upływie ustawowo określonego czasu, ponownie skorzystać ze zwolnienia i uproszczonego opodatkowania ryczałtowego. Zwolnienie ma w odniesieniu do rolników ryczałtowych charakter przedmiotowo-podmiotowy. Oznacza to, że znajduje zastosowanie, gdy spełnione są łącznie dwie przesłanki – przedmiot dostawy lub usługi określony został w załączniku nr 2 do ustawy o VAT oraz jest dokonywany przez rolnika ryczałtowego. Tym samym świadczenie usług czy dokonywanie dostaw przez podmioty inne niż rolnik ryczałtowy podlega opodatkowaniu na zasadach ogólnych. Także innego rodzaju działalność prowadzona przez rolnika ryczałtowego niż uprawniający go do zwolnienia podlegać będzie opodatkowaniu VAT na zasadach ogólnych⁵⁹.

3.2. Zryczałtowany zwrot VAT

Rolnicze opodatkowanie ryczałtowe polega na obciążeniu odpłatnej dostawy towarów rolnych z własnej produkcji oraz świadczenia usług rolniczych specjalnym zryczałtowanym zwrotem podatku. Otrzymywany przez producenta rolnego

⁵⁸ Tak NSA w wyroku z 12 grudnia 1994 r., S.A./Łd 882/94, ONSA 1995, nr 4, poz. 179.

⁵⁹ Objęcie zwolnieniem nie dokonuje zupełnego wyłączenia z zakresu ustawy. W związku z tym pojawiające się niekiedy w piśmiennictwie twierdzenia, że rolnik ryczałtowy nie jest podatnikiem VAT, uznać wypada za zbyt daleko idące. Por. J. Zubrzycki, *VAT w rolnictwie (I)*, „Przegląd Podatkowy” 2000, nr 9 (113), s. 5.

zryczałtowany zwrot podatku ma w pewnej mierze odpowiadać ciężarowi podatku naliczonego, płaconego przez rolników przy nabywaniu środków produkcji. Obowiązek zwrotu obciąża nabywcę produktów rolnych i usług rolniczych będącego podatnikiem VAT⁶⁰, stanowiąc element ceny netto towarów objętych dostawą lub świadczonych usług⁶¹. Oznacza to, że kwota zwrotu nie jest wykazywana odrębnie jako zryczałtowany podatek, a rolnik ryczałtowy otrzymuje od nabywców będących zarejestrowanymi podatnikami podatku od towarów i usług z tytułu dostaw lub świadczenia usług cenę powiększoną o 5%⁶². Takie rozwiązanie stanowi istotną odrębność w odniesieniu do zasady ogólnej obowiązującej przy ustalaniu podstawy opodatkowania VAT, gdzie ujawnia się odrębnie dwie ceny – bez VAT, czyli netto, oraz brutto obejmującą cenę netto powiększoną o VAT⁶³.

System ryczałtowego opodatkowania, zapewniając realizację zasady powszechności opodatkowania i neutralności podatku dla rolników prowadzących działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy o VAT, zmierza jednocześnie do odciążenia rolników od większości obowiązków administracyjnych związanych z opodatkowaniem VAT. Stąd rolnicy ryczałtowi zwolnieni zostali z większości obowiązków natury administracyjnej związanych z uczestniczeniem w obrocie gospodarczym. W szczególności nie mają obowiązku dokonywania zgłoszenia rejestracyjnego⁶⁴, nie prowadzą ewidencji dostawy i nabycia towarów i usług, nie przedkładają deklaracji VAT właściwym organom podatkowym, jak też nie wystawiają faktur VAT. Obowiązek udokumentowania zawartej transakcji poprzez wystawienie faktury RR oraz przekazanie jej oryginału rolnikowi ryczałtowemu ustawa nałożyła na nabywcę będącego zarejestrowanym podatnikiem od towarów i usług. Natomiast producenta rolnego zobowiązała do każdorazowego składania oświadczenia, iż podlega opodatkowaniu ryczałtowemu. Jedynie w odniesieniu do faktur RR wystawianych w związku z realizacją umów kontraktacji oświad-

⁶⁰ Nabywcą może być zarówno podatnik polski, jak i posiadający siedzibę (miejsce zamieszkania) na terenie państw członkowskich UE, a nawet poza Unią. Każdy taki nabywca jest zobowiązany do zryczałtowanego zwrotu podatku. Tak A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *VAT...*, op. cit., s. 1235.

⁶¹ Tak A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *VAT...*, op. cit., s. 606 i 1235. Odmiennie J. Zubrzycki, *VAT...*, op. cit., s. 6, który stwierdza, że kwota zryczałtowanego zwrotu podatku nie jest składnikiem ceny w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy o cenach. Jest natomiast dodatkowym – określonym w ustawie o VAT – elementem należności rolnika ryczałtowego z tytułu sprzedaży wytworzonych przez niego produktów, naliczanym do ceny tych produktów.

⁶² W ramach wynegocjowanych okresów przejściowych Traktat Akcesyjny dopuszcza, by do dnia 30 kwietnia 2008 r. w rolnictwie stosowana była obniżona 3% stawka podatku.

⁶³ Określenie podstawy opodatkowania, w przepisach ustawy o VAT, podobnie jak to ma miejsce w VI dyrektywie, dokonane zostało poprzez konkretne wskazanie, iż obejmuje ona kwoty należne z tytułu sprzedaży (art. 2 pkt 22 – ilekroć w ustawie mowa jest o sprzedaży, należy przez to rozumieć odpłatną dostawę towarów i świadczenie usług) pomniejszone o kwotę należnego podatku, wraz z dotacjami, subwencjami i innymi dopłatami o podobnym charakterze związanymi z dostawą lub świadczeniem usług. A w przypadku gdy przedmiotem opodatkowania jest świadczenie w naturze, podstawa obliczana jest na podstawie przeciętnych cen rynkowych stosowanych na danym rynku (art. 29 ustawy o VAT). Szerzej zob. R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, wyd. 3, Warszawa 2004, s. 487-490.

⁶⁴ Na mocy art. 96 ust. 3 ustawy o VAT dopuszcza się możliwość złożenia zgłoszenia rejestracyjnego przez podatników wymienionych w art. 15, zwolnionych na podstawie art. 113 ust. 1 i 9 lub wykonujących wyłącznie czynności zwolnione od podatku na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 1 i art. 82 ust. 3 – jako „podatnik zwolniony”.

czenie, o którym mowa, może być składane tylko raz w czasie obowiązywania umowy⁶⁵.

4. Zasady ogólne opodatkowania działalności rolniczej

Zmiana sposobu opodatkowania wymaga rezygnacji z zasad ryczałtowych. Odmienne jednak niż w postanowieniach VI dyrektywy wybór sposobu opodatkowania przez producenta rolnego nie jest całkowicie dowolny. Zmiana sposobu opodatkowania polegająca na rezygnacji z opodatkowania ryczałtowego i objęcia opodatkowaniem na zasadach ogólnych może być dokonana po spełnieniu ustawowych przesłanek odnoszących się przede wszystkim do wartości realizowanych dostaw i usług oraz innych wymogów natury administracyjnej.

Omówienie ustawowych przesłanek warunkujących zmianę sposobu opodatkowania przez rolnika ryczałtowego należy poprzedzić uwagami co do wzajemnych relacji między zwolnieniem przedmiotowo-podmiotowym rolnika ryczałtowego wynikającym z art. 43 ust. 1 pkt 3 a zwolnieniem podmiotowym z art. 113 ustawy o VAT. Z powołanych przepisów wynika bowiem, że nawet przy spełnieniu ustawowych przesłanek sama rezygnacja ze zwolnienia, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy o VAT, nie przesądza o przejściu producenta rolnego na zasady ogólne opodatkowania. Producenci rolni podlegający ryczałtowemu opodatkowaniu mogą być także objęci zwolnieniem podmiotowym, polegającym na tym, że zwalnia się od podatku podatników, u których wartość sprzedaży opodatkowanej nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty wyrażonej w złotych, odpowiadającej równowartości 10 000 euro. W związku z tym, aby skutecznie dokonać zmiany opodatkowania na zasady ogólne, równocześnie z rezygnacją przez rolnika ryczałtowego ze zwolnienia określonego w art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy o VAT powinna nastąpić rezygnacja ze zwolnienia podmiotowego określonego w art. 113 ustawy o VAT. W przeciwnym wypadku producent rolny zostanie *ex lege* objęty zwolnieniem podmiotowym, gdyż przy ustalaniu wartości sprzedaży dla celów podmiotowego zwolnienia nie ma znaczenia wartość sprzedaży zwolnionej od podatku, jaką jest dostawa produktów i świadczenie usług rolniczych przez rolnika ryczałtowego. Rezygnujący ze szczególnych zasad opodatkowania producent rolny nie jest zaś traktowany jak podatnik rozpoczynający wykonywanie czynności opodatkowanych w rozumieniu przepisu art. 113 ust. 9 ustawy o VAT, ale jako już działający, lecz nie osiągający żadnej podlegającej opodatkowaniu wartości z tytułu sprzedaży. Stąd ustawowe objęcie zwolnieniem podmiotowym⁶⁶.

⁶⁵ Oświadczenie składane jest na piśmie, odrębnie od umowy, z podaniem danych personalnych dostawcy i nabywcy oraz dokumentu stwierdzającego tożsamość, numerów identyfikacji podatkowej i PESEL oraz danych niezbędnych do identyfikacji umowy, której oświadczenie dotyczy.

⁶⁶ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *VAT...*, op. cit., s. 1232.

4.1. Rezygnacja ze zwolnienia podatkowego

Rezygnacja ze zwolnienia, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy o VAT, oznacza, że powołany przepis przestanie mieć zastosowanie, producent utraci status rolnika ryczałtowego i będą na nim ciążyć wszystkie obowiązki podatnika VAT⁶⁷.

Warunki rezygnacji ze zwolnienia (a w konsekwencji i szczególnych zasad opodatkowania) wymagają, by w poprzednim roku podatkowym rolnik ryczałtowo dokonał dostaw produktów rolnych oraz świadczył usługi o wartości łącznie przekraczającej 20 000 zł. Obliczona wartość dostaw dotyczy wyłącznie produktów rolnych pochodzących z własnej produkcji lub świadczenia usług rolniczych. Tylko bowiem w zakresie własnej produkcji i usług rolniczych podatnik może korzystać z ryczałtowego sposobu opodatkowania⁶⁸. W konsekwencji swoboda wyboru sposobu opodatkowania podlega dalszemu, czasowemu ograniczeniu. Rezygnacja ze zwolnienia nie może być dokonana przez producenta rolnego wcześniej niż po upływie roku od daty objęcia opodatkowaniem ryczałtowym lub podjęcia działalności rolniczej, gdyż nie mając żadnego obrotu z tytułu dostaw produktów rolnych lub świadczenia usług rolniczych w poprzednim roku obrotowym, producentowi nie służy prawo wyboru sposobu opodatkowania.

Kolejna przesłanka dopuszczalności rezygnacji sprowadza się do prowadzenia odpowiednio do wymagań art. 109 ust. 3 ustawy o VAT ewidencji przez co najmniej kolejne trzy miesiące poprzedzające bezpośrednio miesiąc, w którym rolnik rezygnuje ze zwolnienia. Obowiązek prowadzenia ewidencji przez czas określony prawem przed zmianą systemu opodatkowania ma z jednej strony przygotować producentów rolnych do systematycznego wprowadzenia danych ewidencyjnych, a z drugiej umożliwić zmianę decyzji i pozostanie przy dotychczasowej uproszczonej formie opodatkowania, jeżeli obciążenia z tytułu obowiązków ewidencyjnych okażą się zbyt duże. Warto jednak zauważyć, że nierzetelne prowadzenie ewidencji nie może skutkować wydaniem przez odpowiednie organy podatkowe zakazu zmiany sposobu opodatkowania producenta rolnego, ale jedynie zastosowaniem wobec producenta sankcji przewidzianych ustawą z tytułu nierzetelnego prowadzenia ewidencji.

4.2. Zarejestrowanie producenta rolnego jako podatnika VAT

Kolejny wymóg wiążący się ze zmianą sposobu opodatkowania na zasady ogólne polega na dokonaniu zgłoszenia rejestracyjnego, o którym mowa w art. 96 ust. 1 i 2 ustawy o VAT. Za podatnika VAT w odniesieniu do osób fizycznych prowadzących wyłącznie gospodarstwo rolne, leśne lub rybackie lub prowadzących

⁶⁷ Z obowiązków takich może zostać zwolniony, jeżeli jednocześnie nie zrezygnuje ze zwolnienia podmiotowego VAT.

⁶⁸ Do wartości dostaw nie wlicza się wartości produktów pochodzących z importu oraz nabytych wcześniej, a następnie odsprzedanych, produktów rolnych. Por. J. Zubrzycki, *VAT w rolnictwie (2)*, „Przegląd Podatkowy” 2000, nr 10, s. 6 i n.

działalność rolniczą w inny sposób uważa się – odpowiednio do postanowień art. 15 ust. 4 ustawy o VAT – osobę, która złoży zgłoszenie rejestracyjne.

Do złożenia zgłoszenia rejestracyjnego dla potrzeb VAT obowiązane są w myśl art. 15 ustawy o VAT osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą. W odniesieniu do producentów rolnych, art. 15 ust. 4 i 5 dokonuje dalszego wskazania, stwierdzając, że za podatnika uważa się tylko jedną osobę prowadzącą gospodarstwo rolne, leśne, rybackie lub też prowadzącą działalność rolniczą w innych przypadkach, która złoży zgłoszenie rejestracyjne. Tym samym określenie podatnika będącego producentem rolnym wymaga ustalenia osoby prowadzącej gospodarstwo rolne (leśne, rybackie) lub prowadzącej działalność rolniczą w innych przypadkach jak też, uprawnionego do złożenia zgłoszenia rejestracyjnego, jeżeli produkcja prowadzona jest wspólnie przez więcej osób, które nie tworzą jednak jednostki organizacyjnej, mogącej być podatnikiem odrębnym od wchodzących w jej skład producentów – osób fizycznych.

4.2.1. Producent rolny prowadzący gospodarstwo rolne

Osoba prowadząca gospodarstwo rolne nie została sprecyzowana dla potrzeb ustawy o podatku od towarów i usług. Także przepisy innych aktów prawnych posługujących się tym określeniem nie tworzą jednolitego rozumienia podmiotu prowadzącego gospodarstwo rolne. Przeto rozstrzygnięcie podstawowego zagadnienia dla skutecznego funkcjonowania systemu opodatkowania VAT, kto jest podatnikiem w odniesieniu do producentów rolnych, wpisuje się w szerszą dyskusję doktrynalną nad interpretacją pojęcia prowadzącego gospodarstwo rolne (działalność rolniczą). Rozważania nabrały szczególnego znaczenia po wejściu w życie przepisu art. 6 ust. 2 ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego⁶⁹, w myśl którego osoba fizyczna prowadzi gospodarstwo rolne, jeżeli podejmuje wszelkie decyzje dotyczące prowadzenia działalności rolniczej w gospodarstwie (rodzinnym). Na gruncie tego sformułowania można przyjąć, że prowadzenie gospodarstwa nie łączy się z koniecznością podejmowania i prowadzenia żadnych innych działań, w szczególności zaś osobistej pracy związanej z przebiegiem i obsługą typowego dla rolnictwa cyklu biologicznego produkcji ani też podejmowania innych czynności funkcjonalnych niezbędnych dla racjonalnej gospodarki jednostki wytwórczej, jaką jest gospodarstwo rolne. Takie ujęcie spotkało się z uzasadnioną krytyką, która podnosiła przede wszystkim jego odmienną od tradycyjnego, rozpowszechnionego w krajach członkowskich Unii Europejskiej, gdzie zasadniczym kryterium oceny prowadzenia gospodarstwa jest osobiste zaangażowanie w podejmowane procesy wytwórcze na każdym ich etapie⁷⁰. Szczególnie

⁶⁹ Ustawa z dnia 11 kwietnia 2003 r., Dz.U. Nr 64, poz. 592, zwana dalej u.k.u.r. Weszła w życie z dniem 16 lipca 2003 r.

⁷⁰ Zob. A. Lichorowicz, *Instrumenty oddziaływania na strukturę gruntową Polski w ustawie z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego*, KPP 2004, s. 399–401; E. Klat-Górska, *Ograniczenia w nabywaniu własności nieruchomości rolnych według ustawy o kształtowaniu ustro-*

mocno podkreślano także, że współczesne prowadzenie działalności rolniczej może wykraczać poza czynności związane z wykorzystaniem w produkcji rolnej procesów przyrodniczych. Dla zdefiniowania prowadzenia gospodarstwa (działalności rolniczej) ograniczenie jedynie do sfery samego biologicznego procesu wytwórczego wydaje się zbyt wąskie, gdyż nie obejmuje innych niezbędnych czynności dokonywanych już przy przygotowaniu do produkcji, jak i poprodukcyjnych związanych z wprowadzaniem do obrotu. Dla potrzeb VAT pominięcie tych ostatnich, które aktualizują obowiązek podatkowy, ma znaczenie zasadnicze. Tym samym kryterium prawnopodatkowej oceny, kto jest prowadzącym gospodarstwo rolne, a więc uprawnionym do zgłoszenia wniosku rejestracyjnego, związane będzie z faktycznym, osobistym wykonywaniem prac niezbędnych dla realizacji naturalnego (biologicznego) cyklu produkcyjnego, jego przygotowaniem oraz zakończeniem, zwłaszcza poprzez zbiór produktów, magazynowanie, przygotowanie do wprowadzenia do obrotu konsumenckiego lub w celu dalszego przetworzenia. Uwzględniając podniesione już uwagi co do zastosowanych w przepisach ustawy o VAT pojęć gospodarstwo rolne, leśne i rybackie, należy nadto podkreślić, że ze względu na zastrzeżenie ust. 5 art. 15 ustawy o VAT kryterium decydujące o dopuszczalności występowania producenta rolnego jako podatnika VAT sprowadza się, co do zasady, nie do prowadzenia gospodarstwa rolnego, ale do działalności rolniczej oraz wytworzonych wówczas produktów rolnych.

Z dotychczasowych rozważań wynika, że ustalenie osoby podatnika VAT prowadzącego samodzielnie produkcję rolną (gospodarstwo rolne) może prowadzić w praktyce do istotnych rozbieżności, raz ze względu na brak utrwalonego normatywnego znaczenia osobistego prowadzenia gospodarstwa, dwa z uwagi na fakt, iż spełnienie tego wymogu nie podlega właściwie żadnej kontroli organu rejestracyjnego. Każdy składający wniosek o zarejestrowanie jako podatnik VAT jest traktowany jako prowadzący samodzielnie gospodarstwo. Istotne wątpliwości przy określeniu uprawnionego do zgłoszenia rejestracyjnego powstają w sytuacji, gdy prowadzenie produkcji rolniczej dokonywane jest wspólnie przez kilku producentów rolnych. Z przepisów ustawy o podatku od towarów i usług wynika bowiem, że podatnikiem może być tylko jedna z tych osób. Jednoznaczne określenie uprawnionego do złożenia zgłoszenia rejestracyjnego spośród wszystkich prowadzących produkcję rolniczą wobec milczenia ustawodawcy wymaga uwzględnienia okoliczności, z których wynika wspólna działalność.

4.2.2. Małżonkowie jako podatnicy VAT

W polskich relacjach gospodarczych za regułę można uznać wspólne prowadzenie gospodarstwa przez małżonków. Jeśli natomiast pozostają oni w ustroju rozdzielności majątkowej, to oczywiście jest, że każdy z małżonków prowadzi

ju rolnego, cz. II, Rejent 2004, nr 6, s. 73 i n.; T. Żyznowski, *Z problematyki ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego*, w: *Księga pamiątkowa ku czci sędziego Stanisława Rudnickiego*, Warszawa 2005, s. 375 i n.

własną działalność wytwórczą. A zatem osobą uprawnioną do złożenia zgłoszenia rejestracyjnego dla celów opodatkowania VAT będzie każdy z małżonków w zakresie własnej działalności rolniczej. Natomiast w odniesieniu do małżonków pozostających w ustroju ustawowej wspólności majątkowej powstają istotne wątpliwości. Ustawa o VAT nie zawiera w tym względzie żadnych wskazówek, a zatem ustalenie, który ze współmałżonków wspólnie pracujących w danym gospodarstwie⁷¹ dokona rejestracji dla potrzeb podatku od towarów i usług i uzyska status podatnika, zależy jak się wydaje od ich zgodnej, wspólnej decyzji uwarunkowanej rodzajem produkcji, przyjętą organizacją pracy i podziałem obowiązków. Brak zgody w tym przedmiocie skutkować będzie niemożnością dokonania rejestracji i skorzystania ze zmiany zasad opodatkowania z ryczałtowego na ogólne.

4.2.3. Współwłaściciele w częściach ułamkowych jako podatnicy VAT

W odniesieniu do osób prowadzących gospodarstwo rolne stanowiące współwłasność w częściach ułamkowych do czasu jej zniesienia, z zachowaniem ograniczeń wynikających z art. 213–215 k.c., podatnikiem będzie ten spośród współwłaścicieli, na którego wyrazi zgodę większość współwłaścicieli. Jednakże w przypadku braku takiej zgody ustalenie uprawnionego do zgłoszenia rejestracyjnego nie wydaje się możliwe w trybie art. 201 k.c., właściwym dla uzyskania zgody jednego ze współwłaścicieli na podjęcie czynności zwykłego zarządu. Chociaż uzyskanie statusu podatnika podatku VAT prowadzi do nałożenia na konkretnego współwłaściciela – producenta rolnego określonych obowiązków związanych przede wszystkim z ewidencjonowaniem dokonywanych dostaw i świadczonych usług, terminowym składaniem deklaracji, wystawianiem i odbieraniem faktur oraz rozliczaniem podatku, czyli natury administracyjno-ewidencyjnym, to nie można jednak uznać ich za czynności zarządu zwykłego⁷². Zarząd zwykły należy bowiem do sfery prywatnoprawnej, nieobjętej problematyki obowiązków publicznoprawnych, do których bez wątpienia zaliczyć wypada czynności rejestracyjne dla potrzeb VAT. Stąd brak zgody współwłaści-

⁷¹ Na gruncie przepisów ustawy z dnia 20 grudnia 1990 r. (Dz.U. Nr 71, poz. 342 z późn. zm.) o ubezpieczeniu społecznym rolników orzecznictwo podjęło próbę zdefiniowania pojęcia małżonka rolnika pracującego w gospodarstwie rolnym, przyjmując, iż jest to „przyczynianie się do właściwego funkcjonowania gospodarstwa, czyli wykonywanie takich czynności, bez których funkcje gospodarstwa rolnego nie mogą być realizowane”. Tak Sąd Apelacyjny w wyroku z 18 maja 1995 r., III Aur 126/95, OSA 1995, nr 6, poz. 52.

⁷² Mimo braku kodeksowej definicji *czynności zwykłego zarządu* czy *zarządu zwykłego* utrwalona linia orzecznictwa i piśmiennictwa wskazuje tu na takie czynności, których dokonanie jest niezbędne dla normalnego, niezakłóconego korzystania z rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem. Czynności takie nie mogą prowadzić do zmiany jej przeznaczenia lub sytuacji prawnej. Z obszernej literatury zob. m.in. E. Skowrońska, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 1997, s. 359–361 i powołane tam orzecznictwo; J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2000, wyd. X zmienione przez K. Stefaniuka, s. 133–137; S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego, ks. II, własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 1996, s. 218–294 oraz powołane tam orzecznictwo; B. Banaszkiewicz, *Roszczenie windykacyjne współwłaściciela ułamkowego przeciw osobie nieuprawnionej*, PS 1995, nr 1, s. 13 i n.

cieli prowadzących wspólnie produkcję rolną skutkować musi brakiem możliwości skorzystania z ryczałtowych zasad opodatkowania.

Natomiast zniesienie współwłasności poprzez fizyczny podział gospodarstwa wspólnego powoduje, że każdy z właścicieli wydzielonych części może złożyć zgłoszenie rejestracyjne. Z tym że właściciel dotychczasowy będący zarejestrowanym podatnikiem VAT w dowolnym czasie, nawet bezpośrednio po zniesieniu współwłasności, pozostali zaś najwcześniej po upływie roku, gdy będą mogli udokumentować wymaganą w art. 43 ust. 3 i 4 ustawy o VAT, przy zmianie zasad opodatkowania, minimalną wartość dokonywanych dostaw lub świadczonych usług, uzyskiwaną z działalności rolniczej prowadzonej w nowo utworzonych gospodarstwach.

4.2.4. Podatnik VAT w zorganizowanej formie działalności rolniczej

Wspólne prowadzenie gospodarstwa rolnego może być także efektem zorganizowania działalności rolniczej, co prowadzi do wyodrębnienia jednostki organizacyjnej, która w świetle przepisów traktowana jest inaczej niż tworzące ją osoby fizyczne. Podatnikiem VAT mogą być zwłaszcza spółki kapitałowe, w których prowadzona jest działalność rolnicza, jako osoby prawne, oraz inne podmioty, którym przepisy szczególne przyznały osobowość prawną, a w których zorganizowana została produkcja rolna. Podatnikami mogą być także spółki osobowe, ujmowane w świetle art. 8 k.s.h. w zw. z art. 331 k.c., jako ułamne osoby prawne wyposażone w podmiotowość prawną⁷³.

Natomiast zasadnicze wątpliwości nasuwają się w odniesieniu do działalności rolniczej prowadzonej w formie spółki cywilnej. Konsekwentnie przyjmując, że spółka prawa cywilnego jest organizacją wspólników, a nie ich jednostką organizacyjną, należy uznać, że czynności podejmowane przez wspólników w ramach prowadzonej działalności gospodarczej spółki pozostają nadal czynnościami samych wspólników i tylko oni mogą być podatnikami VAT⁷⁴.

Uwzględniając dotychczasowy obszerny dorobek piśmiennictwa i orzecznictwa co do charakteru i statusu prawnego spółek cywilnych oraz najnowsze regulacje prawne, przepisy dopuszczające uznanie za podatnika VAT wydają się nietrafne, rozbijające jednolitość traktowania spółki cywilnej w przepisach re-

⁷³ Nowelizacja kodeksu cywilnego zawarta w ustawie z dnia 14 lutego 2003 r. (Dz.U. Nr 49, poz. 408), na podstawie której dodany został art. 331 k.c., właściwie zamyka wieloletnią dyskusję nad koncepcją podmiotów prawa cywilnego. Powołany przepis przesądził dwie ważne kwestie: po pierwsze, spośród wszystkich jednostek organizacyjnych wyróżnił ich specjalną kategorię, tj. jednostki niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną. Po drugie, odróżnił te jednostki od osób prawnych, wskazując jednocześnie, że jest to kategoria do nich zbliżona. Z obszernej literatury zob. m.in.: J. Frąckowiak, *Instytucje prawa handlowego w kodeksie cywilnym*, Rejent 2003, nr 6, s. 22 i n. oraz powołane tam orzecznictwo i literatura; Z. Radwański, *Podmioty prawa cywilnego w świetle zmian kodeksu cywilnego przeprowadzonych ustawą z dnia 14 lutego 2003 r.*, PS 2003, nr 7–8, s. 3 i n.; P. Moskwa, *Ułamne osoby prawne – czy koniec zadawnionego sporu?*, PUG 2002, nr 11, s. 19 i n.

⁷⁴ Zob. B. Burian, *Glosa do uchwały SN z 7 lipca 1993 r.*, III CZP 87/93, OSP 1994, nr 11, poz. 204; R. Sowiński, *Problemy z identyfikacją spółki cywilnej*, „Przegląd Podatkowy” 2001, nr 5, s. 16.

gulujących działalność gospodarczą przedsiębiorców. Wobec tylko pośredniego wyodrębnienia spółki cywilnej od wspólników, przez cały czas jej istnienia spółka jest stosunkiem zobowiązaniowym pomiędzy jednym wspólnikiem a pozostałymi, a praw i obowiązków nie można łączyć wprost ze spółką jako podmiotem prawa, lecz należy przypisać je wszystkim wspólnikom łącznie. Jednakże z brzmienia art. 15 ustawy VAT wynika, że podatnikiem może być także jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, a art. 2 ustawy o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników⁷⁵ stanowi, że numer identyfikacji podatkowej NIP nadawany jest także spółkom cywilnym jako jednostkom organizacyjnym niemającym osobowości prawnej, niezależnie od numerów NIP wspólników. Podobne przepisy zawiera Ordynacja podatkowa⁷⁶, która uznaje spółkę cywilną za podatnika, płatnika i inkasenta. Przyjęta na gruncie prawa podatkowego regulacja jest konsekwencją różnego rozumienia podmiotowości prawnej na gruncie prawa podatkowego i cywilnego⁷⁷. Choć rozróżnienie to jest dyskusyjne, gdyż podmiotowość prawna jest pojęciem prawa cywilnego bez względu na to, czy służyć ma dla innych potrzeb w obrocie prawnym niż stosunki cywilnoprawne⁷⁸, to jednak przepisy szczególne nie są w tej mierze zgodne. Mimo że *de lege lata* spółka cywilna nie ma podmiotowości prawnej, bo żaden przepis nie przyznaje jej takiej zdolności, to jednak jest traktowana jako podmiot gospodarki narodowej w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy o statystyce publicznej⁷⁹ czy przepisów podatkowych. To zaś prowadzi do wniosku, że na tle danego systemu prawnego z konkretną jednostką organizacyjną można wiązać różne skutki prawne. Ta sama jednostka w przepisach jednej gałęzi prawa bywa traktowana jako punkt odniesienia dla regulacji prawnych, natomiast w przepisach innej gałęzi prawa może nie być uznana za podmiot prawa⁸⁰. Tak ma to miejsce zwłaszcza w odniesieniu do spółek cywilnych, które są podatnikami VAT⁸¹. W konsekwencji przepis art. 15 ustawy o VAT, który wskazując na podatnika, warunkuje nadanie także statusu do prowadzenia samodzielnie działalności gospodarczej, musi uwzględniać, że działalność taką, w tym odpłatną dostawę produktów rol-

⁷⁵ Ustawa z dnia 13 października 1995 r., Dz.U. z 2004 r. Nr 269, poz. 2681 z późn. zm.

⁷⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r., Dz.U. Nr 137, poz. 926 z późn. zm.

⁷⁷ NSA w wyroku z dnia 4 lipca 2001 r., I S.A./Wr 477/99 stwierdził, że „spółka cywilna jest stroną postępowania podatkowego w zakresie praw i obowiązków wynikających z podmiotowości podatkowej. Ona też powinna być adresatem decyzji podatkowych, jako podmiot samodzielny, odrębny od wspólników”, „Przegląd Orzecznictwa Podatkowego” 2002, nr 4, poz. 104.

⁷⁸ Tak zwłaszcza W.J. Katner, *Sytuacja prawna spółki cywilnej...*, op. cit., s. 17.

⁷⁹ Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej, Dz.U. Nr 88, poz. 439 z późn. zm.

⁸⁰ Ale nie tylko. Podobnie co do jednostek organizacyjnych wchodzących w skład Skarbu Państwa, a niekiedy oddziałów spółek handlowych; Szerzej nt. relacji stosunku zobowiązaniowego wspólników spółki a jednostką organizacyjną spółki zob. J. Frąckowiak, *Jednostka organizacyjna jako substrat osoby prawnej ustawowej*, w: *Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Zakamycze 2005, s. 900–903 i 909–910.

⁸¹ NSA wielokrotnie wypowiadał się jeszcze pod rządami ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym, iż podatnikiem VAT jest spółka cywilna, a nie jej wspólnicy. Ze względu na zbieżność regulacji orzecznictwo zachowuje nadal swoją aktualność. Zob. m.in. wyrok NSA z dnia 11 października 2002, ISA/Kr 2082/2000, „Przegląd Orzecznictwa Podatkowego” 2003, nr 2, poz. 22.

nych i świadczenia usług rolniczych będących przedmiotem opodatkowania, wykonywać mogą tylko wspólnicy spółki cywilnej, nie zaś sama spółka, która nie ma zdolności prawnej.

5. Uwagi końcowe

Podsumowując dotychczasowe rozważania nad przepisami kształtującymi prawnopodatkową pozycję producentów rolnych na gruncie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, można – jak się wydaje – zasadnie wyciągnąć generalny wniosek, że obowiązujące regulacje sformułowane zostały w sposób niekonsekwentny, świadczący o braku utrwalonej normatywnej koncepcji traktowania producentów rolnych jako przedsiębiorców, a prowadzonej przez nich produkcji rolnej i jej efektów jako przejawu aktywności gospodarczej, a w konsekwencji przedmiotu opodatkowania podatkiem do towarów i usług.

Przepisy powołanej ustawy budzą liczne wątpliwości, które wynikają przede wszystkim z nieuwzględnienia na gruncie prawnopodatkowym cywilnoprawnych obowiązków producentów rolnych wynikających z zawartych umów czy dostosowania produkcji do wymogów wspólnego rynku rolnego. Szczególnie ostro ujawniły się także zasadnicze niekonsekwencje przy definiowaniu tak podstawowych zagadnień, jak: działalność rolnicza, gospodarstwo rolne oraz rolnik ryczałtowy. Nie do końca w sposób zgodny z wymaganiami prawa daniowego określony został także przedmiot opodatkowania. Wypada przeto podzielić *communis opinio* doktryny i praktyki, iż ustawa o VAT to jeden z najbardziej niejasnych i nieprecyzyjnie napisanych aktów prawnych w sferze prawa daniowego, nasuwający liczne wątpliwości, niedające się jednoznacznie rozstrzygnąć na gruncie obowiązujących przepisów⁸².

TAXATION OF AGRICULTURE ACTIVITY VALUE ADDED TAX

In accordance with the provisions of Art. 93 and 94 of the Rome Treaty, the regulations of the EU Member States on indirect taxes are fully harmonized, as far as it is necessary for free trading of goods and services without frontier control limitations. The harmonization of value added tax regulations is of fundamental significance in the turnover of agricultural products. The most important regulation for valid Community VAT taxation system is the Sixth Council Directive 77 / 388 / EEC of 17-th May 1977 *on the harmonization of the laws of Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment*. The agricultural production was included in the Community value added tax system. A special simplified system of VAT assessment and collection for agricultural producers was formed, complementary to the general system.

⁸² Zob. uwagi A. Grabowskiej podniesione we wstępie do: *Wszystko o VAT. Najbardziej aktualne pytania i odpowiedzi dotyczące zasad opodatkowania po 1 maja 2004 r.*, „Rzeczpospolita” dodatek „Wiesz dobrze” 2005, s. 5.

The simplified Community VAT taxation system of agricultural production is construed on two basic assumptions. Firstly – the reduction of excessive complications resulting from general principles of taxation; secondly – partial tax refund for lump-sum agricultural taxpayers of value added tax paid for the purchase of means necessary for agricultural production.

The concept of VAT taxation of agricultural activities in Polish law has evolved, as evidenced in successive statutory norms of indirect taxes. The harmonization of Polish and Community regulations, relating to the taxation of agricultural producers, was finally effected in the VAT law of 11-th March 2004. Delivery of agricultural products and agricultural services are considered as subject to value added tax, as stipulated in the Sixth Council Directive. The taxation rules are however varied. Farmers subject to special producers are named lump-sum taxpayers; other farmers are taxed according to general rules. The taxation method, on the day when the VAT regulations in agriculture came in force, was so constructed that almost all existing agricultural producers became *ex lege* lump-sum taxpayers.

The VAT law proved clear inconsistencies in the definition of such elementary terms as agricultural activity, agricultural household and lump-sum farmer. The object of taxation is also not defined in conformity with the requirements of levy law.

As shown above, there is no fixed normative concept of treating agricultural producers as entrepreneurs, neither are their production and the production effects considered as business activity. Consequently, no fixed normative concept of VAT taxation has been developed.

AGNIESZKA SZPAK

**OCHRONA SĄDOWA ZATRZYMANYCH
W GUANTANAMO ORAZ OBYWATELI AMERYKAŃSKICH
ZATRZYMANYCH NA TERYTORIUM USA
– ANALIZA ORZECZNICTWA SĄDÓW AMERYKAŃSKICH**

Dnia 11 września 2001 r. grupa uzbrojonych ludzi, należących do organizacji terrorystycznej Al-Kai'da, dokonała ataków na Stany Zjednoczone Ameryki Północnej; rezultatem tych ataków były ogromne zniszczenia materialne i śmierć około trzech tysięcy osób cywilnych¹, pochodzących z 80 różnych krajów. Przywódcy Al-Kai'dy i jej członkowie w dużej liczbie zostali zlokalizowani na terytorium Afganistanu tam też umiejscowiono większość wyposażenia i urządzeń; prawie cały ten kraj był pod kontrolą talibów, *de facto* rządu Afganistanu. Talibowie odmówili, gdy zażądano od nich zaprzestania chronienia Al-Kai'dy i wydania jej przywódcy, Osamy bin Ladena. W konsekwencji, 7 października 2001 r. Stany Zjednoczone i ich sojusznicy, powołując się na prawo do samoobrony², zaatakowali siły zbrojne Afganistanu i Al-Kai'dy. W wyniku działań zbrojnych śmierć poniosło wielu żołnierzy należących do obydwu stron; wielu zostało ujętych. Pierwsza grupa dwudziestu osób ujętych w Afganistanie trafiła do obozu X-Ray w Guantanamo na Kubie, 11 stycznia 2002 r. Tego samego dnia amerykański sekretarz obrony Donald Rumsfeld oświadczył, że zatrzymani będą uznani za nielegalnych kombatanów, a nie za jeńców wojennych³. Tydzień później przybyła następna grupa zatrzymanych i ich liczba przekroczyła 600. Wśród nich znajdowały się też osoby nieujęte na polu walki, takie jak sześciu Algierczyków ujętych w Bośni, z powodu ich rzekomych powiązań z Al-Kai'dą, i przetransportowanych do Guantanamo pod nadzór amerykański.

Do tej pory podjęto kilka prób zapewnienia zatrzymanym pewnej ochrony konstytucyjnej oraz praw wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego oraz międzynarodowych praw człowieka. Skarżący musieli stoczyć długotrwałą walkę o swoje prawa, w niektórych przypadkach zakończoną zwycięstwem, aczkolwiek gorzkim, bo okupionym często ponad trzema latami bo-

¹ Dokładnie 3063 osoby.

² Przyrodzone prawo do samoobrony Stanów Zjednoczonych zostało potwierdzone w rezolucjach Rady Bezpieczeństwa ONZ przyjętych po atakach z 11 września 2001 r. – 1368(2001) i 1373(2001).

³ Oświadczenie (*Department of Defence (DoD) News Transcript*, Secretary Donald Rumsfeld and Gen. Myers, 11 January 2002) dostępne http://www.defenselink.mil/transcripts/2002/t01112002_t0111sd.html.

leśnych doświadczeń. Sprawy te dotyczą z jednej strony cudzoziemców trzymany w Guantanamo, a z drugiej obywateli amerykańskich uznanych za „wrogich kombatantów” (*enemy combatant*) i trzymany na terytorium Stanów Zjednoczonych. Rozbieżne orzeczenia sądów okręgowych i apelacyjnych, różne, zmieniające się, arbitralne w gruncie rzeczy standardy traktowania i kwalifikowania zatrzymanych przez administrację amerykańską stanowią dowód na ignorowanie prawa oraz jego dowolne interpretowanie zależnie od potrzeb. Nawet obywatele amerykańscy są traktowani niejednako – John Walker Lindh został oskarżony i skazany w postępowaniu karnym, Yaser Esam Hamdi został uznany za „wrogi kombatanta” i nie postawiono mu żadnych zarzutów, ostatecznie został zwolniony, natomiast Jose Padilla ujęty na lotnisku, a nie na polu walki, nadal jest zatrzymany i nie stawia mu się zarzutów. Niektóre orzeczenia sądów i ich uzasadnienia wprowadzają w osłupienie; również terminologię stosowaną zarówno przez sądownictwo, jak i administrację w dwóch słowach można określić jako bałagan terminologiczny. Tworzone są nowe terminy, do których dopiero później dodaje się definicje (np. „wrogi kombatant”), terminy, których na próżno by szukać w międzynarodowym prawie humanitarnym.

Jeżeli chodzi o termin „wrogi kombatant”, który przewija się w prawie każdym orzeczeniu nie ma on żadnego powszechnie ustalonego i stałego znaczenia. Według interesującego i słusznego poglądu, „[d]o dzisiaj [...] termin «wrogi kombatant» nie pojawił się nigdzie w amerykańskim prawie karnym, prawie międzynarodowym lub w prawie wojny”. Termin ten wydaje się wzięty z orzeczenia w sprawie *Ex parte Quirin*, sprawie nazistowskich sabotażystów z 1942 r., w której Sąd Najwyższy napisał, że „wrogi kombatant, który bez munduru w ukryciu przekracza granice w celu prowadzenia wojny przez niszczenie życia lub własności, [jest przykładem] wojujących, którzy są powszechnie uważani za nieuprawnionych do statusu jeńca wojennego, ale za naruszcycieli prawa wojny poddanych procesowi i ukaraniu przez trybunały wojskowe”⁴. Jest to jednak orzeczenie wydane przed zawarciem Konwencji Genewskich, a powoływanie się na nie ignoruje dziesiątki lat rozwoju prawa międzynarodowego, zarówno w postaci traktatowej, jak i zwyczajowej. Nawet sami zwolennicy użycia tego terminu, popierający działania prezydenta Busha i amerykańskiej administracji, chyba trochę nieświadomie przyznają, że jako „wrogi kombatanta” „ogólnie można określić każdą osobę walczącą dla drugiej strony w kontekście konfliktu zbrojnego”, oraz dodają, że „tradycyjnie osobę uważa się za wrogi kombatanta w momencie, kiedy dostaje się ona we władzę państwa sił zbrojnych”⁵. Innymi słowy, ogólnie – bez wdawania się w badanie spełnienia warunków kombatantkich – można stwierdzić, że chodzi o kombatantów, którzy po ujęciu stają się

⁴ G. Solis, cyt. za American Bar Association. Task Force on Treatment of Enemy Combatants. Criminal Justice Section. Section of Individual Rights and Responsibilities. Report to the House of Delegates, s. 3 (tłum. własne); raport dostępny <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/aba/abatskforcel03rpt.pdf> (03.11.05).

⁵ D.B. Rivkin Jr, L.A. Casey, D.R. Bartram, *Enemy Combatant Determinations and Judicial Review*, s. 2 (tłum. własne); artykuł dostępny <http://www.fed-soc.org/Laws%20of%20war/enemy-comb.pdf>.

jeńcami wojennymi. Mamy tu do czynienia z kreowaniem nowych niepotrzebnych i mylących terminów, gdyż wystarczające i precyzyjne są te, które można odnaleźć w Konwencjach Genewskich, a mianowicie terminy: kombatant, jeńiec wojenny lub osoba cywilna.

Niewątpliwie przed sądami amerykańskimi zostało postawione bardzo odpowiedzialne zadanie. Osiągnięcie równowagi pomiędzy interesem bezpieczeństwa kraju a zapewnieniem wolności i praw człowieka pojawia się wyraźnie zwłaszcza w czasie trwania konfliktu zbrojnego, lecz po jego zakończeniu zagrożenie bezpieczeństwa narodowego nie jest już tak duże. O ile stwierdzenie, że w czasie trwania konfliktu zbrojnego zatrzymani nie są uprawnieni do korzystania w pełni z praw procesowych może być uzasadnione, to jednak wskazać należy, że w każdym razie zatrzymani są uprawnieni do gwarancji wynikających z art. 75 I Protokołu Dodatkowego do Konwencji Genewskich. Ponadto podkreślam ponownie – międzynarodowy konflikt zbrojny pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Afganistanem został zakończony i nie ma już podstawy prawnej do przetrzymywania zatrzymanych w Guantanamo bez postawienia im zarzutów popełnienia przestępstwa.

I. SPRAWY DOTYCZĄCE CUDZOZIEMCÓW ZATRZYMANYCH W GUANTANAMO

1. Koalicja duchownych, prawników i profesorów prawa przeciwko Bushowi (2002)

W dniu 20 stycznia 2002 r. koalicja złożyła wniosek o udzielenie *habeas corpus*⁶ na rzecz osób schwytanych w Afganistanie przez siły zbrojne Stanów Zjednoczonych i przetrzymywanych obecnie w Bazie Morskiej Guantanamo na Kubie. Koalicja twierdziła, że więźniowie zostali pozbawieni wolności bez należytego postępowania prawnego, nie zostali oni poinformowani o charakterze i przyczynie oskarżeń przeciwko nim oraz nie przyznano im pomocy obrońcy. Wreszcie, byli przetrzymywani z naruszeniem przez rząd Stanów Zjednoczonych III Konwencji Genewskiej⁷. Koalicja zażądała, aby strona pozwana, czyli prezydent George W. Bush, sekretarz obrony Donald Rumsfeld i inni przedstawiciele amerykańskiej administracji, podała w ciągu trzech dni nazwę kraju domicylu i nazwiska zatrzymanych oraz inne dane, które są im wiadome, wskazała prawdziwe przyczyny zatrzymania każdej osoby oraz aby przedstawiła zatrzymanych na rozprawie sądowej.

⁶ Określenie *habeas corpus* oznacza tradycyjną angielską procedurę, która chroni podejrzanego przed bezprawnym aresztowaniem. Nakaz sądowy rozpoczynający się od słów *habeas corpus* może być wystawiony przez sędziego sądu wyższego. Wystawienie nakazu możliwe jest wyłącznie w ramach postępowania sądowego, które ma na celu ocenę legalności aresztowania. O nakaz *habeas corpus* może wystąpić nie tylko sam podejrzan, lecz również jego przyjaciele i krewni, a także każda inna, zainteresowana osoba – podają za B. Wierzbicki (red.), *Prawo międzynarodowe. Materiały do studiów*, Białystok 1996, s. 216.

⁷ Szczegółowo na ten temat zob. „International Legal Materials” 2003, nr 42, s. 396 i n.

Sąd okręgowy centralnego okręgu Kalifornia odrzucił 21 lutego 2002 r. petycję na tej podstawie, że koalicja nie posiadała statusu *next friend* dla występowania z roszczeniami na rzecz uwięzionych, także sąd okręgowy nie miał jurysdykcji dla potrzeb udzielenia *habeas corpus*, wreszcie żaden sąd federalny nie miał jurysdykcji w tym względzie. Wobec powyższego sąd okręgowy uznał, że nie ma podstaw do przekazania wniosku innemu federalnemu sądowi okręgowemu. Koalicja wniosła odwołanie.

Sąd apelacyjny IX okręgu 18 listopada 2002 r. potwierdził stanowisko sądu okręgowego co do braku statusu *next friend*, lecz w zakresie jurysdykcji stwierdził, że w świetle braku uprawnienia koalicji do występowania przed sądem nie ma potrzeby orzekać o posiadaniu przez sąd jurysdykcji. Całe orzeczenie zostało więc oparte tylko na braku uprawnienia do stawania przed sądem w tym konkretnym przypadku. Sąd stwierdził, że koalicja nie ma statusu *next friend* ani statusu strony trzeciej (*third party*). Status *next friend* jest odmianą statusu strony trzeciej w zakresie *habeas corpus*. Zgodnie z § 2242 tytułu 28 U.S.C. (*United States Code*) „wniosek o udzielenie *habeas corpus* powinien być sporządzony na piśmie, podpisany i zweryfikowany przez osobę, której zwolnienie jest jego zamiarem albo przez kogoś działającego na jej rzecz”⁸. Słowa „albo przez kogoś działającego na jej rzecz” zostały dodane przez Kongres w 1948 r. Taką osobą może być członek rodziny lub agent działający na rzecz zatrzymanego. Status *next friend* został poddany szczegółowemu badaniu przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie *Whitmore v. Arkansas* z 1990 r. SN doszedł do wniosku, że „status *next friend* w żadnym razie nie jest przyznawany automatycznie komukolwiek, kto dąży do podjęcia działań na korzyść drugiego. W decyzjach stosujących *habeas corpus* przywiązywano wagę do przynajmniej dwóch solidnie zakorzenionych przesłanek statusu *next friend*. Po pierwsze *next friend* musi dostarczyć adekwatnego wyjaśnienia – jak niedostępność, brak mentalnej kompetencji bądź inna niepełnosprawność – dlaczego strona rzeczywiście zainteresowana nie może się stawić samodzielnie w celu dochodzenia roszczeń. Po drugie, *next friend* musi naprawdę służyć najlepszym interesom osoby, na rzecz której wszczyna spór, a dalej sugerowano, by *next friend* musiał mieć znaczące powiązanie z rzeczywiście zainteresowaną stroną (...)”⁹. Po zacytowaniu SN w sprawie *Whitmore v. Arkansas* sąd apelacyjny badał, czy zostały spełnione wspomniane wyżej przesłanki.

Według koalicji uwięzieni są przetrzymywani *incommunicado*, a więc fizycznie nie mają dostępu do sądów, co oznacza, że wymóg niezdolności zatrzymanych do dochodzenia we własnej sprawie jest spełniony. Badając jednak drugą przesłankę, sąd stwierdził, że koalicji brak znaczącej więzi z uwięzionymi. Wskazał w tym kontekście na powiązanie warunku znaczącej więzi z warunkiem poświęcenia się na rzecz najlepszych interesów zatrzymanych. Istnienie znaczącej więzi czyni prawdopodobnym fakt, że skarżący jest *next friend*, czyli że zna

⁸ U.S. Code dostępny <http://uscode.house.gov/download/download.shtml> (tłum. własne).

⁹ Ibidem, s. 399.

i poświęca się na rzecz najlepszych interesów uwięzionej jednostki. Im bardziej osłabiona więź, tym mniej prawdopodobne, że skarżący może znać najlepsze interesy zatrzymanego. Zdaniem sądu apelacyjnego koalicja nie wykazała żadnej więzi z uwięzionymi, gdyż nawet nie próbowała się z nimi skontaktować. Mimo uznania „szczerego i autentycznego” zainteresowania koalicji prawami i dobrem uwięzionych w Guantanamo koalicja ta nie ma statusu *next friend*.

Na koniec sąd apelacyjny zaznaczył, że nie było jego zadaniem rozstrzygnięcie kwestii praw samych zatrzymanych czy to na podstawie konstytucji amerykańskiej, czy prawa międzynarodowego.

2. *Rasul przeciwko Bushowi (2002), Habib przeciwko Bushowi (2002) i Al Odah przeciwko Stanom Zjednoczonym (2003)*

W sprawie *Rasul v. Bush* rodzice zatrzymanych w Guantanamo (S. Bibi, M. Iqbal i T. Hicks) złożyli na ich rzecz pozew do sądu okręgowego dystryktu Kolumbia, w którym zażądali uznania Zarządzenia wojskowego prezydenta w sprawie zatrzymania, traktowania i postępowania z niektórymi cudzoziemcami w wojnie z terroryzmem (dalej jako Zarządzenie wojskowe)¹⁰ z 13 listopada 2001 r. i podjętego na tej podstawie zatrzymania (*detention*) za niekonstytucyjne i naruszające prawo międzynarodowe oraz zwolnienia zatrzymanych z bezprawnego uwięzienia i dostępu do prawnika. Skarżącymi byli – obok rodziców – dwaj obywatele brytyjscy, którzy podróżowali do Pakistanu i zostali ujęci, a następnie przetransportowani do Guantanamo (Shafią Rasul, Asif Iqbal) oraz obywatel Australii prawdopodobnie w chwili ujęcia zamieszkały w Afganistanie (David Hicks). W maju 2002 r. sprawa ta została połączona z wnioskiem, jaki złożyły rodziny dwunastu obywateli Kuwejtu, którzy mieli wykonywać w Afganistanie i Pakistanie prace humanitarne (*Al Odah i inni v. USA*). W tej ostatniej sprawie wnioskujący skarżyli się na naruszenie V poprawki dotyczącej prawa do sprawiedliwego procesu, prawa międzynarodowego oraz na bezprawne i arbitralne działania rządu amerykańskiego. Żądali wydania nakazu poinformowania ich o zarzutach oraz umożliwienia im kontaktu z prawnikiem i rodziną. W obu tych przypadkach rząd amerykański podnosił, że sąd nie posiada jurysdykcji, ponieważ: 1) zatrzymani nie są przetrzymywani na podstawie Zarządzenia wojskowego, ale na podstawie władzy prezydenta jako głównodowodzącego siłami zbrojnymi (*Commander-in-Chief*), gdyż prezydent nie określił wyraźnie na piśmie, że zatrzymani skarżący podlegają Zarządzeniu wojskowemu, a właśnie takie wyrażenie i pisemne określenie jest konieczne, 2) zatrzymani są cudzoziemcami przetrzymywanymi za granicą, w konsekwencji żaden sąd amerykański nie dysponu-

¹⁰ Zarządzenie wojskowe dostępne <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>; Prezydent Bush postanowił w owym zarządzeniu, że każdy cudzoziemiec, co do którego prezydent postanowi na piśmie, że m.in. był zaangażowany w spisek lub miał w takim spisku udział w celu popełnienia aktów międzynarodowego terroryzmu przeciwko Stanom Zjednoczonym, zostanie zatrzymany i osądzony za naruszenie praw wojny i innych praw mających zastosowanie przed trybunałami wojskowymi. Do przeprowadzenia procesów Zarządzenie wojskowe powołało do życia komisje wojskowe.

je jurysdykcją do rozpatrzenia wniosków skarżących, 3) nawet jeśli sąd uzna się za właściwy, to musiałby sprawę przekazać do innego sądu, gdyż żaden strażnik odpowiedzialny za zatrzymanych nie jest obecny w dystrykcie Kolumbia¹¹.

Podstawową kwestią do rozstrzygnięcia przez sąd była odpowiedź na pytanie, czy cudzoziemiec przebywający poza terytorium Stanów Zjednoczonych ma prawo do występowania i składania wniosków przed sądami amerykańskimi. Sąd okręgowy dystryktu Kolumbia 20 lipca 2002 r. orzekł, że skoro Guantanamo znajduje się poza suwerennym terytorium amerykańskim, to nie posiada on (czyli sąd) jurysdykcji do rozpatrywania wniosków skarżących. Sąd okręgowy zaznaczył przy tym, że oparł się na orzeczeniu Sądu Najwyższego w sprawie *Johnson v. Eisentrager* z 1950 r.¹² W orzeczeniu w sprawie *Johnson v. Eisentrager* sędzia Jackson zauważył: „Wskazaliśmy, że przywilej litygacji został rozciągnięty także na cudzoziemców, bez względu na to, czy na przyjaciół czy wrogów, tylko dlatego, że ich obecność w kraju pociąga za sobą ochronę. Podstawa taka nie może zostać powołana tutaj, ponieważ ci jeńcy w żadnym czasie nie przebywali na jakimkolwiek terytorium, nad którym Stany Zjednoczone rozciągałyby swoją suwerenność, a okoliczności ich przestępstwa, ich ujęcia, procesu i kary znajdowały się poza terytorialną jurysdykcją jakiegokolwiek sądu Stanów Zjednoczonych”¹³. Na tej podstawie niemieccy obywatele nie mieli prawa do występowania przed sądami amerykańskimi.

W sprawie *Rasul v. Bush* sąd okręgowy zauważył na początku, że wszystkie strony zgodziły się co do tego, że Guantanamo nie stanowi terytorium Stanów Zjednoczonych, a jest dzierżawione od Kuby na podstawie traktatu z 1903 r. Zgodnie z nim „podczas gdy z jednej strony Stany Zjednoczone uznają ciągłą najwyższą suwerenność republiki Kuby nad opisanymi obszarami lądu i wody, z drugiej strony Kuba zgadza się, że podczas okresu okupacji tych obszarów przez Stany Zjednoczone zgodnie z warunkami niniejszego porozumienia

¹¹ Ch. Cema, *Introductory note to the United States (U.S.) Court of Appeal Decisions in the Guantanamo Detainees Cases*, „International Legal Materials” 2003, nr 42, s. 394.

¹² W tej sprawie 21 obywateli niemieckich złożyło wnioski o udzielenie *habeas corpus* do sądu okręgowego dystryktu Kolumbia. Twierdzili oni, że należą do niemieckich sił zbrojnych walczących w Chinach. Zostali skazani za naruszenie praw wojny przez fakt uczestnictwa w działaniach zbrojnych przeciwko Stanom Zjednoczonym już po kapitulacji Niemiec, lecz przed kapitulacją Japonii w II wojnie światowej. Skazanie nastąpiło na mocy decyzji komisji wojskowej działającej w Chinach. Następnie skazani zostali repatriowani do Niemiec, gdzie odbyli karę pozbawienia wolności w więzieniu w Landsbergu. Ich strażnikiem (*custodian*) był oficer armii amerykańskiej podlegający generałowi dowodzącemu Trzecią Armią Stanów Zjednoczonych. Wniosek o *habeas corpus* stwierdzał, że obywatelom niemieckim odmówiono praw wypływających z artykułu I (władza ustawodawcza w rękach Kongresu) i III (władza sądownicza) amerykańskiej konstytucji, prawa do sprawiedliwego procesu zgodnie z V poprawką oraz innych praw zgodnie z konstytucją i prawem Stanów Zjednoczonych oraz ochrony wynikającej z III Konwencji Genewskiej.

¹³ *Johnson v. Eisentrager*, pkt II, akapit 3 (tłum. własne). W oryginale: *We have pointed out that the privilege of litigation has been extended to aliens, whether friendly or enemy, only because permitting their presence in the country implied [339 U.S. 763, 778] protection. No such basis can be invoked here, for these prisoners at no relevant time were within any territory over which the United States is sovereign, and the scenes of their offense, their capture, their trial and their punishment were all beyond the territorial jurisdiction of any court of the United States.* Orzeczenie w sprawie *Johnson v. Eisentrager* dostępne <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=339&invol=763>.

Stany Zjednoczone będą wykonywać całkowitą jurysdykcję i kontrolę na i nad tymi obszarami z prawem do uzyskania (...) dla celów publicznych Stanów Zjednoczonych każdego gruntu lub innej własności w drodze zakupu lub przez wykonywanie prawa do wywłaszczenia przy pełnym odszkodowaniu dla właścicieli”¹⁴. Po stwierdzeniu powyższego sąd musiał ocenić, czy sam ten fakt oznaczał przeszkodę do rozpatrzenia wniosku *habeas corpus*, czy też może zatrzymani w Guantanamo znajdują się jednak pod jurysdykcją terytorialną Stanów Zjednoczonych zgodnie z teorią suwerenności *de facto*. Skarżący argumentowali, iż mimo że Guantanamo nie należy do terytorium Stanów Zjednoczonych, a więc nie znajduje się pod ich suwerennością *de iure*, to zgodnie z teorią suwerenności *de facto* Stany Zjednoczone mogą nią objąć także Guantanamo przede wszystkim ze względu na wyjątkowy charakter jurysdykcji i kontroli, jaką wykonują wobec Guantanamo.

W sprawie *Habib v. Bush* wniosek o udzielenie *habeas corpus* został wystosowany przez żonę obywatela Australii – Mamdouha Habiba – działającą w charakterze *next friend*. Skarżący podobnie jak w poprzednich przypadkach wskazują na naruszenie V poprawki (prawo do sprawiedliwego procesu), innych postanowień konstytucyjnych, prawa międzynarodowego oraz wojskowych regulacji obowiązujących w armii Stanów Zjednoczonych. Habib żądał między innymi uzasadnienia prawnego swojego zatrzymania, przeprowadzenia postępowania sądowego w tym celu i dostępu do prawnika¹⁵.

Po połączeniu spraw *Rasul v. Bush* i *Habib v. Bush* i wniesieniu apelacji 11 marca 2003 r. sąd apelacyjny okręgu Kolumbia podtrzymał tę decyzję (sprawa *Al Odah v. Stany Zjednoczone*¹⁶). Sąd stwierdził, że zatrzymanym nie przysługuje prawo do występowania z wnioskiem o *habeas corpus*, gdyż znajdują się oni poza suwerennym terytorium Stanów Zjednoczonych; ponownie przypomniał, że podobnie jak w sprawie *Johnson v. Eisentrager* zatrzymani w Guantanamo są obcokrajowcami, zostali ujęci w trakcie działań wojennych, w momencie ujęcia znajdowali się w obcym kraju, w tej chwili przebywają za granicą i nigdy nie przebywali na terytorium Stanów Zjednoczonych. Sąd apelacyjny odrzucił także argument, że kontrola Stanów Zjednoczonych wykonywana wobec Guantanamo jest ekwiwalentem wykonywania *de facto* suwerenności; oparł się przy tym podobnie jak sąd okręgowy na tekście amerykańsko-kubańskiego traktatu w spra-

¹⁴ Tłum. własne. Art. 3 traktatu w oryginale brzmi: *While on the one hand the United States recognizes the continuance of the ultimate sovereignty of the Republic of Cuba over the above described areas of land and water, on the other hand the Republic of Cuba consents that during the period of the occupation by the United States of said areas under the terms of this agreement the United States shall exercise complete jurisdiction and control over and within said areas with the right to acquire (under conditions to be hereafter agreed upon by the two Governments) for the public purposes of the United States any land or other property therein by purchase or by exercise of eminent domain with full compensation to the owners thereof* tekst traktatu dostępny <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/cuba/cuba002.htm>.

¹⁵ Streszczenia spraw można znaleźć w orzeczeniu sądu apelacyjnego okręgu Kolumbia z 11 marca 2003 r. w sprawie *Al Odah v. Stany Zjednoczone*; dostępne http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/docs/DC_CIR_0.pdf.

¹⁶ Orzeczenie dostępne http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/docs/DC_CIR_0.pdf.

wie dzierzawy baz morskich. Zdaniem sądu żaden amerykański sąd nie posiada jurysdykcji dla rozpatrywania wniosków o *habeas corpus* złożonych przez zatrzymanych lub w ich imieniu¹⁷.

Interpretacja orzeczenia w sprawie *Johnson v. Eisentrager* jest niejednolita i w zasadzie w każdym orzeczeniu jest różna. Jak do tej pory żaden sąd nie zdecydował się oprzeć na zdaniu odrębnym sędziów Blacka i Douglasa. Stwierdzili oni, że przedmiotem sprawy była władza sądów do udzielania *habeas corpus* na rzecz obcokrajowców uwięzionych w Niemczech na podstawie wyroków wydanych przez władzę wykonawczą za pośrednictwem komisji wojskowych. Sędziowie stwierdzili, że Sąd Najwyższy nie może zaprzeczyć i nie czyni tego, że jeśli te osoby byłyby uwięzione na terytorium Stanów Zjednoczonych, to sądy amerykańskie miałyby jurysdykcję do rozpatrywania ich wniosków o *habeas corpus*. Następnie retorycznie zapytali: „Czy prawo jeńca do zbadania legalności wyroku zależy w takim razie od miejsca, w którym rząd zdecyduje się go uwięzić?”¹⁸. Jeśli tak rzeczywiście jest – a wydaje się tak być zarówno w przypadku z 1950 r., jak i w przypadku Guantanamo – to sądy amerykańskie stosują niebezpieczną i szkodliwą praktykę.

Wiele organizacji pozarządowych (m.in. Amnesty International), byłych sędziów federalnych, dyplomatów i oficerów amerykańskich wystosowało krótkie pisma urzędowe w sprawie wyjaśnienia wątpliwości prawnych czy faktycznych (tzw. *amicus curiae briefs*¹⁹), w których żądali zmiany decyzji w sprawie Al Odah.

3. Gherebi przeciwko Bushowi (2003)

W tej sprawie brat jednego z zatrzymanych wystosował na jego rzecz wniosek o udzielenie *habeas corpus*. Sąd okręgowy – ponownie opierając się na orzeczeniu w sprawie *Johnson v. Eisentrager* – odrzucił wniosek, uzasadniając to brakiem jurysdykcji, ponieważ Guantanamo nie znajduje się pod suwerennością Stanów Zjednoczonych (nie stanowi suwerennego terytorium Stanów Zjednoczonych). Sąd wyraził jednak wątpliwość przy podejmowaniu decyzji, gdyż wizja zatrzymanych bez dostępu do pomocy prawnej, bez poinformowania ich o stawianych im zarzutach i bez procesu wydała się sądowi niepokojąca. Wyraził on również nadzieję, że „sąd wyższej instancji znajdzie zasadne rozwiązanie” (*principled way*) dla zapewnienia weryfikacji legalności zatrzymania. Po wniesieniu odwołania sąd apelacyjny okręgu IX zmienił decyzję sądu okręgowego i orzekł, że Stany Zjednoczone wykonują pełną jurysdykcję terytorialną wobec Guantanamo. Sąd apelacyjny stwierdził nawet więcej, a mianowicie, że dla celów wniosku

¹⁷ W styczniu 2005 r. Mamdouh Habib został zwolniony bez postawienia mu jakichkolwiek zarzutów. Po ponad trzech latach zatrzymania wrócił do Australii, zob. http://www.theaustralian.news.com.au/common/story_page/0,5744,12486037%255E23109,00.html oraz <http://www.abc.net.au/news/newsitems/200502/s1293030.html> (06.11.05).

¹⁸ *Johnson v. Eisentrager*, opinia odrębna sędziów Blacka i Douglasa.

¹⁹ W języku łacińskim *amicus curiae* oznacza osobę udzielającą sędziemu wyjaśnień odnośnie do wątpliwości prawnych czy faktycznych (dosłownie przyjaciel sądu).

o *habeas corpus* Guantanamo jest częścią suwerennego terytorium Stanów Zjednoczonych. W konsekwencji złożenie wniosku o *habeas corpus* jest możliwe i sądy amerykańskie posiadają jurysdykcję do jego rozpatrzenia. Właściwym w tych sprawach jest sąd okręgowy okręgu Centralna Kalifornia²⁰.

Decyzja sądu apelacyjnego w sprawie *Gherebi v. Bush* została następnie zawieszona do czasu rozstrzygnięcia tej kwestii przez Sąd Najwyższy, co nastąpiło w czerwcu 2004 r.

II. SPRAWY DOTYCZĄCE OBYWATELI AMERYKAŃSKICH

W tym miejscu pojawia się zagadnienie zdrajców i dezertów, które jednak z braku miejsca zostanie tylko częściowo omówione²¹. W Afganistanie ujęto dwóch Amerykanów walczących u boku talibów (John Walker Lindh) lub w szeregach Al-Kai'dy (Yaser Esam Hamdi). Według międzynarodowego prawa humanitarnego zostaliby oni określani jako zdrajcy, lecz inaczej to wygląda w kontekście wewnętrznym. Inny obywatel amerykański Jose Padilla został ujęty na lotnisku w Chicago. Ich sprawy zostaną pokrótce przedstawione poniżej. Można sobie już na wstępie zadać pytanie czy Lindh i Hamdi są zdrajcami? Lub raczej czy jest możliwe udowodnienie im zdrady?

W praktyce amerykańskiej dla stwierdzenia zbrodni zdrady konieczne są cztery elementy: jawne działanie (*overt act*), dwóch świadków musi to zeznać, aby potwierdzić zarzuty rządu co do jawnego działania podjętego przez oskarżonego, które ma stanowić zdradę, musi być wykazany zamiar zdradzenia Stanów Zjednoczonych, którego dowodem ma być wspomniane jawne działanie i wynikająca z niego pomoc dla wroga (*aid and comfort*)²². Wydaje się, że byłoby bardzo trudno udowodnić zdradę w przypadku walki w Afganistanie. Nawet w przypadku Lindha, który został ujęty na polu walki. Postawione mu następnie zarzuty (o których mowa poniżej) spełniają warunek Jawnego działania" i zdradzieckiego charakteru; prawdopodobnie też rząd nie miałby problemów z udowodnieniem, że stanowiły one dla wroga pomoc i wsparcie, lecz już spełnienie pozosta-

²⁰ Orzeczenie sądu apelacyjnego w sprawie *Gherebi v. Bush* (nr 03-55785) dostępne <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/gherebibush121803opn.pdf>.

²¹ Wielu autorów opowiada się za zasadą, że mocarstwo zatrzymujące nie ma obowiązku przyznania statusu jeńca wojennego własnym obywatelom. Poza ewentualną zwyczajową normą prawa humanitarnego i poglądami doktryny należy również brać pod uwagę względy humanitarne, które mogą spowodować zmiany w stosowaniu zasady, że mocarstwo zatrzymujące nie ma obowiązku przyznawania statusu jeńca wojennego własnym obywatelom. Może się zdarzyć, że dana osoba, która na długo przed wybuchem konfliktu bez formalnego uznania tego faktu pośrednio rzekła się swojego poprzedniego obywatelstwa – obywatelstwa mocarstwa zatrzymującego, a następnie znalazła się w jego władzy (np. walcząc po stronie mocarstwa przeciwnego). W takich sytuacjach należy przyznać pierwszeństwo faktycznemu powiązaniu (wierności; *material allegiance*), a nie formalnemu obywatelstwu (*formal nationality*). Jak słusznie zauważa A. Rosas, powinno tak być zwłaszcza w przypadkach, gdy formalne obywatelstwo prowadziłoby do bardziej dotkliwych dla jeńca skutków. To rozwiązanie umożliwiłoby obywatelom mocarstwa zatrzymującego zachowanie statusu jeńca wojennego w określonych okolicznościach oraz zapobiegałoby ich skazaniu za zdradę.

²² Art. III ust. 3 amerykańskiej konstytucji; tekst konstytucji dostępny <http://www.house.gov/Constitution/Constitution.html>.

łych warunków – dwóch świadków i zamiaru zdrady – nastęrczałoby trudności, jeśli w ogóle byłoby możliwe. Sam Lindh zaprzeczył istnieniu po jego stronie takiego zamiaru, kiedy stwierdził, że nie walczył przeciwko Ameryce, a tylko wspólnie z talibami przeciwko siłom Sojuszu Północnoatlantyckiego, którą to walkę traktował jako *jihad*, będący kontynuacją walki mudżahedinów z wojskami radzieckimi²³. Oświadczenie Lindha nie jest naturalnie decydujące, ale rzuca pewien cień i wzbudza wątpliwości. Podobnie trudne byłoby udowodnienie zdrady Hamdiemu. Z tych też względów rozpatrywanie tych przypadków w kontekście wewnętrznym (amerykańskim) jako zbrodni zdrady jest bezcelowe. Zgodnie z tym, co zostało stwierdzone w odniesieniu do zdrajców i dezerterów, którzy zostaną ujęci przez siły zbrojne państwa swego obywatelstwa, Stany Zjednoczone mogły przyznać im status jeńców wojennych (lecz nie miały takiego obowiązku – zobacz przyp. 21) bądź oskarżyć ich w ramach procesu karnego o popełnienie zbrodni. Pierwsza możliwość raczej nigdy nie wchodziła w grę, zważywszy, że – niezgodnie z prawem – zatrzymanym cudzoziemcom odmówiono przyznania statusu jeńca wojennego. Jeżeli chodzi o drugą możliwość, to i w tym względzie praktyka jest niejednolita i stanowi dowód braku koncepcji oraz ignorowania prawa ze strony amerykańskiej administracji.

1. John Walker Lindh

John Walker Lindh, nazywany amerykańskim talibem, jest obywatelem amerykańskim. Został ujęty w Afganistanie, gdy walczył u boku talibów. Po ujęciu przez około miesiąc był przetrzymywany w obozie Rhino niedaleko Kabulu, następnie został przetransportowany do Stanów Zjednoczonych, gdzie w postępowaniu karnym postawiono mu osiem zarzutów: spisku w celu zabicia obywateli amerykańskich poza terytorium Stanów Zjednoczonych, spisku w celu dostarczania materialnego wsparcia dla zagranicznych organizacji terrorystycznych, dostarczania materialnego wsparcia dla zagranicznych organizacji terrorystycznych, spisku w celu świadczenia usług Al-Kai'dzie, świadczenia usług Al-Kai'dzie, spisku w celu świadczenia usług talibom, świadczenia usług talibom oraz używania i posiadania broni palnej i niszczących urządzeń podczas popełnienia zbrodni z użyciem przemocy. Oskarżenie wniesiono w sądzie okręgowym okręgu Wschodnia Wirginia 5 lutego 2002 r.²⁴

W związku z tym, że Lindh został oskarżony w procesie karnym, przysługiwały mu wszystkie prawa procesowe i konstytucyjne, jakie przysługują każdemu

²³ Podaję za: M.H. Sperber, *Note: John Walker Lindh and YaserEsam Hamdi: Closing the Loophole in International Humanitarian Law for American Nationals Captured Abroad While Fighting with Enemy Forces*, „American Criminal Law Review” 2003, nr 40, s. 192–193.

²⁴ Tekst aktu oskarżenia dostępny <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/lindh/uswlindh020502cmp.pdf>; zarzuty w oryginale to: *conspiracy to murder U.S. nationals, conspiracy to provide material support and resources to foreign terrorist organizations, providing material support to and resources to foreign terrorist organizations, conspiracy to contribute services to Al Qaeda, contributing services to Al Qaeda, conspiracy to supply services to the Taliban, supplying the services to the Taliban, using and carrying firearms and destructive devices during crimes of violence.*

obywatelowi amerykańskiemu, włączając w to prawo do pomocy prawnej i prawo do bycia poinformowanym o wszystkich stawianych zarzutach. Na samym początku obrona Lindha wystosowała wniosek o sprecyzowanie zarzutów, gdyż zostały one określone bardzo szeroko, niejednoznacznie i w sposób niewystarczający dla uczciwego poinformowania go i przygotowania argumentów obrony. Obrona zażądała więc określenia obywateli i personelu militarnego, przeciw którym w celu ich zabicia Lindh rzekomo spiskował; daty, czasu i miejsca, gdzie rzekomo przyłączył się do takiego nielegalnego spisku; dokładnego charakteru wsparcia materialnego, którego miał dostarczać spiskującym oraz dokładnego określenia działalności, której rzekomo dopomagał przez dostarczanie wsparcia materialnego. Celem tego wniosku było dokładniejsze określenie zarzutów, a nie tylko sądenie Lindha za samą przynależność do potępianej grupy. Sędzia jednak wniosek odrzucił²⁵. Lindh skarżył się także na trzymanie go przez 55 dni *incommunicado* w obozie Rhino w Afganistanie i stosowanie wobec niego w tym czasie „wymuszających” technik przesłuchania (*coercive interrogation techniques*) oraz odmowę dostępu do prawnika. Oskarżony twierdził, że jego oświadczenia złożone w czasie bezprawnego zatrzymania nie powinny być dopuszczone jako dowód w postępowaniu.

Sprawa Johna Walkera Lindha zakończyła się dość zaskakująco, bo ugodą (15 lipca 2002 r.)²⁶. Przez pięć miesięcy rząd próbował szukać nowych dowodów przeciwko Lindhowi, równocześnie zachowując w tajemnicy tajne informacje (*classified information*). Lindh przyznał się do dwóch zarzutów – świadczenia usług talibom oraz używania i posiadania broni palnej i niszczących urządzeń podczas popełniania zbrodni z użyciem przemocy. W rezultacie został skazany (4 października 2002 r.) na dwa następujące po sobie wyroki 10 lat pozbawienia wolności, czyli ogółem 20 lat pozbawienia wolności, oraz zobowiązał się do pełnej współpracy z rządem w śledztwie prowadzonym w sprawie Al-Kai'dy, lecz uniknął kary dożywotniego pozbawienia wolności²⁷. Gdyby Lindh naruszył wa-

²⁵ Tekst wniosku (*Defence Motion for a Bill of Particulars, 15 March 2002*) dostępny <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/lindh/uslindh31502mot4bop.pdf> (28.10.05).

²⁶ Tekst ugody (*plea agreement*) dostępny <http://www.usdoj.gov/ag/pleaagreement.htm>.

²⁷ W postępowaniu karnym został skazany również Zacarias Moussaoui – obywatel francuski, uważany za dwudziestego terrorystę, który miał wziąć udział w atakach 11 września 2001 r., członek Al-Kai'dy; brał udział w przygotowaniach do ataków terrorystycznych, ucząc się w Oklahomie i Minnesocie pilotowania statków powietrznych na prywatnych kursach. W czasie szkolenia wykazywał nadzwyczajne zainteresowanie pilotowaniem dużych statków powietrznych oraz szczegółami technicznymi. To wzbudziło podejrzenia. Ostatecznie Moussaoui został aresztowany za naruszenie przepisów wizowych i imigracyjnych. Po nagromadzeniu dowodów wskazujących na jego udział w wydarzeniach z 11 września został on przeniesiony do więzienia federalnego w Alexandrii, w stanie Wirginia; postawiono mu sześć zarzutów: 1) spisek w celu popełnienia aktów terrorystycznych przekraczających granice narodowe, 2) spisek w celu popełnienia piractwa powietrznego, 3) spisek w celu zniszczenia statku powietrznego, 4) spisek w celu użycia broni masowej zagłady, 5) spisek w celu zabicia pracowników Stanów Zjednoczonych, 6) spisek w celu zniszczenia własności – akt oskarżenia dostępny <http://www.usdoj.gov/ag/moussaouiindictment.htm> (02.11.05); początkowo Moussaoui nie przyznał się do winy, następnie zmienił zeznanie i przyznał się do czterech stawianych mu zarzutów, po czym znowu zaprzeczył stawianym mu zarzutom. 22 kwietnia 2005 r. Moussaoui przyznał się do spisku w celu popełnienia aktów terrorystycznych, lecz nie tych z 11 września, ale w ramach szerszego planu zaatakowania Białego Domu. Stwierdził on, że Osama bin Laden osobiście nakazał mu uderzyć

runki ugody, może zostać oskarżony i osądzony za wszystkie stawiane mu zarzuty. Zrzekł się również roszczeń z tytułu nadużyć w traktowaniu go przez władze amerykańskie. Mimo uznania przez prokuratora ugody za zwycięstwo w „wojnie z terroryzmem”²⁸ wydaje się jednak, że kiedy zaczęły się ujawniać różne nieścisłości dotyczące konstytucyjnej ochrony, do której Lindh był uprawniony, i w miarę jak zwiększało się ryzyko ujawnienia niektórych tajnych informacji, a zwłaszcza pojawiła się konieczność zeznawania na procesie przez zatrzymanych w Guantanamo, rząd zdecydował się na ugodę. W ugodzie znajduje się ciekawy ustęp, w którym rząd zgadza się „zrezygnować z prawa traktowania Lindha jako nielegalnego kombatantha w związku z jego działaniami wskazanymi w akcie oskarżenia”²⁹. Sformułowanie to sugeruje, że rząd uważał jednak, iż Lindh ma pewien status zgodnie z międzynarodowym prawem humanitarnym.

2. Yaser Esam Hamdi

Yaser Esam Hamdi został ujęty w Afganistanie, walcząc u boku talibów i przetransportowany do Guantanamo. Kilka miesięcy później władze amerykańskie odkryły, że Hamdi ma amerykańskie obywatelstwo (urodził się w Baton Rouge, w Luizjanie, lecz większość życia spędził w Arabii Saudyjskiej). Po odkryciu i weryfikacji tego faktu Hamdi został przeniesiony do bazy wojskowej w Norfolk, w stanie Wirginia w kwietniu 2002 r. Został uznany za „wrogię kombatantha”. Przez miesiące po umieszczeniu Hamdiego w izolacji rząd nie przedstawiał jednak żadnych zarzutów ani podstawy prawnej zatrzymania. Traktowanie, jakie spotkało Hamdiego, jest dowodem na niejednolite podejście do określania statusu zatrzymanych obywateli amerykańskich walczących za granicą u boku talibów. Lindh został skazany w wyniku postępowania karnego, natomiast Hamdi został określony jako „wrogi kombatanth”, był przetrzymywany w odosobnieniu, bez dostępu do pomocy prawnej; stanowiło to pogwałcenie jego praw – jako obywatela amerykańskiego – wynikających z V i VI poprawki do konstytucji (odpowiednio prawo do sprawiedliwego procesu i prawo do pomocy prawnej). Zarządzenie wojskowe prezydenta Busha z listopada 2001 r. nie ma do niego zastosowania, gdyż stosuje się je tylko do cudzoziemców, w związku z tym nie powinien on być sądzony przez komisje wojskowe powołane na mocy tego Zarządzenia. W konsekwencji określenia Hamdiego jako „wrogię kombatantha” powinien on zostać osądzony przez sąd wojskowy zgodnie z amerykańskim

w Białym Dom (zob. D. Eggen, *Judge in Moussaoui Case Blocks Release of September 11 Report*, artykuł dostępny <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/04/29/AR2005042901435.html> (2.11.05)). Dalsza część postępowania przeciwko Moussaoui była przewidziana na styczeń 2006 r. Zamierzał on bronić się przeciwko grożącej mu karze śmierci – zobacz również: *Moussaoui sentence trial date set*, artykuł dostępny <http://newsvote.bbc.co.uk/mpapps/pagetools/print/news.bbc.co.uk/1/hi/world/americas/4524247.stm> (02.11.05). Więcej na temat postępowania w sprawie Moussaoui zobacz: J. Mariner, *A Fair Trial for Moussaoui*, artykuł dostępny <http://writ.news.findlaw.com/mariner/20030203.html> (02.11.05).

²⁸ Zobacz: „I plead guilty” American Taliban Says; artykuł dostępny <http://archives.cnn.com/2002/LAW/07/15/walker.lindh.hearing/> (29.10.05).

²⁹ *Plea Agreement, USA v. J. Lindh*, pkt 21.

Jednolitym Kodeksem Sprawiedliwości Wojskowej (UCMJ) i stosownie do III Konwencji Genewskiej. Takie postępowanie może jednak wywołać sprzeciw, gdyż jego konsekwencją jest przyznanie obywatelom amerykańskim pełnych praw traktatowych, a cudzoziemcom tylko prawa do procesu drugiej kategorii (komisje wojskowe), a przecież i obywatele amerykańscy, i cudzoziemcy zostali ujęci jako „wrody kombatancki”.

Jeżeli chodzi o zapewnienie Hamdiemu prawa do obrony, to dwukrotnie sąd okręgowy przyznał mu prawo do przedstawiciela prawnego. Po złożeniu wniosku o *habeas corpus* przez federalnego obrońcę publicznego Franka Dunhama (10 maja 2002 r.) i przyznaniu mu przez sąd statusu *next friend* sąd okręgowy orzekł, że Hamdi ma prawo do przedstawiciela prawnego. Natomiast 11 czerwca 2002 r. sąd okręgowy przyznał status *next friend* ojcu Hamdiego – Esamowi Fouad Hamdiemu i nakazał rządowi zapewnić Hamdiemu dostęp do prawnika. Esam Fouad Hamdi podnosił, że jego syn nie walczył u boku talibów oraz że był w Afganistanie w celu wykonywania pracy humanitarnej i nie odbył szkolenia w obozie terrorystycznym. W rezultacie wniesienia apelacji przez rząd amerykański sąd apelacyjny IV okręgu zmienił (12 lipca 2002 r.) decyzję sądu okręgowego dotyczącą dostępu do przedstawiciela prawnego (a więc odmówił mu tego prawa), ponieważ „sąd okręgowy mianował przedstawiciela prawnego i zarządził jego dostęp do Hamdiego bez właściwego uwzględnienia konsekwencji swoich działań [...]”. Sąd podkreślił, że „powierzenie przez naszą Konstytucję prowadzenia wojny politycznym gałęziom amerykańskiego rządu wymaga, aby sądy respektowały to na każdym etapie”³⁰. Sąd apelacyjny nie przekreślił zupełnie decyzji sądu okręgowego, lecz przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia, wyrażając swoją niechęć wobec daleko idącej propozycji, że obywatel amerykański, rzekomo będący „wrogiem kombatanckim”, mógłby zostać bezterminowo zatrzymany bez postawienia mu zarzutów lub bez dostępu do prawnika, tylko dlatego że rząd tak uważa i wreszcie bez nadzoru sądowego³¹.

16 sierpnia sąd okręgowy, któremu przekazano sprawę, zażądał od rządu dowodów, na podstawie których zakwalifikowano Hamdiego jako „wrogię kombatancką”. Z tego powodu powstały dodatkowe kontrowersje, gdyż ministerstwo sprawiedliwości odmówiło zastosowania się do tego żądania. Rząd wniósł odwołanie. Jego zdaniem zatrzymanie Hamdiego jest konieczne dla zebrania danych wywiadowczych. Dlatego też powinien on być zatrzymany jako „wrogi kombatancki” zgodnie z prawami i zwyczajami wojny. Uwzględniając argumenty rządu, 8 stycznia 2003 r. sąd apelacyjny okręgu IV orzekł, że nie ma wątpliwości, że Hamdi został ujęty za granicą, gdy walczył dla talibów, a skoro tak, to może być przetrzymywany bezterminowo (*indefinitely*) jako „wrogi kombatancki”, bez dostępu do prawnika³². Podstawą zatrzymania jest samo określenie statusu

³⁰ Orzeczenie dostępne http://laws.lp.findlaw.com/scripts/prINTER_friendly.pl?page=4th/026895p.html (tłum. własne, 29.10.05).

³¹ Ibidem.

³² Orzeczenie w sprawie *Hamdi v. Rumsfeld* (nr 02–7338) dostępne <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/027338.P.pdf> (29.10.05), s. 16.

Hamdiego jako „wrogiego kombatanta” przez prezydenta, działającego w charakterze głównodowodzącego armią, i nie może ono zostać podważone ani przez zatrzymanego, ani kogokolwiek działającego na jego rzecz. Na zarzut braku upoważnienia do zatrzymania ze strony Kongresu (wymaganego wobec obywatela amerykańskiego) sąd stwierdził, że taką autoryzacją była rezolucja Kongresu z 18 września 2001 r. (*Authorization for Use of Military Force*) upoważniająca prezydenta do „użycia wszelkiej koniecznej i odpowiedniej siły przeciwko tym państwom, organizacjom i osobom, które planowały, upoważniły, popełniły lub pomogły w atakach terrorystycznych” lub „udzieliły schronienia takim organizacjom lub osobom”³³. Sąd orzekł również na korzyść rządu w zakresie obowiązku przedstawienia przez niego dowodów na zakwalifikowanie Hamdiego jako „wrogiego kombatanta”. W opinii sądu materiały, które rząd przedstawił, były wystarczające³⁴. Nakaz przedstawienia dalszych informacji mógłby – zdaniem sądu – spowodować ujawnienie „wrażliwych” danych wywiadu. Mimo stwierdzenia, że kontrola sądowa trwa nadal, nawet w czasie konfliktu zbrojnego, sąd apelacyjny podkreślił, że nie ma ona aż tak dużego znaczenia wobec szerokiej władzy prezydenta jako głównodowodzącego. Ochrona przysługująca obywatelowi w postępowaniu karnym nie przekłada się tak starannie na obszar konfliktu zbrojnego. Sąd wskazał na dobrze już ustaloną władzę wojskowych do wykonywania jurysdykcji wobec członków sił zbrojnych, tych bezpośrednio z takimi siłami związanych, „wrogich beligerentów”, jeńców wojennych i innych oskarżonych o naruszenie praw wojny. Dodał, że jakiegokolwiek prawne badanie w sprawie statusu Hamdiego jako rzekomego „wrogiego kombatanta” musi odzwierciedlać poszanowanie tej władzy, jak również „uznanie, że rząd nie ma bardziej głębokiej odpowiedzialności” niż ochrona Amerykanów przed dalszymi atakami terrorystycznymi³⁵. Ponadto sąd stwierdził, że prawo zatrzymanego do weryfikacji jego statusu prawnego zgodnie z Konwencją Genewską nie ma zastosowania do Hamdiego, gdyż przepisy Konwencji nie są samowystarczalne, i w rezultacie nie mogą być wykonywane przez jednostkę, a tylko przez państwo i rząd. Wspomniał przy tym o zasadzie wzajemności, która zapewnia przestrzeganie Konwencji, gdyż jeńcy wojenni dostają się do niewoli po obydwu stronach. Dobrze by było, aby same Stany Zjednoczone, w tym ich sądy, o tym pamiętały.

³³ Joint Resolution, *Authorization for Use of Military Force*; tekst dostępny http://www.yale.edu/lawweb/avalon/sept_11/sjres23_cb.htm (tłum. własne, 29 X 2005).

³⁴ Była to tzw. Deklaracja Mobbsa (niskiego stopnia urzędnika z Ministerstwa Obrony), zgodnie z którą Hamdi przybył do Afganistanu w lipcu lub sierpniu 2001 r. i dołączył do jednostki zbrojnej talibanu, gdzie przeszedł szkolenie w zakresie posługiwania się bronią. We wspomnianej jednostce zbrojnej pozostał aż do jego ujęcia przez siły Sojuszu Północnego. W momencie ujęcia Hamdi był w posiadaniu karabinu. Następnie został przetransportowany do więzienia Mazar-e-Sharif, a stąd do więzienia w Sheberghan w Afganistanie, gdzie był przesłuchiwany. Po przesłuchaniach zdecydowano, że Hamdi spełnia kryteria „wrogiego kombatanta”, po czym został przewieziony do ośrodka w Kandaharze, a stamtąd do Guantanamo i w końcu do bazy wojskowej w Norfolk; zdaniem Mobbsa dalsze przesłuchanie potwierdziło szczegóły ujęcia Hamdiego i jego status jako „wrogiego kombatanta” – zob. *Hamdi v. Rumsfeld* (nr 02-7338), op. cit., s. 36–37.

³⁵ *Hamdi v. Rumsfeld* (nr 02-7338), op. cit., s. 25 (tłum. własne).

Całe powyższe orzeczenie jest oparte na błędnym założeniu, że trwa konflikt zbrojny, a w konsekwencji ujęci kombatanci mogą być przetrzymywani przez okres jego trwania. Konflikt zbrojny się skończył i jak słusznie zauważył Hamdi, nawet jeśli jego zatrzymanie na początku było legalne, to nie jest nim teraz, ponieważ istotne działania zbrojne zostały zakończone³⁶. Sąd apelacyjny niesłusznie uważa za taki konflikt „wojnę z terroryzmem”, gdyż jest to w istocie rzeczy metafora taka sama jak „wojna z głodem”, „wojna z ubóstwem” czy „wojna z narkotykami”. Wszystkie one będą prawdopodobnie toczone w nieskończoność. Niektóre elementy tak rozumianej „wojny z terroryzmem” stanowią konflikty zbrojne – międzynarodowe lub niemające charakteru międzynarodowego, i w tej części są regulowane przez międzynarodowe prawo humanitarne. Międzynarodowy konflikt zbrojny toczył się w Afganistanie w okresie od października 2001 r. do czerwca 2002 r., kiedy został wybrany stały rząd (z Hamidem Karzajem na czele). Ponadto, skoro sąd określa Hamdiego jako „wrogi kombatanta”, to jest on uprawniony do statusu jeńcy wojennego i wszystkich związanych z tym uprawnień (i obowiązków). W najlepszym razie mamy tu do czynienia z bałaganem terminologicznym. Administracja amerykańska, ale również i sądy operują pojęciami „nielegalnych kombatantów” (*unlawful combatants*) i „wrogich kombatantów” (*enemy combatants*), zamiast trzymać się ustalonych terminów jeńcy wojenni i osoby cywilne. W gruncie rzeczy „nielegalny kombatant” to osoba cywilna, która bezprawnie bierze udział w walce. Kombatant walczący po stronie wroga *ex definitione* jest wrogiem kombatantem, choć Stany Zjednoczone rozumieją ten termin inaczej, co tylko wprowadza niepotrzebne zamieszanie³⁷. Natomiast, jeśli Stany Zjednoczone nie chcą przyznać Hamdiemu statusu jeńcy wojennego (do czego mają prawo, bo jest to ich obywatel, aczkolwiek w przypadku Hamdiego, który większość życia spędził w Arabii Saudyjskiej, można wziąć pod uwagę raczej rzeczywistą przynależność, a nie formalne obywatelstwo), to powinny postawić mu zarzuty i osądzić w postępowaniu karnym, w którym wszystkie gwarancje procesowe zostaną zapewnione. Trzeciej drogi nie ma.

Dopiero w grudniu 2003 r. rząd zdecydował się zezwolić na dostęp prawnika reprezentującego Hamdiego do klienta, jednak z zastosowaniem koniecznych środków bezpieczeństwa. W dniach 2 lutego i 2 marca 2004 r. Hamdi spotkał się ze swoim prawnikiem; pierwsze spotkanie odbyło się w obecności obserwatorów wojskowych i było nagrywane, natomiast drugie monitorowane nie było, co pozwoliło prawnikowi na rozmowę na temat warunków zatrzymania³⁸.

³⁶ Ibidem, s. 42.

³⁷ W swym późniejszym orzeczeniu w sprawie *Hamdi v. Rumsfeld* z 2004 r., Sąd Najwyższy stwierdził, że pojęcie „wrogi kombatant” nie jest jasne, a rząd do tej pory (tj. do wydania orzeczenia) nie określił, co rozumie przez to pojęcie, lecz jest oczywiste, że „na potrzeby tej sprawy «wrogi kombatant» (...) to osoba, która (...) stanowiła część sił wrogich Stanom Zjednoczonym lub siłom koalicji lub takie siły wspierała w Afganistanie i która brała udział w konflikcie zbrojnym przeciwko Stanom Zjednoczonym” (tekst orzeczenia – zob. przypis 39, s. 9).

³⁸ *United States of America. Appealing for justice: Supreme Court hears arguments against the detention of Yaser Esam Hamdi and Jose Padilla*, Amnesty International Report, dostępny <http://www.amnestyusa.org/waronterror/document.do?id=CD144801F480D1CA80256E9000421D34>.

3. Jose Padilla

Przypadek Jose Padilli istotnie różni się od spraw Lindha czy Hamdiego, gdyż został on aresztowany na międzynarodowym lotnisku O'Hare w Chicago, po opuszczeniu samolotu. Nastąpiło to w maju 2002 r. na podstawie nakazu aresztowania wydanego przez sąd okręgowy południowego okręgu Nowy York w związku ze śledztwem prowadzonym przez ten sąd w sprawie zamachów terrorystycznych z 11 września. Na początku Padilla był trzymany w Nowym Jorku jako *material witness*, a następnie został umieszczony w bazie wojskowej w Charleston w Południowej Karolinie. Jeszcze bardziej niepokojące jest to, że rząd amerykański (zarządzeniem prezydenta z dnia 9 maja 2002 r.) uznał Padillę za „wrogię kombatanę” i odmówił mu prawa do przedstawiciela prawnego, do występowania przed sądami cywilnymi oraz nie wniósł przeciwko niemu zarzutów karnych. Nawet bez podawania dalszych szczegółów takie postępowanie wywołuje sprzeciw, gdyż Padilla nie został ujęty na polu walki, tylko na lotnisku, kiedy to dobrowolnie i jawnie opuścił pokład samolotu. Co więcej odmawia mu się prawa do słusznego procesu; przez trzy lata nie postawiono mu żadnych zarzutów i nie zwolniono go³⁹.

Rząd podejrzewa, że Padilla spiskował w celu przeprowadzenia ataku przeciwko Stanom Zjednoczonym przy użyciu tzw. „brudnej bomby” i był związany z Al-Kai'dą. Jako „wrogi kombatanę” zdaniem rządu podlega on zatrzymaniu aż do zakończenia działań zbrojnych, które – jak już zostało stwierdzone – oznaczają „wojnę z terroryzmem”, a ta w opinii administracji trwa. Sekretarz obrony Rumsfeld stwierdził, że rząd nie jest zainteresowany w postawieniu Padilli zarzutów, tylko w wydobyciu od niego informacji⁴⁰. Podobnie jak Lindh i Hamdi, Padilla nie może być sądzony przez komisje wojskowe, gdyż Zarządzenie wojskowe prezydenta Busha nie dotyczy obywateli amerykańskich. Jose Padilla powinien zostać zwolniony lub należy mu postawić zarzuty i osądzić w sprawiedliwym procesie, w którym będą zapewnione wszelkie gwarancje procesowe. Nie ma zupełnie podstaw do traktowania Padilli jako „wrogię kombatanę”; jest on osobą cywilną, obywatelem amerykańskim, aresztowanym na terytorium amerykańskim i podlegającym jurysdykcji sądów amerykańskich⁴¹. Mimo że podróżował do Afganistanu, nie ma dowodu, że szkolił się w obozach szkoleniowych

³⁹ Więcej na temat stanu faktycznego można przeczytać w orzeczeniu sądu apelacyjnego okręgu II w sprawie *Padilla v. Rumsfeld* (nr 03-2235), dostępne <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/padilla/padrums121803opn.pdf>. W załączniku A jest zawarte zarządzenie prezydenta określające Padillę jako „wrogię kombatanę”. W skrócie zarządzenie to stwierdza, że Padilla jest blisko powiązany z Al-KaPdą, brał udział we wrogich dla Stanów Zjednoczonych działaniach, w tym w przygotowaniach do ataków terrorystycznych, jest w posiadaniu danych na temat Al-Kai'dy, które mogą się przyczynić do zapobieżenia atakom Al-Kai'dy oraz stanowi on ciągłe zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego Stanów Zjednoczonych (30.10.05).

⁴⁰ Podają za: S.A. Pitts-Kiefer, *Jose Padilla, Enemy Combatant or Common Criminal?*, „Villanova Law Review” 2003, nr 48, s. 882–883 (zob. przyp. 26 w artykule).

⁴¹ S.A. Pitts-Kiefer, op. cit., s. 883–884, wskazuje na przypadki zatrzymania przez władze wojskowe i procesy wojskowe wobec osób cywilnych, lecz działo się tak tylko podczas trwania stanu wojennego, na terytoriach okupowanych oraz w celu zatrzymania „wrogich kombatanów” w trakcie działań wojennych i dla osądzenia naruszcycieli prawa wojny.

Al-Kai'dy czy też że aktywnie walczył w Afganistanie przeciwko siłom amerykańskim u boku talibów. Z tych przyczyn zatrzymanie Padilli jest nielegalne. Padilla nie walczył u boku talibów – w odróżnieniu od Hamdiego – więc nie można go uznać za kombatanta (w tym za „wrogiego kombatanta” według określenia amerykańskiej administracji), lecz co najwyżej za podejrzanego o popełnienie przestępstwa (akty terrorystyczne). Jeśli istnieją dostateczne dowody jego winy, powinien zostać skazany, lecz – *a contrario* – w ich braku Padilla powinien zostać zwolniony.

Przedstawiciel prawny Padilli 11 lutego 2002 r. wystosował wniosek o *habeas corpus* na jego rzecz. Podniesiono w nim, że zatrzymanie Padilli narusza konstytucję amerykańską, prezydent nie ma nieograniczonej władzy do zatrzymywania obywateli amerykańskich bez prawa do sprawiedliwego procesu i bez weryfikacji podstaw prawnych takiego zatrzymania. Zdaniem Padilli rezolucja Kongresu z 18 września 2001 roku (*Authorization for the Use of Military Force*) zezwalająca prezydentowi na użycie siły w tym przypadku nie dawała tak daleko idącego upoważnienia. W grudniu 2002 r. sąd okręgowy orzekł, że wspomniana rezolucja Kongresu upoważnia prezydenta do zatrzymania Padilli, lecz ten ostatni jest uprawniony do przedstawiciela prawnego⁴². W praktyce prawa tego nie wykonano aż do lutego 2004 r., ponieważ rząd mimo częściowo korzystnej dla siebie decyzji wniósł odwołanie od części dotyczącej dostępu do prawnika. Prawnik odwiedził Padillę dopiero w marcu 2004 r.; podobnie jak w przypadku Hamdiego rozmowa była monitorowana.

W grudniu 2003 r. sąd apelacyjny okręgu II (rozpatrujący wspomnianą wyżej apelację) postanowił, że rząd Stanów Zjednoczonych nie ma przyrodzonej (*inherent*), konstytucyjnej władzy do trzymania Jose Padilli bez postawienia mu zarzutów i dostępu do sądu oraz nakazał jego zwolnienie w ciągu 30 dni lub przekazanie pod kontrolę władz cywilnych i osądzenie przy zapewnieniu ochrony konstytucyjnej przysługującej innym obywatelom⁴³. Prezydent nie ma władzy – w braku upoważnienia przez Kongres – do zatrzymywania jako „wrogiego kombatanta” obywatela amerykańskiego ujętego na amerykańskiej ziemi poza strefą walki⁴⁴. Jednak zwolnienie Padilli zostało zawieszone, gdyż rząd wniósł odwołanie, które zostało rozpatrzone przez Sąd Najwyższy w czerwcu 2004 r.

Przypadek Padilli jest szczególny i stanowi wyjątkowo rażące naruszenie prawa amerykańskiego i prawa międzynarodowego w sferze praw człowieka. Żadna z możliwych argumentacji podawanych przez rząd nie uzasadnia przetrzymywania Padilli bez postawienia mu zarzutów i bez dostępu do sądu. Jednym z takich uzasadnień może być konieczność zapobieżenia ujawnieniu wrażliwych, ściśle

⁴² Krótkie streszczenie orzeczenia sądu okręgowego w sprawie *Padilla v. Rumsfeld* (nr 233 F. Supp. 2d 564, 576) w orzeczeniu SN w sprawie *Padilla v. Rumsfeld* (nr 03-2235); zob. orzeczenie przyp.35, s. 8–9.

⁴³ Orzeczenie w sprawie *Padilla v. Rumsfeld* (nr 03-2235) dostępne <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/padilla/padrum121803opn.pdf> (30.10.05).

⁴⁴ W oryginale: *We also conclude that Padillas detention was not authorized by Congress, and absent such authorization, the President does not have the power under Article II of the Constitution to detain as an enemy combatant an American Citizen seized on American soil outside a zone of combat.*

tajnych danych wywiadu. Wydaje się, że z podobnych przyczyn zawarto ugodę w sprawie Lindha, Hamdiemu odmawia się postępowania sądowego i przetrzymuje się go jako „wrogiego kombatanta”, a setkom cudzoziemców zatrzymanych w Guantanamo odmawia się prawa do statusu jeńca wojennego. Nie może to być jednak absolutnie wystarczającym powodem do przetrzymywania Padilli bez postawienia mu zarzutów. Innym uzasadnieniem może być fakt, że rząd nie dysponuje wystarczającymi dowodami do oskarżenia Padilli w procesie sądowym i być może obawia się, że nie zostałby on skazany na długie lata więzienia. Jednak brak dowodów nie stanowi legalnej podstawy do trzymania kogoś w bazie wojskowej i odmowy dostępu do prawnika. Jeszcze innym argumentem, na który wprost powoływał się Donald Rumsfeld, jest chęć wydobycia od Padilli informacji, które posiada. Jednak takie postępowanie jest również sprzeczne z prawem⁴⁵.

III. ORZECZENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO (2004)

Dnia 28 czerwca 2004 r. Sąd Najwyższy wydał decyzje w trzech sprawach: *Rumsfeld v. Padilla*, *Rasul v. Bush* i *Hamdi v. Rumsfeld*. Zostały one uznane za zwycięstwo sprawiedliwości i poszanowania praw człowieka, jednak przy bliższej analizie entuzjazm słabnie. Mimo wszystko najbardziej znaczące z tych trzech orzeczeń wydaje się być to w sprawie *Rasul v. Bush*.

1. *Hamdi przeciwko Rumsfeldowi*

W sprawie *Hamdi v. Rumsfeld*⁴⁶ Sąd Najwyższy musiał odpowiedzieć na pytania, czy władza wykonawcza ma prawo zatrzymać i przetrzymywać obywateli, których zakwalifikuje jako „wrogich kombatantów” bez nadzoru sądowego i postawienia zarzutów oraz w jaki sposób zatrzymany może podważyć tę kwalifikację jako „wrogiego kombatanta”.

W odpowiedzi na pierwsze pytanie SN orzekł, że rezolucja Kongresu *Authorization for the Use of Military Force* ustanowiła upoważnienie wymagane do zatrzymania obywateli amerykańskich. Odpowiedni fragment orzeczenia stwierdza, że „zatrzymanie jednostek należących do ograniczonej omawianej przez nas kategorii na okres trwania określonego konfliktu, podczas którego zostały ujęte jest tak fundamentalną i akceptowaną okolicznością towarzyszącą wojnie, że pozwala na stosowanie «koniecznej i odpowiedniej siły», do użycia której Kongres upoważnił prezydenta”⁴⁷. Hamdi wskazywał, że jeśli nawet istniało upoważnienie ze strony Kongresu do zatrzymania, to nie do bezterminowego przetrzymywania. SN wziął to pod uwagę, stwierdzając, że podnoszona przez

⁴⁵ Tak: S.A. Pitts-Kiefer, *Jose Padilla, Enemy Combatant...*, op. cit., s. 907–908.

⁴⁶ Orzeczenie w sprawie *Hamdi v. Rumsfeld* (nr 03-6696) dostępne <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-6696.pdf>.

⁴⁷ *Hamdi v. Rumsfeld* (nr 03-6696), s. 10 (tłum. własne); w oryginale: *We conclude that detention of individuals falling into the limited category we are considering, for the duration of the particular conflict in which they were captured, is so fundamental and accepted incident to war as to be an exercise of the „necessary and appropriate force, Congress has authorized the President to use”*.

rząd koncepcja „wojny z terrorem” jako mającej niekonwencjonalny charakter może doprowadzić do uwięzienia Hamdiego do końca jego życia; ponadto wyraźnie stwierdził, że takie bezterminowe zatrzymanie jest nielegalne. Powołał się w tym kontekście również na III Konwencję Genewską, zgodnie z którą zatrzymanie może trwać tylko przez okres aktywnych działań zbrojnych⁴⁸. Jeśli zostanie ustalone, że Stany Zjednoczone są nadal zaangażowane w walkę w Afganistanie, wtedy zatrzymanie stanowić będzie wykonanie „koniecznej i odpowiedniej siły” wynikające z *Authorization for the Use of Military Force*⁴⁹. Tym samym orzeczenie implikuje, że zatrzymanie musi się skończyć, kiedy skończą się działania zbrojne. W tym miejscu można – wyprzedzając późniejsze decyzje podjęte przez sądy okręgowe – ponownie wyraźnie podkreślić, że międzynarodowy konflikt zbrojny między Stanami Zjednoczonymi a Afganistanem został zakończony, a w konsekwencji zatrzymani powinni zostać zwolnieni, a podejrzanym o popełnienie zbrodni wojennych należy postawić zarzuty i ich osądzić. Intrigujące i interesujące jest to, że SN uznał, że Konwencja Genewska ma jednak znaczenie dla zatrzymania osób określanych jako „wrodzy kombatanci”, którym odmówiono statusu jeńca wojennego.

Jeśli chodzi natomiast o pytanie drugie, Sąd Najwyższy orzekł, że obywatel amerykański trzymany jako „wrogi kombatant” ma prawo do podważenia faktycznej podstawy zatrzymania przed neutralnym organem decyzyjnym (*a neutral decisionmaker*)⁵⁰. Zgodnie z orzeczeniem zatrzymany musi zostać poinformowany o faktycznej podstawie zakwalifikowania go jako „wrogiego kombatanta” i mieć możliwość podważenia tych ustaleń na podstawie faktów. Postępowanie, w którym Hamdi brał udział, do tej pory nie spełnia wymogów sprawiedliwego procesu, do którego jest uprawniony zgodnie z konstytucją⁵¹. SN nie rozpatrzył skargi na brak dostępu do prawnika, gdyż w czasie, kiedy sprawa była rozpatrywana, Hamdi spotkał się z prawnikiem.

Niestety, mimo tych pozytywnych i witanych z satysfakcją fragmentów orzeczenia, zostały one trochę przytłumione przez inne niepokojące ustępy, które powodują, że nie jest to do końca zwycięstwo praw człowieka i wolności obywatelskich oraz porażka administracji prezydenta Busha. SN uznał, że ma prawo do kontroli działań władzy wykonawczej, lecz uczynił z tego prawa bardzo ograniczony użytek. Otóż SN po stwierdzeniu, że Hamdi ma prawo do sprawiedliwego procesu, również w czasie trwania wojny, orzekł, że w tych szczególnych okolicznościach procedura może zostać dostosowana w taki sposób, aby nie nakładać na władzę wykonawczą zbytniego ciężaru wtedy, gdy trwa konflikt zbrojny. Przede wszystkim dopuszczono dowody ze słyszenia (*hearsay evidence*) jako najbardziej wiarygodne dostępne dowody, które rząd może przedstawić. Orzeczenie przenosi także ciężar dowodu na zatrzymanych, ustanawiając domniemanie na rzecz dowodów przedstawionych przez rząd, które może zostać

⁴⁸ *Hamdi v. Rumsfeld* (nr 03-6696), op. cit., s. 12.

⁴⁹ *Hamdi v. Rumsfeld* (nr 03-6696), op. cit., s. 14.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 1.

⁵¹ *Ibidem*, s. 26.

obalone, a przy tym musi zostać zapewniona możliwość jego obalenia. Te dodatkowe kwalifikacje w istocie rzeczy podważają wcześniejsze stwierdzenie o prawie do sprawiedliwego procesu⁵². Oznacza to akceptację dla żądania rządu, że do określenia zatrzymanego jako „wrogiego kombatanta” wystarczą dowody ze słyszenia⁵³. Zdaniem SN możliwość obalenia domniemania pozwoli błakającemu się turyście, osadzonemu dziennikarzowi lub lokalnemu pracownikowi humanitarnemu na wykazanie błędu władz wojskowych, które go ujęły⁵⁴.

Z satysfakcją, ale również z oburzeniem należy przyjąć fakt, że po ponad trzech latach zatrzymania Yaser Esam Hamdi został zwolniony i wrócił do Arabii Saudyjskiej do swej rodziny. Oburzenie budzi to, że był trzymany przez ponad trzy lata bez postawienia mu żadnych zarzutów, a przed zwolnieniem ministerstwo obrony oświadczyło po prostu, że bezpieczeństwo narodowe Stanów Zjednoczonych nie wymaga dalszego trzymania Hamdiego. Więcej szczegółów nie zostało ujawnionych ze względów bezpieczeństwa i operacyjnych⁵⁵. W wyniku negocjacji pomiędzy Hamdim a prokuratorami federalnymi i osiągniętego porozumienia oraz złożonego przez Hamdiego wniosku sąd okręgowy wschodniego okręgu Wirginia wydał postanowienie o zawieszeniu postępowania, a następnie o zwolnieniu Hamdiego (najpóźniej z dniem 30 września 2004 r.). Zgodnie z porozumieniem Hamdiemu nie postawiono żadnych zarzutów, a w zamian został on zobowiązany zrzec się obywatelstwa amerykańskiego, mieszkać w Arabii Saudyjskiej przez pięć lat oraz nigdy (!) nie podróżować do Afganistanu, Pakistanu, Iraku, Izraela, Syrii i Strefy Gazy. Musiał również wyrzec się terroryzmu i zgodzić się nie pozywać Stanów Zjednoczonych za swoje uwięzienie⁵⁶.

2. *Rumsfeldprzeciwko Padilli*

W sprawie *Rumsfeld v. Padilla*⁵⁷ Sąd Najwyższy badał tylko kwestie jurysdykcyjne bez dotykania zagadnień merytorycznych; było to konsekwencją zarzutu ze strony rządu o braku jurysdykcji sądu okręgowego okręgu Nowy York. Sąd Najwyższy miał rozstrzygnąć, czy właściwym sądem do rozpatrywania wniosku o *habeas corpus* jest sąd okręgowy okręgu Nowy York czy okręgu Karolina Południowa. Było to uzależnione od tego, kto jest właściwym pozwanym. W pierwszym przypadku pozwanym byłby sekretarz obrony Donald Rumsfeld oraz komendant bazy wojskowej, w której przebywał Padilla, natomiast w dru-

⁵² Tak również: A. Elgart, *Hamdi v. Rumsfeld: Due Process Requires That Detainees Receive Notice and Opportunity To Contest Basis for Detention*, „Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review” 2005, wol. 40, nr 1; artykuł dostępny http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol40_1/elgart.php.

⁵³ Jak na przykład wspomniana już Deklaracja Mobbsa – zob. przy. 34.

⁵⁴ *Hamdi v. Rumsfeld* (nr 03-6696), op. cit., s. 27.

⁵⁵ Podaje za: J. Markon, *Hamdi Returned to Saudi Arabia*, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A23958-20040ct11.html> (02.11.05).

⁵⁶ Tekst porozumienia i wniosku zwalniającego dostępne <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/hamdi/91704stlagmnt.html> (02.11.05).

⁵⁷ Orzeczenie w sprawie *Rumsfeld v. Padilla* (nr 03-1027) dostępne <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-1027.pdf>.

gim przypadku byłby nim tylko komendant bazy wojskowej. SN orzekł, że właściwym pozwanym w postępowaniu o przyznanie *habeas corpus* jest „bezpośredni strażnik” (*immediate custodian*) w „okręgu zatrzymania” (*district of confinement*), którym jest komendant bazy wojskowej. W konsekwencji przedstawiciel prawny Padilli powinien był wnieść wniosek o *habeas corpus* w sądzie okręgowym okręgu Karolina Południowa, a nie okręgu Nowy York⁵⁸.

Padilla musi więc przejść cały proces od nowa, poczynając od ponownego złożenia wniosku, tym razem w sądzie okręgowym okręgu Karolina Południowa. Jeśli nie zostanie on oskarżony, a nie wydaje się, aby rząd miał taki zamiar, to jest prawdopodobne, że zostanie zwolniony⁵⁹. W lutym 2005 r. sąd okręgowy okręgu Karolina Południowa orzekł, że Padilla musi zostać zwolniony albo oskarżony. Jednak w wyniku rozpatrzonej apelacji, sąd apelacyjny okręgu IV zmienił to orzeczenie i zdecydował 9 września 2005 r., że prezydent – stosownie do rezolucji Kongresu *Authorization for the Use of Military Force* – posiada władzę do zatrzymywania obywateli amerykańskich blisko związanych z Al-Kai'dą, którzy walczyli w jej imieniu przeciwko własnemu krajowi⁶⁰. Sąd apelacyjny wskazał, że skoro SN orzekł, że prezydent miał upoważnienie do zatrzymania Hamdiego, to ma je również w odniesieniu do Padilli. W opinii sądu Padilla jest „wrogim kombatanem” i nie widzi w tym żadnej przeszkody, że został on ujęty na lotnisku z dala od pola walki. Hamdi natomiast został ujęty na polu walki. Uzasadnienie sądu apelacyjnego miejscami wprawia w osłupienie, zwłaszcza kiedy na przykład stwierdza on, że nie ma „różnicy między «wrogim kombatanem» ujętym za granicą i przetrzymywanym w Stanach Zjednoczonych, takim jak Hamdi, a «wrogim kombatanem», który uniknął ujęcia za granicą, ale został ostatecznie ujęty w kraju i jest przetrzymywany w Stanach Zjednoczonych, taki jak Padilla”⁶¹. Sąd apelacyjny zamiast mówić o międzynarodowym konflikcie zbrojnym w Afganistanie, odwołuje się do metaforycznego terminu „wojny z terroryzmem”. W tym kontekście stwierdza, że Padilla stanowi zagrożenie dla Stanów Zjednoczonych, a celem jego zatrzymania jest zapobieżenie jego powrotowi na pole walki. Jednak Padilla nie walczył u boku talibów, więc trudno mówić o powrocie na pole walki i nie to stanowi istotę sprawy; Padilla może stanowić zagrożenie dla Stanów Zjednoczonych, lecz „od wewnątrz” – istotne jest nie to,

⁵⁸ *Rumsfeld v. Padilla* (nr 03-1027), op. cit., s. 13 i 23.

⁵⁹ Bardzo ciekawe uwagi na ten temat zawiera artykuł R.A. Levy, *What the Supreme Court Really Said about Jose Padilla*; artykuł dostępny <http://www.cato.org/dailys/08-09-04-2.html> (01.11.05). Autor stwierdza, że jest prawdopodobne, iż Yaser Esam Hamdi zostanie uwolniony, więc tym bardziej powinien zostać zwolniony Jose Padilla, gdyż ten pierwszy został ujęty na polu walki, a ten drugi na lotnisku. W konsekwencji rezolucja Kongresu *Authorization for the Use of Military Force*, która upoważniała do schwytania żołnierzy w strefie walki zbrojnej, nie upoważniała prezydenta do więzienia bez postawienia zarzutów nieuzbrojonej osoby cywilnej, obywatela amerykańskiego aresztowanego na amerykańskiej ziemi.

⁶⁰ Orzeczenie w sprawie *Padilla v. Hanft* (nr 05-6396) dostępne <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/056396.P.pdf> (02.11.05).

⁶¹ *Padilla v. Hanft* (nr 05-6396), s. 12; na temat orzeczenia sądu apelacyjnego *Padilla v. Hanft* zobacz: J. Mariner, *The Unjust Detention of Jose Padilla*; artykuł dostępny <http://writ.news.findlaw.com/mariner/20050914.html>.

czy Padilla jest „wrogim kombatantem” walczącym dla talibanu, ale to, czy jest terrorystą związanym z Al-Kai’dą⁶².

Dnia 25 października 2005 r. Padilla złożył odwołanie do Sądu Najwyższego, które zostanie dopiero rozpatrzone. Tymczasem 20 listopada tego samego roku prezydent Bush wystosował nakaz zwolnienia Padilli i przekazania go przez władze wojskowe ministrowi sprawiedliwości (*Attorney General*!) w celu postawienia zarzutów i osądzenia w postępowaniu karnym⁶³.

3. *Rasul przeciwko Bushowi*

W sprawie *Rasul v. Bush*⁶⁴ skarżącymi byli dwaj Australijczycy (Mamdouh Habib i David Hicks) oraz dwunastu Kuwejtczyków, ujęci za granicą podczas działań zbrojnych pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a talibami. Kiedy sprawa była jeszcze rozpatrywana przez SN dwaj skarżący – obywatele brytyjscy Shafia Rasul i Asif Iqbal – zostali zwolnieni z Guantanamo i przekazani w ręce władz brytyjskich, które uwolniły ich wkrótce po ich przybyciu do Anglii.

Sąd Najwyższy musiał odpowiedzieć na następujące pytanie: „Czy sądy Stanów Zjednoczonych mają jurysdykcję do rozpatrywania legalności zatrzymania obywateli państw obcych ujętych za granicą w związku z działaniami wojennymi i uwięzionych w Bazie Morskiej Guantanamo na Kubie?”

Orzekł on, że sądy amerykańskie mają jurysdykcję do rozpatrywania wniosków o *habeas corpus* składanych przez obywateli państw obcych ujętych za granicą w związku z konfliktem zbrojnym i przetrzymywanych w Guantanamo. Zgodnie z § 2241 tytułu 28 Kodeksu Stanów Zjednoczonych (*United States Code*) sądy okręgowe są upoważnione „w ramach ich odpowiednich jurysdykcji” do rozpatrywania wniosków o *habeas corpus* od osób, które twierdzą, że są przetrzymywane z naruszeniem praw Stanów Zjednoczonych⁶⁵. Taka jurysdykcja obejmuje również cudzoziemców zatrzymanych na terytorium, wobec którego Stany Zjednoczone wykonują wyłącznie jurysdykcję, lecz nie „najwyższą suwerenność”. Ponadto zgodnie z umową dzierżawną pomiędzy Kubą a Stanami Zjednoczonymi z 1903 r. te ostatnie wykonują całkowitą jurysdykcję i kontrolę wobec Guantanamo (przy zachowaniu przez Kubę najwyższej suwerenności). W 1934 r. strony przyjęły drugi traktat, stosownie do którego w braku porozumienia zmieniającego lub uchylającego umowę dzierżawy dzierżawa ta pozostanie w mocy tak długo, dopóki Stany Zjednoczone „nie porzucą (...) Bazy Morskiej w Guantanamo”. Powoływanie się na „najwyższą suwerenność” Kuby jest dla Stanów Zjednoczonych wygodnym uzasadnieniem dla własnych działań.

⁶² Ibidem.

⁶³ Zob. *Notice of Realease and Transfer* – dostępne <http://www.wiggin.eom/db30/cgi-bin/pubs/11-22-05%20Notice%20of%20Release%20and%20Transfer.pdf> i *Presidents Memo* – dostępne <http://www.wiggin.com/db30/cgi-bin/pubs/11-22-05%20Pres%20Memo.pdf>; akt oskarżenia Padilli dostępne <http://abcnews.go.com/images/US/Padilla-Indictment-11-17-05.pdf> (25.11.05.).

⁶⁴ Orzeczenie w sprawie *Rasul v. Bush* (nr 03-334) dostępne <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-334.pdf>.

⁶⁵ *Rasul v. Bush* (nr 03-334), *Syllabus*, s. 2.

Słusznie więc SN uznał, że jurysdykcja sądów amerykańskich rozciąga się na zatrzymanych w Guantanamo i w ten sposób zapobiegł negatywnym skutkom dla zatrzymanych, wynikającym z decyzji rządu umieszczenia ich rzekomo poza jurysdykcją jakiegokolwiek sądu amerykańskiego, w tzw. *legal black hole*⁶⁶. Sąd Najwyższy podkreślił również, że *habeas corpus* jest głęboko zakorzeniony w systemie *common law* i pojawił się w prawie angielskim kilka wieków temu. Nie może on zostać zawieszony, gdyż jest to możliwe tylko w przypadkach rebelii lub inwazji, kiedy wymaga tego bezpieczeństwo publiczne⁶⁷. W rozpatrywanym przez SN przypadku o takim zagrożeniu dla bezpieczeństwa publicznego nie może być mowy.

Sąd odrzucił również tezę o decydującym charakterze orzeczenia w sprawie *Johnson v. Eisentrager*. Wskazał na kilka różnic pomiędzy sprawą obecną a tą z 1950 r. Skarżący w tej sprawie nie są obywatelami państw znajdujących się w stanie wojny ze Stanami Zjednoczonymi i zaprzeczają oni jakoby mieli brać udział bądź planować akty agresji przeciwko Stanom Zjednoczonym; nie pozwolono im na dostęp do jakiegokolwiek trybunału, a nawet nie oskarżono ich o żadne przestępstwo i przez ponad dwa lata byli przetrzymywani na terytorium znajdującym się pod całkowitą jurysdykcją i kontrolą Stanów Zjednoczonych.

Podsumowując, w sprawie *Rasul v. Bush* Sąd Najwyższy orzekł, że sądy amerykańskie mają jurysdykcję do ustalenia legalności potencjalnie bezterminowego zatrzymania przez władzę wykonawczą osób, które twierdzą, że są całkowicie niewinne popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa. W ten sposób Sąd Najwyższy zmienił orzeczenie sądu apelacyjnego; stwierdził również, że sprawy powinny zostać merytorycznie rozstrzygnięte ponownie przez sądy okręgowe⁶⁸. Ta decyzja jest chyba najbardziej rewolucyjna z omawianej tu triady orzeczeń. Według jednego z sędziów – Kennedy’ego, który wskazał inne podstawy dla uzasadnienia decyzji w omawianej sprawie, lecz się z nią zgodził (*concurring opinion*) – tą decyzją SN uchylił swoje wcześniejsze orzeczenie w sprawie *Johnson v. Eisentrager*. Niestety nie oznacza to zagwarantowania zatrzymanym praw merytorycznych, lecz tylko proceduralne prawo do podważenia legalności zatrzymania. Zostało to pozostawione sądom okręgowym (i ewentualnie apelacyjnym) do ponownego rozstrzygnięcia. Z przykrością należy również zauważyć, że SN nie zajął stanowiska odnośnie do uznania kogoś za „wrogiego kombatanta” i jego zatrzymania w kontekście III Konwencji Genewskiej. SN powinien był wyraźnie stwierdzić, że są one z nią sprzeczne.

⁶⁶ Termin *legal black hole* („prawna czarna dziura”) został stworzony przez J. Steyn’a, *Guantanamo Bay: Legal Black Hole*, „International and Comparative Law Quarterly” 2004, nr 53. Na temat suwerenności Kuby nad Guantanamo i jurysdykcji amerykańskiej – zob. J. Mariner, *A Guantanamo-Size Hole in the Constitution*; artykuł dostępny <http://writ.news.findlaw.com/mariner/20031201.html>.

⁶⁷ *Rasul v. Bush* (nr 03-334), s. 5.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 17.

IV. SPRAWY ROZSTRZYGNIĘTE PO WYDANIU ORZECZEŃ SĄDU NAJWYŻSZEGO

1. *Hamdan przeciwko Rumsfeldowi (2004)*

Salim Ahmed Hamdan został ujęty w Afganistanie pod koniec 2001 r. W lipcu 2003 r., działając na podstawie Zarządzenia wojskowego, prezydent Bush wyznaczył sprawę Hamdana do osądzenia przez komisję wojskową. Uzasadnieniem było podejrzenie, że był on członkiem Al-Kai'dy lub w inny sposób zaangażowany w działania terrorystyczne przeciwko Stanom Zjednoczonym. W grudniu 2003 r. Hamdan został umieszczony w obozie Echo (*Camp Echo*) – części obozu w Guantanamo przeznaczonej dla zatrzymanych przed osądzeniem ich przez komisje wojskowe. W obozie tym był trzymany w izolacji. Już w lutym 2004 r. obrońca Hamdana wystosował wniosek o poinformowanie jego klienta o zarzutach oraz o szybki proces. Następnie 6 kwietnia 2004 r. obrońca wystosował z kolei wniosek o *habeas corpus* do sądu okręgowego okręgu Zachodni Waszyngton. Skarżył on charakter i zbyt długi okres przedprocesowego zatrzymania (*pretrial detention*) Hamdana z naruszeniem III Konwencji Genewskiej, w tym artykułu 3 wspólnego dla czterech Konwencji Genewskich, oraz legalność sądenia Hamdana za rzekome zbrodnie wojenne przez komisje wojskowe utworzone na mocy specjalnych zarządzeń prezydenta Stanów Zjednoczonych i sekretarza obrony, a nie przez sądy wojskowe utworzone zgodnie z Jednolitym Kodeksem Sprawiedliwości Wojskowej (*Uniform Code of Military Justice*)⁶⁹. W międzyczasie – 9 lipca 2004 r. – Hamdan został formalnie oskarżony o spisek w celu popełnienia następujących przestępstw: atakowania osób cywilnych, atakowania obiektów cywilnych, zabójstwa przez nieuprawnionego wojującego, zniszczenia własności przez nieuprawnionego wojującego i terroryzm. Po wydaniu w czerwcu 2004 r. przez Sąd Najwyższy decyzji stwierdzającej, że sądy federalne mają jurysdykcję do rozpatrywania wniosków o *habeas corpus* składanych przez zatrzymanych w Guantanamo, sprawa została skierowana do sądu okręgowego okręgu Kolumbia jako właściwego w tych sprawach. Sąd okręgowy okręgu Kolumbia orzekł, iż nie stwierdzono, że Hamdan jest przestępcą podlegającym osądzeniu zgodnie z prawem wojny oraz że procedura ustanowiona dla komisji wojskowych przez Zarządzenie wojskowe prezydenta jest „sprzeczna i niezgodna” z tą, która ma zastosowanie do sądów wojskowych. Na tej podstawie przychylił się w części do wniosku skarżącego, a odrzucił żądanie rządu.

Główną przesłanką argumentu rządu, że prezydent ma władzę do powołania komisji wojskowych, było twierdzenie, że władza ta wynika z artykułu II konstytucji amerykańskiej⁷⁰ i jest nieodłączną prerogatywą prezydenta jako głów-

⁶⁹ Kodeks dostępny http://www.military-network.com/main_ucmj/main_ucmj.htm.

⁷⁰ Zgodnie z odpowiednim fragmentem art. 2 *The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States; he may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices, and he shall have Power to grant Reprieves and Pardons for Offences against the United States, except*

nodowodzącego siłami zbrojnymi. Jednakże prezydent może ustanowić komisje wojskowe, ale tylko dla sprawców lub przestępstw podlegających sądzeniu przez sądy wojskowe stosownie do prawa wojny⁷¹. Jak słusznie zauważył sędzia Robertson, nie stwierdzono, że Hamdan jest przestępcą podlegającym osądzeniu zgodnie z prawem wojny. Następnie sąd badał, czy doszło do naruszenia III Konwencji Genewskiej i artykułu 3. Stwierdził on, że tak długo jak status Hamdana jako jeńca wojennego jest wątpliwy, może on być sądzony tylko przez sądy wojskowe. Wskazał także na artykuł 102 Konwencji, zgodnie z którym: „Wyrok przeciwko jeńcowi wojennemu może być ważnie wydany tylko przez taki sam sąd i według takiej samej procedury, jak w przypadku osób należących do sił zbrojnych mocarstwa zatrzymującego i jeżeli ponadto postanowienia niniejszego rozdziału zostały zachowane”. Komisja wojskowa takim sądem nie jest, a procedura stosowana w jej ramach nie jest taką procedurą. W opinii amerykańskiej administracji Hamdan nie jest uprawniony do ochrony wynikającej z III Konwencji Genewskiej, a zwłaszcza do statusu jeńcy wojennego i w żadnym wypadku prawa wynikające z tej Konwencji nie mogą być dochodzone w drodze wniosku o *habeas corpus*. Sąd okręgowy nie zgodził się z tymi argumentami. Stwierdził, że Hamdan został ujęty w trakcie konfliktu zbrojnego między Stanami Zjednoczonymi a Afganistanem, a nie – jak przekonuje rząd – w trakcie odrębnego konfliktu z Al-Kai'dą, a w konsekwencji przysługuje mu ochrona według III Konwencji Genewskiej. Zdaniem sądu konflikt w Afganistanie stanowił międzynarodowy konflikt zbrojny, w którym talibowie i Al-Kai'da połączyli siły w walce ze Stanami Zjednoczonymi i ich sojusznikami. Dla zastosowania Konwencji istotne jest miejsce konfliktu, a nie fakt, że wojujący jest powiązany z daną grupą. Sąd orzekł, że III Konwencja Genewska znajduje zastosowanie do wszystkich osób ujętych w Afganistanie w wyniku konfliktu zbrojnego, bez względu na to, czy korzystają one z całej puli praw wynikających z Konwencji, czy tylko z węższej ochrony artykułu 3. Natomiast zdaniem rządu, nawet jeśli Konwencja teoretycznie ma zastosowanie do osób ujętych w Afganistanie, to członkowie Al-Kai'dy (tacy jak Hamdan) nie są uprawnieni do statusu jeńcy wojennego, gdyż nie spełniają warunków kombatanckich określonych w artykule 4(2). W październiku 2004 r. Trybunał Weryfikacyjny (*Combatant Status Review Tribunal*) uznał Hamdana za „wrogiego kombatanta”, będącego członkiem Al-Kai'dy. W odniesieniu do tego sąd przywołał artykuł 5 Konwencji Genewskiej oraz stanowiący jego implementację Regulamin Armii 190–8 (*Army Regulation 190–8, Enemy Prisoners of War, Retained Personnel, Civilian Internees and Other Detainees*)⁷². Zgodnie z Regulaminem w momencie kiedy zatrzymany żąda przyznania mu statusu jeńcy wojennego, jego status jest wąpli-

in *Cases of Impeachment*, Konstytucja amerykańska dostępna <http://www.house.gov/Constitution/Constitution.html>.

⁷¹ *Hamdan v. Rumsfeld*, dostępne <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/tribunals/hamdanram-s110804opn.pdf>, s. 8.

⁷² Regulamin dostępny <http://usmilitary.about.com/gi/dynamic/offsite.htm?site=http://www.usapa.army.mil/pdffiles/r190%5F8.pdf>.

wy (*in doubt*) i musi zostać określony przez właściwy sąd. Jednak zdaniem sądu nie jest takim „właściwym sądem” wspomniany wyżej Trybunał Weryfikacyjny, gdyż nie został on ustanowiony dla określenia statusu zatrzymanych stosownie do Konwencji Genewskiej, lecz jako wykonanie orzeczenia Sądu Najwyższego z czerwca 2004 r. Jego zadaniem nie jest zatem określenie statusu zatrzymanych (tu Hamdana), lecz tylko stwierdzenie, czy zatrzymany jest właściwie, zgodnie z prawem, przetrzymywany jako „wrogi kombatan” dla celów dalszego zatrzymania⁷³. Dlatego też nie ma mowy o właściwym wymaganym przez Konwencję Genewską określeniu statusu zatrzymanych.

Rząd podnosił również argument, zgodnie z którym decyzja Trybunału Weryfikacyjnego, że Hamdan jest członkiem Al-Kai'dy, determinuje odmowę przyznania mu statusu jeńcy wojennego, skoro prezydent Bush stwierdził (7 lutego 2002 r.), że członkowie Al-Kai'dy nie są jeńcami wojennymi. Ustosunkowując się do tego, sąd słusznie stwierdził, że „prezydent nie jest «trybunałem»”⁷⁴. Dodał, że rząd musi powołać właściwy sąd dla ustalenia statusu zatrzymanych, a do tego momentu lub przeciwnej decyzji takiego sądu Hamdanowi jako jeńcowi wojennemu przysługuje pełna ochrona wynikająca z III Konwencji Genewskiej.

Jeżeli chodzi o niemożliwość stosowania artykułu 3 do omawianego konfliktu, sąd okręgowy orzekł, że jest powszechnie akceptowane, że przepis ten stanowi „najbardziej fundamentalne wymagania prawa wojny”, „międzynarodowe normy ludzkości”⁷⁵ mające zastosowanie zarówno w konfliktach o charakterze międzynarodowym, jak i międzynarodowym. Oparł się przy tej okazji na orzeczeniu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie militarnej i paramilitarnej działalności Stanów Zjednoczonych w Nikaragui z 1986 r.

Wreszcie sąd musiał określić charakter norm III Konwencji Genewskiej – czy są one samowykonalne (*self-executing*) czy też nie? Zdaniem pozwanych Hamdan nie mógł dochodzić realizacji swoich praw wynikających z Konwencji Genewskiej w drodze prywatnej skargi (w ramach petycji o *habeas corpus*), ponieważ Konwencja nie jest samowykonalna. Sąd zaznaczył, że traktaty międzynarodowe wiążące Stany Zjednoczone stanowią „najwyższe prawo państwa” (*supreme law of the land* – art. VI, ust. 2 konstytucji). Obowiązkiem Stanów Zjednoczonych jest zapewnienie wykonania prawa międzynarodowego i międzynarodowych porozumień, chyba że takie porozumienia nie są samowykonalne. Traktat nie jest samowykonalny, jeżeli sam wyraźnie wskazuje, że nie stanie się efektywny jako prawo krajowe bez wydania implementujących go przepisów, lub jeśli przepisy implementujące są wymagane przez konstytucję⁷⁶. W przypadku Konwencji Genewskich, a zwłaszcza III Konwencji, jest dość oczywiste, że zawierają one precyzyjne normy mające na celu przede wszystkim określenie praw

⁷³ Zob. Memorandum From Deputy Secretary of Defense, to Secretary of the Navy, Order Establishing Combatant Status Review Tribunal 3 (July 7, 2003), dostępne <http://www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf>.

⁷⁴ *Hamdan v. Rumsfeld*, s. 18.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 20.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 23.

przysługujących jednostkom. Tylko niektóre artykuły wymagają implementacji w prawie krajowym, np. artykuły 129 i 130 (wydanie niezbędnych przepisów w celu ustalenia sankcji karnych dla osób, które popełniły ciężkie naruszenia Konwencji). Artykuły 5 i 102 – istotne w sprawie Hamdana – nie należą do tej grupy.

Być może najważniejszą częścią tego orzeczenia była ta dotycząca komisji wojskowych, gdyż sąd orzekł, że procedura stosowana w ramach komisji jest sprzeczna ze stosowaną przez sądy wojskowe (zgodnie z Jednolitym Kodeksem Sprawiedliwości Wojskowej). Sprzeczność ta dotyczy najbardziej organu uprawnionego do rozpatrywania odwołań od decyzji komisji, a jest nią władza wykonawcza (prezydent lub sekretarz obrony bądź inna osoba przez nich nominowana), oraz możliwości wyłączenia oskarżonego z postępowania i odmowy dostępu do dowodów go obciążających. Jednakże niekorzystnych różnic jest znacznie więcej⁷⁷. Ta ostatnia różnica stanowi bardzo znaczne i niedopuszczalne odstępstwo od zasady konfrontacji oraz prawa oskarżonego do bycia obecnym na własnym procesie i przedstawiania argumentów na swoją rzecz (a więc można uznać, że stanowi to także naruszenie prawa do obrony). Sąd orzekł więc, że ze względu na bardzo istotne sprzeczności z Jednolitym Kodeksem Sprawiedliwości Wojskowej, jak również z prawami człowieka i prawem humanitarnym, komisje wojskowe są niekonstytucyjne i naruszają III Konwencję Genewską i jako takie nie mogą sądzić Hamdana, który jako jeńiec wojenny może być sądzony tylko przez taki sam sąd i według takiej samej procedury, jak w przypadku osób należących do sił zbrojnych mocarstwa zatrzymującego.

Natomiast 15 lipca 2005 r. sąd apelacyjny okręgu Kolumbia uchylił wyrok sądu okręgowego w sprawie *Hamdan v. Rumsfeld*. Uznał on, że komisje wojskowe nie są niezgodne z prawem, a prezydent rzeczywiście ma władzę – przyznaną mu przez Kongres – do powoływania takich komisji. Władza ta została mu przyznana w rezolucji Kongresu z 18 września 2001 r. (*Authorization for the Use of Military Force*)⁷⁸. Uznał również komisje wojskowe za „właściwy sąd” w rozumieniu artykułu 5 III Konwencji Genewskiej.

Sąd stwierdził również, że Konwencja Genewska nie daje uprawnień skazującemu, których mógłby dochodzić przed sądem. Sąd doszedł także do kompletnie nielogicznego wniosku w odniesieniu do artykułu 3 wspólnego dla czterech Konwencji Genewskich, a mianowicie, że nie znajduje on zastosowania do Hamdana, ponieważ został on ujęty w toku wojny w Afganistanie, a ta stanowi część wojny z Al-Kai'dą, która to z kolei wojna jest częścią szerszej „wojny z terroryzmem”. Ta ostatnia ma natomiast zasięg międzynarodowy, a artykuł 3 stosuje się do konfliktów niemających charakteru międzynarodowego. Pozostaje tylko wskazać na słuszność orzeczenia sądu okręgowego, który określił artykuł 3

⁷⁷ Na temat komisji wojskowych zob. *Military Commission Proceedings Violate International Law* – dostępne http://www.humanrightsfirst.org/media/2004_alerts/0817.htm (07.11.05) i orzeczenie sądu okręgowego w sprawie *Hamdan v. Rumsfeld*, przyp. 12, s. 28–29.

⁷⁸ Orzeczenie w sprawie *Hamdan v. Rumsfeld* (nr 04-5393) wydane przez sąd apelacyjny dostępne <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/dc/045393a.pdf>.

jako „najbardziej fundamentalne wymagania prawa wojny”, „międzynarodowe normy ludzkości” mające zastosowanie zarówno w konfliktach o charakterze nie-międzynarodowym, jak i międzynarodowym.

2. *In re Guantanamo Detainees (2005) i Khalid przeciwko Bushowi (2005)*

Krótko po wydaniu orzeczenia w sprawie *Hamdan v. Rumsfeld* dwie inne decyzje zasługujące na uwagę zostały podjęte przez sędziów federalnych, przy tym są to dwie przeciwstawne decyzje. W sprawie *In re Guantanamo Detainees*⁷⁹ (31 stycznia 2005 r.) sędzia Green rozpatrywała skargę w jedenastu połączonych sprawach zatrzymanych w Guantanamo. Podobnie jak sędzia Robertson w sprawie *Hamdan v. Rumsfeld* orzekła ona na korzyść zatrzymanych, stosując międzynarodowe prawo humanitarne, które również uznała za samowykonalne. Sędzia Green stwierdziła, że zatrzymani są uprawnieni do ochrony płynącej z V poprawki do konstytucji ustanawiającej prawo do sprawiedliwego procesu, gdyż Guantanamo było równoznaczne z suwerennym terytorium Stanów Zjednoczonych. Wymogu sprawiedliwego procesu nie spełniały zdaniem sądu Trybunały Weryfikacyjne i stosowana przed nimi procedura⁸⁰.

W drugiej sprawie z 19 stycznia 2005 r. – *Khalid v. Bush*⁸¹ – sędzia Leon orzekł na korzyść rządu, a więc zajął zupełnie przeciwstawne stanowisko. Stwierdził on, że w istniejących okolicznościach nie widzi możliwości nakazania zwolnienia zatrzymanych⁸². Jest to w wyraźnej sprzeczności z orzeczeniem SN w sprawie *Rasul v. Bush*, kiedy zostało stwierdzone, że to właśnie sądy niższych instancji mają rozstrzygnąć sprawy merytorycznie. Sąd okręgowy stwierdził również, że „skarżący proszą ten sąd o coś, czego żaden sąd okręgowy do tej pory nie uczynił: aby ocenił legalność ujęcia i zatrzymania przez władzę wykonawczą cudzoziemców za granicą podczas konfliktu zbrojnego”⁸³. Oparł się przy tym na orzeczeniu w sprawie *Johnson v. Eisentrager*, jakby zapominając o orzeczeniu Sądu Najwyższego w sprawie *Rasul v. Bush*. Co więcej, sąd okręgowy wyraźnie stwierdza, że „nic w orzeczeniu w sprawie *Rasul* nie zmienia decyzji w spra-

⁷⁹ Orzeczenie w sprawie *In re Guantanamo Detainees* dostępne <http://www.dcd.uscourts.gov/opinions/2005/Green/2002-CV-299~8:57:59~3-2-2005-a.pdf> (02.11.05). Skarżącymi w tej sprawie było jedenastu cudzoziemców ujętych poza terytorium Afganistanu, z dala od pola walki – w Gambii, Zambii, Bośni i Tajlandii. Zostali oni następnie przetransportowani do Guantanamo.

⁸⁰ Orzeczenie bardzo krytycznie odnosi się do Trybunałów Weryfikacyjnych, przede wszystkim wskazuje na to, że zatrzymani nie mają dostępu do dowodów, na podstawie których Trybunały decydują o przyznaniu statusu „wrogiego kombatantha”, prawo do pomocy prawnej jest pozorne, mogą zostać dopuszczone dowody uzyskane w wyniku zastosowania tortur bądź innych „wymuszających” metod oraz że definicja „wrogiego kombatantha” jest zbyt szeroka.

⁸¹ Orzeczenie w sprawie *Khalid v. Bush* (nr 1:04-1142) dostępne <http://www.dcd.uscourts.gov/opinions/2005/Leon/2004-CV-1142~7:40:40~3-2-2005-a.pdf>. Skarżącymi w tej sprawie było siedmiu cudzoziemców: pięciu Algierczyko-Bośniaków, jeden Algierczyk i jeden Francuz. Wszyscy zostali ujęci poza Afganistanem – sześciu w Bośni i jeden w Pakistanie. Zostali następnie przetransportowani do Guantanamo.

⁸² *Khalid v. Bush* (nr 1:04-1142), s. 8.

⁸³ Ibidem, s. 6.

wie *Eisentrager*⁸⁴”. Trudno doprawdy zrozumieć, w jaki sposób sąd doszedł do takiego wniosku. Ponadto sąd orzekł, że w czasie wojny prezydent ma władzę zarządzić ujęcie i zatrzymanie wroga, i wskazał jako argument na poparcie tego, że podobnie stwierdził SN w sprawie *Hamdi v. Rumsfeld*⁸⁵. Jest jednak niekonsekwencją powoływanie się na jedno orzeczenie dla poparcia własnego stanowiska wtedy, kiedy jest to wygodne, przy ignorowaniu innych orzeczeń wspierających stanowisko przeciwnie. Sąd okręgowy powołał się na orzeczenie w sprawie *Hamdi v. Rumsfeld*, a zignorował orzeczenie w sprawie *Rasul v. Bush*⁸⁶.

Analiza orzecznictwa sądów amerykańskich ujawnia hipokryzję władz amerykańskich, ignorowanie prawa oraz jego dowolne interpretowanie na własne potrzeby. Władze te stosują różne, w istocie arbitralne standardy traktowania zatrzymanych cudzoziemców i własnych obywateli, a nawet wśród tych ostatnich zasady postępowania nie są jednolite. Innym przejawem tej hipokryzji jest to, że Stany Zjednoczone negocjują zwolnienia obywateli państw sojusznicznych, których jeszcze niedawno uważały za terrorystów. Stanowi to także dowód na bardzo kruche podstawy oskarżenia, skoro władze sądowe Wielkiej Brytanii zatrzymanych wypuściły, gdyż nie dopatrzyły się żadnego niebezpieczeństwa z ich strony ani nie postawiły im zarzutu popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa.

JUDICIAL PROTECTION OF THE GUANTANAMO DETAINEES AND AMERICAN NATIONALS HELD ON THE U.S. TERRITORY – ANALYSIS OF THE JUDGMENTS OF THE AMERICAN COURTS

So far there a few attempts have been undertaken in order to grant the Guantanamo detainees certain constitutional protection and rights resulting from the international humanitarian law and international human rights law. The plaintiffs had to fight a long battle over their rights which in some cases they won, however at a bitter price of often three years crossed of the life. Those cases pertain on the one hand to the foreigners detained at Guantanamo Bay and on the other to the American citizens considered „enemy combatants” and detained in the territory of the United States. Diverse judgments of the district and appeal courts, different, ever changing, indeed arbitral standards of treatment and qualification of the detainees by the American administration are the evidence of the hypocrisy of the authorities and of a lack of respect for the law and its arbitral

⁸⁴ Ibidem, s. 18.

⁸⁵ Ibidem, s. 11.

⁸⁶ Ridouane Khalid oraz dwóch innych obywateli francuskich – Khaled Ben Mustafa and Mustaq Ali Patel zostali zwolnieni i przekazani w ręce władz francuskich na początku marca 2005 r. Obecnie przebywają oni w areszcie, podczas gdy w tym czasie toczy się śledztwo w sprawie ich powiązań z działaniami terrorystycznymi; zob. *Ex-Guantanamo Detainee Sent to French Prison*: <http://www.arabnews.com/?page=4§ion=0&article=61098&d=26&m=3&y=2005&pix=world.jpg&category=World> oraz *Last Guantanamo Frenchmen Go Home*: <http://news.bbc.co.Uk/1/hi/world/europe/4327841.stm> (07.11.05).

interpretation according to particular needs. Some of the court judgments and their explanations are appalling; the terminology used by the judiciary as well as by the administration are equally appalling and in short they can be described as terminological mess. New terms are being invented and only after that definitions are added to them (for instance „enemy combatant”), terms which one will in vain look for in the international humanitarian law regulations. We deal here with the creation of new unnecessary and confusing terms because those terms which can be found in the Geneva Conventions namely those of combatants, prisoners of war and civilian person are sufficient and precise.

On June 28, 2004 the U.S. Supreme Court (SC) passed judgments in three important cases: *Rumsfeld vs. Padilla*, *Rasul vs. Bush* and *Hamdi vs. Rumsfeld*. In *Rasul vs. Bush* the SC held that the U.S courts have jurisdiction to verify the legality of Executive's potentially indefinite detention of individuals who claim to be wholly innocent of wrongdoing. This decision was probably the most revolutionary of the present SC's trilogy. Unfortunately it does not mean that the detainees are finally guaranteed some substantial rights but only a procedural right to challenge the legality of their detention. That question was left for the district courts to decide. With no doubt the American courts have a very responsible task to perform but they should not hesitate to question and control executive's decisions which may violate basic human rights guaranteed in the international treaties, international customary law and the American Constitution. The need for a balance between the State security and the rights and freedoms of human beings appears expressly in the course of the armed conflict yet after it has ended the State security does not seem to be so much endangered. It should be emphasized that the international armed conflict between the United States and Afghanistan has ended and there is no longer any legal ground for holding the detainees in Guantanamo Bay without charging them.

Cena 18,00 zł (VAT 0%)

ISSN 0039-3312



9 770039 331000

INDEKS 376620