

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Prawo okupacji a międzynarodowe budowanie państwa: mój przyjaciel wróg
- Instrumentalizacja prawa i instrumentalne użycie prawa a jego wykładnia
- Kształtowanie struktury agrarnej w Polsce – kilka refleksji na tle ustawy z 14 kwietnia 2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw
- Obiektywistyczna teoria prawa własności intelektualnej i jej krytyka
- Doręczenie pozwanemu wyroku zaocznego w sposób określony w art. 139 § 1 k.p.c. a ochrona jego praw. Zagadnienia wybrane
- Udział biegłego w postępowaniu egzekucyjnym w sytuacji określonej w art. 853 k.p.c. –zagadnienia wybrane w ujęciu historycznym
- Czy nieletni może odpowiadać karnie za niewykonawcze postaci współdziałania przestępnego oraz formy stadialne poprzedzające dokonanie?
- Rejestr sprawców przestępstw seksualnych. Uwagi na tle ustawy z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym
- Status prawny enklawy Biisingen am Hochrhein

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (208) 2016

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2016



KOMITET REDAKCYJNY:

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

Redakcja:

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

Czasopismo znajduje się na liście czasopism naukowych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 2015 r. z liczbą **11 punktów** za publikację.
„Studia Prawnicze” ukazują się nieprzerwanie od 1963 r.

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, uzgodniła z Redakcją czasopisma THE CENTRAL EUROPEAN JOURNAL OF SOCIAL AND HUMANITIES (CEJSH) internetową publikację ich angielskich streszczeń.

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

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

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

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

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

dr Grzegorz Gil

UMCS w Lublinie

PRAWO OKUPACJI A MIĘDZYNARODOWE BUDOWANIE PAŃSTWA: MÓJ PRZYJACIEL WRÓG	7
Wprowadzenie.....	7
Kryteria okupacji w międzynarodowym prawie humanitarnym	10
Budowanie państwa w reżimie okupacji.....	17
Jus post bellum.....	30
Konkluzje	35
OCCUPATION LAW AND INTERNATIONAL STATE-BUILDING: FRIEND OR FOE	38

dr Artur Kotowski

Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie

Starszy Asystent Sędziego, Sąd Najwyższy - Izba Karna

INSTRUMENTALIZACJA PRAWA I INSTRUMENTALNE UŻYCIE PRAWA A JEGO WYKŁADNIA	39
1. Wprowadzenie.....	39
2. Definicje podstawowe w kontekście kulturowych uwarunkowań ideologizacji prawa.	43
3. Ideologizacja prawa a etapy wykładni.	54
4. Ideologizacja wykładni prawa a jej koncepcje.	56
5. Wnioski.....	63
INSTRUMENTALISATION OF THE LAW AND INSTRUMENTAL USE OF THE LAW IN THE CONTEXT OF STATUTORY INTERPRETATION.....	67

prof. dr hab. Alina Jurcewicz, mgr Paweł Popardowski

Instytut Nauk Prawnych PAN

KSZTAŁTOWANIE STRUKTURY AGRARNEJ W POLSCE – KILKA REFLEKSJI NA TLE USTAWY Z 14 KWIETNIA 2016 R. O WSTRZYMANIU SPRZEDAŻY NIERUCHOMOŚCI ZASOBU WŁASNOŚCI ROLNEJ SKARBU PAŃSTWA ORAZ O ZMIANIE NIEKTÓRYCH USTAW	69
SHAPING OF AGRARIAN SYSTEM IN POLAND – FEW REFLECTIONS IN THE LIGHT OF THE LAW DATED 14 APRIL 2016 ON THE SUSPENSION OF THE SALE OF THE AGRICULTURAL REAL ESTATE FROM THE STATE RESERVE	85

dr Cezary Błaszczuk

Uniwersytet Warszawski

OBIEKTYWISTYCZNA TEORIA PRAWA WŁASNOŚCI	
INTELEKTUALNEJ I JEJ KRYTYKA	87
Wstęp	87
Kreacjonistyczna teoria własności	93
Krytyka	96
Bibliografia	100
THE OBJECTIVIST THEORY OF INTELLECTUAL PROPERTY	
AND ITS CRITIQUE	102

dr Jarosław Świeczkowski

Uniwersytet Gdański

DORĘCZENIE POZWANEMU WYROKU ZAOCZNEGO	
W SPOSÓB OKREŚLONY W ART. 139 § 1 K.P.C. A OCHRONA	
JEGO PRAW. ZAGADNIENIA WYBRANE	103
DELIVERY A DEFAULT JUDGMENT TO THE DEFENDANT IN THE MANNER	
SPECIFIED IN ARTICLE 139 § 1 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE	
AND THE PROTECTION OF HIS RIGHTS. SELECTED ISSUES	116

mgr Monika Dziewulska

Instytut Nauk Prawnych PAN

UDZIAŁ BIEGŁEGO W POSTĘPOWANIU EGZEKUCYJNYM	
W SYTUACJI OKREŚLONEJ W ART. 853 K.P.C. – ZAGADNIENIA	
WYBRANE W UJĘCIU HISTORYCZNYM	117
THE PARTICIPATION OF AN EXPERT IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS	
IN THE CASE REFERRED TO IN ARTICLE 853 CODE OF CIVIL PROCEDURE	
SELECTED ISSUES IN HISTORICAL PERSPECTIVE	128

dr hab. Marek Kulik

UMCS w Lublinie

CZY NIELETNI MOŻE ODPOWIADĄĆ KARNIE	
ZA NIEWYKONAWCZE POSTACI WSPÓŁDZIAŁANIA	
PRZESTĘPNEGO ORAZ FORMY STADIALNE	
POPZEDZAJĄCE DOKONANIE?	129
Bibliografia	143
MAY THE JUVENILE BE CRIMINALLY RESPONSIBLE FOR NON-EXECUTIVE	
FORMS OF COMPLICITY AND STADIAL - FORMS OF OFFENCE PRIOR	
TO COMMITTING?	146

dr Joanna Mierzińska-Lorencka

Instytut Nauk Prawnych PAN

REJESTR SPRAWCÓW PRZESTĘPSTW SEKSUALNYCH. UWAGI NA TŁE USTAWY Z DNIA 13 MAJA 2016 R. O PRZECIWDZIAŁANIU ZAGROŻENIOM PRZESTĘPCZOŚCIĄ NA TŁE SEKSUALNYM.....	147
SEX OFFENDERS REGISTRY. OBSERVATIONS IN THE LIGHT OF THE ACT ON THE PREVENTION OF SEXUAL VIOLENCE OF 13 MAY 2016	162

dr Bernard Łukańko

Instytut Nauk Prawnych PAN

STATUS PRAWNY ENKLAWY BÜSINGEN AM HOCHRHEIN.....	163
I. Wstęp	163
II. Niemieckie enklawy w Europie.....	165
III. Sposoby regulacji statusu enklaw leżących na terenie Szwajcarii	166
IV. Enklawa – Büsingen am Hochrhein	167
A) Położenie	167
B) Historia	167
C) Regulacja w umowie międzynarodowej	168
D) Regulacje traktatu z 23 listopada 1964 r.	169
E) Dalsze regulacje umowne	177
F) Ocena regulacji statusu enklawy Büsingen am Hochrhein.....	177
G) Status Büsingen am Hochrhein w świetle konstytucyjnej swobody przemieszczania się – art. 11 Ustawy Zasadniczej RFN	179
V. Wnioski i podsumowanie.....	181
LEGAL STATUS OF THE BÜSINGEN AM HOCHRHEIN ENCLAVE.....	183
 Lista Recenzentów artykułów opublikowanych w „Studiach Prawniczych” w 2016 roku ...	184
 Informacje dla Autorów	185

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (208) 2016
Warszawa 2016

Grzegorz Gil ■

PRAWO OKUPACJI A MIĘDZYNARODOWE BUDOWANIE PAŃSTWA: MÓJ PRZYJACIEL WRÓG

Wprowadzenie

Z perspektywy ostatnich 70 lat delegalizacja użycia siły w Karcie Narodów Zjednoczonych (art. 2, ust. 4) wydaje się czymś tyleż chwalebny, co symbolicznym. Pomijając wyjątki i dwuznaczności, które wprowadza sama Karta, polityczna reinterpretacja zasad użycia siły powoduje „śmiertelną erozję” tegoż artykułu.¹ Dzieje się tak w wyniku obchodzenia dotychczasowych zasad i swoistego „oswajania” użycia siły przeciwko aktorom niepaństwowym (ekstraterytorialne użycie siły²), a także w interesie niebezpiecznie słabych jednostek geopolitycznych.³ Stanowi to wyzwanie zarówno dla postanowień Karty, jak i międzynarodowego prawa humanitarnego, a zwłaszcza instytucji okupacji wojennej, którą unormowano na początku XX w. Kilkadziesiąt lat później, w zmieniającej się rzeczywistości prawnej i geopolitycznej, powraca pytanie o okupację – jej definicję i użyteczność. Dotyczy to między innymi nowego-starego zjawiska państw

¹ T. Frank, *Who Killed Article 2 (4)? or: Changing Norms Governing the Use of Force by States*, *The American Journal of International Law* 1970, vol. 64, nr 4, s. 820–821.

² Szerzej zob. N. Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford 2010.

³ Reżim użycia siły staje się przez to coraz bardziej permissywny, zob. G. Gil, *Reżim użycia siły w późnowestfalskim ładzie międzynarodowym*, [w:] *Normy, wartości i instytucje we współczesnych stosunkach międzynarodowych*, red. E. Stadtmüller, Ł. Fijałkowski, Warszawa 2015, s. 52 i nast.

nazywanych mianem „upadłych” (*failed*) lub „zbójeckich” (*rogue*). Państw, których kondycja niejako legitymizuje, a nawet wymusza interwencje o charakterze państwowotwórczym.⁴ Wiele z tych operacji przyjmuje zewnętrzne znamiona okupacji, biorąc pod uwagę niezdolność *failed states* do efektywnego sprawowania władzy na swoim terytorium.

Proces budowania państwa (*state-building*) należy uznać za główną trajektorię rozwoju politycznego oraz wyraz ewolucjonizmu w życiu międzynarodowym. W ostatnich dekadach, a zwłaszcza po 1990 r. ulega on *liberalizacji* w warstwie normatywnej oraz *umiędzynarodowieniu* – w warstwie interakcyjnej. Taki międzynarodowy *state-building* dotyczy zatem kompleksowo porządku moralnego, politycznego i prawnego wprowadzanego przez jedne państwa w strefach kryzyso- i konfliktogennych w imieniu szerokiej społeczności międzynarodowej. Abstrahując od różnych znaczeń lub podejść badawczych, międzynarodowe budowanie państwa to terytorialne, ekstensywne⁵ i transformacyjne działania interwentów, których celem jest (re)konstrukcja instytucji państw trzecich, tak by były one w stanie zapewnić porządek i dobrobyt swoim obywatelom. Niejako z definicji muszą one angażować co najmniej jeden podmiot *zewnętrzny* dla lokalnej ekonomii politycznej. Operacje te powinny być także zdefiniowane w czasie: są tymczasowe, ale nie dorażne. Wykorzystują środki militarne (interwencja lub obecność), cywilne (np. misje polityczne lub międzynarodowa administracja terytorialna) lub ich kombinację. Najbardziej rozległe z nich dzielą się na fazę interwencyjną i postinterwencyjną, które służą odbudowie instytucjonalnej, transformacji ustrojowej lub utworzeniu zupełnie nowego państwa. Samo wykorzystywanie kategorii „budowanie państwa” w leksykonie międzynarodowym miałoby bardziej racjonalizować interwencję niż usprawiedliwiać naruszanie suwerenności zob. interwencja humanitarna) w celu promowania wartości liberalnych i w zgodzie z prawem międzynarodowym. W odróżnieniu od apolitycznych operacji pokojowych budowanie państwa jest zatem *kryptopolityczne* w sensie „przemycania” politycznych treści pod innymi szyldami. Nawet jeśli pytanie o skuteczność demokratycznej przebudowy państw dysfunkcyjnych pozostaje w tym miejscu drugorzędne, dotychczasowa wiedza na ten temat nakazuje pewien sceptycyzm.⁶

⁴ Por. P. Miller, *Armed State Building: Confronting State Failure, 1898–2012*, Ithaca–London 2013 (wydanie e-book).

⁵ Ekstensywny, czyli obszerny i rozciągnięty w czasie.

⁶ Zdaniem Paula Millera jedynie około połowa z 25 oenzetowskich i amerykańskich interwencji państwowotwórczych (*armed state-building*) zakończyła się „minimalnym sukcesem” w postaci deeskalacji konfliktu (P. Miller, op. cit.).

W warunkach konfliktu międzynarodowego obecność wojskową państw trzecich reguluje reżim okupacji *wojennej* (*occupatio bellica*), wprowadzony ponad sto lat temu do prawa konfliktów zbrojnych (*jus in bello*).⁷ Nawet jeśli prawo zwyczajowe pierwotnie rozróżniało okupację wojenną (wynik toczącej się wojny) od pokojowej (poza kontekstem wojny), formalny zakaz użycia siły w stosunkach międzynarodowych usuwa pojęcie „okupacja wojenna” do szeregu anomalii międzynarodowych. Definicja agresji Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 1974 r. [art. 3 (a)] uznaje za niedopuszczalną jakąkolwiek, nawet tymczasową formę okupacji, która byłaby poprzedzona użyciem siły i mogłaby prowadzić do aneksji. Dychotomiczną klasyfikację okupacji dezaktualizuje także współczesna „hybrydyzacja” wojny, którą definiują obecnie raczej parametry konfliktu (np. skala ofiar), a nie warstwa deklaratywna.⁸ W miejsce terminu okupacja wojenna używane jest zatem coraz częściej pojęcie okupacja *wojskowa*, które oznacza po prostu wszystkie przypadki czasowej obecności obcych sił zbrojnych na terytorium państwa w związku z trwającym lub zakończonym konfliktem zbrojnym – bez względu na jej kontekst formalnoprawny.⁹ Nawet jeśli teoretycznie, z moralnego i prawnego punktu widzenia, okupacja wojenna jest nielegalna, fakt jej zaistnienia uruchamia obowiązywanie prawa hasko-genewskiego.¹⁰

W ostatnich dekadach przypadki ustalania reżimu okupacji podczas państwowotwórczych interwencji w państwach uznanych za upadające należały do

⁷ Okupację wojenną definiowano jako tymczasową obecność militarną i kontrolę terytorium danego państwa przez obcą armię w wyniku wojny, lecz nieprowadzącą do debellacji. Por. P. Danchin, *International law, human rights and the transformative occupation of Iraq*, [w:] *The Role of International Law in Rebuilding Societies after Conflict: Great Expectations*, red. B. Bowden, H. Charlesworth, J. Farrall, Cambridge 2009, s. 74; por. E. Benvenisti, *Belligerent Occupation*, *Max Planck Encyclopedia of International Law*, (dostęp: <<http://opil.ouplaw.com/>>). Klasycznym przykładem tego typu była okupacja wojenna Belgii i północnej Francji, które znalazły się pod kontrolą Niemiec w trakcie I wojny światowej.

⁸ E. Benvenisti, *Applicability of The Law of Occupation*, *American Society of International Law Proceedings* 2005, vol. 99, s. 29. Takie „techniczne” rozumienie wojny, które akcentuje m.in. III konwencja haska z 1907 r., nie wytrzymuje próby czasu; sto lat później „wojna” manifestuje się głównie w sensie materialnym, który dawno „oderwał” się od warstwy formalnoprawnej (np. według Sztokholmskiego Międzynarodowego Instytutu Badań nad Pokojem, SIPRI, „wojną” jest konflikt, który powoduje co najmniej tysiąc ofiar w ciągu roku).

⁹ Szerzej zob. A. Roberts, *What is a military occupation?*, *British Yearbook of International Law* 1984, vol. 55 (1), s. 249–305.

¹⁰ Przykładowo, po tym, jak 8 września 1990 r. Saddam Husajn jednostronnie anektował Kuwejt, Rada Bezpieczeństwa (RB) ONZ orzekła brak mocy prawnej tego aktu i obowiązywanie przepisów IV konwencji genewskiej (rez. RB nr 670 i 674 z 1990 r.).

rzadkości.¹¹ Trudno się temu dziwić, gdyż odwoływanie się do prawa hasko-geneńskiego może rodzić niechcianą krytykę oraz odpowiedzialność na gruncie prawa konfliktów zbrojnych (tytułowy „mój przyjaciel wróg”). Na pierwszy rzut oka *konserwatyzm* prawa okupacji ogranicza bowiem spektrum dopuszczalnych celów oraz *transformacyjność* budowania państwa. Porządek prawny kłóci się tu zatem z agendą polityczną. Stanowisko to dobrze ugruntowało się w świadomości interwentów w ciągu dekady lat 90. poprzedniego stulecia.

W odróżnieniu od teorii, w praktyce międzynarodowej *nie* ma jednak jednej okupacji, o czym świadczy m.in. spotykana terminologia (*law on occupations*). Co więcej, nie jest odosobniony pogląd mówiący o *legalności* okupacji, jeśli tylko powstaje ona wskutek decyzji podjętej przez Radę Bezpieczeństwa (RB) ONZ na mocy rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych (KNZ).¹² Pojawia się zatem fundamentalne pytanie o ogólne możliwości i zakres wykorzystania hasko-geneńskiego prawa okupacji podczas operacji „innych niż wojna”¹³, a zwłaszcza jego użyteczność wobec przypadków zbrojnego budowania państwa. Czy prawo okupacji wojennej jest zatem na tyle elastyczne, by nie być anachronizmem w XXI w., czy też powinno być przeformułowane (*jus post bellum*)?

Kryteria okupacji w międzynarodowym prawie humanitarnym

Instytucja okupacji wojennej dojrzewała wraz z humanitaryzacją działań zbrojnych, by ostatecznie utrwalić się w prawie traktatowym na przełomie XIX i XX w. W intencji swoich pomysłodawców prawo okupacji zostało zaprojektowane jako instytucja *mediacji*, która chroni tożsamość oraz struktury okupowanego terytorium w drodze do zawarcia umowy pokojowej.¹⁴ Należy wyraźnie zazna-

¹¹ Jak wiadomo, na gruncie prawa międzynarodowego nie ma czegoś w rodzaju definicji państwa dysfunkcjonalnego ani tym bardziej upadłego (*failed, collapsed*); taka kwalifikacja jest zawsze decyzją polityczną i miewa koniunkturalny charakter. Naszym zdaniem państwa dysfunkcjonalne cechuje deficyt trojakiemu rodzaju („3D”, tj. delegitymizacja władzy, defragmentacja terytorium oraz dekonstrukcja), któremu towarzyszy na ogół zjawisko konfliktu wspólnotowego, zazwyczaj także zbrojnego. Zob. więcej G. Gil, *Upadanie państwa w stosunkach międzynarodowych po zimnej wojnie*, Lublin 2015, s. 49–54.

¹² Jest on po części uzasadniony, gdyż taka międzynarodowa okupacja z ramienia ONZ może zapobiegać ewentualnej aneksji okupowanego terytorium przez inne państwo, co czyni zadość zasadom *jus ad bellum* oraz prawa konfliktów zbrojnych.

¹³ Termin ten (*military operations other than war*, MOOTW) został ukuty przez Amerykanów w poł. lat 90. na oznaczenie operacji (także bojowych) o mniejszej od wojny skali oraz przeważnie pozytywnym celu (budowanie pokoju).

¹⁴ Eyal Benvenisti określa to prawo obrazowo mianem „zapchajdziury” (*gap-fil-*

czyć, iż prawo okupacji wojennej zostało „skrojone” na potrzeby międzynarodowych konfliktów zbrojnych (wojen), co może rodzić pewne problemy w przypadku stosowania go wobec niewojujących państw lub „innych niż wojna” operacji.

Ogólnie rzecz biorąc, celem prawa okupacji jest ochrona prawnego bytu państwa przed debellacją, a jego infrastruktury i ludności – przed stratami większymi od tych, które poniesiono już wskutek wojny. W odróżnieniu od debellacji okupacja wojenna nie zmienia tytułu prawnego zajętego terytorium, nie może także prowadzić do aneksji.¹⁵ Reżim prawny okupacji wojennej stosowany jest przy tym niezależnie od kwestii legalności/nielegalności użycia siły zbrojnej (*jus ad bellum*), w wyniku której dane terytorium znalazło się pod efektywnym władztwem obcej armii.¹⁶ Taką obecność okupanta potwierdza wyłącznie sfera faktów, a nie deklaracji. Państwo nie staje się zatem okupantem przez tytuł prawny, a faktyczne i efektywne kontrolowanie terytorium obcego państwa bez jego zgody.¹⁷ Tak jak cały korpus *jus in bello*, prawo okupacji organizuje zasada dopuszczalnej minimalnej zmiany w porządku społecznym terytorium okupowanego. Formalnie rzecz biorąc, tymczasowość każdej okupacji i brak społecznej legitymacji okupanta powodują, iż celem okupacji może być jedynie niezbędna

ler) dla sytuacji sprawowania władzy przez jedno państwo na obcym terytorium, co jest ogólnie niedopuszczalne w prawie międzynarodowym. Zob. E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, second edition, Oxford 2013, s. 1.

¹⁵ Sytuacja taka dotyczy obecnie ukraińskiego Krymu, który jest okupowany przez Federację Rosyjską od 2014 r.; według przeważającej opinii okupacja ta jest nielegalna, co nakazuje państwom trzecim nieuznawanie zmian prawa wprowadzanych przez okupanta, z aneksją terytorialną włącznie. Przedłużający się stan faktyczny nie pozostaje jednak bez wpływu na stan prawny, osłabiając zasadę nieuznawania, co sugeruje w swoich publikacjach m.in. Yoram Dinstein (idem, *War, Aggression and Self-Defense*, 4th edition, Cambridge 2005, s. 171).

¹⁶ Problematiczną kwestią jest stosowanie prawa okupacji wobec zmilitaryzowanych aktorów niepaństwowych, np. tzw. Państwa Islamskiego (ISIS, ISIL), które *de facto* kontroluje część terytorium Iraku oraz Syrii. Wydaje się, iż humanitarny cel tegoż prawa pozwala uznać, iż jego przepisy mają również zastosowanie podczas „wewnętrznych” okupacji – bez względu na niepaństwowy status „okupanta”. Bezprecedensowe w tym sensie było uznanie przez Komisję Śledczą Unii Europejskiej w 2008 r. aktu secesji Abchazji za okupację części terytorium Gruzji. Por. E. Benvenisti, *Occupation and territorial administration*, [w:] *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, red. R. Liivoja, T. McCormack, Routledge 2016, s. 445.

¹⁷ W 2003 r. Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii (MTKJ) orzekł ws. Naletilicia, że prawo okupacji „włącza się” wraz z efektywnym, lecz na ogół bezprawnym, zajęciem terytorium danego państwa przez państwo trzecie (par. 217); Trybunał uznał zarazem, że okupacja należy do sfery faktów i ma szersze znaczenie niż to nadane jej w art. 42 regulaminu haskiego (par. 211). Zob. wyrok ws. *Prosecutor v. Naletilic* <http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/en/nal-tj030331-e.pdf> (dostęp: 11.09.2016). Por. przypis nr 20.

odbudowa infrastruktury po konflikcie. Zakaz takiej transformacji wprowadzono w odpowiedzi na historyczne przykłady uzasadniania aneksji retoryką koniecznego przywracania ładu *etc.* (zob. kolejne rozbiory I Rzeczypospolitej). Powyższe wynika z dostrzeżenia w transformacyjnej okupacji „bardziej honorowej [...] sukcesorki zdyskredytowanego pojęcia aneksja”.¹⁸

Kodyfikacja prawa okupacji przebiegała etapami. Jego podstawowym źródłem jest IV konwencja haska z 1907 r. dotycząca sposobów prowadzenia wojny na lądzie (w tym tzw. regulamin haski). Dalsza kodyfikacja nastąpiła wraz z przyjęciem konwencji genewskich (IV konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny z 12 sierpnia 1949 r.), I Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 8 czerwca 1977 r. (art. 75 pt. „gwarancje podstawowe”), a także rozwojem międzynarodowego prawa praw człowieka. Konwencja haska stworzyła podstawy współczesnego statusu prawnego okupacji wojennej, zastępując tekst II konwencji przyjętej w Hadze jeszcze w 1899 r. (obie wersje różniły się tylko nieznacznie).¹⁹ Przyjmuje się, że powyższe dokumenty stanowią obecnie część zwyczajowego prawa międzynarodowego, pozostając w mocy także wobec państw niebędących ich stronami.

W świetle regulaminu haskiego przesłanką uznania danego terytorium za okupowane jest jego faktyczne znalezienie się pod władzą sił nieprzyjacielskich. Zakres okupacji mierzony jest zasięgiem wykonywania takiej władzy, a jej początek liczy się od momentu przekazania tej władzy w ręce okupanta (art. 42). Podręczniki wojskowe prezentują na ogół bardziej restrykcyjną interpretację „włączania” prawa haskiego, podkreślając konieczność sprawowania efektywnej kontroli nad zajęтым terytorium.²⁰ Okupacja wojenna ustaje w chwili wydalenia

¹⁸ Cyt za: A. Roberts, *Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights*, The American Journal of International Law 2006, vol. 100, s. 585.

¹⁹ Jeszcze w 1874 r. w Brukseli z inicjatywy carskiej Rosji przyjęto Deklarację o prawach i zwyczajach wojennych (choć nie weszła ona w życie, jej ducha zawarto w II Konwencji haskiej z 1899 r.). W regulaminie załączonym do IV konwencji haskiej okupacji wojennej poświęcono dział III – pt. „Władza wojskowa nad terytorium wrogiego państwa” (art. 42–46) – który określa ogólnie jej zakres przestrzenny, czas trwania oraz charakter; regulamin haski z 1907 r. podpisało i ratyfikowało 38 państw, w tym Polska (1925 r.), tekst dostępny online: <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=195> (dostęp: 28.08.2016).

²⁰ To kryterium jest nadal przedmiotem interpretacji, gdyż art. 42 regulaminu haskiego mówi jednocześnie o faktycznej („*est établie*”) oraz potencjalnej kontroli terytorium („*est... en mesure de s'exercer*”) przez siły okupanta; tak czy inaczej wydaje się, iż brak faktycznej (efektywnej) kontroli nie zwalnia okupanta od przestrzegania fundamentalnych zasad i obowiązków wynikających z prawa okupacji. Omawianą kwestię komplikuje dodatkowo interpretacja tego kryterium przez MTKJ ws. *Prosecutor v. Dusko*

lub ewakuacji sił okupanta z terytorium okupowanego lub też usankcjonowania ich statusu w drodze odpowiedniego porozumienia. Jeden z ostatnich artykułów regulaminu (art. 53) przesądza o okoliczności kończącej stan okupacji, którą jest podpisanie umowy pokojowej. Według intencji autorów prawo okupacji zostało więc skrojone na potrzeby sytuacji względnego spokoju, a nie pola walki. O ile sporadyczne wybuchy przemocy nie wpływają na stan okupacji, to eskalacja w kierunku większego konfliktu oznacza jej zakończenie. Taka ocena ma jednak zawsze polityczne podłoże.²¹

Dla problematyki interwencji o charakterze państwowotwórczym kluczowy pozostaje artykuł 43 regulaminu haskiego, który wprowadza wymóg „nietransformacyjności” okupacji wojennej. Nakłada on na siły okupacyjne obowiązek „przywracania i zapewniania, tak dalece, jak to tylko możliwe, porządku publicznego i bezpieczeństwa”, przestrzegając „z wyjątkiem bezwzględnych przeszkód [*unless absolutely prevented*] prawa obowiązującego w tym kraju”. Innymi słowy, każdy okupant powinien utrzymywać *status quo ante* na terytorium okupowanym, ograniczając wprowadzane przez siebie porządki do niezbędnego minimum.²² Z drugiej strony artykuł 53 wyraźnie zezwala na przejęcie przez okupanta zasobów finansowych i ruchomości, które są własnością państwa, co wywołuje skojarzenie ze zdobywaniem łupów wojennych. Trzeba jednak pamiętać, iż taka praktyka kłóciłaby się jawnie z wymową kolejnego artykułu (art. 55), który redukuje rolę państwa okupacyjnego do „administratora i użytkownika” majątku innego państwa (art. 55). W teorii misją okupanta jest zatem ustanowienie efektywnej i bezstronnej administracji przy zachowaniu równowagi pomiędzy własnymi interesami a interesami okupowanego państwa.²³

Tadić z 1999 r., który zastąpił test „efektywnej” kontroli (jako zbyt trudny do osiągnięcia w praktyce) formułą „ogólnej” (*overall*) kontroli – jako wystarczającej przesłanki uznania danego konfliktu za „międzynarodowy” (par. 115, 116–145), <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> (dostęp: 13.08.2016).

²¹ Zob. S. Wills, *Occupation law and multi-national operations: problems and perspectives*, British Yearbook of International Law 2007, vol. 77 (1), s. 258 i nast.

²² Kolejne artykuły regulaminu precyzują wymóg respektowania przez okupanta tożsamości, porządku i ochrony prawa własności w okupowanym społeczeństwie; dalsze przepisy (art. 46–49) podporządkowują obowiązki okupanta w zakresie administrowania terytorium i znajdującym się na nim majątkiem prywatnym (art. 56) zastanym regulacjom prawnym oraz dobru okupowanego terytorium. Przykładowo, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) w sprawie *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* z 2005 r. uznał odpowiedzialność Ugandy za niezapobieganie konfliktom etnicznym oraz rekrutowanie dzieci-żołnierzy, a także wobec braku przeciwdziałania grabieży, dewastacji oraz eksploatacji zasobów naturalnych na terenie Demokratycznej Republiki Konga, <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=643&p1=3&p2=3&case=116&p3=5>> (dostęp: 12.08.2016).

²³ Por. np. E. Benvenisti, *The International...*, s. 89 i nast.

W odpowiedzi na doświadczenie II wojny światowej IV konwencja genewska (KG) z 1949 r. uzupełniła przepisy zawarte w regulaminie haskim.²⁴ Zgodnie ze wspólnym artykułem 2 KG okupacja taka istnieje nawet wobec *braku* zbrojnego oporu ze strony miejscowej ludności. Tym samym prawną definicję okupacji „rozciągnięto” *poza* kontekst wojny, zacierając zwyczajowe rozróżnienie na okupację wojenną oraz powstałą wskutek innych okoliczności okupację pokojową. Zmiana ta zwraca uwagę na zasadniczy cel prawa okupacji, jakim jest *maksymalna* możliwa ochrona ludności cywilnej. Prawo genewskie nakazuje jej humanitarne traktowanie w każdych warunkach.²⁵ IV KG nie wprowadza jednak definicji oraz nowych kryteriów okupacji, będąc raczej uzupełnieniem konwencji haskiej. Dla niektórych oznacza to nawet, że przepisy IV KG znajdują zastosowanie wyłącznie w sytuacjach, które mieszczą się w art. 42 regulaminu haskiego. Wydaje się jednak, iż dla „włączania” ochrony ludności cywilnej przewidzianej w IV KG oraz I Protokole dodatkowym nie jest istotne, czy siły zbrojne posiadają faktyczną władzę nad obcym terytorium, czy też sprawują ją tylko fragmentarycznie. Podkreśla się raczej, że warunkiem wystarczającym do stwierdzenia okupacji i obowiązywania prawa hasko-genewskiego jest zdolność okupanta do objęcia takiej kontroli w rozsądnym czasie i przy pomocy niezbędnych środków. Naturalnie takie pomocnicze kryteria mają charakter ogólny, bowiem w każdej sytuacji z osobna determinuje je specyficzny kontekst sytuacyjny (struktura demograficzna, rzeźba terenu, który jest okupowany, *etc.*).

W dziale I (pt. „Postanowienia wspólne dla terytoriów stron konfliktu i terytoriów okupowanych”) IV konwencja genewska precyzuje obowiązki okupanta dotyczące poszanowania godności i ochrony ludności okupowanego terytorium (art. 27–34).²⁶ Jej dział III („Terytoria okupowane”) wprowadza szereg zakazów ciążyących na okupancie (np. przesiedlania lub deportacji ludności okupowanej – z wyjątkiem „naglącej konieczności wojskowej” – ale także akcji zasiedlania okupowanych terenów przez własną ludność). Na okupancie spoczywa również obowiązek ochrony dóbr kultury, co wynika z konwencji haskiej o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego (1954) i dwóch protokołów dodatko-

²⁴ Stronami IV konwencji genewskiej jest obecnie 195 państw (w tym wszystkie państwa członkowskie ONZ, Watykan, Palestyna) oraz Wyspy Cooka.

²⁵ Według art. 47 KG stosowanie konwencji wobec „osób chronionych” trwa bez względu na jakiegokolwiek zmiany, które wprowadziło mocarstwo okupacyjne, a także porozumienie z władzami terytorium okupowanego lub aneksję części lub całości terytorium. W sprawie przeciwko Tadicowi potwierdził to także MTKJ (*Prosecutor v. Dusko Tadic*).

²⁶ Zabronione jest m.in. stosowanie odpowiedzialności zbiorowej, grabieży (art. 33) oraz branie zakładników (art. 34) – ten ostatni zakaz był pewnym *novum* w stosunku do regulaminu haskiego.

wych (1954, 1999). Zdaniem Jeana Picteta nadrzędną ideą prawa okupacji jest zatem sprowadzenie kategorii okupanta do roli *de facto* administratora zajętego terytorium, który jest absolutnie odpowiedzialny przed tym prawem. Chroni ono niezmiennie ludność terytorium okupowanego, podmiotowość państwa oraz jego prawa i instytucje.²⁷ Według komentarza Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża (MKCzK) do IV konwencji genewskiej (1958) prawo okupacji stosuje się jeszcze w trakcie interwencji wobec posuwających się do przodu oddziałów. Takie maksymalistyczne podejście MKCzK do określania stanu okupacji *kontrastuje* z bardziej restrykcyjną optyką podręczników wojskowych, które podkreślają konieczność wykonywania przez interwenta władzy na obcym terytorium.

Co ważne, IV KG nieznacznie modyfikuje klauzulę nietransformacyjności znaną z regulaminu haskiego, zezwalając okupantowi na wprowadzanie zmian, o ile są one „kluczowe dla umożliwienia mocarstwu okupacyjnemu wykonywania swoich obowiązków”, utrzymywania zorganizowanej kontroli na okupowanym terytorium i służą zapewnieniu bezpieczeństwa siłom okupacyjnym (art. 64).²⁸ Przepis ten jest nieco mniej restrykcyjny niż art. 43 regulaminu haskiego, choć ogólny wymóg utrzymywania przez okupanta *status quo ante* pozostał utrzymany.²⁹ IV Konwencja genewska umożliwia jednak okupantowi wprowadzenie zmian, jeśli są one konieczne dla poprawy sytuacji humanitarnej na okupowanym terytorium.³⁰ W świetle IV Konwencji genewskiej nie bez znaczenia jest także czas trwania okupacji. Jej art. 6 ogranicza pełne zastosowanie przepisów

²⁷ International Committee of the Red Cross, Commentary on the Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, red. Jean Pictet, Geneve 1958, s. (dostęp: <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/GC_1949-IV.pdf>).

²⁸ Delegacja amerykańska opowiadała się za jeszcze bardziej permissywnym kształtem tegoż artykułu, co wywołało protest strony radzieckiej; z kolei delegat Meksyku optował za umożliwieniem zmiany jedynie tego prawa państwa okupowanego, które naruszałoby zasady Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. A. Roberts, *Transformative...*, s. 588; zob. także E. Benvenisti, *The International...*, s. 95–102.

²⁹ Według ostatecznej wersji okupant nie może zmieniać sytuacji prawnej, nie może także karać urzędników lub sędziów wobec ich uchylania się od wykonywania swych funkcji ze względu na sumienie; możliwe jest jednak usuwanie ich z urzędu (art. 54). W świetle konwencji ewentualne zmiany w Kodeksie karnym muszą być podane do wiadomości publicznej w rodzimym języku ludności okupowanej i nie mają mocy wstecznie obowiązującej, zaś stosowanie przez okupanta kary śmierci możliwe jest tylko wówczas, gdy określone czyny (np. szpiegostwo czy „poważne akty sabotażu”) były tak penalizowane przed rozpoczęciem samej okupacji (art. 68, ust. 2). W każdym przypadku oskarżonemu przysługują także uprawnienia procesowe (art. 71–76), w tym asystencja „mocarstwa opiekuńczego” (*protecting power*).

³⁰ A. Roberts, *Transformative...*, s. 586 i nast.

konwencji do roku od zakończenia działań wojennych, co oznacza, iż w całej rozciągłości obowiązuje ona jedynie tymczasowo. Po upływie dwunastu miesięcy okupant musi jednak nadal stosować się do niektórych przepisów IV KG – w tym m.in. nakazu powstrzymywania się od stanowienia prawa lub reform, które nie są konieczne (art. 64). Nawet jeśli ten zapis nie ma praktycznego zastosowania, potwierdza, że konkretne okupacje mogą podlegać różnym zasadom. Prawo hasko-genewskie określa, kto i kiedy ponosi odpowiedzialność za okupowanie danego terytorium, nie przesądza jednak o kształcie struktur sprawujących tę kontrolę na miejscu (konwencje zwracają jedynie uwagę na *wojskowy* charakter dowództwa). Co więcej, prawo okupacji nie definiuje samego pojęcia „okupant”, a terminologia poszczególnych konwencji nie jest w tym względzie jednolita.³¹

Ostatni dokument w postaci I Protokołu dodatkowego z 1977 r. dokonał redefinicji kluczowych pojęć (konflikt zbrojny), rozszerzając zastosowanie prawa hasko-genewskiego na powstające państwa postkolonialne (art. 1, ust. 4).³² Dodatkowo artykuł 4 tego protokołu precyzuje jasno, że okupacja danego terytorium nie zmienia jego statusu prawnego, co było częstą praktyką okresu międzywojennego i II wojny światowej. Sama preambuła dokumentu stwierdza, że przepisy IV KG oraz sam protokół znajdują pełne zastosowanie w każdych okolicznościach, bez względu na charakter lub przyczyny konfliktu. Wydaje się, iż prawo okupacji stosuje się także wobec spornych terytoriów, co podkreśliła m.in. komisja arbitrażowa ds. konfliktu etiopsko-erytrejskiego. Reasumując, należy wskazać, że perspektywa IV KG oraz I Protokołu dodatkowego *przesunęła* akcenty prawa okupacji, przedkładając ochronę ludności znajdującej się pod kontrolą obcej armii ponad dbanie o nienaruszalność interesów państwa okupowanego. Nie pozostaje to bez znaczenia wobec interwencji międzynarodowych, z których część motywowana jest także względami humanitarnymi.

Przez pierwszą połowę XX w. prawo okupacji było regularnie łamane przez okupantów, którzy albo ignorowali jego przepisy, albo wykonywali je tylko we własnym interesie i kosztem terenów okupowanych. Nie było ono także przedmiotem specjalnego zainteresowania po stronie obalanych władz czy rządów na uchodźstwie, które bezrefleksyjnie i automatycznie odrzucały okupacyjny

³¹ Konwencja haska operuje pojęciami „okupanta”, „obcej armii”, „państwa okupacyjnego” „wojska okupacyjnego”, zaś IV konwencja genewska wprowadza termin „mocarstwa okupacyjnego” (*occupying power*) jako struktury władczej na terytorium okupowanym. Znamienne, iż w projekcie tekstu regulaminu haskiego znajdował się termin „państwo okupacyjne”, ostatecznie jednak przyjęto nieco szerszą formułę „okupanta”. E. Benvenisti, *The International...*, s. 5.

³² Zbrojną dekolonizację i realizację prawa do samostanowienia uznano wówczas za konflikty międzynarodowe. Stronami protokołu dodatkowego są 174 państwa (3 kolejne jedynie go podpisały).

porządek prawny. Co chyba najważniejsze, sam termin „okupacja” zyskał wówczas zdecydowanie pejoratywny wydźwięk. Po 1945 r. państwa konsekwentnie unikają terminu „okupant”, mieniąc się raczej jako „sprzymierzeni”, koalicje „dobrej woli” lub „wyzwoliciele”.³³ Nie licząc stygmatyzacji, chcą oni także unikać odpowiedzialności, którą nakłada prawo okupacji. Częściowo wynika to z faktu, iż prawo konfliktów zbrojnych zakłada *a priori*, że „zły” (opresyjny) okupant zajmuje terytorium „dobrej” ofiary napaści, którą należy chronić. Tymczasem po zakończeniu zimnej wojny przypadki okupacji dotyczą głównie „złych” (nieoliberalnych, dysfunkcjonalnych) rządów odsuwanych od władzy przez „dobrych” (liberalnych) interwentów w operacjach o pokojowych i transformacyjnych celach. Nawet jeśli dyskurs ten jest nacechowany emocjonalnie, wiele z takich okupacji przyjęło postać międzynarodowej administracji lub interwencji autoryzowanych przez RB ONZ. Znamienne, iż zastosowanie prawa okupacji nie zostało stwierdzone praktycznie w *żadnej* z tych operacji międzynarodowych.³⁴ Czy oznacza to, iż, pomimo pewnych podobieństw, należy uznać, że nie były to okupacje?

Budowanie państwa w reżimie okupacji

Po 1990 r. rosnąca liczba przypadków operacji wojskowych „innych niż wojna” obejmuje także zbrojne budowanie państwa (*regime change*), które polega na *transformacji* państw uznawanych za zagrożenie bezpieczeństwa lub zbyt słabych, by przetrwać w pojedynkę. Taki *state-building* jest dziełem państw, koalicji lub organizacji międzynarodowych. Nawet jeśli zaangażowanie tego typu nie prowadzi do aneksji, ma ono terytorialny, tymczasowy i częściowo militarny charakter. To z kolei zbliża je niebezpiecznie do statusu okupacji wojskowej, której podstawowe kryteria to: (1) zasięg przestrzenny, (2) zakres czasowy, (3) podmiot interweniujący („okupant”) oraz (4) brak lub wymuszenie zgody na obecność interwenta w innym państwie.³⁵ Spróbujmy zatem doprecyzować, czy i kiedy międzynarodowe budowanie państwa wyczerpuje znamiona okupacji; czy jest nią *per se*, czy jedynie ją przypomina (?) W zależności od tego: jakie

³³ Przewodniczący Koalicyjnej Administracji Tymczasowej w Iraku (Coalition Provisional Authority, CPA) Paul Bremer uznał okupację za „brzydkie słowo” (*an ugly word*).

³⁴ Wyjątkiem były tu jedynie władze Australii, które wysyłając swój kontyngent wojskowy do Somalii w ramach misji UNITAF (1992) zadeklarowały przestrzeganie prawa okupacji.

³⁵ Więcej E. Benvenisti, *The International...*, s. 43–67.

konsekwencje prawne pociąga to dla interesariuszy międzynarodowego budowania państwa (?)

Historyczny katalog okupacji wyróżnia jej kilka form: m.in. okupację wojenną, pokojową lub po bezwarunkowej kapitulacji. Należy pamiętać, iż zbrojne budowanie państwa w *failed states* nie dotyczy stanu wojny, nie jest także jej skutkiem ubocznym. Podobnie, w świetle art. 2 IV KG status prawny okupacji wojskowej nie zależy od stanu wojny. Nawet jeśli niektóre przypadki zbrojnego budowania państwa spełniają w istocie podstawowe kryterium okupacji wojennej, tj. brak zgody władz okupowanego państwa na taką obecność, nie można ich uznać *en bloc* za okupację wojenną *sensu stricte* wobec międzynarodowych sposobów ich politycznej i prawnej legitymizacji. Nie oznacza to jednak, że odpowiednie przepisy prawa konfliktów zbrojnych są zupełnie nieadekwatne. Oczywistym wydaje się także, iż reżim okupacji *nie* odgrywa żadnej formalnej roli, jeśli budowanie państwa *nie* obejmuje obecności militarnej obcych państw lub kontyngentów organizacji międzynarodowych.³⁶

Budowanie państwa po konflikcie trudno także zrównać z okupacją po bezwarunkowej kapitulacji (zob. Niemcy i Japonia po II wojnie światowej). Po II wojnie światowej ani hitlerowskie Niemcy, ani Japonia nie zostały wprawdzie zawojowane, lecz polityka sprzymierzonych polegała tam na budowaniu państwa poprzez zmianę opresyjnego prawa (np. denazyfikacja oraz rozdział szintoizmu od państwa) i pacyfikację (zob. art. 9 konstytucji Japonii). Pomijając fakt, iż w tych dwóch konkretnych przypadkach literalne stosowanie konserwatywnych przepisów okupacji wojennej byłoby czystą *aberracją*, formalnie rzecz biorąc, polityka okupacyjna znalazła się poza reżimem okupacji wojennej oraz kontrolą RB ONZ – art. 107 KNZ o działaniach przeciwko „państwom nieprzyjacielskim” (*enemy state*). Trzeba jednocześnie pamiętać, że okupacja tych dwóch państw odbywała się jeszcze przed przyjęciem IV KG, która rozciągnęła status okupacji na *każdą* postać częściowej lub całkowitej okupacji bez względu na to, czy wywołała ona zbrojny opór, czy też nie (art. 2). Taka interpretacja art. 107 KNZ pobrzmiewa również dziś w postaci skłonności pewnych państw do marginalizacji roli ONZ i unilateralizacji polityki interwencyjnej (zob. doktryna G.W. Busha).

Generalnie rzecz biorąc, trudno także uznać międzynarodowe budowanie państwa za okupację pokojową. Jej koncepcja rozwinęła się na podstawie prawnomiędzynarodowego zakazu uciekania się do wojny i wyróżnia konsensualną

³⁶ Np. w konkretnym przypadku Kosowa rezolucja RB nr 1244 z 1999 r. mówiła o ustanowieniu międzynarodowej obecności cywilnej (a nie wojskowej) w celu zapewnienia przejściowej administracji.

i niekonsensualną postać okupacji pokojowej. Pierwsza z nich oznacza tymczasowe administrowanie terytorium suwerennego państwa przez okupanta, który ma na to zgodę wyrażoną w umowie międzynarodowej.³⁷ Trzeba jednak pamiętać, iż wobec wymuszenia takiej akceptacji (nieważność traktatów) taka obecność wojskowa osiąga zawsze pułap niekonsensualnej okupacji, która w zasadzie nie odbiega niczym od klasycznej okupacji wojennej. Wydaje się, iż jakaś część operacji budowania pokoju może być uznana za konsensualną okupację pokojową (*occupatio pacifica*), o ile dysponuje zgodą władz lokalnych lub posiada autoryzację Rady Bezpieczeństwa ONZ (zob. międzynarodowa administracja terytorialna). Nawisem mówiąc, znaczenie koncepcji okupacji pokojowej stale maleje, gdyż prawo hasko-genewskie służy obecnie bardziej ochronie praw ludności podlegającej obcej władzy niż ochronie prawnej podmiotowości państwa.³⁸

Odnosząc się do pozostałych przypadków obcej obecności militarnej, stan okupacji wyklucza się z tzw. interwencją „na zaproszenie” władz danego państwa, gdyż po jej rozpoczęciu pozostają one nadal formalnym suwerenem, który określa warunki oraz czas trwania takiej obecności wojskowej. Co innego jednak, gdy z taką prośbą występują struktury dopiero aspirujące do statusu państwowego (partyzantki, ruchy narodowowyzwoleńcze itd.).³⁹ Za okupację nie mogą być także uznane współczesne przypadki krótkotrwałych działań militarnych z zewnątrz, które mogą znajdować się w funkcji pokoju- lub państwowotwórczej – np. rozmieszczenie wojsk, a zwłaszcza egzekwowanie strefy zakazu lotów (*no-fly zone*, NFZ). Nawet jeśli, wobec braku zgody władz lokalnych, przypominają one *de facto* powietrzną okupację, aktorzy zewnętrzni nie przejmują w nich faktycznej kontroli terytorialnej (art. 42 regulaminu haskiego), kontrolując jedynie fragment przestrzeni powietrznej, co wyklucza ich odpowiedzialność za zajęte terytorium.⁴⁰ W tym sensie nieco mniej problematyczne wydają się być

³⁷ Było tak m.in. po zakończeniu wojny francusko-pruskiej (1870–1871), w wyniku której część Francji znalazła się pod okupacją Prus do momentu wypłaty przez tę pierwszą reparacji wojennych, a także po I wojnie światowej (okupacja Nadrenii na mocy traktatu wersalskiego).

³⁸ Koncepcja ta nie jest jednak całkowicie bezużyteczna dla ludności znajdującej się pod obcą kontrolą, wskazując ogólne zasady podziału obowiązków pomiędzy suwerena, państwo interweniujące oraz organizacje międzynarodowe, Zob. E. Benvenisti, *Pacific Occupation*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (dostęp: <<http://opil.ouplaw.com/>>).

³⁹ M. Kwiecień, *Okupacja wojenna w świetle prawa międzynarodowego: natura, skutki, nowe tendencje*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Sectio G*, t. 60, 2013, nr 1, s. 70 i nast.

⁴⁰ Dla przykładu, rez. RB ONZ nr 1773 z 17 marca 2011 r. nt. wprowadzenia strefy zakazu lotów nad Libią wykluczała *expressis verbis* jakąkolwiek formę okupacji na jakiegokolwiek części libijskiego terytorium (par. 4).

przypadki krótkoterminowej obecności interwentów w celu stworzenia enklaw bezpieczeństwa (*safe haven*⁴¹) dla ludności cywilnej (np. operacja *Provide Comfort* w Północnym Iraku w 1991 r.⁴²). W porównaniu ze strefą zakazu lotów fakt obecności sił lądowych na danym obszarze oraz niezdolność właściwej władzy do jego kontroli sprawiają, iż można uznać je za okupację, a odpowiednie przepisy prawa okupacji – za prawnie wiążące interwentów.⁴³

W klasyfikowaniu okupacji nie bez znaczenia dla analizowanego problemu pozostaje sama charakterystyka okupanta – tego, czy jest to pojedyncze państwo, czy też inny podmiot. W zbliżonej do pojedynczego okupanta roli występować mogą bowiem także organizacje międzynarodowe, których organy autoryzują określone działania pokojowe oraz transformacyjne. Od lat 90. w oficjalnej nomenklaturze ONZ dominuje semantyka operacji „budowania pokoju”, które przybierają postać ogólnego doradztwa, misji wyspecjalizowanych, wielowymiarowych operacji cywilno-wojskowych lub tymczasowej administracji międzynarodowej.⁴⁴ W zasadzie tylko ostatni przypadek czasowo „zawiesza” suwerenność państwa objętego taką konsensualną okupacją międzynarodową. Wątpliwości dotyczą zatem tego, czy obecność wojskowa w ramach międzynarodowej administracji terytorialnej spełnia hasko-genewskie kryteria okupacji. Wydaje się, że jeśli działania takie dysponują mandatem Rady Bezpieczeństwa ONZ (m.in. misje UNMIK w Kosowie oraz UNTAET w Timorze Wschodnim) i nie są efektem polityki unilateralnej, nie mogą być uznawane za okupację *sensu stricte*, co nie wyklucza jednak obowiązywania w ich trakcie odpowiednich przepisów prawa konfliktów zbrojnych. Po drugie, misje wysyłane na podstawie rozdziału VII KNZ i rozlokowane za zgodą nominalnych władz państwa, np. w formie zawieszenia broni (przykład Kosowa oraz północnego Iraku), umowy pokojowej (zob. Bośnia i Kambodża), a nawet porozumienia osiągniętego w trakcie walk (Somalia i Timor Wschodni), mogą być postrzegane jako okupacja pokojowa. Każdy z tych przypadków w jasny sposób różni się od niekonsensualnej okupacji przez państwa. Warunki okupacji międzynarodowej są bowiem niemal zawsze przedmiotem *negocjacji* między zainteresowanymi stronami, podczas gdy pojedyncze

⁴¹ Termin „bezpieczna przystań” został zresztą ukuty przez USA w celu podkreślenia humanitarnego celu okupacji oraz ich wyłącznie doraźnego charakteru.

⁴² Sama misja nie była autoryzowana przez RB ONZ, oprostował ją także Saddam Husajn.

⁴³ Oprócz Iraku podobna sytuacja miała miejsce m.in. w południowym Libanie za sprawą Izraela (1982–1985) oraz w Demokratycznej Republice Kongo w latach 1998–2003 (Uganda). Por. S. Willis, op. cit., s. 284–288; E. Benvenisti, *The International...*, s. 200.

⁴⁴ Taką klasyfikację operacji budowania pokoju ONZ według zakresu ich mandatu zaproponował Ulrich Schneekener (patrz: U. Schneekener, *Frieden Machen: Peacebuilding und Peacebuilders*, Friedenswarte 2005, vol. 80, nr 1–2, s. 17–39).

państwa okupacyjne skłonne są raczej do nadużywania swej przewagi i kontroli, ulegając pokusie neoimperializmu na okupowanych przez siebie terytoriach.⁴⁵

Mając powyższe na uwadze, podstawowe kryterium okupacji, tj. brak legitymizacji interwencji i będącej jej następstwem obecności wojskowej, wypełnia najlepiej zaangażowanie USA oraz Wielkiej Brytanii w Iraku po 2003 r.⁴⁶ Wynika to także bezpośrednio z normatywnego wymiaru aktywności tamtejszych struktur między- lub wielonarodowych. O ile bowiem akty prawne administracji ONZ w Kosowie oraz Timorze Wschodnim odnosiły się do międzynarodowych standardów praw człowieka, Koalicyjna Administracja Tymczasowa w Iraku odwoływała się bezpośrednio do praw i zwyczajów wojennych. Już po ogłoszeniu zakończenia działań militarnych w Iraku interwencji wyszli nawet z inicjatywą przyjęcia przez RB ONZ rezolucji nr 1483, co nastąpiło 22 maja 2003 r. Uznała ona *jednomyslnie* trzon koalicji za mocarstwa okupacyjne, wzywając je do przestrzegania prawa okupacji, ale i sankcjonując transformacyjne cele ich obecności (par. 8).⁴⁷ Wobec braku możliwości uznania inwazji za bezprawną ONZ doprowadziła zatem do jej umiędzynarodowienia.⁴⁸ Trzeba przy tym pamiętać, że bez majowej rezolucji RB siły koalicyjne byłyby ściśle związane postanowieniami prawa hasko-genewskiego, nie mając podstaw prawnych do reformowania post-saddamowskiego Iraku. Znamienne, iż Koalicyjna Administracja Tymczasowa powoływała się na projekt tej rezolucji już kilka dni przed jej przyjęciem przez Radę Bezpieczeństwa (sic!). Odrębną kwestią techniczną pozostaje ocena, czy siły koalicyjne mogą być w ogóle okupantem w świetle prawa hasko-genewskiego, które odnosiło się zapewne do pojedynczego państwa, a nie ich koalicji.

Nawet jeśli, nie licząc Iraku po 2003 r., użycie siły zbrojnej w celu budowania państw nie osiąga „czystego” statusu okupacji, wydaje się ono „włączać”

⁴⁵ S. Ratner, *Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence*, European Journal of International Law 2005, vol. 16, nr 4, s. 700.

⁴⁶ Por. np. Y. Dinstein, *Jus in Bello Issues Arising in the Hostilities in Iraq in 2003*, Israel Yearbook of Human Rights 2004, vol. 34.

⁴⁷ Z tekstu rez. nr 1483 wynika także, iż współpraca pozostałych państw z CPA co prawda nie czyni z nich mocarstw okupacyjnych, ale też nie zwalnia ich od postanowień prawa okupacji (par. 5 tekstu rezolucji odwołuje się dosłownie do regulaminu haskiego); status Iraku jako „terytorium okupowanego” Rada uznała jeszcze wcześniej, bo w marcu 2003 r., zwracając uwagę na humanitarne obowiązki ciążyące na mocarstwach okupacyjnych (rez. 1472). Odrębną kwestią jest zakres wywiązywania się mocarstw okupacyjnych z ciążyących na nich obowiązków (np. zapobiegania grabieży), które znajdowały się na marginesie działań stabilizacyjnych.

⁴⁸ Świeżo po tych wydarzeniach Jacek Barcik pisał o „umiędzynarodowionej” okupacji Iraku, idem, *Casus iracki jako przejaw nowej koncepcji okupacji „umiędzynarodowionej”*, Sprawy Międzynarodowe 2004, nr 4.

reżim, który nakazuje państwom i organizacjom międzynarodowym utrzymywanie *status quo* sprzed interwencji. Jednakże, wobec niewydolnych *failed states* lub niebezpiecznych państw zbójckich, które generują różnorodne zagrożenia transnarodowe, byłoby to oczywistym anachronizmem i podważałoby sens jakiegokolwiek zaangażowania.⁴⁹ Od zakończenia zimnej wojny w społeczności międzynarodowej daje się zatem zauważyć tendencja do zabiegów semantycznych w unikaniu terminu „okupacja” i tym samym wymykania się operacji „innych niż wojna” spod prawa hasko-genewskiego. W tym celu interwencji odwołują się najczęściej do nominalnej zgody państwa na ich obecność wojskową i transformacyjne działania lub do ich autoryzacji przez samą Radę Bezpieczeństwa ONZ. Tymczasem, ani posiadanie zgody państwa-rządu, ani nawet mandat RB ONZ *nie* wyłącza stosowania prawa hasko-genewskiego, które funkcjonuje bez względu na kwestie legalności użycia siły. Konsekwentnie, nawet jeśli okupant interweniuje w innym państwie z naruszeniem *jus ad bellum* (brak słusznej przyczyny użycia siły), nie oznacza to wcale, iż staje się on wówczas odpowiedzialny za łamanie standardów prawa okupacji wojennej. Choć w świetle prawa okupacji odpowiedzialność państw pojawia się automatycznie tylko wobec bezprawnego użycia siły (np. brak autoryzacji operacji *Iraqi Freedom* przez RB ONZ), do 2003 r. w Afganistanie – pomimo działania w dopuszczalnej samoobronie – zarówno Stany Zjednoczone, jak i ich sojusznicy również występowali w roli okupantów.⁵⁰ Status ten zmienił się formalnie dopiero wraz z uzyskaniem od władz w Kabulu (Afghan Interim Authority, AIA) zgody na obecność wojskową NATO, która nie była już „wbrew woli” zwierzchnika terytorialnego.⁵¹ Po 2003 r. ich obecność nadal jednak przypominała okupację, angażując podstawowe normy prawa konfliktów zbrojnych.

Czy polityczna transformacja państwa (*regime change*) może być w ogóle dopuszczalnym powodem użycia siły (*jus ad bellum*) w stosunkach międzynarodowych? Choć stanowiska poszczególnych państw w tej materii czasem mogą diametralnie się różnić, w świetle prawa międzynarodowego taka transformacja *nie* może nigdy usprawiedliwiać samej interwencji. Co innego jednak, gdy zmiana reżimu jest skutkiem legalnego użycia siły lub – optymalnie – wewnątrz i międzynarodowo legitymizowanym celem budowania państwa.

⁴⁹ Szerzej zob. G. Gil, *Upadanie...*, s. 197–220.

⁵⁰ Taką konkluzję zawiera m.in. dokument *International Law Commission Draft Articles on State Responsibility* przygotowany przez Komisję Prawa Międzynarodowego i zaakceptowany rezolucją ZO ONZ nr 56/83 z 12 grudnia 2001 r.; do Artykułów odwołuje się m.in. w swoim orzecznictwie Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości.

⁵¹ SOFA dla obecnej misji NATO (*Resolute Support*) została uzgodniona przez władze afgańskie i NATO z końcem 2014 r.

Jednakże, nawet wówczas jego legalność nie zależy wyłącznie od podstawy prawnej (np. w formie SOFA lub decyzji RB ONZ), ale podlega kryteriom *konieczności* i *proporcjonalności*.⁵² Wskazał na nie m.in. prokurator generalny Wielkiej Brytanii Lord Goldsmith w tajnym dokumencie przygotowanym dla gabinetu Wielkiej Brytanii, datowanym na 7 marca 2003 r.⁵³ Praktyka okupacji Iraku pokazała, iż w kilku przypadkach Koalicyjnej Administracji Tymczasowej zabrakło poczucia odpowiednich proporcji. Zwłaszcza trzy decyzje tej Administracji ws. rozwiązania Partii Baas w Iraku (rozkaz CPA nr 1); rozwiązania cywilnych struktur ministerialnych, wojskowych oraz sił zbrojnych Iraku (rozkaz nr 2); oraz inwestycji zagranicznych w Iraku (rozkaz nr 39) stały w jawnej kolizji w prawem hasko-genewskim, łamiąc zastany porządek prawny w sposób nieproporcjonalny do celu obecności koalicji międzynarodowej.⁵⁴

Jeśli uznamy, że zbrojny *state-building* w jakimś zakresie wyczerpuje kryteria okupacji, to obowiązuje go także ogólny zakaz transformacji zastanego porządku, na którym zbudowane jest całe prawo konfliktów zbrojnych. W opinii Adama Robertsa, ten oczywisty rozdzźwięk zmniejsza się obecnie w *dwojaki* sposób: poprzez funkcjonowanie międzynarodowego reżimu praw człowieka oraz zaangażowanie organizacji międzynarodowych (zwłaszcza ONZ). O ile pierwszy sposób dookreśla dopuszczalne cele i środki „humanitarnej” okupacji, drugi legitymizuje pewien zakres działań transformacyjnych w trakcie oraz po interwencji. Autor konkluduje, iż gdyby art. 64 IV KG miały być dziś *redefiniowane*, należałoby do niego dodać dwie okoliczności, w których strony interweniujące mogłyby dowolnie uchylać lub zawieszać prawo państwa okupowanego, tj. (1) łamanie przez to prawo fundamentalnych praw człowieka oraz (2) wykonywanie transformacyjnych zadań z autoryzacji RB ONZ.⁵⁵ Pojawiają się nawet opinie, iż występowanie ONZ w roli „mocarstwa okupacyjnego” znosi wymóg nie-transformacyjnej okupacji, co oznaczałoby, że są to współcześnie *jedyne* legalne i zarazem transformacyjne okupacje, choć oficjalnie nikt ich tak nie nazywa.

Ogólnie rzecz biorąc, transformacyjny cel interwencji nie może usprawiedliwiać użycia siły w stosunkach międzynarodowych, chyba że osiąga ona

⁵² W prawie konfliktów zbrojnych na zasadę proporcjonalności składają się dwie reguły: według zasady politycznej (*jus ad bellum*) użycie siły musi prowadzić do poprawy sytuacji, co nie byłoby możliwe bez wojny; druga zasada militarna (*jus in bello*) oznacza po prostu minimalizację zniszczeń wojennych.

⁵³ Uznano zatem, że odsunięcie Husajna od władzy jest proporcjonalne wobec celu, jakim było przywrócenie Iraku na drogę wywiązywania się z wcześniejszych rezolucji RB ONZ; stanowisko Lorda Goldsmitha (zmiana reżimu jako środek) wykluczało zmianę reżimu jako wystarczający cel działań militarnych (dominująca narracja w USA).

⁵⁴ A. Roberts, *Transformative...*, s. 607, 615.

⁵⁵ Ibidem, s. 589.

poziom interwencji humanitarnej w państwie, w którym poważnie i na masową skalę łamane są prawa człowieka. Nawet taka ingerencja nigdy nie staje się jednak prawem interweniujących.⁵⁶ W tym kontekście można spotkać opinie, iż budowanie państwa (transformacyjność) jest dopuszczalne zwłaszcza wobec pozbawienia narodów prawa do *samostanowienia*. Kwestia ta była żywo dyskutowana w ONZ od lat 60. XX w. Współcześnie podkreśla się, iż obowiązkiem okupanta jest asystowanie narodom (*peoples*) w realizacji tegoż prawa, co potwierdził m.in. MTS w swojej opinii doradczej ws. muru z 2004 r.⁵⁷ Oznacza to, iż okupując jednostkę, która mogłaby jeszcze skorzystać z prawa do samostanowienia, okupant jest zobowiązany do nieprzestrzegania porządku prawnego dotychczasowego państwa (*absolutely prevented*). Co więcej, gdyby nawet okazało się to nielegalnie, powstała w ten sposób nowa jednostka geopolityczna nie może być pozbawiona swoich praw z uwagi na samą bezprawność działań okupanta.⁵⁸ Taka okupacja dla samostanowienia narodów stanowiłaby zatem wyjątek od zakazu transformacyjnej okupacji. Nawet jeśli prawo do samookreślenia zostało niemal w pełni „skonsumowane”, w przyszłości nie można wykluczyć jednostkowych przypadków takich okupacji. Podobna perspektywa międzynarodowego prawa człowieka dotyczy interwencji *humanitarnych*. Bez względu bowiem na to, czy taki akt użycia siły byłby legalny i/lub legitymizowany, czy też nie, siły interwencyjne nie mogą przestrzegać prawa oraz zachowywać instytucji, które ustanowione zostały przez opresyjną władzę. Zawsze pojawia się jednak pytanie o potencjalnie polityczne motywy takiego czy innego zaangażowania interwencji lub jego destabilizujący wpływ na lokalną ekonomię polityczną. W takich sytuacjach najprostszym wskaźnikiem wiarygodności interwencji oraz słuszności państwowotwórczej interwencji byłby test *wyborczy* jako realizacja wewnętrznego prawa do samostanowienia w warunkach postinterwencyjnych. Może ona *ex post* legitymizować transformacyjną okupację, podjętą pierwotnie z innych względów (np. Bangladesz w 1971 r. oraz Afganistan w 2001 r.).

Wątpliwości natury prawnej pojawiają się także w kwestii zastosowania *międzynarodowego prawa człowieka* w warunkach okupacji, tj. na terytorium i wobec ludności, która formalnie nie podlega jurysdykcji okupanta. Choć perspektywa praw człowieka zasadniczo różni się od prawa konfliktów zbrojnych, oba

⁵⁶ Prawo międzynarodowe nie zna pojęcia takiej interwencji, która jawi się przede wszystkim jako sytuacja konieczności, a nie prawo do interwencji (chyba że ma ona autoryzację RB ONZ). Szerzej zob. np. *The emergence of humanitarian Intervention. Ideas and Practice from the Nineteenth Century to the Present*, red. F. Klose, Cambridge 2016.

⁵⁷ Zob. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestine Territory*, Advisory Opinion (2004), ICJ, par. 88, 122, <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?pr=71&code=mwp&p1=3&p2=4&p3=6>> (dostęp: 2.08.2016).

⁵⁸ E. Benvenisti, *The International...*, s. 198 i nast.

systemy wzajemnie się przenikają, tworząc wyjątkową złożoną, lecz niekonfrontacyjną relację.⁵⁹ Dość powiedzieć, że rozwój systemu praw człowieka po 1945 r. wywarł niebagatelny wpływ na kształt samych konwencji genewskich z 1949 r., co widać wyraźniej zwłaszcza w tekście I Protokołu dodatkowego z 1977 r. (m.in. w art. 72 oraz 75). Zgodnie z przeważającą opinią jurysprudencji, jeśli przyjmiemy, że okupacja różni się od konfliktu zbrojnego, międzynarodowy reżim praw człowieka znajduje zastosowanie podczas okupacji wojskowej.⁶⁰ Kluczowe w tym sensie jest m.in. orzeczenie brytyjskiego Sądu Apelacyjnego z grudnia 2005 r. (sprawa Al-Skeini), w którym uznano, że po obaleniu reżimu Saddama Husajna Wielka Brytania (będąca okupantem w świetle prawa hasko-genewskiego) była zobligowana do zagwarantowania w Iraku praw i wolności wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz) – lecz wyłącznie w zakresie wykonywania przez siebie ekstraterytorialnej jurysdykcji, tj. w przypadku znajdowania się osób (Irakijczyków) pod jej oczywistą kontrolą (np. areszt).⁶¹ Są jednak państwa, które pomimo podpisania głównych umów z zakresu ochrony praw człowieka, występują z odmienną interpretacją (np. USA oraz Izrael). Trzeba przy tym pamiętać, iż stosowanie międzynarodowego prawa człowieka może wynikać z samego prawa okupacji. Jeśli okupant jest zobowiązany do przestrzegania zastanego porządku prawnego na terytorium okupowanym (art. 43 regulaminu haskiego), dotyczy to bez wyjątku międzynarodowych przepisów odnoszących się do praw i wolności człowieka, które stały się normami prawa wewnętrznego.

W zbliżonych do okupacji przypadkach transformacyjnej obecności interwencji (budowanie państwa) wprowadzanie standardów *praw człowieka* uznawane jest za *kluczowy* wymiar takiego zaangażowania. Niemal bez wyjątku towarzyszy mu także demokratyzacja, która razem z zasadą samostanowienia przyspiesza zakończenie międzynarodowej obecności cywilno-wojskowej. Takiej argumentacji z zakresu praw człowieka używały chociażby USA na forum RB

⁵⁹ Stała się ona przedmiotem badań zwłaszcza po przyjęciu w 1966 r. Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka, do których w swoich orzeczeniach nt. różnych okupacji odwoływały się trybunały międzynarodowe.

⁶⁰ Stanowisko takie utrzymuje od 1968 r. Zgromadzenie Ogólne (ZO) ONZ, zwłaszcza wobec terytoriów zajętych przez Izrael w 1967 r. Podobnego zdania był Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) w swojej opinii doradczej ws. Namibii z 1971 r., a także opinii z 2004 r. ws. muru oddzielającego Izrael od Okupowanych Terytoriów Palestyńskich (*Legal...*), która uznała, że konstrukcja bariery łamie zarówno międzynarodowe prawo humanitarne oraz prawa człowieka (par. 106). Zob. także orzeczenie MTS ws. *Armed Activities...* (par. 211). Po 1974 r. europejski dorobek w zakresie praw człowieka był także przywoływany przez Europejską Komisję i Trybunał Praw Człowieka. wobec Cypru Północnego.

⁶¹ Taka interpretacja wynika z treści art. 1 EKPCz.

ONZ po swojej interwencji w Iraku w 2003 r., podczas gdy RB ONZ przynaglała je do stosowania prawa konfliktów zbrojnych.⁶² Choć wśród decydentów w USA obalenie reżimu Saddama Husajna uznawano powszechnie za politycznie pożądaną cel interwencji, oficjalne stanowisko amerykańskiej dyplomacji w ONZ nie uwzględniało liberalnej transformacji Iraku jako głównego celu interwencji, skupiając się jedynie na legalnej przesłance użycia siły, tj. niewywiązywaniu się reżimu Husajna z wykonywania wcześniejszych rezolucji rozbrojeniowych RB ONZ (zwłaszcza rez. nr 1441 z 2002 r.).⁶³ Dla odmiany, w przypadkach międzynarodowej administracji terytorialnej ONZ (Kosowo oraz Timor Wschodni) mandat tych misji odwoływał się zasadniczo do praw człowieka, ignorując *jus in bello*.⁶⁴

Niemniej jednak, już po nieautoryzowanym użyciu siły przez koalicję USA w Iraku Rada Bezpieczeństwa wydała dwie rezolucje, w których uznawała promocję praw człowieka za jeden z celów okupacji Iraku przez Stany Zjednoczone oraz ich koalicjantów.⁶⁵ Jednakże, o ile zmiany polityczne w Iraku były autoryzowane, szczegółowy zakres zmian porządku prawnego w Iraku (cytowany wyżej rozkaz CPA nr 39) nie miał legitymizacji w prawie praw człowieka ani odpowiedniej rezolucji RB ONZ. Pokazuje to, że działania z zakresu *state-building* nie tylko mogą być ogólnie dopuszczalne lub nie, ale kwalifikacja taka zależy także od tego, czego dokładnie dotyczą. W przypadku Iraku przebudowy politycznej nie można utożsamiać z reformami gospodarczymi, a już na pewno z arbitralną zmianą ustroju państwa na federacyjny, która miała miejsce. Wiele zależy w tym względzie od reakcji społeczności międzynarodowej na konkretne działania transformacyjne. Dość powiedzieć, że podczas I wojny światowej Niemcy zostały oskarżone o złamanie art. 43 regulaminu haskiego w związku z próbami podziału administracyjnego okupowanej Belgii na Flandrię i Walonię. Dla odmiany, nawet pojedynczej skargi zabrakło w trakcie II wojny światowej wobec podziału Libii na Trypolitanię i Cyrenajkę, którego dokonali Brytyjczycy.⁶⁶ Z powyższych względów takie projekty wymagają jakiejś formy międzynarodo-

⁶² Przykładowo zastosowanie międzynarodowego prawa praw człowieka w warunkach okupacji uwzględnia brytyjski Podręcznik prawa wojennego z 2004 r. (jego wersja z 1958 r. nie rozwijała jednak tego wątku). Podobne stanowisko zajął także MTS, stwierdzając, że Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (1966) oraz Konwencja Praw Dziecka (1989) mają także zastosowanie wobec działań państwa podejmowanych poza jego jurysdykcją terytorialną.

⁶³ Stanowisko przedstawione w ONZ 20 marca 2003 r.

⁶⁴ Zob. więcej A. Roberts, *Transformative...*, s. 592–597.

⁶⁵ Rez. RB ONZ nr 1483 z 22 maja 2003 r. oraz nr 1546 z 8 czerwca 2004 r.

⁶⁶ Zob. więcej G. Watts, *The British Military Occupation of Cyrenaica, 1942–1949*, Transactions of the Grotius Society 1951, vol. 37, s. 72–73.

wej kontroli w zakresie przestrzegania przez interwentów porządku prawnego zajętego terytorium.⁶⁷ Ogólnie rzecz biorąc, mechanizm wymuszania przestrzegania prawa okupacji może przyjmować postać nacisku ze strony mocarstw opiekuńczych, instytucji ONZ, misji lub komisji, a także presji ze strony organizacji społeczeństwa obywatelskiego.⁶⁸ Dla przykładu, w 2003 r. mocą rez. nr 1483 RB ONZ (par. 8) powołano do życia instytucje monitorujące działania okupantów w Iraku.⁶⁹

Współcześnie pojawiają się zatem zdania mówiące, iż reżim praw człowieka (*lex generalis*) nie tylko uzupełnia, ale i skutecznie *zmienia* prawo okupacji (*lex specialis* prawa konfliktów zbrojnych). Międzynarodowe prawa człowieka wydają się wzmacniać funkcję prawodawczą okupantów, dopuszczając wycożdzenie poza formalne ramy art. 43 regulaminu haskiego.⁷⁰ W sytuacji okupacji lub zbliżonej międzynarodowe prawo praw człowieka jest ważnym systemem norm, który (1) nakłada na strony obowiązki prawne; (2) jest miarą oceny działań interwentów i podmiotów lokalnych; (3) dostarcza prawne procedury podejmowania działań; a także (4) jest podstawą do realizacji transformacyjnych celów (np. wprowadzania rządów prawa).⁷¹ Międzynarodowe prawo praw człowieka staje się zatem użytecznym zespołem standardów obowiązujących interesariuszy umiędzynarodowionego budowania państwa.

Za drugą okoliczność, która zmienia zasadę nietransformacyjności w prawie okupacji, uznaje się zaangażowanie organizacji międzynarodowych przy tego typu obecności militarnej. Doktryna prawa międzynarodowego oraz dyskurs polityczny *odróżniają* niekonsensualną okupację przez państwa od administracji/„okupacji” przez organizacje międzynarodowe.⁷² Podkreśla się, iż w tym drugim przypadku transformacyjny *state-building* nie musi być sprzeczny

⁶⁷ E. Benvenisti, *Applicability...*, s. 31.

⁶⁸ E. Benvenisti, *The International...*, s. 340–347.

⁶⁹ Czyli Specjalnego Przedstawiciela ONZ dla Iraku oraz Międzynarodowy Zarząd ds. Doradztwa i Monitoringu (International Advisory and Monitoring Board) w celu równoważenia wpływów CPA. Pierwszy Przedstawiciel z ramienia ONZ, Sergio Vieira de Mello zginął w sierpniu 2003 r. w zamachu na siedzibę organizacji w Bagdadzie. W perspektywie taką funkcję kontrolną może przyjąć także istniejąca przy RB ONZ od 2005 r. Komisja Budowania Pokoju.

⁷⁰ Przykładowo sprzeczność pomiędzy prawem szariatu a obowiązującymi okupanta przepisami EKPCz czynią go odpowiedzialnym za zmianę porządku prawnego na kontrolowanym przez siebie terytorium, zob. E. Benvenisti, *The International...*, s. 102–104; P. Danchin, s. 78.

⁷¹ A. Roberts, *Transformative...*, s. 600 i nast.

⁷² Przeciwno takiej dychotomii opowiada się Stephen Ratner (por. S. Ratner, op. cit., s. 695–719). Z kolei Adam Roberts wśród piętnastu typów okupacji uwzględnił także „okupację przez organizacje międzynarodowe” (A. Roberts, *What...*, s. 289–292).

z prawem okupacji, jeśli w roli mocarstwa okupacyjnego występuje sama ONZ.⁷³ W takich przypadkach międzynarodowe prawo humanitarne zostaje *zastąpione* przez prawo szczegółowe, tj. wyrażoną w umowie zgodę państwa beneficjenta pomocy (tzw. SOFA), a zwłaszcza decyzję RB na mocy rozdziału VII KNZ, które są jednakowo ważne i definiują podstawy prawne i mandat międzynarodowego zaangażowania. Niemniej jednak, choć „okupant” nie ma wówczas obowiązku przestrzegania art. 43 regulaminu haskiego, to jest on jednak zobowiązany poruszać się w ramach przyznanego mu mandatu (*lex specialis*), który raczej nie zezwala na radykalną przebudowę państwowości. Podobnie, choć misje wymuszania pokoju na mocy rozdziału VII KNZ nie są okupacją *sensu stricto*, co wyklucza odpowiedzialność kontyngentów pokojowych powstałą w ramach prawa okupacji, reżim ten nie pozostaje jednak zupełnie bezużyteczny. W opinii Eyala Benvenistiego jego litera powinna być stosowana przez organizacje międzynarodowe *dobrowolnie* i zgodnie z zasadą lokalnej odpowiedzialności za budowanie państwa (*local ownership*).⁷⁴ Ogólnie rzecz biorąc, udział organizacji międzyrządowych jest także uzasadniany wymogiem konieczności i proporcjonalności działań transformacyjnych. Co więcej, zdaniem Benvenistiego, jeśli interwencja o charakterze państwowotwórczym służy realizacji obowiązków wynikających z prawa okupacji (ochrona własności publicznej i prywatnej) oraz międzynarodowych praw człowieka (m.in. zbiorowe prawo do samostanowienia), transformacyjny *state-building* mieści się w ramach prawa okupacji.⁷⁵ Problem w tym, iż o ile treść rezolucji RB ONZ faktycznie wyraźnie *wykracza* poza dopuszczalne cele okupacji w prawie hasko-genewskim, ani rez. nr 1483, ani żadna kolejna nie uściśla relacji pomiędzy tym prawem a transformacyjną obecnością cywilno-wojskową innych państw (*state-building*). Takie stanowisko ws. ONZ występującej w roli okupanta wydaje się zatem wciąż postulatem *de lege ferenda*. Wydzwięk rez. nr 1483 jest „raczej chwiejną fuzją [*merger*] tradycyjnych reguł okupacji z kompetencjami Rady Bezpieczeństwa nt. tworzenia pokoju w ramach rozdziału VII” KNZ.⁷⁶ Nie ulega jednak wątpliwości, że poparcie ONZ

⁷³ Patrz np. S. Chesterman, *Occupation as liberation: International humanitarian law and regime change*, Ethics and International Affairs 2004, vol. 18, nr 3, s. 51–64.

⁷⁴ Każdy *state-building* zakłada mapę drogową, która obejmuje kolejne etapy transferu władzy czynnikom lokalnym; przykładowo w latach 2003–2006 pod auspicjami Koalicijnej Administracji Tymczasowej zawiązała się Rada Zarządzająca Iraku (*Governing Council of Iraq*), koalicja zorganizowała kolejne wybory oraz referendum konstytucyjne, a 21 maja 2006 r. utworzono rząd jedności narodowej.

⁷⁵ E. Benvenisti, *Applicability...*, s. 30 i nast.

⁷⁶ Cyt za: H. Charlesworth, *Law after war*, Melbourne Journal of International Law 2007, vol. 8, nr 2, s. 233–47, 239–41.

w tego typu operacjach może być pożądanym środkiem legitymizującym zmiany i „obchodzącym” restrykcyjne prawo okupacji.

W sytuacji takich niestandardowych okupacji transformacyjnych pojawia się praktyczny problem w postaci dokładnej oceny gotowości rządu okupowanego terytorium do usamodzielnienia się. Kwalifikacja taka jest najczęściej mniej lub bardziej arbitralna, gdyż przekazywanie władzy jest *procesem* rozłożonym w czasie. Choć okupacja Iraku zakończyła się nominalnie z końcem czerwca 2004 r., siły wielonarodowe zostały w nim utrzymane, zmieniając jedynie swe funkcje. Nawet jeśli decyzja ta wynikała z politycznej poprawności, *nie* dawała żadnej gwarancji, że rząd tymczasowy Iraku przejmie po tej dacie pełną kontrolę oraz odpowiedzialność za porządek publiczny.⁷⁷ Formalnie rzecz biorąc, po 28 czerwca 2004 r. sytuacja prawno-polityczna interwencji wyglądała inaczej, gdyż budowanie państwa odbywało się już za zgodą pełnoprawnego rządu Iraku. Nie zmienia to jednak faktu, że obecność koalicji nadal przypominała okupację wojskową (była ona zresztą *nadal* podporządkowana międzynarodowemu prawu humanitarnemu, co wyeksponowano w rez. RB ONZ nr 1546), nawet jeśli oficjalnie już ją zakończono.

Co ciekawe, cytowana wyżej rezolucja RB nr 1546 zawierała klauzulą nie-transformacyjności działania rządu tymczasowego Iraku (par. 1), podczas gdy w prawie konfliktów zbrojnych stosuje się ją wyłącznie wobec okupantów (sic!).⁷⁸ Można więc zaryzykować stwierdzenie, iż okupacja transformacyjna w Iraku nie podważyła istoty prawa hasko-genewskiego ale – wprost przeciwnie – potwierdziła konserwatywne zasady reżimu okupacji – nawet wówczas, gdy okupacja dobiega końca. W tym kontekście widać wyraźnie, iż cały system norm odnoszących się do okupacji i umiędzynarodowionych prób budowania państwa jest wyjątkowo *złożony*, zaś kwalifikacja prawna państwowotwórczych interwencji pozostawia szerokie pole interpretacyjne. Częściowo wynika to z tego, iż okupacja wojskowa nie jest „całkowicie dystynktywną kategorią” a jej przepisy mogą mieć również zastosowanie w sytuacjach, które nie są nazywane i nie kwalifikują się jako „okupacje”.⁷⁹

⁷⁷ O zakończeniu okupacji Iraku mówiła dokładnie rez. RB ONZ nr 1546 z 8 czerwca 2004 r. która określiła także mapę drogową dalszej transformacji Iraku, uznając pełne prawo irańskiego rządu do negocjowania przyszłych warunków wielonarodowej obecności w tym państwie na prośbę władz w Bagdadzie lub w ciągu 12 miesięcy od daty przyjęcia rezolucji (paragrafy 9 i 12 tego dokumentu mówiły dokładnie, że „[Rada] deklaruje, iż zakończy ten mandat wcześniej, jeśli poprosi o to rząd Iraku”).

⁷⁸ Np. Koalicyjna Administracja Tymczasowa uznała, że wyklucza to zdolność irańskiego rządu do zawierania traktatów.

⁷⁹ Cyt za: A. Roberts, *Transformative...*, s. 618 i n.

Jus post bellum

Nawet pobieżny przegląd dotychczasowych okupacji transformacyjnych pozwala zauważyć, iż nie mają one miejsca podczas wojny, lecz są raczej odpowiedzią na wewnętrzny konflikt zbrojny w formie interwencji międzynarodowej. Pojawia się zatem wątpliwość, czy *jus in bello* jest najlepszym sposobem regulowania takich sytuacji i czy może należałoby raczej stopniowo zastąpić je prawem „pokonfliktowym” (*jus post bellum*).⁸⁰ Prawo takie miałoby porządkować operacje międzynarodowe wobec państw, które już wyszły lub wychodzą z fazy konfliktu do pokoju rozumianego w sensie pozytywnym. Problem w tym, iż niektórzy dostrzegają w takim zestawie norm wyłącznie rodzaj imperatywu *moralnego*, a nie spójny system prawa. W dodatku, wbrew temu, co sugeruje sam termin, *jus post bellum* nie opiera się na jednej gałęzi prawa; tworzy go raczej cały zespół (krajowych i międzynarodowych) norm, które utrwalają pokój i mogą być stosowane po konflikcie. Choć na pierwszy rzut oka takie rozproszenie norm utrudnia ich zastosowanie wobec państw pokonfliktowych, to jednak pozwalałoby ono na zindywidualizowaną ocenę i dobór środków skrojonych na miarę każdego konfliktu i państwa z osobna.⁸¹ Postulowany kształt prawa po konflikcie wynika z jego trzech cech składowych, tj. elementu normatywnego (*jus*), kontekstu czasowego (*post*) oraz środowiska konfliktów (*bellum*).⁸²

Zdaniem większości autorów rozległy korpus *jus post bellum* składałby się z (1) *prawa konfliktów zbrojnych*, w tym instytucji okupacji wojskowej, którą należy odróżnić od stanu konfliktu zbrojnego. Będąc lustrzanym odbiciem koncepcji suwerenności, prawo okupacji ewoluuje wraz z nią i znajduje zastosowanie wobec współczesnych operacji „innych niż wojna”, np. misji zbrojnego budowania państw. Jednocześnie prawo to jest zmieniane wskutek decyzji RB ONZ, które derogują przepisy prawa konfliktów zbrojnych (art. 103 KNZ), a także egzekwowania norm o charakterze peremptoryjnym (*jus cogens*) – np. prawa do samostanowienia narodów. Drugim elementem składowym *jus post bellum* byłoby (2) *międzynarodowe prawo praw człowieka*. Tworzy ono liberalny szkielec przywracania rządów prawa i odbudowy zaufania do instytucji państwa,

⁸⁰ Tradycja użycia terminu *jus post bellum* sięga dzieł z zakresu prawa wojennego z XVII w. (Francisco Suarez, *Disputationes XIII*, 1621), zaś wiek później I. Kant (prawo „po” wojnie). Zob. ibidem, s. 619.

⁸¹ V. Chetail, *Introduction. Post-conflict Peacebuilding – Ambiguity and Identity*, [w:] *Post-conflict Peacebuilding. A Lexicon*, red. V. Chetail, Oxford 2009, s. 18.

⁸² Kwestia *jus post bellum* zyskuje coraz większe zainteresowanie jurysprudencji; zob. np. jedno z wielowątkowych opracowań na ten temat: *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, red. C. Stahn, J. Easterday, J. Iverson, Oxford 2014.

który czerpie m.in. z dwóch Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka z 1966 r. Respektowanie tychże praw występuje w podwójnej roli przesłanki oraz treści międzynarodowego budowania państw, gdyż to państwo pozostaje głównym gwarantem poszanowania indywidualnych i grupowych praw człowieka.⁸³ Co więcej, przestrzeganie tych praw przez państwo – adresata pomocy stanowi próbiez normalności, wyznaczając kres stosowania *jus post bellum*. W przypadku interwencji międzynarodowych poza kontekstem konfliktu zbrojnego, międzynarodowe prawa człowieka wydają się mieć pierwszeństwo nad prawem konfliktów zbrojnych, co naturalnie poszerza dopuszczalny zakres towarzyszących im transformacji.

Trzeci komponent prawa po konflikcie miałby się składać z (3) *międzynarodowego prawa karnego*, które pociąga do odpowiedzialności winnych nadużyć lub zaniechań podczas konfliktu, będąc środkiem ogólnonarodowego lub międzyetnicznego pojednania. Choć sprawiedliwość może przyjmować różne modele, zawsze jawi się jako niezbędne uzupełnienie budowania pokoju oraz implementacji standardów praw człowieka. W zakres *jus post bellum* (4) weszłoby także *międzynarodowe prawo uchodźcze*. Fundamentem Konwencji genewskiej o statusie uchodźców z 1951 r. jest zasada niezawracania osób do państwa ich pochodzenia, jeśli tamtejsza sytuacja zagraża ich życiu. Artykuł 1C Konwencji stwierdza jednak, iż status ten przestaje obowiązywać z chwilą fundamentalnej zmiany takich okoliczności, np. wskutek operacji międzynarodowej. W delikatnej materii budowania pokoju masowe powroty ludności cywilnej mogą jednak destabilizować sytuację, co zmusza agendy pomocowe do opracowania odpowiednich programów repatriacji, reintegracji, *etc.* Dotyczy to także grup przesiedlonych, których nie dotyczy odrębny reżim prawa, głównie tzw. uchodźców wewnętrznych (IDPs).⁸⁴

Stosunkowo niedawno w literaturze, a nieco wcześniej w praktyce wojskowej, pojawił się także termin „międzynarodowego prawa operacji militarnych”, który miałby jednocześnie oddawać samą złożoność tych operacji, a także korpus obowiązujących przepisów o różnej proveniencji.⁸⁵ Takie myślenie częściowo zazębia się z logiką *jus post bellum*, choć jest nieco szersze. Oprócz wymienionych powyżej gałęzi prawa, na prawo operacji militarnych składa się także Karta

⁸³ V. Chetail, *Introduction...*, s. 19–22.

⁸⁴ Ibidem, s. 23–25. Według szacunków UNHCR IDPs stanowią obecnie 63% (41 mln) ogółu ludności zmuszonej do ucieczki, decydując o społecznej charakterystyce wielu dysfunkcyjnych państw; dane za: <<http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends-2015.html>> (dostęp: 9.09.2016).

⁸⁵ Zob. np. *The Handbook of International Law of Military Operations*, red. T. Gill, D. Fleck, Oxford 2015.

Narodów Zjednoczonych oraz zasady prawa zwyczajowego odnośnie do użycia siły w celu utrzymywania lub przywracania pokoju i bezpieczeństwa (*jus ad bellum*), konwencje i prawo zwyczajowe dotyczące statusu obcych sił zbrojnych, międzynarodowe prawo morza, prawo lotnicze, prawo odpowiedzialności państw, prawo ochrony środowiska, a także odpowiednie przepisy prawa krajowego. Traktatowy oraz zwyczajowy korpus prawa operacji militarnych uzupełniany jest także przez „miękkie” prawo w postaci dokumentów politycznych, porozumień, określających zestawy dobrych praktyk i pożądane role interwencji. Muszą być one maksymalnie dopasowane do ogólnie obowiązujących norm prawnych dotyczących użycia siły w stosunkach międzynarodowych. Rodzajem prawnej *ekwilibrystyki* może okazać się pogodzenie ze sobą przepisów pochodzących z różnych dziedzin prawa w odniesieniu do konkretnej interwencji i działań transformacyjnych. W tym celu, po pierwsze, należy określić, jakie normy mają w niej zastosowanie. Drugim krokiem jest ustalenie zakresu zgodności lub sprzeczności norm powstałych w wyniku równoległego obowiązywania przepisów z różnych gałęzi prawa. Po trzecie, ich interpretacja i zastosowanie muszą wynikać z kontekstu prawnego oraz sytuacji faktycznej. W tym względzie metodologiczną regułą powinno być stosowanie różnych przepisów w kluczu ich maksymalnie możliwej *harmonizacji*. Dla naszych rozważań pierwszorzędne znaczenie ma zatem ustalenie, czy i w jakim zakresie dana operacja międzynarodowa może być uznana za okupację, a interwencji – odpowiedzialnymi przed tym prawem.⁸⁶

Skuteczność budowania państwa zależy zatem od rozwiązania tych problemów poprzez możliwie holistyczne podejście do norm rozrzuconych po różnych gałęziach prawa. Ich kompilacja czy raczej nakładanie się na siebie w sytuacjach po konflikcie pozostaje jednak wciąż jedynie zespołem norm *moralnie* obowiązujących, choć nie można wykluczyć ich prawnego usankcjonowania w przyszłości. Jak zauważa Carsten Stahn, postulowane prawo pokonfliktowe ma charakter negatywny i pozytywny.⁸⁷ W pierwszym znaczeniu uzupełnia ono kryterium *proporcjonalności* w funkcjonujących już reżimach *jus in bello* oraz *jus ad bellum* poprzez podporządkowanie działań zbrojnych celowi, jakim jest osiągnięcie trwałego pokoju po konflikcie, oraz *per saldo* pozytywne oddziaływanie na lokalną ekonomię polityczną, tj. przerwanie lub deeskalację konfliktu, niezbędną odbudowę instytucji oraz infrastruktury itp. Nawet jeśli zasada proporcjonalności nie może stać się autonomiczną normą prawną, to może określać,

⁸⁶ T. Gill, D. Fleck, *Concept and Sources of the International Law of Military Operations*, [w:] ibidem, s. 11–12.

⁸⁷ C. Stahn, *R2P and Jus Post Bellum. Towards a Polycentric Approach*, [w:] *Jus Post...*, op. cit., s. 113.

które z przepisów znajdują zastosowanie w postulowanym porządku prawa po konflikcie. Stanowiłaby ona wartość dodaną do tradycyjnie pojmowanych elementów proporcjonalności, wybiegając w przyszłość w celu instytucjonalizacji pokoju.⁸⁸ Tymczasem skutki decyzji nt. budowania państwa nie są możliwe do przewidzenia („*fog of war*”), a w obliczu destabilizacji interwencji ukrywają się za zasłoną dobrych intencji lub zwyczajnie redukują zaangażowanie. Dzieje się tak, gdyż międzynarodowy *state-building* to najczęściej eksperymentowanie na żywym organizmie polityki, ekonomii, *etc.*, swoistego państwa. Działania takie można nawet porównać do kategorii „zawilego” i na swój sposób „nieoswojonego” problemu (*wicked problem*), którą w latach 70. XX w. wprowadzili do użytku Horst Rittel oraz Melvin Webber. W przeciwieństwie do „oswojonych” (*tame*) problemów są one (państwa dysfunkcjonalne) wyjątkowo odporne na wszelkie rozwiązania (budowanie państwa), a każde z rozwiązań generuje kolejne dylematy.⁸⁹

W kontekście współczesnych okupacji prawo po konflikcie mogłoby jednak odegrać potrójnie *konstruktywną* rolę. Po pierwsze, dawałoby ono szansę uregulowania obecności militarnej po zakończeniu konfliktu lub interwencji, która nie mieści się w ramach tradycyjnej definicji okupacji, co mogłoby z kolei prowadzić do zdjęcia z liberalnego budowania państwa niepotrzebnego odium okupacji.⁹⁰ Po drugie, *jus post bellum* zawiera w sobie miarę odpowiedniej jakości rządu (standardów demokratycznych, zasady samostanowienia, rządów prawa *etc.*) w miejsce neutralnej i nieczułej na te standardy roli administratora, którą przewiduje prawo hasko-genewskie. Po trzecie, prawo po konflikcie mogłoby wprowadzić brakujące kryterium oceny dopuszczalności okupacji, gdyż reżim *jus in bello* nie różnicuje legalnej i nielegalnej okupacji, ignorując kwalifikację prawną użycia siły.⁹¹ Takie *jus post bellum* byłoby zatem czymś więcej niż interdyscyplinarnym zestawem norm, pełniąc „horyzontalną” i „wertykalną” funkcję. Pierwsza z nich służy harmonizacji zobowiązań powstałych w ramach różnych gałęzi prawa, która okazuje się kluczowa na etapie planowania oraz implementacji konkretnej operacji militarnej. Druga zaś zapewnia przeformułowa-

⁸⁸ L. May, *Proportionality and the Fog of War*, European Journal of International Law 2013, vol. 24, nr 1, s. 324–325. Por. przypis nr 52.

⁸⁹ Por. H. Rittel, M. Weber, *Dilemmas in a General Theory of Planning*, Policy Sciences 1973, vol. 4, s. 155–169. Bynajmniej wbrew temu, co sugeruje nazwa, *tame problems* także nie muszą być łatwe (zaliczyć do nich można np. matematykę, inżynierię czy grę w szachy); w odróżnieniu jednak od *wicked problems* mają one niezmiennie reguły rozwiązywania.

⁹⁰ C. Stahn, *R2P...*, op cit., s. 115.

⁹¹ Ibidem, s. 116 i nast. Przykładowo, rez. nr 1483 RB ONZ nie odniosła się w żadnym miejscu do kwestii legalności koalicyjnego użycia siły w Iraku.

nie abstrakcyjnych i ogólnych norm na poziom operacyjny i „teatr” budowania państwa.⁹²

Ważny element *jus post bellum* odnosi się do kryterium czasu. Problematyczna wydaje się zwłaszcza kwestia stosowania prawa okupacji po podpisaniu umowy pokojowej, po zakończeniu fazy interwencyjnej (*post-war occupation*). Innymi słowy, poza horyzontem pokoju, który byłby zaprzeczeniem lub *limes* wojny (*post bellum*). Trzeba jednak pamiętać, że wiele konfliktów nigdy nie kończy się zawarciem rozejmu lub odrębnego porozumienia. Nawet jeśli, według swoich autorów, prawo okupacji obowiązuje jedynie przejściowo – do momentu podpisania umowy pokojowej, które ma nastąpić jak najszybciej – art. 6 IV KG pośrednio *legitymizuje* trwanie długofalowych okupacji. Ani ta konwencja, ani regulamin haski nie mówią jednak nic więcej na temat dopuszczalnych odchyień od zasad okupacji w postaci długofalowej, ekstensywnej obecności interwentów. Tak czy inaczej, wydaje się, iż w przypadkach przedłużających się okupacji warunek zachowania przez okupantów *status quo* na terytorium okupowanym słabnie wprost proporcjonalnie do upływającego czasu, tracąc znaczenie dla okupanta, ale przede wszystkim dla społeczności lokalnej.⁹³ Co więcej, wydaje się, że dochodzi wówczas do przesunięcia akcentów w reżimie okupacji – przepisy negatywne (zakazy) ustępują pierwszeństwa obowiązkom o charakterze *pozytywnym*, które mają charakter kompleksowej odbudowy, a nie doraźnych działań zapobiegawczych. Zauważa to C. Stahn, dla którego *jus post bellum* sankcjonowałoby zasadę kontynuacji zaangażowania państw interweniujących (okupantów) w rekonstrukcję, która ma obecnie wyłącznie moralny charakter.⁹⁴ Takie prawo „po” okupacji (*post-occupation law*) byłoby istotną częścią *jus post bellum*, odnosząc się w szczególności do długotrwałej obecności interwentów i sytuacji prawdopodobnego uzależnienia gospodarki od obecności okupanta. Jego wycofanie może pociągać za sobą pogorszenie ogólnej jakości życia na byłym terytorium okupowanym, uniemożliwiając budowę samowystarczalnego państwa.⁹⁵ Prawo po okupacji różniłoby się od hasko-genewskiego reżimu okupacji. O ile bowiem pierwsze z nich wymaga współpracy pomiędzy interesariuszami budowania państwa w celu bezinteresownej budowy samowystarczalnych instytucji, o tyle drugie przewiduje konflikt interesów i zakłada minimalistyczne cele.

⁹² T. Gill, D. Fleck, op. cit., s. 13.

⁹³ E. Benvenisti, *The International...*, s. 244–246.

⁹⁴ C. Stahn, *R2P...*, op. cit., s. 117–119.

⁹⁵ Niektórzy autorzy stosują termin prawa po okupacji (*post-occupation law*), co częściowo pokrywa się z *jus post bellum* (jeśli wojnę i okupację traktować jako synonimy). Zob. np. Y. Ronen, *Post-occupation law*, [w:] *Jus Post...*, op. cit., s. 442–446.

Wydaje się, iż rozciągnięcie prawa okupacji *poza* fazę interwencji, ale także *ponad* klauzulę nietransformacyjności umożliwia jednocześnie zasada solidarności i „humanitaryzacja” interwencji, które miałyby służyć interesowi społeczności lokalnej (*insiders*), a nie interwentów (*outsiders*).⁹⁶ W takich okolicznościach margines dopuszczalnego zawieszania lub modyfikacji prawa w toku budowania państwa ulega poszerzeniu. Wobec braku (*adequate*) systemu prawnego, który byłby zgodny ze standardami międzynarodowymi, interwencji mogą nawet stanowić prawo od podstaw.⁹⁷ W tym sensie *jus post bellum* mogłoby docelowo zaktualizować międzynarodowe prawo humanitarne, implementując żywo dyskutowaną w ostatnich latach koncepcję odpowiedzialności za ochronę (*responsibility to protect*, R2P). *Jus post bellum* jawi się zatem jako perspektywiczny reżim ograniczający deficyty (legitymacji) oraz nadużycia (kryptopolityczność), które towarzyszą interwencjom o charakterze państwowotwórczym. Pojawiają się nawet głosy mówiące o potrzebie przyjęcia nowej konwencji genewskiej, która byłaby skoncentrowana na okresie „po” i miałaby bardziej konstruktywny i permissywny kształt. Siłą rzeczy dotychczasowy dorobek międzynarodowego prawa humanitarnego (dotyczy trwania okupacji) pełni przeważnie funkcje konserwatorskie.

Powyższy fragment pokazuje, iż okupacja przestała być wyłącznie stanem faktycznym. Wzajemne nakładanie się na siebie *jus ad bellum*, prawa konfliktów zbrojnych, jednostkowych praw człowieka czy też prawa do samostanowienia narodów sprawia, iż pytanie o zastosowanie reżimu okupacji w konkretnych sytuacjach użycia siły lub obecności militarnej włącza skomplikowane kryteria formalne.⁹⁸ Owa złożoność nakazuje *rozwagę* i uznawanie z zasady wszystkich interwentów za okupantów, co najmniej do momentu legitymizacji ich obecności militarnej przez społeczność lokalną – zgodnie z zasadą lokalnej odpowiedzialności za budowanie państwa.

Konkluzje

W systemie suwerennie równych państw proces państwowotwórczy nie może być przedmiotem interwencji i międzynarodowej aranżacji, a jeśli już dopuszcza się taką możliwość – to tylko w ściśle określonych obszarach lub przypadkach. O ile *jus ad bellum* wyklucza *state-building* jako argument do użycia siły, *jus in bello* (prawo okupacji wojennej) zabrania interwentom kompletnego budowania państwa. Hasko-genewskie kryteria okupacji powstawały jednak w zupełnie

⁹⁶ Zob. np. G. Fox, *Humanitarian Occupation*, New York 2008, s. 4, 43.

⁹⁷ A. Roberts, *Transformative...*, s. 588.

⁹⁸ Por. E. Benvenisti, *The International...*, s. 199.

innej epoce historycznej. Zakładając, że „złe” państwo okupuje „dobre”, prawo to nie przewidywało odwrócenia ról. Co zatem z liberalną przebudową państw po konflikcie, która obejmuje obecność militarną i odbywa się za zgodą społeczności międzynarodowej (*state-building*)? Nawet jeśli zbrojne budowanie państwa nie jest okupacją *sensu stricto*, to przyjmuje ono formę zbliżoną. Choć obecny stan prawny nie wyklucza *de facto* obowiązywania prawa okupacji podczas operacji „innych niż wojna” (w tym budowania państwa), to wymaga rozwoju tegoż prawa w kierunku regulowania sytuacji po konflikcie, które wymykają się istniejącym normom międzynarodowego prawa humanitarnego. W takich przypadkach, zamiast kończyć się z dnia na dzień skutek umowy pokojowej, „międzynarodowa” lub „humanitarna” okupacja zanika stopniowo.

Rozbieżności interpretacyjne w kwestii uznania danej interwencji za okupację wynikają przy tym z ogólnego procesu *fragmentaryzacji* prawa międzynarodowego. Dzieje się tak w wyniku powstawania nowych gałęzi prawa szczegółowego, których przepisy stanowią odchylenie od tego, co było wcześniej przyjmowane za normę ogólnie obowiązującą.⁹⁹ Powstałe w wyniku ich scalenia *jus post bellum* byłoby prawem transformującym konflikt i uwiad instytucjonalny w pokój i ład publiczny. Zważywszy na konflikt pomiędzy tym, co dopuszczalne prawnie, politycznie poprawne a moralnie konieczne, zaktualizowane prawo okupacji mogłoby pełnić rolę drogowskazu dla przejściowego sprawowania władzy przez interwentów oraz ich transformacyjnych działań w państwach dysfunkcyjnych. Współczesne argumenty jurystyczne na rzecz „ratowania” kategorii okupacji dotyczą najczęściej kontekstu humanitarnego i prawno-instytucjonalnego, które miałyby osłabiać konserwatyzm hasko-genewskich zasad okupacji. Podkreśla się, że prawo okupacji musi być reinterpretowane w świetle międzynarodowego prawa człowieka, które obowiązuje w warunkach okupacji lub do nich zbliżonych (okupacja dla samostanowienia, okupacja humanitarna). Z drugiej strony, zbrojne budowanie państwa na ogół wywołuje różne formy konfliktu społecznego, co jedynie potwierdza aktualność prawa konfliktów zbrojnych w państwach post-interwencyjnych. Potrzeba osiągnięcia stanu równowagi pomiędzy tymi dwoma systemami norm wydaje się największa w dziedzinie transformacyjnego budowania państw.¹⁰⁰

⁹⁹ Kwestia fragmentaryzacji prawa międzynarodowego była m.in. przedmiotem odrębnego raportu grupy studyjnej Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ z 2006 r. Zob. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi, <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf> (dostęp: 14.08.2016). Sekcja C raportu dotyczy możliwych konfliktów prawa ogólnego z prawem szczegółowym.

¹⁰⁰ Por. S. Ratner, *op. cit.*, s. 696.

Pierwotnie zachowawcze prawo okupacji ulega także zmianie wskutek zaangażowania organizacji międzynarodowych w państwowotwórczych interwencjach. Uchwały przyjmowane przez ich główne organy, np. rezolucje RB ONZ, mogą autoryzować transformacyjne cele projektu politycznego (okupacja konsensualna). Problem w tym, że nie ma modelowej okupacji, nie ma także rodzaju „matrycy” międzynarodowego budowania państwa. W sensie formalnym zbrojny *state-building* bywa *analogią* okupacji, zaś w kontekście materialnym przypomina ryzykowne eksperymentowanie z lokalną ekonomią polityczną (*wicked problem*). Retrospektywa projektów międzynarodowego budowania państwa osłabia argumenty na rzecz reformy prawa hasko-genewskiego, która usankcjonowałaby transformację terytorium okupowanego. Taka opinia wynika w głównej mierze z ograniczonej skuteczności zbrojnego budowania państwa na dłuższą metę. Ponadto, biorąc pod uwagę całkiem liczną grupę państw mieniących się jako reżimy hybrydowe lub autokracje, międzynarodowe budowanie państwa wcale *nie* musi promować liberalnego porządku.¹⁰¹ Jakakolwiek próba pisania na nowo prawa okupacji obarczona jest więc dużym ryzykiem i nie wydaje się dziś konieczna. Istnieją możliwości naprawy jego defektów poprzez odwołanie się do międzynarodowych praw człowieka, autoryzację celów budowania państwa przez decyzje Rady Bezpieczeństwa ONZ oraz korzystanie z dobrych praktyk z dotychczasowych okupacji transformacyjnych.¹⁰²

Wydaje się, iż konserwatywne prawo okupacji daje się pogodzić z transformacyjnym budowaniem państwa, jeśli jego priorytetem byłaby *podstawowa* i niezbędna odbudowa państw dysfunkcyjnych. Nawet jeśli klauzula art. 43 konwencji haskiej nie jest jednoznaczna (*unless absolutely prevented*) i pozostawia pewną przestrzeń do legitymizacji różnych celów transformacyjnych, zakres międzynarodowego budowania państwa powinny wyznaczać zasady konieczności, proporcjonalności oraz odpowiedzialności lokalnej. Mogą one również mitygować sprzeczności pomiędzy tradycyjnym prawem okupacji a współczesnymi wymogami zbrojnego budowania państw. O ile ten pierwszy reżim wydaje się wciąż pozostawać formalnym wrogiem międzynarodowego budowania państwa, odwoływanie się społeczności międzynarodowej do norm moralnych zbliża te relacje do stanu koegzystencji (tytułowy „mój przyjaciel wróg”).

¹⁰¹ Według raportu wywiadowni „The Economist” w grupie 167 państw objętych analizą 88 to reżimy hybrydowe lub autorytarne (52,7%); jedynie 20 państw uznano za „pełne demokracje”. zob. *Democracy Index 2015. Democracy in an age of anxiety*, The Economist Intelligence Unit 2016, s. 1.

¹⁰² A. Roberts, *Transformative...*, s. 622.

OCCUPATION LAW AND INTERNATIONAL STATE-BUILDING: FRIEND OR FOE

Following the end of the cold war, the incidence of statebuilding interventions has visibly increased in the case of dysfunctional (failed) states. Today, such interventionism in a good faith promotes liberal values and is believed to be in line with international legal regimes that makes it distinctive from neo-imperial politics. Even if state-building does not generally refer to regular warfare, it often takes analogous forms to occupation, which was codified in *jus in bello* at the beginning of the XXth century. While the occupation law requires occupants to maintain *status quo* on the occupying territory (article 43 of Hague Regulations), armed state-building is transformative by definition that seems to undermine conservative provisions of the former. The article presents traditional criteria for occupation in the Hague and Geneva conventions as well as prospects and limitations of its refinement (*jus post bellum*). In theory, such a redefinition could launch the formulation of the statebuilding regime, which aims to reduce deficits or double-standards in international state-building by focusing on the interests of local stakeholders of transformative projects. Hence, the Author addresses three interlocking issues: occupation within state-building, the occupation law and state-building, and transformative occupation as state-building.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (208) 2016
Warszawa 2016

Artur Kotowski ■

INSTRUMENTALIZACJA PRAWA I INSTRUMENTALNE UŻYCIE PRAWA A JEGO WYKŁADNIA

1. Wprowadzenie.

Celem opracowania jest analiza pojęć: instrumentalizacji prawa i instrumentalnego użycia prawa, w odniesieniu do wykładni prawa. Tym samym należy zaznaczyć, że przedmiotem artykułu uczyniono jedynie kwestię analizy poszczególnych, wiodących w polskiej teorii prawa, koncepcji interpretacji w zakresie ich podatności na różne formy polityczno-ideologicznego wykorzystania. Artykuł skupia się na refleksji odnośnie tego, jakie cechy tych koncepcji wzmagają albo osłabiają możliwości instrumentalnego potraktowania interpretacji prawniczej. W literaturze przedmiotu najczęściej występuje ograniczenie rozważań jedynie do zjawiska „instrumentalizacji” prawa, głównie – jak się wydaje – w aspekcie jego stanowienia, tj. kodowania norm w sposób jawnie je ideologizujący¹. Stąd określenie – zamiast instrumentalizacji lub instrumentalnego jego użycia – ideologizacji prawa².

Brak jest wszakże teoretycznej analizy tego, co kryje się pod niesprecyzowaną w pełni nazwą „ideologizacji prawa” w odniesieniu do jego wykładni. Jest to tym bardziej zadziwiające, że skoro instrumentalizacja (już niezależnie

¹ Por. przykładowo: L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)* [w:] Państwo i Prawo 1993 nr 3, passim i A. Kozak (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, Wrocław 2000.

² Por. H. Rabault, *Granice wykładni sędziowskiej*, Warszawa 1997, s. 169–170 i nast.

w jakiej postaci) rozumiana jest jako „ideologizacja celów tworzenia prawa” i tym samym pozostaje do badania elementów redakcyjnych aktów normatywnych, które są efektem ideologicznie przyjętych celów w procedurze legislacyjnej, to tym samym należy wprowadzać jakieś rozgraniczenia tego, jak prawo w reżimie współczesnej polityki deliberatywnej powinno być tworzone nie „w duchu” jego ideologizacji, a w granicach tego, co już nie jest jej przejawem³. Jest to o tyle istotne, by nie popaść w oczywistą sprzeczność, tj. by nie formułować wniosku, że w zasadzie cała działalność legislacyjna w dobie upolitycznienia celów stanowienia prawa jest jakąś formą jego instrumentalizacji⁴. Przy czym konieczne jest nadmienienie, że przez deliberatywną politykę rozumie się nie tylko ocenianą pozytywnie na gruncie koncepcji J. Habermasa formę ustroju demokratycznego, ale szerzej, formę sprawowania władzy, również mogącą zakładać „instrumentalne” użycie cech demokracji deliberatywnej, przy ukształtowaniu rzeczywistej formy ustroju, określanej mianem „demokracji fasadowej” albo wręcz o cechach autorytaryzmu („demokracji kadłubowej”)⁵. Tym samym chodzi jedynie o to, że samo uznanie, że stanowienie prawa odbywa się przy szerokim wachlarzu procesów dyskursywnych nie gwarantuje ani spełnienia tego, do czego idea ustroju demokracji deliberatywnej się odwołuje, ani tego, że zachodzą w niej procesy (albo nie) określane mianem instrumentalizacji prawa, czy też szerzej, jego ideologizacji w odniesieniu do „używania” przez organy stosujące prawo typu sądowego określonych heurystyk interpretacyjnych w procesach wykładni prawa⁶.

³ W literaturze wskazuje się, że prawodawca wyznacza tekstem prawnym granice brzegowe znaczenia prawa, a ustalenie wiążącej normy postępowania zależy od organu stosującego prawo. Por. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2006, s. 49–59. Takie też ujęcie „ramowej koncepcji wykładni” występuje w pracach H. Kelsena. Za: A. Kozak, *O granicach socjotechniki poprzez prawo* [w:] Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny nr 4/1994, s. 94.

⁴ Por. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 311; J. Habermas zauważa, że we współczesnych demokracjach deliberatywnych cele organów władzy państwowej są odbiciem celów partii politycznych. Nie da się zatem zupełnie zniwelować zjawiska patriokracji.

⁵ Por. G. Sartori, *Teoria demokracji*, Warszawa 1994, s. 21 i J. Ferejohn, P. Pasquino, *Demokracja i rządy prawa* [w:] J. M. Maravall, A. Przeworski (red.), *Demokracja i rządy prawa*, Warszawa 2010, s. 256.

⁶ Chodzi o przeciwdziałanie sytuacji, gdy czynniki odpowiadające za uzyskanie znaczenia prawa znajdują się w zasięgu jedynie „wybranych”, gdyż „uprzywilejowany dostęp do źródeł istotnej wiedzy służącej sterowaniu umożliwiłaby dyskretne panowanie nad zmediatyzowaną, odciętą od tych źródeł publicznością obywateli, karmioną polityką symboliczną”. W takich okolicznościach łatwiej jest instrumentalizować wykładnię, bowiem pozbawiona jest ona elementów kontroli sposobów jej przeprowadzania.

Pojęcie „instrumentalizacji prawa” nabrało jednoznacznie pejoratywnej konotacji po doświadczeniach z okresu PRL, w związku z przyjętą wówczas ustrojową zasadą jednolitości władzy państwowej⁷. Jednakże w ramach niniejszego opracowania chodzi jedynie o przyjęcie postawy badawczej „klasycznego pozytywisty”, co jest bardzo użyteczne, gdyż, jak podkreśla się w literaturze, багаż pozytywizmu prawniczego umożliwia użyteczną perspektywę metodologiczną, bez konieczności opowiadania się za całokształtem tego, czym prawo współcześnie jest. W szczególności tą optymalną, „pozytywistyczną” perspektywę badawczą potwierdza spostrzeżenie, że jest to „pewna koncepcja uprawiania nauki o prawie”⁸. Chodzi więc o przyjęcie pozytywistycznej perspektywy badawczej, a nie ewaluacyjnej, także w szerszym niż jurydyczna zakresie: filozofii polityki, formy sprawowania władzy itp.⁹

Artykuł skupia się na trzech elementach; pierwszy dotyczy analizy pojęć instrumentalizacji i instrumentalnego użycia prawa w perspektywie jego wykładni. Tym samym konieczna staje się bardzo ważna uwaga, że w opracowaniu starano się precyzyjnie rozgraniczyć wątek interpretacji prawa od jego stosowania. Wątek aplikacji norm prawnych wymagałby – w kontekście instrumentalizacji prawa – refleksji w zakresie o wiele szerszym. Przede wszystkim jednak skazywałby autora takiego opracowania na konieczność ewaluacji samych rozstrzygnięć sądowych jako takich, które można potraktować przez pryzmat orzeczeń „ideologicznych” – co już, samo w sobie, czyni taką wypowiedź naukową w mniejszym (albo w zerowym) stopniu niejako *in statu nascendi*.

Wobec powyższego należy podkreślić, że w opracowaniu starano się precyzyjnie określić tematykę rozważań do problemu swoistej „przydatności” poszczególnych koncepcji interpretacji prawniczej oraz jej faz – przy założeniu wykładni jako procesu decyzyjnego¹⁰ – w celu ich „instrumentalnego” wy-

Por i cyt. J. Habermas, op. cit., s. 337.

⁷ Brak wyrażenia zasady trójpodziału władzy w Konstytucji PRL z 1952 r. Por. także brzmienie art. 1 i przede wszystkim art. 15 Konstytucji PRL z 1952 r.: art. 1.1. Polska Rzeczpospolita Ludowa jest państwem demokracji ludowej. 2. W Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej władza należy do ludu pracującego miast i wsi. Art. 15.1. Najwyższym organem władzy państwowej jest Sejm Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. 2. Sejm jako najwyższy wyraziciel woli ludu pracującego miast i wsi urzeczywistnia suwerenne prawa narodu. 3. Sejm uchwała ustawy oraz sprawuje kontrolę nad działalnością innych organów władzy i administracji państwowej.

⁸ Cyt. Z. Pulka, *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*, Wrocław 1996, s. 103.

⁹ Por. A. Grabowski, *Prawniczej pojęcie obowiązywania prawa stanowionego*, Kraków 2009, s. 4, gdzie Autor powołuje możliwość zastosowania metody (analitycznej) w formule bez czynienia jakichkolwiek „wyjściowych” założeń.

¹⁰ Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 273–274

korzystania. Wyłączono z analizy całą sferę polityki prawa i filozofii polityki, bowiem rozważania w tym zakresie wymagałyby znacznie obszerniejszego studium. Artykuł skupia się na ustaleniu, jakie elementy koncepcji teoretycznych traktujących o egzekucji prawniczej ułatwiają albo osłabiają jej ideologizację. Uznano, że kwestia m.in. zasady podziału władz i zmiennych opisujących charakter tej relacji wymagałaby osobnego opracowania. Jak się wydaje, wątek ten niebezpiecznie jednak zaciera granicę między twierdzeniami formułowanymi jeszcze w obszarze dyskursu prawno-normatywnego a publicystyczno-politycznego. Z drugiej strony, w literaturze zauważa się, że „na pewnym poziomie funkcjonowania instytucji państwa prawa nie da się już bowiem oddzielić sfery formalnej od sfery aksjologii”¹¹ i – można dodać, także polityki. Tyle, że tego drugiego wątku postanowiono uniknąć w rzeczonym opracowaniu, kierując się wskazanym już założeniem o zawężeniu pola analizy do problematyki wykładni prawa.

Wątek drugi niniejszego opracowania określono jako „ewaluacyjny”, ale jedynie w zakresie próby zdefiniowania instrumentalizacji i instrumentalnego użycia prawa w kontekście typów (form/„podejść”) w stosunku do wykładni prawa. Jest to zatem ocena, ale z perspektywy tego, czy wyszczególniane formy ideologizacji prawa są ułatwione albo utrudnione na bazie dorobku nauk ogólnych prawoznawstwa, w przedmiocie tego, według jakich założeń wykładnia prawa ma być prowadzona. Jest to zatem próba zdefiniowania ocen w stosunku do instrumentalizacji a instrumentalnego użycia prawa, ale dokonywana z perspektywy teorii wykładni (rozumianej jako część teorii prawa), czyli z perspektywy nauki, a nie z perspektywy filozofii prawa (z uwzględnieniem określonej postawy aksjologicznej).

Trzeci element struktury opracowania dotyczy syntetycznych wniosków formułowanych w perspektywie wykładni realizującej określone *imperium*. „Władza” nad interpretacją prawa pozytywnego była znana już w starożytności¹² jako forma sprawowania władzy jako takiej. Ta część opracowania skupia się na próbie sformułowania wniosków, na ile „nałożenie” na poszczególne koncepcje wykładni prawa analizy o instrumentalizacji a instrumentalnym użyciu prawa wzmacnia, albo ogranicza suwerenność interpretatora w zakresie konstrukcji semantyki. Pogłębiona analiza doprowadza bowiem do wniosku, że „ograniczenie” tej suwerenności (paradoksalnie) wcale nie jest takie oczywiste, oraz że różnie przed-

i L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 67 i s. 115.

¹¹ Cyt. M. Safjan, *Wyzwania dla państwa i prawa*, Warszawa 2007, s. 25.

¹² Biada wam, uczonym w Prawie, bo wzięliście klucze poznania; samiście nie weszli, a przeszkodziliście tym, którzy wejść chcieli (Łk 11.52).

stawia się ona w perspektywie dyferencji podejść do wykładni prawa, wypracowanych w teorii prawa.

2. Definicje podstawowe w kontekście kulturowych uwarunkowań ideologizacji prawa.

W zasadzie jest oczywiste, że zjawisko „ideologizacji” prawa, nawet ograniczane w analizie do elementu jego wykładni, uwarunkowane jest w jakiejś mierze doświadczeniami historycznymi i wielowiekowym rozwojem kontynentalnej kultury prawnej. W literaturze wskazuje się – z istoty rzeczy – na immanentne związki egzegezy prawniczej z „problemem władzy dyskrecyjnej prawników”, co związane jest z konfliktem co do kreacyjnej albo jedynie eksploracyjnej roli interpretacji sędziowskiej¹³. Kultura kontynentalna, kształtując uwarunkowania interpretacji prawniczej, wydaje się szczególnie podatna na elementy instrumentalizacji, mając na względzie to, że opiera się w dominujący sposób na filozofii prawa pozytywnego¹⁴. Wizja prawa jako rozkazu, choć dziś z oczywistych względów przebrzmiała, odnosi jednak *pojęcie prawa* do formy ukształtowania relacji społecznych, naznaczając relację między suwerenem (politycznym) a adresatem normy jako wieczną zależność od aktu woli politycznej. To, że współcześnie nie mówimy o władcy i poddanym, nie zmienia istoty rzeczy. Nie zmienia też tego rozwój innych koncepcji filozoficzno-prawnych, z rosnącą wagą podejść „dyskursywnych”, w których poszukuje się odniesienia do uwarunkowań naturalnych¹⁵. Jak się wydaje, jest wręcz odwrotnie. W kulturze kontynentalnej nastąpiło ograniczenie koncepcji prawnonaturalnych do tego, co najwyżej można pozytywizować w formule praw człowieka i podstawowych wolności, a koncepcje naturalne ustąpiły przed triumfem tych form nie-pozytywistycznych, które sprowadziły się do filozofii dyskursu i argumentacji prawniczej, postrzeganych przez pryzmat relatywistycznej postawy aksjologicznej, bazującej na podstawowym założeniu postmodernizmu, że to człowiek jest przede wszystkim „władcą” prawa poprzez jego interpretację. Wszystko to sprowadza rolę prawa na powrót

¹³ Cyt. i por. A. Kozak, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Wrocław 1997, s. 83.

¹⁴ W literaturze wskazuje się także na społeczne uwarunkowania powiązania państwa i prawa; „w krajach anglojęzycznych mówi się zwyczajowo o rządzie, podczas gdy Europejczycy prawie zawsze mówią Państwo”, cyt. G. Sartori, op. cit., s. 75.

¹⁵ Co, jak się wydaje, wynika z osadzenia prawa jako zjawiska będącego praktyczną realizacją idei sprawiedliwości, zarówno w ujęciu naturalistycznym, jak i antynaturalistycznym, por. M. Soniewicka, *Granice sprawiedliwości. Sprawiedliwość ponad granicami*, Warszawa 2010, s. 33.

do tego, co każdy, kto myśli o prawie i jego wykładni w sposób instrumentalny, by chciał. Sprowadza to prawo do zjawiska jako wolnego narzędzia w rękach człowieka, od niego w pełni zależnego i podatnego na zdefiniowanie¹⁶. Dostrzega się, że na pewnym poziomie rozstrzygania spraw, które ocierają się o dylematy tradycyjnie rozumiane jako „problemy prawne”, nie da się wykluczać elementów aksjologii, wątków kulturowych, moralnych itp. (w jaki sposób, konkretnie nazwiemy tę grupę zagadnień, jest nieistotne)¹⁷. Kluczowe jest jednak to, kto i na jakich warunkach decyduje o tych znaczeniach. Innymi słowy, gdzie kończy się prawo podmiotowe a zaczyna obowiązek. Wątek ten jest doskonale znany i klasycznie pozytywistyczny tzn., że podmioty prawa dysponują nie tylko takim zakresem praw, jaki zostanie nam przyznany, ale że w gruncie rzeczy zostaje on określony poprzez wykładnię podstaw walidacyjnych po to, by sformułować ich sposób rozumienia¹⁸.

W kulturze kontynentalnej geneza wykładni prawa tkwi w prawie rzymskim. Zapomina się jednak, że prawo to bywa „mitologizowane” do postaci bardziej tradycji romanistycznej, niż suchej analizy prawa i specyfiki jego wykładni w starożytności. Słynne *ius est ars boni et aequi* staje się niemal sloganem, jeśli nie zostaje dookreślone, o jakie dobro i wobec kogo chodzi. Przede wszystkim powraca wątek już poruszony; kluczowe jest to, kto i według jakich kryteriów owe dobro i słuszność precyzuje. M. Kuryłowicz wyraźnie stwierdza, że „prawo w starożytności służyło władzy i potędze państwa”¹⁹. Dobro i słuszność było więc atrybutem prawa, ale interpretowane tak w stosunku do arystokracji. Tym samym geneza instrumentalnego traktowania prawa i dostrzeżenia roli *jego rozumienia* nie dość, że była znana, to wywodzi się już z czasu genezy naszej kultury prawnej. Cel prawa posiadał więc zupełnie inaczej pojmowany ładunek aksjologiczny niż przypisujemy go najczęściej współcześnie prawu rzymskiemu, „nakładając” nań wielowiekową tradycję, którą uosabia pojęcie romanizmu.

Zjawisko nazywane dzisiaj *instrumentalizacją* było więc doskonale znane; co więcej wcale nie traktowane pejoratywnie. Prawo jako narzędzie instrumentalnego sprawowania władzy, przez co należy rozumieć dobór takich środków

¹⁶ Por. G. Radbruch, Wstęp do prawoznawstwa, Warszawa 1924, s. 3 i 235.

¹⁷ Dlatego sprawiedliwość „prawnicza” różni się od sprawiedliwości „ludowej”, gdyż relacja prawa do innych porządków normatywnych opiera się nie na aksjologii powszechnej, ale „wewnętrznej systemu prawa”, por. Ch. Perelman, *O sprawiedliwości*, PWN 1959, s. 50.

¹⁸ Por. L. Leszczyński, op. cit., s. 114.

¹⁹ Por. i cyt. M. Kuryłowicz, *Od totalitaryzmu do humanitaryzmu. Literackie wizje prawa rzymskiego* [w:] A. Goryńska (red.), *Państwo, prawo gospodarka, 15-lecie Akademii Leona Koźmińskiego*, Warszawa 2016, s. 61–62.

jego realizacji (w tym wykładnię²⁰), by spełniać cele partykularne, to – według takiej koncepcji – konieczny składnik zapewniania przez prawo ładu i pokoju społecznego.

Bardzo ważne jest dookreślenie, że definiowanie pojęcia *prawo rzymskie*, a zatem – sposobu jego *rozumienia* – rozwijało się i zmieniało na przestrzeni dziejów. Jak wskazuje się w literaturze, można wyszczególnić owo pojmowanie *ius interpretandi* na gruncie, niejako, wewnętrznego dyskursu prawniczego, pod postacią antycznego prawa rzymskiego (prawa pozytywnego) albo szerzej (i ta odmiana jest zdecydowanie bardziej popularna w środowisku samych prawników) jako wspomniana już tradycja romanistyczna, czyli nie tylko samo antyczne, rzymskie prawo pozytywne, ale głównie jego wielowiekowa recepcja. Natomiast znane jest i trzecie ujęcie, paradoksalnie najbardziej popularne w dyskursie ogólnym i ułatwiające podejście do prawa, jako jedynie narzędzia w instrumentalnym kształtowaniu rzeczywistości na podstawie aktu politycznej woli. To „kulturowa rola prawa rzymskiego”, jako sposób sprawowania władzy poprzez prawo.²¹

To ostatnie, najszersze ujęcie, z punktu widzenia instrumentalizacji i instrumentalnego wykorzystania samego prawa rzymskiego dla celów ideologicznych, jest najistotniejsze z punktu widzenia ideologicznego wykorzystania prawa. Formułuje się ocenę, że prawo ma być środkiem do realizacji określonych celów politycznych, przy czym ideologia ta jest całkowicie wyzuta z głębszych odniesień.

Należy koniecznie zaznaczyć, że w literaturze prawniczej wskazuje się, że ściśle naukowe zorientowanie tej dyscypliny i umieszczenie jej w strukturze nauk ogólnych prawoznawstwa pojawia się dopiero w II połowie XIX wieku²². Jest to oczywiste, gdyż odrębność nauki prawa, w myśl jej umiejscowienia w ramach ogólnej klasyfikacji nauk, mogło zaistnieć wraz z koncepcją uprawiania prawoznawstwa na wzór innych nauk, paradoksalnie głównie ścisłych – co pozostaje jednym z naczelných założeń pozytywistycznej filozofii prawa. Pierwotnie, przez całe stulecia, wykładnia prawa bazowała na hermeneutyce i choć dostrzegano swoistość tekstu prawnego w zakresie sposobu odczytywania jego znaczenia, to już sama klasyfikacja metod pracy z tym tekstem nie była uznawana za taką, która wymaga specyficznego układu. Innymi słowy, brak było

²⁰ W nielicznych dziełach wykładnię prawa traktuje się jako formę jego realizacji. Ujęcie takie odnajdujemy natomiast w silnie pozytywistycznych ujęciach prawa, por. S. Ehrlich, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warszawa 1979, s. 163 i 170 i nast.

²¹ Por. i cyt. M. Kuriłowicz, *ibidem*.

²² Por. E. Waśkowski, *Tradycyjna metoda wykładni prawa* [w:] F. Geny, P. Heck, J. Kohler, E. Waśkowski, K. Lustostański, *O metodzie wykładni prawa*, Warszawa 1935, s. 11–13 oraz *idem*, *Teoria wykładni prawa cywilnego*, Warszawa 1936, s. 15.

teorii wykładni dostosowanych konkretnie do swoistego przedmiotu poznania, jakim jest określona wypowiedź normatywna, nie przynależąca do obyczajności, moralności albo religii. Przyczyna była bardzo prosta; przez stulecia nie czyniono – mimo wszystko – poważnego rozdziału między prawem (pozytywnym) a innymi porządkami normatywnymi. Skoro brak było linii demarkacyjnej między porządkami normatywnymi prawa pozytywnego a moralnością, czy przede wszystkim religią, to i sposoby *rozumienia* tekstu nie wymagały opracowania *stricto iurydycznych* filozofii wykładni (zbioru dyrektyw w oparciu o określone założenia wstępne), a teoria – rozumiana klasycznie/opisowo – w ogóle powstać nie mogła, ze względu na brak przedmiotu do opisanego. Podejście takie było użyteczne dla władcy z dodatkowego powodu, bowiem umożliwiało legitymowanie własnego aktu woli (w postaci prawa pozytywnego) odwołaniem się do prawa Bożego, względnie moralności. Nieraz też dokonywano instrumentalnego użycia prawa poprzez uprawomocnienie aktu prawnego, wprowadzając doń – we współczesnym rozumieniu – klauzule generalne czy inne zwroty niedookreślone, wskazujące na umocowanie woli politycznej w innym porządku normatywnym (prawa, religii itp.)²³. Tym samym, choć mechanizm „wykorzystania” prawa, czy też sprawowania władzy poprzez prawo legitymowane ideologicznie, w wyniku pobieżnej oceny, może odznaczać się konotacją pejoratywną, to, po pierwsze, był wynikiem określonego rozwoju kultury prawnej oraz wynikał z „ducha czasu”. Nie bez znaczenia pozostaje także kwestia czysto redakcyjno-techniczna, dotycząca sposobu przyjmowanej przez stulecia techniki legislacyjnej. W zasadzie do okresu wielkich kodyfikacji akty prawa pozytywnego, choć zawierały treści normatywne, to były sporządzane, w mniejszym albo większym stopniu, w układzie właściwym dla dzieł literackich. Tym samym do ich interpretacji nie zachodziła potrzeba stworzenia odrębnego, prawniczego zbioru dy-

²³ Praktyka legitymowania prawa pozytywnego (dodatkowo) religijnym porządkiem normatywnym znana była od najstarszych despotii wschodnich. Jednym z pierwszych (znanych) przykładów traktowania zbioru prawa jako formy osobnego porządku normatywnego – prawa – wskazuje się Kodeks Hammurabiego (XVIII p.n.e.), w którym następuje silne uprawomocnienie nadawanego prawa wolą Bożą, por. <http://www.pistis.pl/biblioteka/Hammurabiego%20kodeks.pdf> – z dnia 18.09.2016r.:

Gdy wzniosły Anu, król Anunnaków (i) Enlil, pan nieba i ziemi, wyznaczający losy kraju, Mardukowi, synowi pierworodnemu boga Ea najwyższą władzę (nad) wszystkimi ludźmi przyznali (i) pośród bóstw Igigi uczynili go największym, (gdy) Babilon imieniem jego wzniosłym nazwali (i) w czterech stronach świata uczynili go panującym i we wnętrzu jego królestwo wieczne, którego podstawy jak niebo i ziemia są ugruntowane, trwale ustanowili; wtedy to (mnie), Hammurabiego, księcia pobożnego, wielbiącego bogów, (aby) sprawiedliwość w kraju zaprowadzić, aby złych i nikczemnych wytracić, aby silny słabego nie krzywdził, aby jak słońce dla czarnogłowych wzejść (i) kraj opromienić, Anu i Enlil.

rektyw. Hermeneutyka prawa wynika z hermeneutyki ogólnej²⁴, przyjmując formy (1) hermeneutyki egzegetycznej i (2) swobodnej²⁵. Ta pierwsza, niewątpliwie wiąże się z koncepcją prawno-pozytywną, do której nawiąże w jakiś sposób późniejsza wizja „mechanicznej” jurysprudencji²⁶. Hermeneutyka egzegetyczna miała za zadanie związać interpretatora regułami podstawowymi, stworzyć podstawy normatywne (dyrektywne) *ius interpretandi*, oparte na kanonach. Wywodzi się z traktowania paremii jako reguł apragmatycznych²⁷ wykładni, bazujących na interpretacji Pisma Świętego²⁸. To hermeneutykę egzegetyczną określa się mianem normatywnej ze względu na ową dyrektywność i główny cel, polegający w mniejszym względzie na eksplikacji znaczenia niż jego ustaleniu, co wyraża się w określeniu, że wykładnia „działa” w praktyce²⁹. Przeciwna hermeneutyce egzegetycznej jest jej odmiana swobodna, gdzie zakłada się, jak pisze H. Rabault, że efekt wykładni (już nie wnikając w to, jak się go rozumie) nie zależy od „pojedynczego aktu woli”³⁰, bo prawo nie powstaje w próżni legislacyjnej, interpretacyjnej i aplikacyjnej. Prawo definiowane jest jako działanie hermeneutyczne, zatem interpretator ma być wolny, a nie skrępowany dyrektywnym *ius interpretandi*. Nie oznacza to, że takiego konstruktu nie można wyodrębnić, ale przybiera ów zbiór wówczas formę tego, co określa się mianem „kulturowych” uwarunkowań interpretacji³¹, wskazówek niekiedy bardzo silnych, ale sprowadzających się – przykładowo – do tego, co wykładnia powinna uwzględniać,

²⁴ Por. H. Leszczyna, *Hermeneutyka prawnicza*, Warszawa 1996, s. 69.

²⁵ Por. H. Rabault, op.cit., s.15, 21, 38–40.

²⁶ L. Morawski określa to mianem „prawa jako techniki”. Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 81 i nast. Por. także idem, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, s. 35 i 87.

²⁷ Wg. M. Zielińskiego wykładnia apragmatyczna polega na traktowaniu istniejących znaczeń jako samodzielnych dyrektyw interpretacyjnych. Por. M. Zieliński, *Osiemnaście mitów w myśleniu o wykładni prawa* [w:] L. Gardocki, J. Godyń, M. Huddzik, L.K. Paprzycki (red.), *Dialog między sądami i trybunałami*, Warszawa 2010, s. 138. E. Łętowska wskazuje, że taka formuła „interpretowania” polega na arbitralnym przyjęciu, że „coś znaczny coś”, por. E. Łętowska, *Pozapprocesowe znaczenie uzasadnienia*, PiP 1997/5, s. 3.

²⁸ W takim jednak ujęciu przy niepomijaniu, że zawsze cechą takiego, „gotowego” znaczenia jest jego intencyjność, por. J. Tischner, *Myślenie według wartości*, Kraków 1993, s. 101.

²⁹ Por. H. Leszczyna, op.cit., s.69–70.

³⁰ Cyt. i port. H. Rabault, op.cit., s.21.

³¹ Por. T. Stawecki, *Złota reguła wykładni* [w:] A. Choduń, S. Czepita, *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 127.

a do czego absolutnie nie może prowadzić³². Rezygnuje się jednak z anachronizmów w postaci dyrektyw – dogmatów, jak *clara non sunt interpretanda*, prymat reguł językowo-logicznych itp.³³ Dyrektywy wykładni przestają być dyrektywami a stają się wskazówkami dla interpretatora, opartymi bardziej na obserwacji innych aktorów prawniczego dyskursu w przedmiocie tego, jakie zachowania interpretacyjne są aprobowane, a które nie. Odstępuje się od reguł wykładni rozumianych niczym „prawdy wiary” i poświęcanie im osobnych akapitów – np. w uzasadnieniu – uznaje się za zbędne³⁴. Elementy charakterystyczne w koncepcji egzegetycznej, uwarunkowane przede wszystkim położeniem głównego akceptu na metody wykładni, uznaje się za fikcyjne, które są nie do osiągnięcia. Podstawowe założenie hermeneutyki swobodnej odznaczające się większą elastycznością tej odmiany, opiera się na spostrzeżeniu, że wcale nie pragniemy tego, co robimy, ale rezultatu tej czynności³⁵. W teorii prawa stało się to podstawą tego, co różni autorzy nazywają mianem intuicji interpretacyjnych, pierwotnym kształtem normy, wykładnią pozornie obiektywną itp.³⁶. Wydaje się, że za ten element można także uznać koncepcję wyrażenia normokształtnego, pod warunkiem zaakceptowania możliwości stworzenia ujęcia integracyjnego wykładni, poprzez włączania klaryfikacyjności w derywacyjność³⁷. Jest to bardzo interesujące, gdyż wskazuje, że niektóre elementy „myślenia hermeneutycznego” głęboko wniknęły w podwa-

³² W tym zakresie w literaturze wymienia się tzw. funkcję naprawczą wykładni, por. M. Zieliński, *Wybrane zagadnienia wykładni prawa*, Państwo i Prawo 2009 nr 6, s. 9.

³³ W nowszych ujęciach teorii wykładni, przede wszystkim w teorii integracyjnej, wskazuje się bardziej na „miękkie” formy oddziaływania na interpretatora, w postaci wskazówek, reguł interpretacyjnych przyjmowanych w danej wspólnotie komunikujących się itp. M. Zieliński zauważa, że od wzajemnej rangi metod wykładni istotniejsza jest kolejność ich użycia. Por. ibidem, s. 8.

³⁴ Por wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna, z dnia 14 września 2005 II CK 69/2005:

Wyrażane niekiedy zapatrywanie, że nie można uznać prawnej doniosłości znaczenia nadanego oświadczeniu woli przez same strony, gdy odbiega ono od jasnego sensu oświadczenia woli wynikającego z reguł językowych nawiązuje do nie mającej oparcia w art. 65 k.c., anachronicznej koncepcji wyrażonej w *paremii clara non sunt interpretanda*. Najnowsze gruntowne wypowiedzi nauki prawa cywilnego odrzuciły tę koncepcję.

³⁵ Por. H. Rabault, op.cit., s. 165.

³⁶ Por. pojęcie „wykładni pozornie obiektywnej” w: S. Frydman, *Dogmatyka prawa w świetle socjologii. Studium pierwsze: o wykładni ustaw*, Wilno 1936, s. 11 i w kwestii intuicji interpretacyjnych, np. L. Leszczyński, op.cit., s.116.

³⁷ Por. M. Zieliński, M. Zirk-Sadowski, *Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu polskich teorii wykładni prawa* [w:] *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2011/2, passim oraz M. Zieliński, O. Bogucki, A. Choduń, S. Czepita, B. Kanarek, A. Municzewski, *Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa* [w:] *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2009/4, passim.

liny współczesnych, rodzimych teorii wykładni, które, co do zasady, osadzone są na formule dyrektywności, wynikłej z odmiany egzegetycznej³⁸.

Tym samym powstają dwa ujęcia wykładni. Pierwszy można określić jako ścisły (egzegetyczny), wiążący interpretatora, polegający na konfrontacji jego pierwotnego osądu a w konsekwencji jakiejś istotnej części suwerenności w zakresie decydowania o znaczeniu, narzucając interpretatorowi metody i metodykę działania w celu ustalenia znaczenia. Drugi stanowi bardziej elastyczną formułę, wywodzącą się z podejścia kulturowego, będącą w znacznej części zaprzeczeniem powyższych założeń. Oba ujęcia zawierają potężne odniesienie do zdefiniowania jak i praktycznego wykorzystania instrumentalizacji prawa³⁹. Analiza wykładni w kontekście teorii argumentacji i „ważenia” znaczeń w kontekście zbioru reguł determinuje zarówno to, jak definiujemy samą instrumentalizację prawa, ale i przede wszystkim to, na ile dana koncepcja, albo konkretna teoria wykładni umożliwia⁴⁰ albo utrudnia instrumentalne użycie prawa.

Definiując instrumentalizację, można wskazać, że tradycyjnie związana jest ona z procesem stanowienia prawa, co jednak z oczywistych względów przekłada się – wtórnie – na sposób jego rozumienia⁴¹. Z instrumentalizacją prawa mamy do czynienia niejako „na wejściu” do kręgu prawniczego rozumienia – w momencie powstania nowego komunikatu w stosunku do prawniczego dyskursu, w postaci podstawy do jego przyszłej interpretacji. Podmiot decyzyjny stanowi takie reguły *in abstracto*, by ich cele spełniły określone postulaty ideologiczne⁴². To przede wszystkim z tak określoną instrumentalizacją prawa

³⁸ W literaturze konsekwentnie przyjmuje się, że cechą charakterystyczną rodzimych teorii wykładni prawa jest ich dyrektywność. Są to teorie normatywne, odznaczające się sekwencyjnością działania. Por. T. Gizbert-Studnicki, *Dyrektywy wykładni drugiego stopnia* [w:] A. Choduń, S. Czepita, W poszukiwaniu dobra..., s. 50. i M. Zieliński, *Wybrane zagadnienia...*, s. 5 i nast.

³⁹ Por. charakterystykę hermeneutyki egzegetycznej i swobodnej w: A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Kolonia 2002, s. 77 i 122.

⁴⁰ Należy koniecznie zwrócić uwagę na podstawowe nurty wykładni, niekiedy określane mianem podstawowych strategii / heurystyk interpretacyjnych, w postaci: klasyfikacyjności, derywacyjności i wykładni sensu largissimo, por. A. Kozak, *Pojmowanie prawa...*, s.15 oraz J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Warszawa 1990, s. 55–57, a tworzone w tych poszczególnych nurtach konkretne teorie wykładni. Por. zestawienie w: M. Zieliński, *Współczesne problemy wykładni prawa*, Państwo i Prawo 1996 nr 8–9, s. 9.

⁴¹ Por. W. Lang, Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa, *Państwo i Prawo* 1991 nr 12, s. 7–8.

⁴² Jest to łatwiejsze do uchwycenia w koncepcjach wykładni posługujących się spostrzeżeniem, że w istocie prawodawca nadaje komunikat *in abstracto*, zaś odbiorca, także organ stosujący prawo, w specyfice wykładni operatywnej, odczytuje go w formule *in concreto*. Por. A. Kozak, *Granice...*, s. 116.

wiąże się jego „ideologizację”⁴³. Celem jest więc uchwalenie „nowego prawa”. Oczywiście, taka definicja jest szeroka i może „pejoratywnie” określić cały proces legislacyjny. Nie jest to ujęcie do końca obce; ci, którzy opowiadają się za „rządami prawników i procedur”, w zasadzie każdą wolę suwerena politycznego mogą uznać za przejaw instrumentalizacji. W gruncie rzeczy tak jest; tzn., że w dobie polityki deliberatywnej stanowienie prawa przybiera często postać jego instrumentalizacji⁴⁴. By jednak precyzyjnie określić, co jest już przejawem instrumentalizacji prawa, a co jeszcze neutralnym aktem stanowienia prawa, pomocna wydaje się być metoda modelowania poprzez próbę stworzenia dwóch konstruktywów, „prawodawcy – technokraty” i „prawodawcy – autorytarnego” (przy czym nie chodzi tutaj o paralelę do autorytarnego ustroju). Jest to bardzo istotne, gdyż w reżimie fasadowych demokracji, deliberatywności polityki, przykrywania dyskursem publicznym o miałej strukturze i „tabloidowej” formie wielu istotnych treści, ważne jest określenie tego, co jest już instrumentalizacją (nawet bez formułowania w stosunku do niej oceny opartej na kryterium dobra i zła⁴⁵), a co nią nie jest, tak by nie popaść w rażącą sprzeczność, tzn. że – przykładowo – rozporządzenie ws. ustalenia granicznej wartości wałów przeciwpowodziowych jest przykładem instrumentalizacji prawa⁴⁶. Z oczywistych względów wymagane jest ujęcie węższe, bowiem w przypadku systemu prawa rozwiniętego, z dużą ilością regulacji, trudno jest uznać, by każde działanie władzy politycznej traktować jako instrumentalizację prawa (a tak czyni „prawodawca – technokrata”).

Określenie, co jest przejawem instrumentalizacji prawa, jest oczywiście prostsze w systemach „państw stanu wyjątkowego”⁴⁷, bowiem poszczególne akty

⁴³ Instrumentalizacja prawa nie wiąże się z nihilizmem aksjologicznym treści prawa, albo jest oparta jedynie na systemach programowego oddziaływania, będących pochodną jeszcze koncepcji inżynierii społecznej poprzez prawo. Por. K. Pałeczki, *Neutralization of Values in Law-Main Concepts* [w:] K. Pałeczki (red.), *Neutralization of Values in Law*, Kraków 2013, s. 22 i nast., L. Morawski, *Instrumentalizacja...*, s. 17, 19 i 21–22. *O inżynierii społecznej...*, por. G. Skąpska, *Prawo a dynamika społecznych przemian*, Kraków 1991, s. 17.

⁴⁴ Por. A. Bator, *Instrumentalizacja opodatkowania a sprawiedliwość i bezpieczeństwo prawne* [w:] Gdańskie Studia Prawnicze, Tom IX, 2002, s. 29–32 i M. Mikołajczyk, *Instrumentalizacja pojęć suwerenność/niesuwerenność w polskim dyskursie politycznym* [w:] Z. Leszczyński, S. Sadowski (red.), *Suwerenność państwa we współczesnych stosunkach międzynarodowych*, Warszawa 2005, *passim*.

⁴⁵ W tym kontekście można jedynie oceniać efekt instrumentalizacji, jak każdy akt stanowienia prawa.

⁴⁶ To jest też teza artykułu L. Morawskiego, że „jakkolwiek każde prawo jest formą kontroli społecznej, to jednak nie każde prawo jest formą sterowania ludzkimi zachowaniami, a w końcu, że nie każda forma sterowania przez prawo musi być uznana za przejaw jego instrumentalizacji”, cyt. L. Morawski, *Instrumentalizacja...*, s. 17.

⁴⁷ Por. Por. F. Rysza, *Państwo stanu wyjątkowego*, Wrocław 1985, *passim*.

stanowienia prawa, odwołujące się jawnie do określonej ideologii, są łatwiejsze do uchwylenia. W takich systemach prawnych następuje zatarcie różnic między porządkami normatywnymi; prawem a normami społecznymi, które są przedmiotem oddziaływania określonej ideologii politycznej. Natomiast sednem problemu do analizy w państwie o polityce deliberatywnej jest określenie kryteriów, na podstawie których można uznać, czy określony akt stanowienia prawa jest wynikiem instrumentalizacji (a dokładniej: jego fragmenty treściowe)⁴⁸. Próbując rozstrzygnąć ten problem, wypada przyjąć, że chodzi o sytuacje, w których koduje się takie normy, by efekt wykładni determinowany był przez inne niż prawo porządki normatywne. Innymi słowy, by określony światopogląd (prywatny, tj. danej wspólnoty komunikujących się – system norm społecznych, religijnych lub moralnych) stał u celu przyszłej decyzji interpretacyjnej, ale podjętej wtórnie przez organy aplikacyjne. Tak rozumiana instrumentalizacja jest więc gwałtem na cudzej woli, przede wszystkim na woli sędziego; polega na „wymuszaniu” określonej postawy światopoglądowej, która nie posiada powszechnej legitymacji społecznej.

Cały dylemat sprowadza się do tego, na podstawie jakich kryteriów i kto miałby określać, co jest, a co nie jest już tak definiowaną instrumentalizacją prawa⁴⁹. Kryterium wyniku elekcji wyborczej jest zawodne z kilku powodów; po pierwsze ludzie nie głosują na konkretne normy prawne, ale na elementy światopoglądu głoszonego w kampaniach wyborczych⁵⁰. Z drugiej strony, ogólność i miałkość dyskursu wyborczego nie pozwala na oparcie legitymacji aktu stanowienia prawa, który posądza się o instrumentalność. Pomocne zatem jest odwołanie się do niedoskonałego kryterium w postaci źródła pochodzenia normy, ale jednak pozwalającego wprowadzić określoną dyferencję. Odwołanie do jedynie innego porządku normatywnego niż prawo (z częścią podstawowych zasad moralnych, które zostały już spożytywizowane) pozwala wychwycić, które komunikaty zakodowane w aktach normatywnych można uznać za przejawy jego

⁴⁸ Jest to problem granic instrumentalizacji prawa. Por. W. Gromski, *Zagadnienie granic instrumentalizacji prawa* [w:] A. Kozak (red.), *Z zagadnień...*, s. 74 i nast.

⁴⁹ Wtórnie pojawia się problem „wiedzy” prawodawcy o „skuteczności swoich przyszłych decyzji [...], jak i przyszłych działań prawodawczych”, cyt. i por. A. Bator, *Instrumentalizacja jako założenie ekonomicznej analizy prawa* [w:] J. Stelmach, M. Soniewiak (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007, s. 27.

⁵⁰ W takim ujęciu przyjmuje się tezę całkowicie opozycyjną do poglądu o współczesnej „judycjonalizacji polityki”. Instrumentalizacja prawa zakłada wszakże zjawisko całkowicie przeciwne – „polityzację” prawa w formule jego ideologizacji opartej o ukształtowany na zasadzie określonego światopoglądu system reguł społecznych. Por. J. M. Maravall, *Rządy prawa jako broń polityczna* [w:] J. M. Maravall (red.), A. Przeworski (red.), *Demokracja...*, s. 243 i nast.

instrumentalizacji. Jest to szczególnie doniosłe, gdy stwierdza się, że pochodzenie normy wywodzi się z porządku norm społecznych, albo religijnych – przede wszystkim gdy nie posiada legitymacji uniwersalnej. Brak konsensusu co do sposobu rozumienia źródła pochodzenia reguły (np. między prawem, moralnością a religią) „naraża” takie prawo na zarzut jego instrumentalnego traktowania pod kątem jego przyszłej wykładni⁵¹. Jest tak, gdyż przyszłe zdekodowanie reguły będą niemożliwe bez posługiwania się określonymi heurystykami interpretacyjnymi w oparciu o znaczenia z innego niż prawo porządku normatywnego.

Natomiast **instrumentalne użycie prawa** jest prostsze w wyjaśnieniu. Dotyczy działania jedynie organu stosującego prawo (chodzi o sądowy typ stosowania prawa). Wyłączyć należy natomiast przypadki związania organu decyzyjnego poglądem prawnym (co ostatecznie ma też zastosowanie także do typu sądowego w ramach kontroli *in concreto*). W przypadku instrumentalnego użycia prawa organ dobiera pragmatyczne lub apragmatyczne (opisowe i czyste⁵²) podejścia do wykładni prawa, tak aby wybrać rozstrzygnięcie, które nie mieści się w „ogólnym dyskursie jurydycznym”⁵³. Chodzi o to, że cele rozstrzygnięcia motywowane są najczęściej poprzez kryteria poza-prawne, względnie gdy nie bazują na podstawowych nakazach moralności (spożytywizowanych). Takie podejście do wykładni prawa można określić jako formę świadomości pierwotnego znaczenia, a przeniesienie całokształtu kwestii metodyki wykładni do sfery argumentacji. To pierwotne znaczenie nie opiera się na zdekodowaniu stosownych przepisów prawa, bo jest wypracowane według kryteriów ideologicznych. Wymaga natomiast zbudowania dla tej „pierwotnej” semantyki argumentacji opartej o – w istocie rzeczy – wybiórczo traktowane metody / koncepcje / teorie wykładni prawa. Pewne elementy takiego ujęcia można odczytać z koncepcji wykładni „pozornie obiektywnej”, znanej z prac S. Frydmana (o czym dalej).

Instrumentalne użycie prawa jest najczęściej pochodną jego instrumentalizacji, choć nie zawsze taka konfiguracja musi zaistnieć. Niewątpliwie jednak posługiwanie się przez prawodawcę środkami instrumentalizacji prawa ma (świadomie) doprowadzić do – wtórnie – jego instrumentalnego użycia. Co jednak bardzo ważne; w przypadku obu wyszczególnionych form ideologizacji

⁵¹ Szerzej o tym problemie, choć w innym kontekście por. P. Chmielnicki „*Wspólne spojrzenie na katedrę. Mocne i słabe strony ruchu Law & Economics z punktu widzenia nauk prawnych*” [w:] *Przegląd Prawa Publicznego* 2012 nr 6, s. 107 i nast..

⁵² Por. R. Carnap, *Pisma semantyczne*, Warszawa 2007, s. 178–179

⁵³ Pomocne w tym kontekście staje się „dyskursywne” ujęcie wykładni. W literaturze wskazuje się, że w danym porządku prawnym można wyodrębniać ogólne standardy interpretacyjne o charakterze zarówno opisowym (pragmatycznym), jak i „czystym” (apragmatycznym), por. K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, s.42 i 166.

prawa rzecz nie dotyczy wykładni opartej na określonym systemie reguł (jak w przypadku hermeneutyki egzegetycznej), ale rozbija się o problem jego legitymizacji. Należy zaznaczyć, że proponowane ujęcie nie ma na celu bezrefleksyjnego odwoływania się do normatywizmu. Rzecz nie dotyczy tego, co uznaje się za prawo (wszakże sam normatywizm jako filozofia prawa pozytywnego może być równie dobrze traktowany instrumentalnie), ale to, w jaki sposób następuje posługiwanie się metodami uznanymi za prawnicze. Na ile rzeczywisty cel tworzenia prawa (w celu jego późniejszej wykładni), jak i same koncepcje interpretacji, traktowane są jako osadzone są w nauce prawa, i wykorzystywane jedynie jako środek do celu. Zatem legitymowane – jak już wskazywano – w gruncie rzeczy nie na tym, co można określić jako „dworkinowskie” standardy (względnie *polices*), ale normy społeczne, religijne, względnie niepowszechnie standardy moralne; pod warunkiem zaakceptowania faktu, że normy moralne posiadają współcześnie heterogeniczną strukturę.

Spośród historycznych przykładów związków wykładni z przejawami ideologizacji prawa (np. „wykorzystywanie” filozofii *ius naturale* jako legitymizacji władzy przez monarchę absolutnego, zakaz wykładni w porewolucyjnej Francji, by związać nową ideologią „stary” aparat sędziowski, doktryna Führerprinzip w nazistowskich Niemczech) najbardziej wysublimowaną egzemplifikacją jest koncepcja wypracowana w marksistowskiej teorii prawa: tzw. inżynierii społecznej poprzez prawo⁵⁴. Choć jurydyczny porządek normatywny był uznawany za docelowo zbędny, jako wyraz panowania klas posiadających środki produkcji względem klasy robotniczej, to do czasu spełnienia utopijnej idei ułożenia stosunków społecznych na zasadzie założeń komunizmu prawo stawało się środkiem realizacji władzy i swoistego przeorganizowania struktury społecznej. Docelowo „prawa” miało nie być, względnie winno być ono ograniczone do kwestii ustrojowych, bowiem po wykuciu wizji społeczeństwa bezklasowego byłoby ono niepotrzebne. W związku z tym miało miejsce wykorzystanie w prawie wszelkich możliwych środków klasycznie znanych nauce prawa; od wdrażania analogii w prawie penalnym po szerokie wykorzystanie środków techniki prawodawczej związanych z instrumentalnym użyciem prawa (podobnie zresztą jak w każdym państwie totalitarnym). Celem było swoiste „zainfekowanie” systemu prawnego szeregiem zwrotów niedookreślonych, by wymusić w „państwie stanu wyjątkowego” ukształtowania linii orzeczniczych zgodnie z daną ideologią. Elementem natomiast klasycznie związanym już z etapem wykładni prawa było wybórcze stosowanie dyrektyw interpretacyjnych do nazw na pozór „neutralnych”,

⁵⁴ Por. G. Skąpska, op.cit. i J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa*, Warszawa 2008, s. 29.

poprzez wprowadzenie nowych, apragmatycznych reguł interpretacyjnych wiążących wspólnotę komunikujących się, ale jedynie w części, która odpowiadała za uzyskanie *imperium* w przedmiocie posługiwania się tymi dyrektywami, czyli sędziów. Tym samym semantyki klasycznie neutralne: jak własność, życie, dobro itp. miały być zinterpretowane na nowo, przy uwzględnieniu obowiązującej ideologii, wizji politycznej itp.⁵⁵

3. Ideologizacja prawa a etapy wykładni.

Zanim możliwe stanie się przenalizowanie koncepcji wykładni prawa z perspektywy jego ideologizacji, wypada wyjaśnić wykorzystywaną siatkę pojęciową, bazującą częściowo na powoływanej już pracy H. Rabaulta⁵⁶, który wprowadził przydatne pojęcia określające fazy wykładni prawa z perspektywy etapów percepcyjnych tego procesu. W pewnym sensie odpowiada to dostrzeżonej w polskiej nauce prawa możliwości wprowadzenia dyferencji na wykładnię świadomą i nieświadomą⁵⁷ (rzecz dotyczy przede wszystkim koncepcji klaryfikacyjnej, choć – jak sądzę – możliwa jest do zaakceptowania także w pozostałych koncepcjach znanych polskiemu prawoznawstwu: derywacyjności i interpretacji *sensu largissimo*). H. Rabault dzieli proces wykładni jedynie na pre- i naddeterminację. Kryterium podziału jest charakter kontekstu pozajęzykowego⁵⁸. Natomiast, uwzględnivszy stan rozważań w polskiej teorii prawa, podział ten można jeszcze rozszerzyć o samo zjawisko determinacji znaczenia. Wypada dostrzec, że wprawdzie H. Rabault skupia się na wykładni prawa, ale – jak już było wspo-

⁵⁵ Por. fragment z uzasadnienia orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 1951 r. C 1573/51:

[...] W warunkach bowiem ustroju kapitalistycznego Polski przedwrześniowej zbycie gospodarki chłopskiej miało często charakter wyzysku ze strony nabywcy. Ekonomiczne zjawisko rozwarstwienia wsi w ustroju kapitalistycznym przez powstawanie na jednym biegunie klasy kapitalistów wiejskich, a na drugim rosnącej masy biedoty przy równoczesnym „wyplukiwaniu” średniej warstwy chłopskiej wyrażało się w tym, że chłop mało lub średniorolny był zmuszony położeniem ekonomicznym i zadłużeniem swej gospodarki do częściowej jej wyprzedaży na rzecz kułaka. Oczywiście jest, że roszczenie o zwrot nieruchomości, jeśli nieważne zbycie nastąpiło w takich właśnie okolicznościach, nie może być ocenione jako nadużycie prawa.

⁵⁶ Por. H. Rabault, *Granice wykładni...*, *passim*.

⁵⁷ Por. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 219.

⁵⁸ To oczywiście, jako „hermeneutyk” pozostaje w zgodzie z podstawowym założeniem, że „język jest jedynym bytem, jaki możemy zrozumieć”, por. H. Leszczyńska, *op.cit.*, s. 55.

mniane – nie czyni precyzyjnej gradacji na instrumentalizację a instrumentalne użycie prawa. Tym samym można zdefiniować, że:

– **determinacja semantyki** – odpowiada znanemu pojęciu interpretacji świadomej (przede wszystkim w ujęciu klaryfikacyjnym). Polega na wdrożeniu określonych metod interpretacyjnych rozumianych szeroko, bądź jako metodyka postępowania (ujęcie najszersze, szczególnie popularne w środowisku „praktyki prawniczej”⁵⁹), bądź jako zbiór konkretnych reguł postępowania egzegety (interpretacja pragmatyczna – opisowa). Determinację można także przyjąć za E.Łętowską jako „operacje interpretacyjne dokonywane na przepisach i tekstach”⁶⁰. Co bardzo ważne, mianem determinacji można określić metody pracy z tekstami prawnymi uwarunkowane w toku wielowiekowej kultury prawnej („kanony” interpretacyjnego „myślenia” o prawie);

– **predeterminacja**⁶¹ – tu istotne jest precyzyjne określenie zakresu denotacji tej nazwy. Predeterminację można określić mianem klaryfikacyjnej interpretacji nieświadomej⁶², chociaż chyba jedynie na zasadzie podobieństwa. Bardziej przemawia tu ujęcie hermeneutyczne. Predeterminacja to wszystko to, co wpływa na zachowania interpretatora, a nie jest bezpośrednio zależne od jego woli (odwołuje się do zmiennych o charakterze kognitywnym). W tej grupie można wymienić:

- doświadczenie życiowe;
- poglądy, ideologia itp.;
- postawy psychologiczne (jest ich całe spektrum i – co bardzo ważne – część z nich znajduje się w grupie nadterminacji, o czym dalej). Można tu wyszczególnić psychologiczne uwarunkowania interpretatora; skłonność do ryzyka (nieświadomy aktywizm albo pasytywizm interpretacyjny, uwarunkowany skłonnością do ryzykownych zachowań decyzyjnych), konformizm a nonkonformizm, stopień znajomości teorii prawa itp. W grupie predeterminacji nie znajdują się natomiast takie postawy interpretatora jak: zachowawczość ze

⁵⁹ Zjawisko zacierania się zjawisk wykładni a argumentacji prawniczej dobrze ilustruje problem przedstawiony przez J. Zajadło, por. J. Zajadło, *Pięć minut antyfilozofii antyprawa*, glosa do uchwały SN z dnia 20 grudnia 2007 r., I KZP 37/07, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12100650360.pdf> z dnia 06.01.2017 r.

⁶⁰ Cyt. i por. E. Łętowska, *Wstęp* [w:] H. Rabault, op.cit., s. 4.

⁶¹ Odmienne H. Rabault, op.cit., s. 24 i 53, który wskazuje na aspekt pozajęzykowy wykładni.

⁶² J. Wróblewski za wykładnię uznawał jedynie sytuacje, w których interpretator świadomie wdraża określone zabiegi względem tekstu prawnego w sytuacji, gdy budzi on wątpliwości. Chodzi więc o przeciwstawianie stanu polisemii (wieloznaczności) stanowi izomorfii (jednoznaczności). Czym innym jest natomiast stan bezpośredniego rozumienia. Por. J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław 1990, s. 56.

względem na wymogi awansu zawodowego, koncyliacyjność orzecznicza (skłonność do formułowania zdań odrębnych itp.), dlatego, że takie elementy są już zależne od swobodnej decyzji woli, dlatego należą do sfery naddeterminacji;

– **naddeterminacja** – tu następuje zbieżność z ujęciem H. Rabaulta. Rzecz dotyczy instrumentalnego użycia prawa, chociaż Autor analizuje ten etap wykładni od strony pierwotnej, tj. instrumentalizacji całego systemu prawa. Tym samym można wskazać, że naddeterminacja odbywa się albo poprzez odwołanie się do pozanormatywnych determinant decyzji (prawo istniejące, ale z założeniem, że powinno być interpretowane w „nowy” sposób, np. poprzez odwołanie się do określonej ideologii) – co jest głównym mechanizmem instrumentalnego użycia prawa (instrumentalizacja wykładni prawa *sensu stricto*), albo jako pochodna instrumentalizacji prawa przez władzę polityczną; czyli w sposób znacznie mniej finezyjny, poprzez kodowanie takich środków techniki prawodawczej, które ułatwiają zachowania naddeterminacyjne (klauszule generalne, zwroty niedookreślone zabarwione ideologicznie itp.).

Ważnym podkreślenia jest to, że naddeterminacja zakłada świadome wybory interpretatora. Natomiast rozszerzenie analizy tego wątku wymaga odniesienia się do poszczególnych koncepcji wykładni prawa, które wąsko albo szeroko definiują to pojęcie. Chodzi bowiem zarówno o operacje rekonstrukcyjne, które znajdują się w sferze klaryfikacyjnej interpretacji świadomej, ale także te, które związane są z etapem inferencji prawniczej, a które przynajmniej intensjonalna klaryfikacyjność wyklucza z pojęcia wykładni prawa⁶³.

4. Ideologizacja wykładni prawa a jej koncepcje.

Podziałów wykładni prawa można skonstruować całkiem sporo; wszystko zależy od przyjętego kryterium, a „popularne” dyferencje ze względu na jej moc wiążącą czy rolę dyrektywy aktu pierwotnego normowania (subiektywizm a obiektywizm wykładni, znany częściej jako statyka a dynamika interpretacji) z pewnością nie wyczerpują tematu⁶⁴. Z punktu widzenia ideologizacji wykładni pomocne jest jednak jedno z kryteriów najbardziej znanych, a mianowicie odnoszące się do sposobu definiowania tego, czym wykładnia prawa jest. Podział na

⁶³ Intensjonalność odwołuje się do znaczenia znaku, czyli zakresu jego denotacji. Potocznie nazywana jest „sensem”. Stąd wszelkie rozumowania będące pochodną inferencji logicznej są elementem już ekstensjonalności. Por. T. Spyra, *Granice wykładni prawa*, Kraków 2006, s. 142.

⁶⁴ Por. A. Kozak, *Pojmowanie prawa...*, s. 16–22.

wykładnię *sensu stricto*, *largo* i *largissimo* – wprowadzony przez J. Wróblewskiego⁶⁵ – opiera się w gruncie rzeczy na sposobie konstrukcji znaczenia, co jest użyteczne ze względu na analizę pojęć zarówno instrumentalizacji, jak i instrumentalnego użycia prawa – już konkretnie w kontekście jego wykładni. Zwróćmy uwagę, że to, co różnicuje status predeterminacji i naddeterminacji w procesie egzegezy, to status metod. Podczas gdy „tradycyjne”, jurydyczne koncepcje wykładni sposób jej konstrukcji ujmują w sposób opisowy (pojmowanie metody jako zespołu określonych działań prowadzących do zakładanego rezultatu) i redukują albo zgoła wyłączają czynniki subiektywne od interpretatora, władzy politycznej itp, o tyle wykładnia *sensu largissimo* metody traktuje jako racje argumentów (koncepcja zrównywania wykładni z argumentacją⁶⁶). Nie wyłącza to z pojęcia wykładni zarówno subiektywnych cech interpretatora (predeterminacja), jak i roszczenia w stosunku do niego, naruszającego jego suwerenność interpretacyjną (naddeterminacja). Jest to bardzo istotne, bowiem klaryfikacyjność⁶⁷ i derywacyjność wykładni odwołują się do sposobu konstrukcji semantyki określanej mianem opisowego (według R. Carnapa), zaś w rodzimej literaturze przyjęło się nazewnictwo M. Zielińskiego, jako wykładni pragmatycznej⁶⁸. Klaryfikacyjność odwołuje się bardziej do rekonstrukcji znaczenia, względnie bezpośredniego jego odczytania za pomocą fazy tzw. interpretacji nieświadomej, określanej również mianem lingwistycznej percepcji tekstu. W tej koncepcji wykładni⁶⁹ wyszczególnione czynniki predeterminacyjne byłyby związane jedynie z fazą interpretacji nieświadomej, chociaż jako uwarunkowania osobiste interpretatora z oczywistych względów winny korelować z przyjmowanym postępowaniem decyzyjnym

⁶⁵ Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1973, s. 112–113.

⁶⁶ Dostrzeżenie konieczności rozróżniania uzasadniania decyzji interpretacyjnej od sposobu wypracowania znaczenia przypisuje się J. Wróblewskiemu, por. A. Kozak, *Pojmowanie prawa...*, s. 20 i J. Wróblewski, *Logika a teoria argumentacji: teoretyczne zagadnienia poprawności decyzji sądowej*, Nowe Prawo 1986 nr 7–8, s. 3.

⁶⁷ Przy czym nie mówi się tutaj o teorii klaryfikacyjnej wykładni prawa, która posiadała pierwotnie status deskryptywny. Ewolucję teorii klaryfikacyjnej najlepiej oddają następujące po sobie główne prace J. Wróblewskiego poświęcone temu zagadnieniu, por. Por. J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, Warszawa 1959, *passim*, *idem*, *Sądowe stosowanie...*, *passim* i *idem*, *Rozumienie prawa...*, *passim*. Natomiast według T. Gizberta-Studnickiego teoria semantyczna jest „modelem analityczno-opisowym” wykładni, por. T. Gizbert-Studnicki, *Dyrektywy wykładni drugiego stopnia* [w:] A. Choduń, S. Czepita, *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 51–53.

⁶⁸ Por. M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawnawstwie*, Warszawa 1988, s. 9.

⁶⁹ Jej szersza charakterystyka przekraczałaby ramy opracowania poświęconego ideologizacji wykładni; dlatego też ten wątek winien być przestudiowany w ramach osobnej literatury przedmiotu.

w ramach samej determinacji znaczenia, w tym przypadku operowania metodami wykładni w zgodzie z założeniami tej koncepcji. Niektóre cechy predeterminacyjne, jak np. skłonność do ryzyka decyzyjnego, same w sobie osłabiają „podatność” interpretatora na oddziaływanie w zakresie instrumentalizacji prawa i mają odbicie w obieranych zachowaniach interpretacyjnych z dziedziny determinacji i naddeterminacji (obie te fazy wchodzą w skład interpretacji świadomej, w rozumieniu klaryfikacyjnym).

Derywacyjność natomiast (wykładnia *sensu largo*) nazywana bywa wykładnią konstrukcyjną⁷⁰, gdyż polega na zdekodowaniu znaczenia poprzez odwołanie się do precyzyjnie opisanych reguł jego tworzenia z określonej struktury wyjściowej (w przypadku prawa są tym specyficzne właściwości aktu normatywnego). Derywacyjność może być też ujmowana jako cecha danej, konkretnej teorii wykładni. Poszczególne teorie wykładni prawa, które odwołują się w jakiejś mierze do opisowego sposobu uzyskania znaczenia (tzn. definiują zbiór reguł wewnętrznych, na użytek tej teorii), są albo mniej, albo bardziej derywacyjne, pod warunkiem, że konstytutywne założenia tej teorii nie przeczą podstawowym założeniom wykładni *sensu largo*⁷¹. Należy koniecznie zauważyć, że „twarda”, czy też „silna” derywacyjność danej teorii wykładni maksymalnie redukuje czynniki zarówno pre- jak i naddeterminacyjne, bowiem „wymusza” na egzegezie przyjmowanie „schematów działania”⁷² ograniczonych do zbioru reguł wytyczonych przez teorię. W derywacyjności, co do zasady, naddeterminacja wyłączona jest z pojęcia wykładni prawa, chyba że konkretne reguły danej teorii wykładni zawierają treści właściwe naddeterminacji znaczenia.

Wykładnia *sensu largissimo*⁷³ – jak już było wspomniane – rezygnuje z tego, co można uznać mianem konstrukcji znaczenia (albo jego zdekodowania, pod warunkiem, że w skład znaczenia tego pojęcia włączamy elementy tworzące semantykę). Koncepcja ta nie uznaje za wykładnię interpretacji nieświadomej

⁷⁰ Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 115.

⁷¹ *Omnia sunt interpretanda, odrzucenie interpretatio cessat in claris* itp.

⁷² Por. P. Chmielnicki „Identyfikacja celów i funkcji w ramach wykładni prawa” *Przegląd Prawa Publicznego* nr 3/2015, *passim*.

⁷³ W polskiej teorii prawa wykładnia *largissimo sensu* została uznana za nieprzydatną w specyfice nauk prawnych za sprawą stanowiska J. Wróblewskiego, który za „prawnicze” koncepcje wykładni uznawał jedynie jej odmiany: *largo* i *stricto*. W literaturze podaje się, że postulaty realizacji wykładni w duchu *largissimo sensu* są bardzo rzadkie, por. J. Jończyk, *głos w dyskusji* [w:] J. Wróblewski (red.), *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1982, s. 151, za: A. Kozak, *Pojmowanie...*, s. 27. Współcześnie, głównie w ramach wystąpień konferencyjnych, można obserwować pewne zainteresowanie tą koncepcją wykładni. Jej wątki podejmowane są także w literaturze przedmiotu. W dalszym ciągu jest to jednak odmiana wykładni przenalizowana najsłabiej.

(o czym dalej), choć nie oznacza to, że sfera predeterminacji może być pominięta jako jej faza sama w sobie. Wykładnia *sensu largissimo* stanowi jedynie o rekonstrukcji znaczenia poprzez jego wyjaśnienie (eksplikację); dlatego też w tej koncepcji możliwy jest największy udział czynników naddeterminacyjnych, które w określonej sytuacji wykładni mogą posiadać decydujące znaczenie w sytuacji decyzyjnej. Podobnie jest z czynnikami predeterminacyjnymi, których udział w procesach interpretacyjnych uzależniony jest od samoświadomości interpretatora. Rzecz taka nie jest odosobniona; doświadczenie zawodowe sędziego opiera się m.in. na umiejętności rozdzielenia czynników subiektywnych, związanych z predeterminacją, poprzez wysoki poziom autorefleksji i tego, co określa się w psychologii mianem „wglądu w siebie” – a przyjmowaniem znaczenia będącego podstawą finalnego rozstrzygnięcia jedynie na bazie zachowań *stricto* determinacyjnych, jako najbardziej neutralnych, odpowiadających zasadzie swobody ocen i równego traktowania stron postępowania.

Uwzględniając charakterystykę poszczególnych koncepcji wykładni w perspektywie ideologizacji prawa, wypada zauważyć, że:

1^o w koncepcji klaryfikacyjnej instrumentalizacja prawa jest ograniczona, ale nie wyłączona w sposób zupełny, gdyż czynniki predeterminacyjne „przenikają” przez interpretację nieświadomą na to, w jaki sposób, przy założeniach tej koncepcji, egzegeta uzyskuje znaczenie prawa. Suweren polityczny, wobec pozyskania wiedzy, że dominujące wzorce interpretacyjne w danej gałęzi prawa odwołują się do klaryfikacyjności, jest zmuszony do instrumentalizowania całego prawa, bowiem reguły wykładni w tej koncepcji opierają się na podstawach z hermeneutyki egzegetycznej – głównie podstawowych regułach egzegezy prawniczej, „nałożonych” na wielowiekową tradycję kultury prawnej. W koncepcji klaryfikacyjnej, aby uzyskać pożądane (z punktu widzenia instrumentalizacji) efekty wykładni, zatem (wtórnie) uzyskać instrumentalne użycie prawa, należy przede wszystkim zakodować do systemu prawnego semantyki, których odczytanie będzie możliwe jedynie poprzez odwołanie się do znaczeń z innych porządków normatywnych (głównie norm politycznych jako formy norm społecznych). Zabieg ten odbywa się głównie za pomocą metody funkcjonalnej. J. Wróblewski wskazywał⁷⁴, że jest ona subsydiarna względem metody językowo-logicznej, polega ona głównie na znajdujących się w systemie prawa odesłaniach „zewnętrznych”. Zawierają one znaczenia celowo zakodowane przez suwerena politycznego, które mogą (ale nie muszą) służyć instrumentalnemu użyciu prawa⁷⁵. W koncepcji klaryfikacyjnej, pozyskanie instrumentalnego użycia prawa

⁷⁴ Por. J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, s.353 i 387.

⁷⁵ Pojęciem „odesłanie pozajęzykowe” J. Wróblewski posługuje się dość konsekwentnie. Klaryfikacyjność nigdy nie oznacza pełnej „tekstowości” znaczenia, por.

bez możliwości / umiejętności / chęci wykonania pierwotnie zabiegu instrumentalizacji prawa⁷⁶ możliwe jest także w sposób samodzielny. Jedyne sposoby na kanwie klaryfikacyjności to konstrukcja nomenklatury, tj. dobór kadr w taki sposób, by, nawet odwołując się do wzorców interpretacyjnych zgodnych z tą koncepcją wykładni, uzyskać efekt operacji interpretacyjnych (owo „użycie” prawa) jako takich, które będą znajdować się w sferze naddeterminacji znaczenia. Reguły wykładni prawa (klaryfikacyjne) stają się jedynie regułami argumentacji, dobieieranymi całkowicie instrumentalnie. Celem jest jedynie opisanie „w niby-naukowy” sposób (zgodnie z założeniami klaryfikacyjności) efektu wykładni, który mieści się w sferze ideologicznej. Reguły stają się zatem nieistotne, bowiem klaryfikacyjność tak głęboko przeniknęła do świadomości prawniczej, że konieczne jest dobranie interpretatorów w sposób, by pozyskać więcej efektów wykładni w postaci znaczeń prawa, które – jak już wskazano – wypracowane zostały nie w sferze determinacji znaczenia, ale jego naddeterminacji określona ideologią. Warto wskazać, że koncepcja klaryfikacyjna jest tu szczególnie „niebezpieczna”, bowiem to w gruncie rzeczy od interpretatora zależy, co uzna się za zwroty „jasne”, niewymagające wykładni, a co za takie, które wymagają wdrożenia formalnych heurystyk interpretacyjnych⁷⁷. Co więcej, dialektyczne umocowanie tego, wskutek przyjęcia określonej semantyki czystej jako wiążącego znaczenia, jest ułatwione w sytuacji, gdy dobór interpretatorów dokonany został dokładnie w celu określenia takiej reguły.

2` W koncepcji derywacyjnej „czuły punkt”, umożliwiającą wprowadzanie elementów ideologizacji prawa, wiąże się z tym, że derywacyjność bazuje na możliwości zapożyczonej z sylogistycznych modeli stosowania prawa, posługiwania się kryterium prawdy w stosunku do rozumowań normatywnych. Każdorazowo sednem tej koncepcji (konkretnej teorii budowanej według jej założeń) jest konstrukcja zbioru reguł opisujących sposób uzyskania znaczenia⁷⁸. Tym samym

Tamże, s. 17 i 18.

⁷⁶ Np. z powodu presji czasowej. Instrumentalne użycie prawa jako wtórne w stosunku do jego instrumentalizacji wymaga bowiem stosownego przedziału czasowego; między aktem stanowienia prawa a rozpowszechnieniem się praktyki interpretacyjnej wypracowanej na kanwie zakładanej instrumentalizacji w formie pozyskania stanu linii orzeczniczych, zakładających pożądaną efekt instrumentalnego użycia.

⁷⁷ W pracach J. Wróblewskiego, niezależnie od stanu rozwoju samej teorii semantycznej, podkreśla się kluczową rolę egzegety w tym zakresie, por. J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, s. 115 i *idem*, *Sądowe stosowanie...*, s. 122. Także od interpretatora zależy ustalenie, jakie dyrektywy interpretacyjne obowiązują w danej wspólnotie komunikujących się, odnośnie przedmiotu interpretacji. Por. K. Opłalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 231.

⁷⁸ Celem jest zrekonstruowanie pełnej normy postępowania, rozumianej jako „wyrażenie, które na gruncie pozakontekstowych reguł języka powszechnego w sposób

na gruncie reguł [R] wyznaczających założenia konkretnej teorii derywacyjnej⁷⁹ można mówić o prawdzie jako wartości logicznej przy analitycznym rozumieniu języka (znaczenie jest prawdziwe, jeśli zostało skonstruowane przy zastosowaniu reguł derywacyjnych, wg kolejności ich użycia). Innymi słowy, derywacyjność jako sama koncepcja wykładni prawa jest całkowicie wyzuta z „bezpieczników” aksjologicznych. Możliwe jest skonstruowanie derywacyjnego systemu reguł, który choć z nazwy nie będzie naddeterminacyjny, to zewnętrznie, w stosunku do innych koncepcji wykładni, będzie niemal całkowicie oparty na regułach, które w innych koncepcjach (albo teoriach) uznano by już za naddeterminację znaczenia. Możliwy jest zatem system reguł, który będzie samodzielnie (niejako autarkicznie) zapewniał „sobie” ideologizację wykładni prawa, np. wprowadzając do systemu reguł wykładni apragmatyczne reguły znaczeniowe o kierunku negatywnym (tzn. do czego wykładnia nie może prowadzić), dodatkowo o charakterze aksjomatu. Przykładem, który może być odczytany przez pryzmat tak ujętej derywacyjności, jest podstawowy aksjomat wykładni Pisma Św.; wykładnia nie może prowadzić do podważenia istnienia Boga. Możliwe jest wprowadzenie reguły interpretacyjnej, która np. *nie może prowadzić do podważenia supremacji władzy ustawodawczej w strukturze władz* i usytuowanie jej jako kolizyjnej reguły interpretacyjnej o charakterze apragmatycznym (tzn. *coś znaczy coś*), która pełni rolę pragmatyczną (metodycznie nakazuje wybrać znaczenie innej reguły; przy czym nie można naruszyć podstawowej – reguły kolizyjnej).

Tym samym można przyjąć, że derywacyjność jako koncepcja wykładni w swych założeniach wyklucza instrumentalizację prawa, bowiem czynniki predeterminacyjne najsilniej ogranicza do zmiennych ściśle kognitywnych, charakteryzujących interpretatora. Wyklucza też całkowicie elementy naddeterminacyjne, skupiając się na określeniu systemu reguł pracy z obiektem interpretacji. Zatem ogranicza całą wykładnię do determinacji znaczenia, wypada więc wskazać, że na przykładzie tej koncepcji wykładni uwydatnia się ocena, że cała sfera ideologizacji egzegezy sprowadza się do misternej „gry” między czynnikami, które przynależą do sfery pre- i naddeterminacji znaczenia a jego rekonstrukcji (bądź konstrukcji⁸⁰) według danego systemu reguł, który zawsze przynależy

jednoznaczny wysławia bezpośrednio nakaz (zakaz) skierowany do określonego podmiotu (adresata), by zrealizował bezpośrednio opisane zachowanie i to w bezpośrednio opisywanych okolicznościach”. Cyt. M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 16.

⁷⁹ Por. zestaw reguł zawarty w: M. Zieliński, *Interpretacja...*, s. 66–69.

⁸⁰ Problem rekonstrukcji a konstrukcji znaczenia jest inny niż kwestia odkrywczą (eksplikacyjną) funkcji wykładni. Chodzi o tzw. heurystyczną (odkrywającą) istotę wykładni (zatem jej ontologię), co z istoty rzeczy wkracza już w sferę filozofii prawa. Por. S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i metodologii szczegółowych nauk*

do etapu determinacji semantyki. Z drugiej strony, teoria derywacyjna może być jednak tak skonstruowana, by treść jej reguł miała charakter odwołujący się do czynników ideologicznych. Wszystko zależy więc od tego, kto i na jakich zasadach konstruuje zestaw reguł derywacyjnych. Należy jednak wskazać, że teoria derywacyjna znana polskiemu prawoznawstwu posiada aspekt gwarancyjny, stąd dostrzeżenie jej cennych właściwości w orzecznictwie penalnym Sądu Najwyższego⁸¹. W przypadku koncepcji derywacyjnej element ideologizacji prawa ograniczony jest do formy jedynie instrumentalnego użycia prawa. Nawet bowiem, gdyby prawodawca zdecydował się na inklinacje treści samych aktów normatywnych w oparciu o środki techniki prawodawczej, lub rozwiązania legislacyjne o inklinacjach instrumentalizacji prawa, „gwarancyjny” system reguł danej teorii derywacyjnej znacznie redukuje albo w ogóle uniemożliwiał roszczenie władzy politycznej o wykładnię stanowionych treści zgodnie z założeniem o instrumentalizacji danego znaczenia prawa. W przypadku teorii derywacyjnej wszystko zależy od tego, czy cały system reguł wykładni odpowiada albo nie założeniom instrumentalnego użycia. Zatem, czy ma ów zbiór reguł „premiować” znaczenia konstruowane w toku procesów interpretacyjnych, które w istocie mają się znaleźć w sferze naddeterminacji znaczenia.

3^o W koncepcji *sensu largissimo* mechanizm ideologizacji wykładni jest bardziej skomplikowany. Łatwiejsze jest rozstrzygnięcie problemu instrumentalnego użycia wykładni, które uwarunkowane jest w tej koncepcji jedynie postawą wspólnoty komunikacyjnej. Ocena czy określona reguła interpretacyjna, a przede wszystkim decyzja co do znaczenia prawa, pozostaje w sferze determinacji czy już naddeterminacji, zależy od umocowanych pragmatycznie reguł budowy tych znaczeń (ale nie chodzi tu o – jak w derywacyjności – o ich konstrukcję, ale eksplikację, czyli kulturowe wyjaśnienie⁸²). O ile w derywacyjności to system reguł przesądza o tym, czy cała teoria derywacyjna (określonego rodzaju) jest naddeterminacyjna czy też nie – i należy to ocenić zewnątrznie, poprzez odwołanie się do innego systemu reguł (ocena zawsze wywoła antagonizm między stronami dyskursu), o tyle w koncepcji *sensu largissimo* ewaluacji podlega nie system reguł,

prawnych, Poznań 1990, s. 40, M. Zieliński, *Poznanie sądowe a poznanie naukowe*, Poznań 1979, s. 57–60, L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii...*, s. 67.

⁸¹ Por. A. Kotowski, *Pojęcie jednoznaczności wykładni prawa w świetle badań orzecznictwa Izby Karnej Sądu Najwyższego*, Prokuratura i Prawo nr 7–8/2016, s. 79–86.

⁸² W literaturze wskazuje się na przedmiot interpretacji odnoszony „do człowieka”. Chodzi o wskazanie substratowi materialnemu sensu, znaczenia albo wartości. Por. A. Kozak, *Pojmowanie prawa...*, s. 27 i J. Wyrembak, *Zasadnicza wykładnia znamion przestępstw. Pozycja metody językowej oraz rezultatów jej użycia*, Warszawa 2009, s. 93.

ale samo znaczenie⁸³. Nie jest oczywiście pożądane przyznanie, że zostało ono pozyskane w drodze naddeterminacji. To istotna teza, ale na gruncie koncepcji *sensu largissimo* wskazane jest, by to, co w innych koncepcjach wykładni uznaje się za naddeterminację, w prawniczej wykładni humanistycznej najlepiej byłoby, gdyby charakteryzowało samego interpretatora niejako od etapu wyjściowego, tj. od predeterminacji (oczywiście pod warunkiem, że interpretator odwołuje się do ideologizacji interpretacji). Wątki ideologiczne są bowiem w takim przypadku dodatkowym aspektem legitymizującym uzyskane znaczenie prawa i wtórnie rozstrzygnięcie. Potocznie można to określić mianem interpretacji dokonywanej przez jawnie poddanego ideologizacji egzegetę. Jak się wydaje, to cecha, która radykalnie rozróżnia wykładnię *largissimo sensu* (w ujęciu ideologizującym) od klasycznie „prawniczych” koncepcji wykładni w postaci klaryfikacyjności i de-rywacyjności. Z historii znane są groteskowe przykłady, gdy pewne wątki argumentacyjne na okoliczność skonstruowanych znaczeń uzasadnia się poprzez elementy uznawane za naddeterminacyjne (np. wymiar kary został orzeczony na podstawie odczytania dyrektyw wymiaru kary w zgodzie z wytycznymi X Zjazdu PZPR). W koncepcji *sensu largissimo*, przez to, że odwołuje się ona do kulturowo postrzeganego znaczenia, najlepiej jest – z punktu widzenia roszczenia o ideologiczną wykładnię władzy politycznej – gdyby zostały one głęboko zakorzenione w postawach samych interpretatorów. Predeterminacja nie jest bowiem oceniana pejoratywnie; przeciwnie, samo to zjawisko wzbogaca zachowania determinacyjne interpretatora, który świadomie operuje metodami wykładni, ale porusza się już „wyjściowo” w sferze ideologicznej. Podobnie jak w przypadku koncepcji klaryfikacyjnej, powodzenie szansy roszczenia władzy politycznej o tak formułowaną koncepcję wykładni zależy od doboru postaw interpretatorów, ale jest to trudniejsze, bowiem o ile egzegetę można „nauczyć” klaryfikacyjności (ideologizacja występuje na etapie naddeterminacji), o tyle wykładnia *sensu largissimo* zakłada „wychowanie” kadr w określonym nastawieniu metodycznym interpretatorów.

5. Wnioski

Podstawowy wniosek płynący z zaprezentowanych rozważań sprowadza się do uznania, że prowadzenie wykładni w sposób oparty na wdrażaniu określonych metod pracy z tekstem prawnym (pragmatyczne ujęcie interpretacji) redukuje podatność interpretacji prawa na roszczenia władzy politycznej sprowadza-

⁸³ Pojmowanym wąsko albo szeroko; jako denotacja nazwy, rozumienie albo przypisanie wartości. Cechą wyróżniającą jest zawsze odniesienie do kultury, a nie do systemu znaczeń funkcjonujących w danej wspólnocie komunikujących się.

jące się do różnych przejawów jej ideologizacji; rzecz jasna w ramach sądowych procesów stosowania prawa. Nawet pobieżne analizy praktyki wykładni operatywnej prowadzą do spostrzeżenia, że organy stosujące prawo przede wszystkim wykorzystują schemat działania interpretacyjnego, polegający na zestawianiu gotowych znaczeń, pochodzących z doktryny bądź judykatury, a następnie dokonują określonego wyboru, kierując się argumentami, a nie metodami wykładni, czyli wspomnianych już – za E. Łętowską – „operacjach na przepisach i tekstach”. Tu też kryje się wspominane już intuicyjne traktowanie przez praktykę prawniczą wykładni jako formy argumentacji. W uzasadnieniach orzeczeń można przede wszystkim odnaleźć posługiwanie się przez sądy formułą apragmatycznie pojmowanej interpretacji; zapewne z różnych powodów – przyzwyczajień, łatwiejszego sposobu prowadzenia w ten sposób egzegezy, prostego sposobu konstrukcji uzasadnienia sądu interpretacyjnego poprzez odwołanie się do argumentu z autorytetu. W praktyce wykładni operatywnej uwydatnia się ewidentnie cecha decyzyjności⁸⁴. Tyle, że owa decyzyjność rozumiana bywa przez pryzmat samego podjęcia rozstrzygnięcia, a nie mechanizmu podejmowania jakiejś decyzji bez wstępnej wiedzy, jak ta decyzja powinna zapaść.

Przyczyną takiego stanu rzeczy jest być może to, że silna dyrektywność teorii wykładni wskazywana jest w literaturze przedmiotu jako element osłabiający adaptatywność jej założeń do praktycznego wykorzystania⁸⁵. Zjawisko to i zależność tego rodzaju znajduje uzasadnienie w zrozumiałych postawach zawodowych sędziów, sprowadzających się do braku akceptacji – z jednej strony – „narzucania” im sposobów pracy z tekstem prawnym, z drugiej do wdrażania poznawczo wyczerpujących sposobów wykładni w konfrontacji z materią relatywnie „błąhą”, tzn. wobec takich spraw, które uznawane są za „proste”, „powtarzalne” itp. Z drugiej strony, sama koncepcja związania interpretatora określonymi regułami może (acz nie musi) cieszyć się akceptacją w środowisku sędziowskim. Łatwo jest uchwycić cechy pożądane szczególnie w koncepcji derywacyjnej; od standaryzacji rozstrzygnięć, poprzez budowę określonych linii orzeczniczych, po wspomniany już w niniejszym opracowaniu aspekt gwarancyjny, choć zależny od treści reguł przyjętych w teorii tego typu. Nic nie stoi na przeszkodzie subsydiarnemu wdrażaniu założeń teorii derywacyjnej, a uzupełnianie jej

⁸⁴ W literaturze zauważa się, że decyzyjność odróżnia wykładnię operatywną od pozostałych jej rodzajów, por. L. Leszczyński, *Wykładnia operatywna (podstawowe właściwości)*, Państwo i Prawo, 2009 nr 6, s. 12.

⁸⁵ Wskazuje się, że orzecznictwo najwyższych instancji sądowych przypomina bardziej wykładnię doktrynalną, niż stricto operatywną. Odznacza się raczej nie heurystyką semantyki, ale uzasadnieniem (współcześnie przez podanie zwykle wielu różnorodnych źródeł) wybranego znaczenia prawa spośród odnalezionych w źródłach jej alternatyw. Por. T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa*, *Studia prawnicze* 1985 z.3–4, s. 52.

o wskazówki interpretacyjne wyniesione z samego środowiska praktyki sądowej. Redukcja wszelkich aspektów ideologizacji wykładni prawa jest najskuteczniejsza przy wypracowaniu postawy przez egzegetę o konieczności rezygnacji (na ile jest to oczywiście możliwe w realiach danego problemu prawnego) ze wstępnych założeń co do przyszłej decyzji interpretacyjnej, a traktowaniu wszelkich działań percepcyjnych z aktem normatywnym na wzór heurystyki. Rzecz dotyczy redukcji elementów, określonych jeszcze przed wojną przez S. Frydmana jako takich, które można podsumować jako tzw. wykładnię pozornie obiektywną – tj. taką, gdy znaczenie jest znane interpretatorowi⁸⁶. W istocie polega taka postawa na tym, że brak jest działań determinacyjnych w kwestii uzyskanego znaczenia prawa, a opis metod jego uzyskania pełni jedynie funkcję argumentacyjną. Przeciwwagą jest wzmocnienie postawy określanej jako „wykrywca” wobec procesu interpretacji, chociaż tu z kolei – w ramach ewentualnego przyjmowania przez interpretatora koncepcji wykładni humanistycznej – pojawiają się zagrożenia w postaci wkraczania do procesu poznania i wyjaśniania znaczenia wątków instrumentalizacji nawet bez ich akceptacji przez interpretatora. Egzegeta chcący legitymizować znaczenie poprzez odwołanie hermeneutyczne, w szczególności w aspekcie hermeneutyki swobodnej, naraża się na zatrącenie wątku myślowego z dziedziny klasycznie jurydycznej, na rzecz innych porządków normatywnych. Wówczas więc zachodziłoby pytanie; na ile jurysta pozostaje jurystą, a na ile staje się np. „kapłanem” określonych treści kulturowych. Zachodzi więc swego rodzaju paradoks. Z jednej strony dostrzega się intuicyjnie, że formuła dyrektywności wykładni sprzyja redukcji wątków ideologicznych (nawet w formie otwartej, bardziej elastycznej i opartej o wskazówki, a nie *stricto* normy określające powinność konstrukcji znaczenia w określony sposób), z drugiej – wykładni dokonuje się w sposób określany w literaturze jako „czysty” (apragmatyczny) sposób uzyskania semantyki⁸⁷. Tak też, w przeważającej większości, przedstawia się uzasadnianie sądów interpretacyjnych⁸⁸. Choć stwarza to niebezpieczeństwo w postaci wytworzenia metajęzyka dyskursu interpretacyjnego i oddalenia rozstrzygnięć od łatwiejszej legitymizacji znaczeń w komunikacji ze społeczeństwem, to zapewnia lepsze przestrzeganie wielowiekowych kanonów interpretacyjnych, przede wszystkim w wymiarze gwarancyjnym; przestrzegania zasady konstytucjonalizmu i demokratycznej formy rządów. Można pokusić się o stwierdzenie, że dyrektywność wykładni sprzyja koncepcji rządów prawa.

⁸⁶ Por. S. Frydman, op.cit.

⁸⁷ Por. R. Carnap, op.cit., s.19.

⁸⁸ Jak się wydaje pewien wyłom w takiej praktyce stanowi dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

Wypada jeszcze zwrócić uwagę na dwa aspekty. Pierwszy polega na tym, że redukcja wszelkich aspektów ideologizacji wykładni jest niemożliwa, a założenie takie ociera się o utopię; tak jak nie można wykluczyć, że w procesach pozyskiwania znaczenia prawa uczestniczą zmienne z zakresu predeterminacji jak i naddeterminacji znaczenia. Natomiast cechą demokratycznego państwa prawnego jest jedynie tolerowanie tych elementów. Instrumentalizacja wykładni jest akceptowana, bo traktowana jako element redukowania „władzy prawników”, ale przede wszystkim ograniczana do predeterminacji. Bowiem ta uzależniona jest od cech osobistych interpretatora; a najlepiej, gdyby była neutralna światopoglądowo. Klasycznym przykładem jest koegzystowanie w sądownictwie postaw aktywizmu i pasywizmu interpretacyjnego, co daje niekiedy najbardziej gwarancyjne znaczenia będące podstawą finalnych rozstrzygnięć. Natomiast instrumentalne użycie prawa jest tolerowane jako zjawisko, którego nie sposób jest zredukować, ale jednoznacznie oceniane pejoratywnie, bowiem nie spełnia warunku rzetelnego procesu (w rozumieniu demokratycznego państwa prawnego). Zawsze skorelowane jest z naddeterminacją znaczenia. Druga uwaga odnosi się do wątku, który wymagałby osobnego omówienia, a mianowicie motywów dokonywanej ideologizacji prawa. Z instrumentalizacją wykładni możemy mieć do czynienia nie tylko wskutek presji zewnętrznej wobec interpretatora, ale dokonywać ją może także sama judykatura. Chodzi o zjawisko tzw. interesu „korporacyjnego”, gdzie instrumentalizacja egzegezy ma miejsce z różnych powodów – konformizmu, hedonizmu, błędnie postrzeganej skuteczności działania, wreszcie dlatego, że następuje podobne rozumienie założeń ideologicznych co do ich rzeczywistej potrzeby pomiędzy różnymi rodzajami władz. Szczególnie to ostatnie zjawisko jest niebezpieczne; gdy następuje zatarcie, wskutek przyjętych postaw samych prawników, roli sędziego jako organu rozstrzygającego, który dąży do wypracowania słusznego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia w świetle możliwie kompleksowego ważenia reguł prawa, a roli prawnika jako członka egzekutywy.

Udział w konferencji, na której został wygłoszony referat będący podstawą do napisania niniejszego opracowania, został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2014/15/D/HS5/01131 (płatnik: Akademia Leona Koźmińskiego, Warszawa).

INSTRUMENTALISATION OF THE LAW AND INSTRUMENTAL USE OF THE LAW IN THE CONTEXT OF STATUTORY INTERPRETATION

The paper analyses notions traditionally related to ideologisation of the law in the context of statutory interpretation. Adopting a non-judgemental, positivist scientific approach, the author describes instrumentalisation of the law and instrumental “use” of the law in the view of theoretical concepts pertaining to law interpretation, developed under Polish jurisprudence. Hence the paper aims to outline basic problems with the development of semantics from the perspective of political authority’s “claim” to apply the statutory interpretation that involves certain assumptions resulting from a philosophy of the law and/or philosophy of politics which are treated as the appropriate ones (based on non-juridical criteria). In this respect, it seems crucial to analyse possible configurations of the stages of interpretation process (established and labelled by H.Rabault) as a pre- and overdetermination of the semantics which is the basis for law application decisions.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (208) 2016
Warszawa 2016

Alina Jurcewicz, Paweł Popardowski ■

KSZTAŁTOWANIE STRUKTURY AGRARNEJ W POLSCE – KILKA REFLEKSJI NA TLE USTAWY Z 14 KWIETNIA 2016 R. O WSTRZYMANIU SPRZEDAŻY NIERUCHOMOŚCI ZASOBU WŁASNOŚCI ROLNEJ SKARBU PAŃSTWA ORAZ O ZMIANIE NIEKTÓRYCH USTAW

I.

Problem kształtowania struktury rolnej zajmuje zasadnicze miejsce w obrębie regulacji prawnorolnej. W tej materii aktywność regulacyjna państwa skupia się na określeniu modelu relacji własnościowych w rolnictwie i preferencji w zakresie normatywnych podstaw obrotu nieruchomościami rolnymi, a więc zagadnień fundamentalnych z perspektywy produkcji rolnej i funkcjonowania społeczności wiejskiej¹. Ten kontekst sprawia, że problematyce tej nadaje się szczególną rangę w sferze regulacji normatywnej rolnictwa. W niej bowiem

¹ Por. A. Stelmachowski, [w:] T. Dybowski, *System prawa prywatnego. Prawo rzeczowe. Tom 3*, Warszawa 2007, s. 187–193; S. Prutis, *Własność rolnicza według Profesora Andrzeja Stelmachowskiego*, [w:] P. Czechowski (red.), *Prawo rolne*, Warszawa 2013, s. 44–45; T. Kurowska, *Renesans własności rolniczej*, *Przegląd Prawa Rolnego* 2014, nr , s. 28; A. Jurcewicz, P. Popardowski, *Własność w ujęciu prawa polskiego i prawa UE*, „*Studia Iuridica Agraria*” 2011, t. IX, s. 139; M. Korzycka-Iwanow, *Ochrona własności rolniczej w nawiązaniu do koncepcji własności rolniczej Profesora Andrzeja Stelmachowskiego*, *Studia Iuridica Agraria* 2011, t. IX, s. 119–121.

następuje odzwierciedlenie przyjmowanych przez prawodawcę założeń ideowych dotyczących ustroju rolnego państwa².

Odnotować należy, że sygnalizowane zagadnienia mają również istotne znaczenie w sferze gospodarczej i politycznej. Wyznaczone przez prawodawcę ramy normatywne dla kształtowania się stosunków własnościowych w rolnictwie przekładają się w sposób bezpośredni na rzeczywisty potencjał produkcyjny tego sektora³. W szerszym ujęciu decydują one o poziomie życia społeczności wiejskiej⁴. Odniesienia te mają także istotne znaczenie polityczne. Kształtowane w ten sposób zdolności produkcyjne rodzimego sektora rolnego służą zapewnieniu przez państwo bezpieczeństwa żywnościowego swoich obywateli⁵.

² Por. np. K. Stefańska, *Gospodarstwo rodzinne jako element ustroju rolnego*, *Studia Iuridica Agraria* 2004, t. III, s. 171 i nast.; T. Kurowska, *Gospodarstwo rodzinne w świetle art. 23 Konstytucji RP*, [w:] K. Skotnicki, K. Winiarski (red.), *Własność i jej ograniczenia w prawie polskim. Materiały konferencyjne*, Częstochowa 2004, s. 45–59; P. Czechowski, *Opinia indywidualna członka Rady Legislacyjnej do projektu ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego państwa oraz zmianie niektórych innych ustaw*, *Przegląd Legislacyjny* 2003, nr 2, s. 142–144; S. Prutis, *Zróżnicowanie własnościowe gospodarstw rolnych – synchronizacja pojęć*, *Studia Iuridica Agraria* 2014, t. XII, s. 7 i nast. Zob. również w kwestii oddziaływania własności na kształtowanie stosunków społecznych i gospodarczych w ujęciu ogólnym: W. Bienkowski, *Problemy teorii rozwoju społecznego*, Warszawa 1966, s. 151; M. Bednarek, *Przemiany własności w Polsce. Podstawowe koncepcje i konstrukcje normatywne*, Warszawa 1994, s. 7; J. Jabłońska-Bonca, *Własność – w labiryncie interdyscyplinarnych problemów. Kilka uwag wstępnych*, [w:] J. Jabłońska-Bonca (red.), *Krytyka prawa. Niezależne studium nad prawem. Tom I. Własność*, Warszawa 2009, s. 12.

³ Zob. szerzej w tej kwestii: Z. Kołoszko-Chomentowska, L. Sieczko, *Gospodarstwo rodzinne jako podmiot w gospodarce narodowej*, „*Economics and Management*” 2014, nr 1, s. 97–107; W. Poczta, E. Szuba-Barańska, P. Beba, W. Czubak, *Strukturalna i ekonomiczna różnorodność a możliwości rozwoju gospodarstw rodzinnych w UE*, *Więś i Rolnictwo* 2015, nr 1, s. 57–76; W. Michna, *Ewolucja rodzinnych gospodarstw rolnych na rzecz uzyskania odpowiedniej zdolności konkurencyjnej i samowystarczalności żywnościowej kraju*, [w:] *Gospodarstwa rodzinne podstawą europejskiego rolnictwa*, Warszawa 2011, s. 59–62.

⁴ Por. P. Prus, *Współczesne problemy rolnictwa i obszarów wiejskich w Polsce*, *Zeszyty Naukowe SGGW w Warszawie – Problemy Rolnictwa Światowego* 2008, t. 5, s. 134–136. Kontekst związany z oddziaływaniem koncepcji własności i kształtowanych na jej podstawie relacji własnościowych na rzeczywistość społeczną i gospodarczą analizowany jest w literaturze również w ujęciu ogólnym: por. J. Wawrzyniak, *Władza a własność, czyli o wybranych problemach ewolucji stosunków między władzą polityczną a władzą ekonomiczną*, [w:] J. Jabłońska-Bonca (red.), *Krytyka prawa...*, op. cit., s. 140–145. D. Mitrega, I. Ostrój, *Wpływ państwa na zmiany struktury własnościowej w warunkach gospodarki rynkowej*, [w:] J. Żabińska (red.), *Państwo w gospodarce rynkowej*, Katowice 1992, s. 41 i nast.

⁵ Por. R. F. Hopkins, *Food security, policy options and the evolution of state responsibility*, [w:] F. La Monde Tullis, W. L. Hollis (red.), *Food, the state and international policy*

Zaś w relacjach zewnętrznych determinują jego niezależność żywnością (ang. *food sovereignty*)⁶.

II.

W Polsce postulat poprawy struktury agrarnej od lat przywoływany jest jako zasadniczy motyw podejmowanych przez państwo różnorodnych inicjatyw legislacyjnych skierowanych do sektora rolnego. Znaczącym jest jednak, że pomimo wielokrotnie artykułowanych dążeń do wzmocnienia potencjału produkcyjnego rodzimego sektora rolnego poprzez oddziaływanie strukturalne (ochrona przed znacznym rozdrobnieniem gospodarstw rolnych, zapobieganie nadmiernej koncentracji produkcji rolnej oraz zapewnienie prowadzenia działalności rolniczej przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje) podejmowane działania legislacyjne rzadko prowadziły do skutecznej eliminacji negatywnych zjawisk ujawniających się w tym obszarze gospodarki. Co więcej, mając na uwadze perspektywę historyczną można stwierdzić, że podnoszony argument poprawy struktury agrarnej niejednokrotnie stanowił jedynie werbalne uzasadnienie dla działań regulacyjnych dotyczących rolnictwa, służących w zasadzie realizacji doraźnych celów politycznych i w istocie abstrahujących od rozwiązywania rzeczywistych problemów polskiej wsi i rolnictwa. Działania takie często wywoływały skutek odwrotny, potęgując niekorzystne tendencje i zjawiska strukturalne na polskiej wsi.

Wspomniane skutki wynikały częstokroć z regulacji dotyczących obrotu nieruchomościami rolnymi stanowiących w okresie PRL, które opierały się m.in. na wyróżnieniu obrotu takimi nieruchomościami w obszarze regulacji cywilnoprawnej⁷. I chociaż w odniesieniu do środków produkcji rolnej – odmiennie niż w większości państw tzw. bloku wschodniego – nie zdecydowano się na ich

economy. Dilemmas of developing countries, Lincoln – London 1986, s. 4–5; K. Mechlem, *Food Security and the Right to Food in the Discourse of the United Nations*, *European Law Journal* 2004, v. 10, nr 2, s. 637; D. Gualtieri, *Right to Food, Food Security, and Food Aid Under International Law, or the Limits of a right-based approach*, *Future of Food: Journal on Food, Agriculture and Society* 2013, v. 1, nr 2, s. 19–21.

⁶ Por. H. M. Haugen, *Food Sovereignty – An Appropriate Approach to Ensure the Right to Food?*, *Nordic Journal of International Law* 2009, v. 78, s. 264 i s. 273.

⁷ Por. A. Jurcewicz, *Problematyka prawna ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego (na tle zarysu historycznego w sferze obrotu nieruchomościami rolnymi)*, *Więś i Rolnictwo* 2006, nr 1, s. 71–72 oraz W. Jurcewicz, *Ewolucja regulacji prawnej dotyczącej gospodarowania gruntami rolnymi w latach 1944–1984*, *Więś i Rolnictwo* 1985, nr 1, s. 39.

jednorazowe i całościowe upaństwowienie⁸, to jednak mając na uwadze postanowienia wielu regulacji prawnorolnych, bardzo wyraźnie zarysowana była tendencja do stopniowego „uspołeczniania” nieruchomości rolnych stanowiących własność prywatną. Realizacja tego celu następowała głównie poprzez wprowadzenie rozbudowanego systemu ograniczeń w obrocie nieruchomościami rolnymi *inter vivos* i *mortis causa*⁹. Wymogi normatywne dotyczące przeniesienia własności nieruchomości rolnych *inter vivos*, a przede wszystkim praktyka ich stosowania przez organy państwowe, w swej istocie skutkowały wyłączeniem obrotu prywatnego¹⁰. W ujęciu merytorycznym rozwiązania te skorelowane były z przepisami dotyczącymi dziedziczenia gospodarstw rolnych. W oparciu o nie wprowadzono rozbudowane ograniczenia podmiotowe przy dziedziczeniu gospodarstw rolnych, co prowadziło do preferowania państwa w kręgu spadkobierców. Znaczącym jest przy tym, że przy powoływaniu się przez ustawodawcę na konieczność podejmowania działań legislacyjnych nastawionych na ograniczenie zjawiska rozdrobnienia gospodarstw rolnych oraz zapewnienie ich prowadzenia przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje, mieliśmy raczej do czynienia z dążeniem do (przynajmniej częściowego) wkomponowania rolnictwa w założenia ideowe właściwe dla gospodarki opartej na systemie nakazowo-rozdzielczym niż rzeczywistym dążeniem do poprawy struktury agrarnej polskiego rolnictwa. Podporządkowanie legislacji rolnej temu właśnie celowi, wbrew formalnie artykułowanym dążeniom do poprawy struktury agrarnej, w praktyce dysfunkcjonalnie oddziaływało na model stosunków własnościowych na polskiej wsi. Sprawdzało się ono do preferowania uspołecznionych form działalności rolniczej¹¹, w których produkcja prowadzona była w ramach wielkoobszarowych, ale często nieefektywnych gospodarczo, państwowych gospodarstwach rolnych (PGR). Sprzyjało to także nieformalnemu obrotowi nieruchomościami rolnymi oraz po-

⁸ Por. szerzej w tej kwestii P. Popardowski, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Przepisy wprowadzające. Część ogólna. Własność i inne prawa rzeczowe. Tom I*, Warszawa 2013, s. 258–260.

⁹ A. Jurcewicz, *Problematyka prawna...*, s. 73.

¹⁰ A. Jurcewicz, P. Popardowski, *Własność w rolnictwie – ujęcie systemowe z perspektywy prawa krajowego i unijnego*, *Studia Prawnicze* 2014, nr 1, s. 36–37.

¹¹ Taki model pozwalał na uspołecznienie pozostającej dotychczas w rękach prywatnych pewnej liczby prywatnych gospodarstw rolnych, a tym samym możliwość – również na płaszczyźnie produkcji rolnej – realizacji podstawowego założenia ideologicznego państwa socjalistycznego, jakim był monopol państwa w odniesieniu do środków produkcji. Por. A. Jurcewicz, *Problematyka...*, s. 75; A. Lichorowicz, *Szczególny porządek dziedziczenia gospodarstw rolnych w Polsce po orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z 31.01.2001 r.*, *Rejent* 2001, nr 9, s. 88–89, P. Popardowski, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks...*, t. I, s. 256.

głębianiu się rozdrobnienia powierzchniowego gospodarstw rolnych pozostających poza sferą upaństwowienia¹².

III.

Przemiany ustrojowe w Polsce po 1989 r. zaowocowały nowymi regulacjami prawnymi w przedmiocie obrotu nieruchomościami rolnymi. Zmiany koncentrowały się przede wszystkim na zniesieniu uprzywilejowania upaństwowionych form własności (w tym również własności rolnej) oraz zniesieniu odrębności obrotu nieruchomościami rolnymi na płaszczyźnie regulacji cywilnoprawnej¹³.

¹² Regulacja prawnorolna w okresie PRL w praktyce prowadziła do całkowitego zahamowania obrotu nieruchomościami rolnymi. W literaturze zwraca się uwagę, że efekty takich rozwiązań normatywnych były negatywne. Podkreśla się, że niezwykle rygorystyczne ujęcie mechanizmu obrotu nieruchomościami rolnymi, a przede wszystkim praktyka stosowania właściwych rozwiązań normatywnych, prowadziła do osłabienia poczucia własności wśród chłopów, przyczyniając się tym samym do upadku szeregu gospodarstw rolnych. Praktyczne wykluczenie możliwości przeniesienia własności nieruchomości rolnych sprzyjało rozwojowi zjawiska nieformalnego obrotu nieruchomości rolnymi. Znaczące jest to, że skutki owego nieformalnego obrotu były bardziej trwałe i dalekosiężne niż same, dość przecież radykalne, ograniczenia obrotu. Po pierwsze, w wyniku dokonywania wielkiej liczby nieformalnych transakcji obrotu ziemią, wystąpiło ogromne zamieszanie w stosunkach własnościowych na wsi. Z jednej strony nawarstwiały się niezgodności między stanem prawnym a stanem faktycznym, powodujące w dużej mierze dezaktualizację (tam gdzie w ogóle istniały) ksiąg wieczystych lub ewidencji gruntów. Po drugie, przeprowadzanie transakcji nieformalnych (w pewnych przypadkach akceptowanych nawet przez urzędników) wywoływało niekorzystne zmiany w świadomości prawnej rolników, w ich podejściu do prawa. W sytuacji „erozji” legalistycznych postaw, stanowiących skutek formalnego zahamowania obrotu gruntami rolnymi, utwierdziło się w chłopach przeświadczenie, że prawo można skutecznie omijać. Nastąpiło więc ogólne osłabienie poczucia praworządności wśród chłopów i aparatu urzędniczego. Zjawiska te w żaden sposób nie przyczyniały się do wzmacniania strukturalnego polskiego rolnictwa. Wręcz przeciwnie potęgowały one chaos przy określaniu struktury własnościowej na wsi i w istocie wykluczały możliwość realnego oddziaływania państwa na wielkość gospodarstw rolnych, a tym samym ich potencjał produkcyjny.

¹³ Jednym z podstawowych założeń transformacji ustrojowej było bowiem przeprowadzenie zmian w sferze własnościowej. Ich istota wyrażała się w odstąpieniu od deklarowanej na gruncie ówczesnego prawodawstwa marksistowskiej koncepcji własności zakładającej dywersyfikację własności i środków jej ochrony na rzecz jednolitego pojęcia własności oraz rezygnacji ze zróżnicowania pod względem podmiotowym przysługujących właścicielowi środków ochrony jego prawa. W tym właśnie modelu własności ustawodawca upatrywał bowiem fundamentu dla nowo kształtującego się ustroju społeczno-gospodarczego opartego na idei społecznej gospodarki rynkowej. Zerwanie z marksistowską teorią własności, a co za tym idzie również z eksponowaną na tle ówczesnego

Dla niektórych wynikająca z tego liberalizacja obrotu nieruchomościami rolnymi stanowiła stan właściwy, odzwierciedlający zasadnicze założenia ideowo-ustrojowe dotyczące gospodarki wolnorynkowej¹⁴. W przeważającej części wypowiedzi zasadnie jednak akcentowano konieczność wprowadzenia różnorodnych rozwiązań, które – uwzględniając uwarunkowania właściwe dla obrotu wolnorynkowego – będą jednocześnie oddziaływać stymulująco na funkcjonowanie sektora rolnego, w tym przede wszystkim poprzez kształtowanie efektywnej struktury agrarnej¹⁵. Podejście to wynikało z postrzegania rolnictwa jako szczególnego obszaru działalności wytwórczej człowieka, przede wszystkim ze względu na specyficzne uwarunkowania gospodarcze oraz silne oddziaływanie w jego obrębie wartości ogólnospołecznych¹⁶. W konsekwencji akcentowano konieczność modyfikacji istniejących lub wprowadzania odrębnych rozwiązań dotyczących rolnictwa w stopniu pozwalającym na skuteczne rozwiązywanie problemów związanych z funkcjonowaniem sektora rolnego oraz wspierających jego zrównoważony rozwój¹⁷. Znaczącym jest, że przy akceptacji tego wyjściowego

prawodawstwa preferencją własności uspołecznionej, miało otworzyć drogę do rozwoju własności prywatnej nie tylko w odniesieniu do dóbr konsumpcyjnych, ale także środków produkcji. W swoich założeniach docelowy model gospodarki zakładał bowiem sprywatyzowanie całości gospodarki z pozostawieniem jedynie niektórych, istotnych z punktu widzenia szeroko rozumianego bezpieczeństwa państwa, przedsiębiorstw państwowych zarządzanych w formach skomercjalizowanych. por. M. Bednarek, *Koncepcja własności w dobie transformacji ustrojowej w Polsce*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1993, z. 4, s. 448; S. Rudnicki, *Własność nieruchomości*, Warszawa 2008, s. 13–14; A. Stelmachowski, [w:], T. Dybowski (red.), *System...*, op. cit., s. 89 i nast.

¹⁴ L. Balcerowicz, *Wieś, rolnictwo, wolny rynek. Rozszerzony tekst wykładu prof. L. Balcerowicza wygłoszonego 18 marca 1993 r. w Szkole Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie*, Warszawa 1993.

¹⁵ W. Ciechoński, *Interwencjonizm państwowy w rolnictwie i obrocie rolnym*, Poznań 1997, s. 5; A. Woś, *Interwencjonizm państwowy i globalizacja w polityce rolnej*, Zagadnienia Ekonomiki Rolnej 2005, nr 4, s. 6; J. F. N. Swinner, *Political Economy of Agricultural and Food Policies: Recent Contributions, New Insights, and Areas for Further Research*, Applied Economic Perspectives and Policy 2010, v. 32, nr 1, s. 36.

¹⁶ J. Wilkin, *Rolnictwo a społeczeństwo – ewolucja funkcji i relacji*, [w:] A. Rosner (red.), *Uwarunkowania i kierunki przemian społeczno-gospodarczych na obszarach wiejskich*, Warszawa 2005, s. 22.

¹⁷ Zob. szerzej na temat zrównoważonego rozwoju rolnictwa: A. Sadowski, *Gospodarstwo rolne a koncepcja zrównoważonego rozwoju obszarów wiejskich*, JARD 2009, z. 2, s. 170; M. Maciejczak, *Rolnictwo i obszary wiejskie źródłem dóbr publicznych – przegląd literatury*, Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie. Ekonomika i Organizacji Gospodarki Żywnościowej 2009, nr 75, s. 121; J. Wilkin, *Uwarunkowania rozwoju polskiego rolnictwa w kontekście europejskim i globalnym. Referat przygotowany na VIII Kongres Ekonomistów Polskich „Polska w gospodarce światowej – szanse i zagrożenia rozwoju” Warszawa, 29 listopada 2007 r.*, s. 17–18 – opracowanie dostępne na stronie internetowej: www.pte.pl/pliki/0/247/pte-kongreswilkin.doc [data dostępu:

założenia regulacyjnego wśród przedstawicieli doktryny zarysowały się różnice co do metody i zakresu kreowanej odrębności regulacji prawnorolnej. Rozbieżności w tym zakresie dotyczyły między innymi kwestii fundamentalnych, czy w celu poprawy struktury agrarnej stosować należy instrumenty cywilnoprawne czy też publicznoprawne.

Wśród możliwych do zastosowania ujęć koncepcyjnych ustawodawca zdecydował się oprzeć mechanizm oddziaływania strukturalnego na instrumentach o charakterze prywatnoprawnym. Odzwierciedleniem takiego podejścia jest ustawa z 11.03.2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego¹⁸. Pomimo jednoznacznego eksponowania w swojej treści dążeń do wzmocnienia struktury agrarnej polskiego rolnictwa, ustawa ta nie spełnia wiązanych z nią oczekiwań. Wśród przedstawicieli doktryny prawa rolnego¹⁹ oraz praktyków²⁰ podnoszone są liczne mankamenty dotyczącego tego aktu prawnego. Pod względem merytorycznym podnoszone zarzuty mają charakter zasadniczy, gdyż odwołują się one do *ratio* przyjętej ustawy. Wskazuje się między innymi na brak dostosowania wprowadzanych instru-

7.10.2016 r.].

¹⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 803 ze zm.

¹⁹ Por. np. S. Prutis, *Kształtowanie ustroju rolnego – próba nowej regulacji ustawowej*, Przegląd Legislacyjny 2005, t. V, s. 168 i nast.; A. Lichorowicz, *Instrumenty oddziaływania na strukturę gruntową Polski w ustawie z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2004, z. 2, s. 385 i nast.; A. Lichorowicz, *Regulacja obrotu gruntami rolnymi według ustawy z 11 kwietnia 2003 r. na tle ustawodawstwa agrarnego Europy Zachodniej*, Przegląd Legislacyjny 2004 nr 3, s. 11 i nast.; Z. Truszkiewicz, *Przeniesienie własności nieruchomości rolnej w świetle ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego*. Część I, Rejent 2003, nr 9, s. 48 i nast.; L. Błądek, *Niektóre rozważania na temat ustawy z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego*, Rejent 2003, nr 9, s. 140 i nast.; D. Łobos-Kotowska, *Ochrona gospodarstwa rodzinnego w procesie zbywania nieruchomości rolnych przez Agencję Nieruchomości*, [w:] K. Skotnicki, K. Winiarski (red.), *Własność i jej ograniczenia...*, s. 133; T. Kurowska, *Ochrona gospodarstwa rodzinnego – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, Studia Iuridica Agraria 2010, t. VII, s. 21 i nast.; E. Klat-Górska, *Ograniczenia w nabywaniu własności nieruchomości rolnych według ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego (cz. II)*, Rejent 2004, nr 6, s. 86; J. Matys, *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego – uwagi ogólne*, Studia Iuridica Agraria 2015, t. XII, s. 199 i nast.; P. Czechowski, P. Wieczorkiewicz, *Problemy ingerencji prawnej w swobodę obrotu nieruchomościami rolnymi w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego i jej wpływ na interpretację ustawodawstwa krajowego*, Studia Iuridica Agraria 2005, nr 5, s. 39 i nast.

²⁰ Na ten aspekt wprost wskazuje J. Matys, *Ustawa o kształtowaniu ustroju...*, s. 200; E. Gniewek, *Obowiązki notariusza w świetle współczesnych ograniczeń obrotu nieruchomościami rolnymi*, [w:] E. Gniewek (red.), *Zawieranie i wykonywanie umów. Wybrane zagadnienia*, Wrocław 2004, s. 29 i nast.; T. Ciodyk, T. Zagórski, P. Iwaszkiewicz, *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego w praktyce*, Studia Iuridica Agraria 2005, t. IV, s. 143 i nast.

mentów prawnych wobec zakładanych celów ustawy (brak adekwatności pomiędzy przyjmowanymi celami ustawy a jej rzeczywistym oddziaływaniem), słabość w zastosowaniu techniki legislacyjnej wyrażająca się w nieprecyzyjnej siatce pojęciowej²¹ oraz zastrzeżenia co do zgodności ustawy z Konstytucją RP²² i prawem unijnym²³. Dla niektórych przedstawicieli doktryny stopień dostrzeganych wad ustawy z 2003 r. był na tyle istotny, że wprost wskazywano na konieczność dokonania zasadniczych zmian normatywnych, które nie będą sprowadzać się do nowelizacji tego aktu prawnego, lecz stanowić będą podstawę uchwalenia nowej ustawy dotyczącej kształtowania ustroju rolnego²⁴.

Powyższe zarzuty w pełni oddają istotę zastrzeżeń, jakie można zgłosić wobec ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego. Podkreślenia wymaga, że pomimo licznych jej nowelizacji ustawodawca nie zdecydował się na zasadnicze zmiany przyjętych rozwiązań. Taki stan rzeczy na swoje źródło w złożonym kontekście uwarunkowań politycznych. Po pierwsze, wynika on z braku wypracowania jednolitej i aprobowanej przez wszystkie siły polityczne koncepcji rozwoju rolnictwa, która pozwalałaby na urzeczywistnienie konstytucyjnej idei gospodarstwa rodzinnego (art. 23 Konstytucji RP). Po drugie, traktowania kwestii rolnej jako zagadnienia służącego przede wszystkim realizacji doraźnych celów politycznych. Nie jest przypadkiem, że problemy polskiej wsi i rolnictwa „odżywają” ze szczególnym natężeniem w okresie wyborczym i postrzegane są przede wszystkim jako źródło generowania kapitału politycznego. W konsekwencji podejmowane działania normatywne często nastawione są na realizację partykularnych interesów grup wpływu nie zawsze przy tym równoważnych z zadaniami służącymi reformie polskiego rolnictwa. Po trzecie, można wskazać na występującą tendencję

²¹ A. Lichorowicz, *Regulacja obrotu gruntami rolnymi...*, s. 9 i nast.

²² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.). Dostrzegane wątpliwości stanowiły także kanwę dla analizy podjętej przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 18 marca 2010 r., sygn. akt K 8/08, publ. OTK-A 2010, nr 3, poz. 23.

²³ A. Lichorowicz, *Regulacja obrotu gruntami rolnymi...*, s. 9 i nast.; M. Matczyński, *W kwestii zgodności ustawy z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego z prawem europejskim w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Rejent 2004, nr 9, s. 73 i nast.

²⁴ W tym względzie charakterystyczne są wypowiedzi prof. S. Prutisa, który wskazywał na konieczność opracowania nowej regulacji ustawowej dotyczącej ustroju rolnego. Wprost wskazywał, że w krótkim okresie obowiązywania ustawy da się wyróżnić w tym akcie prawnym błędy, nieścisłości, mankamenty na tyle poważne, że nie można ich poprawić w drodze nowelizacji. Jednocześnie podkreślał on, że praktyczna działalność Agencji Nieruchomości Rolnych w oparciu o przyjęte mechanizmy, nie zapewnia realizacji zasad kształtowania ustroju rolnego. Por. S. Prutis, *Kształtowanie ustroju rolnego...*, s. 168 i nast.

do niepodjęcia działań służących uwzględnianiu zasadniczych uwarunkowań dotyczących funkcjonowania rolnictwa. Kwestia niechęci prawodawcy do wprowadzania zmian w istniejącym *status quo* nie dotyczy wyłącznie zagadnień związanych z obrotem nieruchomościami rolnymi. W istocie sprowadza się ona do całego obszaru regulacji rolnej. Tytułem przykładu wystarczy wskazać na brak wprowadzenia regulacji prawnej dotyczącej tak istotnej – z perspektywy społeczności wiejskiej – kwestii, jak zagadnienie ubezpieczenia społecznego rolników uwzględniające orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego. Nadal bowiem, pomimo stwierdzenia przez Trybunał niezgodności z konstytucją przepisów dotyczących ubezpieczenia społecznego rolników z KRUS²⁵, nie wprowadzono stosownych rozwiązań, które uporządkowałyby istniejącą w tym względzie lukę legislacyjną. Nadmienić w tym miejscu należy, że brak determinacji w podejmowaniu działań reformujących wyznaczone ramy prawne dla funkcjonowania sektora rolnego jest zjawiskiem występującym w większości współczesnych gospodarek wolnorynkowych opartych na interwencjonistycznym i protekcjonistycznym podejściu do funkcjonowania sektora rolnego. W naukach politycznych wprost wskazuje się, że taki stan rzeczy kreuje rolnicze państwo dobrobytu (ang. *agricultural welfare state*), co wiąże się z równoczesną presją polityczną ze strony rolników i społeczności wiejskiej dążącą do utrzymania istniejących uwarunkowań przypisywanych dla tego obszaru aktywności wytwórczej człowieka²⁶.

W Polsce w kwestii kształtowania struktury agrarnej mamy do czynienia ze stanem dalekim od realnego oddziaływania na tę sferę działalności rolniczej. Obowiązująca ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego, wbrew artykułowanemu jednoznacznie w tytule tego aktu oddziaływania na ustrój rolny, realizuje te zamierzenia w sposób na wskroś niedoskonały. Koncepcja normatywna zakładająca kluczową rolę Agencji Nieruchomości Rolnych Skarbu Państwa, jako dysponenta zasobu nieruchomości rolnych i podmiotu stymulującego właściwy kierunek rozwoju struktur rodzimego rolnictwa (unikanie rozdrobnienia gospodarstw rolnych, zapobieganie procesom zbytnej koncentracji nieruchomości rolnych oraz zapewnienie prowadzenia gospodarstw rolnych przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje zawodowe) nie przyniosła oczekiwanych rezultatów²⁷. Wprawdzie, jak pokazują dane statystyczne, występuje tendencja do powiększa-

²⁵ Wyrok TK z 26.10.2010 r., sygn. akt K 58/07, publ. OTK-A 2010, nr 8, poz. 80.

²⁶ K. Gorlach, *Socjologia obszarów wiejskich. Problemy i perspektywy*, Warszawa 2004, s. 14–15.

²⁷ Por. P. Czechowski, A. Niewiadomski, *Propozycje reformy rozwiązań instytucjonalnych dotyczących państwowych nieruchomości rolnych*, *Studia Iuridica Agraria* 2011, t. IX, s. 22.

nia się areалу gospodarstw rolnych (w 2002 r. średnia wielkość gospodarstwa rolnego wynosiła 5,8 ha; w 2011 r. – 9,1 ha, 2013 r. – 10,2). Nadal jednak ponad połowa gospodarstw w Polsce użytkuje nie więcej niż 5 ha użytków rolnych, a $\frac{3}{4}$ gospodarstw mniej niż 10 ha.²⁸ Dane te pokazują, że nadal w polskim rolnictwie dominują gospodarstwa o niskim areale uprawnym, co oznacza ograniczone zdolności produkcyjne i małą ich konkurencyjność na rynku²⁹. Ponad 10-letnia działalność ANR nie zmieniła zatem w sposób znaczący uwarunkowań strukturalnych polskiego rolnictwa. Jak trafnie wskazuje się w literaturze, już w momencie wyjściowym możliwości skutecznego działania ANR były znacząco ograniczone ze względu na przyjęcie zasady samofinansowania jej działalności. W konsekwencji środki finansowe, jakie ANR mogła przeznaczyć na realizację jej celów ustawowych, nie były (i nadal nie są) adekwatne wobec jej rzeczywistych potrzeb. W praktyce oznacza to istotne ograniczenie możliwości wykorzystania przez ANR kompetencji wynikających z prawa pierwokupu w przypadkach, gdy zbycie nieruchomości rolnej będzie negatywnie oddziaływało na kształtowanie się struktury agrarnej.

IV.

Ustawa z 14.04.2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Państwowego Zasobu Nieruchomości Rolnych Skarbu Państwa oraz zmianie niektórych innych ustaw³⁰ stanowi kolejny wyraz aktywności legislacyjnej związanej z kształtowaniem struktury agrarnej. Utrzymuje dotychczasowy model oddziaływania państwa na strukturę agrarną. *In meritum* odwołuje się ona zatem do problematyki obrotu nieruchomościami rolnymi, w której nadal upatruje się zasadniczego obszaru oddziaływania strukturalnego. Ustawa zachowuje również zasadnicze założenia dotyczące mechanizmu oddziaływania na strukturę agrarną przyjęte w ustawie z 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego. Wynikające z niej modyfikacje w zakresie uwarunkowań dotyczących obrotu nieruchomościami rolnymi mają jednak na tyle istotne odniesienia praktyczne, iż warto poddać je analizie w niniejszym opracowaniu.

Z uzasadnienia do projektu omawianej ustawy wynika, iż podjęta działalność legislacyjna nastawiona jest przede wszystkim na ochronę polskiej ziemi rolnej przed spekulacyjnym jej nabywaniem przez podmioty zagraniczne,

²⁸ J. Matys, *Ustawa o kształtowaniu ustroju...*, s. 202–203.

²⁹ Ibidem, s. 203.

³⁰ Dz.U. z 2016 r. Nr 585 – cyt. dalej jako ustawa o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości rolnych.

które – jak wprost wskazuje ustawodawca – nie gwarantują zgodnego z interesem społecznym wykorzystania nabytej ziemi na cele rolnicze³¹. W zjawisku tym dostrzega bowiem zagrożenia dla bezpieczeństwa żywnościowego i zapewnienia właściwego rozwoju strukturalnego polskiego rolnictwa. Tym samym zachodzi konieczność wprowadzenia stosownych instrumentów ochronnych pozwalających na unikanie sytuacji, w których nieruchomości rolne nabywane są w celach niezwiązanych z działalnością rolniczą. Wskazać także należy, że źródeł wskazanych powyżej zagrożeń ustawodawca dopatruje się przede wszystkim w skutkach wygaśnięcia z dniem 1.05.2016 r. okresu przejściowego, w którym to – zgodnie z art. 4.2. XII załącznika do Traktatu Akcesyjnego – wyłączono możliwość nabywania nieruchomości rolnych przez obywateli państw członkowskich UE. W uzasadnieniu podkreśla się, że pomimo upływu tzw. okresu ochronnego nadal występują istotne dysproporcje w wartości nieruchomości rolnych oraz wysokości uzyskiwanych dochodów przez obywateli polskich względem pozostałych państw UE (przede wszystkim tzw. starej UE). W konsekwencji obywatele państw członkowskich UE będą posiadali przewagę ekonomiczną wobec polskiego rolnika przy nabywaniu nieruchomości³². Nabywanie przez nich nieruchomości rolnych może być przy tym traktowane wyłącznie jako forma lokaty kapitału i nie będzie wiązało się z prowadzeniem działalności rolniczej. Takie implikacje mogą zaś w sposób niekorzystny przekładać się na uwarunkowania strukturalne polskiego sektora rolnego.

Zarysowana powyżej motywacja stanowiła podstawę do wprowadzenia rozwiązań zakładających: 1) czasowe wyłączenie sprzedaży nieruchomości rolnych lub ich części wchodzących w skład Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa; 2) ograniczenia podmiotowe przy przenoszeniu własności nieruchomości rolnych; 3) zwiększenie kontroli obrotu nieruchomościami rolnymi oraz umocnienie pozycji ANR przy przenoszeniu ich własności. Znaczącym jest także, że jakkolwiek zasadnicze zagrożenia ustawodawca dostrzega w nabywaniu nieruchomości przez podmioty pochodzące z państw obcych, to rozwiązania zawarte w ustawie dotyczą także obywateli polskich. Przyjęcie takiego zakresu podmiotowego ustawy uzasadnia się dążeniem do zapewnienia skuteczności rozwiązań stanowionych w tym akcie poprzez unikanie ich obchodzenia w wyniku czynności prawnych dokonywanych przez obywateli polskich (tzw. słupów) na rzecz obywateli państw obcych³³.

³¹ Uzasadnienie do projektu ustawy s. 2.

³² Ibidem, s. 4.

³³ Ibidem, s. 8.

V.

Przed przystąpieniem do analizy niektórych rozwiązań stanowiących w ustawie z 14.04.2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości z Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa Autorzy chcą podkreślić, że dostrzegają potrzebę i zasadność podejmowania inicjatyw legislacyjnych zmierzających do wsparcia strukturalnego polskiego rolnictwa. Słabości ekonomiczne ujawniające się w tym obszarze gospodarki oraz związane z nimi istotne odniesienia społeczne, które nie znajdują bezpośredniego przełożenia w mechanizmie rynkowym, wymagają podejmowania przez państwo działań pozwalających na ochronę tego sektora oraz stymulujących jego rozwój.

Podkreślić trzeba, że oddziaływanie państwa na kształt struktury agrarnej koncentruje się w głównej mierze na ingerencji w sferę uprawnień właścicielskich rolników. W ujęciu prawodawstwa krajowego dominują bowiem te instrumenty wspierania potencjału produkcyjnego gospodarstw, które odwołują się wprost do czynnika niezbędnego przy produkcji rolnej, jakim jest ziemia (nieruchomość rolna), oraz zakresu władztwa realizowanego przez rolnika w stosunku do tego przedmiotu. Oddziaływanie na struktury rolne zatem w swojej istocie opiera się na poszukiwaniu równowagi pomiędzy przyjmowaną przez prawodawcę preferencją w zakresie kształtowania tych struktur (w szerszym zaś ujęciu konstytuującą uwarunkowania ustroju rolnego) a koncepcją własności i wyznaczaną w jej obrębie sferą władztwa jednostki nad rzeczą. Wymaga to zatem tworzenia wyłącznie takich rozwiązań, które będą niezbędne dla realizacji zakładanych celów strukturalnych. Przekłada się to także na postrzeganie skuteczności stanowiących rozwiązań, ta zaś – o czym już wspomniano – stanowi istotną słabość współczesnej regulacji prawnorolnej.

Niestety, ustawa z dnia 14.04.2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Państwowego Zasobu Rolnego Skarbu Państwa powiela wiele „niedoskonałości”, krytykowanych w dotychczasowej regulacji. Wskazać można szereg zastrzeżeń związanych ze skutecznością i adekwatnością stanowiących przez nią rozwiązań dla ochrony strukturalnej polskiego rolnictwa oraz stymulowania jego rozwoju.

Trzeba podkreślić, że ustawa przewiduje wstrzymanie sprzedaży nieruchomości Państwowego Zasobu Rolnego Skarbu Państwa przez okres 5 lat od wejścia jej w życie (art. 1 ustawy). Obrót takimi nieruchomościami dopuszcza się jedynie wyjątkowo w odniesieniu do niektórych kategorii nieruchomości rolnych (art. 2 ust. 1). Przewiduje się również sprzedaż nieruchomości lub ich części, innych niż objęte wyłączeniem z art. 2 ust. 1 ustawy, na podstawie decyzji Ministra Rolnictwa wydanej na wniosek Prezesa Agencji Nieruchomości

Rolnych, jeżeli za dopuszczeniem do sprzedaży przemawiają względy społeczno-gospodarcze. Wprowadzone rozwiązanie, jak wskazuje się w uzasadnieniu ustawy, ma służyć ochronie „polskiej ziemi rolnej” przed jej wykupem przez podmioty zagraniczne, dla których nabywanie nieruchomości rolnych traktowane jest jako jedna z form lokaty kapitału. Znamienne jest przy tym, że źródła tak postrzeganej relacji na krajowym rynku nieruchomości rolnych upatruje się w niskiej, względem pozostałych państw członkowskich UE, dochodowości działalności rolniczej, co – w przekonaniu ustawodawcy – prowadzi do zmniejszenia ich zdolności konkurowania przy nabywaniu nieruchomości rolnych należących do Państwowego Zasobu Rolnego Skarbu Państwa. Pomimo takiego postrzegania motywów podjętych działań legislacyjnych ustawodawca zdecydował się na wstrzymanie sprzedaży nieruchomości Zasobu również w odniesieniu do obywateli RP (a w praktyce polskich rolników). Skutkiem wejścia w życie ustawy z 14.04.2016 r. może być zatem istotne ograniczenie możliwości zwiększania zdolności produkcyjnych przez polskich rolników poprzez nabywanie nieruchomości należących do Państwowego Zasobu Rolnego Skarbu Państwa. W szerszym ujęciu przekłada się to również na ograniczenie możliwości zwiększania potencjału dochodowego polskiego sektora rolnego. Nabywanie nieruchomości z Państwowego Zasobu Rolnego Skarbu Państwa stanowiło bowiem dotychczas jedno z zasadniczych źródeł powiększania areału uprawnego polskich gospodarstw rolnych, a tym samym wzmacniania strukturalnego rodzimego sektora rolnego. Rozwiązania wprowadzone w ustawie mogą zatem prowadzić do zahamowania dostrzeganego trendu, wskazującego na niewielką, stopniową poprawę struktury powierzchniowej polskich gospodarstw rolnych. Wprawdzie ustawa ta dopuszcza możliwość nabycia nieruchomości w okresie wyłączenia obrotu na podstawie stosownej decyzji Ministra Rolnictwa, to jednak jej wydanie determinowane jest przez kryterium „względów społeczno-gospodarczych” (art. 2 ust. 2 ustawy). Oznacza to znaczącą relatywizację ocen przy wydawaniu decyzji przez Ministra Rolnictwa i w istocie uzależnienie uzyskania zgody na nabycie nieruchomości z Państwowego Zasobu Rolnego Skarbu Państwa od przyjmowanej pragmatyki działania Ministra Rolnictwa w kwestii oceny zgłaszanych wniosków, która – co należy podkreślić – pozbawiona jest odniesień do obiektywnych kryteriów oceny. Znamionnym jest, że wydanie stosownej decyzji uzależnione jest od wystąpienia z wnioskiem przez Prezesa Agencji Nieruchomości Rolnych i także tutaj ustawodawca nie wprowadza żadnych obiektywnych przesłanek, wskazujących na podjęcie stosownej aktywności. W praktyce mechanizm ten nie tylko będzie zniechęcał rolników do podejmowania działań inwestycyjnych z wykorzystaniem nieruchomości należących do Państwowego Zasobu Rolnego Skarbu Państwa, ale jednocześnie stwarza szerokie pole do nadużyć ze względu

na brak wprowadzenia jednoznacznych kryteriów uzasadniających dopuszczenie sprzedaży nieruchomości na podstawie decyzji Ministra Rolnictwa.

Zastrzeżenia zgłosić także należy do wprowadzonych ustawą zmian w ustawie z 11.04.2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego (w skrócie: u.k.u.r.), m.in. w zakresie dotyczącym możliwości nabywania przez spółki prawa handlowego nieruchomości rolnych; przyznania Agencji Nieruchomości Rolnych prawa pierwokupu udziałów i akcji w spółkach prawa handlowego (art. 3a u.k.u.r.) oraz nabycia przez Agencję Nieruchomości Rolnych nieruchomości rolnej stanowiącej własność spółki osobowej w sytuacji zmian w składzie osobowym spółki.

W następstwie nowelizacji u.k.u.r. ograniczono możliwość nabycia nieruchomości rolnych wyłącznie przez rolnika indywidualnego (art. 2a ust. 1 u.k.u.r.), tj. osobę fizyczną będącą właścicielem, użytkownikiem wieczystym, samoistnym posiadaczem lub dzierżawcą nieruchomości rolnych, których łączna powierzchnia użytków rolnych nie przekracza 300 ha, posiadającą kwalifikacje rolnicze oraz co najmniej od 5 lat zamieszkałą w gminie, na obszarze której jest położona jedna z nieruchomości rolnych wchodzących w skład gospodarstwa rolnego i prowadzącą przez ten okres osobiście to gospodarstwo (art. 6 ust. 1 u.k.u.r.). *De lege lata* oznacza to, że nabycie nieruchomości rolnej nie może nastąpić na rzecz spółki prawa handlowego nawet wówczas, gdy zasadniczy przedmiot jej działalności gospodarczej stanowi produkcja rolna. Takie podejście ustawodawcy stanowi nieuzasadnione we współczesnych realiach gospodarczych zawężenie dopuszczalnych form prawnych prowadzenia działalności rolniczej. W wymiarze gospodarczym oznacza to: 1) wykluczenie możliwości zwiększania możliwości produkcyjnych poprzez nabywanie nowych nieruchomości rolnych przez istniejące już spółki handlowe, które prowadzą działalność rolniczą; 2) wyłączenie posługiwania się formą spółki handlowej dla podejmowania działalności rolniczej, a tym samym pozbawienie możliwości wykorzystania tej właśnie formy prawnej dla minimalizowania ryzyka gospodarczego przy prowadzeniu działalności rolniczej.

Wątpliwości budzi również przyznanie Agencji Nieruchomości Rolnych prawa pierwokupu udziałów lub akcji w spółkach kapitałowych, w skład majątku których wchodzi nieruchomości rolne (art. 3a u.k.u.r.). Mianowicie realizacja prawa pierwokupu przez Agencję Nieruchomości Rolnych dotyczyć będzie każdej czynności zbycia udziałów lub akcji w każdej spółce kapitałowej będącej właścicielem nieruchomości rolnej bez względu na stopień odniesienia wartości nieruchomości do wartości całego majątku spółki. W konsekwencji w świetle art. 3a u.k.u.r. Agencja będzie mogła nabyć udziały lub akcje w spółce kapitałowej, której główny przedmiot działalności nie jest związany z produkcją rolną, a nieruchomość rolna ma marginalne znaczenie z punktu widzenia wartości majątku

spółki. Jednocześnie w ustawie nie wprowadza się żadnych rozwiązań, które pozwalałyby na związanie wykonywania prawa pierwokupu z wartością nieruchomości rolnej. Tym samym wykonanie prawa pierwokupu przez Agencję Nieruchomości Rolnych może następować przy zbywaniu udziałów lub akcji, których wartość (stanowiąca odzwierciedlenie stopnia partycypacji w majątku spółki) znacząco przewyższa wartość nieruchomości rolnej stanowiącej własność spółki. Artykuł 3a u.k.u.r. istotnie wzmacnia zatem rolę Agencji Nieruchomości Rolnych w sferze obrotu udziałami lub akcjami spółek kapitałowych. Realizacja tak szeroko ujętego uprawnienia Agencji Nieruchomości Rolnych skutkować może nieuzasadnioną względami merytorycznymi ingerencją podmiotu państwowego w obszarze działalności gospodarczej prowadzonej przez podmioty prywatne w ramach formy spółki kapitałowej. Bez względu bowiem na stopień odzwierciedlenia wartości nieruchomości rolnej w majątku spółki na podstawie art. 3a u.k.u.r. Agencja, w oparciu o przysługujące jej prawo pierwokupu, będzie mogła nabywać udziały lub akcje spółek kapitałowych, a tym samym stawać się uczestnikiem jej struktury korporacyjnej oraz wykonywać wynikające z udziałów lub akcji uprawnienia o charakterze majątkowym i korporacyjnym. Z perspektywy kontrahentów zainteresowanych zbyciem udziałów lub akcji dokonanie takiej czynności będzie obciążone znacznym ryzykiem gospodarczym ze względu na możliwość skorzystania przez Agencję z prawa pierwokupu. Wynikające z art. 3a u.k.u.r. implikacje mają zatem znaczące odniesienia praktyczne. Dla ochrony interesów kontrahentów każdorazowa transakcja zbycia udziałów lub akcji będzie wymagała dokonania uprzednich ustaleń co do tego, czy w skład majątku spółki, której udziały lub akcje są zbywane, nie wchodzi nieruchomość rolna, a tym samym, czy Agencji Nieruchomości Rolnych nie przysługuje prawo pierwokupu. Trudności praktyczne potęguje fakt, iż ze względu na brak ujęcia planami zagospodarowania przestrzennego całości obszaru kraju, mogą występować niejasności w kwestii kwalifikacji konkretnej nieruchomości stanowiącej własność spółki kapitałowej jako nieruchomości rolnej. Poczynienie zaś stosownych ustaleń przez strony na etapie zbywania udziałów lub akcji jest o tyle istotne, że dokonanie tej czynności z pominięciem uprawnień Agencji Nieruchomości Rolnych wynikających z art. 3a u.k.u.r. obciążone jest sankcją nieważności czynności prawnej (art. 559 § 2 w zw. z art. 3a ust. 4 u.k.u.r.).

Odnieść się także należy do zmian wprowadzonych przez ustawę z 14.04.2016 r. w przepisach Kodeksu cywilnego. Tu także, powołując się na potrzebę ochrony struktury gospodarstwa rolnego, wprowadzono istotne modyfikacje dotyczące nieruchomości rolnych. Ustawą znowelizowano między innymi art. 173 k.c. i wyłączono możliwość zasiedzenia nieruchomości rolnej przez podmiot nieposiadający statusu rolnika indywidualnego (art. 173 § 3 k.c.).

W odniesieniu do tego rozwiązania znaczącym jest, iż podważa ono założenia konstrukcyjne właściwe dla instytucji zasiedzenia. Instytucja ta służy bowiem usankcjonowaniu stanów faktycznych, w których podmiot niebędący właścicielem realizuje w sposób długotrwały swoje uprawnienia do rzeczy jako właściciel. Nabycie własności przez podmiot zasiadający jest przy tym konsekwencją braku aktywności w zakresie realizacji uprawnień właścicielskich przez właściciela rzeczy (nieruchomości). Przy takim postrzeganiu instytucji zasiedzenia trudno uznać za słuszne wyłączenie możliwości zasiedzenia nieruchomości rolnej, gdy właściciel tej nieruchomości w sposób długotrwały nie wykonuje władztwa nad rzeczą. Tym samym rozwiązanie to w żaden sposób nie chroni trwałości produkcyjnej gospodarstwa rolnego, gdyż zasiedzenie następuje w odniesieniu do tych nieruchomości, względem których nie są wykonywane przez właściciela uprawnienia władcze, czego przejawem jest m.in. brak rolniczego wykorzystania gruntu (*ius possidendi*). Wskazać również należy na występującą niewspółmierność pozycji przy stosowaniu instytucji zasiedzenia. Rolnik indywidualny może bowiem zasiedzieć każdą nieruchomość bez względu na jej charakter (i ewentualne późniejsze jej przeznaczenie). Natomiast osoba nieposiadająca statusu rolnika indywidualnego może zasiedzieć jedynie te nieruchomości, które nie mają charakteru rolnego. Występujące rozróżnienie, co wskazano powyżej, nie znajduje jednak żadnego przełożenia na zapewnienie właściwego ukształtowania struktury agrarnej w Polsce.

VI.

Zarysowane powyżej uwagi dotyczące regulacji prawnej w zakresie kształtowania struktury rolnej naszego rolnictwa wskazują na istotne niedoskonałości w tej materii. Zasadnicze problemy wynikają z braku ukształtowania jednolitego modelu oddziaływania na strukturę agrarną i podporządkowania tej sfery regulacji doraźnym celom normatywnym. Konsekwencją zaś takiego stanu rzeczy są rozwiązania prawne pozbawione możliwości efektywnego wpływania na poprawę struktury rodzimego sektora rolnego oraz wykazujące znaczące wady legislacyjne. Niestety ustawa z 14.04.2016 r. powiela sygnalizowane niedoskonałości. We wskazanych powyżej obszarach, wynikający z niej rygoryzm w zakresie obrotu nieruchomościami rolnymi, można postrzegać jako czynnik rzutujący na zahamowanie właściwego kształtowania stosunków własnościowych na polskiej wsi. Wzmocnienie zaś roli Agencji Nieruchomości Rolnych w mechanizmie obrotu nieruchomościami rolnymi, przy utrzymaniu dotychczasowego modelu jej funkcjonowania, stwarza istotne obawy co do możliwości zapewnienia warunków

umożliwiających skuteczną realizację przyznanych jej uprawnień. Podkreślić też należy, że podejmowane działania ochronne powinny uwzględniać implikacje wynikające z ingerencji w konstytucyjnie chronione wartości, takie jak własność czy swoboda działalności gospodarczej. Z tego względu za zbyt rygorystyczne należy uznać między innymi wskazane powyżej rozwiązania dotyczące realizacji prawa pierwokupu udziałów lub akcji w spółkach kapitałowych, których składnikiem majątku jest nieruchomości rolna.

SHAPING OF AGRARIAN SYSTEM IN POLAND
– FEW REFLECTIONS IN THE LIGHT OF THE LAW
DATED 14 APRIL 2016 ON THE SUSPENSION OF THE SALE OF
THE AGRICULTURAL REAL ESTATE FROM THE STATE RESERVE

Shaping the Agrarian System is one of the basic topics of the Polish Agricultural Law. The main problem here is to define a proper model of ownership relations in the agricultural sector and principles of the real estate trading. These issues are relevant for both economic and political relations. In economy the influence the real capability of the agricultural sector as well as the standard of living of the agricultural society. In the politics they are treated as the instruments assuring the food security for all the citizens and in the international relations food sovereignty.

The article presents, against the historical background, the solutions provided in the recently adopted law, the main purpose of which was to restrict the possibility of acquiring the agricultural real estate by foreigners. The new law provides a ban for the transfer of state owned agricultural real estate not only to foreigners but also to Polish citizens who are not farmers. It also provides certain other restrictions in this area.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (208) 2016
Warszawa 2016

Cezary Błaszczak ■

OBIEKTYWISTYCZNA TEORIA PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ I JEJ KRYTYKA

Wstęp

Nie ulega wątpliwości, że jednym z najczytelniejszych kryteriów podziału nurtów myśli libertariańskiej czy też doktryn polityczno-prawnych w ogóle jest stosunek do prawa własności. Wszystkich przedstawicieli libertarianizmu łączy bowiem przekonanie o naczelnej pozycji wolności jednostki, lecz – podobnie jak to ma miejsce w liberalizmie – autonomia jednostki może być powiązana z prawem własności prywatnej (wówczas do czynienia mamy z tzw. libertarianizmem prawniczym) albo z prawem do udziału w powszechnie dostępnych dobrach natury (przekonanie charakterystyczne dla odłamu lewicowego)¹.

W konsekwencji libertarianizm propertarianistyczny opiera się na założeniu, że prawo własności jest nie tylko konieczną instytucją prawidłowo urządzonego społeczeństwa (argumentacja konsekwencjonalistyczna), ale także wynika z rozpoznawanego na płaszczyźnie etycznego absolutyzmu prawa autowłasności.

¹ Szerzej na temat typologii nurtów libertariańskich m.in. D. Sepczyńska, *Libertarianizm. Mało znane dzieje pojęcia zakończone próbą definicji*, Instytut Filozofii. Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Olsztyn 2013; J. A. Miron, *Libertarianism, from A to Z*, Basic Books, New York 2010; D. Boaz, *Libertarianizm*, tłum. D. Juruś, Zysk i S-ka, Poznań 2005; M. Modrzejewska, *Libertariańskie koncepcje jednostki i państwa we współczesnej amerykańskiej myśli politycznej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2010; J. Bartyzel, *Geneza i próba systematyki głównych nurtów libertarianizmu*, [w:] W. Bulira, W. Gogłóza (red.), *Libertarianizm. Teoria, praktyka, interpretacje*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2010.

Własność staje się w tym ujęciu wręcz fundamentem, na którym osadzone zostają autonomia i dalsze prawa jednostki. I tak, wolność manifestowana może być w zakresie nieruchomości bądź w odniesieniu do ruchomości uprawnionego, a jedynym ograniczeniem może być tu pojmowana w sposób analogiczny wolność innych. Nawet wolność słowa będzie wynikać z praw majątkowych, np. z tytułu do długopisu i kartki papieru, wydawanego i redagowanego magazynu czy upoważnienia do przebywania w danej przestrzeni. Podobnie wyprowadzane będą antydyskryminacyjne normy prawa pracy (każdy przedsiębiorca ustala je dowolnie w zakresie prowadzonej przez siebie działalności) czy regulacje prawa karnego w zakresie tzw. przestępstw bez ofiar (np. szantaż).

Zdaniem libertarian proprietarianistycznych jedynym legitymizowanym źródłem własności jest kreacja bądź zawłaszczenie dóbr niczych (odbywające się poprzez pracę fizyczną lub przy pomocy intelektu), albo też dobrowolna wymiana. Alternatywą dla opisanych powyżej pierwotnego i wtórnego nabycia tytułu jest naruszenie zasady nieagresji i zabór mienia. W konsekwencji wszelkie ewentualne konflikty społeczne postrzegane są przez libertarian jako wynik mylnego rozpoznania treści lub zakresu prawa własności bądź jego naruszenia. Chociaż teoria państwa blisko związana jest ze spojrzeniem na status własności, stanowisko proprietarianistyczne reprezentują zarówno libertarianie umiarkowani (minarchiści), jak i radykalni (anarchokapitaliści i anarchokonserwatyści)².

Zarysowane powyżej doktrynalne podstawy prawnicowego libertarianizmu pozwalają na określenie mianem „libertariańskiego” także obiektywizmu, systemu filozoficznego stworzonego przez Ayn Rand (właśc. Alyssa Rosenbaum) w połowie XX w.³ Obiektywizm – nazywany również, z powodu piętna, jaki

² Szerzej na temat nurtu proprietarianistycznego m.in. J. Narveson, *The Libertarian Idea*, Broadview Press, Peterborough 2008, passim; H. H. Hoppe, *Ekonomia i etyka własności prywatnej. Studia z zakresu ekonomii politycznej i filozofii*, tłum. K. Nowacki, Fijorr Publishing, Warszawa 2011, passim; N. S. Kinsella, *Against Intellectual Property*, Mises Institute, Auburn 2008, passim; M. N. Rothbard, *Etyka wolności*, tłum. J. Woźniński, Fijorr Publishing, Warszawa 2010, passim; Idem, *Manifest libertariański*, tłum. W. Falkowski, Wydawnictwo Liber: Wydawnictwo Naukowe Sub Lupa, Warszawa 2014, passim; inaczej (odnośnie do zrównywania własności i wolności): F. van Dun, *Freedom and Property: Where They Conflict*, [w:] J. G. Hülsmann, N. S. Kinsella (red.), *Property, Freedom & Society. Essays in Honor of Hans-Hermann Hoppe*, Mises Institute, Auburn 2009, s. 223–236; D. Juruś, *W poszukiwaniu podstaw libertarianizmu*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2012, passim.

³ Przynależność obiektywizmu do doktryny libertariańskiej jest przedmiotem kontrowersji i ożywionej debaty wewnątrz szeroko pojętego ruchu wolnościowego. Randyism jest bowiem nurtem radykalnym i zdystansowanym wobec koncepcji anarchistycznych, a nawet innych ujęć minarchistycznych. Pod wpływem konfliktów personalnych sama autorka „Atlasa Zbuntowanego” stwierdziła nawet, że libertarianizm jest „dokładnym przeciwieństwem” jej własnych poglądów (R. Mayhew (red.), *Ayn Rand Answers*.

odcisnęła na tej myśli jej twórczyni, „randyzmem” – zakłada materialistyczną, całkowicie pozbawioną metafizyki i teizmu wizję świata⁴. Natura nie gwarantuje człowiekowi żadnych praw⁵. Jednostka powinna zatem wyzbyć się złudzeń, ślepej wiary w instytucje społeczne, a następnie przystąpić do samodzielnych starań o życie zgodne ze swoim człowieczeństwem. „By być posłuszną, natura musi być wysłuchana”⁶. Pierwszą zasadą wynikającą z tak radykalnego realizmu był aksjomat tożsamości: „A jest A” (Arystotelesowskie twierdzenie, że każda rzecz jest tożsama z samą sobą), fundament obiektywizmu. Z prawidłowości tej wysnuć można wnioski o charakterze aksjologicznym. Najwyższą wartością dla jednostki jest jej własne życie: rozumne, zgodne z własną wolą postępowanie, ambicja, szacunek do samej siebie i podążanie do własnego szczęścia. W ten sposób z aksjomatu tożsamości wynika przyrodzone prawo podmiotowe do życia oraz „cnota egoizmu” i potępienie altruizmu⁷.

System obiektywistyczny obejmował zarówno etykę, jak i epistemologię, estetykę czy filozofię polityki⁸. System obiektywistyczny ująć można zatem w czterech hasłach, odpowiadających działom filozofii: metafizyka – obiektywne pojmowana rzeczywistość, epistemologia – rozum, etyka – interes własny (egoizm), polityka – kapitalizm (leseferystyczny)⁹. Rand, podobnie jak pozo-

The Best of Her Q&A, s. 72–76, [za:] <http://aynrandlexicon.com/ayn-rand-ideas/ayn-rand-q-on-a-on-libertarianism.html>, 20 października 2016 r.). Wielu libertarian umieszcza jednak obiektywizm w szeroko pojętych ramach doktryny (tak np. R. A. Childs Jr., *Objectivism and the State An Open Letter to Ayn Rand*, <https://www.lewrockwell.com/1970/01/roy-a-childs-jr/objectivism-and-the-state-an-open-letter-to-ayn-rand>, 20 października 2016 r.) i podobnie czyni też autor niniejszego tekstu. Kwestia ta nie wymaga szerszego omówienia, jako że pozostaje bez wpływu na samą obiektywistyczną teorię własności intelektualnej.

⁴ Pośród pozostałych przedstawicieli obiektywizmu warto wskazać Nathaniela Brandena, Leonarda Peikoffa, Yarona Brooka, George’a Reismana, Petera Schwartza, Andrew Bernsteina, Davida Kelleya, Harry’ego Binswanger, Tarę Smith, a także Allana Greenspana.

⁵ A. Rand, *Prawa człowieka*, [w:] *Cnota egoizmu. Nowa koncepcja egoizmu*, tłum. J. Łoziński, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 2015, s. 169–185.

⁶ Idem, *Who Is the Final Authority in Ethics?*, *The Objectivist Newsletter*, Nr 7 1965, [za:] <http://aynrandlexicon.com/lexicon/objectivity.html>, 22 października 2016 r.

⁷ Doktrynalnych korzeni interesu własnego jako fundamentu etyki należałoby poszukiwać nie w Nietzscheańskiej koncepcji *Übermenscha*, ani tym bardziej w teorii zmysłu moralnego Adama Fergusona i Adama Smitha, ale raczej w egoizmie Maxa Stirnera (M. Stirner, *Jedyny i jego własność*, tłum. J. Gajlewicz, A. Gajlewicz, A. Węgrzecki, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2012).

⁸ Szerzej m.in. M. R. Gladstein, [w:] J. Meadowcroft (red.), *Major Conservative and Libertarian Thinkers*. t. 10, *Ayn Rand*, Continuum International Publishing Group, New York 2010, s. 57 i nast.

⁹ Rand pisała: „Zatem to w związku z filozofią należy określać i oceniać charak-

stali propertarianie, nie wypracowała jednak spójnej teorii prawa. W miarę jak słabnie czytelność materialnej podbudowy poszczególnych instytucji prawnych, coraz trudniej o ich precyzyjną klasyfikację i jednomyślność w ramach doktryny. Przedmiotem debaty pośród libertarian były zatem legalność aborcji, dobra osobiste, możliwość dobrowolnego oddania się w niewolę, a nawet sprawa tak fundamentalna, jak właściwy ustrój. Odmienne stanowiska wyrażono także w przedmiocie prawa własności intelektualnej – zagadnieniu szczególnie istotnemu dla Rand, sławiącej ideał *self-made mana* – energicznego przedsiębiorcy, genialnego wynalazcy, błyskotliwego twórcy¹⁰.

Libertariańskie teorie prawa własności intelektualnej podzielić można na odwołujące się do argumentacji ekonomicznej-konsekwencjonalistycznej (m.in. David D. Friedman, Butler Shaffer)¹¹, jak i normatywnej-deontologicznej (tak m.in. Robert Nozick, Ayn Rand, Murray Newton Rothbard)¹². Drugim kryterium podziału jest oczywiście sam stosunek do praw autorskich, własności przemysłowej czy znaków towarowych. I tak wskazać można na teorie afirmujące własność intelektualną (tak właśnie Rand, ale także Andrew Galambos czy Nozick)¹³ bądź ją delegitymizujące (tzw. teorie abolicjonistyczne, których twór-

ter ustroju społecznego, a z punktu widzenia czterech gałęzi filozofii czterema kamieniami węgielnymi kapitalizmu okazują się: metafizycznie – wymogi ludzkiej natury i przetrwania; epistemologicznie – rozum; etycznie – prawa człowieka; politycznie – wolność” (*Czym jest kapitalizm?*, [w:] *Kapitalizm, nieznany...*, s. 27). Woluntaryzm ma tu zatem charakter integralny.

¹⁰ Rand gloryfikowała niezłomność charakteru i potęgę geniuszu wybitnych twórców, wynalazców i przedsiębiorców, którzy wbrew przeciwnościom losu i resentymentowi społeczeństwa realizowali swoje koncepcje. Przykładała także niezwykle wagę do estetyki jako działu filozofii (zob. A. Rand, *The Nature of an Artist*, [w:] *For the New Intellectual. The Philosophy of Ayn Rand*, Penguin Group, New York 1961, s. 92–94; idem, *The Martyrdom of the Industrialists*, [w:] *For the New Intellectual...*, s. 75–77; idem, *Hymn*, tłum. S. Bijak, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 2011; idem, *Źródło*, tłum. I. Michałowska-Gabrych, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 2007; idem, *Atlas Zbuntowany*, tłum. I. Michałowska, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Warszawa 2008; idem, *Amerykańska prześladowana mniejszość: wielki biznes*, [w:] *Kapitalizm. Nieznany ideał*, tłum. J. Łoziński, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 2013, s. 69–100; L. Peikoff, *Art*, [w:] *Objectivism: The Philosophy of Ayn Rand*, Penguin Group, New York 1993, s. 413 i nast.).

¹¹ B. Shaffer, *A Libertarian Critique of Intellectual Property*, Mises Institute, Auburn 2013, s. 28 i nast.; D. D. Friedman, *Ukryty ład. Ekonomia życia codziennego*, tłum. M. Zieliński, Fijorr Publishing, Warszawa 2008, s. 301; idem, *Standards as Intellectual Property. An Economic Approach*, University of Dayton Law Review, t. 19, nr 1 1994, s. 1109–1129.

¹² A. Rand, *Patenty i prawa autorskie*, [w:] *Kapitalizm...*, s. 207–214; idem, *Prawa człowieka...*, s. 169–185; M. N. Rothbard, *Patenty i prawa autorskie*, [w:] *Ekonomia wolnego rynku*, t. III, tłum. R. Rudkowski, Fijorr Publishing, Warszawa 2008, s. 133 i nast.

¹³ A. Rand, *Patenty...*, s. 207 i nast.; A. J. Galambos, *Sic Itur ad Astra. This Is*

camy są m.in. Tom Palmer, N. Stephen Kinsella czy Wendy E. McElroy)¹⁴. Nieco odmienną, trzecią kategorią jest tu woluntaryzm Rothbarda¹⁵, który zakładał możliwość oparcia powszechnej ochrony utworów na stosunkach umownych, z wyłączeniem przepisów prawa powszechnie obowiązującego¹⁶.

Pośród wymienionych na szczególną uwagę zasługuje zwłaszcza Randowska koncepcja IP¹⁷, nazywana także „kreacjonistyczną”. Po pierwsze, w odróżnieniu od ujęć utylitarystycznych nie odwołuje się do innych doktryn ekonomicznych i prawnych (np. ruchu *law and economics*¹⁸), stanowiąc tym samym *differentia specifica* libertarianizmu. Po drugie, obiektywizm znacznie bardziej dystansuje się od założeń Locke’owskich¹⁹ niż parafrazujący laborystyczną

the Way to the Stars, Universal Scientific Publications, San Diego 1999, s. 882 i nast.; R. Nozick, *Sprawiedliwość dystrybutywna*, [w:] *Anarchia, państwo i utopia*, tłum. P. Maciejko, M. Szczubińska, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2010, s. 172, 215 i nast.

¹⁴ T. W. Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, [w:] A. Thierer, W. Crews (red.), *Copy Fights. The Future of Intellectual Property in the Information Age*, Cato Institute, Washington 2002, s. 43–93; N. S. Kinsella, *Against Intellectual...*, passim; W. E. McElroy, *Contra Copyright*, *The Voluntarist*, t. 3, nr 4 1985, s. 1–3; idem, *Contra Copyright, Again*, *Libertarian Papers*, t. 3, 2011, s. 1–10.

¹⁵ M. N. Rothbard, *Patenty i prawa autorskie...*, passim.

¹⁶ *Prima facie* mogłoby budzić zdziwienie, że zwolennicy silnej (często absolutnej) koncepcji własności odmawiają ochrony dobrom niematerialnym. Zdaniem autora sprzeczność jest tu jednak pozorna. Sprzeciw propertarian wobec powszechnego systemu ochrony IP wynika bowiem nie z degradacji prawa własności w hierarchii normatywnej, ale przeciwnie – z uwagi na jego wysoki status. Wątek ten podjęty zostanie w dalszej części tekstu.

¹⁷ IP – własność intelektualna, od ang. *intellectual property*.

¹⁸ Zob. R. A. Posner, *The Economic of Justice*, Harvard University Press, Cambridge 1981, s. 240 i nast.; W. M. Landes, R. A. Posner, *The Political Economy of Intellectual Property Law*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington 2004, passim; idem, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, Cambridge 2003, passim; R. Cooter, T. Ulen, *Własność intelektualna*, [w:] *Ekonomiczna analiza prawa*, tłum. J. Bełdowski, J. Czabański, K. Metelska-Szaniawska, M. Olen-der, B. Targański, wyd. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 147–169. Inaczej: T. G. Palmer, *Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach*, *Hamline Law Review*, t. 12, nr 2 1989, s. 261–304.

¹⁹ Chociaż prawo (nabywania) własności jest w systemie obiektywistycznym immanentną i fundamentalną częścią przyrodzonego prawa do życia, randyści zaskakująco mało uwagi poświęcili problemowi zawłaszczenia dóbr w stanie pierwotnym (podobnie: N. P. Barry, *Ayn Rand and Egoism*, [w:] *On Classical Liberalism and Libertarianism*, *Macmillan Press*, London 1986, s. 127–128). Tara Smith stwierdziła wręcz: „Nadrzędnym środkiem do zapewnienia przetrwania są rozum i produkcja, a nie instynkt i zawłaszczenie” (T. Smith, *Ayn Rand’s Normative Ethics. The Virtuous Egoist*, Cambridge University Press, New York 2006, s. 201). Chociaż Rand bez wątplenia operowała w paradygmacie Locke’owskiej laborystycznej teorii własności, znacząco ją zmodyfikowała. Randowska,

teorię własności Nozick czy Rothbard²⁰. Po trzecie, jak stwierdzono, Rand rozpoznawała szczególną rolę wynalazców i twórców w historii ludzkości, stąd też potrzeba ochrony owoców ich pracy nie mogła pozostać bez wpływu na treść doktryny²¹.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że przyjęta przez obiektywizm perspektywa deontologiczna oraz abstrakcyjna natura rozważań czynią irrelevantnym rozróżnienie pomiędzy formami ochrony IP. Ustawowa regulacja poszczególnych instytucji prawnych stanowiła dla Rand „kwestię techniczną”, którą należało pozostawić praktykom i adeptom „filozofii prawa”²². Nie oznaczało to jednak, że rozważania teoretycznoprawne były przez autorkę „Atlasa zbuntowanego” bagatelizowane. Jak twierdziła, prawo stanowione wynikać miało z założeń etycznych, a „całościowy system prawny, oparty na obiektywnie ważnych zasadach, jest niezbędny, aby społeczeństwo stało się wolne i wolność tę zachowało”²³. Co więcej, Rand podniosła postulat reformy i deregulacji amerykańskiego prawa własności przemysłowej. Wojny patentowe ujmowała wręcz jako „żałosny spektakl”, w którym „miernoty tuczą się na osiągnięciach geniuszy”²⁴.

Zdaniem Tary Smith, profesor filozofii prawa University of Texas w Austin, istotą obiektywistycznej teorii prawa jest właśnie oparcie systemu prawnego i jego norm na obiektywności, tj. aksjomatycznej wiedzy, a nie ślepej wierze. Tak

kreacjonistyczna teoria własności zarysowana zostanie w dalszej części tekstu.

²⁰ M. N. Rothbard, *Teoria wolności*, [w:] *Etyka wolności...*, passim; R. Nozick, *Sprawiedliwość dystrybutywna...*, passim; J. Locke, *O własności*, [w:] *Dwa traktaty o rządzie*, tłum. Z. Rau, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2015, s. 269–284.

²¹ Jak słusznie zauważył Bryan Caplan, jednym z etapów progresywnistycznej dekonstrukcji kapitalizmu przedstawionej przez Rand w „Atlasie zbuntowanym” jako droga do upadku cywilizacji było zniesienie prawa patentowego i autorskiego (B. Caplan, *Atlas Shrugged and Public Choice: The Obvious Parallels*, [w:] E. W. Younkins, *Ayn Rand's Atlas Shrugged. A Philosophical and Literary Companion*, Ashgate, Aldershot 2007, s. 219). Podobnie: O. Ghate, *The Part and Chapter Headings of Atlas Shrugged*, [w:] R. Mayhew (red.), *Essays on Ayn Rand's Atlas Shrugged*, Lexington Books, Plymouth 2009, s. 28; T. Smith, „Humanity's Darkest Evil”: *The Lethal Destructiveness of Non-Objective Law*, [w:] R. Mayhew (red.), *Essays on Ayn...*, s. 345 i nast.

²² Tak np. w: A. Rand, *Natura rzędu*, [w:] *Cnota egoizmu...*, s. 207–208. W konsekwencji niniejszy tekst również operuje na ogólnym poziomie rozważań, odnosząc się do filozoficznoprawnych aspektów IP. *Nota bene* większość publikacji poruszających omawiane zagadnienie skupia się na prawie autorskim i patentowym, pomijając rozważania na temat znaków towarowych czy tajemnicy przedsiębiorstwa. Ostatnie z wymienionych są bowiem łatwo sprowadzalne do kwestii wolności słowa, ochrony prywatności i praw rzeczowych, a zatem znacznie mniej kontrowersyjne.

²³ A. Rand, *Natura rzędu...*, s. 211.

²⁴ A. Rand, *Patenty...*, s. 213. Podobnie: G. Reisman, *Patents and Copyrights, Trademarks and Brandnames, Not Monopolies*, [w:] *Capitalism. A Treatise on Economics*, wyd. 3, Jameson Books, Chicago 1998, s. 388 i nast.

pojmowana obiektywność nie jest ani neutralnością, ani bezstronnością. Stawia raczej zgodność z niezaprzeczalnymi prawdami na temat ludzkiego życia, logiką i realistycznym postrzeganiem świata²⁵. Dostosowana jest także do celu, do którego zmierzać ma dane działanie. Pozostając wierną myśleniu racjonalnemu i metodzie naukowej, rozpoznaje jednak kontekstualność wiedzy oraz dystansuje się od dogmatyzmu i ortodoksji. Oznacza to, że prawo ma przede wszystkim służyć określonym celom i czynić to w sposób racjonalny i odpowiedni do środków, a także w poszanowaniu rządów prawa. Bezstronność, abstrakcyjność i generalność norm nie są jednak wystarczające, by uniknąć ustawowego bezprawia. Konieczne jest oparcie prawa na podstawach aksjologicznych, wynikających z deontologicznej etyki obiektywizmu²⁶. Tylko wówczas system jest legitymizowany. Celem państwa jest tu ochrona jednostek przed fizyczną agresją, a prawo ma być narzędziem umożliwiającym realizację tego zadania. I to wyłącznie tego zadania, dodajmy²⁷.

Kreacjonistyczna teoria własności

Zgodnie z przywoływanym już aksjomatem tożsamości człowiek jest człowiekiem. Każda jednostka żyje tu i teraz, a dalsze przetrwanie (a w konsekwencji dążenie do własnego szczęścia) zapewnić może sobie wyłącznie poprzez działanie w zgodzie z zastanymi realiami – nigdy wbrew naturze. W konsekwencji człowiek nie może (i nie powinien próbować) uwolnić się od swojej fizyczności. Jest przede wszystkim bytem somatycznym, który zaspokoić musi konkretne pragnienia. Uczynić to może wyłącznie, zawłaszczając elementy przyrody – poczynając od przestrzeni, którą musi zajmować, by istnieć, na zdobywaniu pokarmu kończąc. Każdej istocie ludzkiej przysługuje prawo do życia – trudno racjonalnie argumentować inaczej – a zatem także własności²⁸. Należy jednak

²⁵ Szerzej na ten temat: A. Rand, L. Peikoff, *Introduction to Objectivist Epistemology*, H. Binswanger, L. Peikoff (red.), wyd. 2, Penguin Group, New York 1990, *passim*.

²⁶ Do dyrektyw obiektywistycznej teorii prawa Smith zaliczyła: 1) istnienie każdej jednostki jako celu samego w sobie, 2) rozumność jako środek do zapewnienia sobie przez człowieka przetrwania i szczęścia, 3) wolność rozumnie działającej jednostki od fizycznej agresji ze strony innych, 4) wolność do podejmowania wyborów i prowadzenia przez jednostkę życia zgodnie z własnymi przekonaniem – o ile nie prowadzi to do fizycznej agresji, 5) potrzebę istnienia państwa, które zapewni jednostkom ochronę od agresji fizycznej (T. Smith, *Judicial Review in an Objective Legal System*, Cambridge University Press, New York 2015, s. 94 i nast.).

²⁷ Ibidem, s. 13 i nast.

²⁸ „Prawo do życia jest źródłem wszystkich praw człowieka, prawo własności zaś umożliwia ich realizację. Bez praw własności inne prawa byłyby nierealne. Skoro człowiek

pamiętać, że możliwość działania w sferze fizycznej (istota wolności) implikuje prawo do *nabywania* własności (i dopiero wówczas posiadania, korzystania, rozporządzania legalnie zawłaszczonym mieniem) na płaszczyźnie etycznej – ale nie konkretnego udziału w dobrach. Teoria Randowska nie przyjmuje zatem postawy konsekwencjonalistycznej. Co więcej, prawo do działania obejmuje także czynności powszechnie odbierane jako niemoralne (o ile z samej swojej istoty nie prowadzą one do agresji fizycznej i naruszenia praw innych). Innymi słowy, normy etyczne wydzielone zostają ze stosunków tetycznych²⁹.

Człowiek nie jest jednak zmuszany do działania wyłącznie przez głód i instynkty. W odróżnieniu od zwierząt nie jest wiedziony prostymi impulsami. Przeciwnie, swoje potrzeby oraz sposób ich zaspokojenia potrafi analizować. Kalkuluje, myśli, planuje. To wolna wola i rozum umożliwiają jednostce ingerencję w naturę. Każde działanie ostatecznie ma wymiar somatyczny, lecz zawsze jest wolicjonalne i zawiera w sobie zarówno wysiłek fizyczny, jak i umysłowy³⁰. Idea zawsze będzie możliwa do wyróżnienia, jako że samo rozpoznanie rzeczy jako przydatnej czyni ją „dobrem”³¹. Oczywiście czynności banalne będą zawierać w sobie skromny pierwiastek intelektualny, lecz im bardziej wyrafinowany projekt, tym działanie bardziej wymagać będzie myślenia.

Dopuszczenie projekcji wysiłku intelektualnego na świat przyrody ma oczywiście daleko idące konsekwencje. W każdym przypadku zawłaszczenia dochodzi bowiem do „powstania” określonego dobra, które zgodnie z wywodzonymi z prawa do życia: wolnością i prawem nabywania własności przysługuje twórcy. Jednostka nabywa tytuł do „stworzonego” przez siebie przedmiotu (stąd też teoria Randowska nazywana jest „kreacjonistyczną”). Dzieje się tak, ponieważ

musi własnym wysiłkiem podtrzymywać swoje życie, to ten, kto nie ma prawa do wytworów swej pracy, nie ma tym samym środków potrzebnych do podtrzymywania swojego życia”, czytamy w jednym z esejów Rand (*Prawa człowieka...*, s. 173).

²⁹ A. Rand, *Prawa człowieka...*, passim. Podobnie: D. B. Rasmussen, D. J. den Uyl, *Norms of Liberty. A Perfectionist Basis for Non-Perfectionist Politics*, Pennsylvania State University, University Park, Pennsylvania 2005, s. 99 i nast.

³⁰ Szerzej na temat materialnych i niematerialnych aspektów działania: T. Smith, *Productiveness*, [w:] *Ayn Rand's Normative...*, s. 198 i nast.

³¹ W wielu aspektach teoria kreacjonistyczna przypomina koncepcję *finders-keepers* sformułowaną przez Israela Kirznera. Ekonomista zakładał, że wszelkie zasoby, które mają zostać wykorzystane przez człowieka (uznane za potrzebne, a więc zakwalifikowane jako dobro ekonomiczne), muszą zostać wpięty „odkryte”. Niekoniecznie musi to być jednak literalnie rozumiane odnalezienie konkretnego przedmiotu, lecz znalezienie dla niego zastosowania, albo przynajmniej rozpoznania potrzeby jego posiadania (I. M. Kirzner, *Entrepreneurship, Entitlement, and Economic Justice*, [w:] J. Paul (red.), *Reading Nozick: Essays on Anarchy, State and Utopia*, Blackwell, Oxford 1981, passim; idem, *Discovery, Capitalism, and Distributive Justice*, Blackwell, Oxford 1989, passim).

pracując, *zasłużyła* na tytuł (co pozwala na umiejscowienie obiektywistycznej koncepcji własności pośród tzw. teorii zasług). Argument ten można z łatwością odwrócić – człowiek jest wolny, a przecież tylko niewolnik nie rozporządza produktem swoich starań. *Ergo* – człowiek pracujący nabywa tytuł do owoców swojego wysiłku. „Patenty i prawa autorskie stanowią prawne zastosowanie najbardziej podstawowego ze wszystkich praw własności: prawa człowieka do wytworów jego umysłu”, pisała Rand³².

W konsekwencji, zdaniem obiektywistów, nie tylko możliwe jest pierwotne nabycie prawa własności do dóbr idealnych, ale także jego mechanizm nie różni się od zawłaszczenia rzeczy. Można by wręcz stwierdzić, że nie należy posługiwać się tu pojęciem „prawa własności intelektualnej” (ponieważ istnieje tylko jedno prawo nabywania własności), a właściwym sformułowaniem jest „prawo własności do dóbr intelektualnych”. Bez znaczenia jest zatem, czy owocem pracy jest rzecz, czy utwór bądź wynalazek, a prawo do każdego tworzonego dobra jest bezwzględne. Jego treść wyznacza zgodne z prawem działanie: możliwość modyfikowania, używania czy rozporządzania danym przedmiotem, a w każdym wypadku status normatywny produkowanych przedmiotów jest identyczny. Etyka legitymizuje zatem *copyright* i patenty. Ustawodawcy pozostawione zostaje wyłączenie sankcjonowanie (a nie kreowanie) tytułów.

Deklaratoryjny charakter prawa stanowionego wyklucza ma fiducjarny charakter dóbr niematerialnych. „Rząd nie >gwarantuje< patentu czy prawa autorskiego w sensie jakiegoś prezentu, przywileju czy łaskawego daru”, tłumaczyła Rand³³. Uzyskanie patentu czy urzędowe potwierdzenie prawa autorskiego (obecnie wymagane w Stanach Zjednoczonych wyłącznie w określonych sytuacjach – w pozostałym zakresie obowiązuje zasada automatycznej ochrony) stanowi potwierdzenie już istniejącego tytułu oraz zobowiązuje rząd do ochrony dzieł i wynalazków tak jak rzeczy. W rzeczywistości prawo własności konstytuowane miało być z chwilą ingerencji w przyrodę (ukończenia aktu działania). Oznacza to, że obowiązywać miałyby przesłanki ochrony – w odniesieniu do utworu: wyrażenie i ustalenie w postaci materialnej, a w przypadku zdolności patentowej – ujawnienie i nadawanie się do przemysłowego stosowania. Innymi słowy ochronie nie podlegałyby nieupublicznione i nieutrwalone na nośnikach fizycznych idee. Teoria obiektywistyczna wyklucza także zdolność patentową odkryć praw przyrody, jako że nie sposób przypisać odkrywcy ich kreacji³⁴.

³² A. Rand, *Patenty...*, s. 207.

³³ Ibidem, s. 208.

³⁴ Ibidem, s. 207.

Specyfika dóbr idealnych wymuszała, zdaniem Rand, przyjęcie kilku wyjątków od zasady równego statusu przedmiotów praw majątkowych. Po pierwsze, nabywcy egzemplarza utworu czy urządzenia skonstruowanego z wykorzystaniem patentu należało zakazać kopiowania tych przedmiotów w celach komercyjnych. Po drugie, prawo własności intelektualnej podlegać miało ograniczeniom temporalnym. Kapitał intelektualny nie może być przekazywany w nieskończoność, ponieważ jego idealna istota wyklucza zużycie. Produkt pracy umysłowej nie może przecież się wyczerpać czy pogorszyć (jego utrzymanie nie wymaga żadnych starań). Kolejni uprawnieni (np. spadkobiercy) nie powinni zatem korzystać z dóbr, do powstania których w żaden sposób się nie przyczynili, gdyż prowadziłoby to do ustalenia dziedzicznych przywilejów-monopoli, właściwych porządkowi feudalistycznemu, a nie gloryfikowanemu przez autorkę „Atlasa zbuntowanego” kapitalizmowi³⁵. Z drugiej strony wykluczenie możliwości dziedziczenia bądź zbywalności autorskich praw materialnych czy patentu stanowiłoby radykalne ograniczenie słuszných interesów twórców i wynalazców. Chociaż żaden człowiek nie może rozporządzać swoim talentem lub inteligencją, może przecież przekazać efekt ich wykorzystania – otrzymane bądź spodziewane wynagrodzenie za pracę. Co więcej, ustalenie wyłącznie dożywotniego charakteru *copyright* i patentów godziłoby w pewność obrotu, jako że licencjodawca nigdy nie byłby pewien, na jak długi okres zawarł umowę. W tym stanie rzeczy prawa majątkowe do dóbr intelektualnych miały być zbywalne i dziedziczne, a kwestią do rozważenia przez doktrynę i ustawodawcę pozostawać miała właściwa długość okresu ochrony przypadającego po rozpowszechnieniu bądź śmierci uprawnionego. Również kwestie dopuszczalności licencji przymusowych, możliwości odnowienia ochrony patentowej czy dalszych wyłączeń spod ustawowej ochrony rozwiązywane miały być przez „filozofów prawa”³⁶.

Krytyka

Teoria kreacjonistyczna spotkała się jednak z krytyką – i to ze strony samych libertarian. Stephan Kinsella, najważniejszy teoretyk prawa własności intelektualnej w ramach omawianej doktryny, a jednocześnie wielki przeciwnik instytucji *copyright* i patentów, wskazał, że obiektywizm jest w omawianym

³⁵ Wydaje się, że legitymizowanie tytułu do utworu bądź patentu jego kreacją, a następnie zachowywaniem (podtrzymywaniem istnienia) określić można mianem swobodnego „Randowskiego *proviso*” (zob. R. Nozick, *Sprawiedliwość dystrybutywna...*, s. 213 i nast.).

³⁶ A. Rand, *Patenty...*, s. 212.

aspekcie wewnętrznie sprzeczny³⁷. Wątpliwości budzić może już sam postulat, by ochroną objąć tylko niektóre produkty ludzkiej pracy, podczas gdy równe prawa do (nabywania) własności implikować powinny zrównanie statusu rzeczy i utworów (odpowiednio: wynalazków). Nie sposób pogodzić interesów (w odniesieniu do prawa autorskiego) twórców, producentów kopii i posiadaczy egzemplarzy dzieła. Uznanie autorskich praw majątkowych prowadzi bowiem do ograniczenia praw pozostałych podmiotów, których tytuły do wytworzonej rzeczy zostają odpowiednio zubożone. Tak pojmowanemu prawu własności nie sposób zatem przyznać cech generalności i uniwersalności. Już samo ustalenie tytułu do dobra idealnego (z samej swojej istoty nieposiadającego granic, a przez to niemożliwego do pogodzenia z absolutnym prawem własności³⁸) oznacza przecież prawo do ingerencji w cudzy majątek. Jedyne, co udało się obiektywistom osiągnąć, to ograniczenie temporalne owych prerogatyw. Podnieść należy, że obiektywizm nie wypracował także przekonujących argumentów na rzecz rozróżnienia pomiędzy zwykłym odkryciem (np. praw przyrody) a nowością, poziomem wynalazczym i przesłanką nadawania się do przemysłowego zastosowania. Także powiązanie wartości przedmiotu z wartością intelektualnego wysiłku potrzebnego do jego stworzenia jest jedynie powieleniem błędu Locke'owskiej teorii labyrystycznej, stojącym w sprzeczności z subiektywistyczną teorią wartości, prezentowaną m.in. przez Austriacką Szkołę Ekonomii – ku której skłaniała się rzekomo Rand³⁹.

Próby skonstruowania obiektywistycznej teorii prawa własności intelektualnej pozbawionej przywoływanych niespójności podjął się J. Neil Schulman. Za-

³⁷ Podobnie: N. S. Kinsella, *Against Intellectual...*, s. 23 i nast.

³⁸ Idee artystyczne czy nowatorskie koncepcje technologiczne oczywiście istnieją – jednak wyłącznie w formie asomatycznej. Nie sposób objąć nad nimi fizyczną kontrolę, dlatego też raz wyjawione – krążą swobodnie w społeczeństwie. Dobra niematerialne nie wykazują także dwóch cech podstawowych, ze względu na które ustanawiana jest własność – nie są ani konkurencyjne, ani wyłączalne. Jako dobra nierzadkie nie powinny stanowić – zdaniem zwolenników abolicjonistycznej teorii prawa własności intelektualnej, wypowiadających się z pozycji deontologicznych i teleologicznych – dobra ekonomicznego. Nie istnieje zjawisko ich niedoboru czy ekskluzywności – każdy może w tym samym momencie w dowolnym miejscu swobodnie korzystać z tych dóbr bez obawy o ich wyczerpanie bądź prawa innych. W konsekwencji brak racjonalnych podstaw dla konfliktu roszczeń do utworów i wynalazków. Własność intelektualna jest nie tylko niemożliwa bądź sprzeczna z ideałem leseferystycznym, ale przede wszystkim niepotrzebna.

³⁹ *Vide* G. Reisman, *Ayn Rand and Ludwig von Mises*, *The Journal of Ayn Rand Studies*, t. 6, nr 2 2005, s. 251–258; W. E. Block, *Ayn Rand and Austrian Economics: Two Peas in a Pod*, *The Journal of Ayn Rand Studies*, t. 6, nr 2 2005, s. 259–269; patrz też: N. Branden, *Powszechne i błędne opinie na temat kapitalizmu*, [w:] A. Rand, *Kapitalizm...*, s. 132; J. L. Burns, *Goddess of the Market: Ayn Rand and the American Right, 1930–1980*, Ann Arbor 2009, s. 79 i nast.

proponował własną, odmienną od obowiązującego powszechnego reżimu ochrony koncepcję „logoright” – instytucji, która zastąpić miała zarówno *copyright*, jak i patenty. *Logorights*, tj. tytuły do logosów (były idealne, które można porównać do paraplatońskich idei, swoistych wzorów i schematów, przesądzających o tożsamości egzemplarzy) przyznawane miałyby być przez prywatne instytucje działające na zasadzie rynkowej (Schulman, w odróżnieniu od ortodoksyjnych randystów, był anarchokapitalistą). Podobnie jak w „czystej” teorii kreacjonistycznej prawo do logosów wywodzone jest tu z wysiłku intelektualnego twórcy. Schulman zgadzał się, że przedmiot ochrony musi być ustalony i utrwalony, co więcej, uważał, że spełniać musi wymóg poziomu twórczego. Ponieważ każde działanie ludzkie manifestowane jest w sposób fizyczny, przedmiotem prawa własności intelektualnej mógł być produkt tylko takiego mechanicznego przetworzenia elementów przyrody, u podłoża którego leżałaby nowatorska idea czy wyrafinowany замысль. Uprawnionym z logosu nie stawał się imitator natury. Filozof nie wykluczał ochrony twórczości paralelnej, jako że każdy człowiek miał mieć prawo do owoców swojej pracy umysłowej. W konsekwencji logosy miały przyjąć ten sam status normatywny co rzeczy. Bezwzględne prawo podmiotowe do tych przedmiotów skutkować miało możliwością dziedziczenia, dzierżawienia i zbywania⁴⁰.

Wydaje się jednak, że Schulman nie tylko nie rozwiązał problemów teorii kreacjonistycznej, ale wręcz je pogłębił. Starając się dowieść, że dobra niematerialne są w istocie materialne – rzadkie, wykluczalne, podlegające kontroli i obiektywnie istniejące, popadł w pułapkę filozoficznego problemu dychotomii umysłu i ciała. To, co można byłoby rozwiązać na poziomie prawa stanowionego (konstytuując fiducjarne tytuły do dóbr niematerialnych), nie do pogodzenia jest na deontologicznej płaszczyźnie filozoficznoprawnej z absolutnym prawem własności.

Zdaniem autora, obiektywistyczna teoria prawa nie jest w stanie przedstawić spójnej koncepcji własności intelektualnej. Powodem dla tego stanu rzeczy jest właśnie przywoływane już odrzucenie fiducjarnej koncepcji IP. Jak twierdzą randyści, na obowiązywanie określonych norm „nie można się umówić” ani tym bardziej oprzeć ich na gruncie ekonomicznego utylitaryzmu⁴¹. Jednocześnie pojmowanie autorskich praw majątkowych bądź patentów jako praw rzeczowych prowadzi do niespójności aksjologicznej (zarzut ten dotyczy prawdopodobnie każdego systemu deontologicznego). Uznanie tytułów do dóbr idealnych oznacza bowiem kolizję interesów uprawnionych oraz posiadaczy egzemplarzy utwo-

⁴⁰ R. Schulman, *Informational Property: Logorights*, Journal of Social and Biological Structures, t. 13, nr 2 1990, s. 93–117.

⁴¹ T. Smith, *Judicial Review...*, s. 67 i nast.

rów i wynalazków oraz twórców i wynalazców paralelnych, a nawet kopistów⁴². Ograniczenie możliwości działania, np. nabywania prawa własności do reprodukowanego dzieła czy nawet określonego wykorzystania legalnie nabytego przedmiotu, stanowi – z punktu widzenia etyki absolutystycznej – ingerencję w najbardziej fundamentalne z praw jednostki. Jeżeli prawo do (nabywania) własności jest absolutnym prawem podmiotowym, wynikającym z aksjomatu tożsamości i prawa do życia, to nie może ono dotyczyć przedmiotów, które nie mają fizycznych granic. Bezwzględne tytuły ustanowione mogą być tylko na dobrach materialnych. W konsekwencji nie istnieje i nie może istnieć spójna obiektywistyczna teoria prawa własności intelektualnej. Nie budzi zatem zdziwienia, że współcześni obiektywiści coraz częściej rozpoznają potrzebę przyjęcia abolicjonistycznej teorii prawa własności intelektualnej⁴³.

Kończąc, warto zauważyć, że chociaż obiektywizm nie sformułował przekonywającej teorii prawa własności intelektualnej, to bez wątpienia krytyka prób oparcia IP na etyce absolutystycznej stanowić może źródło inspiracji dla filozofii prawa, a nawet nauk dogmatycznych. W przypadku, gdyby niemożliwe było sformułowanie deontologicznego uzasadnienia autorskich praw majątkowych i patentów, pod rozwagę należałoby bowiem wziąć liberalizację obowiązującego reżimu ochrony, a przede wszystkim odrzucenie przez doktrynę własnościowego modelu praw majątkowych do dóbr niematerialnych.

⁴² Celowo pominięto tu termin „plagiat”. Rozdział prawa i moralności (lecz nie etyki obiektywistycznej!) prowadzi do wniosku, że nieuczciwe zachowanie plagiatora nie pozbawia go praw do nabytego w drodze dobrowolnej wymiany medium, do którego skopiował już istniejący utwór.

⁴³ Tak np. S. Balasubramanian, *Pro-IP to Anti-IP. The Transformation of an Objectivist*, <https://mises.org/blog/objectivist-recants-ip>, 5 listopada 2016 r.

Bibliografia

Barry Norman P., *Ayn Rand and Egoism*, [w:] *On Classical Liberalism and Libertarianism*, Macmillan Press, London 1986, s. 108–131

Bell Tom W., *Indelicate Imbalancing in Copyright and Patent Law*, [w:] A. Thierer, W. Crews (red.), *Copy Fights. The Future of Intellectual Property in the Information Age*, Cato Institute, Washington 2002, s. 1–16

Bouckaert Boudewijn, *What Is Property?*, Harvard Journal of Law & Public Policy, t. 13, nr 3 1990, s. 775–816

Burns Jennifer Louise, *Goddess of the Market: Ayn Rand and the American Right, 1930–1980*, Ann Arbor 2009

Carson Kevin A., „Intellectual Property”. A Libertarian Critique, Center for Stateless Society Paper, nr 2 2009, <https://c4ss.org/wp-content/uploads/2009/05/intellectual-property-a-libertarian-critique.pdf>, 1 października 2016 r.

Dominiak Łukasz, *Anarcho-Capitalism, Aggression and Copyright*, Political Dialogues, nr 16 2014, s. 37–48

Draho Peter, *A Philosophy of Intellectual Property*, wyd. 2, Ashgate, Aldershot-Burlington 2001

Gladstein Mimi R., [w:] J. Meadowcroft (red.), *Major Conservative and Libertarian Thinkers*. t. 10, *Ayn Rand*, Continuum International Publishing Group, New York 2010

Juruś Dariusz, *Libertariańska koncepcja własności*, [w:] M. Nowak (red.), *Studia prawnicze. Rozprawy i materiały*, Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne: Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2005, s. 123–132

Juruś Dariusz, *W poszukiwaniu podstaw libertarianizmu*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2012

Kinsella N. Stephan, *Against Intellectual Property*, Mises Institute, Auburn 2008 (polskie, nieoficjalne tłumaczenie książki Kinselli: N. S. Kinsella, *Przeciw własności intelektualnej*, tłum. A. Gruhn, M. Zieliński, red. P. Mysłowski, http://mises.pl/wp-content/uploads/2015/03/Kinsella_Przeciw-w%C5%82asno%C5%9Bci-intelektualnej.pdf, 12 października 2016 r.)

Mack Eric, *Egoism and Rights*, The Personalist, t. 58, 1977, s. 277–281

Palmer Tom W., *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, [w:] A. Thierer, W. Crews (red.), *Copy Fights. The Future of Intellectual Property in the Information Age*, Cato Institute, Washington 2002, s. 43–93

Peikoff Leonard, *Objectivism: The Philosophy of Ayn Rand*, Penguin Group, New York 1993

Rand Ayn, Peikoff Leonard, *Introduction to Objectivist Epistemology*, H. Binswanger, L. Peikoff (red.), wyd. 2, Penguin Group, New York 1990

Rand Ayn, *Do kogo należą fale radiowe*, [w:] A. Rand (red.), *Kapitalizm. Nieznany ideał*, tłum. J. Łoziński, Zysk i S-ka, Poznań 2013, s. 195–206

Rand Ayn, *Natura rządu*, [w:] A. Rand (red.), *Cnota egoizmu*, tłum. J. Łoziński, Zysk i S-ka, Poznań 2015, s. 197–213

Rand Ayn, *Patenty i prawa autorskie*, [w:] A. Rand, *Kapitalizm. Nieznany ideał*, tłum. J. Łoziński, Zysk i S-ka, Poznań 2013, s. 207–214

Rand Ayn, *Prawa człowieka*, [w:] A. Rand (red.), *Cnota egoizmu*, tłum. J. Łoziński, Zysk i S-ka, Poznań 2015, s. 169–185

Rothbard Murray N., *Patenty i prawa autorskie*, [w:] M. N. Rothbard, *Ekonomia wolnego rynku*, t. III, tłum. R. Rudkowski, Fijorr Publishing, Warszawa 2008, s. 133–142

Schulman Robert, *Informational Property: Logorights*, Journal of Social and Biological Structures, t. 13, nr 2 1990, s. 93–117

Smith Tara, *Ayn Rand's Normative Ethics. The Virtuous Egoist*, Cambridge University Press, New York 2006

Smith Tara, *"Humanity's Darkest Evil": The Lethal Destructiveness of Non-Objective Law*, [w:] R. Mayhew (red.), *Essays on Ayn Rand's Atlas Shrugged*, Lexington Books, Plymouth 2009, s. 335–362

Smith Tara, *Judicial Review in an Objective Legal System*, Cambridge University Press, New York 2015

Smith Tara, *Objective Law*, [w:] A. Gotthelf, G. Salmieri (red.), *A Companion to Ayn Rand*, Wiley-Blackwell, Chichester 2016, s. 209–221

Den Uyl Douglas J., Rasmussen Douglas B. (red.), *The Philosophic Thought of Ayn Rand*, University of Illinois Press, Chicago 1984

THE OBJECTIVIST THEORY OF INTELLECTUAL PROPERTY AND ITS CRITIQUE

Among many libertarian theories of property, the objectivist “creationist” is one of the most interesting – especially when applied to the problem of intellectual property. First, it is deontological and rules out fiduciary titles to ideal goods based on the positive law. Second, it legitimizes both patents and copyright and regards these institutions as kinds of property. This of course poses a challenge for a system that claims that a right to (acquire) property is absolute. Third, Ayn Rand’s philosophy cherishes great minds of entrepreneurs, inventors and artists, thus making its stance on IP even more significant. Set in Lockean desert-justice, labor theory of property, objectivism claims that an act of projection of a labor onto the nature comprises both physical and mental aspects. A thing to be appropriated needs to be recognized as “a good” first (and thus it is created; moreover, ideal goods are created *ex nihilo*). Although, the creationist theory cannot overcome the difficulties produced by equally absolute titles of things and ideal goods (and thus it is to be regarded as inconsistent), it is interesting for the legal philosophers and jurists alike. It evokes not only the question of axiological basis for the intellectual property, but also of the correctness of proprietarian model of copyright and patents.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (208) 2016
Warszawa 2016

Jarosław Świeczkowski ■

DORĘCZENIE POZWANEMU WYROKU ZAOCZNEGO W SPOSÓB OKREŚLONY W ART. 139 § 1 K.P.C. A OCHRONA JEGO PRAW. ZAGADNIENIA WYBRANE

Odstępstwem od zasady wydawania przez sąd w procesie cywilnym wyroku kontradiktoryjnego, czyli w sytuacji gdy pozwany podjął obronę, a więc zachowywał się aktywnie w procesie, jest przewidziana w art. 339 § 1 k.p.c. możliwość wydania wyroku zaocznego. W myśl zawartej tam regulacji, jeżeli pozwany nie stawiał się na posiedzenie wyznaczone na rozprawę albo mimo stawienia się nie bierze udziału w rozprawie, sąd wyda wyrok zaoczny. Jak dodano przy tym w § 2, w tym wypadku przyjmuje się za prawdziwe twierdzenia powoda o okolicznościach faktycznych przytoczonych w pozwie lub pismach procesowych doręczonych pozwanemu przed rozprawą, chyba że budzą one uzasadnione wątpliwości albo zostały przytoczone w celu obejścia prawa. Przy wydawaniu wyroku zaocznego dopuszcza się jedynie przyjęcie za ustalone twierdzeń powoda o okolicznościach faktycznych uzasadniających żądanie, sąd nie jest natomiast zwolniony z obowiązku dokonania oceny materialnoprawnej zasadności żądania pozwu opartego na tychże twierdzeniach¹. Słusznie zauważył A. Kallaus, że nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 1.03.1996 r. poprzez zmianę art. 3 k.p.c., zmodyfikowała w sposób znaczący zasadę prawdy obiektywnej na rzecz zasady prawdy formalnej, a okoliczność ta prowadzi do wzmocnienia realizacji istotnej dla procesu cywilnego zasady kontradiktoryjności, przy czym jeżeli

¹ W. Cajsel, *Dopuszczalność ograniczania wynagrodzenia adwokacko-radcowskiego* (art. 102 KPC), MOP 2001, Nr 8, Legalis.

strony przedstawią materiał zgodny z prawdą i bez zatajania czegokolwiek, wyrok będzie odpowiadał także prawdzie obiektywnej². Zmiana art. 3 k.p.c. wpłynęła więc także na wykładnię art. 339 § 2 k.p.c. – w świetle zatem prawdy formalnej w przypadku wydania wyroku zaocznego, zgodność z prawdziwym stanem rzeczy oznacza zgodność z materiałem znajdującym się w aktach sprawy, bowiem tylko taki materiał jest dla sądu dostępny, przy czym wyrok zaoczny uwzględniający powództwo może zostać wydany tylko w przypadku, jeśli roszczenie procesowe powoda jest uzasadnione w świetle prawa materialnego, innymi słowy – podstawą wyroku zaocznego nie mogą być oświadczenia faktyczne wzajemnie się wykluczające, a także okoliczności sprzeczne z charakterem żądania³. Podobna tendencja miała miejsce pod rządami Kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r., w orzecznictwie bowiem wskazywano, iż: „akta w pozwie powołane, ale do niego nie dołączone, nie mogą być uwzględnione przy wydawaniu wyroku zaocznego”⁴. E. Wengerek wyraził natomiast stanowczy pogląd, iż postępowanie zaoczne jest poniekąd zjawiskiem patologicznym, bowiem zaczyna się w chwili, gdy proces przybiera nieprawidłowy przebieg, stanowiąc wyłom w zasadach prawdy materialnej, bezpośredniości, sporności, równości i wysłuchania stron, a nadto sprzeczne jest z zasadą jedności postępowania. Przede wszystkim prowadzi jednak do rozstrzygnięć formalnych, niesłuszných częstokroć pod względem merytorycznym⁵. Również J. J. Litauer wskazywał, że na skutek niedoskonałości ustaw procesowych walka stron w toku procesu jest częstokroć „podstępna”, gdy dojdzie do postępowania zaocznego, bowiem istota wyroku zaocznego polega na tym, że oświadczenia faktyczne powoda przytoczone w pozwie przyjmuje się za prawdziwe, a związane jest to z zasadami dyspozycyjności i kontradiktoryjności, ponieważ „rzeczą pozwanego jest troszczyć się o swoje interesy”. Jednocześnie Autor słusznie podkreśla, iż wyrok zaoczny jest dla pozwanego niebezpieczny nie tylko dlatego, że opiera się na jednostronnych oświadczeniach faktycznych przytoczonych w pozwie, ale również przez to, iż na wniosek powoda sąd musi nadać takiemu wyrokowi rygor natychmiastowej wykonalności⁶. Podobnie, choć mniej stanowczo, wskazywał Sąd Najwyższy, np. w orzeczeniu z dnia 29 maja 1958 r., sygn. I CR 969/57, twierdząc, iż samo przyjęcie oświadczeń faktycznych

² A. Kallaus, *Konsekwencje prawne zmiany przepisu art. 3 KPC w postępowaniu procesowym*, MOP 1997, Nr 4, Legalis.

³ Ibidem.

⁴ O. z 15/10, 1925 Rw. 826/25 – P.P.A 18/26 – orzeczenie cytowane w: *Komentarzu do Kodeksu postępowania cywilnego*, cz. I, St. Gołąb, Z. Wusatowski, Kraków, s. 400.

⁵ E. Wengerek, *Postępowanie zaoczne w polskim procesie cywilnym*, Państwo i Prawo, Warszawa, Rok VII-lipiec 1952-zeszyt 7(77), s. 267.

⁶ J. J. Litauer, *Wyrok zaoczny w polskiej procedurze cywilnej*, Polski Proces Cywilny, 1935, s. 3, 14, 18.

zawartych w pozwie za prawdziwe w myśl art. 345 § 2 ówczynie obowiązującego k.p.c. nie zwalnia sądu orzekającego od obowiązku rozważenia, czy oświadczenia te uzasadniają należycie i w całości żądania pozwu i czy uwzględnienie tych żądań nie naruszyło obowiązujących przepisów. Pomimo więc istnienia formalnych przesłanek do wydania wyroku zaocznego sąd nie może uwzględnić wniosku powoda o wydanie wyroku zgodnego z żądaniem pozwu, gdy żądanie to oceni jako bezzasadne i nie znajdujące usprawiedliwienia w obowiązujących przepisach⁷. W każdym jednak przypadku, zasada prawdy obiektywnej nie doznaje ograniczeń, jeśli sąd przeprowadza postępowanie dowodowe, przy czym, gdy poprzestaje na twierdzeniach powoda przytoczonych w pozwie i pismach procesowych, nie będąc jednocześnie zobligowanym do przeprowadzenia postępowania dowodowego – to czyni to z uwagi na okoliczność, iż twierdzenia powoda nie budzą uzasadnionych wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy⁸. Co istotne, jak potwierdzano w judykaturze, uzasadnienie wyroku zaocznego uwzględniającego powództwo w całości bez przeprowadzenia dowodów powinno było przytaczać wysuniętą przez powoda podstawę faktyczną z zaznaczeniem, że zostaje ona przyjęta za prawdziwą na podstawie art. 345 § 2 k.p.c., a poza tym winno wyjaśniać, dlaczego przytoczone fakty uzasadniają żądanie powoda, oraz wskazywać materialnoprawną podstawę rozstrzygnięcia⁹. Zwracano uwagę jednak także na kwestię zasadniczą dotyczącą opisywanego zagadnienia – a mianowicie przy założeniu, iż wedle ówczynie obowiązującego art. 345 k.p.c., w razie niestawiennictwa pozwanego należycie powiadomionego o terminie rozprawy i niedokonania przezeń czynności przewidzianych w art. 346 § 1 k.p.c. Sąd obowiązany jest wydać wyrok zaoczny, przyjmując za prawdziwe okoliczności faktyczne przytoczone w pozwie, o ile nie są sprzeczne z dowodami znajdującymi się w aktach sprawy oraz nie budzą uzasadnionych wątpliwości co do ich zgodności z istotnym stanem rzeczy – sąd pomimo beczynności pozwanego ma obowiązek krytycznego ustosunkowania się do twierdzeń pozwu z punktu widzenia ewentualnej ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, a automatyczność oparcia się na fikcji przyznania nigdy nie powinna mieć miejsca, zwłaszcza jeśli wiadomo, że pozwany znajduje się w warunkach utrudniających mu obronę¹⁰.

⁷ OSNCK 1960/1/14.

⁸ F. Rusek, *Postępowanie zaoczne procesie cywilnym*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1966, s. 34.

⁹ Orzeczenie Sądu Najwyższego z 13 maja 1961 r., sygn. IV CR 609/60, OSNC 1962/2/72.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1964 r., sygn. III PR 56/64 OSNPG 1965/6/27

Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CZ 27/13¹¹, wyroki zaoczne różnią się od pozostałych wyroków nie przedmiotem rozstrzygnięcia, lecz warunkami jego wydania. Zrealizowanie się w konkretnej sytuacji procesowej przesłanek do wydania wyroku zaocznego musi być uświadomione przede wszystkim przez sąd prowadzący postępowanie. Swoje stanowisko w tej kwestii sąd manifestuje stronom postępowania, nazywając wyrok „zaocznym” i postępując z nim stosownie do art. 342 k.p.c. Skoro wyrok zaoczny różni się od wyroku zwykłego nie przedmiotem rozstrzygnięcia, lecz warunkami jego wydania, to strony i ewentualne inne osoby zainteresowane przebiegiem i wynikiem postępowania są w stanie spostrzec, że sąd uznał, iż istnieją warunki do wydania wyroku zaocznego na podstawie opisanego wyżej zachowania. Tylko na tej podstawie są też w stanie stwierdzić, jaki środek zaskarżenia przysługuje im od wydanego orzeczenia i jakich wymagań muszą dopełnić w celu jego wniesienia.

Przyjęte w art. 339 k.p.c. uregulowania wzorowane są na art. 345 k.p.c. z 1930 roku, według którego na wniosek powoda będzie wydany przeciwko pozwanemu wyrok zaoczny, jeżeli pozwany nie stawiał się na posiedzenie, wyznaczone na rozprawę, albo mimo stawienia się nie bierze udziału w rozprawie (§ 1). W tym przypadku przyjmuje się za prawdziwe oświadczenia faktyczne przytoczone w pozwie, o ile nie są sprzeczne z dowodami, znajdującymi się w aktach sprawy (§ 2). Przy czym w toku prac nad k.p.c. z 1930 roku, proponowano jeszcze szerszą dopuszczalność wydania wyroku zaocznego, a mianowicie również w razie niestawiennictwa powoda, uznając też za stronę, która się nie stawiała, także tę, która wprawdzie stawiała się, lecz nie brała udziału w rozprawie, bądź z powodu niewłaściwego zachowania została wydalona z sali rozpraw¹².

Podobnie też, jak w obecnie obowiązującym art. 344 k.p.c., w Kodeksie postępowania cywilnego z 1930 roku, przyznano pozwanemu, przeciwko któremu zapadł wyrok zaoczny, prawo do wniesienia sprzeciwu. Jak bowiem stanowi art. 344 § 1 k.p.c., pozwany, przeciwko któremu zapadł wyrok zaoczny, może złożyć sprzeciw w ciągu dwóch tygodni od doręczenia mu wyroku. Dodano przy tym w § 2, że w piśmie zawierającym sprzeciw pozwany powinien przytoczyć zarzuty, które pod rygorem ich utraty należy zgłosić przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy, oraz okoliczności faktyczne i dowody. Sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich w sprzeciwie bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wy-

¹¹ System Informacji Prawnej LEX OMEGA nr 1347894.

¹² Por. W. Mańkowski, *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Polska procedura cywilna. Projekty referatów z uzasadnieniem*, Warszawa 1928, s. 303.

jątkowe okoliczności. Zgodnie z § 3, sprzeciw złożony po terminie oraz sprzeciw, którego braków strona w wyznaczonym terminie nie uzupełniła, a także sprzeciw nieopłacony, sąd odrzuca na posiedzeniu niejawnym.

Natomiast, jeżeli sprzeciw został złożony prawidłowo, przewodniczący wyznacza termin rozprawy i zarządza doręczenie sprzeciwu powodowi (art. 345 k.p.c.). Przy czym, po ponownym rozpoznaniu sprawy sąd wydaje wyrok, którym wyrok zaoczny w całości lub części utrzymuje w mocy albo uchyla go i orzeka o żądaniu pozwu, bądź też pozew odrzuca lub postępowanie umarza. Przepis art. 332 § 2 k.p.c. stosuje się odpowiednio (art. 347 k.p.c.). Odesłanie do odpowiedniego stosowania art. 332 § 2 k.p.c. oznacza, że w razie cofnięcia pozwu przed uprawomocnieniem się wyroku i przed jego zaskarżeniem z jednoczesnym zrzeczeniem się dochodzonego roszczenia, a za zgodą pozwanego również bez takiego zrzeczenia się, sąd pierwszej instancji uchyli swój wyrok i postępowanie w sprawie umorzy, jeżeli uzna cofnięcie takie za dopuszczalne. Postanowienie sądu w tym przedmiocie może być wydane na posiedzeniu niejawnym.

Jak wskazywano już w doktrynie¹³, w czasie obowiązywania k.p.c. z 1930 roku zwrócono uwagę na okoliczność, że nie można pozwanemu zarzucać niestawiennictwa na posiedzenie wyznaczone na rozprawę, jeżeli o wyznaczonym posiedzeniu nie wiedział albo nie mógł się stawić z powodu działania siły wyższej. Stąd w pierwotnej wersji projektu k.p.c. z 1930 roku, wzorując się na rozwiązaniach niemieckich i austriackich, przyjęto, że wyrok zaoczny nie może być wydany w przypadku braku prawidłowego doręczenia wezwania na termin posiedzenia albo gdy pozwany nie mógł się stawić z powodu „notorycznych wydarzeń żywiołowych lub innego wypadku nieuchronnego”. W obowiązującej ówczesnie wersji k.p.c. z 1930 roku przepis ten jednak nie został przyjęty. Z kolei w toku prac Komisji Kodyfikacyjnej nad projektem Kodeksu postępowania cywilnego z 1964 roku zastanawiano się nad tym, czy wobec trudności w pogodzeniu cechy wyroku zaocznego, jaką jest fikcja prawdziwości twierdzeń powoda, z założeniem wydania orzeczenia zgodnego z rzeczywistą treścią stosunków faktycznych, nie zrezygnować z postępowania zaocznego¹⁴.

Zasygnalizowany już w czasie obowiązywania k.p.c. z 1930 roku problem pozostaje aktualny również obecnie, powodując niejednokrotnie nadużywanie przez powodów prawa do uzyskania wyroku zaocznego. Wskazanie przez powoda w pozwie nieaktualnego lub w ogóle fikcyjnego adresu pozwanego nie rodzi bowiem dla niego żadnych negatywnych konsekwencji. Powoduje, że sąd dokonuje doręczeń pozwanemu na podany przez powoda adres i w konsekwencji

¹³ Por. J. J. Litauer: *Wyrok zaoczny w polskiej procedurze cywilnej*, Polski Proces Cywilny z 1935, nr 1–2, s. 10.

¹⁴ A. Kallaus, op. cit., Legalis.

przyjmuje, że pozwany, zawiadomiony – się nie stawił. Zgodnie bowiem z art. 139 § 1 k.p.c. w razie niemożności doręczenia w sposób przewidziany w artykułach poprzedzających, a zatem adresatowi lub osobie, która korespondencję mu przekaże, pismo przesłane za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe należy złożyć w placówce pocztowej tego operatora, a doręczane w inny sposób – w urzędzie właściwej gminy, umieszczając zawiadomienie o tym w drzwiach mieszkania adresata lub w oddawczej skrzynce pocztowej ze wskazaniem, gdzie i kiedy pismo pozostawiono, oraz z pouczeniem, że należy je odebrać w terminie siedmiu dni od dnia umieszczenia zawiadomienia. W przypadku bezskutecznego upływu tego terminu, czynność zawiadomienia należy powtórzyć. Przy czym sąd nie ma żadnej możliwości weryfikacji, czy zawiadomienia o piśmie dokonywane były pod tym adresem, pod którym pozwany rzeczywiście zamieszkuje. Doręczający, nawet gdyby posiadał informację, że adresat pod podanym adresem nie zamieszkuje, nie ma obowiązku jej przekazać sądowi, a często wiedzy o tym, czy odbiorca korespondencji zamieszkuje pod adresem wskazanym na przesyłce, w ogóle nie posiada.

W ten sposób powód swoim działaniem powoduje, że sąd wydaje wyrok zaoczny, który przesyła wraz z załącznikami i pouczeniem o prawie do wniesienia sprzeciwu również na adres, pod którym pozwany nie zamieszkuje, uniemożliwiając mu tym samym podjęcie obrony swych praw. Następnie powód po uzyskaniu klauzuli wykonalności składa wniosek o wszczęcie egzekucji, wskazując już aktualny adres dłużnika. Ten zaś dopiero z otrzymanego zawiadomienia o wszczęciu egzekucji dowiaduje się, że został przeciwko niemu wydany wyrok. Dłużnik taki, działając pod presją czasu, często nie wie, z jakich środków prawnych winien w takiej sytuacji skorzystać, pouczany jest bowiem jedynie o trybie zaskarżenia postanowienia o nadaniu klauzuli wykonalności i czynności komornika.

Wspomnieć w tym miejscu należy, że oczywistym jest, iż w o wiele lepszej sytuacji procesowej znajduje się pozwany, który posiada wiedzę o toczącym się postępowaniu i ustanowił pełnomocnika procesowego, bowiem w takim przypadku doręczenia wyroku zaocznego należy dokonać pełnomocnikowi z pouczeniem o przysługujących środkach zaskarżenia, także wtedy, gdy jest nim adwokat, radca prawny lub rzecznik patentowy¹⁵. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie podkreślano, jak ważne jest respektowanie przepisów rządzących doręczeniami sądowymi ze względu na ich istotną rolę w systemie gwarancji pro-

¹⁵ Tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 16 kwietnia 2010 r., sygn. III CZP 21/10, OSNC 2010, Nr 9, poz. 121.

cesowych. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 16 kwietnia 2010 r., sygn. III CZP 21/10 w zasadzie jednolicie przyjmuje się, poczynając od orzecznictwa na tle Kodeksu postępowania cywilnego z 1932 r., że przepisy o doręczeniach mają charakter obligatoryjny¹⁶, a dyspozycja art. 133 § 3 k.p.c. wiąże sąd i strony, zatem jeżeli strona ustanowiła pełnomocnika procesowego, to – stosownie do art. 133 § 3 k.p.c. – jemu doręcza się wyrok zaoczny na podstawie art. 343 k.p.c.

Wątpliwości wywołuje też sam wpływ wadliwości doręczenia przez sąd wyroku zaocznego na początek biegu terminu do jego zaskarżenia¹⁷. Zwraca się uwagę w doktrynie na okoliczność mającą duże znaczenie praktyczne, a mianowicie, że nieprawidłowości przy dokonywaniu doręczenia *per aviso* powodują, iż czynność ta nie może być uznana za dokonaną skutecznie¹⁸. Obecnie przyjmuje się, iż z uwagi na wadliwość takiej czynności, w przypadku gdy z doręczeniem związany jest skutek w postaci rozpoczęcia biegu terminu, termin ten nie biegnie. Wielu autorów opowiada się jednak za możliwością wykorzystania w tej sytuacji instytucji przywrócenia terminu, a doręczenie pozwanemu pisma pod nieaktualny adres jest skuteczne¹⁹. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 4 września 1970 r., sygn. I PZ 53/70, stwierdził, iż doręczenia przewidziane w art. 138 i 139 § 1 k.p.c. oparte są na domniemaniu, że pismo sądowe dotarło do rąk adresata i że w ten sposób doręczenie zostało dokonane prawidłowo. Domniemanie to jednak może być przez stronę obalone – adresat może bowiem dowodzić, że pisma nie otrzymał i o nim nie wiedział, gdyż osoba, której pismo doręczono zastępczo, bądź urząd, w którym je złożono, nie oddały mu pisma²⁰. Nadto w postanowieniu z dnia 12 stycznia 1973 r., sygn. I CZ 157/72 wskazuje, iż prawidłowość doręczenia zarządzenia sądu nie wyłącza wykazania, że uchybienie terminu wykonania zarządzenia nastąpiło bez winy adresata, w szczególności – z przyczyn leżących po stronie osób, do których rąk doręczenie nastąpiło zgodnie z przepisami k.p.c. Dotyczy to także doręczenia zarządzenia sądu

¹⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1935 r., CII. 127/35, Zb.Urz. 1935, poz. 426, z dnia 8 września 1993 r., III CRN 30/93, OSNC 1994, nr 7–8, poz. 160, z dnia 15 listopada 2000 r., IV CKN 1373/00, Izba Cywilna 2006, nr 3, s. 51, z dnia 15 kwietnia 2005 r., I CZ 20/05, niepubl., z dnia 15 listopada 2006 r., V CZ 77/06, Izba Cywilna 2007, nr 12, s. 48.

¹⁷ Szerzej M. Michalska-Marciniak, *Wadliwość doręczenia w trybie art. 139 § 1 k.p.c. a wniosek o przywrócenie terminu do wniesienia środka zaskarżenia*, Polski Proces Cywilny 2011, nr 3(4), s. 133–140.

¹⁸ Por. np. M. Michalska-Marciniak, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366*, red. K. Piasecki, wyd. 7, Legalis.

¹⁹ D. Olczak-Dąbrowska, *Przywrócenie terminu w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010, s. 204–205.

²⁰ OSNC 1971/6/100.

doroślemu domownikowi adresata (art. 138 k.p.c.), jeżeli nie doręczył on pisma adresatowi lub uniemożliwił adresatowi zapoznanie się z treścią tego pisma²¹. Sąd Najwyższy przychylił się więc w początkowym okresie do możliwości złożenia wniosku o przywrócenie terminu celem uchylenia ujemnych skutków upływu terminu, jakie wynikają dla strony z doręczenia zastępczego²². W późniejszych orzeczeniach dominował jednak pogląd, iż nieprawidłowe doręczenie zastępcze powoduje jego nieskuteczność. I tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 kwietnia 1996 r., sygn. I CRN 7/96, stwierdził, iż doręczenie zastępcze nie służy dopełnieniu formalności procesowej po to, by proces mógł się toczyć, lecz jest dokonywane w interesie osób uczestniczących w procesie, tj. w tym celu, żeby zapewnić im rzeczywisty udział w procesie i możliwość podjęcia obrony, gdy dotyczy to osoby pozwanej²³. W uzasadnieniu powołanego wyżej orzeczenia wskazano, iż nie jest dopuszczalne wykorzystywanie doręczenia zastępczego wtedy, gdy osoby, o jakich mowa w art. 138 k.p.c., nie są praktycznie w stanie przekazać przesyłki sądowej adresatowi z powodu jego długotrwałej nieobecności w miejscu zamieszkania, w przeciwnym razie akceptowałoby się fikcję, która w istocie pozbawiałaby prawa do sądu, a co za tym idzie – przeszkoda w doręczeniu zawiadomienia w taki sposób, by strona mogła powziąć wiadomość o rozprawie, jest także czynnikiem przeciwstawiającym się prowadzeniu rozprawy, a brak uzyskania przez sąd stosownych informacji powinien jednak powstrzymać go przed uznaniem skuteczności doręczenia – niezależnie bowiem od rangi uchybienia doręczyciela bądź urzędu pocztowego, o skuteczności doręczenia decyduje sąd i on odpowiada za ostateczną decyzję w tym przedmiocie. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 czerwca 1997 r., sygn. I CKU 88/97, stwierdzając, iż przepis art. 139 § 1 k.p.c. ma usprawniać postępowanie sądowe, aczkolwiek przy respektowaniu praw odbiorców korespondencji sądowej ekspediowanej za pośrednictwem poczty²⁴.

Kolejno wskazać należy, że nawet gdy dłużnikowi uda się doprowadzić do zawieszenia toczącego się przeciwko niemu postępowania egzekucyjnego, to i tak nie skutkuje to uchyleniem dokonanych czynności egzekucyjnych, co powoduje na przykład, że są dokonywane potrącenia z jego wynagrodzenia za pracę, czy emerytury lub renty i przekazywane na rachunek sum depozytowych. Dodatkowo to pozwany będzie ponosił koszty podejmowanej przez siebie obrony, co niejednokrotnie powoduje, że zachowuje on się biernie. Nie zawsze sytuacja ekonomiczna pozwanego pozwala na pokrycie tych kosztów, w tym kosztów

²¹ OSNC 1973/12/215.

²² Tak też M. Michalska-Marciniak, op. cit., s. 135.

²³ LEX nr 1402770.

²⁴ LEX nr 1228759.

związanych z działaniem profesjonalnego pełnomocnika, albowiem sam, nie posiadając wiedzy prawniczej, nie jest w stanie sobie w zaistniałej sytuacji poradzić. Może też pozwany rezygnować z podjęcia obrony wobec niewspółmierności nakładów finansowych, które winien byłby ponieść, i tym samym godzi się na spełnienie świadczenia, którego bezzasadnie powód od niego się domaga.

Wierzyciel zaś niejednokrotnie liczy na to, że dłużnik nie wniesie, bądź skorzysta z niewłaściwych środków zaskarżenia lub też skorzysta z nich jednakże z przekroczeniem terminu, albo nie dopełni wymogów formalnych lub fiskalnych i w ten sposób z pominięciem kontrydiktoryjnego procesu, którego wynik mógłby być dla niego niekorzystny, szybko uzyska wyrok zaoczny, który po nadaniu mu klauzuli wykonalności stanowi tytuł wykonawczy.

Takie działanie powoda – wierzyciela jest częste, albowiem nie rodzi dla niego żadnych dodatkowych negatywnych konsekwencji, ewentualnie konieczność wzięcia udziału w kontrydiktoryjnym procesie, jeżeli pozwanemu uda się skutecznie zaskarżyć wyrok zaoczny. W razie wniesienia sprzeciwu od wyroku zaocznego, w przypadku wykazania przez pozwanego faktu niezamieszkiwania pod adresem, pod którym doręczono wyrok zaoczny, powstaje konieczność ponownego doręczenia wyroku pozwanemu²⁵. Sprzeciw nie powinien podlegać odrzuceniu, pomimo niedoręczenia wyroku pozwanemu, sąd powinien wniesionemu sprzeciwowi nadać bieg, doręczając jednocześnie wyrok zaoczny pod prawidłowy adres pozwanego. W razie zaś odrzucenia sprzeciwu strona winna wnieść zażalenie na postanowienie sądu o odrzuceniu sprzeciwu. Zaprezentowany pogląd nie jest jednak powszechnie przyjęty, albowiem dopuszcza on zaskarżenie wyroku przed jego doręczeniem. W takiej sytuacji, jak przyjął Sąd Najwyższy w odniesieniu do skargi kasacyjnej, podlega ona odrzuceniu²⁶.

Oznacza to, że powód, wskazując adres, pod którym pozwany nie zamieszkuje, nie ponosi z tego tytułu żadnych negatywnych konsekwencji, w przeciwieństwie do pozwanego. Konieczne jest przy tym, aby wniesiony przez pozwanego sprzeciw spełniał wymagania prawne przewidziane dla tej czynności. Niespełnienie wymagań formalnych lub fiskalnych wniesionego środka zaskarżenia prowadzi do zastosowania rygoru procesowego w postaci jego odrzucenia. Zauważyć przy tym należy, że jeśli pozwanego nie stać na pokrycie kosztów sądowych, może ubiegać się o zwolnienie z nich, pod warunkiem jednak złożenia w terminie odpowiedniego wniosku do sądu.

²⁵ Por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2003 r., III CZP 90/03, OSNC z 2005 r., nr 2, poz. 21.

²⁶ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2001 r., II CZ 146/00, OSNC z 2001 r., nr 12, poz. 10.

Zgodnie z art. 333 § 1 k.p.c. sąd z urzędu nada wyrokowi przy jego wydaniu rygor natychmiastowej wykonalności, jeżeli wyrok uwzględniający powództwo jest zaoczny, co zaś powoduje, że wyrok ten stanowi tytuł egzekucyjny (art. 777 § 1 pkt 1 k.p.c.), a zatem nie jest konieczne jego uprawomocnienie się, aby sąd nadał mu klauzulę wykonalności i tym samym stanowił podstawę egzekucji – tytuł wykonawczy. Dlatego też pozwany, aby doprowadzić do zawieszenia toczącej się przeciwko niemu egzekucji, musi dodatkowo złożyć wniosek o zawieszenie rygoru natychmiastowej wykonalności. Zgodnie z art. 346 § 1 zdanie pierwsze k.p.c., na wniosek pozwanego sąd zawiesi rygor natychmiastowej wykonalności nadany wyrokowi zaocznemu, jeżeli wyrok ten został wydany z naruszeniem przepisów o dopuszczalności jego wydania, albo pozwany uprawdopodobni, że jego niestawiennictwo było niezawinione, a przedstawione w sprzeciwie okoliczności wywołują wątpliwości co do zasadności wyroku zaocznego. Co prawda, jak przyjęto w art. 346 § 2 k.p.c. wniosek o zawieszenie rygoru natychmiastowej wykonalności sąd może rozstrzygnąć na posiedzeniu niejawnym, jednak ustawodawca nie wskazał, aby sąd rozpoznał taki wniosek niezwłocznie, we wskazanym terminie instrukcyjnym, tak jak uczynił to w art. 737 k.p.c. w odniesieniu do rozpatrzenia wniosku o udzielenie zabezpieczenia, określając jednocześnie, że wniosek taki podlega rozpoznaniu bezzwłocznie, nie później jednak niż w terminie tygodnia od dnia jego wpływu do sądu. Jeżeli ustawa przewiduje rozpoznanie wniosku na rozprawie, należy ją wyznaczyć tak, aby rozprawa mogła odbyć się w terminie miesięcznym od dnia wpływu wniosku.

Przyjęte rozwiązania powodują, że nawet gdy pozwany dokona wszystkich czynności w terminie, zanim dojdzie do rozpoznania wniosku o wstrzymanie wykonania wyroku zaocznego, prowadzona jest przeciwko niemu egzekucja, która może spowodować dla pozwanego nieodwracalne skutki, w szczególności może dojść do sprzedaży jego ruchomości, wszczęcia egzekucji z nieruchomości i tym samym niemożności uzyskania kredytu, którego zabezpieczeniem miała być ta nieruchomość, egzekwowania z rachunku bankowego, wynagrodzenia, emerytury lub renty, co może doprowadzić do niespłacenia innych zobowiązań albo wręcz pozbawić pozwanego środków niezbędnych do utrzymania pozwanego i jego rodziny. Przysługujące pozwanemu roszczenie regresowe nie jest w stanie tych negatywnych skutków zniwelować, przy czym może okazać się, że uzyskanie przez pozwanego odszkodowania od powoda nie będzie możliwe, gdyż egzekucja przeciwko niemu okaże się bezskuteczna.

Ewentualne uzyskanie przez pozwanego postanowienia sądu wstrzymującego wykonanie wyroku zaocznego nie powoduje jeszcze zaniechania prowadzenia przeciwko niemu egzekucji. W takim przypadku konieczne jest złożenie wniosku o zawieszenie postępowania egzekucyjnego (art. 820 k.p.c.), do które-

go winien dołączyć odpis bądź kserokopię postanowienia sądu o wstrzymaniu wykonania wyroku zaocznego.

Prawodawca, dokonując nowelizacji k.p.c. w 2013 r.²⁷, wprowadził jeszcze jedną możliwość obrony przed egzekucją. Przewidział mianowicie w art. 820³ § 1 k.p.c., że komornik zawiesza na wniosek dłużnika postępowanie prowadzone na podstawie tytułu wykonawczego, w postaci zaopatrzonego w klauzulę wykonalności wyroku zaocznego, nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu nakazowym, upominawczym albo elektronicznym postępowaniu upominawczym, jeżeli dłużnik przedstawi zaświadczenie określone w art. 139 § 5 k.p.c., z którego wynika, że wyrok zaoczny lub nakaz zapłaty został doręczony na inny adres aniżeli miejsce zamieszkania dłużnika ustalone w postępowaniu egzekucyjnym. Chodzi o wydane na wniosek strony przez sąd lub referendarza sądowego na posiedzeniu niejawnym, zaświadczenie, w którym stwierdzono, że wyrok zaoczny lub nakaz zapłaty został doręczony na oznaczony adres w trybie określonym a art. 139 § 1 k.p.c. (poprzez złożenie pisma w placówce pocztowej bądź urządzie gminy, umieszczając zawiadomienie o tym w drzwiach mieszkania adresata lub oddawczej skrzynce pocztowej ze wskazaniem, gdzie i kiedy pismo pozostawiono, oraz z pouczeniem, że należy je odebrać w terminie siedmiu dni od dnia umieszczenia zawiadomienia, w przypadku zaś bezskutecznego upływu tego terminu czynność zawiadomienia należy powtórzyć).

Przyjęta regulacja przenosi ciężar dowodu z twierdzącego na zaprzeczającego. To bowiem pozwany będzie musiał udowodnić, że jego miejsce zamieszkania w czasie doręczania przez sąd wyroku zaocznego było inne, aniżeli adres, na który wyrok wysłano.

Ponadto przepis w art. 820³ § 1 k.p.c. został zredagowany wadliwie albo wbrew jego treści, co do zasady, w postępowaniu egzekucyjnym nie ustala się miejsca zamieszkania. Obowiązek oznaczenia we wniosku o wszczęcie egzekucji miejsca zamieszkania dłużnika spoczywa na wierzycielu (art. 126 § 2 w związku z art. 130 § 2 k.p.c.). Organ egzekucyjny przeprowadza dochodzenie w celu ustalenia miejsca zamieszkania dłużnika jedynie wówczas, gdy przepis szczególny tak stanowi, na podstawie art. 1086 k.p.c. w sprawach alimentacyjnych. Stąd błędne jest odwołanie się przez ustawodawcę do adresu ustalonego w postępowaniu egzekucyjnym zamiast adresu wskazanego przez wierzyciela we wniosku o wszczęcie egzekucji albo na późniejszym etapie prowadzonego postępowania egzekucyjnego. Nie przekonuje zatem pogląd wyrażony przez M. Romańską, że istotne jest, „jakie dane adresowe co do miejsca zamieszkania dłużnika zostaną ustalone przez komornika w postępowaniu egzekucyjnym” i czy dane

²⁷ Dz.U. z 2013 r., poz. 654.

te są tożsame z informacją w zakresie adresu pozwanego, jaka została podana sądowi w postępowaniu, w którym został wydany tytuł egzekucyjny²⁸ – ponieważ jak już wcześniej wspomniano, organ egzekucyjny przeprowadza dochodzenie w celu ustalenia miejsca zamieszkania dłużnika tylko wyjątkowo, w przypadkach, gdy przepis tak stanowi. Z tych samych przyczyn wątpliwości budzi także stwierdzenie J. Jagieły, jakoby uregulowanie zawarte w art. 820³ k.p.c. ma również motywować powoda, jego przedstawiciela ustawowego oraz pełnomocnika do prawidłowego wskazania w postępowaniu rozpoznawczym danych pozwanego, w szczególności aktualnego adresu zamieszkania, aby można było mu doręczać skutecznie pisma procesowe i tym samym mógł podjąć obronę już w tym postępowaniu, a nie dopiero na etapie postępowania egzekucyjnego²⁹. Za chybione należy więc uznać twierdzenia Autora, iż regulacja z art. 820³ k.p.c. zmierza do ograniczenia ryzyka naruszenia prawa do sądu pozwanego i „obciążania” go wszczynaniem postępowania zmierzającego do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy z jego udziałem, a nie wyłącznie na podstawie twierdzeń powoda zawartych w pozwie³⁰ – bowiem w sytuacji, gdy powód celowo podaje błędny bądź nieistniejący adres zamieszkania pozwanego, ten ostatni nie ma możliwości obrony swoich praw zarówno na etapie postępowania rozpoznawczego, jak i w większości w toku prowadzonego przeciwko niemu postępowania egzekucyjnego.

Ponadto wprowadzona regulacja miała ułatwić dłużnikom obronę przed egzekucją, jednakże wobec zastrzeżenia zawartego w art. 820³ § 4 k.p.c., jest dla nich mniej korzystna aniżeli zawieszenie postępowania egzekucyjnego na podstawie niezawierającego żadnych zastrzeżeń art. 820 k.p.c., zgodnie z którym na wniosek dłużnika postępowanie ulega zawieszeniu, jeżeli sąd uchylił natychmiastową wykonalność tytułu lub wstrzymał jego wykonanie. Zgodnie bowiem z art. 820³ § 4 k.p.c. zawieszenie postępowania egzekucyjnego w przypadku, o którym mowa w § 1, nie wyłącza możliwości podejmowania przez komornika czynności mających na celu wykonanie w przyszłości tytułu wykonawczego, nie wyłączając zajęcia majątku dłużnika. Oznacza to, że nie tylko zawieszenie postępowania egzekucyjnego powoduje, iż dokonane czynności egzekucyjne pozostają w mocy, nie są jedynie dokonywane dalsze czynności, z wyjątkiem tych dopuszczalnych na podstawie art. 179 § 3 w związku z art. 130 § 2 k.p.c., co powoduje, że pomimo zawieszenia postępowania następują skutki wcześniej dokonanych czynności egzekucyjnych, np. w postaci dokonywania potrąceń na podstawie

²⁸ M. Romańska, *Postępowanie egzekucyjne i zabezpieczające. Komentarz – Supplement 2013*, wyd. 2, art. 820(3) k.p.c., Legalis.

²⁹ J. Jagieła, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Tom III Komentarz. Art. 730–1088 2015*, wyd. 6, red. K. Piasecki, Legalis.

³⁰ Ibidem.

uprzednio dokonanego zajęcia rachunku bankowego dłużnika, jego wynagrodzenia za pracę, emerytury lub renty, potrącane środki pieniężne komornik składa na rachunku depozytowym Ministra Finansów (art. 808 k.p.c.), jeśli zaś doszło do zajęcia ruchomości lub nieruchomości, rzeczy te pozostają zajęte. Zawieszenie postępowania egzekucyjnego nie powoduje bowiem uchylenia dokonanych czynności egzekucyjnych, w tym zajęć, nie może bowiem zawieszenie postępowania egzekucyjnego powodować skutków zastrzeżonych przez ustawodawcę dla innej czynności – umorzenia postępowania egzekucyjnego³¹.

Prawodawca przewidział w razie zawieszenia postępowania egzekucyjnego na podstawie art. 820³ § 1 k.p.c., pomimo zawieszenia, możliwość dokonywania dalszych czynności egzekucyjnych, jak słusznie zauważono w piśmiennictwie³², pozostawiając decyzję co do podjęcia takich czynności i ich rodzaju komornikowi, przy czym co do zasady czynności te powinny być dokonane jednocześnie z zwieszeniem postępowania, ale nic nie stoi na przeszkodzie, aby zostały dokonane później.

Być może rozwiązaniem dla występujących naruszeń byłoby wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą przewidziana zostałaby sankcja dla powoda celowo wskazującego adres, pod którym pozwany nie zamieszkuje, bowiem obecnie nie ponosi on z tego tytułu żadnych negatywnych konsekwencji, w przeciwieństwie do pozwanego. Niemniej jednak samo wykazanie przez pozwanego, a później dłużnika – faktu niezamieszkiwania pod adresem, na który doręczono wyrok zaoczny, może powodować obiektywne trudności – warto zauważyć, że nawet wykazanie faktu zameldowania pod innym adresem, które nie jest przecież tożsame z miejscem zamieszkania określonym w przepisach, nie przesądza o okoliczności zamieszkiwania w innym miejscu przez pozwanego, a tym samym o udowodnieniu tego faktu. Konieczna jest zatem zmiana przepisów, które obecnie, na skutek swej niedoskonałości, powodują, że pozwany znajduje się w swojej „pułapce proceduralnej”, która narusza jego fundamentalne, konstytucyjne prawo do sądu.

³¹ Szerzej S. Dalka, *Skutki zawieszenia postępowania egzekucyjnego*, Problemy Egzekucji Sądowej, Nr XV, Sopot 1995, s. 12; J. Świeczkowski, *Umorzenie postępowania egzekucyjnego na podstawie art. 823 k.p.c.*, [w:] *Księga pamiątkowa Profesora Sławomira Dalki*, Gdańskie Studia Prawnicze, Tom XXVI, Gdańsk 2011, s. 459.

³² Por. K. Golinowska, w pracy zbiorowej pod red. J. Jankowskiego, *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz (art. 730–1217)*, Warszawa 2015, s. 505.

DELIVERY A DEFAULT JUDGMENT TO THE DEFENDANT
IN THE MANNER SPECIFIED IN ARTICLE 139 § 1
OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE PROTECTION
OF HIS RIGHTS. SELECTED ISSUES

The article undertakes to analyze the problem of delivery of the judgment by default with particular emphasis on the issue of the subsequent submission of the statement of opposition that judgment. In view of the fact that often plaintiff deliberately indicates an incorrect address of the defendant, which means that he has no knowledge of the judgment by default and his right to a court is then significantly reduced the author proposes to introduce sanctions for the plaintiff acting in this way.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (208) 2016
Warszawa 2016

Monika Dziewulska ■

UDZIAŁ BIEGŁEGO W POSTĘPOWANIU EGZEKUCYJNYM W SYTUACJI OKREŚLONEJ W ART. 853 K.P.C. – ZAGADNIENIA WYBRANE W UJĘCIU HISTORYCZNYM

Jak wskazuje Z. Szczurek, zasięgnięcie na mocy art. 813 k.p.c. przez komornika sądowego opinii biegłego w przypadkach wskazanych w przepisach jest jednym z przejawów gromadzenia informacji o stanie majątkowym dłużnika w postępowaniu egzekucyjnym¹ – jeżeli wymagane są wiadomości specjalne, a więc w ramach postępowania egzekucyjnego wymóg ten aktualizuje się, gdy pojawia się konieczność wyceny niektórych rzeczy, do których została skierowana egzekucja. Zatem art. 813 k.p.c. stanowi podstawę do zasięgnięcia opinii biegłego przez komornika, jednakże będąc jednocześnie *lex specialis* w stosunku do art. 278 k.p.c., nie reguluje kompleksowo kwestii udziału biegłego w postępowaniu egzekucyjnym², dlatego też w zakresie nieuregulowanym w art. 813 k.p.c., do udziału biegłego w postępowaniu egzekucyjnym na mocy art. 13 § 2 k.p.c. należy stosować odpowiednio art. 278 i nast. k.p.c. Komornik, podobnie jak sąd orzekający, może (a w niektórych przypadkach jest do tego zobligowany) skorzystać z pomocy organu pomocniczego wymiaru sprawiedliwości, jakim jest biegły sądowy – a precyzując – w przypadkach wymagających wiadomości

¹ Z. Szczurek, *Gromadzenie w postępowaniu egzekucyjnym informacji o stanie majątkowym dłużnika*, PPE/2005 nr 10–12, s. 7.

² K. Bednarska, *Glosa do wyroku SN z dnia 28 października 1997 r., I CKN 283/97*, Problemy Egzekucji/2001/17/100.

specjalnych, przekraczających możliwości percepcyjne i zasób wiedzy posiadany przez każdego inteligentnego człowieka, niebędącego jednak specjalistą czy naukowcem w danej dziedzinie. Niewątpliwie praktyka sądowa wskazuje na rosnącą na znaczeniu rolę biegłego jako źródła dowodowego i jego opinii jako środka dowodowego.

Instytucja biegłego w postępowaniu sądowym (w tym egzekucyjnym) znana była na ziemiach polskich już na przełomie XIX i XX wieku. Jak słusznie wskazywał J. J. Litauer, dokonując analizy umiejscowienia w Kodeksie postępowania cywilnego z 1932 roku dowodu z opinii biegłego wśród innych środków dowodowych, ustawodawca w szeregu środków dowodowych na trzecim miejscu – po dowodzie z dokumentów i z zeznań świadków – unormował dowód z opinii biegłego, bowiem jako środek dowodowy znany już procedurom dzielnicowym, jest on środkiem niezbędnym i w niektórych przypadkach niezastąpionym, gdy aspekty związane ze stroną faktyczną toczącego się przed sądem sporu przekraczają zakres wiadomości sędziego – pomimo – jak dodaje Autor – najbardziej wygórowanych wymagań dotyczących kwalifikacji intelektualnych stawianych sędziemu³. Jakkolwiek wielu autorów (np. Heusler, Kohler), być może wzorem ówczesnej procedury rosyjskiej, odmawiało opinii biegłego charakteru środka dowodowego, ponieważ stanowiła ona w ich przekonaniu jedynie „stwierdzenie właściwości przedmiotu”, to jednak przeważał pogląd, iż opinia biegłego to dowód „dydaktyczny” z wykorzystaniem wiadomości specjalnych⁴.

Wedle ustawy z dnia 27 maja 1896 r. o postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym (Ordynacja egzekucyjna) licytację ruchomości przeprowadzał organ wykonawczy, przy czym do licytacji należało „przybrać znawcę, który ocenia poszczególne rzeczy, w miarę jak idą na sprzedaż.” Jeśli takowych „znanców uzdolnionych do ocenienia do sprzedaży wszystkich do sprzedaży przeznaczonych przedmiotów” nie było, a dotyczyło to przedmiotów znacznej ilości lub większej wartości, organ wykonawczy mógł przybrać różnych znawców dla poszczególnych grup przedmiotów, przy czym zarządzał jeszcze przed licytacją wycenienie przez znawcę kosztowności, składów towarów i innych przedmiotów, których wyceny nie można byłoby dokonać przed samą licytacją. W pozostałych przypadkach wycena odbywała się tylko na żądanie i koszt któregoś z wierzyteli (§ 275)⁵. Zgodnie natomiast z § 78 powołanej ordynacji egzekucyjnej, o ile

³ J. J. Litauer, *Dowód z opinii biegłych według kodeksu postępowania cywilnego*, Polski Proces Cywilny, Rok V, Nr 1–2, s. 3.

⁴ Ibidem.

⁵ Ustawa z dnia 27 maja 1896 r. o postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym (Ordynacja egzekucyjna) – T. Bordolo Abondi de Boreo, J. Windakiewicz, *Ustawa z dnia 27 maja 1896 Nr. 79 Dz.u.p. o postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym*

ww. ustawa inaczej nie stanowiła, w postępowaniu egzekucyjnym obowiązywały ogólne postanowienia procedury cywilnej o stronach, o postępowaniu i ustnej rozprawie, o dowodach, o przeprowadzeniu dowodów i o poszczególnych środkach dowodowych, o uchwałach sędziowskich, wreszcie o środku prawnym rekursu⁶.

W późniejszym czasie, regulacje w tym zakresie zawarte były także w Ustawie postępowania sądowego cywilnego⁷ (dalej: u.p.s.c.) – ze szczególnym uwzględnieniem okoliczności w postaci posiadania wiedzy specjalnej przez biegłego oraz przesłanki w postaci konieczności uzyskania tychże wiadomości. Zgodnie bowiem z art. 122 u.p.s.c. sędzia pokoju mógł: „na wniosek strony lub według własnego uznania zażądać opinii biegłych co do takiego przedmiotu, dla którego oceny lub zbadania potrzebne są specjalne wiadomości”⁸, przy czym sąd nie mógł odmówić zarządzenia sporządzenia opinii przez biegłego tylko na podstawie przypuszczenia, iż biegły nie będzie: „w możności wypowiedzenia opinii”⁹. Z kolei sąd okręgowy mógł na wniosek strony lub według własnego uznania zasięgnąć opinii (pisownia oryginalna) biegłych co do takiego przedmiotu, którego zbadanie lub ocena wymaga specjalnych naukowych, technicznych lub gospodarczych wiadomości¹⁰, z zastrzeżeniem jednak, że podjąć się sporządzenia opinii były zobowiązane tylko te osoby, które ze względu na: „swoje powołanie, rzemiosło lub zajęcia mogą być uważane za posiadające wiadomości specjalne”¹¹. Sąd przy tym wedle własnego uznania mógł zażądać opinii biegłego (nawet bez wniosku stron w tym zakresie), jeśli jego zdaniem ta opinia mogła mieć wpływ na wynik sprawy¹². W każdym jednak wypadku, zgodnie z art. 533 u.p.s.c. nie był on związany opinią biegłego niezgodną z: „wiarygodnymi okolicznościami sprawy”¹³, bowiem przyjmowano założenie, iż ekspertyza ze swej istoty jest wyrażeniem zdania biegłego na dany temat, a oparta na domniemaniach, mniej

(Ordynacja egzekucyjna) i ustawa z dnia 27 maja 1896 Nr. 78 Dz.u.p. zaprowadzająca ordynację egzekucyjną w nowym przekładzie ze wszystkimi późniejszymi zmianami i wszelkimi związkowymi przepisami, objaśnieniami i orzeczeniami Sądu Najwyższego aż po ostatnie czasy i z osobnym dodatkiem o egzekucji międzydzielnicowej, Kraków 1926, s. 359.

⁶ Ibidem.

⁷ Obowiązującej w okręgach apelacyjnych warszawskim, lubelskim i wileńskim (w przekładzie z wydania 1914 r. z uzupełnieniami i zmianami do dnia 1/1 1923 r.) oprac.: W. Miszewski, St. Goldsztein, W. Przedpełski, Wł. Żywicki, O. Fedorowicz, St. Frankenstein-Sieczkowski, Warszawa 1923.

⁸ Art. 122 u.p.s.c.

⁹ Orzeczenie departamentu cywilnego senatu rosyjskiego – S.C. 693–74.

¹⁰ Art. 515 u.p.s.c.

¹¹ Art. 520 u.p.s.c.

¹² Orzeczenie departamentu cywilnego senatu rosyjskiego – S.C. 82–78.

¹³ Art. 533 u.p.s.c.

lub więcej wiarygodnych, zawsze winna być poddana ocenie sądu¹⁴. Podobnie jak obecnie – opinia biegłego mogła dotyczyć co do zasady stanu faktycznego sprawy, natomiast uznanie przez sąd części opinii za niewiarygodną nie wykluczało kierowania się przez sąd inną częścią tej samej opinii¹⁵. Zasięgnięcia opinii biegłego wymagano także w toku postępowania egzekucyjnego – w sytuacji skierowania egzekucji do nieruchomości oraz ruchomości – w tym ostatnim przypadku, jeżeli zaistniał spór co do oszacowania majątku ruchomego (dokonywanego jednocześnie z jego zajęciem i zamieszczanego w opisie), strona „spór czyniąca” miała prawo żądania sporządzenia oszacowania przez biegłych, ponosząc jednocześnie koszty tego oszacowania¹⁶.

W. Siedlecki w głosie do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 października 1985 r., III CZP 59/85¹⁷, wyraził pogląd, że zarówno w polskiej nauce prawa procesowego cywilnego, jak i w nauce obcej można zauważyć tendencję do korzystania w szerokim zakresie z opinii biegłych jako specjalistów czy ekspertów w zakresie właśnie pewnych wiadomości specjalnych, którzy w ten sposób mają uzupełnić wiedzę prawniczą sądu w sprawach cywilnych, gdy to jest niezbędne do wyjaśnienia istotnych okoliczności dla rozstrzygnięcia konkretnej sprawy cywilnej¹⁸. Posiłkując się wykładnią historyczną, zgodnie z art. 304 Kodeksu postępowania cywilnego z dnia 29 listopada 1930 r., w przypadkach wymagających wiadomości specjalnych sąd mógł po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru, wezwać jednego lub kilku biegłych, celem zasięgnięcia ich opinii. Zgodnie z § 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 grudnia 1925 r. o biegłych sądowych, biegłym sądowym mógł być ten, kto posiadał obywatelstwo polskie, korzystał z pełni praw cywilnych i obywatelskich, zasługiwał na pełne zaufanie i ze względu na posiadane wiadomości zawodowe w danej gałęzi wiedzy, umiejętności i sztuki szczególnie „nadawał się jako biegły sądowy”¹⁹.

Jak określił T. Żyznowski za W. Siedleckim, praktyka sądowa na podstawie art. 304 k.p.c. z 1930 r. wskazywała, że opinia biegłego mogła nie tylko zawierać jakąś zasadę naukową, prawidło techniczne, regułę empiryczną, a nawet jakąś wiadomość faktyczną, ale w szczególności m.in. także wiadomości z zakresu sztuki rzemiosła, uprawy roli, zwyczajów faktycznych i prawnych lub jeszcze

¹⁴ Orzeczenie departamentu cywilnego senatu rosyjskiego – S.C. 30–80.

¹⁵ Orzeczenie departamentu cywilnego senatu rosyjskiego – S.C. 154–79.

¹⁶ Art. 1001 u.p.s.c.

¹⁷ OSNC 1986/9/140.

¹⁸ W. Siedlecki, *Głosa do uchwały SN z dnia 30 października 1985 r., III CZP 59/85*, OSP 1986/7-8/139.

¹⁹ Dz.U.R.P. Nr 104, poz. 945.

także ogólnie ujęte „wiadomości gospodarcze”²⁰. Dominował w orzecznictwie pogląd, że sąd nie miał obowiązku wzywać na żądanie strony biegłych, gdy sam był w stanie rozstrzygnąć pojawiające się w toku postępowania wątpliwości²¹. Co więcej, jak wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 6 maja 1957 r., sygn. III CR 38/57, z przepisu 293 k.p.c.²² wynika, iż: „dowód z biegłego ma tylko na celu dostarczenie sądowi opinii w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Natomiast stwierdzenie istniejącego stanu faktycznego następuje za pomocą oględzin dokonanych przez sąd, w miarę potrzeby z udziałem biegłych (art. 303 k.p.c.), a jeżeli chodzi o stan faktyczny przeszły, to stwierdza się go za pomocą zeznań świadków. Przerzucanie więc faktycznie z sądu na biegłych obowiązku ustalenia stanu faktycznego obraża powołane przepisy w sposób istotny.”²³. Również w postępowaniu egzekucyjnym ustawodawca przewidział konieczność powoływania biegłego lub biegłych wzywanych przez komornika, gdy zachodziła taka potrzeba w sporządzeniu opisu lub oszacowania, przy czym zgodnie z art. 552 k.p.c. z 1930 r., biegły, który nie był stałym biegłym sądowym, składał wobec komornika zapewnienie sumiennego i bezstronnego spełnienia obowiązku. Słusznie wskazuje J. Korzonek, iż nie w każdym przypadku, gdzie ustawa regulowała kwestie związane ze sporządzeniem oszacowania (czy też opisu) przez biegłego, oszacowanie to jest obligatoryjne, jednakże nie jest wykluczone, że przybranie biegłego nastąpi także wtedy, gdy ustawa tego wyraźnie nie przewiduje. Postulował także, aby w miarę możliwości, komornik powoływał biegłych z listy stałych biegłych sądowych, albowiem według Autora, dzięki procedurze ich ustanawiania:

„dają lepszą gwarancję, że posiadają wymagane dla biegłych kwalifikacje moralne i zawodowe i że obowiązki swe spełnią, jak należy”²⁴.

Wezwanie i sporządzenie opinii przez biegłych miało miejsce przy oszacowaniu nieruchomości (art. 672, 673 k.p.c. z 1930 r.), przy oszacowaniu zajętych praw majątkowych w razie ich sprzedaży (art. 653 k.p.c. z 1930 r.), przy opisie i oszacowaniu własności górniczej (art. 730 k.p.c. z 1930 r.), przy opisie i oszacowaniu kolei żelaznej (art. 734 k.p.c. z 1930 r.), statku (art. 741 k.p.c. z 1930 r.), prawa zabudowy (art. 757 k.p.c. z 1930 r.), przy zniesieniu współwłasności nieruchomości (art. 835 k.p.c. z 1930 r.), a także przy oszacowaniu zajętych

²⁰ T. Żyznowski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1–366*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, wyd. II, Lex 2013.

²¹ Orzeczenie z 4.06.1925 r., sygn. C 288/25, OSP Tom IV, Nr 57.

²² Wcześniejszy art. 304 k.p.c. z 1930 r. – zastosowano numerację artykułów Kodeksu postępowania cywilnego po zmianie w 1950 r.

²³ OSNCK 1958/2/47.

²⁴ J. Korzonek. *Postępowanie egzekucyjne i zabezpieczające. Część druga Kodeksu postępowania cywilnego. Tom I (art. 508–597)*, Kraków 1934, s. 574–575.

ruchomości (art. 588, 589 k.p.c. z 1930 r.), przy czym zgodnie z art. 588 k.p.c. z 1930 r., jeżeli komornik uznał, że w celu oszacowania należy powołać biegłego albo jeżeli wierzyciel lub dłużnik podnieśli zarzuty, oszacowanie przez biegłego odbywało się przy zajęciu, a gdyby to nie było możliwe – w dniu licytacji²⁵. W doktrynie podkreślano, iż oznaczenie wartości każdej zajętej przez komornika rzeczy w toku postępowania egzekucyjnego jest konieczne i istotne ze względu na to, że „egzekucja nie powinna sięgać dalej, niż tego wymaga zaspokojenie wierzyciela”, jak również z uwagi na okoliczność, że przepisy dotyczące licytacji z ruchomości (art. 602 k.p.c. z 1930 r.) nakazują podanie w obwieszczeniu łącznej sumy oszacowania. Zgodnie z § 34 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 grudnia 1932 r. – Instrukcja dla komorników, organ egzekucyjny winien był przy oszacowaniu zajętych przedmiotów oznaczyć ich zwykłą wartość sprzedażną, jeżeli zaś miały one cenę giełdową lub targową, oszacowanie dokonane przez komornika winno opierać się na tej cenie. Wskazywano jednocześnie, że oznaczenie wartości zajętych ruchomości należy do komornika i od jego uznania zależy zlecenie sporządzenia opinii przez biegłego, która w istocie swej jest „dowodem z biegłego”²⁶ – jak słusznie bowiem zauważył F. Kruszelnicki, do dowodu z opinii biegłych w postępowaniu egzekucyjnym należało stosować odpowiednio przepisy pierwszej części k.p.c. o dowodzie z biegłych²⁷ – a więc przepisy o nieprzyjęciu obowiązków biegłego, o wyłączaniu biegłych, ich wynagradzaniu oraz karach, nakładanych na biegłych za nieusprawiedliwione niestawiennictwo, za odmowę złożenia przyrzeczenia albo za odmowę oszacowania (art. 305, 312 i 313 k.p.c. z 1930 r.)²⁸. Dodatkowo oszacowanie dokonywane przez biegłego było konieczne w sytuacji podniesienia przez wierzyciela lub dłużnika zarzutów przeciwko oznaczeniu wartości przez komornika, przy czym zarzuty te zgłoszone musiały być przy samym zajęciu, a zatem do protokołu zajęcia²⁹. Zaliczkę na koszty oszacowania sporządzanego przez biegłego, w wysokości oznaczonej przez komornika, zobowiązana była uiścić strona, która zażądała dokonania tej czynności³⁰. Jak słusznie zauważył M. Allerhand, przywołanie

²⁵ Por. St. Gołąb, Z. Wusatowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Część druga. Postępowanie egzekucyjne i zabezpieczające*, Kraków 1933, s. 218, M. Richter; *Kodeks postępowania cywilnego z przepisami wprowadzającymi oraz pokrewnymi ustawami i rozporządzeniami*, Wyd. Książnicy Naukowej, Przemysł-Warszawa, s. 394; J. Korzonek, op. cit., s. 574.

²⁶ St. Gołąb, Z. Wusatowski, op. cit., s. 289.

²⁷ F. Kruszelnicki, *Zarys systemu polskiego prawa egzekucyjnego i zabezpieczającego* Warszawa 1934, s. 23.

²⁸ J. Korzonek, op. cit., s. 578.

²⁹ Ibidem, s. 99.

³⁰ Ibidem, s. 120.

biegłego było niedopuszczalne³¹, jeżeli komornik sam dokonał oszacowania, przeciwko któremu nie podniesiono zarzutów³². Autor zwrócił jednocześnie uwagę na okoliczność, że wierzyciel i dłużnik mogą podnieść zarzuty przeciwko oszacowaniu tylko w czasie, gdy komornik ustala wartość ruchomości, a więc przy samym zajęciu, ponieważ ustawodawca przewidział nakaz przywołania biegłego do zajęcia, a tylko wyjątkowo w dniu licytacji³³. Jednakże, gdy komornik sam doszedł do przekonania, że dokonane przez niego oznaczenie wartości ruchomości nie odpowiadało rzeczywistym okolicznościom, to mimo dokonania szacunku, mógł zarządzić następcze oszacowanie zajętej ruchomości przez biegłego (według poglądu prezentowanego przez J. Korzonka, konieczność tego rodzaju aktualizowała się przede wszystkim w sytuacji, gdy w czasie między zajęciem a licytacją wartość ruchomości uległa zmianie)³⁴. Jak wskazał przy tym Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 7 maja 1957 r., sygn. II CR 404/56, niezawiadomienie dłużnika licytowanego o terminie licytacji, na której mógł on podnieść zarzuty z art. 594 § 2 k.p.c.³⁵ przeciwko wadliwemu oszacowaniu przez komornika ruchomości, a więc zapobiec powstaniu szkody wyrządzonej sprzedażem ruchomości za bezcen, uzasadniało odpowiedzialność z art. 528 § 1 i 2³⁶ k.p.c.³⁷

Obecnie obowiązujące przepisy przewidują, że komornik ma obowiązek powołania biegłego m.in. w przypadku wniesienia przez wierzyciela lub dłużnika zarzutów na oszacowanie zajętych ruchomości, którego dokonał sam komornik zgodnie z art. 853 § 2 k.p.c. Dla rozpatrywanego problemu niezwykle istotne jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone jeszcze przed nowelizacją art. 853 k.p.c. (czyli przed 5.02.2005 r.)³⁸ w uchwale 7 sędziów z dnia

³¹ Nie przekonuje przy tym pogląd wyrażony przez J. Korzonka, jakoby zapatrywanie M. Allerhanda o niedopuszczalności przywołania biegłego w przypadku, gdy komornik sam dokonał oszacowania, przeciwko któremu nie wniesiono zarzutów, nie znajdowało uzasadnienia w treści ustawy (J. Korzonek, op. cit., s. 727). Pogląd M. Allerhanda jest bowiem uzasadniony o tyle, o ile komornik nie ma wątpliwości co do dokonanego przez siebie oszacowania ruchomości, niemniej jednak nie wydaje się, aby zapatrywania obu Autorów wzajemnie się wykluczały.

³² M. Allerhand, *Kodeks postępowania cywilnego. Część druga. Postępowanie egzekucyjne i zabezpieczające*, Lwów 1933, s. 197.

³³ Ibidem, s. 196–197.

³⁴ J. Korzonek, op. cit., s. 727.

³⁵ Zastosowano numerację artykułów Kodeksu postępowania cywilnego po zmianie w 1950 r.

³⁶ Zastosowano numerację artykułów Kodeksu postępowania cywilnego po zmianie w 1950 r.

³⁷ OSNCK 1958/1/30

³⁸ Brzmienie art. 853 k.p.c. sprzed nowelizacji:

§ 1. Komornik oznacza w protokole zajęcia wartość każdej zajętej ruchomości.

§ 2. Jeżeli komornik uzna, że w celu oszacowania należy przywołać biegłego, albo

9 grudnia 1986 r., sygn. III CZP 61/86, wedle którego komornik, dokonując zajęcia ruchomości, nie może w protokole zajęcia oznaczyć globalnej wartości, lecz jest obowiązany oznaczyć odrębnie wartość każdej zajętej ruchomości³⁹, ponieważ ma to znaczenie dla dalszego postępowania egzekucyjnego z uwagi na treść art. 865 § 1, art. 866 § 2 i art. 867 § 2 k.p.c. oraz ułatwia ocenę w zakresie ilości ruchomości, które należy zająć, aby mogło nastąpić zaspokojenie wierzytelności i kosztów egzekucyjnych (art. 845 § 3 k.p.c.). Pogląd ten znajduje także uzasadnienie w doktrynie, już bowiem J. Korzonek wskazywał, iż oznaczenie wartości przez komornika nie może nastąpić zbiorowo dla większej ilości zajętych ruchomości (np. zdaniem Autora dla całego urządzenia mieszkania), lecz dla każdej pojedynczej ruchomości wartość ta musi być oznaczona odrębnie⁴⁰. Co istotne, każde wadliwie dokonane oszacowanie zajętej ruchomości może skutkować bądź uniemożliwieniem wyegzekwowania całej należności na rzecz wierzyciela (przy przeszacowaniu zajętych ruchomości powodującym brak zainteresowania potencjalnych nabywców ich kupnem), bądź wyzuciem dłużnika ponad miarę z posiadanego przezeń majątku⁴¹. Dlatego też uzasadnionym jest stwierdzenie, że poza przypadkami wskazanymi w ustawie, gdzie powołanie biegłego jest obligatoryjne, komornik może powołać biegłego z własnej inicjatywy lub na wniosek stron, jeżeli jego udział uzna za potrzebny z pewnymi jednak, jak się wydaje, ograniczeniami. Nie jest bowiem na gruncie postępowania egzekucyjnego pożądaną sytuacją, gdy organ egzekucyjny, czy to z urzędu, czy też na wniosek stron postępowania, powołuje biegłego do oszacowania zajętych ruchomości, a koszty sporządzenia przez niego opinii przewyższają wartość ruchomości bądź wysokość dochodzonej w postępowaniu egzekucyjnym należności. Postulat tej treści wyrażany był już pod rządami Kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r., wskazywano bowiem, iż pomimo tego, że ocena, czy w konkretnym przypadku należy wezwać jednego lub kilku biegłych, należy do komornika, to z uwagi na koszty postępowania egzekucyjnego wezwanie kilku biegłych powin-

jeżeli wierzyciel lub dłużnik podnoszą zarzuty, oszacowanie przez biegłego odbędzie się przy samym zajęciu, a gdyby to nie było możliwe – w dniu licytacji.

Nowelizacja przyniosła zmianę terminologiczną, bowiem obecnie w art. 853 § 2 k.p.c. ustawodawca przewidział możliwość wniesienia skargi, w której dłużnik lub wierzyciel mogą podnieść zarzuty na oszacowanie ruchomości dokonane przez komornika – bezpośrednio do komornika. Jasno sprecyzowano także termin, w jakim zarzuty te można wnieść, a mianowicie do dnia licytacji, gdyby ich wcześniejsze zgłoszenie było niemożliwe, a nie jak poprzednio nawet w dniu licytacji.

³⁹ OSNC 1987/9/129.

⁴⁰ J. Korzonek, op. cit., s. 727.

⁴¹ Por. J. Treder, *Uwaga z szacowaniem ruchomości*, Currenda 1994, nr 12, s. 136–

no się jednak ograniczyć do przypadków koniecznej potrzeby⁴². Jeszcze dalej idące były rozwiązania przyjęte w powołanej wcześniej ustawie z dnia 27 maja 1896 r. o postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym (Ordynacja egzekucyjna), ponieważ zgodnie z § 275, gdy któryś z wierzycieli zażądał wyceny, pokrywał jej koszty, przy czym mógł domagać się ich zwrotu tylko i wyłącznie, gdy na skutek wcześniejszej wyceny „odpadł wydatek na koszt przybrania znawcy do późniejszej licytacji”⁴³.

Nie bez znaczenia dla omawianej problematyki pozostaje fakt, że ustawodawca przyjął, iż postępowanie egzekucyjne umarza się w całości lub części z urzędu, jeżeli jest oczywiste, że z egzekucji nie uzyska się sumy wyższej od kosztów egzekucyjnych (art. 824 § 1 pkt 3 k.p.c.). Zatem niedopuszczalność egzekucji świadczeń pieniężnych zachodzi, gdy jest oczywiste, że po jej przeprowadzeniu nie uzyska się sumy wyższej od kosztów egzekucyjnych, a więc suma kosztów (opłat egzekucyjnych, wydatków podlegających zwrotowi, kosztów zastępstwa prawnego wierzyciela) będzie wyższa niż egzekwowana suma pieniężna. Słusznie wskazał J. Jagieła, że oceniając zasadność umorzenia postępowania na podstawie art. 824 § 1 pkt 3 k.p.c., organ egzekucyjny musi uwzględnić wszystkie koszty egzekucji, a jeżeli egzekucję do tej samej rzeczy lub prawa prowadzi kilku wierzycieli, łączne koszty związane z prowadzeniem egzekucji na rzecz wszystkich wierzycieli. Oceny tej okoliczności organ egzekucyjny powinien dokonywać na każdym etapie postępowania, a nie dopiero po opisie i oszacowaniu ruchomości, nieruchomości lub prawa⁴⁴. Niejednokrotnie podkreślano w doktrynie, iż oczywistość, że z egzekucji nie otrzyma się sumy wyższej od kosztów, zachodzi przez porównanie przypuszczalnych kosztów oraz prawdopodobnego szacunku, np. ruchomości, nieruchomości i wyciągnięcie wniosku co do tego, czy suma uzyskana z egzekucji będzie niższa od kosztów egzekucyjnych, przy czym może dojść do sytuacji, w której dopiero po oszacowaniu komornik dojdzie do wniosku, że koszty egzekucyjne będą wyższe od sumy uzyskanej z egzekucji – również i w tym stadium postępowanie można umorzyć, ponieważ obiektywny brak majątku dłużnika, w połączeniu z zasadą zaufania do działań podejmowanych przez organy władzy publicznej – w tym przypadku organu egzekucyjnego, uzasadnia stwierdzenie, iż dalsze prowadzenie postępowania egzekucyjnego jest niezasadne, niecelowe i sprzeczne z dyspozycją art. 824 § 1 pkt 3 k.p.c.

Istotą unormowania zawartego w art. 853 § 2 k.p.c. jest umożliwienie zainteresowanym podmiotom zgłoszenia zarzutów co do oszacowania zajętych

⁴² J. Korzonek, op. cit., s. 575.

⁴³ T. Bordolo Abondi de Boreo, J. Windakiewicz, op. cit., s. 359.

⁴⁴ J. Jagieła, *Wybrane zagadnienia dotyczące zawieszenia i umorzenia postępowania egzekucyjnego* Probb.Egz./1999/2/45.

przedmiotów, przy czym, jeżeli komornik uzna to za celowe, może z urzędu wezwać dla oszacowania ruchomości biegłego, a wezwanie biegłego jest obowiązkowe, w przypadku gdy wierzyciel lub dłużnik podniesie zarzuty odnośnie oszacowania dokonanego przez komornika⁴⁵. O ile niewezwanie przez komornika biegłego, w przypadkach gdy jest to obowiązkowe, stanowi zaniechanie dokonania czynności w rozumieniu art. 767 k.p.c i uzasadnia wniesienie skargi na czynności komornika, to skarga zawierająca zarzuty na oszacowanie ruchomości przez komornika nie ma charakteru skargi na czynności komornika z art. 767 k.p.c. Wnosi się ją bowiem do komornika i nie podlega ona rozpoznaniu przez sąd. Jednakże zwrócić należy uwagę na aspekt praktyczny, mający wpływ na szybkość i sprawność prowadzonego postępowania egzekucyjnego z ruchomości. Przepis art. 853 § 2 k.p.c. nie zawiera jakichkolwiek wskazań w zakresie wymaganej treści zarzutów skargi. Przyjmuje się, że zgłaszając skargę na oszacowanie, wystarczy zakwestionować prawidłowość szacunku, jaki został dokonany przez komornika, innymi słowy zakwestionować oznaczoną przez niego wartość ruchomości, skarżący nie ma obowiązku udowadniania czy też uprawdopodobniania zgłoszonych zarzutów. Rodzi to obiektywne niebezpieczeństwo wnoszenia skargi na oszacowanie ruchomości, np. przez dłużnika – tylko dla zasady, celem przedłużenia toczącego się postępowania z zajętych ruchomości, czy przez wierzyciela powodowanego chęcią uzyskania zaspokojenia należności, niemającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy. Nie można tracić z pola widzenia okoliczności, że ustawodawca przesądził o publicznoprawnym charakterze statusu komornika (art. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r., o komornikach sądowych i egzekucji), zatem regulacje w tym zakresie należy odnieść przede wszystkim do przepisów Konstytucji RP. Zgodnie z art. 7 Konstytucji RP organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, a zawód komornika należy zaliczyć do grupy zawodów zaufania publicznego. Komornik, prowadząc postępowanie egzekucyjne i dokonując czynności egzekucyjnych w toku egzekucji, stosuje przymus przez wykorzystanie aparatu środków przymusu na podstawie i w granicach obowiązującego prawa. Nie ulega zatem wątpliwości, że będąc funkcjonariuszem publicznym działającym przy sądzie rejonowym, ingeruje w sferę chronionych konstytucyjnie praw i wolności obywatela (art. 5 Konstytucji RP) w celu zaspokojenia roszczenia wierzyciela, najczęściej wbrew woli dłużnika⁴⁶. Postulat działania organu egzekucyjnego na podstawie i w gra-

⁴⁵ Taki obowiązek nakładają na komornika również przepisy szczególne (np. art. 866² k.p.c. dotyczący oszacowania przedmiotów o wartości historycznej lub artystycznej oraz wyrobów ze złota i platyny).

⁴⁶ Por. Z. Szczurek, *Instytucja wyłączenia komornika sądowego jako gwarancja jego bezstronności*, PPE 2009, nr 11.

nicach prawa odnosi się do wszystkich sfer jego działalności w postępowaniu egzekucyjnym, w tym także do obowiązku dokonania oszacowania zajętych ruchomości, którego dokonuje sam, na podstawie własnej wiedzy i doświadczenia. Słusznie wskazuje Z. Merchel, że wartość ruchomości wyznaczają ceny, jakie ruchomości tego rodzaju osiągają na danym terenie w wolnym obrocie, oczywiście przy uwzględnieniu stanu i stopnia zużycia ruchomości⁴⁷. Dlatego pożądanym byłoby z jednej wprowadzenie przez ustawodawcę do art. 853 k.p.c. obowiązku uprawdopodobnienia zarzutów składanych w skardze na oszacowanie ruchomości przez dłużnika lub wierzyciela, z drugiej zaś konieczności powołania biegłego przez komornika w przypadku, gdy organ egzekucyjny z braku odpowiedniej wiedzy w danej dziedzinie nie może samodzielnie dokonać oszacowania.

⁴⁷ Z. Merchel, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, red. Z. Szczurek, wyd. IV, Currenda 2013, s. 538.

THE PARTICIPATION OF AN EXPERT IN ENFORCEMENT PRO-
CEEDINGS IN THE CASE REFERRED TO IN ARTICLE 853
CODE OF CIVIL PROCEDURE. SELECTED ISSUES
IN HISTORICAL PERSPECTIVE

The author explains the institution of a court expert in enforcement proceedings, describing problems in historical perspective, primarily referring to the regulations contained in the Code of Civil Procedure of 1932. Particular attention is given to the regulations contained in Article 853 of the current Code of Civil Procedure, by submitting proposals under at the legislature for the introduction of the obligation probable allegations made in the complaint to estimate the movables of the debtor or creditor as well as the need for the appointment of an expert by a bailiff if the bailiff does not have knowledge in a particular field and can not independently make estimates.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (208) 2016
Warszawa 2016

Marek Kulik ■

CZY NIELETNI MOŻE ODPOWIADAĆ KARNIE ZA NIEWYKONAWCZE POSTACI WSPÓŁDZIAŁANIA PRZESTĘPNEGO ORAZ FORMY STADIALNE POPRZEDZAJĄCE DOKONANIE?

Tytułowe pytanie należy do tych, które nie mają szansy na jednomyślną odpowiedź doktryny. Przeciwnie – stanowiska w tym zakresie wydają się polaryzować. Na gruncie art. 9 § k.k. z 1969 r., który nie wskazywał przepisów typizujących czyny, za które może odpowiadać nieletni, lecz operował nazwami czynów zabronionych, problem właściwie nie istniał. Milcząco przyjmowano, że wyjątkowa odpowiedzialność karna nieletniego obejmuje wszystkie formy zjawiskowe i stadialne. Zagadnienie otworzył k.k. z 1997 r., który przyjął odmienną technikę legislacyjną w tym zakresie i zmodyfikował określenie odpowiedzialności podżegacza i pomocnika.¹ Obecnie istnieją trzy stanowiska na temat odpowiedzialności karnej nieletniego za różne postaci zjawiskowe. Część doktryny uważa, że nieletni odpowiada zarówno za sprawstwo, jak podżeganie i pomocnictwo. Inni wyłączają odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo. Pozostali wyłączają nie tylko odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo, lecz także za sprawstwo kierownicze i polecające. Czym innym jednak jest przyjęcie stanowiska odnośnie do „form zjawiskowych,”² czym innym w odniesieniu do

¹ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. T. I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2012, s. 170–171.

² „Formy zjawiskowe” stawiam w cudzysłowie, gdyż opowiadam się za stanowiskiem, że nie są to formy czynu zabronionego, ale odrębne typy. Por. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001,

form stadialnych. Przyjmując drugi lub trzeci z wymienionych poglądów, można uzasadnić kolejny – że nieletni nie odpowiada za czyn popełniony w formie stadialnej innej niż dokonanie.³ Przyjęcie jednego z tych poglądów jest uzależnione od rozumienia art. 10 § 2 k.k.

Stanowi on, że nieletni, który po ukończeniu 15 lat dopuszcza się czynu zabronionego określonego w art. 134, art. 148 § 1, 2 lub 3, art. 156 § 1 lub 3, art. 163 § 1 lub 3, art. 166, art. 173 § 1 lub 3, art. 197 § 3 lub 4, art. 223 § 2, art. 252 § 1 lub 2 oraz w art. 280 k.k., może odpowiadać na zasadach określonych w k.k., jeżeli okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają, a w szczególności, jeżeli poprzednio stosowane środki wychowawcze lub poprawcze okazały się bezskuteczne. Jest oczywiste, że art. 10 § 2 k.k. znajduje zastosowanie do dokonanego sprawstwa. Jednak pojawia się pytanie, czy wchodzą w grę inne postaci zjawiskowe i formy stadialne.

s. 553 i nast. Idem, [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks...*, s. 291 i nast.; R. Dębski, *O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępnego w kodeksie karnym z 1997 r.*, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1998, t. LVIII, s. 124; A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 107–108; eadem, *Problem zbiegu stadialnych postaci sprawczego współdziałania z dokonaniem podżegania i pomocnictwa* [w:] J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Toruń 2007, s. 52; A. Zoll: *Czy podżeganie i pomocnictwo są postaciami zjawiskowymi przestępstwa*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa*. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka, Kraków 2006, s. 725 i nast.; idem: *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępnego w projekcie kodeksu karnego*, *PiP* 1995, z. 6, s. 34; T. Kaczmarek, *Kwestie sporne wokół tzw. niesprawczych form współdziałania przestępnego*, [w:] J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Toruń 2007, s. 93 i nast.; J. Giezek, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 144–145; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I, Komentarz do artykułów 1–31*, Warszawa 2010, s. 641; uzasadnienie uchwały SN z 21 XI 2003 r. (IKZP 11/03), *OSNKW* 2003, z. 11–12, poz. 89. W starszej literaturze podobnie uważał A. Spotowski (*Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 184). Formy stadialne stawiam bez cudzysłowu, choć także i w ich wypadku można próbować uzasadniać pogląd, że są to różne typy. Mowa o tym w końcowej części pracy.

³ Jest to kwestia ustalenia, jaka jest norma sankcjonowana naruszona czynem popełnionym w różnych formach stadialnych lub postaciach zjawiskowych. Zwolennicy drugiego z referowanych poglądów przyjmują, że o ile w wypadku różnych postaci zjawiskowych dochodzi do naruszenia różnych norm sankcjonowanych, o tyle w wypadku różnych form stadialnych chodzi o jedną normę sankcjonowaną. Przyjęcie trzeciego ze zreferowanych poglądów w praktyce – o czym szczegółowo niżej – wiąże się z uznaniem, że do naruszenia różnych norm sankcjonowanych dochodzi nie tylko w razie popełnienia czynu w różnych postaciach zjawiskowych, lecz także w różnych formach stadialnych.

Część doktryny stoi na tradycyjnym stanowisku, że kodeks nie tworzy tu ograniczeń.⁴ Zagadnienie jest postrzegane jako oczywiste i rzadko podejmuje się próby jego uzasadnienia. Czyni to A. Wąsek, który stwierdza, że akceptując Makarewiczowską koncepcję współdziałania przestępnego, k.k. traktuje sprawstwo, podżeganie i pomocnictwo jako formy w zasadzie równorzędne. Dopuszczenie się czynu zabronionego, o którym mowa w art. 10 § 2 k.k., oznacza dopuszczenie się go w jakiegokolwiek formie stadialnej lub zjawiskowej.⁵ Podobnie uważa K. Daszkiewicz, stwierdzając, że art. 10 § 2 k.k. stanowi o odpowiedzialności „na zasadach” określonych w k.k. Zasady te są skodyfikowane także w rozdziale II k.k., dotyczącym form popełnienia przestępstwa. Do form tych należy podżeganie i pomocnictwo. Zatem – zdaniem Autorki – możliwość przypisania nieletniemu odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo jest oczywistością wszędzie tam, gdzie dałoby mu się przypisać odpowiedzialność za sprawstwo.⁶

Odmienne zagadnienie postrzega A. Zoll, który uważa, że art. 10 § 2 k.k. ma zastosowanie do wszystkich form sprawczych współdziałania przestępnego (współsprawstwo, sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające), jednak nie jest możliwe zastosowanie go do podżegania i pomocnictwa. Podżegacz i pomocnik popełniają przestępstwo o innej kwalifikacji prawnej i innym zespole ustawowych znamion niż sprawca.⁷ Autor ten jest zwolennikiem identycznego traktowania wszystkich postaci sprawstwa.⁸ Uważa nadto, że nieletni może odpowiadać za usiłowanie, zastrzegając jednak, że należy pamiętać o wyjątkowym charakterze

⁴ A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny*, Gdańsk 2005, s. 143; G. Rejman, [w:] G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 476; K. Daszkiewicz, *Kodeks karny z 1997 roku. Uwagi krytyczne*, Gdańsk 2001, s. 153; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 45–46; A. Gaberle [w:] M. Korcyl-Wolska (red.), *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Gdańsk 2002, s. 49; A. Grześkowiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 120; M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 48.

⁵ A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 143.

⁶ K. Daszkiewicz, *Kodeks...*, s. 153.

⁷ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 170. Tak też P. Kardas, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 364 i 383; A. Walczak-Zochowska [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks...*, s. 445; A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks...*, s. 699–700.

⁸ Podobnie postrzega problem P. Kardas, który stwierdza, że w wypadku wszystkich postaci sprawstwa chodzi o naruszenie tej samej normy sankcjonowanej. P. Kardas, *Sprawstwo kierownicze i polecające – wykonawcze czy niewykonawcze postaci sprawstwa?*, Przegląd Sądowy 2006, nr 5, s. 106.

odpowiedzialności na podstawie art. 10 § 2 k.k.⁹ Z milczenia Autora odnośnie do przygotowania, w połączeniu z wyraźnie wyartykułowanym stanowiskiem, że odpowiedzialność karna nieletniego jest wyjątkiem, należy wnosić, że opowiada się on za wyłączeniem przygotowania spod zakresu stosowania art. 10 § 2 k.k.

Inaczej na problem patrzy Ł. Pohl. Jest on zdania, że odpowiedzialności karnej mogą podlegać wyłącznie nieletni sprawcy i współsprawcy, ale już nie sprawcy kierowniczy, polecający, podżegacze i pomocnicy.¹⁰ Jak wskazuje, przepisy części szczególnej k.k., do których odwołuje się art. 10 § 2 k.k. w swojej warstwie deskryptywnej, a co za tym idzie i normatywnej, nie określają innych form niż sprawcze. Zdaniem tego Autora stanowisko zakładające możliwość odpowiedzialności także za formy niesprawcze abstrahuje od brzmienia art. 10 § 2 k.k.¹¹ Skoro wyraźnie stanowi on, że na zasadach określonych w k.k. nieletni odpowiada wyłącznie, jeżeli wyczerpie ustawowe znamiona określone w jednym z wymienionych tam przepisów części szczególnej k.k. bez dodatkowego doprecyzowania, czy chodzi o zachowania podjęte w tej bądź innej formie zjawiskowej czy stadialnej, należy przyjąć, że chodzi dokładnie o te zachowania, które zostały w przepisie wyszczególnione. Przepis nie mówi o zachowaniach polegających na kierowaniu jednym z tych czynów, wydawaniu polecenia wykonania go, nakłanianiu czy ułatwianiu,¹² a tylko o konkretnych zachowaniach tworzących opis czynności wykonawczej charakterystycznej dla własnoręcznego sprawstwa. Prowadzi to Autora do wniosku, że nie wchodzi w grę nie tylko niesprawcze postaci współdziałania przestępnego, lecz także i niewykonawcze postaci sprawstwa. Art. 10 § 2 k.k. odsyła bowiem do przepisów części szczególnej, które nie określają niewykonawczych postaci sprawstwa ani niesprawczych form współdziałania.

Właśnie z tego założenia wynika zarzut stawiany zwolennikom pierwszej ze zreferowanych wyżej koncepcji. Skoro art. 10 § 2 k.k. odsyła do przepisów części szczególnej k.k., to nie może tam chodzić o jakiegokolwiek formy inne niż

⁹ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks...*, s. 170.

¹⁰ Ł. Pohl, *Istota pomocnictwa w kodeksie karnym z 6.VI.1997 r.*, RPEiS 2000, z. 2, s. 80–82; idem, *O (nie)możliwości pociągnięcia osoby nieletniej do odpowiedzialności za tzw. niewykonawcze formy współdziałania przestępnego na gruncie kodeksu karnego z 1997 r.*, [w:] V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010, s. 163 i nast.

¹¹ Ł. Pohl, *O (nie)możliwości...*, s. 175.

¹² Ł. Pohl, *O (nie)możliwości...*, s. 172. Idąc tym tropem, trzeba dodać, że nie mówi też o bezpośrednim zmierzaniu do podjęcia opisanych tam czynności ani o podjęciu czynności, które mają umożliwić podjęcie w przyszłości zachowania zmierzającego do dokonania. Wywód Ł. Pohla odnoszący się do postaci zjawiskowych ma zatem określone konsekwencje także i na gruncie form stadialnych. Konsekwencje te Autor prawidłowo wyciąga w dalszej części wywodu – Ł. Pohl, *O (nie)możliwości...*, s. 176.

własnoręczne sprawstwo, gdyż przepisy, o których mowa, nie określają ich charakterystyki. Zatem twierdzenie, że w art. 10 § 2 k.k. chodzi o wszystkie postaci zjawiskowe i formy stadialne czynów zabronionych stypizowanych w wymienionych tam przepisach abstrahuje od brzmienia przepisu.¹³

Próbując uzasadnić wybór któregoś ze zreferowanych stanowisk, należy odnieść się wprost do kluczowych argumentów. Zwolennicy pierwszego poglądu operują argumentami wywodzonymi z koncepcji równorzędności form zjawiskowych (A. Wąsek) i okoliczności, że określenie form jest zasadą odpowiedzialności karnej (K. Daszkiewicz). Oba argumenty mogą istotnie stracić na znaczeniu, jeżeli zrewidować klasyczne rozumienie istoty „form zjawiskowych”.¹⁴ Piszący te słowa jest zwolennikiem nieco uwspółcześnionego ich rozumienia. Nie wchodząc w szczegóły, opowiadam się za postrzeganiem ich nie jako form popełnienia tego samego czynu zabronionego, lecz jako odrębnych typów. To rzeczywiście uniemożliwia oparcie się na wskazanych wyżej argumentach zwolenników pierwszej koncepcji. Czy całkiem ją to falsyfikuje? Wydaje się, że niekoniecznie. Aby to stwierdzić, należy odnieść się do argumentów podnoszonych przez zwolenników drugiego i trzeciego ujęcia, którzy są zwolennikami postrzegania „form zjawiskowych” jako odrębnych typów. Podnoszą oni, że podżegacz i pomocnik popełniają przestępstwo o innej kwalifikacji prawnej i innym zespole ustawowych znamion niż sprawca.¹⁵ Ten mocny argument wypowiedziany przez A. Zolla, wiąże się z innymi, użytymi przez Ł. Pohla, z tą różnicą, że o ile A. Zoll akcentuje element formalnoprawny – różnicę w kwalifikacji prawnej zachowań sprawcy i podżegacza lub pomocnika, a na drugim miejscu stawia kształt ustawowego opisu, to Ł. Pohl od razu wskazuje na konsekwencje materialne – różnicę opisu zachowania osób realizujących poszczególne postacie zjawiskowe. Stąd różnica między tymi Autorami – A. Zoll uważa, że nieletni odpowiada za wszystkie postaci sprawstwa, Ł. Pohl, że tylko za sprawstwo własnoręczne, a nie za sprawstwo niewykonawcze.

Jest niewątpliwe – tu zgadzam się z poglądem Ł. Pohla – że art. 10 § 2 k.k. odsyła jedynie do przepisów części szczególnej k.k.¹⁶ Czy oznacza to, że stanowi wyłącznie o dokonanym wykonawczym sprawstwie?

¹³ Ł. Pohl, *O (nie)możliwości...*, s. 174–175. Zarzut ten kierowany jest pod adresem wypowiedzi A. Wąska o równorzędności form zjawiskowych. Por. A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 143.

¹⁴ Co słusznie zauważa w odniesieniu do argumentów wywodzących się z koncepcji równorzędności form zjawiskowych popełnienia czynu zabronionego A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 170–171.

¹⁵ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 170.

¹⁶ Ł. Pohl, *O (nie)możliwości...*, s. 175.

Przemawiają za tym dwa argumenty – formalna kwalifikacja prawna czynu i określenie ustawowych znamion. Pierwszy można by ująć następująco – art. 10 § 2 mówi np. o czynie z art. 148 § 1 k.k., a nie o czynie z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 18 § 2 lub 3 k.k. Drugi można określić tak: art. 10 § 2 k.k. odsyła do zakazu, który brzmi; „nie zabijaj człowieka”, a nie „nie nakłaniaj do zabicia człowieka” lub „nie ułatwaj zabicia człowieka”. Oba te argumenty przemawiają za uznaniem, że czyny, o których mowa, mogą być popełnione tylko w postaci pierwotnej.

Na zagadnienie to jednak wolno też patrzeć inaczej. Za stosunkowo słabszy uważam argument odnoszący się do ściśle formalnie rozumianej kwalifikacji prawnej. Rzeczywiście, podżegacz i pomocnik popełniają czyn zabroniony o innej kwalifikacji niż sprawca. Art. 18 § 2 i 3 k.k. odgrywa konstytutywną rolę przy określaniu ustawowych znamion podżegania i pomocnictwa. Zestaw ustawowych znamion zdekodowanych z dowolnego przepisu części szczególnej, typizującego czyn, podżeganie i pomocnictwo, do którego jest możliwe, musi być – w razie przypisania podżegania lub pomocnictwa – uzupełniony o znamiona wywiedzione z art. 18 § 1 lub 2 k.k. Dopiero wówczas czyn sprawcy zostaje w pełni opisany. Jednak czy inaczej jest w wypadku sprawstwa? Tak jak art. 18 § 2 i 3 k.k. odgrywa konstytutywną rolę przy określaniu ustawowych znamion podżegania czy pomocnictwa, art. 18 § 1 k.k. odgrywa rolę konstytutywną przy określaniu ustawowych znamion sprawstwa.¹⁷ Może zatem art. 10 § 2 k.k. nie stanowi ani o podżeganiu i pomocnictwie, ani o sprawstwie? Przecież nie wskazuje ani na przepis statuujący podżeganie, ani na przepis statuujący pomocnictwo, ani na przepis statuujący sprawstwo.

Z powyższego stwierdzenia można wywieść kilka różnych poglądów. Można uważać (jak piszący te słowa), że art. 10 § 2 k.k. dotyczy wszystkich postaci zjawiskowych. Ten pogląd musiałby być jeszcze dodatkowo uzasadniony, co mam nadzieję uczynić niżej. Można jednak uczynić je punktem wyjścia dla odmiennych stwierdzeń, np. uważać, że powyższe przesądza o niemożliwości przypisania odpowiedzialności za formy niewykonawcze, w tym sprawstwo niewykonawcze (kierownicze, polecające). Wszak art. 10 § 2 k.k. odsyła np. do przepisu, który zabrania zabijania, a nie mówi nic nie tylko o „nakłanianiu do zabijania” czy „ułatwianiu zabijania”, lecz też o „kierowaniu zabijaniem” czy „polecaniu zabicia”. Argument kwalifikacyjny – gdyby uznać go za decydujący – wyłączałby z przedmiotowego zakresu art. 10 § 2 k.k. podżeganie i pomocnictwo, ale nie sprawstwo kierownicze lub polecające.¹⁸ Jego zanegowanie sprawia, że do wybo-

¹⁷ Por. P. Kardas: *Teoretyczne...*, s. 598; T. Kaczmarek: *Kwestie...*, s. 93.

¹⁸ Należy dodać, że można ten argument wykorzystywać w wywodzie, który broni się od strony dogmatycznej, co czyni A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 170–171. Wy-

ru pozostają dwie skrajności. Albo uzna się, że z art. 10 § 2 k.k. wynika, że nie znajduje on zastosowania do innych postaci zjawiskowych czynu zabronionego, niż sprawstwo własnoręczne (jednosprawstwo i współsprawstwo), albo odczyta się ten przepis tak, że uzna się go za aplikowalny do wszystkich postaci zjawiskowych. Jest to kwestia nie różnicy w kwalifikacji prawnej czynu (tę w prezentowanym tu ujęciu uważa się za mniej istotną dla oceny całości), lecz ujęcia ustawowych znamion czynów wymienionych w art. 10 § 2 k.k., konkretnie – określenia zakazanego zachowania.

Art. 10 § 2 k.k. stanowi, że nieletni powyżej lat 15 może ponieść odpowiedzialność karną w razie popełnienia jednego z czynów wskazanych w tym przepisie. Wskazanie nastąpiło przez wymienienie przepisów części szczególnej. Chcąc zdekodować normę zawartą w tym przepisie, a stanowiącą, co jest zabronione sprawcy, który ukończył 15, a nie ukończył 17 lat, musimy sięgnąć do tych właśnie przepisów. Ł. Pohl prowadzi to do wniosku, że zabronione są zachowania wprost tam określone, tj. np. zabicie człowieka czy dokonanie zaboru rzeczy z użyciem przemocy, groźby jej użycia lub doprowadzeniem człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności. O tym bowiem stanowią wskazane w treści art. 10 § 2 k.k. przepisy części szczególnej. Nie ma w nich mowy ani o zachowaniu określanym jako „kto nakłania do zabicia”, ani „kto ułatwia zabicie”, ani „kto kieruje zabiciem”, ani „kto poleca zabicie” – mowa o zachowaniu określonym jako „kto zabija”. Nie ma tam też mowy o zachowaniu określonym jako „kto bezpośrednio zmierza do zabicia.” To może być podstawą dla poglądu, że nieletni nie tylko nie odpowiada za inne „formy zjawiskowe” niż sprawstwo wykonawcze, ale też za inne formy stadialne niż dokonanie.

Wolno jednak mieć pogląd odmienny. Jeżeli przyjrzeć się warstwie deskryptywnej przepisów części szczególnej k.k., na które wskazuje art. 10 § 2 k.k., można dostrzec, że nie zawiera ona wskazania nie tylko na formy niesprawcze, ale i na sprawcze, nie tylko na usiłowanie (czy przygotowanie), ale i na dokonanie. To, że przepis ten odsyła jedynie do przepisów części szczególnej k.k.,¹⁹ nie musi w moim odczuciu oznaczać, że w połączeniu z nimi tworzy kompletny opis zachowania, które można przypisać sprawcy nieletniemu, odpowiadającemu w warunkach przewidzianych w art. 10 § 2 k.k. Tylko założenie, że tak właśnie jest, sprawia, iż przyjmowanie karalności zachowań niesprawczych oznacza dopuszczanie możliwości popełnienia zachowania jednego rodzaju (zabójstwa)

bór lub odrzucenie tego argumentu jest kwestią tego, na co kładzie się akcent w analizie, czy chodzi o kwalifikację prawną czy strukturę normy sankcjonowanej. Dając pierwszeństwo tej drugiej, przyjmuję w tym zakresie pogląd odmienny od prezentowanego przez A. Zolla.

¹⁹ Na co trafnie wskazuje Ł. Pohl, *O (nie)możliwości...*, s. 175.

zachowaniem innego rodzaju (podżeganie do zabójstwa).²⁰ Dodam, że gdybym przyjmował taki pogląd, jak zreferowany, ujmowałbym zagadnienie nieco inaczej – otóż mówiłbym nie o tym, że zabójstwo jest zastępowane podżeganiem do zabójstwa, lecz że sprawstwo zabójstwa jest zastępowane podżeganiem do zabójstwa. Ta – na pierwszy rzut oka niewielka – różnica ujęcia jest znamienna. Przyjmowany tu pogląd zasadza się na odmiennym postrzeganiu roli art. 10 § 2 k.k. (a i art. 18 k.k.), niż czynią to (nieco się od siebie różniąc) A. Zoll i Ł. Pohl. Uważam, że art. 10 § 2 k.k. odsyła do przepisów części szczególnej, niezależnie od tego, w jaki sposób znamiona czynów w nich zabronionych zostaną uzupełnione przez przepisy zrębowe, nie tylko art. 18 § 2 i 3 k.k.,²¹ lecz także art. 18 § 1 k.k.²² Uważam, że przepis części szczególnej zawsze wymaga uzupełnienia o normę zrębową zawartą w art. 18 k.k. Uzupełnienia takiego dokonuje się przez wykorzystanie art. 18 § 3 k.k., § 2 lub § 1.²³ Pogląd ten da się wyprowadzić z założenia, że art. 18 § 2 i 3 k.k. odgrywa konstytutywną rolę przy określaniu ustawowych znamion podżegania i pomocnictwa, a art. 18 § 1 k.k. odgrywa taką rolę przy określaniu ustawowych znamion sprawstwa.²⁴

²⁰ Ł. Pohl, *O (nie)możliwości...*, s. 175.

²¹ Por. P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 548; idem: *Sprawstwo...*, s. 75; idem [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 291; A. Liszewska, *Współdziałanie...*, s. 105–107; por. uzasadnienie uchwały SN z 21 XI 2003 r. (I KZP 11/03), OSNKW 2003, z. 11–12, poz. 89. W doktrynie podkreśla się, że podżeganie i pomocnictwo zostały opisane w sposób złożony, jest to bowiem element istotny praktycznie. Wydaje się jednak, iż można bronić poglądu, że wszystkie postaci zjawiskowe czynu zabronionego zostały opisane w sposób złożony. Oczywiście w odniesieniu do sprawstwa pojedynczego (a w pewnym zakresie i współsprawstwa, choć z zastrzeżeniami co do współsprawstwa właściwego) opis czynności sprawczej jest uzależniony od jej opisu w przepisie części szczególnej. Art. 18 § 1 k.k. używa czasownika „wykonuje”, co bezpośrednio wiąże sprawstwo pojedyncze z tymże opisem (A. Liszewska, *Współdziałanie*, s. 37; P. Kardas, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 297). Inaczej będzie w wypadku współsprawstwa. W wypadku wielosprawstwa każdy ze współsprawców wykonuje czyn zabroniony tak, jak został on opisany w części szczególnej k.k. Jednak w wypadku współsprawstwa właściwego wykonanie czynu następuje dopiero w wyniku złożenia zachowań podjętych przez poszczególnych współsprawców. Na gruncie współsprawstwa właściwego założone określenie opisu czynu zabronionego jako wykonawcze sprawstwo nabiera szczególnego znaczenia.

²² Por. M. Kulik, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lipca 2014 roku (SK 35/12)*, OTK – A 2014, nr 7, poz. 74, *Studia Iuridica Lublinensia* 2015, vol. XXIV, 4, s. 189.

²³ Tak uzasadnienie wyroku TK z 17 lipca 2014 r. (SK 35/12), OTK – A 2014, nr 7, poz. 74. M. Kulik, *Glosa...*, s. 189.

²⁴ Por. P. Kardas: *Teoretyczne...*, s. 598; T. Kaczmarek, *Kwestie...*, s. 93; M. Kulik, *Glosa...*, s. 189.

Niewątpliwie sprawca, podżegacz i pomocnik popełniają przestępstwa o różnym zestawie ustawowych znamion i różnej kwalifikacji.²⁵ Sprawca, sprawca kierowniczy i polecający także popełniają czyny o różnie ujętych znamionach, choć o identycznej kwalifikacji.²⁶ Można bronić poglądu, że sprawca i współsprawca popełniają czyn o różnie ujętych znamionach. Okoliczność, że jednemu ze współsprawców można przypisać to, co uczynił drugi (o ile było objęte porozumieniem) nie wynika ze sposobu ujęcia znamienia czynnościowego w przepisie części szczególnej, lecz ze sposobu określenia współsprawstwa w części ogólnej.²⁷ Idąc tym tropem, należałoby przypomnieć, że może być tak, iż żaden ze współsprawców nie zrealizuje znamienia czynnościowego określonego w przepisie statuującym typ, a przypisze się mu jego zrealizowanie, gdyż działał w ramach porozumienia. Jest to charakterystyczne dla współsprawstwa właściwego, które polega na tym, że poszczególni współsprawcy nie realizują całości znamienia czynnościowego. Zostaje ono zrealizowane w wyniku złożenia ich zachowań w całość.²⁸ Możemy więc mieć do czynienia z sytuacją, kiedy nieletni, popełniają-

²⁵ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 170. Naruszają też różne normy sankcjonowane. Plastycznie ujmuje to A. Liszewska, pisząc, że norma sankcjonowana, którą narusza podżegacz, zawiera zakaz nakłaniania do przekroczenia normy sankcjonowanej, dekodowanej z przepisu części szczególnej. A. Liszewska, *Problem...*, s. 54. Ujęcie to, zasadniczo trafne, zmodyfikowałbym, stwierdzając, że nie tyle chodzi o nakłanianie do przekroczenia normy sankcjonowanej dekodowanej z przepisu części szczególnej, co o nakłanianie do przekroczenia normy sankcjonowanej dekodowanej z prawa karnego. Wydaje się wszak bowiem dopuszczalne tzw. łańcuszkowe podżeganie i pomocnictwo, przy którym podżegacz wcale nie nakłania do przekroczenia normy sankcjonowanej dekodowanej z przepisu części szczególnej, lecz do przekroczenia normy zakazującej podżegania. Zresztą w proponowanym tu ujęciu każde podżeganie stanowi w gruncie rzeczy nakłanianie do przekroczenia normy sankcjonowanej dekodowanej z przepisu części szczególnej połączonego z przepisem części ogólnej określającym zrębowo różne postaci sprawstwa, podżegania i pomocnictwa. Jest to więc ujęcie nieco inne od prezentowanego przez A. Liszewską. Inaczej niż Autorka (i R. Dębski, który wprowadził do opisu podżegania i pomocnictwa pojęcie znamion „stałych” i „zmiennych” – por. R. Dębski, *O teoretycznych...*, s. 124) uważam, że z użyciem takich znamion opisywane są nie tylko podżeganie i pomocnictwo, ale wszystkie postaci sprawstwa. Por. P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 641–644.

²⁶ Leży to u podłoża postrzegania zagadnienia przez Ł. Pohla (Ł. Pohl, *O (nie)możliwości...*, s. 172 i nast.).

²⁷ Słusznie zauważa P. Kardas, że tylko w wypadku sprawstwa pojedynczego oraz współsprawstwa równoległego wypełnienie znamion jest tożsame z wykonaniem czynu rozumianym jako samodzielne zrealizowanie zestawu ustawowych znamion określonych w przepisie tworzącym typ. W innych wypadkach, obejmujących nie tylko sprawstwo kierownicze i polecające, lecz również współsprawstwo właściwe, sprawca sam tego zestawu nie realizuje. P. Kardas, *Sprawstwo...*, s. 75 i nast. Por. J. Giezek, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks*, s. 144.

²⁸ Jeżeli stanąć na gruncie teorii istotności roli można pójść nawet dalej – sprawca

cy we współsprawstwie np. rozbój, sam nie realizuje całości zachowania polegającego na zabieraniu w celu przywłaszczenia z użyciem np. przemocy, bo tylko zabiera rzecz lub tylko stosuje przemoc. Sprawca nie realizuje zespołu ustawowych znamion, na jaki wskazuje przepis części szczególnej powołany w treści art. 10 § 2 k.k. Przyjmujemy jednak, iż czyni to, gdyż norma zawarta w art. 10 § 2 k.k., i np. w art. 280 § 1 k.k. zostaje w pełni odtworzona dopiero po uzupełnieniu o treści zdekodowane z art. 18 § 1 k.k., w tym wypadku o stwierdzenie, że sprawcą jest nie tylko ten, kto realizuje czyn zabroniony sam, ale i ten, kto czyni to wspólnie i w porozumieniu z inną osobą. Sądzę, że to, co uważamy za w pełni uzasadnione na gruncie jednej z postaci sprawstwa, jest tak samo uzasadnione i na gruncie innych, a i postaci niesprawczych czy stadialnych, innych niż dokonanie.

Z powyższego wynika, że zawsze konieczne jest uzupełnienie zestawu znamion określonego w przepisie części szczególnej o normę zawartą w art. 18 § 1, 2 lub 3 k.k. Uważam, że art. 10 § 2 k.k. wskazuje na przepisy uzupełniające jedną z tych norm, a nie ogranicza możliwości zastosowania żadnej z nich. Oczywiście zgadzam się, że normy sankcjonowane zakazujące pod groźbą kary odpowiednio: kierowania wykonaniem czynu zabronionego przez kogo innego, wydawania mu polecenia popełnienia takiego czynu, nakłaniania go do popełnienia czynu, ułatwiania mu popełnienia czynu są zrębowo wysłowione w odpowiednich przepisach.²⁹ Sądzę wszakże, że dotyczy to tak samo normy zakazującej realizowania zakazanego przez ustawę stanu rzeczy samemu lub wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, a więc, że art. 10 § 2 k.k. rzeczywiście nie wskazuje ani na pomocnictwo, ani na podżeganie, ani na sprawstwo kierownicze, ani na sprawstwo polecające. Jednak nie wskazuje też na sprawstwo pojedyncze, ani współsprawstwo.³⁰ Nie mówi też o etapie pochodzenia przestępstwa, na którym ma zatrzymać się nieletni sprawca. Jest tak jednak nie dlatego, że przepis stanowi wyłącznie o dokonanym sprawstwie, lecz dlatego, że stanowi o wszystkich sposobach, w jakie może zostać zniszczony stan rzeczy zbudowany na wskazanych w nim przepisach części szczególnej.

Wyrażone wyżej zapatrywanie można kontestować, bazując na ocenie normy (lub norm) sankcjonowanych wyrażanych w poszczególnych paragrafach

w ogóle nie realizuje znamienia czasownikowego, a zostaje uznany za współsprawcę, jeżeli jego rola była istotna. A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, s. 116 i nast., idem [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 266–268.

²⁹ Mocno akcentuje to Ł. Pohl: *O (nie)możliwości...*, s. 172–173.

³⁰ Zakładam, że art. 18 § 1 k.k. nie wysławia jednej, a kilka norm sankcjonowanych. Na ten temat szczegółowo Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007, s. 139 i nast. Jak zauważono wyżej, w odniesieniu do współsprawstwa właściwego (dopełniającego) ma to szczególne znaczenie.

art. 18 k.k. Można bowiem byłoby stwierdzić, że prezentowany tu pogląd tylko wtedy byłby trafny, gdyby uznać, że poszczególne postacie sprawstwa, podżeganie i pomocnictwo, stanowią odmienne sposoby naruszenia tej samej normy sankcjonowanej.³¹ Skoro chodzi o jedną i tę samą normę sankcjonowaną różny sposób naruszana, nie ma znaczenia, czy chodzi o postać sprawczą czy niesprawczą – art. 10 § 2 k.k. odwołuje się wprost do normy sankcjonowanej. Tu prezentowany jest pogląd odmienny. Sądzę, że o różne normy sankcjonowane chodzi nie tylko w wypadku form sprawczych i niesprawczych,³² lecz także w wypadku różnych form sprawczych.³³ Mimo to uważam, że w art. 10 § 2 k.k. chodzi o wszystkie postaci zjawiskowe i stadialne czynu zabronionego, gdyż przepis ten nie opisuje kompletnej normy sankcjonowanej, którą miałby naruszyć nieletni, lecz wskazuje, jaki przepis części szczególnej k.k. służy do jej skonstruowania, nie ograniczając tego, jaki wkład do jej treści dadzą przepisy części ogólnej, np. tworzące postaci zjawiskowe.³⁴ Należy zastrzec, że chodzi o przypadki, gdy w grę wchodzi uzupełnianie przepisu zrębowego przez uzupełniający, a nie sytuacja, w której dochodzi do naruszenia więcej niż jednej normy sankcjonowanej,³⁵ co – według przyjmowanego tu poglądu – charakteryzuje zbieg przepisów ustawy.

Dlatego uważam, że w przepisie nie ma ograniczenia dotyczącego poszczególnych postaci zjawiskowych, i to nawet przy założeniu, że są to różne typy.

³¹ Por. A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, Krakowskie Studia Prawnicze 1990, z. XXIII, s. 82.

³² Por. A. Liszewska, *Współdziałanie...*, s. 139.

³³ Por. Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 139 i nast.

³⁴ Przy takim postrzeganiu roli przepisu części szczególnej k.k. w powiązaniu z przepisem tworzącym postać zjawiskową czynu zabronionego, przepis części szczególnej da się uważać za zrębowy niezupełny w sensie, w jakim rozumie go M. Zieliński (*Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012, s. 111), a przepisy art. 18 § 1–3 k.k. można uważać za uzupełniające go. Oczywiście jest to kwestia optyki spojrzenia, można twierdzić – i też będzie to prawda – że jest dokładnie odwrotnie. Por. np. P. Kardas, *Teoretyczne...*, s. 560; idem: *Sprawstwo...*, s. 93; idem [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 348; R. Dębski, *O teoretycznych...*, s. 121; idem: *Jeszcze o tzw. sprawstwie niewykonalnym (kierownictwem i polecającym) w kodeksie karnym z 1997 r.*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70 urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 121.

³⁵ M. Tarnawski, *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977, s. 190–191; Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 210–211. W odmiennym ujęciu – gdy zaktualizują się różne normy sankcjonujące przy przekroczeniu jednej lub więcej niż jednej normy sankcjonowanej, jak uważa P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 287–288; idem: *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999, s. 106–108), lub też gdy zbiegają się po prostu przepisy ustawy (A. Wąsek [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 165–166). Wybór jednej z tych koncepcji jest w dużej mierze uzależniony od wstępnych założeń. Autor niniejszych słów jest skłonny widzieć tu zbieg norm sankcjonowanych.

W przepisach statuujących poszczególne postacie zjawiskowe widzę narzędzia tworzące wprawdzie różne typy czynów, jednak w oparciu o jeden zestaw ustawowych znamion wysłowionych w treści przepisu części szczególnej, do których relatywizowane są zachowania opisane jako sprawstwo pojedyncze, współsprawstwo, sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające, podżeganie i pomocnictwo. Takie postawienie sprawy pozwala uważać, że art. 10 § 2 k.k., odsyłając do konkretnych przepisów, odsyła nie do jednego typu utworzonego na ich bazie (dokonanego sprawstwa wykonawczego), lecz do wszystkich typów, które da się z nich utworzyć, uzupełniając je o normy kreujące poszczególne postaci i formy czynu zabronionego. Dlatego ostatecznie – mimo akceptacji założenia wyjściowego, że w wypadku podżegania i pomocnictwa mamy obecnie do czynienia nie z formami zjawiskowymi tego samego czynu, lecz z odrębnymi typami – opowiadam się za stanowiskiem, że nieletni może odpowiadać nie tylko za dokonane sprawstwo wykonawcze, lecz także za sprawstwo kierownicze i polecające, a także podżeganie i pomocnictwo.

Mutatis mutandis powyższe da się odnieść do form stadialnych – przygotowania (tam, gdzie ustawa wprowadza jego karalność, czyli w wypadku art. 166 k.k.)³⁶ i usiłowania. Także i tu podstawą jest ustalenie, czy chodzi o jedną normę sankcjonowaną, która jest przekraczana w różny sposób, czy o różne normy sankcjonowane, co jest uzasadnione różnicami w czynności wykonawczej przygotowania, usiłowania i dokonania.³⁷ Przyjęcie pierwszej alternatywy pozwala uznać, że mamy do czynienia nie z różnymi typami, ale z jednym, który może być popełniony w różnych formach.³⁸ To z kolei oznacza, że nieletni spełniający warunki określone w art. 10 § 2 k.k. odpowiada nie tylko za dokonanie, ale też za usiłowanie. Autor niniejszego opowiada się za takim właśnie poglądem. Wydaje się, że poszczególne etapy pochodzenia przestępstwa w gruncie rzeczy zmierzają do dokonania i zawsze polegają na dążeniu do przekroczenia tej samej normy sankcjonowanej.³⁹ Oczywiście – ujęcie takie nie jest jedynym możliwym. Także

³⁶ Por. G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 KK. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 157–158.

³⁷ Por. Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 135–136.

³⁸ Ujęcie to wykazywałoby podobieństwo do koncepcji odmian czynu. Chodzi o tzw. przestępstwa wieloodmianowe, czyli takie, których znamiona mogą być spełnione na kilka sposobów, operują bowiem kilkoma określeniami czynności wykonawczej, a zrealizowanie już jednej oznacza wyczerpanie znamion. Por. M. Kulik, *Przestępstwo i wykroczenie uszkodzenia rzeczy*, Lublin 2005, s. 62. Pojęcie odmian nie jest jednolicie rozumiane. T. Bojarski uważa, że odmianami należy nazywać typy kwalifikowany i uprzywilejowany. Por. T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 21 i nast.

³⁹ Dlatego – inaczej, niż w odniesieniu do „form zjawiskowych,” nazwy form stadialnych nie biorę w cudzysłów.

pogląd, że w grę wchodzi różne normy sankcjonowane może być z powodzeniem broniony, bowiem wybór między nim a poglądem tu przyjmowanym jest w dużej mierze kwestią akceptowanej optyki.⁴⁰ Dlatego warto rozważyć także, jak kształtowałyby się odpowiedzialność nieletniego za czyny poprzedzające dokonanie, gdyby przyjąć, że chodzi o przekroczenie różnych norm sankcjonowanych.

Być może w takim wypadku należałoby sprawę rozwiązywać podobnie, jak na gruncie „form zjawiskowych”. Trzeba rozważyć, czy w takim wypadku da się przyjąć, że art. 10 § 2 k.k. wskazuje na relewantne przepisy części szczególnej k.k., nie przesądzając, czy i jak zostaną one uzupełnione o określenie stadium postępowania.

Odpowiadając na tak postawione pytanie, należy uwzględnić, że w k.k. wprost wyrażone zostały tylko normy odnoszące się do przygotowania (art. 15 k.k.) i usiłowania (art. 13 k.k.), a nie do dokonania. W art. 10 § 2 k.k. mowa jest tylko o dokonaniu, skoro wskazano tam przepisy części szczególnej bez określenia. Jest więc inaczej niż w odniesieniu do postaci zjawiskowych. Tam też nie ma dodatkowego określenia, ale wszystkie postaci zjawiskowe są wprowadzone w przepisach – sprawstwo w art. 18 § 1 k.k., podżeganie w art. 18 § 2 k.k., pomocnictwo w art. 18 § 3 k.k. Milczenie art. 10 § 2 k.k. nie przesądza, że chodzi o postać wskazaną w art. 18 § 1 k.k. (tym bardziej, że chodzi o jedną z kilku postaci tam wskazanych), lecz wskazuje raczej, że chodzić może o każdą z nich. W wypadku form stadialnych nie da się powołać na ten argument. Tu określane zrębowo w części ogólnej k.k. są usiłowanie i przygotowanie, a nie dokonanie. Stojąc na takim – ściśle formalnym – stanowisku, należałoby uznać, że w art. 10 § 2 k.k. chodzi tylko o dokonanie, a nie usiłowanie lub przygotowanie. Należy wszakże zastrzec, że stanowisko to może być bronione przy założeniu, że w wypadku przygotowania, usiłowania i dokonania mamy do czynienia z różnymi normami sankcjonowanymi. Przyjmując – co uważam za trafne – że mamy tu do czynienia z różnymi sposobami przekraczania jednej normy sankcjonowanej, należałoby uznać, iż art. 10 § 2 k.k., wymieniając poszczególne przepisy części szczególnej, wskazuje na normy sankcjonowane, za których naruszenie może odpowiadać nieletni po ukończeniu 15 lat, a sposób naruszenia normy jest bez znaczenia. Pozwala to stwierdzić, że taki nieletni może odpowiadać nie tylko za czyny zabronione popełnione w formie dokonania, lecz i usiłowania.

Karalność przygotowania do czynu zabronionego przez art. 166 k.k. została wprowadzona przez art. 168 k.k. Powstaje pytanie, czy wpływa to na ocenę tego, co właściwie jest zabronione w wypadku przygotowania czynu z art. 166 k.k. Jeżeli uznać, że podstawą kwalifikacji jest art. 166 k.k. w zw. z art. 16 § 1

⁴⁰ Interesująco uzasadnia to Ł. Pohl (Struktura, s. 135–136).

k.k., a nie dodatkowo jeszcze w zw. z art. 168 k.k., należy stwierdzić, iż nieletni odpowiada także za przygotowanie do czynu z art. 166 k.k. Jeżeli natomiast stwierdzić, że norma sankcjonowana, którą przekracza, jest skonstruowana także w oparciu o art. 168 k.k., należałoby uznać, że nieletni nie może odpowiadać za przygotowanie. Wydaje się, że w analizowanym wypadku norma sankcjonowana skonstruowana jest z wyłączeniem art. 168 k.k., który jedynie dookreśla jej aplikowalność, jednak nie wpływa na samą jej treść. To prowadzi do wniosku, że nieletni może odpowiadać karnie za czyn z art. 166 k.k. popełniony w formie przygotowania, choć zapewne – z uwagi na inne warunki przypisania nieletniemu odpowiedzialności karnej – nie powinny być to wypadki częste.

W tym miejscu warto przypomnieć stanowisko A. Marka, że niesprawcze formy najczęściej nie będą uzasadniały zastosowania wobec nieletniego odpowiedzialności karnej, która ma charakter fakultatywny.⁴¹ W stanowisku tym tkwi sporo racji, jednak przede wszystkim w odniesieniu do pomocnictwa. W wypadku pomocnictwa mamy zasadniczo do czynienia z czynem zauważalnie mniej szkodliwym społecznie niż inne postaci zjawiskowe czynu zabronionego, co wynika z art. 19 § 2 k.k., który tylko dla pomocnictwa przewiduje możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary. Element potencjalnej karygodności pomocnictwa i podżegania powinien być uwzględniany na gruncie art. 10 § 2 k.k. jako jedna ze wskazanych tam „okoliczności sprawy”. Może to uzasadniać pogląd, że wypadki, kiedy nieletni pomocnik jest pociągnięty do odpowiedzialności karnej są rzadsze, niż te, kiedy jest do niej pociągany nieletni podżegacz lub sprawca. W konkretnej sprawie okoliczności czynu wzięte pod uwagę razem z innymi przesłankami odpowiedzialności karnej nieletniego mogą nie tylko uzasadnić jego odpowiedzialność karną, lecz nawet wyższą karę niż sprawcy. Słusznie pisze się, że w konkretnej sprawie, przy istnieniu szeregu okoliczności obciążających znajdujących zastosowanie tylko do pomocnika, to właśnie on może zostać potraktowany najsurowiej.⁴²

Ze wskazanych wyżej przyczyn zastosowanie art. 10 § 2 k.k. wobec podżegacza winno być częstsze niż wobec pomocnika, choć już nie częstsze niż wobec sprawcy.

Nie inaczej jest w wypadku sprawstwa, przy czym przyjęte tu założenie o możliwości pociągnięcia nieletniego do odpowiedzialności karnej za sprawstwo niewykonawcze należy połączyć z założeniem o stosunkowo wysokiej karygodności tego ostatniego. Słusznie zauważa się w doktrynie, że z samej istoty rzeczy

⁴¹ A. Marek, *Kodeks...*, s. 46.

⁴² O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks...* s. 297.

najbardziej karygodne są sprawstwo kierownicze i polecające.⁴³ To zaś oznacza, że nieletni sprawcy kierowniczy czy polegający powinni być pociągani do odpowiedzialności nawet częściej niż jednostawcy czy współsprawcy.

W wypadku różnych form stadialnych sprawa wydaje się dosyć oczywista – w wypadku form innych niż dokonanie pociąganie nieletniego do odpowiedzialności karnej winno być rzadsze, co nie znaczy, że nie może nastąpić. Jednak – jak trafnie wskazuje się w literaturze⁴⁴ – odpowiedzialność karna nieletniego zawsze jest wyjątkowa, a fakultatywny charakter art. 10 § 2 k.k. winien ograniczyć pociąganie nieletnich do odpowiedzialności karnej do wypadków rzeczywiście koniecznych.

Bibliografia

T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972.

K. Daszkiewicz, *Kodeks karny z 1997 roku. Uwagi krytyczne*, Gdańsk 2001.

R. Dębski, *O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępnego w kodeksie karnym z 1997 r.*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1998, t. LVIII.

R. Dębski, *Jeszcze o tzw. sprawstwie niewykonalnym (kierowniczym i polecającym) w kodeksie karnym z 1997 r.*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 200.

J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012;

O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny*, Gdańsk 2005, s. 143; [w:] G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, Warszawa 1999.

A. Grześkowiak, K. Wiak (red.) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.

T. Kaczmarek: *Kwestie sporne wokół tzw. niesprawczych form współdziałania przestępnego* [w:] J. Majewski (red.) *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Toruń 2007.

⁴³ A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 297.

⁴⁴ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 170.

P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999.

P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001.

P. Kardas, *Sprawstwo kierownicze i polecające – wykonawcze czy niewykonawcze postaci sprawstwa?*, Przegląd Sądowy 2006, nr 5.

P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011.

M. Korcyl-Wolska (red.), *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Gdańsk 2002.

M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I, Komentarz do artykułów 1–31*, Warszawa 2010.

M. Kulik, *Przestępstwo i wykroczenie uszkodzenia rzeczy*, Lublin 2005.

M. Kulik, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lipca 2014 roku (SK 35/12)*, OTK – A 2014, nr 7, poz. 74, *Studia Iuridica Lublinensia* 2015, vol. XXIV, 4, .

A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004.

A. Liszewska, *Problem zbiegu stadialnych postaci sprawczego współdziałania z dokonaniem podżegania i pomocnictwa*, [w:] J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, Toruń 2007, s. 52.

A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.

M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.

Ł. Pohl, *Istota pomocnictwa w kodeksie karnym z 6.VI.1997 r.*, RPEiS 2000, z. 2.

Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007.

Ł. Pohl, *O (nie)możliwości pociągnięcia osoby nieletniej do odpowiedzialności za tzw. niewykonawcze formy współdziałania przestępnego na gruncie kodeksu karnego z 1997 r.*, [w:] V. Konarska-Wrzesek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010.

G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, Warszawa 1999.

G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 KK. Komentarz*, Warszawa 2009.

A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990.

- M. Tarnawski, *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977.
- A. Wąsek *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977.
- M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012.
- A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, Krakowskie Studia Prawnicze 1990, z. XXIII.
- A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. T. I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2012.
- A. Zoll, *Czy podżeganie i pomocnictwo są postaciami zjawiskowymi przestępstwa*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. Rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006.
- A. Zoll, *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępczego w projekcie kodeksu karnego*, PiP 1995, z. 6.
- Uchwała SN z 21 XI 2003 r. (I KZP 11/03), OSNKW 2003, z. 11–12, poz. 89.
- Wyrok TK z 17 lipca 2014 r. (SK 35/12), OTK – A 2014, nr 7, poz. 7.

MAY THE JUVENILE BE CRIMINALLY RESPONSIBLE
FOR NON-EXECUTIVE FORMS OF COMPLICITY AND STADIAL
– FORMS OF OFFENCE PRIOR TO COMMITTING?

The article concerns the problem of special criminal responsibility of minors committing offenses in various forms of criminal complicity and in the form of criminal attempt and criminal preparation. In modern Polish doctrine increasingly presented is the position according to which the juvenile is responsible only for acts committed as an agency, not incitement and abetting. This is justified by the description of the offenses provided for in Article 10 § 2 of Penal Code. The author presents a different view, believing that minors can be held criminally responsible for the offenses indicated in the Article 10 § 2 P.C., regardless of whether they were committed in the form of perpetration, incitement or aiding. Also he justifies the position, according to which there is otherwise in the case of attempt and preparation to commit an offense.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (208) 2016
Warszawa 2016

Joanna Mierzwińska-Lorencka ■

REJESTR SPRAWCÓW PRZESTĘPSTW SEKSUALNYCH. UWAGI NA TLE USTAWY Z DNIA 13 MAJA 2016 R. O PRZECIWDZIAŁANIU ZAGROŻENIOM PRZESTĘPCZOŚCIĄ NA TLE SEKSUALNYM¹

Ochrona praw małoletnich, zwłaszcza przed seksualnym wykorzystaniem i związaną z nim przemocą, jest szczególnie istotnym elementem w systemie ochrony praw człowieka. Zagadnienie to pojawia się zarówno w licznych aktach prawa międzynarodowego, jak i na forum krajowym. Świadczą o tym częste w ostatnich latach zmiany w prawie karnym, polegające na tworzeniu nowych typów czynów zabronionych oraz nowelizacjach przepisów dotyczących przestępstw seksualnych, a także przyjmowaniu programów zapewniających wsparcie ofierze przestępstwa seksualnego oraz terapii wobec sprawców tego rodzaju przestępstw. W związku z tym nieustannie trwają także poszukiwania skutecznych sposobów przeciwdziałania przestępczości seksualnej².

¹ Dz. U. 2016, poz. 862.

² M. Płatek, *Pozorna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym (po nowelizacji k.k.)*, Państwo i Prawo 2011, z. 2, s. 3–18; M. Małecki, *Grooming (karalne przygotowanie do przestępstwa pedofilskiego)*, Państwo i Prawo 2011, z. 7–8, s. 89–101; A. Golonka, *Zaburzenia preferencji seksualnych a „inne zakłócenia czynności psychicznych”*, CPKINP 2011, nr 3, s. 93–105; M. Filar, *Nowelizacja kodeksu karnego w zakresie tzw. przestępstw seksualnych*, Prokuratura i Prawo 2004, nr 11–12, s. 21–34; J. Warylewski, *Nowelizacje Kodeksu karnego z 1997 r. w zakresie przestępstw seksualnych oraz ich konsekwencje*, [w:] *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r.*, T. Bojarski (red.), Lublin 2006, s. 229–247; A. Sakowicz, *Rejestr sprawców przestępstw seksualnych jako sposób ich kontroli. Uwagi na tle rozwiązań wybranych państw obcych oraz Konwencji o ochro-*

We współczesnej literaturze przedmiotu wskazuje się na dwa podstawowe modele strategii postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych. Pierwszy z nich to model ochrony społeczności lokalnej (tzw. *community protection model*), który realizowany jest w takich państwach jak, USA, Kanada, Australia, Nowa Zelandia, Wielka Brytania oraz częściowo Francja. Model ten wyróżnia koncentracja na nadzorze nad sprawcami przestępstw seksualnych, którzy opuścili zakład karny, w postaci nadzoru kuratora, pracownika socjalnego oraz psychologa, tworzeniu rejestrów osób skazanych za przestępstwa seksualne oraz weryfikacji osób starających się o pracę w placówkach edukacyjnych i opiekuńczych. Drugi z modeli – zwany modelem pracy klinicznej – realizują takie kraje, jak Holandia, Dania, Niemcy i Włochy. Centralnym punktem tego modelu jest terapia sprawców przestępstw seksualnych i to zarówno tych, którzy odbywają karę pozbawienia wolności, jak i tych, którzy opuścili już zakład karny³.

Krajem, który jako pierwszy wprowadził rejestr osób skazanych za przestępstwa seksualne, były Stany Zjednoczone. Początki ich tworzenia sięgają lat 90. kiedy to w 1991 r. w stanie Minnesota został przyjęty akt prawny pod nazwą *Minnesota's Sex Offender Registration Act*, który obligował stanowe służby policyjne do rejestrowania danych sprawców przestępstw seksualnych. Przepisy tego aktu stały się następnie pierwowzorem do wprowadzenia federalnego aktu *Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration*⁴. Funkcjonujące obecnie amerykańskie przepisy zakładają, że obowiązкови rejestracji podlegają wszyscy sprawcy przestępstw seksualnych na szkodę osób małoletnich niezależnie od oceny stopnia ryzyka recydywy i niezależnie od wieku. Rejestr sprawców przestępstw seksualnych został także stworzony w Wielkiej Brytanii i Francji. Uchwalenie tych rozwiązań spowodowało wysunięcie pod ich adresem zarzutów odwołujących się do naruszenia zakazu retroaktywności prawa karnego, podwójnego karania oraz naruszania prywatności jednostki przez tworzenie kolejnych baz zawierających dane osobowe.

Od niedawna środki umożliwiające kontrolę sprawców przestępstw na tle seksualnym, w szczególności w postaci rejestrów osób skazanych za tego rodzaju przestępstwa, wprowadzono także do polskiego systemu prawnego. Nieznane dotychczas rodzimemu ustawodawstwu, budzące wiele kontrowersji środki

nie praw człowieka i podstawowych wolności, Zeszyty Prawnicze BAS 2012, nr 4, s. 11–27.

³ A. Morawska, *Strategie postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych wobec dzieci na przykładzie wybranych krajów*, Dziecko Krzywdzone 2004, vol. 3, nr 2, s. 7–20.

⁴ K. Lewandowska, *Karać czy leczyć? Strategie postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych wobec dzieci na przykładzie wybranych krajów*, Dziecko Krzywdzone 2007, nr 3, s. 2; A. Morawska, *Strategie postępowania...*, op. cit., s. 5.

mające służyć ochronie społeczeństwa przed przestępczością seksualną zostały zawarte w ustawie z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym.

W uzasadnieniu projektu tej ustawy stwierdzono, że „w obowiązującym stanie prawnym brak jest wystarczających środków umożliwiających realną kontrolę sprawców przestępstw na tle seksualnym, czego skutkiem niejednokrotnie staje się popełnienie przez te osoby kolejnych przestępstw podobnych. Brak jest również mechanizmów skutecznie uniemożliwiających zapobieżenie w szczególności sprawcom przestępstw na tle seksualnym kontaktu z dziećmi. W związku z powyższym niezbędne stało się wprowadzenie regulacji proponowanej niniejszą ustawą⁵. Jednocześnie podkreślono wagę i doniosłość przestępczości dokonywanej z pobudek seksualnych, wskazując, że stanowi ona problem narastający, zwłaszcza w okresie ostatnich kilku lat, które wraz z rozwojem technik informatycznych i teleinformatycznych, przynoszą w tej dziedzinie nowe rodzaje zagrożeń. Łatwość komunikowania się, utrzymania anonimowości nawiązywanych kontaktów oraz powszechność dostępu środków porozumiewania się, przy jednoczesnym braku możliwości zapewnienia nad nimi skutecznego nadzoru, umożliwiają dotarcie do każdej z potencjalnych ofiar i stają się głównym polem działania sprawców tych przestępstw. Zdaniem Autorów tej regulacji zmiany stanowią odpowiedź na deficyt regulacji normatywnych dotyczących ochrony społeczeństwa przed sprawcami przestępstw seksualnych.

Jeszcze w toku prac legislacyjnych nad przedmiotową ustawą podkreślano, że wprowadzenie wskazanych rozwiązań uzasadnione jest m.in. faktem, że przestępczość z pobudek seksualnych jest problemem narastającym. Tymczasem choćby dane statystyczne osób prawomocnie skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności nie wskazują, aby ilość tego rodzaju przestępstw drastycznie wzrosła. Z porównania danych za rok 2004, kiedy to liczba ta oscylowała na poziomie ok. dwóch i pół tysiąca przypadków prawomocnie skazanych za przestępstwa na tle seksualnym, do danych z roku 2014 wynika, że skazań tych było o ponad 800 przypadków mniej⁶. Nie zmienia to rzecz jasna faktu, że ten rodzaj przestępczości, z uwagi chociażby na specyfikę dobra prawem chronionego, wymaga stanowczej reakcji. Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania wskazują jednak, że nie dążył on w istocie do znalezienia przyczyny braku efektywności obecnie obowiązujących rozwiązań prawnych, ale

⁵ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym, nr druku 189, tekst dostępny na stronie internetowej Sejmu RP www.sejm.gov.pl.

⁶ Dane ze strony Ministerstwa Sprawiedliwości: Skazania prawomocne – dorośli – w latach 2001–2014, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/>.

zdecydował się na wprowadzenie zupełnie nowych mechanizmów. W opiniach prawnych do ustawy wskazywano na konieczność rzeczywistego zbadania skuteczności podejmowanych środków w celu zwalczania przestępczości na tle seksualnym. Podnoszono, że wskazanym byłoby rozpatrzenie, z jaką częstotliwością orzeka się kary z warunkowym zawieszeniem ich wykonania wobec sprawców przestępstw na tle seksualnym, czy orzeka się kary pozbawienia wolności, które miałyby być wykonywane w systemie terapeutycznym, a także, czy modele pracy klinicznej, w których podstawowym elementem jest terapia sprawców zarówno w czasie odbywania przez nich kary, jak i po wyjściu na wolność, odnoszą zamierzone skutki⁷. Równocześnie zwracano uwagę, że ustawa ta nie stanowi instrumentu, który w sposób bezwzględnie konieczny powinien stać się częścią polskiego systemu prawnego, gdyż zamieszczone rozwiązania mogą zostać uwzględnione, przynajmniej w znacznej części w ramach obowiązujących regulacji prawa karnego. Tworzenie rejestru sprawców przestępstw seksualnych powinno bowiem następować w sposób roztropny, czyniący zadość wymogom konstytucyjnym, w szczególności poszanowaniu prywatności jednostki oraz zasady proporcjonalności⁸.

Pomimo licznych uwag krytycznych, wątpliwości i zastrzeżeń ustawa została w dniu 16 czerwca 2016 r. ogłoszona w Dzienniku Ustaw (poz. 862), a regulacje w niej zawarte mają wejść w życie z dniem 1 października 2017 r.

Ustawa składa się z siedmiu rozdziałów, które obejmują zagadnienia ogólne, szczególne środki ochrony określone jako rejestr sprawców przestępstw na tle seksualnym, obowiązek pracodawców i innych organizatorów w zakresie działalności związanej z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem małoletnich lub opieką nad nimi oraz określenie miejsc szczególnego zagrożenia przestępczością na tle seksualnym, przepisy karne, zmiany w przepisach obowiązujących oraz przepisy przejściowe i końcowe.

Przedmiotem ustawy są szczególne środki ochrony mające służyć ochronie społeczeństwa przed „przestępczością na tle seksualnym”. To ostatnie pojęcie obejmuje szereg zdarzeń przestępnych, przy czym w art. 2 ustawy zastrzeżono, że określenie to obejmuje przestępstwa przeciwko wolności seksualnej wymienione w rozdziale XXV Kodeksu karnego, z wyłączeniem przestępstw

⁷ Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do rządowego projektu ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym (druk nr 189), tekst dostępny na stronie: <http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/02/Opinia-HFPC-doraz%C4%85dowego-projektu-ustawy-o-przeciwdzia%C5%82aniu-zagro%C5%BCeniom-przezst%C4%99pczo%C5%9Bci%C4%85-na-tle-seksualnym.pdf>.

⁸ A. Sakowicz, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym i o zmianie niektórych innych ustaw* (druk sejmowy nr 189), tekst dostępny na stronie: www.bas.sejm.gov.pl.

określonych w art. 201 k.k., art. 202 § 1 k.k., art. 202 § 3 k.k. polegających na prezentowaniu treści pornograficznych związanych z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzęciem, art. 202 § 4a k.k., art. 202 § 4b k.k. polegających na przechowywaniu lub posiadaniu treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej, art. 202 § 4c k.k., art. 204 § 1 i 2 k.k., chyba że zostały popełnione na szkodę małoletniego.

W przepisie art. 3 ustawy określa się szczególne środki ochrony, do których należą: rejestr sprawców przestępstw na tle seksualnym, obowiązki pracodawców i innych organizatorów w zakresie działalności związanej z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem małoletnich lub opieką nad nimi oraz określenie miejsc szczególnego zagrożenia przestępczością na tle seksualnym. Pierwszy z wymienionych instrumentów, tj. rejestr sprawców przestępstw na tle seksualnym, składa się z dwóch oddzielnych baz danych: rejestru z dostępem ograniczonym oraz rejestru publicznego. W rejestrach tych, obok danych o sprawcy zamieszczanych w Krajowym Rejestrze Karnym, znajdować będą się m.in. informacje o adresach zameldowania skazanego (na pobyt stały lub czasowy) oraz jego wizerunek (zdjęcie). Umieszczenie danych osób w rejestrze z dostępem ograniczonym następuje z urzędu jako konsekwencja jednego z prawomocnych rozstrzygnięć dotyczących sprawców:

- prawomocnie skazanych za popełnienie przestępstw, o których mowa w art. 2;
- wobec których prawomocnie warunkowo umorzono postępowanie karne w sprawach o przestępstwa, o których mowa w art. 2;
- wobec których prawomocnie orzeczono środki zabezpieczające w sprawach o przestępstwa, o których mowa w art. 2;
- nieletnich, wobec których prawomocnie orzeczono środki wychowawcze, poprawcze lub wychowawczo-lecznicze albo prawomocnie wymierzono karę na podstawie art. 94 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz. U. z 2014, poz. 382 oraz z 2015 r., poz. 1418 i 1707), w sprawach o przestępstwa, o których mowa w art. 2.

Rejestr publiczny obejmuje natomiast sprawców czynów zabronionych określonych w art. 2 ustawy, którzy dopuścili się przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 2 lub § 4 k.k. lub sprawców przestępstw, określonych w art. 2 ustawy, którzy byli uprzednio skazani na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, jeżeli którekolwiek z tych przestępstw zostało popełnione na szkodę małoletniego. Dane z rejestru publicznego dostępne są bez ograniczeń oraz publikowane na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Ministerstwa Sprawiedliwości.

Celem rozbudowy aktywnych środków ochrony służących zapobieganiu przestępczości seksualnej już na etapie popełnienia czynu zabronionego ustawodawca wprowadza – jako kolejny instrument – obowiązek pracodawców i innych organizatorów w zakresie działalności związanej z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi, uzyskiwania informacji o osobach przed nawiązaniem z nimi stosunku pracy lub dopuszczeniem ich do tego rodzaju działalności.

W ramach trzeciego z przewidzianych w ustawie instrumentów ochrony służących zapobieganiu tego rodzaju przestępczości przewiduje się także określenie miejsc szczególnego zagrożenia w ramach tzw. policyjnej mapy zagrożeń przestępstwami na tle seksualnym.

Nie deprecjonując z góry samej koncepcji utworzenia rejestru sprawców przestępstw seksualnych ani też koncepcji wprowadzenia do polskiego porządku prawnego tej instytucji, należy podnieść, że regulacje zawarte w omawianej ustawie zarówno na gruncie przedmiotowym, jak i podmiotowym budzą wątpliwości i niestety skłaniają do wyrażenia kilku uwag krytycznych.

Zastrzeżenia budzi, co zresztą było już podkreślane jeszcze w toku prac legislacyjnych, określenie zakresu przedmiotowego. Ustawodawca uwzględnił, co prawda, niektóre uwagi i wskazywał, że przestępczość na tle seksualnym obejmująca przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wymienione w rozdziale XXV, wyłączył jednocześnie siedem rodzajów przestępstw z tej grupy. Nie zmienia to jednak faktu, że przepisami ustawy będzie objęta zasadnicza część sprawców przestępstw seksualnych, a co istotne, nie tylko skazanych. Podkreślenia wymaga, że zawarte w rozdziale XXV typy czynów zabronionych cechują się różnym stopniem abstrakcyjnej społecznej szkodliwości. Do grupy tej zaliczane są zarówno zbrodnie, jak i występki, nierzadko o średnim lub wręcz niskim ciężarze gatunkowym. Zasadnicze wątpliwości budzi chociażby możliwość umieszczenia w rejestrze sprawcy czynu polegającego na obcowaniu płciowym lub podejmowaniu innych czynności seksualnych w sytuacji, gdy do kontaktów tych dochodzi dobrowolnie, a sam „sprawca” jest osobą niewiele starszą od „pokrzywdzonego” (np. dobrowolnie kontakty 14-letniej dziewczyny z 17-letnim chłopakiem). W literaturze podkreśla się, że w kontekście regulacji z art. 200 § 1 k.k. należy mieć na uwadze *ratio legis poenali* takiego rozwiązania, którym jest przede wszystkim przyjęcie niezdolności osoby małoletniej poniżej 15. roku życia do rozpoznania własnego postępowania w sferze seksualnej, co może rzutować na jej późniejszy prawidłowy rozwój. Odniesienie się do kryminalizacji tego przestępstwa nie jest w ogóle łatwe, zwłaszcza, że kategoria normatywna pomija wiek sprawcy i stopień przyczynienia się „pokrzywdzonego” do zaistnienia przestępstwa. Nie wdając się w szerszą dyskusję

z osiągnięciami współczesnej psychologii i seksuologii w tym zakresie, należy jednak stwierdzić, że małoletni nierzadko zachowują pełną zdolność w zakresie oceny podejmowanych zachowań w obszarze najpoważniejszej patologii kryminalnej. W każdym razie zakaz podejmowania kontaktów w sferze seksualnej pomiędzy rówieśnikami lub osobami, które dzieli nieznaczną różnica wiekowa, z całą pewnością nie jest zasadniczym *ratio* zakazu karnego z art. 200 § 1 k.k. Z tego chociażby powodu należy uznać, że przypadki takie cechują się mniejszym stopniem społecznej szkodliwości czynu aniżeli w przypadku znacznej różnicy wieku. Niektórzy twierdzą wręcz, że owa społeczna szkodliwość jest mniejsza niż znikoma, a czyn sprawcy nie stanowi przestępstwa⁹. Nie jest to oczywiście postulat dekryminalizacji, trzeba jednak powiedzieć, że zachodzi wyraźny rozdział między rzeczywistością społeczną a obrazem kryminalnym przestępczości nieletnich w ogóle.

Kolejnym przykładem czynu zabronionego, którego sprawca – co do zasady – zostanie umieszczony w rejestrze z dostępem ograniczonym jest przestępstwo określone w art. 199 § 3 k.k. Przepis ten penalizuje zachowanie polegające na obcowaniu płciowym z małoletnim lub dopuszczaniu się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej, albo doprowadzaniu jej do poddania się takim czynnościom, albo do ich wykonania przez nadużycie zaufania lub udzielenie w zamian korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy. Regulacja ta znajduje zastosowanie do małoletnich pomiędzy 15. a 18. rokiem życia, przy czym chodzi tu nie tyle o ochronę wolności seksualnej w postaci swobody decyzji w tym zakresie, ale o moralistycznie rozumianą ochronę młodych ludzi przed przedwczesną inicjacją seksualną¹⁰. Ustawodawca uzależnia odpowiedzialność karną od tego, z czyjej inicjatywy doszło do obcowania płciowego z małoletnim lub dopuszczania się wobec małoletniego innej czynności seksualnej bądź też doprowadzenia go do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania. W konsekwencji karanym, a następnie umieszczonym w rejestrze będzie nie tylko 45-letni sprawca – nauczyciel, który obcując płciowo ze swoim 16-letnim uczniem obiecał mu wystawienie pozytywnej oceny z przedmiotu, ale także 17-letni sprawca, który dopuszczając się innej czynności seksualnej w postaci pieszczot ze swoją 15-letnią dziewczyną, „obiecał” jej przy tym dozgonną miłość bądź sfinansował jej wyjście do teatru. Przepis ten co do zasady w sposób nieuzasadniony ogranicza sferę

⁹ Zob. R. Krajewski, *Prawnokarne aspekty dobrowolnej aktywności seksualnej małoletnich*, Prok. i Prawo 2012, nr 10, s. 10; J. Warylewski, *Komentarz do art. 200 KK*, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–221*, Warszawa 2010, s. 1063.

¹⁰ M. Filar, *„Druga” nowelizacja kodeksu karnego dotycząca tzw. przestępstw seksualnych*, Państwo i Prawo 2006, nr 3, s. 46–47.

aktywności seksualnej osób małoletnich pomiędzy 15. a 18. rokiem życia, gdyż co do zasady mają oni przecież prawo do takiej aktywności. W konkretnych sytuacjach niejasne kryteria nadużycia zaufania, udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej, albo ich obietnicy mogą tylko pogłębić te wątpliwości. Z kolei rejestracja takich osób wydaje się zupełnie nieuzasadniona.

Wątpliwości w zakresie wprowadzenia do katalogu przestępstw, za popełnienie których sprawca podlega umieszczeniu w rejestrze, budzi także typ przestępstwa określony w art. 202 § 4 k.k. Konstrukcja tej normy jest wątpliwa co do zasady w świetle zarówno *ultima ratio* prawa karnego, jak i konstytucyjnej zasady proporcjonalności, na co zresztą już wielokrotnie zwracano uwagę w literaturze¹¹. Przepis ten penalizuje zachowanie polegające na utrwalaniu treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Jednocześnie ustawodawca nie wprowadza ograniczeń co do wieku małoletniego, co oznacza, że dotyczy to wszystkich osób poniżej 18. roku życia. W ten sposób, choć dopuszczenie się czynności seksualnych z osobą, która ukończyła 15. rok życia, ale nie przekroczyła granicy lat 18, karalne nie jest, to już utrwalanie ich z udziałem małoletniego jest czynem zabronionym przez ustawę. Oznacza to, że w rejestrze może znaleźć się także 17-letni sprawca, który obcując (za obopólną zgodą) z małoletnim w wieku lat 15, utrwalił jednocześnie te czynności za pomocą kamery video, tj. wyczerpał w ten sposób znamiona czynu z art. 202 § 4 k.k. W przykładzie tym trudno doszukać się jakichkolwiek zagrożeń dla społeczeństwa, które uzasadniałyby zastosowanie środka ochrony przed przestępczością seksualną, jakim jest umieszczenie danych w odpowiednim rejestrze.

Pozytywnie należy natomiast ocenić niektóre z wprowadzonych ograniczeń w zakresie wyłączenia stosowania regulacji ustawy. I tak, przepisów ustawy nie stosuje się m.in. do przestępstwa kazirodztwa z art. 201 k.k., jeśli czyn ten popełniły osoby dorosłe, przestępstwa publicznego prezentowania treści pornograficznych w sposób, o jakim mowa w art. 202 § 1 k.k., przestępstwa prezentowania treści pornograficznych związanych z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzciem (art. 202 § 3 k.k.), przestępstwa przechowywania, posiadania lub uzyskiwania dostępu do treści pornograficznych z udziałem małoletniego (art. 202 § 4a k.k.), przestępstwa przechowywania lub posiadania treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej (art. 202 § 4b k.k.), przestępstwa prezentowania treści pornograficznych w celu zaspokojenia

¹¹ Zob.m. in. M. Bielski, *Komentarz do art. 202 KK*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 117–277, t. II*, Kraków 2008, s. 670 i nast.; V. Konarska – Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016; M. Berent, M. Bojarski, *Komentarz do art. 202 KK*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Lex 2016.

seksualnego (art. 202 § 4c k.k.) oraz przestępstwa z art. 204 § 1 i 2 k.k., jeśli czyny te zostały popełnione na szkodę osoby dorosłej.

Poważne zastrzeżenia budzą regulacje ustawodawcze w zakresie ustalenia kategorii sprawców, względem których można zastosować przewidziane środki ochrony. Stosownie do zapisów zawartych w art. 6 ustawy w rejestrze z dostępem ograniczonym gromadzi się dane o osobach prawomocnie skazanych za popełnienie przestępstw, o których mowa w art. 2; przeciwko którym warunkowo umorzono postępowanie karne w sprawach o przestępstwa, o których mowa w art. 2; wobec których prawomocnie orzeczono środki zabezpieczające w sprawach o przestępstwa, o których mowa w art. 2; nieletnich, wobec których prawomocnie orzeczono środki wychowawcze, poprawcze lub wychowawczo-lecznicze albo którym wymierzono karę na podstawie art. 94 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich¹², w sprawach o czyny, o których mowa w art. 2, z wyłączeniem art. 200 § 1 k.k. Ustawodawca zaliczył w ten sposób do grupy „skazanych” za przestępstwa na tle seksualnym także osoby nieletnie oraz osoby, przeciwko którym prawomocnie umorzono postępowanie karne lub orzeczono środki zabezpieczające. Rozwiązanie to jest jednak wysoce wątpliwe, z tego chociażby powodu, że poważnie narusza zasadę domniemania niewinności.

W przypadku drugiej grupy, tj. osób, co do których prawomocnie umorzono postępowanie karne, należy mieć na uwadze specyficzny charakter samej instytucji warunkowego umorzenia postępowania. Niewątpliwie jest, że warunkowe umorzenie skazaniem nie jest, a co więcej, w razie odwołania tego środka (fakultatywnego lub obligatoryjnego podjęcia postępowania – art. 68 k.k.), postępowanie „toczy się od nowa na zasadach ogólnych” (art. 551 k.p.k.) i nie może być żadnej wątpliwości co do tego, że w tym podjętym postępowaniu zasada domniemania niewinności musi obowiązywać. To ostatnie może uchodzić za podstawę poglądu o „prowizorycznym” przypisaniu oskarżonemu popełnienia przestępstwa i w związku z tym także o prowizorycznym obaleniu wobec niego domniemania niewinności¹³. Z tego powodu trudno zrozumieć motywy, jakimi kierował się ustawodawca w celu objęcia tej kategorii osób rejestrzem z dostępem ograniczonym.

Krytycznie należy także ocenić możliwość umieszczenia w rejestrze z dostępem ograniczonym danych nieletnich, wobec których prawomocnie orzeczono środki wychowawcze, poprawcze lub wychowawczo-lecznicze albo którym

¹² Dz. U. z 2014 r., poz. 382 ze zm.

¹³ A. Zoll, *Materiałnoprawna problematyka warunkowego umorzenia postępowania karnego*, Warszawa 1973, s. 49; Wyrok TK z 16.05.2000 r., sygn. akt P 1/99, OTK 2000, Nr 4, poz. 111.

wymierzono karę na podstawie art. 94 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich. Osoby te nie mogą być określane jako „skazani”, gdyż z uwagi na brak możliwości przypisania im winy nie ponoszą w ogóle odpowiedzialności karnej. W tym kontekście zauważyć należy, że regulacje prawa karnego odnoszące się do wieku odpowiedzialności karnej oparte są na założeniu, że człowiek z chwilą ukończenia 17 lat osiąga taki poziom rozwoju intelektualnego, społecznego i moralnego, który umożliwia mu prawidłowe rozpoznanie znaczenia popełnianych czynów oraz pokierowanie swoim postępowaniem¹⁴. Tym samym osiągnięcie przez sprawcę czynu zabronionego określonego wieku jest przesłanką przypisania mu winy. Jeżeli natomiast sprawca czynu zabronionego wieku takiego nie osiągnął, wówczas jest on niezdolny do zawinienia, a w konsekwencji niezdolny do poniesienia odpowiedzialności karnej. W doktrynie zauważa się dodatkowo, że konieczność odmiennego traktowania nieletnich i rezygnacja z pociągania ich do odpowiedzialności karnej znajduje uzasadnienie w niecelowości czy wręcz szkodliwości karania ich według zasad przewidzianych dla dorosłych sprawców czynów zabronionych. W szczególności wskazuje się, że karanie nieletnich według tych zasad wytrącałoby ich z normalnego, stosownego dla dzieci i młodzieży w określonym wieku, rytmu funkcjonowania, stygmatyzowało jako przestępców i marginalizowało społecznie¹⁵.

Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich realizuje model opiekuńczo-wychowawczo-ochronny postępowania z nieletnimi, zorientowany na ochronę i terapię nieletniego w zagrożeniu, dopuszczając jedynie w pewnym zakresie wyjątkową możliwość stosowania kar wobec nieletnich sprawców czynów zabronionych¹⁶. W takim modelu nieletni nie jest traktowany jako podmiot mający swoje prawa i obowiązki, ale jak przedmiot zabiegów ze strony sądu i innych powołanych do tego organów, podejmujących decyzje dla jego dobra. Samo zaś

¹⁴ Por. np. J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2007, s. 87; A. Grześkowiak, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012, s. 102; P. Kardas, *O podstawach odpowiedzialności nieletnich na zasadach określonych w Kodeksie karnym. Uwagi na tle sporów dotyczących wymierzania nieletniemu kary*, [w:] *W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Marianny Korcyl-Wolskiej*, red. P. Hofmański, S. Waltoś, Warszawa 2009, s. 96.

¹⁵ V. Konarska-Wrzosek, *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, Warszawa 2013, s. 29–30.

¹⁶ W preambule do u.p.n. podkreślono, że podstawowym celem tej ustawy jest przeciwdziałanie demoralizacji i przestępczości nieletnich oraz stwarzanie warunków powrotu do normalnego życia tym nieletnim, którzy popadli w konflikt z prawem bądź z zasadami współżycia społecznego, a także dążenie do umacniania funkcji opiekuńczo-wychowawczej i poczucia odpowiedzialności rodzin za wychowanie nieletnich na świadomości swych obowiązków członków społeczeństwa.

popętnienie czynu zabronionego (a w zasadzie czynu karalnego, o czym będzie jeszcze mowa) jest tylko jednym z symptomów zagrożenia. Przyjęty w polskim porządku prawnym system podejścia do nieletnich należy bowiem do tzw. jednotorowych systemów postępowania z nieletnimi, co oznacza jednorodne podejście zarówno do nieletnich naruszających normy prawnokarne (dopuszczających się czynów karalnych), jak i tych, którzy wykazują jedynie przejawy demoralizacji¹⁷.

Podstawy podjęcia działań w sprawie nieletniego mogą wystąpić zarówno samodzielnie, jak i też łącznie, a ich zaistnienie obliguje do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w sprawie nieletniego. W doktrynie podkreśla się, że możliwość uruchomienia postępowania w sprawie nieletniego nie tylko z powodu popełnionego czynu karalnego, ale także z powodu ujawnionych przejawów demoralizacji wyraża koncepcję „dziecka w niebezpieczeństwie”, któremu należy przyjąć z pomocą w związku z zagrożeniem demoralizacją w jego dalszym rozwoju kulturowym, cywilizacyjnym i społecznym. Tym samym przyjąć należy, że ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich nie wprowadza jakichkolwiek form odpowiedzialności nieletniego, wymienione wyżej podstawy stanowią przesłanki do wszczęcia postępowania w sprawie, lecz nie przeciwko nieletniemu. Chodzi bowiem o podjęcie odpowiednich działań celem zastosowania adekwatnego środka, który będzie stanowił pomoc dla nieletniego¹⁸.

Ustawę o postępowaniu w sprawach nieletnich charakteryzuje odejście od prawnokarnej koncepcji w zwalczaniu demoralizacji i „przestępczości” nieletnich, a dyrektywą nadrzędną w całym obszarze postępowania z nieletnimi jest ich dobro. Stanowi ono podstawowe kryterium w rozpoznawaniu spraw nieletnich, a jego realizacji sprzyjają ogólne założenia tej ustawy w zakresie zapobiegania i zwalczania demoralizacji i „przestępczości” nieletnich, tj. depenalizacja sposobów walki z demoralizacją i „przestępczością” nieletnich, elastyczność postępowania w zależności od osobowości nieletniego oraz ciągła ochrona prawna¹⁹.

W świetle tak ukształtowanych reguł postępowania w sprawach nieletnich trudno uznać, że funkcja rejestru, który służy zabezpieczeniu społeczeństwa przed niebezpieczeństwem ze strony sprawcy czynu, godzi się z zasadą dobra nieletniego, które powinno przesądzać o doborze takich środków, które byłyby dla nieletniego najkorzystniejsze. Pozostaje jedynie mieć nadzieję, że organy

¹⁷ V. Konarska-Wrzošek, *Problem potrzeby i celowości zmiany zasad odpowiedzialności i postępowania z nieletnimi*, Archiwum Kryminologii 2007–2008, nr XXIX-XXX, s. 352; V. Konarska-Wrzošek, *Prawny system...*, s. 49.

¹⁸ T. Bojarski [w:] T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz, *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 55.

¹⁹ H. Haak, *Przymusowe leczenie narkomanów*, Toruń 2000, s. 65.

stosujące przepisy ustawy będą w tych sprawach korzystać z możliwości, którą daje art. 9 tej ustawy, tj. odstąpienia od umieszczenia danych w rejestrze. Przepis ten wskazuje, że orzekając w sprawie nieletniego, sąd może, w szczególności uzasadnionych przypadkach, orzec o wyłączeniu zamieszczenia danych o osobie nieletniego w rejestrze, ze względu na ochronę życia prywatnego lub inny ważny interes prywatny pokrzywdzonego lub jego osób najbliższych, a zwłaszcza dobro małoletniego pokrzywdzonego, lub gdy zamieszczenie danych spowodowałoby niewspółmiernie surowe skutki dla osoby nieletniego.

Uwagi krytyczne nasuwają się także w kontekście analizy przepisów dotyczących rejestru publicznego, w którym mają być umieszczane dane osób, o których mowa w art. 6 ust. 2 ustawy²⁰. Dotyczy to w szczególności braku jednoznacznego rozstrzygnięcia w zakresie charakteru opiniowanego środka ochrony, sposobu jego realizacji, a także przesłanek stosowania i zakresu przedmiotowego.

W uzasadnieniu projektu ustawy wyrażono pogląd, że w sytuacji sprawców, których działania są w zdecydowanej większości motywowane zaburzoną popędem seksualnym, ryzyko ich powrotu do przestępstwa i wiktymizacji kolejnych ofiar jest wysokie. Stwierdzenie to choć słuszne, nie uwzględnia ani doświadczeń praktyki (choćby amerykańskich organów ścigania), ani też wyników badań, z których wynika, że ryzyko recydywy u sprawców przestępstw na tle seksualnym jest niższe niż u sprawców niepełniających przestępstw na tle seksualnym²¹.

Formuła przepisu art. 6 ust. 2 budzi poważne zastrzeżenia w zakresie jej zgodności z Konstytucją RP, a także regulacjami międzynarodowymi, w szczególności Europejską Konwencją Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²².

²⁰ Należy zauważyć, że publiczny rejestr sprawców przestępstw na tle seksualnym występuje obecnie jedynie w Stanach Zjednoczonych i Nowej Zelandii. W Stanach Zjednoczonych obowiązek utworzenia rejestrów sprawców przestępstw seksualnych został nałożony na wszystkie stany na mocy uchwalonego w 1994 r. przez Kongres Prawa Jacoba Wetterlinga (Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act. Title XVII of the Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994).

²¹ Zob. <http://www.csg.org/policy/documents/SOMFinalReport-FINAL.pdf>, s. 2; L. A. Greenfel, *An Analysis of Data on Rape and Sexual Assault*, Bureau of Justice Statistics, February 1997, <http://bjs.gov/content/pub/pdf/SOO.PDF>.

²² Problematyka tworzenia rejestrów sprawców przestępstw seksualnych była przedmiotem rozważań w jednym z wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Gardel przeciwko Francji, w którym stwierdzono, że ochrona danych osobowych odgrywa fundamentalną rolę w korzystaniu z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego gwarantowanego przez art. 8 Konwencji. Ustawodawstwo wewnętrzne musi zapewnić istnienie odpowiednich mechanizmów, aby uniemożliwić używanie

Przepis art. 47 Konstytucji RP wyraźnie wskazuje, że każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Jak słusznie podkreśla A. Sakowicz, prawo to nie ma charakteru bezwzględnego i podlega ograniczeniom, które wynikają z poszanowania prywatności innej jednostki oraz konieczności ochrony dobra ogólnego przy zachowaniu standardu wskazanego w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP²³. Owe ingerencje w prywatność powinny nastąpić zgodnie z zasadą proporcjonalności, która wymaga, aby podjęte środki były skuteczne do realizacji założonego celu (zasada przydatności); aby spośród możliwych środków działania wybrać ten, który jest najmniej uciążliwy dla jednostki (zasada konieczności), oraz aby stopień uciążliwości dla jednostki pozostawał w odpowiedniej proporcji do wartości celu, którego realizacji dane ograniczenie ma służyć²⁴.

Umieszczenie danych sprawców w rejestrze publicznym nie tylko stygmatyzuje te osoby, ale także może ułatwić podejmowanie wobec nich bezprawnych zachowań, takich jak nękanie czy groźby karalne. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 7 ust. 4 ustawy w rejestrze publicznym zamieszcza się szereg danych identyfikujących szczegółowo wymienionych w ust. 1 i 3 tego przepisu, z wyłączeniem imion rodziców, nazwiska rodowego matki, informacji o wieku małoletniego pokrzywdzonego w czasie czynu, jeżeli w kwalifikacji prawnej przyjętej w orzeczeniu powołano przepis, o którym mowa w rozdziale XXV Kodeksu karnego, numeru pesel skazanego oraz miejsca zamieszkania, adresu zameldowania na pobyt stały lub czasowy oraz faktycznego adresu pobytu skazanego, w miejsce których zamieszcza się jedynie nazwę miejscowości, w której osoba ta przebywa.

danych osobowych niezgodne z gwarancjami przewidzianymi w tym przepisie. Konieczność istnienia tych gwarancji ma większe znaczenie, gdy chodzi o dane osobowe przetwarzane w sposób automatyczny, zwłaszcza gdy dane te są używane dla celów policyjnych. Prawo krajowe powinno zapewnić, aby były to dane o charakterze istotnym, niewykraczające poza potrzeby wynikające z celów, dla których są gromadzone, oraz aby dane były przechowywane w formie umożliwiającej identyfikację osób, których dane dotyczą, przez okres nie dłuższy niż jest to wymagane ze względu na cel, dla którego dane te zgromadzono. Zob. C. Nowak, *Ekspertyza prawna na temat wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 17 grudnia 2009 r. w sprawie Gardel przeciwko Francji*, skarga nr 16428/05, BAS-WAL-1080/12(1).

²³ A. Sakowicz, *Prawnokarne aspekty prywatności*, Kraków 2006; zob. także orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12; wyrok TK z dnia 28 czerwca 2000 r., sygn. akt K 34/99, OTK 2000, nr 5, poz. 142.

²⁴ P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2014, s. 100; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2010, s. 472–473; K. Complak, *Komentarz do art. 31 Konstytucji RP*, [w:] M. Haczkowska (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LexisNexis 2014 (wersja online LEX), B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 214.

Należy zauważyć, że w przypadku sprawców skazanych za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego poniżej 15. roku życia na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania skazanie – stosownie do normy z art. 106a k.k. – nie podlega zatarciu. Oznacza to, że informacja o skazaniu w Krajowym Rejestrze Karnym, a tym samym także w rejestrze publicznym będzie widniała na zawsze. W pozostałych przypadkach dane w rejestrze sprawców będą co do zasady widniały do czasu zatarcia skazania z mocy prawa, chyba że zajdzie wyjątkowy wypadek, o którym mowa w art. 18 ustawy. W takim układzie powiązanie rejestru publicznego ze skutkami wpisu skazanego do Krajowego Rejestru Karnego spotęguje efekt ostracyzmu społecznego wobec tej kategorii sprawców, a także negatywnie wpłynie na ich resocjalizację i ewentualne uczestnictwo w terapiach związanych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych²⁵. Nie bez znaczenia pozostaje w tym względzie fakt, że w sytuacji, gdy przestępstwo zostaje popełnione przez osobę z zaburzeniami preferencji seksualnych lub zaburzeń kontroli popędu (a w znacznej mierze dotyczy to sporej grupy sprawców), powszechny dostęp do rejestru publicznego nie gwarantuje osiągnięcia celów przyjętych w ustawie.

Prawo do uzyskania informacji o osobie ujętej w rejestrze z dostępem ograniczonym przysługuje szerokiemu kręgowi podmiotów. Poza organami ścigania i sądami, informacje może pozyskać pracodawca i inny organizator przed nawiązaniem lub dopuszczeniem osoby do działalności lub pracy związanej z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem małoletnich lub opieką nad nimi (art. 12 pkt 6 i 7 ustawy). Co więcej, dane zgromadzone w rejestrze mogą być przetwarzane i wykorzystane do celów badań naukowych, co już w ogóle nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia, dla czego osobom przeprowadzającym tego typu badania należy udostępniać dane identyfikujące osobę. Tego rodzaju regulacja stanowi poważną i zupełnie nieuzasadnioną ingerencję w poszanowanie prawa jednostki do zachowania prywatności.

Ustawodawca wprowadza, co prawda, pewne ograniczenia w zakresie wprowadzania danych sprawcy do rejestru. W art. 9 ust. 4 wskazuje bowiem, że

²⁵ Argumenty przeciwko tworzeniu publicznego rejestru sprawców przestępstw na tle seksualnym przedstawiło Polskie Towarzystwo Seksuologiczne, podkreślając, że ogólnodostępny rejestr nie stanowi skutecznego środka mającego przyczynić się do zmniejszenia zagrożenia przestępczością seksualną. Wskazano, że istnienie takiego rejestru w znaczny sposób zmniejsza możliwości przeprowadzenia terapii przestępców seksualnych, ze względu na brak perspektywy powrotu tych sprawców do społeczeństwa. To z kolei znacząco ograniczy możliwości ich terapii i resocjalizacji. Oznacza to, że istnienie rejestrów publicznych wręcz utrudnia przeciwdziałanie przestępczości seksualnej. Zob. Uchwała Zarządu Głównego Polskiego Towarzystwa Seksuologicznego z dnia 22.01.2016 r. dostępna na stronie: <http://pts-seksuologia.pl>.

sąd może orzec o wyłączeniu zamieszczenia danych osoby w rejestrze publicznym, ale tylko wtedy, gdy zachodzi wyjątkowy przypadek, uzasadniony wyłącznie dobrem małoletniego pokrzywdzonego. W tym kontekście należy zauważyć, że swego rodzaju substytutem regulacji rejestru ogólnodostępnego jest środek karny w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości (art. 39 pkt 8 k.k. w zw. z art. 43b k.k.). Cel tego środka jest, co prawda, odmienny, niemniej kierując się względami prewencji ogólnej, sąd może zastosować ten środek względem każdego skazanego. Instytucja ta ma charakter fakultatywny, a jej zastosowanie następuje w sytuacji uznania, że będzie to celowe ze względu na społeczne oddziaływanie skazania, o ile nie narusza to interesu pokrzywdzonego.

Reasumując, należy zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię. Otóż, w uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że rejestr będzie spełniać z *jednej strony funkcje ostrzegawcze, wobec społeczeństwa, z drugiej zaś strony stanowić ma dodatkową dolegliwość dla skazanych*. Sugeruje to pozorność w traktowaniu rejestru sprawców przestępstw na tle seksualnym jako rozwiązania o charakterze administracyjnym. Ustawodawca pozostawił, co prawda, decyzję o umieszczeniu danych sprawcy przestępstwa popełnionego na tle seksualnym do decyzji sądu, o czym świadczy jednoznaczna treść art. 9 ust. 1, który stanowi, że dane te zamieszcza się, jeżeli sąd tak orzeknie. Niemniej, sankcjonując obowiązki, które towarzyszą wpisaniu danych do rejestru, ustawodawca wyraźnie zawarł w nich elementy odpowiedzialności o charakterze represyjnym. Przepis art. 11 ustawy nakłada bowiem na sprawców, których dane zostały umieszczone w rejestrze, obowiązek zgłoszenia faktycznego adresu pobytu i obowiązek zgłoszenia każdorazowej zmiany faktycznego miejsca pobytu, co bez wątpienia stanowi dolegliwość o charakterze represyjnym. Za niedopełnienie tego obowiązku ustawodawca przewidział sankcje karne w postaci kary aresztu, ograniczenia wolności lub grzywny nie niższej niż 1000 zł (art. 23 ustawy).

Wprowadzone do porządku prawnego rozwiązania, które z dniem 1 października 2017 r. wejdą w życie, zwłaszcza w zakresie wprowadzenia rejestrów sprawców przestępstw na tle seksualnym, ocenić należy negatywnie. Można przypuszczać, że dostęp do informacji zawartych w rejestrze z tzw. ograniczonym dostępem zwiększy bezpieczeństwo dzieci, zwłaszcza w tych obszarach, w których organy państwa czy samorządu terytorialnego wykonują działania związane z szeroko rozumianą edukacją, wychowaniem, leczeniem czy opieką nad małoletnimi. Niemniej winno być to połączone z organizacją szerokiego spektrum środków prewencyjnych. Dość przypomnieć, że istniejące w obecnym porządku prawnym instrumenty zwalczania przestępczości na tle seksualnym wymagają jedynie podjęcia inicjatyw mających na celu poprawę efektywności funkcjonujących mechanizmów i wyeliminowanie przyczyn ich nieskuteczności. W odniesieniu

natomiast do ogólnodostępnego charakteru rejestrów wskazać należy, że przyczyni się on do zwiększenia obaw społecznych i będzie wiązał się ze wspomnianymi w tekście negatywnymi konsekwencjami dla sprawców, a nierzadko także ich rodzin oraz samych ofiar. Nie jest to z pewnością efektywny instrument, który może służyć przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym.

SEX OFFENDERS REGISTRY. OBSERVATIONS IN THE LIGHT OF THE ACT ON THE PREVENTION OF SEXUAL VIOLENCE OF 13 MAY 2016

The article discusses on the Act on counteracting threats of sexual offences. It introduces to the Polish legal system the Registry of Sex Offenders in a version with a limited access and a version available to the public. Criticising the adopted solutions, the author point out the lack of integration with other interventions conducted in Poland against sex offenders, noncompliance with the recommendations of the most important expert circles in the field. The summary emphasises that access to information contained in the registry of limited access will increase the safety of children, especially in those areas where the authorities of the state or local government shall perform activities related to the wider education, treatment or care of minors. However, it should be connected with the organization of a wide range of preventive measures. From the other side the public registry will contribute to increasing public concerns and will be associated with the negative consequences for the perpetrators, and often their families, and the victims themselves. There is certainly an effective instrument that can be used countering threats of crime against sexual abuse.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (208) 2016
Warszawa 2016

Bernard Łukańko ■

STATUS PRAWNY ENKLAWY BÜSINGEN AM HOCHRHEIN

I. Wstęp

Terytorium lądowe państwa może mieć charakter zarówno jednolity, jak i podzielony, przy czym jedną z postaci rozczłonkowania terytorium jest enklawa¹, czyli fragment obszaru lądowego państwa otoczony całkowicie przez terytorium innego państwa². W doktrynie prawa międzynarodowego publicznego pojęcie to nie jest rozumiane jednolicie³. Część autorów obejmuje pojęciem enklawy⁴ nie tylko obszary w pełni otoczone przez obszar drugiego państwa, ale

¹ W niemieckiej doktrynie obok pojęcia enklawy wyróżnia się także pojęcie eksklawy (niem. *Exklave*). Obszernie na temat instytucji enklaw H. Auhagen, *Die völkerrechtliche Stellung der Enklaven und Exklaven*, Göttingen 1967 i E. Vinokurov, *A Theory of Enclaves*, Lexington Books, 2007.

² Por. H. Auhagen, *ibidem*, 1967, s. 10, por. także A. Zawidzka, [w:] A. Łazowski, A. Zawidzka, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2008, s. 112. Wydaje się, iż nie ma konieczności uzupełniania tej definicji o przesłankę możliwości dotarcia do terytorium enklawy tylko z terytorium drugiego państwa (tak jednak K. Schubert, M. Klein, *Das Politiklexikon – Begriffe, Fakten, Zusammenhänge*, wyd. 5, 2011, s. 86; H. Auhagen, *ibidem*, s. 10). W ocenie M. Schweitzera, *Staatsrecht III, Staatsrecht, Völkerecht, Europarecht* 2000, s. 194 enklawa (Büssingen) jest terenem państwa znajdującym się poza jego granicami „Staatsgebiet außerhalb der Grenzen”. Pogląd ten nie wydaje się trafny.

³ H. Auhagen, *ibidem*, s. 3.

⁴ Pojęcie enklawy może łączyć się także z krajową regulacją samorządu terytorialnego – por. np. przykład miasta Bremerhaven należącego w podziale administracyjnym do kraju związkowego Brema, ale które to miasto otoczone jest przez terytorium Dolnej Saksonii. Także w podziale administracyjnym Polski, na poziomie miast, gmin i powiatów wyróżnić można liczne enklawy. Do reformy administracyjnej kraju w 1999 roku istnia-

także terytoria posiadające dostęp do morza⁵. Z racji możliwości dostępu do enklawy drogą morską, trafne wydaje się jednak w tym przypadku korzystanie z nazwy półenklawy⁶. W piśmiennictwie obok pojęcia enklaw właściwych wyróżnia się także dalsze rodzaje enklaw, jak np. enklawy funkcjonalne, tj. takie, których obszar styka się wprawdzie geograficznie z obszarem państwa, którego jest terytorium, ale brak jest jakiejkolwiek możliwości bezpośredniego dojazdu z obszaru danego państwa na terytorium tak rozumianej enklawy. Przykładem takiego obszaru jest austriacka miejscowość Kleinwalsertal, do której jedyna droga prowadzi z niemieckiej miejscowości Oberstdorf⁷. W niemieckiej doktrynie obok pojęcia enklawy wyróżnia się także pojęcie eksklawy, czyli terytorium państwa całkowicie wyodrębnione z obszaru danego państwa, które jednak w przeciwieństwie do enklawy może być otoczone przez terytorium dwóch lub więcej państw⁸. Dla analizy statusu Büsingen am Hochrhein właściwe są oba te pojęcia, gdyż miejscowość ta otoczona jest w całości terytorium Szwajcarii.

Instytucja enklawy łączy się z wieloma niezwykle interesującymi problemami prawnymi. Sięgają one od najważniejszej kwestii regulacji tranzytu⁹,

ła także enklawa na poziomie wojewódzkim – należąca do województwa warszawskiego, ale otoczona przez województwo siedleckie wieś Zabieźki.

⁵ Por. np. przykład Alaski. Nie wydaje się trafne do sięgania do pojęcia enklawy także w przypadku państw otoczonych przez terytorium innego państwa, jak San Marino. Mamy w takim przypadku bowiem jedynie do czynienia ze szczególnym ukształtowaniem położenia danego państwa składającego się z jednolitego terytorium. Część autorów uważa za enklawy także wyspy, do których dostęp prowadzi wyłącznie przez wody terytorialne innego państwa (niem. *Inselexklaven*) – por. np. stanowiąca część terytorium Malawi wyspa Likoma leżąca na należącym do Mozambiku jeziorze Niasa – por. M. Schmidt, *Exklaven und Enklaven und andere territoriale Anomalien*, Norderstedt 2008, s. 11.

⁶ Trafnie podkreśla H. Auhagen, ibidem, s. 5, że dostęp do enklawy musi następować drogą lądową lub powietrzną.

⁷ Por. także austriacką wieś Hinterriß dostępną jedynie z terytorium RFN. Podobna sytuacja dotyczy tzw. eksklawy komunikacyjnej Bächental – por. na temat tych miejscowości M. Schmidt, s. 76. Tego typu eksklawą była także w latach 1920–1939 polska wieś Nadole – por. J. Borzyszkowski, *Nadole, Zrzeszenie Kaszubsko-Pomorskie. Oddział w Gdańsku*, 1977, s. 35 i nast.

⁸ M. Schmidt, ibidem, s. 10; H. Auhagen, ibidem, s. 1. W ślad za tym ostatnim Autorem uznano te pojęcia w niniejszym opracowaniu za synonimiczne.

⁹ Dość atypowe rozwiązanie dotyczy w tym zakresie hiszpańskiej enklawy Llívia we Francji, którą z Puigcerdà w Hiszpanii łączy – w oparciu o umowę z 1866 roku – droga oparta na służebności (serwitucie) i zarządzana przez Hiszpanię, por. M. Schmidt, ibidem, s. 92; na temat serwitutu w prawie międzynarodowym W. Czapliński, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 137. Na temat statusu enklawy por. także <http://www.llivia.org/el-municipi>. Na temat dalszych służebności por. np. art. 7 umowy z 4 lipca 1949 r. zawartej pomiędzy Francją i Szwajcarią w przedmiocie budowy i zarządzania lotniskiem Basel-Mülhausen – <https://www.admin.ch/opc/>

poprzez zasady wykonywania poszczególnych elementów władzy państwowej¹⁰ przez państwo, do którego należy eksklawa, aż po korzyści dla mieszkańców i przedsiębiorstw płynące z różnic w rozwiązaniach prawnych prawa publicznego i prywatnego. W doktrynie prawa międzynarodowego publicznego akcentuje się możliwość rozróżnienia suwerenności i zwierzchnictwa terytorialnego w odniesieniu do danego terytorium i podkreśla się, że elementy te mogą być rozdzielone i przysługiwać różnym podmiotom prawa międzynarodowego¹¹. W niniejszym opracowaniu przedstawiona zostanie umowa międzynarodowa dotycząca Büsingen am Hochrhein zawarta pomiędzy Niemcami i Szwajcarią, dwoma państwami, która przynosi takie właśnie rozwiązania. Przykład regulacji prawnej dotyczącej enklawy Büsingen am Hochrhein może dostarczyć odpowiedzi na pytania, czy traktatowe ukształtowanie statusu takiego terytorium prowadzi do zapewnienia mieszkańcom enklawy skutecznej kompensacji trudności wynikających ze specyficznego położenia tego terenu. Z problemem tym łączy się także pytanie, czy przyjęte rozwiązania traktatowe czynią terytorium enklawy miejscem na tyle atrakcyjnym, iż staje się ona celem migracji obywateli nie tylko państwa, do którego enklawa należy, ale także państwa, którego terytorium otacza terytorium enklawy. Analiza statusu enklawy Büsingen am Hochrhein może być pomocna także do określenia, czy celowa może być rezygnacja przez dane państwo, do którego należy enklawa, z części swoich kompetencji (np. w zakresie poboru cel i zagadnień akcesoryjnych). Położenie enklawy Büsingen am Hochrhein uzasadnia także ocenę statusu tego terytorium w świetle gwarantowanej przez art. 11 Ustawy Zasadniczej RFN swobody przemieszczania się.

II. Niemieckie enklawy w Europie

Jeszcze w latach 30. XX wieku na granicach Niemiec było ca. 170 enklaw¹². Większość z nich została zlikwidowana wraz z zakończeniem drugiej

de/classified-compilation/19490164/197102250000/0.748.131.934.92.pdf. Na ten temat por. także *Die Schaffung eines trinationalen Rheinhafens Basel-Mulhouse-Weil*, red. B. Schindler, H. M. Tschudi, M. Dätwyler, Nomos 2012.

¹⁰ Obok aspektów typowych, jak kwestie administracji celnej, mogą być to także np. zagadnienia związane z wymiarem sprawiedliwości.

¹¹ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *ibidem*, s. 136. Por. na temat Büsingen: K. Th. Rauser, *Die Übertragung von Hoheitsrechten auf ausländische Staaten. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 24 I GG*, Beck 1991, s. 202 i nast. Zob. także T. Flint, *Die Übertragung von Hoheitsrechten, Zur Auslegung der Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Art. 24 Abs. 1 GG*, Berlin 1998.

¹² W roku 1927 liczba enklaw wynosiła 196 (H. Auhagen, *ibidem*, s. 12), a w la-

wojny światowej, inne jak Verenahof w Szwajcarii w 1967 roku wraz z wymianą terenów granicznych na podstawie umowy międzynarodowej¹³. Obecnie Republika Federalna Niemiec posiada 6 enklaw. Pięć z nich znajduje się na terytorium Belgii. Są to miejscowości: Roetgen, Ruitzhof, Mützenich, Rückschlag i część Lammersdorf¹⁴. Powstały one w wyniku ustanowienia granic niemiecko-belgijskich przez art. 27 w zw. z art. 29 traktatu wersalskiego¹⁵. Od terytorium Niemiec tereny te oddziela nieczynna już dzisiaj linia kolejowa tzw. Vennbahn, łącząca St. Vith z Akwizgranem i leżąca w znaczącej części na terytorium Belgii¹⁶. Należy zauważyć, iż wymienione enklawy odmiennie niż Büsingen należą do niemieckiego obszaru celnego¹⁷.

III. Sposoby regulacji statusu enklaw leżących na terenie Szwajcarii

Optymalnym rozwiązaniem jest likwidacja enklaw w postaci stosownej wymiany terytoriów pomiędzy państwami. Takie rozwiązanie zastosowano w stosunkach niemiecko-szwajcarskich w odniesieniu do enklawy Verenahof w 1967 roku¹⁸. Tam jednak, gdzie brak jest woli politycznej, wymianie sprzeciwiają się mieszkańcy¹⁹ lub nie ma możliwości likwidacji enklaw na skutek braku odpowiednich terenów na wymianę, celowe wydaje się unormowanie zasad funkcjonowania danej enklawy. Nie zawsze oznacza to jednak zawarcie umowy tak kompleksowej, jak w przypadku Büsingen am Hochrhein²⁰.

tach 30. XX wieku spadła do około 170 enklaw – por. I. Siedentop, *Geographie der Enklaven und Exklaven*, Zeitschrift für Wirtschaftsgeographie, 1968, s. 12.

¹³ Art. 1 ust. 2 lit. des Vertrages zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Bereinigung der Grenze im Abschnitt Konstanz-Neuhausen am Rheinfall, BGBl. 1967 II, S. 2041–2043.

¹⁴ M. Filkorn, *Büdingen am Hochrhein – ein Dorf im Zwiespalt der Nationen. Eine empirische Untersuchung. Bachelorarbeit Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen*, Ludwigsburg 2013, s. 6. http://buesingen.info/wp-content/uploads/2014/03/Bachelorarbeit_Miriam_Filkorn_Buesingen.pdf

¹⁵ Traktat pokoju między mocarstwami sprzymierzonymi i skojarzonymi i Niemcami, podpisany w Wersalu dnia 28 czerwca 1919 roku, Dz. U. z 1920 r., nr 35, poz. 200.

¹⁶ M. Filkorn, *ibidem*, s. 6.

¹⁷ Na temat wymienionych terenów por. także M. Schmidt, *ibidem*, s. 61.

¹⁸ Por. art. 1 ust. 2 lit. e des Vertrages zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Bereinigung der Grenze im Abschnitt Konstanz-Neuhausen am Rheinfall, BGBl. 1967 II, S. 2041–2043.

¹⁹ Z tej przyczyny bezskuteczne były starania dotyczące Llivii w latach 50. XX wieku, por. H. Auhagen, *ibidem*, s. 22

²⁰ Por. M. Schmidt, *ibidem*, s. 69.

IV. Enklawa – Büsingen am Hochrhein

A) Położenie

Enklawa Büsingen otoczona jest w całości przez terytorium szwajcarskiego kantonu Schaffhausen²¹, a od południa graniczy z Renem, w którego korycie graniczy z kantonami Zurych (0,5 km granicy²²) i Thurgau (4,3 km granicy)²³. Obszar gminy Büsingen obejmuje obszar 7,62 kilometra kwadratowego²⁴ i jest zamieszkały przez 1324 osoby.²⁵ Odległość od granicy terytorium enklawy do granicy RFN wynosi ca. 700 metrów²⁶. Gmina Büsingen należy do kraju związkowego Badenia-Wirtembergia i tym samym do Republiki Federalnej Niemiec. Obecnie wynika to jednoznacznie z art. 1 traktatu z 23 listopada 1964 roku²⁷, nie budziło jednak wątpliwości także w okresie wcześniejszym²⁸. W chwili podpisania traktatu pomiędzy Szwajcarią a Niemcami roku 1964 ca. 60 % mieszkańców Büsingen pracowało zawodowo w Szwajcarii²⁹, we frankach szwajcarskich dokonywane są także płatności w enklawie³⁰, choć euro pozostaje oficjalnym środkiem płatniczym.

B) Historia

Pierwszym zapisem wsi Büsingen był akt darowizny 14 kwietnia 1090 roku podpisany przez Grafa Burkharda von Nellenburga³¹. Od roku 1361 miejscowość znajdowała się w rękach austriackich. W kolejnych wiekach teren ten wielokrotnie zmieniał właściciela, aby w roku 1770 po raz pierwszy stać się austriacką enklawą na terytorium Szwajcarii³². Wielokrotne próby sprzedaży lub

²¹ Polska nazwa – Szafuza.

²² *Das Büsinger Vertragswerk*, red. F. Götz, Radolfzell, 1968, s. 36.

²³ Por. W. Ziebarth, *Elfes und das „ewige Ärgernis“ Büsingen – Partielle Ausreisefreiheit aus Art. 11 GG*, StudZR 2013 nr 2, s. 207, przypis 9.

²⁴ Na temat granic Büsingen por. D. E. Khan, *Die deutsche Staatsgrenzen. Rechts-historische Grundlagen und offene Rechtsfragen*, Tübingen 2004, s. 151 i nast.

²⁵ M. Filkorn, ibidem, s. 8 – stan 31.12.2011.

²⁶ M. Filkorn, ibidem, s. 9.

²⁷ Na temat traktatu – por. dalszą część artykułu.

²⁸ W. Ziebarth, ibidem, s. 207 z powołaniem na rozprawę doktorską W. Obere-ra, *Die staats- und völkerrechtlichen Besonderheiten der deutsche Enklave Büsingen in der Schweiz*, 1955, s. 5.

²⁹ *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem, s. 74.

³⁰ Tyczy to także np. wypłat wynagrodzeń urzędników, emerytur, H. Auhagen, ibidem, s. 43.

³¹ M. Filkorn, ibidem, s. 10.

³² M. Filkorn, ibidem, s. 12.

wymiany terenu zakończyły się niepowodzeniem³³. W roku 1805 Büsingen stało się częścią Wirtembergii, a w 1810 roku Badenii. W roku 1835 wraz z powołaniem niemieckiego związku celnego (deutscher Zollverein) Büsingen zostało wyłączone z niemieckiego obszaru celnego, nie zostało jednak włączone do obszaru celnego Szwajcarii³⁴. Likwidację ceł szwajcarskich na część towarów i obniżenie na inne przyniosła natomiast umowa pomiędzy Rzeszą Niemiecką a Szwajcarią dotycząca gminy Büsingen z 21 września 1895 r.³⁵ Umowa ta została wprowadzie wyraźnie uchylona dopiero przez artykuł 42 traktatu z 1964 roku, ale już w 1947 roku Szwajcaria jednostronnie zniósła kordon celny (Zollkordon) wokół enklawy³⁶.

C) Regulacja w umowie międzynarodowej

Wyróżnić można zarówno enklawy w państwach europejskich mające swoje unormowanie w ogólnych aktach prawa międzynarodowego, jak i takie, których status został uregulowany w drodze go umowy. Pierwsze z wymienionych rozwiązań dotyczy 5 wyżej niemieckich enklaw w Belgii powstałych po pierwszej wojnie światowej na mocy traktatu wersalskiego, czy też hiszpańskiej enklawy Llivia, która uzyskała ten status w wyniku określenia granic w traktacie z Lliwii z 12 listopada 1660 roku. W tych przypadkach brak jest wyłączenia wymienionych obszarów odpowiednio z niemieckiego i hiszpańskiego obszaru celnego³⁷. Odmierna sytuacja charakteryzuje włoską eksklawę Campione d'Italia leżącą na terenie szwajcarskiego kantonu Ticino. Obszar ten nie należy do obszaru celnego Włoch (i Unii Europejskiej) – por. art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 952/2013 – Unijny Kodeks Celny, choć należy do Unii Europejskiej. Brak jest jednak umowy międzynarodowej regulującej status tej enklawy, m.in. w zakresie przynależności do obszaru celnego³⁸. Drugim modelem regulacyjnym jest zawarcie szczegółowej umowy pomiędzy zainteresowanymi państwami określającej istotne aspekty funkcjonowania enklawy. Takie rozwiązanie dotyczy Büsingen am Hochrhein.

³³ F. Götz, *Büsingen*, [w:] *Historisches Lexikon der Schweiz* <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D7037.php?topdf=1>.

³⁴ M. Filkorn, *ibidem*, s. 12.

³⁵ Übereinkunft zwischen dem Deutschen Reich und der Schweiz betreffend die Großherzoglich badische Gemeinde Büsingen. Na temat tej umowy por. R. E. Scherrer, *Der Zollanschluß der deutsche Enklave Büsingen an die Schweiz. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Gebietshoheit*, Zürich 1973, s. 55 i nast.

³⁶ R. E. Scherrer, *ibidem*, s. 66 i nast.

³⁷ W przypadku Lliwii istnieje bezpośrednia komunikacja autobusowa z Hiszpanią, stąd też dostarczane są woda i prąd – H. Auhagen, *ibidem*, s. 32.

³⁸ H. Auhagen, *ibidem*, s. 37.

D) Regulacje traktatu z 23 listopada 1964 r.

1. Wstęp

Po zakończeniu drugiej wojny światowej władze szwajcarskie podjęły działania zmierzające do uporządkowania i uproszczenia stosunków granicznych z Niemcami³⁹. W latach 1957–1964 trwały skomplikowane i długie rozmowy oraz wymiana pism odnoszące się nie tylko do statusu Büsingen, ale także innych terenów przygranicznych w tym ww. enklawy Verenhof. W ramach negocjacji powołano nie tylko grupę roboczą (*Arbeitsgruppe*) Büsingen, ale także liczne podkomisje (*Fachausschüsse*) zajmujące się takimi problemami, jak prawo do podjęcia pracy i działalności gospodarczej, opieka zdrowotna, policja, rolnictwo, sprawy celne i podatkowe oraz przepisy proceduralne⁴⁰. Negocjacje przybiegały bardzo powoli i często blisko było do ich zerwania⁴¹. Uzgodniony tekst przysłanego traktatu⁴² parafowany⁴³ został 15 grudnia 1962 r. w Lucernie. Ostatecznie wynegocjowany tekst obie strony podpisały 23 listopada 1964 r. we Freiburgu⁴⁴. W przedłożeniu do parlamentu szwajcarskiego z 23 września 1965 r.⁴⁵ tyczącym podpisanej umowy wskazano, iż podstawą rozwiązań traktatowych jest założenie, że gospodarka Büsingen w znacznie większym stopniu zintegrowana jest z gospodarką sąsiedniego szwajcarskiego kantonu Schaffhausen niż z gospodarką Niemiec. Determinuje to przyjęte rozwiązania, które nie ograniczają się do prostego umownego zatwierdzenia dokonanego jednostronnie przez Szwajcarię włączenia Büsingen do własnego obszaru celnego w 1947 r. Jak podkreślono, brak kontroli granicznych implikuje konieczność „co najmniej częściowego” stosowania przepisów szwajcarskich o podatkach, obrocie alkoholem, funkcjonowaniu rolnictwa⁴⁶. Wyraźnie zaakcentowano także, iż rozwiązania traktatowe stanowią „kodyfikację istniejącej praktyki”, przynoszą jednak mieszkańcom Büsingen korzyści w postaci zrównania ich w odniesieniu do pracy najemnej i działalności rolniczej z obywatelami Szwajcarii. Odpowiada to istniejącym od setek lat potrzebom ścisłej współpracy Büsingen ze Szwajcarią i stanowi gwarancję dla mieszkańców enklawy na przyszłość⁴⁷. W druku niemieckiego rządu

³⁹ *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem, s. 5.

⁴⁰ *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem, s. 24.

⁴¹ *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem, s. 25.

⁴² A także drugiego traktatu tyczącego uporządkowania stosunków granicznych, który objął wymianę łącznie 53 ha terenów – *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem s. 70.

⁴³ *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem s. 25.

⁴⁴ *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem s. 26.

⁴⁵ *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem s. 27.

⁴⁶ *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem, s. 43.

⁴⁷ *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem, s. 48.

federalnego skierowanym do Bundestagu⁴⁸ zawierającym uzasadnienie dla zawarcia umowy zaakcentowano, iż przyjęcie innych rozwiązań modelowych⁴⁹ po jednostronnym zniesieniu kordonu celnego przez Szwajcarię w 1947 roku, w postaci np. wprowadzenia niemieckich kontroli celnych, oznacza nieproporcjonalnie wysokie koszty i nakład pracy, a granica celna ze Szwajcarią wpłynęłaby negatywnie przede wszystkim na rolnictwo Büsingen, którego głównym odbiorcą jest szwajcarski kanton Schaffhausen⁵⁰. Zaletą jest także zrównanie statusu mieszkańców Büsingen pracujących w Szwajcarii z obywatelami Szwajcarii. Wskazano, iż okres 7 lat, który pochłonięły rokowania umowy, obrazuje zakres istniejących trudności i punktów spornych⁵¹. Traktat noszący niemiecką nazwę *Büsender Staatsvertrag*, ratyfikowany został w Szwajcarii przez obie izby Zgromadzenia parlamentarnego (*Bundesversammlung*), tj. przez Radę Narodu (*Ständerat*) w dniu 7 grudnia 1965 r., i przez Radę Kantonów (*Nationalrat*) w dniu 16 grudnia 1965 r. a następnie opublikowany⁵². Niemiecki Bundestag ratyfikował ustawę odnoszącą się do traktatu z 23 listopada 1964 r. w dniu 11 maja 1967 r., a Bundesrat 2 czerwca 1967 r.⁵³ Konsekwencją obu ratyfikacji było wejście traktatu w życie w dniu 4 października 1967 roku⁵⁴.

2. Przegląd unormowań

Traktat z 23 listopada 1964 r. składa się z 44 artykułów i został podzielony na pięć części. Jego elementami są także protokół końcowy (*Schlussprotokoll*) i załącznik do art. 19. Zgodnie z art. 44 ust. 3 umowa zawarta została początkowo na 12 lat, a po upływie tego okresu traktat jest uważany za zawarty na czas nieokreślony. Okres wypowiedzenia umowy wynosi 2 lata.

Najistotniejszym przepisem umowy jest jej artykuł pierwszy stanowiący, iż gmina Büsingen, niezależnie od swojej „politycznej przynależności do Republiki Federalnej Niemiec” (*politische Zugehörigkeit zur Bundesrepublik Deu-*

⁴⁸ *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem, s. 73 druk Bundestagu V 1032.

⁴⁹ Zakładały one zachowanie statusu enklawy. Dyskutowano także rozwiązania odmienne, jak stworzenie korytarza łączącego Büsingen z terytorium Badenii-Wirtembergii (*Büsender Korridor*), utworzenie nowego państwa Büsingen (tzw. *Freistaat Büsingen*), czy też cesji enklawy na rzecz Szwajcarii (por. R. E. Scherrer, ibidem, s. 110–116). Rozwiązania te miały liczne wady: korytarz – koszty i konieczność zmiany ukierunkowania gospodarki Büsingen na Niemcy, utworzenie państwa – brak zgody Szwajcarii – brak samodzielności „nowego państwa”, ale nie jego wielkość, gdyż terytorium Monako jest 5 razy mniejsze od Büsingen (s. 112, przypis 22), cesja – brak terytorium do wymiany.

⁵⁰ *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem s. 77.

⁵¹ *Das Büsinger Vertragswerk*, ibidem s. 78.

⁵² AS 1967, s. 1211.

⁵³ R. E. Scherrer, ibidem, s. 124–125.

⁵⁴ M. Schmidt, ibidem, s. 61.

tschland) zostaje włączona do szwajcarskiego obszaru celnego. Przepis ten otwiera rozdział pierwszy umowy noszący nazwę „włączenie do obszaru celnego i stosowanie prawa szwajcarskiego”. W piśmiennictwie podkreśla się, iż wszystkie dalsze uregulowania umowy stanowią jedynie następstwo uzgodnienia zawartego w art. 1⁵⁵. Akcentuje się, iż przyjęte rozwiązanie odpowiada interesom obu państw, zwalniając każde z nich z kosztów tworzenia kosztownej infrastruktury administracji celnej⁵⁶. Ponadto zapewnia umowną podstawę dla jednostronnego zniesienia kordonu celnego przez Szwajcarię w 1947 roku, wprowadza zasadę pełnego zastąpienia niemieckiego (obecnie także unijnego⁵⁷) prawa celnego przez prawo szwajcarskie⁵⁸ i likwiduje niejasności co do prawa właściwego stosowanego w wybranych aspektach obrotu prawnego w Büsingen⁵⁹. Art. 2 ust. 1 traktatu zawiera wykaz obowiązujących w Büsingen przepisów, przede wszystkim⁶⁰ prawa administracyjnego, w tym podatkowego. Strony nie zawarły w tym przepisie szczegółowego wykazu aktów prawnych⁶¹, a określiły 14 grup zagadnień, których przepisy te tyczą. Są to nie tylko regulacje odnoszące się do cel, ale także do prawa rolnego (tyczące np. hodowli zwierząt, produkcji mleka i produktów mlecznych, zwalczania epidemii chorób zwierzęcych czy produkcji paszy dla zwierząt), ochrony zdrowia (tyczące np. granicznej służby medycznej, aptekarstwa, środków odurzających itp.), kontroli technicznej produkcji zegarków, opodatkowania tytoniu, podatku nakładanego na piwo i inne napoje, kontroli obrotu metalami szlachetnymi). Art. 40 traktatu zawiera regulację dotyczącą obwieszczenia treści przepisów wymienionych w art. 2 ust. 1 traktatu, przewidując, iż właściwa jest tu publikacja w szwajcarskim organie promulgacyjnym, a publikacja taka jest uznana za wywołującą te same skutki, co publikacja w oparciu o przepisy prawa niemieckiego. W punkcie 6a protokołu końcowego do traktatu zawarto regulację, iż Szwajcaria udostępni Niemcom w chwili wejścia umowy w życie wykaz aktów prawnych, które będą stosowane w Büsingen. Na tej

⁵⁵ R. E. Scherrer, *ibidem*, s. 126.

⁵⁶ R. E. Scherrer, *ibidem*, s. 126.

⁵⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 z dnia 9 października 2013 r. ustanawiające unijny Kodeks celny, Dz. U. UE Nr L 269, 10.10.2013, s. 1 i nast. Artykuł 4 Kodeksu celnego stanowi: „1. Obszar celny Unii obejmuje następujące terytoria wraz z ich wodami terytorialnymi, wodami wewnętrznymi oraz przestrzenią powietrzną: (...) terytorium Republiki Federalnej Niemiec, z wyjątkiem wyspy Helgoland i terytorium Büsingen (Traktat z dnia 23 listopada 1964 r. między Republiką Federalną Niemiec a Konfederacją Szwajcarską)”.

⁵⁸ R. E. Scherrer, *ibidem*, s. 130.

⁵⁹ R. E. Scherrer, *ibidem*, s. 126.

⁶⁰ Por. jednak dalsze uwagi na temat prawa karnego.

⁶¹ W doktrynie wskazano, iż jest to rozwiązanie trafne ze względu na szybką dezaktualizację przepisów prawa administracyjnego, R. E. Scherrer, *ibidem*, s. 134.

samej podstawie strona szwajcarska zobowiązana jest informować o nowelizacjach tych przepisów. Nie sposób jednak nie zauważyć, iż sama właściwa informacja nie znosi deficytu demokratycznego odnoszącego się do przepisów wymienionych w art. 2, gdyż mieszkańcy Büsingen nie mają jakiegokolwiek wpływu na treść uchwalanych przepisów. W pkt 6b protokołu przyznano ponadto organom szwajcarskim prawo do decydowania, które ze szwajcarskich przepisów obowiązują w Büsingen.

Wykaz art. 2 ust. 1 traktatu nie ogranicza się jedynie do norm prawa administracyjnego⁶², w tym podatkowego⁶³, ale tyczy także prawa karnego, co jednoznacznie wynika z art. 14 ust. 1 traktatu, przewidującego odpowiedzialność karną według przepisów szwajcarskiego Kodeksu karnego za czyny odnoszące się do materii wymienionych w art. 2 ust. 1 umowy. Artykuł 15 zawiera obszerną regulację czynności odnoszących się do postępowania karnego realizowanych przez organy szwajcarskie w Büsingen. Najważniejszą regulacją z punktu widzenia katalogu konstytucyjnych praw i wolności jest ta określona w art. 15 ust. 1 lit. a przewidująca, iż zatrzymany w Büsingen przez szwajcarskie organy ścigania musi być doprowadzony do sądu w Schaffhausen najpóźniej dnia następnego po dniu zatrzymania. Sąd może zastosować tymczasowe aresztowanie lub zwolnić zatrzymanego. Na postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania przysługuje zażalenie do sądu wyższej instancji. O zastosowaniu tymczasowego aresztowania wobec obywatela Niemiec należy w ciągu 24 godzin zawiadomić właściwy urząd w Konstancji. Przepis ten zapewnia realizację standardów konstytucyjnych art. 104 Ustawy Zasadniczej RFN⁶⁴, budzi jednak wątpliwości w świetle zakazu ekstradycji własnych obywateli art. 16 ust. 2 UZ⁶⁵. Przeszu-

⁶² Trzeba także pamiętać, iż art. 2 ust. 4 przewiduje, co do zasady, właściwość organów szwajcarskich do realizacji zadań określonych w art. 2 ust. 1 traktatu.

⁶³ Warto zauważyć, iż jeszcze przed zawarciem umowy międzynarodowej podatek od wartości dodanej odprowadzany był w Szwajcarii, nie w Niemczech. Obecnie – por. art. 6 ust. 2 lit. b Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28.11.2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej.

Mieszkańcy Büsingen podlegają natomiast niemieckiemu podatkowi dochodowemu – por. H. Auhagen, *ibidem*, s. 39. Jedynym wyjątkiem w zakresie podatków bezpośrednich jest podatek od środków transportowych. Wprawdzie jest on odprowadzany w Niemczech; stosowana jest jednak jego obniżona taryfa, taka sama jak w sąsiednim Schaffhausen – H. Auhagen, *ibidem*, s. 40. Zgodnie z art. 23 umowy samochody i przyczepy mieszkańców Büsingen otrzymują specjalnie oznaczone tablice rejestracyjne. Jest to rejestracja „Büs”. Urząd właściwy w sprawach rejestracji samochodów informuje właściwy urząd celny w Schaffhausen o każdej rejestracji samochodu.

⁶⁴ R. E. Scherrer, *ibidem*, s. 149.

⁶⁵ Wprawdzie zatrzymanie następuje przez organy szwajcarskie, a nie niemieckie, to jednak budzi wątpliwości przekazanie obywatela Niemiec przez granicę.

kanie mieszkania, zgodnie z art. 15 ust. 1 lit. b umowy, może nastąpić jedynie na podstawie postanowienia sądu, a w przypadku niecierpiącym zwłoki także bez takiego postanowienia przez uprawniony organ. W każdym jednak razie do każdego przeszukania należy przybrać niemieckiego urzędnika.

Umowa przewiduje w art. 5 zwolnienie z cła pochodzących z obszaru Niemiec i wwożonych do Büsingen wybranych kategorii przedmiotów, takich jak przedmioty niezbędne niemieckim urządowi do realizacji ich zadań publicznych, literatura i formularze dla organów gminy, podręczniki dla niemieckich szkół. U podstaw tego rozwiązania leży założenie, że gmina Büsingen nie może znajdować się w gorszej sytuacji niż pozostałe gminy niemieckie, a taka sytuacja miałaby miejsce, gdyby musiała ona zapłacić cło od materiałów potrzebnych do wykonywania zadań publicznych⁶⁶.

Rozdział drugi umowy nosi tytuł „Przekroczenie granicy, regulacje dotyczące policji dla obcokrajowców, prawa pracy i działalności gospodarczej”. W piśmiennictwie akcentuje się, iż naturalnym następstwem przyłączenia do obszaru celnego jest także włączenie danego obszaru do obiegu gospodarczego⁶⁷ wynikające z włączenia tego obszaru w obieg gospodarczy drugiego państwa. Taka sytuacja dotyczy niewątpliwie integracji Büsingen z gospodarką Szwajcarii, a przede wszystkim z kantonem Schaffhausen. Temu celowi służą liczne akty prawne wydane w odniesieniu do materii określonych w art. 2 ust. 1 umowy.

Realizacja integracji enklawy z obszarem otaczającego je państwa nie jest także możliwa bez szczególnych ułatwień w zakresie podejmowania zatrudnienia, świadczenia usług i prowadzenia działalności gospodarczej. O ile kwestie te regulują dziś tzw. umowy sektorowe UE ze Szwajcarią⁶⁸, o tyle w latach 60. XX wieku niezbędne było dokonanie stosownych regulacji w omawianym traktacie. Art. 17 traktatu przewiduje ułatwienie w uzyskiwaniu pozwolenia na pracę dla obywateli niemieckich. Ułatwienie to obejmuje kanton Schaffhausen i część terenów kantonów Thurgau i Zurych. Obejmuje ono, zgodnie z art. 19 ust. 1 lit. a umowy, przede wszystkim osoby (z obywatelstwem niemieckim) zamieszkałe

⁶⁶ R. E. Scherrer, *ibidem*, s. 140. Por. także na temat umów dwustronnych UE-Szwajcaria dotyczących cel: Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Abgeschlossen in Brüssel am 22. Juli 1972, AS 1972 3115 ze zm.; Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmaßnahmen, Abgeschlossen am 25. Juni 2009, AS 2011 983.

⁶⁷ R. E. Scherrer, *ibidem*, s. 155.

⁶⁸ *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen*, red. Ch. Kaddous, M. Jametti-Greiner, Basel 2006.

w Büsingen 1 stycznia 1963 r. i następnie kontynuujące nieprzerwanie swój pobyt w tej miejscowości. Niemcy, którzy przybyli do Büsingen po 1 stycznia 1963 r., uzyskują powyższe prawo po upływie 10 lat nieprzerwanego pobytu (art. 19 ust. 1 lit. b umowy). Zwolnienie z okresu karencji nastąpi m.in. w przypadku zawarcia związku małżeńskiego z mieszkańcem Büsingen lub dziedziczenia nieruchomości lub przedsiębiorstwa. Na analogicznych zasadach ze zwolnienia z obowiązku uzyskania pozwolenia na pracę w Büsingen mogą skorzystać Szwajcarzy zamieszkali na ww. terenach – art. 19 ust. 2 umowy. Zgodnie z art. 20 ust. 1 lit. a umowy ww. obywatele Niemiec spełniający przesłanki art. 19 ust. 1 umowy mają roszczenie o wydanie stosownego pozwolenia na pracę zrównującego ich prawa z prawami obywateli szwajcarskich, w tym gwarantujące im prawo do korzystania z urzędów pracy. Analogiczne ułatwienia tyczą także osób prowadzących działalność gospodarczą – art. 22 umowy.

Trzecia część umowy nosi tytuł „Ściganie czynów z materii prawa niewymienionych w art. 2. Pomoc prawna”. Art. 24 ust. 1 umowy potwierdza kompetencję każdego z państw do ścigania przestępstw popełnionych na jego terytorium⁶⁹. Kolejne regulacje, mające na celu zwiększenie efektywności ścigania karnego, zawierają rozwiązania z tzw. międzynarodowego prawa karnego⁷⁰. Tytułem przykładu można przywołać art. 24 ust. 2 umowy, który przewiduje, iż do czynów mieszkańca Szwajcarii popełnionych w Büsingen, które mogą być ścigane zgodnie z obowiązującymi tam niemieckimi przepisami, stosuje się w razie ich ścigania w Szwajcarii przepisy karne szwajcarskie. Wydaje się, iż rozwiązanie takie wprowadza bardzo dużą dozę niejasności, gdyż znamiona czynu w prawie szwajcarskim i niemieckim mogą się, także w sytuacji ich tożsamości brzmienia, już na skutek rozbieżności w wykładni znacząco różnić. Art. 25 ust. 2 umowy przewiduje obowiązek przejęcia ścigania na wniosek drugiego państwa, wraz z wyjątkami od tego obowiązku. Instytucję tzw. *quasi – listu żelaznego*⁷¹ zapewniającego przywileje świadkowi lub biegłemu stawiającym się przed szwajcarskimi organami, polegające na braku możliwości aresztowania i innego ograniczenia wolności w związku z przestępstwem, skazaniem lub innymi przyczynami mającymi miejsce przed jego wyjazdem z terytorium Niemiec, zawiera art. 26 ust. 2 umowy. Ochronę tę traci świadek lub biegły po upływie trzech dni, jeżeli

⁶⁹ Jest to tzw. zasada terytorialna – por. A. Grześkowiak, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012, art. 5, nb. 1.

⁷⁰ Na temat tego pojęcia K. Wiak, *ibidem*, art. 109, nb. 1; por. także art. 3–7 szwajcarskiego Kodeksu karnego z 21 grudnia 1937 r., SR 311.0 i A. Donatsch, [w:] *StGB. Kommentar*, red. A. Donatsch, Zürich 2013, s. 35 i nast. oraz § 3–7 niemieckiego Kodeksu karnego StGB z 15 maja 1971 r., t. j. BGBl. 1987, I s. 945 ze zm.

⁷¹ Por. art. 589 polskiego k.p.k. i D. Drajewicz, *Quasi-list żelazny*, Prokuratura i Prawo 11/2013, s. 146 i nast.

nie opuści terytorium Szwajcarii, chociaż mógł to uczynić. Art. 27 umowy statuuje uproszczoną procedurę wydania Szwajcarii jej obywatela w przypadku jego zatrzymania w Büsingen z powodu podejrzenia popełnienia przestępstwa niemającego motywów politycznych. Art. 28 umowy statuuje zasadę *ne bis in idem*⁷² w odniesieniu do czynów wymienionych w art. 24 ust. 2 do 5 umowy, także np. w przypadku, gdy oskarżony został prawomocnie uniewinniony (art. 28 ust. 1 lit. b umowy). Istotnym ułatwieniem współpracy międzynarodowej w sprawach karnych jest obowiązek traktowania wniosków o pomoc prawną pochodzących od drugiego państwa, tak jak wewnętrznych wniosków o pomoc prawną (por. art. 30 umowy). Celowi temu służy także uproszczenie procedury doręczeń pomiędzy Büsingen i Szwajcarią (art. 36–37).

Czwarta część umowy nosząca tytuł „Szczególne prawa i obowiązki urzędów i ich pracowników” reguluje szczegółowe kwestie związane z wykonywaniem czynności na terytorium drugiego państwa, a także dalsze zagadnienia związane np. z zasadami odpowiedzialności odszkodowawczej za działanie organów państwa (art. 35 umowy). Art. 31 umowy zezwala urzędnikom szwajcarskim, wykonującym swoje obowiązki w Büsingen, na noszenie odzieży i wyposażenia służbowego (włącznie z bronią i amunicją). Niemieccy urzędnicy mający wykonywać swoje obowiązki w Büsingen mogą poruszać się na drogach dojazdowych z Niemiec do Büsingen, z wyposażeniem jak wyżej wymienione w grupach po maksymalnie 10 osób. Nie są oni na podstawie umowy⁷³ uprawnieni do dokonywania na terenie Szwajcarii czynności służbowych (art. 32 ust. 2 i 3 umowy).

Art. 32 ust. 7 umowy zawiera istotne ograniczenie ilości umundurowanych urzędników niemieckich przebywających jednorazowo w Büsingen. Może ich być nie więcej niż 3 na 100 mieszkańców.

Ostatnia, piąta część umowy nosi tytuł „Przepisy końcowe”. Art. 39 umowy zapewnia obu państwom zachowanie prawa do wydania zakazu wjazdu lub pobytu. Rozwiązanie to, z perspektywy art. 11 Ustawy Zasadniczej RFN⁷⁴,

⁷² Na temat zasady *ne bis in idem* por. np. H. Kuczyńska, Zasada *ne bis in idem* w polskim kodeksie karnym w aspekcie prawa międzynarodowego, Prokuratura i Prawo 2006, nr 3, s. 33 i nast.

⁷³ Por. jednak w odniesieniu do aktualnego stanu prawnego: H.-J. Cremer, *Der grenzüberschreitende Einsatz von Polizeibeamten nach dem deutsch-schweizerischen Polizeivertrag: ein Vorbild für die Kooperation der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf dem Gebiet der Verbrechensbekämpfung?*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2000, s. 103 i nast. http://www.zaoerv.de/60_2000/60_2000_1_a_103_150.pdf

⁷⁴ Przepis ten stanowi: „1) Wszyscy Niemcy korzystają ze swobody przemieszczania się na całym obszarze Federacji. (2) Prawo to może być ograniczone tylko przez ustawę lub na podstawie ustawy i tylko w przypadkach, gdy brak jest wystarczających

wyduje się być szczególnie problematyczne dla obywateli RFN, zwłaszcza mieszkańców Büsingen, którzy nie będą mogli w przypadku wydania takiego zakazu opuścić Büsingen lub wjechać do niego, w sposób inny niż drogą lotniczą⁷⁵.

W celu rozwiązywania aktualnych problemów prawnych w realizacji umowy w jej art. 41 uzgodniono powołanie Komisji Mieszanej złożonej z 5 niemieckich i 5 szwajcarskich członków. Prace tej komisji mają istotny wpływ na funkcjonowanie Büsingen. Tytułem przykładu można wskazać na uregulowanie przez Komisję prawa posługiwania się na terenie enklawy walutą szwajcarską, mimo iż marka niemiecka, a następnie euro pozostają ustawowym środkiem płatniczym⁷⁶. W praktyce frankiem szwajcarskim posługują się w Büsingen także urzędy niemieckie⁷⁷.

3. Dokonane i projektowane zmiany traktatu

Upływ czasu od zawarcia traktatu z 1964 roku i następujące zmiany sytuacji prawnej i faktycznej spowodowały potrzebę nowelizacji traktatu. Umowę nowelizującą traktat zawarto 19 marca 1997 r.⁷⁸ Składa się ona z pięciu artykułów i odnosi się nie tylko do samego dostosowania treści traktatu do zmian wprowadzonych przez ustawodawcę szwajcarskiego (zmiana modelu opodatkowania na podatek od wartości dodanej) – art. 2 traktatu, ale także wprowadza rozwiązania materialnoprawne – ułatwienia dla mieszkańców Büsingen, znosząc np. ograniczenia w wykonywaniu określonego zawodu regulowanego na terytorium Szwajcarii (art. 4). Kolejnym wyzwaniem dla regulacji statusu Büsingen było podpisanie 21 czerwca 1999 roku i wejście w życie 1 czerwca 2002 roku pierwszej grupy tzw. umów sektorowych, w tym umowy między Wspólnotą Europejską i Państwami Członkowskimi z jednej strony a Konfederacją Szwajcarską z drugiej strony w sprawie swobodnego przepływu osób⁷⁹. Już po podpisa-

podstaw egzystencji i z tego powodu dla ogółu powstałyby szczególne obciążenia albo gdy jest to konieczne dla odparcia niebezpieczeństwa grożącego istnieniu lub wolnościowemu, demokratycznemu ustrojowi Federacji lub któregoś z krajów związkowych, w celu zwalczania niebezpieczeństwa epidemii, klęsk żywiołowych lub szczególnie ciężkich wypadków, w celu ochrony młodzieży przed zaniedbaniem lub zapobieżenia czynom karalnym” – Konstytucja Niemiec. tłum. Bogusław Banaszak, Agnieszka Malicka. Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2008.

⁷⁵ Na temat znaczenia art. 11 Ustawy Zasadniczej dla Büsingen por. także G. Hett, *Der Exklaven-Report, Fluchtpunkt Jungholz-Klienwalsertal-Büsingen, Puchheim* 1985, s. 42 i W. Ziebarth, *ibidem*, s. 205 i nast.

⁷⁶ R. E. Scherrer, s. 95 i nast.

⁷⁷ R. E. Scherrer, s. 95 i nast.

⁷⁸ BGBl 1998 II, s. 1130.

⁷⁹ Dz.Urz. WE L 114, 30.04.2002, Dz.Urz. UE L 187, 26.7.2003 ze zm. Por. na temat tej umowy S. Benesch, *Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der*

niu umów pojawiły się pytania o ich wpływ na sytuację mieszkańców Büsingen. W odpowiedzi na te pytania Ministerstwo Gospodarki Badenii-Wirtembergii wskazało, że zawarte w załączniku II do umowy w sprawie swobodnego przepływu osób szczególne rozwiązania dotyczące prawa do świadczeń (w tym zasiłku dla bezrobotnych) dla mieszkańców Büsingen, znane już ze wcześniejszych umów dwustronnych Szwajcarii z RFN, wychodzą naprzeciw oczekiwaniom tej grupy osób⁸⁰. W ocenie Ministra Gospodarki brak jest potrzeby renegotjacji umowy z 1964 roku, a kwestie takie, jak możliwe zbliżenie sytuacji podatkowej w zakresie podatku od osób fizycznych z sytuacją mieszkańców sąsiedniego kantonu Schaffhausen czy też podwyższenie dodatku na dzieci do poziomu niemieckiego mogą zostać rozwiązane bez takiej renegotjacji.

E.) Dalsze regulacje umowne

W dniu 15 grudnia 2000 roku podpisana została, a 30 sierpnia 2001 r. weszła w życie umowa pomiędzy Republiką Federalną Niemiec i Szwajcarią o przekazywaniu części pobranego przez Szwajcarię podatku od wartości dodanej⁸¹. Celem tej umowy jest zwrot przez Szwajcarię gminie Büsingen części ponoszonych przez nią obciążeń w postaci przekazania części pobranego na terenie gminy szwajcarskiego podatku od wartości dodanej. Od wyliczonej w szczególności kwoty w ogólnym udziale pobranego w Büsingen podatku od wartości dodanej w stosunku do podatku pobranego w całej Szwajcarii przedstawionego w załączniku 1 do umowy, odliczono kwoty środków wspierających przekazywanych przez Szwajcarię gminie Büsingen lub jej mieszkańcom (np. dopłaty dla hodowców zwierząt hodowlanych, dopłaty do upraw, środki przeznaczone na wsparcie komunikacji publicznej itp. – załącznik 2). Pozostała kwota powinna wesprzeć budżet gminy Büsingen.

F.) Ocena regulacji statusu enklawy Büsingen am Hochrhein

Blisko 50-letni okres obowiązywania traktatu z 1964 roku daje podstawy dla ocen i podsumowań oraz pozwala wyciągnąć wnioski odnośnie do istniejących deficytów regulacyjnych. Zawarcie tak niezwykle kompleksowej umowy międzynarodowej regulującej precyzyjnie status niewielkiej enklawy należy ocenić ze wszech miar pozytywnie. Pozytywnie ocenić należy już samą decyzję o włączeniu Büsingen do szwajcarskiego obszaru celnego i „faktyczne włączenie

Europäischen Gemeinschaft, Tübingen, 2007.

⁸⁰ Druk Parlamentu Krajowego Badenii-Wirtembergii z 17 maja 2000 r., nr 12/5200.

⁸¹ BGBl. 2002 II, s. 1044.

do szwajcarskiego obszaru walutowego i gospodarczego”⁸², przy jednoczesnym niewątpliwym pozostawianiu tego terytorium w granicach RFN. Jest to rozwiązanie pragmatyczne, stanowiące odpowiedź na przebieg ukształtowania granicy i niewątpliwie znacznie bardziej uzasadnione niż utrzymywanie granicy celnej wokół Büsingen. Szczególne uwarunkowania geograficzne nakładają na mieszkańców Büsingen szereg ograniczeń⁸³, które nie w pełni mogą być usunięte w drodze rozwiązań prawnych, które zawsze noszą w sobie cechy pewnej standaryzacji. Tym niemniej nie sposób nie zauważyć, iż najbardziej krytykowane przez mieszkańców, wyższe od szwajcarskich, niemieckie obciążenia podatkowe w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych⁸⁴, przy jednoczesnym ponoszeniu wysokich kosztów utrzymania na poziomie szwajcarskim⁸⁵, zostały znacząco złagodzone jednostronną decyzją niemieckiego federalnego Ministra Finansów⁸⁶ wprowadzającego dodatkową kwotę wolną od podatku tzw. „Bü-singer Freibetrag”, wynoszącą od 1 stycznia 2015 r. 30% kwoty podlegającej opodatkowaniu, ale nie więcej niż 30% od kwoty 15.338,00 euro w przypadku osób stanu wolnego i od kwoty 30 675,00 euro od osób pozostających w związku małżeńskim, przy czym kwota ta ulega podwyższeniu o 7 670,00 Euro na każde dziecko. Wydaje się, iż takie rozwiązanie może zmniejszyć poziom migracji z Büsingen, które przed wprowadzeniem w RFN w 2005 roku opodatkowania emerytur⁸⁷ było atrakcyjnym miejscem zamieszkania dla wielu emerytów⁸⁸. Trzeba jednak zauważyć, iż omawiane rozwiązania zawierają także wymierne korzyści dla mieszkańców Büsingen, takie jak brak podatku od pojazdów samochodowych (*Kfz-Steuer*), czy też wprowadzenie dopłaty do szwajcarskiego dodatku na dziecko (*Kinderzulage*) do poziomu niemieckiego dodatku na dziecko (*Kindergeld*)⁸⁹. Rejestracja pojazdu samochodowego w Büsingen i uzyskanie

⁸² Tak też wyrażnie Minister Gospodarki rządu Badenii-Wirtembergii – por. druk Parlamentu Krajowego Badenii-Wirtembergii z 17 maja 2000 r., nr 12/5200, s. 2.

⁸³ Tak Minister Gospodarki rządu Badenii-Wirtembergii – por. druk Parlamentu Krajowego Badenii-Wirtembergii z 17 maja 2000 r., nr 12/5200, s. 2.

⁸⁴ Por. na ten temat np. wyrok Federalnego Trybunału Finansowego z dnia 13 kwietnia 1989 r., IV R 196/85, BStBl. 1989 II, s. 614.

⁸⁵ S. Beutel, J. Pentz/K. Schrein, *Bü-singen dront der Exodus*, Spiegel-online z 16 stycznia 2015 r., <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/buesingen-franken-freigabe-bedroht-deutsche-exklave-a-1013208-druck.html>

⁸⁶ Decyzja nr IV C 4 – S2284-78/01.

⁸⁷ Por. § 22 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych – Einkommensteuergesetz, Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), ostatnio zmieniony przez art. 7 ustawy z 31. lipca 2016 (BGBl. I S. 1914).

⁸⁸ M. Filkorn, *ibidem*, s. 18.

⁸⁹ Por. druk Parlamentu Krajowego Badenii-Wirtembergii z 17 maja 2000 r.,

rejestracji „Büs” umożliwia przedsiębiorcy niemieckiemu oferowanie usług przewozowych na terenie całej Szwajcarii⁹⁰. Wady wynikające wahań kursu euro do franka szwajcarskiego, mające wpływ przede wszystkim na sytuację finansową (nielicznych) mieszkańców (głównie urzędników) otrzymujących wynagrodzenie w walucie unijnej, są jedynie normalnym następstwem sił rynkowych i nie mogą być skutecznie zniwelowane.

G.) Status Büsingen am Hochrhein w świetle konstytucyjnej swobody przemieszczania się – art. 11 Ustawy Zasadniczej RFN

Zgodnie z art. 11 Ustawy Zasadniczej RFN: „(1) Wszyscy Niemcy korzystają ze swobody przemieszczania się na całym obszarze Federacji. (2) Prawo to może być ograniczone tylko przez ustawę lub na podstawie ustawy i tylko w przypadkach, gdy brak jest wystarczających podstaw egzystencji i z tego powodu dla ogółu powstałyby szczególne obciążenia albo gdy jest to konieczne dla odparcia niebezpieczeństwa grożącego istnieniu lub wolnościowemu, demokratycznemu ustrojowi Federacji lub któregoś z krajów związkowych, w celu zwalczania niebezpieczeństwa epidemii, klęsk żywiołowych lub szczególnie ciężkich wypadków, w celu ochrony młodzieży przed zaniedbaniem lub zapobieżenia czynom karalnym.”⁹¹ Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego swoboda przemieszczania się w rozumieniu art. 11 ust. 1 UZ obejmuje „prawo obrania miejsca pobytu i zamieszkania w każdym miejscu w RFN (niem. „*an jedem Orte innerhalb des Bundesgebiets Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen*”)”⁹². Swoboda ta obejmuje zarówno wjazd na terytorium RFN, jak i przemieszczanie się pomiędzy krajami związkowymi, gminami i w obrębie jednej gminy⁹³. Wprawdzie od dnia 12 grudnia 2008 r. w związku z przystąpieniem Szwajcarii do Strefy Schengen brak jest kontroli paszportowych na granicy Szwajcarii z RFN, to nie zmienia to kwestii związanych z legalnoś-

nr 12/5200, s. 6.

⁹⁰ U. Plankenhorn, *Ein Unikum am Hochrhein*, Wirtschaft im Südwesten 2014, nr 2, s. 9.

⁹¹ Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 r., tłumaczenie: B. Banaszak i A. Malicka, [w:] *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2011, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/niemcy2011.html> Przykładem regulacji ograniczającej swobodę przemieszczania się była np. ustawa o ograniczeniu swobody przemieszczania się dla terytorium wyspy Helgoland w czasie okresu odbudowy, BGBl. 1952, Nr 14, s. 197 przewidująca w § 1 zd. 1 obowiązek uzyskania zezwolenia na wjazd na wyspę i pobyt na niej przez okres 5 lat od wejścia w życie ustawy.

⁹² Postanowienie FTK z 6 czerwca 1989 r., sygn. akt 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137 i nast., pkt B 4a.

⁹³ Wyrok FTK z 17 marca 2004, sygn. akt 1 BvR 1266/00, BVerfGE 110, 177 i nast., pkt 32.

cią wyjazdu⁹⁴ z Büsingen i wjazdu do Büsingen z pozostałej części terytorium RFN, gdyż jak wskazano, droga łącząca te terytoria prowadzi przez terytorium Szwajcarii. Zgodnie z orzecznictwem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego swoboda wyjazdu z terytorium Niemiec za granicę nie jest chroniona przez art. 11 Ustawy Zasadniczej, a przez art. 2 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, którego ograniczenie nie wymaga spełnienia znacznie bardziej restrykcyjnych⁹⁵ wymogów art. 11 ust. 2 UZ⁹⁶. Ze względu jednak na jednoznaczne wskazanie w art. 11 ust. 1 UZ, iż swoboda przemieszczania obejmuje „całe terytorium” RFN w piśmiennictwie trafnie zaproponowano objęcie swobody wyjazdu z Büsingen do pozostałej części terytorium RFN i z powrotem przez art. 11 UZ⁹⁷. Wybór konstytucyjnej podstawy swobody przemieszczania się z Büsingen do pozostałej części terytorium RFN i z powrotem nie jest bez znaczenia. Przepisy prawa niemieckiego przewidują bowiem liczne przypadki, w których wyjazd z RFN, może zostać ograniczony, a jedynie w nielicznych przypadkach ograniczenie może obejmować swobodę przemieszczania się po terytorium Niemiec. W ramach postępowania karnego sytuacja taka zachodzi w przypadku stosowania § 116 ust. 1 nr 2 Ordynacji Karnoprocesowej (StPO)⁹⁸ dotyczącego zawieszenia wykonania środka zapobiegawczego – w postaci tymczasowego aresztowania przez nałożenie obowiązku nieopuszczania bez zgody sądu lub organu ścigania określonego miejsca zamieszkania lub pobytu⁹⁹. Szeroki katalog przesłanek zakazu opuszczania kraju skierowanych do obywateli Niemiec (połączonych z odmową wydania paszportu, prawem do jego odebrania) zawierają § 7–10 ustawy z

⁹⁴ Por. na temat wpływu przystąpienia państwa członkowskiego UE do strefy Schengen i możliwości stosowania po tej dacie środka zapobiegawczego zakazu opuszczania kraju – postanowienie SA w Katowicach z 2 kwietnia 2008 r., AKZ 238/08, OSA w Katowicach, Biuletyn 2008, nr 2 i M. Gajownik, *Zakaz opuszczania kraju po wejściu Polski do strefy Schengen*, Prokuratura i Prawo 2011, nr 1, s. 129; J. Kosonoga, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 31 marca 2009 r. A.E. przeciwko Polsce, skarga nr 14480/04*, Ius Novum 2012, nr 3, s. 188 i nast.

⁹⁵ Por. na ten temat np. M. Baldus, [w:] *Grundgesetz. Kommentar*, wyd. V, Epping, Ch. Hillgruber, München 2009, art. 11, nb. 15 i nast.

⁹⁶ Wyrok FTK z 16 stycznia 1957, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32; Podobnie także doktryna, por. np. H. Sodan, [w:] *Grundgesetz. Kommentar*, wyd. H. Sodan, München 2009, art. 11, nb. 2.

⁹⁷ W. Ziebarth, *Elfes und das „ewige Ärgernis“ Büsingen – Partielle Ausreisefreiheit aus Art. 11 GG*, StudZR 2013, nr 2, s. 205 i nast.

⁹⁸ Jest to instytucja o innej konstrukcji niż zakaz opuszczania kraju art. 277 polskiego k.p.k.

⁹⁹ W piśmiennictwie wskazuje się, iż z racji trudności w kontroli realizacji tego obowiązku, może on być stosowany jedynie wobec podejrzanych godnych zaufania (niem. „bei vertrauenswürdigen Beschuldigten”) – L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung. Kommentar*, München 2006, § 116, nb. 8.

19 kwietnia 1986 r. o paszportach¹⁰⁰ (*Passgesetz*)¹⁰¹. § 6 ust. 7 i § 6a ustawy z 18 czerwca 2009 r. o dowodach osobistych i elektronicznym dowodzie tożsamości (*Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis*)¹⁰² przewidują możliwość odmowy wydania paszportu lub prawo do jego odebrania w kazuistycznie wymienionych przypadkach nawiązujących do katalogu § 7 ustawy o paszportach.

Wydaje się jednak, iż w przypadku mieszkańca Büsingen stosowanie tych środków będzie nieproporcjonalne, co uzasadnia zastosowanie § 7 ust. 2 ustawy o paszportach i odstąpienie od zastosowania ograniczeń lub ograniczenie zakresu terytorialnego obowiązywania paszportu. Na marginesie warto wskazać, iż także art. 21 ust. 1 TfUE, gwarantujący obywatelom Unii prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich, ma zastosowanie do Büsingen. Nie tyczy ich obowiązek uzyskiwania pozwolenia na pobyt w Niemczech, co oznacza, iż zgodnie z art. 18 traktatu z 1964 roku nie muszą także uzyskiwać dodatkowego pozwolenia na pobyt w Büsingen wydawanego przez organy szwajcarskie. Trzeba także na marginesie wskazać na prawo pobytu (i zatrudnienia) obywateli UE (obecnie z wyłączeniem Chorwacji) na terytorium Szwajcarii, wynikające z art. 4 umowy między Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi z jednej strony a Konfederacją Szwajcarską z drugiej strony, z dnia 21 czerwca 1999 r. w sprawie swobodnego przepływu osób.

V. Wnioski i podsumowanie

W przypadku enklawy Büsingen rozwój stosunków umownych pomiędzy Unią Europejską a Szwajcarią w istotnym stopniu zmodyfikował rozwiązania traktatu, przyznając mieszkańcom enklawy szereg dodatkowych praw. Pomimo to umowa z 1964 roku stanowi podstawę regulacji skomplikowanych podstaw funkcjonowania enklawy włączonej do obszaru celnego drugiego kraju. Względy ekonomiczne wynikające z możliwości likwidacji tworzenia kosztownej administracji celnej i ochrony obszaru celnego uzasadniają włączenie Büsingen do obszaru celnego Szwajcarii. Obok zalet wynikających z możliwości zamieszkiwania

¹⁰⁰ W katalogu tym wymienione są nie tylko przypadki uchylania się od udziału w postępowaniu karnym, ale także np. brak realizacji obowiązków podatkowych lub wynikających z ustawy obowiązków alimentacyjnych. Nie wszystkie zatem przypadki z katalogu § 7 ustawy spełniają wymogi art. 11 ust. 2 UZ. Są one natomiast wystarczające do ograniczenia swobody określonej w art. 2 UZ.

¹⁰¹ BGBl. I 1986, s. 537 ze zm.

¹⁰² BGBl. I 2009, s. 1346 ze zm.

na terytorium własnego kraju, widoczne są także wady wynikające z coraz korzystniejszych, ale nadal mniej korzystnych niż w kantonie Schaffhausen rozwiązań fiskalnych. Praktyka pokazuje, iż deficyty regulacyjne odnoszą się przede wszystkim do braku zrównania stawek opodatkowania mieszkańców Büsingen podatkiem dochodowym od osób fizycznych z opodatkowaniem w sąsiednim kantonie Schaffhausen (mimo podobnych kosztów utrzymania) oraz brakiem kompleksowego rozwiązania kwestii ubezpieczenia zdrowotnego zapewniającego pełne prawo do świadczeń w obu krajach bez konieczności ponoszenia dodatkowych opłat¹⁰³. Mające oparcie w umowach dwustronnych Unii Europejskiej ze Szwajcarią rozwiązania dotyczące pracowników przygranicznych nie rozwiązują, w ocenie mieszkańców¹⁰⁴, tego problemu.

Wydaje się, iż enklawa w rodzaju Büsingen am Hochrhein może być obszarem testowym wielu rozwiązań z zakresu współpracy międzynarodowej graniczących ze sobą państw. Umowa ta, a zwłaszcza jej rozdział III dotyczący ścigania karnego i współpracy w sprawach karnych, zawiera katalog nowatorskich rozwiązań opartych na pełnym zaufaniu do organów drugiego państwa. Na szczególną uwagę i aprobatę zasługują także rozwiązania zawarte w art. 28 (zasada *ne bis in idem*).

O ile w przypadku innych enklaw największym problemem jest często zapewnienie prawa swobodnego tranzytu, o tyle w przypadku Büsingen kwestie te pomimo regulacji art. 39 umowy, wydają się nie budzić wątpliwości.

Do swobody przemieszczania się do enklawy Büsingen z pozostałego terytorium RFN w pełni znajduje zastosowanie art. 11 Ustawy Zasadniczej RFN. Ograniczenia tej swobody są możliwe jedynie w restrykcyjnych granicach art. 11 ust. 2 Ustawy Zasadniczej.

¹⁰³ Opłaty te (niem. *EU/EFTA-Prämien*) są przedmiotem powszechnej krytyki wśród mieszkańców gminy – por. C. Heer, *Büsingen – die Insel im kleinen Paradies*, Neue Zürcher Zeitung z 10 stycznia 2012 r., s. 12, por. także art. 1 ust. 2 lit. d der Verordnung über die Krankenversicherung, KVV z 27 czerwca 1995 r., SR 832.102.

¹⁰⁴ M. Filkorn, *ibidem*, s. 41 i nast., s. 58.

LEGAL STATUS OF THE BÜSINGEN AM HOCHRHEIN ENCLAVE

The paper provides an analysis of the legal status of the German enclave of Büsingen am Hochrhein lying in the territory of Switzerland. The study presents information relating to both the situation and history of the enclave, but primarily it examines the status of the enclave created as a result of the 1964 Treaty signed between the Federal Republic of Germany and the Swiss Confederacy on incorporating the town of Büsingen am Hochrhein into the Swiss customs territory. The enclave in question is an extremely interesting example of a territory which politically belongs to one country, but whose economic relations, including its customs territory, tie it with another country. Article 2 of the above mentioned Treaty includes a long list of matters – beyond the customs law itself – which are regulated in Büsingen am Hochrhein in accordance with the Swiss law – the same law which is applicable in the Schaffhausen canton (Article 2 paragraph 2 of the Treaty). These are numerous matters that have been precisely enumerated, including agricultural law, healthcare, civil defence, tax law, trade of non-ferrous and noble metals, and the production of watches. In addition, the Treaty comprises provisions concerning the applicability of Swiss law with respect to liability for selected criminal offences (Article 14, 24, and 25). The powers of law enforcement authorities and the judiciary have also been extensively regulated (Article 15). The comprehensive treaty-based regulation of Büsingen am Hochrhein shows that it is possible to enact a relevant law governing the status of an enclave, including even such sensitive matters as criminal law and criminal procedure.

LISTA RECENZENTÓW
ARTYKUŁÓW OPUBLIKOWANYCH
W „STUDIACH PRAWNICZYCH” W 2016 ROKU

Barbara Bajor
Andrzej Bierć
Mateusz Błachucki
Władysław Czapliński
Jolanta Jakubowska – Hara
Bogudar Kordasiewicz
Leszek Leszczyński
Ewa Łętowska
Mariusz Maciejewski
Celina Nowak
Zbigniew Ofiarski
Przemysław Saganek
Jan Skupiński
Tadeusz Smyczynski
Monika Szwarc
Monika Tarska
Elżbieta Tomkiewicz
Karolina Wierczyńska
Roman Wieruszewski
Tadeusz Wiśniewski
Helena Żakowska-Henzler

Informacje dla Autorów

1. Objętość tekstów nadsyłanych do kwartalnika „Studia Prawnicze” powinna wynosić od 20 000 do 80 000 znaków typograficznych (w tym przypisy).
2. Nadsyłane materiały powinny uwzględniać szczegółowe zalecenia edytorskie, stosowane przez „Studia Prawnicze”. Ułatwi i przyspieszy to prace redakcyjne.
3. Do artykułu należy dołączyć streszczenie oraz tytuł opracowania w języku angielskim (o objętości od 800 do 1200 znaków łącznie ze spacjami).
4. Tekst należy nadesłać w postaci zapisu elektronicznego w programie Word, jako załącznik w poczcie elektronicznej oraz komputerowy wydruk, podpisany własnoręcznie przez Autora (wydruk komputerowy należy nadesłać na adres: Kwartalnik „Studia Prawnicze”, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa, e-mail: inp@inp.pan.pl).
5. Przyjmowane będą jedynie materiały oryginalne, które nie były wcześniej nigdzie publikowane.
6. Do przesłanych materiałów należy osobno dołączyć dane o Autorze (w szczególności: afiliację, stopień lub tytuł naukowy, numer telefonu kontaktowego, adres poczty elektronicznej i adres domowy), a także oświadczenie, że przedłożony tekst został nadesłany wyłącznie do redakcji „Studiów Prawniczych”.
7. Tytuł opracowania należy ująć w formie najbardziej zwięzłej. Dopuszczalne są podtytuły.
8. Tabele, gdy są one rzeczywiście niezbędne, należy przysyłać również w formie elektronicznej.
9. W tekście stosowane są przypisy dolne z osobnymi zestawieniami bibliograficznymi.
10. W tekście nie należy stosować podkreśleń ani pogrubień. Wyróżnienie fragmentu tekstu jest wyjątkowo możliwe przez zwiększenie odstępów między znakami (tekst rozstrzelony). Zwroty obcojęzyczne (np. *prima facie*, *de lege lata*) należy wyróżnić kursywą, natomiast cytaty – zapisać w cudzysłowach. Cytat w cytacie zaznacza się cudzysłowem ostrokątnym (« ... »).
12. Redakcja nie zwraca Autorom nadesłanych materiałów.
13. Prosimy Autorów o niekierowanie do Redakcji propozycji nawiązania stałej współpracy. Nie jest to możliwe.
14. Wszystkie materiały podlegają opracowaniu redakcyjnemu. Autor otrzymuje tekst do korekty. W przypadku nieodesłania korekty autorskiej w terminie materiał jest kierowany do publikacji bez poprawek Autora.
15. Teksty, które nie spełniają podstawowych wymogów poprawności językowej, nie będą przyjmowane.
16. Wszelkie wykryte naruszenia prawa autorskiego lub zasad etyki i rzetelności naukowej będą demaskowane i dokumentowane.

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

1. Tekst nadesłany do „Studiów Prawniczych” powinien mieć następujące parametry: czcionka 12 pkt (Times New Roman); interlinia 1,5; wcięcie akapitowe 1,25 cm; wyrównanie do lewego i prawego marginesu. Należy wprowadzić numerację stron.
2. W tekście należy stosować przypisy dolne o następujących parametrach: czcionka 10 pkt (Times New Roman); interlinia 1,0; brak wcięcia akapitowego; wyrównanie do lewego i prawego marginesu.
3. Przypisy powinny być ponumerowane liczbami arabskimi. Stosuje się numerację ciągłą zaczynającą się od 1.

PROCEDURA RECENZYJNA

1. Wszystkie materiały wpływające do „Studiów Prawniczych” są poddawane ocenie wydawniczej dokonywanej przez członków Komitetu Redakcyjnego. W wyjątkowych przypadkach Redakcja może zwrócić się z prośbą o ocenę do osób spoza Komitetu.
2. Artykuły są recenzowane przez co najmniej dwóch członków Komitetu Redakcyjnego. Ocenie podlegają wszystkie aspekty warsztatu naukowego.
3. Okres oczekiwania na ocenę wynosi ok. 8 tygodni. Po tym terminie Autor jest proszony o kontakt telefoniczny lub mailowy z Redakcją.
4. Ocena może mieć postać: a) recenzji pozytywnej; b) recenzji pozytywnej pod warunkiem dokonania określonych zmian; c) recenzji odmownej.
5. Tożsamość Recenzentów poszczególnych materiałów nie jest ujawniana Autorom.

Cena 35,00 zł (VAT 5%)

INDEKS 376620