

ACTA ERASMIANA VII

Z badań nad prawem i administracją

Redaktor naczelny

Mirosław Sadowski

Zastępca Redaktora Naczelnego

Aleksandra Szychalska

Katarzyna Sadowa

Wrocław 2014

Z badań nad prawem
i administracją

Acta Erasmiana VII

Koło Naukowe Doktryn Politycznych i Prawnych
Katedra Doktryn Politycznych i Prawnych
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Z badań nad prawem i administracją

Redaktor naczelny

Mirosław Sadowski

Zastępca Redaktora Naczelnego

Aleksandra Spychalska

Katarzyna Sadowa

Wrocław 2014

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Acta Erasiana

Tom 7: *Z badań nad prawem i administracją*

Rada Naukowa:

Dr hab. prof. nadzw. UWŕ Mirosław Sadowski – Przewodniczący

Dr hab. prof. nadzw. UG Anna Machnikowska

Prof. dr hab. Jarosław Rominkiewicz, UWŕ

Dr hab. prof. nadzw. UŁ Tomasz Tulejski

Dr hab. prof. nadzw. UŁ Maciej Chmieliński

Dr hab. Małgorzata Łuszczzyńska, UMCS

Dr hab. Artur Łuszczzyński, UR

Zespół Stałych Recenzentów:

Dr hab. Artur Ławniczak

Dr hab. prof. nadzw. UWŕ Łukasz Machaj

Dr Radosław Antonów, UWŕ

Dr Paweł Sydor

Zespół Redakcyjny:

Mgr Agnieszka Kuriata

Mgr Barbara Jelonek

Mgr Andrzej Bryl

Mgr Magdalena Debita

Mgr Adam Kupczyk

Mgr Jakub Łakomy

Mgr Urszula Muszalska

Mgr Łukasz Piątkowski

Mgr Katarzyna Piątkowska

Mgr Małgorzata Samojedny

Mgr Patryk Stalski

Korekta:

Anastazja Dąbrowska

DTP i layout:

Aleksandra Snitsaruk

© Copyright by Katedra Doktryn Politycznych i Prawnych WPAiE UWŕ, Koło Naukowe Doktryn Politycznych i Prawnych Wydziału Prawa & Authors; Wrocław 2014

ISBN 978-83-933222-9-9

Spis treści

Wstęp	7
KATARZYNA PIĄTKOWSKA , Common law system – foundations for excluding evidence obtained illegally or unfairly and the relevant case law	9
ADAM PLICHTA , Prawne sposoby zapewnienia dostępu do nieruchomości na potrzeby inwestycji liniowych, a projekt ustawy o korytarzach przesyłowych	19
PAULINA ILNICKA , Realizacja praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej	39
AGNIESZKA ANTKOWIAK , Instytucja zamiany kary grzywny na pracę społecznie użyteczną	65
KORNELIA SZAREK , Czy wobec osoby niewinnej, przeciwko której istnieją poważne poszlaki, badanie poligraficzne może dać trafny wynik?	79
PIOTR SOROKA , „Zakaz stadionowy” w prawie polskim	97
ALEKSANDRA SPYCHALSKA , Wyłączenie odpowiedzialności sprawcy za zbrodnię ludobójstwa na gruncie prawa międzynarodowego	113
KATARZYNA SADOWA , Oddziaływanie <i>szariatu</i> na orzecznictwo europejskie i europejski porządek prawny na przykładzie Niemiec i Wielkiej Brytanii – zarys problematyki	125
AGNIESZKA KURIATA , Źródła prawa muzułmańskiego wobec stroju kobiety muzułmanki	143
BARBARA ANNA JELONEK , Mitologiczne początki małżeństwa w Japonii	167
BARTŁOMIEJ BERBEĆ , Lokaut w amerykańskim prawie sportowym na przykładzie zawodowej ligi koszykarskiej NBA	189
MICHAŁ MOŹDZIARA , Sytuacja prawna polskiej mniejszości narodowej w Republice Czeskiej	199

JOANNA SIEKIERA , Karta Polaka jako instrument pomocy Polonii w Europie Wschodniej	217
DAWID CHROMA , Geneza prawa do pracy w prawie międzynarodowym i krajowym	229
KAROLINA SWOBODA , Upadłość konsumencka	241
EWA CAŁUS , Rola prospektu informacyjnego przy zawieraniu umów z deweloperem	257
ALEKSANDRA GŁOWACKA , System prawa powszechnie obowiązującego a skuteczność czynności cywilnoprawnych dokonywanych przez osoby prawne Kościoła katolickiego	277
MIROŚLAW M. SADOWSKI , Pamięć w aspekcie psychologicznym, kulturowym i literackim	295
MAGDALENA RAK-ROZMYŚŁOWSKA , Poziom związania interpretacji wynikami wykładni językowej	319
JAN PIETRZAK , Program polityczny Związku Naprawy Rzeczypospolitej	339
ANDRZEJ LICHWA , Prokuratura Sądu Okręgowego w Kłodzku w latach 1945–1950	353
JULIA PICUR , Uwagi Jana Stapińskiego o galicyjskiej reformie prawa wyborczego	367
MAGDALENA DEBITA , „Badania naukowe z udziałem ludzi w biomedycynie. Standardy międzynarodowe” pod redakcją J. Różyńskiej i M. Waligóry, Warszawa 2012 – omówienie	377

Wstęp

Prezentujemy Państwu siódmy już tom serii wydawniczej *Acta Erasmianna* zatytułowany *Z Badań nad Prawem i Administracją*. Tom ma na celu przedstawienie osiągnięć młodych adeptów nauki związanych z wrocławskim ośrodkiem akademickim, przedstawiciele różnych dyscyplin naukowych. Publikacja zawiera dwadzieścia dwa artykuły różnorodnej tematyce oraz jedną recenzję.

Pracą otwierającą zbiór jest artykuł Katarzyny Piątkowskiej zatytułowany *Evidence in common law*. Kolejny tekst, autorstwa Adama Plichty porusza tematykę inwestycji liniowych, a dokładniej cywilnoprawnych i administracyjnoprawnych sposobów zapewniania dostępu do nieruchomości na potrzeby budowy sieci przesyłowych i dystrybucyjnych w odniesieniu do projektu ustawy o korytarzach przesyłowych. Dalej zapoznać możemy się z pracą Pauliny Ilnickiej, poświęconą realizacji praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej, a następnie z artykułem Agnieszki Antkowiak o instytucji zmiany kary grzywny na pracę społecznie użyteczną. W dalszej części tomu Kornelia Szarek próbuje udzielić odpowiedzi na pytanie *Czy wobec osoby niewinnej, przeciwko której istnieją poważne poszlaki, badanie poligraficzne może dać trafny wynik?*, natomiast Piotr Soroka porusza tematykę zakazu stadionowego. O wyłączeniu odpowiedzialności sprawcy za popełnienie zbrodni ludobójstwa pisze z kolei Aleksandra Spychalska, zaś Katarzyna Sadowa prezentuje problematykę oddziaływania reguł szariatu na orzecznictwo europejskie i europejski porządek prawny na przykładzie Niemiec i Wielkiej Brytanii. Kolejny artykuł, również dotyczący tematyki muzułmańskiej, to praca Agnieszki Kuriaty poświęcona źródłom prawa muzułmańskiego odnoszącym się do stroju kobiety – wyznawczyni islamu. Dalej, dzięki

Barbarze Jelonek, zapoznać możemy się z kwestią małżeństw w Japonii. Nieco inna tematyka poruszona została przez Bartłomieja Berbecia, który przedstawia *Lokaut w amerykańskim prawie sportowym na przykładzie zawodowej ligi koszykarskiej*. Kolejnymi artykułami w tomie są *Sytuacja prawna polskiej mniejszości narodowej w Republice Czeskiej* autorstwa Michała Moździara, *Karta Polaka jako instrument pomocy Polonii w Europie Wschodniej* Joanny Siekiery, *Geneza prawa do pracy w prawie międzynarodowym i krajowym* D. Chromy oraz *Upadłość konsumencka* której uwagę poświęca Karolina Swoboda. Dalej przeczytać możemy o roli prospektu informacyjnego przy zawieraniu umów z deweloperem w pracy Ewy Całus, a następnie o systemie praw powszechnie obowiązujących w odniesieniu do skuteczności czynności cywilnoprawnych dokonywanych przez osoby prawne Kościoła katolickiego, o którym pisze Aleksandra Głowacka. Kolejna praca, której autorem jest Mirosław M. Sadowski, poświęcona została pamięci w aspekcie psychologicznym, kulturowym i literackim. Następnie prezentujemy artykuł Magdaleny Rak-Rozmysłowskiej p.t. *Poziom związania interpretacji wynikami wykładni językowej*, pracę Jana Pietrzaka – *Program polityczny ZNR* oraz dzieje prokuratury Sądu Okręgowego w Kłodzku w latach 1945–1950, które przybliżył Andrzej Lichwa. Pracami zamykającymi tom siódmy są: artykuł Julii Picury zatytułowany *Uwagi Jana Stapińskiego o galicyjskiej reformie wyborczej* oraz recenzja książki *Badania naukowe z udziałem ludzi w biomedycynie. Standardy międzynarodowe autorstwa* – Magdaleny Debity.

Zarówno Redaktorzy jak i Autorzy wyrażają nadzieję, że prezentowana publikacja zyska uznanie Czytelników.

Mirosław Sadowski
Aleksandra Spychalska
Katarzyna Sadowa.

Common law system – foundations for excluding evidence obtained illegally or unfairly and the relevant case law

Keywords: improperly, unfairly, illegally obtained evidence, admissibility, common – law, case – law, fairness, discretion, Police and Criminal Evidence Act 1984

1. Introduction. An overriding objective of any trial. Difference between evidence and proof

The trial is a principal method for resolving legal disputes. An overriding purpose of any trial is to ascertain the truth. This happens in civil proceedings when the party legally entitled to a remedy succeeds, whereas in criminal proceedings, the justice means that the innocent is acquitted and the guilty is convicted.

The significant and major role of evidence in a trial is undeniable. Without a sufficient one, a case can get dismissed. That is exactly why it is important, what kind of evidence is presented during a trial, and also how.

2. What does it mean than an evidence has been obtained illegally or unfairly?

Evidence may be obtained illegally, for example by a breach of contract, tort, crime or in contravention of statutory or other provisions governing the duties and powers of the police or any others involved in the investigation¹.

Evidence may also be obtained unfairly or improperly, for example by bribes, a deception, trickery, inducements or threats.

3. Should an evidence obtained illegally or unfairly be excluded or not? Two extreme views.

A vast majority of commentary in the area of the law of evidence centres on the issue whether such an evidence, that had been obtained by improperly or unfairly practises, or illegally, should be admitted or not, and why. There has been two extremely different views presented.

One view is that an evidence which is relevant and necessary to enable the justice, should not be excluded, regardless of the means by which it was obtained. On this view, all those responsible for the impropriety or illegality could be variously sued, prosecuted or disciplined.

Admission of such evidence supports the overriding objective of a trial, whereas may encourage obtaining evidence improperly in absence of effective sanctions on those responsible for that. It also, in some way, undermines the moral legitimacy of a judgment.

The view at the other extreme would be that improperly, unfairly or illegally obtained evidence should always be excluded. This would support the moral legitimacy of a judgment, however undermine the overriding objective of a trial. This would also sometimes result in injustice, for example in the guilty going free.

¹ A. Keane, P. McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 9th edition, Oxford 2012, p. 54.

4. Different cases, different views?

The traditional English view – supported by a rarely exercised judicial discretion, a long-standing rule of law that relevant evidence (other than confessions), however obtained, is admissible – was laconically presented by Crompton J in *R v. Leatham*², when he said: ‘It matters not how you get it if you steal it even, it would be admissible in evidence’ and in *Jones v. Owen*³, where Mellor J remarked:

It would be a dangerous obstacle to the administration of justice if we were to hold, because evidence was obtained by illegal means, it could not be used against a party charged with an offence.

These views have persisted.

In *Kuruma, Son of Kaniu v. R*⁴ in which the Judicial Committee of the Privy Council held that if the evidence was relevant, it did not matter how it had been obtained. Lord Goddard C.J. said then, that if evidence was admissible ‘the court is not concerned with how the evidence was obtained’. However, he added:

No doubt in a criminal case the judge always has a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against the accused (...). If, for instance, some admission of some piece of evidence, e.g. a document, had been obtained from a defendant by a trick, no doubt the judge might properly rule it out.

The existence of the discretion to exclude improperly obtained evidence was repeated by the Divisional Court in *Jeffrey v. Black*⁵. Lord Widgery, the Lord Chief Justice then said:

(...) the justices sitting in this case, like any other criminal tribunal in England sitting under the English law, have a general discretion to decline to allow any evidence to be called by the prosecution if they think it would be unfair or oppressive to allow that to be done... It is a discretion which every

2 [1861] 8 Cox CC 498 at 501.

3 [1870] 34 JP 759.

4 [1955] A.C. 197.

5 [1978] 1 Q.B. 490.

criminal judge has all the time in respect of all the evidence which is tendered by the prosecution.

He added that the discretion is rather rarely exercised,

but if the case is exceptional, if the case is such that not only have the police officers entered without authority, but they have been guilty of trickery or they have misled someone, or they have been oppressive or they have been unfair, or in other respects they have behaved in a manner which is morally reprehensible, then it is open to the justices to apply their discretion and decline to allow the particular evidence to be let in as part of the trial.

However, in *R. v. Sang*⁶ House of Lords, in a very disappointing decision, drastically reduced the scope of this common law discretion. Lord Diplock pointed that there were dicta suggesting that the courts had a general discretion to exclude evidence, but in fact, there were no decisions that would support such dicta. The common law discretion was very narrow, not wide. The courts were concerned with how the evidence was used by the prosecution at the trial, not how it was obtained.

5. Any changes? Section 78 Police and Criminal Evidence Act 1984

The modern law of evidence in England represents a compromise between two, mentioned at the beginning, extreme views. In civil cases, the Civil Procedure Rules (CPR) introduced the discretion to exclude. In criminal cases, such provision is ensured both by the common law and statutory provisions.

A new statutory formulation in section 78 of the Police and Criminal Evidence Act (PACE) 1984 provides as follows:

In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.

⁶ [1980] A.C. 402; [1979] 2 All E.R. 1222.

The court ought to have a regard to the provisions set out in Article 6 of the European Convention of Human Rights⁷ – right to a fair trial.

Even though, the police has acted *mala fide*⁸ to obtain an evidence, the discretion should not be used to discipline it. Such actions should be a subject to another cases, as Lord Lane CJ said in *R v. Delaney*⁹: ‘It is no part of the duty of the court to rule a statement inadmissible simply in order to punish the police for failure to observe the Codes of Practise’.

The nature of the courts discretion was explained by Lord Lane C.J. in the case of *R v. Quinn*¹⁰:

The function of the judge is therefore to protect the fairness of the proceedings, and normally proceedings are fair if all relevant evidence [is heard] which either side wishes to place before [the court], but proceedings may become unfair if, for example, one side is allowed to adduce relevant evidence which, for one reason or another, the other side cannot properly challenge or meet... or where there has been an abuse of process, e.g. because evidence has been obtained in deliberate breach of procedures laid down in an official code of practice (...).

Auld J. in *Jelen*¹¹ explicated:

(..) the decision of a judge whether or not to exclude evidence under section 78 of the 1984 Act is made as a result of the exercise by him of a discretion based upon the particular circumstances of the case and upon his assessment of the adverse effect, if any, it would have on the fairness of the proceedings. The circumstances of each case are almost always different, and judges may well take different views in the proper exercise of their discretion even when the circumstances are similar. This is not an apt field for hard case law and well-founded distinctions between cases.

Since it was enacted, section 78 and its relation to common law, has caused many inaccuracies for the courts.

⁷ See at: European Convention of Human Rights, http://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf [access: 20.08.2014].

⁸ From Latin: in bad faith.

⁹ [1988] 88 Cr App R 338 at 341, CA.

¹⁰ [1990] Crim L.R. 581.

¹¹ [1989] 90 Cr.App.R. 456, pp. 464–5; *Samuel* [1988] Q.B. 615, CA.

In Mason¹², Watkins L.J. said: ‘it does no more than to restate the power which judges had at common law before the 1984 Act was passed’. After that, in *Matto v. Wolverhampton Crown Court*¹³, Woolf L.J. added:

whatever is the right interpretation of s. 78, I am quite satisfied that it certainly does not reduce the discretion of the court to exclude unfair evidence which existed at common law. Indeed, in my view in any case where the evidence could properly be excluded at common law, it can certainly be excluded under s. 78.

What was still unclear was whether the courts would apply the new statutory formulation in section 78 more often than at common law and if so, whether they would be more willing to exclude evidence than before. The answer came surprisingly quickly, since the courts realized that section 78 refers to a very wide scope of evidences obtained improperly. It allows its application in a variety of situations that could not be anticipated. There is no definitive case law defining or explaining its scope.

It can be any evidence on which the prosecution proposes to rely, such as: confessions, breaches of Police and Criminal Evidence (PACE) codes, alibi notices, identification evidence, real evidence, hearsay or those obtained by an illegal search. Thus, section 78 has been applicable to a broad extent.

In one of the first cases under the Act, *R v. Mason*¹⁴, there was a clear example of bad faith of police. M. was arrested on suspicion of committing the offence of arson. The police had no direct evidence, nevertheless they told M., and his solicitor that they had his fingerprints linking him with the crime. M. confessed in the face of this allegation and the judge allowed the evidence of the confession to be convicted. M appealed. The Court of Appeal held that deceit practised on M and his solicitor was reprehensible. It also affected M’s chance of getting a fair trial. The conviction based on this confession had to be invalidated, since it was the only prosecution evidence.

In *Matto v. DPP*¹⁵, M., who was in his car, was followed home by police officers who suspected that he had been drinking. The officers per-

12 [1988] 1 W.L.R. 13.

13 [1987] R.T.R. 337, at 346.

14 [1987] 3 All ER 481.

15 [1987] Crim LR 641.

suaded the defendant to undergo a breath, which proved positive. The second breath test was retaken at the police station. He was charged with and convicted of driving with excess alcohol. Later appealed.

The conviction was quashed because of the bad faith of the officers in carrying out the test when they were aware at the time of the first breath test that they were acting beyond their powers. The unfairness of the procedures at M's house meant that the evidence obtained thereafter should have been excluded.

Not every breach of rules or trick, however, will be regarded as justifying exclusion.

In *R v. Alladice*¹⁶, the defendant had been convicted of robbery. He made a confession after being refused access to a solicitor and later appealed.

The Court of Appeal accepted that there had been a breach of section 58 – access to legal advice. Nevertheless held that the confession was admissible, as there was no reason to suppose that if the access had been granted, the confession would not have occurred.

In *R v. Christou*¹⁷ police undercover officers set up a shop called Stardust Jewellers where they purported to buy and sell jewellery. The defendant was recorded dealing with stolen goods and making incriminating statements as all transaction were secretly recorded on the video by the police.

It was held by the Court of Appeal that the evidence was admissible, because there was no unfairness in the police actions, and had not acted as agents provocateurs.

In *R v. Khan*¹⁸, it was argued that the placing of the equipment on the premises amounted to trespass by the police. The court, however, allowed the evidence to be admitted and the defendant was convicted. The House of Lords concluded 'as a matter of English law, evidence which is obtained improperly or even unlawfully remains admissible'.

Most cases where there has been exclusion of evidence, as Michael Zander rightly noticed¹⁹, have involved breaches of the Act or the Codes by the police. This would be a failure to comply with the rules regarding access to solicitors or the rules for keeping proper records of interviews with suspects.

¹⁶ [1988] Crim LR 608.

¹⁷ [1992] 3 WLR 228.

¹⁸ [1994] 4 All ER 426.

¹⁹ M. Zander, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, 5th edition, London 2000.

6. Section 78's defects

Section 78 has been criticized for its inherent defects from the very beginning. Ormerod and Birch pointed in their article²⁰:

(...) s. 78 [Police and Criminal Evidence Act 1984] lacks definition and any clear theoretical foundation. It is more obvious what it is not (...) the purpose it is designed to serve is, perhaps deliberately, obscure.

One of the dangers is that it remains possible for the discretion to be exercised on the basis, which in fact does not reflect to the trial fairness, such as protecting the accused or disciplining the police.

Section 78 covers few misleading phrases. It is ambiguous as to the meaning of 'fairness'. This term can be used in other contexts, for example in art. 6 of the European Convention on Human Rights. In this context, section 78 seems way too flexible.

As far as the 'fairness of the proceedings' is concerned, the question is whether the judge should consider only the interests of the defendant, or prosecution's as well. The problem is, to which parties the fairness must relate. Lord Steyn explained:

The purpose of the criminal law is to permit everyone to go about their daily lives without fear of harm to person or property. And it is in the interests of everyone that serious crime should be effectively investigated and prosecuted. There must be fairness to all sides. In a criminal case this requires the court to consider a triangulation of interests. It involves taking into account the position of the accused, the victim and his or her family, and the public²¹.

It seems that, when considering the issue of fairness, the court must strike a balance between what is fair to the prosecution and what is fair to the defence.

Some phrases in section 78 remain undefined, the discretion is too flexible and too open, as to fulfil its role, it is important that its purpose

20 D. Ormerod, D. Birch, *The Evolution of the Discretionary Exclusion of Evidence*, "Criminal Law Review" 2004, access via City Hub at <http://city.lawbore.net/> [access: 20.08.2014].

21 [1980] A.C. 402, at 452. *Attorney General's Reference No.3 of 1999* [2001] 2 A.C. 91, 118.

is clear, both in terms and conditions and circumstances, on which it can be applicable.

7. Conclusion

The rules regarding the use of illegally, improperly or unfairly obtained evidence are not uniformly applied. In some instances the court will exclude such evidence, whereas in other cases the evidence will be admitted. Beyond all doubts, under section 78 of Police and Criminal Evidence Act, evidence that has been illegally, improperly or unfairly obtained, can still be submitted to the court. It must be proven to be reliable and, of course, relevant.

The most famous and most frequently cited, as above-mentioned, provision of Police and Criminal Evidence Act, has few misleading phrases and defects. This could be remedied by adopting a more structured format, as it seems safe to predict that in the criminal trial over the next 50 years, discretions may have even a bigger significance. Undeniably, English law needs a satisfactory process for the development of the law of evidence, one of the most important aspects of the criminal justice system.

Bibliography

Cases

Jeffrey v. Black
Jelen
Jones v. Owen
Kuruma, Son of Kaniu v. R
Matto v. DPP
Matto v. Wolverhampton Crown Court
R v. Alladice
R v. Christou
R v. Delaney
R v. Khan
R v. Leatham

R v. Mason
R v. Quinn
R. v. Sang

Secondary sources:

- A. Keane, P. McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 9th edition, Oxford 2012
C. Tapper, Cross and Tapper on Evidence, 12th edition, Oxford 2010.
European Convention of Human Rights, http://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf [access: 20.08.2014].
M. Zander, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, 5th edition, London 2000
D. Ormerod, D. Birch, *The Evolution of the Discretionary Exclusion of Evidence*, "Criminal Law Review" 2004, access via City Hub at <http://city.lawbore.net/>.

ABSTRACT

KATARZYNA PIĄTKOWSKA

Common law system – foundations for excluding evidence obtained illegally or unfairly and the relevant case law

A vast majority of commentary in the area of the law of evidence centres on the issue whether an evidence obtained by improperly or unfairly practises, or illegally, should be admitted or not, and why. There has been two extremely different views presented. This article focuses on the problem of admissibility of such evidence supported by the case – law of England.

Prawne sposoby zapewnienia dostępu do nieruchomości na potrzeby inwestycji liniowych, a projekt ustawy o korytarzach przesyłowych

Słowa kluczowe: ułatwienie przesyłania, projekt ustawy o korytarzach przesyłowych, inwestycje liniowe, ustawą o gospodarce nieruchomościami

1. Kontekst

Specyfika inwestycji liniowych wymaga nadzwyczajnej staranności i przyczynowości głównych „aktorów” tej swoistej gry. Oto bowiem cele rangi europejskiej i krajowej muszą znaleźć punkt równowagi w bardzo dynamicznej relacji z partykularnymi celami, roszczeniami i nierzadko zwykłymi obawami obywateli. Skala stojących wyzwań i poważne konsekwencje dla rozwoju gospodarki całego kraju nawet nieznacznych przeszkód, skutkują koniecznością stworzenia właściwego środowiska dialogu między wszystkimi zainteresowanymi. Zadanie to w znacznej mierze ciąży na państwie, bowiem granicę wszelkich działań powinna wyznaczać zasada praworządności i demokratycznego państwa prawnego. W tym kontekście język dialogu „aktorów” winien *de lege lata* być zdolny do satysfakcjonującej optymalizacji procesów zachodzących w związku z inwestycjami liniowymi. Skoro zatem język ten – czyli prawo powszechnie obowiązujące – jest niewystarczający, to państwo powinno deficyt ten właściwie uzupełnić.

Niewątpliwie bowiem dalece niewystarczające jest wyznaczanie ambitnych celów bez jednoczesnej propozycji skutecznych narzędzi prawnych do ich osiągnięcia. Nie można przy tym zapominać, że zgodnie z ustawą o gospodarce nieruchomościami¹, budowa i utrzymywanie ciągów drenażowych, przewodów i urządzeń służących do przesyłania płynów, pary, gazów i energii elektrycznej, a także innych obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urządzeń, jest uznane jako cel publiczny i jako taki winien być traktowany priorytetowo.

Inwestycje liniowe przebiegają nierzadko przez setki kilometrów, a to oznacza wielość gmin, powiatów, także i województw, o różniących się uwarunkowaniach planistycznych, własnościowych (grunty prywatne, samorządowe, Skarbu Państwa, o nieuregulowanym stanie prawnym), środowiskowych (grunty rolne, leśne, obszary Natura 2000, parki narodowe, tereny o walorach historycznych, itp.) i geograficznych (grunty zurbanizowane, zagrożone powodzią, itp.). Brak ważnych miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego na chociażby części obszaru lokalizacji inwestycji jeszcze bardziej komplikuje fazę przygotowawczą. Znamienne jest przy tym, że administracja rządowa trudności formalno-prawne, przed którymi stają inwestorzy, upatruje w nieskutecznym działaniu samorządów². Z pewnym uproszczeniem można powiedzieć, że główne wyzwania (zwane przez niektórych „barierami”) inwestorom liniowym stawiają przepisy ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym³, prawo budowlane⁴, prawo ochrony środowiska⁵, a także ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko⁶.

Niemniej jednak obowiązujący stan prawny zdaje się być daleko niesatysfakcjonujący dla bez mała wszystkich stron inwestycji liniowych. W szczególności operatorzy sieci przesyłowych i dystrybucyjnych

-
- 1 Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. Z 2010 r. nr 102, poz. 651, z późn. zm.) – dalej „UGN”.
 - 2 Por. odpowiedź Sekretarza Stanu w Ministerstwie Gospodarki z dnia 17 maja 2013 roku na interpelację nr 17019 w sprawie projektu ustawy o korytarzach przesyłowych.
 - 3 Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. Nr 80, poz. 717).
 - 4 Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. Nr 89, poz. 414).
 - 5 Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. Nr 62, poz. 627).
 - 6 Ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. Nr 199, poz. 1227).

podkreślają przewlekłość procesu inwestycyjnego, przy czym obserwuje się tendencję skracania fazy wykonawczej (z racji rozwoju wiedzy technicznej, doskonalenia *know-how*) kosztem wydłużającej się fazy przygotowawczej inwestycji liniowej. Jednym z donioślejszych zagadnień tej ostatniej jest uzyskanie tytułu prawnego niezbędnego dla dostępu do nieruchomości na potrzeby umiejscowienia urządzeń przesyłowych bądź dystrybucyjnych. Szacunkową metrykę takiej inwestycji przedstawią rys. 1.

Inwestycja liniowa – budowa 80 km odcinka linii elektroenergetycznej

- czas kompleksowej realizacji: 7–15 lat
- stosunek etapu pozyskiwania tytułów prawnych zapewnienie dostępu do nieruchomości do etapu realizacji inwestycji (budowy urządzeń): 5:1
- udział wydatków na ustanowienie służebności przesyłu w całkowitych kosztach inwestycji liniowej: 25–50%

Rys. 1. Opracowano na podstawie: A. Ślankowska, *Realizacja elektroenergetycznych inwestycji liniowych – wyzwania i bariery inwestycyjne*, „Elektroenergetyka. Współczesność i Rozwój” 2009, nr 1

Wyzwania

Rozwój gospodarczy, wzgląd na bezpieczeństwo energetyczne Unii Europejskiej i Polski, a także zasada zrównoważonego rozwoju, skutkują koniecznością zwiększania nakładów na inwestycje liniowe. Zasadniczymi uwarunkowaniami rozbudowy sieci przesyłowej i dystrybucyjnej są m.in. estymowany wzrost zapotrzebowania na moc i energię elektryczną, w szczególności w zakresie niezbędnej poprawy pewności zasilania sieci dystrybucyjnych, a także planowany rozwój połączeń transgranicznych⁷. Znaczenie tych ostatnich wzrosło w związku z unijnymi Rozporządzeniami z 2013 r.⁸, przewidującymi

7 Por. H. Majchrzak, T. Tarwacki, G. Tomasik, J. Węgliński, *Nowe wyzwania w planowaniu rozwoju sieci przesyłowej*, „Elektroenergetyka. Współczesność i Rozwój” 2012, nr 1–2 (11–12).

8 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 347/2013 r. z dnia 17 kwietnia 2013 r. w sprawie wytycznych dotyczących transeuropejskiej infrastruktury energetycznej, uchylające decyzję nr 1364/2006/WE oraz zmieniające rozporządzenia (WE) nr 713/2009, (WE) nr 714/2009 i (WE) nr 715/2009; Rozporządzenie

m.in. priorytetowe znaczenie elektroenergetycznych⁹ i gazowych¹⁰ transgranicznych połączeń międzysystemowych z polską infrastrukturą energetyczną. Z kolei aktualna „Polityka energetyczna Polski do 2030 roku”¹¹ w rozdziale 3.1.2. wskazuje na szereg celów w obszarze inwestycji liniowych, m.in. rozbudowę i modernizację Krajowego Systemu Przesyłowego, sieci dystrybucyjnych i połączeń transgranicznych.

Implementujący powyższe cele „Plan rozwoju sieci przesyłowej”¹² przewiduje na najbliższe lata istotne inwestycje, w świetle których zagadnienie prawnych metod zapewnienia dostępu do nieruchomości na potrzeby budowy linii przesyłowych i dystrybucyjnych będzie wciąż zyskiwało na praktycznym znaczeniu. Najważniejsze założenia PRSP w odniesieniu do tego zagadnienia przedstawiono na rys. 2.

Inwestycje liniowe do roku 2025 w świetle PRSP

- suma nakładów inwestycyjnych na rozbudowę sieci przesyłowej do roku 2025: 23 000 000 000,00 PLN, w tym ok. 8 200 000 000,00 PLN do roku 2016
- 4600 km nowych linii przesyłowych 400 kV
- modernizacja linii 400 kV i 220 kV na długości ok. 2500 km
- 17 nowych obiektów stacyjnych
- modernizacja 21 istniejących stacji i rozdzielni
- nowe połączenia transgraniczne z systemem litewskim i niemieckim

Rys. 2. Opracowanie własne

W świetle wskazywanych wyżej danych o przeciętnym czasie kompleksowej realizacji inwestycji liniowej, jednym z bardziej istotnych czynników

Delegowane Komisji (UE) nr 1391/2013 r. z dnia 14 października 2013 r. zmieniające rozporządzenie nr 347/2013 w sprawie wytycznych dotyczących transeuropejskiej infrastruktury energetycznej w odniesieniu do unijnej listy projektów będących przedmiotem wspólnego zainteresowania.

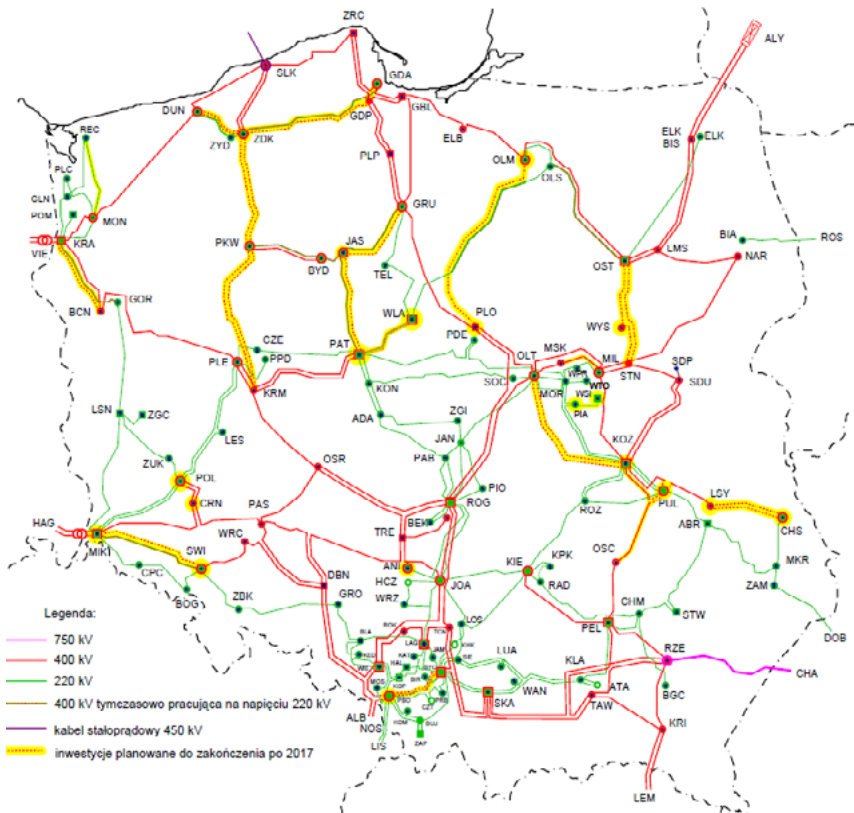
⁹ Poz. 3.14, 3.15, 4.5 rozporządzenia nr 347/2013.

¹⁰ Poz. 6.1, 6.2, 8.3, 8.5 rozporządzenia nr 347/2013.

¹¹ Załącznik do uchwały nr 202/2009 Rady Ministrów z dnia 10 listopada 2009 r.

¹² Pełna nazwa: *Plan Rozwoju w zakresie zaspokojenia obecnego i przyszłego zapotrzebowania na energię elektryczną na lata 2010–2025. Aktualizacja w zakresie lat 2013–2017. Wyciąg*, przygotowany przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna; dalej „PRSP”.

optymalizacyjnych tego procesu jest skrócenie czasu niezbędnego do uzyskania tytułu prawnego na potrzeby dostępu do nieruchomości, jak również kompleksowe uregulowanie statusu prawnego infrastruktury liniowej. Wniosek taki wynika również z PRSP, w którym jednoznacznie podkreślono, że „podstawowym warunkiem skutecznego wykonania zamierzeń inwestycyjnych ujętych w Planie Rozwoju Sieci Przesyłowej jest usunięcie przez organy stanowiące bariery prawnych i stworzenie zgodnie z wymaganiami UE sprzyjających warunków dla realizacji inwestycji sieciowych”¹³. Na rys. 3. przedstawiono przewidywany schemat sieci przesyłowej na koniec 2017 roku z wyróżnionymi inwestycjami w realizacji.



Rys. 3. Źródło: KRSP

¹³ Zob. PRSP, s. 61.

3. Stan obecny

Obowiązujące przepisy w przedmiocie dostępu do nieruchomości na potrzeby nowych sieci przesyłowych i dystrybucyjnych mają proveniencję cywilistyczną bądź administracyjną, choć nie można zapominać o tendencji zacierania wyraźnych granic między prawem prywatnym a publicznym, co, jak będzie mowa poniżej, nie wszyscy dostrzegają.

Zasadniczo należy wskazać, że inwestor liniowy może uzyskać prawo dysponowania nieruchomością na cele budowlane w trybie cywilnoprawnym poprzez zawarcie stosownej umowy przenoszącej prawo (sprzedaży, zamiany, darowizny), bądź poprzez obciążenie prawnorzeczowe bądź obligacyjne (np. użytkowanie, dzierżawa, użyczenie, służebność gruntowa). Inwestycje liniowe wymagają jednak szczególnych środków, a tym jest z pewnością służebność przesyłu, wprowadzona do porządku prawnego z dniem 3 sierpnia 2008 r. Biorąc pod uwagę sposób określenia uprawnionego, służebność ta jest trzecią, odrębną formą służebności. Do jej istoty należy obciążenie nieruchomości na rzecz przedsiębiorcy, zamierzającego wybudować urządzenie wskazane w art. 49 § 1 k.c., lub będącego właścicielem istniejących urządzeń. Konsekwencją (a zatem treścią) ustanowienia służebności przesyłu jest uprawnienie przedsiębiorcy do korzystania z nieruchomości obciążonej w oznaczonym zakresie, zgodnie z przeznaczeniem urządzeń służących do doprowadzania lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej lub innych urządzeń podobnych. Słusznie przy tym wskazuje się, że przy określaniu statusu prawnego infrastruktury przesyłowej i dystrybucyjnej nie można poślugiwać się jedynie wąskim, prawnoenergetycznym ujęciem (jako należących do operatora systemu przesyłowego lub operatorów sieci dystrybucyjnej urządzeń, służących do przesyłu energii elektrycznej lub gazu)¹⁴. Zakres art. 49 § 1 k.c. jest znacznie szerszy, choć być może nie aż tak szeroki, jak definicja „infrastruktury energetycznej” wskazanego rozporządzenia nr 347/2013¹⁵. Komentatorzy podkreślają, że służebność przesyłu

¹⁴ Por. A. Szalc, *Służebność przesyłu i roszczenia dotyczące i roszczenia dotyczące infrastruktury przesyłowej*, „Elektroenergetyka” 2012, nr 3–4(13–14).

¹⁵ Art. 2 pkt 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 347/2013: „infrastruktura energetyczna oznacza wszelkie materialne urządzenia lub obiekty należące do kategorii infrastruktury energetycznej, które znajdują się na terytorium Unii lub łączą Unię z jednym państwem trzecim lub większą ich liczbą”.

nie jest służebnością gruntową, gdyż uprawniony z tytułu służebności przesyłu nie jest identyfikowany jako podmiot innego prawa rzeczowego. Służebność przesyłu nie jest też odmianą służebności osobistej. Uprawniony z tytułu służebności przesyłu nie musi być bowiem oznaczonym podmiotem prawa cywilnego¹⁶.

Niektórzy posługują się określeniem „służebność gruntowa przesyłu”¹⁷, jednakże należy uznać takie stanowisko za błędne¹⁸. Kluczowe zagadnienia związane z kodeksowo ujętą służebnością przesyłu znajdują się na rys. 4.

Służebność przesyłu na gruncie Kodeksu cywilnego		
<ul style="list-style-type: none"> ■ można obciążyć nieruchomości: gruntowe, budynkowe, lokalowe ■ nie jest możliwe ustanowienie jako prawa łącznego, obciążającego jednocześnie więcej, niż jedną nieruchomość ■ nie może być ustanowiona przez użytkownika wieczystego; podmiotem uprawnionym nie może być również bezpośrednio użytkownik wieczysty 		
Sposób powstania		
<ul style="list-style-type: none"> ■ umownie – 305¹ k.c. ■ za wynagrodzeniem (jednorazowym bądź okresowym), bądź nieodpłatnie ■ na czas oznaczony, bądź nieoznaczony 	<ul style="list-style-type: none"> ■ konstytutywne orzeczenie sądu rozstrzygające o realizacji roszczenia jednego z uprawnień – 305² k.c. ■ za wynagrodzeniem ■ <i>per analogiam</i> stosuje się przepisy o służebności drogi koniecznej 	<ul style="list-style-type: none"> ■ zasiedzenie ■ odpowiednie stosowanie przepisów o służebności gruntowej ■ dopuszczalność zasiedzenia służebności odpowiadającej treści służebności przesyłu także przed wejściem w życie przepisów 305¹-305⁴ k.c.¹⁹

Rys. 4. Opracowanie własne

¹⁶ Por. K. Osajda, B. Lackoroński (red.), *Komentarz do art. 305¹*, Legalis.

¹⁷ Zob.: J. Jaworski, A. Prusaczyk, A. Tułodziecki, M. Wolanin, *Komentarzu do art. 124 UGN*, Legalis.

¹⁸ Pozostaje zatem pozostać przy lakonicznym stwierdzeniu, że służebność przesyłu jest po prostu służebnością *sui generis*.

¹⁹ Por. uchwały SN z dnia 07 października 2008 r., III CZP 89/08, Biul. SN 2008, Nr 10, s. 7; uchwała SN z dnia 02 czerwca 2010 r., III CZP 36/10, Biul. SN 2010, Nr 6, s. 9.

Jak podkreślono, uprawnienie wynikające z ustanowionej służebności przesyłu jest ściśle skorelowane z zadaniami związanymi z posadzeniem i eksploatacją urządzenia przesyłowego. W oczywisty sposób nie polega ona zatem na możliwości dowolnie uciążliwego korzystania z obciążonej nieruchomości. Zakres uprawnień nie może być przy tym dowolnie kształtowany granicami porozumienia stron (przy wariacie umowy powstania). Zakres uprawnienia przedsiębiorcy, na którego rzecz ustanowiono służebność przesyłu, ujęto na rys. 6.

Zakres uprawnień przedsiębiorcy z tytułu ustanowionej służebności przesyłu

- utrzymywanie, rozbudowa, przebudowa, wymiana elementów lub całości
- konserwacja, remonty, usuwanie awarii, modernizacja (w tym zmiana parametrów urządzenia przesyłowego)
- możliwość wstępu na nieruchomość wraz z odpowiednim sprzętem w celu realizacji powyższego
- fakultatywnie również: przejazd w celu dotarcia do elementów urządzenia przesyłowego znajdującego się na nieruchomościach sąsiednich, jeśli dostęp w inny sposób jest niemożliwy bądź znacznie utrudniony

Rys. 6. Opracowanie własne.

Jednakowoż tak zarysowany zasadniczy zręb cywilnoprawnego tytułu dostępu do nieruchomości na potrzeby inwestycji linowych jest modyfikowany przez ustawy szczegółowe. I tak, art. 39a ustawy o lasach²⁰ stanowi, że nieruchomość pozostająca w zarządzie Lasów Państwowych może zostać obciążona m.in. służebnością przesyłu za obligatoryjnym wynagrodzeniem. Ustawa wskazuje również sposób wyliczenia wysokości tegoż wynagrodzenia, a także ustanawia o obowiązku uprawnionego przedsiębiorcy do usuwania drzew, krzewów i gałęzi zagrażającym urządzeniom wskazanym w art. 49 § k.c.

W podobny sposób wiele jednostek samorządu terytorialnego decyduje o możliwości ustanowienia służebności przesyłu na gruntach gminnych, za obligatoryjnym wynagrodzeniem²¹. Niekiedy akta prawa miejscowego

20 Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach (Dz.U. Nr 101, poz. 444 z późn. zm.).

21 Por. np. § 1 pkt. 6 Uchwały nr XLIV/45/2013 Rady Miejskiej Ząbkowic Śląskich z dnia 25 kwietnia 2013 r. zmieniającej uchwałę w sprawie zasad gospodarowania

przesądają zarówno o jednorazowym charakterze odpłatności z tytułu ustanowienia służebności przesyłu, jak również sposobie jego wyliczenia²². Istotne, inne skutki związane z ustanowieniem służebności przesyłowej stanowi m.in.:

- art. 7 pkt. 5 ustawy o księgach wieczystych i hipotece²³, zgodnie z którym rękojmią wiary publicznej ksiąg wieczystych nie działa przeciwko służebnościom przesyłu;
- art. 313 ust. 3 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze²⁴, zgodnie z którym służebność przesyłu pozostaje w mocy bez potrącenia jej wartości z ceny nabycia w związku z dokonaną sprzedażą w postępowaniu upadłościowym (analogicznie stanowi art. 84 ust. 3 pkt. 3 ustawy o postępowaniu kompensacyjnym w podmiotach o szczególnym znaczeniu dla polskiego przemysłu stoczniowego²⁵);
- art. 10b pkt 6 ustawy o ochronie przyrody²⁶, umożliwiającym odstąpienie od trybu przetargowego przy ustanowieniu służebności przesyłu.

Wypada jeszcze wspomnieć o podatkowoprawnej kwalifikacji wynagrodzenia z tytułu obciążenia nieruchomości służebnością przesyłu. Organy podatkowe w myśl zasady *in dubio pro fisco* uznają wynagrodzenie z tytułu ustanowienia służebności przesyłu jako przychód z innych źródeł w rozumieniu art. 20 ust. 1 ustawy PIT²⁷. Odmiennego zdania jest natomiast orzecznictwo sądownoadministracyjne, traktujące wynagrodzenie jako swoiste odszkodowanie, korzystające ze zwolnienia przedmiotowego na podstawie art. 21 ust. 1 pkt. 120 ustawy PIT²⁸.

Prawo administracyjne przewiduje natomiast różne sposoby zapewnienia dostępu do nieruchomości. Pamiętać jednak należy, że przyznane

nieruchomościami wchodzącymi w skład gminnego zasobu nieruchomości (Dz. Urz. Woj. Doln. z 2013 r. poz. 3954).

- 22 Por. np. § 3 ust. 2 Uchwały nr LXI/1028/2009 Rady Miejskiej w Czeladzi z dnia 29 grudnia 2009 r. w sprawie zasad ustanawiania ograniczonych praw rzeczowych – służebności gruntowe i służebności przesyłu (Dz. Urz. Woj. Śląsk. 2010 Nr 53, poz. 804).
- 23 Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz. U. Nr 19, poz. 147).
- 24 Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535).
- 25 Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o postępowaniu kompensacyjnym w podmiotach o szczególnym znaczeniu dla polskiego przemysłu stoczniowego (Dz. U. Nr 233, poz. 1569).
- 26 Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. Nr 92, poz. 880).
- 27 Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. Nr 80, poz. 350).
- 28 Por. np. wyrok NSA z dnia 29 listopada 2011 r., sygn. akt OO FSK654/10.

ex lege bądź na podstawie decyzji administracyjnej uprawnienie do legalnego ograniczenia korzystania w prawa własności nieruchomości nie stanowi służebności przesyłu. Myli się zatem Zrzeszenie Prezydentów, Burmistrzów i Wójtów Województwa Lubuskiego, które w proteście z dnia 11 grudnia 2012 r. przeciwko projektowi ustawy o korytarzach przesyłowych wskazuje, że „możliwym jest jednak ustanowienie służebności przesyłu w drodze decyzji administracyjnej na podstawie art. 124a UGN”²⁹. W istocie decyzja wywłaszczeniowa polegająca na czasowym ograniczeniu korzystania z prawa własności wywołuje podobne skutki dla inwestora, z pewnością nie powoduje jednak powstania służebności przesyłu³⁰.

Prawo własności, choć w gospodarce wolnorynkowej szczególnie chronione, nie jest jednak prawem absolutnym. Jego granice wyznacza bowiem art. 140 k.c., zgodnie z którym:

w granicach określonych przez ustawy i zasady współzycia społecznego właściciel może, z wyłączeniem innych osób, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swego prawa, w szczególności może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą.

Nieabsolutny charakter ochrony prawa własności potwierdzony jest w orzecznictwie³¹, ale również odpowiada społecznemu poczuciu słuszności i sprawiedliwości. Wszak mieszane społecznie reakcje budził protest tzw. „działkowców”, blokujących przez długi czas rozpoczęcie inwestycji budowy wału przeciwpowodziowego na wrocławskim Kozanowie³².

29 Por. *Protest w spr. projektu ustawy o korytarzach przesyłowych*, http://lubuskiegminy.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=636:protest-w-spr-projektu-ustawy-o-korytarzach-przesyowych&catid=3&Itemid=259 [dostęp: 20.08.2014]. Dodać należy, że prawdopodobnie błędnie wskazano na art. 124a, a nie 124 UGN.

30 Tak wyraźnie K. Pietrzykowski, *Komentarz do art. 305^f k.c.*, Legalis; odmiennie m.in. M. Owdziej, *Ustanowienie służebności przesyłu*, <http://www.reo.pl/ustanowienie-sluzebnosc-przesylu> [dostęp: 08.08.2014]; D. Szumała, *Służebność przesyłu – treść prawa, sposób ustanowienia i wynagrodzenie za urządzenia przesyłowe na nieruchomości*, <http://www.kopoczynski.pl/prawo2/sluzebnosc-przesylu-tresc-prawa-sposob> [dostęp: 08.08.2014].

31 Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2008 r. (sygn. akt V CSK 52/08).

32 M. Kokot, *Działkowcy blokują wał*, http://www.archiwum.wyborcza.pl/Archiwum/1,0,7427322,20110615WR-DLO,Dzialkowcy_blokuja_wal,zwykly.html [dostęp: 08.08.2014].

Podobny wniosek należałoby wysunąć w przypadku inwestycji liniowych, skoro stawką jest zrównoważony rozwój gospodarczy całego kraju.

W konsekwencji ustawodawca przewidział wiele przepisów, często z tzw. „specustaw”, które umożliwiają, ułatwiają, bądź uszczegóławiają przesłanki administracyjnoprawnej możliwości naruszenia prawa własności w celu realizacji celu publicznego. Można przykładowo wskazać na:

- art. 11f ust. 1 i 2 ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych³³;
- art. 19 ustawy Prawo pocztowe³⁴;
- art. 25a ustawy o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012³⁵;
- art. 8 ust. 1 i 3 ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego³⁶;
- art. 24 ustawy o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu³⁷.

W kontekście administracyjnoprawnych instrumentów zapewnienia dostępu do nieruchomości na potrzeby nowych linii przesyłowych i dystrybucyjnych, najważniejszą pozostaje regulacja z rozdziału 4 UGN, w szczególności decyzja wydana na podstawie art. 124 UGN. Podkreślić należy, że tryb administracyjny jest w zasadzie subsydiarny i komplementarny względem regulacji cywilnoprawnej, bowiem może być zaktualizowany dopiero w przypadku braku porozumienia między stronami. Konieczność wydania decyzji w trybie art. 124b UGN może powstać natomiast w przypadku niemożności skorzystania uprawnienia z art. 124 ust. 6 UGN z powodu niezajęcia wcześniej nieruchomości na podstawie art. 124 UGN. Niektórzy autorzy wskazują jednak, że uzasadnieniem do skorzystania z trybu art. 124b UGN może być również przeszkoda faktyczna, a nie prawna, np. odmowa dostępu do nieruchomości

33 Ustawa z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 687).

34 Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U. poz. 1529).

35 Ustawa z dnia 7 września 2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012 (Dz.U. z 2010 r. Nr 26, poz. 133 ze zm.).

36 Ustawa z dnia 12 lutego 2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego (Dz.U. Nr 42, poz. 340 ze zm.).

37 Ustawa z dnia 24 kwietnia 2009 r. o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu (Dz.U. Nr 84, poz. 700 ze zm.).

na podstawie ustanowionej służebności przesyłu, bądź także odmowa, mimo wydanej wcześniej decyzji w trybie art. 124 UGN. Dodać przy tym należy, że przyczyną błędnej opinii o możliwości powstania służebności przesyłu na podstawie decyzji administracyjnej, jest ustawowe uprawnienie z art. 124 ust. 6 UGN, którego treść jest w istocie zbliżona do uprawnień wynikających ze służebności przesyłu. Decyzja wydana w trybie art. 124 UGN stanowi bowiem trwały tytuł prawny do nieruchomości³⁸, co oznacza, że ograniczenie własności nieruchomości będzie trwało dopóki, dopóty urządzenie przesyłowe będzie potrzebne do celów, które spowodowały jego zainstalowanie³⁹. Istotą obu decyzji jest legalizacja naruszenia prawa własności w zakresie niezbędnym do realizacji inwestycji, co w konsekwencji wyłącza możliwość skorzystania przez właściciela nieruchomości z uprawnień eksmisyjnych z art. 222 § 2 k.c. Najważniejsze elementy tych decyzji wskazano na rys. 7.

Decyzja na podstawie art. 124 UGN.	Decyzja na podstawie art. 124b UGN.
<ul style="list-style-type: none"> ■ wywłaszczenie poprzez czasowe ograniczenie korzystania z nieruchomości. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ proceduralna alternatywna w przypadku braku podstawy do skorzystania z uprawnienia z art. 124 ust. 6 UGN, bądź istnienia przeszkody faktycznej mimo tytułu prawnego do dostępu do nieruchomości.
<ul style="list-style-type: none"> ■ istotą jest udzielenie zezwolenia na zakładanie i przeprowadzenie na nieruchomości ciągów drenażowych, przewodów i urządzeń służących do przesyłania lub dystrybucji płynów, pary, gazów i energii elektrycznej oraz urządzeń 	<ul style="list-style-type: none"> ■ istotą jest zobowiązanie właściciela, użytkownika wieczystego lub osobę, której przysługują inne prawa rzeczowe do nieruchomości do udostępnienia nieruchomości w celu m.in. wykonania czynności związanych z konserwacją,

38 Por. Uchwała SN z dnia 20 stycznia 2010 r., sygn. Akt III CZP 116/09.

39 Por. J. Jaworski, A. Prusaczyk, A. Tułodziecki, M. Wolanin (red.), *Komentarz do art. 124b UGN*, Legalis.

Decyzja na podstawie art. 124 UGN.	Decyzja na podstawie art. 124b UGN.
<p>łączności publicznej i sygnalizacji, a także innych podziemnych, naziemnych lub nadziemnych obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urządzeń, jeżeli właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości nie wyraża na to zgody; ograniczenie to następuje zgodnie z planem miejscowym, a w przypadku braku planu, zgodnie z decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego.</p>	<p>remontami oraz usuwaniem awarii ciągów drenażowych, przewodów i urządzeń, nienależących do części składowych nieruchomości, służących do przesyłania lub dystrybucji płynów, pary, gazów i energii elektrycznej, jeżeli podmiot ten nie wyraża na to zgody</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ alternatywnie decyzja może sprowadzać się do zapewnienia dojazdu umożliwiającego wykonanie powyższych czynności.

Rys. 7. Opracowanie własne

4. Stan postulowany

Procedowanie nad projektem ustawy o korytarzach przesyłowych⁴⁰ (dalej „UKP”) może być trafną egzemplifikacją najgorszych praktyk legislacyjnych, w szczególności przewlekłości, rażących zaniedbań projektodawcy, braku aktualnej informacji o losach projektu. Kalendarium prac nad UKP przedstawiono na rys. 8.

Kalendarium prac nad UKP

- 2009 r. – rozpoczęcie prac nad projektem w Ministerstwie Gospodarki
- 2010 r. – opracowanie projektu założeń
- maj 2011 r. – przesłanie projektu do Stałego Komitetu Rady Ministrów

⁴⁰ wszystkie dalsze uwagi odnoszą się do UKP w wersji 5.3 z dnia 18 lipca 2013 r.

Kalendarium prac nad UKP

- 7 czerwca 2011 r. – wstrzymanie pracy nad projektem z powodu negatywnej opinii Zespołu ds. Programowania Prac Rządu
- styczeń 2012 r. – przygotowanie przez Ministerstwo Gospodarki nowego projektu ustawy – niczym nie różniącego się od poprzedniej wersji (występowały nawet te same błędy literowe)
- 19 stycznia 2012 r. – upublicznienie projektu na stronie Rządowego Centrum Legislacji (RCL); rozpoczęcie konsultacji międzyresortowych
- Czerwiec 2012 r. – ponowne konsultacje międzyresortowe
- 7 grudnia 2012 r. – przedłożenie projektu pod obrady Stałego Komitetu Rady Ministrów
- 8 sierpnia 2013 r. – ostatnia informacja o losach projektu ze strony RCL; Minister Gospodarki, z racji na wielość uwag, zobowiązał się do pilnego przedłożenia nowego tekstu projektowanej ustawy
- 5 stycznia 2014 r. – wg wiadomości TVN24 BiŚ: „ustawie o korytarzach przesyłowych brakuje najważniejszego – algorytmu”⁴¹.

Rys. 8. Opracowanie własne

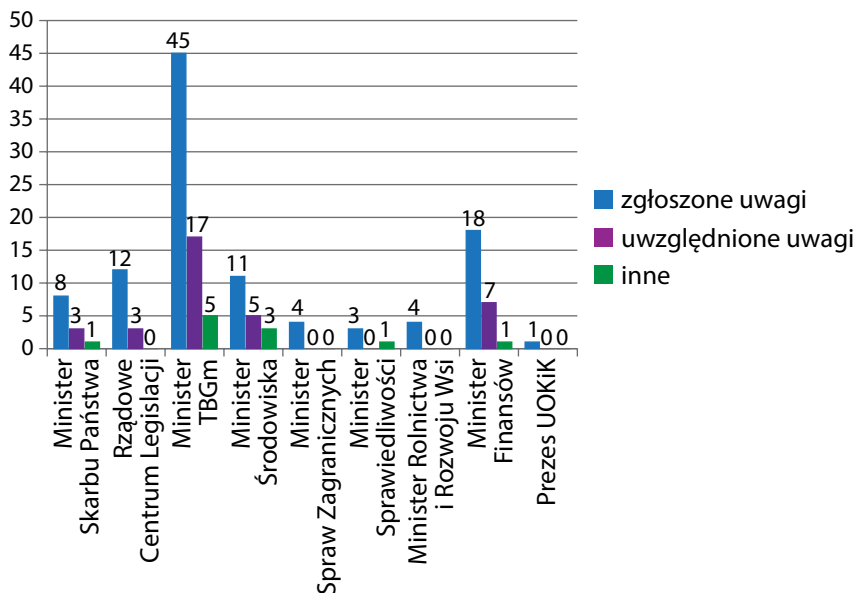
W toku prac nad UKP w Stałym Komitecie Rady Ministrów zgłoszono wiele uwag do projektu ustawy. Na rys. 9 przedstawiono je w sposób ilościowy⁴².

Projektodawca zapewnia, że celem UKP jest spowodowanie m.in. szybszego i sprawniejszego pozyskania prawa do gruntów. Ministerstwo Gospodarki firmuje projekt UKP jako kompleksową regulację dla inwestycji liniowych, porządkującą stan prawny w tym zakresie, upraszczającą procedury i regulującą zaszczości. I choć szczególne emocje w projekcie budzi wspomniany algorytm ustalania wysokości odszkodowania (już nie wynagrodzenia) z tytułu obciążenia nieruchomości służebnością przesyłu⁴³,

41 *Ustawie o korytarzach przesyłowych brakuje najważniejszego – algorytmu*, <http://tvn24bis.pl/informacje,187/ustawie-o-korytarzach-przesylowych-brakuje-najwazniejszego-algorytmu,384806.html> [dostęp: 08.08.2014].

42 Opracowano na podstawie biuletynu informacji publicznej Rządowego Procesu Legislacyjnego: *Materiał uzupełniający do dokumentu rządowego przeznaczonego do rozpatrzenia na posiedzeniu KRM w dniu 20 grudnia 2012 r.*, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/23511/23536/23539/dokument59687.pdf> [dostęp: 08.08.2014].

43 Por. np. T. Kotrasiński, W. Nurek, *Komentarz do zasad ustalania odszkodowań zaproponowanych w projekcie ustawy o korytarzach przesyłowych*, „Nieruchomości” 2012, nr 10.



Rys. 9. Opracowanie własne

a także dyscyplinujące organ terminy, w szczególności procedury lokalizowania korytarza przesyłowego⁴⁴, tym niemniej równie interesująca jest regulacja w zakresie sposobów uzyskania tytułu do dostępu do nieruchomości. UKP wymienia administracyjnoprawny tytuł w postaci pozwolenia na budowę urządzenia przesyłowego, wydanego w następstwie ustatecznionej decyzji o ustanowieniu korytarza przesyłowego (art. 37 i 38 UKP), decyzji „łącznej” (art. 40 UKP), a także administracyjnoprawne drogi powstania służebności przesyłu (na mocy ustatecznionej decyzji o ustanowieniu korytarza przesyłowego, ustatecznionej decyzji o określeniu korytarza przesyłowego, ustatecznionej decyzji o lokalizacji kolejnych urządzeń przesyłowych – w zakresie wskazanych we wnioskach nieruchomości, a także ustatecznionej decyzji o przeniesieniu decyzji o ustanowieniu korytarza przesyłowego na innego przedsiębiorcę przesyłowego). W UKP wprowadzono również pewne zmiany w stosunku do regulacji kodeksowej służebności przesyłu, w tym zakresie wprowadzając przepisy

⁴⁴ Por. przywoływany Protest Zrzeszenia Prezydentów, Burmistrzów i Wójtów Województwa Lubuskiego.

prawa cywilnego materialnego. Dodać należy, że postulowane zmiany wpisują się we wskazywaną tendencję zacierania granic między prawem prywatnym, a prawem publicznym – skoro rezultat postępowania administracyjnego przynieść ma również skutki prawnorzeczowe. Istotę prawnych rozwiązań dostępu do nieruchomości w UKP przedstawiono na rys. 10.

Tytuły prawne uprawniające do dostępu do nieruchomości w UKP.

Administracyjnoprawne	Cywilnoprawne
<p>1. Pozwolenie na budowę urządzenia przesyłowego, wydane w następstwie ustatecznionej decyzji o ustanowieniu korytarza przesyłowego</p> <p>2. Decyzja „łączna” o ustanowieniu korytarza przesyłowego, pozwoleniu na budowę urządzenia przesyłowego i zatwierdzeniu projektu budowlanego</p>	<p>1. Służebność przesyłu powstająca z chwilą ustatecznienia decyzji:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ o ustanowieniu korytarza przesyłowego ■ o określeniu korytarza przesyłowego ■ o lokalizacji kolejnych urządzeń przesyłowych <p>– w zakresie nieruchomości wskazanych we wniosku (tj. wskazanych w art. 20 ust. 1 pkt 4, art. 44 ust. 5 pkt 3 oraz w art. 45 ust. 3 UKP)</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ o przeniesieniu decyzji o ustanowieniu korytarza przesyłowego na innego przedsiębiorcę przesyłowego
<p>Art. 38 w zw. z art. 37 UKP, art. 40 UKP</p>	<p>Art. 50 ust. 1 UKP, art. 51 ust. 1 UKP</p>
	<ul style="list-style-type: none"> ■ może obciążać prawo użytkowania wieczystego ■ przysługuje prawo do odszkodowania w wysokości obliczonej zgodnie z sparametryzowanego odszkodowania ■ <i>ex lege</i> uprawnia do: <ul style="list-style-type: none"> • posadowienia w korytarzu przesyłowym urządzenia przesyłowego lub innego urządzenia odpowiedniego do rodzaju inwestycji wymienionej w tych decyzjach;

Tytuły prawne uprawniające do dostępu do nieruchomości w UKP.

<ul style="list-style-type: none"> ■ ostateczna decyzja o ustanowieniu korytarza przesyłowego stanowi tytuł prawny do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane ■ pozwolenie na budowę urządzenia przesyłowego uprawnia w zakresie zbliżonym do art. 124 UGN ■ możliwość połączenia etapu planistycznego z budowlanym 	<ul style="list-style-type: none"> ■ może obciążać prawo użytkowania wieczystego ■ przysługuje prawo do odszkodowania w wysokości obliczonej zgodnie z sparametryzowanym odszkodowaniem ■ <i>ex lege</i> uprawnia do: <ul style="list-style-type: none"> • posadowienia w korytarzu przesyłowym urządzenia przesyłowego lub innego urządzenia odpowiedniego do rodzaju inwestycji wymienionej w tych decyzjach; • utrzymywania, eksploatacji, konserwacji i remontu, usuwania awarii, przebudowy lub odbudowy urządzenia przesyłowego lub innego urządzenia; • wstępu lub wjazdu, w tym sprzętem ciężkim na teren nieruchomości obciążonej służebnością przesyłu w celu wykonania czynności, o których mowa powyżej
--	--

Rys. 10. Opracowanie własne

Powyższe rozwiązania w zakresie zapewnienia dostępu do nieruchomości na potrzeby budowy nowych linii sieci przesyłowej i dystrybucyjnej (a także regulowania stanu prawnego już istniejących linii) ocenić należy z pewnością jako rewolucyjne. Jednakże czy wejdą w życie – i w jakim brzmieniu – trudno jest obecnie wyrokować. Z uwagi na wrażliwą materię, czyli prawo własności, nie można również wykluczyć wątpliwości konstytucyjnych. Niemniej jednak regulacja UKP jest paląco potrzebna. Jak dostrzeżono bowiem w raporcie Najwyższej Izby Kontroli:

NIK ocenia jako istotną barierę w rozwoju gazowej sieci przesyłowej brak niektórych zmian legislacyjnych, w tym dotyczących przyspieszenia i uproszczenia procesu inwestycyjnego. Kontrola NIK wykazała zaniechania w pracach przygotowujących takie zmiany, w szczególności w odniesieniu do projektu ustawy

o korytarzach przesyłowych. Brak tych przepisów utrudnia sprawną realizację koniecznych inwestycji infrastrukturalnych w sektorze gazowym, ze szczególnym uwzględnieniem rozbudowy i modernizacji gazociągów przesyłowych⁴⁵.

Bibliografia

- Jaworski J., Prusaczyk A., Tułodziecki A., Wolanin M., *Komentarz do art. 124 UGN*, Legalis.
- Kokot M., *Działkowcy blokują wał*, http://www.archiwum.wyborcza.pl/Archiwum/1,0,7427322,20110615WR-DLO,Dzialkowcy_blokuja_wal,zwykly.html [dostęp: 08.08.2014].
- Kotrasiński T., Nurek W., *Komentarz do zasad ustalania odszkodowań zaproponowanych w projekcie ustawy o korytarzach przesyłowych*, Nieruchomości, 10/2012.
- Majchrzak H., Tarwacki T., Tomasiak G., Węgliński J., *Nowe wyzwania w planowaniu rozwoju sieci przesyłowej*, Elektroenergetyka. Współczesność i Rozwój, nr 1–2(11–12)/2012.
- Materiał uzupełniający do dokumentu rządowego przeznaczonego do rozpatrzenia na posiedzeniu KRM w dniu 20 grudnia 2012 r.*, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs/12/23511/23536/23539/dokument59687.pdf> [dostęp: 08.08.2014].
- Odpowiedź Sekretarza Stanu w Ministerstwie Gospodarki z dnia 17 maja 2013 roku na interpelację nr 17019 w sprawie projektu ustawy o korytarzach przesyłowych.
- Osajda K., Lackoroński B. (red.), *Komentarz do art. 305¹ kodeksu cywilnego*, Legalis.
- Owdziej M., *Ustanowienie służebności przesyłu*, <http://www.reo.pl/ustanowienie-sluzebnosc-przesylu> [dostęp: 08.08.2014].
- Pietrzykowski K. (red.), *Komentarz do art. 305¹ kodeksu cywilnego*, Legalis.
- Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna, *Plan Rozwoju w zakresie zaspokojenia obecnego i przyszłego zapotrzebowania na energię elektryczną na lata 2010–2025. Aktualizacja w zakresie lat 2013–2017*.
- Protest w spr. projektu ustawy o korytarzach przesyłowych*, http://lubuskiegminy.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=636:protest-w-spr-projektu-ustawy-o-korytarzach-przesyowych&catid=3&Itemid=259 [dostęp: 20.08.2014].
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 347/2013 r. z dnia 17 kwietnia 2013 r. w sprawie wytycznych dotyczących transeuropejskiej infrastruktury energetycznej, uchylające decyzję nr 1364/2006/WE oraz zmieniające rozporządzenia (WE) nr 713/2009, (WE) nr 714/2009 i (WE) nr 715/2009.

⁴⁵ Raport NIK: KGP-4101-06-00/2012, nr ewid. 155/2013/P12/056/KGP, http://www.nik.gov.pl/kontrolne/wyniki-kontroli-nik/pobierz,kgp-p_12_056_201209051002461346832166-01,typ,kk.pdf [dostęp: 08.08.2014].

- Rozporządzenie Delegowane Komisji (UE) nr 1391/2013 r. z dnia 14 października 2013 r. zmieniające rozporządzenie nr 347/2013 w sprawie wytycznych dotyczących transeuropejskiej infrastruktury energetycznej w odniesieniu do unijnej listy projektów będących przedmiotem wspólnego zainteresowania.
- Uchwała nr XLIV/45/2013 Rady Miejskiej Ząbkowic Śląskich z dnia 25 kwietnia 2013 r. zmieniająca uchwałę w sprawie zasad gospodarowania nieruchomościami wchodzącymi w skład gminnego zasobu nieruchomości (Dz.Urz.Woj.Doln. z 2013 r. poz. 3954).
- Raport Najwyższej Izby Kontroli, znak: KGP-4101-06-00/2012, nr ewid. 155/2013/P12/056/KGP.
- Słankowska A., *Realizacja elektroenergetycznych inwestycji liniowych – wyzwania i bariery inwestycyjne*, „Elektroenergetyka. Współczesność i Rozwój” 2009, nr 1.
- Szalc A., *Służebność przesyłu i rozszczenia dotyczące infrastruktury przesyłowej*, „Elektroenergetyka. Współczesność i Rozwój” 2012, nr 3–4(13–14).
- Szumała D., *Służebność przesyłu – treść prawa, sposób ustanowienia i wynagrodzenie za urządzenia przesyłowe na nieruchomości*, <http://www.kopoczynski.pl/prawo2/sluzebnosc-przesylu-trecz-prawa-sposob> [dostęp: 08.08.2014].
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2010 r., sygn. Akt III CZP 116/09.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 07 października 2008 r., III CZP 89/08, Biul. SN 2008, Nr 10, s. 7.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 02 czerwca 2010 r., III CZP 36/10, Biul. SN 2010, Nr 6, s. 9.
- Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. Nr 80, poz. 350).
- Ustawa o korytarzach przesyłowych (projekt), wersja 5.3 z dnia 18 lipca 2013 r.
- Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2010 r. nr 102, poz. 651)
- Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. Nr 80, poz. 717).
- Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. Nr 89, poz. 414).
- Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. Nr 62, poz. 627).
- Ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. Nr 199, poz. 1227).
- Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach (Dz.U. Nr 101, poz. 444 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. Nr 19, poz. 147).
- Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. Nr 60, poz. 535).
- Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o postępowaniu kompensacyjnym w podmiotach o szczególnym znaczeniu dla polskiego przemysłu stoczniowego (Dz.U. Nr 233, poz. 1569).

Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz.U. Nr 92, poz. 880).

Ustawie o korytarzach przesyłowych brakuje najważniejszego – algorytmu, <http://tvn24bis.pl/informacje,187/ustawie-o-korytarzach-przesylowych-brakuje-najwazniejszego-algorytmu,384806.html> [dostęp: 08.08.2014].

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2008 r. (sygn. akt V CSK 52/08).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 listopada 2011 r., sygn. akt OO FSK654/10.

Załącznik do uchwały nr 202/2009 Rady Ministrów z dnia 10 listopada 2009 r.

ABSTRACT

ADAM PLICHTA

Legal ways of providing access to the property for implementing line-investment and the draft bill on transmission corridors

The paper refers to the issue of providing legal titles to access to the property for implementing line-investments. Author analyzes the current legal status and indicates possibilities offered by administrative law and private law. So far the transmission easement has been remained the most important and efficient legal institution in this field. The author presents the legislative work on the bill on transmission corridors. The draft bill significantly changes the current legal status in the field of legal titles to access to the property. However, the question is whether new legal instruments shall be adequate to the new challenges.

Realizacja praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej

Słowa kluczowe: pacjent, prawa pacjenta, prawo do ochrony zdrowia, dyrektywa transgraniczna, opieka zdrowotna

Prawo pacjenta do opieki medycznej świadczonej na odpowiednim poziomie z należytą starannością jest przedmiotem toczących się dyskusji, prowadzonych zarówno lokalnie jak i na forum globalnym. Osią tych dyskusji, jest szukanie odpowiedzi na pytanie – w jaki sposób zapewnić pacjentom w procesie leczniczym, najwyższy poziom realizacji ich praw, w istniejących warunkach finansowych i organizacyjnych poszczególnych państw? Choć samo prawo pacjenta do opieki medycznej nie powinno budzić kontrowersji, zostało ono przecież wielokrotnie wyartykułowane zarówno w krajowych jak i międzynarodowych aktach prawnych, to niestety i na tym tle, pojawiają się pewne komplikacje. Chodzi o takie sytuacje, w których konieczna jest interwencja medyczna, a pacjent wymagający tej interwencji, przebywa na terytorium innego państwa, jak państwo ubezpieczenia. I mimo tego, że prawo do ochrony życia i związane z nim prawo do ochrony zdrowia, jako prawa fundamentalne, nie mogą zamierać wraz ze zmianą miejsca pobytu, zwłaszcza w Unii Europejskiej, to dotychczasowa praktyka, której odzwierciedleniem są liczne wyroki Trybunału Sprawiedliwości pokazuje, że brakuje jasnej i przejrzystej procedury postępowania i udzielania świadczenia

medycznego właśnie pacjentom chcącym uzyskać świadczenie zdrowotne w innym państwie jak państwo ubezpieczenia. Dlatego też w Unii Europejskiej podejmowane są różne działania, które mają ustandaryzować prawo pacjenta do uzyskania opieki medycznej w innym państwie członkowskim jak państwo ubezpieczenia oraz zwrot kosztów leczenia w ramach krajowych systemów zabezpieczenia społecznego¹.

Choć pierwotnie prawo wspólnotowe nie przewidywało jakiejkolwiek działalności wspólnotowej na rzecz ochrony zdrowia i dopiero Jednolitym Aktem Europejskim z 1986 roku wprowadzono bardzo ogólne zapisy dotyczące zdrowia publicznego² to jednak traktatowe swobody przepływu osób i świadczenia usług a także zasady prawa Unii Europejskiej oraz konstytucyjne zasady poszczególnych państw członkowskich, w szczególności zasada ochrony praw słusznie nabytych, zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz prawie uzasadnionych oczekiwań, wymusiły działania zmierzające do unormowania i tej dziedziny życia. Nie ulega wątpliwości, że swoboda przemieszczania się osób w Unii Europejskiej oraz możliwość świadczenia usług na rynku wewnętrznym, eksponuje potrzebę określenia w sposób jasny i przejrzysty zasad dostępu do transgranicznej opieki zdrowotnej, zwrotu kosztów leczenia oraz mechanizmów dochodzenia roszczeń, to należy pamiętać o autonomii państw członkowskich do kształtowania krajowego systemu zabezpieczenia społecznego³. Z tego też względu należałoby się zastanowić, w jaki

-
- 1 M. Kawczyńska, *Swobodny przepływ pacjentów w Unii Europejskiej*, [w:] *Przeptyw osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*, pod red. S. Biernata, S. Dudzika, Warszawa 2009, s. 296.
 - 2 Pierwszym aktem regulującym działania na rzecz ochrony zdrowia był Jednolity Akt Europejski z 1986 roku. Zwracał on w sposób bardzo ogólny uwagę na konieczność działań na rzecz ochrony zdrowia i określał założenia przyszłej polityki wspólnotowej w tym przedmiocie. Traktat z Maastricht z dnia 7 lutego 1992 roku zawiera postanowienie zgodnie, z którym Unia Europejska powinna przyczyniać się do wysokiego poziomu ochrony zdrowia ludzkiego, a ponadto państwa członkowskie powinny podjąć współpracę w zakresie ochrony zdrowia publicznego. Powyższe postanowienia rozwinął traktat z Amsterdamu z 1997 roku. Prawo do ochrony zdrowia zostało również wprost sformułowane w art. 35 Karty Praw Podstawowych, która ma moc traktatową i składa się na tzw. prawo pierwotne UE. H. Izdebski, *Prawo do zdrowia w aspekcie prawa międzynarodowego, prawa europejskiego i polskiego prawa konstytucyjnego*, [w:] *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, pod red. M. Dercza, Warszawa 2013, s. 37 i nast.
 - 3 M. Kawczyńska, *Swobodny przepływ pacjentów w Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, pod red. M. Dercza, Warszawa 2013, s. 296.

sposób, mając na uwadze powyższe kwestie, można zapewnić pacjentom, przemieszczającym się po Unii Europejskiej, najwyższy poziom realizacji ich praw, właśnie w transgranicznej opiece zdrowotnej⁴.

Analizując wyżej zaakcentowany problem, należy poczynić pewne uwagi wprowadzające, które pozwolą usystematyzować opis i ukazać zjawisko w sposób kompleksowy.

Ze względu, na to, że podmiotem niniejszych rozważań będzie pacjent, a dokładnie jego pozycja w transgranicznej opiece zdrowotnej, wyjaśnię znaczenie terminu *pacjent* i sprecyzuje jego prawa. Wskażę również na zasadę swobody przemieszczania się osób w obrębie Unii i swobody świadczenia usług w ramach rynku wewnętrznego, a także konstytucyjną zasadę ochrony praw słusznie nabytych, zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz zasadę prawie uzasadnionych oczekiwań. W dalszej części pracy zwrócę uwagę na to, w jaki sposób prawo Unii Europejskiej reguluje dziedzinę ochrony zdrowia i jak regulacje te kształtują ustawodawstwo państw członkowskich. Pozwoli to, odpowiedzieć na postawione powyżej pytanie jak kształtuje się prawo pacjenta do uzyskania opieki zdrowotnej i zwrotu kosztów leczenia w innym państwie członkowskim jak państwo ubezpieczenia?

Istotnym elementem w czynionych rozważaniach w sensie podmiotowym jest pacjent. Kim zatem jest *pacjent*? Zgodnie z definicją zawartą w *Słowniku Współczesnego Języka Polskiego* pacjent to człowiek chory, cierpiący korzystający z pomocy medycznej⁵. W dyskursie prawniczym o pacjencie mówi się jednak w szerszym znaczeniu. Terminem pacjent określa się osobę, która zwraca się o udzielenie świadczenia lub korzysta ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielających świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny. Powyższa definicja akcentuje, że pacjentem jest nie tylko osoba dotknięta chorobą, ale również osoba zdrowa korzystająca z pewnych świadczeń, które nie mają charakteru leczniczego⁶. Zatem pacjent to człowiek, który

4 Transgraniczna opieka zdrowotna oznacza opiekę świadczoną lub przepisaną w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej niż państwo, w którym pacjent jest ubezpieczony (państwie ubezpieczenia) G. Jasiński, *Transgraniczna opieka zdrowotna w Unii Europejskiej – nowa dyrektywa Unii Europejskiej*, „Prawo i Medycyna” 2011, nr 2, s. 100.

5 *Słownik Współczesnego Języka Polskiego*, pod red. B. Dunaj, Warszawa 1996, s. 709.

6 W literaturze prezentuje się liczne próby wyjaśnienia terminu *pacjent*, jednocześnie wskazując się na pewną ewolucję tego terminu. Pacjent (łac. *patiens*) początkowo

wchodzi w relację z przedstawicielami opieki zdrowotnej poprzez podanie się interwencji medycznej, która może obejmować wszelkie rodzaje działań celem, których będzie leczenie, prewencja, diagnostyka, terapia, rehabilitacja i pielęgnacja⁷. Definicja ta jest zgodna z definicją *zdrowia* zaprezentowaną przez Światową Organizację Zdrowia (WHO), która owe *zdrowie* definiuje właśnie, jako stan pełnej pomyślności fizycznej, psychicznej i socjalnej, a nie tylko przypadek choroby lub inwalidztwa⁸. Koresponduje ona również z definicją świadczenia zdrowotnego, zaprezentowaną w art. 5 pkt 40 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁹ w myśl, której świadczenie zdrowotne obejmuje działania służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działanie medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania. W polskim porządku prawnym na definicję pacjenta oraz na jego prawa wskazuje ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku praw pacjenta¹⁰ w myśl, której pacjentem jest osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych oraz korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny¹¹. Mając powyższe na uwadze – pacjentem będzie zarówno osoba dotknięta chorobą jak i osoba zdrowa wchodząca lub pozostająca

oznaczał osobę chorą, cierpiącą, dotkniętą pewnym schorzeniem. Aktualnie pacjentem jest również osoba zdrowa zwracająca się o udzielenie pewnego świadczenia. Podejście takie jest w pełni słuszne, ponieważ kobieta w ciąży, która zwraca się o udzielenie świadczeń związanych z porodem nie jest osobą chorą, podobnie osoba udająca się do lekarza medycyny pracy o zaświadczenie, że stan zdrowia nie jest przeciwwskazaniem do podjęcia pracy, a także dzieci, podczas szczepień ochronnych i profilaktycznych bilansów, dla których stan chorobowy byłby wręcz przeszkodą. T. Rek, *Prawa i obowiązki pacjenta i świadczeniobiorcy*, [w:] *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, pod red. M. Dercza, Warszawa 2013, s. 274.

⁷ D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 43.

⁸ Rozdział VII, *Definicje*, [w:] *Modelu Deklaracji Praw Pacjenta*; cyt. za: U. Drozdowska, *Główni aktorzy w obowiązującym systemie opieki zdrowotnej w Polsce i ich status prawny*, [w:] *Uwarunkowania systemu opieki zdrowotnej w Polsce – aspekty prawne i socjologiczne*, Białystok 2012, s. 132.

⁹ Dz.U. 2004 Nr 210, poz. 2136.

¹⁰ Dz.U. 2009 Nr 52, poz. 417.

¹¹ Należy podkreślić, że ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta po raz pierwszy w sposób kompleksowy uregulowała w jednym akcie prawa pacjenta i instytucje służące ochronie tych praw.

w relacji z podmiotem udzielającym świadczeń lub osobą wykonującą zawód medyczny.

Wspomniana ustawa o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta, nie tylko definiuje termin *pacjent*, ale zawiera również katalog praw pacjenta. Nie jest to jedyna regulacja z tej dziedziny. Unormowana dotyczące praw pacjenta odnaleźć można również w innych aktach prawnych, zarówno krajowych jak i międzynarodowych oraz w prawie Unii Europejskiej¹².

Najważniejszym aktem prawnym, traktującym o prawie każdego człowieka do ochrony zdrowia jest Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.¹³

Ustawa zasadnicza w art. 68 stanowi, że każdy ma prawo do ochrony zdrowia, a obywatelom niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Ujęcie tego prawa w normy rangi konstytucyjnej wskazuje na jego wysoką rangę¹⁴. Nie bez znaczenia jest

12 Akty prawa Unii Europejskiej będą przedmiotem dalszej analizy, w tym miejscu należy jednak wskazać na prawo międzynarodowe, które reguluje dziedzinę ochrony zdrowia, a które zostanie pominięte we właściwej części artykułu. Podstawowym aktem prawnym regulującym prawa człowieka, w tym prawa pacjenta jest Powszechna Deklaracja Praw Człowieka ONZ z 10 grudnia 1948 roku. W świetle art. 25, każdy człowiek ma prawo do poziomu życia zapewniającego zdrowie, dobrobyt jemu i jego rodzinie, opiekę lekarską i świadczenia socjalne. Zapisy Deklaracji rozwija Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, który mówi o prawie każdego do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia. Jeszcze bardziej szczegółowe obowiązki państw w skali światowej określa Konwencja nr 102 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotycząca minimalnych norm zabezpieczenia społecznego. Nie bez znaczenia dla omawianej dziedziny życia jest również Europejska Karta Społeczna przyjęta w 1961 w ramach Rady Europy, która w swoich zapisach stwierdza, że każdy ma prawo do korzystania z wszelkich środków umożliwiających mu osiągnięcie możliwie najlepszego stanu zdrowia, niezależnie od sytuacji materialnej. K. Prokop, *Prawo do ochrony zdrowia w świetle art. 68 Konstytucji RP*, [w:] *Uwarunkowania prawne, ekonomiczne i socjologiczne funkcjonowania wybranych systemów ochrony zdrowia*, pod red. Teresy Mróz, Białystok 2011, s. 37; H. Izdebski, *Prawo do ochrony zdrowia w aspekcie prawnomiędzynarodowym*, [w:] *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, pod red. M. Dercza, Warszawa 2013, s. 35 i nast.

13 Dz.U. Nr 75, poz. 468.

14 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej wskazuje również na inne prawa związane z ochroną zdrowia, takie jak: prawo do ochrony przed eksperymentami medycznymi bez dobrowolnie wyrażonej zgody (art. 39), nietykalność osobistą i wolność

również jego usytuowanie w ustawie zasadniczej. I jak słusznie zauważa Rafał Kubiak układ poszczególnych rozdziałów konstytucji, kształtuje hierarchię wartości, a usytuowanie rozdziału kształtującego prawa (w tym prawo do ochrony zdrowia), wolności i obowiązki obywatela w rozdziale II, który to poprzedza rozdziały stanowiące o systemie organów władzy publicznej wskazuje, że według przyjętej aksjologii prawa (w tym prawo do ochrony zdrowia) i wolności człowieka są powinnością organów władzy publicznej, które to powinny urzeczywistniać i chronić konstytucyjnie określone prawa i wolności. Zatem reasumując – prawo do ochrony zdrowia, rodzi po stronie organów władzy publicznej obowiązek realizacji tego prawa i dlatego też w literaturze i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że jest to publiczne prawo podmiotowe¹⁵¹⁶.

Z prawem do ochrony zdrowia, związane jest prawo do ochrony życia. Są to fundamentalne prawa jednostki, których źródłem jest przyrodzona i niezbywalna godność człowieka¹⁷. Konsekwencją takiego rozwiązania, jest uznanie tych praw za pierwotne wobec państwa, co oznacza, że państwo takiego prawa jednostce przyznać nie może, a jedynie podkreślić jego istnienie i znaczenie, poddając to prawo szczególnej ochronie. Prawo do życia jest prawem bezwzględny¹⁸, co wymusza na organach władzy

osobistą z ograniczeniami przewidzianymi przez ustawę (art. 41) ochronę prawną życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz prawo decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47), dostęp obywatela do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych (art. 51) oraz wolność sumienia i religii (art. 53). T. Rek, *Prawa i obowiązki pacjenta i świadczeniobiorcy*, op. cit., s. 272.

15 Zdaniem A. Błasia i J. Bocia Publiczne prawo podmiotowe to wyróżnienie teoretyczne, gruntujące idee państwa prawa, które przysługuje obywatelom, a oznacza taką sytuację prawną obywatela, w obrębie, której obywatel opierając się na chroniących jego interesy prawne normach prawnych może skutecznie żądać czegoś od państwa lub może w sposób niekwestionowany przez państwo coś działać. Publiczne prawo podmiotowe każdego obywatela polega na tym, że może on prawnie i skutecznie żądać od kompetentnego organu administracji publicznej udzielenia pewnych świadczeń, do których ma prawo, w warunkach określonych przez prawo powszechnie obowiązujące. A. Błaś, J. Boć, *Publiczne prawa podmiotowe*, [w:] *Prawo administracyjne*, pod red. J. Bocia, Kolonia Limited 2005, s. 526 i nast.

16 R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 3 i nast.

17 Wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 r., K14/03.

18 Wyjątki od prawnej ochrony życia w polskim porządku prawnym ustanawia ustawa z dnia 7 stycznia 1993 roku o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży Dz.U. Nr 17, poz. 78 z późn zm.) W art. 4a przywołanej ustawy stanowi się, że przerwanie ciąży może być dokonane

państwowej obowiązek stanowienia takiego prawa, które będzie chroniło życie i zdrowie każdego człowieka niezależnie od jego sytuacji materialnej, pozycji społecznej albo wieku¹⁹. Poprzez swój związek z godnością człowieka oraz prawem do życia prawo do ochrony zdrowia doznaje silniejszej ochrony jak inne prawa socjalne²⁰.

Ponad to prawo do ochrony życia oraz prawo do ochrony zdrowia umożliwiają realizację innych praw i wolności jednostki²¹. Mówiąc inaczej są to prawa, na bazie, których można urzeczywistnić wszystkie pozostałe prawa, zasady i wartości leżące u podstaw demokratycznego państwa prawa²². I jak podkreśla Agnieszka Rابيةga pozbawienie człowieka tych praw pozbawia jednostkę innych przysługujących jej praw, bowiem tylko pod warunkiem zapewnienia ochrony życia i zdrowia, wykonywanie innych praw i wolności ma sens i odpowiednie znaczenie²³. A co więcej, nie można mówić o godności człowieka, jeśli nie zostały stworzone w demokratycznym państwie prawa instrumenty do ochrony życia i zdrowia jednostki²⁴.

Ustawa zasadnicza w art. 68 kształtując prawo do ochrony zdrowia, wskazuje jednocześnie na beneficjentów tego prawa. Zgodnie z ust 2 powołanego artykułu, każdy ma prawo do ochrony zdrowia, natomiast obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej, ze środków publicznych, w zakresie i na warunkach określonych

wyłącznie przez lekarza, gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, a także, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

- 19 *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, pod red. J. Bocia, Wrocław 1998, s. 79.
- 20 K. Prokop, *Prawo do ochrony zdrowia w świetle art. 68 Konstytucji RP*, *op. cit.*, s. 40.
- 21 L. Bosek, *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia*, [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2011, s. 53 i nast.
- 22 K. Wiak, *Prawne gwarancje ochrony życia w Polsce*, [w:] *O nową kulturę życia. Ochrona życia w Polsce – bilans u progu trzeciego tysiąclecia. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Marszałka Senatu RP z 25 marca 1999*, Warszawa 1999, s. 33; cyt. za: A. Rابيةga, *Ochrona życia i zdrowia ludzkiego w działaniach podmiotów administrujących sferze opieki zdrowotnej*, Warszawa 2009, s. 11.
- 23 A. Rابيةga, *Ochrona życia i zdrowia ludzkiego*, *op. cit.*, s. 12.
- 24 L. Bosek, *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia*, *op. cit.*, s. 53.

w ustawie. Ponad to władze publiczne obowiązane są do zapewniania szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku, oraz do zwalczania chorób epidemiologicznych i zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska. W swoich działaniach władze publiczne popierają rozwój kultury fizycznej, zwłaszcza wśród dzieci i młodzieży.

W literaturze podkreśla się, iż sformułowanie *każdy*, ma tą konsekwencję, że prawo do ochrony zdrowia, dotyczy wszystkich ludzi, bez względu na ich obywatelstwo i narodowość. Co istotne, prawo to również nie dyskryminuje ludzi, których narządy są silnie zdeformowane, a także ludzi starszych, czy w stanie termalnym i wymagającym opieki paliatywnej²⁵. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy i w wyroku z 17 lutego 1989 stwierdził, że życie każdego człowieka niezależnie od wieku, stanu zdrowia, reprezentowanego poziomu wiedzy, kultury, stanu rodzinnego i realnej społecznej przydatności jest wartością uniwersalną bez żadnego przymiotnika i podlega jednakowej ochronie prawnej²⁶. Prawo do ochrony życia i zdrowia przysługuje również dziecku poczętemu²⁷. art. 68 Konstytucji zapewnia każdemu prawną ochronę zdrowia a obywatelom statuuje prawo równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych oraz nakazuje organom władzy publicznej zachowanie szczególnej troski względem dzieci, kobiet ciężarnych, osób niepełnosprawnych oraz osób w podeszłym wieku. Warunki i zakres udzielania tych świadczeń określa ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych²⁸. Przywołana ustawa, w art. 2 stanowi, że do korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych mają prawo: ubezpieczeni, a więc osoby objęte powszechnym, dobrowolnym lub obowiązkowym ubezpieczeniem zdrowotnym, inne osoby niż ubezpieczeni, które posiadają obywatelstwo polskie, miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej i spełniają kryterium dochodowe, o którym mowa w ustawie

25 R. Kubiak, *Prawo medyczne, op. cit.*, s. 7.

26 Wyrok SN 17.02.1989 (IV KR 15/89, OSNKW 1989, Nr 5–6, poz. 42) cyt. za: R. Kubiak, *Prawo medyczne, op. cit.*, s. 7.

27 Art. 1 przywołanej już w niniejszej pracy ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży stanowi, że prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie.

28 Dz.U. 2004 Nr 210, poz. 2135.

z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej²⁹, inne niż wymienione osoby posiadające obywatelstwo polskie, które nie ukończyły 18 roku życia lub posiadające miejsce zamieszkania na terytorium RP, które są w okresie ciąży, porodu lub połogu. Wyżej wskazane podmioty określane są mianem świadczeniobiorców. Przy czym, co istotne z punktu widzenia mojej pracy, ubezpieczonymi nie będą tylko obywatele RP, ale również 1. obywatele państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu, zamieszkujące na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu, 2. obywatele państwa-strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej przebywające legalnie na terytorium RP, 3. osoby nieposiadające obywatelstwa państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu, lecz legalnie zamieszkujące w tym państwie, jeśli podlegają obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego, albo ubezpieczają się dobrowolnie, 4. a także osoby posiadające obywatelstwo państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu niezamieszkujące na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu, jeżeli podlegają obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego na terytorium RP i są objęte ubezpieczeniem emerytalnym i rentowym na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2007 Nr 11, poz. 74 z późn zm.) lub ubezpieczeniem społecznym rolników na podstawie przepisów ustawy z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (Dz.U. z 2008 Nr 50 poz. 291, Nr 67, poz. 411 i Nr 70, poz. 416).

²⁹ Ustawa w art. 8 stanowi, że prawo do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych przysługuje również osobie samotnie gospodarującej, której dochód nie przekracza kwoty 461 zł, osobie w rodzinie, w której dochód na osobę nie przekracza 316zł, rodzinie której dochód nie przekracza sumy kwot kryterium dochodowego na osobę w rodzinie, przy jednoczesnym wykluczeniu, na mocy art. 12 ustawy, dysproporcji między udokumentowaną wysokością dochodu a sytuacją majątkową osoby lub rodziny, wskazująca, że osoba ta lub rodzina, jest w stanie przezwyciężyć trudną sytuację życiową, wykorzystując własne zasoby majątkowe, w szczególności w przypadku posiadania znacznych zasobów finansowych, wartościowych przedmiotów majątkowych lub nieruchomości. (Dz.U. z 2008, Nr 115, poz. 728).

Cytowana wyżej ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych jest kontynuacją i rozwinięciem konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia określonego w art. 68 ustawy zasadniczej. Na mocy art. 15 ustawy, świadczeniobiorca ma przede wszystkim prawo do świadczeń opieki zdrowotnej, których celem jest zachowanie zdrowia, zapobieganie chorobom i urazom, wczesne wykrywanie chorób³⁰, leczenie, pielęgnacja oraz zapobieganie i organicznie niepełnosprawności. W ramach świadczeń gwarantowanych, świadczeniobiorcy przysługuje prawo do podstawowej opieki zdrowotnej, ambulatoryjnej opieki specjalistycznej, leczenia szpitalnego, opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień, rehabilitacji leczniczej, opieki długoterminowej, leczenia stomatologicznego, lecznictwa uzdrowiskowego, zaopatrzenia w wyroby medyczne, ratownictwa medycznego, opieki paliatywnej i hospicyjnej, świadczeń wysokospecjalistycznych, programów zdrowotnych i lekowych, leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych dostępnych w aptecce na receptę, leków stosowanych w chemoterapii, a także leków nieposiadających pozwolenia na dopuszczenia do obrotu na terytorium RP oraz środków spożywczych specjalnego przeznaczenia na zasadach określonych w odrębnych przepisach.

Nie tylko przepisy Konstytucji RP i ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych określają prawa pacjenta. Pełen katalog praw pacjenta zawiera przywoływana już ustawa o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta. Zgodnie z postanowieniami tej regulacji pacjent ma prawo w szczególności do świadczeń zdrowotnych

30 Świadczenia na rzecz zachowania zdrowia, zapobiegania chorobom i ich wczesnego wykrywania obejmują na mocy art. 27 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w szczególności: propagowanie zachowań prozdrowotnych, w szczególności zachęcanie do indywidualnej odpowiedzialności za własne zdrowie; wczesną, wielospecjalistyczną i kompleksową opiekę nad dzieckiem zagrożonym niepełnosprawnością lub niepełnosprawnym; profilaktyczne badania lekarskie w celu wczesnego rozpoznania chorób, ze szczególnym uwzględnieniem chorób układu krążenia oraz chorób nowotworowych; promocję zdrowia i profilaktykę, w tym profilaktyczną stomatologiczną, obejmującą dzieci i młodzież do ukończenia 19 roku życia; prowadzenie badań profilaktycznych obejmujących kobiety w ciąży, w tym badań prenatalnych zalecanych w grupach ryzyka i u kobiet powyżej 40. roku życia oraz profilaktyki stomatologicznej; profilaktyczną opiekę zdrowotną nad dziećmi i młodzieżą w środowisku nauczania i wychowania, szczenia ochronne oraz wykonywaniem badań z zakresu medycyny sportowej.

odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej, do procedury ustalającej kolejność dostępu do świadczeń zdrowotnych, do opinii innego lekarza, do natychmiastowej pomocy ze względu na zagrożenie zdrowia lub życia, do informacji i do tajemnicy informacji z nim związanych, do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych, do poszanowania intymności i godności pacjenta, do dokumentacji medycznej, do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, do opieki duszpasterskiej, przechowywania rzeczy wartościowych w depozycie, a także do obsługi bibliotecznej oraz zajęć edukacyjnych i wychowawczych. Do innych aktów prawnych rangi ustawy traktujących o prawach pacjenta można zaliczyć również ustawę z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty³¹, ustawę z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodzie pielęgniarki i położnej³², ustawę z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego³³, o diagnostyce laboratoryjnej, ustawę z dnia 7 stycznia 1991 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży³⁴, ustawę z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi³⁵, ustawę z 26 października 1982 o wychowaniu w trzeźwości³⁶, ustawę z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów³⁷ oraz ustawę z 8 czerwca 2001 o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów³⁸. Oczywiście nie sposób wymienić i opisać wszystkich praw pacjenta, które gwarantują przywołane ustawy w ramach tego opracowania. Jest to materiał na osoby artykułu. Pisząc jednak o prawach pacjenta, należy wskazać na organy odpowiedzialne za realizację praw pacjenta oraz na podmiot, który stoi na straży przestrzegania tych praw. Jak już zasygnalizowałam prawo do ochrony zdrowia jest publicznym prawem podmiotowym jednostki, co rodzi po stronie organów władzy publicznej obowiązek realizacji tego prawa. To właśnie organy władzy publicznej, w szczególności te, które są właściwe w zakresie ochrony zdrowia będą zobowiązane do przestrzegania konkretnych praw. Należy tutaj wymienić ministra właściwego

31 Dz.U. 1997 Nr 28, poz. 152.

32 Dz.U. 2011 Nr 174 poz. 1039.

33 Dz.U. 1994 Nr 111 poz. 535.

34 Dz.U. 1993 Nr 17 poz. 78.

35 Dz.U. 2008 Nr 234 poz. 1570.

36 Dz.U. 1982 Nr 35 poz. 230.

37 Dz.U. 2005 Nr 169 poz. 1411.

38 Dz.U. 2001 Nr 73 poz. 763.

ds. zdrowia, który organizuje, koordynuje i kieruje Ministerstwem Zdrowia, Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia oraz Dyrektorów poszczególnych oddziałów wojewódzkich, zobowiązanych do finansowania świadczeń opieki zdrowotnej, podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych, osoby wykonujące zawody medyczne oraz inne podmioty, jednostki czy instytucje, które uczestniczą w procesie udzielania świadczeń³⁹. Natomiast podmiotem czuwającym nad przestrzeganiem praw pacjenta jest Rzecznik Praw Pacjenta.

Podsumowując, prawa pacjenta mają charakter wieloaspektowy⁴⁰, ponieważ na katalog tych praw składają się uregulowania o różnym charakterze, które dodatkowo wynikają z różnych aktów normatywnych. Tak ostrożna, ale właściwa metoda regulacji wynika z charakteru dziedziny, którą regulują. Najważniejszym prawem człowieka jest prawo do ochrony zdrowia, które to determinuje pozostałe prawa, należy również pamiętać, że prawo do ochrony zdrowia jest silnie związane z ochroną życia i godnością człowieka, i dlatego w demokratycznym państwie prawa doznaje silniejszej ochrony.

Regulacje dotyczące ochrony zdrowia i praw pacjenta odnaleźć można również w prawie europejskim. Choć pojawiły się one stosunkowo późno, to pozostają nie bez znaczenia dla krajowego porządku prawnego. Dzieje się tak, ponieważ Polska przystępując w 2004 roku do Unii Europejskiej przyjęła na siebie zobowiązanie do przestrzegania *acquis communautaire*⁴¹, powierzyła instytucją Unii Europejskiej kompetencje do stanowienia prawa wtórnego, a więc kompetencję do wydawania rozporządzeń, dyrektyw, decyzji, zaleceń oraz opinii, a także zobowiązała się do ciągłego dostosowywania swojego prawa do prawa unijnego. Prawo pierwotne Unii Europejskiej to przede wszystkim traktaty stanowiące podstawę Unii, które określają cele, główne zasady funkcjonowania, a także stanowiące prawną podstawę działań instytucji, organów oraz jednostek organizacyjnych Unii. Prawa te, to również ogólne zasady prawa. Prawo pierwotne jest hierarchicznie wyższe w stosunku do prawa stanowionego

39 T. Rek, *Prawa i obowiązki pacjenta i świadczeniobiorcy*, op. cit., s. 271.

40 *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, op. cit., s. 79.

41 To całokształt dorobku prawnego Unii Europejskiej, który jest tworzony poprzez traktaty (prawo pierwotne) i za sprawą instytucji Unii Europejskiej (prawo wtórne). Prawo pierwotne to przede wszystkim traktaty założycielskie i akcesyjne, natomiast prawo wtórne to rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości oraz inne akty organów UE.

przez instytucje Unii, które to prawo musi opierać się na normie kompetencyjnej zawartej w prawie pierwotnym. Prawo pierwotne ma pierwszeństwo nie tylko w stosunku do prawa wtórnego, ale również do prawa krajowego państw członkowskich⁴².

Regulacje unijne dotyczące ochrony zdrowia, choć nie mają zbyt długich tradycji, to są przedmiotem uregulowań zarówno w prawie pierwotnym jak i wtórnym. Jak już zasygnalizowałam na początku niniejszego opracowania początkowo prawo wspólnotowe nie przewidywało jakiegokolwiek działalności wspólnotowej na rzecz ochrony zdrowia i dopiero Jednolitym Aktem Europejskim z 1986 roku wprowadzono bardzo ogólne zapisy dotyczące zdrowia publicznego, które stopniowo rozwijały kolejne Traktaty⁴³.

42 Jak już nadmieniałam, prawem wtórnym są rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, opinie i zalecenia. Rozporządzenia są instrumentem ujednolicania prawa, są aktem powszechnie obowiązującym o zasięgu ogólnym i od momentu wejścia w życie rozporządzenie stanowi część prawa krajowego państw członkowskich i jest stosowane bezpośrednio, bez potrzeby transpozycji do prawa krajowego. Dyrektywy są instrumentem harmonizacji prawa. W odróżnieniu od rozporządzenia, które może dotyczyć szerokiej grupy podmiotów tj. instytucji i organów Unii, organów państw członkowskich, czy podmiotów prywatnych, adresatem dyrektywy jest zawsze państwo członkowskie. Wiąże w odniesieniu do rezultatu, jaki ma być osiągnięty, pozostawiając organom krajowym swobodę wyboru form i środków. Zobowiązuje ona państwa do implementacji regulacji w niej zawartych, najczęściej w postaci wydania odpowiednich aktów prawa krajowego. Państwa członkowskie mają obowiązek wykonania dyrektywy w terminie określonym w dyrektywie. Po upływie okresu transpozycji, jeśli dyrektywa jest prawidłowo wykonana, sądy i organy administracyjne stosują prawo krajowe implementujące dyrektywę a nie samą dyrektywę. Natomiast, jeśli nie została ona we wskazanym czasie implementowana lub implementowana ja nieprawidłowo, jednostka może powoływać dyrektywę bezpośrednio przeciwko państwu. Skutek bezpośredni dyrektywy oznacza obowiązek interpretowania prawa krajowego zgodnie z postanowieniami dyrektywy. Decyzje, co do zasady mają charakter indywidualny i konkretny. Adresatami decyzji mogą być instytucje, organy, jednostki organizacyjne, państwa członkowskie, przedsiębiorcy lub jednostki. Decyzja wiąże adresatów. Zalecenia i opinie nie mają mocy wiążącej. patrz: J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej. Podręcznik dla kierunków prawa, zarządzania i administracji*, Warszawa 2012, s. 220.

43 Pierwszym aktem regulującym działania na rzecz ochrony zdrowia był Jednolity Akt Europejski z 1986 roku. Zwracał on w sposób bardzo ogólny uwagę na konieczność działań na rzecz ochrony zdrowia i określał założenia przyszłej polityki wspólnotowej w tym przedmiocie. Traktat z Maastricht z dnia 7 lutego 1992 roku zawiera postanowienie zgodnie, z którym Unia Europejska powinna przyczyniać się

Prawem pierwotnym regulującym zdrowie publiczne jest Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który w art. 168 (dawny art. 152 TWE) stanowi, że przy określaniu i urzeczywistnianiu wszystkich polityk i działań Unii, należy zapewnić wysoki poziom ochrony zdrowia ludzkiego, również w przypadku, gdy Unia przyjmuje akty prawne na podstawie innych postanowień Traktatu. Działania Unii w zakresie poprawy zdrowia publicznego, zapobiegania chorobom i dolegliwościom ludzkim oraz usuwania źródeł zagrożeń dla zdrowia fizycznego i psychicznego, stanowią uzupełnienie działań krajowych, co jak podkreśla, H. Izdebski, stanowi nawiązanie do ogólnej zasady pomocniczości i proporcjonalności⁴⁴. Przywołana regulacja akcentuje autonomię państw członkowskich w zakresie polityki zdrowotnej, ponieważ stanowi, że działania Unii prowadzone są w poszanowaniu obowiązków państw członkowskich w zakresie polityki zdrowia, organizowania i świadczenia usług zdrowotnych, a także zarządzania usługami i podziału środków. Oznacza to, że wyklucza się jakąkolwiek harmonizację przepisów ustawowych i wykonawczych z zakresu ochrony zdrowia. Unia powinna natomiast wspierać działania między Państwami Członkowskimi w celu zwiększenia komplementarności usług zdrowotnych w regionach przygranicznych, dlatego też można stwierdzić, że Unia podejmuje próbę koordynowania ustawodawstw krajowych, a nie ich harmonizacji⁴⁵. Prawem Pierwotnym Unii Europejskiej jest również Karta Praw Podstawowych⁴⁶, która w art. 35 proklamuje, że każdy ma prawo dostępu do profilaktycznej opieki zdrowotnej i prawo do korzystania z leczenia na warunkach określonych w ustawodawstwie i praktyce krajowej. Do przepisów wykonawczych dotyczących korzystania z opieki zdrowotnej w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, niż państwo

do wysokiego poziomu ochrony zdrowia ludzkiego, a ponadto państwa członkowskie powinny podjąć współpracę w zakresie ochrony zdrowia publicznego. Powyższe postanowienia rozwinął traktat z Amsterdamu z 1997 roku. Prawo do ochrony zdrowia zostało również wprost sformułowane w art. 35 Karty Praw Podstawowych, która ma moc traktatową i składa się na tzw. prawo pierwotne UE. H. Izdebski, *Prawo do ochrony zdrowia w aspekcie prawa międzynarodowego, prawa europejskiego i polskiego prawa konstytucyjnego*, [w:] *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, pod red. M. Dercza, Warszawa 2013, s. 37 i nast.

44 H. Izdebski, *Prawo do ochrony zdrowia w świetle przepisów prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, pod red. M. Dercza, Warszawa 2013, s. 38.

45 *Ibidem*, s. 40.

46 J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska, *Institucje i prawo Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, pod red. M. Dercza, Warszawa 2013, s. 220.

ubezpieczenia należą dwa rozporządzenia o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego: rozporządzenie nr 883/2004⁴⁷ oraz rozporządzenie nr 987/2009^{48,49}, które mają zastosowanie również do Szwajcarii i Państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) – Norwegii i Islandii. Mają one zastosowanie wyłącznie do osób ubezpieczonych w powszechnym systemie ubezpieczenia zdrowotnego w państwie członkowskim Unii Europejskiej. Zgodnie z rozporządzeniem koordynującym, leczenie za granicą, w innym państwie członkowskim jest możliwe w stanach nagłych, w trakcie czasowego pobytu, na podstawie aktualnej Europejskiej Karty Ubezpieczenia Zdrowotnego. W takiej sytuacji osoba korzystająca ze świadczenia zdrowotnego traktowana jest w taki sam sposób jak ubezpieczeni obywatele tego państwa, co czasami wiąże się z poniesieniem części kosztów (współfinansowanie kosztów występuje w wielu krajach UE). Brak Europejskiej Karty Ubezpieczenia Zdrowotnego wiąże się z koniecznością zapłacenia za świadczenie z możliwością ubiegania się o zwrot poniesionych kosztów przez własną instytucję ubezpieczenia zdrowotnego, przy czym zwrot kosztów nie obejmuje kwoty, którą stanowi współpłacenie. Na mocy owych rozporządzeń możliwe jest również leczenie planowe za granicą, tzn. takie, na które dana osoba została wysłana przez własną instytucję ubezpieczenia zdrowotnego, mówiąc inaczej uzyskała zgodę instytucji ubezpieczenia zdrowotnego na leczenie za granicą. W takich przypadkach instytucja ubezpieczenia zdrowotnego ponosi wszystkie koszty związane z udzielanym świadczeniem, a niekiedy również koszty podróży. Uzyskanie zgodny potwierdza się wydaniem

47 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego Dz.Urz. UE L 166/1.

48 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania Rozporządzenia (WE) Nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego Dz.Urz. UE L 284/1.

49 Rozporządzenia te zastąpiły inne rozporządzenia: rozporządzenie Rady (EWG) Nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób pracujących na własny rachunek i członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie Dz.Urz. UE L 71.149.2 oraz Rozporządzenie Rady (WEG) Nr 574/72 z dnia 21 marca 1972 r. w sprawie wykonania rozporządzenia (EWG) Nr 1408/71 w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób pracujących na własny rachunek i członków ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie Dz.Urz. UE L 42.74.1.

formularza E-112 i czyni się to, gdy przedmiotowe leczenie należy do świadczeń przewidzianych przez ustawodawstwo Państwa Członkowskiego, w którym zainteresowany ma miejsce zamieszkania oraz jeżeli nie może uzyskać takiego leczenia w terminie uzasadnionym z medycznego punktu widzenia, z uwzględnieniem jego aktualnego stanu zdrowia oraz prawdopodobnego przebiegu choroby⁵⁰.

Reasumując, zgodnie z przywołanymi regulacjami, Unia Europejska, szanując autonomię i suwerenność Państw Członkowskich w przedmiocie kształtowania i finansowania systemów opieki zdrowotnej, skupia swoje działania na zapobieganiu chorobom i dolegliwościom ludzkim oraz usuwaniu źródeł zagrożeń dla zdrowia ludzkiego a także wspomaga działania władz publicznych Państw Członkowskich w tym zakresie. Obywatelom państw członkowskich przysługuje natomiast prawo do korzystania ze świadczeń zdrowotnych udzielanych w innym państwie niż państwo ubezpieczenia na podstawie aktualnej Europejskiej Karty Ubezpieczenia Zdrowotnego, ale tylko w sytuacjach nagłego pogorszenia zdrowia, co łączy się czasami z koniecznością poniesienia pewnych kosztów oraz prawo do leczenia planowego, uzależnionego od wydania uprzedniej zgody na to leczenie na zasadach określonych w krajowym porządku prawnym. Należy nadmienić w tym miejscu, że ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w art. 1 deklaruje, że uwzględnia podstawy instytucjonalno-proceduralne do stosowania rozporządzeń unijnych dotyczących koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Praktycznym przejawem tego, jest art. 25 i 26 przywołanej ustawy. W pierwszym z nich jest zapisane, że Fundusz finansuje koszty leczenia lub badań diagnostycznych udzielanych poza granicami kraju, zgodnie z przepisami o koordynacji. Prezes Funduszu, w odpowiedzi na wniosek wydaje zgodę na przeprowadzenie lub kontynuację leczenia lub badań diagnostycznych w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub w państwie członkowskim Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu w przypadkach, o których mowa w przepisach o koordynacji. Zgoda ta może dotyczyć również pokrycia kosztów transportu. art. 26 ustawy wskazuje sytuacje, w jakich owa zgoda może wystąpić, tj. w sytuacji, w której leczenie lub badań diagnostycznych nie przeprowadza się w kraju, kierując się niezbędnością udzielania takiego świadczenia w celu ratowania życia lub poprawy stanu

50 G. Jasiński, *Transgraniczna opieka...*, *op. cit.*, s. 102 i nast.

zdrowia pacjenta. Koszty leczenia, badań diagnostycznych oraz transportu finansowane są z budżetu państwa.

Okazało się jednak, że ogólna regulacja w zakresie ochrony zdrowia, podyktowana przecież autonomią Państw Członkowskich i pozostająca w zgodzie z zasadą subsydiarności, jest niewystarczająca i w praktyce budzi wiele wątpliwości. Nie bez znaczenia dla powyższego stwierdzenia jest mobilne społeczeństwo, które przemieszcza się w obrębie Unii Europejskiej i któremu należy zapewnić bezpieczeństwo zdrowotne oraz gwarancję ciągłości prawa do zabezpieczenia społecznego, co jest raczej niemożliwe do zrealizowania tylko w ramach narodowych polityk zdrowotnych⁵¹. Dowodem na to, są liczne orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Pierwsze z głośnych orzeczeń, które rozpoczęło zmiany w ustawodawstwach państw członkowskich Unii Europejskiej, było orzeczenie w sprawie Kohlla⁵². Był to obywatel Luksemburga, który otrzymawszy receptę na okulary, zrealizował ją w Belgii. Luksemburski system opieki zdrowotnej nie chciał dokonać zwrotu kosztów⁵³. Co istotne luksemburski oraz belgijski system zabezpieczenia zdrowotnego opary jest na zwrocie kosztów leczenia, który charakteryzuje się tym, iż świadczenie medyczne jest opłacane przez pacjenta, a następnie koszt usługi medycznej jest zwracany przez instytucję ubezpieczeniową⁵⁴. Sprawa trafiła na wokandę Trybunału, który kierując się zasadą swobodnego przepływu usług nakazał zwrot kosztów do wysokości, jakie poniósłby Luksemburski system ochrony zdrowia, gdyby świadczenie zrealizowano na miejscu. W uzasadnieniu wyroku napisał, że jeżeli korzystanie ze świadczeń w innym państwie nie powoduje poważanego zagrożenia równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego, nie ma konieczności starania się o formularz E-112, co w praktyce oznaczało możliwość korzystania, bez uzyskania uprzedniej zgody instytucji ubezpieczeniowej, ze wszystkich świadczeń ambulatoryjnych⁵⁵. Kolejną głośną sprawą był wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Peerbooms⁵⁶ i doty-

51 M. Dercz, *Podstawowe zagadnienia dotyczące podziału zadań w sferze ochrony zdrowia*, [w:] *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, pod red. M. Dercza, Warszawa 2013, s. 52.

52 ETS w sprawie Kohll (C-158/96 z dnia 28 kwietnia 1998 r.).

53 G. Jasiński, *Transgraniczna opieka...*, *op. cit.*, s. 103.

54 M. Kawczyńska, *Swobodny przepływ pacjentów w Unii Europejskiej*, *op. cit.*, s. 298.

55 G. Jasiński, *Transgraniczna opieka...*, *op. cit.*, s. 104.

56 ETS w sprawie H. Peerbooms (C-157/99 z dnia 12 lipca 2001 r.).

czył odmowy zgody na sfinansowanie zabiegów medycznych poza granicami państwa członkowskiego 47-letniemu holendrowi, który w wyniku wypadku samochodowego zapadł w śpiączkę. Szpital holenderski odmówił przeprowadzenia neurostymulacji, uznawanej w Holandii za metodę eksperymentalną, stosowaną tylko w odniesieniu do pacjentów poniżej 25 roku życia. Pacjent został przewieziony na własny koszt w stanie wegetatywnym do Innsbrucku. Kuracja pozwoliła na wyjście pacjenta ze stanu śpiączki i powrót do samodzielnego życia. Po powrocie pacjent samodzielnie wstąpił na drogę sądowo-administracyjną przeciwko Holenderskiej Kasie Chorych, która odmówiła pokrycia kosztów leczenia w Innsbrucku. Europejski Trybunał Sprawiedliwości Stwierdził, że odmowa udzielenia zgody jest możliwa jedynie wtedy, gdy leczenie identyczne lub o tym samym stopniu skuteczności dla pacjenta może być udzielone we właściwym czasie w zakładzie związanym kontraktem z kasą chorych, do której ubezpieczony należy⁵⁷. Podobna kwestia była przedmiotem orzekania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Ełczinowa⁵⁸. U.G.I. Ełczinowa, zamieszkałego w Bułgarii i posiadającego ubezpieczenie zdrowotne w tamtejszej Kasie Chorych, zdiagnozowano złośliwy nowotwór prawego oka. Pacjentowi zalecono leczenie z użyciem radioaktywnych płytek lub terapię protonową. Procedury te nie są stosowane w Bułgarii. Pacjent złożył w kasie wnioski o wydanie dokumentu E-112 zezwalającego na leczenie w klinice w Berlinie, wniosek uzasadnił tym, że w Bułgarii zaoferowano mu leczenie alternatywne polegające na usunięciu chorego oka. Przed otrzymaniem odpowiedzi, że względów medycznych, G. Ełczinow poddał się zaleconemu leczeniu w klinice berlińskiej. Miesiąc później narodowa kasa chorych odrzuciła wnioski. W przedstawionej sprawie Europejski Trybunał Sprawiedliwości zajął stanowisko, że nie można odmówić wydania zgody na leczenie zagraniczne wymaganej na podstawie rozporządzenia, gdy równie skuteczne leczenie alternatywne nie może zostać przeprowadzone we właściwym czasie w państwie ubezpieczenia. Ostatnią z przedstawionych przeze mnie spraw będzie sprawa Ioannidisa⁵⁹, w której to Europejski Trybunał

57 L. Bosek, *Finansowanie transgranicznych świadczeń zdrowotnych*, [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, pod red. M. Safjana, s. 141.

58 ETS w sprawie G. I. Ełczinowa (C-173/09 z dnia 5b października 2010 r.).

59 ETS w sprawie Ioannidisa (C-326/00 z dnia 25 lutego 2003 r.).

Sprawiedliwości stanął na straży ochrony praw słusznie nabytych. Grecka instytucja ubezpieczenia zdrowotnego odmówiła przesłania formularze E-112 greckiemu emerytowi, który w trakcie czasowego pobytu w Niemczech, przeszedł operację tętnic wieńcowych z powodu zaostrzenia choroby wieńcowej, na którą chorował od dawna. W uzasadnieniu odmowy instytucja ubezpieczenia, jako powód odmowy podała argument, że operacje tego typu wykonuje się w Grecji i pacjent mógł poddać się operacji przed wyjazdem. Pacjent zapłacił za zabieg, ale decyzje instytucji ubezpieczeniowej zaskarżył do Trybunału, który to w sentencji stwierdził, że emeryt posiada uprawnienia do uzyskiwania świadczeń zdrowotnych za granicami swojego kraju i to nie tylko w przypadkach nagłych, które powstały niespodziewanie, ale również w przypadku zaostrzenia stanów przewlekłych i to bez konieczności ubiegania się o formularz E-112⁶⁰.

Mając na uwadze dotychczasowe prawo Unii Europejskiej z zakresu ochrony zdrowia, zmodyfikowane licznymi wyrokami Trybunału Sprawiedliwości w 2004 roku rozpoczęto prace nad nową dyrektywą dotyczącą transgranicznej opieki zdrowotnej. Prace nad nową regulacją trwały ponad 7 lat i poprzedzone były licznymi konsultacjami i uzgodnieniami państw członkowskich. W styczniu 2011 roku, Parlament Europejski, w drugim czytaniu, przyjął projekt dyrektywy. Miesiąc później została ona większością głosów zaakceptowana przez Radę Unii Europejskiej a 4 kwietnia 2011 roku opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej⁶¹. W literaturze podkreśla się, że dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej jest najbardziej konkretnym przejawem realizacji dyspozycji z wynikających z art. 168 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, ponieważ ma on za zadanie umożliwić obywatelom Unii Europejskiej uzyskanie dostępu do świadczeń zdrowotnych w każdym z państw członkowskich Unii. I choć ma związek z funkcjonowaniem od strony wykonawczej systemów ochrony zdrowia przyjętych przez kraje członkowskie⁶², to w ocenie Komisji przedstawionej w nocie wyjaśniającej do projektu dyrektywy, nie narusza kompetencji państw członkowskich w zakresie organizacji i finansowania krajowych

60 G. Jasiński, *Transgraniczna opieka...*, *op. cit.*, s. 104 i nast.

61 *Ibidem*, s. 104 i nast.

62 M. Dercz, *Podstawowe zagadnienia dotyczące podziału zadań w sferze ochrony zdrowia*, *op. cit.*, s. 53.

systemów ubezpieczeń społecznych⁶³. W Preambule w punkcie 4 dyrektywy, podkreśla się, że to państwa członkowskie ponoszą odpowiedzialność za świadczenie obywatelom na swoim terytorium bezpiecznej oraz wydajnej opieki zdrowotnej, a skutkiem transpozycji niniejszej dyrektywy do prawa krajowego i jej stosowania nie powinno być zachęcanie pacjentów do korzystania z leczenia poza swoim państwem członkowskim.

Dyrektywa składa się z Preambuły, 5 rozdziałów i 23 artykułów. Rozdział 1 ustanawia przepisy ogólne, rozdział 2 traktuje o obowiązkach państw członkowskich w odniesieniu do transgranicznej opieki zdrowotnej, rozdział 3 stanowi o zawrotach kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, kolejny o współpracy w dziedzinie opieki zdrowotnej i ostatni zawiera postanowienia wykonawcze i końcowe.

Dyrektywa Transgraniczna, jest uzupełnieniem przepisów obowiązujących dotychczas, w szczególności rozporządzeń w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Ma ona zastosowanie wyłącznie do świadczeń udzielanych przez świadczeniodawców będących częścią systemu zabezpieczenia społecznego lub publicznego systemu opieki zdrowotnej państwa członkowskiego. Spod zakresu jej obowiązywania wyłącza się świadczenia uzyskane we własnym państwie u świadczeniodawców działających poza systemem oraz świadczenia z zakresu opieki długoterminowej, przeszczepów narządów oraz programów powszechnych szczepień przeciw chorobom zakaźnym⁶⁴. Jednakże w Preambule w punkcie 16 podkreśla się, że niniejsza dyrektywa powinna dotyczyć również przepisywania, wydawania i udostępniania produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych dostarczanych w ramach usług zdrowotnych.

Dyrektywa na początku podkreśla, że obowiązek zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, zgodnie z punktem 13 Preambuły powinien być ograniczony wyłącznie do opieki, do której jest uprawniona osoba, ubezpieczona zgodnie z przepisami państwa ubezpieczenia⁶⁵. Powtórzeniem tej regulacji jest art. 7 Dyrektywy.

63 Nota wyjaśniająca Komisji Europejskiej z dnia 16 lipca 2004 roku w sprawie usług objętych projektem dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej usług na Rynku wewnętrznym 2004/0001 (COD), cyt. za: M. Kawczyńska, *Swobodny przepływ pacjentów w Unii Europejskiej...*, *op. cit.*, s. 319.

64 G. Jasiński, *Transgraniczna opieka...*, *op. cit.*, s. 108.

65 Ustalenie zakresu świadczeń, o którym mowa w punkcie 13 Preambuły może nastąpić na podstawie sformułowanego koszyka świadczeń gwarantowanych, do którego uprawnieni są pacjenci w ramach publicznej ochrony zdrowia.

Z wyjątkiem przypadków określonych w art. 8 Dyrektywy państwo członkowskie ubezpieczenia nie może uzależniać zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej od uzyskania uprzedniej zgody. System udzielania uprzedniej zgody, w tym jego kryteria i stosowanie tych kryteriów oraz indywidualne decyzje o odmowie nie udzielenia uprzedniej zgody, ograniczają się do tego, co konieczne i proporcjonalne do celu, jaki ma zostać osiągnięty, i nie mogą stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani nieuzasadnionej przeszkody w swobodnym przepływie pacjentów.

Zgodnie z art. 8 Dyrektywy opieka zdrowotna może wymagać uprzedniej zgody, w sytuacji, gdy: podlega wymogą planowania, obejmuje pobyt danego pacjenta w szpitalu, przez co najmniej jedną noc lub występuje konieczność użycia wysokospecjalistycznej i kosztownej infrastruktury medycznej lub aparatury medycznej oraz gdy leczenie to stwarza szczególne ryzyko dla pacjenta lub społeczeństwa. Choć celem takiego zapisu, co zresztą podkreślał w swoim orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jest zapewnienie wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia szpitalnego wysokiej jakości w danym państwie członkowskim, kontrola kosztów oraz zapobieganie marnotrawieniu zasobów finansowych, technicznych i ludzkich to w literaturze wskazuje się na pewne niebezpieczeństwo z tym związane, a mianowicie, że zapisy te pozwalają na wprowadzenie w praktyce zgody w stosunku do wszystkich świadczeń szpitalnych oraz niektórych poza szpitalnych, ponieważ może być bardzo szeroko interpretowany. Każde państwo członkowskie ma możliwość ustanowienia własnego zakresu świadczeń ambulatoryjnych, które będą wymagały uzyskania zgody na realizację za granicą. Państwo ubezpieczenia może odmówić świadczenia, które może być wykonane na jego terytorium w odpowiednim dla pacjenta terminie z uwzględnieniem aktualnego stanu zdrowia i prognoz przebiegu choroby argumentując to ryzykiem zakłócenia równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego.

Wyżej wskazane zapisy powodują, że państwa członkowie będą miały bardzo szeroką możliwość kontrolowania transgranicznej opieki zdrowotnej oraz kosztów z nią związanych. Koszty transgranicznej opieki zdrowotnej są zwracane lub płacone bezpośrednio przez państwo członkowie ubezpieczenia do poziomu, na którym koszty byłyby pokryte przez państwo członkowie ubezpieczenia, gdyby usługa medyczna byłaby świadczona na jego terytorium. Tak więc dla płatnika, (NFZ) koszty świadczenia transgranicznego będą takie same jak koszty świadczenia w kraju.

Ujęcie takie nasuwa stwierdzenie, że konieczność zapłacenia za świadczenie, w państwie, w którym było zrealizowane a następnie ubieganie się o zwrot kosztów w NFZ spowoduje, że z transgranicznej opieki zdrowotnej będą korzystali przede wszystkim pacjenci, których stać będzie zapłacić za świadczenie oraz na pokrycie różnicy kosztów często bardzo wysokiej. Wniosek jest taki, że raczej nie należy spodziewać się znaczącego wzrostu wyjazdów celem leczenia za granicą. Ewentualny wzrost może dotyczyć regionów przygranicznych⁶⁶.

Uzyskanie zgody na leczenie poza granicami kraju, obowiązuje obecnie na podstawie rozporządzeń koordynujących zabezpieczenie społeczne. Wejście w życie dyrektywy wiąże się jednak z jasnym określeniem świadczeń zdrowotnych, co, do których konieczne będzie uzyskanie zgody, wysokości zwrotu kosztów leczenia oraz procedur z tym związanych. Dyrektywa reguluje również inne zagadnienia w przedmiocie tworzenia europejskich sieci referencyjnych skupiających świadczeniodawców państw członkowskich, UE wspiera i ułatwia współpracę państw członkowskich oraz wymianę informacji w ramach sieci e-Zdowie, współpracy państw członkowskich w zakresie technologii medycznych⁶⁷

Termin do implementacji dyrektywy w sprawie stosowania praw pacjentów w Transgranicznej opiece zdrowotnej upłyną 25 października 2013 r.

Jako, że dyrektywa, co było już sygnalizowane jest instrumentem harmonizacji prawa, państwa członkowskie mają obowiązek wykonania dyrektywy w odpowiednim czasie, wskazanym właśnie w przepisach końcowych. Jeśli dyrektywa nie została we wskazanym czasie implementowana jednostka może powoływać dyrektywę bezpośrednio przeciwko państwu. Środkiem w przypadku braku implementacji lub wadliwej implementacji jest skarga przeciwko państwu członkowskiemu do TSUE, którą wnosi Komisja lub państwo członkowskie⁶⁸. Polska nieimplementowana dyrektywy w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej.

Biorąc pod uwagę cele dyrektywy oraz jej wieloaspektowość należy podkreślić, że podjęcie działań legislacyjnych w ramach Unii Europejskiej w zakresie usług zdrowotnych nie oznacza ujednoczenia krajowych systemów ochrony zdrowia i systemów zabezpieczenia społecznego. Mając

66 G. Jasiński, *Transgraniczna opieka...*, *op. cit.*, s. 110 i nast.

67 *Ibidem*, s. 112 i nast.

68 J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumski, *Institucje i prawo Unii Europejskiej...*, *op. cit.*, s. 240 i nast.

na uwadze autonomię państw członkowskich w tym zakresie, zagwarantowaną prawem pierwotnym oraz zasadę subsydiarności zgodnie, z którą działania Unii stanowią tylko uzupełnienie działań krajowych, należy stwierdzić, że za organizację i funkcjonowanie systemów ochrony zdrowia i systemów zabezpieczenia społecznego odpowiadają państwa członkowskie. Jednak liczne orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości, ukazały, że istnieje potrzeba przyjęcia jednego aktu prawnego obowiązującego na poziomie Unii, który przyczyni się do wzmocnienia praw pacjentów w Unii Europejskiej. Przyjęta dyrektywa ma poprawić bezpieczeństwo pacjentów, określić jasne i przejrzyste procedury dostępu do opieki zdrowotnej oraz przyczynić się do dalszej współpracy państw członkowskich w dziedzinie ochrony zdrowia.

Bibliografia

- Barcz J., Górka M., Wyrozumsk A., *Instytucje i prawo Unii Europejskiej. Podręcznik dla kierunków prawa, zarządzania i administracji*, Warszawa 2012.
- Bosek L., *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia*, [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2011.
- Drozdowska U., *Główni aktorzy w obowiązującym systemie opieki zdrowotnej w Polsce i ich status prawny*, [w:] *Uwarunkowania systemu opieki zdrowotnej w Polsce – aspekty prawne i socjologiczne*, pod red. T. Mróz, Białystok 2012.
- Izdebski H., *Prawo do ochrony zdrowia w aspekcie prawa międzynarodowego, prawa europejskiego i polskiego prawa konstytucyjnego*, [w:] *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, pod red. M. Dercza, Warszawa 2013.
- Jasiński G., *Transgraniczna opieka zdrowotna w Unii Europejskiej – nowa dyrektywa Unii Europejskiej*, „Prawo i Medycyna” 2011, nr 2.
- Karkowska D., *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009.
- Kawczyńska M., *Swobodny przepływ pacjentów w Unii Europejskiej*, [w:] *Przeptyw osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*, pod red. S. Biernata, S. Dudzika, Warszawa 2009.
- Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, pod red. J. Bocia, Wrocław 1998.
- Kubiak R., *Prawo medyczne*, Warszawa 2010.
- Prawo administracyjne*, pod red. J. Bocia, Kolonia Limited 2005.
- Prokop K., *Prawo do ochrony zdrowia w świetle art. 68 Konstytucji RP*, [w:] *Uwarunkowania prawne, ekonomiczne i socjologiczne funkcjonowania wybranych systemów ochrony zdrowia*, pod red. Teresy Mróz, Białystok 2011.

- Rabiega A., *Ochrona życia i zdrowia ludzkiego w działaniach podmiotów administrujących sferze opieki zdrowotnej*, Warszawa 2009.
- Rek T., *Prawa i obowiązki pacjenta i świadczeniobiorcy*, [w:] *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, pod red. M. Dercza, Warszawa 2013.
- Słownik Współczesnego Języka Polskiego*, pod red. B. Dunaj, Warszawa 1996.
- Wiak K., *Prawne gwarancje ochrony życia w Polsce*, [w:] *O nową kulturę życia. Ochrona życia w Polsce – bilans u progu trzeciego tysiąclecia. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Marszałka Senatu RP z 25 marca 1999*, Warszawa 1999.

Orzecznictwo

- Wyrok SN 17.02.1989 (IV KR 15/89, OSNKW 1989, Nr 5–6, poz. 42).
- Wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 r., K14/03.
- ETS w sprawie Kohll (C-158/96 z dnia 28 kwietnia 1998 r.).
- ETS w sprawie H. Peerbooms (C-157/99 z dnia 12 lipca 2001 r.).
- ETS w sprawie Ioannidisa (C-326/00 z dnia 25 lutego 2003 r.).
- ETS w sprawie G. I. Elćzinowa (C-173/09 z dnia 5b października 2010 r.).

Źródła prawa

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 75, poz. 468).
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego Dz.Urz. UE L 166/1.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania Rozporządzenia (WE) Nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego Dz.Urz. UE L 284/1.
- Ustawa z 26 października 1982 o wychowaniu w trzeźwości (Dz.U. 1982 Nr 35 poz. 230).
- Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 Nr 28, poz. 152).
- Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 roku o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. 1994 Nr 111 poz. 535).
- Ustawa z 8 czerwca 2001 o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów (Dz.U. 2001 Nr 73 poz. 763).
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. 2004 Nr 210, poz. 2136).

- Ustawę z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. 2005 Nr 169 poz. 1411).
- Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta (Dz.U. 2009 Nr 52, poz. 417).
- Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. 2008 Nr 234 poz. 1570).
- Ustawę z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodzie pielęgniarki i położnej (Dz.U. 2011 Nr 174 poz. 1039).

ABSTRACT

ILNICKA PAULINA

Realisation of the patients' rights in cross-border healthcare

The subject of this article are the patients' rights in cross-border healthcare. This is a very important issue from the point of view of the protection of patients in EU. The people who travel in the European Union, should have an assurance that their healthcare rights will be respected. For their safety, Member States have to create clear and transparent rules to use cross-border healthcare. In my opinion the main of this rule should be the rule of non-discrimination that means that everyone citizens of EU should be treated on the a similar way. The first act related with Patients' Rights in the European Union was The Single European Act. This act contained very general provisions, about health policy. The provisions related with patients' rights were developed barely in later treaties. In the present day the most popular act is Cross-border Directive (March 9, 2011) which gives patients a lot of possibilities to try reimbursement for treatment abroad. The Directive consists of 5 chapter and 23 article. The first chapter treat about general provisions, the second about obligations of the Member States, the next about reimbursement for treatment and cooperation between Member States and the last one about final provisions. On my own professional experience I know that this Directive is necessary because the citizens of European Union are very mobile, they live and work in many places in EU and this is a reason why they need some kind of warranty to obtain medical benefits in many countries.

Instytucja zamiany kary grzywny na pracę społecznie użyteczną

Słowa kluczowe: kara grzywny, prawo karne, kodeks karny, praca społecznie użyteczna

Praca społecznie użyteczna jest stosunkowo nową instytucją, podobną do instytucji pracy na rachunek grzywny, którą przewidywał Kodeks karny z 1932 r., i która została wprowadzona do polskiego ustawodawstwa karnego w 1995 roku, a więc na krótko przed wejściem w życie obecnego Kodeksu karnego. Przepis art. 45 k.k.w., dotyczący pracy społecznie użytecznej nie miał swoich odpowiedników w Kodeksie karnym wykonawczym z 1969 r., według którego w wypadku bezskuteczności postępowania egzekucyjnego, sąd zarządzał wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności¹.

Wyrazem dążenia do zminimalizowania zjawiska zastępowania grzywny karą pozbawienia wolności stało się utworzenie instytucji pracy społecznie użytecznej, a więc możliwości zastosowania dolegliwości wobec skazanych nie płacących grzywny, przy jednoczesnym uniknięciu kary zastępczej, związanej z pozbawieniem wolności². Praca społecznie

1 S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 161.

2 J. Jakubowska-Hara, J. Skupiński, *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, Warszawa 2009, s. 74.

użyteczna nie wywołuje zatem charakterystycznych dla pozbawienia wolności konsekwencji zarówno wobec skazanego, jak i jego rodziny³.

Jak podkreśla W. Dadak początkowo instytucja pracy społecznie użytecznej stosowana była sporadycznie. W pierwszych dwóch latach stanowiła niespełna 1% skazań na grzywnę (rok 1995 to 0,9% a 1996–0,8%), podczas gdy w roku 1999 i w latach następnych liczba ta wzrosła do 10%⁴.

Obecnie praca społecznie użyteczna jest stosowana z powodzeniem w wielu krajach, zwłaszcza tam, gdzie kara grzywny jest karą dominującą⁵.

Orzeczenie pracy społecznie użytecznej, zgodnie z art. 45 § 1 k.k.w. może nastąpić gdy:

- grzywna podlegająca zamianie nie przekracza 120 stawek dziennych, oraz
- egzekucja grzywny okazała się bezskuteczna lub z okoliczności wynika, że byłaby bezskuteczna⁶.

W wyniku nowelizacji z 2011 r. zrezygnowano z warunku uzyskania zgody skazanego – wymóg zgody skazanego, dotyczący zamiany kary grzywny na pracę społecznie użyteczną był związany z dążeniem polskiego ustawodawcy, by omawianą instytucję dostosować do zakazu pracy przymusowej, wyrażonego w ratyfikowanych przez Polskę umowach międzynarodowych: w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r. a także w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r.⁷ Obowiązek wykonywania pracy nie może być bowiem nakładany i stosowany jako sankcja karna. Skazany może zatem odmówić wykonania kary grzywny w tej formie, ale musi mieć świadomość, iż konsekwencją tej decyzji będzie zastosowanie przez sąd zastępczej kary pozbawienia wolności. Nie oznacza to jednak, że proponowana przez sąd zamiana kary grzywny na pracę społecznie użyteczną ma charakter przymusowego realizowania obowiązku pracy⁸.

Zastosowanie pracy społecznie użytecznej może nastąpić bez przeprowadzania postępowania egzekucyjnego. W razie zamiany przez sąd kary grzywny na pracę społecznie użyteczną z pominięciem egzekucji,

3 W. Dadak, *Grzywna samoistna w stawkach dziennych*, Warszawa 2011, s. 230.

4 J. Jakubowska-Hara, J. Skupiński, *Alternatywy...*, s. 89.

5 W. Dadak, *Grzywna...*, s. 231.

6 R. Giętkowski, *Zamiana grzywny na pracę społecznie użyteczną*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 5, s. 88.

7 *Ibidem*.

8 W. Dadak, *Grzywna...*, s. 230.

w uzasadnieniu postanowienia konieczne jest wykazanie, że z okoliczności sprawy wynika, iż byłaby ona bezskuteczna. Termin „z okoliczności sprawy wynika, że byłaby ona bezskuteczna” należy rozumieć jako całokształt okoliczności ujawnionych w postępowaniu, mających wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, ustalonych na podstawie dowodów przeprowadzonych w toku postępowania. Mogą to być zarówno okoliczności ujawnione na rozprawie, jak i dowody wniesione przez stronę do procesu karnego w postępowaniu sądowym czy przygotowawczym⁹. Jak podnosi W. Grzeszczyk; całokształt okoliczności ujawnionych w postępowaniu, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oznacza, że organ wydający orzeczenie, nie może pominąć żadnej z tych okoliczności. Tym samym okoliczności nieujawnione w toku postępowania, nie mogą być podstawą rozstrzygnięcia¹⁰. Ujawnienie okoliczności może nastąpić przez odczytanie protokołu oraz innych dokumentów sporządzonych w ramach postępowania karnego¹¹. Sąd na podstawie materiału dowodowego sprawy jest w stanie określić konieczność wszczęcia postępowania egzekucyjnego lub zaniechanie takiej czynności.

Bezskuteczność egzekucji powinna być stwierdzona w protokole sporządzonym przez komornika, którego odpis, jako dowód dołącza się do akt sprawy. Protokół komornika powinien zawierać oznaczenie miejsca i czasu czynności, imiona i nazwiska stron oraz innych osób uczestniczących w czynności, sprawozdanie z przebiegu czynności, wnioski i oświadczenia a także podpisy obecnych, wzmiankę o odczytaniu protokołu oraz podpis komornika. Do protokołu powinny być wpisane, składane w postępowaniu egzekucyjnym, wnioski i oświadczenia wnoszone przez strony, uczestników postępowania czy inne osoby. Protokół sporządzony przez komornika jest dokumentem urzędowym. Strony i uczestnicy postępowania mogą żądać jego sprostowania lub uzupełnienia najpóźniej przy następnej czynności egzekucyjnej, o której zostały zawiadomione¹². Możliwość orzeczenia pracy społecznie użytecznej bez przeprowadzania postępowania egzekucyjnego, w przypadku bezskuteczności egzekucji,

9 M. Wysocka, *Nowelizacja kodeksu karnego wykonawczego w zakresie zastępczych form wykonania kary grzywny*, [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, red. L. Bogunia, t. XX, Wrocław 2006, s. 321.

10 W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 104.

11 Z. Gostyński, J. Bratoszewski, [w:] *Komentarz. Kodeks postępowania karnego*, red. Z. Gostyński, t. I, Warszawa 2003, s. 646.

12 M. Wysocka, *Nowelizacja...*, s. 319.

ma na celu obniżenie kosztów i skrócenie czasu trwania postępowania wykonawczego.

W doktrynie zarysowały się odmienne stanowiska co do tego, czy bezskuteczność egzekucji powinna dotyczyć całej grzywny, czy też jej części. Zdaniem W. Wróbla, określona w art. 45 § 1 k.k.w. granica stawek dziennych, nie odnosi się do liczby stawek orzeczonych w wyroku, lecz do liczby stawek podlegających wykonaniu. Zdaniem Autora może zaistnieć sytuacja, gdy sprawca uiszcza część grzywny, albo część grzywny zostanie ściągnięta w drodze egzekucji. Wówczas pozostała część grzywny może zostać zamieniona na pracę społecznie użyteczną¹³. Odmienny pogląd wyraził K. Postulski, który stwierdził, że wskazana w omawianym przepisie liczba stawek, odnosi się do liczby stawek określonych w wyroku skazującym. Autor uważa, że art. 45 § 1 k.k.w. dotyczy bezskuteczności egzekucji kary grzywny jako całości¹⁴. Wojciech Dadak natomiast, wskazał na istnienie dwóch sytuacji dotyczących bezskuteczności egzekucji: gdy skazany nie wykonał grzywny w jakimkolwiek zakresie oraz gdy polecenie egzekucyjne dotyczyło jedynie niewykonanej grzywny. W pierwszym przypadku bezskuteczność egzekucji wystąpi, gdy komornik nie zdoła ściągnąć grzywny w całości, w drugim, gdy nie zdoła ściągnąć całości kwoty będącej przedmiotem polecenia egzekucyjnego. O bezskuteczności egzekucji przesądza nieściągnięcie kwoty, będącej przedmiotem polecenia egzekucyjnego. Jeśli zatem poleceniem objęta była cała grzywna, wówczas egzekucja będzie nieskuteczna, gdy nie zostanie ściągnięta w całości. Natomiast gdy skazany uiszczył część grzywny, a następnie wszczęto egzekucję, bezskuteczność będzie miała miejsce w przypadku nieściągnięcia całej kwoty wskazanej w poleceniu egzekucyjnym¹⁵.

Należy wyraźnie podzielić pogląd, który wyraził K. Postulski, że przez określony w art. 45 § 1 k.k.w. wymiar kary grzywny (maksymalnie 120 stawek), która może być zamieniona na pracę społecznie użyteczną, należy rozumieć wymiar tej grzywny wskazany w wyroku. Zdaniem Autora nie jest możliwa zamiana na pracę społecznie użyteczną grzywny, orzeczonej w wymiarze powyżej 120 stawek dziennych, ściągniętej częściowo

13 W. Wróbel, *Grzywna w nowym kodeksie karnym, Nowa kodyfikacja karna*, [w:] *Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 15, Warszawa 1998, s. 41.

14 K. Postulski, [w:] Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 1998, s. 138.

15 W. Dadak, *Grzywna...*, s. 185.

w drodze egzekucji i wynoszącej, w chwili stwierdzenia bezskuteczności dalszej egzekucji nie więcej niż 120 stawek dziennych. Treść art. 45 § 1 k.k.w. wskazuje na bezskuteczność egzekucji jako całości. Przepis ten nie wspomina o ściągnięciu w drodze egzekucji tylko części grzywny, tak jak ma to miejsce na przykład w art. 46 § 4 k.k.w.¹⁶

Wykonanie pracy społecznie użytecznej odbywa się na podstawie przepisów dotyczących realizowania obowiązku pracy związanej z karą ograniczenia wolności. Praca społecznie użyteczna to nieodpłatna, kontrolowana praca na cele społeczne. Cel społeczny to cel społecznie użyteczny, który przynosi korzyść określonej wspólnocie ludzi¹⁷. Skazany nie otrzymuje żadnego wynagrodzenia za pracę. Obowiązek pracy ma wzbudzać w skazanym wolę kształtowania społecznie pożądanym postaw, zwłaszcza poczucia odpowiedzialności i przestrzegania porządku prawnego. Wykonywanie pracy przez skazanego, zgodnie z art. 56 § 2 i 3 k.k.w. może odbywać się w:

- fundacjach, stowarzyszeniach, instytucjach czy organizacjach użyteczności publicznej, niosących pomoc charytatywną,
- jednostkach organizacyjnych pomocy społecznej,
- podmiotach leczniczych (w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej),
- młodzieżowych ośrodkach socjoterapii,
- młodzieżowych ośrodkach wychowawczych,
- placówkach oświatowo-wychowawczych,
- instytucjach lub organizacjach, reprezentujących społeczność lokalną,
- państwowych lub samorządowych jednostkach organizacyjnych,
- podmiotach, dla których organ samorządu terytorialnego jest organem założycielskim, a także
- spółkach prawa handlowego z wyłącznym udziałem Skarbu Państwa¹⁸.

Artykuł 54 k.k.w. określa miejsce wykonywania pracy. Pracę społecznie użyteczną wykonuje się w miejscu zamieszkania lub zatrudnienia skazanego, albo w niewielkiej odległości od tego miejsca, chyba że ważne względy przemawiają za jej wykonaniem w innym miejscu. Pojęcie „niewielka odległość” jest pojęciem względnym i trudno go dokładnie

¹⁶ K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 272.

¹⁷ S. Paweła, *Prawo karne wykonawcze. Zarys wykładu*, Kraków 2003, s. 165.

¹⁸ J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 293.

sprecyzować. Sąd interpretując pojęcie „niewielka odległość” powinien zatem uwzględnić szereg istotnych czynników: warunki drogowe, komunikacyjne, możliwości czasowe i zdrowotne skazanego – mając na względzie, by wykonanie pracy nie stwarzało skazanemu dodatkowych dolegliwości, które nie są bezpośrednio z pracą związane¹⁹. Przytoczony przepis stanowi również, że praca może być wykonywana w miejscu położonym w większej niż niewielka odległość od miejsca zamieszkania lub zatrudnienia skazanego, jednak muszą zaistnieć „ważne względy”. Chodzi o sytuacje wyjątkowe, na przykład możliwość wykonania pracy jedynie w znacznej odległości (na skutek braku pracy w miejscu zamieszkania lub zatrudnienia) czy konieczność odizolowania skazanego od środowiska, które wywiera na niego ujemny wpływ²⁰.

Zamiana kary grzywny na pracę społecznie użyteczną następuje w formie postanowienia. O zamianie grzywny na pracę orzeka sąd, określony w art. 3 § 1 lub 1a k.k.w.²¹. W procesie kontroli i organizacji wykonywania przez skazanego pracy społecznie użytecznej istotną rolę odgrywają sędziwi kuratorzy zawodowi, których zakres kompetencji w tym przedmiocie określają art. 55 § 2, 57 i 60 k.k.w. Sądowy kurator zawodowy ma prawo, podobnie jak sąd, w każdym czasie żądać wyjaśnień od skazanego, dotyczących wykonywania pracy społecznie użytecznej i wzywać go w tym celu do osobistego stawiennictwa. Sądowy kurator zawodowy w terminie 7 dni od doręczenia orzeczenia wzywa skazanego oraz poucza go o jego prawach, obowiązkach a także o konsekwencjach dotyczących uchylania się od odbywania kary. Termin 7-dniowy jest terminem danym kuratorowi na podjęcie czynności, których efektem będzie wysłanie skazanemu wezwania do stawiennictwa w sądzie, a nie jako termin, w którym skazany ma stawić się w sądzie. Termin ten jest liczony od daty otrzymania przez kuratora z sądu, który wydał wyrok w pierwszej instancji, odpisu tego wyroku²².

Sądowy kurator zawodowy określa, po wysłuchaniu skazanego – rodzaj, miejsce i termin rozpoczęcia pracy, o czym niezwłocznie informuje właściwy organ gminy i podmiot, na rzecz którego będzie wykonywana

¹⁹ R. Giętkowski, *Zamiana...*, s. 93.

²⁰ J. Zagórski, *Orzekanie i wykonywanie kary ograniczenia wolności oraz pracy społecznie użytecznej w Polsce*, Łódź 2004, s. 62.

²¹ K. Postulski, *Kodeks...*, s. 273.

²² *Ibidem*.

praca²³. Określenie rodzaju, miejsca i terminu rozpoczęcia pracy nie może nastąpić, jeśli skazany nie stawi się na wezwanie kuratora, bez względu na to, czy było to niestawiennictwo usprawiedliwione czy też nie. Zgodnie z przepisem zawartym w art. 57 § 2 k.k.w., jeśli skazany nie stawi się na wezwanie (przesłane za zwrotnym potwierdzeniem odbioru) lub pouczony o prawach, obowiązkach i konsekwencjach związanych z wykonywaniem nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne nie wyrazi zgody na podjęcie pracy, czy też uchyła się od obowiązku pracy, wówczas kurator kieruje do sądu wnioski o orzeczenie kary zastępczej. Pouczenie skazanego powinno być udokumentowane i potwierdzone jego podpisem, co umożliwi powołanie się na ewentualny zarzut uchylania się skazanego od pracy. Obowiązkiem organu, w którym skazany wykonuje pracę społecznie użyteczną jest niezwłoczne informowanie sądowego kuratora zawodowego o istotnych okolicznościach dotyczących przebiegu pracy: liczbie godzin przepracowanych przez skazanego, rodzaju wykonywanej przez niego pracy, opuszczeniu stanowiska pracy bez usprawiedliwienia czy niepodjęciu przydzielonej pracy.

Określenie miejsca, rodzaju i terminu rozpoczęcia pracy jest decyzją kuratora, która podlega kontroli sądu, dlatego powinna być sporządzona na piśmie wraz z uzasadnieniem oraz ogłoszona lub doręczona skazanemu. Skazanemu przysługuje bowiem prawo wniesienia skargi w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia lub doręczenia decyzji²⁴.

Zamiana grzywny na pracę ma charakter fakultatywny, co oznacza, że sąd ma swobodę w przedmiocie dokonania, lub nie takiej zamiany²⁵. Zwrot „sąd może” w art. 45 § 1 k.k.w. należy rozumieć jako możliwość, a nie konieczność orzeczenia pracy społecznie użytecznej.

Praca społecznie użyteczna jest określana w miesiącach, przy czym, nawiązując do art. 45 § 1 k.k.w. zamieniona na tę pracę grzywna nie może przekraczać 120 stawek dziennych. Praca społecznie użyteczna zatem, może być orzeczona w wymiarze od jednego do dwunastu miesięcy, przy czym 10 stawek dziennych grzywny odpowiada miesiącowi pracy społecznie użytecznej, z zaokrągleniem do pełnego miesiąca. W świetle art. 45 § 3 k.k.w. jeśli grzywna określona jest kwotowo, maksymalny

23 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. z późn. zmianami.

24 K. Postulski, *Kodeks...*, s. 317.

25 W. Ginalski, *Instytucja zamiany grzywny na pracę społecznie użyteczną*, [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, red. L. Bogunia, t. IV, Wrocław 1999, s. 248.

wymiar grzywny podlegającej zamianie wynosi 240 000 zł., a miesiąc pracy społecznie użytecznej jest równoważny grzywnie w kwocie 20 000 zł.²⁶. Nie jest możliwa zamiana na pracę społecznie użyteczną łącznej kary grzywny, która przekracza 120 stawek dziennych, nawet wówczas, gdy powstała ona z połączenia grzywien, z których żadna nie przekraczała tego wymiaru. Wykonaniu podlega bowiem kara łączna, a nie kary jednostkowe, z których ona powstała²⁷.

Trafnie podnosi W. Dadak, iż rozwiązanie polegające na ograniczeniu wysokości grzywny, którą można odpracować do 120 stawek, powoduje, że w przypadku wyższych grzywien jedyną formą wykonania grzywny staje się zastępcza kara pozbawienia wolności. Drugą kwestią, na którą Autor zwraca uwagę jest czas wykonywania pracy. Ponieważ czas ten nie może być krótszy niż 20 i dłuższy niż 40 godzin, maksymalna liczba godzin pracy społecznie użytecznej wynosi 480. Zdaniem Autora to bardzo wysoka granica, która w ustawodawstwach innych państw jest znacznie niższa²⁸. Dla porównania liczba godzin pracy w Holandii, Wielkiej Brytanii czy Francji wynosi 240, w Portugalii – 180, a w Norwegii czy Danii – 280 godzin²⁹.

Określenie przez sąd czasu pracy w stosunku miesięcznym, powoduje że pracę można wykonywać w sposób elastyczny (kilka dni w wyższym wymiarze a kilka w niższym). Ma to szczególne znaczenie w przypadku zatrudnionych skazanych, którzy wykonywanie pracy społecznie użytecznej mogą dostosować do swojego zatrudnienia³⁰.

Rozpoczęcie zastępczej formy wykonania grzywny w postaci pracy społecznie użytecznej następuje w dniu, w którym skazany przystąpił do wykonywania wskazanej pracy.

Wykonywanie nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne może odbywać się w dni ustawowo wolne od pracy i dni wolne od pracy u danego podmiotu, na rzecz którego jest ona wykonywana³¹.

Artykuł 45 k.k.w. zawiera regulację dotyczącą okresu wykonywania pracy w zamian za grzywnę i czasu tej pracy. Autor W. Dadak wskazuje na problem stygmatyzacji związanej z wykonywaniem pracy w miejscach publicznych, zwłaszcza w niewielkich społecznościach. Praca w takich

26 M. Melezini, *Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, Warszawa 2010, s. 329.

27 K. Postulski, *Kodeks...*, s. 274.

28 W. Dadak, *Grzywna...*, s. 240.

29 J. Giezek, *Kodeks...*, s. 293.

30 *Ibidem*.

31 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. z późn. zm.

warunkach wydatnie zwiększa dolegliwość sankcji, co powinno być, zdaniem Autora, uwzględniane w ramach określania wymiaru i rodzaju pracy³².

Zamiana grzywny na pracę społecznie użyteczną jest niemożliwa, gdy skazany dotknięty jest chorobą lub kalectwem, jest w podeszłym wieku oraz gdy w miejscu jego zamieszkania nie ma odpowiedniej dla skazanego pracy (uwzględniając wiek, stan zdrowia, umiejętności i posiadane kwalifikacje).

Jeżeli skazanym jest osoba do lat 18, to zgodnie z prawem pracy, należy traktować ją jako osobę młodocianą. Nie wolno również zatrudniać kobiet przy pracach szczególnie uciążliwych czy szkodliwych dla zdrowia, a czas ich pracy nie może przekraczać 8 godzin³³.

W niektórych przypadkach omawiana zamiana wydaje się nie tyle niemożliwa, co niecelowa. Niecelowość stosowania pracy społecznie użytecznej jest podyktowana szczególną sytuacją osobistą lub rodzinną skazanego np. opieką nad małymi dziećmi czy osobą chorą lub brakiem stałego miejsca zamieszkania. Zdaniem R. Giętkowskiego, powyższej zamiany należałoby również unikać w przypadku osób młodocianych, uczących się lub podejmujących dopiero zatrudnienie. Mogłoby się bowiem okazać, że wykonywanie pracy odrywałoby ich od nauki a zwiększenie liczby godzin pracy (w przypadku osoby pracującej) mogłoby młodocianego zniechęcić do pracy w ogóle³⁴.

Odmienne stanowisko zajął K. Dąbkiewicz, który uważa, że praca społecznie użyteczna w przypadku młodocianego spełnia istotne funkcje wychowawcze, odpowiadające dyrektywie zawartej w art. 54 § 1 k.k. i jest zarazem oznaką braku pobłażliwości dla faktu naruszenia prawa. Zdaniem Autora oddziaływanie pracy na sprawcę i jej sens polega na wywołaniu u skazanego przekonania, że naruszenie prawa jest naganne i nieopłacalne. Wykonanie pracy społecznie użytecznej ma zatem cel prewencyjny i wychowawczy. Wzbudza również w młodocianym poczucie odpowiedzialności i obowiązku³⁵.

Przepis zawarty w art. 45 § 1 k.k.w. wskazuje, że sąd ustalając wymiar godzin pracy kieruje się dyrektywami zawartymi w art. 53 k.k.:

32 W. Dadak, *Grzywna...*, s. 231.

33 A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 282.

34 R. Giętkowski, *Zamiana...*, s. 90.

35 K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 188.

dyrektywą stopnia winy, by dolegliwość kary nie przewyższała stopnia zawinienia; dyrektywą stopnia społecznej szkodliwości, by przeciwdziałać wymierzeniu kary zbyt łagodnej, gdy stopień społecznej szkodliwości był znaczny i zbyt surowej, gdy stopień społecznej szkodliwości był znikomy; dyrektywą prewencji indywidualnej, by osiągnąć cele zapobiegawcze i wychowawcze względem sprawcy, a także dyrektywą prewencji generalnej, by w świadomości obywatelskiej kształtować przekonanie, że każdy sprawca jest karany w granicach winy. Przepis ten wymienia zatem ściśle określone wskazówki, którymi sąd ma obowiązek kierować się przy wymiarze kary, jednocześnie formułując zasadę swobodnego uznania sędziowskiego w tym przedmiocie³⁶.

W wyniku nowelizacji z 2011 r. uchylony został przepis, który pozwalał na stosowanie korzystniejszych dla skazanego przeliczników przy zamianie kary grzywny na pracę społecznie użyteczną (i na zastępczą karę pozbawienia wolności). Uchylony także został przepis pozwalający na zamianę wykonania orzeczonej zastępczej kary pozbawienia wolności na pracę społecznie użyteczną. Zniesiona także została możliwość odroczenia i przerwy w wykonaniu pracy.

Właściwy organ gminy jest zobowiązany wyznaczyć podmiot, który ma obowiązek przyjąć skazanego do pracy. Podmiot ten ma także obowiązek umożliwienia skazanemu wykonania tej pracy a także pouczenia go o obowiązku pracy sumiennej i przestrzegania porządku i dyscypliny w miejscu pracy³⁷.

Minister Sprawiedliwości, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw administracji publicznej oraz ministrem właściwym do spraw pracy, określa w drodze rozporządzenia tryb wyznaczania przez właściwy organ gminy podmiotów, w których skazany może realizować obowiązek pracy. Rozporządzenie to zawiera także dane dotyczące organizowania miejsc pracy i przydziału pracy oraz kontroli skazanych³⁸.

W postanowieniu z dnia 17 grudnia 2002 r. Sąd Najwyższy słusznie stwierdził, że w razie zamiany kary grzywny na pracę społecznie użyteczną, przy dokonywaniu następnie zamiany grzywny na zastępczą karę pozbawienia wolności, z uwagi na niezrealizowanie przez skazanego pracy, należy za podstawę kary zastępczej brać jedynie część grzywny, która nie została

36 M. Wysocka, *Nowelizacja...*, s. 323.

37 A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks...*, s. 283.

38 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. z późn. zm.

uregulowana w wyniku niestosowania się skazanego do wymogów tej pracy. Zatem przy zarządzaniu kary zastępczej pozbawienia wolności istotne jest określenie czasu, w jakim skazany wykonywał pracę społecznie użyteczną za nieuiszczoną grzywnę. W przeciwnym razie skazany ponosiłby karę podwójną, bardziej dotkliwą niż ta, która jest określona w wyroku³⁹.

Wykonanie kary grzywny w postaci pracy społecznie użytecznej napotyka na trudności w jej organizacji. Podstawowy problem to stworzenie miejsc pracy dla skazanych. W budżetach miast i gmin brakuje bowiem środków, które samorządy mogłyby przekazać placówkom użyteczności publicznej w celu tworzenia miejsc pracy dla skazanych. Jak podkreśla J. Zagórski częste przypadki odmowy zatrudniania skazanych skutkują długotrwałym oczekiwaniem na ustalenie miejsca pracy⁴⁰. Wymogi dotyczące zatrudniania skazanych nakładają bowiem na pracodawców szereg obowiązków, związanych z przygotowaniem zatrudnienia, kosztami ubezpieczenia czy odpowiedniego przeszkolenia. Koszty te mogą powodować, że zatrudnienie skazanych staje się nieefektywne ekonomicznie dla pracodawcy. Brak bowiem odpowiedniego systemu, który spowodowałby, że praca skazanych będzie dla podmiotu zatrudniającego opłacalna ekonomicznie. Jak słusznie podkreśla W. Dadak każda z form wykonania grzywny, oprócz formy właściwej, wymaga pewnych kosztów. Jednak w przypadku pracy społecznie użytecznej są one znacznie niższe od tych, które powstają na skutek orzeczenia zastępczej kary pozbawienia wolności⁴¹. Działalność instytucji zatrudniającej dezorganizują także przypadki uchylania się skazanych od nałożonego na nich obowiązku świadczenia pracy⁴². Jak podnosi S. Lelental nieprawidłowości występują również na etapie zatrudniania skazanych. Zdarza się, że urzędy czy zakłady pracy nieterminowo informują sądy o przebiegu pracy. Brak bowiem pracownika odpowiedzialnego za współpracę z sądem, który informowałby kuratora sądowego o wypadkach uchylania się skazanych od pracy. Zdaniem Autora także i sądy nie zawsze odpowiednio szybko reagują na zgłaszane przypadki uchylania się skazanych od pracy⁴³.

39 K. Postulski, *Kodeks...*, s. 275.

40 J. Zagórski, *Praca skazanych podczas wykonywania kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności w zamian za nieściągalną grzywnę*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2000, nr 27, s. 9.

41 W. Dadak, *Grzywna...*, s. 231.

42 *Ibidem*.

43 S. Lelental, *Kodeks...*, s. 163.

Pomimo powyższych trudności, praca społecznie użyteczna ma wiele zalet. Jest ważnym instrumentem kryminalno-politycznym⁴⁴. Realizowana właściwie, zapobiega stosowaniu zastępczych kar pozbawienia wolności w stosunku do skazanych za przestępstwa o małym stopniu szkodliwości społecznej, nie wykazujących znacznego stopnia demoralizacji. Nie jest zatem uzasadnione, by wobec takich osób stosować środek represji w postaci pozbawienia wolności.

Reasumując, praca społecznie użyteczna pozwala na uniknięcie konsekwencji izolacji więziennej – takich jak demoralizacja czy oderwanie od naturalnego środowiska (rodziny). Sprzyja także obniżeniu kosztów postępowania wykonawczego i zmniejszeniu przeludnienia w zakładach karnych.

Bibliografia

- Dađak W., *Grzywna samoistna w stawkach dziennych*, Warszawa 2011.
- Dąbkiewicz K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Gostyński Z., Bratoszewski J., [w:] *Komentarz. Kodeks postępowania karnego*, red. Z. Gostyński, t. I, Warszawa 2003.
- Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Giętkowski R., *Zamiana grzywny na pracę społecznie użyteczną*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 5.
- Ginalski W., *Institucja zamiany grzywny na pracę społecznie użyteczną*, [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, red. L. Bogunia, t. IV, Wrocław 1999.
- Grzeszczyk W., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2005.
- Grześkowiak A., Wiak K., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Jakubowska-Hara J., Skupiński J., *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, Warszawa 2009.
- Lelental S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2001.
- Melezini M., *Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, Warszawa 2010.
- Pawela S., *Prawo karne wykonawcze. Zarys wykładu*, Kraków 2003.
- Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Postulski K., [w:] Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 1998.
- Wróbel W., *Grzywna w nowym kodeksie karnym*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 15, Warszawa 1998.

44 *Ibidem*.

Wysocka M., *Nowelizacja kodeksu karnego wykonawczego w zakresie zastępczych form wykonania kary grzywny*, [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, red. L. Bogunia, t. XX, Wrocław 2006.

Zagórski J., *Praca skazanych podczas wykonywania kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności w zamian za nieściągalną grzywnę*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2000, nr 27.

Zagórski J., *Orzekanie i wykonywanie kary ograniczenia wolności oraz pracy społecznie użytecznej w Polsce*, Łódź 2004.

Akty prawne

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku z późn. zm.

ABSTRAKT

AGNIESZKA ANTKOWIAK

Issue of exchanging the fine for the community punishment

In the article the author presents the issue of exchanging the fine for the community punishment. The community punishment is a relatively new instrument in Polish criminal law. It was established in Penal Code from 1995. The community punishment allows avoiding the negative consequences of isolation in prison such as demoralization. It also conduces to reduction of executive proceedings costs and decrease of prison overpopulation.

Czy wobec osoby niewinnej, przeciwko której istnieją poważne poszlaki, badanie poligraficzne może dać trafny wynik?

Słowa klucze: prawo karne, proces karny, badanie poligraficzne

Wstęp

Zasady polskiego procesu karnego gwarantują każdej jednostce prawo do obrony. Nakładają ponadto na organ procesowy obowiązek ustalenia prawdy materialnej. Organ ów, dążąc do wyjaśnienia sprawy, podejmuje czynności dowodowe. W swych staraniach wykorzystuje takie metody jak np. analizę DNA, badanie odcisków palców pozostawionych np. na miejscu zdarzenia czy na narzędziu zbrodni, badanie pisma ręcznego, a także, niekiedy wzbudzające kontrowersje, badanie poligraficzne.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555) nie rozstrzygała jednoznacznie o dopuszczalności badań poligraficznych, co wywoływało spory zarówno w doktrynie jak i wśród praktyków. O zakazie stosowania poligrafu przekonani byli np. Z Świda¹,

1 Z. Świda, *Podstawowe problemy nowego kpk*, [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, pod. red. L. Boguni, Wrocław 1997; cyt. za: R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej jako dowód odciążający*, Wrocław 1999, s. 194.

M. Kasperkiewicz i S. Przyjemski², natomiast A. Bulsiewicz³ i E. Gruza⁴ uznawali ekspertyzę poligraficzną za nadal dopuszczalny środek dowodowy. Owe wątpliwości rozwiane zostały po dokonaniu nowelizacji k.p.k., wprowadzonej ustawą z 10 stycznia 2003 roku (Dz.U. Nr 17, poz. 155), dodającej art. 192a oraz art. 199a (co zostanie szerzej omówione w dalszej części pracy).

Warto jednak zwrócić uwagę na uzasadnienie projektu k.p.k., sporządzone już w 1994r i odnośnie badania poligraficznego nieskorelowane z ostatecznym brzmieniem przepisów. Przywoływane są w nim m.in. „humanistyczne założenia procesu karnego” i „gwarancje jednostki ludzkiej w postępowaniu karnym”. Badanie poligraficzne określone zostało natomiast jako „ingerencja w dziedzinę podświadomości człowieka”, pojawiają się tam również twierdzenia, iż „niewinny będzie też reagował na hasła związane z inkryminowanym mu czynem”⁵ Słowa te, napisane przecież przez *największych* ekspertów w dziedzinie postępowania karnego, przygotowujących projekt kodeksu, wydają się wyrażać także pogląd na kwestię dopuszczalności badań poligraficznych wielu innych prawników, zarówno teoretyków, jak i praktyków oraz wyobrażenia zwykłych ludzi. Metodzie tej najczęściej stawia się zarzut, że sam fakt poddania badaniu sprawia, że osoba podejrzewana będzie wykazywała reakcje na pytania krytyczne. Kolejne zarzuty to nieetyczności badania oraz możliwość zakłócenia działania urzędnika przez podejrzanego i tym samym zafałszowania wyniku badania. W niniejszym artykule zamierzam wykazać, iż są to twierdzenia błędne, gdyż ekspertyza poligraficzna może być trafna wobec osoby niewinnej, przeciwko której istnieją poważne powzaski.

-
- 2 M. Kasperkiewicz, S. Przyjemski, *Dowód procesowy z wypowiedzi osoby przestuchiwanej (na kanwie art. 157 par 2 kpk)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997, nr 1, s. 43; cyt. za: R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej...*, s. 194.
 - 3 A. Bulsiewicz, [w:] *Wariografia kryminalistyczna*, pod. red. M. Kulickiego, Szczytno 1998; cyt. za: R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej...*, s. 196.
 - 4 E. Gruza, *Rozstrzygnięcie w krzywej zapisu?*, „Edukacja Prawnicza” 1998, nr 5, s. 19; cyt. za: R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej...*, s. 197.
 - 5 Komisja do spraw Reformy Prawa Karnego, *Uzasadnienie projektu kpk*, Wkładka do zeszytu nr 7–8 „Państwa i Prawa” z 1994 r., s. 147 i nast.; odnośny fragment został w całości powtórzony w: *Uzasadnienie Rządowe Projektu kpk*, [w:] *Nowe kodeksy karne z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 409 i nast.; cyt. za: R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej...*, s. 8).

1. Czym jest poligraf i czy obowiązujący kodeks postępowania karnego zabrania jego stosowania?

1.1. Podstawowe zasady działania poligrafu i przeprowadzania badania poligraficznego

Badanie poligraficzne to proces ujawniania i rejestrowania śladów emocjonalnych zdarzenia w pamięci człowieka. Badanie to przeprowadza się za pomocą aparatu, rejestrującego reakcje układu oddechowego, układu krwionośnego i przewodnictwo elektryczne skóry osoby badanej na zadawane jej pytania.

Uczestnikowi zdarzenia w pamięci pozostają ślady w postaci wspomnień.

Jeśli ktoś ukrywa przed innymi swój udział w konkretnym zdarzeniu, np. w przestępstwie, przecząc temu, to przeczy także faktowi posiadania śladów pamięciowych tego zdarzenia. Gdy osobę taką zapytamy wprost o uczestnictwo w zdarzeniu w określonej roli, bądź też o takie szczegóły, które mogą być znane tylko uczestnikowi takiego zdarzenia, to w pewnych sytuacjach wywołamy u pytanej osoby dające się zaobserwować zmiany aktywności organizmu (zmiany emocjonalne). Im motywacja ukrycia swego udziału w zdarzeniu jest silniejsza, tym stany emocjonalne są intensywniejsze, a ślady emocjonalne wyraźniejsze⁶.

Poligraf w postaci aparatu, mieszczącego się w średniej rozmiarów walizce, rejestruje następujące parametry fizjologiczne:

- 1) Oddech: jeden pomiar dokonywany z przepony brzusznej, a drugi z klatki piersiowej – *pneumo*
- 2) Przewodnictwo elektryczne skóry – za pomocą dwóch elektrod mocowanych do palców badanego – *GSR*
- 3) Ciśnienie krwi wraz z pulsem – za pomocą opaski zakładanej na ramię – *cardio*. W nowszych aparatach dodano jeszcze pletysmograf – zakładany na palec mierzy ciśnienie krwi w palcu

Po przeprowadzeniu wywiadu przedtestowego, badanemu zostają założone wszystkie przyrządy służące do pomiarów fizjologicznych reakcji jego organizmu. Następnie poligraf uruchamia sprzęt i przystępuje do zadawania pytań. Naciska specjalny przycisk gdy zaczyna i kończy zadawać pytanie oraz gdy badany zaczyna udzielać odpowiedzi, dzięki czemu znane są także odstępy czasowe pomiędzy czasem zadania pytania a udzielenia na nie odpowiedzi

⁶ *Kryminalistyka*, pod red. J. Widackiego, Warszawa 1999, s. 376.

przez badanego. Przez całe badanie pisaki rejestrują na papierze reakcje badanego w oddechu, GSR oraz ciśnieniu krwi na zadawane pytania. Dodatkowo ekspert wykonujący badanie cały czas obserwuje zewnętrzne reakcje odpowiadającego i ewentualnie podejmowane przez niego próby zakłócania działania poligrafu. Co bardzo ważne, celem takiego badania nie jest wykrywanie kłamstwa, a stwierdzenie, czy w mózgu badanego zapisał się ślad pamięciowo-emocjonalny związany ze zdarzeniem, o które pyta ekspert.

1.2. Techniki badawcze

1. Technika pytań kontrolnych

Technika ta polega na zadawaniu badanemu pytań, na które odpowiada on „tak” lub „nie”. Można również skonstruować test bez odpowiedzi lub z odpowiedzią „tak” na wszystkie pytania. Występują tu trzy rodzaje pytań:

- a) neutralne, niezwiązane ze zdarzeniem (N)
- b) relewantne, związane ze zdarzeniem (R)
- c) kontrolne (K)

Poniżej przedstawiam przykładowy test, gdzie treść i kolejność pytań została skonstruowana za pomocą techniki Reida (w nawiasie zaznaczam rodzaj pytania):

1. Czy urodził się Pan we Wrocławiu? (N)
2. Czy ma Pan maturę? (N)
3. Czy wie Pan, kto strzelał do M? (R)
4. Czy posiada pan prawo jazdy? (N)
5. Czy to Pan strzelał do M? (R)
6. Czy ukradł Pan kiedykolwiek coś komuś? (K)
7. Czy chodził Pan do szkoły? (N)
8. Czy to Zofia strzelała do M? (R)
9. Czy posiada Pan broń palną (R)
10. Czy okłamał Pan kiedykolwiek żonę? (K)

Dzięki tym trzem rodzajom pytań możemy porównać, jak wyglądają parametry badanego w momencie odpowiedzi na pytanie neutralne, a więc takie, które dotyczy typowych wydarzeń w życiu przeciętnego człowieka, a zatem nie powinny one wywoływać nadmiernych emocji, np. „czy ma Pan maturę?” albo prawdy obiektywnej ze świata zewnętrznego, np. jeżeli badanie przeprowadzane jest we wtorek, to pytanie neutralne może mieć postać „czy dzisiaj jest wtorek?” z parametrami jego reakcji na pytania relewantne, a zatem bezpośrednio dotyczących konkretnego zdarzenia. Ponadto mamy

jeszcze pytania kontrolne, które powinno się konstruować w ten sposób, aby wywoływały one u badanego nie mającego związku ze zdarzeniem większe emocje, a ich znaczenie emocjonalne było porównywalne ze znaczeniem, jakie niesie ze sobą treść pytania relewantnego (praktyka pokazuje, że osoby niezwiązane ze sprawą, nawet podejrzewane o najcięższe przestępstwa, silniej reagują na pytania kontrolne niż relewantne – o czym będzie jeszcze mowa).

2. Technika wiedzy o czynie

Dawniej nazywana testem szczytowego napięcia (ang. Peak of Tension, stąd często używany skrót P.O.T.). Konstrukcja pytań testowych oparta jest na szczególe ze zdarzenia, znanym jedynie organom ścigania i uczestnikowi zdarzenia. Przykładowo, gdy sprawca zadał ofierze pięć ciosów nożem, pytania te zostaną skonstruowane następująco:

1. Czy sprawca zadał cztery uderzenia?
2. Czy sprawca zadał dwa uderzenia?
3. Czy sprawca zadał sześć uderzeń?
4. Czy sprawca zadał pięć uderzeń?
5. Czy sprawca zadał trzy uderzenia?
6. Czy sprawca zadał jedno uderzenie?

Pytanie krytyczne zostało umieszczone na pozycji nr 4, a pozostałe są pytaniami obojętnymi. Wiadomo, że narzędziem zbrodni był nóż, a zatem na podobnej zasadzie można by skonstruować test dotyczący owego narzędzia, w pytaniach obojętnych wymieniając np. młotek, śrubokręt itp. Jeżeli badany oznajmi, iż słyszał o użyciu przez sprawcę noża, wówczas można by wykonać wizualny test, pokazując badanemu fotografie kilku różnych noży, a wśród nich rzeczywistego narzędzia zbrodni.

Dużą przeszkodę w przeprowadzaniu testów P.O.T. stanowi upowszechnienie wiedzy na temat zdarzenia, bowiem wówczas nie tylko sprawca, ale nawet i zupełnie przypadkowa osoba może znać szczegóły zbrodni, dlatego też takie testy można wykonać w nielicznych sprawach.

1.3. Czy kodeks postępowania karnego z 1997 r., znowelizowany w 2003 r., zakazuje przeprowadzania badań poligraficznych?

Według artykułu 193 par 1 k.p.k., jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego. Organ procesowy, czyniąc ustalenia na podstawie informacji uzyskanych od osobowych źródeł

dowodowych, musi dokonać oceny ich wiarygodności. Pomocne mogą się tu okazać wyniki badania poligraficznego.

Obecnie obowiązujący kodeks postępowania karnego nie zabrania przeprowadzania badań poligraficznych, jeżeli tylko badanie takie wykonano biegle i nie wiąże się ono z przesłuchaniem, co wynika z treści przytoczonych poniżej artykułów tego kodeksu:

Art. 192a par. 1: W celu ograniczenia, kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów można pobrać odciski daktyloskopijne, wymaz ze śluzówki policzków, włosy, ślinę, próby pisma, zapach, wykonać fotografię osoby lub dokonać utrwalenia głosu (...).

Par. 2: W wypadkach, o których mowa w paragrafie 1, **za zgodą osoby badanej biegle może również zastosować środki techniczne mające na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu tej osoby.**

Art. 199a k.p.k. stanowi, że: stosowanie w czasie badania przez biegłego środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu badanej osoby możliwe jest wyłącznie za jej zgodą (...).

K.p.k. w art. 171 par 5 pkt. 2 zakazuje stosowania środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu osoby **w związku z przesłuchaniem.** Natomiast w Polsce badanie poligraficzne wykonywane są w formie ekspertyzy.

1.4. Zasady procesu karnego a stosowanie badań poligraficznych

W tym miejscu warto też wspomnieć o zasadach procesu karnego, istotnych z perspektywy osoby, która jest podejrzewana o udział w danym zdarzeniu, ale odmawia jej się możliwości zostania poddaną badaniu poligraficznemu.

Jeżeli chodzi o zasady dotyczące praw oskarżonego, to obok domniemania niewinności i *in dubio pro reo* mamy także zasadę prawa do obrony. Czy aby na pewno zasada ta jest w pełni realizowana w sytuacji, gdy odmawia się danej osobie możliwości skorzystania ze środka służącego do potwierdzenia swojej niewinności, jeżeli środek ten nie jest zabroniony przez prawo?

Ponadto, czy zasada prawdy materialnej nie zostaje tu także naruszona, jeżeli nie wykorzystuje się wszystkich dostępnych metod służących do dojścia do owej prawdy? A praktyka pokazuje, że często analiza wyniku badania poligraficznego prowadziła śledztwo na inne, właściwe, tory.⁷

⁷ Por. np. R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej...*

2. Możliwość błędu wobec niewinnego (błąd Otella)

Przeciętny człowiek może postawić pytanie: czy niewinny będzie odczuwał emocje, gdy jest niesłusznie podejrzany? Ten problem pojawił się nawet w literaturze pięknej, np. w dziele „Otello”, autorstwa W. Szekspira. Błędem Otella nazywa się uznanie osoby niewinnej za sprawcę zarzucanego jej czynu, gdy oskarżyciel przyjął, że źródłem reakcji emocjonalnej podejrzanego jest fakt, iż osoba ta czuje się winna i boi się konsekwencji popełnionego czynu. W rzeczywistości jej emocje są powodowane strachem, że osoba oskarżająca nie uwierzy w jej niewinność (tak właśnie Otello odczytał reakcję Desdemony na zarzut cudzołóstwa – choć naprawdę jej strach wynikał z obawy, iż Otello nie da wiary jej wyjaśnieniom).

Czy niesłusznie posądzona osoba może reagować podczas badania poligraficznego na pytania krytyczne w taki sam sposób, jak sprawca, dlatego, że boi się grożącej jej odpowiedzialności karnej, wykluczenia społecznego? Powyższa wątpliwość wydaje się być kwestią kluczową odnośnie wartości poznawczej badania poligraficznego i jego przydatności dowodowej w procesie karnym, jest to także jeden z głównych zarzutów podnoszonych przez przeciwników badania. Odpowiedzi na owo pytanie postaram się udzielić przedstawiając konkretne zdarzenia:.

2.1. Sprawa Moniki

Pewnego wieczora 15-letnia Monika wyszła na dwór żeby pojeździć na rowerze. Nie wróciła. We wsi, w której mieszkała, pojawiła się plotka, iż dziewczyna przyłapała matkę z kochankiem w niedwuznacznej sytuacji i dlatego matka ją zamordowała⁸. Drugą możliwością było, według sąsiadów, oddanie Moniki Niemcom do nieformalnej adopcji. Prawie roczne poszukiwania nie dawały rezultatu, nie odnaleziono ani dziewczyny, ani roweru. Plotki się nasilały i okazało się, że mają one uzasadnienie w pewnych faktach, wysoce uprawdopodobniających istnienie motywu u matki. Prokurator wydał postanowienie o przeprowadzeniu ekspertyzy poligraficznej obojga rodziców, dwóch sąsiadów i domniemanego kochanka matki. Celem ekspertyzy było sprawdzenie realności

⁸ *Ibidem*, s. 131. Autor zamieszcza także fragmenty poligramów z przeprowadzonego badania.

hipotezy o zabójstwie, mimo że formalnie sprawa dotyczyła zaginięcia osoby. W pytaniach krytycznych testu pytań kontrolnych ekspert używał określenia „pozbawienie życia”, stosował także testy wiedzy o czynie, zmierzające do uzyskania odpowiedzi na pytania: „co się stało z ciałem?” i „co się stało z rowerem?”. Matka miała pełną świadomość przypisywanej wobec niej hipotezy o zabójstwie własnej córki. Mimo to, podczas wywiadu przedtestowego tylko lekko drżały jej ręce i zmieniała się barwa głosu, co zanikało w dalszych etapach badania. Proporcje reakcji między pytaniami krytycznymi a kontrolnymi były typowe dla osób nie związanych ze zdarzeniem, a w kolejnych zapisach testu tendencja ta była coraz wyraźniejsza. Wynik przeprowadzonego badania wskazywał, iż matka nie ma związku ze sprawą. Podobne rezultaty dało też badanie domniemanego kochanka matki. Inny wynik uzyskano natomiast po zbadaniu poligrafem jednego z sąsiadów. Występujące u niego reakcje były zupełnie różne od reakcji matki dziewczyny, a z zapisów wynikało, iż nie jest on sprawcą zabójstwa, niemniej jednak coś w tej sprawie wie i ukrywa. Kilka tygodni po przeprowadzeniu badań odkopano w lesie ciało dziewczyny. Na skutek zbiegu okoliczności, jakim było rozpoznanie w osobie drugiego sąsiada Moniki pedofila przez jedną z jego ofiar, organa ścigania dysponujące, zaczęły pytać także o Monikę. Sąsiad został zbadany poligrafem, jego reakcje były przeciwstawne do reakcji matki dziewczyny, i następnie przyznał, że w dniu śmierci Moniki wyszedł na spacer do lasu, dziewczyna niechcący najechała na niego rowerem, spadła i uderzyła się tyłem głowy o drzewo, wskutek czego, jego zdaniem, zmarła. Mężczyzna przestraszył się i nie wezwał pomocy tylko zakopał ciało w lesie. Zatem wynik badania poligraficznego okazał się trafny. Przeciwno owemu sąsiadowi wniesiono akt oskarżenia, został skazany. Warto wspomnieć także o pierwszym sąsiedzie, o którym na podstawie wyników badania poligraficznego można było powiedzieć, że wie coś na temat zdarzenia, ale nie jest sprawcą zabójstwa. Otóż okazało się, że ów mężczyzna widział przez okno sąsiada – pedofila, który kilkakrotnie przechodził przez pole do lasu i z powrotem, potrzebował bowiem narzędzi do zakopania ciała Moniki. I znów wynik badania poligraficznego okazał się trafny.

Według rozumowania przeciwników przeprowadzania badań poligraficznych, udzielających twierdzącej odpowiedzi na pytanie postawione na wstępie niniejszego rozdziału, matka 15-letniej Moniki, podejrzewana o zamordowanie córki, powinna najsilniej reagować na pytanie o treści

„czy to pani pozbawiła życia Monikę?”. Powinna reagować niezmiernie silnie, ponieważ nie tyle posądzano ją o dokonanie zabójstwa nieważnego dla niej człowieka, co o pozbawienie życia własnego dziecka. Czy w chwili przeżywania osobistej straty można otrzymać większy cios niż bycie pomówionym przez otoczenie, a następnie podejrzanym przez organa ścigania, iż jest się sprawcą owej tragedii? A mimo to matka nie wykazywała reakcji ani na pytanie o zamordowanie przez nią Moniki ani na inne pytania krytyczne.

2.2. Sprawa Oli

Poniższy przykład ilustruje podobną sytuację, tym razem jednak podejrzewano nie matkę a ojca o zamordowanie córki, w dodatku w mediach sugerowano, że zdarzenie nastąpiło na tle molestowania seksualnego dziecka przez ojca⁹. Gdy ośmioletnia Ola nie wróciła ze szkoły do domu, przyjęto wersję zdarzenia, iż to ojciec porwał ją i ukrył. Matka dziewczynki twierdziła, że mąż często upijał się i bił ją, podejrzewała, że chce odejść do innej kobiety i zacząć życie od nowa – córkę uprowadził, żeby mieć ją przy sobie. Ponadto jeden ze świadków podał, że widział ojca dziecka, który podjechał autem w pobliże szkoły i zabrał dziewczynkę ze sobą. Sam ojciec w dniu zniknięcia Oli wrócił do domu bardzo późno i nie denerwował się, że dziecko jeszcze nie wróciło do domu (często zostawało po szkole u byłych sąsiadów). Wszystkim oskarżeniom stanowczo zaprzeczał. Miał też alibi: w dniu zaginięcia Oli pomagał znajomemu naprawiać traktor. Mimo to aresztowano go. Poddany został badaniu poligraficznemu, podczas którego silniej reagował na pytania kontrolne niż relewantne¹⁰. Ekspert wykluczył jego związek ze sprawą. Prawdziwym sprawcą okazał się później rzekomy świadek zdarzenia, ten, który twierdził, że widział, jak ojciec zabiera dziecko spod szkoły, którego zdemaskowało badanie poligraficzne.

I znów, człowiek podejrzewany o przestępstwo najcięższego kalibru, zabójstwo córki (na tle seksualnym, jak dodawały media), któremu przypięto łąc „potwora” podczas badania nie reagował na pytania krytyczne, dotyczące uśmiercenia własnego dziecka.

⁹ R. Jaworski, *Konfrontacyjne badania poligraficzne*, Kraków 2010, s. 98.

¹⁰ *Ibidem*, s. 99, gdzie autor zamieszcza także fragment poligramu ojca i rzeczywistego sprawcy.

2.3. Sprawa Krzysztofa

Kolejna sprawa ma już inny charakter, bowiem dotyczy pomówienie niewinnego mężczyzny o dokonanie sadystycznego zabójstwa¹¹. Pierwszy podejrzany, jak się później okazało rzeczywisty sprawca gwałtu i zabójstwa młodej dziewczyny oświadczył, że nie działał sam, a razem z kolegą i to właśnie ów kolega zadawał jej śmiertelne uderzenia. Zmienność i niekompletność wyjaśnień a także domniemany udział innego człowieka w zdarzeniu skłoniły prokuraturę do wykonania badań poligraficznych podejrzanego oraz jego kolegi Krzysztofa – rzekomego współsprawcy. Analiza trzech zapisów testu wykazała, że pytania kontrolne powodują większe emocje u badanego niż pytania relewantne o treści: „czy to ty udusiłeś dziewczynę smyczą?”, „czy to ty zadałeś śrubokrętem ciosy dziewczynie?”.

W późniejszym procesie Krzysztofowi nie przedstawiono zarzutów, natomiast głównego podejrzanego skazano na karę dożywotniego pozbawienia wolności. Także i w tym przypadku, jeżeli prawdziwa byłaby teza przeciwników poligrafu, jakoby podejrzewany wykazywał reakcję na pytania relewantne, gdyż obawia się niesłusznego skazania, jak wytłumaczyć brak reakcji mężczyzny, świadomego surowych konsekwencji, jakie za popełnienie tego przestępstwa poniesie osoba uznana za winnego, który reagował silnie na pytania kontrolne?

3. Przyrząd do torturowania ludzi?

Kolejnym zarzutem powszechnie stawianym badaniu poligraficznemu jest jego nieetyczność. „Metody te są niczym innym jak próbą legalizacji swoistych, nowoczesnych środków torturowania, sprzecznych z podstawowymi wymogami poszanowania godności ludzkiej(...) W świetle współczesnego stanu nauki metody te nie mogą być uznane nie tylko za środki dowodowe, ale za jakiegokolwiek środki pomocnicze w służbie śledczej”¹² Słowa te w 1955 r. napisał P. Horoszowski, który, kilka lat później, po osobistym zapoznaniu się z metodą przeprowadzania badań

11 *Ibidem*, s. 79, gdzie autor zamieszcza także fragment poligramu z przeprowadzonego badania.

12 P. Horoszowski, *Kryminalistyka*, Warszawa 1955, s. 256; cyt. za: R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej...*, s. 124).

poligraficznych stał się nie tylko jej zwolennikiem, ale pionierem i propagatorem w Polsce. Jednak słowa wypowiedziane przed ponad pięćdziesięciu laty, mimo iż autor zmienił swój pogląd co do badań poligraficznych, wydają się pozostawać aktualne dla współczesnych przeciwników tego badania, którzy, opierając swoje twierdzenia na introspekcji a nie na rzeczonych argumentach, uważają, iż stosowanie poligrafu jest nieetyczne. Czy rzeczywiście?

Obecność stereotypu, iż jest to „przyrząd do torturowania ludzi” w świadomości zwykłych obywateli ilustruje poniższy przypadek: czterdziestoczteroletni Zdzisław, podejrzany o zadżganie nożem kolegi, po zakończeniu badania poligraficznego powiedział ekspertowi, iż obawiał się badania, ponieważ od kolegów dowiedział się, że może zostać uderzony prądem, jeżeli skłamię.¹³ Nic podobnego rzecz jasna nie miało miejsca. Badanie natomiast pozwoliło wykluczyć sprawstwo Zdzisława i nie został on skazany. Sprawcą okazał się jego kolega Zygmunt, który reagował na pytania relewantne testu (reakcje te były powtarzalne) i usiłował zakłócić działanie poligrafu.

Niemniej jednak ten i zapewne parę jeszcze innych stereotypów dotyczących poligrafu (działania samego aparatu jak i wartości poznawczej wyników badania w procesie karnym) pokutuje w świadomości nie tylko owego Zdzisława, ale także innych ludzi, nierzadko wykonujących zawody prawnicze.

Natomiast podczas przesłuchania, gdzie w podręcznikach akademickich¹⁴ opisuje się techniki przesłuchania podejrzanego, wyróżniając np. metodę kumulatywnego i selektywnego ujawniania dowodów, metodę stymulowania i wykorzystania stanów emocjonalnych czy metodę wykorzystywania informacji o podejrzanym. Obecne są zatem podczas przesłuchania elementy manipulacji stosowane przez pytającego, w celu uzyskania od przesłuchiwanego zeznania. I jest to praktyka powszechnie akceptowana, tylko czy aby na pewno etyczna? Odrębną kwestią pozostaje sposób traktowania przesłuchiwanego przez osoby przesłuchujące, ale jest to temat na odrębny artykuł.¹⁵

13 R. Jaworski, *Konfrontacyjne badania poligraficzne*, Kraków 2010, s. 57.

14 Por. np. E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Warszawa 2008.

15 Por. np. R. Jaworski, *Skutki „zakazu” stosowania poligrafu w k.p.k. z 1997 r.*, „Palestra” 2009, nr 9–10, s. 97, gdzie autor opisuje przypadek badanego poligrafem 17-letniego chłopca.

Warto przytoczyć w tym miejscu dwa przypadki, opisane przez R. Jaworskiego w jednym z artykułów opublikowanych w *Paestrze*¹⁶. W obu oskarżeni byli uwięzieni przez okres prawie trzech lat, w obu badanie poligraficzne jednoznacznie wykazało, iż ludzie ci nie mają związku ze zdarzeniami, za które zostali faktycznie pozbawieni wolności. W obu okazali się niewinni i uwolnieni.

Pierwsza sprawa¹⁷ dotyczyła zabójstwa kobiety z 2000r, do którego przyznała się kobieta, podając jako współsprawców swojego konkubenta i jego kolegę. Mężczyźni od początku zaprzeczali zarzutowi i kilkakrotnie domagali się wykonania badania poligraficznego z ich udziałem. Prokuratura owe wnioski dowodowe odrzucała, mówiąc, że badania te są zabronione. Gdy minęło kilka tygodni kobieta odwołała przyznanie, co prokurator uznał za posunięcie taktyczne i wniósł do sądu akt oskarżenia, w którym opisano zdarzenie według wyjaśnień kobiety. Sąd Okręgowy powziął wątpliwość odnośnie ich prawdziwości z powodu rozbieżności tych wyjaśnień z wynikami oględzin. Sąd uznał, że badanie poligraficzne umożliwi rozstrzygnięcie sprzeczności; wykonano je w grudniu 2003 roku. Żaden z mężczyzn nie zareagował na pytania relewantne dla sprawy. U kobiety nie wystąpiły reakcje po pytaniach dotyczących rzeczywistego rozmieszczenia śladów, nie mogła ona zatem uczestniczyć w zdarzeniu. Ekspert sformułował także opinię łączną dla wszystkich badanych, w której wykluczył ich udział w napadzie. Sąd uniewinnił oskarżonych w obu instancjach, wykazując przede wszystkim sprzeczność początkowych wyjaśnień kobiety z innymi dowodami. Oskarżeni byli uwięzieni prawie 8 lat. Prawdziwych sprawców nie wykryto i najprawdopodobniej nie nastąpi to nigdy.

Drugi przypadek¹⁸ to również sprawa z 2000r, tym razem zabójstwo mężczyzny na tle rabunkowym. W 2003r Sąd Okręgowy skazał dwóch oskarżonych, którzy w chwili czynu mieli po 18 lat. Każdego z nich na karę 12 lat pozbawienia wolności. Mężczyźni nie przyznawali się do popełnienia zarzucanego im czynu. Jedynym dowodem przeciwko nim były zeznania kolegi, w chwili zdarzenia miał 14 lat. Chłopiec, zatrzymany przez policję kilka dni po zabójstwie, powiedział, że popełnił owo przestępstwo z dwoma starszymi kolegami. Przebieg zdarzenia opisany przez 14 latka nie zgadzał się z wynikami oględzin i po jakimś czasie odwołał on swoje przyznanie, decydujące

¹⁶ *Ibidem*, s. 95–100.

¹⁷ *Ibidem*, s. 96.

¹⁸ *Ibidem*, s. 97

znaczenie nadano przyznaniu się nieletniego. Gdy sprawę dorosłych oskarżonych rozpatrywał sąd apelacyjny, do napadu przyznał się faktyczny sprawca. Sąd uchylił areszt wobec dwóch mężczyzn, którzy byli uwięzieni przez 2 lata i 10 miesięcy. Ponieważ sprawca odwołał swoje wyjaśnienia, prokuratura zarządziła wykonanie ekspertyz poligraficznych wobec trzech skazanych i rzeczywistego zabójcy. Obaj dorośli reagowali silniej na pytania kontrolne niż relewantne, co wykluczało ich związek ze zdarzeniem. Najmłodszy z całej trójki, już 17 latek na badanie przywieziony został w kajdankach, podczas wywiadu przedtestowego mówił, że przyznał się bo bał się policjantów, przesłuchiwało go jednocześnie kilku z nich, krzyczeli na niego i bili go. Powiedział, że leczy się psychiatrycznie. Ekspert odstąpił od badania.

I znów pojawia się kwestia prawa do obrony: czy jego odebranie jest etyczne? Czy *de facto* zgoda organu procesowego na to, aby zamykać w więzieniu być może niewinnych ludzi, wobec których nie wykorzystano wszelkich dostępnych środków prowadzących do wykazania ich winy jest etyczna?

4. Czy wynik badania poligraficznego można zakłócić?

4.1. opinie ekspertów

J. Widacki wymienia i omawia następujące metody zakłócenia działania poligrafu:¹⁹

- mechaniczne oddziaływujące na ruchy pisaków (napinanie mięśni, zakłócanie oddechu),
- psychologiczne (próby sterowania emocjami przez badanego, pobudzanie lub hamowanie emocji),
- farmakologiczne (różnorodne leki)

R. Jaworski opisuje doświadczenia z własnej praktyki: np. stosowanie przez badanych treningu autogennego, medytacji oraz ćwiczeń relaksacyjnych. Zdaniem tego autora, to właśnie obserwacja zachowania się badanego pozwala wykryć takie działania. Dlatego zewnętrzne objawy emocji i obserwacja badanego powinny mieć również znaczenie diagnostyczne. I dalej: „analiza całego materiału wskazuje, że trafne jest nadawanie znaczenia

¹⁹ J. Widacki, *Wprowadzenie do problematyki...*, s. 147 i nast.; cyt. za: R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej...*, s. 106).

„diagnostycznego” objawom zakłócania. Osoby nie mające obiektywnego związku ze zdarzeniem przeważnie nie podejmowały takich prób, cierpliwie znosiły nawet długotrwały test, gdyż zależało im na korzystnym wyniku badań. Paru badanych próbowało uzasadniać zakłócanie swoimi staraniami o jak najlepszy wynik. Można jednak rozróżnić przypadkowe deformacje zapisów od działań celowych. Zakłócanie zapisów jest więc bardzo przekonującym wskaźnikiem powiązania ze zdarzeniem. Wykazanie tych zakłóceń jest możliwe przez wyeksponowanie ich w załączonych do sprawozdaniach kopiach zapisów, przybierają one formę wyraźnych, wzrokowo dostrzegalnych deformacji zapisów, poszczególnych parametrów fizjologicznych. Dają się zatem weryfikować. Ekspert może też uzupełnić dokumentację kopiami zapisów innych osób, niepodjemujących takich prób”²⁰. Im badany wyraźniej stara się zakłócić działanie maszyny, tym *de facto* wyraźniej sam siebie demaskuje. Praktyka pokazuje, że sprawcom nie udaje się zakłócać zapisu w taki sposób, żeby umknęło to uwadze poligrafera.

4.2. Eksperymentalne sprawdzanie skuteczności zakłócania badania poligraficznego

W maju 2011 roku obserwowałam eksperyment z zastosowaniem poliografu w Katedrze Kryminalistyki Uniwersytetu Wrocławskiego prowadzony na potrzeby pracy magisterskiej. Celem magistrantki było zweryfikowanie tezy o możliwości zakłócania badania poligraficznego.

Badane były trzy młode kobiety i czterej młodzi mężczyźni – w wieku ok. 25 lat. Badanie obserwowała Izabela i ja. Po zakończeniu eksperymentu zostałam zbadana poligrafem w celu przekonania się, jak czuje się człowiek poddawany takiemu badaniu i czy będę potrafiła „oszukać” poligraf. Badanie bowiem to właśnie miało na celu: sprawdzić, czy można „oszukać” poligraf. Pierwszy test polegał na wymienianiu przez eksperta imion (męskich lub żeńskich, w zależności od płci osoby badanej), np. „czy ma pani na imię Monika?”, w przypadkowej kolejności, w tym imienia osoby badanej. Na każde pytanie polecono wszystkim uczestnikom odpowiadać „nie”. W tym teście uczestnicy badania nie mieli podejmować prób „oszukania” poligrafu. Zapis ich parametrów fizjologicznych z pierwszego testu posłużyć miał bowiem do porównania ich niczym niezakłóconych reakcji fizjologicznych z zapisem drugiego testu, w którym uczestnicy dostali polecenie podjęcia próby „oszukania” poligrafu. Przed przystąpieniem do

20 R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej...*, s. 107 i nast.

badania uczestnik miał wymienić kilka miesięcy, w tym ten, w którym się urodził, nie zdradzając, który to miesiąc. Ekspert dodawał do listy kilka innych miesięcy i kolejno zadawał pytania, np. „czy urodził się pan w czerwcu?”. Na każde pytanie uczestnicy mieli odpowiadać „nie” i jednocześnie próbować zakłócać pracę czujników (wcześniej otrzymali od Izabeli materiały odnośnie tej tematyki). Po badaniu uczestnik zdradzał swój miesiąc urodzenia i sposoby, jakich używał, aby zakłócić poligraf. Po każdym badaniu przyglądaliśmy się zapisowi. U tych osób, które starały się o jak najmniej zauważalne zakłócenie badania (choć u wszystkich badanych można było dostrzec takie próby w postaci np. zamykania oczu, napinania mięśni, ruszania stopą) dostrzegalna była w zapisie reakcja na pytanie, w którym wymieniony był ich miesiąc urodzenia. Część zapisów była w zasadzie niemożliwa do zinterpretowania, ale zapisy te należały do osób, które bardzo wyraźnie starały się badanie zakłócić. Były to jednak warunki eksperymentalne, a badanym nie groziła odpowiedzialność karna ani ostracyzm społeczny. Mogli więc zakłócać do woli. Czy jednak w warunkach nieeksperymentalnych, ale podczas prawdziwego badania osoba posiadająca rzeczywisty związek ze sprawą będzie podejmowała próby ostentacyjnego wręcz zakłócania działania urządzenia? Być może tak, jednakże zapewne nawet dla osoby mniej niż przeciętnie inteligentnej jasnym będzie, że im bardziej stara się ona zakłócić pracę urządzenia, tym wyraźniej poniekąd sama wskazuje na siebie jako na osobę mającą związek ze zdarzeniem.

Zakończenie

Tak przywoływane we wstępie niniejszej pracy analiza DNA, badanie daktyloskopijne jak i badanie pisma ręcznego, musiały najpierw uzyskać powszechną akceptację środowiska, osób, zajmujących się wykrywaniem zbrodni i zbrodniarzy, jak również przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości. I, mimo iż żadna z tych metod nie daje stuprocentowej pewności odnośnie wyniku, to każda z nich ową akceptację uzyskała, w związku z czym organa ścigania i sądy przedstawiają, odpowiednio, akt oskarżenia i skazują na podstawie dostarczanych przez nie wyników.

Nieco inaczej rzecz ma się z akceptacją przez owe środowiska wyników badania poligraficznego. Walizka pełna czujników może początkowo budzić nieufność. Jednak badania poligraficzne z powodzeniem

przeprowadzane są już od kilkudziesięciu lat. Ich wyniki nie tylko pomogły organom ścigania ustalić prawdziwego sprawcę, ale także, a może ale przede wszystkim dzięki ich wynikom osoby niewinne, wobec których organy ścigania dysponowały poważnymi poszlakami, mogły uniknąć odpowiedzialności za nieswoje czyny. Przypadki matki Moniki, ojca Oli, dwóch osiemnastolatków, a także pozostałe historie opisane przeze mnie w niniejszej pracy jednoznacznie dowodzą, iż badanie poligraficzne osoby niewinnej, będącej w sytuacji, gdzie większość faktów świadczy na jej niekorzyść, daje trafny wynik, nie występuje tu „błąd Otella”.

A czy najlepszym sposobem weryfikacji dokładności metody nie jest właśnie praktyka?

Bibliografia

- E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Warszawa 2008.
- R. Jaworski, *Konfrontacyjne badania poligraficzne*, Kraków 2010.
- R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej jako dowód odciążający*, Wrocław 1999.
- R. Jaworski, *Skutki „zakazu” stosowania poligrafu w k.p.k. z 1997 roku*, „Palestra” 2009, nr 9–10, s. 95–100.
- M. Kulicki, V. Kaiatkowska-Darul, L. Stępka, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 2005.
- Kryminalistyka*, red. J. Widacki, Warszawa 1999.
- J. Wójcikiewicz, *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Kraków 2000.
- Postępowanie karne. Część ogólna*, red. Z. Świda, Warszawa 2008.

ABSTRAKT

KORNELIA SZAREK

Can a polygraph give an accurate result concerning an innocent person, against which there is serious circumstantial evidence?

The article presents the problem of polygraph test and its accuracy with reference to not guilty. The polygraph tests are used with success from many years and its

results appeared to be very helpful in finding the crime perpetrators and clearing of charges not guilty ones. Nevertheless this instrument still raises many controversies in legal community.

„Zakaz stadionowy” w prawie polskim

Słowa kluczowe: zakazy stadionowe, naruszenia porządku publicznego, chuligaństwo stadionowe, imprezy masowe, bezpieczeństwo publiczne

Wstęp

Problematyka stadionowego chuligaństwa nie jest zjawiskiem nowym. Już w starożytności dochodziło do rozruchów związanych z imprezami sportowymi. Przykładem mogą tu być zajścia, które miały miejsce w starożytnym Rzymie. W roku 390 n.e., za panowania cesarza Teodozjusza I, zamieszki po aresztowaniu jednego z woźniców rydwanów musiały zostać krwawo stłumione przez armię, a liczbę ofiar szacowano w tysiącach¹. Współcześnie chuligaństwo stadionowe silnie łączone jest z Anglią lat 60. i 70.². Z czasem przeniknęło ono do innych krajów europejskich. Analiza tego fenomenu przekracza jednak ramy niniejszego opracowania. Jego celem jest odpowiedzieć na pytanie „Jakie są prawne środki walki z chuligaństwem na stadionach?”. Autor zdecydował się opisać

1 A. Guttmann, *Sports Spectators from Antiquity to the Renaissance*, „Journal of Sport History” 1981, vol. 8, no. 2, s. 12.

2 P. Chlebowicz, *Chuligaństwo stadionowe. Studium Kryminologiczne.*, WoltersKluwer, Warszawa 2009, s. 15–19.

najbardziej charakterystyczny z nich jakim bez wątpienia jest tzw. zakaz wstępu na imprezę masową zwany też niekiedy „zakazem stadionowym”.

1. Geneza zakazu stadionowego – rozwiązania brytyjskie

Z uwagi na fakt, że to właśnie na wyspach brytyjskich chuligaństwo przybrało znaczne rozmiary i stało się poważnym problemem społecznym, tam też po raz pierwszy zaczęto sięgać po środki prawne aby z tym zjawiskiem walczyć. Dla wielu krajów europejskich rozwiązania brytyjskie stały się potem przykładem jakie prawo stanowić aby ograniczyć liczbę ekscesów na stadionach.

Pierwszym brytyjskim aktem prawnym regulującym tą problematykę jest Public Order Act z 1986 r³. W preambule zaznaczono, że ma on nie tylko regulować kwestie związane ze zgromadzeniami publicznymi ale także zapewnić wyeliminowanie niektórych osób z udziału w imprezach sportowych⁴. Jednak rozwiązania te uznano za niewystarczające, dlatego wprowadzono także regulacje dotyczące wykluczenia osób objętych zakazem stadionowym przewidzianym w Public Order Act od udziału w meczach kadry narodowej. Osoba objęta zakazem nie mogła być członkiem klubu kibica reprezentacji Anglii (*national football team scheme*). W sytuacji gdy osoba będąca członkiem tego klubu została ukarana zakazem, jej członkostwo zostawało natychmiast cofnięte. Uniemożliwiało to zakup biletów na mecze reprezentacji. W 1991 roku wydano kolejny akt prawny – Football Offences Act⁵. Zostały w nim spenalizowane takie zachowania jak wbieganie na plac gry (*invading the pitch*), rzucanie przedmiotami (*throwing missiles*) czy rasistowskie przyśpiewki (*racist chanting*). Wydany w roku 2000 Football Disorder Act⁶ zezwalał na nałożenie zakazu nawet na osoby, które nie popełniły wykroczenia, lecz zostały sklasyfikowane przez policję jako ewentualne zagrożenie (tzw. *known hooligans*)⁷. Jednak

3 *Public Order Act 1986*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64> [dostęp: 12.08.14].

4 “(...) to provide for the exclusion of certain offenders from sporting events (...)” – tłum. Autor.

5 *Football Offences Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/19> [dostęp: 12.08.14].

6 *Football Disorder Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/25> [dostęp: 12.08.14].

7 M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks Karny – część ogólna. Komentarz do artykułów 32–116. Tom II*, CH Beck, Warszawa 2010, s. 122.

tak radykalne działania legislacyjne nie zlikwidowały problemu chuligaństwa. Statystyki pokazują, że mimo tak surowych regulacji, liczba osób objętych zakazem stadionowym w Anglii i Walii w sezonie 2010–2011 wyniosła aż 3173⁸. Na stadionach angielskich nadal zdarzają się incydenty z udziałem kibiców. Przykładem mogą być zamieszki, do których doszło w roku 2009 podczas meczu West Ham United – Millwall⁹. Zajścia związane z chuligaństwem stadionowym przeniosły się także poza same stadiony (*football related violence*).

2. Ewolucja rozwiązań polskich

Po raz pierwszy instytucja środka karnego zakazu wstępu na imprezę masową pojawiła się w 1997 r. w Ustawie o bezpieczeństwie imprez masowych (dalej dUBIM)¹⁰. art. 22 dUBIM operował pojęciem „kara dodatkowa” co stało w sprzeczności z nomenklaturą zastosowaną w Kodeksie Karnym (dalej kk)¹¹ z 1997 r. Kodeks posługiwał się bowiem pojęciem środka karnego. W toku późniejszych zmian ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych nazewnictwo zostało ujednolicone¹². W pierwotnym brzmieniu dUBIM zakaz stadionowy mógł być orzekany na okres od 3 do 12 miesięcy. Dalsze nowelizacje sukcesywnie wydłużały ten okres, i przed wprowadzeniem nowej ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych w 2009 r.¹³ (dalej UBIM), zakaz mógł być orzekany na czas od 2 do 6 lat. Okres ten był i jest, bowiem obecne regulacje również przewidują identyczne rozwiązania, dość długi. Biorąc jednak pod uwagę

8 *Home Office, Statistics on Football Related Arrests & Banning Orders Season 2010–2011*, <http://www.homeoffice.gov.uk/publications/crime/football-arrests-banning-orders/fbo-2010–11?view=Binary> [dostęp: 12.08.14].

9 *Man stabbed as trouble erupts at West Ham v. Millwall Carling Cup game*, „The Guardian”, <http://www.guardian.co.uk/football/2009/aug/25/trouble-reported-west-ham-millwall> [dostęp: 12.08.14].

10 Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. nr 106, poz. 60).

11 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks Karny (Dz.U. nr 88, poz. 553, z późn. zm.).

12 Ustawa z dnia 30 marca 2001 r. o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych i ustawy o Policji (Dz.U. nr 41, poz. 465).

13 Ustawa z dnia 21 kwietnia 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. z 2013 r. nr 611 t.j. z późn. zm.).

rozwiązania brytyjskie, gdzie zakaz może być orzekany nawet dożywotnio, ustawodawca polski był jednak o wiele łagodniejszy¹⁴.

Pierwotnie zakaz mógł być orzekany tylko za wykroczenia. Odwoływał się do Kodeksu Wykroczeń (dalej kw)¹⁵ i wskazywał na następujące wykroczenia: Nieopuszczenia zbiegowiska publicznego pomimo wezwania właściwego organu (art. 50 kw), zakłócania porządku publicznego (art. 51 kw), nawoływania do popełnienia przestępstwa, przeciwdziałania przemocą aktowi stanowiącemu źródło prawa powszechnie obowiązującego w RP (art. 52a kw), niszczenia mienia o wartości poniżej 250 zł. (art. 124 kw) oraz utrudniania lub uniemożliwiania korzystania z urządzeń przeznaczonych do użytku publicznego. W samej ustawie o bezpieczeństwie imprez masowych z 1997 r. uregulowano pierwotnie jedno wykroczenie za które można było orzec zakaz wstępu na imprezę masową. W art. 21 ust. 2 dUBIM ustawodawca spenalizował zachowanie polegające na niewykonywaniu polecenia porządkowego wydanego przez organizatora imprezy lub służby porządkowe. Warto też zauważyć, że początkowo zakaz miał charakter fakultatywny. Ustawodawca posłużył się bowiem w art. 22 dUBIM sformułowaniem „można orzec karę dodatkową”. W 2001 r. wprowadzono możliwość zasądzenia obowiązkowego stawiennictwa w jednostce Policji w czasie trwania imprezy masowej. Poszerzono też katalog wykroczeń przewidziany w dUBIM. W momencie jej uchylania, obok wymienionych już wcześniej wykroczeń, zakaz mógł być orzeczony za: wnoszenie lub posiadanie na imprezie masowej broni, niebezpiecznych przedmiotów, materiałów wybuchowych, wyrobów pirotechnicznych, napojów alkoholowych, za przebywanie w miejscach nieprzeznaczonych dla publiczności, rzucanie przedmiotami mogącymi stanowić zagrożenie. Penalizowane i zagrożone zakazem było także zachowanie organizatora, obserwatora lub delegata związkowego polegające na niestosowaniu się do poleceń porządkowych policji.

W ostatniej nowelizacji dUBIM, ustawodawca postanowił podzielić zakazy na dwie grupy. Pierwsza z nich obejmowała imprezy kulturalne i rozrywkowe. W przypadku gdy sprawca popełnił czyn zabroniony

14 A. Tarnawski, M. Tarnawski, *Bezpieczeństwo imprez masowych (uwagi na tle ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1998, nr 3–4, s. 99.

15 Ustawa z dnia 20 maja 1971 Kodeks Wykroczeń (Dz.U. z 2010, nr 46, poz. 275 j.t. z późn. zm.).

w związku z taką imprezą, to zakaz mógł być orzeczony fakultatywnie¹⁶. Drugą grupę stanowiły zakazy wstępu na masowe imprezy sportowe. Tutaj sąd miał obowiązek orzec zakaz¹⁷. Warto też podkreślić, że dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania środka karnego jakim jest zakaz stadionowy, w wprowadzono także art. 22a dUBIM, który penalizował zachowanie w postaci nie stosowania się do zakazu stadionowego lub obowiązkowego stawiennictwa w jednostce policji. Był to występek zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 3. Jeśli chodzi o przestępstwa, to do momentu znowelizowania Kodeksu Karnego w roku 2009, zakaz mógł być orzekany na podstawie art. 41a kk. Dotyczyło to jednak tylko za takich przestępstw, które zostały popełnione z użyciem przemocy.

3. Obecne regulacje dotyczące zakazów stadionowych

W 2009 roku uchwalono nową ustawę o bezpieczeństwie imprez masowych. Jej powstanie było w dużym stopniu motywowane przyznaniem Polsce i Ukrainie prawa do organizacji Mistrzostw Europy w piłce nożnej w 2012 r. Obok nowej ustawy, znowelizowano także Kodeks Karny, dodając regulacje odnoszące się do zakazu wstępu na imprezy masowe. Ilość zmian, które zaszły w polskim porządku prawnym w tej materii jest znaczna.

3.1. Definicja imprezy masowej na gruncie ustawy z 2009 r.

Na początku rozważań dotyczących obowiązujących regulacji należy wskazać jaką imprezę należy uznawać za masową. art. 3 pkt 1 UBIM stanowi, że do imprez masowych zalicza się imprezy kulturalno-rozrywkowe oraz sportowe. W przypadku tych drugich szczególnym rodzajem jest mecz piłki nożnej. Warto też zauważyć, że ustawodawca wprowadził pewne restrykcje ilościowe, jeśli chodzi o poszczególne typy imprez. W przypadku imprez kulturalno-rozrywkowych aby impreza została zakwalifikowana jako masowa liczba miejsc udostępnionych przez organizatora dla osób wynosi odpowiednio minimum 1000, jeżeli impreza

¹⁶ G. Gozdór, *Bezpieczeństwo imprez masowych. Komentarz*, CH Beck, Warszawa 2007, s. 258.

¹⁷ *Ibidem*, s. 258.

jest organizowana na stadionie i 500 jeśli chodzi o imprezy w halach sportowych i innych budynkach. W przypadku imprez sportowych liczba miejsc udostępnionych w przypadku stadionów lub innych terenów umożliwiających ich przeprowadzenie wynosi minimum 1000, natomiast w przypadku hal sportowych liczba tych miejsc musi wynosić nie mniej niż 300. Zatem pewnym elementem wspólnym imprez masowych jest znaczna, nie mniejsza niż 300, liczba miejsc przeznaczonych dla uczestników udostępnionych przez organizatora¹⁸. Warto też zauważyć, że ustawodawca w pkt. 5 omawianego przepisu zdefiniował też imprezę masową o podwyższonym ryzyku, tj. taką, w czasie której istnieje obawa wystąpienia aktów przemocy lub agresji.

Zdecydowano się także na wyróżnienie meczu piłki nożnej jako specyficznego typu imprezy masowej, nie tylko w słowniczku ustawowym, ale także w odrębnym rozdziale ustawy (rozdział 3). Umieszczono tam regulacje odnoszące się tylko i wyłącznie do tego typu imprez. Warto przy tym zauważyć, że w art. 18 UBIM zaznaczono, że przepisy rozdziału 3 stosuje się także do imprez masowych o podwyższonym ryzyku. Uznać zatem trzeba, że każdy mecz piłki nożnej, na którym ilość miejsc udostępnionych przez organizatora wynosi więcej niż 1000, jest imprezą podwyższonego ryzyka. Warto zauważyć, że regulacja ta odnosi się raczej do meczów wyższych lig piłkarskich (tj. Ekstraklasy, I i II ligi), gdyż na meczach niższych klas rozgrywkowych rzadko ilość miejsc udostępnionych przez organizatorów przekracza 1000.

3.2. Zakaz stadionowy orzekany za wykroczenia

Art. 65 UBIM zawiera regulację odnoszącą się do zakazu wstępu na imprezy masowe w sytuacji popełnienia wykroczenia. Jeśli chodzi o wykroczenia, które zostały uregulowane w kw, to ich katalog pozostał niezmienny w stosunku do poprzedniego stanu prawnego. W nowej ustawie uregulowano też szereg wykroczeń za które zakaz może być orzekany. Chodzi tu o przepisy art. 54–56 ustawy¹⁹. Nie ulega wątpliwości, że

¹⁸ W. Kotowski, B. Kurzępa, *Bezpieczeństwo imprez masowych. Komentarz do ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych*, Diffin, Warszawa 2012, s. 17.

¹⁹ Trzeba mieć na uwadze, że wyrokiem TK z 20 maja 2014 r. Trybunał orzekł niekonstytucyjność przepisu art. 54 ust. 1 UBIM w zakresie odnoszącym się do regulaminów obiektów lub regulaminów imprez masowych. Zob. Wyrok TK sygn. akt K 17/13.

zakaz wstępu na imprezę masową jest zgodnie z art. 28 § 1 pkt 6 kw „innym środkiem karnym określonym przez ustawę”²⁰. Na gruncie obecnych regulacji zakaz orzekany jest na okres od 2 do 6 lat.

Podobnie jak w poprzednim stanie prawnym zakaz wstępu na imprezy masowe w sytuacji popełnienia wykroczenia w związku z masową imprezą kulturalno-rozrywkową jest orzekany fakultatywnie, bowiem ustawodawca posłużył się zwrotem „sąd może orzec”. Inaczej ma się sytuacja w przypadku masowych imprez sportowych. Tu ustawodawca posłużył się formułą „sąd orzeka”, co oznacza, że jest to środek karny stosowany obligatoryjnie²¹. Różnica ta ma znaczenie praktyczne. Na imprezach kulturalno-rozrywkowych nie dochodzi do zbiorowych naruszeń porządku tak często jak na imprezach sportowych, a w szczególności na meczach piłkarskich²².

Inną ważną kwestią na którą warto także zwrócić uwagę jest posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „w związku z imprezą masową”, który jest dość nieprecyzyjny. Oczywistością jest, że związek ten musi być rzeczywisty a nie jedynie pozorny. W doktrynie jest prezentowane stanowisko, że użycie takiego właśnie sformułowania pozwala sądowi na orzeczenie środka karnego zakazu wstępu na imprezy masowe wobec osób, które popełniły wykroczenie bezpośrednio po jak i przed imprezą masową na przykład w czasie drogi powrotnej do domów²³. Wydaje się, że jest to nietrafny pogląd. Z uwagi na to, że prawo karne ingeruje w tak istotne dobra jak wolność człowieka, powinno być ono w najwyższym stopniu precyzyjne²⁴. Dlatego też zdaniem autora sformułowanie użyte przez ustawodawcę nie powinno wykraczać poza ramy czasowe trwania imprezy masowej.

Aby ułatwić egzekwowanie zakazów stadionowych, w art. 65 ust. 3 UBIM przewidziano możliwość orzeczenia, obok zakazu wstępu

20 T. Grzegorzczak, W. Jankowski, M. Zbrojewska, *Kodeks Wykroczeń. Komentarz*, WoltersKulwer, Warszawa 2010, s. 112–113.

21 W. Kotowski, B. Kurzępa, *Bezpieczeństwo...*, s. 220.

22 T. Kalisz, P. Pałaszewski, *Wybrane Problemy związane z bezpieczeństwem sportowych imprez masowych z perspektywy organów policji*, [w:] A. Chajbowicz, T. Kocowski (red.), *Bezpieczeństwo wewnętrzne w działaniach terenowej administracji publicznej*, Kolonia Limited, Wrocław 2009, s. 323.

23 W. Kotowski, B. Kurzępa, *Bezpieczeństwo...*, s. 220.

24 M. Piech, *O dwóch znaczeniach czynu w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 6, s. 47.

na imprezę sportową, obowiązkowego stawiennictwa w czasie trwania imprezy masowej w jednostce Policji lub miejscu określonym przez właściwego komendanta Policji. Jak zauważa A. Janisławski skazany ma obowiązek stawić się w takim miejscu między rozpoczęciem a zakończeniem imprezy masowej²⁵. Podkreślić trzeba fakt, że możliwość orzeczenia przez sąd obowiązku stawiennictwa dotyczy tylko sprawców wykroczeń popełnionych w związku z imprezami sportowymi. Orzeka się go na okres od 6 miesięcy do 3 lat, ale nie dłuższy niż czas trwania zakazu stadionowego. Niemożliwe jest zatem orzeczenie dwuletniego zakazu stadionowego przy jednoczesnym trzyletnim okresie obowiązkowego stawiennictwa w jednostce Policji. Sąd określa także rodzaje imprez masowych, w czasie których ukarany ma obowiązek stawiennictwa. Doprecyzowanie to odbywa się w szczególności poprzez wskazanie rodzajów meczów piłki nożnej, nazw klubów sportowych oraz zakres terytorialny. Użycie przez ustawodawcy sformułowania „w szczególności” daje swobodę sądowi w zakresie doboru innych kryteriów. Jest to zatem katalog otwarty.

W wyniku nowelizacji, dodano art. 65a UBIM. Zezwała ona sądowi na uznanie środka karnego zakazu wstępu na imprezy masowe za wykonany po upływie co najmniej połowy okresu na który został orzeczony. Okres ten musi być jednak dłuższy niż jeden rok. Wymogiem jest tu przestrzeganie przez ukaranego porządku prawnego. Niezbędne zatem jest stosowanie się do zakazu oraz niepopelnianie przestępstw oraz wykroczeń przez taką osobę.

Nie bez znaczenia jest zakres terytorialny środka karnego zakazu wstępu na imprezy masowe. art. 67 UBIM stanowi, że zakaz orzeczony na podstawie art. 65, obejmuje także mecze piłki nożnej polskiej kadry narodowej i polskich klubów sportowych poza granicami RP. Nie obejmuje zatem ten zakaz innych imprez sportowych np. Igrzysk Olimpijskich czy zawodów żużlowych. Osoba ukarana będzie także mogła uczestniczyć we wszelkich imprezach kulturalno-rozrywkowych poza granicami Polski. Cel tego przepisu jest jasny – wyeliminowanie uczestnictwa osób mogących stanowić zagrożenie swoim zachowaniem dla bezpieczeństwa imprez masowych, w których biorą udział polskie kluby piłkarskie lub kadra narodowa. Podobna regulacja znajduje się w prawie

25 A. Janisławski, B. Kwiatkowski, *Analiza krytyczna ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 1, LEX nr 116324/1.

angielskim, o czym była mowa wcześniej, brak jej było natomiast w poprzedniej ustawie. Problemem może być tu jednak skuteczne egzekwowanie tego przepisu, gdyż wymaga on ścisłej współpracy polskiej Policji i organów ścigania z ich zagranicznymi odpowiednikami.

3.3. Zakaz stadionowy orzekany za przestępstwa

Jest oczywistym, że skoro zakaz wstępu na imprezę masową może być orzeczony za wykroczenie, to tym bardziej konieczne jest orzeczenie go za przestępstwo. Wraz z wejściem w życie UBIM znowelizowano także Kodeks Karny w zakresie środków karnych dodając regulacje odnoszące się do zakazu wstępu na imprezę masową. Na gruncie poprzedniego stanu prawnego zakaz był orzekany na podstawie art. 41a kk. Jak wcześniej wspomniano, zastosowanie tego środka karnego było uzależnione od tego, czy sprawca popełnił przestępstwo z użyciem przemocy. Problematyczny był natomiast okres trwania środka, gdyż w doktrynie pojawiały się stanowiska, że powinien to być okres od roku do 15 lat lub też zgodnie z regulacjami poprzedniej ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych od 2 do 6 lat²⁶. Z momentem nowelizacji art. 39 kk i art. 43 kk oraz dodania art. 41b kk te wątpliwości te zostały przez ustawodawcę rozwiane. Wprowadzono bowiem stosowne regulacje odnoszące się do zakazu wstępu na imprezę masową do Kodeksu Karnego.

Zgodnie z art. 41b § 1 kk sąd może orzec zakaz wstępu na imprezę masową, jeżeli przestępstwo zostało popełnione w związku z taką imprezą a udział sprawcy w imprezach masowych zagraża dobrom prawem chronionym. Orzeka się go na okres od 2 do 6 lat co wynika z art. 43 § 1 kk. Ustawa może przewidywać obligatoryjne orzeczenie tego środka karnego. Z taką sytuacją mamy do czynienia w art. 66 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych. Tenże przepis stanowi, że obligatoryjnie zakaz wstępu na imprezy masowe orzeka się za przestępstwo wnoszenia na imprezę masową broni, wyrobów pirotechnicznych, materiałów pożarowo niebezpiecznych lub innych niebezpiecznych przedmiotów lub materiałów wybuchowych a także przestępstwa wdarcia się na teren

26 M. Skorecki, A. Strzelec, *Zakaz wstępu na imprezę masową – prawnokarne i kryminologiczne aspekty nowego środka karnego w kodeksie karnym*, [w:] W. Pływaczewski, J. Kudrelek (red.), *Przestępczość stadionowa. Etiologia, fenomenologia, przeciwdziałanie zjawisku*, WSPol, Szczytno 2010, s. 120.

rozgrywania zawodów sportowych lub obiektu na którym odbywa się impreza masowa lub nie wykonanie polecenia opuszczenia takiego miejsca, rzucania przedmiotów niebezpiecznych lub zakłócania w inny sposób przebiegu imprezy masowej oraz naruszania nietykalności cielesnej członków służby porządkowej lub informacyjnej. Wraz z ostatnią nowelizacją Kodeksu Karnego, na sąd nałożono obowiązek orzeczenia zakazu w sytuacji ponownego skazania sprawcy za przestępstwo popełnione w związku z imprezą masową. Jest to zatem sytuacja swoistej recydywy. Fakultatywnie zakaz może być orzeczony, gdy sąd uzna, że przestępstwo zostało popełnione w związku z imprezą masową a udział sprawcy w takich imprezach zagraża dobrom prawem chronionym²⁷.

Zakaz obejmuje swoim zasięgiem, podobnie jak w przypadku wykroczeń, nie tylko imprezy masowe na terenie Polski, lecz także mecze piłki nożnej polskich klubów sportowych i kadry narodowej rozgrywane za granicą. Takie sformułowanie przepisów pozwala na stwierdzenia, że osoba na którą nałożono zakaz będzie mogła uczestniczyć w meczach piłki nożnej klubów zagranicznych a także w imprezach masowych, które nie są meczami piłki nożnej na przykład zawodach lekkoatletycznych, co było opisywane już wcześniej.

Ostatnią nowelizacją zmieniono przepisy związane ze stawiennictwem osoby objętej zakazem wstępu na imprezę masową. Zakaz może być obecnie wykonywany w dwóch formach. Sąd może orzec wobec skazanego obowiązek jego przebywania w czasie imprezy masowej w określonym miejscu pobytu, kontrolowany w sposób określony w przepisach o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego lub jeżeli jest to niemożliwe lub niecelowe, obowiązek stawiennictwa w jednostce organizacyjnej Policji lub miejscu wskazanym przez właściwego komendanta Policji. Ta druga forma może być stosowana na przykład w sytuacji, gdy stan zdrowia skazanego wyklucza stosowanie dozoru elektronicznego²⁸. Dozór elektroniczny lub stawiennictwo w jednostce Policji lub innym miejscu nie jest orzekane obligatoryjnie, chyba, że sprawca działa w warunkach swoistej recydywy przewidzianej w § 4 art. 41b kk. Wtedy wraz z zakazem wstępu obowiązek przewidziany w § 3 musi zostać orzeczony. Okres w którym

27 M. Szewczyk, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks Karny. Część ogólna. Komentarz LEX*, Tom I, WoltersKulwer, Warszawa 2012, s. 646.

28 *Ibidem*, s. 647.

skazany ma obowiązek stawiennictwa czy okres stosowania dozoru elektronicznego nie może przekraczać okresu na jaki został orzeczony zakaz stadionowy, czyli maksymalnie może wynosić 6 lat. Obowiązek dozoru elektronicznego może trwać od 6 do 12 miesięcy natomiast obowiązek stawiennictwa od 6 miesięcy do 6 lat. Warto też zwrócić uwagę na regulację § 5. Zezwala on sądowi na swoiste przedłużenie okresu dozoru elektronicznego o okres obowiązkowego stawiennictwa. Podkreślić trzeba przy tym, że stosując przepis art. 41b § 3, 5, 7 kk sąd ma obowiązek określenia imprez, w czasie trwania których obowiązek ten ma być wykonywany. Sąd wskazuje nazwy dyscyplin sportowych, klubów sportowych oraz zakres terytorialny imprez, których obowiązek dotyczy. Możliwe zatem jest orzeczenie wobec sprawcy przestępstwa na przykład zakazu obejmującego tylko i wyłącznie mecze tylko jednego klubu.

3.4. Przestępstwo niestosowania się do zakazu wstępu na imprezę masową

W poprzednio obowiązującej ustawie o bezpieczeństwie imprez masowych, w art. 22a, uregulowano sytuację, w których osoba objęta zakazem nie stosowała się do niego lub do obowiązku stawiennictwa we właściwej jednostce policji. Był to występek zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 3. W ustawie z 2009 r. zabrakło takiego przepisu. Co prawda Kodeks Karny w art. 244 penalizował zachowania polegające na niestosowaniu się do orzeczonego środka karnego, jednak zakaz wstępu na imprezy masowe nie został tam wymieniony. Wywołało to spór w doktrynie. A. Marek twierdził, że regulacja art. 244 jest całkowicie wystarczająca w tej materii²⁹. Przeważało jednak stanowisko, że doszło do depenalizacji omawianego czynu³⁰. Kwestia ta była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, w wyniku których potwierdzenie znalazło to drugie stanowisko. SN w postanowieniu z dnia 10 lutego 2010 r. stwierdził, że brak odpowiednika art. 22a poprzedniej ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oznacza, że takie zachowanie nie jest już przestępstwem³¹. W orzeczeniu tym trafnie powołano zasadę *nullum crimen sine lege*. Taka

29 A. Marek, *Prawo Karne*, CH BECK, Warszawa 2009, s. 280.

30 M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks...*, s. 132; R. Stefański, *Środek karny zakazu wstępu na imprezę masową*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2, s. 287.

31 Postanowienie SN z dnia 24 lutego 2010 r. I KZP 33/09, http://www.sn.pl/orzecznictwo/uzasadnienia/ik/I-KZP-0033_09.pdf [dostęp: 12.08.14].

sytuacja wymusiła na ustawodawcy zmianę Kodeksu Karnego. W 2010 r. dodano art. 244a kk, który penalizował zachowanie polegające na niestosowaniu się do zakazu wstępu na imprezę masową. Następnie przepis ten został zmieniony przy okazji nowelizowania ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych, z uwagi na fakt, że wprowadzono do art. 41b regulacje dotyczące dozoru elektronicznego.

Obecnie przestępstwo niestosowania się do zakazu wstępu na imprezę masową jest penalizowane przez art. 244 kk. Natomiast obowiązki orzekane na podstawie art. 41b § 3, 5, 7 są chronione poprzez przepis art. 244a kk. Przedmiotem ochrony art. 244 i art. 244a kk jest prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości³². Niestosowanie się do zakazu jest zagrożone sankcją kary pozbawienia wolności do lat 3, natomiast niewykonywanie obowiązków związanych z dozorem elektronicznym lub stawiennictwem w jednostce Policji lub innym miejscu jest zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2. Warto podkreślić, że w związku z możliwością orzeczenia dozoru elektronicznego wobec osoby objętej zakazem, penalizowane są także wszelkie zachowania polegające na jego udaremnianiu, na przykład poprzez zniszczenie nadajnika, lub utrudnianiu kontrolowania, na przykład poprzez zakłócanie sygnału³³. Przystępstwo niestosowania się do zakazu stadionowego może być popełnione przez osobę takim zakazem objętą, chociażby poprzez wejście na mecz piłki nożnej klubu, który został wskazany w orzeczeniu sądu, ale także przez osoby, które wiedząc o orzeczonym środku karnym wpuszczają osobę objętą zakazem na imprezę masową. Strona podmiotowa przestępstwa z art. 244 budzi jednak w doktrynie kontrowersje³⁴.

3.5. Klubowy zakaz stadionowy

Zupełną nowością w polskim systemie prawnym jest tzw. klubowy zakaz stadionowy, który został uregulowany w ustawie o bezpieczeństwie imprez masowych z 2009 r. Podobne instytucje, jako hybrydowe

32 J. Piórkowska-Flieger, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 630–633.

33 *Ibidem*, s. 634.

34 M. Mozgawa, [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, M. Mozgawa (red.), WoltersKulwer, Warszawa 2010, s. 507.

cywilno-karne, działają też w prawie brytyjskim jednak nawet tam budzą one kontrowersje chociażby w zakresie zgodności z Europejską Konwencją Praw Człowieka. W literaturze angielskiej wątpliwości budziła na przykład kwestia dopuszczalności dowodów w postępowaniu³⁵. W polskiej doktrynie instytucja ta budzi jednak entuzjazm, choć wydaje się, że niekoniecznie słuszny³⁶.

Art. 14 UBIM jest podstawą prawną wydania zakazu klubowego. ust. 1 omawianego przepisu stanowi, że organizator meczu piłki nożnej może stosować zakaz klubowy, który polega na zakazie uczestniczenia w imprezach organizowanych przez tego organizatora. Może być on nałożony w sytuacji, gdy sprawca naruszył regulamin obiektu lub regulamin imprezy. W jednej z ostatnich nowelizacji rozszerzono zakres zakazu na imprezy z udziałem podmiotu nakładającego zakaz, których nie jest on organizatorem a w których uczestniczy. Chodzi tu przede wszystkim o mecze rozgrywane na wyjeździe. Ponadto jeżeli osoba uczestnicząca w meczu wyjazdowym naruszy regulamin obiektu lub imprezy, może zostać objęta zakazem przez klub macierzysty. Jak wskazuje się w doktrynie, regulamin imprezy lub obiektu(terenu) imprezy masowej nie jest w żaden sposób weryfikowany przez jakikolwiek organ, oznacza to zatem, że organizator ma swobodę w określaniu jakie zachowania są karane zakazem klubowym³⁷. Katalog zachowań jest zatem otwarty, co może rodzić niebezpieczeństwo nadużyć ze strony podmiotów nakładających zakazy. Zgodnie z art. 14 ust. 2 UBIM, zakaz klubowy jest nakładany na okres maksymalnie dwóch lat od dnia wydania. Ustawodawca nie wskazał zatem jaki jest najkrótszy możliwy czas jego trwania. Wydaje się zatem, że organizator obejmując osobę zakazem, może wskazać na przykład okres jednej rundy rozgrywkowej, jednego sezonu a nawet jednego meczu.

Osoba, której zakaz dotyczy musi zostać o tym poinformowana w ciągu 7 dni od daty wydania zakazu. Tu z kolei ustawodawca nie określił formy w jakiej powinno to być zrobione. Słuszne jest stanowisko, że najlepiej aby dla celów dowodowych była to forma pisemna, chociażby ze względu na możliwość złożenia odwołania³⁸. Takie odwołanie jest składane

35 G. Pearson, *Hybrid Law and Human Rights – banning and behaviour orders in the appeal courts*, „Liverpool Law Review” 2006, nr 2, s. 128–130, 136.

36 W. Kotowski, B. Kurzępa, *Bezpieczeństwo...*, s. 89.

37 C. Kąkol, *Zakaz klubowy: jak się pozbyć chuligana*, „Rzeczpospolita”, <http://www.rp.pl/artukul/4,652512.html?p=1> [dostęp: 12.08.14].

38 W. Kotowski, B. Kurzępa, *Bezpieczeństwo...*, s. 90–91.

do podmiotu prowadzącego rozgrywki. Przykładowo dla rozgrywek ekstraklasy piłkarskiej będzie to Ekstraklasa S.A. W przypadku, gdy zakaz zostaje wydany przez związek sportowy lub organizatora rozgrywek jako organizatora meczu, to od takiego zakazu przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Związek sportowy lub podmiot prowadzący rozgrywki określa tryb, formę i termin złożenia odwołania lub wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy w swoim regulaminie wewnętrznym. Ustawodawca nałożył na podmiot prowadzący rozgrywek obowiązek aby termin do rozpatrzenia odwołania wynosił nie więcej niż 14 dni od momentu jego złożenia. Odwołanie nie ma charakteru suspensywnego. Decyzja podmiotu prowadzącego rozgrywki jest ostateczna. Nie przysługuje zatem od niej żadne odwołanie. Pojawia się zatem pytanie czy jest to zgodne z konstytucyjną zasadą prawa do sądu³⁹? Wydaje się, że należy odpowiedzieć przecząco. Instytucja zakazu klubowego, choć wydaje się potrzebna, została ukształtowana przez ustawodawcę w sposób nieprawidłowy. Należało bowiem zapewnić osobom objętym zakazem możliwość odwołania się od decyzji organizatora rozgrywek do sądu.

Na koniec rozważań, warto zauważyć, że w przypadku zakazu klubowego brak jest jakichkolwiek sankcji za niestosowanie się do niego. Z pewnością zachowanie takie nie jest przestępstwem z art. 244 kk przedmiotem ochrony jest tu bowiem, jak była mowa wcześniej, funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Osoba objęta zakazem, zgodnie z regulacją art. 15 ust. 3 pkt 2, nie będzie jednak mogła zakupić biletu na mecz. Dużą jednak jest tu rola odpowiedniego gromadzenia informacji i ich przekazywania osobom zajmującymi się dystrybucją biletów.

Podsumowanie

„Zakaz stadionowy” na stałe wpisał się w polski porządek prawny. Z pewnością jego pojawienie się w 1997 r. przyczyniło się do zmniejszenia ilości ekscesów na polskich stadionach. Nie można jednak przeceniać znaczenia tego instrumentu. Zauważyć trzeba, że w ostatnich latach znacznie poprawiła się infrastruktura stadionowa w Polsce. Większość stadionów jest wyposażona w nowoczesny monitoring umożliwiający

39 C. Kąkol, *Zakaz...*

organizatorom imprez oraz organom ścigania bezproblemową identyfikację sprawców i prowodyrów niebezpiecznych zachowań. Wydaje się zatem, że w przypadku przestępczości stadionowej to nie surowość kar a raczej ich nieuchronność doprowadziła do tak znacznej redukcji liczby ekscesów w czasie imprez masowych. Powstaje zatem pytanie: czy jest sens dalszego zaostrzania regulacji dotyczących zakazu wstępu na imprezy masowe? Wydaje się, że obecne regulacje są zupełnie wystarczające. Sprawą wymagającą głębszej refleksji ustawodawcy jest z pewnością kwestia zakazów klubowych. Obecny stan prawny wymaga pilnej interwencji legislacyjnej, która usunie wątpliwości co do jego konstytucyjności.

Bibliografia

- Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Chajbowicz A., Kocowski T. (red.), *Bezpieczeństwo wewnętrzne w działaniach terenowej administracji publicznej*, Kolonia Limited, Wrocław 2009.
- Chlebowicz P., *Chuligaństwo stadionowe. Studium Kryminologiczne*, WoltersKulwer, Warszawa 2009.
- Gozdór G., *Bezpieczeństwo imprez masowych. Komentarz*, CH Beck, Warszawa 2007.
- Grzegorzczak T., Jankowski W., Zbrojewska M., *Kodeks Wykroczeń. Komentarz*, WoltersKulwer, Warszawa 2010.
- Guttman A., *Sports Spectators from Antiquity to the Renaissance*, „Journal of Sport History” 1981, vol. 8, no. 2.
- Janisławski A., Kwiatkowski B., *Analiza krytyczna ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 1.
- Kąkol C., *Zakaz klubowy: jak się pozbyć chuligana*, „Rzeczpospolita”, <http://www.rp.pl/artukul/4,652512.html?p=1>.
- Kotowski W., Kurzępa B., *Bezpieczeństwo imprez masowych. Komentarz do ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych.*, Diffin, Warszawa 2012.
- Marek A., *Prawo Karne*, CH BECK, Warszawa 2009.
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz.*, WoltersKulwer, Warszawa 2010.
- Pearson G., *Hybrid Law and Human Rights – banning and behaviour orders in the appeal courts*, „Liverpool Law Review” 2006, nr 2.
- Piech M., *O dwóch znaczeniach czynu w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 6.

- Pływaczewski W., Kudrelek J., *Przestępczość stadionowa. Etiologia, fenomenologia, przeciwdziałanie zjawisku*, WSPol, Szczytno 2010.
- Stefański R., *Środek karny zakazu wstępu na imprezę masową*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2.
- Tarnawski A., Tarnawski M., *Bezpieczeństwo imprez masowych (uwagi na tle ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1998, nr 3–4.
- Zawłocki R. (red.), *Kodeks Karny – część ogólna. Komentarz do artykułów 32–116*, Tom II, CH Beck, Warszawa 2010.
- Zoll A. (red.), *Kodeks Karny. Część ogólna. Komentarz LEX*, Tom I., WoltersKulwer, Warszawa 2012.

ABSTRACT

PIOTR SOROKA

„Banning orders” in Polish law

In this article author tries to answer the question whether mass events banning order is an effective legal instrument in combat with hooliganism in Poland. The article presents short history of hooliganism and measures which were taken against it. The evolution of banning orders in Polish law is shown. Author also briefly discusses the roots of this instrument. Statistics concerning numbers of crimes and banning orders imposed in both Poland and England are analyzed. Article also tries to evaluate current past and regulations and its effectiveness and suggest further changes in law. In the author's of opinion matter discussed in the article might be useful and interesting for police officers and judicial branch employees because many changes were made since 2009 in Safety of mass events Act because of Euro 2012 Football Tournament.

Wyłączenie odpowiedzialności sprawcy za zbrodnię ludobójstwa na gruncie prawa międzynarodowego

Słowa kluczowe: ludobójstwo, wyłączenie odpowiedzialności, sprawstwo, prawo międzynarodowe

Niniejszy artykuł poświęcony jest zagadnieniu wyłączenia odpowiedzialności sprawcy za zbrodnię ludobójstwa na gruncie uregulowań prawa międzynarodowego. Podstawą rozważań autorki jest analiza regulacji najważniejszych międzynarodowych aktów prawnych penalizujących genocyd tj. *Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa*¹, *Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego*², *Statutu*

1 *Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa*, Dz.U. z 1952r, Nr 2, poz.9; Zgodnie z artykułem II Konwencji “W rozumieniu Konwencji niniejszej ludobójstwem jest którykolwiek z następujących czynów, dokonany w zamiarze zniszczenia w całości lub części grup narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych, jako takich: a) zabójstwo członków grupy, b) spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy, c) rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia, obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego, d) stosowanie środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy.”

2 *Rzymski Statut Międzynarodowego trybunału Karnego*, Dz.U. z 2003r, nr 78, poz. 708, <http://lex.pl/serwis/du/2003/0708.htm> [dostęp: 20.08.14].

Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii³ oraz Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy⁴.

Wstęp

W międzynarodowym prawie karnym, podobnie jak w porządkach krajowych, wypracowano szereg zasad umożliwiających wyłączenie odpowiedzialności sprawcy za czyny, które w innych okolicznościach mogłyby wypełnić znamiona zbrodni. W przypadkach, gdy całkowite wyłączenie spod odpowiedzialności nie jest możliwe, zastosowanie tych zasad umożliwia zasądzenie niższego wymiaru kary. Nie wszystkie prawne konstrukcje takich okoliczności zostały jednak przeniesione na grunt prawa narodów. Jako przykład wskazać można casus popełnienia najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych, kiedy to zgoda pokrzywdzonego nie może być uznawana jako okoliczność łagodząca czy umożliwiająca uniknięcie poniesienia kary.⁵

Nasuwa to budzące wiele wątpliwości pytanie czy zatem można hierarchizować zbrodnie międzynarodowe, a jeśli tak, to którą z nich uznać za tą najpoważniejszą? Wydaje się, że trudno jest dokonać takiej gradacji. W odrębnej opinii dołączonej do sprawy *Tadic*⁶ sędzia Antonio Cassese

3 Pełna nazwa: Międzynarodowy Trybunał do Spraw Ścigania Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 roku; ang. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – ICTY; *Statut Międzynarodowego Trybunału do Spraw Ścigania Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 roku, przyjęty dnia 25 maja 1997 roku Rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ 827 z późn. zmianami* – tekst jednolity statutu, <http://bip.ms.gov.pl/pl/ministerstwo/wspolpraca-miedzynarodowa/wspolpraca-w-ramach--onz-i-obwe/miedzynarodowy-trybunal-karny-dla-bylej-jugoslawii/> [dostęp: 20.08.14].

4 Według statutu: Międzynarodowy Trybunał Karny do Sądzenia Osób Odpowiedzialnych za Ludobójstwo i Inne Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popelnione na Terytorium Rwandy oraz Obywateli Rwandy Odpowiedzialnych za Ludobójstwo i Inne Takie Naruszenia Popelnione na Terytorium Państw Sąsiednich pomiędzy 1 stycznia 1994 r. i 31 grudnia 1994 r. (dalej zwany „Międzynarodowym Trybunałem do spraw Rwandy”).

5 W.A. Schabas, *Genocide in International Law. The Crimes of Crimes*, Cambridge 2009, s. 367.

6 *Prosecutor vs. Tadic*, IT-94–1-T, <http://www.unhcr.org/refworld/country,,ICTY,,BI-H,4562d8b62,40277f504,0.html> [dostęp: 20.08.14].

zauważył, że *in abstracto* wszystkie międzynarodowe zbrodnie są ciężkimi przestępstwami i nie da się ustalić a priori żadnej hierarchii ciężkości pomiędzy nimi.⁷ Niemniej zarówno w orzecznictwie⁸ jak i w doktrynie często zwraca się uwagę, iż to właśnie ludobójstwo jest zbrodnią o największym ciężarze gatunkowym, głównie ze względu na konstrukcję jego *dolus specialis*⁹. To właśnie ludobójstwo jest także często nazywane przez badaczy zbrodnią zbrodni (*the crime of crimes*)¹⁰. Genocyd jest zatem zbrodnią o szczególnym charakterze i okoliczności wyłączające bezprawność bądź winę sprawcy muszą mieć charakter okoliczności szczególnych. Okoliczności te zostały doprecyzowane w dokumentach regulujących kwestie zbrodni ludobójstwa tj. w *Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego*, *Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy i Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugostawii*. Katalog czynników ujętych w powyższych dokumentach nie ma charakteru zamkniętego, a w postępowaniach przed trybunałami oskarżeni często powoływali się także na zasady prawa międzynarodowego czy uregulowania zawarte w innych aktach prawnych czy dokumentach.

W poniższej części artykułu najważniejsze z tych okoliczności zostaną szczegółowo omówione.

7 § 7: In short, one cannot say that a certain class of international crimes encompasses facts that are more serious than those prohibited under a different criminal provision. In abstracto all international crimes are serious offences and no hierarchy of gravity may a priori be established between them (for instance, between war crimes and grave breaches of the Geneva Conventions, or between war crimes and crimes against humanity). *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Judgment in Sentencing Appeals, Separate opinion of Judge Cassese, 26 stycznia 2000, http://www.antoniocassese.it/italiano/sentenze/ICTY_Tadic_2000.pdf [dostęp: 20.08.14].

8 M.in. sprawa *Prosecutor vs. Kambanda*,; *The Prosecutor v. Jean Kambanda (Judgement and Sentence)*, ICTR 97–23–S, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3deba9124.html> [dostęp: 20.08.14].

9 *Dolus specialis* – zamiar szczególny – to konstytutywny element zbrodni ludobójstwa, bez udowodnienia którego nie jest możliwe udowodnienie popełnienia zbrodni. Zamiar ludobójczy to zamiar zniszczenia określonej chronionej grupy (religijnej, narodowej bądź etnicznej) w całości lub części. Szerzej o tym: D. Drózdź, *Zbrodnia ludobójstwa w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2010; K. Wierczyńska, *Pojęcie ludobójstwa w kontekście orzecznictwa międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, Warszawa 2010; W. Schabas, *Genocide in International Law. The Crimes of Crimes*, Cambridge 2009; A. Szychalska, *Elementy zbrodni ludobójstwa*, [w:] *Ze studiów nad prawem, administracją i ekonomią*, M. Sadowski (red.), Acta Erasmiana t. VI, Wrocław 2014.

10 K. Wierczyńska, *op. cit.*, s. 158.

Okoliczności wyłączające bezprawność

Do okoliczności wyłączających bezprawność czynu, a więc wyłączających jego kryminalny charakter, zaliczyć należy przede wszystkim rozkaz przełożonego, działanie pod przymusem bądź z konieczności, błędy co do prawa i co do faktu, a w końcu obronę konieczną sprawcy.¹¹

Powoływanie się na konieczność wykonywania rozkazów jako okoliczności wyłączającej bezprawność popełnionego czynu było jedną z najczęściej stosowanych w postępowaniach przed Trybunałem Wojskowym w Norymberdze linii obrony. W toku licznych procesów sędziowie MTW stwierdzili jednak, iż:

okoliczność, że żołnierz otrzymał rozkaz zabijania lub znęcania się z pogwałceniem prawa wojny, nigdy nie była uznawana za dostateczną obronę chociaż, jak Statut przewiduje, rozkaz może stanowić podstawę do złagodzenia kary. Miernikiem w takim wypadku jest, co uznawano w większym lub mniejszym stopniu w prawie karnym większości państw, nie samo istnienie rozkazu, lecz możliwość faktycznego dokonania wyboru przy powzięciu takiej decyzji.¹²

Analogiczna interpretacja koncepcji rozkazu przełożonego jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu przeniesiona została także na grunt statutów międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc. Według ich uregulowań (art. 7 (4) StMTKJ i odpowiednio 6(4) StMTKR) działanie na rzecz rządu lub dowództwa nie zwalnia z odpowiedzialności za dokonane czyny, jednakże może stanowić okoliczność łagodzącą, o ile Trybunał uzna to za zgodne z poczuciem sprawiedliwości.¹³

Jak zauważa Dominika Drózdź, przeniesienie koncepcji ‘sprawstwa na rozkaz przełożonego’ w rozumieniu MTW na grunt uregulowań statutowych MTKJ i MTKR budzi szereg wątpliwości. Przede wszystkim rodzi się pytanie czy można objąć taką ochroną podwładnych w sytuacji, gdy są oni winni najcięższych zbrodni międzynarodowych.¹⁴ Kwestie te wydaje się doprecyzowywać artykuł 33 StMTK. Stanowi on, że

11 D. Drózdź, *op. cit.*, s. 248–253.

12 T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo norymberskie-bilans i perspektywy*, Wydawnictwo E. Kuthana, 1948 s. 358.

13 Samo sformułowanie „zgodności z poczuciem sprawiedliwości” – nieprecyzyjne i niejednoznaczne.

14 D. Drózdź, *op. cit.*, s. 249.

podwładny nie może powołać się na rozkaz przełożonego jako okoliczność wyłączająca jego odpowiedzialność dopóki nie zostaną zrealizowane trzy przesłanki. A mianowicie:

- na sprawcy ciążył prawny obowiązek wykonania polecenia rządu lub przełożonego,
- sprawca nie wiedział, że polecenie rządu było bezprawne
- polecenie nie było oczywiście bezprawne.

W przypadku osądzania zbrodni ludobójstwa niezwykle istotna wydaje się także wiedza sprawcy na temat istnienia planu czy polityki popełnienia ludobójstwa. Posiadanie takiej wiedzy oznacza, że podwładny był świadomy planowanych przez dowódcę rezultatów. Miał zatem także świadomość bezprawności polecenia. Tym samym nie może uchylić się od odpowiedzialności.¹⁵ Do kwestii tej odniosła się także Komisja Prawa Międzynarodowego. W swoim raporcie z 1996 r. stwierdziła ona, że:

zakres wiedzy na temat szczegółów planu lub polityki popełnienia zbrodni ludobójstwa będzie zależeć w dużym stopniu od pozycji sprawcy w hierarchii rządu lub strukturze dowództwa wojskowego. Nie oznacza to, iż podwładny, który faktycznie wykonuje plan lub politykę, nie może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za ludobójstwo tylko dlatego, że nie posiada tego samego stopnia informacji odnośnie do całego planu lub polityki jak przełożony. Definicja ludobójstwa wymaga bardziej stopnia świadomości na temat ostatecznego celu czynu kryminalnego niż świadomości każdego szczegółu złożonego planu lub polityki odnośnie ludobójstwa.¹⁶

Zatem oskarżony, który jest świadomy istnienia planu zniszczenia określonej grupy, nie może nie być świadomym faktu, że czyn, którego dokonuje wypełnia znamiona zbrodni. Dodatkowo rozkaz popełnienia ludobójstwa jest uważany za oczywiście bezprawny, zatem sprawca będzie odpowiadał karnie jeśli nie wykaże, że działał pod przymusem.¹⁷

Działanie pod przymusem (ang. duress, compulsion) lub z konieczności (ang. necessity)¹⁸ to kolejna okoliczność wyłączająca bezprawność

¹⁵ D. Drózdź, *op. cit.*, s. 243.

¹⁶ Tłumaczenie za D. Drózdź; oryginał: *Report of International Law Commission on the work of its forty-eight session* (1996), UN Doc. A/51/10, http://untreaty.un.org/ilc/reports/english/A_51_10.pdf [dostęp: 20.08.14].

¹⁷ D. Drózdź, *op. cit.*, s. 251.

¹⁸ *Ibidem*.

czynu albo umożliwiającą zasądzenie niższego wymiaru kary.¹⁹ Powyższe kwestie reguluje artykuł 31 (1d) StMTK²⁰. W prawie międzynarodowym wypracowano także szereg przesłanek, których spełnienie jest konieczne dla możliwości skorzystania z tego rodzaju okoliczności łagodzącej. Jak zauważa Cassese wśród przesłanek tych należy wymienić następujące:

- czyn, będący przedmiotem aktu oskarżenia został dokonany pod wpływem bezpośredniej groźby wyrządzenia ciężkiej i nieodwracalnej szkody dla życia lub zdrowia;
- nie było adekwatnych środków pozwalających na uniknięcie takiego niebezpieczeństwa;
- popełnione przestępstwo jest nieproporcjonalne w stosunku do grożącego niebezpieczeństwa.²¹

Kwestie działania pod przymusem rozpatrywane były przez Izbę Apelacyjną MTKJ w sprawie *Erdemovicia*²². Oskarżony w trakcie składania zeznań oświadczył, że musiał popełnić zbrodnię:

Gdybym odmówił, zostałbym zabity wraz z innymi ofiarami. Kiedy odmówiłem, powiedzieli mi: Jeśli ci ich szkoda, wstań, ustaw się razem z nimi i też cię zabijemy.²³

Erdemovic powołał się więc na bezpośrednie zagrożenie siłą bądź użyciem siły skierowane przeciwko niemu i tym uzasadniał fakt, że nie miał szczególnego zamiaru ludobójczego. Izba Apelacyjna MTKJ uznała jednak, że „przymus nie stanowi pełnej przesłanki egzoneracyjnej dla żołnierza oskarżonego o zbrodnie przeciwko ludzkości i/lub zbrodnie wojenne polegające na zabijaniu niewinnych istot ludzkich”²⁴. Sędziowie uznali,

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ „31.1.d (d) czyn, który stanowi zbrodnię podlegającą jurysdykcji Trybunału, został popełniony w wyniku przymusu spowodowanego groźbą bezpośredniego pozbawienia życia lub bezpośredniego ciężkiego uszkodzenia ciała wobec tej lub innej osoby, a osoba ta podjęła niezbędne i rozsądne działanie w celu usunięcia tej groźby, przy czym nie zamierzała ona spowodować szkody większej niż ta, której chciała uniknąć; taka groźba może być albo: (i) wywołana przez inną osobę; albo (ii) wywołana przez inne okoliczności, nad którymi ta osoba nie miała kontroli”; *Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego*.

²¹ A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2003, s. 242.

²² *Prosecutor v. Drazen Erdemovic (Sentencing Judgement)*, IT-96–22-T, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/402765a27.html> [dostęp: 20.08.14].

²³ W.A. Schabas, *op. cit.*, s. 388.

²⁴ Tłumaczenie za D. Drózdź, *op. cit.*, s. 251.

że konieczność działania pod przymusem może w tym przypadku stanowić jedynie okoliczność łagodzącą karę, na pewno nie ją wykluczającą.

Kolejnymi okolicznościami wyłączającymi odpowiedzialność karną mogą być błędy co do prawa i co do faktu. Zagadnienie błędu co do faktu precyzuje artykuł 32(1) StMTK:

Błąd co do faktu stanowi podstawę wyłączenia odpowiedzialności karnej tylko wtedy, gdy wyłącza umyślność. Istnieją znamiona zbrodni ludobójstwa, co do których można popełnić błąd co do faktu.

Za przykład służyć może zatem błąd co do świadomości istnienia planu ludobójczego czy błąd dotyczący określenia grupy, która stała się ofiarą zbrodni. Brak świadomości dotyczącej istotnego elementu zbrodni oznacza brak świadomości popełnienia zbrodni ludobójstwa, a zatem niewypełnienie elementu przedmiotowego zbrodni.

Błąd co do prawa regulowany jest przez art. 32 (2):

Błąd co do prawa odnośnie do tego, czy określony rodzaj czynu stanowi zbrodnię podlegającą jurysdykcji Trybunału, nie stanowi podstawy wyłączenia odpowiedzialności karnej. Błąd co do prawa może jednak stanowić podstawę wyłączenia odpowiedzialności karnej, jeżeli wyłącza element przedmiotowy albo w sytuacji przewidzianej w artykule 33.

W powyższych unormowaniach odwołano się, co do zasady, do reguły *ignorantia iuris nocet*.²⁵ Wyjątkiem od tej zasady ma być odniesienie do omawianego wcześniej artykułu 33 StMTK stanowiącego o poleceniach przełożonego i nakazach prawa – a więc błąd co do świadomości bezprawności rozkazu przełożonego).

Ostatnią z okoliczności uznawanych w prawie międzynarodowym za okoliczność wyłączającą odpowiedzialność sprawcy jest obrona konieczna.²⁶ Można się na nią powołać tylko jeśli sprawca popełnił zbrod-

25 Nieznajomość prawa szkodzi i nie można powoływać się na nieznajomość przepisów jako przesłankę wyłączającą odpowiedzialność karną.

26 „Art. 31.1 (c) osoba ta działała w obronie własnej lub innej osoby lub, w przypadku zbrodni wojennych, w obronie własności niezbędnej dla jej przetrwania lub przetrwania innej osoby, lub własności, która jest niezbędna do wypełnienia misji wojskowej, przed bezpośrednim i bezprawnym użyciem siły, w sposób proporcjonalny do stopnia niebezpieczeństwa grożącego jej samej, innej osobie lub chronionej własności; fakt, że osoba uczestniczyła w operacji obronnej prowadzonej przez siły

nię w celu zapobieżenia albo zakończenia zbrodni popełnianej przez inną osobę przeciwko sprawcy albo przeciwko komuś innemu²⁷.

Jak zauważa A. Cassese, by móc się powołać na powyższą okoliczność, spełnić należy jednak określone przesłanki:

- działanie w obronie koniecznej musi być podejmowane w odpowiedzi na bezpośredni lub rzeczywisty bezprawny zamach;
- nie ma innego sposobu na zapobieżenie przestępstwu lub zakończenie go;
- bezprawne działanie drugiej osoby nie zostało spowodowane przez osobę działającą w obronie koniecznej,
- działanie w obronie koniecznej musi być proporcjonalne w stosunku do przestępstwa, przed którym sprawca się bronił.²⁸

Szczególnym zamiarem działania w obronie koniecznej może być ochrona życia ludzkiego, nigdy zaś np. ochrona własnego mienia.²⁹

Okoliczności wyłączające winę

Do okoliczności wyłączających winę sprawcy zaliczyć należy przede wszystkim niepoczytalność, nietrzeźwość i stan odurzenia. W postępowaniach przed trybunałami międzynarodowymi często powoływano się także na konieczność przeprowadzenia akcji odwetowych i konieczność wojskową. Na grunt uregulowań dotyczących kwestii ludobójstwa przeniesiono zatem zasady prawa karnego istniejące w krajowych porządkach prawnych.

Niepoczytalność, nietrzeźwość i stan odurzenia wyłączają świadomość sprawcy i zdolność rozpoznawania bezprawności dokonywanych czynów czy zdolność pokierowania swoim zachowaniem. Co istotne, rozważania na temat roli tych czynników jako okoliczności wyłączających winę, mają charakter rozważań *stricte* teoretycznych, bowiem żaden z trybunałów nie prowadził jeszcze postępowania w związku z którąkolwiek z omawianych okoliczności. Jak słusznie wskazuje Dominika Drózdź wynika to z faktu, iż na ławie oskarżonych zasiadali zazwyczaj najwyżsi

zbrojne, nie stanowi sam w sobie podstawy do wyłączenia odpowiedzialności karnej przewidzianej w niniejszym punkcie”; *Statut Międzynarodowego trybunału Karnego*.

27 A. Cassese, *op. cit.*, s. 222.

28 *Ibidem*.

29 D. Drózdź, *op. cit.*, 253.

rangą decydenci i trudno założyć, że w trakcie podejmowanych działań byli oni nieustannie w stanie nietrzeźwości czy odurzenia.³⁰ Taka linia obrony prowadziłaby do absurdalnych konkluzji, stąd nie była jeszcze dotąd przed żadnym z trybunałów podejmowana.

Do stanu niepoczytalności, nietrzeźwości i odurzenia odnoszą się uregulowania art. 31 (a) i (b) StMTK.³¹ Wyłączenie odpowiedzialności nastąpić może jedynie jeśli sprawca cierpiał na „chorobę psychiczną lub upośledzenie umysłowe, które wyłączały zdolność rozpoznania bezprawności lub znaczenia bądź też zdolność pokierowania jej postępowaniem zgodnie z wymogami prawa”. Jeśli chodzi o kwestie nietrzeźwości i odurzenia wielokrotnie już cytowany sędzia Cassese zauważył, że jako okoliczności łagodzące mogą być one brane pod uwagę tylko jeśli stany, w których znalazł się sprawca są tak poważne, iż nie ma on świadomości swojego postępowania i nie jest w stanie ocenić bezprawności swoich działań, a także jeśli nie wprawił się w stan odurzenia dobrowolnie.³²

Z kolei powoływanie się na konieczność wojskową i akcje odwetowe nie zostało wprost wykluczone jako środek obrony. Uznanie tych okoliczności za wyłączające winę sprawcy budziło jednak sporo wątpliwości. Sposób postępowanie w takich sytuacjach nakreśliło orzecznictwo trybunałów ad hoc. Izba Orzekająca MTKJ w sprawie *Martic*³³ uznała, że:

reguła, która ustanawia akcje odwetowe przeciwko ludności cywilnej jako takiej, lub przeciwko pojedynczym jednostkom, jest zabroniona w każdych okolicznościach, nawet wtedy, gdy akcje odwetowe skonfrontowane

30 D. Drózdź, *op. cit.*, s. 255.

31 “Art. 31.1 W uzupełnieniu innych podstaw wyłączenia odpowiedzialności karnej przewidzianych w niniejszym statucie osoba nie ponosi odpowiedzialności karnej, jeżeli w chwili popełnienia czynu: (a) osoba ta cierpiała na chorobę psychiczną lub upośledzenie umysłowe, które wyłączały jej zdolność rozpoznania bezprawności lub znaczenia jej zachowania bądź też zdolność pokierowania jej zachowaniem zgodnie z wymogami prawa; (b) osoba ta była w stanie odurzenia, który wyłączał jej zdolność do rozpoznania bezprawności lub znaczenia jej zachowania bądź zdolność pokierowania jej zachowaniem zgodnie z wymogami prawa, chyba że osoba ta dobrowolnie wprawiła się w stan odurzenia w takich okolicznościach, że wiedziała o tym lub zlekceważyła ryzyko tego, że pod wpływem odurzenia prawdopodobnie popełni czyn stanowiący zbrodnię podlegającą jurysdykcji Trybunału”; *Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego*.

32 A. Cassese, *op. cit.*, s. 227.

33 *Prosecutor v. Milan Martić (Judgment)*, IT-95–11-T, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/469de562.html> [dostęp: 20.08.14].

z krzywdzącym zachowaniem drugiej strony są integralną częścią zwyczajowego międzynarodowego prawa i powinny być respektowane we wszystkich konfliktach zbrojnych.³⁴

Podsumowanie

Podsumowując rozważania na temat okoliczności wyłączających bezprawność i winę sprawcy wskazać należy przede wszystkim na to, że zostały one wymienione w artykule 31 (3) StMTK, w katalogu otwartym.³⁵ Praktyka orzecznicza pokazuje, że sprawcy powołują się także na okoliczności nie przewidziane wprost w StMTK, a wyrażone na przykład w prawie zwyczajowym czy innych aktach prawa międzynarodowego. Ciężar zarzutu zbrodni ludobójstwa sprawia jednak, że trybunały bardzo rzadko zajmują się problematyką okoliczności wyłączających jego bezprawność lub winę, a nawet jeśli, to każda ze spraw rozpatrywana jest w sposób indywidualny z uwzględnieniem specyficznych czynników.

Bibliografia

- A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2003.
- T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo norymberskie-bilans i perspektywy*, Wydawnictwo E. Kuthana 1948.
- T. Cyprian, J. Sawicki, *Sprawy polskie w procesie norymberskim*, Instytut Zachodni im. Z. Wojciechowskiego w Poznaniu, Poznań 1962.
- G. Dawson, R. Boynton, *Reconciling Complicity in Genocide and Aiding and Abetting Genocide in the Jurisprudence of the United Nations Ad Hoc Tribunals*, Harvard Human Rights Journal Vol. 21.
- D. Drózdź, *Zbrodnie ludobójstwa w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2010.

³⁴ D. Drózdź, *op. cit.*, s. 255.

³⁵ „Art. 31. 3. Na rozprawie Trybunał może uwzględnić inną podstawę wyłączenia odpowiedzialności karnej niż wymieniona w ustępie 1, jeżeli da się ją wyprowadzić z prawa mającego zastosowanie w danej sprawie zgodnie z artykułem 21. Postępowanie dotyczące uwzględnienia takiej podstawy jest uregulowane w Regułach Procesowych i Dowodowych”.

- T. Kegel, *Odpowiedzialność za przestępstwa wojenne w świetle prawa międzynarodowego*, Prawo nr. 927, Wrocław 1987.
- Principles of International Law recognized In the Charter of the Nurnberg Tribunal and In the Judgment of the Tribunal with commentaries*, Yearbook of International Law Commission, Vol. II, 1950.
- Report of the International Criminal Court to the United Nations for 2010/11*.
- W.A. Schabas, *Genocide in International Law. The Crimes of Crimes*, Cambridge 2009.
- W.A. Schabas, *Article 6*, [w:] Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Hart Publishing 2008.
- E. Socha, *Zbieżność a komplementarność jurysdykcji międzynarodowych trybunałów karnych i sądów krajowych*, Prawo t. CCXCII, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2009.
- K. Wierczyńska, *Pojęcie ludobójstwa w kontekście orzecznictwa międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, Warszawa 2010.

Spis wykorzystanych aktów prawnych i orzeczeń

- Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa*, Dz.U. z 1952r, Nr 2, poz. 9.
- Prosecutor vs. Dusko Tadic (Judgment)*, IT-94-1-T.
- Prosecutor v. Dusko Tadic*, Judgment in Sentencing Appeals, Separate opinion of Judge Cassese.
- Prosecutor vs. Kambanda; The Prosecutor v. Jean Kambanda (Judgement and Sentence)*, ICTR 97-23-S.
- Prosecutor v. Drazen Erdemovic (Sentencing Judgement)*, IT-96-22-T.
- Prosecutor v. Milan Martić (Judgment)*, IT-95-11-T.
- Report of International Law Commission on the work of its forty-eight session* (1996), UN Doc. A/51/10.
- Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego*, Dz.U. z 2003r, nr 78, poz. 708.
- Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego do Sądzenia Osób Odpowiedzialnych za Ludobójstwo i Inne Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popelnione na Terytorium Rwandy oraz Obywateli Rwandy Odpowiedzialnych za Ludobójstwo i Inne Takie Naruszenia Popelnione na Terytorium Państw Sąsiednich pomiędzy 1 stycznia 1994 r. i 31 grudnia 1994 r.*
- Statut Międzynarodowego Trybunału do Spraw Ścigania Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 roku, przyjęty dnia 25 maja 1997 roku Rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ 827 z późn. zmianami.*

ABSTRACT

ALEKSANDRA SPYCHALSKA

Genocide perpetrator's criminal responsibility exclusion on the grounds of the international law

The article presents the issue of the genocide perpetrator's criminal responsibility exclusion. The author's deliberations are based on analysis of main acts which regulate the genocide crime in international law: *The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*; *The Statute of the International Court of Justice*; *The Statute of International Criminal Tribunal for Rwanda* and *The Statute of International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia*.

Oddziaływanie *szariatu* na orzecznictwo europejskie i europejski porządek prawny na przykładzie Niemiec i Wielkiej Brytanii – zarys problematyki

Słowa kluczowe: islam, *szariat*, Wielka Brytania, Niemcy, porządek prawny, orzecznictwo, mniejszości muzułmański

Faktem jest, iż liczba muzułmanów żyjących w Europie wzrasta – w ciągu dwudziestu lat, pomiędzy 1990 a 2010 rokiem odnotowano bowiem wzrost ich liczby z 29.6 mln do 44.1 mln. Co więcej, według statystyk, do 2030 roku ich populacja przekroczyć ma 58 mln, przez co stanowić ona będzie około 8% całej populacji europejskiej (obecnie stanowi ona ok 6%).¹ W obliczu takiego stanu rzeczy, nie sposób się nie zgodzić, iż wszelkie zagadnienia związane z mniejszością islamską, są i będą zagadnieniami aktualnymi. Jednym z nich jest problematyka oddziaływania reguł prawa islamskiego (*szariatu*) na prawodawstwo i sądownictwo

1 Por. PewResearch, *The Future Of The Global Muslim Population, Projections for 2010–2030*, s. 121; <http://www.pewforum.org/files/2011/01/FutureGlobalMuslimPopulation-WebPDF-Feb10.pdf> [dostęp: 15.05.2014].

europijskie. Aspekt ten jest kontrowersyjny zważywszy na niekompatybilność² wielu zasad *szariatu* z podstawowymi prawami człowieka obowiązującymi w Europie. By móc dokładniej scharakteryzować problematykę, należy w tym miejscu rozwinąć pojęcie *szariatu*. *Szaria* oznacza „drogę”, wedle oryginalnej koncepcji – „drogę do wodopoju”. Koncepcja *szariatu* występuje tylko w jednym *ajacie* Koranu – „Potem umieściliśmy ciebie na otwartej drodze rozkazu. Idź więc po niej, lecz nie idź za namiętnościami tych; którzy nie wiedzą”³ – i nie przybiera definicji prawnej.⁴ Jak wskazuje J. Bielawski „Prawo muzułmańskie obejmuje obowiązki człowieka względem Boga i reguł postępowania w stosunkach między ludźmi, współwyznawcami przede wszystkim (...). Prawo islamu pomaga kroczyć wiernym po ‘dobrej drodze’ – szari’a (...). Inaczej mówiąc, prawo islamu jest wszechobejmującym ciałem religijnych obowiązków, jest całością przykazań Allacha, które regulują całe życie muzułmanki na we wszystkich jego aspektach”⁵. Początkowo na prawo islamu składały się: Koran i *sunna* (sposób postępowania i zachowania Mahometa, na którą składają się *hadithy* – krótkie opowiadania o jego czynach i słowach), ostatecznie, w IX wieku, do źródeł prawa muzułmańskiego dodano *kijas* (analogię) oraz *idźmę* (zgodność opinii). Co istotne, w islamie nie istnieje rozdział na normy prawne i religijne – wszystkie przepisy prawne mają sankcję religijną.⁶ Mając to na uwadze i jednocześnie wskazując

2 Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu w sprawie tureckiej partii Refah (2003) oficjalnie wskazał, iż prawo *szariatu* jest niekompatybilne z podstawowymi regułami demokracji oraz, że akty i przemówienia członków partii, a także proponowany przez partię pluralizm systemów prawnych, są sprzeczne z koncepcją demokratycznego społeczeństwa i z postanowieniami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2. Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284). Szerzej zob. *Refah Partisi (Parti de la prospérité) and Others v. Turkey* [GC], nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, CEDH 2003-II; ECHR, International Conference „Protection of the democratic values in administration of justice”, Baku, 2 maja 2008, s. 4.

3 *Koran*, z arabskiego przełożył i komentarzem opatrzył J. Bielawski, Warszawa 1986 r., XLV:18.

4 Szerzej zob. C. Schirmacher, *The Sharia – Law and Order in Islam*, „The WEA Global Issues Series” 2013, vol 10, s. 13.

5 J. Bielawski, *Islam, religia państwa i prawa*, Warszawa 1973, s. 126–127.

6 Szerzej zob. *Ibidem*, s. 125–149, 176.

na fakt, iż *szariat* jest prawem nierówności, stawiającym wiernych ponad niewiernymi, wolnych ponad niewolnikami i wreszcie – mężczyzn ponad kobietami, nie sposób nie dostrzec iż pogodzenie zasad prawa muzułmańskiego z wieloma podstawowymi prawami człowieka respektowanymi w Europie, opierającymi się na równości, jest trudne, jeśli nie niemożliwe. Jednocześnie do zderzenia obu systemów prawnych dochodzi coraz częściej w związku z rosnącą liczbą imigrantów muzułmańskich. Prowadzi to do wzrostu liczby spraw konfliktowych, kiedy to przedstawiciele mniejszości islamskiej pragną rozstrzygać dotyczące ich kwestie w oparciu o reguły *szariatu*, a nie o prawo obowiązujące w państwie ich pobytu. Ponadto pojawiają się także problematyczne kwestie regulacji prawnych dotyczących m.in. prawa do noszenia tradycyjnego stroju zakrywającego twarz przez muzułmanki – *nikabu* czy *burki* – w miejscach publicznych⁷. Aspekty te odgrywają szczególną rolę w państwach, w których odsetek populacji muzułmanów jest znaczący, czyli przede wszystkim w Wielkiej Brytanii (4,6%), Niemczech (5%), Francji (7,5%) czy Holandii (5,5%)⁸. Ze względu jednak na rozległość tematu, w niniejszej pracy zarysuję wyłącznie problematykę oddziaływania reguł *szariatu* na orzecznictwo Niemiec i Wielkiej Brytanii w ostatnich latach, przedstawiając pewne, wybrane zagadnienia.

7 Prawo zakazujące całkowitego zakrywania twarzy w miejscach w publicznych obowiązuje we Francji od 2011 r. oraz w Belgii (od 2011r). Inne państwa europejskie także rozważają wprowadzenie podobnych regulacji. W Niemczech Federalny Trybunał Konstytucyjny orzekł w 2003 roku, że władze każdego Landu mogą wprowadzić zakaz zakrywania twarzy w szkołach. Szerzej zob. N. Chakrabotri, I. Zempi, *Criminalising oppression or reinforcing oppression? The implications of veil ban laws for Muslim women in the West*, s. 63–64, http://www.academia.edu/3385253/Criminalising_Oppression_or_Reinforcing_Oppression_The_Implications_of_Veil_Ban_Laws_for_Muslim_Women_in_the_West [dostęp: 15.05.2014]; *Veil Bans By Country: A Look At Restrictions On Muslim Headscarves Around The World*, http://www.huffingtonpost.com/2013/09/18/veil-bans-by-country_n_3949110.html [dostęp: 15.05.2014]; *Belgian ban on full veils comes into force*, <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-14261921> [dostęp: 15.05.2014]; *France's Burqa Ban Gets New Scrutiny in European Court*, http://www.huffingtonpost.com/elizabethnicholas/frances-burqa-ban-gets-ne_b_4450937.html [dostęp: 15.05.2014].

8 Dane na 2010 r. Za: PewResearch, *The Future...*, op. cit., s. 124, <http://www.pewforum.org/files/2011/01/FutureGlobalMuslimPopulation-WebPDF-Feb10.pdf> [dostęp: 15.05.2014].

1. Niemcy

W związku z dużym odsetkiem populacji muzułmanów w Niemczech, w ostatnich latach rośnie liczba spraw, których stroną/stronami są wyznawcy islamu, w wyniku czego niejednokrotnie orzekający mają dylemat w kwestii ustosunkowania się, co do zastosowania reguł *szariatu*. Problemy takie pojawiają się przede wszystkim w aspekcie spraw z zakresu prawa cywilnego – mamy tu do czynienia z przenikaniem zasad *szariatu* na poziomie Międzynarodowego Prawa Prywatnego. Zgodnie bowiem z art. 14 Ustawy Wprowadzającej do Kodeksu Cywilnego⁹, sprawy dotyczące małżeństwa generalnie powinny być rozpatrywane w oparciu o prawo państwa, w którym małżeństwo zostało zawarte, podobnie rzecz się ma w kwestii rozwodu, zgodnie z art. 17 tej samej ustawy, czy opieki nad dziećmi – art. 13. Jednocześnie, stosowane prawo musi być zgodne z zasadami niemieckiego porządku prawnego, co może rodzić problemy, w przypadku gdy dane reguły prawa muzułmańskiego są niezgodne z konstytucyjnymi prawami obywatelskimi – wskazuje się, iż w takich kwestiach zazwyczaj stosowane jest prawo niemieckie.¹⁰ Do zasad *szariatu* z zakresu prawa cywilnego niekompatybilnych z prawem europejskim (w tym przypadku z regulacjami niemieckimi), przede wszystkim ze względu na umniejszanie pozycji prawnej kobiety, godzące w zasadę równości płci uregulowaną w art. 3 Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec¹¹, należą m.in. arbitralne uprawnienie mężczyzny do uzyskania rozwodu *talaq* na podstawie trzykrotnego (niekiedy jednokrotnego) wypowiedzenia odpowiedniej formuły – np. „rozwodzę się z tobą”/ „odrzucam cię” z pominięciem drogi sądowej; uwarunkowanie otrzymania rozwodu przez kobietę od zgody męża (*khula*) z jednoczesnym wymogiem wypłacenia mu odpowiedniego odszkodowania najczęściej

⁹ Ustawa wprowadzająca do kodeksu cywilnego w brzmieniu opublikowanym w dniu 21 września 1994 r. (Ustawa federalna Dz.U. I str. 2494; 1997 I, s. 1061), <http://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html> [dostęp: 15.05.2014].

¹⁰ Szerzej zob. M. Rohe, *Islamic Law in German Courts*, [w:] *Erschienen in Islamic Law in German Courts*, Hawwa 1 (2003), s. 46–59, <http://www.zr2.jura.uni-erlangen.de/islamedia/publikation/Hawwa%20-%20Islamic%20Law%20in%20German%20Courts.pdf> [dostęp: 15.05.2014].

¹¹ Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 r., <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf> [dostęp: 15.05.2014].

wynoszącego równowartość *mabru*¹²;¹³ uregulowanie kwestii opieki nad dziećmi – generalnie kobiecie przysługuje ona w przypadku chłopców do momentu ukończenia przez nich 7 lub 9 lat, a w przypadku dziewcząt – do momentu uzyskania przez nie dojrzałości (jeśli jednak kobieta wstąpi w nowy związek małżeński z innym mężczyzną automatycznie traci to prawo);¹⁴ prawo dziedziczenia – mężczyzna dziedziczy dwa razy więcej niż kobieta – mąż otrzymuje 1/2 majątku, gdy nie ma dzieci, żona natomiast 1/4;¹⁵ dopuszczanie przez prawo muzułmańskie małżeństw *polygamicznych* – mężczyzna może mieć równocześnie nawet 4 żony (jednocześnie kobieta nie ma prawa do związku z więcej niż 1 mężczyzną); zakaz zawierania małżeństwa przez muzułmanki z nie-muzułmanami¹⁶;

-
- 12 *Mabr* – prezent weselny, do którego wypłacenia zobowiązuje się narzeczony. Obecnie *mabr* uznawany jest przez prawników muzułmańskich za jedno z podstawowych uprawnień żony i określany jest jako „dobra, które mężczyzna ma obowiązek przekazać kobiecie ze względu na zawarcie z nią aktu małżeństwa lub pierwsze współżycie małżeńskie”. Jednocześnie wskazać należy, że według niektórych źródeł *mabr* postrzegać można nie jako istotną przesłankę bądź jako niezbędny dla ważności czy skuteczności kontraktu małżeńskiego warunek, lecz jako element wypełniający zawarcie związku – jako efekt i konsekwencję zawarcia kontraktu, będący świadectwem szacunku zarówno dla danej kobiety, jak i dla samej instytucji małżeństwa. Za podstawę dla instytucji *mabru* uważa się Koran – „I dawajcie kobietom wiana jako dar” IV:4. Szerzej zob. M. Fawzi Fajd Allah, *Az-Zawadz wa-mudżibatuhu fi asz-szari'a wa al-kanun*, Kuwejt 1994, s. 121; cyt. za: M. Zyzik, *Małżeństwo w prawie muzułmańskim*, Warszawa 2003, s. 67–68; J.J.A. Nasir, *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, Boston 2009, s. 87–88; *Koran*, tłum. J. Bielawski, Warszawa 1986, IV:4.
- 13 Szerzej zob. J. Schact, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1982, s. 163–166; S.W. Witkowski, *Wprowadzenie do prawa muzułmańskiego*, Warszawa 2009, s. 140–152.
- 14 Kwestia ta jest odmiennie regulowana w zależności od poszczególnych szkół islamskich. Przykładowo zgodnie z nauczaniem hanafitów prawo matki do opieki nad chłopcem trwa do momentu aż będzie on zdolny jeść, myć się i ubierać się; według odłamu szyitów – *ithna-ashari*, kobieta ma prawo do opieki nad córką do momentu ukończenia przez nią lat siedmiu a nad chłopcem do momentu, gdy skończy on dwa lata. Szerzej zob. J. Schact, *An Introduction...*, *op. cit.*, s. 167; J.J.A. Nasir, *The status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, Boston 2009, s. 187–192; C.R. Proudman, *Equal and free? Evidence in support of Baroness Cox's Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill*, maj 2012, s. 58, <http://www.secularism.org.uk/uploads/equal-and-free-16.pdf> [dostęp: 15.05.2014].
- 15 Szerzej zob. J. Schacht, *An Introduction...*, *op. cit.*, s. 170–174.
- 16 W 1976 r. Sąd Apelacyjny w Oldenburgu zaakceptował ten zakaz. Szerzej zob. M. Rohe, *Islamic...*, *op. cit.*, s. 7, <http://www.zr2.jura.uni-erlangen.de/islamedia/>

czy niski, dopuszczalny do zawarcia małżeństwa wiek kobiet, wynoszący w zależności od szkoły/państwa 9–15 lat.¹⁷

Aby lepiej zobrazować oddziaływanie *szariatu* na orzecznictwo niemieckie, warto wskazać na praktykę sądów niemieckich i przytoczyć wybrane orzeczenia. Na szczególną uwagę zasługuje tutaj orzeczenie sądu apelacyjnego w Hamm z 2 czerwca 2013 roku, stanowiące, iż ktokolwiek zawiera małżeństwo w kraju muzułmańskim na prawach *szariatu*, a następnie ubiega się o rozwód w Niemczech, musi przestrzegać reguł *szariatu* dotyczących rozwodu. Orzeczenie to zostało wydane w związku ze sprawą irańskiej pary – 23 letnia Iranka poślubiła 31 letniego Irańczyka na mocy prawa *szariatu*. Następnie w 2009 roku para imigrowała do Essen, gdzie urodziła się ich córka, jednak w 2011 roku doszło do separacji. Sąd niższej instancji w Essen w listopadzie 2012 roku zagwarantował kobiecie rozwód, jednak mąż wniósł apelację od decyzji. Sąd apelacyjny w Hamm stanął po stronie kobiety, uzasadniając swą decyzję tym, iż zawierając małżeństwo w oparciu o prawo *szariatu*, strony kontraktu zgodziły się do przestrzegania reguł prawa muzułmańskiego, które w związku z tym powinno mieć zastosowanie także w kwestii rozwiązania małżeństwa – niezależnie od tego, iż oboje mieszkają obecnie na terytorium Niemiec.¹⁸ Innymi przykładami spraw, w których sędziowie odwołali się do zasad *szariatu* są: orzeczenie Federalnego Sądu ds. Socjalnych w Kassel zatwierdzające roszczenie drugiej żony, co do połowy świadczeń emerytalnych jej zmarłego, marokańskiego męża – mimo, iż poligamia jest w Niemczech zakazana, sąd orzekł iż obie żony muszą dzielić emeryturę; orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Dusseldorfie nakazujące mężczyźnie pochodzenia tureckiego wypłatę 30 tysięcy euro swojej synowej – zgodnie z regułami *szariatu*; orzeczenie Sądu Rejonowego w Monachium przyznające niemieckiej wdowie prawo jedynie do ¼ posagu po zmarłym mężu urodzonym w Iranie, w oparciu o prawo jego pochodzenia – sąd uznał, iż pozostałe ¾ majątku dziedziczyć powinny jego krewni z Teheranu argumentując decyzję faktem, iż skoro zmarły

publikation/Hawwa%20-%20Islamic%20Law%20in%20German%20Courts.pdf [dostęp: 15.05.2014].

¹⁷ Szerzej zob. J.J.A. Nasir, *The status...*, *op. cit.*, s. 25–29.

¹⁸ Por. Pressearchiv 2013, http://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/archiv/2013_pressearchiv/index.php [dostęp: 15.05.2014]; S. Kern, *Islamic Law's Foothold in German Legal System*, czerwiec 2013, <http://www.gatestoneinstitute.org/3753/islamic-law-german-legal-system> [dostęp: 15.05.2014].

nie miał obywatelstwa niemieckiego, to w kwestii dziedziczenia właściwe jest prawo *szariatu*.¹⁹ W lutym 2011 roku Niemiecki Federalny Sąd Pracy w Enfurt orzekł, że muzułmanin tureckiego pochodzenia, zatrudniony od 1994 roku w supermarkecie w Kiel, ma prawo do odmowy sprzedaży alkoholu z przyczyn religijnych. Orzeczenie to jest tym bardziej kontrowersyjne, zważywszy na fakt, iż *szariat* nie zabrania kontaktu z alkoholem, a jedynie jego spożycia, na co zresztą wskazał sam Sąd uznając jednak, iż powód był człowiekiem głęboko religijnym, co uzasadniania przyznane mu uprawnienie.²⁰ Wymienione sprawy są jedynie przykładowymi, w rzeczywistości bowiem orzeczeń wydanych przez niemieckie sądownictwo odwołujące się (uznające) do zasad *szariatu* było więcej. Na szczególną uwagę zasługuje jednak wg mnie sprawa z marca 2007 roku, której przedmiotem było ubieganie się o rozwód przez 26-letnią kobietę marokańskiego pochodzenia, ze względu na przemoc i groźby ze strony męża (także Marokańczyka). Sąd orzekł roczną separację, po upływie której możliwy stałby się ewentualny rozwód – przyspieszenie biegu sprawy dopuszczalne jest jedynie ze względu na szczególne okoliczności. Zważywszy na poczucie zagrożenia życia powoda, jej adwokat wniosła o przyspieszenie rozwodu. Odpowiedź sędziny na wniosek okazała się być co najmniej kontrowersyjna. Sędzia Christa Datz-Winter nie tylko bowiem stwierdziła, iż *de facto* nie dostrzega żadnych powodów uzasadniających przyspieszenie biegu sprawy, co więcej uznała, że kobieta wstępując w związek małżeński powinna być świadoma, iż ze względu na to, że jej mąż wychował się w kraju pozostającym pod wpływem tradycyjnego prawa islamskiego, może on uciekać się do kar cielesnych wobec niej – zagwarantowanych mu przez religię. Co jednak potęguje kontrowersje – argumentując swoje stanowisko, sędzina uciekła się do przytoczenia wersetu 34-ego sury czwartej Koranu: „Mężczyźni stoją nad kobietami ze względu na to, że Bóg dał wyższość jednym nad drugimi, i ze względu na to, że oni rozdają ze swojego majątku. Przeto cnotliwe kobiety są pokorne i zachowują w skrytości to, co zachował Bóg. I napominajcie te, których nieposłuszeństwa się boicie, pozostawiajcie je w łóżach

19 Por. S. Kern, *Islamic Law's...*, *op. cit.*, <http://www.gatestoneinstitute.org/3753/islamic-law-german-legal-system> [dostęp: 15.05.2014].

20 Szerzej zob. Bundesarbeitsgericht Urteil vom 24.2.2011, 2 AZR 636/09, <http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&Datum=2011-2&nr=15389&pos=0&anz=70> [dostęp: 15.05.2014].

i bijcie je! A jeśli są wam posłuszne, to starajcie się nie stosować do nich przymusu. Zaprawdę, Bóg jest wzniosły, wielki”²¹. Orzeczenie wywołało tak silne oburzenie, że sędzina została odsunięta od sprawy.²²

Na podstawie przytoczonych, wybranych przykładów spraw, stwierdzić można, iż faktem jest, że reguły *szariatu* oddziałują na orzecznictwo sądów niemieckich. Jest to moim zdaniem zjawisko niepokojące, zważywszy na wskazane wcześniej niekompatybilności wielu zasad *szariatu* z normami prawa europejskiego, w tym niemieckiego – w szczególności w odniesieniu do podstawowej zasady równości. Co więcej, równie, o ile nie silniej, niepokojące jest zjawisko orzekania złagodzonych kar (zarówno przez cywilne sądy niemieckie, jaki i karne) za przemoc i przestępstwa motywowane kulturowo (tzw. „zbrodnie honorowe”) – odnotowano bowiem kilka przypadków, w których sądy uznały ‘muzułmańskie postrzeganie moralności’ za czynnik łagodzący.²³ Taki stan rzeczy nie powinien mieć według mnie miejsca w żadnym państwie.

Poza oddziaływaniem *szariatu* na orzecznictwo sądów niemieckich wskazać należy na drugi, nieoficjalny z kolei sposób, poprzez który reguły prawa muzulmańskiego przenikać mogą do systemu niemieckiego, a mianowicie – równoległy, muzulmański system prawny. Przykładem może tu być zawieranie muzulmańskich kontraktów małżeńskich z pominięciem oficjalnej drogi sądowej i ich rejestracji, czy rozstrzygnięcie innych, różnorodnych kwestii problematycznych poprzez arbitraż przed

21 *Koran*, z arabskiego przełożył i komentarzem opatrzył J. Bielawski, Warszawa 1986, IV:34.

22 Szerzej zob.: M. Bartsch, A. Brandt, S. Kaiser, G. Latsch, C. Meyer, C. Schmidt, *German Justice Failures. Paving the Way for a Muslim Parallel Society*, „Spiegel” 2007, 29 marca, <http://www.spiegel.de/international/germany/german-justice-failures-paving-the-way-for-amuslim-parallel-society-a-474629.html> [dostęp: 15.05.2014]; S. Kern, *Islamic Law's...*, *op. cit.*, <http://www.gatestoneinstitute.org/3753/islamic-law-german-legal-system> [dostęp: 15.05.2014].

23 Przykładowo w 2003 roku Frankfurcki Sąd Rejonowy orzekł złagodzony wymiar kary dla mężczyzny tureckiego pochodzenia, który dopuścił się morderstwa na swej żonie (pochodzenia niemieckiego) wielokrotnie raniąc ją nożem w reakcji na jej ‘nieposłuszeństwo’ i żądanie rozwodu. Zgodnie z decyzją sądu, żądanie rozwodu naruszało honor rodziny męża i samego męża w związku z odmienny postrzeganiem honoru przez ich rdzenne środowisko. Federalny Trybunał Konstytucyjny uchylił tę decyzję. Szerzej zob. M. Bartsch, A. Brandt, S. Kaiser, G. Latsch, C. Meyer, C. Schmidt, *German Justice...*, *op. cit.*, <http://www.spiegel.de/international/germany/german-justice-failures-paving-the-way-for-amuslim-parallel-society-a-474629.html> [dostęp: 15.05.2014].

sędziami muzułmańskimi z pominięciem drogi oficjalnej.²⁴ Ryzyko takiego stanu rzeczy jest tym silniejsze, zważywszy na chęć życia pod regulacjami *szariatu* wyrażaną przez niektóre grupy muzułmanów żyjących w Niemczech,²⁵ co prowadzi do tworzenia się na terenie Niemiec 'równoległego świata muzułmańskiego'.²⁶ Dokładna skala zjawiska rozstrzygnięcia spraw (zarówno z zakresu prawa cywilnego, jak i co gorsza – karnego) w drodze muzułmańskiego arbitrażu jest trudna do określenia, ze względu na to, iż spotkania arbitrażowe odbywają się najczęściej w tajemnicy. Jednak zdaniem Joachima Wagnera, autora *Richter ohne Gesetz: Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat* – zjawisko to jest już teraz niezwykle rozpowszechnione i może zagrażać systemowi konstytucyjnemu Niemiec.²⁷ Co gorsza, pojawiają się także oficjalne głosy domagające się ustanowienia prawa islamskiego i muzułmańskiego arbitrażu jako oficjalnych źródeł prawa niemieckiego, wśród których wskazać można ekstremistycznego fundatora Islamskiego Centrum w Berlinie – Sälim'a Ibn 'Abd al-Ghanī al-Rāfi'i.²⁸ Pomimo więc, iż aktualnie arbitraż muzułmański nie jest w Niemczech oficjalnie dopuszczony, to zarówno zjawisko oficjalnego odwoływania się do reguł *szariatu* w orzeczeniach sądów niemieckich, jak i nieoficjalne działania równoległego systemu arbitrażowego są moim zdaniem co najmniej niepokojące.

-
- 24 Szerzej zob. M. Rohe, *Islamic...*, *op. cit.*, s. 4, <http://www.zr2.jura.uni-erlangen.de/islammedia/publikation/Hawwa%20-%20Islamic%20Law%20in%20German%20Courts.pdf> [dostęp: 15.05.2014].
- 25 Szerzej zob. B.J. Meyer, *Islamic groups want Sharia law in Germany*, <http://www.bild.de/news/bild-english/news/wolfgang-schaeuble-warns-inreport-for-the-protection-of-the-constitution-8410944.bild.html> [dostęp: 15.05.2014].
- 26 Szerzej zob. M. Bartsch, A. Brandt, S. Kaiser, G. Latsch, C. Meyer, C. Schmidt, *German Justice...*, *op. cit.*, <http://www.spiegel.de/international/germany/german-justice-failures-paving-the-way-for-amuslim-parallel-society-a-474629.html> [dostęp: 15.05.2014]; H.P. Florez, *Sharia Law: No Place in Europe*, <http://lawyerssecularsociety.files.wordpress.com/2013/11/hellen-parra-florez-sharia-law-no-place-in-europe.pdf> [dostęp: 15.05.2014].
- 27 Szerzej zob. J. Wagner, *Richter ohne Gesetz: Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat*, Berlin 2011; *Islamic Justice in Europe: 'It's Often a Dictate of Power'*, „Spiegel” 2011, 1 września, <http://www.spiegel.de/international/germany/islamic-justice-in-europe-it-s-often-a-dictate-of-power-a-783843.html> [dostęp: 15.05.2014].
- 28 Szerzej zob. Sälim'a Ibn 'Abd al-Ghanī al-Rāfi'i, *The Rules of Personal Status of Muslims in the West*, Riyadh 2001; cyt. za: M. Rohe, *Sharia in Europe – Perspectives of Segregation, Assimilation or Integration for European Muslims?*, s. 23–24, http://cmes.hmdc.harvard.edu/files/Mathias.Rohe_.lecture.pdf [dostęp: 15.05.2014].

2. Wielka Brytania

W związku z wysokim odsetkiem mniejszości muzułmańskiej w Wielkiej Brytanii, w kraju tym także można zaobserwować aspekty problematyczne, pojawiające się w wyniku oddziaływania reguł *szariatu*. Sytuacja odmienna jest jednak od tej w RFN, choć również w Wielkiej Brytanii mówić możemy o oddziaływaniu reguł prawa muzułmańskiego bezpośrednio na orzecznictwo sądowe (co zważywszy na inny system prawny – *common law*, skutkuje tym, że wyrok sądu brytyjskiego przybiera postać oficjalnego źródła). Przykładowo, w październiku 2009 roku Sąd Apelacyjny Dla Anglii i Walii orzekł w sprawie *Uddin v. Chounbury*²⁹, dotyczącej pary pochodzącej z Bangladeszu, która wstąpiła w muzułmański związek małżeński *nikah* zaaranżowany przez ich rodziny. Do zawarcia ślubu doszło w 2003 roku, jednak rok później, na wniosek żony, Islamska Rada Szariatowa w Leyton udzieliła parze rozwodu. W związku z zaistniałą sytuacją, ojciec pana młodego zażądał zwrotu biżuterii oraz *mahr*u (którego równowartość wynosiła 15,000 funtów) podarowanych żonie (zaznaczyć należy, że małżeństwo nie zostało zarejestrowane zgodnie z prawem brytyjskim). Sąd apelacyjny utrzymał w mocy decyzję sądu pierwszej instancji, zgodnie z którą po konsultacji sprawy z ekspertem od prawa muzułmańskiego uznano, iż żona nie jest zobligowana do zwrotu biżuterii, gdyż był to dar oraz zważywszy na to, iż kontrakt małżeński był ważny i wiążący, *mahr* przysługuje kobiecie. Sąd poza uznaniem praw kobiety do prezentu i *mahr*u, uznał więc także za legalny muzułmański kontrakt małżeński oraz rozwód udzielony przez Radę Szariatową.³⁰

Jednak orzecznictwo sądów brytyjskich nie jest jedynym obszarem, w którym uwidacznia się problematyka przenikania reguł *szariatu* – silniejsze oddziaływanie norm islamu na terenie Anglii ma bowiem miejsce w wyniku działalności Muzułmańskich Rad i Trybunałów Arbitrażowych³¹, która zalegalizowana została na mocy sekcji pierwszej litery „b”

29 Uddin v. Choudhury, [2009] EWCA (Civ) 1205, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/1205.html> [dostęp: 15.05.2014].

30 Szerzej zob. J.R. Bowen, *How Could English Courts Recognize Shariah?*, „University of St. Thomas Law Journal” 2010, Vol. 7, Iss. 3, Article 3, s. 422–425, <http://ir.stthomas.edu/ustlj/vol7/iss3/3> [dostęp: 15.05.2014].

31 Wskazuje się, iż Muzułmańskie Trybunały i Rady działają na terenie Wielkiej Brytanii przynajmniej od lat osiemdziesiątych XX wieku – w 1982 roku utworzona

Aktu Arbitrażowego z 1996 roku stanowiącej, iż „strony powinny same decydować o sposobie, w jaki ich spory będą rozwiązywane, podlegając wyłącznie zabezpieczeniom, jakie są konieczne ze względu na interes publiczny”³². Wskazuje się, iż obecnie na terenie Wielkiej Brytanii działa co najmniej 85 Muzułmańskich Trybunałów Arbitrażowych³³, do których rocznie zgłasza się około trzech i pół tysiąca muzułmanów.³⁴ W wyniku przeprowadzonych badań³⁵ ustalono, iż w ramach działalności arbitrażowej sądy te, kierując się zasadami *szariatu*, bardzo często naruszają zasady systemu prawnego Wielkiej Brytanii, w szczególności w odniesieniu do pozycji kobiet, naruszając zasadę równości płci (zagwarantowaną m.in. na mocy the Sex Discrimination Act 1975³⁶, the Human Rights Act 1998³⁷, the Equality Act 2010³⁸) oraz praw dzieci (zagwarantowanych w the Children Act 1989³⁹). Działalność Muzułmańskich Sądów

została Islamska Rada Szariatu w Londynie; por. strona internetowa Rady: <http://www.islamic-sharia.org/index.html>. Szerzej zob. D. Pearl, W. Menski, *Muslim Family Law*, Londyn 1998; cyt. za: P. Shah, *In pursuit of the pagans: Muslim law in the English context*, „Religare Working Paper” 2012, No. 9, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2034463 [dostęp: 15.05.2014].

- 32 Lit. B sekcji 1 Aktu Arbitrażowego Wielkiej Brytanii z 17 czerwca 1996 r., <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/1> [dostęp: 15.05.2014].
- 33 Por. A. McSmith, *The Big Question: How do Britain's sharia courts work, and are they a good thing?*, „The Independent” 2009, <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/the-big-question-how-do-britains-sharia-courts-work-and-are-they-a-good-thing-1724486.html> [dostęp: 15.05.2014]; S. Kern, *Britain's Sharia Courts: "You Cannot Go Against What Islam Says"*, <http://www.gatestoneinstitute.org/3682/uk-sharia-courts> [dostęp: 15.05.2014].
- 34 Por. M. Curtis, *The Problem of Sharia Law in Britain*, <http://www.gatestoneinstitute.org/2839/sharia-law-britain> [dostęp: 15.05.2014].
- 35 Film dokumentalny poświęcony działalności Muzułmańskich Trybunałów Arbitrażowych przygotowany w kwietniu 2013 r. przez BBC Two: *Secrets of Britain's Sharia Councils*, reż. Jane Corbin, <http://www.bbc.co.uk/programmes/b01rxftj> [dostęp: 15.05.2014] lub https://www.youtube.com/watch?v=XOaJ_y8piNE [dostęp: 15.05.2014].
- 36 The Sex Discrimination Act 1975, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/65/pdfs/ukpga_19750065_en.pdf [dostęp: 15.05.2014].
- 37 The Human Rights Act 1998, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42> [dostęp: 15.05.2014].
- 38 The Equality Act 2010, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf [dostęp: 15.05.2014].
- 39 The Children Act 1989, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41> [dostęp: 15.05.2014].

Arbitrażowych jest także niekompatybilna z normami brytyjskimi w odniesieniu do takich kwestii, jak dążenie przez nie do zakazania alkoholu, hazardu, palenia, prostytucji, związków homoseksualnych, czy mieszania płci w miejscach publicznych.⁴⁰ Do kontrowersyjnych kierunków działań muzułmańskich instytucji arbitrażowych należy przede wszystkim udzielanie błędnych informacji prawnych zgłaszającym się do nich kobietom (przekonywanie, iż wszelkie decyzje/orzeczenia wydawane w ramach działalności Muzułmańskich Trybunałów Arbitrażowych mają taką samą moc prawną, jak te wydane przez brytyjskie organy publiczne, co jest nieprawdą) i zachęcanie do rozwiązywania problemów prawnych (związanych m.in. także z występowaniem przemocy w rodzinie) z pominięciem drogi oficjalnej (wiele muzułmańskich związków małżeńskich zawieranych jest w Wielkiej Brytanii z pominięciem rejestracji, ograniczając się do podpisania kontraktu na zasadach prawa muzułmańskiego, co skutkuje tym, iż związki te nie są uznane prawnie i w efekcie wyłącza to ochronę prawną kobiet będących ich stroną).⁴¹ Zaznaczyć jednocześnie należy, iż istnieją dowody wskazujące, iż muzułmanki korzystają z usług arbitrażowych raczej dobrowolnie niż w wyniku przymusu.⁴² Jednocześnie jednak, zważywszy na podstawową zasadę równości płci zagwarantowaną w Wielkiej Brytanii, kwestią kluczową staje się wskazanie czy „porządek prawny mniejszości zapewnia indywidualną autonomię lub równą ochronę swoim członkom”⁴³, tym bardziej biorąc pod uwagę fakt, że kobiety stanowią grupę „mniejszości w mniejszości” i są szczególnie narażone na ryzyko doznania krzywdy.⁴⁴

W związku ze wskazaną problematyką, w kwietniu 2011 roku, baronowa Caroline Cox przedstawiła Izbie Lordów propozycję *The Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill*, dokumentu, który miałby ograniczyć negatywne skutki działalności m.in. Muzułmańskich Trybunałów Arbitrażowych, poprzez wprowadzenie zmian w wybranych

40 Por. M. Curtis, *The Problem...*, *op. cit.*

41 Szerzej zob. C.R. Proudman, *Equal and free...*, *op. cit.*, <http://www.secularism.org.uk/uploads/equal-and-free-16.pdf> [dostęp: 15.05.2014]; J.R. Bowen, *How Could English Courts...*, *op. cit.*, s. 412, <http://ir.stthomas.edu/ustlj/vol7/iss3/3> [dostęp: 15.05.2014].

42 Szerzej zob. M. Malik, *Minority Legal Orders in the UK: Minorities, pluralism and the law*, Londyn 2012, s. 26–32, <http://www.britac.ac.uk/policy/Minority-legal-orders.cfm> [dostęp: 15.05.2014].

43 *Ibidem*, s. 26.

44 Por. *Ibidem*, s. 28.

dokumentach – m.in. poprzez dodanie artykułu do Aktu Arbitrażowego 1996 w brzmieniu „Żadna część umowy arbitrażowej bądź procesu nie powinna zezwalać na to, by: a) zeznanie mężczyzny było warte więcej, niż zeznanie kobiety, b) podział majątku pomiędzy dzieci płci męskiej i żeńskiej był nierówny, c) kobietom przysługiwało mniejsze prawo własności niż mężczyznom bądź odwrotnie, d) na każdy inny warunek, stanowiący dyskryminację ze względu na płeć”⁴⁵. Dotychczas, 14 maja 2013 roku, miało miejsce pierwsze czytanie dokumentu przed Izbą Lordów.⁴⁶ Inicjatywa podjęta przez baronową Cox jest niewątpliwie pozytywnym krokiem mającym na celu ograniczenie negatywnych skutków prawa *szariatu* w Wielkiej Brytanii. Jednocześnie jednak odnotowuje się także działania zmierzające do umocnienia pozycji reguł *szariatu* w kraju, do których należeć może, opublikowany przez The Law Society (reprezentację adwokatów Anglii i Walii) 13 marca 2014 roku, poradnik na temat zasad dziedziczenia wg prawa *szariatu*, które mają być stosowane w sądach brytyjskich. Krok ten skrytykowany został m.in. przez wymienioną wyżej baronową Cox, która wskazała, iż jest on niezwykle niepokojący i może prowadzić do oficjalnego uznania reguł *szariatu* w Wielkiej Brytanii⁴⁷.

3. Podsumowanie

Faktem jest, iż jednym z istotnych zagadnień z jakimi mierzy się w ostatnich latach Europa jest zjawisko multikulturalizmu. Rosnąca liczba imigrantów będących przedstawicielami odmiennych kultur niesie za sobą wiele konsekwencji, wobec których stają obywatele krajów europejskich. Jednym z aspektów problematyki multikulturalizmu jest nie tylko sama konfrontacja odmiennych wartości, ale także ich przenikanie do kultury

45 Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill, <http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2013-2014/0020/14020.pdf> [dostęp: 15.05.2014].

46 Szerzej zob. Arbitration and Mediation (Equality) Services Bill [HL] 2013–14, <http://services.parliament.uk/bills/2013-14/arbitrationandmediationequalityservices.html> [dostęp: 15.05.2014].

47 Szerzej zob. *Sharia succession rules*, <http://www.lawsociety.org.uk/advice/practice-notes/sharia-succession-rules/> [dostęp: 15.05.2014]; J. Bingham, *Islamic law is adopted by British legal chiefs*, „The Telegraph” 2014, <http://www.telegraph.co.uk/news/religion/10716844/Islamic-law-is-adopted-by-British-legal-chiefs.html> [dostęp: 15.05.2014].

europiejskiej, uwidaczniające się w szczególności za sprawą rosnącej liczby przedstawicieli kultury muzułmańskiej. Kwestie związane z mniejszościami islamskimi w Europie stają się szczególnie kontrowersyjne ze względu na obserwowane w ostatnich latach, coraz silniejsze oddziaływanie prawa *szariatu* na terenie państw europejskich, prawa, którego normy wielokrotnie sprzeczne są z podstawowymi prawami człowieka i normami akceptowanymi w Europie. Co więcej, nie pozostawia wątpliwości fakt, iż zarówno w Niemczech, jak i w Wielkiej Brytanii prawo *szariatu* oddziałuje na orzecznictwo i system prawny. Uwidacznia się to zarówno w niejednokrotnym odwoływaniu się w orzeczeniach sądowych do reguł prawa muzułmańskiego, jak i w działalności Muzułmańskich Trybunałów Arbitrażowych – działających oficjalnie w Wielkiej Brytanii, a nieoficjalnie w Niemczech. Jeśli oddziaływanie to nie zostanie zahamowane, a przeciwnie – przybierać zacznie na sile (co jest możliwe m.in. zważywszy na przewidywany wzrost odsetka mniejszości muzułmańskiej w obu państwach w najbliższych latach⁴⁸) może ono zagrozić ich systemom demokratycznym, ze względu na wskazaną niekompatybilność wielu zasad *szariatu* z normami i prawami zagwarantowanymi na mocy aktów prawnych obu krajów. Szczególnie niebezpiecznym, w moim mniemaniu, jest w tym aspekcie obserwowany rozwój równoległego, muzułmańskiego porządku prawnego. Sądzę, że zarówno władze brytyjskie, jak i niemieckie powinny podjąć już teraz wzmożone działania mające na celu ograniczenie stosowania na ich terenie tego typu zjawisk – czy to w drodze oficjalnej, czy nieoficjalnej – stojących w sprzeczności z legalnym porządkiem prawnym.

Bibliografia

Akty prawne oraz orzeczenia

Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill, <http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2013-2014/0020/14020.pdf>.

Bundesarbeitsgericht Urteil vom 24.2.2011, 2 AZR 636/09.

48 Zgodnie z raportem Pew Research przewiduje się, iż w 2030 roku odsetek mniejszości muzułmańskiej wyniesie w Niemczech ok. 7,1% całej populacji, a w Wielkiej Brytanii ok 8,2%. Por. PewResearch, *The Future...*, *op. cit.*, s. 124; <http://www.pewforum.org/files/2011/01/FutureGlobalMuslimPopulation-WebPDF-Feb10.pdf> [dostęp: 15.05.2014].

- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2. (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284).
- Lit. B sekcji 1 Aktu Arbitrażowego Wielkiej Brytanii z 17 czerwca 1996, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/1>.
- Refah Partisi (Parti de la prospérité) and Others v. Turkey* [GC], nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, CEDH 2003-II; ECHR.
- The Children Act 1989, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41>.
- The Equality Act 2010, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf.
- The Human Rights Act 1998, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42>.
- The Sex Discrimination Act 1975, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/65/pdfs/ukpga_19750065_en.pdf.
- Uddin v. Choudhury, [2009] EWCA (Civ) 1205, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/1205.html>.
- Ustawa wprowadzająca do kodeksu cywilnego w brzmieniu opublikowanym w dniu 21 września 1994 r. (Ustawa federalna Dz.U. I str. 2494; 1997 I, s. 1061).
- Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 r., <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>.

Literatura

- J. Bielawski, *Islam, religia państwa i prawa*, Warszawa 1973.
- J.R. Bowen, *How Could English Courts Recognize Shariah?*, „University of St. Thomas Law Journal” 2010, Vol. 7, Iss. 3, Article 3, s. 422–425, <http://ir.stthomas.edu/ustlj/vol7/iss3/3>.
- M. Fawzi Fajd Allah, *Az-Zawadž wa-mudżibatuhu fi asz-szari'a wa al.-kanun*, Kuwejt 1994.
- H.P. Florez, *Sharia Law: No Place in Europe*, <http://lawyerssecularsociety.files.wordpress.com/2013/11/hellen-parra-florez-sharia-law-no-place-in-europe.pdf>.
- International Conference „Protection of the democratic values in administration of justice”, Baku, 2 maja 2008.
- Koran, z arabskiego przełożył i komentarzem opatrzył J. Bielawski, Warszawa 1986.
- Malik M., *Minority Legal Orders in the UK: Minorities, pluralism and the law*, Londyn 2012, s. 26–32, <http://www.britac.ac.uk/policy/Minority-legal-orders.cfm>.
- J.J.A. Nasir, *The status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, Boston 2009.
- D. Pearl, W. Menski, *Muslim Family Law*, Londyn, 1998.
- PewResearch, *The Future Of The Global Muslim Population, Projections for 2010–2030*, s. 121; <http://www.pewforum.org/files/2011/01/FutureGlobalMuslim-Population-WebPDF-Feb10.pdf>.

- C.R. Proudman, *Equal and free? Evidence in support of Baroness Cox's Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill*, maj 2012, <http://www.secularism.org.uk/uploads/equal-and-free-16.pdf>.
- Rohe M., *Islamic Law in German Courts*, [w:] *Erschienen in Islamic Law in German Courts*, Hawwa 1 (2003), s. 46–59, <http://www.zr2.jura.uni-erlangen.de/islamedia/publikation/Hawwa%20-%20Islamic%20Law%20in%20German%20Courts.pdf>.
- Rohe M., *Sharia in Europe – Perspectives of Segregation, Assimilation or Integration for European Muslims?*, http://cmes.hmdc.harvard.edu/files/Mathias.Rohe_lecture.pdf.
- Sālim'a Ibn 'Abd al-Ghanī al-Rāfi'i, *The Rules of Personal Status of Muslims in the West*, Riyadh 2001.
- J. Schact, *An Introductuon to Islamic Law*, Oxford 1982.
- C. Schirrmacher, *The Sharia – Law and Order in Islam*, „The WEA Global Issues Series” 2013, vol 10.
- P. Shah, *In pursuit of the pagans: Muslim law in the English context*, „Religare Working Paper” 2012, No. 9, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2034463.
- J. Wagner, *Richter ohne Gesetz: Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat*, Berlin 2011.
- S.W. Witkowski, *Wprowadzenie do prawa muzutmańskiego*, Warszawa 2009.
- M. Zyzik, *Matżeństwo w prawie muzutmańskim*, Warszawa 2003.

Źródła internetowe

- Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill, <http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2013-2014/0020/14020.pdf>.
- Arbitration and Mediation (Equality) Services Bill [HL] 2013–14, <http://services.parliament.uk/bills/2013-14/arbitrationandmediationequalityservices.html>.
- Bartsch M., Brandt A., Kaiser S., Latsch G., Meyer C., Schmidt C., *German Justice Failures. Paving the Way for a Muslim Parallel Society*, „Spiegel” 2007, 29 marca, <http://www.spiegel.de/international/germany/german-justice-failures-paving-the-way-for-amuslim-parallel-society-a-474629.html>.
- Belgian ban on full veils comes into force*, <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-14261921>.
- Bingham J., *Islamic law is adopted by British legal chiefs*, „The Telegraph” 2014, <http://www.telegraph.co.uk/news/religion/10716844/Islamic-law-is-adopted-by-British-legal-chiefs.html>.
- Bundesarbeitsgericht Urteil vom 24.2.2011, 2 AZR 636/09, <http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&Datum=2011-2&nr=15389&pos=0&anz=70>.
- Chakrabotri N., Zempi, *Criminalising oppression or reinforcing oppression? The implications of veil ban laws for Muslim women in the West*, <http://www.academia>.

- edu/3385253/Criminalising_Oppression_or_Reinforcing_Oppression_The_Implications_of_Veil_Ban_Laws_for_Muslim_Women_in_the_West.
- Curtis M., *The Problem of Sharia Law in Britain*, <http://www.gatestoneinstitute.org/2839/sharia-law-britain>.
- France's Burqa Ban Gets New Scrutiny in European Court*, http://www.huffingtonpost.com/elizabeth-nicholas/frances-burqa-ban-gets-ne_b_4450937.html.
- Islamic Justice in Europe: 'It's Often a Dictate of Power'* „Spiegel” 2011, 1 września, <http://www.spiegel.de/international/germany/islamic-justice-in-europe-it-s-often-a-dictate-of-power-a-783843.html>.
- Kern S., *Britain's Sharia Courts: "You Cannot Go Against What Islam Says"*, <http://www.gatestoneinstitute.org/3682/uk-sharia-courts>.
- Kern S., *Islamic Law's Foothold in German Legal System*, czerwiec 2013, <http://www.gatestoneinstitute.org/3753/islamic-law-german-legal-system>.
- Lit. B sekcji 1 Aktu Arbitrażowego Wielkiej Brytanii z 17 czerwca 1996 r., <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/1>.
- McSmith A., *The Big Question: How do Britain's sharia courts work, and are they a good thing?*, „The Independent” 2009, <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/the-big-question-how-do-britains-sharia-courts-work-and-are-they-a-good-thing-1724486.html>.
- Meyer B.J., *Islamic groups want Sharia law in Germany*, <http://www.bild.de/news/bild-english/news/wolfgang-schaeuble-warns-inreport-for-the-protection-of-the-constitution-8410944.bild.html>.
- Pressearchiv 2013, http://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/archiv/2013_pressesearchiv/index.php.
- Secrets of Britain's Sharia Councils*, reż. Jane Corbin, <http://www.bbc.co.uk/programmes/b01rxftj>, https://www.youtube.com/watch?v=XOaJ_y8piNE.
- Sharia succession rules*, <http://www.lawsociety.org.uk/advice/practice-notes/sharia-succession-rules/>.
- Strona internetowa Rady Szariatu: <http://www.islamic-sharia.org/index.html>.
- The Children Act 1989, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41>.
- The Equality Act 2010, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf.
- The Human Rights Act 1998, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42>.
- The Sex Discrimination Act 1975, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/65/pdfs/ukpga_19750065_en.pdf.
- Uddin v. Choudhury, [2009] EWCA (Civ) 1205, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/1205.html>.
- Veil Bans By Country: A Look At Restrictions On Muslim Headscarves Around The World*, http://www.huffingtonpost.com/2013/09/18/veil-bans-by-country_n_3949110.html.

ABSTRACT

KATARZYNA SADOWA

Influence of sharia law on European legal system and European jurisprudence on the example of Germany and Great Britain – outline

The subject of this article is the influence of sharia law on European legal system and European jurisprudence. The fact is, that the percent of Muslim minorities living in Europe is growing therefore the higher number of Muslim's culture representatives influence European law– in official ways as well as unofficial. It is observed, that in many cases regarding Muslim minorities European courts refer to sharia law. There is also a tendency to create Muslim arbitration courts and tribunals in Europe. This phenomenon is controversial because of the fact that many of sharia rules are inconsistent with fundamental human rights and other basic European regulations (for example: sex equality, inheritance law or children rights). The outline of the problem will be presented on the example of two countries: Germany and Great Britain.

Źródła prawa muzułmańskiego wobec stroju kobiety muzułmanki

Słowa kluczowe: islam, chusta muzułmańska, hidżab, regulacje prawne dotyczące stroju kobiety muzułmanki

1. Uwagi wstępne

Określenie „strój kobiety muzułmanki”, szczególnie współcześnie w świadomości Europejczyków, kojarzone jest z chustą, którą kobieta zasłania włosy i głowę, a często też całe ciało wraz z twarzą. Wiele książek i artykułów dotyczących życia i praw muzułmank, prędzej czy później porusza temat stroju, a liczne hasła opisujące islam w encyklopediach, nierzadko zilustrowane są zdjęciami kobiet w afgańskich *burkach*. W dzisiejszych czasach, kiedy coraz więcej ludzi podróżuje po świecie i styka się z odmiennymi kulturami, tradycjami i religiami, temat ten staje się bardziej aktualny, gdyż przejawiamy większe nim zainteresowanie. Także wśród polityków obserwujemy zwiększone zaangażowanie, ze względu na status kobiety w islamie i jej publiczne manifestowanie przynależności religijnej.

Porównujemy sytuację kobiet wychowanych w europejskim kręgu kulturowym do zupełnie odmiennej codzienności kobiet arabskich czy tylko muzułmańskich. Brak podchodzenia do tego tematu z dystansem kulturowym, uogólnianie, upraszczanie oraz wierzenie we wszelkie przekazy medialne,

utrudnia zrozumienie odmienności tych kultur i tolerancję. Strój muzułmanki jest bardzo wyraźnym elementem, który wpływa na opinie i poglądy Europejczyków. Nie zgadzamy się na złe traktowanie muzułmank, jednocześnie nie pytając o ich własne zdanie i motywacje, a przez to traktując je często jak osoby niezdolne do wyrażania własnych opinii. Wkraczamy w obcą nam kulturę, przesiąkniętą wielowiekową tradycją i religią, często bez chęci zrozumienia, za to z olbrzymimi pokładami nieuzasadnionego współczucia. Jak pisze I. Kończak, w nakazach dotyczących stroju, zbyt często widzimy jedynie formę dyskryminacji i ucisku kobiet, a znacznie rzadziej wyraz poddania się normom religijnym¹. Wynikiem tego są częste nieporozumienia i brak dialogu.

Punktem wyjścia do wszelkich rozważań dotyczących kultury życia codziennego muzułmanina, musi być stanowcze i jednoznaczne zaakcentowanie, iż islam i prawo muzułmańskie, ingerują we wszystkie dziedziny życia swoich wyznawców. Brak tu rozdzielenia między tym co świeckie a duchowe. Może to rodzić brak zrozumienia, szczególnie w odniesieniu do wymogów dotyczących ubioru i wyglądu muzułmanina, które determinowane są wyznawaną przez niego religią oraz miejscowymi tradycjami i obyczajami².

W związku z powyższym, w artykule podjęto się próby odpowiedzi na pytania:

- Czy, a jeśli tak to jak Koran i *sunna* formułują wytyczne i zasady dotyczące stroju kobiety muzułmanki?
- Czy w tych dwóch podstawowych źródłach prawa muzułmańskiego znajdują się konkretne wskazówki, jak taka osoba ma wyglądać, jak ma się ubierać i kreować swój wizerunek?
- Czy w związku z tym islam nakazuje kobietom całkowite (od stóp do czubka głowy) zakrywanie się?
- Czy islam nakazuje kobietom zasłanianie twarzy?

2. Znaczenie słowa „hidżab”

Słowo *hidżab* pochodzi z języka arabskiego (arab. *hijaab*), gdzie wbrew pozorom, przypisuje mu się szereg różnych znaczeń. Tłumaczeniem

1 I. Kończak, *Czador jest dla kobiety niczym muszla dla perły. Nakazy religijne a rzeczywistość irańska na początku XXI wieku*, [w:] M.M. Dziekan, I. Kończak (red.), *Kobiety Bliskiego Wschodu*, Łódź 2005, s. 202.

2 *Ibidem*, s. 193.

najbardziej popularnym i powszechnie używanym jest „zasłona”, czyli chusta zakrywająca włosy, stosowana często z nim zamiennie, a w szerszym znaczeniu – strój spełniający określone warunki. Jak podkreśla jednak I. Warraq, słowo to może oznaczać w zasadzie wszystko, co przysłania jakąś inną rzecz, a więc również poprawne jest przetłumaczenie go jako „ściana” czy „błona dziewicza”, a szerzej jako coś co oddziela, stanowi granicę³. Natomiast jak twierdzi Hasan at-Turabi – a spotkało się to z falą krytyki – *hidżab* w rozumieniu zaproponowanym przez Koran, oznacza miejsce oddzielające kobiety od mężczyzn, którzy przebywają z wizytą w ich domu⁴.

Z etymologicznego punktu widzenia słowo *hidżab* wywodzi się od czasownika *hajaba* oznaczającego – ukrywać się, osłaniać, zasłaniać, okrywać, chronić, ochraniać. To właśnie takie znaczenie rdzenia *hajaba* ma być definicją i jednocześnie kwintesencją *hidżabu*. Autor artykułu „*Muzułmańska moda, czyli kiedy szata zdobi człowieka*” wymienia szereg zdarzeń przed którymi chronić ma *hidżab*, a są to: męska napastliwość o podłożu seksualnym, plotki, popadanie w kompleksy, brak szacunku, utrata godności osobistej, wulgarne i niewybredne komentarze oraz ocenianie kobiety po wyglądzie, zamiast ze względu na jej przymioty wewnętrzne, takie jak wiedza czy charakter⁵.

Koran używa też dwóch innych słów na określenie kobiecego stroju. Są to: *dżilba* oraz *chibar*. Oba możemy przetłumaczyć jako „zasłona”, ale pierwsze z nich również jako „odzienie wierzchnie” czy „peleryna”, natomiast drugie oznacza także „szal” i „chustę”⁶.

Powyższe wyliczenie mnogości rozumień arabskiego słowa *hidżab*, przybliży jeden z podstawowych problemów badaczy treści Koranu. Słowa w języku arabskim mają często wiele różnych, nierzadko sprzecznych ze sobą, znaczeń. Dokonywanie więc interpretacji treści, Świętej dla mużulmanów Księgi, pociąga za sobą przyjęcie jednego z nich jako subiektywnej definicji, a więc rozszerza możliwości interpretacyjne.

Hidżab nie jest symbolem islamu. Błędem jest traktowanie go na równi z takimi znakami jak krzyż czy gwiazda Dawida, gdyż nie jest symbolem

3 I. Warraq, *Dlaczego nie jestem mużulmaninem*, Warszawa 2013, s. 416.

4 E. Khidayer, *Życie po arabsku*, Warszawa 2013, s. 147.

5 *Muzułmańska moda, czyli kiedy szata zdobi człowieka*, <http://www.arabia.pl/content/view/278731/2/> [dostęp: 3.05.2014].

6 I. Warraq, *Dlaczego nie jestem...*, s. 412.

religijnym⁷. Jednak o ile symbolem religijnym nie jest, to z pewnością jest symbolem dla wielu kobiet, które go noszą.

3. Źródła prawa muzułmańskiego wobec wyglądu kobiety muzułmanki

Podstawowym problem w analizie tego zagadnienia, jest już sam charakter źródeł prawa, na których ma się ona opierać. Koran jako Święta Księga dla muzułmanów, będąca w ich wierze tekstem objawionym przez Allaha kilkanaście wieków wcześniej, stanowiąca jednocześnie podstawę systemu prawnego w krajach muzułmańskich, z racji swojego charakteru, rodzi duże wątpliwości interpretacyjne. Jako źródło religijne, które ponadto nie ogranicza się wyłącznie do kwestii duchowych, w zbyt ogólny sposób reguluje wiele zasadniczych kwestii, dając w ten sposób dużą swobodę interpretacyjną. W przypadku znanych nam źródeł prawa jakimi są np. ustawy, wiele niejasności i nieścisłości oraz sprzeczności, da się wyeliminować za pomocą wykładni czy reguł kolizyjnych. W przypadku Koranu takiej możliwości nie ma, gdyż muzułmanie wierzą w objawiony i wobec tego niepodlegający jakimkolwiek zmianom, charakter tego tekstu.

Jak słusznie podkreśla A. Nalborczyk, teologowie muzułmańscy, szczególnie współcześnie, na podstawie dokładnie tych samych ograniczonych źródeł i nieprecyzyjnych sformułowań, dochodzą często do przeciwstawnych wniosków. Część z nich skłania się ku interpretacji, że źródła religijne nakazują kobiecie noszenie zasłony. Z drugiej jednak strony, wielu z nich przychyliła się ku stwierdzeniu, że wystarczające jest zachowanie skromności, a więc i skromnego stroju, a nakaz zasłony należy do obowiązków tylko zalecanych. Nie ma również zgodności co do tego, jeśli już kobieta powinna ciało zasłaniać, jak wiele może pozostać odkryte – dłonie, czy czy może tylko jedno oko. Wynika z tego, że w zasadzie muzułmanka ma prawo sama dokonać wyboru, która z interpretacji jest bliższa jej sercu. W praktyce jednak, ten wybór jest znacznie ograniczony i w rezultacie mocno uzależniony od wymogów męża, rodziny czy społeczeństwa⁸.

⁷ *Muzułmańska moda...*

⁸ A. Nalborczyk, *Czy istnieje strój kobiety muzułmańskiej?*, [w:] *Szata oddaje ludzkie obyczaje, czyli o strojach ludów Azji i Afryki*, J. Jurewicz, J. Rogala, Warszawa 2008, s. 70.

Skoro więc brak jedynej obowiązującej wykładni prawa dotyczącej wyglądu i stroju muzułmanki, nie można powiedzieć, że istnieje jeden, kobiecy strój muzułmański⁹.

Świat muzułmański, mimo iż uważa się go za religijną całość, zróżnicowany jest ze względu na szkoły prawa, które w odmienny sposób interpretują źródła religijne. Problem z interpretacją pogłębia dodatkowo fakt, iż w świecie islamu nie istnieje jeden urząd nauczycielski, który miałby orzekać co jest zgodne z prawem, a co nie¹⁰ oraz to, że wykładni dokonuje się na niejednorodnych treściowo, nie do końca zrozumiałych, a często wręcz symbolicznych wersetach Koranu¹¹.

Liczni reformatorzy domagali się i domagają nadal, odejścia od zasłony, argumentując iż stanowi ona powód zacofania kobiet i braku ich udziału w życiu społecznym. Jak zauważył Rifa'at At-Tahtawi – cnota kobiety nie zależy przecież od tego jak jest ubrana. Kasim Amin – pierwszy muzułmanin, który sprzeciwił się segregacji płci i zasłanianiu twarzy¹² – podnosił nawet, iż zasłona jest czynnikiem hamującym rozwój społeczeństw muzułmańskich, gdyż utrudnia kobietom dostęp do edukacji¹³.

3.1. Koran a strój kobiety muzułmanki

Jak już wcześniej wspomniano, muzułmańskie prawo religijne reguluje wszelkie aspekty życia muzułmanina, nie ograniczając się wyłącznie do kwestii religijnych. Wobec braku rozdzielnosci między obszarem świeckim a duchowym, odnosi się także do kwestii stroju i wyglądu muzułmanina. Koran, najważniejsze źródło prawa islamskiego, zawiera w swojej treści kilka takich wskazówek. Jedną z nich zawiera sura Światło (*An-Nur*):

Powiedz wierzącym:

niech spuszczać skromnie spojrzenia

i niech zachowują czystość.

To dla nich będzie przyzwoitsze.

Zaprawdę, Bóg jest w pełni świadomy tego, co oni czynią¹⁴!

⁹ *Ibidem*, s. 68.

¹⁰ *Ibidem*, s. 67.

¹¹ E. Khidayer, *Życie...*, s. 148.

¹² H. Abdalati, *Spojrzenie w islam*, Białystok 2003, s. 287.

¹³ A. Nalborczyk, *Czy istnieje strój...*, s. 68.

¹⁴ Koran, XXIV, 30.

Na podstawie analizy powyższego wersetu, wydaje się, że na czele wszelkich reguł wskazujących na to jak powinien wyglądać muzułmanin, stoi wymóg **skromności i schludności**¹⁵. Co ważne, zasada ta w równym stopniu dotyczy kobiet, jak i mężczyzn. Znajduje się tu jednocześnie odniesienie do kwestii stroju, które każdorazowo wspomniane w Koranie, powiązane jest z ogólnymi zaleceniami dotyczącymi skromności i przyzwoitości. Nie ulega jednak wątpliwości, że to do kobiet Koran kieruje większą ich liczbę. Już kolejny werset, odnosi się bowiem wyłącznie do nich¹⁶:

Powiedz wierzącym kobietom,
 żeby spuszczały skromnie swoje spojrzenia
 i strzegły swojej czystości;
**i żeby pokazywały jedynie te ozdoby,
 które są widoczne na zewnątrz**¹⁷;
i żeby narzucały zasłony na piersi¹⁸,

W powyżej przytoczonym fragmencie nie brak swoistych niejasności, co może ułatwiać dowolność w ich interpretacji. Otwierający zwrot nie pozostawia wątpliwości, iż adresatem tego wersetu są „wierzące kobiety”. Tak więc ogólny wymóg skromności przywołany w poprzednio analizowanym wersecie, połączony z bardziej szczegółowymi zasadami odnośnie

15 M.M. Dziekan, na potwierdzenie, iż naczelną zasadą jest schludności, przytacza opowieść z czasów Proroka: „*Pewnego dnia, kiedy Prorok przebywał w meczecie, do świątyni wszedł człowiek ze zmierzwionymi włosami i brodą. Muhammad kazał mu wyjść i powiedział: „Uporządkuj swoje włosy i brodę!” Ten postuchał, a kiedy wrócił, Prorok rzekł: „Czyż tak nie jest lepiej, niż gdy ktoś z was przebywa ze zmierzwionymi włosami niczym szatan?”* (Ibn Abd Rabbihi, *Al-Ikd al-farid*, Sajda-Bajrut 2005, s. 220; cyt. za: M.M. Dziekan, *Dzieje kultury arabskiej*, Warszawa 2008, s. 433).

16 A. Nalborczyk, *Czy istnieje strój...*, s. 62.

17 W zaproponowanym przez J.M.T. Buczackiego tłumaczeniu tego wersetu (Koran, tłum. J.M.T. Buczacki, Warszawa 1986), możemy odnaleźć nieco odmienne przesłanie: „*Zaleć niewiastom, aby spuszczały oczy, aby strzegły swej czystości, i tylko to ze swego ciała okazywały, co powinno być odkryte*”. Przy tak przyjętym tłumaczeniu, przestajemy się zastanawiać o jakie „ozdoby” – zaproponowane w wersji J. Bielawskiego – chodzi, gdyż autor w swoim tłumaczeniu, wyraźnie skłania się ku częściom ciała kobiety. Nawet jeśli więc przyjąć tłumaczenie J.M.T. Buczackiego za bardziej oddające istotę problemu, to dalej odnajdziemy w nim zwrot powodujący znaczne trudności interpretacyjne, czyli „*co powinno być odkryte*”.

18 Koran, XXIV, 31.

wyglądu, został tu zawężony do grupy kobiet wyznających islam. O ile to, że pierwsze wskazówki odnoszą się do skromnego zachowania, nie budzi większych problemów interpretacyjnych, tak kolejne sformułowanie, nakazujące „pokazywać jedynie te ozdoby, które są widoczne na zewnątrz”, już tak. Po pierwsze, nigdzie wcześniej ani dalej w tekście Koranu, nie zostało wytłumaczone, czym są wspomniane „ozdoby”. Wobec braku ścisłości w tym zakresie, wątpliwości interpretacyjne są znaczne. Ozdobami tymi mogą być więc części ciała i twarzy kobiety, które są widoczne, czyli np. piersi, cała twarz, oczy czy włosy. Jak wskazuje J. Suliga, to jednak włosy kobiet mają być „czynnikiem pożądlivości, taką samą wstydlivą częścią ciała jak np. łono”¹⁹. Tutaj pojawia się jednak kolejna wątpliwość, mianowicie co ma stanowić taką specjalną ozdobę ciała, a co nie, gdyż ewentualna odpowiedź będzie zawsze skrajnie subiektywna, a więc dalej ułatwia to swobodę interpretacji. Z drugiej jednak strony, może chodzić o sztuczne ozdoby jak biżuteria²⁰, która nie ukryta pod ubraniem i okazywana publicznie, mogłyby stać w sprzeczności z generalną zasadą skromności w wyglądzie. W takiej wersji omawiane sformułowanie, stanowiłoby kolejne wzmocnienie tej ogólnej zasady. Jedynie do jednej części ciała kobiety (piersi), możemy mieć pewność, że Koran nakazuje jej zakrycie, gdyż literalnie je wymienia („i żeby narzuciły zasłony na piersi”). Interpretując jednak te zdania przez pryzmat zasady skromności i przyzwoitości, możemy się zgodzić, że zbytnia nagość czy odkrywanie ciała, nie są dozwolone. Z treści tego wersetu nie wynika jednak wprost, jakie części ciała – jeśli już – należy zakrywać. Nie można więc się zgodzić, iż nakaz zakrywania włosów czy ciała wywodzi się bezpośrednio z Koranu, co dominuje w powszechnej opinii. Jak przekonuje Asma Barlas, mimo iż wielu konserwatystów uważa, iż werset ten daje im prawo żądać od kobiet noszenia *hidżabu*, a nawet rękawiczek, tak naprawdę nie narzuca on

19 D. Śmierchalska, *Nieuchwytna istota piękna (wywiad z J. W. Suliga)*, <http://www.national-geographic.pl/artykuly/pokaz/nieuchwytna-istota-piekna/> [dostęp: 3.05.2014].

20 Złota biżuteria jest powszechnie noszona przez kobiety z wszystkich warstw społecznych, zarówno tych najbogatszych jak i najbiedniejszych, w krajach arabskich. Stanowi część wiana, czyli jest rodzajem zabezpieczenia kobiety. Srebro jest tu zdecydowanie rzadziej spotykane. Jest on raczej zarezerwowane dla bogatszych oraz wykształconych kobiet, chociaż wyjątek stanowią tu beduinki, które posiadają wyłącznie srebrne ozdoby połączone z kamieniami szlachetnymi (E. Khidayer, *Życie...*, s. 135); Prawo islamu zakazuje mężczyznom noszenia złotej biżuterii, a obyczaj – noszenia w ogóle jakichkolwiek ozdób (M.M. Dziekan, *Dzieje...*, s. 434 i 436).

nicznego poza skromnością, a wspomniana skromność oznacza przecież różne rzeczy w odmiennych kulturach²¹. Chodzi tu więc raczej o „prawo *hidżabu*”, o którym wspomina szyicki teolog Husajn Fadl Allah, nakazujące kobiecie zakrywanie ciała i zachowanie skromności²².

W innej wersji tłumaczenia tego wersetu, pojawia się zwrot „(...) i żeby nie pokazywały swoich ozdób, **poza tymi, które są oczywiste**”. Również odnośnie takiego tłumaczenia, pojawiają się rozbieżności w interpretacji. Ibn Abasa, podobnie Ibn Umar oraz Ata'a – twierdzą, że obejmuje to „twarz, obie ręce i pierścionki”, a imam Ash-Shawkani dodatkowo dodaje „ubrania”. Jednakże już Ibn Abbas i Qatadah stwierdzają, że ozdoby te obejmują: „cień do oczu (*kohl*), bransoletki, hennę na dłoniach i pierścionki” – nie wymieniają natomiast twarzy, a więc w ich interpretacji werset ten nakazuje jej zakrycie²³, co dodatkowo podkreślają słowa Ibn Abbasa, który zapytany o ten werset, zakrył jedno oko częścią swojego ubrania²⁴.

Zdanie wskazujące na dozwolony sposób poruszania się kobiet, czyli taki „aby nie było wiadomo, jakie ukrywają ozdoby”, również pozostawia swobodę interpretacji. Czy chodzi bowiem o takie poruszanie się aby ewentualna biżuteria, w postaci bransoletek na dłoniach czy kostkach stóp, nie poruszała się i nie wydawała dźwięków, „zdradzając się” w ten sposób? Czy może jednak chodzi tu o takie stawianie kroków, aby ukryte części ciała, nie były w żaden sposób eksponowane?

(...) i pokazywały swoje ozdoby jedynie
swoim mężom lub ojcom,
albo ojcom swoich mężów,
albo swoim synom lub synom swoich mężów,
albo swoim braciom, albo synom braci,

-
- 21 L. Włodek-Biernat, *Mahomet sam zakładał sobie buty (wywiad z Asmą Barlas)*, <http://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/1,96856,4995602.html> [dostęp: 4.05.2014].
- 22 A. Waśkiewicz, *Prawa i obowiązki kobiety w świetle prac szyickiego teologa Sajjida Muhammada Husajna Fadl Allaha*, [w:] *Kobiety krajów pozaeuropejskich wobec problemów współczesności*, A. Mrozek-Dumanowska (red.), Warszawa 1995, s. 117.
- 23 A. Idris Ibn Stanley Palmer, E. al-Saleh (przekł.), *The Requirements of Women's Hijab in Accordance with the Qur'an, the Authentic Sunnah and the Practice of the Pious Predecessors (Wymogi hidżabu zgodnie z Koranem, Sunną i praktyką pobożnych poprzedników)*, <https://sites.google.com/site/oislamie/artykuly/kobieta/wymogi-hidzabu> [dostęp: 12.05.2014].
- 24 H. Abu-Rub, B. Zabza, *Status kobiety w islamie*, Wrocław 2002, s. 78.

lub synom swoich siostr; lub ich żonom,
lub tym, którymi zawładnęły ich prawice;
albo swoim służącym spośród mężczyzn,
którzy nie są owładnięci pożądaniem cielesnym;
albo też chłopcom, którzy nie poznali nagości kobiet.
I niech one nie stępują tak,
aby było wiadomo,
jakie ukrywają ozdoby²⁵!

W dalszej części tego wersetu (przytoczonego powyżej), wymieniony jest ograniczony krąg osób, którym wolno jest ujrzeć owe ozdoby kobiety. Są to: mąż, ojciec, teść, synowie oraz synowie męża, bracia, bratankowie, siostrzeńcy, synowe, służący i młodzi chłopcy. Praktykowany jest również rodzaj pokrewieństwa, znany jako „pokrewieństwo mleka”, wywodzący się jeszcze z preislamskiej tradycji beduińskiej. Zgodnie z nim, kobieta wchodzi w relacje pokrewieństwa z osobnikiem płci męskiej, jeśli co najmniej pięć razy nakarmi go mlekiem z własnej piersi. Często więc kobiety, kiedy wchodzi do nowej rodziny, karmią wszystkie dzieci, aby ułatwić na przyszłość kontakty²⁶.

Kolejną surą, w której odnaleźć możemy werset zawierający wskazówki do stroju mużulmanki, jest sura Frakcje (*Al-Ahzab*):

O proroku!

**Powiedz swoim żonom i swoim córkom,
i kobietom wierzących,
aby się szczerze zakrywały swoimi okryciami.**

To jest najodpowiedniejszy sposób,
aby były poznawane, a nie były obrażane.

A Bóg jest Przebaczący, Litościwy²⁷!

Wielu spośród uczonych odnosi powyższy werset wyłącznie do żon Proroka, nie traktując go jako generalnego nakazu dla wszystkich kobiet mużulmanek. Jak pisze H. Abdalati, małżonki i córki Proroka, same domagały się ciągłego zaostrzenia obowiązku noszenia zasłony, twierdząc iż „natura ludzka posiada skłonność do rozluźniania nakazów prawdziwej

25 Koran, XXIV, 31.

26 D. Zakrzycka, *Za czarną zasłoną. Kobiety w Arabii Saudyjskiej*, <http://mandragon.pl/za-czarna-zaslona-kobiety-w-arabii-saudyjskiej/> [dostęp: 4.05.2014].

27 Koran, XXXIII, 59.

wiary²⁸. Jednakże w literalnym brzmieniu, adresatem tego nakazu są nie tylko żony Proroka, ale również jego córki i „kobiety wierzących”. Dalej jednak brak tutaj wskazania konkretnego rodzaju ubioru, czy chociażby dalszych wskazówek co do tych części ciała kobiety, które powinny pozostać zakryte. Określenie iż mają się one „szczelnie zakrywać swoimi okryciami”, stanowi kolejną klauzulę generalną, natomiast zwrot „aby były poznawane” oznacza, jak sugeruje E. Khidayer, żeby były poznawane jako muzułmanki²⁹.

Oraz:

O wy, którzy wierzyacie!
 Nie wchodźcie do domów Proroka
 na posiłek o niewłaściwej porze,
 jedynie wtedy, kiedy on wam na to pozwoli.
 Lecz kiedy jesteście zaproszeni, to wchodźcie.
 A kiedy spożyjecie posiłek, to się rozejdźcie,
 nie wdając się w poufałą rozmowę.
 To mogłoby sprawić przykrość Prorokowi
 i on wstydziłby się was.
 Lecz Bóg nie wstydzi się prawdy.

**A kiedy prosicie je o jakiś przedmiot,
 to proście je spoza zasłony.**

To jest przyzwoitsze – dla waszych serc i dla ich serc.
 Nie należy obrażać Posłańca Boga i nie wolno poślubić jego byłych żon.
 Zaprawdę, to byłoby wobec Boga okropne!³⁰

Nakaz zakrywania twarzy, wynika z interpretacji tego właśnie werse-
 tu, który jednak – jak pisze M.M. Dziekan – odnosi się wyłącznie do żon
 Proroka³¹.

Nie można się zgodzić, iż powyżej przytoczony fragment, czy wcze-
 śniejsze, wskazywałyby na konieczność zasłaniania kobiecych twarzy.
 Zwrot „proście je spoza zasłony”, niekoniecznie sugeruje iż ową zasłoną
 musi być część stroju kobiety. Równie dobrze można to interpretować
 jako kurtynę albo oddzielającą osoby ścianę. Gdyby jednak przyjąć, iż
 powyższe słowa odnoszą się tylko do Żon Proroka, można zasugerować,

28 H. Abdalati, *Spojrzenie...*, s. 256.

29 E. Khidayer, *Życie...*, s. 146–147.

30 Koran, XXXIII, 53.

31 M.M. Dziekan, *Dzieje...*, s. 434.

iż mężczyźni wyznający islam, upodabniają się do Proroka – wielu z nich nosi to samo imię – tak więc naśladują też jego zachowanie i wymagają od swoich żon zasłaniania się, tak jak czynił to Prorok.

Kobietom starszym również zaleca się noszenie zasłony:

A kobiety starsze,
które się już nie spodziewają małżeństwa,
nie będą miały grzechu,
jeśli zdejmą swoje szaty,
jednakże w taki sposób, aby nie ukazywać swoich ozdób.
Lecz lepiej dla nich, żeby się od tego powściągały.
Bóg jest Słyszący, Wszechwiedzący³²!

Zasadniczym problemem jest już określenie wieku, od którego możemy zakwalifikować kobietę jako „osobę starszą”. Jaki wiek stanowi tu granicę do możliwości większego lub jakiegokolwiek odstonięcia ciała? Również w tym wersecie pojawia się określenie „ozdoby”. W poprzednim wersecie mieliśmy nakaz zakrywania ciała tak, żeby widoczne były tylko ozdoby widoczne na zewnątrz – tu jako rodzaj ulgi mamy wskazanie na możliwość zdjęcia szat, jednakże w taki sposób, aby „nie ukazywać swoich ozdób”. Wydaje się więc, że nie ma żadnej różnicy między wspomnianymi wersetami. Jednocześnie powyższy fragment sugeruje cel noszenia zasłony, jako rodzaj ochrony kobiet przed nagabywaniem ich ze strony mężczyzn, gdyż pozwala na ukrycie atrakcyjności seksualnej. W przypadku starszych kobiet nie jest to już konieczne³³, gdyż zgodnie z przyjętą opinią, ich seksualność nie jest zagrożeniem dla muzułmanów³⁴.

Koran dla muzułmanów jest Księgą objawioną, a przez to niejednoznaczna i musi podlegać interpretacji. Wiele kobiet zdaje sobie sprawę z tego, iż decyzje mężczyzn nie zawsze wynikają z zapisów Koranu, ale wyłącznie z interpretacji przyjętej przez uczonych muzułmańskich, co powoduje że Koran jest skrajnie „męskim” tekstem religijnym. Jak stwierdza J. Sierakowska-Dyndo, kobiety znalazły na to sposób w postaci zapisów w kontraktach ślubnych, będących rodzajem umowy cywilnoprawnej³⁵.

32 Koran, XXIV, 60.

33 A. Nalborczyk, *Czy istnieje strój...*, s. 64.

34 E. Khidayer, *Życie...*, s. 149.

35 D. Śmierzchalska, *Sprawa honoru (wywiad z prof. J. Sierakowską-Dyndo)*, <http://www.national-geographic.pl/artykuly/pokaz/sprawa-honoru/> [dostęp: 3.05.2014].

Czy jednak możliwe byłoby stworzenie zapisu, w którym mąż wyraża zgodę na swobodę ubioru przyszłej żony tj. brak konieczności noszenia zasłony? Z punktu widzenia prawa muzułmańskiego, wszelkie zapisy w kontrakcie małżeńskim są ważne i można się na nie powoływać występując o rozwód, pod warunkiem że są zgodne z *szariatem*. W tym momencie, kwestia interpretacji wersetów Koranu jest bardzo istotna, gdyż jeśli przyjmiemy, że Koran nie nakazuje kobiecie wprost noszenia *hidżabu*, a jedynie skromny wygląd – taki zapis byłoby możliwy, a jego ewentualne nieprzestrzeganie mogłoby stanowić podstawę do rozwodu. Jeśli jednak przyjmiemy, że wersety Koranu wskazują na konieczność noszenia przez kobietę zasłony – taki zapis nie mógłby rodzić żadnych skutków prawnych.

W doktrynie panuje jednak spór co do możliwości dołączenia do umowy dodatkowych warunków. Zwolennicy posiłkują się w swojej argumentacji słowami Proroka: „Postanowieniami, które masz obowiązek wypełnić, są te, które legalizują stosunki małżeńskie”, przeciwnicy natomiast, zaprzeczając możliwości zamieszczenia postanowień, które strony ustalają między sobą, a nie wynikających z *szariatu*, powołują się na inne słowa Proroka: „Każde postanowienie, które nie znajduje się w księdze Allaha, jest nieważne, nawet jeśli jest sto takich postanowień”³⁶.

3.2. *Hadisy* a strój kobiety muzułmanki

Hadisy, czyli kolejne źródło prawa muzułmańskiego, również nie precyzują jak ma wyglądać strój muzułmanki. Podkreśla się w nich jedynie, że kobieta powinna zasłaniać swoje piersi i łono, a więc w zasadzie powiela treści koraniczne. Zdecydowanie łatwiej odczytać z nich, jak ma wyglądać mężczyzna, gdyż np. w *hadisach* Al-Buchariego znajdziemy fragmenty opisujące wygląd Mahometa oraz jego towarzyszy³⁷. Sam drugi kalif Omar miał powiedzieć:

Każ kobietom chodzić nago, ponieważ ubrania to jedynie powód do opuszczenia domu, chodzenia na wesela i pokazywania się na publicznych ceremoniach i uroczystościach (...)³⁸.

Problem z interpretacją poszczególnych *hadisów*, najłatwiej wytłumaczyć na przykładzie następującego:

36 S.W. Witkowski, *Wprowadzenie do prawa muzułmańskiego*, Warszawa 2009, s. 92–93.

37 A. Nalborczyk, *Czy istnieje strój...*, s. 65.

38 I. Warraq, *Dlaczego nie jestem...*, s. 394.

Ibn Umar przekazał, że Wysłannik Allaha powiedział: „W Dniu Zmartwychwstania, Allah nie spojrzy na człowieka, który ciągnie swoje odzienie powodując się dumą.” Umm Salamah zapytała: „Co powinny zrobić kobiety z (brzegami) ich odzienia?” Odparł: „Niech opuszczą je (przedłużą) o dłoń.” Odpowiedziała: „Ich stopy będą odkryte!” Wtedy on powiedział: „Niech opuszczą je (albo przedłużą) o długość przedramienia, lecz nie więcej” [At-Tabarani, Sahih³⁹].

Powyższy *hadis* jest niejasny i interpretowany skrajnie – raz jako zabraniający kobiecie pokazywania stóp, a raz jako niezakazujący tego. Niektórzy spośród uczonych na jego podstawie twierdzą, iż kostki kobiety, to również ta część ciała, która powinna pozostać zakryta. Przeciwnie natomiast uczeni szkoły hanafickiej, przychylają się do takiej wersji, w której kobieta może odkryć nie tylko stopy, ale też przedramiona i uszy⁴⁰.

Wśród nielicznych *hadisów* odnoszących się do wyglądu mużulmanki, możemy odnaleźć wskazówki, które zakazują kobiecie noszenia peruki, doczepiania sztucznych włosów, makijażu oraz ingerowania w naturę w jakikolwiek sposób. Jak zauważa I. Warraq, ci sami prawnicy którzy sprzeciwiają się makijażowi, argumentując to jako ingerencję w naturę – nie mają nic przeciwko obrzezaniu, a wręcz uważają to za akt godny pochwały⁴¹.

3.3. Makijaż i medycyna estetyczna

Zgodnie z *szariatem*, kobieta nie powinna podkreślać i zmieniać swojej urody, a szczególnie wtedy kiedy opuszcza dom. Na podstawie *hadisu*:

Oby Bóg przeklął kobiety, które się tatuują lub proszą o tatuaż, które wyrrywają sobie włosy lub się o to dopraszają, które dla urody czynią sobie odstępy między zębami, próbują bowiem zmienić to, co stworzył Bóg⁴²,

zakazana jest m.in. regulacja brwi. Wśród współczesnych kobiet, ten zakaz nie jest jednak zbyt restrykcyjnie przestrzegany, szczególnie dlatego, że twarz to często jedyna część ciała, którą mogą pokazywać publicznie. Kobiety regulują więc brwi, podkreślają rzęsy, powieki malują w kolorze

39 A. Idris Ibn Stanley Palmer, E. al-Saleh (przekł.), *The Requirements...*, *op. cit.*

40 *Ibidem*.

41 I. Warraq, *Dlaczego nie jestem...*, s. 416.

42 Mahomet, *Mądrości Proroka*, J. Danecki (tłum.), Warszawa 2000, s. 83.

odpowiadającym założonej na głowie chuście, a usta podkreślają ciemniejszą konturówką i wypełniają je pomadką w jaśniejszym odcieniu – słowem, malują się mocno i przesadnie⁴³. Zgodnie z tradycją, farbowanie włosów powinno się odbywać za pomocą *henny* lub *al-kutm*, czyli rośliny zawierającej czarny barwnik o odcieniu czerwonym. Co ciekawe, farbowanie włosów dozwolone jest również wśród mężczyzn (głównie na kolor czarny), jednak niektórzy uczeni zezwalają na to tylko w trakcie dżihadu, aby stworzyć wrażenie u przeciwnika, że walczy on z młodszymi od siebie⁴⁴. W Iranie modne są ostatnio operacje plastyczne nosa tzw. „nose job”. Ich koszt zaczyna się od 4,5 tys. zł, co szczególnie nie zraża, bowiem w Iranie wykonuje się ich rocznie ponad 90 tys., czyli najwięcej na świecie. Jak udowadnia J. Lachowicz, nie chodzi wcale o upodobnienie się do którejś z hollywoodzkich gwiazd, ale raczej o zwrócenie na siebie uwagi, poprzez upiększanie wszystkiego tego co jest widoczne na zewnątrz. Dla części kobiet, których nie stać na drogie operacje, wystarczający jest nawet plaster, który ma świadczyć o przejściu operacji⁴⁵.

Tradycyjni prawnicy muzułmańscy zabraniają kobietom modlitwy z pomalowanymi paznokciami, uważając ją za nieważną. Wynika to z faktu, iż podczas rytualnego obmycia (*wudu*), które każdy muzułmanin musi odbywać kilka razy dziennie np. po przebudzeniu czy po wizycie w toalecie, musi zamoczyć całą dłoń, a także paznokcie. Jeśli są one pomalowane, woda nie dociera do tego miejsca, a więc rytualne oczyszczenie wymagane przed modlitwą, nie następuje. To samo dotyczy wszystkich elementów makijażu. W ostatnim jednak czasie, polskie lakiery do paznokci marki Inglot – z linii „oddechającej” – (lakier ten przepuszcza tlen i parę wodną, jednak nie wodę w stanie płynnym), zostały uznane przez Mustafę Umara – muzułmańskiego teologa i nauczyciela – jako *halal*, czyli dozwolone⁴⁶. Problematyczna jest też kwestia szminki do ust, gdyż zdaniem niektórych uczonych, kobieta mogłaby ją zjeść, a w związku z tym noszenie jej jest niedozwolone w trakcie *ramadanu*⁴⁷.

43 I. Kończak, *Czador jest dla kobiety...*, s. 207.

44 H. Abu-Rub, B. Zabza, *Status kobiety...*, s. 84–85.

45 J. Lachowicz, *Mieć nosa do Iranu*, <http://www.national-geographic.pl/artykuly/pokaz/miec-nosa-do-iranu/> [dostęp: 02.05.2014].

46 *Muzułmanki, malujcie się Inglotem!*, <http://pulsmedycyny.pl/2979385,8007,muzulmanki-malujcie-sie-inglotem/> [dostęp: 12.03.2013].

47 *Makijaż w ramadanie*, <http://muzułmanki.blogspot.com/2011/08/makijaz-w-ramadanie.html> [dostęp: 12.03.2013].

4. Zasady dotyczące stroju

Szczególne zasady dotyczące stroju i wyglądu kobiety mużulmanki, obowiązują w sytuacji gdy opuszcza ona swój dom. W zasadzie może ona założyć na siebie dowolne ubranie, pod warunkiem jednak, iż mieści się ono w kanonie religijnym, który wyraźnie określa minimalne co do niego wymogi. Przesłanie Koranu i *hadisów*, znalazło odzwierciedlenie w mużulmańskiej tradycji, przyjmując postać konkretnych wskazówek, które zawrzeć można w formule kilku zasad właściwego ubioru⁴⁸:

Strój powinien być wykonany z grubego i nieprzezroczystego materiału. Materiał z którego zrobiony jest strój kobiety, powinien być gęsty i nieprzezroczysty, tak aby nie ukazywał ani koloru skóry, ani kształtu ciała. Jednak chusty które wybierają Iranki, są najczęściej jedwabne lub muślinowe – zdecydowanie rzadziej bawełniane. Co ciekawe, muślin jako tkanina przezroczysta, nie przeszkadza kobietom i z powodzeniem noszą też takie chusty na głowie⁴⁹. Można tu zauważyć swoisty przywilej w stosunku do kobiet, którym to w przeciwieństwie do mężczyzn, zezwala się na noszenie ubrań z jedwabiu, jednak z zastrzeżeniem, że mają to czynić przede wszystkim dla męża⁵⁰. Potwierdzeniem tego nakazu ma być następujący *hadis*:

Wysłannik Allaha powiedział: „Pod koniec wśród mojej *ummy* będą skąpo odziane kobiety, a włosy na szczycie ich głów będą wyglądały jak garb wielbłąda. Przeklinajcie je, albowiem zaprawdę one są przeklęte” [At-Tabarani, Muslim⁵¹].

Zakazane są stroje przylegające do ciała i podkreślające figurę.

Szata kobiety nie powinna być obcisła ani przylegająca do ciała w ten sposób, że ukazuje jego kształt. Ubrania powinny więc być luźne i obszerne.

Usamah ibn Zaid powiedział: Wysłannik Allaha dał mi w prezencie grubą szatę koptyjską, którą otrzymał w darze od Dahiah al-Kalbi, a ja dałem ją mojej żonie. Później Prorok zapytał mnie: „Dlaczego nie nosisz tej

48 I. Kończak, *Czador jest dla kobiety...*, s. 193.

49 *Ibidem*, s. 204.

50 H. Abu-Rub, B. Zabża, *Status kobiety...*, s. 84.

51 A. Idris Ibn Stanley Palmer, E. al-Saleh (przekł.), *The Requirements...*

koptyjskiej szaty?” Odpowiedziałem: „Dałem ją mojej żonie.” Prorok wtedy powiedział: „Powiedz jej, aby nosiła pod nią grubą suknię, albowiem obawiam się, że ona (szata koptyjska) może opisywać rozmiar jej kończyn”. [Ahmad, al-Bajhaqi, i al-Hakim⁵²].

Ubranie nie może pachnieć perfumami.

Kobiecie nie wolno używać perfum, o czym wprost powiedział Prorok: „*Każda kobieta, która perfumuje się i przechodzi obok mężczyzn, jest cudzołożnicą*”. Paradoksalnie jednak, to właśnie Bliski Wschód słynie z zapachów, do których przywiązywano od zawsze wielką wagę i co nie uległo zmianie do dzisiaj. W sprzeczności z wymogami prawa muzułmańskiego, kobiety często i chętnie, używają intensywnie pachnących perfum i olejków zapachowych, nierzadko rodzimej produkcji o zapachach naturalnych np. różanym czy na bazie piżma. Takie jednak zachowanie, w kontekście prawa muzułmańskiego, stanowi sposób wzbudzania pożądania wśród obcych mężczyzn. Prorok kilkakrotnie wypowiadał się na ten temat, zawsze negatywnie⁵³. Jak relacjonował Abu Dawud:

Jeśli któraś podchodzi uperfumowana do grupy mężczyzn, aby poczuli jej zapach, to ona jest taka i taka – Prorok mówił ostre słowa⁵⁴.

Przeciw wagą jest tu używanie perfum przez mężczyzn, co nigdy nie było źle przyjmowane, a nawet wspomniane przez Ibn Abd Rabbihi w słowach Proroka:

Na tym świecie skorzystałem tylko z kobiet i pięknych zapachów⁵⁵.

Żaden z elementów stroju nie może przypominać męskiego ubioru.

Kobieta nie może udawać mężczyzny, a więc nie powinna ubierać się tak jak on. Zakaz ten ma potwierdzenie w następujących *hadisach*:

Abu Hurajrah powiedział: Wysłannik Allaha przeklął mężczyzn, którzy noszą ubrania kobiet i kobiety, które noszą ubrania mężczyzn. [Abu Dawud, Ibn Madżah; Sahih⁵⁶].

52 *Ibidem*.

53 I. Kończak, *Czador jest dla kobiety...*, s. 207.

54 H. Abu-Rub, B. Zabża, *Status kobiety...*, s. 171.

55 Ibn Abd Rabbihi, *Al-Ikd al-farid...*, s. 220; cyt. za: M.M. Dziekan, *Dzieje...*, s. 436.

56 A. Idris Ibn Stanley Palmer, E. al-Saleh (przekł.), *The Requirements...*,

Abdullah ibn Umar powiedział, że słyszał jak Wysłannik Allaha mówił: „Mężczyzna, który naśladuje kobietę i kobieta, która naśladuje mężczyznę nie są z nas” [Ahmad i At-Tabarani; Sahih⁵⁷].

Ubranie nie może przypominać stroju niewiernych.

Strój kobiety nie powinien przypominać stroju niewiernych, czyli niemuzułmanów. Jako potwierdzenie tego zakazu, przytacza się następujące *hadisy*:

Abdullah ibn Amr ibn a-As powiedział: Wysłannik Allaha ujrzał mnie, kiedy miałem na sobie dwie szaty barwione szafranem, i powiedział: „Zaprawdę, to są ubrania kuffar (niewiernych), a zatem nie ubieraj ich” [Muslim⁵⁸].

Abdullah ibn Umar powiedział: Wysłannik Allaha stwierdził: „Ktokolwiek upodabnia się do jakichś ludzi, jest jednym z nich” [Abu Dawud⁵⁹].

Jak sugeruje I. Kończak, na przykładzie młodych Iranek, kobiety raczej przestrzegają tego zakazu, a jedynym elementem upodabniającym ich do kobiet Zachodu, są powszechnie noszone džinsy, które będąc obcisłymi, jednocześnie stoją w sprzeczności z innym wymogiem stroju mużulmańskiego. Brak przestrzegania tej zasady przejawia się także w tym, iż *manto* młodych Iranek, jest znacznie bardziej obcisłe niż ich matek czy babek, a przez to wyraźniej podkreśla kobiece kształty.⁶⁰

Strój nie może być zbyt wytworny, drogi, ale też nie powinien być celowo zbyt skromny⁶¹.

Kobieta, kierując się naczelną zasadą skromności, nie powinna nosić ubrania, które mogłoby zostać odebrane jako wyraz ostentacji czy podkreślenia wysokiego statusu. Z drugiej strony, taki strój nie powinien też być nadmiernie niechłujny ani zniszczony, żeby w ten sposób nie wzbudzać podziwu w społeczeństwie za swoją skromność. Tutaj znowu potwierdzeniem słuszności nakazu jest *hadis*:

57 *Ibidem*.

58 *Ibidem*.

59 *Ibidem*.

60 I. Kończak, *Czador jest dla kobiety...*, s. 204–205.

61 I. Warraq, *Dlaczego nie jestem...*, s. 416.

Ibn Umar przekazał, że Wysłannik Allaha rzekł: „Ten, kto ubiera się dla próżności (zbytku) na tym świecie, Allah ubierze takiego człowieka w podobną suknię w Dniu Sądu” [Abu Dawud⁶²].

Wobec powyższych reguł, obowiązuje jednak swoboda form i wyboru, pod warunkiem trzymania się głównej zasady, aby to co ma pozostać zakryte, takie pozostało⁶³. Zasady te, jak i wszelkie wymogi dotyczące stroju, obowiązują tylko wtedy gdy kobieta przebywa poza domem albo w miejscu, w którym mogłyby ją zobaczyć obce osoby. Do tych miejsc należy zaliczyć również dom koleżanki, gdzie nie może ona zdejmować zasłony, gdyż mógłby ją tam podglądać jakiś obcy mężczyzna. Potwierdzeniem dla tej zasady są słowa Proroka:

Kobieta, która zdejmuje swój płaszcz w domu, który nie jest jej domem lub domem jej męża, drze okrycie, które chroni ją przed obliczem Boga⁶⁴.

Popularnym miejscem, gdzie kobiety często ściągają zasłony z włosów i twarzy, są wesela. Obowiązuje na nich segregacja płci – panowie bawią się tylko ze sobą, tak samo kobiety. Sytuacja ta sprzyja matkom szukającym żon dla swoich synów oraz swatkom, gdyż jest to często jedyna okazja, kiedy mogą one zobaczyć daną kobietę bez szczelnego zakrycia ciała czy twarzy.

5. Kara za nieodpowiedni strój

Obowiązek noszenia zasłony ma być karą dla kobiety, jako zadośćuczynienie z powodu złego postępowania Ewy w Edenie. Al-Ghazali w *Księdze porad dla królów* pisze:

A jeśli chodzi o charakterystyczne cechy, którymi Bóg na wysokościach ukarał kobiety, sprawa ma się następująco: Gdy Ewa zjadła owoc, które On zabronił jej jeść w raju, Pan, chwala mu, ukarał kobiety po osiemnastokroć: (...) (10) tym, że musi mieć zakrytą głowę nawet w domu (...)⁶⁵.

62 A. Idris Ibn Stanley Palmer, E. al-Saleh (przekł.), *The Requirements...*

63 I. Kończak, *Czador jest dla kobiety...*, s. 202.

64 *Ibidem*, s. 194.

65 I. Warraq, *Dlaczego nie jestem...*, s. 395.

Mogłoby się jednak wydawać, że muzułmanie nie obarczają winą za utracenie raju – kobiety – a jeśli już kogokolwiek, to Koran raczej wskazuje na mężczyznę:

I szatan podszeptał mu pokusę, mówiąc: O Adamie! Czyż mam ci wskazać drzewo wieczności i królestwo nieprzemijające? I zjedli obydwójce z niego, i ujrzeli swoją nagość, i zaczęli przysposabiać dla siebie liście z ogrodu. Adam zbuntował się przeciwko swemu Panu i zblądził⁶⁶.

W kodeksach karnych niektórych krajów muzułmańskich, można znaleźć przepisy, które przewidują sankcję w postaci kary cielesnej, kary grzywny lub pozbawienia wolności, za nieodpowiedni strój. Na podstawie dokonanej analizy źródeł prawnych, z których miałyby wynikać sankcjonowany „nieodpowiedni strój”, wydaje się, iż nie posiadają one podstawy prawnej w Koranie czy *sunnie*. Przykładowo można wymienić przepisy zawarte w Kodeksie Karnym Szyickiej Republiki Iranu oraz w Kodeksie Karnym Sudanu:

Kodeks Karny Szyickiej Republiki Iranu w art. 638 przewiduje, iż:

Każdy, kto jawnie narusza tabu religijne w miejscach publicznych obok bycia ukaranym za ten czyn, powinien również zostać pozbawiony wolności w wymiarze od dziesięciu dni do dwóch miesięcy lub podlegać karze chłosty (74 baty).

Uwaga – kobiety, które pojawiają się w miejscach publicznych bez odpowiedniego *hidżabu* powinny być skazane na karę pozbawienia wolności od dziesięciu dni do dwóch miesięcy lub zapłacić grzywnę w wysokości od 50.000 do 500.000 Ryal⁶⁷.

Kodeks Karny Sudanu w art. 152 przewiduje, iż:

Każdy, kto w miejscu publicznym dokonuje nieprzyzwoitych działań lub działań sprzecznych z moralnością publiczną lub nosi nieprzyzwoity strój lub niezgodny z wymogami moralności publicznej albo raniący uczucia publiczne, podlega karze chłosty, która nie może przekraczać czterdziestu batów lub grzywny albo obu tych kar zastosowanych łącznie⁶⁸.

⁶⁶ Koran XX, 120–121.

⁶⁷ *Islamic Penal Code of Iran*, <http://iglhrc.org/sites/default/files/UNHCR%20Retrofitworld%20Iran%20Penal%20Code.pdf> [dostęp: 11.06.2014].

⁶⁸ M. El-Sanosi, *International Women's Day in Sudan: Rape, Torture, Detention and Murder*, <http://www.afrika.no/Detailed/21300.html> [dostęp: 11.06.2014].

Jak się okazuje, nie tylko za zły strój można karać muzułmanki. Podczas seminarium na temat przemocy domowej w Rijadzie, saudyjski sędzia Hamad Al-Razine, stwierdził że uzasadnione jest bicie żony przez męża, jeśli ta jest rozrzutna:

Jeśli mąż daje kobiecie 320 dolarów, a ona wydaje 240 na abaję z markowego sklepu, a mąż spoliczkuje ją, to czyni słusznie, ponieważ kobieta zażyła na karę⁶⁹.

Wobec powyższego, nie trudno się dziwić, iż wyrok skazujący na kilkanaście lat więzienia w Takhar w Afganistanie, za zdradę lub ucieczkę od męża⁷⁰, czasami jest dla kobiet lepszym rozwiązaniem niż pozostanie w domu. Nagrodzony na 13. Międzynarodowym Festiwalu Filmowym „Watch Docs” *Prawa człowieka w filmie*, obraz irańskiego reżysera Nima Sarvestani – *Za kratami nie nosimy burek* – opowiada o paradoksalnym poczuciu bezpieczeństwa osadzonych tam kobiet, które na czas pobytu w więzieniu, nie muszą już całkowicie podporządkowywać się restrykcyjnym zasadom swojego społeczeństwa – nosić burki i zasłaniać twarzy⁷¹. Tych sztywnych zasad w wielu miejscach na świecie pilnują specjalne oddziały policji religijnej. I tak np. w zachodniej części Indonezji, w jednym z najbardziej muzułmańskich obszarów Azji – na terytorium Aceh – przestrzeganie zasad szariat, w tym m.in. właściwego ubioru, egzekwuje Banda Aceh Sharia Patrol. Co ciekawe, organizacja ta ma kobietą jednostkę, która przejmuje męskie obowiązki w piątkowe popołudnie, kiedy to każdy mężczyzna wyznający islam, jest zobligowany do modlitwy w meczecie⁷².

W tym miejscu warto przytoczyć zdumiewający wyrok, wydany przez sąd w Marivanie, znajdujący się w irańskiej prowincji Kurdystan, który to wymierzył mężczyźnie karę – paradowania przez ulice miasta

69 *Saudijski sędzia: Można bić żonę*, <http://www.euroislam.pl/index.php/2009/05/saudijski-sedzia-mozna-bic-zone/> [dostęp: 3.05.2014].

70 Osadzone kobiety otrzymały karę więzienia w wymiarze kilkunastu lat za ucieczkę od – stosującego przemoc domową – męża, co w porównaniu z kilkakrotnie mniejszymi karami za morderstwa dokonane przez mężczyzn, stanowi drastyczną sprzeczność.

71 *Za kratami nie nosimy burek*, Nima Sarvestani, Szwecja 2012.

72 M. Finkel, *Twarzą w twarz z fanatykami*, <http://www.national-geographic.pl/artykuly/pokaz/twarza-w-twarz-z-fanatykami/1/> [dostęp: 3.05.2014].

w tradycyjnym, damskim stroju – za dopuszczanie się przemocy domowej. Szefowa Irańskiej i Kurdyjskiej Organizacji Praw Kobiet – Diana Nammi – skomentowała ten wyrok słowami:

Zmuszanie mężczyzn do noszenia sukienki w celu jego upokorzenia sugeruje, że bycie kobietą samo w sobie jest poniżające. W ich oczach noszenie przez mężczyznę damskich ubrań było równoznaczne z torturami⁷³.

Tym razem jednak nie tylko słownie potępiono werdykt sądu. Przeciwno poniżającemu traktowaniu kobiet sprzeciwili się miejscowi mężczyźni i założyli na portalu społecznościowym profil „Kurd Men for Equality”, gdzie na znak solidarności z kobietami, opublikowali swoje zdjęcia w kurdyjskich, damskich strojach, podpisując je: „*W świadomości sędziego ubranie tych przestępców w kurdyjską odzież jest gorsze niż faktyczna kara*”. W ślad za nimi, tysiące mężczyzn z różnych krajów świata, także wyraziło swój sprzeciw zamieszczając podobne zdjęcia⁷⁴.

Na koniec warto zauważyć, iż wobec faktu że muzułmańskie kobiety zakrywają swoje ciało bardzo szczelnie, mężczyźni nie są przyzwyczajeni do widoku nagiego ciała, czego skutki mogą być tragiczne. N. Darwish podaje jako przykład historię, która skończyła się tragicznie. W miesiącu *ramadan*, siedem młodych Izraelitek odwiedziło Egipt – opalały się one na plaży w krótkich spodenkach i podkoszulkach. Na ich widok egipski żołnierz poczuł się na tyle urażony, dodatkowo to te kobiety obarczył winą za nieważny w tym momencie post, że wszystkie zastrzelił⁷⁵.

6. Podsumowanie

Z dokonanej analizy źródeł i literatury naukowej wynika, iż muzułmańscy uczeni nie są jednomyślni w odniesieniu co do wymaganego od muzułmanek stroju. W oparciu o wieloznaczność języka arabskiego oraz mnogość interpretacji zapisów koranicznych można stwierdzić, iż brak jest również porozumienia co do tego, czy nakaz zakrywania twarzy

73 P. Kościński, *Mężczyźni z całego świata przywdziewają damskie stroje. Na znak solidarności z kobietami*, <http://wyborcza.pl/1,75477,14844950.html> [dostęp: 4.05.2014].

74 *Ibidem*.

75 N. Darwish, *Okrucieństwo w majestacie prawa*, Warszawa 2011, s. 126.

wynika wprost z Koranu, czy jest to przede wszystkim uwarunkowanie kulturowe. Na zwrócenie uwagi zasługuje fakt, iż mimo że muzułmańskie źródła prawa (Koran, *sunna*) nie regulują precyzyjnie wymogów co do wyglądu muzułmanki, uregulowane zostały sankcje karne za nieprzestrzeganie właściwego ubioru, tworzone na podstawie właśnie tych podstaw prawnych, które bezpośrednio ich przecież nie regulują.

Należy więc podkreślić, że nakaz zakrywania ciała nie wynika bezpośrednio z Koranu, który wymaga tylko skromności – i to zarówno od kobiet, jak i mężczyzn, a raczej ze sposobu jego interpretacji. Z całą pewnością można się natomiast zgodzić, iż zwyczaj ten jest wytworem tradycji i kultury, a stopień i rodzaj jego praktykowania zależy w ogromnej mierze od warunków społecznych i miejsca zamieszkania.

Jak zauważa A. Nalborczyk, w ostatnim czasie obserwujemy zjawisko zakładania chust przez kobiety, w krajach muzułmańskich gdzie do tej pory nie było takiego zwyczaju. Niektórzy uczeni skłaniają się ku tezie, iż dzieje się tak ze względu na postępującą globalizację i arabizację islamu w świecie niearabskim⁷⁶.

Bibliografia

- Abdalati H., *Spojrzenie w islam*, Białystok 2003.
- Abu-Rub H., Zabza B., *Status kobiety w islamie*, Wrocław 2002.
- Bielawski J. (tłum.), *Koran*, Warszawa 1986.
- Buczacki J. M. T. (tłum.), *Koran*, Warszawa 1986.
- Darwish N., *Okrucieństwo w majestacie prawa*, Warszawa 2011.
- Dziekan M. M., *Dzieje kultury arabskiej*, Warszawa 2008.
- El-Sanosi M., *International Women's Day in Sudan: Rape, Torture, Detention and Murder*, <http://www.afrika.no/Detailed/21300.html> [dostęp: 11.06.2014].
- Finkel M., *Twarzą w twarz z fanatykami*, <http://www.national-geographic.pl/artykuly/pokaz/twarza-w-twarz-z-fanatykami/1/> [dostęp: 3.05.2014].
- Idris Ibn Stanley Palmer, Elżbieta al-Saleh (przet.), *The Requirements of Women's Hijab in Accordance with the Qur'an, the Authentic Sunnah and the Practice of the Pious Predecessors (Wymogi hidżabu zgodnie z Koranem, sunną i praktyką pobożnych poprzedników)*, <https://sites.google.com/site/oislamie/artykuly/kobietalwymogi-hidzabu> [dostęp: 12.05.2014].

⁷⁶ A. Nalborczyk, *Czy istnieje strój...*, s. 68.

- Islamic Penal Code of Iran*, <http://iglhrc.org/sites/default/files/UNHCR%20Refworld%20Iran%20Penal%20Code.pdf> [dostęp: 11.06.2014].
- Khidayer E., *Życie po arabsku*, Warszawa 2013.
- Kończak I., *Czador jest dla kobiety niczym muszla dla perły. Nakazy religijne a rzeczywistość irańska na początku XXI wieku*, [w:] M.M. Dziekan, I. Kończyk (red.), *Kobiety Bliskiego Wschodu*, Łódź 2005.
- Koźmiński P., *Mężczyźni z całego świata przywdziewają damskie stroje. Na znak solidarności z kobietami*, <http://wyborcza.pl/1,75477,14844950.html> [dostęp: 4.05.2014].
- Lachowicz J., *Mieć nosa do Iranu*, <http://www.national-geographic.pl/artykuly/pokaz/miec-nosa-do-iranu/> [dostęp: 02.05.2014].
- Mahomet, *Mądrości Proroka*, J. Danecki (tłum.), Warszawa 2000.
- Makijaż w ramadanie*, <http://muzulmanki.blogspot.com/2011/08/makijaz-w-ramadanie.html> [dostęp: 12.03.2013].
- Muzulmanki, malujcie się Inglotem!*, <http://pulsmedycyny.pl/2979385,8007,muzulmanki-malujcie-sie-inglotem/> [dostęp: 12.03.2013].
- Muzulmańska moda, czyli kiedy szata zdobi człowieka*, <http://www.arabia.pl/content/view/278731/2/> [dostęp: 3.05.2014].
- Nalborczyk A., *Czy istnieje strój kobiety muzulmańskiej?*, [w:] *Szata oddaje ludzkie obyczaje, czyli o strojach ludów Azji i Afryki*, J. Jurewicz, J. Rogala, Warszawa 2008.
- Saudyjski sędzia: Można bić żonę*, <http://www.euroislam.pl/index.php/2009/05/saudyjski-sedzia-mozna-bic-zone/> [dostęp: 3.05.2014].
- Śmierchalska D., *Nieuchwytna istota piękna (wywiad z J. W. Suliga)*, <http://www.national-geographic.pl/artykuly/pokaz/nieuchwytna-istota-piekna/> [dostęp: 3.05.2014].
- Śmierchalska D., *Sprawa honoru (wywiad z prof. J. Sierakowska-Dyndo)*, <http://www.national-geographic.pl/artykuly/pokaz/sprawa-honoru/> [dostęp: 3.05.2014].
- Warraq I., *Dlaczego nie jestem muzulmaninem*, Warszawa 2013.
- Waśkiewicz A., *Prawa i obowiązki kobiety w świetle prac szyickiego teologa Sajjida Muhammada Husajna Fadl Allaha*, [w:] *Kobiety krajów pozaeuropejskich wobec problemów współczesności*, A. Mrozek-Dumanowska (red.), Warszawa 1995, s. 117.
- Witkowski S. W., *Wprowadzenie do prawa muzulmańskiego*, Warszawa 2009.
- Włodek-Biernat L., *Mahomet sam zakładał sobie buty (wywiad z Asmą Barlas)*, <http://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/1,96856,4995602.html> [dostęp: 4.05.2014].
- Za kratami nie nosimy burek, reż. N. Sarvestani, M. Ebrahimi, Szwecja 2012.
- Zakrzycka D., *Za czarną zasłoną. Kobiety w Arabii Saudyjskiej*, <http://mandragon.pl/za-czarna-zaslona-kobiety-w-arabii-saudyjskiej/> [dostęp: 4.05.2014].
- Wymogi hidżabu zgodnie z Koranem, Sunną i praktyką pobożnych poprzedników*, <https://sites.google.com/site/oislamie/artykuly/kobieta/wymogi-hidzabu/> [dostęp: 12.05.2014].

ABSTRACT

AGNIESZKA KURIATA

Sources of Muslim law regarding muslim feminin clothing

This article is an attempt of showing the lack of strict formal regulations regarding muslim feminin clothing, in legislation system of muslim countries. It also points out, that these regulations are set upon subjective interpretation of religious traditions. Analysis of Koran only mentions, that muslim woman should dress modestly.

Mitologiczne początki małżeństwa w Japonii

Słowa kluczowe: mitologia japońska, Izanagi, Izanami, Ninigi, Jolanta Tubielewicz, Wiesław Kotański, Kojiki, Nihongi.

Bardzo często mówi się o Japończykach, iż są zręcznymi naśladowcami, jednakże sami nie mają oryginalnych pomysłów¹. Zanim przytoczę właściwe fragmenty mitologii, które potwierdzają powyższy pogląd, pragnę wyjaśnić czytelnikowi pewne niuanse historyczne, przedstawione skrupulatnie w książce *Mitologia Japonii* Jolanty Tubielewicz².

1 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii*, Seria: Mitologie Świata, WAiF, Warszawa 1986, s. 18.

2 Jolanta Tubielewicz (1931–2003) była profesorem japonistyki, wieloletnim pracownikiem Instytutu Orientalistycznego Uniwersytetu Warszawskiego. To autorka wielu cenionych publikacji na temat Japonii. W 1987 roku uzyskała tytuł profesora nauk humanistycznych. W latach 1985–1990 pełniła funkcję dziekana Wydziału Neofilologii. W 1995 w uznaniu wybitnych zasług w dziedzinie promowania wiedzy o Japonii w Polsce i współpracy naukowej między Japonią a Polską otrzymała japoński Order Świętego Skarbu ze Wstęgami. Była też odznaczona m.in. Złotym Krzyżem Zasługi (1978), Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski (1988), Medalem Komisji Edukacji Narodowej (1998). Pełna lista publikacji: *Jolanta Tubielewicz*, <http://edu.gazeta.pl/edu/h/Jolanta+Tubielewicz> [dostęp: 02.05.2014]. Wybrane książki: *Mitologia Japonii* (WAiF 1980), *Historia Japonii* (Ossolineum 1984), *Bambusowe pachole* (Nasza Księgarnia 1989), *Mitologia i seks. Japonia, Aztekowie* (z K. Imielińskim i M. Frankowską, WSiP 1993), *Kultura Japonii. Słownik* (WSiP

Rywalizacja o władzę nad krajem w pierwszych stuleciach naszej ery znalazła swoje odzwierciedlenie właśnie w mitach. W VII-VIII wieku naszej ery ustalono oficjalną hierarchię bóstw, które były uważane za przodków i opiekunów poszczególnych japońskich klanów – rodzin. Było tak aż do zakończenia II wojny światowej. Mieszkańcy Kraju Kwitnącej Wiśni traktowali mitologię jako historyczną prawdę o dziejach cesarstwa³.

1. Kojiki i Nihongi

Głównymi źródłami mitologii japońskiej są dwie kroniki dworskie. Są to Kojiki oraz Nihongi, które datowane są na początek VII wieku⁴.

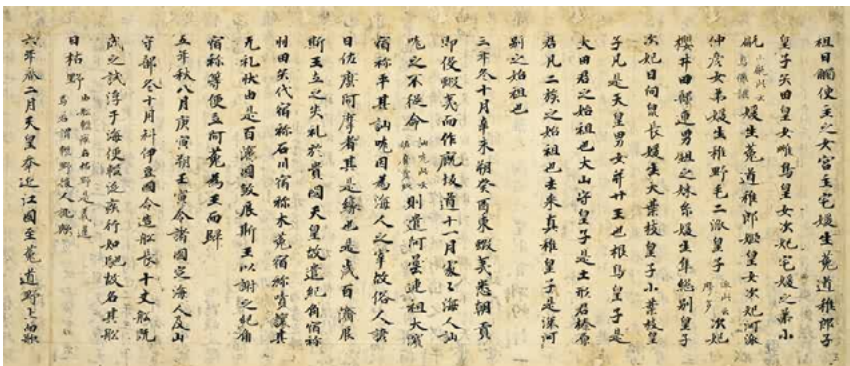
Japońskie mity zaczęto spisywać pod koniec VII wieku. Ukazały się w 712 roku jako Kojiki oraz w 720 roku jako Nihongi (lub Nihon Shoki)⁵. W ten sposób cesarz Temmu chciał uzasadnić prawo rodziny cesarskiej do władzy jej boskim rodowodem⁶. Autorem Kojiki jest Hiyeda no Are, który dyktował jej treść do spisania Futo no Yasumaro⁷.

1996), *Wielkie odkrycia i zagadki japońskiej archeologii* (Trio 1996), *Japonia. Zmiana czy niezmienna?* (Trio 1998), *Od mitu do historii. Wykłady o Japonii* (pośmiertnie, Trio, 2006). Zob. *Jolanta Tubielewicz*, <http://lubimyczytac.pl/autor/20877/jolanta-tubielewicz> [dostęp: 02.05.2014].

- 3 „Starożytne cywilizacje”, nr 53: *Japonia. Podróż przez tysiąclecia*, oprac. Aleksandra Szczechla, s. 3.
- 4 Ważnym źródłem informacji o starożytnych wierzeniach są również tzw. opisy ziem i obyczajów (fūdoki), spisane przez lokalnych urzędników spisujących księgi (tu Kozyra używa terminu skryb). Zob. Kozyra Agnieszka, *Mitologia Japońska. Opowieści o bogach i demonach, konteksty kulturowe, historia i współczesność*, Seria Mityczna, Wydawnictwo Szkolne PWN, Wydanie I, Warszawa–Bielsko-Biała 2011, s. 36. „Należą do nich dwa zbiory, a mianowicie Kojiki (Kronika spraw starożytnych) i Nihonshoki (Kroniki Japonii), które są uważane za święte księgi shintoizmu” – pisze Ks. prof. dr hab. Antoni Kość w: *Relacja państwa i religii w prawodawstwie japońskim*, referat wygłoszony 23.11.2004 r. na posiedzeniu Komisji w siedzibie lubelskiego Oddziału PAN, http://www.pan-ol.lublin.pl/biul_10/art_1016.htm [dostęp: 02.05.2014].
- 5 Henshall Kenneth G., *Historia Japonii*, przeł. Karolina Wiśniewska, Bellona, Warszawa 2011.
- 6 Ich opracowanie zlecił cesarz Temmu. Jego panowanie przypada na lata 673–686. Por. Henshall Kenneth G., *Historia Japonii...*, *op. cit.*
- 7 Adolf Strzelecki, *Japonia i Japończycy: podług Lauterera i innych*, M. Arct, Warszawa 1904.



Ilustracja 1. Strony z Kojiki (tzw. „Zapis spraw dawnych”). Źródło: http://static2.senpuu.net/uploads/tematy_tygodnia/2013/10/mitologia_cz_1/Obrazek04.jpg [dostęp: 02.05.2014]



Ilustracja 2. Strona z Nihongi (tzw. „Kronika japońska”). Źródło: http://static2.senpuu.net/uploads/tematy_tygodnia/2013/10/mitologia_cz_1/Obrazek05.jpg [dostęp: 02.05.2014]

W obu księgach przedstawiono mity o stworzeniu świata, panteon bóstw zamieszkujących Wysoką Równinę Niebios oraz dokonania legendarnych cesarzy Japonii, których rodowód wywodzi się od Amaterasu – bogini słońca. Jak wspomniałam wcześniej, księgi te zostały spisane z polecenia władcy, a mityczne wydarzenia w nich zawarte zostały potraktowane jako fakty oraz jednocześnie spłotyły się z historią panującego wówczas rodu i zaświadczały o jego boskim pochodzeniu. Około tysiąca lat później, aby wzmocnić osłabioną władzę cesarza, w podobnym celu wykorzystano te księgi – pisze Agnieszka Kozyra we wprowadzeniu do podręcznika „Źródła mitologii japońskiej” w swojej książce⁸.

Ogólna koncepcja mitologii japońskiej sprowadza się do tego, że kosmogonia, czyli ewolucja świata, przedstawiona jest w niej jako równoważna teogonii czyli dziejom pojawiania się we wszechświecie bóstw⁹.

Jak wyglądała geneza powstania świata w przypadku mitologii japońskiej? Doskonale opisują ją słowa rozpoczynające Nihongi. Z nich dowiadujemy się, że pierwiastki *in* i *yō* stanowiły całość, jedność. Zaś Niebo i Ziemia nie były rozdzielone. Lżejsza część chaotycznej masy zamieniła się w Niebo, zaś cięższa i grubsza w Ziemię¹⁰. Ziemia jako bardziej skomplikowana struktura powstała później od Nieba.

8 Kozyra Agnieszka, *Mitologia Japońska...*, *op. cit.*, s. 35.

9 Zygar Małgorzata, *Japońskie mity kosmogoniczne*, <http://www.seminarium.org.pl/klerycy/knak/artykuly/013.html> [dostęp: 02.05.2014].

10 Tubielewicz Jolanta..., s. 26. Warto zauważyć, iż autorka dzieli mitologię na oficjalną i popularną. W tym przypadku cytat pochodzi z tej uznawanej za oficjalną. Oficjalna – jak wyjaśnia autorka – to taka, która została narzucona przez „koła rządzące”. Mitologia ta kilkakrotnie w historii Japonii odgrywała znaczącą rolę w budzeniu świadomości narodowej i umacnianiu jej jedności. Na oficjalną mitologię składa się zespół rodzimych, wczesnych wątków mitologicznych, wyselekcjonowanych i odpowiednio przygotowanych dla młodego, rozwijającego się państwa japońskiego. Ten proces selekcji miał miejsce u schyłku VII wieku i w jego rezultacie powstały dwa dzieła: Kojiki (Zapis spraw dawnych) ukończone i przedstawione cesarzowi do zaaprobowania w 712 roku, oraz Nihongi (Kroniki Japońskie) – te zaś oddane cesarzowi osiem lat później (w 720 roku). Oba te dzieła wchodziły w skład tzw. świętych ksiąg shinto i stanowią niewyczerpane źródło dlaczesnej Japonii. Gdy dzieła te powstawały, ich głównym celem było uzasadnienie supremacji rodu cesarskiego, nadanie władzy boskiego autorytetu i podporządkowanie narodu panującej ówczesnie dynastii zgodnie z zasadą niebiańskiego posłannictwa. Księgi „miały się stać religijnym uzasadnieniem politycznych ambicji ówczesnych

Już w pierwszym zdaniu widzimy chińskie zapożyczenie. Owe pierwiastki *in* i *yô*, to chińskie pierwiastki *in* i *yang*, które przewijają się we wszystkich wierzeniach Chin¹¹. Od najprymitywniejszych kultów agrarnych po rozmaite systemy filozoficzne. W japońskim przypadku zgodnie z tymi wierzeniami *in* – to pierwiastek żeński, któremu możemy przypisać bierność i ciemność oraz pierwiastek *yô* – pierwiastek męski, aktywny i jasny. Pierwiastki te poprzez harmonijną współpracę tworzą dwuaspektowy rytm przyrody, stają się prarodzicami wszelkich rzeczy oraz zjawisk w otaczającym świecie¹². Z biegiem czasu – zaznacza Tubielewicz – wierzenia związane z pierwiastkiem *in* i *yô* stały się też elementem wierzeń rodzimych.

Wcześniejsza wersja kosmologiczna znajdująca się w *Kyûjiki*¹³ była wolna od naleciałości chińskich. W XVIII wieku przeprowadzono liczne zabiegi kosmetyczne i oczyszczające owe naleciałości przez zwolenników „powrotu do czystego *shintô*” – jak określa ich Tubielewicz, i przyjęto wersję odrzucającą wpływy obce. Było to nie lada wyzwanie dla badaczy, ponieważ trzeba było wprowadzić ład i konsekwencję w genealogię

władców i dlatego tyle miejsca poświęcono w nich boskim genealogiom cesarzy, opisom ich wspaniałych czynów i sukcesów, czci, której doznawali i będą doznawać” – pisze Tubielewicz. Warto jednak zauważyć, iż obie księgi spisane zostały w okresie silnych wpływów chińskich, jednakże ich klimat jest specyficznie japoński i shintoistyczny. Chińskie wpływy są wyraźne w podejściu historiograficznym o przedmiotu, a nie rzadko są jakby żywcem zacerpniętym cytatem wyrwanym z chińskich kronik. Rzadko jednak wpływy te dotyczą głębi materii mitologicznej, a jeśli już dotyczą to łatwo określić źródło obcych naleciałości. Por. Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*

Tomasz Rejmanowski zaznacza już w wstępie swojej książki, iż mitologia japońska różni się nieco od mitologii zachodnich. Dodaje ponadto, że mitologia oficjalna to ta, która jest uznawana przez władze (a w każdym razie na pewno była uznawana przez dawne władze), i to jej uczą się dzieci w szkołach. Kilkakrotnie odgrywała ważną rolę w budzeniu świadomości narodowej i umacnianiu jedności narodu japońskiego. Zob. Rejmanowski Tomasz, *Mitologia japońska*, <http://www.darmowe-ebooki.com/czytelnia2/mitologia-japonska.pdf> [dostęp: 02.05.2014].

11 „The In and Yo, corresponding to the chinese Yang and Yin, were the male and female principles”. Zob. Hadland Davis F., *Myths and legends f Japan*, New York Thomas Y. Crowell Company Publishers, <https://archive.org/details/mythslegendsofja00davarich>, https://ia600304.us.archive.org/29/items/mythslegendsofja00davarich/mythslegendsofja00davarich_bw.pdf [dostęp: 02.05.2014].

12 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*

13 „Mniej więcej sto lat przed kompilacją Kojii i Nihongi”. *Ibidem*. s. 27.

bogów. Trzeba było pogodzić obie księgi: *Kojiki* i *Nihongi*¹⁴. Niestety *Nihongi* przytaczają z niebywałą dokładnością kilka lub kilkanaście wariantów dotyczących zdarzeń, osób, miejsc i ich nazw – co często wprowadza błąd, bądź budzi dyskusje. Kolejność powstawania bóstw oraz imiona pierwszych bogów są w niej podane w dziesięciu przeróżnych wersjach – podkreśla Tubielewicz¹⁵.

Ostatecznie został przyjęty i spopularyzowany mit zanotowany w *Kojiki*, któremu odpowiada jedna z wersji znajdujących się w *Nihongi*¹⁶.

2. Izanagi i Izanami

Pierwszych bogów było siedem pokoleń. Powstawali oni spontanicznie, a następnie „ukrywali swe ciała” – co możemy przeczytać w *Kojiki*. Wśród tych siedmiu pokoleń można znaleźć bóstwa o nieokreślonej płci oraz pary. Bóstwa te nie pozostawiły po sobie nic prócz dużej liczby imion – zaznacza Tubielewicz¹⁷. Dopiero ostatnia para, jaką byli Izanagi i Izanami, rozmnożyła się licznie, w wyniku czego powstała Japonia i niezliczone ilości bóstw¹⁸. W tym przypadku możemy dopatrywać się pierwszego, dziejowego *związku małżeńskiego*¹⁹.

Takamagahara, czyli Wysoka Równina Niebios, to miejsce narodzin wielu japońskich bogów²⁰. Pod nią rozciąga się wzburzony ocean. Zadanie przemienienia go w stały ląd przypada parze kami²¹: Izanagi i Izanami. Izanagi zanurza w wodzie włócznię, a spływające po niej krople,

14 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*

15 *Ibidem.*

16 *Ibidem.* s. 27 i n.; Strzelecki Adolf, *Japonia i Japończycy...*, *op. cit.*

17 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*

18 *Ibidem.*

19 „Legends say that the Japanese islands were formed as a result of the marriage of the God Izanagi and the Goddess Izanami”. Zob. *Women In Medieval Japanese Society History*, http://web.clark.edu/afisher/HIST252/lectures_text/women_medieval_%20japan.pdf [dostęp: 02.05.2014].

20 Takamagahara to niebo, niebios, kraina bogów Shinto. Jest połączona z ziemią mostem – Amanoukihashi. Zob. Roberts Jeremy, *Japanese Mythology A to Z*, Chelsea House, New York 2010. Tłumaczenie własne z języka angielskiego.

21 W Shinto słowo „kami” oznacza wszystkie boskie duchy, boga, bóstwa. Zob. Frédéric Louis, *Japan encyclopedia*, Harvard University Press, Cambridge 2005, s. 461.

gęstniejąc, tworzą wyspę Onagoro²² (Samookrzepla). Na niej zamieszkuje boska para²³.

Izanami²⁴ i Izanagi²⁵ to imiona, które słyszała większość osób interesujących się Japonią. Izanagi i Izanami – czyli Mąż, który wabi oraz niewiasta, która wabi²⁶.

22 „In the Japanese tradition, the two youngest gods, Izanagi and Izanami create the first island, Onokoro, by trusting, on the mud floating everywhere, a spear given to them by August lord of Heaven. Once the island was formed, the spear began to rain water and the oceans were formed. After consummating their marriage, the myth explains how it is that Izanami gave birth to the rest of the islands that make up Japan. They continued the creation of the world after she gave birth to the gods of wind, rain, mountains, mist, streams, rivers and the seas”. Mendia-Landa Pedro, *Myths and Legends on Natural Disasters: Making Sense of Our World*, <http://www.yale.edu/ynhti/curriculum/units/2007/4/07.04.13.x.html> [dostęp: 02.05.2014].

23 Henshall Kenneth G., *Historia Japonii...*, *op. cit.*

24 “Primordial goddess and personification of the Earth and darkness, wife and sister of Izanagi. She died giving birth to fire god Kagutsuchi”. Por. *Izanami*, <http://ancienthistory.about.com/od/izanamimyth/Izanami.htm> [dostęp: 02.05.2014].

25 „In Japanese Shinto-mythology, the primordial sky, the god of all that is light and heavenly. Izanagi (“the male who invites”) and his wife and sister Izanami (“the female who invites”) were given the task of creating the world. Standing on Ama-no-ukihashi (the floating bridge of the heavens), they plunged a jewel crested spear into the ocean. When they pulled it free, the water that dripped from the spear coagulated and formed the first island of the Japanese archipelago. Here the first gods and humans were born”. Por. *Izanagi*, <http://ancienthistory.about.com/gi/o.htm?zi=1/XJ&zTi=1&sdn=ancienthistory&cdn=education&tm=14&f=00&tt=14&bt=9&bts=8&zu=http%3A/www.pantheon.org/articles/i/izanagi.html> [dostęp: 02.05.2014].

26 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*, s. 28 i n.

W innych tłumaczeniach (głównie w angielskich) ich imiona tłumaczy się jako: Izanagi, czyli “*He Who Invites i Izanami jako She Who Invites*”. Zob. *Izanagi and Izanami*, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/298448/Izanagi-and-Izanami> [dostęp: 02.05.2014].

Także w innym źródle używane jest to samo tłumaczenie: „In Japanese mythology the two deities Izanagi (The Male Who Invites) and Izanami (The Female Who Invites) are the creators of Japan and its gods”. Zob. *Izanagi and Izanami*, <http://www.mythencyclopedia.com/Iz-Le/Izanagi-and-Izanami.html> [dostęp: 02.05.2014].

Takie samo znaczenie imion jak powyższe znajdujemy w: Mackenzie Donald A., *Myths Of China And Japan*, [w:] Mackenzie Donald, Moncrieff A.R. Hope, Squire Charles, *Myth and Legend in Literature and Art*, The Gresham Publishing Company Ltd., Londyn 1915. Brzmi ono następująco: “These are represented in the Kojiki by Izanao-i (“Male who Invites”) and Izanami (“Female who Invites”)”.

Tych dwoje było w mitologii pierwszą parą małżeńską – toteż twórcy mitu przypisali im ustalenie rytuału, którego źródeł powinniśmy poszukiwać w jeszcze „prymitywnym” społeczeństwie japońskim – pisze Tubielewicz. „Ci dwoje swoim małżeństwem zapoczątkowali panteon bogów japońskich, stworzyli podwaliny świata, ustanowili rytuał ślubny”²⁷. Para ta nazywana jest boskimi twórcami²⁸.

A zaczęło się to tak: Izanagi i Izanami zbudowali chatę, a w jej środku ustawili wbitą włócznię. Izanagi obszedł włócznię z jednej strony, zaś Izanami z drugiej. Kiedy stanęli twarzą w twarz, panna młoda nie mogła powstrzymać się od wyrażenia zachwytu, za co została surowo skarcona – zgodnie z rytuałem pan młody powinien jako pierwszy przemówić. Ponowili tę czynność. Izanagi ponownie obszedł włócznię, Izanami również, każde z innej strony. Gdy spotkali się pan młody wykrzyknął „Ach, jaka śliczna dziewczina!” i było to prawidłowe, zgodne z rytuałem odezwanie. Młoda para została, więc legalnie sobie poślubiona i mogła skonsumować swoje małżeństwo. Jednakże młodzi, w młodym jeszcze

Takie samo znaczenie odnajdziemy m.in. w: F. Hadland Davis, *Myths and legends of Japan*, Thomas Y. Crowell Company Publishers, New York, https://ia600304.us.archive.org/29/items/mythslegendsofja00davarich/mythslegendsofja00davarich_bw.pdf [dostęp: 02.05.2014].

W artykule *Izangi and Izanami | Japanese Mythology*, <http://www.ancient-mythology.com/japanese/izangi-izanami.php> [dostęp: 02.05.2014] znajdziemy tę samą informację: „Izanagi (meaning “He who invites”), together with Izanami (“She who invites”), are of the seventh generation of Shinto’s celestial gods. Together, they were the creators of the Japanese islands (Yamato)”.

W. Kotański w swojej książce tłumaczy je w następujący sposób: „Izanagi-no-kami: Duch Uśmierający Szlachetne Łono oraz Izanami-no-kami: Duch Wzbudzający Szlachetne Łono”. Zob. Kotański Wiesław, *Japońskie opowieści o bogach*, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1986.

W jednym z artykułów na polskiej stronie poświęconej tematyce Japonii znalazłam jeszcze inny zapis imion demiurgów oraz inne tłumaczenie ich imion, które zdaje się powoływać na W. Kotańskiego (powyżej), a mianowicie “Idzanagi (Mąż, który Wabi tudzież Duch Uśmierający Szlachetne Łono tudzież Idealna Powierzchność) i Idzanami (niewiasta, która wabi albo duch wzbudzający szlachetne łono), którzy to zeszedli na Ziemię i dokonali dzieła stworzenia wysp japońskich”. Zob. Wódkowska Renata, *I bogowie stworzyli Japonię...*, <http://www.konnichiwa.pl/i-bogowie-stworzyli-japonie,7,6.html> [dostęp: 02.05.2014].

²⁷ Por. Rejek Alicja, *Kraina Ciemności i japońskie kobiety*, <http://szuflada.net/kraina-ciemnosc-i-japonskie-kobiety/> [dostęp: 02.05.2014].

²⁸ Ashkenazi Michael, *Handbook of Japanese Mythology*, Oxford University Press, Oxford 2003. Tłumaczenie własne z języka angielskiego.

świecie, nie wiedzieli jak tego dokonać. Na ratunek przyszła im para ptaków, którą obserwowali²⁹.

Wiesław Kotański³⁰ w drugim tomie *W kręgu shintoizmu. Doktryna. Kultura. Organizacja* spostrzegł, iż „akt seksualny demiurgów będzie aktem kosmologicznym”. Stąd Kotański tłumaczy imiona demiurgów jako *męża obdarzającego świętym nasieniem*³¹ oraz *niewiastę obdarzoną świętym nasieniem*³². Jako dygresję dodam, iż Hirata Atsutane, najważniejszy i najbardziej radykalny ideolog Restoration Shinto, wybrał pewne aspekty myśli chrześcijańskiej i zmodyfikował je dla koncepcji Shinto. Ujrzał on, dzięki temu, odpowiednik Izanagi i Izanami w Adamie i Ewie³³.

Z pojawieniem się Izanagiego i Izanami rozpoczyna wielkie dzieło tworzenia³⁴. Na samym początku Izanami zrodziła osiem głównym wysp

29 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*

30 Wiesław Kotański to urodzony w 1915 japonista oraz profesor emerytowany Uniwersytetu Warszawskiego. Jest twórcą i nestorem polskiej japonistyki, to dzięki jego staraniom w 1955 powstał Zakład Japonistyki przy Katedrze Sinologii na UW. Jest wybitnym specjalistą z dziedziny językoznawstwa, religioznawstwa oraz kulturoznawstwa. Kotański to autor licznych prac, tłumacz m.in. dwóch fundamentalnych pozycji: *Dziesięć tysięcy liści. Antologia literatury japońskiej* (PWN 1961) oraz *Kojiki, czyli Księga dawnych wydarzeń* (PIW 1986) – czytamy w Tygodniku Powszechnym. Zob. Kotański Wiesław, *Moja Japonia*, „Tygodnik Powszechny”, <http://www.tygodnik.com.pl/japonia/kotanski.html> [dostęp: 02.05.2014].

31 *Ibidem.*

32 *Ibidem.*

33 Zob. Klaus Antoni, *Izumo as the 'Other Japan': Construction vs. Reality*. „Japanese Religions” 2005, Vol. 30 (1 & 2). Klaus Antoni to Professor na Tübingen University (Japanese Studies).

34 Co potwierdzają w swoich pracach różni autorzy, m.in.

- a) “Izanagi and Izanami, the first gods, who created the world and many other gods.” Zob. Roberts Jeremy, *Japanese Mythology...*, *op. cit.* Oraz: “The Kojiki, Japan’s earliest extant written text, recount the story of the Japanese islands by Izanagi and Izanami (both brother and sister and husband and wife). (...) The gods Izanami and Izanagi used (...) a mixture that constitute the universe”. Zob. Deal William E., *Handbook to life in medieval and early modern Japan*, Infobase Publishing, New York 2006;
- b) “Izanami was Izanagi’s twin sister, in the seventh generation of heavenly spirits. (...) They plunged a magical lance into the water and created an island called Onogorojima, to which they descended to procreate, giving birth to the Japanese Islands (...)” Zob. Frédéric Louis, *Japan encyclopedia...*, *op. cit.*;
- c) “(...) a male and female kami (Izanagi and Izanami) had sexual intercourse and produced particular Japanese islands, and according to the Nihon shoki, gave

japońskich. Są to wyspy Honsiû, Shikoku, Kyûshû, Sado, Oki, Iki, Tsushima, Ôshima³⁵.

Boska para demiurgów – jak określa Izanagi i Izanami Tubielewicz zgodnie z terminologią mitologiczną – stworzyła w dalszej kolejności góry, rzeki, lasy, zioła oraz bóstwa, które miały się nimi opiekować³⁶.

Do prawdziwej tragedii doszło wtedy, gdy Izanami wydała na świat boga ognia Homusubi³⁷. „Spalona od wewnątrz”³⁸ Izanami konała w okrutnych męczarniach, ale jeszcze w tym czasie trwało dzieło tworzenia. Z jej wymiotów i ekskrementów powstały nowe bóstwa: Kanayama-hiko – czyli bóg metalu, Mizuhanome – czyli bogini wody, Haniyama – czyli bogini gliny. Izanagi udręczony widokiem katuszy swej partnerki czołgał się wokół niej wylewając rześiste łzy. Z tych łez rozpaczy powstała bogini lamentująca o imieniu Nakisahame. W odwecie za śmierć żony Izanagi pociął Homusubiego mieczem na części, a z tych części powstały inne bóstwa. Izanami zaś Odeszła do Krainy Ciemności, czyli Yomotsukuni³⁹. Yomi (Yomi-no-Kuni, Yomi-Tsu-Kuni) to otchłań, miejsce przebywania zmarłych. Słowo to jest różnie tłumaczone w języku angielskim:

birth to the Sun Goodness and her unruly brother”. Zob. *The Cambridge History of Japan*, Tom 1: *Ancient Japan*, pod red. John Whitney Hall, Cambridge University Press, Cambridge 1993.

35 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.* s. 29.

36 *Ibidem*.

37 „Gdy na świat przyszedł ich kolejny potomek, nastąpiła tragedia. Izanami urodziła Homusubiego (w innej wersji Kazu-tsuchi), boga ognia, który śmiertelnie ją poparzył podczas porodu. Bogini udała się do krainy ciemności, Yomotsukuni. Izanagi w akcie rozpaczy i żalu zabił swoje dziecko (pociął je na kawałki), a sam udał się po żonę do krainy ciemności, by zabrać ją do siebie. Spotkał ją przy wejściu. Izanami poprosiła go, aby na nią zaczekał, aż ona ubłaga bogów śmierci, żeby pozwolili jej odejść. Izanagi nie posłuchał jednak żony i udał się za nią do podziemnej krainy, gdzie przeraził się widokiem rozkładającej się bogini. Zawstydzona i rozgniewana żona posłała za małżonkiem trzy wiedźmy i sama także stała się demonem. Izanagiemu udało się uciec i zatarasować wejście do Yomotsukuni. Rozwścieczona Izanami oświadczyła, że codziennie za jej rozkazem będzie umierało 1000 osób, na co jej mąż odparł, że za jego sprawą codziennie będzie się rodzić 1500 osób”. Zob. *Izanagi i Izanami*, <http://zaczytaniamangami.pl/izanami-i-izanagi/> [dostęp: 02.05.2014].

38 „In the act of giving birth to the fire god, Kagutsuchi (or Homusubi), Izanami was fatally burned and went to Yomi, the land of darkness”. Zob. *Izanagi and Izanami*, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/298448/Izanagi-and-Izanami> [dostęp: 02.05.2014].

39 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*, s. 30–31.

*night heart*⁴⁰ lub *land of darkness*⁴¹. Kraina ta jest przeróżnie opisywana w licznych mitach, dlatego też trudno o jej jednoznaczny obraz. W jednym z mitów Izanagi bezskutecznie podróżuje do Yomi. W tym micie jest to straszne miejsce, z demonami, robakami i innymi upiornymi zjawami. Jednakże gdzie indziej możemy w tym miejscu dopatrywać się chrześcijańskiego czyśćca. Mimo tego, że jest to kraina strzeżona przez potwory, to dusze są tu oczyszczane, a nie torturowane⁴².

Co działo się dalej? Izanagi poszedł odzyskać ukochaną⁴³. Kiedy już ją odnalazł, ona odpowiedziała mu z goryczą, że przychodzi zbyt późno⁴⁴.

Izanagi nie wysłuchał jednak jej prośby. Wyłamał jeden ząb z grzebienia, zrobił z niego pochodnię i przy wytworzonym przez nią świetle spojrział na swoją Izanami. Przed swoimi oczami nie zobaczył jednak pięknej małżonki, a rozkładającego się trupa. Robaki otoczyły piękne niegdyś ciało Izanami, a w jej ciele przebywało Osiem Piorunów⁴⁵.

Izanagi rzucił się do ucieczki, zaś Izanami nie mogąc znieść odniesionego wstydu, kazała go schwytać ośmiu piekielnym jędzom. Kiedy już go doganiały, Izanagi rzucił w nie swoim czarnym przybraniem głowy, które natychmiast zmieniło się w winogrona. Jędze rzuciły się na nie łapczywie i dopiero gdy je spożyły ponownie ponowiły za nim pogoń. Wtedy Izanagi cisnął za siebie swój wielozębny grzebień, który zamienił się w kielki bambusowe. To powtórnie zatrzymało jędze. Jednakże nie na długo, zaś do pogoni za Izanagim dołączyła się jego małżonka. Jednakże Izanagi zdążył dotrzeć do przełęczy Krainy Ciemności. Swoją moc zmienił w szeroką rzekę i kiedy jędze próbowały ją przekroczyć, zwałił na ich drogę gigantycznych rozmiarów głaz. Małżonkowie stanęli po obu stronach skały i popatrzyli na siebie jednak już bez cienia tych uczuć, które towarzyszyły im za pierwszym razem. Izanagi wygłosił formułę rozwodową. Izanami w odwecie stwierdziła, że będzie codziennie niszczyć tysiąc ludzi w kraju, którym rządzi. Izanagi nie pozostał jej dłużny, odrzekł jej, że jeśli tak się stanie to on spowoduje by codziennie rodziło się tysiąc pięćset ludzi.

40 Roberts Jeremy, *Japanese Mythology...*, *op. cit.*

41 *Ibidem.*

42 *Ibidem.*

43 Można tu zauważyć podobieństwo do znanego greckiego mitu o Orfeuszu i Eurydyce. Zob. Parandowski Jan, *Mitologia. Wierzenia i podania Greków i Rzymian*, PULS 2006.

44 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*

45 *Ibidem*, s. 33.

Po tej wymianie zdań, byli małżonkowie rozstali się na zawsze. Izanami wróciła do Krainy ciemności⁴⁶, Izanagi natomiast do krainy żywych. W anglojęzycznych źródłach kraina ta przyrównywana jest do greckiego Hadesu⁴⁷.

Jolanta Tubielewicz dodaje, że jednym z podstawowych elementów prymitywnych wierzeń japońskich jest pojęcie zbrukania rytualnego. Czym jest owe „zbrukanie rytualne” w tym przypadku? Autorka książki tłumaczy to jako zetknięcie się ze śmiercią i z krwią, od którego należy uwolnić się za pomocą odpowiednich ablucji. Ablucje to obrzęd religijny polegający na obmyciu ciała lub przedmiotu kultu⁴⁸.

Tak też poczynił Izanagi ze swoim ciałem po ucieczce z Krainy Ciemności (Yomotsukuni), ponieważ czuł się nieczysty⁴⁹. Wybrał w tym celu strumień płynący przez prowincję Hyûga na wyspie Kyûshû. Kiedy już miał się zanurzać w strumieniu, wyartykułował następujące słowa: „Górny

46 W Nihongi zapisano kilka wersji tego mitu. Część z nich różni się od Kojiki np.:

W młodszej z kronik Izanagi wyraził żal po śmierci żony, a nie tylko namawiał ją do kontynuowania dzieła stworzenia. Bogini zaś obraziła się na męża za to, że ujrzał ją nagą, a nie w stanie rozkładu;

Podczas ucieczki z Krainy Ciemności z moczu Izanagiego powstała wielka rzeka, która opóźniła pogoń żądnych zemsty jędz. Płaskowyż Ciemności został określony w tym źródle jako „Czas Ostatniego Tchnienia przed Śmiercią”;

W niektórych wariantach tego mitu wspomina się o tym, że Izanagi wszedł jedynie do miejsca tymczasowego pochówku żony, a nie do Krainy Ciemności. To może stanowić nawiązanie do starożytnego zwyczaju czuwania przy zwłokach przed ostatecznym pochówkiem (mogari). Praktykowano go, gdyż wierzono, że po śmierci dusza może jeszcze wrócić do ciała.

Zob. Kozyra Agnieszka, *Mitologia Japońska...*, op. cit., s. 110.

47 “The Land of Yomi (Hades)”. Zob. Hadland Davis F., *Myths and legends...*, op. cit.

48 Ablucja to obrzęd religijny, który polega na obmyciu ciała albo przedmiotu kultu. Por. *Ablucje*, „Słownik Języka Polskiego”, <http://sjp.pl/ablucje> [dostęp: 02.05.2014].

49 Ablucje demiurga w wodzie są mitologicznym odwzorowaniem rytuału shintoistycznego jakim jest misogi. Celem rytuału jest usunięcie zanieczyszczenia ciała i umysłu przez kąpiel lub spryskanie wodą. Do dziś rytuał jest kultywowany pod postacią zwyczaju płukania ust i rąk przed wejściem do świątyń lub przed uroczystościami religijnymi. Izanagiemu przypisuje się również zapoczątkowanie rytuału zwanego harae lub harai. Rytuał ten spełnia te same zadania co misogi, ale w szerszym zakresie i jest wykonywany przez kapłanów. Dzięki niemu można oczyścić się ze wszelkich zbrukań i złych skutków wywołanych przez grzechy, nieszczęścia osobiste i kataklizmy. Dwa razy do roku odbywa się rytuał harae i jest on wielkim oczyszczaniem całego narodu, który odtąd może zacząć nowe życie w duchowej czystości. Zob. Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, op. cit., s. 37.

bieg strumienia jest zbyt gwałtowny, dolny bieg jest nazbyt powolny, wykąpie się więc w środku⁵⁰. Powstały wtedy bóstwa brudów cielesnych i bóstwa oczyszczenia. Kolejno powstały trzy pary innych bóstw: dna, środkka i powierzchni wody. Gdy Izanagi obmywał lewe oko zrodziło się w świetle bóstwo słońca, bogini Amaterasu⁵¹. Kiedy obmywał prawe oko, powstał bóg księżyca Tsukiyomi. Kiedy zaś Izanagi przedmuchał nos, pojawił się Susano, nieopanowany bóg wiatru i mórz. Ta trójka bogów dostała od Izanagiego zadania. Amaterasu miała rządzić na Wysokiej Równinie Niebios, a pomagac jej miał Tsukiyomi. Susano miał panować nad oceanami. Susano miał nieznośny charakter. Raz szalał we wścieklej furii, jęczał i zawodził. To irytowało jego stwórcę. Gdy Izanagi zapytał go o źródło tego lamentowania, uzyskał niniejszą odpowiedź, że chce on iść za matką do Krainy Ciemności⁵². Stwórca wyraził na to zgodę. Izanagi uznał, że jego misja została spełniona i odszedł na wyspę Awaji,⁵³ gdzie już pozostał⁵⁴. Inna wersja mówi, że po spełnieniu zadań na ziemi Izanagi udał się do nieba, gdzie zamieszkał w jednym z pałaców słońca⁵⁵.

Jest jeszcze inny wariant dotyczący jego losów. Zgodnie z nim ciało Izanagiego rozpadło się i utworzyło elementy krajobrazu np. góry, doliny, rzeki, lasy i inne⁵⁶. Ta wersja – jak pisze Tubielewicz – może być traktowana jako późniejszy dodatek naśladujący wiernie chiński mit o P'an-ku⁵⁷, który po śmierci przemienił się w cztery części świata, pięć wielkich

50 *Ibidem*.

51 W wielu anglojęzycznych źródłach znajdziemy ciekawe mitologiczne porównanie: „Demeter and Persephone correspond to Izanami and her daughter Amaterasu (...).” Zob. Witzel Michael, *Vala and Iwato. The Myth of the Hidden Sun in India, Japan, and beyond*, „Electronic Journal of Vedic Studies” 2005, nr 12–1, <http://ejvs.laurasianacademy.com/ejvs1201/ejvs1201article.pdf> [dostęp: 02.05.2014].

52 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*

53 To pierwsza wyspa jaką stworzyli Izanagi i Izanami. Zob. Frédéric Louis, *Japan encyclopedia...*, *op. cit.*, s. 61.

54 *Ibidem*.

55 „Izanagi oddał im we władanie swoje królestwo, a sam udał się do nieba, gdzie zamieszkał w pałacu słońca”. Zob. *Izanagi and Izanami*, <http://zaczytanimangami.pl/izanami-i-izanagi/> [dostęp: 02.05.2014].

56 Zob. Henshall Kenneth G., *Historia Japonii...*, *op. cit.* W pierwszym rozdziale „Od epoki kamienia łupanego do ustanowienia państwa: mity, prehistoria i historia starożytna (do 710 r.)” Henshall opisuje jak cesarze stali się bogami według japońskich mitów.

57 Legenda o Pan-ku jest pierwszą chińską obszerną opowieścią o początkach wszytkiego. Niektórzy uważają, iż autorem jej jest taoista Ge Hong z IV wieku. Zob. *Z oparów chaosu*, http://www.globtroter.pl/podserwisy/chiny/mity_m.html [dostęp:

gór, w rzeki, w głębę i inne⁵⁸. W tym momencie Izanagi przestaje pojawiać się w mitologii⁵⁹.

Wspomniana na początku ceremonia zaślubin Izanagi i Izanami jest – zdaniem Tubielewicz – zapewne odbiciem rytuału ślubnego obowiązującego w „prymitywnym społeczeństwie japońskim”⁶⁰. Zwyczaj konstruowania specjalnego pomieszczenia dla młodej pary zachował się w niektórych środowiskach przez jeszcze długi czas. Być może wzajemne pozdrawianie się słowami: „Ach, jaka piękna dziewczica!” i „Ach, jaki piękny młodzieniec!” stanowiło także część obrządku⁶¹.

Zgodnie z wersją Kojiki oraz jednej z wersji Nihongi⁶² para małżeńska stworzona przez Izanagi i Izanami połączyła się bezpośrednio po tym, gdy Izanami pierwsza wygłosiła formułę powitalną i może dlatego ich pierworodny był odmieńcem. Izanami urodziła Hiruko⁶³; Ahashimę⁶⁴. Spuścili, więc „to nieudane dziecko w koszyku w morze i przestali się nim zajmować”⁶⁵.

02.05.2014]. Warto zauważyć, iż zapis tego imienia jest też odmienny w innych źródłach np. Legenda o Pangu, podczas gdy Tubielewicz zapisuje go jako mit o P’an-ku.

58 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*

59 „Here, abruptly, Izanagi vanishes from the myth”. Zob. Sansom George Bailey, *Japan: A Short Cultural History*, Stanford University Press, Stanford 1978. Tłumaczenie własne z języka angielskiego.

60 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*

61 *Ibidem*.

62 „Mitologję shintoizmu zawierają księgi legend japońskich Kojiki i Nihongi. Głównymi jej postaciami są bóstwa Izanagi i Izanami, które stworzyły świat i wszystkie inne bóstwa, oraz bogini słońca Amaterasu, która prowadzi walkę ze swoim bratem Susanowo, bogiem burzy. Obrażona jego obelgami chowa się do jaskini. Wybawia ją stamtąd taniec Uzumy i wywoływana przezeń wesołość bogów. Z tej legendy biorą początek tańce obrzędowe w świątyniach (zwane Kagura)” – możemy przeczytać w opisie hasła „Japonia” w: Piekarski Stanisław, *Prawdy i herezje: encyklopedia wierzeń wszystkich ludów i czasów: religie, wyznania, dogmaty, obrzędy, kościoły, sekty*, M. Arcta, Warszawa 1930, http://mbc.cyfrowemazowsze.pl/dlibra/docmetadata?id=7906&from=&dirids=1&ver_id=&lp=31&QI=, [dostęp: 02.05.2014].

63 “Their first attempt at sexual union resulted in a deformed child, Hiruko (‘Leech Child’, known in later Shintō mythology as the god Ebisu), and they set him adrift in a boat”. Por. *Izanagi and Izanami*, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/298448/Izanagi-and-Izanami> [dostęp: 02.05.2014].

64 „Owoce uroczystości było poczęte potomstwo. Dzieci były jednak zdeformowane. Izanami urodziła Hiruko (»pływający w rozchybotaniu«) i Ahashimę (»wyspa z piany«), które zostały porzucone.” Por. *Izanagi and Izanami*, <http://zaczytaniaman-gami.pl/izanami-i-izanagi/> [dostęp: 02.05.2014].

65 Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*

Dopiero później powtórzyli prawidłowo obrządek zaślubin i wtedy potomstwo stało się liczne i dorodne. Tubielewicz sugeruje tutaj, że może to być mitologiczne wytłumaczenie, chęć uzasadnienia, dla obyczaju pozbywania się nieudanych lub niepotrzebnych dzieci⁶⁶.

Głównym храmem poświęconym parze demiurgów jest Shirayama-hime-jinja na górze Hakuzan w prefekturze Ishikawa⁶⁷.

3. Ninigi

Kończąc ten rozdział, chciałabym zauważyć, iż w mitologii japońskiej znajdujemy jeszcze jeden ciekawy przykład małżeństwa, a mianowicie związku małżeńskiego Ninigiego⁶⁸, czyli pierwszego protoplasty japońskich cesarzy.

⁶⁶ Tubielewicz w dalszej części książki pisze dalej na temat ablucji: „Ablucje Izanagiego w wodzie są mitologicznym odwzorowaniem rytuału shintoistycznego zwanego misogi”. Rytuał ten ma na celu usunięcie zanieczyszczenia ciała i umysłu przez kąpiel lub spryskanie wodą. Formą misogi jest powszechny po dziś dzień zwyczaj płukania ust i rąk przed wejściem do świątyni, jak również przed uroczystościami religijnymi. Izanagiemu ponadto przypisuje się zapoczątkowanie rytuału harae (lub harai). Rytuał ten spełnia te same zadania co misogi, ale w jeszcze szerszym zakresie i jest wykonywany przez kapłanów. Dzięki harae można oczyścić się z wszelkiego rodzaju „zbrukań i złych skutków wywołanych przez grzechy, nieszczęścia osobiste i kataklizmy”. Dwa razy do roku, a dokładnie w czerwcu i grudniu, odbywa się ôharae, które jest wielkim oczyszczeniem, po którym cały naród może zaczynać nowe życie w duchowej czystości. Harae jest jednym z najbardziej starożytnych obrzędów związanych z kultem shintô. Modlitwa czytana podczas ceremonii ôharae stanowi jeden z najstarszych zabytków prozy japońskiej, gdyż ze względu na jej „magiczne” znaczenie przekazywana była przez całe wieki aż po dziś dzień w niezmienionej formie.

Tubielewicz przytacza tutaj jeszcze inną ciekawostkę. Tą ciekawostką, która występuje w cyklu mitów o parze demiurgów jest krótka wzmianka w *Nihongi*. A brzmi ona następująco: „Niektórzy powiadają, że płaska przełęcz Krainy Ciemności nie jest żadnym rzeczywistym miejscem, a oznacza to tylko moment w czasie, w którym zatrzymuje się oddech wraz z nadejściem śmierci”. Zob. Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*

⁶⁷ *Ibidem*. s. 272. Warto wiedzieć, iż Izanami, Izanagi, Amaterasu, Susanoo i Tsukuyomi wykorzystani zostali w mandze Naruto, jako nazwy technik ninja. Por. *Izanagi and Izanami*, <http://zacztyanimangami.pl/izanami-i-izanagi/> [dostęp: 02.05.2014].

⁶⁸ Ninigi jest *czczony* m.in. w Takachiho Jinja, w której odbywają się tańce kagura: taniec Izanagiego i Izanami, taniec Amenouzume i taniec Tajikarao przed jaskinią, w której skryła się Amaterasu. Por. Kozyna Agnieszka, *Mitologia Japońska...*, *op. cit.*, s. 58.

Według Kojiki Amaterasu⁶⁹ chciała początkowo zesłać na ziemię swojego syna Oshihomimiego, jednak on zaproponowałby tę ważną misję powierzyć jego potomkowi – Ninigiemu. Bogini wezwała wnuka i wręczyła mu do rąk lustro, klejnoty w kształcie kłów dzika (zwane krzywulcami) oraz miecz. Przedmioty te później zostały uznane za cesarskie regalia władzy⁷⁰. Amaterasu poleciła wnukowi obdarzać zwierciadło taką czią, jaka należy się jej samej. Według jednej z wersji Nihongi bogini przekazała mu również sadzonki ryżu z niebiańskich pól. Z takim wyposażeniem Ninigi wyruszył w drogę. Bóstwa, które towarzyszyły mu, zostały potem uznane za protoplastów arystokratycznych rodów związanych z domem cesarskim⁷¹.

Wracając do mitu, schodząc z niebios, uczestnicy wyprawy napotkali bóstwo ziemskie – Sarutahiko, które zostało ich ziemskim przewodnikiem. Razem z nim zaszli na wyspę Kiusiu na szczyt Takachiho, a potem udali się na przylądek Kasasa, gdzie zbudowali dwór.

Po zejściu na ziemię Ninigi spotkał Konohanasakuyahime – piękną córkę ducha gór Ōyamatsumiego. Ojciec zgodził się oddać mu ją za żonę, ale razem z nią przysłał również jej siostrę – Iwanagahime, która była wyjątkowo nieurodziva. Ninigi mógł ją zatrzymać jako swoją drugą małżonkę, jednak tak bardzo mu się nie spodobała, że od razu odesłał ją z powrotem. Rozłoszczony tą zniewagą duch gór przepowiedział, że

69 Po cesarzu Jimmu, potomek Amaterasu, (660 p.n.e.-585 p.n.e.) cesarstwem japońskim zarządzały również kobiety – np. Cesarzowa Suiko (592–628 n.e.). Suiko była trzydziestą trzecią władczynią Japonii. Była pierwszą cesarzową Japonii i jednocześnie pierwszą w tym regionie świata. Jednym z jej osiągnięć było ustanowienie buddyzmu religią państwową w 594 roku. Por. *Jimmu Cesarz / Encyklopedia Japonii*, <http://www.konnichiwa.pl/encyklopedia,jimmu-cesarz,22.html> [dostęp: 02.05.2014]; *Emperor Jimmu*, https://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Emperor_Jimmu.html [dostęp: 02.05.2014]; Ramos Óscar, Garcés Pilar, *Japanese women's role. Past and present*, „Bulletin of Portuguese – Japanese Studies” 2005, nr 11, s. 223–242, <http://www.redalyc.org/pdf/361/36101106.pdf> [dostęp: 02.05.2014]; Broma-Smenda Karolina, *Władczynie w starożytnej Japonii*, [w:] *Azja i Afryka: religie – kultury – języki*, Maciej Klimiuk (red.), Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2013, s. 187; *Empress Suiko of Japan*, http://women-shistory.about.com/od/empresssuiko/p/empress_suiko.htm; *Empress Suiko*, http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Empress_Suiko.html [dostęp: 02.05.2014].

70 Por. Kozyra Agnieszka, *Mitologia Japońska...*, *op. cit.*; Kotański Wiesław, *Japońskie opowieści...*, *op. cit.*; Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii...*, *op. cit.*

71 Kozyra Agnieszka, *Mitologia Japońska...*, *op. cit.*

potomstwo zrodzone z Konohanasakuyahime będzie nietrwałe jak kwiaty drzew. Zaznaczył też, że gdyby Ninigi wybrał na matkę swoich dzieci Iwanagahime, to ich potomstwo zapoczątkowałby ród wieczny jak skały. W ten sposób mit wyjaśnia śmiertelność potomków Amaterasu.

Mit nie ma jednak jeszcze w tym morale zakończenia. Otóż Ninigi nie przestraszył się kłątwy rzuconej przez teścia i pojął za żonę piękną Konohanasakuyahime. Niedługo po ślubie dowiedział się, że jego wybranka jest w ciąży. Wiadomość o mającym narodzić się potomku nie wzbudziła w nim jednak radości, z powodu podejrzenia, że to nie on jest ojcem pierworodnego Konohanasakuyahime. „Urażona kobieta postanowiła poddać się sądowni niebios i obwieściła, że jeśli i ona, i dziecko wyjdą bez szwanku z płomieni, będzie to potwierdzało ojcostwo jej prawowitego małżonka”⁷². W dniu rozwiązania podpałiła chatę, w której miał odbyć się poród. Mimo że ogień strawił cały budynek, nic nie stało się ani jej, ani dziecku.

Konohanasakuyahime była główną i wierną małżonką Ninigiego. Urodziła mu trójkę dzieci. Oprócz niej Ninigi miał wiele innych żon i nałożnic. Spisy licznych wybranek znajdują się w starożytnych kronikach (na dowód koligacji rodów z Kiusiu z rodem cesarskim, wywodzącym się od mitycznego potomka Amaterasu)⁷³.

Bogowie, którzy pojawiają się w japońskich mitach zawartych w *Kojiki* i *Nihongi*, oraz wielu innych pracach, wydają się być przypisani do jednej z dwóch kategorii. Pierwszą jest *amatsu-kami* (niebiański bóg), a drugą jest *kunitsu-kami* (ziemski bóg)⁷⁴.

4. Podsumowanie

Podstawa wszystkich relacji człowieka została ustanowiona przez przodków-bogów (Izanagi i Izanami). Te dwa bóstwa zrodziły wiele innych, zaś ich potomstwem byli ludzie. Widzimy w związku z tym, że małżeństwo jest opowieścią podstaw tworzenia się najbardziej podstawowych relacji

⁷² *Ibidem*, s. 58.

⁷³ *Ibidem*, s. 57–58.

⁷⁴ Senge Yoshihiko, Izumo Shrine Trs. Matsumura Kazuo, *The Underlying Mentality Seen in Japanese Mythology: Some Considerations in Light of Izumo's Particularities*, http://21coe.kokugakuin.ac.jp/articlesintranslation/pdf/SENGE_ver100.pdf [dostęp: 02.05.2014]. Tłumaczenie własne z języka angielskiego.

międzyludzkich. Związek małżeński jest podstawą innych relacji, dlatego bardzo ważne jest by mąż i żona „be guided by makoto⁷⁵”, czyli kierowali się szczerością, zaufaniem i prawdą. Mąż kocha swoją żonę, ona z kolei szanuje swojego męża. Mąż wychodzi do pracy, a żona zostaje by dbać o ich dom⁷⁶. Po dziś dzień są to jedne z najważniejszych wartości pomiędzy małżonkami.

Bibliografia

- As the Japanese See It: Past and Present*, Michiko Yamaguchi Aoki, Margaret B. Dardess (red.), University Press of Hawaii, Hawaii 1981, s. 61, <http://www.columbia.edu/~wtd1/w4030/sjt/Ch26.pdf>.
- Ashkenazi Michael, *Handbook of Japanese Mythology*, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Broma-Smenda Karolina, *Władczynie w starożytnej Japonii*, [w:] *Azja i Afryka: religie – kultury – języki*, Maciej Klimiuk (red.), Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2013.
- Hadland Davis F., *Myths and legends f Japan*, New York Thomas Y. Crowell Company Publishers, <https://archive.org/details/mythslegendssofja00davarich>, https://ia600304.us.archive.org/29/items/mythslegendssofja00davarich/mythslegendssofja00davarich_bw.pdf.
- Frédéric Louis, *Japan encyclopedia*, Harvard University Press, Cambridge 2005.
- Henshall Kenneth G., *Historia Japonii*, przełożyła Karolina Wiśniewska, Bellona, Warszawa 2011.
- Izanami*, <http://ancienthistory.about.com/od/izanamimyth/Izanami.htm>.

-
- 75 Makoto jest centralnym pojęciem etycznym Shinto w XVIII wieku. Oznacza szczerść, oddanie, dziecięcą niewinność, prawdę i prawdziwe zdarzenia. Makato, wyraża pogląd, że wrodzony charakter i czystość w człowieku jest podstawą etycznej natury nieba i ziemi. Wszystkie istoty rodzą się z tejez idei. Człowiek skażony jest złem tylko w życiu na ziemi. Ludzie, którzy zachowują Makato są w harmonii nie tylko ze sobą, ale również z naturą. To wytwarza równowagę w świecie ludzkim i w świecie przyrody. Zob. Por. *As the Japanese See It: Past and Present*, Michiko Yamaguchi Aoki, Margaret B. Dardess (red.), University Press of Hawaii, Hawaii 1981 s. 60, <http://www.columbia.edu/~wtd1/w4030/sjt/Ch26.pdf>. Tłumaczenie własne z języka angielskiego.
- 76 Bary Theodore de, Gluck Carol, Keene Donald, *Sources of Japanese Tradition Volume II*, Columbia University Press, Columbia 1967, s. 325. Identyczne brzmienie, nieco bardziej rozbudowane, można odnaleźć w książce *As the Japanese See It...*, *op. cit.* Tłumaczenie własne z języka angielskiego.

- Jolanta Tubielewicz, <http://edu.gazeta.pl/edu/h/Jolanta+Tubielewicz>.
- Jolanta Tubielewicz, <http://lubimyczytac.pl/autor/20877/jolanta-tubielewicz>.
- Rejek Alicja, *Kraina Ciemności i japońskie kobiety*, <http://szuflada.net/kraina-ciemnosc-i-japonskie-kobiety/>.
- Empress Suiko of Japan*, <http://womenshistory.about.com/od/empresssuiko/p/empress-suiko.htm>.
- Izangi and Izanami | Japanese Mythology*, <http://www.ancient-mythology.com/japanese/izangi-izanami.php>.
- Izanagi and Izanami*, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/298448/Izanagi-and-Izanami>.
- Z oparów chaosu*, http://www.globtroter.pl/podserwisy/chiny/mity_m.html.
- Wódkowska Renata, *I bogowie stworzyli Japonię...*, <http://www.konnichiwa.pl/i-bogowie-stworzyli-japonie,7,6.html>.
- Izanagi and Izanami*, <http://www.mythencyclopedia.com/Iz-Le/Izanagi-and-Izanami.html>.
- Emperor Jimmu*, https://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Emperor_Jimmu.html.
- Kotański Wiesław, *Moja Japonia*, „Tygodnik Powszechny”, <http://www.tygodnik.com.pl/japonia/kotanski.html>.
- Mendia-Landa Pedro, *Myths and Legends on Natural Disasters: Making Sense of Our World*, <http://www.yale.edu/ynhti/curriculum/units/2007/4/07.04.13.x.html>.
- Izanagi i Izanami*, <http://zacztyanimangami.pl/izanami-i-izanagi/>.
- Klaus Antoni, *Izumo as the 'Other Japan': Construction vs. Reality*. „Japanese Religions” 2005, Vol. 30 (1 & 2).
- Kotański Wiesław, *Japońskie opowieści o bogach*, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1986.
- Kozyra Agnieszka, *Mitologia Japońska. Opowieści o bogach i demonach, konteksty kulturowe, historia i współczesność*, Wydanie I, Seria Mityczna, Wydawnictwo Szkolne PWN, Warszawa–Bielsko-Biała 2011.
- Kość Antoni, *Relacja państwa i religii w prawodawstwie japońskim*, referat wygłoszony 23.11.2004 r. na posiedzeniu Komisji w siedzibie lubelskiego Oddziału PAN, http://www.pan-ol.lublin.pl/biul_10/art_1016.htm.
- Mackenzie Donald A., *Myths Of China And Japan*, [w:] Mackenzie Donald, Moncrieff A.R. Hope, Squire Charles, *Myth and Legend in Literature and Art*, The Gresham Publishing Company Ltd., Londyn 1915.
- Ramos Óscar, Garcés Pilar, *Japanese women's role. Past and present*, „Bulletin of Portuguese – Japanese Studies” 2005, nr 11.
- Parandowski Jan, *Mitologia. Wierzenia i podania Greków i Rzymian*, PULS, Warszawa 2006.
- Piekarski Stanisław, *Prawdy i herezje: encyklopedia wierzeń wszystkich ludów i czasów: religie, wyznania, dogmaty, obrzędy, kościoły, sekty*, M. Arcta, Warszawa 1930, <http://>

- mbc.cyfrowemazowsze.pl/dlibra/docmetadata?id=7906&from=&dirids=1&ver_id=&lp=31&QI=.
- Rejmanowski Tomasz, *Mitologia japońska*, <http://www.darmowe-ebooki.com/czytelnia2/mitologia-japonska.pdf>.
- Roberts Jeremy, *Japanese Mythology A to Z*, Chelsea House, New York 2010.
- Sansom George Bailey, *Japan: A Short Cultural History*, Stanford University Press, Stanford 1978.
- Bary Theodore de, Gluck Carol, Keene Donald, *Sources of Japanese Tradition Volume II*, Columbia University Press, Columbia 1967.
- „Starożytne cywilizacje”, nr 53: *Japonia. Podróż przez tysiąclecia*, oprac. Aleksandra Szczehla.
- Strzelecki Adolf, *Japonia i Japończycy: podług Lauterera i innych*, M. Arct, Warszawa 1904.
- The Cambridge History of Japan*, Tom 1: *Ancient Japan*, pod red. John Whitney Hall, Cambridge University Press, Cambridge 1993.
- Senge Yoshihiko, Izumo Shrine Trs. Matsumura Kazuo, *The Underlying Mentality Seen in Japanese Mythology: Some Considerations in Light of Izumo's Particularities*, http://21coe.kokugakuin.ac.jp/articlesintranslation/pdf/SENGE_ver100.pdf.
- Tubielewicz Jolanta, *Mitologia Japonii*, Seria: Mitologie Świata, WAI F, Warszawa 1986.
- Deal William E., *Handbook to life in medieval and early modern Japan*, Infobase Publishing, New York 2006.
- Witzel Michael, *Vala and Iwato. The Myth of the Hidden Sun in India, Japan, and beyond*, „Electronic Journal of Vedic Studies” 2005, nr 12–1, <http://ejvs.laurasianacademy.com/ejvs1201/ejvs1201article.pdf>.
- Women In Medieval Japanese Society History*, http://web.clark.edu/afisher/HIST252/lectures_text/women_medieval_%20japan.pdf.
- Zygar Małgorzata, *Japońskie mity kosmogoniczne*, <http://www.seminarium.org.pl/klerycy/knak/artykuly/013.html>.

ABSTRACT

BARBARA ANNA JELONEK

Mythological origins of marriage in Japan

Article introduces the genesis of the Japanese marriage on a background of Japanese mythology – love story of couple Izanagi and Izanami. The main sources of Japa-

nese mythology used in the this article were books wrote by Jolanta Tubielewicz and Wiesław Kotański. Other sources of foreign items such as: G. Kenneth Henshall, F. Hadland Davis, Louis Frédéric, Jeremy Roberts, Michael Witzel, Antoni Klaus, Donald A. Mackenzie, Michael Ashkenazi.

Lokaut w amerykańskim prawie sportowym na przykładzie zawodowej ligi koszykarskiej NBA

Słowa kluczowe: *lokaut*, *common law*, amerykańskie prawo sportowe, liga zawodowa, National Basketball Association, *basketball related income*

Lokaut jest pojęciem z dziedziny prawa pracy i swoją proveniencję ma w amerykańskim systemie prawnym. Jest on swego rodzaju uprawnieniem, formą likwidowania tzw. sporów zbiorowych.

Lokaut wywodzi się z gałęzi prawa zwanej w Stanach Zjednoczonych *labor law*, którą można przełożyć jako prawo pracy. Idealne tłumaczenie nie jest możliwe, ponieważ niemal wszystkie stany USA (poza Luizjaną) funkcjonują w systemie *common law*. Prawo amerykańskie funkcjonuje na kilku warstwach, znajdujących się w określonej hierarchii, w tym między innymi na poziomach federalnym oraz stanowym¹. Sytuacja sporu zbiorowego i negocjowania układu zbiorowego, która zostanie umówiona skrótowo w tym artykule, regulowana jest właśnie przez przepisy federalne. Oznacza to, iż pomimo istotnych różnic w rozwiązaniach prawnych pomiędzy stanami USA jako federacji, dotyczącymi między innymi

1 R. Tokarczuk., *Prawo amerykańskie*, Warszawa 2007, s. 26.

penalizacji niektórych przestępstw, prawo federalne obowiązuje w każdym z nich, bez wyjątku.

Uprawnienia pracownicze regulowane są w *Code of Laws of the United States of America* (w skrócie *US Code*) – *sui generis* kompilacji praw federalnych obejmujących swoją mocą prawną całe terytorium kraju. Jest ona publikowana co sześć lat przez specjalny organ o nazwie *Office of the Law Revision Counsel*. Ostatnia oficjalna publikacja dokumentu w pełnej formie miała miejsce w 2012 roku.

Stosunkom pomiędzy pracodawcami a pracownikami dedykowany jest tytuł 29 (*Title 29*), a konkretniej rozdział 7 (*Chapter 7*) *US Code*, noszący nazwę „Labor-management relations”, w którego skład wchodzi między innymi trzy kluczowe w dziedzinie prawa pracy akty rangi ustawowej: Wagner Act, Taft-Hartley Act oraz Landrum-Griffin Act².

Przedstawienie genezy formowania się praw oraz ruchów pracowniczych nie jest celem tego artykułu. Warto jednak wspomnieć, że kultura negocjacji warunków pracy poprzez przedstawicieli konkretnego ruchu, związku zawodowego czy po prostu zrzeszenia pracowników konkretnego zakładu, jest za oceanem niezwykle rozwinięta i bogata. Mówi się o dużym większym „uzwiązkowieniu” USA, jednakże w tej kwestii daleko im do państw nordyckich czy choćby Francji. Można pokusić się nawet o stwierdzenie, iż tego typu zbiorowe negocjowania warunków pracy leży u podstaw amerykańskiego społeczeństwa obywatelskiego, uznawane jest również za jedną z podstaw demokracji. Roman Tokarczuk wskazuje również, że „federalne prawo pracy zmierza do zachowywania spokojnych i ustabilizowanych stosunków pracy, a więc eliminowania strajków, bojkotów i pikiet”³. Nie zawsze jest to jednak możliwe, a kiedy tak się dzieje, jednym z metod rozwiązania problemu jest lokaut.

Lokaut polega na działaniu pracodawcy zmierzającym do uniemożliwienia świadczenia pracy, pomimo gotowości zatrudnionych do jej świadczenia. Innymi słowy, jest to reakcja pracodawcy na postulaty pracowników dotyczące warunków pracy i niezyskanie ostatecznego porozumienia w drodze zbiorowych negocjacji. Mogą one dotyczyć np. wynagrodzenia, jednak w rzeczywistości wiążą się one z wieloma różnorodnymi sprawami.

Etymologia słowa „lokaut” nie jest raczej zaskakująca. Jest to spolszczona forma amerykańskiego czasownika „lock out”, który oznacza „zamknąć

² *Ibidem*, s. 141.

³ *Ibidem*, s. 135.

całkowicie; na klucz”. Innymi słowy, pracodawca „zamyka na cztery spusty” zakład pracy, aby uniemożliwić świadczenie pracy zatrudnionym. W tamtejszym systemie prawnym jest to dozwolone, z kolei w prawie polskim jest to praktyka nieznaną, a wręcz niedozwolona. Jak stanowi art. 81 par. 1 Kodeksu pracy – „pracownikowi za czas niewykonywania pracy, jeżeli był gotów do jej wykonywania, a doznał przeszkód z przyczyn dotyczących pracodawcy, przysługuje wynagrodzenie wynikające z jego osobistego zaszerogowania, określonego stawką godzinową lub miesięczną, a jeżeli taki składnik wynagrodzenia nie został wyodrębniony przy określaniu warunków wynagradzania – 60% wynagrodzenia. W każdym przypadku wynagrodzenie to nie może być jednak niższe od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów”⁴. Argument przemawiający za takim właśnie rozwiązaniem tego problemu przyjętym w ustawie przedstawia Maria Teresa Romer – według niej pracownik:

mimo gotowości do świadczenia pracy (pozostawania w dyspozycji pracodawcy, z zamiarem wykonywania pracy i w stanie zdolnym do realizacji tego zamiaru) nie wykonywał jej wobec przeszkód obiektywnych dotyczących pracodawcy bądź niezawinionego przez siebie przestoju. Brak definicji przestoju jednak nie może prowadzić do dowolnej, rozszerzającej interpretacji tego pojęcia⁵.

Warto podkreślić fakt „przeszkód obiektywnych dotyczących pracodawcy”, który jest przesłanką istotną i po części czyniącą pracodawcę odpowiedzialnym za niemożność wykonywania pracy. Ponadto „na pracodawcy spoczywa obowiązek zapewnienia pracownikowi warunków do wykonywania pracy i to pracodawca ponosi ryzyko produkcyjne w tych sytuacjach, gdy gotowy do pracy pracownik, bez swojej winy nie wykonywał pracy”⁶, przy czym „warunkiem (...) jest **pozostawanie w stosunku pracy z pracodawcą**”⁷. Dorota Kosacka-Łędzewicz i Bogdan Olszewski także podkreślają wagę tych samych przesłanek – „gotowości pracownika do wykonywania pracy”⁸ oraz faktu, że „niemożność wynika z przeszkód

4 Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy, Dz.U. Z 1998, nr 21, poz. 94 (stan prawny na dzień 1 stycznia 2013 r.).

5 M.T. Romer, *Prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 639.

6 *Ibidem*, s. 640.

7 *Ibidem*.

8 D. Kosacka-Łędzewicz, B. Olszewski, *Pracodawcy. Prawa i obowiązki pracodawcy od a do z*, Oficyna Wydawnicza Unimex, Wrocław 2010, s. 350.

leżących po stronie pracodawcy”⁹. Jako przykład tej drugiej autorzy podają „odmowę dopuszczenia pracownika do pracy, pomimo iż posiada on prawomocne orzeczenie Sądu Pracy o przywrócenie go do pracy”¹⁰.

Institucja lokautu jest zatem charakterystyczna dla amerykańskiego prawa pracy, ale znajduje niejako „odzwierciedlenie” w innych systemach prawnych, np. w prawie polskim. W systemie macierzystym, wyrazisty przykład jej zastosowania miał miejsce w jednej z amerykańskich zawodowych lig sportowych, a mianowicie w *National Basketball Association* (NBA). Przypadek ten stanowi przedmiot tego referatu. Na początek, warto przyjrzeć się fundamentalnemu przepisowi kształtującemu jego brzmienie, czyli artykułowi 157 z 29 tytułu USC, który stanowi, że:

Employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection, and shall also have the right to refrain from any or all of such activities except to the extent that such right may be affected by an agreement requiring membership in a labor organization as a condition of employment as authorized in section 158 (a) (3) of this title¹¹.

Oznacza to, że:

Pracownicy mają prawo do samoorganizowania się, tworzenia, dołączania oraz wspierania organizacji pracowniczych, a także do zbiorowego negocjowania układów zbiorowych poprzez wybranych uprzednio reprezentantów, jak również do angażowania się we wspólne wysiłki mające na celu negocjowanie układu zbiorowego i innego wzajemnego wsparcia oraz ochrony¹².

Wynika z tego, że amerykańskie prawo federalne zezwala nie tylko na zrzeszanie się i tworzenia związku zawodowego, ale także na możliwość negocjowania przez przedstawicielstwo związku tzw. układu zbiorowego (*collective bargaining agreement*), w oparciu o który zatrudnia się pracowników. To właśnie niemożność porozumienia oraz znalezienia

⁹ *Ibidem*, s. 350.

¹⁰ *Ibidem*, s. 350.

¹¹ *The Code of Laws of the United States of America*, 2012 Edition, <http://uscode.house.gov/> [dostęp 25.10.2013].

¹² Tłumaczenie własne.

konsensusu pomiędzy jego stronami prowadzi do lokautu. Jeżeli grupa pracowników stanowczo odmawia zaakceptowania pewnych postanowień układu zbiorowego, pracodawca może odmówić im możliwości świadczenia pracy, pomimo pozostawania w stosunku pracy, zamykając zakład „na cztery spusty”, czego implikacją jest brak wynagrodzenia za pracę. Sytuacja lokautu jest więc niekorzystna dla obu stron.

Warunkiem gwarantującym możliwość zastosowania lokautu, jest artykuł 158 wymienionego wyżej tytułu 29 *US Code*. Definiuje on nieuczciwe praktyki (*unfair labor practice*) zarówno jednej (pracodawcy), jak i drugiej strony (organizacji pracowniczej) stosunku pracy. Jedynie w momencie ich domniemanego wystąpienia, pracodawca może zastosować metodę lokautu np. celem uniknięcia straty spowodowanej zapowiadany przez pracowników strajkiem. Lokaut pełni tym samym niejako funkcję równoważącą.

Funkcjonowanie na mocy układów zbiorowych jest fundamentalną zasadą zawodowego sportu w USA, a konkretniej tzw. zawodowych lig sportowych, do których należy między innymi NBA – *National Basketball Association*. Rozgrywki sportowe odbywają się tylko i wyłącznie na bazie *collective bargaining agreement*, zwanego w skrócie CBA. Kontrakty tego typu najczęściej zawierane są na okres kilkuletni, zwyczajowo na 5 lat z zastrzeżeniem ewentualnego przedłużenia o identyczny okres. W momencie utraty mocy prawnej, a więc wygaśnięcia wszystkich przepisów zawartych w CBA, świadczenie pracy jest zakazane i pracodawca (w tym przypadku NBA) automatycznie wciela w życie lokaut. Oznacza to niepowodzenie trwających wcześniej negocjacji. Sportowcy nie mogą wtedy podejmować żadnych rozmów na temat kontraktów z klubami, komentować sytuacji publicznie, ani nawet wspólnie trenować w klubowych obiektach. Przepisy dyscyplinarne w tej kwestii są zazwyczaj bardzo surowe i za naruszanie ich grożą poważne sankcje.

Jednym z najświeższych przykładów lokautu, który stał się przedmiotem licznych dyskusji i z powodu nagłośnienia przez media znalazł się w publicznej agendzie, był lokaut z roku 2011 w koszykarskiej lidze NBA. Układ zbiorowy, który wszedł w życie w roku 2005 wygasł z dniem 30 czerwca 2011 roku, a więc od dnia 1 lipca 2011 roku zarząd *National Basketball Association* ogłosił oficjalnie stan lokautu, ponieważ negocjacje na temat nowego CBA utknęły, zdaniem zarządu, w martwym punkcie. Sprawa nie była początkowa brana na poważnie przez większą część sportowców, ponieważ przypało to na początkowy okres urlopu letniego, jednak oficjalnie już wtedy nastąpiła przerwa w świadczeniu pracy.

Podłoże konfliktu pomiędzy związkiem zawodowym zawodników (*National Basketball Player's Association*, w skrócie NBPA) a organizatorem rozgrywek, reprezentowanym przez komisarza NBA, czyli najwyższego organu wykonawczego w jej strukturze, jego zastępcę, a także radę właścicieli klubów, było złożone. Najważniejszą przyczynę stanowiły kwestie finansowe, a dokładnie procentowy podział zysków od tzw. *basketball related income*¹³ (w skrócie BRI) czyli zyskom związanym z koszykówką, w których skład wchodzi znaczna większość przychodów NBA. Są to między innymi wpływy z biletów, praw do transmisji, promocji, dotacji od sponsorów, a nawet takich błahostek jak opłaty za miejsca parkingowe. Procentowy podział zysków był dźwignią, której obie strony używały, aby pchnąć rozmowy do przodu, jednak znalezienie konsensusu wymagało wiele czasu i znacząco odbiło się na poziomie rozgrywek. Godną zauważenia osią sporu był dodatkowy rozłam wewnątrz jednej ze stron – pomiędzy właścicielami klubów – których znaczna część znajdowała się w diametralnie różnej sytuacji. Amerykańskie organizacje sportowe zrzeszone w ligach zawodowych (tzw. *franchises*) zlokalizowane są w zróżnicowanych warunkach – nieporównywalne są przychody drużyn z Nowego Jorku czy Los Angeles, z tymi z Oklahoma City, Cleveland czy Minneapolis. Silny antagonizm zarówno organizacji pracowniczej (w tym przypadku NBPA – *National Basketball Player's Association*) i właścicieli klubów, jak i niezgodność wewnątrz strony reprezentującej pracodawcę wpłynęła na wyjątkowo trudny klimat do negocjacji. W kontekście historycznym, był to drugi najdłuższy lokaut w ponad 60-letniej historii ligi. Trwał niecałe pół roku i spowodował odwołanie aż 480 spotkań – zamiast zwyczajowych 82 meczów, każdy zespół rozegrał ich tylko 66. Co więcej, okres przygotowawczy trwał znacznie krócej niż zazwyczaj; był przyspieszony, podobnie jak okres, w którym można było podpisywać nowe kontrakty. Odbiło się to między innymi na poziomie wizualnym rozgrywek – zespoły były, najprościej mówiąc, mniej zgrane, niż zwykle, co skutkowało wyższą średnią strat. Ponadto spadły też średnia zdobywanych punktów, jak również skuteczność z gry, a to tylko najbardziej podstawowe statystyki. Rozegranie 66 meczów w krótszym niż zazwyczaj okresie przyczyniło się również do znacznie wyższej częstotliwości spotkań, przez co wielu zawodników narzekało na nadmierne zmęczenie

13 A. Brandt, *The big deal over BRI*, http://espn.go.com/nba/story/_/id/7194222/basketball-related-income-affects-nba-lockout-talks [dostęp 14.03.2013].

i uciążliwe podróże. Niekiedy drużyny grały mecze po 3 dni z rzędu (tzw. *back-to-back-to-backs*). Pojawiały się również głosy, które wiązały skondensowany kalendarz rozgrywek z kilkoma poważnymi urazami, które przydarzyły się pod koniec sezonu. Nie ma jednak dowodów na związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy tymi faktami, tak więc opinie te nie są raczej uprawnione, niemniej jednak część z kibiców, którzy w wielkim stopniu generują zyski ligi sportowej, przyjęła taką hipotezę za słuszną. Co więcej, NBA była w procesie odbudowy swojego zainteresowania, które drastycznie spadło w roku 1998. Miał wtedy miejsce zbieg dwóch negatywnych dla niej wydarzeń – odejście największej legendy tego sportu – Michaela Jordana, który zakończył wówczas karierę; a także lokaut, który rozpoczął się kilka tygodni później. Odzwierciedla się tu doskonale specyfika ligi sportowej, która nie jest tylko kolejnym zakładem pracy.

Sport jest w USA wartością niezwykle wysoko cenioną, a koszykarze są idolami nie tylko młodzieży. Spory o pieniądze pomiędzy dwiema stronami są w tym przypadku szeroko nagłaśnianie i relacjonowane w mediach. Winą za tamten lokaut opinia publiczna jednogłośnie obarczyła zawodników, a konkretniej ich „pazerność”. Część z nich nie do końca fortunnie wypowiadała wówczas w mediach. Warto tu przytoczyć słynny już cytat Patricka Ewinga, jednej z największych gwiazd tamtych czasów – „dużo zarabiamy, ale przecież dużo też wydajemy”¹⁴. Ostatecznie sezon 1998/99 udało się rozegrać w bardzo okrojonym formacie, a wskaźniki oglądalności NBA w telewizji oraz jej popularność drastycznie spadły. Zaufanie społeczne udało się odbudować dopiero po wielu latach, ale właśnie wtedy nastąpił kolejny lokaut, który pojawił się dodatkowo w dobie kryzysu ekonomicznego, gdy przeciętny kibic mógłby pomarzyć o zarobkach, które nie zadowalały sportowców.

Podsumowując wskazany powyżej stan faktyczny – brak porozumienia wewnątrz strony pracodawcy, jak również silny antagonizm pomiędzy pracodawcami a koszykarzami, wywołany głównie kwestiami finansowymi, negatywnie wpłynął na wizerunek rozgrywek i percepcję sportu w społeczeństwie amerykańskim. Instytucja lokautu jest regulacją nieznaną w polskim systemie prawnym, a zarazem swoistą dla sportowych lig zawodowych w USA. W porównaniu z prawem polskim, amerykański

¹⁴ J. Dorsey, *NBA Players Going Overseas Could Put Entire Season in Danger*, <http://bleacherreport.com/articles/813660-nba-players-going-overseas-could-put-entire-season-in-danger> [dostęp 25.10.2013].

pracodawca zwolniony jest od przymusu wypłaty wynagrodzenia pomimo gotowości pracowników do pracy oraz trwającego stosunku pracy, co niejako umacnia jego pozycję w negocjacjach. Niewątpliwie amerykański system negocjowania układów zbiorowych w kontekście sportowym ma swojej zalety. Tamtejsze prawo zezwala zawodnikom, poprzez swoich reprezentantów, na realne kształtowanie formatu rozgrywek oraz wielu szczegółowych przepisów (takich jak limity wiekowe, szczegóły kontraktów, kontrole dopingowe, polityka wobec młodych zawodników) w formie dialogu społecznego. Przyjęte w Stanach Zjednoczonych rozwiązania prawne mogą mieć również negatywne strony. W przypadku braku rozsądku w dążeniu do ugody w negocjowaniu CBA, instytucja lokautu, którą ma do dyspozycji pracodawca, może destrukcyjnie wpłynąć na poziom rozgrywek i w pewnym sensie odbiera kibicom pewność i ciągłość śledzenia wydarzeń w danej dyscyplinie sportu. Co więcej, z powodu przestoju w świadczeniu pracy przez sportowców, zatrudnienie stracić może wiele podmiotów związanych z ligą na niższym szczeblu hierarchii, tj. obsługa techniczna, najemcy lokali czy przedsiębiorcy z branży gastronomicznej, pracujący na halach podczas spotkań i będący w znacznym stopniu zależni od ligi. W wielu przypadkach jest to dla nich jedyne źródło utrzymania. Tym samym, z powodu lokautu poszkodowane są osoby nie mające realnego wpływu na tę sytuację, a nie tylko sportowcy oraz właściciele klubów. Dlatego też generalna percepcja lokautu jest negatywna i postrzega się go raczej jako ostateczną konieczność, niż stan pożądany.

Bibliografia

Pozycje książkowe

- Kosacka-Łędzewicz D., Olszewski B., *Pracodawcy. Prawa i obowiązki pracodawcy od a do z*, Oficyna Wydawnicza Unimex, Wrocław 2010.
- Romer M.T., *Prawo pracy. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2012.
- Tokarczuk R., *Prawo amerykańskie*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007.

Podstawa prawna

- Landrum-Griffin Act (US Code, stan prawny na dzień 1 stycznia 2013 r.).
- Taft-Hartley Act (US Code, stan prawny na dzień 1 stycznia 2013 r.).

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy, Dz.U. Z 1998, nr 21, poz. 94.
Wagner Act, United States Code (US Code, stan prawny na dzień 1 stycznia 2013 r.).

Strony internetowe

Dorsey J., *NBA Players Going Overseas Could Put Entire Season in Danger*, <http://bleacherreport.com/articles/813660-nba-players-going-overseas-could-put-entire-season-in-danger>.

Brandt A., *The big deal over BRI*, http://espn.go.com/nba/story/_/id/7194222/basketball-related-income-affects-nba-lockout-talks.

ABSTRAKT

BARTŁOMIEJ BERBEĆ

Lockout concept in American sports law on the example of the professional NBA league

The article presents the issue of the lockout concept in American sports law. The author based his deliberations on example of professional NBA league. The lockout is an instrument of solutions the labor dispute or strike. It' roots should be find in American labor law. The author sees the lockout rather as a negative instrument, a kind of extreme measures.

Sytuacja prawna polskiej mniejszości narodowej w Republice Czeskiej

Słowa kluczowe: Republika Czeska, polska mniejszość narodowa w Czechach, polska mniejszość narodowa, prawo mniejszości narodowych

1. Wprowadzenie

Polacy stanowią drugą co do wielkości mniejszość narodową w Republice Czeskiej a trzecią mniejszość etniczną zaraz po Słowakach i Romach. Zgodnie z powszechnym spisem ludności z 2011 r. narodowość polską deklaruje 39 096 osób. Zdecydowana większość z nich bo aż 28 138 osób zamieszkuje obszar województwa Morawsko-Śląskiego, w szczególności czeskiej części Śląska Cieszyńskiego, zwaną Zaolziem.¹ Stanowią oni autochtoniczną ludność tego terenu. W związku z szybką asymilacją oraz niekorzystną strukturą geograficzną Polaków w Czechach liczba osób deklarujących przynależność polską szybko maleje.² Wynikająca

1 *Tab. 13 Obyvatelstvo podle národnosti a podle velikostních skupin obcí a krajů*, [http://www.czso.cz/sldb2011/redakce.nsf/i/tab_13/\\$File/ZVCR013.xls](http://www.czso.cz/sldb2011/redakce.nsf/i/tab_13/$File/ZVCR013.xls) [dostęp 12.08.2014].

2 Wg spisu ludności z 1991 r. tylko Zaolziu narodowość polską deklarowało 43 479 osób. Zob. T. Zahradnik, *Struktura narodowościowa Zaolzia na podstawie spisów ludności 1880–1991*, Trzyniec 1991.

z tego potrzeba ochrony polskiej kultury i tożsamości spoczywa zarówno na państwie, na którego terytorium mniejszość występuje, na państwie, z którym dana mniejszość się utożsamia oraz na społeczności międzynarodowej. W tym konkretnym przypadku zatem nacisk zostanie położony na obowiązki państwa polskiego względem mniejszości polskiej w Republice Czeskiej jak i realizacji przez Czechy standardów międzynarodowych odnoszących się do tych kwestii. Jako że tematyka ta jest bardzo kompleksowa i analiza może być przeprowadzana w wielu aspektach, niniejsze opracowanie przybliży uwarunkowania prawnomiędzynarodowe, powinności spoczywające na państwie polskim oraz krótką charakterystykę najważniejszych z punktu widzenia niniejszej społeczności praw podlegających ochronie.

2. Ewolucja pojęcia mniejszości narodowej w międzynarodowym porządku prawnym

Aby móc odpowiedzieć na pytanie w jaki sposób w prawie międzynarodowym definiowana jest mniejszość i na jakie zasadach przyznawane są jej prawa należy się cofnąć do początków XX wieku. Pojęcie narodu we współczesnej znanej nam formie ukształtowało się na przełomie XIX i XX wieku. Wtedy zaczęto dostrzegać, że naród, jako jednostka wyodrębniona etnicznie, kulturalnie, językowo, a często też religijnie powinien pozostać tworem wyodrębnionym politycznie. Niestety często było to niemożliwe ze względu na sytuację geopolityczną. Niemniej jednak świadomość narodowa wzrastała.

Przyczyniło się to bezpośrednio do tak brzemiennego w skutkach przetasowania na politycznej mapie Europy po pierwszej wojnie światowej. Niestety wiele grup etnicznych znalazło się poza granicami państw do których powinny przynależeć. Decyzje polityczne zapadające na szczycie były bowiem dalekie od doskonałości. Dla zapewnienia politycznej stabilności dążono jednak by mniejszościom przyznano pewne prawa. Miały być one zapewnione przez tzw. Traktaty Mniejszości zawarte głównie w 1919 r. i monitorowane przez Ligę Narodów. Podzielone one zostały na 3 rodzaje. Pierwszy z nich odnosił się do państw pokonanych czyli Austrii, Węgier, Bułgarii i Turcji. Drugi rodzaj odnosił się do państw powstałych w związku z rozpadem Imperium Osmańskiego (poza jego

granicami) oraz do państw, których granice zostały w jakiś sposób naruszone (Czechosłowacja, Jugosławia, Polska, Grecja, Rumunia). Trzeci rodzaj odnosił się do terytoriów spornych (Gdańsk, Górny Śląsk).³ Traktaty te jednak odnosiły się do konkretnych grup wyróżniających się językowo, rasowo czy religijnie. Brakowało generalnego odniesienia do mniejszości. Jak podaje Hurst Hannum, prawdopodobnie pierwsza definicja mniejszości wypłynęła w związku z raportem Ligi Narodów, gdzie jeden z raportujących wymienił jako niezbędne elementy dla zdefiniowania takiej grupy różnice rasowe, religijne i językowe. Podkreślił również, że dla nadania praw mniejszości niezbędny jest kontekst historyczny, z którego wynika, że zachodziły lub zachodzą niepokoje pomiędzy grupami, których dotknęły zmiany terytorialne.⁴ W związku z zaangażowaniem Ligi Narodów w kwestie rozstrzygania sporów dotyczących mniejszości, można znaleźć kilka precedensowych opinii doradczych oraz orzeczeń Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej.⁵

Na kształt współczesnego systemu ochrony praw mniejszości mają akty prawa międzynarodowego wydane po drugiej wojnie światowej. Należy jednak zaznaczyć, że do dnia dzisiejszego nie istnieje generalnie akceptowalna definicja mniejszości narodowej w prawie międzynarodowym, co przekłada się na niejednoznaczność interpretacyjną tego pojęcia.⁶ Jednym z najbardziej doniosłych dokumentów związanych z prawami człowieka jest Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, uchwalona w 1948 roku. Zawiera ona katalog praw i wolności, który stał się kamieniem węgielnym pod chociażby europejski system ochrony w postaci Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. Nie ma jednak w tym dokumencie żadnej wzmianki odnoszącej się do mniejszości, nie wspominając już o definicji prawnej tego pojęcia. Było to w związku z tym spore utrudnienie w dążeniu do zharmonizowania tej dziedziny na arenie międzynarodowej a zarazem sygnał dający do

3 H. Hannum, *The Concept and Definition of Minorities*, [w:] Weller M. (red.), *Universal Minority Rights*, Oxford University Press 2007, s. 53.

4 *Ibidem*, s. 54.

5 (ang.) Permanent Court of International Justice – P.C.I.J. Najważniejsze opinie doradcze: *Settlers of German Origin in Poland*, 1923 P.C.I.J. (ser. B) No. 6 (Sept. 10); *Greco-Bulgarian Communities*, 1930 P.C.I.J. (ser. B) No. 17 (July 31); Orzeczenia: *Rights of Minorities in Upper Silesia (Germ. v. Pol.)*, 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 15 (Apr. 26).

6 *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Volume VII*, Oxford University Press 2012, s. 254.

rozumienia, że państwa niekoniecznie są skłonne na oddanie sfery decydowania w zakresie mniejszości na rzecz społeczności międzynarodowej.

Pierwszym dokumentem stanowiącym podstawę do rozstrzygnięcia o tym jak definiować mniejszość narodową był Pakt Praw Cywilnych i Obywatelskich z 1966 r., który nie zawiera wprawdzie definicji mniejszości narodowej ale w brzmieniu art. 27 chroni prawa osób należących do mniejszości etnicznych, religijnych i językowych (prawo do własnego życia kulturalnego, wyznawania i praktykowania własnej religii oraz posługiwania się własnym językiem).⁷ Można zauważyć, że z jednej strony gwarantuje się prawa wynikające z konwencji osobom należącym do mniejszości, z drugiej zaś strony nie narzuca się państwom sygnatariuszom sposobu definiowania mniejszości *per se*. Na sam koniec należy przytoczyć definicję pojęcia mniejszości narodowej, zawartej w proponowanym przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy protokole dodatkowym do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.⁸ Pomimo, że dokument ten nie wszedł w życie, to uznawany jest przez doktrynę jako jedyny formalny dokument zawierający legalną definicję mniejszości narodowej.⁹ Zgodnie z nim „mniejszość narodowa odnosi się do grupy ludzi w danym państwie, która:

- a) przebywa na terytorium tego państwa i posiada jego obywatelstwo;
- b) utrzymuje długotrwałe, stałe i trwałe więzi z tym państwem,
- c) cechuje się odmiennością etniczną, kulturową, religijną lub językową;
- d) jest należycie reprezentowana, jednakże mniejsza liczebnie niż reszta populacji państwa albo regionu tegoż państwa;
- e) jest zmotywowana troską o zachowanie jedności, która konstytuuje ich wspólną tożsamość, włącznie z ich tradycją, kulturą, religią i językiem.

Podsumowując, według wypracowanego przez lata pewnego *consensusu*, za mniejszości narodowe należy uznawać pewne grupy ludzi wyróżniające się pod względem religijnym, kulturowym, językowym, etnicznym, które jednak ze względu na różne czynniki zamieszkują oraz posiadają obywatelstwo państwa, w którym stanowią mniejszość w stosunku do

7 Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

8 Art. 1 Rekomendacji nr 1201 (1993) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, 44 sesja, 22 posiedzenie, 1 lutego 1993.

9 H. Hannum, *The Concept and Definition of Minorities...*, s. 59.

ogółu mieszkańców. Niezbędnym czynnikiem jest również wola zachowania tej odrębności przez daną zbiorowość.

3. Pozycja prawna polskiej mniejszości narodowej w Republice Czeskiej

Ważkie znaczenie dla przestrzegania praw mniejszości polskiej w Republice Czeskiej oraz wsparcia, jakiego ta mniejszość może się spodziewać zarówno ze strony rządu czeskiego jak i polskiego, ma dokument przyjęty w ramach europejskiego systemu ochrony praw mniejszości narodowych. Jest nim mianowicie Konwencja Ramowa Rady Europy o ochronie mniejszości narodowych przyjęta dnia 1 lutego 1995 r. Stała się ona pewnym punktem odniesienia dla standardów ochrony praw mniejszości w Europie. W Czechach konwencja ta weszła w życie w 1998 r.¹⁰; w Polsce dopiero w 2001 r.¹¹ Niemniej jednak jest to pierwszy dokument rangi międzynarodowej, który odrębnie traktuje o prawach mniejszości narodowej. Normy tej konwencji, sformułowane w sposób ogólny nie nadają się do bezpośredniego stosowania i wymagają implementacji odpowiednich instrumentów prawnych do porządków prawnych państw będących stroną konwencji. Jest to rozwiązanie dające pewną swobodę w wyborze formy i środków realizacji celów stawianych przez konwencję. Konwencja ta nie powinna jednak być interpretowana w całkowitej odrębności od dorobku prawnego Rady Europy w zakresie ochrony praw człowieka. Istnieją nawet poglądy w doktrynie mówiące o suplementarnym, lecz autonomicznym charakterze niniejszej konwencji w stosunku do Europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności (EKPCz) z 1950 r.¹² Rada Europy nauczona doświadczeniem odrzuconego protokołu dodatkowego do EKPCz, nie umieściła w konwencji definicji mniejszości narodowej. Pomimo swobody interpretacyjnej państw, istnieją opinie

10 Oświadczenie Ministerstwa Spraw Zagranicznych o ratyfikacji Konwencji Ramowej o ochronie mniejszości narodowych. „Sbírka zákonů České Republiky” 1998, nr 96.

11 Oświadczenie Rządowe z dnia 15 października 2001 r. W sprawie mocy obowiązującej Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych, sporządzonej dnia 1 lutego 1995 r. (Dz.U. z dnia 15 marca 2002 r.).

12 C. Mik, *Ochrona mniejszości narodowych w prawie europejskim*, „Państwo i Prawo” 1996, z.3, s. 26.

mówiące o konieczności objęcia postanowieniami konwencji również osób nie posiadających obywatelstwa kraju, na terenie którego przebywają. Spotyka się to jednak z oporem wielu państw.¹³

Nawiązując do czeskiego porządku prawnego, standardy ochrony praw mniejszości są określone w Konstytucji¹⁴, Karcie Podstawowych Praw i Wolności¹⁵ jak i w ustawie o prawach członków mniejszości narodowych.¹⁶ W tym ostatnim znajduje się definicja prawna pojęcia mniejszości narodowej oraz członka mniejszości narodowej. Zgodnie z paragrafem 2 ustawy mniejszość narodową definiuje się jako „społeczność obywateli Republiki Czeskiej żyjących na terenie obecnej Republiki Czeskiej, którzy odróżniają się od pozostałych obywateli z reguły wspólnym pochodzeniem etnicznym, językiem, kulturą i tradycjami, tworzą liczną mniejszość ludności i jednocześnie przejawiają wolę uważania ich za mniejszość narodową w celu podejmowania wspólnych wysiłków dla zachowania i rozwoju własnej tożsamości, języka i kultury a jednocześnie wyrażania i ochrony interesów ich społeczności, która się historycznie wytworzyła”.¹⁷ Jak można łatwo zauważyć, definicja ta komponuje się z wypracowanymi w doktrynie poglądami. Poszczególne elementy współgrają ze sobą. Aspektem podlegającym dyskusji jest jedynie twierdzenie, że za mniejszość uważa się tylko obywatele czeskich, bowiem w przypadku Polaków żyjących w Czechach aż 16800 z nich (z czego ponad 4200 z woj. Morawsko Śląskiego) posiada obywatelstwo polskie.¹⁸ Biorąc to pod uwagę, można wywnioskować, że te osoby mogą mieć utrudniony lub wręcz niemożliwy dostęp do korzystania z praw przysługujących mniejszościom. Dla porównania, definicja mniejszości

13 P. Kukuryk, *Europejski model ochrony praw mniejszości*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2003, nr 2(13), s. 51.

14 Konstytucja Republiki Czeskiej z dnia 16 grudnia 1992 r., „Sbírka zákonů České Republiky” 1993, nr 1.

15 Uchwała Prezydium Czeskiej Rady Narodowej o ogłoszeniu Karty Podstawowych Praw i Wolności jako części porządku konstytucyjnego Republiki Czeskiej z dnia 16 grudnia 1992. „Sbírka zákonů České Republiky” 1993, nr 2 z późn. zm.

16 Ustawa o prawach członków mniejszości narodowych i o zmianie niektórych ustaw z dnia 10 lipca 2001 r., „Sbírka zákonů České Republiky” 2001, nr 273 z późn. zm.

17 Tłum. J. Branna (red.), *Wybór dokumentów prawnych dotyczących mniejszości i grup narodowych*. Tom VI: *Polacy w Czechach*, Stowarzyszenie „Wspólnota Polska”, Warszawa 2004, s. 36.

18 *Tab. 3 Obywatelstwo podle státního občanství a podle velikostních skupin obcí a krajů*, [http://www.czso.cz/sldb2011/redakce.nsf/i/tab_3/\\$File/ZVCR003.xls](http://www.czso.cz/sldb2011/redakce.nsf/i/tab_3/$File/ZVCR003.xls) [dostęp: 12.08.2014].

narodowej i etnicznej w polskim prawodawstwie jawi się inaczej. Artykuł 2 ustawy o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym definiuje mniejszości w sposób o wiele mniej elastyczny.¹⁹ Oprócz elementów zawartych w czeskiej definicji, jest również przesłanka zamieszkiwania przez daną mniejszość obecnego terytorium RP przez co najmniej 100 lat. Jakby tego było mało, mniejszości narodowe i etniczne te są wymienione w ustawie w sposób enumeratywny, co znacznie ogranicza możliwości ubiegania się o status mniejszości. Jest to jaskrawy przykład swobody w definiowaniu pojęcia mniejszości na gruncie wewnętrznego porządku prawnego danego państwa. Co dotyczy członka mniejszości narodowej, jest definiowany jako „obywatel Republiki Czeskiej, który deklaruje przynależność do narodowości innej niż czeska i wyraża życzenie, by uważano go za członka mniejszości narodowej razem z innymi, którzy deklarują przynależność do tej samej mniejszości narodowej.”²⁰ W tym wypadku polska ustawa nie definiując wprost członka mniejszości narodowej, nie odbiega od czeskich regulacji. Nie mniej jednak na gruncie czeskiego prawa przyznanie danej grupie statusu mniejszości jest łatwiejsze, co świadczy o większej otwartości czeskiego społeczeństwa na te kwestie.

Jak już zostało wspomniane, warunkiem uznania za mniejszość etniczną bądź narodową w danym państwie, jest posiadanie obywatelstwa tego państwa. Często więc, ze względu na długotrwały okres zamieszkiwania na terytorium tego państwa osoby utożsamiające się z innym państwem nie legitymują się obywatelstwem państwa z którego wywodzą swoje korzenie. Taka sytuacja dotyczy również Polaków. Zgodnie z czeskim ustawodawstwem osoba, której zostaje przyznane obywatelstwo czeskie powinna wykazać, że utraciła obywatelstwo innego państwa, poza wyjątkami określonymi w ustawie.²¹ Jest to zgodne z powszechną zasadą prawa międzynarodowego, aby unikać sytuacji podwójnego obywatelstwa, co rodzi szereg problemów natury prawnej. Działa to również w drugą stronę, to znaczy w przypadku dobrowolnego nabycia obywatelstwa innego państwa, obywatelstwo czeskie zostaje utracone. Pomijając

19 Ustawa z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz.U. Z 2005 r. nr 17, poz. 141).

20 *Ibidem*.

21 Ustawa o nabywaniu i utracie obywatelstwa Republiki Czeskiej z dnia 29 grudnia 1992 r. „Sbírka zákonů České Republiky” 1993, nr 40 z późn. zm.

jednak te niuanse, należy odpowiedzieć na pytanie, na jakiej zasadzie obywatel Republiki Czeskiej, deklarujący przynależność do polskiej narodowości może być i jest chroniony przez państwo polskie.

4. Obowiązki Rzeczypospolitej Polskiej wobec Polaków przebywających Republice Czeskiej

Nie ulega wątpliwości, że istnieje konstytucyjny obowiązek ochrony obywateli polskich przebywających za granicą. Wiąże się to z obowiązkiem leżącym na polskich służbach dyplomatycznych do udzielania niezbędnej pomocy swoim obywatelom, na terenie danego państwa. Jednakże artykuł 6 Konstytucji RP wprowadza obowiązek dotyczący udzielania pomocy Polakom przebywającym za granicą utrzymywania ich więzów z ojczyzną. W tym wypadku doktryna jest zgodna, że nie chodzi tutaj o Polaków jako tylko i wyłącznie obywateli polskich. Należy bowiem otoczyć opieką również osoby, które deklarują przynależność do narodu polskiego.²² Teoretycznie, obowiązki wobec Polaków znajdujących się poza ojczyzną spoczywają na wielu jednostkach. Raport o sytuacji Polonii i Polaków za granicą wymienia takie organy i instytucje jak Kancelaria Senatu, Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, Ministerstwo Edukacji Narodowej, Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, Ministerstwo Gospodarki, Ministerstwo Sportu i Turystyki, Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, Urząd do Spraw Kombatantów i Osób Represjonowanych, Rada Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, Ministerstwo Spraw Zagranicznych.²³ Formalnym narzędziem do zabezpieczenia interesów Polaków stanowią dwie umowy bilateralne pomiędzy Rzeczypospolitą a Czechami. W układzie pomiędzy Rzeczypospolitą Polską a Czeską i Słowacką Republiką Federacyjną o dobrym sąsiedztwie, solidarności i przyjacielskiej współpracy można

22 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009 s. 56. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009 s. 16.

23 Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Krzysztof Sawicki (red.), *Raport o sytuacji Polonii i Polaków za granicą*, Warszawa 2009, s. 5.

znaleźć zobowiązanie stron do stworzenia przestrzeni, w której członkowie mniejszości będą mogli się rozwijać poprzez kultywowanie tradycji, religii, języka, czy też skupianie się w organizacjach.²⁴ Ma się to odbywać bez jakiegokolwiek próby asymilacji. W kolejnej umowie znajduje się zapis stanowiący, że strony zapewnią mniejszościom na terytorium swojego państwa (odpowiednio mniejszości czeskiej i polskiej) „warunki sprzyjające zachowaniu, rozwojowi i wyrażaniu ich tożsamości narodowej, religijnej, kulturowej i językowej w ramach przepisów obowiązujących (...)”.²⁵ Zważywszy na brzmienie artykułu 6 Konstytucji RP oraz postanowień umów międzyrządowych, łatwo zauważyć, że zakres ochrony zapewniany mniejszościom różni się od tego zapewnianego obywatelom przebywającym za granicą. Nie jest to bowiem typowa ochrona konsularno-dyplomatyczna. Uzasadnione to jest dwoma przesłankami. Po pierwsze formalnie rzecz ujmując osoby przynależne do mniejszości polskiej, a posiadające obywatelstwo obcego państwa (również podwójne obywatelstwo) podlegają jurysdykcji państwa, którego są obywatelami i to państwo ma im zapewnić opiekę dyplomatyczną. Dodatkowo, w przypadku osób przebywających na stałe poza granicami Polski zachowanie więzi z ojczyzną jest kwestią kluczową, najlepiej osiąganą właśnie poprzez rozwój szeroko pojętej kultury, która pozwala na ocalenie tożsamości.

Niezależnie od tego o jakiego rodzaju opiece nad Polakami czy Polonią rozmawiamy niewątpliwym pozostaje fakt, że do najważniejszych jednostek, na których spoczywają te kwestie można zaliczyć Rząd, Prezydenta RP, przy pomocy swojej kancelarii i Senat RP przy pomocy swojej kancelarii.²⁶ Kwestią newralgiczną a zarazem najważniejszą dla uprawiania skutecznej polityki propolskiej za granicą jest koordynacja stron zaangażowanych.

W przypadku strony rządowej pierwszoplanowa rola należy do Kancelarii Prezesa Rady Ministrów oraz Ministerstwa Spraw Zagranicznych. Kancelaria zajmuje się koordynacją prac mających na celu realizację rządowego programu współpracy z Polakami za granicą oraz odpowiada za kontakty z instytucjami spoza sfery rządowej²⁷. MSZ z kolei odpowiada

24 Dz.U. z dnia 10 sierpnia 1992 r., nr 59, poz. 296, art. 8.

25 Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Czeskiej o współpracy w dziedzinie kultury, szkolnictwa i nauki podpisana w Pradze dnia 30 września 2003 r. (Dz.U. z dnia 16 listopada 2004 r.), Art. 11.

26 Ministerstwo Spraw Zagranicznych, *Rządowy Program Współpracy z Polonią i Polakami Za Granicą*, Warszawa 2007, s. 10.

27 *Ibidem*, s. 11.

za „projektowanie założeń polityki rządu RP wobec Polonii i Polaków za granicą, bieżące korygowanie jej kierunków i priorytetów, przedstawianie propozycji rozwiązań w sytuacjach problemowych.”²⁸ Koordynacja działań rządowych jest realizowana głównie za pomocą Międzyresortowego Zespołu do Spraw Polonii i Polaków za Granicą utworzonego zarządzeniem Prezesa Rady Ministrów.²⁹ Jest to organ pomocniczy Prezesa Rady Ministrów, do którego zadań należy w szczególności opracowywanie projektów działań i programu Rządu, koordynacja działań organów administracji rządowej realizującej zadania w zakresie współpracy z Polonią i Polakami żyjącymi za granicą; ocena i wyciąganie wniosków co do realizacji działań podejmowanych przez administrację rządową; dokonywanie ocen stanu realizacji spraw przedstawionych administracji rządowej przez środowiska polonijne w świecie; inicjowanie badań o sytuacji mniejszości polskiej w świecie; zapewnienie wymiany informacji w tym zakresie czy też promocja Polski za granicą. Dla zapewnienia spójności działań w skład zespołu wchodzi przedstawiciele poszczególnych jednostek rządowych zobowiązanych do pomocy Polakom za granicą w ramach swoich kompetencji.³⁰

Ministerstwo Spraw Zagranicznych, jako najbardziej kompetentne i uprzywilejowane względem innych resortów jeśli chodzi o kontakty zagraniczne ma obowiązek koordynować działania pozostałych komórek rządowych w zakresie realizacji swoich celów wykraczających poza granice państwa polskiego. Poza tym istotny punkt dotyczący mniejszości należy czuwanie nad ochroną ich praw, w szczególności podejmowania interwencji w przypadku naruszenia regulacji międzynarodowych, które dotyczą ją mniejszość polską, stwarzanie odpowiednich warunków dla nauczania

28 *Ibidem*, s. 15.

29 Zarządzenie Nr 12 Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 lutego 2006 r. w sprawie Międzyresortowego Zespołu do Spraw Polonii i Polaków za Granicą (M.P. z dnia 10 lutego 2006 r.).

30 Przewodniczącym Zespołu jest Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów; wiceprzewodniczącym jest sekretarz lub podsekretarz stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych; członkami Zespołu są podsekretarz stanu w Ministerstwie Edukacji i Nauki; podsekretarz stanu w Ministerstwie Kultury i Dziedzictwa Narodowego; podsekretarz stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji; podsekretarz stanu w Ministerstwie Finansów; podsekretarz stanu w Ministerstwie Gospodarki; podsekretarz stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej; podsekretarz stanu w Ministerstwie Sportu; doradca Prezesa Rady Ministrów ds. Polonii oraz Polaków za Granicą; dyrektor Departamentu Konsularnego i Polonii w Ministerstwie Spraw Zagranicznych.

języka polskiego i w języku polskim.³¹ Szczególną rolę w tym przypadku odgrywają konsulaty. Obowiązki konsula odnośnie Polaków za granicą i Polonii zostały ogólnie ustalone w ustawie z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsułów.³² Artykuł 10 pkt. 4 stanowi, że konsul ma obowiązek umacniania więzi między Polonią Zagraniczną a Polską. Na terenie Republiki Czeskiej obowiązki te spoczywają na ramionach konsula z siedzibą w Ostrawie. Jest to najbliższe tamtejszej społeczności Polaków ogniwo rządowe bezpośrednio spajające je z ojczyzną. Niestety niektóre poczynania władz centralnych nie sprzyjają rozwojowi tamtejszej społeczności, czego przykładem może być likwidacja w 2010 r. stanowiska Konsula ds. Polonii i Kultury i Opieki Konsularnej. Szczególnie bolesne jest to w sytuacji, gdy polska mniejszość dramatycznie się kurczy, a jak wiadomo im mniejsza społeczność, tym trudniej jest się bronić samodzielnie, bez zewnętrznego wsparcia.

Z ramienia władzy ustawodawczej opieką nad Polonią i Polakami za granicą tradycyjnie zajmuje się Senat RP. Z jego ramienia Sekretariat Senatu RP zajmuje się głównie finansowaniem działalności organizacji polonijnych za granicą. Odbywa się to za pośrednictwem krajowych organizacji pozarządowych, których celem statutowym jest bezpośrednia współpraca z Polakami za granicą.³³ Główne kierunki finansowania to wspieranie organizacji i środowisk polonijnych, oświaty, promowanie kultury polskiej i ochrona polskiego dziedzictwa narodowego, wspieranie kształtowania postaw obywatelskich w środowiskach polonijnych i polskich, upowszechnianie wiedzy o Polsce, języku i kulturze oraz kształtowanie pozytywnego wizerunku Polski i Polaków, pomoc socjalna i charytatywna.³⁴ Organizacje polonijne w Czechach otrzymują szóstą co do wielkości dotację na wydatki inwestycyjne, co stanowi 3,59% wszystkich przyznanych środków na inwestycje. Jednocześnie W trakcie VII kadencji najliczniejszą grupę zadań, dotyczących remontów domów polskich realizowano właśnie w Czechach (głównie Polskiego Związku Kulturalno-Oświatowego).³⁵ Świadczy to o aktywności miejscowej Polonii, której bez pozyskiwanych zewnętrznie środków finansowych byłoby ciężko utrzymywać obiekty służące dla ich celów.

31 Ministerstwo Spraw Zagranicznych, *Rządowy Program Współpracy...*, s. 16.

32 Tekst jednolity Dz.U. z 2002 nr 215, poz. 1823.

33 Kancelaria Senatu – Biuro Polonijne, *Senat VII kadencji na rzecz Polonii i Polaków za granicą*, Warszawa 2011, s. 5.

34 *Ibidem*, s. 25.

35 *Ibidem*, s. 64.

5. Pozycja prawna i faktyczna mniejszości polskiej w Republice Czeskiej w kontekście poszczególnych praw.

Aby zilustrować sytuację mniejszości polskiej w czeskiej republice należałoby odnieść się do konkretnych praw im przyznanych. Jednakże dla zachowania rozsądnych proporcji przedstawione zostanie prawo oparte na ogólnych zasadach państwa prawnego oraz prawo zorientowane typowo na mniejszości.

Zasada niedyskryminacji w odniesieniu do mniejszości narodowych może być rozpatrywana w dwóch aspektach. Pierwszy aspekt odnosi się do ogólnej zasady niedyskryminacji połączonej z prawami człowieka odnoszącymi się bezpośrednio do mniejszości narodowych. Drugi aspekt opiera się na standardach mających na celu ochronę i promocję prawa mniejszości narodowej do zachowania swojej tożsamości.³⁶ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej określa w art. 21 wprost, że dyskryminacja ze względu na przynależność narodową jest zakazana.³⁷ Jako, że Karta jest integralną częścią pierwotnego prawa Unii Europejskiej wiążącą państwa członkowskie, daje to możliwość powoływania się na Kartę.

Mniejszość polska w Czechach jest jednak chroniona również na poziomie zapisów konstytucji i ustaw. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 24 Karty Praw i Wolności przynależność do jakiegokolwiek mniejszości narodowej lub etnicznej nie może za sobą pociągać negatywnych skutków prawnych, co równa się zakazowi dyskryminacji na poziomie prawa krajowego. Norma wynikająca z tego artykułu jest normą pozytywną. Nie zakłada ona bowiem tylko zakazu dyskryminacji, ale również obowiązek zapewnienia równych warunków w stosunku do reszty społeczeństwa. Kolejny artykuł zaś jest odzwierciedleniem zasady tzw. pozytywnej dyskryminacji. Znajduje to swój wyraz w normach prawnych preferencyjnych w stosunku do innych grup społecznych. Jest to uzasadnione gorszą pozycją faktyczną danej grupy. Innymi słowy niemożność ochrony własnych praw przez daną mniejszość jest wzmocniona przepisami prawa nakładającymi obowiązki pomocy mniejszościom w utrzymaniu swojej tożsamości. W ostatnich latach Republika Czeska poczyniła znaczne postępy w celu zapewnienia

³⁶ K. Henrard, *Non-discrimination and Full and Effective Equality*, [w:] Weller M. (red.), *Universal Minority Rights*, Oxford University Press 2007, s. 75.

³⁷ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (2010/C 83/02).

równości w traktowaniu mniejszości, poprzez ustanowienie nowych przepisów oraz instytucji prawnych. Należy w szczególności wspomnieć o ustawie antydyskryminacyjnej z 2008 r.³⁸ Zgodnie z raportem Rady Europy odnośnie sytuacji mniejszości w Czeskiej Republice ustawa ta jest podstawą prawną dla zasady równości na tle etnicznym, rasowym, narodowościowym czy religijnym.³⁹ Ustala również ochronę sądową. Zgodnie z ustawą ciężar dowodowy odnośnie dyskryminacji pośredniej spoczywa na osobie, instytucji oskarżonej o tego typu dyskryminację, co przyczynia się do rzeczywistego wzmocnienia pozycji prawnej mniejszości. Co istotne, wprowadza się możliwość stosowania prawa antydyskryminacyjnego w stosunkach horyzontalnych, pomiędzy osobami prywatnymi. Instytucją upoważnioną do pomagania ofiarom dyskryminacji jest czeski odpowiednik Ombudsmana.⁴⁰ Kolejnym elementem mającym pozytywny wpływ na kształtowanie przestrzeni publicznej bez dyskryminacji jest stanowisko rządowego komisarza praw człowieka upoważnionego do oceny sytuacji i ustalania standardów dotyczących ochrony praw człowieka, monitorowania ustawodawstwa oraz proponowania nowych rozwiązań dla rozwoju systemu praw człowieka w Czechach.⁴¹ Dyskryminacja w republice Czeskiej dotyczy w szczególności mniejszości Romskiej. Biorąc pod uwagę praktyczny brak skarg do ombudsmana w tym zakresie ze strony mniejszości polskiej można stwierdzić, że jest to problem mniej zauważalny, niemniej jednak pewne incydenty występują, chociażby w dziedzinie edukacji.

Bardzo ważnym prawem przyznanym mniejszościom, z punktu widzenia omawianego przypadku, jest kwestia zachowania tożsamości poprzez edukację i dostęp do rodzimego języka. W związku z podobieństwem językowym dwóch omawianych narodów przyspieszonym procesem asymilacji ludności polskiej oraz niekorzystną sytuacją demograficzną, język polski zaczął zanikać na Zaolziu.⁴² Prawa związane z tożsamością językową moż-

38 Zákon ze dne 23. dubna 2008 o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon), Sbírka zákonů České Republiky nr 198/2009.

39 Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, *Third Opinion on the Czech Republic, adopted on 1 July 2011* (ACFC/OP/III(2011)008), s. 10.

40 (cz.) *Veřejný ochránce práv*.

41 Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, *Third...*, s. 10.

42 Zob. dane statystyczne w T. Zahradnik, *Struktura narodowościowa...*

na zakwalifikować do już pokrótce omówionego pojęcia niedyskryminacji. Można je podzielić ze względu na przestrzeń, w której jest on używany. W inny sposób bowiem podchodzi się do wyboru języka używanego w życiu prywatnym, a inaczej traktuje się kwestie uznawania danych języków w sferze publicznej.⁴³ Kwestie związane z językiem, ze względu na swoją uniwersalność dotyczą więc praktycznie każdej sfery życia i niemożliwością jest traktowanie tej kwestii oddzielnie. Zazębia się tutaj zbyt wiele elementów. Ma to również swoje odzwierciedlenie w prawie międzynarodowym. Najbardziej jaskrawym przykładem uregulowania tych kwestii na poziomie traktatu jest obowiązująca w Republice Czeskiej Europejska karta języków regionalnych i mniejszościowych z 1996 r.⁴⁴ Co istotne, rząd Republiki Czeskiej złożył oficjalną deklarację, uznając język polski językiem mniejszości chronionym na podstawie niniejszej karty, w szczególności jeśli chodzi o zobowiązania wynikające z art 8–14 karty t.j. W sferze edukacji, sądownictwa, administracji publicznej, mediów, kultury, życia ekonomicznego i społecznego.⁴⁵ Wszystkie przywileje związane z używaniem języka polskiego są umiejscowione na terenie regionu Śląsko – Morawskiego. Prawa z tym związane są realizowane przy pomocy prawa krajowego na poziomie ustawy.⁴⁶ Jest to klasyczna metoda realizacji postanowień konwencji międzynarodowych. W zależności od sfery stosunków społecznych, przyznane są różne uprawnienia, takie jak możliwość kształcenia w języku mniejszości, uznawania dokumentów w języku mniejszości przed organami administracji publicznej, czy zapewnienia tłumacza podczas procesu karnego, bez ponoszenia dodatkowych kosztów. Podobnie jak w przypadku Konwencji Ramowej o ochronie mniejszości narodowych Rada Europy zajmuje się monitorowaniem realizacji praw w niej zawartych. Co do zasady uprawnienia wynikające z Karty a realizowane przez

43 De Varennes F., *Linguistic Identity and Language Rights*, [w:] Weller M. (red.), *Universal Minority Rights*, Oxford University Press 2007, s. 258.

44 Ratyfikowana w Czechach 15/11/2006 weszła w życie 1/3/2007.

45 Deklaracja Rządu Republiki Czeskiej złożona 15 października 2006 r., <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=148&CM=1&D-F=&CL=ENG&VL=1> [dostęp 12.08.2014].

46 Zob. m.in. Ustawa o edukacji przedszkolnej, podstawowej, średniej, wyższej oraz innych formach edukacji nr 561/2004, Ustawa – postępowanie karne (141/1961 z późn. zm.), Kodeks postępowania cywilnego (99/1963 z późn. zm.), Kodeks postępowania przed sądami administracyjnymi (150/2002), Kodeks postępowania administracyjnego (500/2004).

przepisy prawa krajowego są przestrzegane. Niechlubnym wyjątkiem stał się przypadek polskiej szkoły w Trzyńcu-Łyżbicach, która z bliżej nieuzasadnionych względów miała zostać zamknięta decyzją lokalnych władz. W drodze postępowania przed sądem administracyjnym stwierdzono wiele uchybień proceduralnych i do zamknięcia szkoły nie doszło.⁴⁷ Tego typu przypadki zdarzają się z kilku powodów. Na pewno jednym z nich mogą być pewne zakorzenione historycznie uprzedzenia, nacjonalizmy które występują w regionie. Niemniej jednak nieświadomość władz lokalnych, czasem również regionalnych w zakresie praw przyznanym mniejszościom oraz obowiązywaniu traktatów międzynarodowych, których Republika Czeska jest stroną ma na to największy wpływ. Zwiększanie świadomości prawnej pośród społeczności lokalnych jest na to skuteczną receptą, która przynosi długoterminowe efekty. Nie można bowiem mówić o skutecznej ochronie prawnej biorąc pod uwagę ustalenia władz centralnych, nie monitorując przy tym i nie stymulując sytuacji faktycznej.

Instytucją czuwającą nad przestrzeganiem praw mniejszości, jest powołana na podstawie ustawy z dnia 10 lipca 2001 r. o prawach członków mniejszości narodowych i o zmianie niektórych ustaw Rada Rządu ds. Mniejszości Narodowych. Jest to organ opiniodawczy – doradczy, na czele którego zasiada członek rządu, ale zgodnie z ustawą przynajmniej połowa składu osobowego to przedstawiciele mniejszości narodowych. Rada zajmuje się opiniowaniem projektów aktów prawnych, sporządzaniem raportów dotyczących sytuacji mniejszości, zaleceń dla ministerstw i urzędów mających na celu zaspokojenie potrzeb członków mniejszości narodowych. Na szczeblu gminnym, gdzie według ostatniego spisu ludności członkowie mniejszości stanowią co najmniej 10% ludności powołuje się komisje do spraw mniejszości działające na analogicznej zasadzie co Rada.⁴⁸ Można stwierdzić, że jest to dobry system reprezentacji mniejszości. Niemniej jednak dysproporcje w składach komisji mogą powodować pewne nieprzyjemne sytuacje. Za przykład może posłużyć miasto Trzyniec. Komisja ds. mniejszości składa się z 4 Polaków (reprezentują 6911 mieszkańców, tj. 17,7% populacji miasta), 2 Słowaków (1468 mieszkańców, 3,8% populacji), 2 Gre-

47 Office of the Government of the Czech Republic Secretariat of the Government Council for National Minorities: *Report on the Situation of National Minorities in the Czech Republic in 2007*, Prague 2008, s. 108.

48 Ustawa o gminach z dnia 12 kwietnia 2000 r. „Sbirka zákonů České Republiky” 2000, nr 128, par. 117.

ków (0,7%), 1 Wietnamczyk (0,06%), 1 Rom (0,05%). Poprzez kompozycję Komisji nie było możliwe wprowadzenie dwujęzycznych (polsko-czeskich) oznaczeń nazw ulic w mieście. Przedstawiciele Słowaków, Greków, i Romów byli przeciwni takiemu stanowi rzeczy.⁴⁹ Można zatem powiedzieć, że bez mniejszości polskiej, w ogóle nie można by utworzyć Komisji (przesłanka progu 10%), a jednak odbija się to czkawką najbardziej na Polakach. Można by temu w jakiś sposób zaradzić poprzez bardziej proporcjonalny rozkład głosów, co jednak nie jest przewidywane w najbliższej przyszłości.

6. Podsumowanie

Republika Czeska jako demokratyczne państwo prawa, członek Unii Europejskiej oraz strona wielu międzynarodowych konwencji może uchodzić za państwo przestrzegające postanowień związanych z mniejszościami narodowymi i etnicznymi. Z tego również względu monitorowanie sytuacji polskiej mniejszości, zarówno przez państwo polskie za pośrednictwem placówek konsularnych, bądź też przez same organizacje międzynarodowe nie nastrocza żadnych problemów. Mimo tego zdarzają się potknięcia, szczególnie jak wskazują wszystkie dokumenty opisujące sytuację tej mniejszości, dotyczy to polskiej oświaty. Problemy pojawiają się również w kwestii używania języka polskiego, czy polityki historycznej. Bierze się to jednak nie tyle z wadliwych regulacji prawnych co bardziej niedoinformowani bądź też stereotypowego podejścia do tych kwestii na poziomie lokalnym i regionalnym. Są to jednak kwestie jak bardziej do naprawienia.

Bibliografia

Literatura

Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009.

⁴⁹ Office of the Government of the Czech Republic Secretariat of the Government Council for National Minorities, *Report on the Situation...*, s. 107.

- Kukuryk P., *Europejski model ochrony praw mniejszości*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2003, nr 2(13), s. 43–64.
- Mik C., *Ochrona mniejszości narodowych w prawie europejskim*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 3, s. 19–33.
- Nowak K., *Mniejszość polska w Czechosłowacji 1945–1989: między nacjonalizmem a ideą internacjonalizmu*, Akant, Cieszyn 2012.
- Senft S., Trzcielińska-Polus A. (red.), *Mniejszości narodowe i etniczne w Polsce, Niemczech i Republice Czeskiej – tożsamość i perspektywy w jednoczącej się Europie*, Colloquium, Opole 2007.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Volume VII*, Oxford University Press 2012.
- Weller M. (red.), *Universal Minority Rights*, Oxford University Press 2007.
- Zahradnik T., *Struktura narodowościowa Zaolzia na podstawie spisów ludności 1880–1991*, Trzyniec 1991.

Dokumenty

- Report on the Situation of National Minorities in the Czech Republic in... / Office of the Government of the Czech Republic, Secretariat of the Government Council for National Minorities.*
- Raport o sytuacji Polonii i Polaków za granicą*, Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Warszawa 2009.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, NR 78 poz. 483).
- Ustawa z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. z 2002 nr 215 poz. 1823 z późn. zm.).
- Rządowy Program Współpracy z Polonią i Polakami Za Granicą*, MSZ, Warszawa 2007.
- Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities. Third Opinion on the Czech Republic, adopted on 1 July 2011 (ACFC/OP/III(2011)008).
- Meijknecht A., *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford 2001.
- Zarządzenie Nr 12 Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 lutego 2006 r. w sprawie Międzyresortowego Zespołu do Spraw Polonii i Polaków za Granicą (M.P. z dnia 10 lutego 2006 r.).

ABSTRAKT

MICHAŁ MOŹDZIARA

Legal situation of the Polish national minority in Czech Republic

The content of this article is the analysis of the legal situation of the Polish national minority in Czech Republic. Author underlines quite high percent of polish minority living in the Czech Republic and point out comprehensive dimension of this aspect. For better presentation of the issue author shows the evolution of the notion 'national minority' in the international legal system. Further author presents legal position of polish minority in Chech Republic, the responsibility of Polish government relative to its and, at the end, regards legal and factual position of polish minority to concrete rights.

Karta Polaka jako instrument pomocy Polonii w Europie Wschodniej

Słowa kluczowe: Karta Polaka, Polonia, Europa Wschodnia, Wschód, pomoc wschodnia, polska pomoc

Zapotrzebowanie na dokument prawny potwierdzający przynależność do narodu polskiego było widoczne od dawna. Jednak po akcesji Rzeczypospolitej do Unii Europejskiej, dodatkowo się ono zwiększyło. Miało to swoją przyczynę w otwarciu zachodnich, rozwiniętych rynków pracy na pracowników z tzw. nowej Unii, a także w restrykcyjnej polityce migracyjnej wobec państw wschodniej Europy. Ułatwienia wizowe były szczególnie oczekiwane przez osoby ze wschodniej Europy, mające *de facto* zapełnić lukę na rynku pracy powstałą po emigracją zarobkową Polaków. Mimo to przesłanki, na których skupia się racjonalny ustawodawca aktu z dnia 7 września 2007 r., posiadają także pozaekonomiczny charakter. I tak Karta Polaka ma w swym celu realizację konstytucyjnej zasady zachowania związku z narodowym dziedzictwem kulturalnym, a zatem obowiązkiem objęcia opieką dyplomatyczno-konsularnej osób pochodzenia lub narodowości polskiej. Co ważne, zakres podmiotowy dokumentu został zawężony do Polaków na Wschodzie. Zgodnie bowiem z art. 2, ust. 2, obywatele 15 państw lub też posiadający w nich status bezpaństwowca są władni ubiegać się o przyznanie im Karty Polaka. Są to były republiki radzieckie, gdyż to

na ich terytorium mieszka najwięcej osób deklarujących przynależność do narodu polskiego: Armenia, Azerbejdżan, Białoruś, Estonia, Gruzja, Kazachstan, Kirgistan, Litwa, Łotwa, Mołdawia, Tadżykistan, Turkmenistan, Ukraina, Uzbekistan oraz Federacja Rosyjska¹.

Co istotne, posiadacz Karty nie nabywa tym samym obywatelstwa polskiego ani prawa do osiedlenia się na terytorium RP, wbrew powszechnej panującej opinii. Jak podaje ustawa, skutkiem prawnym omawianego dokumentu jest potwierdzenie przynależności do Narodu Polskiego wraz z wynikającymi przywilejami, wymienionymi enumeratywnie w akcie². Jak stwierdził ówczesny premier, Jarosław Kaczyński, ustawa ta kierowana jest do Polaków na Wschodzie, gdyż właśnie tam nie jest uznawane ich podwójna przynależność państwową³. „Na jakiej podstawie nas podzielono, dlaczego Polska stosuje różne standardy w traktowaniu Polaków w świecie?” pytał z kolei Władysław Lizoń prezes Kongresu Polonii Kanadyjskiej podczas III Zjazdu Polonii i Polaków z Zagranicy w dniach 22–26 września 2007 r. Jednak jak stwierdzono podczas zjazdu Polonusów, nawet z Kartą Polaka rodak z Ukrainy lub Kazachstanu zostaje w warunkach o wiele gorszych niż Polak z Kanady. Posiada on wszak prawo do podwójnego obywatelstwa, a zatem wszelkie przywileje wynikające z tego faktu⁴.

Jest to zatem ogromna szansa dla Polonii na wschodzie, przede wszystkim na ułatwienia wizowe, ale również szereg innych uprawnień. Należy jednak zaznaczyć, iż zgodnie ze wspólną polityką wizową Unii Europejskiej, państwo członkowskie, którego terytorium stanowi jedyne miejsce docelowe wizyty, jest władne rozpatrzyć wnioski⁵. Mówi o tym Kodeks Wizowy ustanowiony rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady UE 9 z 13 lipca 2009 r.⁶ Ze strony polskiej, na mocy ustawy o Karcie

1 Ustawa o Karcie Polaka z dnia 7 września 2007 r. (Dz.U. z 2007 nr 180, poz. 1280, ze zm.).

2 *Ibidem*, art. 3 i 7.

3 Z. Sablewski, Rząd przyjął projekt Karty Polaka, *Głos z nad Niemna na uchodźctwie*, czerwiec 2007.

4 Sprawozdanie z III Zjazdu Polonii i Polaków z zagranicy w Warszawie, w dniach 22–26 września 2007.

5 R. Kownacki, Nowy kodeks wizowy Unii Europejskiej, *Biuletyn PISM*, nr 59 (667), 19 kwietnia 2010.

6 Stanowi o tym art. 5 rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 810/2009, które weszło w życie 5 kwietnia 2010 r.

Polaka, powołany został także specjalny organ administracji publicznej, zwany Radą do Spraw Polaków na Wchodzie. Zajmuje się on prowadzeniem postępowań odwoławczych od decyzji wydania Karty Polaka.

Zgodnie z ustawą, to w konsulacie RP składa się wnioszek o przyznanie dokumentu⁷. Należy podkreślić, iż w świetle prawa międzynarodowego wyróżnia się dwie kategorie urzędników konsularnych, powołanych celem realizacji funkcji konsularnych. Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych⁸ wymienia konsuli zawodowych oraz honorowych⁹. Przy czym, stwierdza się fakultatywność instytucji urzędników honorowych¹⁰. Decyzję administracyjną, jaką jest przyznanie Karty Polaka, wydaje konsul zawodowy, właściwy ze względu na miejsce zamieszkania wnioskodawcy¹¹. Jednym z warunków otrzymania dokumentu, jest bowiem pisemna deklaracja przynależności do narodu polskiego, złożona wiążąco w obecności konsula¹².

Wracając jednak do konkretnych przykładów uprawnień, jakie niesie ze sobą posiadanie omawianego dokumentu, należy przywołać art. 5 i 6 ustawy. Najistotniejszym przywilejem jest refundacja opłaty za przyjęcie i rozpatrzenie wniosku o wydanie wizy. Kolejne grupy praw można skategoryzować jako uprawnienia zawodowe, edukacyjne, społeczne (opieka zdrowotna, transport) oraz kulturalne. Posiadacz Karty zwolniony jest z obowiązku ubiegania się o zezwolenia na pracę, ma natomiast prawo do wykonywania działalności gospodarczej na tych samych warunkach co Polacy. Osoba legitymując się rzeczonym dokumentem może obywać studiach na trzech stopniach wraz z innymi formami kształcenia, korzystać ze świadczeń medycznych oraz ulgowo z przejazdów środkami transportu zbiorowego, a także bezpłatnie zwiedzać muzea narodowe.

Należy jednak stwierdzić, iż wbrew intencjom pomysłodawców Karty Polaka nie stanowi wystarczającego świadectwa polskiego pochodzenie dla wielu instytucji w Polsce. Pomimo posiadania Karty, osoby zmuszane są bowiem o ubieganie się o specjalne zaświadczenie z konsulatu. To Studencka Międzyuczelniana Organizacja Kresowiaków (SMOK) pierwsza

7 Ustawa o Karcie Polaka, art. 19, ust. 1.

8 Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych z dnia 24 kwietnia 1963 r. (Dz.U. 1982 nr 13, poz. 98).

9 *Ibidem*, art. 1, ust. 2.

10 *Ibidem*, art. 68.

11 Ustawa o Karcie Polaka, art. 12.

12 *Ibidem*, art. 2, ust. 1, pkt. 2.

zasygnalizowała rzeczony stan faktyczny. To właśnie sytuacja studentów zza wschodniej granicy Polski jest utrudniona poprzez brak jednolitości w działaniu zarówno instytucji państwowych, jak i przez sprzeczne zapisy aktów prawnych. Dostatecznym wyjściem z tej nielogicznej sytuacji prawnej byłoby dopisanie Karty Polaka do enumeratywnie wymienionych dokumentów w ustawie o repatriacji¹³. Dzięki takiemu zabiegowi legislacyjnemu, zrównano by status Karty ze stwierdzeniem polskiego pochodzenia. Także projekt kolejnej ustawy dotyczącej szkolnictwa wyższego, wspierany przez Związek Repatriantów Rzeczypospolitej Polskiej, proponuje dalsze rozwiązania. Poprzez wyrównanie statusu uchodźców z posiadaczami Karty, studenci mieliby możliwość zyskania lepszego startu finansowego na terytorium RP¹⁴.

Dla pokolenia powojennego posiadanie Karty ma wymiar czysto symboliczny. Jednakże wyjazd do ojczyzny jest często niemożliwy przez wzgląd na problemy zdrowotne czy brak środków na podróż. Na dotarcie do konsulatu, w przypadku państw azjatyckich, potrzeba kilku dni, co dotykowo utrudnia lub nawet zniechęca potencjalnych wnioskodawców. Konsulat we Lwowie natomiast, wysyła swoich pracowników na spotkania z miejscową Polonią. Niestety, co jest charakterystyczną cechą zbiorowisk Polaków na Wschodzie, ok. 90% z nich nie rozmawia w języku polskim. Urzędnicy konsularni podczas wyjazdów rozwożą podręczniki do nauczania języka ojczystego, historii i kultury polskiej oraz informatory dotyczące Karty Polaka¹⁵. O tragicznej sytuacji Polaków w Estonii mówi także przewodnicząca Związku Polaków, Halina Kisłacz.

W naszej organizacji Polskość zamiera. Nie mamy żadnych funduszy na prowadzenie działalności, nawet na zapłatę, tak ważnych dla naszych dzieci, lekcji języka polskiego. Smutne jest to, że one nawet w domu nie mówią po polsku. A nowi członkowie przychodzą do Związku bez znajomości tradycji i kultury! Zależy im tylko na oświadczeniu o przynależności, by móc następnie aplikować o KP [Kartę Polaka – J. S.]. Polskość na Wschodzie wygasa. Powoli, ale skutecznie¹⁶.

¹³ Ustawa o repatriacji z dnia 9 listopada 2000 r. (Dz.U. 2000 nr 106 poz. 1118).

¹⁴ Bardziej szczegółowo na temat propozycji Związku Repatriantów, zob.: J. Dytkowski, *Karta Polaka „mało ważna”*, „Nasz Dziennik” 2012, 6 lipca.

¹⁵ J. Matkowski, *Blaski i cienie Karty Polaka*, „Niezależna Gazeta Polska” 2009, nr 38.

¹⁶ Wywiad autorki z Haliną Kisłacz, przewodniczącą Związku Polaków w Estonii, Tallin 10.11.2011.

Znajomość języka polskiego, choćby w stopniu podstawowym, jest warunkiem *sine qua non* uzyskania Karty Polaka. Przesłanka ta ma także wymiar czysto pragmatyczny. Celem korzystania z ustawowo nadanych praw, konieczne jest wszak opanowanie języka ojczystego. Praca, studia, korzystanie z opieki zdrowotnej czy ruch wizowy są bowiem niemożliwe bez spełnienia tego warunku. Kolejną przesłanką jest znajomość, a także kultywowanie tradycji oraz zwyczajów narodowych, co jest niejako trudne do udowodnienia. Nie należy tutaj stawiać jednakowych wymagań dla Polaków. Zamieszkują oni bowiem różne tereny, na których w niejednolitym stopniu prześladowano ich przodków, co uniemożliwiało kultywowanie polskich tradycji. Ostatnim, niezwykle istotnym kryterium przyznania Karty osobie deklarującej przynależność do Narodu Polskiego, jest, zgodnie z przekazem art. 2 pkt.1 ust. 3, wykazanie narodowości polskiej, posiadanie w przeszłości obywatelstwa polskiego lub przynależność do organizacji polskiej lub polonijnej. Odstępstwo od wyżej wymienionej przesłanki następuje po udokumentowaniu, iż co najmniej jedno z rodziców lub dziadków albo dwoje pradziadków posiadało obywatelstwo polskie bądź było narodowości polskiej.

Jak stwierdza były kierownik wydziału konsularnego w Kijowie, Edward Dobrowolski, osoby wnioskujące o przyznanie im Karty Polaka używają zaświadczeń NKWD¹⁷. Dokumenty te potwierdzają, że dziadek lub ojciec byli represjonowani jako Polacy w latach 30. Zdarza się, iż dana rodzina nie ma innych dokumentów, co jest częstym zjawiskiem z uwagi na niszczenie wszelkich dowodów przynależności do Polski w obawie przed represjami¹⁸. W takim przypadku, paradoksalnie pismo osoby deklarującej, że jej ojciec został rozstrzelany za polskość stanowi spełnienie ustawowej przesłanki.

Najwięcej kontrowersji wokół Karty Polaka narosło w Republice Białorusi. Skandal dyplomatyczny mogło wywołać orzeczenie tamtejszego Sądu Najwyższego, w którym czytamy, że dokument ten jest niezgodny z prawem międzynarodowym. Deklaracje polityków oraz urzędników białoruskiego ministerstwa spraw zagranicznych budziły dodatkowe negatywne emocje. „To wrogie działanie Polski wobec Białorusi”, jak skomentował szef komisji ds. bezpieczeństwa Mikołaj Czarginiec¹⁹. Kolejnymi kontrargumentami Mińska był zarzut nielegalnego pobierania informacji przez stronę Polską

17 Ludowy Komisariat Spraw Wewnętrznych ZSRR (ros. Народный комиссариат внутренних дел, NKWD).

18 J. Matkowski, *op. cit.*

19 A. Poczobut, *Białoruś walczy z Kartą Polaka*, „Gazeta Wyborcza” 2008, 09.02.

od samych wnioskujących przy aplikowaniu o Kartę, a więc poszlaka szpiegostwa. Należy mieć jednak świadomość braku skutków prawnych wyroku sądu, jak i opinii samych białoruskich polityków. Nie mogą i nie wpłyną one na prawo wewnętrzne Polski, jakim jest ustawa o Karcie Polaka. Ponadto, konsekwencje posiadania dokumentu wypełniają się jedynie na terytorium RP²⁰. Argumentem występującym często w prasie litewskiej oraz białoruskiej była rzekoma próba aneksji terenów wschodnich przez Polskę. Gazeta „Sowietskaja Bieloruszija” pisała, iż omawiany dokument nie ma w swym celu ułatwienia życia Polakom mieszkającym w krajach byłego ZSRR, ale jest to wstęp do opowania części terytorium²¹.

Karta Polaka miała być w swym zamyśle instrumentem polskiej polityki zagranicznej wobec Polonii mieszkającej na Wschodzie. Jednak przyznawanie tego dokumentu ma charakter uznaniowy, co może tworzyć pole do korupcji i nadużyć. Jak było to opisane wyżej, dzięki przynależności do Związku Polaków w Estonii, osoby niekoniecznie deklarujące przynależność do Narodu Polskiego, acz spełniające ustawowe kryteria, mogą uzyskać Kartę Polaka. Na Ukrainie, w rejonach przygranicznych, osoby nie mówiące wcale po polsku, dzięki posiadanej Karcie mogą kilka razy dziennie przekraczać granicę w celach zarobkowych. Negatywnym sygnałem jest także zachowanie polskich strażników celnych. Ten dokument prawny, posiadający jednak silną symbolikę narodową, nie jest traktowany na równi z dowodami osobistymi czy paszportami. Co więcej, osoby identyfikujące się Kartą, są wnikliwie wypytywane o cel przyjazdu, częstokroć bardziej drobiazgowo niż obcokrajowcy bez takiego dokumentu²². To właśnie bodziec finansowy, a nie patriotyczny, wydaje się być najbardziej widocznym czynnikiem ubiegania się o Kartę Polaka. Naturalnie, nie należy w tym miejscu generalizować a sprawiedliwie dodać, iż rzesze studentów²³, człon-

20 *Idem*, *Białoruś sądzi Kartę Polaka*, „Gazeta Wyborcza” 2011, 31.03.

21 *Idem*, *Łukaszenka zmienił zdanie o „Karcie Polaka”*, „Gazeta Wyborcza” 2008, 30.04.; M. Przydacz, *Polityka zagraniczna wobec Białorusi*, [w:] *Główne kierunki polityki zagranicznej rządu Donalda Tuska w latach 2007–2011*, pod red. P. Musiałka, Klub Jagielloński, Kraków 2012, s. 288.

22 Autorka była świadkiem i adresatem wielu rozmów na ten temat, podczas swoich podróży na Ukrainę, w latach 2010–2013; Interpelacja nr 13850 Adama Lipińskiego do ministra spraw wewnętrznych i administracji w sprawie niewłaściwego traktowania posiadaczy Karty Polaka przez funkcjonariuszy Straży Granicznej z dnia 29 grudnia 2009 r.

23 Rozmowa z Olgą Svystun, doktorantką Uniwersytetu Marii Curie Skłodowskiej w Lubinie, pochodzącą z Ukrainy, Wrocław 15.01.2013.

kowie stowarzyszeń polonijnych oraz pojedyncze rodziny dotknięte piętnem radzieckich prześladowań za główny motyw wniosku podają czynnik narodowościowy.

Prawna instytucja, jaką jest Karta Polaka zaświadczaająca związek z Narodem Polskim to jedna z inicjatyw polskiej polityki zagranicznej skierowanej na Wschód. Rzeczpospolita, ze względu na czynnik geograficzny (jej granice stanowią wszak wschodnie krańce Unii Europejskiej) oraz historyczny (uzyskanie niepodległości po II wojnie światowej, lata protekcji i bliskich stosunków ze Związkiem Radzieckim podobnie do pozostałych wschodnich krajów) przybrała rolę moderatora. Zarówno w wymiarze bilateralnym, z poszczególnymi państwami Europy Wschodniej oraz multilateralnym z krajami azjatyckimi, ze szczególnym naciskiem na Zakaukazie, Polska czyni starania w budowaniu więzi na różnych poziomach. Współpraca regionalna odbywa się tutaj bowiem w formie komisji eksperckich, debat samorządowców, jakże potrzebnych dialogów historycznych oraz poprzez wymiany studentów²⁴. Jako członek organizacji międzynarodowej, jaką jest Unia Europejska, Rzeczpospolita pragnie pokazać wschodnim partnerom swój przykład drogi do wolności, demokracji i gospodarczej stabilizacji.

W tym miejscu należy przywołać istotną, z punktu widzenia europejskiego, jak i narodowego, polską inicjatywę integracji z państwami ze Wschodu. Partnerstwo Wschodnie stanowi pierwszy tego typu oficjalny program Unii Europejskiej realizujący założenia Europejskiej Polityki Sąsiedztwa²⁵. Jest to bowiem historyczna szansa dla takich państw, jak Armenia, Azerbejdżan, Białoruś, Gruzja, Mołdawia i Ukraina na integrację na poziomie politycznym oraz gospodarczym z rozwiniętymi rynkami zachodniej Europy. Co istotne, Unia wspiera daleko idące reformy niezależnie od chęci akcesji danego kraju do ram swojej organizacji. Płaszczyzną współpracy są wartości wymienione w Traktacie o Unii Europejskiej, a zatem wolności, demokracja, zasada państwa prawnego czy poszanowania praw człowieka²⁶. Dla większości, by nie rzec, dla wszystkich wymienionych państw, przejście od obecnych warunków polityczno gospodarczych do stabilnie prosperujących demokracji stanowi bez

24 Wykład K. Pełczyńskiej-Nałęcz, wiceminister spraw zagranicznych podczas konferencji Polska Polityka Wschodnia, pt: *Perspektywy polskiej polityki wschodniej*, Wrocław 22.11.2012.

25 *European Neighbourhood Policy* (ENP).

26 Art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (C 326/17).

wątpienia ogromny skok cywilizacyjny. Dlatego też, każdy członek Partnerstwa Wschodniego sam dobiera tempo oraz zakres reform. W 2008 r. na unijnym spotkaniu ministrów spraw zagranicznych, Polska zaprezentowała nową formę współpracy regionalnej w swoich wschodnich sąsiadach. Inicjatywa szybko się przyjęła, gdyż już w kolejnym roku odbył się 1. szczyt Partnerstwa Wschodniego w Pradze²⁷. Dodatkowo, podczas polskiej prezydencji w Radzie Unii Europejskiej, w II połowie 2011 r., to właśnie ta inicjatywa stanowiła kluczowy punkt obrad²⁸.

Należy jednak zaznaczyć, iż, o ile Partnerstwo Wschodnie nie jest zinstytucjonalizowane, a u jego postaw leżą akty prawnie niewiążące jak deklaracje, to ustawa o Karcie Polaka jest w pełni wiążącym dokumentem, wywierającym skutki prawne. Jednak czy istnieje możliwość, aby Karta dyskryminowała obywateli Unii? Zgodnie bowiem z art. 18 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową²⁹. Jedynie do obywateli trzech państw spośród dwudziestu sześciu³⁰ członków tej organizacji międzynarodowej skierowana jest ustawa o Karcie Polaka. Może to implikować problemy lub, bardziej szczegółowo, zarzuty o dyskryminację mniejszości narodowych. Jak podała przedstawicielka litewskiego resortu dyplomacji, Daiva Rimasauskaite, tak prozaiczny przykład, jakim są ulgi transportowe, stanowi w świetle ustawodawstwa unijnego przykład naruszenia podstawowej zasady równości wszystkich obywateli względem prawa³¹. Nie powinno to wszak wywoływać tego typu oskarżeń, gdyż zgodnie z międzynarodowym prawem zwyczajowym, a także skodyfikowanym prawem dyplomatycznym, każde państwo ma prawo do objęcia opieką własnych obywateli oraz suwerennego przyznawania im wszelkich praw, zgodnie z aktami demokratycznie wybranego parlamentu. Jednakże taka linia argumentacji nie przekonuje niektórych urzędników, na czele z naczelnym organem administracji państwowej, Komitetem Integracji Europejskiej. Należy przywołać tu stanowisko jej byłego sekretarza, Tomasza Nowakowskiego,

27 Broszura Ministerstwa Spraw Zagranicznych RP, wydana przez Departament Dyplomacji Publicznej i Kulturalnej, pt: *Partnerstwo Wschodnie*, Warszawa 2012.

28 Wykład prof. Ivara Raiga, *The European Union's Topical Problems*, Uniwersytet Talliński 26.10.2011.

29 Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (C 115/47).

30 Nie wliczając w to zestawienie twórcy ustawy, tj. Polski.

31 A. Akińczo, *Karta Polaka może dyskryminować obywateli UE*, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,5102667.html> [dostęp: 7.04.2013].

który w opinii projektu ustawy o Karcie Polaka, wskazuje na bezpośrednią dyskryminację ze względu na obywatelstwo. Jako rozwiązanie tej niezgodności prawa wewnętrznego z prawem unijnym, proponuje on rozszerzenie katalogu podmiotów do obywateli wszystkich państw Unii Europejskich, a także Europejskie Stowarzyszenie Wolnego Handlu³².

Od obowiązywania ustawy, tj. 29 marca 2008 r. do końca roku 2012, polskie MSZ wydało ponad 100 tys. Kart Polaka³³, co niewątpliwie stanowi o sukcesie i szerokim przyjęciu tej inicjatywy przez władze w Warszawie. To właśnie poprzez wprowadzenie tego dokumentu realizuje się art. 6, pkt. 2 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r., który stanowi, iż „Rzeczpospolita Polska udziela pomocy Polakom zamieszkałym za granicą w zachowaniu ich związków z narodowym dziedzictwem kulturalnym”³⁴. Najwięcej Kart wydano na Ukrainie. Na drugim miejscu znajdują się wnioskodawcy z Białorusi. Jak wskazano w niniejszym artykule, przeszkodą nie do ominienia, jest często brak znajomości języka polskiego oraz znaczne odległości w okręgach konsularnych, do których zmuszone są dojechać osoby deklarujące swoje powiązanie z Narodem Polskim. Wielokrotnie czyta się i słyszy od potomków Polaków na wschodzie ich przywiązanie do ojczyzny, które może być okazywane jedynie poprzez ten mały dokument wielkości dowodu osobistego³⁵. Jednakże dla ich dzieci i wnuków, inicjatywa polskiego parlamentu stanowi niewątpliwą sygnal, iż warto być Polakiem, a poczucie polskości nie pozostaje bez echa wobec władz w Warszawie.

Z jednej strony wprowadzenie Karty Polaka ma wymiar czysto symboliczny, patriotyczny, legitymizuje jednak przynależność do ojczyzny przodków. Jednakże poprzez szereg przywilejów, pozwala ona na lepsze warunki pracy, studiowania i życia codziennego na terenie Rzeczypospolitej. W zamyśle inicjatorów omawianego dokumentu było uprzywilejowanie, a niejako rekompensata moralna, osób nieposiadających polskiego obywatelstwa, które jednak czują się związane z ojczyzną swoich przodków. Twórcy ustawy

32 Opinia o zgodności z prawem Unii Europejskiej do sprawozdanie Komisji Łączności z Polakami za granicą o rządowym projekcie ustawy Karta Polaka (druk nr 1957) Tomasz Nowakowski, Warszawa 31.08.2007.

33 M. Ziarnik, *Karta Polaka coraz bardziej pożądana*, „Nasz Dziennik” 2012, 25.10.

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

35 Szerzej na ten temat zob.: G. Demel, *Polacy z obwodu lwowskiego wobec współczesnej Polaki*, „Przegląd Polsko-Polonijny” 2011, nr 2, s. 125–128; rozmowy autorki z Polonią estońską w 2011 r.

o Karcie Polaka nie mieli jednak w zamiarze uzupełnienia kadry pracowni-
czej tańszą siłą roboczą po masowych emigracjach Polaków w 2004 r., co im
często się zarzuca. Oskarżenie o dyskryminację grup nieobjętych przywilejami
lub tworzenia tajnych baz danych obcokrajowców można także odeprzeć.

Polska, jako państwo środkowoeuropejskie, i członek Unii Europejskiej
ma geopolityczne właściwości ku rozciągnięciu integracji regionalnej na
Wschód. To ważna cecha w polityce zagranicznej, zarówno narodowej, jak i
ogólnoeuropejskiej. Oprócz tak ważnej opieki dyplomatyczno-konsularnej
względem własnych obywateli, poprzez takie środki, jak Karta Polaka, czy
Partnerstwo Wschodnie, RP jest w stanie zostać znaczącym aktorem na
arenie międzynarodowej.

Bibliografia

Źródła prawa

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

Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych z dnia 24 kwietnia 1963 r. (Dz.U. 1982 nr 13, poz. 98).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z 13 lipca 2009 r. (810/2009).

Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (C 115/47).

Traktat o Unii Europejskiej (C 326/17).

Ustawa o Karcie Polaka z dnia 7 września 2007 r. (Dz.U. z 2007 nr 180, poz. 1280).

Ustawa o repatriacji z dnia 9 listopada 2000 r. (Dz.U. 2000 nr 106 poz. 1118).

Literatura

Dytkowski J., *Karta Polaka „mało ważna”*, „Nasz Dziennik” 2012, 6 lipca.

R. Kownacki, *Nowy kodeks wizowy Unii Europejskiej*, „Biuletyn PISM” 2010, nr 59 (667).

Matkowski J., *Blaski i cienie Karty Polaka*, „Niezależna Gazeta Polska” 2009, nr 38.

Musiąlek P., *Główne kierunki polityki zagranicznej rządu Donalda Tuska w latach 2007–2011*, Klub Jagielloński, Kraków 2012.

Poczobut A., *Białoruś sądzi Kartę Polaka*, „Gazeta Wyborcza” 2011, 31.03.

Poczobut A., *Białoruś walczy z Kartą Polaka*, „Gazeta Wyborcza” 2008, 09.02.

Poczobut A., *Łukaszenka zmienił zdanie o „Karcie Polaka”*, „Gazeta Wyborcza” 2008, 30.04.

- Sablewski Z., *Rząd przyjął projekt Karty Polaka*, „Głos z nad Niemna na uchodźctwie” 2007, czerwiec.
- Szczerbiński M., *Polska w Świecie*, „Przegląd Polsko-Polonijny” 2011, nr 2.
- Ziarnik M., *Karta Polaka coraz bardziej pożądana*, „Nasz Dziennik” 2012, 25.10.

Inne

- Akińczo A., *Karta Polaka może dyskryminować obywateli UE*, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,5102667.html> [dostęp: 7.04.2013].
- Broszura Ministerstwa Spraw Zagranicznych RP, wydana przez Departament Dyplomacji Publicznej i Kulturalnej, *Partnerstwo Wschodnie*, Warszawa 2012.
- Interpelacja nr 13850 Adama Lipińskiego do ministra spraw wewnętrznych i administracji w sprawie niewłaściwego traktowania posiadaczy Karty Polaka przez funkcjonariuszy Straży Granicznej z dnia 29 grudnia 2009 r.
- Opinia o zgodności z prawem Unii Europejskiej do sprawozdanie Komisji Łączności z Polakami za granicą o rządowym projekcie ustawy Karta Polaka (druk nr 1957) Tomasz Nowakowski, Warszawa 31.08.2007.
- Rozmowa autorki z Olgą Svystun, doktorantką Uniwersytetu Marii Curie Skłodowskiej w Lublinie, pochodzącą z Ukrainy, Wrocław 15.01.2013.
- Sprawozdanie z III Zjazdu Polonii i Polaków z zagranicy w Warszawie, w dniach 22–26 września 2007.
- Wykład I. Raiga, *The European Union's Topical Problems*, Uniwersytet Talliński 26.10.2011.
- Wykład K. Pełczyńskiej-Nałęcz, wiceminister spraw zagranicznych podczas konferencji Polska Polityka Wschodnia, *Perspektywy polskiej polityki wschodniej*, Wrocław 22.11.2012.
- Wywiad autorki z Haliną Kisłacz, przewodniczącą Związku Polaków w Estonii, Tallin 10.11.2011.

ABSTRACT

JOANNA SIEKIERA

The Polish Card as an instrument of the Polish Aid in the Eastern Europe

The purpose of writing this article is to present the legal and practical aspects of one of the latest instrument of the Polish Ministry of Foreign Affairs – the Polish Card (also called as the Polish Charter). As the author tries to express, such document was

issued with the aim of providing assistance to the Polish Diaspora from the Eastern Europe. That help might be understood in two areas: pragmatic, facilitating travel, business and studies, but as well, what is being underlined by most of the Polish people abroad – the legal and factual linkage with the Republic of Poland.

Geneza prawa do pracy w prawie międzynarodowym i krajowym

Słowa klucze: prawo pracy, prawo międzynarodowe, geneza prawa pracy

Pierwsze próby skonstruowania teoretycznych podstaw związanych z prawem do pracy miały miejsce dopiero w XIX w., ponieważ w tym właśnie okresie nastąpiła kumulacja uwarunkowań społecznych, ekonomicznych, kulturowych i religijnych. Było to wynikiem ewolucji jaka nastąpiła w zakresie poglądów na rolę pracy w życiu człowieka i społeczeństwa. Praca jest postrzegana w kategoriach wartości lub też życiowej konieczności człowieka.

Miejsce pracy w hierarchii, jako wartości pożądanym przez człowieka ulegało dość daleko idącym zmianom, od pochwały pracy do jej pogardy. Postawa wyrażająca pogardę dla pracy była charakterystyczna dla czasów antycznych i choć nie miała charakteru bezwzględnego, to ugruntowywała się wraz z umacnianiem instytucji niewolnictwa. Pogarda dla pracy fizycznej czy też „ręcznej”, jako nie odpowiadającej godności wolnego obywatela cechowała takie postaci świata starożytnego jak Ksenofont, Platon czy Arystoteles.

Znamienny jest tutaj pogląd Cycerona na „tych, którzy sprzedają swoją pracę, swe zdolności, należy spoglądać jak na coś poniżającego; ten bowiem,

kto sprzedaje swoją pracę za pieniądze, sprzedaje samego siebie i staje w szeregach niewolników”.¹

Dla Średniowiecza nadal typowa jest postawa pogardy dla pracy, jednak zmienia się jej charakter jak i zakres. Zanikanie niewolnictwa spowodowało odejście od postrzegania pracy jako nie licującej ze statusem wolnego człowieka, lecz jednocześnie wykształciło pogląd zgodny z którym wykonywanie pracy nie przystoi określonym grupom społecznym. Charakterystyczny dla Średniowiecza podział społeczeństwa na *oratores* (modlących się), *bellatores* (walczących) i *laboratores* (pracujących) traktowano jako stworzony przez Boga. Zgodnie z tym dla szerokich warstw społeczeństwa życie bez pracy było obowiązującą i szeroko akceptowaną normą, zaś sprzeniewierzenie się jej było czynnikiem deklasującym, jako że praca była przeznaczeniem ludzi stojących najniżej w hierarchii społecznej. Postawa ta była charakterystyczna także w wiekach późniejszych dla arystokracji, jako grupy społecznej, która przez wiele wieków decydowała jednak o organizacji życia społeczno-gospodarczego, odgrywając przy tym wielką rolę opiniotwórczą.

Jeśli jednak potraktujemy pracę jako konieczność życiową człowieka to stosunek do niej jest zdecydowanie inny. Przyjęcie założenia „muszę pracować, gdyż jestem człowiekiem” stało w sprzeczności do instytucji niewolnictwa i powodowało jego wykluczenie. W twórczości stoików można wyodrębnić krytyczne akcenty wobec antycznej postawy pogardy dla pracy i niewolnictwa. Jednak zasadnicze przewartościowanie stosunku do pracy spowodowało powstanie chrześcijaństwa, ponieważ sam Jezus Chrystus pracował fizycznie, a swoich apostołów powołał spośród ludzi pracy. Praca zajmowała ważne miejsce w nauczaniu nowej religii, czego przykładem są listy apostołskie św. Pawła: „pracowaliśmy w trudzie i zmęczeniu we dnie i w nocy, aby dla nikogo z Was nie być ciężarem” i „aby dać Wam samych siebie za przykład do naśladowania”, stamtąd pochodzą też słynne słowa „Kto nie chce pracować, niech też nie je”².

W okresie Średniowiecza doszło do pewnego uwstecznienia w porównaniu do pierwszych chrześcijan. Pracy przypisywano rolę przekleństwa związaną z grzechem pierworodnym. W *Księdze rodzaju* znajduje się

1 Cicero, *O powinnościach*, [w:] *Idem, Pisma filozoficzne*, t. 2, Warszawa 1960, s. 408; cyt. za: Z. Góral, *Prawo do pracy. Studium prawa polskiego w świetle porównawczym*, Łódź 1994, s. 6.

2 *Drugi List do Tesaloniczan*, http://www.nonpossumus.pl/ps/2_Tes/3.php [dostęp: 29.07.13].

fragment mówiący o przekleństwie ziemi i trudzie zdobywania pożywienia. Tak więc praca była traktowana w kategoriach kary i była rozumiana głównie poprzez pryzmat ekspiacji. Obalenie tezy „skazania na pracę” należy przypisać św. Tomaszowi z Akwinu, który stanął na stanowisku, że praca jest naturalną czynnością człowieka, a cele które mogą być osiągnięte przez pracę przeciwdziałają lenistwu jako źródłu zła, „poskramianie pożądlivosti przez umartwianie ciała”, zaspokajanie swych potrzeb materialnych w stopniu pozwalającym na zachowanie życia дарowanego człowiekowi przez Boga³. Korzyści płynące z pracy znalazły swoje uzasadnienie i rozwinięcie w dobie Reformacji. Poglądy głoszone przez Kalwina stawały w opozycji do średniowiecznej postawy traktującej pracę jako karę za grzech. Kalwin twierdził, że wręcz grzechem jest nie pracować. Poniekąd jego stanowisko popierał Luter twierdzeniem, że „Praca powinna być służbą dla chwały Boga, a każdy człowiek (...) powinien pracować w tym zawodzie do którego został powołany”. Należy podkreślić, że poglądy te były bliskie rodzącemu się kapitalizmowi.

Gospodarka kapitalistyczna w momencie jej narodzin, czyli w następstwie rewolucji burżuazyjnej⁴ postrzegała pracę jako źródło wszelkiego bogactwa i dobrobytu. Wysunięcie do roli celu życiowego bogacenia się sprawiło, że praca stała się niezbędnym środkiem do realizacji tego celu, a także kryterium oceny wartości moralnej jednostki ludzkiej (tyle posiadasz, ile pracujesz, tyle jesteś wart, ile posiadasz)⁵. Tak pojmowana praca zyskiwała na atrakcyjności, jednak nadużyciem byłoby stwierdzenie, że dla wszystkich. Z tego też powodu, że dla większości społeczeństwa wykonywanie pracy było nie tyle warunkiem powodzenia materialnego i sukcesu ekonomicznego, ile raczej warunkiem przeżycia. Takie podejście skutkowało sprowadzeniem pracy do roli towaru wymienianego na środki niezbędne do przetrwania, a jako taka nie zawiera w sobie nic z zasługi moralnej. U podstaw tak instrumentalnego podejścia leży przekonanie o niezbędności pracy, która jest środkiem prowadzącym do osiągnięcia zdefiniowanego przez nas celu. Należy podkreślić, że rodzaj celu determinuje sposób postrzegania pracy, jednak nie zmienia to postaci rzeczy – tzn. konieczności wynikającej z warunków bytowania. Użyteczność pracy jest pochodną oceny jej przydatności w zaspokajaniu potrzeb odczuwanych przez jednostkę

3 Z. Góral, *Prawo do pracy...*, s. 8.

4 T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2011, s. 24.

5 Z. Góral, *Prawo do pracy...*, s. 8.

jako pierwszoplanowe. Jak trafnie zauważył Z. Góral: „Pojawić się wtedy może raczej myśl nie o prawie do pracy, lecz o przymusie ekonomicznym pracowania z prawem nie mającym wiele wspólnego.⁶ Idąc tym torem dochodzimy do wniosku, że gdyby tylko istniałby inny sposób na przeżycie – praca byłaby niepotrzebna. Zatem nie prawo do pracy, a uwolnienie od jej ekonomicznego przymusu powinno stać się celem ludzkości. Nie należy jednak rozumieć prawa do pracy wyłącznie w kategoriach użytkowych i jako środka do osiągnięcia określonego celu. Praca jest dla człowieka wartością samą w sobie, nie służy tylko do zaspokajania własnych potrzeb, ale sama jest taką potrzebą i przeznaczeniem. Taki pogląd jest mocno zakorzeniony w naszym kręgu cywilizacyjnym, wywodzącym się z dwóch różnych tradycji filozoficznych i światopoglądowych.

Pierwsza z nich wiąże się z traktowaniem pracy jako czynnika człowiekotwórczego. Początków takiego podejścia do pracy należy poszukiwać w początkach epoki Odrodzenia, choć wątek ten swoje rozwinięcie zawdzięcza dopiero socjalistom. Podkreślali oni wielokrotnie, że praca nie tylko warunkuje biologiczną egzystencję, ale jest samoistną wartością, najważniejszą potrzebą życiową. Według F. Engelsa: „praca jest pierwszym podstawowym warunkiem życia ludzkiego i to w tej mierze, że w pewnym sensie można powiedzieć, stworzyła ona człowieka”⁷. Ów czynnik człowiekotwórczy można ująć w co najmniej trzech znaczeniach. Po pierwsze, zdeterminowała rozwój fizyczny i psychiczny człowieka. Po drugie, stanowi podstawę rozwoju cywilizacyjnego. Po trzecie wreszcie, jest źródłem wartości moralnej człowieka, formą jego samoafirmacji. Trzeba przy tym podkreślić, iż tak pojmowana praca jest odnoszona głównie do człowieka jako istoty społecznej.

Inaczej do problemu podchodzi społeczna nauka Kościoła, eksponując pracę jako powołanie człowieka, które wynika z jego natury – poprzez pracę człowiek urzeczywistnia swój sens istnienia „czyniąc sobie ziemię poddaną”. W ramach nauki Kościoła podkreśla się osobowy charakter pracy oraz wpływ na doskonalenie się wewnętrzne oraz na jej związek z godnością człowieka jako osoby⁸. Na początku nauczanie katolickiej

⁶ *Ibidem.*

⁷ F. Engels, K. Marks, *Dzieła*, t. 20, Warszawa 1972, s. 525; cyt. za: Z. Góral, *Prawo do pracy...*

⁸ Z. Góral, *O kodeksowym katalogu zasad indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2011, s. 65.

nauki społecznej dotyczące pracy miało na celu przezwyciężeniu społeczeństwa klasowego. Takie właśnie zadanie miały encyklika *Rerum novarum* papieża Leona XIII oraz *Quadragesimo anno* papieża Piusa XI. Jednak po obu Wojnach Światowych nastąpiły na tyle duże zmiany w gospodarce, społeczeństwie i kulturze, że samo podejście Kościoła do pracy nie oparło się zmianom. Jak zauważa M. Borski „w państwach rozwiniętych dawne społeczeństwo klasowe ulegało postępującemu rozpadowi, również w wyniku polityki społecznej państwa oraz zwiększonego współdziałania światów kapitału i pracy, które próbowały powstające między nimi konflikty rozwiązywać na drodze demokratycznej.”⁹. Zmiany te jednak nie spowodowały, że zniknęły problemy nękające świat pracy. Encyklika społeczna Jana Pawła II ostrzegała, że „błąd kapitalizmu pierwotnego może się powtórzyć wszędzie tam, gdzie człowiek zostaje potraktowany poniekąd na równi z całym zespołem materialnych środków produkcji, jako narzędzie, a nie – jak to odpowiada właściwej godności jego pracy – jako podmiot i sprawca, a przez to samo także jako właściwy cel całego procesu produkcji”¹⁰. Dlatego też w miejsce społeczeństwa podzielonego na klasy należało stworzyć „kulturę pracy”, która powoduje, że pracownicy będą mogli uczestniczyć w życiu przedsiębiorstwa w sposób w pełni ludzki¹¹. Każda kultura jest efektem wspólnego działania wielu elementów, w przypadku kultury pracy jednym z takich elementów jest prawo do pracy.

Analizując genezę prawa do pracy i wartości aksjologicznych, które jemu towarzyszyły dochodzimy do momentu w którym należy zadać pytanie o przełożenie powyższych na płaszczyznę normatywną, a mianowicie o granice pozytywizacji tego prawa. Należy podkreślić, że prawo pracy jest dość młodą gałęzią prawa, której początki sięgają XVIII i XIX wieku. Dopiero po okresie rewolucji burżuazyjnych było możliwe najmowanie na dużą skalę siły roboczej za zapłatą. Formalne zrównanie ludzi względem prawa oraz wyzwolenie z poddaństwa mas chłopskich

9 M. Borski, *Prawo do pracy jako wartość uniwersalna*, [w:] *Aktualne zagadnienia prawa pracy i polityki społecznej (zbiór studiów)*, B.M. Cwiertniak (red. nauk.), Sosnowiec 2012, s. 16.

10 Por. *Encyklika Laborem exercens*, http://www.documentacatholicaomnia.eu/01-p/1981-09-14,_SS_Ioannes_Paulus_II,_Encyclica_%27Laborem_Exercens%27,_PL.pdf [dostęp: 29.07.13].

11 Por. *Encyklika Centesimus annus*, s. 13, <http://adonai.pl/jp2/pliki/ca.pdf> [dostęp: 29.07.13].

zróznicowało ekonomicznie społeczeństwo „na posiadających kapitał potrzebny do uruchomienia działalności gospodarczej oraz dysponujących wyłącznie własną zdolnością do pracy (siłą roboczą)”¹². W dzisiejszych realiach gospodarki wolnorynkowej podejmując temat prawa do pracy często wskazuje się na jego socjalistyczną proweniencję. W tym ujęciu prawo to traktowane jest jako żądanie, które trzeba spełnić – jednostka może domagać się od państwa zapewnienia pracy. Wykonywanie tej pracy miało gwarantować źródło utrzymania, a co za tym idzie uczestnictwo w życiu społecznym. Próba realizacji takiego podejścia poprzez nacjonalizację środków produkcji czy zastosowanie gospodarki centralnie planowanej pozwoliły na likwidację bezrobocia. Jednak taki stan rzeczy okupiono niską wydajnością, nieracjonalnym zatrudnieniem, niskimi zarobkami oraz upadkiem inicjatywy i przedsiębiorczości.

Mimo wielu kontrowersji dotyczących prawa do pracy jest ono odzwierciedlone zarówno w prawie międzynarodowym, jak i krajowym. Jeden z najważniejszych dokumentów międzynarodowych to Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r. Deklaracja była pierwszym dokumentem o charakterze międzynarodowym w którym sformułowano zapis o prawie do pracy. Dokument ten choć nie miał mocy prawnie wiążącej, jest powszechnie uznawany za wyznacznik cywilizacyjnych standardów w dziedzinie praw człowieka, a co za tym idzie wyraża wolę społeczności międzynarodowej o starania zmierzające do ich urzeczywistnienia. Rangę umowy międzynarodowej ma Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r.¹³, który został ratyfikowany przez Polskę. Pakt ten określa prawo do pracy jako „prawo każdego człowieka do uzyskania możliwości zarobienia na życie przez pracę swobodnie wybraną lub przyjętą”. Nie sposób pominąć uchwał przyjętych na forum Międzynarodowej Organizacji Pracy, m.in. zalecenia nr 169 z 1984 r. o polityce zatrudnienia. Zalecenie to zawiera zapis dotyczący popierania pełnego, produktywnego i swobodnie wybranego zatrudnienia jako środka służącego realizacji prawa do pracy. Innymi dokumentami dotyczącymi tej materii są m.in. konwencja nr 122 o polityce zatrudnienia z 1964 r.¹⁴, nr 29 dotycząca pracy przymusowej lub obowiązkowej¹⁵, czy konwencja nr 111 dotycząca dyskryminacji w zakresie

12 T. Liszcz, *Prawo pracy...*, s. 24.

13 Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169.

14 Dz.U. z 1967 r. Nr 8, poz. 31.

15 Dz.U. z 1959 r. Nr 20, poz. 122.

zatrudnienia i wykonywania zawodu¹⁶. Należy podkreślić, że prawo do pracy znajduje się również w kręgu zainteresowania prawa Unii Europejskiej, choć nie jest wyrażone *expressis verbis* w prawie pochodnym i pierwotnym.

Dokumentem, który zawiera zdecydowanie szerzej rozwinięte postanowienia w zakresie prawa do pracy jest Europejska Karta Społeczna z 1961 r. W tym dokumencie prawo do pracy zostało podkreślone w dwóch miejscach: w części pierwszej, która jest pewnego typu „katalogiem praw społecznych jako prawo człowieka do zarabiania na życie przez pracę swobodnie podjętą”¹⁷ oraz w części drugiej zawierającej zobowiązania nakładane na sygnatariuszy. Polska jako jej sygnatariusz zobowiązała się do respektowania jej zapisów, w szczególności obowiązków wypływających z art. 1 – osiągnięcie i utrzymanie możliwie największego i stabilnego poziomu zatrudnienia, z docelową perspektywą osiągnięcia stanu pełnego zatrudnienia. Z. Góral wskazuje, że:

Zgodnie z interpretacją dokonaną przez Europejski Komitet Praw Społecznych, ważny organ implementacyjny Karty, nie chodzi tu w żadnym razie o zobowiązanie rezultatu. Jest to raczej rodzaj zobowiązania do permanentnego działania dla osiągnięcia postępu w określonej dziedzinie, w tym przypadku – zakresie polityki zatrudnienia. Określenie pełnego zatrudnienia jako celu, do którego droga prowadzi poprzez osiągnięcie i utrzymanie tak wysokiego i stabilnego zatrudnienia, jak to jest możliwe, uwzględniając warunki krajowe oraz inne cele gospodarcze i społeczne, oznacza brak sztywnych kryteriów oceny stopnia respektowania tego zobowiązania¹⁸.

Miejsce prawa do pracy w krajowym porządku prawnym jest ściśle związane z przemianami ustrojowymi. We wcześniejszych regulacjach prawo to było sformułowane *expressis verbis* zarówno w ustawie zasadniczej jak i w kodeksie pracy. Unormowania te miały charakter wyrażnie socjalistyczny, co oznacza, że Konstytucja „gwarantowała” zatrudnienie za wynagrodzeniem według ilości i jakości pracy. Zapewnienie tej pracy miało realizować się „przez stały i wszechstronny rozwój gospodarki narodowej oraz politykę racjonalnego zatrudnienia”. Jednakże to właśnie brak trudności w znalezieniu zatrudnienia stanowił konsekwencję nieefektywnej polityki zatrudnienia, która z kolei była pochodną

¹⁶ Dz.U. z 1961 r. Nr 42, poz. 218.

¹⁷ M. Borski, *Prawo do pracy...*, s. 20.

¹⁸ Z. Góral, *O kodeksowym...*, s. 71.

ekstensywnej gospodarki i zacofania techniczno-organizacyjnego. Przemiany ustrojowe przełomu lat 80. i 90. postawiły pod znakiem zapytania umieszczenie prawa do pracy w katalogu praw obywatelskich i pracowniczych. Przeciwno uregulowaniu prawa do pracy w ustawie zasadniczej przemawiało po pierwsze przeświadczenie, że takie prawo wejdzie w kolizję z wolnością i własnością prywatną. Po drugie, samo pojęcie „prawa do pracy” rozumiane jako gwarancja otrzymania zatrudnienia było napiętnowane poprzednim ustrojem. Po trzecie, wyraźnemu sformułowaniu prawa do pracy stanęły także na przeszkodzie ówczesne warunki społeczno-gospodarcze. Lata 90. charakteryzowało zjawisko masowego bezrobocia, co stawiało każdą regulację dotyczącą tego prawa w roli przepisu fasadowego, który byłby tylko pustą deklaracją. Należy podkreślić, że w warunkach gospodarki wolnorynkowej bezrobocie jest zjawiskiem strukturalnym i hipokryzją, czy wręcz drwiną z ludzkiej tragedii byłoby umieszczenie w konstytucji takiego przepisu¹⁹. Efektem powyższych wątpliwości jest regulacja zawarta w art. 65 Konstytucji RP²⁰, która nie wyraża w sposób wyraźny prawa do pracy. Szczególnie ważny z punktu widzenia omawianego prawa jest ust. 5 wspomnianego artykułu. Jej adresatem są władze publiczne, które powinny prowadzić „politykę zmierzającą do pełnego produktywnego zatrudnienia poprzez realizowanie programów zwalczania bezrobocia, w tym organizowanie i wspieranie poradnictwa i szkolenia zawodowego oraz robót publicznych i prac interwencyjnych”. Powyższemu rozwiązaniu prawnemu odpowiada art. 10 Kodeksu pracy²¹, ponieważ i tu w par. 3 wskazuje, że „Państwo prowadzi politykę zmierzającą do pełnego produktywnego zatrudnienia”, choć treść wspomnianego artykułu jest węższa od normy konstytucyjnej.

Nie bez przyczyny pojawia się pytanie czy nadal uzasadnione jest doszukiwanie się zasady prawa do pracy w Konstytucji i Kodeksie pracy, jeśli pracodawca wyraźnie jej nie wyodrębnia. Wskazuje się, że zasada prawa do pracy została zastąpiona zasadą wolności pracy²², lecz jest to tylko jedno z wielu ujęć i wątpliwości poruszanych w literaturze²³. Z powyższych rozważań wynika jednak jasno, że prawo do pracy jako nazwa

19 T. Zieliński, *Prawo do pracy – problem konstytucyjny*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 1, s. 4.

20 Dz.U. Nr 78, poz.483 z późn. zm.

21 Tekst jedn.: Dz.U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94.

22 A.M. Świątkowski, *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2003, s. 24.

23 Zob. Z. Góral, *O kodeksowym...*, s. 77.

określonego uprawnienia (zespołu uprawnień) obecnie nie występuje ani w polskiej Konstytucji, ani w Kodeksie pracy²⁴. Jednak próba „ekstrakcji” takiego prawa nie byłaby pozbawiona podstaw, choćby ze względu na różnice w sposobie pojmowania tego prawa. Jednym ze sposobów jest rozumienie tego prawa poprzez pryzmat gospodarki centralnie planowanej, jako gwarancja uzyskania zatrudnienia – co zostało odrzucone ze względu na specyfikę gospodarki wolnorynkowej. Jednak możliwe jest też węższe ujęcie rozważanego prawa jako uprawnienie „do korzystania z efektów polityki prowadzonej przez państwo w celu osiągnięcia stanu możliwie pełnego zatrudnienia”²⁵. Potwierdzają to w pewnym stopniu zarówno regulacje konstytucyjne, kodeksowe jak i przepisy innych ustaw – w szczególności ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy z dnia 20 kwietnia 2004 r.²⁶.

Podsumowując pomimo braku wyraźnie sformułowanej zasady prawa do pracy, można założyć jej istnienie w obecnym porządku prawnym. Jak wskazuje Z. Góral:

Jest jedynie sprawą dyskusji, czy zasada ta – choć nienazwana – została wyrażona *explicite* (...) czy też raczej mamy do czynienia z zasadą, którą można odkodować dopiero na podstawie analizy różnych unormowań, również pozakodeksowych, włączając w to Konstytucję RP²⁷.

Pomimo tego, że regulacje art. 10 Kodeksu pracy i art. 65 Konstytucji RP nie wyczerpują z teoretycznego punktu widzenia wszystkich elementów prawa do pracy to jednak sposób ich wyrażenia wynika ze wspomnianych wyżej standardów międzynarodowych. W ten sposób można stwierdzić, że zasada prawa do pracy została wyrażona *implicitie* w krajowym porządku prawnym i wymaga odkodowania.

W wyniku wyżej omówionej „ewolucji” prawa do pracy należy skoncentrować się na jej współczesnym wymiarze – jako „korzystania z efektów polityki prowadzonej przez państwo w celu osiągnięcia stanu możliwie pełnego zatrudnienia”. W aspekcie realizowania tej zasady przez organy administracji publicznej najpełniej oddaje to prawo do pomocy w podjęciu zatrudnienia. Tak więc, jeśli w warunkach gospodarki

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ T. Zieliński, *Prawo do pracy...*, s. 12 i nast.

²⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415 z późn. zm.

²⁷ Z. Góral, *O kodeksowym...*, s. 78.

rynkowej państwo nie może udzielić jednostce gwarancji otrzymania pracy²⁸, to realizacja zasady prawa do pracy powinna odbywać się poprzez podjęcie takich działań, które zwiększają prawdopodobieństwo na znalezienie zatrudnienia. Realizacja tego prawa powinna przebiegać na dwóch płaszczyznach. Pierwszą z nich byłby nakaz prowadzenia przez państwo (władze publiczne) takiej polityki, która prowadziłaby do poszerzenia zakresu oferowanych stanowisk pracy. Drugą płaszczyzną byłoby usunięcie przeszkód utrudniających zatrudnienie związane z organizacją rynku pracy. Celem tych działań jest pomoc w skojarzeniu poszukujących pracy z pracodawcami oferującymi zatrudnienie, przełamywanie oporów przed zatrudnianiem osób z grupy wysokiego ryzyka czy zapewnienie środków utrzymania w okresie poszukiwania pracy. Prowadzenie polityki zmierzającej do pełnego (wysokiego) zatrudnienia jest przewidywane zarówno w prawie krajowym, jak i międzynarodowym. Należy zauważyć, że osiągnięcie takiego stanu zakwalifikowane jest jako cel, do którego należy dążyć, nie zaś jako obligacja do osiągnięcia określonego rezultatu. Jednak dążenie do tego celu nie ma charakteru bezwzględnego – zgodnie z Międzynarodowym Paktem Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych – pełnego i produktywnego zatrudnienia nie można osiągać kosztem ograniczenia podstawowych wolności politycznych i gospodarczych jednostki. Przy realizacji tych postanowień należy uwzględnić poziom rozwoju gospodarczego, „jak również związki istniejące między celami zatrudnienia a innymi celami gospodarczymi i społecznymi”²⁹, tak więc normy te mają charakter programowy – nie przekładają się na żadne konkretne uprawnienie indywidualne.³⁰ Adresatem tych regulacji są władze publiczne, reprezentujące zarówno władzę wykonawczą jak i ustawodawczą. Należy jednak podkreślić, że o ile obowiązek prowadzenia polityki zmierzającej do pełnego i produktywnego zatrudnienia znalazł swoje rozwinięcie w wielu regulacjach, o tyle znacznie mniejszą uwagę obdarzono jej rozwinięcie – prawo jednostki do pomocy w podjęciu pracy zarobkowej. Prawo to można wywieść z art. 65 ust. 5 Konstytucji RP gdzie stanowi się, że prawo to realizuje się poprzez „organizowanie i wspieranie poradnictwa i szkolenia zawodowego oraz robót publicznych

28 M. Gersdorf, K. Rączka, M. Raczkowski, *Kodeks Pracy – Komentarz*, Warszawa 2010, s. 52.

29 Art. 1, Konwencja MOP nr 122.

30 Z. Góral, *O kodeksowym...*, s. 102.

i prac interwencyjnych”. Wymienione działania nie wyczerpują katalogu akcji, które powinny podejmować władze publiczne na rynku pracy. Wyowiedział się na ten temat Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 13 marca 2000 r., stanowiąc, że „jest [to] prawo jednostki do co najmniej tego minimum realizacji”³¹. Na ten minimalny zakres nie wskazuje jednak kodeks pracy, ale lukę w tym miejscu wypełnia art. 1 EKS, który dla Polski jest wiążący. ust. 3 i 4 wymienionego artykułu wskazują na obowiązek „ustanowienia lub utrzymywania bezpłatnych służb zatrudnienia dla wszystkich pracowników” oraz „zapewnienie lub popieranie odpowiedniego poradnictwa zawodowego, szkoleń i readaptacji zawodowej”. Na tej podstawie można wywieść jako element prawa do pracy – prawo do pomocy w podjęciu pracy zarobkowej. Z całą pewnością formy takiej pomocy powinny znaleźć swój sprecyzowany wyraz w przepisach. Jednak dynamiczny charakter tej dziedziny jaką jest rynek pracy, a co za tym idzie – duża zmienność panujących tam warunków stanowią jeden z powodów dla których nie są one wymienione wyraźnie w kodeksie pracy. Obecnie jednym z ważniejszych aktów dotyczących tej materii na podstawie prawa krajowego jest ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r., o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy³².

Bibliografia

- Borski M., *Prawo do pracy jako wartość uniwersalna*, [w:] *Aktualne zagadnienia prawa pracy i polityki socjalnej (zbiór studiów)*, B.M. Ćwiertniak (red. nauk.), Sosnowiec 2012.
- Drugi List do Tesaloniczan*, http://www.nonpossumus.pl/ps/2_Tes/3.php.
- Encyklika Centesimus annus*, <http://adonai.pl/jp2/pliki/ca.pdf>.
- Encyklika Laborem exercens*, http://www.documentacatholicaomnia.eu/01p/19-81-09-14,_SS_Ioannes_Paulus_II,_Encyclica_%27Laborem_Exercens%27,_PL.pdf.
- Gersdorf M., Rączka K., Rączkowski M., *Kodeks Pracy – Komentarz*, Warszawa 2010.
- Góral Z., *O kodeksowym katalogu zasad indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2011.
- Góral Z., *Prawo do pracy. Studium prawa polskiego w świetle porównawczym*, Łódź 1994.

31 Wyrok TK z dnia 13 marca 2000 r., K1/99, OTK 2000, nr 2, poz. 59.

32 Dz.U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415.

Liszczyński T., *Prawo pracy*, Warszawa 2011.

Świątkowski A.M., *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2003.

Zieliński T., *Prawo do pracy – problem konstytucyjny*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 1.

ABSTRAKT

DAWID CHROMA

Genesis of the right to work in international and national law

The subject of this article is the genesis of the right to work in international and national law. Author shows how the right to work has evolved from ancient times until now. There are many historical factors, which determine the shape of modern right to work, whereof the most important are aimed to be presented herein. It is worth remembering that even though the right to work originates from antiquity, the first legal regulation of the subject-matter was enacted at the turn of XVIII and XIX centuries. Nowadays the most popular understanding of the right to work is ‘the opportunity to benefit from the state policy pursued in order to achieve a full state of employment’.

Upadłość konsumencka

Słowa kluczowe: upadłość, konsument, prawo upadłościowe i naprawcze, prawo handlowe

Instytucja upadłości konsumenckiej jest pewnym *novum* wprowadzonym do ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze w 2009, mimo że niektóre postanowienia dzisiejszej ustawy były już znana w okresie międzywojennym takie jak postanowienia przepisu art. 491³ u.p.u.n. Przepisy mają na celu pomóc niewypłacalnym dłużnikom, którymi są osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej w modyfikacji dotychczasowych zobowiązań tak, żeby jak najwięcej wierzycieli zostało zaspokojonych. Tytuł V u.p.u.n. wskazuje materialno-proceduralne zagadnienia regulujące instytucję od wyjaśnienia kręgu przedmiotowego poprzez całą procedurę do zakończenia postępowania. Artykuł ma na celu przedstawienie przedmiotowej instytucji, jak również dokonuje próby oceny poszczególnych zagadnień.

Zajmując się zagadnieniem tzw. upadłości konsumenckiej nie należy się skupiać jedynie na samej podstawie prawnej omawianej instytucji. Trzeba szerzej przyrzeć się przedmiotowemu problemowi, jak również jego genezie, która wynika z przemian społeczno-gospodarczych. Wszechobecna globalizacja i rozwój bankowości, z czego wynika łatwiejsze korzystanie z instytucji kredytowych, które spowodowały rozwój gospodarki wywołany zwiększeniem konsumpcjonizmu. Także, zmiany społeczeństwa,

które żyje szybko i wygodnie, dążąc nie tylko za nowinkami technologicznymi, często nie potrzebnymi, ale także za dobrami luksusowymi. Często stała manipulacja marketingowa skłania ludzi do nabywania nowych i zbyt drogiej dóbr materialnych. Również wzrost ofert kredytowych proponowanych przez banki i kuszące oferty para banków spowodowały wzrost zadłużenia osób fizycznych. Niejednokrotnie dłużnik przecenia swoje możliwości i nie docenia zagrożeń w kwestii zadłużenia.¹

Przedstawiany stan faktyczny można przedstawić dwojako: jako wzrost popytu, który ożywia gospodarkę, ale również jakoś negatywny wpływ na zadłużenie się przeciętnego obywatela. Jest to problem skali globalnej, nie tylko występujący na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czy Unii Europejskiej. Już od początku lat 90 ubiegłego stulecia, nagły rozwój technologiczny, IT i przemiany społeczne spowodowały rozwój zadłużania ponad miarę przeciętnych obywateli i wpadanie w spiralę zadłużenia (szacuje się, iż stanowi to wydawanie więcej niż 25% łącznych dochodów osoby fizycznej, lub 5% dochodu całego gospodarstwa domowego na obsługę kredytu konsumenckiego lub więcej niż 50% dochodów danej osoby lub 6% całego gospodarstwa domowego na obsługę kredytu konsumenckiego i hipotecznego)², z której niejednokrotnie nie było wyjścia. Zadłużenie gospodarstw domowych nie prowadzących działalności gospodarczej może okazać się tak wysokie, że dłużnicy nie są w stanie go spłacić z bieżących dochodów.³ Procedury oddłużeniowe, polubowne lub układowe rozwiązanie, mają służyć podtrzymaniu egzystencji dłużnika, jego aktywności zawodowej, skutkując ostatecznie poprawą sytuacji finansowej. Jeżeli zadłużenie utrzymuje się, a nie był to chwilowy brak środków, przepisy prawa mogą pozwolić na redukcję części długu.⁴ Obserwując te negatywne zdarzenie ustawodawca postanowił pośpieszyć z pomocą obywatelom wprowadzając instytucję nazywanej w doktrynie upadłością konsumencką. Niejednokrotnie krytykowana instytucja, za swoje niedopracowanie, co do zasady ma za zadanie podać pomocną dłoń w oddłużeniu osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej wedle treści

1 *Building Financial Capability in UK*, Financial Services Authority, London 2003; *Financial Capability and Poverty*, Discussion Paper, SEDI, Toronto 2004.

2 W. Szpringer, *Upadłość konsumencka. Inspiracje z rozwiązań światowych oraz rekomendacje dla Polski*, CeDeWu, Warszawa 2009, s. 19.

3 *Bulding Financial...*

4 M. Rutkowska, *Upadłość konsumencka – przegląd regulacji wybranych systemów prawnych*, „Bank i Kredyt” 2004, nr 11–12.

art. 491¹ u.p.u.n. odsyłającej do art. 1 ust 1 lit. b ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. Nr 60, poz. 535), dać im tzw. „nowy start” i wraz z wyjściem ze spirali zadłużenia, prowadzącej do ubóstwa i pogorszenia sytuacji swojej i swoich najbliższych. Każdy z przypadków niewypłacalności osób fizycznych rodzi negatywne konsekwencje nie tylko dla dłużnika, jego rodziny, ale także dla kontrahentów.⁵ Wierzyciele mogą się domagać swoich należności na drodze sądowo-egzekucyjnej, co nieraz powoduje jeszcze większą szkodę wierzyciela z powodu przewlekłości postępowania. W celu uproszczenia postępowania przyjęto rozwiązanie⁶ wprowadzono konstrukcje, które mają na celu przyspieszenie postępowania w porównaniu do tradycyjnego postępowania sądowego. Niestety nawet te zabiegi nie przyspieszyły postępowania upadłościowego, ponieważ przewlekłość wynika z faktu, iż ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie uproszczonego trybu składania wniosku o ogłoszenie upadłości⁷, co ma zagwarantować pewność i rangę wagi upadłości konsumenckiej postępowania sądowego.

Innym zarzutem podnoszonym jest fakt nieprecyzyjności przepisów, jak również trudności natury praktycznej, które powodują przewlekłość i niejasność postępowania upadłościowego zawartego w tytule V przedmiotowej ustawy. Dotychczasowa praktyka pokazuje, iż wiele problemów z prawidłowym złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości mają sami przedsiębiorcy⁸, a tym bardziej osoby fizyczne. Większość aspektów ma postać precedensów, rozstrzyganych bezpośrednio przez sędziów na potrzeby danego postępowania, a doktryna jest także jeszcze niestabilizowana.

Zastanawiający jest także fakt, że tytuł V został wprowadzony do ustawy dopiero Ustawą z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 234, poz. 1572) przy czym zaczął obowiązywać dopiero od 2009 roku. Sytuacja, w której podstawą jest ogłoszenia upadłości konsumenckiej jest zaprzestanie wykonywania zobowiązań (niewypłacalności) w rozumieniu art. 10 ust 1 u.p.u.n. Ten fakt, może mieć wiele przyczyn, w części od dłużnika niezależnych, takich jak utrata

⁵ W. Szpringer, *Upadłość...*, s. 17.

⁶ K. Flaga-Gieruszyńska, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Beck, Warszawa 2009, s. 301.

⁷ R. Adamus, A. Witosz, W. Witosz, *Upadłość konsumencka. Komentarz praktyczny*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 13.

⁸ *Ibidem*, s. 13.

zdrowia uniemożliwiająca kontynuowanie pracy zarobkowej⁹ czy zdarzenia *vis maior*. Taką też regulację *de lege lata* wprowadził ustawodawca w art. 491³ ust 1 u.p.u.n. wskazując fakt, iż niewypłacalność musi stanowić zdarzenie niezależne i niezawinione od upadłego. Powodem takiego zapisu jest argument, iż upadłość osoby fizycznej ma być pomocą dla uczciwych dłużników, którzy popadli w problemy nie ze swojej winy. Jest to zapis zaadoptowany z Ustawy z 1934 roku Prawo o postępowaniu układowym (Dz.U. Nr 93. poz. 836).

Podążając za doktryną „oddłużenie w drodze upadłości osób fizycznych nie będący przedsiębiorcami jest przywilejem. Z tego powodu dostępność do instytucji w sytuacji, w których dłużnik, najogólniej mówiąc, bez własnej winy stał się niewypłacalny, a nadto nie pogłębiał tej niewypłacalności, gdy już do niej doszło¹⁰ nie może być zbyt łatwe, aby przedmiotowa instytucja nie została nadużywana. Należy podkreślić, iż niewypłacalność musi wynikać z niewykonywania zobowiązań pieniężnych zgodnie z art. 11 ust. 1 u.p.u.n. Przepis art. 491³ u.p.u.n. stanowi pewną modyfikację¹¹ wspomnianego art. 11 ust. 1 u.p.u.n. Wykluczone jest natomiast ogłoszenie upadłości dłużnika, który stał się niewypłacalny z własnej winy, czyli na wskutek gier hazardowych, rozrzutności, nadmiernej dobroczynności.¹² Zważywszy na te fakty zdolność upadłościowa „jest tyłz nieprecyzyjna, co i ocenna.”¹³ Przyczyną wniesienia wniosku o upadłość może być także utrata zatrudnienia. W doktrynie toczą się dyskusje na temat zawinienia pracownika przy utracie zatrudnienia. Czy wystarczy jego zawinienie, dyscyplinarne zwolnienie ze stosunku pracy za wypowiedzeniem czy może samo wypowiedzenie umowy zlecenia, w szerokim znaczeniu pojęcia świadczenia pracy. Wiadomo, iż jest to ocenne i musi być rozpatrywana indywidualnie na postawie danego stanu faktycznego.

Aby uniknąć nadużywania przez osoby fizyczne instytucji upadłości konsumenckiej ustawodawca wprowadził w art. 491³ ust. 2 u.p.u.n., iż skorzystać z tego przywileju można tylko raz na 10 lat. Argumentem na wprowadzenie takiego okresu czasu jest przywołanie art. 118 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 94.),

9 *Bulding Financial...*

10 P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe i naprawcze – Komentarz*, Beck, Warszawa 2012, s. 987.

11 R. Adamus, A. Witosz, W. Witosz, *Upadłość...*, s. 62.

12 P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*, s. 988.

13 R. Adamus, A. Witosz, W. Witosz, *Upadłość...*, s. 62.

który stanowi okres przedawnienia roszczeń cywilnoprawnych. W bardziej liberalnych systemach, takich jak niemiecki od 2006 roku zmniejszono okres ponownego wnoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości z 6 do 4 lat.¹⁴ Do 10-letniego okresu odnoszą się bezwzględne przyczyny oddalenia wniosku, które są enumeratywnie wymienione w ust 2 art. 491³ w pkt 1–4. Wszystkie wiążą się działaniami osoby fizycznej we wcześniejszych czynnościach związanych z procesem upadłościowym. Ma to za zadanie zabezpieczyć procedurę przed nadużyciami ze strony nieuczciwych upadłych, którzy działają z zamiarem permanentnego unikania spłaty zobowiązań i pokrzywdzeniem wierzycieli.

Rozważając o instytucji upadłości konsumenckiej należy zadać podstawowe pytanie kto jest, według ustawy adresatem przepisów? Podążając za treścią art. 491¹ u.p.u.n. jest nią osoba fizyczna, nieprowadząca działalności gospodarczej. Upadłość pod względem podmiotowym jest dychotomiczna¹⁵, co oznacza iż dzielimy ją na upadłość względem osób fizycznych tzw. konsumencką i względem podmiotów wymienionych w art. 5–9 u.p.u.n. Przytoczone artykuły kategoryzują podmioty na te, które prowadzą działalność gospodarczą na swój rachunek, zaprzestały prowadzenia działalności gospodarczej w przeciągu roku (i zostały prawomocnie wykreślone z rejestru)¹⁶, jak również podmioty prawa handlowego, wspólnicy spółki jawnej i partnerzy spółki partnerskiej, komplementariusze w spółce komandytowej i komandytowo-akcyjnej, komandytariusze i akcjonariusze, ponoszące odpowiedzialność za zobowiązania spółek tj. komplementariusze w spółce komandytowej lub spółce komandytowo-akcyjnej. Spory dylemat rysuje się w momencie, gdy osoba fizyczna posiada zobowiązania w tzw. sferze prywatnej, a równocześnie jest dłużnikiem, który prowadzi zobowiązania z prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej. *Prima facie* kuszącym rozwiązaniem wydaje się być pozostawienie wyboru co do rodzaju postępowania upadłościowe.¹⁷ Ustawodawca rozwiązał ten problem w następujący sposób. Jeżeli osoba fizyczna ma zdolności upadłościową na postawie art., 5 u.p.u.n., gdyż jest przedsiębiorcą albo korzysta z poszerzonego zakresu

14 *Sozialdezernent Roland Wegricht hält Nachbesserungen beim Verbraucherkonkurs für unumgänglich*, Presseinformation, www.lahn-dill-kreis.de [dostęp 19.07.2014].

15 P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*, s. 981.

16 *Ibidem*, s. 981–982.

17 R. Adamus, A. Witosz, W. Witosz, *Upadłość...*, s. 28.

zdolności naprawczej jako współnik (partner) handlowych spółek osobowych ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia, albo gdy zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej, jeżeli od dnia wykreślenia z ewidencji działalności gospodarczej nie upłynął rok, wówczas dla takiego dłużnika właściwa jest upadłość przedsiębiorcy. Dla osób fizycznych nieodpowiadających powyższym kryteriom ma zastosowanie tryb upadłości konsumenckiej.¹⁸ Zastanawiającym jest fakt, że ustawodawca przy upadłości konsumenckiej nie wskazał momentu, ani limitu w postaci sumy, po którego przekroczeniu osoba fizyczna jest zobligowana do złożenia wniosku o stwierdzenie upadłości, w przeciwieństwie regulacji art. 21 u.p.u.n., która zobowiązuje dłużnika-przedsiębiorcę do złożenia wniosku o upadłość w terminie dwóch tygodni od dnia zaistnienia stanu niewypłacalności. Przy takim zapisie prawa trudno stwierdzić kiedy jest ten właściwy moment na wniesienie przedmiotowego wniosku. Dłużnik może z czasem powiększać swoją niewypłacalność do olbrzymich rozmiarów. Z drugiej strony niewypłacalność może okazać się chwilowa i cały tryb okaże się zbędnym. Trudno przewidzieć jaki był zamiar ustawodawcy pozostawiając tą kwestię niedookreśloną. Może był celowy, a może zwyczajne przeoczenie istotnej kwestii.

Należy także zwrócić uwagę na przepis art. 491² ust. 2 u.p.u.n., który wskazuje fakt, iż tylko sam dłużnik może zgłosić upadłość, nie może tego uczynić żaden z wierzycieli, ani prokurator.¹⁹ Takie uregulowanie jest charakterystyczne dla umiarkowanego modelu upadłościowego²⁰, który występuje w takich państwach jak: Dania, Niemcy, Francja, Hiszpania, Izrael, Indie²¹ a cechuje się oddłużeniem na wniosek tylko dłużnika i restrykcyjnymi postanowieniami, przez co tylko mały odsetek wniosków zostaje pozytywnie rozpatrzonych. Przepisy niniejszego tytułu z omawianego artykułu stosuje się nie wprost, lecz odpowiednio.²² Przy odpowiednim stosowaniu przepisów nie mają zastosowania te przepisy, które ze względu na swoją treść są bezprzedmiotowe lub sprzeczne z przepisami normującymi już te stosunki, do których mają być stosowane.²³

18 R. Adamus, A. Witosz, W. Witosz, *Upadłość...*, s. 28.

19 S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Beck, Warszawa 2013, s. 924.

20 *Ibidem*, s. 920.

21 *Ibidem*.

22 A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo Upadłościowe i Naprawcze. Komentarz*, LEX, Warszawa 2010, s. 923.

23 J. Nowacki, *Antologia legis*, PWN, Warszawa 1966, s. 146.

Przy odpowiednim stosowaniu przepisów o postępowaniu upadłościowym obejmującym likwidację majątku upadłego, do postępowania uregulowanego niniejszym tytułem nie będą miały zastosowania nie tylko przepisy bezpośrednio wyłączone z art. 491² ust. 1 i 5 u.p.u.n., lecz także, te które z uwagi na regulację zawartą w art. 491² ust. 2–5 u.p.u.n. (jak również innych przepisach zawartych w niniejszym tytule) są bezprzedmiotowe.²⁴ W sprzeczności z właściwościami „upadłości konsumenckiej” pozostawałoby stosowania art. 31 u.p.u.n. w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości, ponieważ przepis ten stanowi o badaniu stanu przedsiębiorstwa oraz zachowaniu terminu, o który, mowa w art. 21 ust. 1 u.p.u.n., okoliczności te zaś są oczywiście bezprzedmiotowe w upadłości konsumenckiej.²⁵ W postępowaniu upadłości konsumenckiej może być stosowany przepis art. 13 ust. 1 i 2 u.p.u.n., który stanowi w ust., iż sąd oddali o ogłoszenie upadłości, jeżeli majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania, a w ust. 2, iż sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości w razie stwierdzenia, że majątek dłużnika jest obciążony hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym lub hipoteką morską w takim stopniu, że pozostały jego majątek nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania. Stosowanie tego przepisu zostało potwierdzone w uzasadnieniu postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 16.07.2012 roku SK 13/10, OTK-A 2012, Nr 7, poz. 92 jako prawa dłużnika do sądu.

Przepisy znajdujące zastosowanie w upadłości konsumenckiej mają w szczególności wpływ na inne stosunki prawne tj.: skutki ogłoszenia upadłości co do osoby upadłego (art. 57 ust. 1–3 i ust.5 u.p.u.n.), skutki ogłoszenia upadłości co do majątku upadłego (art. 61–63, 65, 69, 75 ust. 1 i 2, 77 ust. 1–3, 78–79, 81 ust. 1 i 2, 82 u.p.u.n.), wyłączenie z masy upadłości (art. 70–74 u.p.u.n.), skutki ogłoszenia upadłości co do zobowiązań upadłego (art. 83, 84, 91–116 u.p.u.n.), skutki ogłoszenia upadłości co do spadków nabytych przez upadłego (art. 119–123 u.p.u.n.), wpływ ogłoszenia upadłości na stosunki majątkowe małżeńskie upadłego (art. 124–126 u.p.u.n.), bezskuteczność i zaskarżenie czynności upadłego (art. 127 ust. 1–3, 128 ust. 1, 130–134a u.p.u.n.), wpływ upadłości na inne postępowania (art. 144–147 z zastrzeżeniem art. 491² ust. 6 u.p.u.n.), postępowanie upadłościowe prowadzone po ogłoszeniu upadłości (art. 149–155,

24 A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo Upadłościowe...*, s. 923.

25 S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, s. 923.

156 ust. 1 i 4, art. 157 ust 1, 157a ust. 1 pkt. 1, ust 2 i 3, art. 160–162, 164–168, 169a, 170 ust. 1–3, 172, 173, 175, 176, 178, 179, 185 ust. 1 i 2, art. 186, 188–196, 197 ust. 1 198–2014 u.p.u.n.), zgłoszenie i ustalenie wierzytelności (art. 236, 239–266 u.p.u.n.), likwidacja masy upadłościowej (art. 306, 307 ust. 2, 308–311, 313–315, 320–323, 325–329, 331–334 u.p.u.n.), podział funduszów masy upadłościowej (art. 335–360 u.p.u.n.), zakończenie i umorzenie postępowania upadłościowego (art. 361–368, 372, art. 491³ ust. 2 pkt. 3 *in fine* u.p.u.n.).²⁶

Inną kwestią poruszoną w przedmiotowym art. 491² w ust. 3 u.p.u.n. Jest kwestia obowiązku powiadomienia wierzycieli o toczącym się postępowaniu upadłościowym. Jest to podwójny obowiązek, a mianowicie zamieszczenia informacji w budynku sądu, a także zamieszczenia ogłoszenia w gazecie o zasięgu ogólnopolskim. Tak jak pierwszy obowiązek jest rozsądnym rozwiązaniem, co do drugiego można mieć wiele wątpliwości, ponieważ co do zasady dłużnik składający wniosek o upadłość jest na skraju bankructwa i nie zawsze ma dostateczne fundusze na zamieszczenia stosownego ogłoszenia w gazecie o zasięgu krajowym. Poza tym na dzień dzisiejszy gazety w tradycyjnym tego słowa znaczeniu mają coraz mniejszą liczbę czytelników, co staje się bezprzedmiotowe w kwestii poinformowania potencjalnych dłużników, a póki co doktryna nie wymaga zamieszczania informacji w gazetach internetowych czy na różnego rodzaju portalach. W doktrynie coraz częściej podnosi się głos, iż za rozsądne byłby stworzenie strony internetowej, na której zamieszczano by informację o niewypłacalności dłużników chcących skorzystać z możliwości oddłużenia w postaci upadłości konsumenckiej.

Następny ust. 4 art. 491² u.p.u.n. nakłada obowiązek na sąd o zwrócenie się do naczelnika urzędu skarbowego o udzielenie informacji, czy dłużnik w ciągu ostatnich pięciu lat przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości zgłaszał fakt dokonania czynności prawnych podlegających opodatkowaniu, oraz zasięga informacji w Krajowym Rejestrze Sądowym, czy dłużnik jest współnikiem spółek handlowych. Dane uzyskane z Krajowego Rejestru Sądowego umożliwiają ustalenie podstaw przyjęcia wniosku o ogłoszenia upadłości według przepisów niniejszego tytułu²⁷, albo jego oddalenie. Natomiast dane uzyskane w Urzędzie Skarbowym mają na celu sprawdzenie czy dłużnik przewidując zagrożenie nie

26 S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, s. 924–925.

27 A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo Upadłościowe...*, s. 925.

wyzywał się swojego majątku np. poprzez darowizny. Można podnieść bezzasadność tego przepisu, ponieważ pomimo posiadanie tej wiedzy nie stanowi ona przesłanki do oddalenia złożonego wniosku.

Swoistym *novum* jest wykreślenie art. 32 u.p.u.n. z przedmiotowego art. 491² ust. 1, co oznacza, iż przepis ten ma zastosowanie do niniejszego tytułu, a dalej oznacza, że względem dłużnika – konsumenta nie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 28 lipca 2005 o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.) w zakresie zwolnienia od kosztów postępowania. Do tej pory dłużnik mógł wnioskować o zwolnienie z przedmiotowych kosztów, co często było bezprzedmiotowo ze względu na art. 13 ust. 1 u.p.u.n., a mianowicie sąd rozpatrując wniosek stwierdzał brak środków w majątku dłużnika i z tego powodu oddala wniosek, zanim dłużnik wnioskował o zwolnienie. Na podstawie tego stanu prawnego postępowanie nie zostaje wszczęte, gdy dłużnik nie ma możliwości nawet pokrycia kosztów złożenia wniosku w wysokości 200 złotych.

Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie w postaci możliwości dania upadłemu kompetencji do likwidacji masy upadłości nie oznacza, że następuje ona według ustalonych przez samego upadłego zasad. Obowiązywać go będą takie same przepisy jak w sytuacji, gdy likwidacji masy upadłości dokonuje syndyk, czyli przepisy tytułu IV części pierwszej ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze.²⁸ Przekazanie obowiązku przeprowadzenia samodzielnej likwidacji przez dłużnika tylko pod nadzorem syndyka może wywołać wiele obaw. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na fakt, iż dłużnik-konsument co do zasady nie ma specjalistycznej wiedzy w dziedzinie prawa, administracji czy ekonomii. Zawiłość przepisów może powodować popełnianie wiele błędów, a w sytuacji niewypłacalności należy przyjąć, że dłużnik nie będzie w stanie unieść ciężaru opłacenia profesjonalisty. Drugim bardzo poważnym zagrożeniem jest to, że w przeciwieństwie do przedsiębiorców osoba fizyczna nie ma obowiązku spisywania swojego majątku czy też prowadzenia ksiąg rachunkowych. Takie stan faktyczny może powodować wiele nadużyć ze strony potencjalnego upadłego. Wielce prawdopodobnym jest, że będzie chciał ukryć prawdziwy stan swojej masy majątkowej, aby oddłużenie było jak najmniej dotkliwe względem niego. Sędzia – komisarz powinien więc ostrożnie dysponować kompetencją, przekazywania²⁹ spraw do samodzielnego

28 R. Adamus, A. Witosz, W. Witosz, *Upadłość...*, s. 40.

29 *Ibidem*, s. 41.

prowadzenia likwidacji przez dłużników, biorąc pod uwagę całokształt danego przypadku. Sędzia-komisarz musi uchylić z urzędu prawo do osobistej likwidacji upadłego, w razie uchybienia przez niego nawet nieumyślenie przepisom upadłościowym lub rękojmi prawidłowego prowadzenia likwidacyjnego. Czynności likwidacyjne rozpoczyna się od sporządzenia przez upadłego spisu inwentarza, obejmującego wszystkie składniki masy upadłościowej, a na jej podstawie upadły sporządza plan likwidacji. W taki sposób dłużnik przedstawia plan sprzedaży masy majątkowej, która ma na celu zaspokojenie wierzycieli. Wedle art. 311 u.p.u.n. likwidacji masy upadłości upadły dokonuje przez: sprzedaż nieruchomości, ruchomości, ściągnięcie przysługujących mu wierzytelności oraz wykonanie lub zbycie innych praw majątkowych. W odniesieniu do sprzedaży nieruchomości obowiązuje (co do zasady) tryb przetargowy, a upadły może tylko sugerować tryb sprzedaży z wolnej ręki, co wymaga zgody rady wierzycieli.³⁰ Należy przypomnieć, że do likwidacji masy upadłości mają zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego, który określa jakie składniki majątku nie stanowią zajęcia i nie podlegają zbyciu takie jak: alimenty czy nominalne wynagrodzenie za pracę ze stosunku pracy.

Warto wspomnieć o Orzeczeniu SN 11 stycznia 2006 r. (II CSK 40/05, OSNC 2006, Nr 10, poz. 168) w sprawie niedopuszczalności wniesienia skargi paulińskiej (art. 527KC) przez „wierzyciela na czynność prawną dokonaną przez syndyka w ramach likwidacji masy upadłości”, ponieważ dopuszczenie takiej możliwości oznaczałoby, że „wierzyciel ten, z pierwszeństwem przed innymi wierzycielami upadłego, mógłby zaspokoić się z przedmiotów majątkowych, które w ramach likwidacji masy upadłości zostały zbyte przez syndyka (art. 523 KC), co z kolei prowadziłoby do „zniweczenia celu postępowania upadłościowego, którym w razie likwidacji majątku upadłego jest zaspokojenie wierzycieli stosownie do zasad przewidzianych w przepisach prawa upadłościowego (art. 204–206 i 342–344 u.p.u.n.) i z naruszeniem tych zasad – do uprzywilejowania jednego wierzyciela kosztem pozostałych.”

Treść art. 491⁴ stanowi pewne zabezpieczenie postępowania przed nieuczciwością upadłego, a mianowicie jeżeli upadły nie wskaże i nie wyda syndykowi całego majątku albo niezbędnych dokumentów lub w inny sposób nie wykonuje ciężących na nim obowiązków, sąd umarza postępowanie. Z całą pewnością należy przyznać słuszność zastrzeżeniu

30 *Ibidem*, s. 44.

procedury postępowania upadłościowego, ponieważ należy to postępowanie traktować jako dobrodziejstwo dla dłużnika niebędącego przedsiębiorcą. Ustawa przy tym nie przewiduje możliwości oceny wpływu zajęcia lub nieprzekazania dokumentów na bieg postępowania – nawet gdyby było to uchybienie mało znaczące, musi spowodować umorzenie postępowania.³¹ Należy tu przypomnieć, że skutkiem umorzenia jest niemożliwość złożenia kolejnego wniosku o ogłoszenie upadłości przez kolejne 10 lat, co już zostało podnoszone w przedmiotowym artykule.

Nawiązując do artykułu omawianego należy zwrócić uwagę na fakt, iż upadły nie jest całkowicie autonomiczny w wyborze przedmiotów, które wchodzi do masy upadłości. Uzyskuje pomoc w postaci nadzoru sędziego – komisarza, o czym stanowi art. 491⁵ u.p.u.n. Wniosek zawierający wątpliwości co do składu może złożyć sam upadły lub syndyk. Trzeba jednak dodać, że decyzja sędziego nie jest ostateczna, ponieważ przysługuje na jego postanowienie zażalenie do sądu upadłościowego w składzie trzech sędziów zawodowych, a dopiero ta decyzja ma charakter ostateczny³².

Kontynuacją tego tematu w sprawie sprzedaży nieruchomości jest art. 491⁶ ust. 1, którego treść brzmi: „Jeżeli w skład masy upadłości wchodzi lokal mieszkalny albo dom jednorodzinny, w którym zamieszkuje upadły, z sumy uzyskanej z jego sprzedaży wydziela się upadłemu kwotę odpowiadającą przeciętnemu czynszowi najmu lokalu mieszkalnego za okres dwunastu miesięcy.” Przepis zawiera wiele niedookreślonych sformułowań, które są doprecyzowywane w doktrynie. Przede wszystkim należy dookreślić jakie formy władztwa nad „domem czy lokalem mieszkalnym” zawierają się w przedmiotowym przepisie. Doktryna podkreśla, iż tytuł własności jest zasadniczo obojętny – może to być zarówno prawo własności, własność hipoteczna, własnościowe spółdzielcze prawo do lokalu, jak i odrębna własność budynku na nieruchomości w użytkowaniu wieczystym.³³ Ważniejszym jest fakt rzeczywistego i stałego przebywania w danej nieruchomości, co ważniejsze nie należy tego mylić z koniecznością zameldowania. Kolejną kwestią jest wysokość przeciętnego czynszu. Tu pod uwagę należy brać nie dotychczasowe warunki mieszkaniowe upadłego przykładowo zamieszkiwanie w luksusowym apartamentowcu, a średni czynsz miejscowości, w której upadły ma zamiast zamieszkać, co oznacza, że nie musi być to czynsz

31 P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*, s. 990.

32 *Ibidem*, s. 992.

33 *Ibidem*, s. 993.

miejscowości, w której mieszkał dotychczas, ponieważ w związku z upadłością może zmienić miejsce geograficzne swojego pobytu, co będzie związane np. z nowym zatrudnieniem. Na wielkość czynszu będzie mieć też wpływ treść ust. 2 przedmiotowego artykułu, ponieważ stanowi, iż należy wziąć pod uwagę potrzeby mieszkaniowe upadłego, w tym liczbę osób pozostających z upadłym we wspólnym gospodarstwie domowym. Jak wiadomo nie oznacza to, że więzi muszą być sformalizowane, czy też rzeczywiste np. poprzez pokrewieństwo. Na postanowienie sędziego – komisarza w postaci wysokości czynszu także przysługuje zażalenie do sądu rejonowego.

Następnym krokiem w postępowaniu upadłościowym względem osoby fizycznej jest wydanie postanowienia przez sąd o zatwierdzeniu planu spłat. Ma to miejsce po sporządzeniu ostatecznym planu podziału, nie wcześniej niż po opuszczeniu przez upadłego domu jednorodzinnego lub lokalu mieszkalnego według art. 491⁷ u.p.u.n. Nie chodzi tu o samą osobę upadłego, ale także wszystkie osoby wspólni z nim zamieszkujące owe pomieszczenia. Podążając za dalszą częścią przedmiotowego przepisu sąd po wydaniu postanowienia określa w jakim zakresie i w jakim czasie upadły jest obowiązany spłacić należności niezaspokojone na podstawie planu podziału oraz jaka część zostanie umorzona. Sąd jest ograniczony ustawowym terminem 5 lat, który jest maksymalnym na jaki okres mogą być rozłożone spłaty wierzytelności. Wniosek o ustalenie planu spłat składa sam upadły, natomiast sąd zatwierdza go po przeprowadzeniu rozprawy. Oczywiście sąd nie jest związany treścią wniosku i sam może określić plan spłat bardziej korzystny dla wierzycieli. W sytuacji niezadowolenia wierzycieli z zasądanego planu spłat przysługuje im zażalenie. Wielkość spłat dla poszczególnych wierzycieli powinna być wypadkowa kwoty, jaką dłużnik jest w stanie miesięcznie przeznaczyć na spłatę wierzycieli i okresu w którym powinien tych wierzycieli spłacić.³⁴ Warto jeszcze wspomnieć, iż według ust. 5 art. 491⁷ ustalenie planu spłaty nie narusza praw wierzyciela wobec poręczyciela upadłego oraz współdłużnika upadłego ani praw wynikających z hipoteki, hipoteki morskiej, zastawu czy zastawu rejestrowego, jeśli były ustanowione na mieniu osoby trzeciej.

W trakcie okresu wykonywania spłat upadły nie może przekraczać czynności zwykłego zarządu, aby dawać rękojmi należytego wykonywania spłat, a corocznie składa sprawozdanie z wykonywanego spłat wierzytelności wraz ze zeznaniem podatkowym. Zobowiązanie jaki może

34 *Ibidem*, s. 997.

zaciągać to tylko takie, które są niezbędne do utrzymania siebie i osób, na których ciąży ustawowy obowiązek dostarczania środków utrzymania. Warto zauważyć, że w trakcie okresu spłat mogą zajść nieprzewidywane zmiany okoliczności. Sytuacja majątkowa upadłego może się znacznie poprawić, jak również znacznie pogorszyć. Ustawodawca przewidział takie możliwości w art. 491¹⁰, a mianowicie w razie nieoczekiwanej przeszkody uniemożliwiającej spłacanie wierzycieli, sąd może na wniosek wierzyciela zmienić wielkość spłat, jak również wydłużyć okres spłat o dodatkowe 2 lata maksymalnie. Natomiast, gdyby sytuacja życiowa upadłego bardzo się poprawiła jego wierzyciele są uprawnieni do złożenia wniosku do sądu o podwyższenie spłat lub skrócenie czasu spłat. Należy zwrócić uwagę, że taka możliwość nie przysługuje samemu upadłemu, co oznacza, że z własnej woli nie może wnioskować o podwyższenie kwoty spłat, a tym samym szybsze zaspokojenie wierzycieli.

W sytuacji niewykonania przez upadłego obowiązków w planie spłat wierzycieli sąd na wniosek wierzyciela po przeprowadzeniu rozprawy umarza postępowanie. Jednak gdy upadły wywiąże się z nałożonych na niego obowiązków w planie spłat sąd wydaje postanowienie o umorzeniu niezaspokojonych zobowiązań upadłego objętych planem spłaty oraz o zakończeniu postępowania upadłościowego.

Podsumowując powyższe rozważanie należy stwierdzić, że wprowadzenie omawianego uregulowania, z samej idei jest dobrym rozwiązaniem. Niestety wiele z zapisów nie sprawdza się w rzeczywistości, na co wskazuje praktyka. Można by rzec, że jest to uregulowanie dla osób zaможnych upadłych a nie jak zakładano dla każdego niewypłacalnego dłużnika, stojącego na skraju bankructwa. Warto więc się zastanowić nad częścią zapisów, aby zmodyfikować je tak, aby każdy przeciętny dłużnik mógł efektywnie skorzystać z proponowanej instytucji prawnej, jaką jest upadłość konsumencka dotycząca osób fizycznych.

Bibliografia

- R. Adamus, A. Witosz, W. Witosz, *Upadłość konsumencka. Komentarz praktyczny*, LexisNexis, Warszawa 2009.
- Building Financial Capability in UK*, Financial Services Authority, London 2003.
- K. Flaga-Gieruszyńska, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Beck, Warszawa 2009.

- Financial Capability and Poverty*, Discussion Paper, SEDI, Toronto 2004.
- S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Beck, Warszawa 2013.
- A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo Upadłościowe i Naprawcze. Komentarz*, LEX, Warszawa 2010.
- J. Nowacki, *Antologia legis*, PWN, Warszawa 1966.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 września 2013 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2014 Dz.U. 2013 poz. 1074.
- M. Rutkowska, *Upadłość konsumencka – przegląd regulacji wybranych systemów prawnych*, „Bank i Kredyt” 2004, nr 11–12.
- Sozialdezernent Roland Wegrich hält Nachbesserungen beim Verbraucherkonkurs für unumgänglich*, Presseinformation, www.lahn-dill-kreis.de.
- W. Szpringer, *Upadłość konsumencka. Inspiracje z rozwiązań światowych oraz rekomendacje dla Polski*, CeDeWu, Warszawa 2009.
- Ustawa z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo Upadłościowe i Naprawcze, Dz.U. 2003 nr 60 poz. 535.
- Ustawa z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U. 2005 nr 167 poz. 1398.
- Ustawa Kodeks Cywilny z 23 kwietnia 1964 roku, Dz.U. 1964 nr 16, poz. 93, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 roku Kodeks Postępowania Cywilnego, Dz.U. 1964 nr 43, poz. 296.
- Ustawy z 1934 roku Prawo o postępowaniu układowym Dz.U. 1934, Nr 93. poz. 836.
- P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe i naprawcze – Komentarz*, Beck, Warszawa 2012.

ABSTRACT

KAROLINA SWOBODA

Personal bankruptcy

The institution of natural person bankruptcy is a novelty introduced to the Law on Bankruptcy Law, although some provisions of the present Act were already known in the interwar period. The rules are designed to help insolvent debtors, who are natural persons not established in the modification of existing commitments, so that as many creditors were unsatisfied. Title V of the Law indicates the material and procedural issues governing body of explanation of the circle through the

whole procedure to complete the procedure. Addressing the issue of the so-called “consumer bankruptcy” should not focus only on the same legal basis of the institution. You have to look at the wider problem, as well as its genesis, which results from socioeconomic changes. Often the debtor overestimating their financial capabilities and underestimate the risks in terms of debt. Hence, the legislator decided to introduce the present institutions.

Article aims to provide the consumer bankruptcy, as well as to draw attention to controversial issues addressed in this work so that you can better understand the discussed institution.

Rola prospektu informacyjnego przy zawieraniu umów z deweloperem

Słowa kluczowe: prospekt informacyjny, deweloper, przedsięwzięcie deweloperskie, lokal mieszkaniowy

Podążając za wspólnotowym (obecnie unijnym) nurtem rozwoju prawa konsumenckiego¹ ustawodawca polski postanowił w ustawie z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego nałożyć na deweloperów obowiązek proinformatywnych działań na etapie przedkontraktowym. Od dnia 29 kwietnia 2012 r. przedsiębiorcy zobowiązani są do przedstawiania nabywcom prospektu informacyjnego. Jego sporządzenie to najważniejszy przedkontraktowy obowiązek dewelopera i jeden z podstawowych instrumentów ochrony praw nabywców. Konsument z reguły nie dysponuje odpowiednim zasobem informacji dotyczących swojego kontrahenta, nie korzysta też z profesjonalnej pomocy prawnej przy zawieraniu umowy, dlatego prospekt jawi się jak środek, który zniweluje istniejącą dysproporcję w pozycji kontraktowej stron². Zapewnienie dostatecznego doinformowania na etapie przed podpisaniem umowy

1 K. Włodarska-Dziurzyńska, *Sankcje w prawie konsumenckim na przykładzie wybranych umów*, Warszawa 2006, s. 44 i n.

2 P. Mikłaszewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 56–58.

wydaje się niezwykle istotne w odniesieniu do umowy deweloperskiej ze względu na dotychczasową praktykę deweloperów. Nierzadko zdarzało się bowiem, że informacje dotyczące inwestycji deweloper przekazywał w formie ustnych zapewnień. W oparciu o przedstawione przez niego informacje klienci decydowali na związanie się umową, po czym te rzekome gwarancje nie znajdowały odzwierciedlenia w treści umowy zasadniczej, co często prowadziło do dużych rozbieżności między ostatecznym kształtem nieruchomości, a oczekiwaniami nabywcy³. Wobec tego prospekt informacyjny należy przede wszystkim postrzegać jako instrument dający nabywcy pewność otrzymania rezultatu umowy deweloperskiej zgodny z zapewnieniami przedsiębiorcy na etapie zawierania umowy. Prospekt informacyjny odgrywa też dużą rolę dla samego dewelopera. Wpływa on na ocenę jego wiarygodności w oczach potencjalnych klientów, przez co może skutkować wzrostem sprzedaży oferowanych nieruchomości i podniesieniem jego atrakcyjności na rynku. Podkreślić należy, że występowanie tego typu dokumentów informacyjnych, mających przeciwdziałać zjawisku asymetrii informacyjnej, nie jest zjawiskiem nowym. Podobne obowiązki jak w przy zawieraniu umowy deweloperskiej nakładane są na profesjonalistów w kontraktach typu timeshare⁴, czy w umowach o kredyt konsumencki⁵.

Charakter prawny

Przechodząc w dalszej części rozważań do treści prospektu należałoby się najpierw zastanowić nad tym jaki charakter prawny ma prospekt informacyjny. Czy doręczenie go potencjalnemu nabywcy jest ofertą w rozumieniu przepisu art. 66 KC, czy może zaproszeniem do zawarcia umowy z art. 71 KC. Zarówno w wyrokach Trybunału Sprawiedliwości Unii

3 B. Gliniecki, *Umowa deweloperska. Konstrukcja prawna i zabezpieczenie wzajemnych roszczeń stron*, Warszawa 2012, s. 36.

4 Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o timeshare (Dz.U. Nr 230, poz. 1370), która zastąpiła ustawę z dnia 13 lipca 2000 r. o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku oraz o zmianie ustaw kodeks cywilny, kodeks wykroczeń i ustawy o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. Nr 74, poz. 855); w której to także przewidywany był obowiązek sporządzenia prospektu.

5 Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (Dz.U. Nr 216, poz. 715).

Europejskiej, jak również w polskim orzecznictwie wyraźnie podkreśla się, że o klasyfikacji oferty decyduje nie jej nazwa, ale istotne elementy przesądzające o takim charakterze komunikatu handlowego. Z treści jaką nadał pojęciu oferty prawodawca unijny wynika, że chodzi tutaj o wiążącą propozycję, spełniającą wszystkie warunki stawiane ofercie handlowej, w tym wypadku kierowanej do konsumenta⁶.

Mimo, iż w prospekcie występują określone *essentialia negotii* umowy deweloperskiej (niekoniecznie wszystkie), to celem prospektu jest informowanie osoby zainteresowanej zawarciem umowy o szeregu czynników faktycznych i prawnych, które mają wpłynąć na jej decyzję o związaniu się umową. Co istotne deweloper nie przejawia w nim swej woli odnośnie zawarcia umowy. Argumentem, który przemawia za faktem niemożności potraktowania prospektu jako oferty jest szczególna forma w jakiej umowa deweloperska musi być sporządzona, a mianowicie akt notarialny. Co wywołuje konieczność zarówno złożenia jak i przyjęcia oferty w tej formie. Prospekt natomiast jest sporządzany w zwykłej formie pisemnej⁷. Co nie pozostawia wątpliwości, prospekt nie zawiera klauzul umownych, a pewne informacje. Można go potraktować nie jako oświadczenie woli ale oświadczenie wiedzy, z którym związane są szczególne skutki prawne⁸. Trzeba też zwrócić uwagę, że prospekt może być jednocześnie dostarczany kilku osobom. Jeśli przyjąć, że jako oferta wiązałaby on dewelopera w stosunku do nich wszystkich, to mogłoby to prowadzić do absurdalnych skutków. Trudno się tu nie zgodzić z opinią, iż kiedy oświadczenie kierowane jest wobec kilku osób, a umowa może być zawarta tylko wobec niektórych, to nie można poczytywać tego jako oferty⁹. Powyżej przedstawione argumenty prowadzą do konkluzji, że prospekt należy

6 Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”, Dz.U. L 149 z 11.6.2005).

7 B. Gliniecki, *Ustawa deweloperska. Komentarz do ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Warszawa 2012, s. 106.

8 J. Kołacz, J. Wszolek, *Specyfika prospektów informacyjnych jako środka ochrony konsumentów na przykładzie ustawy deweloperskiej oraz ustawy o timeshare*, „Rejent” 2012, nr 9, s. 64–65.

9 P. Machnikowski, E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 190.

uznać jako zaproszenie do zawarcia umowy, w myśl art. 71 KC. Takie zaklasyfikowanie prospektu jest jednak możliwe tylko do momentu zawarcia umowy. Po jej zawarciu prospekt staje się bowiem integralną częścią umowy. Wobec tego należałoby się zastanowić, czy prospekt nie posiada charakteru wzorca umownego. Jak już podkreślałam wcześniej prospekt pełni funkcje wyłącznie informacyjne, nie zawiera postanowień umownych, z tej też przyczyny nie będzie go można stypologizować jako wzorca umownego¹⁰. Jest on załącznikiem do umowy, stanowiącym integralną jej część, która precyzuje zobowiązania umowne dewelopera. Nie ma on natomiast samoistnego znaczenia prawnego, ponieważ gdyby umowa okazała się nieważna, prospekt nie posiadałby żadnego znaczenia prawnego¹¹. Podsumowując, doręczony potencjalnemu kontrahentowi dewelopera prospekt jest zaproszeniem do podjęcia negocjacji odnośnie umowy deweloperskiej, przy czym w dokumencie tym ściśle doprecyzowany jest przedmiot takich negocjacji¹². Zaś samo doręczenie prospektu informacyjnego nabywcy nie prowadzi do powstania stosunku zobowiązaniowego między deweloperem a jego potencjalnym kontrahentem, co jednak nie pozbawia prospektu jakiegokolwiek doniosłości prawnej. U.o.p.n wprowadza bowiem szereg konsekwencji prawnych związanych z niedopełnieniem obowiązków informacyjnych przez dewelopera, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

Dostarczenie prospektu

Zgodnie z art. 17 u.o.p.n., deweloper rozpoczynający sprzedaż powinien dopełnić obowiązku sporządzenia prospektu informacyjnego dla danego przedsięwzięcia deweloperskiego, a w przypadku wyodrębnienia z przedsięwzięcia zadania inwestycyjnego dla tego zadania. Przez rozpoczęcie sprzedaży należy rozumieć podanie do publicznej wiadomości informacji na temat rozpoczęcia procesu oferowania lokali mieszkalnych lub domów jednorodzinnych w ramach określonego przedsięwzięcia deweloperskiego. Wydawać by się mogło, że dotyczy to deweloperów, którzy zaczęli

¹⁰ J. Kołacz, J. Wszolek, *Specyfika prospektów...*, s. 65.

¹¹ *Ibidem*, s. 66.

¹² T. Czech, *Ustawa deweloperska*, Warszawa 2013, s. 274–275.

sprzedaż po wejściu w życie ustawy, z tym że wprost z art. 38 wynika, że dotyczy to inwestycji, co do których rozpoczęcie sprzedaży nastąpiło przed wejściem w życie ustawy (przepis ten dotyczy zamieszczenia w prospekcie informacji braku stosowania ochrony z art. 4 u.o.p.n, a więc rachunków powierniczych)¹³. Ustawodawca posłużył się tu dość niefortunnie zwrotem przedsięwzięcie deweloperskie, którego definicja legalna pojawiła się dopiero w nowej ustawie i nie dotyczy ona inwestycji, których realizacja rozpoczęła się przed 29 kwietnia 2012 r. Dochodzimy więc do wniosku, że prospekt informacyjny powinien być sporządzony niezależnie od tego, czy rozpoczęcie sprzedaży nastąpiło przed 29 kwietnia 2012 r., czy po tej dacie.

U.o.p.n stanowi, że prospekt jest integralną częścią umowy. Na tle tego sformułowania pojawiają się wątpliwości natury praktycznej, Nie wiadomo bowiem, czy prospekt stanowić będzie jedynie załącznik do aktu notarialnego, taka jest bowiem obligatoryjna forma umowy deweloperskiej, czy może powinna to być część tego aktu. Większość autorów opowiada się za tym pierwszym rozwiązaniem¹⁴. Umowa deweloperska powinna być zgodna z treścią załączonego do niej prospektu. Gdy będą występowały rozbieżności między umową a prospektem, pierwszeństwo należałoby przyznać umowie¹⁵.

Deweloper doręcza prospekt informacyjny na żądanie osoby zainteresowanej, z tym że ustawodawca nie określa bliżej co należy rozumieć przez osobę zainteresowaną, ani jak powinno wyglądać zgłoszenie żądania¹⁶. Nie wiadomo bowiem czy żądanie powinno przybrać formę pisemną czy ustną, z punktu widzenia nabywcy lepsza wydaje się być forma pisemna. Po za tym, to iż dokument informacyjny doręczany jest klientowi na jego żądanie świadczy o tym, że nie jest on zobowiązany do zapoznania się z jego treścią. Deweloper doręcza prospekt na trwałym nośniku informacji, w formie papierowej lub na elektronicznym nośniku danych, który ustawodawca definiuje w art. 3 pkt 9 u.o.p.n. Doręczenie

¹³ H. Ciepla, B. Szczytkowska, *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 89.

¹⁴ M. Leśniak, W. Wójcik, *Kilka uwag o umowie deweloperskiej, czyli galimatias z umową deweloperską*, „Rejent” 2012, nr 12, s. 36–37; B. Gliniecki, *Ustawa deweloperska...*, s. 115–116.

¹⁵ B. Gliniecki, *Ustawa deweloperska...*, s. 115.

¹⁶ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 155.

prospektu na trwałym nośniku danych nie powinno stanowić przeszkody w zapoznaniu się z umieszczonymi w nim wiadomościami¹⁷. W przypadku doręczenia w innej formie niż papierowa, prospekt powinien być dostępny w lokalu przedsiębiorstwa w formie papierowej. Dziwi tutaj użycie przez ustawodawcę pojęcia lokalu przedsiębiorstwa zamiast siedziby przedsiębiorstwa, gdyż takich lokali może być kilka lub kilkanaście. Powstaje wobec tego pytanie czy wersja papierowa powinna być dostępna w każdym z nich. Ustawodawca nie określił także ram czasowych, w których przedsiębiorca zmuszony jest doręczyć prospekt informacyjny. W projekcie ustawy przewidziany był początkowo termin 7-dniowy¹⁸. W rzeczywistości często może się zdarzać, że będzie on dostarczany nabywcy w dniu podpisywania umowy, gdyż deweloper zobligowany jest do jego aktualizacji¹⁹.

Wątpliwości rodzi też nieodpłatność doręczenia prospektu informacyjnego. Ustawodawca wskazuje wprost, że bezpłatne jest samo dostarczenie dokumentu, ale nic nie wspomina o opłatach za jego wytworzenie. Wykładnia teleologiczna doprowadza do wniosku, że celem prawodawcy było zapewnienie nabywcy jak najszerszego dostępu do informacji o przedsięwzięciu deweloperskim, co oznacza nieodpłatność nie tylko dostarczenia, ale i wytworzenia informacji²⁰.

Zmiany prospektu

Deweloper jest zobligowany do informowania o wszelkich zmianach treści zawartych w prospekcie. Informacje te powinny być doręczone nabywcy, może być to dokonane w dwóch formach – albo w postaci aneksu do prospektu lub zmiany załącznika, w którym określone są aktualne informacje, albo nowego prospektu lub nowego załącznika, w którym zmiana jest wskazana w sposób umożliwiający jej zidentyfikowanie. Bez względu na sposób, który deweloper wybierze, treści przez niego przekazywane powinny być jasne, jednoznaczne, a zachodzące zmiany powinny

17 B. Gliniecki, *Ustawa deweloperska...*, s. 108.

18 A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona praw...*, s. 163.

19 J. Kołacz, J. Wszolek, *Specyfika prospektów...*, s. 58.

20 B. Gliniecki, *Ustawa deweloperska...*, s. 108–109.

być rozpoznawalne na „pierwszy rzut oka”. Zmiany powinny być wyróżnione np. poprzez podkreślenie, czy pogrubienie zmienianego tekstu, bądź zestawienie dotychczasowych i nowych treści²¹. Gdy zmiany dokonane w prospekcie nie będą przedstawione w sposób określony w ustawie, deweloper może być posądzony, że informacji tych nie przekazał²². Zmiany w prospekcie muszą być dokonane w tej samej formie, co wcześniej doręczony nabywcy prospekt, a więc na trwałym nośniku informacji lub w formie papierowej. Deweloper może przekazywać zmiany klientom w innej formie, np. pocztą elektroniczną, ale tylko wtedy gdy wyrażą na to zgodę. Zgoda powinna mieć charakter uprzedni i wyraźny.

Zakres informacji w prospekcie

Z uwagi na wagę prospektu informacyjnego i skutki jakie może powodować jego sporządzenie bez uwzględnienia wszystkich elementów przewidzianych ustawą, pragnę w dalszej części skrótowo opisać jego treść. Prospekt składa się z dwóch części – ogólnej, dotyczącej całego przedsięwzięcia deweloperskiego i szczególnej, która dotyczy poszczególnych lokali lub domów jednorodzinnych. Wyznacznikiem dla treści prospektu jest załącznik do ustawy, który przedstawia prospekt w formie tabelarycznej. Deweloper jednak nie jest zobligowany to przedstawienia nabywcy prospektu w tej formie, gdyż ustawodawca nie zawarł w ustawie takiego wymogu. Informacje powinny być przede wszystkim kompletne, jasne i zrozumiałe, niezależnie czy przedstawione są w formie tabeli czy innej²³.

Co oczywiste, prospekt w pierwszej kolejności powinien zawierać dane umożliwiające identyfikację przedsiębiorcy. W prospekcie powinny się znaleźć informacje dotyczące doświadczenia dewelopera, wymóg ten zostanie spełniony jeżeli deweloper poda trzy przypadki pomyślnie ukończonych inwestycji, z podaniem daty rozpoczęcia budowy, daty wydania pozwolenia na użytkowanie oraz adresu. Ustawodawca nie przewidział natomiast możliwości wyszczególnienia w prospekcie sytuacji, gdzie dana inwestycja byłaby realizowana przez spółki celowe. Spółki takie powoływane są do

21 *Ibidem*, s. 111.

22 R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*, s. 105–106.

23 B. Gliniecki, *Ustawa deweloperska...*, s. 114.

realizacji poszczególnych przedsięwzięć na podstawie umowy ze spółką-matką lub innymi spółkami grupy kapitałowej. Samodzielny podmiot w postaci spółki celowej powoływany jest zazwyczaj przy wieloetapowych, długotrwałych inwestycjach do realizacji wąskich, specjalnych lub tymczasowych celów. Tę formę organizacyjnoprawną wykorzystuje się głównie w celu odizolowania firmy od przyszłego ryzyka finansowego, dlatego też przedsiębiorcy decydują się najczęściej na utworzenie spółki celowej w formie spółki z o.o. W związku z tym spółka taka nie będzie mogła się wykażać wymaganą przez ustawę „przeszłością”. Ustawa powinna więc stworzyć możliwość umieszczenia w prospekcie informacji o przedsięwzięciach realizowanych przez spółkę dominującą, za pomocą utworzonej przez nią spółki celowej²⁴. Prawodawca nakazuje także podanie w prospekcie informacji o toczących się przeciwko deweloperowi postępowaniach egzekucyjnych na kwotę powyżej 100 000 złotych. Zgodnie z zasadą *lege non distinguente* dotyczy to zarówno postępowań egzekucyjnych sądowych jak i administracyjnych. Takie rozwiązanie miało na celu wzmocnienie przekonania u nabywcy o solidności dewelopera i wykonywaniu wymagalnych zobowiązań oraz ewentualnego zagrożenia upadłością. Niestety nałożenie tego obowiązku może zniechęcić potencjalnego klienta do złożenia podpisu pod umową. Wątpliwości budzi fakt, że nie ma podanego okresu prowadzonych postępowań, więc deweloper zobowiązany jest do podawania wszystkich postępowań egzekucyjnych (z zastrzeżeniem, że przekroczyły one w/w kwotę), które kiedykolwiek były przeciwko niemu prowadzone, co należy ocenić negatywnie, gdyż fakt prowadzenia takiego postępowania 20 lat temu wcale nie musi świadczyć o braku jego wiarygodności jeśli chodzi o spełnianie zobowiązań obecnie²⁵. Poza tym deweloper może nie wiedzieć w chwili sporządzenia prospektu o toczącym się przeciwko niemu postępowaniu²⁶. Dopiero z podjęciem pierwszej czynności egzekucyjnej dłużnik zostaje powiadomiony o wszczęciu egzekucji. Jeśli więc wobec dewelopera zostanie wszczęte postępowanie egzekucyjne, ale nie zostanie on o tym poinformowany i nie dojdzie do podjęcia żadnych czynności egzekucyjnych, to wówczas nieumieszczenie informacji

24 H. Ciepla, B. Szczytkowska, *Ustawa...*, s. 91.

25 R. Strzelczyk, *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinne- go. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 90–91.

26 K. Maj, *Treść umowy deweloperskiej i prospektu informacyjnego – zagadnienia wybrane*, „Rejent” 2012, nr 12, s. 66–67.

o tym nie może zostać potraktowane jako zatajanie bądź podanie informacji nieprawdziwych i nie powinno wywoływać dla dewelopera negatywnych konsekwencji prawnych²⁷. Nierozstrzygnięta pozostaje kwestia postępowań egzekucyjnych, które uległy zawieszeniu, w takim przypadku postępowanie egzekucyjne nie jest prowadzone, ale niejako „wstrzymane” na bliżej nieokreślony czas. Pod znakiem zapytania pozostaje więc kwestia czy informacje o zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym także powinny się znaleźć w prospekcie. Dla lepszej ochrony nabywców należałoby podać w prospekcie także dane o postępowaniu zabezpieczającym dotyczącym dewelopera, klienci dewelopera mogliby prognozować jaka będzie kondycja finansowa dewelopera w niedalekiej przyszłości²⁸. Regulacja kwoty na jaką opiewa prowadzone przeciwko deweloperowi postępowanie egzekucyjne także nie wydaje się do końca jasne. Zwrot „prowadzono (lub prowadzi się) postępowanie egzekucyjne na kwotę powyżej 100 000 zł” jest nieprecyzyjny, nie wiadomo czy odnosi się do jednego czy więcej postępowań i czy kwota ta może stanowić ich sumę. Wydają się, że w grę wchodzi oba rozwiązania²⁹.

W dalszej kolejności w prospekcie powinny się znaleźć informacje dotyczące nieruchomości: położenia działki, numeru księgi wieczystej, istniejących obciążeń hipotecznych nieruchomości, dane dotyczące planu zagospodarowania przestrzennego i dane dotyczące sąsiednich działek. Największe kontrowersje wzbudza obowiązek informowania o zawartych, w publicznie dostępnych dokumentach, planach inwestycji w promieniu 1 km od przedmiotowej nieruchomości. Chodzi tu o budowę wszelkiego rodzaju dróg, spalarni śmieci, cmentarzy, itp. W ten sposób nabywca będzie mógł ocenić, czy przyszłe inwestycje w okolicy będą, oraz w jakim stopniu, uciążliwe dla korzystania z nieruchomości. Nie jest klarowne jakiego etapu inwestycji ma dotyczyć informacja oraz od jakiego punktu ma być liczony 1 km³⁰.Większość przedstawicieli doktryny optuje za tym, aby

27 *Ustawa deweloperska. Komentarz praktyczny do ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Wrocław 2013, rozdział V: *Obowiązki dewelopera przed zawarciem umowy deweloperskiej*, s. 239, http://komentarzpraktyczny.pl/files_mce/Słownik/prospekt_informacyjny_wz_r_prospektu_informacyjnego.pdf [dostęp: 13.07.2014].

28 A. Wierzychowska, *Myszę więc jestem – czyli twórczy prospekt informacyjny*, „Nieruchomości i Prawo” 2012, nr 6, s. 5.

29 G. Minda, *Egzekucja deweloperska*, „Nieruchomości i Prawo” 2012, nr 12, s. 8.

30 J. Kołacz, J. Wszolek, *Specyfika prospektów...*, s. 62.

odległość ta była liczona od granic nieruchomości, gdyż to da się w łatwy sposób określić³¹. Podanie danych dotyczących inwestycji zawartych w publicznie dostępnych dokumentach mogą dostarczać deweloperom nie lada kłopotu, ponieważ lista tych dokumentów może być bardzo długa, będą to np. miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego, biuletyn informacji publicznej, decyzje o lokalizacji inwestycji, informacje dotyczące różnego rodzaju inwestycji komunalnych. Deweloper jako podmiot profesjonalny będzie zobligowany do umieszczenia tego typu informacji w prospekcie. Należało by jednak sporządzić listę owych publicznie dostępnych dokumentów, z których deweloper ma korzystać, by nie narażać go niepotrzebnie na sankcje cywilne i karne przewidziane w ustawie.

Pewne obiekcie wzbudza także konieczność przedstawienia przez dewelopera planu zagospodarowania przestrzennego dla sąsiednich działek. Nie do końca wiadomo co uznać za działki sąsiadujące i czy deweloper jest sam kompetentny do decydowania co można uznać za działkę sąsiadującą³². Odwołując się do art. 28 ustawy Prawo budowlane³³ można byłoby uznać, że tego typu działki to działki znajdujące się w obszarze oddziaływania obiektu, który jest przedmiotem inwestycji deweloperskiej. Podobnie do kwestii tej odnosi się NSA³⁴. Kryterium to jest dość nieostre, dlatego deweloper umieszczając te informacje w prospekcie powinien zachować daleko idącą ostrożność.

Dalej w prospekcie powinny być zawarte dane dotyczące budynku, takie jak np. liczba lokali, miejsc garażowych oraz informacje o pozwoleniu na budowę³⁵. Deweloper zobowiązany jest do umieszczenia terminów rozpoczęcia i zakończenia prac budowlanych oraz, co najbardziej interesuje nabywców, planowanego terminu przeniesienia własności. Termin ten powinien być wskazany przez użycie określonej kalendarzowo daty, okresu czasu mierzonego w dniach, tygodniach lub miesiącach, bądź przez określenie zdarzenia przyszłego pewnego³⁶. Dziwi fakt

31 A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona praw...*, s. 172; H. Ciepla, B. Szczytkowska, *Ustawa...*, s. 93.

32 A. Wierzchowska, *Mysle...*, s. 7.

33 Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).

34 Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 kwietnia 2008 r. II OSK, 467/07 LEX nr 466155.

35 A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona praw...*, s. 173.

36 H. Ciepla, B. Szczytkowska, *Ustawa...*, s. 95.

umieszczenia tej informacji w części ogólnej prospektu. Dla wszystkich lokali termin musi być wobec tego wspólny, co może być dość kłopotliwe, w szczególności gdy w ramach jednego przedsięwzięcia deweloperskiego liczba lokali może sięgać nawet kilkudziesięciu. Lepszym rozwiązaniem byłoby umieszczenie terminu przeniesienia własności w części szczególnej prospektu, poświęconej konkretnej nieruchomości. W prospekcie muszą się znaleźć także takie dane jak: sposób pomiaru powierzchni lokalu lub domu jednorodzinnego, opis przedsięwzięcia (rozmieszczenie budynków, odstępów między nimi, rozmieszczenie terenów zielonych), sposób i procentowy udział źródeł finansowania, środki ochrony nabywców i główne zasady funkcjonowania wybranego zabezpieczenia środków nabywcy, nazwa instytucji zapewniającej bezpieczeństwo środków nabywcy, harmonogram przedsięwzięcia deweloperskiego, dopuszczenie waloryzacji ceny oraz zasad waloryzacji, warunki odstąpienia od umowy deweloperskiej, informacje o zgodzie banku na bezobciążeniowe wyodrębnienie lokalu lub domu jednorodzinnego, informacje o zapoznaniu się w lokalu przedsiębiorstwa z wiadomościami takimi jak stan księgi wieczystej, odpis z KRS, kopią pozwolenia na budowę, projektem architektoniczno-budowlanym oraz sprawozdaniem finansowym dewelopera za dwa ostatnie lata. Za szczególnie uzasadnione należy uznać umieszczenie w prospekcie ewentualnych zasad waloryzacji ceny. Cena jest głównym determinantem przy zakupie mieszkania, a konsument powinien być w pełni świadomy czy określona w umowie cena będzie ceną ostateczną czy ulegnie zmianie, przede wszystkim ze względu na długoterminowy charakter umowy deweloperskiej. W poprzednim stanie prawnym na liście klauzul niedozwolonych prowadzonych przez Prezesa UOKiK znajdowały się najczęściej postanowienia umowne właśnie dotyczące zmiany ceny, np. ze względu na zmianę stawki podatku VAT, bez przyznania kupującemu możliwości odstąpienia od umowy³⁷. Warto zająć się dość dyskusyjną kwestią jaką jest wskazanie w prospekcie „zamierzonych sposobów i procentowego udziału źródeł finansowania przedsięwzięcia deweloperskiego”. Cały proces budowlany zajmuje zazwyczaj dużo czasu i w momencie sporządzenia prospektu nie jest możliwa kalkulacja, czy pod wpływem np. zmieniającej się sytuacji na rynku nieruchomości

37 Rejestr klauzul niedozwolonych na stronie: www.uokik.gov.pl [dostęp: 13.07.2014], np. orzeczenie z dnia 28 sierpnia 2011 r., XVII 1334/10, nr 2702; orzeczenie z 3 marca 2010, XVII AmC 874/09, nr 2406.

deweloper nie będzie zmuszony wziąć kredytu, mimo że wcześniej deklarował, że inwestycję zrealizuje ze środków własnych. Podobnie dziwi potrzeba określenia instytucji finansowej, od której deweloper będzie brał kredyt. Byłoby to zrozumiałe, jeżeli kredyt będzie zawierany na samym początku realizacji przedsięwzięcia, natomiast w trakcie trwania budowy deweloper weźmie kredyt od banku, który po pierwsze udzieli mu kredytu, po drugie zaproponuje odpowiednio niskie oprocentowanie. Ustawodawca nie bierze więc w ogóle pod uwagę dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej³⁸.

Ustawodawca zawarł wymóg zamieszczenia zarówno w umowie deweloperskiej jak i w prospekcie informacji o zgodzie banku na bezobciążeniowe wyodrębnienie lokalu mieszkalnego i przeniesienie jego własności po wpłacie pełnej ceny przez nabywcę, jeżeli takie obciążenie istnieje. Do regulacji tej także należy odnieść się krytycznie, gdyż nie dość, że nie wskazuje on czy chodzi tu o obciążenie hipoteczne, czy jakieś inne prawo ujawnionych w księdze wieczystej, np. służebność, to jeszcze na dodatek nie bierze on w ogóle pod uwagę, że uprawnionym z obciążeń ujawnionych w księdze wieczystej może być jakiś inny podmiot, niekoniecznie bank³⁹. Poza tym informacja o zgodzie dotyczy tylko wyodrębnienia lokalu mieszkalnego, o domu jednorodzinnym już nie wspomniano. Jeżeli bank nie wyrazi zgody to także powinno to być zaznaczone w umowie i prospekcie⁴⁰.

Część indywidualna prospektu traktuje o konkretnym lokalu mieszkalnym lub domu jednorodzinnym. Pierwszym elementem jaki deweloper powinien uwzględnić w prospekcie jest cena lokalu za metr kwadratowy. Z punktu widzenia nabywcy bardziej korzystnym rozwiązaniem byłoby podanie ceny nabycia, ponieważ zazwyczaj nie jest to „prosty iloczyn liczby metrów kwadratowych lokalu mieszkalnego i ceny jednego metra kwadratowego”⁴¹. Co więcej ustalając cenę przedsiębiorca wlicza także powierzchnię pomieszczeń przynależnych takich jak piwnica, balkon, itp. Ich cena jest zazwyczaj niższa od zasadniczej powierzchni lokalu, dlatego też w prospekcie powinny się znaleźć także wyszczególnione informacje na temat ceny tych pomieszczeń, aby uczynić zadość

38 A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona praw...*, s. 179–180.

39 K. Maj, *Treść umowy...*, „Rejent” 2012, nr 12, s. 64–65.

40 B. Gliniecki, *Ustawa deweloperska...*, s. 151.

41 *Ibidem*, s. 187–188.

obowiązkowi informacyjnemu⁴². Część indywidualna prospektu ponadto powinna zawierać: określenie położenia oraz istotnych cech domu jednorodzinnego, będącego przedmiotem umowy deweloperskiej lub budynku, w którym ma się znajdować lokal mieszkalny, będący przedmiotem umowy deweloperskiej; określenie usytuowania lokalu mieszkalnego w budynku, jeżeli przedsięwzięcie deweloperskie dotyczy lokali mieszkalnych; określenie układu pomieszczeń oraz standardu prac wykończeniowych, podpis dewelopera albo osoby uprawnionej do jego reprezentacji, w przypadku gdy deweloperem jest spółka prawa handlowego.

Sankcje za niedochowanie obowiązków informacyjnych przez dewelopera

Jak widać u.o.p.n. nakłada na dewelopera, w związku z samym tylko prospektem informacyjnym szereg obowiązków. Na koniec niniejszych rozważań dotyczących prospektu wypada rozważyć jakie będą skutki ich niedochowania. Najważniejszym skutkiem niewywiązania się z obowiązków informacyjnych przez dewelopera jest możliwość odstąpienia przez nabywcę od umowy. Nabywca może od umowy odstąpić, gdy występuje rozdźwięk między informacjami zawartymi w umowie i prospekcie. Taka regulacja ma służyć zapobieżeniu związania nabywcy postanowieniami umownymi, które nie mają swojego odbicia w prospekcie bądź zmianami prospektu, na które nie wyraził on wyraźnej zgody⁴³. Niedoręczenie prospektu informacyjnego, doręczenie go w postaci niekompletnej, czy na nieodpowiednim nośniku informacji, bądź niedoręczenie informacji o zmianach prospektu, które nastąpiły już po doręczeniu prospektu także mogą skutkować odstąpieniem kupującego od umowy. Ponadto nabywca będzie uprawniony do odstąpienia gdy doręczenie miało miejsce w takim momencie, że niemożliwym było zapoznanie się z jego treścią jeszcze przed podpisaniem umowy⁴⁴. Także niezgodność informacji zawartych w prospekcie i załącznikach, a przez to w umowie, z rzeczywistym stanem faktycznym lub prawnym będzie podstawą odstąpienia.

42 J. Kołacz, J. Wszolek, *Specyfika prospektów...*, s. 63.

43 R. Strzelczyk, *Ochrona...*, s. 143–144.

44 A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona praw...*, s. 302.

Miarodajnym jest tu moment zawarcia umowy, nieistotny będzie fakt, że dane te stały się nieprawdziwe już po zawarciu umowy, jeśli tylko w dniu zawarcia umowy były zgodne z prawdą. Bez znaczenia jest natomiast to czy za ewentualną niezgodność ponosi odpowiedzialność deweloper, czy deweloper o takich okolicznościach nie wiedział. Ostatnim przypadkiem wyróżnionym przez ustawodawcę w art. 29 u.o.p.n. i dotyczącym prospektu jest okoliczność, że przedsiębiorca nie zawarł w prospekcie wszystkich informacji, które są wymienione we wzorze stanowiącym załącznik do ustawy. Będą to wszelkie sytuacje, gdy deweloper pominie chociażby jedną informację, np. dotyczącą lokalu czy samego dewelopera albo jego sytuacji prawno-finansowej.

Podanie w prospekcie informacji nieprawdziwych lub zatajenie informacji prawdziwych jest zagrożone odpowiedzialnością karną. W u.o.p.n. ustawodawca przewiduje za dopuszczenie się w/w czynów karę grzywny, ograniczenia wolności oraz pozbawienia wolności do lat 2, są to więc występki. Warto podkreślić, że wymienione w art. 33 zachowania mogą wypełniać także znamiona przestępstwa oszustwa z art. 286 kodeksu karnego⁴⁵. Ustawodawca przewiduje zbyt surową odpowiedzialność wobec dewelopera. Należałoby rozważyć możliwość wprowadzenia zamiast alternatywnie przewidzianych kar: grzywny, ograniczenia wolności i pozbawienia wolności, jedynie kary grzywny w odpowiednio podwyższonej wysokości. Obecny kształt sankcji karnych przewidzianych w ustawie deweloperskiej nie wpływa na poprawę interesów nabywcy. Kuriozalna wydaje się sytuacja, w której ustawodawca nie przewiduje w u.o.p.n. żadnych sankcji np. za pobieranie od nabywcy środków pieniężnych po za rachunkiem powierniczym, a sankcje za podanie nieprawdziwych informacji w prospekcie, które nie zawsze będzie działaniem zawinionym przez dewelopera, zostało stypizowane jako występki.

Samo zaś niesporządzenie prospektu stanowi wykroczenie unormowane w art. 32 ustawy deweloperskiej. Wykroczenia tego dopuścić się może: deweloper, pracownik dewelopera lub inna osoba obowiązana w ramach umowy z deweloperem do sporządzenia prospektu, z tym, że w art. 17 ustawodawca wprost nakłada obowiązek sporządzenia prospektu na samego dewelopera. Z przepisów ustawy wynika, że obowiązkiem tym jest obarczony deweloper, a nie osoby wymienione w dyspozycji art. 32 u.o.p.n. Może to rodzić problemy natury praktycznej z ewentualnym

45 *Deweloperska zbrodnia i kara*, „Nieruchomości i Prawo” 2012, nr 7.

przypisaniem odpowiedzialności za sprawstwo⁴⁶. Dodatkowe wątpliwości potęguje fakt, że podmioty które mogą dopuścić się popełnienia omawianego wykroczenia nie są zdefiniowane w ustawie deweloperskiej. O ile określenie zakresu nazwy pracownika dewelopera nie wydaje się być problematyczne, o tyle dookreślenie „innej osoby obowiązanej w ramach umowy z deweloperem do sporządzenia prospektu” może nastroczać więcej trudności.

Naruszenie przez dewelopera obowiązków dotyczących dokumentów informacyjnych może stanowić praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁴⁷, w związku z niedochowaniem obowiązku udzielania konsumentom „rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji”. Poza tym ich naruszenie można zakwalifikować jako praktykę wprowadzającą w błąd, zgodnie z ustawą o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁴⁸. Podanie w prospekcie nieprawdziwych danych będzie wpływać na sytuację motywacyjną konsumenta. Wystarczające jest, aby działanie przedsiębiorcy w jakikolwiek sposób powodowało lub mogło spowodować podjęcie przez nabywcę decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

Nabywca zawsze będzie mógł dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych, gdyż niedochowanie obowiązków informacyjnych można potraktować jako nienależyte wypełnienie zobowiązania po stronie dewelopera. W przypadku zaś gdy w prospekcie znajdują się informacje nieprawdziwe, w ściśle określonych okolicznościach kupujący będzie mógł powołać się na wadę oświadczenia woli w postaci błędu. Niezgodne ze stanem rzeczywistym zapewnienia dewelopera umieszczone w prospekcie muszą jednak wywoływać przekonanie, że rozsądnie działający nabywca, nie złożyłby oświadczenia woli o określonej treści, gdyby nie działał pod wpływem błędu. Błąd powinien być istotny i dotyczyć treści czynności prawnej, chodzi tu nie tylko o *essentialia negotii* umowy, ale inne elementy należące do treści czynności prawnej, które mogą

46 *Ustawa deweloperska. Komentarz praktyczny do ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Wrocław 2013, rozdział VIII: *Przepisy karne*, s. 331–332, http://komentarzpraktyczny.pl/files_mce/Slownik/przepisy_karne_niesporz_dzenie_prospektu_informacyjnego.pdf [dostęp: 13.07.2014].

47 Ustawy z dnia 21 marca 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm.).

48 Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. nr 171, poz. 1206.) .

u nabywcy wywoływać mylne wyobrażenie co do właściwości przedmiotu transakcji deweloperskiej⁴⁹. Dane zawarte w prospekcie służą dookreśleniu wzajemnych obowiązków stron, niewątpliwie więc dotyczą one „treści czynności prawnej”.

Prospekt informacyjny w praktyce deweloperskiej

Z raportu UOKiK⁵⁰ z marca 2014 r. można wyciągnąć wnioski, że regulacja prospektu informacyjnego w u.o.p.n. będzie wymagała w najbliższym czasie interwencji legislacyjnej. Wielu deweloperów wskazywało na duże trudności związane ze spełnieniem obowiązków zawartych w prospekcie informacyjnym. Przy czym największa liczba ankietowanych zgłosiła zastrzeżenia dotyczące trudności związanych z przedstawieniem informacji o inwestycjach w obrębie 1 km, a także działek sąsiednich (prawie 60% ankietowanych). Innym zgłaszanym problemem była kwestia związana z brakiem informacji o inwestycjach prywatnych oraz koniecznością ciągłych aktualizacji informacji zawartych w prospekcie. Część deweloperów zwróciła także uwagę na zwiększenie się kosztów inwestycji, związanych głównie z koniecznością zatrudnienia nowych pracowników zajmujących się obsługą klienta oraz czasochłonność sporządzenia dokumentu, która z kolei odwleka w czasie moment rozpoczęcia realizacji przedsięwzięcia. Przedsiębiorcy kwestionowali szczegółowość informacji, które zmuszeni są umieścić w prospekcie, które dla konsumentów często nie przedstawiają żadnego znaczenia. W związku z powyższymi problemami, przedsiębiorcy postulowali wskazanie, gdzie konkretnie należy poszukiwać przewidywanych inwestycji, jakie inwestycje trzeba wskazać (zamknięty katalog) oraz w jaki sposób określać promień 1 km. Ponadto, postulowano uregulowanie częstotliwości aktualizacji informacji zawartych w prospekcie. Brak jasnych wytycznych sprawia, że proces pozyskiwania danych staje się dla nich czasochłonny, pracołłonny i kosztowny. U nabywcy z kolei może to powodować pewien zamęt informacyjny, gdyż jest on zmuszony

49 S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Warszawa 2007, s. 382–386.

50 *Raport z badania rynku budownictwa mieszkaniowego – rynek pierwotny (03.2014)*, http://www.uokik.gov.pl/analizy_rynk2.php#faq2144 [dostęp: 13.07.2014].

zapoznać się z wielostronicowymi dokumentami, których treść nie do końca rozumie. Jest to o tyle istotne, że obecnie niespełnienie ustawowych obowiązków w tym zakresie obwarowane jest odpowiedzialnością karną.

Podsumowanie

Prawny obowiązek przekazania kupującym określonych informacji należy niewątpliwie uznać za słuszny. Wątpliwości budzi jednak sam sposób wprowadzania tych idei w życie, który może utrudnić realizację celu jaki prospekt miał spełniać jako podstawowy środek ochrony nabywcy. Ze względu na specyfikę umów deweloperskich dokument informacyjny ma niezmiernie rozbudowaną postać. Sporządzenie prospektu informacyjnego wiąże się dla dewelopera z określonymi kosztami, związanymi z pozyskaniem, przetworzeniem i przekazaniem w odpowiedniej formie danych wymaganych przez ustawę, koszt ten będzie tym wyższy, im bardziej te informacje będą złożone. Biorąc pod uwagę także ryzyko jakie niesie dla dewelopera sporządzenie prospektu o określonej treści, odbija się to na wzroście kosztów transakcji, a przez to na cenie finalnego produktu przedsięwzięcia deweloperskiego. Koniecznym staje się nakreślenie terminu przedstawienia kupującemu prospektu w odpowiednim odstępie czasu przed zawarciem umowy. Obecnie przepisy u.o.p.n. formułują obowiązek doręczenia prospektu „w czasie umożliwiającym zapoznanie się z ich treścią przed zawarciem umowy deweloperskiej”, co wcale nie oznacza, że deweloperzy będą dostarczać prospekt nabywcom z odpowiednim wyprzedzeniem, a to sprzeciwiałoby się samej idei prospektu. Wspomniany art. 19 u.o.p.n. należy sformułować w następujący sposób: „deweloper doręczy informacje w czasie umożliwiającym zapoznanie się z ich treścią, nie później niż na 7 dni przed zawarciem umowy”. Regulacja prospektu jest niewątpliwie korzystna dla nabywców, daje im bowiem możliwość weryfikowania wiarygodności dewelopera oraz realizowanych przez niego inwestycji. Większość informacji, które ma przedstawiać prospekt ma standardowy charakter, część z nich wydaje się jednak zbędna. Nabywcy często nie są aż tak zainteresowani informacjami znajdującymi się w prospekcie, większość z nich ma *stricte* techniczny charakter, których przeciętny nabywca z pewnością nie zrozumie. Warto zatem zastanowić

się nad tym, czy prospekt informacyjny nie powinien mieć prostszej formuły, bardziej przystępnej dla konsumenta, zawierającej informacje najważniejsze. Pewne elementy dokumentu mogą podważać w dużej mierze zaufanie kupujących w stosunku do dewelopera, chodzi głównie o toczące się przeciwko niemu postępowania na kwotę powyżej 100 000 zł, požądane jest wskazanie przynajmniej ram czasowych postępowania dotyczących dewelopera. Ustawodawca w niektórych punktach prospektu nakazał podanie informacji nie precyzując ich, a przy tym obarczył dewelopera odpowiedzialnością karną. Wobec tego zakres informacji, które deweloper jest obowiązany podać powinien być uściślony, zwłaszcza jeśli chodzi o inwestycję w obrębie 1 km od przedmiotowej nieruchomości, warto byłoby w ustawie wskazać listę publicznie dostępnych dokumentów, z których przedsiębiorca powinien korzystać w trakcie sporządzania prospektu. Podanie nieprawdziwych informacji wobec niedookreślenia ich źródeł skutkować może bowiem dla dewelopera karą pozbawienia wolności. W tym przypadku, kara grzywny byłaby wystarczającą, pozbawienie wolności mogłoby być zaś przewidziane jako sankcja za nieprowadzenie rachunku powierniczego, bądź defraudację pieniędzy nabywcy, co skutecznie wzmocniłoby interesy klientów dewelopera. Reasumując należy stwierdzić, że ze względu na wagę jaką ma prospekt informacyjny dla nabywców, konieczne są zmiany legislacyjne w opisanym wyżej zakresie. Nowelizacja nie tylko zwiększy bezpieczeństwo konsumentów, ale także zabezpieczy interesy przedsiębiorców.

Bibliografia

Książki i czasopisma

- Burzak A., Okoń M., Pałka P., *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Ciepla H., Szczytkowska B., *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Czech T., *Ustawa deweloperska*, Warszawa 2013.
- Deweloperska zbrodnia i kara*, „Nieruchomości i Prawo” 2012, nr 7.
- Dmowski S., Rudnicki S., *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Warszawa 2007.
- Gliniecki B., *Umowa deweloperska. Konstrukcja prawna i zabezpieczenie wzajemnych roszczeń stron*, Warszawa 2012.

- Gliniecki B., *Ustawa deweloperska. Komentarz do ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Warszawa 2012.
- Kończak J., Wszolek J., *Specyfika prospektów informacyjnych jako środka ochrony konsumentów na przykładzie ustawy deweloperskiej oraz ustawy o timeshare*, „Rejent” 2012, nr 9.
- Leśniak M., Wójcik W., *Kilka uwag o umowie deweloperskiej, czyli galimatias z umową deweloperską*, „Rejent” 2012, nr 12, grudzień 2012.
- Machnikowski P., Gniewek E., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Maj K., *Treść umowy deweloperskiej i prospektu informacyjnego – zagadnienia wybrane*, „Rejent” 2012, nr 12.
- Mikłaszewicz P., *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
- Minda G., *Egzekucja deweloperska*, „Nieruchomości i Prawo” 2012, nr 12.
- R. Strzelczyk, *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Wierzchowska A., *Myszę więc jestem – czyli twórczy prospekt informacyjny*, „Nieruchomości i Prawo” 2012, nr 6.
- Włodarska-Dziurzyńska K., *Sankcje w prawie konsumenckim na przykładzie wybranych umów*, Warszawa 2006.

Źródła internetowe

- Rejestr klauzul niedozwolonych, www.uokik.gov.pl.
- Raport z badania rynku budownictwa mieszkaniowego – rynek pierwotny (03.2014), http://www.uokik.gov.pl/analizy_rynkuz2.php#faq2144.
- Ustawa deweloperska. Komentarz praktyczny do ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Wrocław 2013, rozdział V: *Obowiązki dewelopera przed zawarciem umowy deweloperskiej*, http://komentarzpraktyczny.pl/files_mce/Sloownik/prospekt_informacyjny_wz_r_prospektu_informacyjnego.pdf.
- Ustawa deweloperska. Komentarz praktyczny do ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Wrocław 2013, rozdział VIII: *Przepisy karne*, http://komentarzpraktyczny.pl/files_mce/Sloownik/przepisy_karne_niesporz_dzenie_prospektu_informacyjnego.pdf.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o timeshare (Dz.U. Nr 230, poz. 1370).
- Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (Dz.U. Nr 216, poz. 715).

Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”, Dz.U. L 149 z 11.6.2005).

Ustawy z dnia 21 marca 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm.)

Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. nr 171, poz. 1206.)

ABSTRACT

EWA CAŁUS

The role of an informational prospect in agreements with developers

The Act on protecting the rights of buyers of residential premises or single-family houses imposes an obligation on the entrepreneur to perform numerous activities before concluding a developer agreement. The most important of them is drafting a prospectus concerning a particular development undertaking. The aim of the prospectus is to allow potential buyers to become acquainted early with detailed conditions on which the purchase of residential premises or a single-family house will be possible. However, the manner in which those ideas are implemented raises some concern, since it may become an obstacle on the way to achieve the prospectus' aim, i.e. to be a primary mean of the buyer's protection. This article presents remarks regarding requirements concerning the document's contents as stipulated by the legislator, procedures for their alteration, the legal nature of the document and sanctions which may be imposed as a result of failure to meet informational requirements. It also discusses problems which are important from the perspective of developers' practices and are connected with the application of new regulations, considering the fact they have been binding for over two years. Moreover, it contains an attempt to present a proposal for legislative amendments which would cause the prospectus to be more transparent for the consumer and would make developers' work easier.

System prawa powszechnie obowiązującego a skuteczność czynności cywilnoprawnych dokonywanych przez osoby prawne Kościoła katolickiego

Słowa kluczowe: osoby prawne kościoła katolickiego, skuteczność czynności cywilnoprawnych, system prawa powszechnie obowiązującego

1. Wprowadzenie – czyli kilka słów o wyborze tematu i metodach badawczych

Celem niniejszego opracowania jest dokonanie porównania problematyki czynności prawnych, czy też precyzyjniej – ich skuteczności, będącej domeną tego fragmentu systemu prawa powszechnie obowiązującego, nazywanego i wyodrębnionego jako prawo prywatne oraz regulacji skuteczności czynności prawnych dokonywanych przez osoby prawne Kościoła katolickiego, zawartej w Kodeksie Prawa Kanonicznego. Zależności między prawem wewnętrznym Kościoła a prawem powszechnie obowiązującym w Polsce nie są bowiem oczywiste i przysparzają trudności reprezentantom nauki prawa. Można postrzegać holistycznie pojmowane prawo

kanoniczne jako porządek autonomiczny w aspekcie wiary i spraw właściwych Kościołowi, jako pewien osobliwy system, ale wciąż jednak podporządkowany prawu państwowemu i mieszczący się w jego granicach. Można także uznać prawo wewnętrzne Kościoła katolickiego jako recypowane do krajowego porządku prawnego, albo, jak czynią niektórzy, w ogóle nie przyjmować żadnej konsekwencji w tej kwestii. Niemniej, punkt styczności między owymi dwoma porządkami prawnymi omawiany był w piśmiennictwie z wielu perspektyw – szczególnie z tej przyczyny, że skutki regulacji kanoniczoprawnych stały się widoczne na płaszczyźnie obrotu cywilnoprawnego.

Podjęta przez badacza tematyka zawsze determinuje jego warsztat i narzędzia, jakimi będzie musiał się posługiwać. Intuicyjnie wiąże się konfrontowanie porządków prawnych i instytucji z metodą prawnoporównawczą – i rzeczywiście, na niej w znacznej mierze będzie opierać się analiza obranego zagadnienia. Warto jednak zwrócić uwagę na przedmiot szeroko pojmowanej komparatystyki. W tradycyjnych ujęciach prawo porównawcze obejmowało porównywanie historii prawa (*comparative history of law*), porównywanie ustawodawstwa (*comparative legislation*) i porównywanie systemów prawnych (*descriptive comparative law*). Współcześnie, na spektrum komparatystyki prawniczej składa się analiza systemów prawnych, analiza stosunków prawnych oraz analiza rozwoju prawa¹. W każdym razie, panuje jednak zgoda co do przestrzeni porównywania – kontekstu czasowego oraz terytorialnego. System prawa kanonicznego nie jest systemem historycznie oraz terytorialnie różnym od porządku prawa powszechnie obowiązującego w Polsce. Jego kwalifikacja jest o tyle skomplikowana, ile wątpliwości zrodziło się na kanwie orzeczeń Sądu Najwyższego, literatury i nauki prawa. Na potrzeby opracowania przyjmuję, że prawo kanoniczne stanowi odrębny od państwowego porządek prawny i stanowi wyłącznie prawo wewnętrzne Kościoła katolickiego, nie kwestionując przy tym głęboko zakorzenionego w historii faktu przenikania się prawa kościelnego i państwowego prawa powszechnie obowiązującego – to właśnie te punkty styczności będą nas interesować najbardziej. Takie założenie jest implikacją zaakceptowania modelu indyferencji prawa i religii, przy dopuszczeniu możliwości krzyżowania się tych dwóch systemów, oraz republikańskiej zasady rozdziału Kościoła

1 Z. Brodecki, M. Konopacka, A. Brocicka-Chamera, *Komparatystyka kultur prawnych*, Warszawa 2010, s. 17 i n.

od państwa². Zastosowanie metody prawno-porównawczej, pomimo niemożności jednoznacznego zdefiniowania przestrzeni porównywania jako terytorialnej lub czasowej, znajduje swoje uzasadnienie w kontekście kulturowym, historycznym i społecznym, czy nawet cywilizacyjnym, którym nie sposób odmówić pierwiastka jurydycznego³. Nie powinno się wszak sprowadzać badań prawno-porównawczych do „jednorodnego typu refleksji nad prawem rodzimym i obcym, czy też współczesnym i dawnym”⁴. Badaniu zostaną poddane normy, czy też jednostka prawa lub instytucja – skuteczność czynności cywilnoprawnych w obu systemach, co mieści się już na poziomie mikrokomparatystyki, a jest użyteczne ze względu na możliwość ich naturalnego i funkcjonalnego porównania⁵.

W toku rozważań pojawią się elementy metodologii historyczno-prawnej oraz techniki socjologiczne – problem czynności prawnych dokonywanych przez osoby prawne Kościoła katolickiego zyskał na znaczeniu jako ważny fakt społeczny w momencie, gdy rozbieżności ze sfery teoretycznej, sfery interpretacji samych konstrukcji prawnych, przenieśli się na grunt życia codziennego, gdzie uczestnicy obrotu cywilnoprawnego doświadczyli skutków istnienia i działania dwóch porządków prawnych.

Uwadze nie powinien umknąć fakt, że wobec niewkomponowywania się Kodeksu Prawa Kanonicznego do konstytucyjnie zdefiniowanego systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego, nie może być mowy wyłącznie o metodologii nauk prawnych, ale także o metodologii nauk teologicznych – normy prawa kanonicznego są bowiem „kościelnymi sformułowaniami prawa Bożego (naturalnego i objawionego), albo wynikającymi z tego prawa normami pozytywnymi, regulującymi życie i działalność wspólnoty kościelnej”⁶ – i w takim stopniu, w jakim obowiązują w sumieniu, stanowią równocześnie przedmiot teologii moralnej. Metodologie te wykorzystują wprawdzie podobne, czy też nawet tożsame instrumenty i procedury badawcze, jak myślenie dedukcyjne i indukcyjne, introspekcję i obserwację, będące metodą dotarcia do faktów humanistycznych, badania historyczno-doktrynalne, multidyscyplinarne

2 A. Breczko, *Prawo a Moralność w teorii i praktyce, wczoraj i dziś*, Białystok 2004, s. 57 i n.

3 Z. Brodecki, M. Konopacka, A. Brocedka-Chamera, *op. cit.*, s. 24.

4 Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa–Poznań 1983, s. 23.

5 R. Tokarczyk, *Komparatystyka Prawnicza*, Zakamycze 2005, s. 40, s. 66–69.

6 J. Majka, *Metodologia nauk teologicznych*, Wrocław 1995, s. 205–206.

i socjologiczne⁷, lecz przedmiot i kontekst ich zastosowania są różne. W obu przypadkach badania przybiorą kształt raczej podstawowych – zorientowanych przede wszystkim teoretycznie, traktujących porównywanie jako jeden ze sposobów zdobywania nowej wiedzy o prawie i skoncentrowanych głównie na porównaniu treści.

Kategoria osób prawnych, jakiej dotyka problem – osób prawnych kościołów i związków wyznaniowych – nie może być uważana za grupę potentatów, monopolistów, stanowiących bardzo istotne zagrożenie dla pozostałych uczestników obrotu. Niemniej jednak, organy wymiaru sprawiedliwości musiały zmierzyć się z poważnym zagadnieniem i udzieleniem odpowiedzi na pytanie, czy regulacje kanonicznoprawne cechują się skutecznością na gruncie prawa powszechnie obowiązującego. Asumpt do dyskusji dało już zawarcie w dniu 18 marca 1992 roku umowy kredytu w wysokości ośmiu miliardów ówczesnych złotych przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. Oddział G. z siedzibą w S. z parafią rzymskokatolicką, którą reprezentował proboszcz Jan H. Kolejne sprawy, jakie trafiły na wokandę samego Sądu Najwyższego dotyczyły umowy pożyczki zawartej przez parafię rzymskokatolicką reprezentowaną przez proboszcza oraz sprzedaży nieruchomości przez kościelną osobę prawną osobie świeckiej. Na kanwie tych sytuacji i przypadków Sąd Najwyższy sformułował poglądy, które dały podłoże do burzliwej dyskusji przedstawicieli nauki prawa. Chociaż powstało wiele głos, komentarzy i opracowań, wydaje się, że wciąż nie wypracowano spójnej koncepcji, obejmującej raczej zawarte w przedstawionych niżej tezach najważniejszego bodaj ogniwa polskiego wymiaru sprawiedliwości.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 lipca 2000 roku, przyjął następujące stanowisko:

Zawarcie umowy kredytu przez parafię, bez zezwolenia właściwego biskupa diecezjalnego, jest sprzeczne z prawem określającym sposób działania parafii jako kościelnej osoby prawnej i prowadzi do nieważności czynności prawnej⁸.

W wyroku z dnia 24 marca 2004 roku sformułowano natomiast tezę:

I. Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej uznała kompetencję proboszczów

7 J. Majka, *op. cit.*, s. 63, 77, 83 i n, 99, 205–206, 231, 237 i n.

8 Teza wyroku z dnia 27 lipca 2000 roku, IV CKN 88/00, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, zeszyt 9, s. 491–492.

do reprezentowania parafii w stosunkach majątkowych z osobami trzecimi w sposób i na zasadach określonych w Kodeksie Prawa Kanonicznego. II. Ważność dokonanych przez proboszcza czynności przekraczających granice i sposób zwyczajnego zarządzania, określonych w statucie lub stosownym akcie biskupa diecezjalnego, zależy od uprzedniego pisemnego upoważnienia ordynariusza, a czynności o charakterze alienacji dóbr – od zezwolenia władzy określonej w kanonie 1292 Kodeksu Prawa Kanonicznego⁹.

Ostatecznie, w uchwale z dnia 19 grudnia 2008 roku, Sąd Najwyższy skonstatował:

Sprzedż nieruchomości przez kościelną osobę prawną, bez wymaganego w prawie kanonicznym zezwolenia władzy kościelnej, stanowi czynność prawną niezupełną (art. 63 k.c.)¹⁰.

2. Prawo kanoniczne a państwowy porządek prawny

Oddajcie więc Cezarowi to, co należy do Cezara, a Bogu to, co należy do Boga.¹¹

Niegdyś studia prawa przybierały dwuwymiarowy charakter, a ich zwieńczeniem i celem było osiągnięcie zaszczytnego tytułu *doctor utriusque iuris*. Obecnie to już relikt przeszłości, a prawnicy specjalizują się zazwyczaj w jednej z dziedzin. Relacje między prawem państwowym a prawem kanonicznym ewoluowały do postaci dualizmu porządków prawnych. Jeżeli chodzi o „źródła prawa”, sam termin nie jest jednolicie rozumiany w naukach prawnych:

można obecnie stosować pojęcie źródeł prawa z wieloma znakami zapytania i w cudzysłowie, gdyż interpretatorzy prawa są zbyt produktywni, pojęcia prawne zbyt wieloznaczne i nadmiernie poddawane wykładni, a katalog możliwych źródeł prawa w prawie konstytucyjnym zbyt otwarty¹².

9 Wyrok Sądu Najwyższego z 24 marca 2004 roku, IV CK 108/03, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, zeszyt 4, pozycja 65.

10 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2008 roku, III CZP 122/08 „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2010, zeszyt 2, s. 114–120.

11 Ewangelia według św. Mateusza, rozdział 22, werset 21, Jezus o sprawie podatku (wersety 15–22).

12 P. Häberle, *Źródła prawa w nowych konstytucjach*, „Przegląd Sejmowy” 1996, nr 4, s. 69.

Na potrzeby niniejszego opracowania uważam za wystarczające wyjaśnienie sformułowane przez B. Banaszaka:

Należy przyjąć, że dla prawnika konstytucjonalisty chodzi tu o źródło powstawania prawa – tzn. o akt ustanawiający normy prawa obowiązującego. (...) W dalszej części rozważań za źródło prawa uważał więc będą konsekwentnie każdy akt prawotwórczy (normatywny) – tj. akt zawierający chociaż jedną normę generalną lub abstrakcyjną, mogącą być podstawą rozstrzygnięć indywidualnych¹³.

Wydaje się, że takie rozumowanie powinno stanowić punkt odniesienia nie tylko dla konstytucjonalistów, ale dla prawników w ogóle. Krąg adresatów norm prawa jest jednak szerszy – obejmuje w znacznej mierze nieprofesjonalistów. Niektórzy z nich automatycznie będą wiązać źródła prawa z katalogiem znajdującym się w Konstytucji, a niektórzy intuicyjnie tylko respektować pewne akty jako obowiązujące. Nie negując aktualności rzymskiej paremii *ignorantia iuris neminem excusat*, trzeba mieć na uwadze interes odbiorców prawa w pełni świadomych hierarchii i mocy aktów prawnych, jak i tych o niższym poziomie wiedzy na ten temat. O ile bowiem powszechne obowiązywanie Konstytucji¹⁴, Kodeksu cywilnego¹⁵, Kodeksu karnego wykonawczego¹⁶, Ustawy o ochronie danych osobowych¹⁷ czy Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 roku w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej¹⁸ nie budzi raczej wątpliwości i ich zakres podmiotowy jest dość klarowny, to w przypadku Kodeksu Prawa Kanonicznego kwestie te nie są, niestety, takie oczywiste.

Artykuł 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wymienia następujące źródła prawa powszechnie obowiązującego: Konstytucję, ustawy,

13 B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 38.

14 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997 nr 78, poz. 483.

15 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 ze zmianami.

16 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. z 1997 r., nr 90, poz. 557 ze zmianami.

17 Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, Dz.U. 2002 r. nr 101, poz. 926 ze zmianami.

18 Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r., Dz.U. 2013 nr 0, poz. 167.

ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia, a także akty prawa miejscowego, na obszarze działania organów, które je ustanowiły. Ustęp pierwszy kolejnego artykułu dodaje, że warunkiem wejścia w życie ustaw, rozporządzeń oraz aktów prawa miejscowego jest ich ogłoszenie – tymczasem na próżno szukać Kodeksu Prawa Kanonicznego w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, czy też Internetowym Systemie Aktów Prawnych, zawierającym akty publikowane i niepublikowane, wydane po roku 1918 i wydawane do chwili obecnej.

Prawo kanoniczne, chociaż najczęściej kojarzone z Kodeksem Prawa Kanonicznego, w swoim historycznym i ówczesnym kształcie obejmuje prawo przyjęte przez ustawodawcę wyższego (*ius propositum*), czyli prawo boskie – naturalne i pozytywne, prawo ustanowione przez Kościół (*ius constitutum*) i prawo przejęte od innego ustawodawcy ludzkiego (*ius receptum*)¹⁹. Kwestia czynności prawnych dokonywanych przez osoby prawne Kościoła katolickiego uregulowana jest jednak głównie w Kodeksie Prawa Kanonicznego. Warto poświęcić mu kilka słów. Przede wszystkim, należy mieć świadomość, że obowiązującym tekstem *Codex Iuris Canonici* jest wyłącznie tekst łaciński, promulgowany przez ustawodawcę. Polski przekład pochodzi z wydania zatwierdzonego przez Konferencję Episkopatu Polski²⁰. Obecnie obowiązuje Kodeks promulgowany dnia 25 stycznia 1983 roku przez papieża Jana Pawła II. Ten podstawowy dokument ustawodawczy wszedł w życie 27 listopada 1983 roku i zastąpił Kodeks Prawa Kanonicznego z 1917 roku, a także inne wcześniejsze uregulowania obejmujące problematykę wewnątrzkościelną. Jego podział obejmuje księgi, w obrębie których występują jeszcze części i sekcje, tytuły, rozdziały oraz artykuły.

3. Cywilnoprawna skuteczność czynności prawnych w świetle Kodeksy cywilnego

Dyskurs prawniczy wykształcił różne teorie i poglądy na temat prawnej efektywności czynności prawnych. Niespornym jest, że czynność prawna

¹⁹ W. Jakubowski, M. Solarczyk, *Ustrój Kościoła Rzymskokatolickiego*, Warszawa 2002, s. 22.

²⁰ P. Majer, *Kodeks Prawa Kanonicznego, Komentarz*, Kraków 2011, s. 34.

jest skonstruowaną przez system prawny czynnością konwencjonalną podmiotu prawa cywilnego, której treść określa przynajmniej w podstawowym zakresie konsekwencje prawne tego zdarzenia prawnego. Z naszego punktu widzenia, należy rozważyć właśnie konsekwencje – już z definicji wynika, że czynność prawna, jako zdarzenie prawne, zawiera w sobie element ukierunkowania na wywołanie określonych skutków. Z. Radwański uważa, że zdarzenia prawne, a tym samym i czynności prawne, właśnie na tym polegają, że wywołują skutki prawne²¹. Również w obszarze teorii i filozofii prawa sformułowane są wypowiedzi o skuteczności – prawo jest skuteczne, jeżeli prowadzi do zaistnienia stanów rzeczy, jakie są uważane za cele regulacji prawnej²². Wydaje się, że nie będzie błędem odniesienie tej wypowiedzi także do skuteczności czynności prawnej – wtedy zaistniałyby stany rzeczy, zdefiniowane jako cele czynności.

Za jedno z kluczowych pojęć na płaszczyźnie skuteczności należy uznać pojęcie „nieważności”, „wzruszalności”, „bezskuteczności zawieszony” oraz „bezskuteczności względnej”. Zgadzając się z poglądem Z. Radwańskiego, zakładającym, że nieważne czynności prawne nie wywołują skutków prawnych, włączam w katalog następstw wadliwie dokonanych czynności prawnych jedynie wzruszalność, bezskuteczność zawieszoną, bezskuteczność względną oraz częściową bezskuteczność czynności prawnych²³.

Poczynając od wzruszalności czynności prawnej, jej istota polega na tym, że czynność prawna wywołuje skutki prawne określone w treści oświadczenia woli, ale są to skutki niepewne, zależące od tego, czy składający wadliwie oświadczenie woli albo inna kompetentna w świetle przepisów prawnych do tego osoba, nie doprowadzi do jej unicestwienia. Skutkiem wzruszenia czynności prawnej jest jej unicestwienie (w piśmiennictwie używa się również terminu „unieważnienie”). Czynność nie wywołuje żadnych skutków prawnych, a jeżeli została już wykonana, należy zwrócić nienależnie otrzymane świadczenia.²⁴

Instytucję bezskuteczności zawieszony czynności prawnej reguluje artykuł 63 Kodeksu cywilnego. Dotyczy on licznych przypadków wymogu

21 Z. Radwański, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. II: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 434.

22 W. Lang, *Společné dítání práwa*, [w:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i práwa*, Warszawa 1986, s. 495; S. Kaźmierczyk, Z. Pulka, *Wstęo do prawoznaustwa*, Wrocław 1999, s. 215.

23 Z. Radwański, *op. cit.*, s. 448 i n.

24 *Ibidem*.

wyrażenia zgody przez osobę trzecią do dokonania czynności prawnej poza złożeniem oświadczeń woli przez stronę lub strony danej czynności prawnej. Zgoda osoby trzeciej może być udzielona przed, podczas lub po złożeniu oświadczeń woli przez osoby dokonujące czynności prawnej i jest określana mianem potwierdzenia. Ma ono moc wsteczną od momentu złożenia oświadczeń woli przez osoby dokonujące czynności prawnej. W języku prawniczym powszechnie używa się zwrotów: „czynność prawna niezupełna”, „czynność prawna kulejąca”. Nie powinny one oznaczać szczególnych typów czynności, a jedynie etap lub fazę samego procesu dokonywania czynności. Między złożeniem oświadczeń woli przez stronę, czy też strony a potwierdzeniem ich przez osobę trzecią upływa pewien czas – w okresie tym nie wiadomo, czy złożone oświadczenia woli wywołają skutki prawne. Brak potwierdzenia oświadczeń woli powoduje bowiem, że czynność prawna nie zostanie dokonana i nie wywoła skutków prawnych, wynikających z treści oświadczeń woli. Pomimo to, oświadczenia woli wiążą strony w taki sposób, że w okresie zawieszony bezskuteczności są one związane swoimi oświadczeniami woli i nie mogą ich wycofać²⁵.

Ustawodawca postępuje się także konstrukcją bezskuteczności względnej. Ma ona na celu ochronę prawa podmiotowego przysługującego osobie trzeciej, nieuczestniczącej w czynności prawnej. Bezskuteczność względna czynności prawnej wyraża się w tym, że jest ona bezskuteczna wobec określonych osób, a pozostaje skuteczna względem innych. Nie ma wątpliwości, że czynność prawna jest ważna, chociaż wywołuje ograniczone podmiotowo skutki prawne. Sens ochrony osoby trzeciej wyraża się w tym, że mimo ważnie dokonanej czynności między stronami, jest ona nieskuteczna względem niej – tak, jakby w ogóle nie została dokonana²⁶. Ilustrując przykładem – jeżeli Kowalskiemu przysługuje prawo wobec Nowaka, to omawiana konstrukcja chroni Kowalskiego przed pozbawieniem go przez Nowaka możliwości wykonania prawa przez dokonanie przez niego czynności prawnej, w której Kowalski nie uczestniczy. Tym sposobem Nowak mógłby na podstawie darowizny przenieść na Jankowskiego składniki swojego majątku, w następstwie czego stałby się niewypłacalny wobec Kowalskiego. Szczególnie uwzględnić się w piśmiennictwie wagę artykułu 59 Kodeksu cywilnego, stanowiącego o umowie, jakiej wykonanie czyni całkowicie lub częściowo niemożli-

25 *Ibidem*, s. 456 i n.

26 *Ibidem*, s. 448 i n.

wym zadośćuczynienie roszczeniu osoby trzeciej – osoba ta może żądać uznania umowy za bezskuteczną w stosunku do niej, jeżeli strony o jej roszczeniu wiedziały albo jeżeli umowa była nieodpłatna.

Chociaż w obrębie typów wadliwości nie powinna raczej mieścić się sankcja nieważności, słuszne wydaje się wyróżnienie częściowej nieważności czynności prawnej – konstrukcja tego typu została zastosowana przez ustawodawcę w artykule 58 paragrafie 3 Kodeksu cywilnego. Wynika z niego, że jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba, że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana. Częściowa nieważność czynności prawnej szerokie zastosowanie znajduje przede wszystkim w prawie konsumenckim, a system prawny obfituje w przepisy, które jednoznacznie rozstrzygają kwestię, jakie postanowienia czynności prawnej kwalifikuje się jako niedozwolone, a w konsekwencji bezskuteczne (między innymi artykuł 94 Kodeksu cywilnego i 38 Kodeksu spółek handlowych²⁷).

4. Czynności prawne dokonywane przez osoby prawne Kościoła katolickiego

Pod pojęciem kościelnych osób prawnych rozumiemy osoby prawne kościołów i innych związków wyznaniowych – podstawowe uregulowania dotyczące tej kwestii odnoszą się do wszelkich kościołów i związków wyznaniowych, nie tylko Kościoła katolickiego. Dla sytuacji osób prawnych Kościoła katolickiego fundamentalne znaczenie mają przede wszystkim dwa akty prawne – Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską z dnia 28 lipca 1993 roku²⁸ oraz Ustawa z dnia 18 maja 1989 roku o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej²⁹. Zgodnie z nimi, Polska uznała osobowość prawną Kościoła katolickiego

27 Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz.U. 2000 nr 94 poz. 1037 ze zmianami.

28 Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 roku, Dz.U. 1998 r. Nr 51, poz. 318.

29 Ustawa z dnia 17 maja 1989 roku o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 1989 r., Nr 29, poz. 154 ze zmianami.

oraz innych instytucji Kościelnych – terytorialnych, jak i personalnych – które uzyskały taką osobowość na podstawie prawa kanonicznego. W materii osób prawnych kościoła katolickiego zaakcentować trzeba jeszcze regulacje Ustawy z dnia 17 maja 1989 roku o gwarancjach wolności sumienia i wyznania oraz Kodeksu Prawa Kanonicznego. Pierwszy akt wspomina jedynie w artykułach 13 i 14 o osobach prawnych kościołów i innych związków wyznaniowych, a w Kodeksie Prawa Kanonicznego osobom prawnym został poświęcony Rozdział II Tytułu VI Księgi I. Kanon 115 definiuje osoby prawne w Kościele jako zespoły osób albo zespoły rzeczy. Poprzedni, 114 kanon określa natomiast cele, na jakie są one zorientowane – mają odpowiadać misji Kościoła i odnosić się do dzieł pobożności, apostołatu lub miłości w wymiarze duchowym albo materialnym. Zestawiając przepisy ustawowe z unormowaniami prawa kanonicznego da się zauważyć pewien newralgiczny punkt – uprawnienia proboszcza, niesprecyzowane w prawie polskim, a jedynie w Kodeksie Prawa Kanonicznego.

Zagadnieniu czynności prawnych został poświęcony Tytuł IV Kodeksu cywilnego. Paralelnie, w Kodeksie Prawa Kanonicznego, w Księdze I, widnieje Tytuł VII: Czynności prawne. Pozwolę sobie omówić te przepisy, które mogłyby wpływać na skuteczność czynności prawnych, dokonywanych przez osoby prawne Kościoła katolickiego, gdybyśmy uznali je za obowiązujące w świetle państwowego porządku prawnego – kanony 124–127 oraz 1273, 1279 i 1281.

Kanon 124 nie definiuje pojęcia czynności prawnej, a jedynie stanowi o elementach istotnych i koniecznych do jej zaistnienia. Wymaga się, ażeby czynność prawna została dokonana przez zdolną do tego osobę oraz aby były w niej zawarte wszystkie elementy konstytutywne, a także, by wypełniono formalności i warunki przewidziane przez prawo do ważności czynności. Z paragrafu drugiego kanonu wynika domniemanie ważności czynności prawnej „właściwie dokonanej w jej elementach zewnętrznych”. W komentarzu do Kodeksu Prawa Kanonicznego P. Lombardia³⁰ wyjaśnia, że konsekwencją braku elementów konstytutywnych czynności jest jej nieważność – w tym przypadku czynność prawna w ogóle nie istnieje. Przepis dotyczy kwestii „formalności oraz warunków wymaganych przez prawo” – ich brak nie powoduje nieistnienia czynności, lecz jej nieważność bezwzględna, albo możliwość uchylecia jej przez sąd. Autor komentarza

30 P. Lombardia, *Komentarz do Księgi I Normy ogólne*, [w:] *Kodeks Prawa Kanonicznego, Komentarz*, Kraków 2011, s. 146–147.

posługuje się więc terminologią analogiczną jak przedstawiciele polskiej nauki prawa. Nie precyzuje jednak, czy pod pojęciem „prawo”, należy rozumieć prawo kanoniczne, prawo państwowe, czy też termin ten obejmuje oba porządki prawne. Kolejny, 125 kanon, uznaje za nieważne czynności podjęte na skutek przymusu, któremu nie można było się w żaden sposób oprzeć, a za ważne – dokonane „pod wpływem ciężkiej, nieusprawiedliwionej bojaźni albo na skutek podstępów”, chyba, że prawo zastrzega inaczej. Mogą być one unieważnione wyrokiem sędziego, bądź na wniosek strony poszkodowanej, bądź jej prawnych zastępców, a także z urzędu. Kanon 126 wyróżnia czynności dokonane pod wpływem ignorancji lub błędu dotyczącego „samej istoty czynności” albo warunku wymaganego w sposób bezwzględny. Jeszcze jeden wariant nieważności określa paragraf 1 kanonu 127: „Gdy prawo postanawia, że przełożony do podjęcia czynności potrzebuje zgody lub rady jakiegoś kolegium lub zespołu osób, winien zwołać kolegium lub zespół, zgodnie z kan. 166³¹, chyba, że – gdy chodzi tylko o uzyskanie rady – inaczej zastrzega prawo partykularne lub własne. Do ważności zaś czynności wymaga się uzyskania zgody bezwzględnej większości tych, którzy są obecni, albo wysłuchania rady wszystkich”. Paragraf drugi stanowi, że jeżeli ustawa determinuje potrzebę zgody lub rady niektórych, czy pojedynczych osób, czynność prawna przełożonego jest nieważna bez zwrócenia się o wyrażenie zgody przez te osoby, albo wbrew ich zdaniu. Ponadto, jeżeli wymagana jest rada, nieważna jest czynność przełożonego, podjęta bez wysłuchania zdania właściwych osób. Przełożony nie ma wprawdzie obowiązku bezwzględnego zastosowania się do takiej opinii, ale nie powinien od niej odstępować. Poza analizowanym tytułem, kanony odnoszące się bezpośrednio i pośrednio do problemu czynności prawnych, występują również w innych miejscach w systematyce Kodeksu. Ponieważ czynności prawne, jakie nas interesują, będą dotyczyły między innymi dóbr kościelnych, pomocna może okazać się znajomość kanonu 1273. Według niego, Biskup Rzymski „jest najwyższym zarządcą i szafarzem wszystkich dóbr kościelnych”. Wobec tego, papież dysponuje najszerszym wachlarzem uprawnień i w jego mocy leży dokonywanie aktów zwyczajnego i nadzwyczajnego zarządu – i to w stosunku do dóbr kościelnych

31 Kanon 166 § 1: „Przewodniczący kolegium lub zespołu winien zwołać wszystkich należących do kolegium lub zespołu. Wezwanie zaś, gdy ma być osobiste, jest ważne, jeżeli zostało dokonane w miejscu stałego lub tymczasowego zamieszkania lub w miejscu pobytu”.

wszelkiej natury i bez względu na ich położenie, pomimo, że nie jest ich właścicielem. Akt Biskupa Rzymu wyklucza uprawnienia niższego zarządcy³². Model tak dalekosiężnego władania rzeczą nie przystaje do konstrukcji prawa własności, jaką konstytuuje polski Kodeks cywilny. Jak wynika z artykułu 140 Kodeksu, właściciel może, w granicach określonych przez prawo i zasady współżycia społecznego, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swojego prawa, z wyłączeniem innych osób – i w tych samych granicach rzeczą rozporządzać. Kanon 1273 stwarza więc potencjalną dowolność rozporządzania rzeczą pomimo braku prawa własności i wbrew temu, że władza Biskupa Rzymskiego nie ma charakteru rzeczowego. Zarząd dobrami kościelnymi reguluje także kanon 1279 – należy on do tego, kto bezpośrednio kieruje osobą, do której te dobra należą, chyba, że co innego wynika z prawa partykularnego, statutów, czy zwyczaju. Warto pochylić się przede wszystkim nad kanonem 1281 – wyartykułowana w nim przesłanka nieważności stała się powodem rozważań i dyskusji teoretyków prawa oraz problemem, przed jakim stanęli praktycy i polskie sądy. W brzmieniu przepisu, zarządcy, przy zachowaniu przepisów statutów, nieważnie wykonują czynności, które przekraczają granice i sposób zwyczajnego zarządzania, jeżeli nie uzyskali wcześniej pisemnego upoważnienia od ordynariusza. W rzeczonych statutach powinny być określone czynności przekraczające granice i sposób zwyczajnego zarządzania, natomiast, gdy „statuty milczą w tej sprawie”, biskup diecezjalny po wysłuchaniu zdania rady do spraw ekonomicznych sam określa tego rodzaju czynności w odniesieniu do podległych mu osób. Paragraf 3 stanowi, że osoba prawna nie jest zobowiązana odpowiadać za czynności nieważne podjęte przez zarządców, chyba że odniosła z nich korzyść. Osoba prawna będzie natomiast odpowiadała za czynności niezgodne z prawem, ale dokonane w ważny sposób przez administratorów, z zachowaniem prawa do skargi lub rekursu przeciw zarządcom. Wedle prawa kanonicznego, każda transakcja majątkowa zalicza się w poczet czynności zarządzania. Czynność nadzwyczajnego zarządzania wiąże się z przekroczeniem pewnego limitu środków.³³ Komentator wymienia przykładowe kryteria determinujące zasięg „czynności nadzwyczajnych”: suma, o jaką majątek się pomniejsza, ryzyko poważnych strat, niebezpieczeństwo pogorszenia

32 M. López Alarcón, *Komentarz do Księgi V. Dobra Doczesne Kościoła*, [w:] *Kodeks Prawa Kanonicznego, Komentarz*, Kraków 2011, s. 946.

33 *Ibidem*, s. 954.

stabilności majątku, specyfika i złożoność transakcji, wartość rzeczy, niepewność ekonomicznych skutków i im podobne³⁴. Skoro katalog nie jest zamknięty, a kryteria są dość płynne i podatne na subiektywne interpretacje, o zwyczajności lub nadzwyczajności czynności decyduje w zasadzie stosowna władza kościelna, a w konsekwencji rozstrzygnięcia w tej materii mogą być arbitralne.

Rozmiar niniejszego opracowania wyklucza całkowite wyczerpanie problematyki czynności prawnych dokonywanych przez osoby prawne Kościoła katolickiego – stąd pominięta zostanie alienacja, czy obrót nieruchomościami przez parafię rzymskokatolicką, a także regulacje konkordatowe i przepisy ustawy wyznaniowej. Trzeba jednak zaakcentować wniosek płynący już z samych przytoczonych wyżej kanonów: czynności prawne w imieniu parafii podejmuje proboszcz, ale na dokonanie wielu z nich musi uzyskać zgodę ordynariusza lub biskupa diecezjalnego – ograniczenia te wynikają wprost wyłącznie z Kodeksu Prawa Kanonicznego, a nie z jakiegokolwiek aktu prawa powszechnie obowiązującego. Pomimo to, niektórzy przedstawiciele nauki (zrobił to także Sąd Najwyższy), kwalifikują ową zgodę jako zgodę osoby trzeciej w rozumieniu artykułu 63 Kodeksu cywilnego – bez względu na to, iż wyrażony w tym przepisie wymóg musi wynikać z ustawy, a Kodeks Prawa Kanonicznego nie należy do aktów prawnych o takim walorze.

5. Podsumowanie

Problemu skuteczności czynności cywilnoprawnych dokonywanych przez osoby prawne Kościoła katolickiego na obecnym etapie dyskursu nie sposób rozstrzygnąć definitywnie w oparciu o jego owoce. Z jednej strony bowiem dorobek nauki promuje pewne założenia, z drugiej linia orzecznicza Sądu Najwyższego suponuje prawdziwość zupełnie innych. Wydaje się, że gdyby precyzyjnie i rygorystycznie interpretować przepisy prawa powszechnie obowiązującego – Konstytucji, ustawy wyznaniowej czy Konkordatu – dyskusja nad znaczeniem norm Kodeksu Prawa Kanonicznego i kanonicznego prawa partykularnego byłaby bezprzedmiotowa.

M. Gutowski, analizując materię skuteczności czynności cywilnoprawnych, zaproponował swoisty test ważności: „Jeżeli czynność dokonana

34 *Ibidem*, s. 954–955.

została w imieniu osoby prawnej lub podmiotu ustawowego – czy dokonana została ona zgodnie z regułami reprezentacji tego podmiotu?”³⁵. Można pokusić się o przyjęcie, że czynność dokonana w mieniu osoby prawnej Kościoła katolickiego – parafii przez proboszcza, bez uzyskania uprzedniego zezwolenia kompetentnej władzy kościelnej, przewidzianego przez normy Kodeksu Prawa Kanonicznego, jest ważna na gruncie polskiego porządku prawnego (jeżeli spełnia przesłanki ważności czynności prawnej konstruowane przez polskie prawo powszechnie obowiązujące). Przeciwny wniosek godziłby w artykuł 87 Konstytucji i pewność obrotu, jak również sprzyjałby dezaktualizacji postulatu transparentności prawa.

Racjonalny ustawodawca, chcąc obwarować daną czynność rygorem nieważności, ustanowiłby przepis o przykładowej treści: „dla dokonania przez parafię czynności prawnej, której wartość przekracza kwotę X złotych, konieczne jest uzyskanie, pod rygorem nieważności, uprzedniej zgody biskupa diecezjalnego”³⁶. Wówczas powszechne obowiązywanie byłoby bezsporne. Pewne obszary działania osób prawnych Kościoła katolickiego (kościół i innych związków wyznaniowych) muszą podlegać regulacjom prawa państwowego – występują wszak one w systemie i uczestniczą w obrocie cywilnoprawnym. Państwo nie legitymizuje ogółu norm prawa wewnętrznego Kościoła, a tylko konkretne jego normy i to wyłącznie w drodze właściwej stanowienia prawa państwowego. Prawodawca, kiedy ma zamiar wywołać taki skutek – to jest kiedy chce, żeby normy kościelnego prawa wewnętrznego uzyskały charakter norm powszechnie obowiązujących – czyni to w sposób wyraźny, bezpośredni i literalny.

Konkludując, błędem jest przypisywanie wadliwości kanonicznej wadliwej czynności cywilnej, a najpoważniejsze wątpliwości budzi sam pogląd sugerujący stosowanie prawa kanonicznego w wypadkach uczestniczenia kościelnych osób prawnych w stosunkach cywilnoprawnych – wszelkie ograniczenia w tym zakresie winny wynikać z ustaw, a przerzucanie ryzyka związanego z nieprawidłowym funkcjonowaniem kościelnych osób prawnych na drugą stronę czynności prawnej, dokonującej jej w dobrej wierze, jest zdecydowanie nieuprawnione i sprzeczne z postulatem pewności obrotu prawnego.

35 M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006, s. 488.

36 A. Januchowski, *Wybrane zagadnienia związane z reprezentacją parafii przez proboszcza na gruncie prawa kanonicznego i polskiego*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2008, t. 11, s. 234.

Bibliografia

- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008.
- Breczko A., *Prawo a Moralność w teorii i praktyce, wczoraj i dziś*, Białystok 2004.
- Brodecki Z., Konopacka M., Brocedka-Chamera A., *Komparatystyka kultur prawnych*, Warszawa 2010.
- Gutowski M., *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006.
- Häberle P., *Źródła prawa w nowych konstytucjach*, „Przegląd Sejmowy” 1996, nr 4.
- Jakubowski W., Solarczyk M., *Ustrój Kościoła Rzymskokatolickiego*, Warszawa 2002.
- Januchowski A., *Wybrane zagadnienia związane z reprezentacją parafii przez proboszcza na gruncie prawa kanonicznego i polskiego*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2008.
- Kaźmierczyk S., Pulka Z., *Wstęp do prawoznawstwa*, Wrocław 1999.
- Lang W., *Spoleczne działanie prawa*, [w:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986 s. 495.
- Lombardia P., *Komentarz do Księgi I Normy ogólne*, [w:] *Kodeks Prawa Kanonicznego, Komentarz*, Kraków 2011.
- López Alarcón M., *Komentarz do Księgi V. Dobra Doczesne Kościoła*, [w:] *Kodeks Prawa Kanonicznego, Komentarz*, Kraków 2011.
- Majer P., *Kodeks Prawa Kanonicznego, Komentarz*, Kraków 2011.
- Majka J., *Metodologia nauk teologicznych*, Wrocław 1995.
- Radwański Z., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. II: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008.
- Tokarczyk R., *Komparatystyka Prawnicza*, Zakamycze 2005.
- Ziemiński Z., *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa–Poznań 1983.

ABSTRACT

ALEKSANDRA GŁOWACKA

Common law system and effectiveness of civil law acts of a legal persons of the Catholic Church

Elaboration concerns the problem of the effectiveness of acts in law by legal persons of the Catholic Church – in Polish system of law. It also touches the problem of comparative law and research methods. The issue aroused the interest of a decade ago, when it was analysed by the High Court. Judicature still has not developed

a coherent approach on the location of canon law in the state order of universally binding law. The author tried to answer the question whether the Code of Canon Law is the source of universally binding law in Poland. The article compares ecclesiastical and intra-state regulations, represents the views of the representatives of the science of law and the Polish courts.

Pamięć w aspekcie psychologicznym, kulturowym i literackim

Słowa kluczowe: pamięć, neurobiologia, psychologia, kultura, literatura, mnemotopos, lieux de memoire, pamięć zbiorowa, Proust, *W poszukiwaniu straconego czasu*, Iwaszkiewicz, *Panny z Wilka*, Miłosz, *Eseje*.

Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest próba wyjaśnienia mechanizmów pamięci, pokazanie w jaki sposób mogą one być zasobem kulturowym, a także przedstawienie związków między pamięcią a literaturą na przykładzie trzech dzieł: *W poszukiwaniu straconego czasu* Marcela Prosa, *Panien z Wilka* Jarosława Iwaszkiewicza oraz wybranych esejów Czesława Miłosza.

Definicja pamięci

Czym jest pamięć? Według *Uniwersalnego słownika języka polskiego*, pamięć to „zdolność, predyspozycja umysłu do przyswajania, utrwalania, przechowywania i przypominania, odtwarzania doznanych wrażeń,

przeżyć, wiadomości”¹. Dalej *Uniwersalny słownik...*, rozszerzając to hasło, wylicza różne rodzaje pamięci: muzyczną, długotrwałą, krótkotrwałą, logiczną, lokalną, mechaniczną, słuchową i wzrokową.

Tak rozbudowana definicja pokazuje, jak trudno wyjaśnić, czym jest pamięć. Nie dziwi więc, iż jej mechanizmami są zainteresowane nie tylko medycyna (w szczególności neurobiologia) i psychologia (zwłaszcza kognitywna), ale także filozofia, socjologia, historia czy literatura.

W artykule chciałbym przedstawić nie tylko, jak działa pamięć u każdego z nas, ale także pokazać, jak ważne są jej mechanizmy dla wyżej wymienionych nauk oraz w jaki sposób może zostać wykorzystana do kreacji literackiej.

Pamięć jako mechanizm neurobiologiczny oraz psychologiczny

Ludzie od wieków zastanawiali się nad tym, jak działa pamięć. Początkowo zapamiętywanie uważano za prosty proces psychiczny. W starożytnej Grecji toczono spory dotyczące umiejscowienia ludzkich myśli: Platon uważał, iż ich siedliskiem jest mózg, zaś Arystoteles wskazywał na serce.²

W czasach nowożytnych stworzono podstawy badań nad umysłem i pamięcią (na przykład prace Andreeasa Vesaliusa z XVI w., czy Thomasa Willisa z XVII w.), jednakże dopiero wiek XIX przyniósł poznanie funkcji mózgu. Bardziej szczegółowe badania nad pamięcią są prowadzone od lat 50. XX w., ale jej istota jest wciąż daleka od pełnego poznania.

We współczesnych badaniach nad pamięcią niezwykle ważny jest jej podział ze względu na: czas trwania (pamięć krótko- i długotrwałą), rodzaj bodźca, oraz stopień zaangażowania świadomości w kodowanie i odtwarzanie informacji.³

Istnieje wiele różnych teorii dotyczących tego, w jaki sposób zapamiętujemy. Jedną z najważniejszych jest tzw. teoria chemiczna, która skupia się na pojęciu *jednostki pamięci*, czyli *engramu* – śladu pamięciowego. Ma

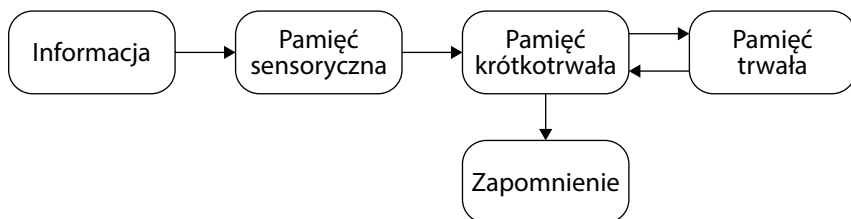
1 *Uniwersalny słownik języka polskiego*, pod red. S. Dubisza, Warszawa 2003, t. P-S, s. 22.

2 A. Rajewska-Rager, J. Rybakowski, *Współczesne modele pamięci w aspekcie neurobiologicznym i klinicznym*, „Postępy Psychiatrii i Neurologii” 2006, nr 15(2), s. 105. http://www.ipin.edu.pl/ppn/archiwum/2006/2/t15n2_8.pdf [dostęp 13.08.2014].

3 *Ibidem*, s. 106.

on powstawać w wyniku działania różnych substancji chemicznych, tworzonych w procesie uczenia się. Engram stanowi podstawę późniejszego odtworzenia wspomnień i doświadczeń. Co ciekawe, nie musi być związany ze świadomością, może się wyrażać na przykład poprzez zmianę w zachowaniu.

W uproszczony sposób proces zapamiętywania można przedstawić na schemacie⁴:



Po otrzymaniu informacji nasz mózg analizuje ją za pomocą pamięci sensorycznej (rejestrów zmysłów). Ten typ pamięci charakteryzuje bardzo krótki czas trwania (0,5s), duża pojemność (przechowuje do 99% otrzymanych informacji) i obecność w każdym narządzie zmysłu (uszech, oczach...).

Później informacje *trafają* do pamięci krótkotrwałej. Przechowuje ona niewielkie ich ilości przez krótki czas (kilka-kilkanaście sekund), jest też wykorzystywana do przetwarzania rezultatów procesów zachodzących w mózgu (na przykład wyników obliczeń czy wniosków rozumowań).

Następnie informacje zostają albo zapomniane, albo przekazane do pamięci długotrwałej. Jest ona pewnego rodzaju *magazynem* engramów (śladów pamięciowych), ma teoretycznie nieograniczoną pojemność i czas zapamiętywania.

Przypominanie sobie konkretnych informacji polega na wydobywaniu ich z pamięci długotrwałej. Ten mechanizm przebiega dwuetapowo: najpierw następuje wyszukiwanie odpowiednich informacji i ich odtwarzanie, a następnie proces decyzyjno-rozpoznawczy, w którym właściwe dane są wybierane z tych, które zostały *wydobyte* z odmetów pamięci w danej sytuacji.⁵

⁴ *Ibidem.*

⁵ H. Lindsay, D.A. Norman, *Procesy przetwarzania informacji u człowieka*, Warszawa 1991.

Choć mechanizmy zapamiętywania i przypominania sobie ogromnej liczby informacji umożliwiają nam codzienne funkcjonowanie, ludzka pamięć nie jest wolna od błędów. Daniel L. Schacter, dziekan Wydziału Psychologii Uniwersytetu Harvarda, sklasyfikował i opisał aż siedem ich rodzajów, nazywając je *siedmioma grzechami pamięci*. Są to odpowiednio:

- grzech nietrwałości – polega na zapominaniu z czasem tego, co się wydarzyło z powodu zacierania się przeszłości wraz z nowymi doświadczeniami;
- grzech roztargnienia – polega na zapominaniu o codziennych, drobnych sprawach z powodu błędnego ich zakodowania lub ich przeoczenia podczas próby *wydobycia*;
- grzech blokowania – polega na zablokowaniu informacji, o której wiemy, że ją znamy (*mamy ją na końcu języka*), z powodu innych informacji, które zajmują naszą uwagę i uniemożliwiają odnalezienia tej potrzebnej w danym momencie;
- grzech błędnej atrybucji – polega na powiązaniu różnych, pojedynczych elementów doświadczenia w jednolitą, nieprawdziwą całość, z powodu błędnego *dowiązania* zdarzenia do czasu lub miejsca albo z powodu pomylenia rzeczywistego zdarzenia z tym, o którym jedynie myśleliśmy lub które sobie wyobrażaliśmy;
- grzech podatności na sugestię – polega na włączaniu mylącej informacji z innych źródeł (ludzi, mediów) do osobistych wspomnień, z powodu tendencji pamięci do zmiany twierdzeń dotyczących przeszłości pod wpływem natłoku informacji, błędnych informacji, czy pytań sugerujących;
- grzech tendencyjności – polega na przekształcaniu wydarzeń z przeszłości tak, aby zgadzały się z naszymi bieżącymi poglądami i potrzebami, co jest spowodowane filtrowaniem wydarzeń z przeszłości przez bieżącą wiedzę lub rekonstruowaniem przeszłości w taki sposób, by była bardzo podobna lub bardzo różna od terażniejszości;
- grzech uporczywości – polega na ciągłym powracaniu pewnego wspomnienia (na przykład gwałtu, śmierci kogoś bliskiego, wojny, ale także melodii, piosenki, która *gra w naszej głowie*), z powodu nadprzeciętnej wyrazistości danego śladu pamięciowego, co hamuje naturalny proces słabnięcia wspomnień.⁶

6 D.L. Schacter, *Siedem grzechów pamięci*, Warszawa 2003.

Pamięć jako zasób kulturowy

Jak wspominałem we wstępie, mechanizmy pamięci fascynują nie tylko psychologów czy psychiatrów, ale także badaczy innych nauk. Socjologowie zwrócili uwagę na istnienie pamięci zbiorowej.

Według nich pamięć ludzka nie kształtuje się, jak uważają psychologowie, indywidualnie dla każdego człowieka, ponieważ wpływ na nią ma przede wszystkim społeczeństwo.

Najczęściej wspominam dlatego, że pobudzają mnie do tego inni, ich pamięć stara się pomóc mojej pamięci, moja pamięć znajduje w niej oparcie; (...) grupy, do których należę, ofiarowują mi w każdej chwili środki do ich [wspomnień] rekonstrukcji pod warunkiem, że zwrócę się ku nim i że przyjmę bodaj na chwilę ich sposób myślenia

– zauważa jeden z pierwszych socjologów francuskich, Maurice Halbwachs⁷. Społeczne ramy pamięci to, według niego, „instrumenty, którymi posługuje się pamięć zbiorowa, by odtworzyć obraz przeszłości zgodny w każdej epoce z ideami dominującymi w społeczeństwie”⁸. Socjologowie zakładają także, iż pamięć jest tylko częściowo zdeterminowana przez przeszłość, przede wszystkim decyduje o niej teraźniejszość.⁹

Ciekawym potwierdzeniem teorii, jakoby na naszą pamięć miały wpływ wyobrażenia społeczne, jest wiersz dziewiętnastowiecznego poety Bolesława Czerwińskiego *Ostatni Bałagula*. Padają w nim znamienne słowa:

W sto lat, gdy o żydowskich budkach
Kto wykład powie – wzbudzi śmiech.
Któż pojmie, czym furmanki były-
I bałagulów zacny cech?!¹⁰

7 M. Halbwachs, *Społeczne ramy pamięci*, Warszawa 2008, s. 4–5.

8 *Ibidem*, s. 7.

9 D. Osypiuk, *Pamięć zbiorowa mieszkańców Kodnia o Kościele unickim*, „Kultura i historia” 2011, nr 20, <http://www.kulturaihistoria.umcs.lublin.pl/archives/2730> [dostęp 13.08.2014].

10 B. Czerwiński, *Ostatni bałagula*, [w:] *Idem, Poezje*, Lwów 1881, s. 137–138; cyt. za: A. Nawarecki, *Bałaguly*, [w:] M. Bieńczyk, A. Nawarecki, *Szybko i szybciej. Eseje o pośpiechu w kulturze*, Warszawa 1996.

Bałaгуły, czyli żydowskie furmanki, jeszcze na początku ubiegłego wieku były obecne zarówno w Galicji, jak i w zaborze rosyjskim. Rozwój kolei oraz samochodów wyparł je zarówno z naszego krajobrazu, jak i z naszej pamięci.

Z pojęciem pamięci zbiorowej jest również związana *postpamięć*. Termin ten został stworzony przez Marianne Hirsch, profesor literatury Uniwersytetu Columbi. Według niej postpamięć to „cecha doświadczenia tych, którzy wzrastali w cieniu opowieści o zdarzeniach, które rozegrały się przed ich narodzeniem. Ich własne wspomnienia musiały ustąpić miejsca historiom poprzednich pokoleń, ukształtowanych w traumatycznych okolicznościach, które nigdy nie zostały do końca zrozumiane ani odtworzone”, na przykład Holocaust w pamięci Niemców czy Żydów¹¹. Co ważne, postpamięć, w przeciwieństwie do zwykłej pamięci, nie przechodzi w zapomnienie wraz ze śmiercią danej osoby, lecz kontynuuje swój żywot, a nierzadko *ekspłoduje* dopiero po odejściu niektórych ludzi. Jest to tzw. zasada trupów w szafie, którą można było zaobserwować w Niemczech po II wojnie światowej – kwestia Holocaustu została poruszona w dyskursie publicznym dopiero na przełomie lat 60. i 70.

Zagadnienia pamięci zbiorowej intrygują nie tylko socjologów. Związki pomiędzy jednostką, społeczeństwem, kulturą a pamięcią znajdują się również w obszarze badań kulturoznawców. Stworzyli oni dwa bardzo ważne pojęcia, które, choć trudno je zdefiniować, pozwalają nam lepiej zrozumieć te powiązania.

Mnemotopos to przestrzeń, w której zostały osadzone wspomnienia. Dzięki temu dane *miejsce* staje się podstawą kształtowania pamięci zbiorowej, *nasyconym symbolicznie „świętym obrazem”*¹². Mnemotoposem może być zarówno przestrzeń, w której umieszczono wspomnienia pochodzące z prawdziwych doświadczeń (na przykład Auschwitz), jak i przestrzeń, w której znajdują się całkowicie fikcyjne wyobrażenia o przeszłości (na przykład znana z *Don Kichota* La Mancha).

Pojęciem o znaczeniu podobnym do mnemotoposu, aczkolwiek nieco innym, jest *lieu de memoire*, czyli miejsce pamięci. Termin ten został stworzony w latach siedemdziesiątych przez historyka Pierre’a Nore,

11 M. Hirsch, *Family Frames: Photography, Narrative and Postmemory*, Cambridge 1997, s. 22; cyt. za: J. Tokarska-Bakir, *Polska jako chory człowiek Europy?*, „Eurozine” 2003. <http://www.eurozine.com/articles/2003-05-30-tokarska-pl.html> [dostęp 13.08.2014].

12 M. Barbaruk, „Trasa Don Kichota” jako mnemotopos, „Przegląd kulturoznawczy” 2012, nr 1(11), s. 36.

prekursora badań nad relacją pamięci, historii i archiwów. Choć sam nigdy nie zdefiniował czym są *lieux de memoire*, na podstawie jego prac możemy stwierdzić, iż są to przede wszystkim „zinstytucjonalizowane formy zbiorowych wspomnień przeszłości. Miejsce pamięci to miejsce w dosłownym znaczeniu tego słowa, w którym pewne społeczności, jakie by one nie były – naród, grupa etniczna, partia – składają swoje wspomnienia lub uważają je za nieodłączną część swojej osobowości”¹³. Mogą to być zarówno pomniki, archiwa historyczne, jak i miejsca, w których zbierają się kombatanci w ważne dla nich rocznice.

Współcześnie panuje przekonanie, iż pamięć zbiorowa jest jednym z najważniejszych czynników kulturotwórczych, *spoiwem* każdej kultury.¹⁴ Fascynacja pamięcią zbiorową, którą można zaobserwować w całej refleksji humanistycznej w ostatnich latach, nie powinna więc dziwić na pierwszy rzut oka. Wielu kulturoznawców uważa jednak, iż ta *hipertrofia pamięci*, czy też *memory boom*¹⁵, z którym mamy do czynienia, nie jest zjawiskiem naturalnym. „Mówimy tak dużo o pamięci, ponieważ tak niewiele jej zostało”¹⁶ – zauważa Pierre Nora. W dobie globalizacji, *przyspieszenia historii*, następuje dezintegracja, czy nawet utrata pamięci, ponieważ tzw. społeczeństwa ponowoczesne żyją *tu i teraz*, w terażniejszości, i są zainteresowane przyszłością, a nie tym, co już nie wróci.¹⁷ Miejmy nadzieję, iż ta zauważona niedawno przez badaczy kultury tendencja nie jest stała i uda się ją wkrótce odwrócić.

Warto zauważyć, iż istnieje nauka humanistyczna, którą tajemnicze pamięci fascynowały na długo przed epoką globalizacji. Jest nią filozofia.

Jednym z pierwszych myślicieli, którzy zainteresowali się kwestią pamięci, był już Platon. W swoim słynnym dialogu *Menon* wyraził przekonanie, iż istnieje pamięć wrodzona, a uczenie się jest tak naprawdę przypominaniem sobie tego, co nasza dusza poznała w świecie idealnym i czego nie można tak naprawdę zapomnieć. Pogląd ten został nazwany anamnezą (z gr. przypomnienie) i choć dziś jest odrzucany przez większość filozofów oraz psychologów, podobne idee wyrażają stworzone przez Carla G. Junga pojęcia archetypu (wspólnego każdemu człowiekowi

13 P. Nora, *Mémoire collective*; cyt. za: A. Szopciński, *op. cit.*, s. 12.

14 S. Bednarek, *Menomotoposy. Słowo wstępne*, „Przegląd kulturoznawczy” 2012, nr 1(11), s. 5.

15 *Ibidem*.

16 P. Nora, *Między pamięcią i historią: Les lieux de Mémoire*, „Tytuł roboczy: Archiwum” 2009, nr 2, s. 4.

17 S. Bednarek, *op. cit.*, s. 6.

wzorca postaci, zdarzenia, motywu czy schematu) i nieświadomości zbiorowej (części ludzkiej psychiki zawierającej podstawowe wzorce myślenia, reagowania, przeżywania i zachowania).

Kolejnymi, którzy po Platonie poruszyli sprawę pamięci, byli sceptycy. Fascynowały ich w szczególności błędy pamięci. Z właściwym sobie krytycznym podejściem do rzeczywistości zastanawiali się: „skoro niektóre wspomnienia są fałszywe, to skąd możemy wiedzieć, że wszystkie wspomnienia nie są fałszywe?”

Kwestie związane z pamięcią zainteresowały także jednego z najwybitniejszych filozofów chrześcijaństwa – św. Augustyna. W XI księdze *Wyznań* zastanawiał się m.in., czy zdarzenia przeszłe, o których przecież pamiętamy, istnieją. Wywiódł tzw. paradoks Augustyna:

zdarzeń przeszłych już nie ma, więc nie istnieją; zdarzeń przyszłych jeszcze nie ma, więc nie istnieją; gdyby zdarzenie terazniejsze nie przestało istnieć, byłoby wiecznością, więc istnieje o tyle, o ile nie przestanie istnieć; więc świat, którego doświadczamy nie istnieje.¹⁸

Nie odpowiedział jednak ostatecznie na pytanie o status czasu przeszłego (a wraz z nim naszych wspomnień), stwierdzając jedynie, iż jedyną pewną rzeczą w życiu każdego człowieka jest śmierć.

Czas, a co za tym idzie, także pamięć, fascynowały również osiemnastowiecznego brytyjskiego filozofa Davida Hume'a. Jest on twórcą koncepcji znanej jako bezczas Hume'a, złożonej z trzech elementów: racjonalizmu temporalnego:

Czas jest relacją między percepcjami, więc czasu nie doświadczamy. Pamiętamy następujące po sobie percepcje, które są przechowywane w pamięci; atomizmu temporalnego: Czas składa się z niepodzielnych części zwanych chwilami. Pamięć nadaje zaś ciągłość czasowi; subiektywizmu temporalnego: Czas jest tworem naszego umysłu. Pamięć istnieje poza czasem i jest warunkiem koniecznym do jego powstania.

Innym wybitnym filozofem, którego pociągały kwestie pamięci był Henri Bergson. W swoim dziele *Materia i pamięć* z 1896 r. wyróżnił dwa jej rodzaje: automatyczną (dotyczącą codzienności, mechaniczną, na przykład

¹⁸ J. Strzelecki, *Pamięć i filozofia*, <http://prezi.com/sl1pokm8mkcow/copy-of-filozofia-i-pamiec/> [dostęp 13.08.2014].

uczenie się wiersza na pamięć) i czystą (rejestrującą przeszłość w postaci obrazów, na przykład pamiętamy okoliczności uczenia się wiersza na pamięć). Bergson uważa również, iż pamięć tworzy rzeczywistość.¹⁹

Ostatnim filozofem zainteresowanym pamięcią, którego poglądy chciałbym przedstawić, jest Bertrand Russell. Dwudziestowieczny filozof skłaniał się ku przekonaniom sceptyków, stworzył tzw. hipotezę Russella:

Nie jest logicznie koniecznym założeniem przekonania pamięciowych, że przeszłość w ogóle istniała. Nie jest logicznie niemożliwą hipoteza, że świat zaistniał pięć minut temu, dokładnie taki, jaki wtedy był, wraz z populacją, która 'pamięta' pewną całkowicie nierzeczywistą przeszłość. Nie istnieje żaden logicznie konieczny związek pomiędzy zdarzeniami w różnych czasach, a stąd nic, co dzieje się teraz lub co będzie się działo w przyszłości, nie będzie mogło obalić hipotezy, że świat zaczął się pięć minut temu²⁰.

Na koniec niniejszego rozdziału chciałbym wspomnieć o istniejącej od wieków, a współcześnie nieco zapomnianej dyscyplinie, jaką jest sztuka pamięci. Obejmuje ona wiele zagadnień z pogranicza różnych dziedzin wiedzy: filozofii (w szczególności teorii poznania), psychologii, matematyki, astronomii, logiki, teatru, metodologii magii, kabały, okultyzmu czy hermetyzmu.²¹ Czołową badaczką mnemotechniki (jak inaczej nazywa się sztukę pamięci) była profesor Uniwersytetu Londyńskiego Frances A. Yates, która zebrała wiedzę na ten temat w obszernej monografii zatytułowanej *Sztuka pamięci*.

Podobnie jak wiele innych sztuki, sztuka pamięci również została stworzona w starożytnej Grecji, skąd trafiła do Rzymu. Później stała się integralną częścią kultury europejskiej. Mnemotechnika polega na „zapamiętywaniu – za pomocą techniki odciskania w pamięci – »miejsc« i »wyobrażeń«”²².

Według legendy twórcą sztuki pamięci był Symonides z Keos, grecki poeta żyjący między VI a V w. przed Chrystusem. Pewnego dnia został poproszony o napisanie utworu opiewającego Skopasa, dostojnika z Tesalii. Poemat został ogłoszony w czasie wydanej przez niego uczy. Nie przypadł jednak do gustu gospodarzowi, ponieważ znaczna jego część został

19 H. Bergson, *Matter and Memory*, b.m.w. 2007, s. 145.

20 B. Russell, *The Analysis of Mind*, s. 159–160; cyt. za: S. Judycki, *Pamięć i wiedza*, „Kwartalnik Filozoficzny” 2002, nr 30, z. 3, s. 58.

21 F.A. Yates, *Sztuka pamięci*, Warszawa 1977, s. 5.

22 *Ibidem*, s. 7.

poświęcona boskim bliźniakom, Kastorowi i Polluksowi. Skopas zapłacił więc jedynie połowę umówionej sumy Symonidesowi, mówiąc, by po resztę zgłosił się do opiewanych przez niego bogów. Wkrótce potem poeta został wywołany na zewnątrz budynku przez dwóch młodzieńców. Gdy tylko wyszedł z sali, jej strop zawalił się, grzebiąc wszystkich biesiadników. Młodzieńcami okazali się Kastor i Polluks, którzy nie tylko uratowali poetę, ale także sownie wynagrodzili go za stworzony panegiryk. Co ważniejsze, ponieważ Symonides był jedyną osobą, która przeżyła wypadek, dzięki zapamiętaniu miejsc, które poszczególni goście zajmowali podczas uczty, pomógł bliskim ofiar tragedii w identyfikacji zmasakrowanych ciał zmarłych. To wydarzenie zachęciło Symonidesa do stworzenia zasad sztuki pamięci. Stwierdził, iż osoby, które chcą rozwinąć tę umiejętność:

powinny wybierać miejsca i formować w umyśle wyobrażenia rzeczy, które pragną zapamiętać, oraz umieszczać wyobrażenia w miejscach w taki sposób, żeby porządek miejsc zachował porządek rzeczy, a wyobrażenia rzeczy oznaczały same rzeczy właśnie, przy czym miejsc i wyobrażeń należy używać tak, jak woskowej tabliczki i liter na niej pisanych²³.

Grecki poeta nie był jedynym wybitnym starożytnym, którego zafascynowała mnemotechnika. Ciceron, jeden z najwybitniejszych rzymskich mówców, poświęcił jej jeden z pięciu rozdziałów w *De oratore*, jej wielkie znaczenie podkreślał również Kwintylian, znany retor i pedagog.

Warto zauważyć, iż nie tylko żyjący w antyku kultywowali sztukę pamięci. Zajmowali się nią również św. Augustyn, św. Tomasz z Akwinu, Petrarca, Giordano Bruno, Kartezjusz czy Leibniz. Możemy przypuszczać, iż zainteresowanie mnemotechniką ze strony tak wielu wybitnych osób skłoniło literatów do tak szerokiego wykorzystywania pamięci jako tworzywa literackiego, czym zajmę się w kolejnym rozdziale.

Pamięć jako tworzywo literackie

Pamięć w mniejszy lub większy sposób wpływała na literaturę odkąd tylko ludzie zaczęli pisać – pamiętniki i dzienniki, stanowiące zapis wspomnień, były tworzone już w starożytności. Jak jednak zauważa Suzanne

23 Ciceron, *De oratore*, II, 86, 351–354; cyt. za: F.A. Yates, *op. cit.*, s. 13.

Nalbantian, profesor literatury na Uniwersytecie Long Island, na świadome i rozbudowane wykorzystywanie pamięci jako tworzywa literackiego miał wpływ *złoty wiek* badań nad jej mechanizmami, czyli okres między końcem wieku XIX a początkiem naszego stulecia. Choć w swojej książce *Pamięć w literaturze. Od Rousseau do neurobiologii* Nalbantian wychodzi właśnie od prac słynnego francuskiego myśliciela (jak zaznacza, w *Wyznaniach* Rousseau stale odnosi się do pamięci²⁴), poświęca także po jednym rozdziale utworom romantyków oraz poetów wyklętych podejmujących problematykę pamięci (*Preludium* i *Opactwo Tintern* W. Wordswortha, *Jezioro A. Lamartina*, *Smutek Olimpii* V. Hugo, *Wspomnienie* A. Musseta; *Kwiaty zła* i *Poematy prozą* C. Baudelaire'a, *Pamięć i O pory roku, o zamki* A. Rimbaud). Za najważniejszych twórców wykorzystujących pamięć jako tworzywo literackie uważa tych piszących w XX w., m.in.: M. Prousta (*Jan Santeuil, W poszukiwaniu straconego czasu*), V. Woolf (*Pani Dalloway, Do latarni morskiej*), J. Joyce'a (*Portret artysty z czasów młodości, Ulisses*), W. Faulknera (*Wściekłość i wrzask, Kiedy umieram*), G. Apollinaire'a (*Poeta zamordowany*), V. Nabokova (*Pamięci, mów!*), A. Bretona (*Pola magnetyczne, Manifest surrealizmu*), A. Nin (*Cities of the Interior*), J. Borgesa (*Twórca*), O. Paza (*Salamandra, Labirynt samotności*).

Jak widać na powyższych przykładach, pamięć może zostać wykorzystana do stworzenia wielu form literackich. Są to wiersze, eseje, opowiadania, powieści... Nie można jednak zapominać, iż gatunki literackie *tradycyjnie* związane ze wspomnieniami to: pamiętnik (relacja o zdarzeniach, których autor był świadkiem, pisana z pewnego dystansu czasowego), dziennik (zapis zdarzeń, których autor był świadkiem, pisany na bieżąco), sylwa (staropolskie zbiory zapisków z życia codziennego, przemyśleń, przepisów kulinarnych, dowcipów...), reportaż (relacja z określonych wydarzeń, których autor był świadkiem, łącząca w sobie cechy publicystyki, literatury pięknej i literatury faktu), autobiografia (rodzaj biografii, w którym autor opisuje własne wspomnienia, przeżycia). Należy zauważyć, iż po I i II wojnie światowej powstało wiele utworów literackich opowiadających o traumatycznych przeżyciach, które zostały zapisane najczęściej właśnie w formie pamiętników czy dzienników (na przykład *W stalowych burzach* E. Jüngera, *Dziennik* A. Frank, *Wspomnienia wojenne* K. Lancorońskiej, *Pamiętnik z Powstania Warszawskiego* M. Białoszewskiego).

24 S. Nalbantian, *Memory in literature. From Rousseau to Neuroscience*, Houndmills, Nowy Jork 2003, s. 24.

Pamięć w literaturze może przemawiać do odbiorcy nie tylko poprzez różną formę gatunkową, ale także różnymi *językami*. Najważniejsze z nich to:

- obraz-wspomnienie – może zostać przywołany w sposób mimowolny – na zasadzie proustowskiej magdalenki – lub w wyniku *podróży* w głąb pamięci – jaką odbywa na przykład Czesław Miłosz w *Miejscu utraconym*;
- sen – może zostać ukształtowany przez wspomnienia, na przykład drugi sen Raskolnikowa w *Zbrodni i karze*;
- kompulsja/persewercja – uporczywe powtarzanie pewnej czynności może również zostać wywołane przez wspomnienia, na przykład mycie rąk przez Lady Makbet;
- fotografia – może wywołać wspomnienia w sposób mimowolny, na przykład zdjęcie babki Prousta z Balbec w *Sodomie i Gomorze* czy zdjęcie matki Ronalda Barthesa z cieplarni;
- przeżycie traumatyczne – wspomnienia mogą wywołać stany lękowe, które będą odbiciem doświadczeń danej osoby, na przykład reakcja Małego K. na pas w *Gnoju* Wojciecha Kuczoka.

Zanim przejdę do przedstawienia funkcjonowania mechanizmów pamięci w wybranych przez mnie utworach literackich – *W poszukiwaniu straconego czasu* Marcela Prousta, *Pannach z Wilka* Jarosława Iwaszkiewicza oraz *Miejscach utraconych* Czesława Miłosza – chciałbym w ramach wprowadzenia przestawić poglądy znanego francuskiego filozofa, Paula Ricoëura, znawcy teorii literatury, poetyki, psychoanalizy, egzegezy biblijnej i polityki, na kwestie pamięci w literaturze.

W swoich dwóch książkach – *Czasie i opowieści* oraz *Pamięci, historii, zapomnieniu* – Paul Ricoeur zajmował się m.in. właśnie związkami pamięci i literatury. Wyróżnił dwa sposoby przypominania: *ewokację*, wspomnienie mimowolne lub asocjacyjne, najbliższe wyobraźni oraz przywołanie wynikłe z *wysiłku* przypominania²⁵.

Paul Ricoeur zwrócił również uwagę na to, w jakim stopniu autobiografie, które powinny przecież z definicji stanowić zapis wspomnień dotyczących swojego życia, są prawdziwe. Filozof jednoznacznie stwierdza: „Ja» będące centrum narracji autobiograficznej jest zatem figurą fikcyjną.

25 Z. Podniesińska, *Paul Ricoeur o pamięci i wyobraźni. Lektura z punktu widzenia literaturoznawcy*, <http://www.iphils.uj.edu.pl/~m.kuninski/Paul%20Ricoeur%20pamiec%20i%20wyobraznia%20Zofia%20Podniesinska.htm> [dostęp 13.08.2014].

Autobiografia jest tyle sztuką pamięci, co wyobraźni²⁶. Patrzenie na siebie z dystansu, tak w zwykłej rozmowie, jak i w książce, nigdy nie będzie całkowicie prawdziwe, ponieważ rekonstruujemy naszą przeszłość *pod dyktando terażniejszości*²⁷.

Ricœur dokonał także analizy zapamiętywania wydarzeń traumatycznych, zwracając szczególną uwagę na literaturę dotyczącą Holocaustu. Stwierdził, iż świadomość osoby poddanej takim doświadczeniom nie przyswaja ich, więc nie jest w stanie go sobie po prostu przypomnieć. Ślady przeżycia traumatycznego są wryte *w głębszej warstwie psychiki*, a praca nad ich odczytaniem następuje dopiero, gdy niebezpieczeństwo minie. Proces przypominania jest jednak zawsze niepełny, ponieważ bardziej dotyczy samego faktu doświadczenia niż jego treści.²⁸ „Pacjent reprodukuje je [zapomniane fakty] nie jako wspomnienie, lecz jako czyn, powtarza je oczywiście nie wiedząc, że powtarza”²⁹.

Paul Ricœur zauważył również, iż zaistnienie pamięci w tekście nie może się obyć bez działania wyobraźni. Stwierdził także, iż narzędzia literackie służące przełożeniu wspomnienia na tekst, takie jak wieloznaczność, interpretacja czy symbolizacja, mogą służyć nie tylko przekazania przeszłego zdarzenia, ale także przypomnieniu, *przepracowaniu* wydarzenia traumatycznego czy fantastycznego.³⁰

Mechanizmy pamięci w *W poszukiwaniu straconego czasu*

Na wydane nieco ponad 100 lat temu (*W stronę Swanna* opublikowano 14 listopada 1913 r.) arcydzieło Marcela Prousta składa się około 3000 stron, 7 tomów, kilkuset bohaterów i kilkadziesiąt wątków. Quasi-autobiografia, którą wypełniają postaci będące amalgamatami, ukształtowane na podstawie osób znanych autorowi i jednocześnie dzieła jego niezwyklej wyobraźni, uważana jest za jedno z najważniejszych dzieł literackich XX w. Stworzona przez *radiologa umierającego świata*, jak określił Prousta współczesny francuski pisarz Charles Dantzig, opisuje Francję w okresie

26 P. Ricoeur, *Pamięć, historia, zapomnienie*, Kraków 2007, s. 66.

27 Z. Podnieśńska, *op. cit.*

28 *Ibidem.*

29 Freud, *Gesammelte Werke*, t. X, s. 129; cyt. za: P. Ricoeur, *op. cit.*, s. 97.

30 Z. Podnieśńska, *op. cit.*

belle époque, I wojny światowej i na początku lat dwudziestych. Marcel Proust, raz w formie komedii, raz w formie tragedii, opisuje znany mu z autopsji świat francuskiej arystokracji i burżuazji, świat, który już nie istnieje.

Jego głównym celem nie było jednak ani opisanie perypetii głównych bohaterów, ani pokazanie najelegantszych paryskich salonów, ani przedstawienie swoich fascynujących rozważań o muzyce, malarstwie czy literaturze. Jak sam stwierdza w zakończeniu *Czasu odnalezionego*, ostatecznie temu cyklu, w swoim dziele chciał dokonać

przedstawienia w nim ludzi (...) na obszarze tak znacznym w porównaniu z niepozornym miejscem, jakie zajmują w przestrzeni, na obszarze nieskończenie się rozciągającym – skoro niby Giganci okrążeni falowaniem lat, wszyscy naraz dotykają epok tak odległych, między którymi tyle dni się zjawilo – w Czasie³¹.

To właśnie Czas i Pamięć są tak naprawdę głównymi bohaterami *W poszukiwaniu...* Proust jako jeden z pierwszych literatów tak głęboko zainteresował się mechanizmami pamięci, które wielokrotnie przedstawia na kartach powieści. Jednym z nich, a przy tym jednym z najsłynniejszych opisów w historii literatury, jest tzw. epizod magdalenki. Do Narratora powieści, już wówczas dorosłego, po skosztowaniu zamoczonej w lipowej herbacie magdalenki zupełnie niespodziewanie wróciły wspomnienia z dzieciństwa, o których nie podejrzewał nawet, że istnieją. Dokładnie taką magdalenką częstowała go przed laty ciotka Leonia w Combray, jej smak przywołał liczne wspomnienia związane z ciotką, których istnienia nawet nie podejrzewał.

To wydarzenie (będące notabene klasycznym przykładem przypominania sobie poprzez engram) skłoniło Narratora do następującej, prawdziwej dla każdego z nas konstatacji:

kiedy, po śmierci osób, po zniszczeniu rzeczy, z dawnej przeszłości nic nie istnieje, wówczas jedynie zapach i smak, wątlejsze, ale żywsze, bardziej niematerialne, trwalsze, wierniejsze, długo jeszcze, jak dusze, przypominają sobie, czekają, spodziewają się – na ruinie wszystkiego – i dźwigają niestrużenie na swojej znikomej kropelce olbrzymią budowlę wspomnienia³².

31 M. Proust, *W poszukiwaniu straconego czasu*, t. VII, Warszawa 2001, s. 314.

32 *Ibidem*, t. I., s. 64.

Podobnie jak smak magdalenki przypomniał mu ciotkę Leonię, tak *chłodna woń stęchlizny* toalety publicznej na Polach Elizejskich przypomniała Narratorowi „pokoik wuja Adolfa w Combray, wydzielający w istocie ten sam zapach wilgoci”. Niestety, pamięć Narratora zatarła się częściowo, nie mógł sobie przypomnieć, dlaczego „przypomnienie tak nikłego obrazu dało mi tyle szczęścia”³³.

Warto zauważyć, iż zarówno wspomnienia obudzone poprzez smak magdalenki, jak i zapach toalety publicznej, zostały zapamiętane w sposób, który Henri Bergson nazwałby „czystym”, w formie obrazu.

Inny mechanizm pamięci został pokazany podczas przechadzki Narratora po Lasku Bulońskim pewnego pięknego listopadowego poranka. Wrócił wówczas w pamięci do lat młodości, gdy chodził do Lasku by spotkać matkę swojej ukochanej, panią Swann. Będąc już *stary*, chciał ujrzeć dokładnie ten sam obraz, co przed laty. Niestety, w miejsce pięknych dorożek ujrzał *okropne* samochody, a napotkane kobiety nie nosiły już oszłamiających kapeluszy i toalet. To wydarzenie uświadomiło mu, jak bardzo czas zmienia otaczającą nas rzeczywistość, co sprawia, iż obraz świata, który tworzymy, często istnieje tylko w naszych wspomnieniach. Stwierdził, iż:

miejsca, któreśmy znali, należą nie tylko do świata przestrzeni, w który wstawiamy je dla naszej wygody. Były one jedynie cienką warstwą pośród ciągłości wrażeń tworzących nasze ówczesne życie; wspomnienie jakiegoś obrazu jest jedynie żalem za pewną chwilą; i domy, drogi, aleje są ulotne, niestety, jak lata³⁴.

Proust w niezwykle obrazowy sposób pokazał również, w jaki sposób granice między naszą podświadomością a świadomością, snem a rzeczywistością, pamięcią a zapomnieniem, zacierają się w chwili przebudzenia.

Wielką zmianą, jaką przynosi nam przebudzenie, jest nie tyle to, że nas wprowadza w jasne życie świadomości, ile że w nas zatracą pamięć przyćmionego nieco światła, w którym spoczywała nasza inteligencja, niby w opalowej głębi wód. Na wpół zamglone myśli, po których żeglowaliśmy jeszcze przed chwilą, wzniecały w nas ruch zupełnie wystarczający na to, abyśmy je mogli określić mianem jawy. Ale przebudzenie spotyka

33 *Ibidem*, t. II, s. 66.

34 *Ibidem*, t. I, s. 413.

się wówczas z interferencją pamięci. Wkrótce potem nazywamy owe myśli snem, bo już sobie ich nie przypominamy. I kiedy błyszczą ta lśniąca gwiazda, która w chwili przebudzenia oświeca poza śpiącym cały jego sen, każe nam ona wierzyć przez kilka sekund, że to nie był sen, lecz jawa; gwiazda, spadająca co prawda, która wraz ze swoim światłem unosi kłamliwe istnienie, ale także z perspektywy snu, i człowiekowi, który się budzi, pozwala jedynie powiedzieć „Spałem”³⁵.

Jak już wspomniałem, powód, dla którego Marcel Proust napisał swoją powieść został wyjawiony dopiero w ostatnim tomie *W poszukiwaniu... W Czasie odnalezionym* znajduje się również punkt kulminacyjny całego cyklu: mechanizmy pamięci zaczynają działać, a stracony, utracony czas zostaje wreszcie odnaleziony.

Narrator, który od lat przebywał poza Paryżem ze względów zdrowotnych, zostaje zaproszony na koncert u księżnej de Guermantes. Od dawna nie widział ani księżnej, ani pozostałych zaproszonych gości. Już w drodze na koncert zachodzą zaskakujące wydarzenia związane ze wspomnieniami. Najpierw, nierówne płyty chodnikowe przypomniły mu o dwóch nierównych płytach z baptysterium św. Marka w Wenecji i tym samym:

przywróciły mi ją [Wenecję] razem ze wszystkimi wrażeniami doznany-
mi owego dnia, które czekały na swoich miejscach w szeregu, aż wyzwał je
stamtąd nieoczekiwany przypadek jako zbiór dni zapomnianych. Nie in-
aczej smak małej magdalenki przypomniął mi Combray³⁶.

Następnie, gdy oczekiwał, spóźniony, aż będzie mógł wejść na koncert, uderzenie łyżką o talerz przez kamerdynera księżnej przywiodło mu na myśl wspomnienie podróży z babką do Balbec, ponieważ brzmiało dokładnie tak jak „stuk młotka o koło wagonu naprawianego przez kolejarza, gdy stanęliśmy w pobliżu tego małego lasu”³⁷. Również serwetka, przyniesiona przez służącego wraz z butelką lemoniady, wywołała wspomnienia – „miała dokładnie sztywność nakrochmalonego ręcznika, którym wycierałem się pierwszego dnia w Balbec”³⁸. Te wydarzenia doprowadziły Narratora do następującego wniosku:

35 *Ibidem*, t. III, s. 310–311.

36 *Ibidem*, t. VII, s. 158.

37 *Ibidem*, s. 159.

38 *Ibidem*, s. 160.

niech tylko dźwięk albo zapach, kiedyś słyszany czy wdychany, wróci ku niej [jakiegokolwiek osobie] swoją teraźniejszością z przeszłością, a obie będą razem rzeczywiste bez aktualności, idealne i nie abstrakcyjne, w tejsze chwili uwolni się z rzeczy ich esencja, niezmienna i zawsze utajona. Wtedy i nasze prawdziwe „ja”, które od dawna zdawało się martwe, ale nie całkiem umarło, wraca do życia, dostawszy niebiańską mannę³⁹.

Są to kolejne przykłady engramów, dzięki którym przetrwały wspomnienia.

Kiedy Narrator wszedł w końcu do sali, w której odbywał się koncert, przeżył kolejne zaskoczenie: zobaczył znane mu osoby, ale starsze o kilkanaście lat. Wydały mu się one być lalkami w rękach Czasu, na które należało patrzeć *jednocześnie oczami i pamięcią*⁴⁰.

Właśnie te wypadki i poczynione spostrzeżenia dotyczące „ujęcia czasu, który się ulotnił, idei lat minionych i nie oderwanych od nas”⁴¹, ostatecznie skłoniły Narratora do napisania książki, którą czytaliśmy. Jak zauważa profesor literatury Uniwersytetu w Oxfordzie Patrick McGuinness, czytając *W poszukiwaniu...*, „czytamy w czasie, z czasem, o czasie, a to czas jest substancją czy warunkiem, w którym żyjemy”⁴². Uważam, iż właśnie to czyni dzieło Prousta niezwykle ciekawym, oryginalnym i wciąż aktualnym – przecież to Czas determinuje nasze istnienie.

Mechanizmy pamięci w *Pannach z Wilko*

W swoim opowiadaniu z 1933 r. Jarosław Iwaszkiewicz opisuje powrót rządcy folwarku Wiktora Rubena do miejscowości, w której jako młodzieniec spędzał wakacje. Ostatni raz był tam piętnaście lat temu, jeszcze przed wybuchem I wojny światowej. Romansował wówczas z kilkoma z tytułowych panien z dworu Wilko. Okazuje się, iż dawne uczucia odżywają wraz z jego przyjazdem. Nie wszystko jednak jest jak dawniej – niektóre z sióstr wyszły za mąż, mają dzieci, jedna jest rozwiedziona, inna z zmarła na hiszpankę a nawet najmłodsza, Tunia, dorosła.

39 *Ibidem*, s. 163.

40 *Ibidem*, s. 208.

41 *Ibidem*, s. 313.

42 P. McGuinness, *Who's afraid of Marcel Proust?*, <http://www.telegraph.co.uk/culture/books/10456997/Whos-afraid-of-Marcel-Proust.html> [dostęp 13.08.2014].

Poprzez skonfrontowanie wspomnień (które poznajemy w formie retrospekcji) z rzeczywistością Iwaszkiewicz, podobnie jak Proust w opisie spaceru po Lasku Bulońskim, rozpatruje, w jaki sposób wspomnienia współbrzmiały z teraźniejszymi doznaniem. Ruben pamiętał, że idąc do Wilka

wychodzi się na górę i jest zagajnik. Wyszedł, ale teraz to był las. Ani wspomnienia wojny, ani obozu w Murmanii, ani ostatnich walk we Francji, ani atak na Kijów i tamten znowu odwrót, ani wspomnienia lat garnizonowych, ani prac samorządowych – nic, całe życie upłynione w mrówczych, nikomu nie potrzebnych zajęciach, nie dało Wiktorowi takiego poczucia minionego czasu, co widok lasu na miejscu zagajnika⁴³.

Nie tylko las się zmienił – panny z Wilka również. Kiedy Wiktor został kordialnie powitany przez jedną z nich, nie mógł jej rozpoznać:

Była to gruba, ciepła, dobrze ubrana dama, bardzo korpulentna i nawet przez chwilę Wiktora zdziwiło, że mówiła mu „ty”. Podług wszelkich danych musiała to być Julcia, najstarsza; poznał nawet jej niski, piękny głos, pamiętany przez długie lata, ale osoba była czymś zupełnie innym⁴⁴.

Z kolei najpiękniejsza z sióstr, Jola, straciła dobry wzrok:

idąc przez werandę, garbiła się trochę, patrząc ciągle pod nogi; a że przy tym miała w ręku wysoką, trzciniową laseczkę, nadawało jej to wyrazu nieoczekiwanie starczego⁴⁵.

Zderzony z anachronizmem swoich wspomnień, Ruben nie wiedział, jak ma się zachować. Stwierdził:

To jest tak, (...) jakbym odkopał trumnę Feli i dziwił się, że to nie tamta dziewczyna, taka piękna⁴⁶.

Wiele wspomnień Wiktora zostało wywołanych właśnie widokiem grobu zmarłej panny z Wilka-Feli. W ciekawy sposób autor pokazał, jak

43 J. Iwaszkiewicz, *Panny z Wilka*, Warszawa 1971, s. 7–8.

44 *Ibidem*, s. 12.

45 *Ibidem*, s. 32.

46 *Ibidem*, s. 50.

szybko popełniamy „grzech nietrwałości” (jak określiłby to L. Schacter) – zapominamy o tych, którzy odeszli, a wspomnienia o nich zacierają się:

mogiłka była bardzo zaniedbana. Wiktor popatrzył na ten wzgórek, na którym nie było ani jednego kwiatka, i zrozumiał, że jego pytanie o Felę nie dlatego było niestosowne, że poruszało świeżo zabliznioną ranę, ale dlatego, że budziło rzeczy dawno zapomniane. Tak, z tego, co mówiła Tunia, z tego, jak wyglądał ten grób, wynikało dobitnie, że o Feli nikt już nie pamięta⁴⁷.

W swoim opowiadaniu Iwaszkiewicz pokazał również, w jaki sposób wspomnienia mogą przekształcać współczesny obraz osoby, zmieniać ją w kogoś zupełnie innego („grzech błędnej atrybucji):

Tak mu się te postacie Tuni i Feli zwały, że nawet wieczorem, tegoż dnia, gdy (...) Tunia stała na progu, odprowadzając swojego całodziennego towarzysza, wydało mu się nagle, że to Fela wyszła, żeby go pożegnać. (...) Była to jednocześnie gra starości i młodości, wspomnień i rzeczywistości, życia i śmierci, Tuni i Feli⁴⁸.

Obraz sióstr zlewa się zarówno bohaterowi opowiadania, jak i czytelnikowi. Jak zauważył profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego Kazimierz Wyka:

kiedy zatrą się w pamięci imiona sióstr, trwamy w świecie wyrazistych fantomów. Rozwieszzone pomiędzy ludźmi medium czasu wciska się jak mgła w każdy postępek i w każdą formę pamięci. Świat przedstawiony drga i faluje poprzez przejrzystą przesłonę tego, co minęło. Oto opowiadanie o konturach wyraźnych, ale niepochwytnych⁴⁹.

W *Pannach z Wilka* Jarosław Iwaszkiewicz pokazał także, jaki wpływ na naszą psychikę mają przeżycia traumatyczne, które nie mogą opuścić naszej pamięci:

I teraz właśnie, kiedy dochodził znajomą drogą do znajomego ogrodu, kiedy słońce świeciło „jak zawsze” i psy ujadają „jak zawsze” na bydło wracające z pola pogodnymi łąkami, wynurzył mu się przed oczami pejzaż też dawny, także letni – ale bardzo odmienny. Spalone pole, gorący kurz, z boku pod gruszą błysk

47 *Ibidem*, s. 37.

48 *Ibidem*, s. 56.

49 K. Wyka, *Oblicza świata*, [w:] *Idem, Pogranicze powieści*, Kraków 1948, s. 173.

zostawionego kulomiotu i pośrodku grzędy żytniego ścierniska, kłębek szarych i zielonych łachmanów: trup zastrzelonego przed chwilą człowieka. Zidentyfikował. Tak, to podczas odwrotu kazano im rozstrzelać dezertera czy szpiega: małego chudego żołnierza, który spokojnie wypalił papierosa przed zgonem⁵⁰.

Wacław Kubacki, profesor Uniwersytetu Adama Mickiewicza, za-uważyl, iż:

między sferą wspomnień i sferą życia istnieje w opowiadaniu Iwaszkiewicza harmonia realistyczna. Życie jest podstawą, życie kontroluje wspomnienia. (...) Przy pomocy refrenów fabularnych, powtarzając sytuacje, słowa, gesty, zapachy, potrawy, wywołuje pisarz obrazy przeszłości, a równocześnie nie deprecjonuje życia bieżącego. Wspomnienia są podporządkowane aktualności⁵¹.

Jednakże bohater Iwaszkiewicza, w przeciwieństwie do proustowskiego Narratora, nie odradza się przez powrót do wspomnień, a przez ich przewyciężenie, uwolnienie się od nich – ostatecznie wyjeżdża, pozostawiwszy za sobą młodość, by najprawdopodobniej nigdy już do Wilka nie wrócić.

Mechanizmy pamięci w *Miejscach utraconych*

Miejsca utracone to zbiór trzech esejów Czesława Miłosza: *Piasku w klepsydrze* (1974), *Dykcyonarzy wileńskich ulic* (1972) i *Miejsc utraconych* (1991), które zostały połączone przez poetę w jeden rozdział w zbiorowym wydaniu szkiców z 2000 r. Noblista zawarł w nich swoje przemyślenia dotyczące Czasu i Pamięci. W pierwszym z nich obnaża *grzechy pamięci*. Stwierdza, iż:

przedsięwzięcie Prousta, który chciał uratować minioną chwilę, było bohaterkie i rozpaczliwe. Jego dzieło przypomina te cudownie barwne wschodnie dywany, jakimi jest malarstwo Bonnarda i Vuillarda, utkane z fragmentów „psychologicznego czasu”. I – podobnie jak to malarstwo – już w chwili powstania było ariergardą. Bo już głośzono, że pamięć ludzi nas, jeżeli nie „idealizuje w kierunku brzydoty”⁵².

50 J. Iwaszkiewicz, *op. cit.*, s. 10–11.

51 W. Kubacki, *Proza Iwaszkiewicza*, [w:] *Idem, Krytyk i twórca*, Łódź 1948, s. 184–185.

52 C. Miłosz, *Piasek w klepsydrze*, [w:] *Idem, Eseje*, Warszawa 2000, s. 43.

W *Dykcjonarzu wileńskich ulic* zawarł swoje wspomnienia o mieście, którego już nie ma. Niczym Iwaszkiewicz w *Pannach z Wilka* skonfrontował pamięć z rzeczywistością.

Jeżeli teraz mówię, co się widziało, to powinienem uprzedzić, że jestem tam jednocześnie i jako nieduży chłopiec, i jako podrostek, i jako dorosły młody człowiek, więc dużo lat oglądania skraca się do jednej chwili⁵³.

Podobnie jak krzywe płyty chodnika przywiodły proustowskiemu Narratorowi Wenecję, tak ulice Paryża przypominały niekiedy Miłoszowi ukochane ulice Wilna.

W drugiej połowie naszego stulecia nieraz myślałem o Niemieckiej, kiedy już jej nie było, najczęściej wędrując dzielnicą Marais i gapiąc się na szyldy, zwłaszcza że niektóre z nich wręcz zapraszały do wspomnień, na przykład ten z rue de Turenne, na którym do dzisiaj monsieur Szatan zaleca swoją wytwórnę ubrań męskich⁵⁴.

W ostatnim, najpóźniejszym z trzech z trzech esejów, Miłosz w pewien sposób podsumowuje swoje rozważania dotyczące pamięci. Stwierdzenie Janusza Dunina o źródle w klasztorze Bonifratrów, doprowadziło noblistę do następującej, nieco platońskiej konstatacji:

i ja też pamiętam [o źródle]. Zawsze pamiętałem, ale ta pamięć była jakby przesłonięta i to jedno zdanie [Dunina] ją w całej świeżości przywróciło. Prawda nazywa się przecie po grecku aleteia, czyli przypomnienie. Nie poznajemy więc prawdy, jedynie ją sobie przypominamy⁵⁵.

Podsumowanie

Wciąż niezbadane do końca mechanizmy pamięci nie przestają fascynować psychiatrów, filozofów, socjologów i literatów. Nic dziwnego – zapamiętywanie i zapominanie dotyczy przecież w pewnym stopniu każdej dziedziny naszego życia. Mam nadzieję, iż mimo ograniczonej długości,

53 C. Miłosz, *Dykcjonarz wileńskich ulic*, [w:] *Idem, Eseje*, Warszawa 2000, s. 50.

54 *Ibidem*, s. 67.

55 C. Miłosz, *Miejsca utracone*, [w:] *Idem, Eseje*, Warszawa 2000, s. 85.

moja praca umożliwi poznanie choć części tajemnic wciąż niezbadanej pamięci każdemu zainteresowanemu.

Bibliografia

Literatura podmiotowa

Iwaszkiewicz J., *Panny z Wilka*, Warszawa 1971.

Miłosz C., *Eseje*, Warszawa 2000.

Proust M., *W poszukiwaniu straconego czasu*, t. I-VII, Warszawa 2001.

Literatura przedmiotowa

Barbaruk M., „*Trasa Don Kichota*” jako *mnemotopos*, „Przegląd kulturoznawczy” 2012, nr 1(11).

Bednarek S., *Menemotoposy. Słowo wstępne*, „Przegląd kulturoznawczy” 2012, nr 1(11).

Halbwahs M., *Spoleczne ramy pamięci*, Warszawa 2008.

Kubacki W., *Proza Iwaszkiewicza*, [w:] *Idem, Krytyk i twórca*, Łódź 1948.

Lindsay H., Norman D.A., *Procesy przetwarzania informacji u człowieka*, Warszawa 1991.

McGuinness P., *Who's afraid of Marcel Proust*, <http://www.telegraph.co.uk/culture/books/10456997/Whos-afraid-of-Marcel-Proust.html>.

Miłosz C., *Eseje*, Warszawa 2000.

Nalbantian S., *Memory in literature. From Rousseau to Neuroscience*, Houndmills, Nowy Jork 2003.

Nora P., *Między pamięcią a historii: Les lieux de memoire*, „Tytuł roboczy: Archiwum” 2009, nr 2.

Osypiuk D., *Pamięć zbiorowa mieszkańców Kodnia o Kościele unickim w: Kultura i historia*, Lublin 2011.

Podnieńska Z., *Paul Ricoeur o pamięci i wyobraźni. Lektura z punktu widzenia literaturoznawcy*, <http://www.iphils.uj.edu.pl/~m.kuninski/Paul%20Ricoeur%20pamiec%20i%20wyobraznia%20Zofia%20Podniesinska.htm>.

Rajewska-Rager A., Rybakowski J., *Współczesne modele pamięci w aspekcie neurobiologicznym i klinicznym*, „Postępy Psychiatrii i Neurologii” 2006, nr 15(2), http://www.ipin.edu.pl/ppn/archiwum/2006/2/t15n2_8.pdf.

Ricoeur P., *Pamięć, historia, zapomnienie*, Kraków 2007.

Schacter D.L., *Siedem grzechów pamięci*, Warszawa 2003.

Strzelecki J., *Pamięć i filozofia*, <http://prezi.com/slpokm8mkcow/copy-of-filozofia-i-pamiec/>.

Szybko i szybciej. Eseje o pośpiechu w kulturze, pod red. Bieńczyka M., Nawreckiego A., Warszawa 1996.

Szopciński A., *Miejsca pamięci (lieux de memoire)*, „Teksty drugie” 2008, nr 4.

Tokarska-Bakir J., *Polska jako chory człowiek Europy?*, „Eurozine” 2003, <http://www.eurozine.com/articles/2003-05-30-tokarska-pl.html>.

Wyka K., *Oblicza świata w: Pogranicze powieści*, Kraków 1948.

Uniwersalny słownik języka polskiego, pod red. Dubisza S., Warszawa 2003.

Yates F.A., *Sztuka pamięci*, Warszawa 1977.

ABSTRAKT

MIROSLAW M. SADOWSKI

Psychological, cultural, and literary dimensions of memory

The point of this article is to outline different aspects of human memory. First, the author tries to define what exactly memory is, then he describes the psychological and neurobiological mechanisms of memory. In the following part of this passage, he shows the connections between the memory and culture, understood broadly. The last part of the article focuses on the links between literature and memory, on the example of *In search of the lost time* by Marcel Proust, *Maidens of Wilko* by Jarosław Iwaszkiewicz and *Essays* by Czesław Miłosz.

Poziom związania interpretacji wynikami wykładni językowej

Słowa klucze: interpretacja, wykładnia, wykładnia językowa

W artykule skupię się na trzech głównych problemach, mianowicie dopuszczalności wykładni rozszerzającej i zwężającej, a także zagadnieniu końca wykładni w koncepcjach klaryfikacyjnej i derywacyjnej. Odniosę się także do kwestii końca wykładni w ideologii statycznej i dynamicznej. Ich analiza, oraz stanowisko doktryny, a także orzecznictwa, w rezultacie pomogą mi uzyskać odpowiedzi na dwa nurtujące pytania, tj. po pierwsze – w którym momencie wykładni można mówić o jej końcu (kiedy interpretator może odstępować od jednoznacznego wyniku wykładni), po drugie – na ile interpretator związany jest wynikami wykładni językowej, w przypadku, gdy wynik ten nie jest jednoznaczny?

Problematyka wykładni prawa zajmuje istotne miejsce zarówno w rozważaniach praktyków jak i teoretyków. Słynne są słowa Arthura Kaufmanna, które przytoczył m.in. Jerzy Stelmach we wstępie do jednej ze swoich prac. A brzmią one: „Prawa nie ma przed interpretacją”¹. Trudno byłoby przedstawić rozwój historyczny praktyki wykładni, ale bez wątpienia stwierdzić można, że „rola wykładni zależna jest od

¹ J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 7.

każdoczesnego systemu tzw. źródeł prawa, który w toku historii podlegał sporym przemianom². Znając historyczne przemiany uznać można, że prawo im bardziej skodyfikowane, tym bardziej niezbędne jest poddanie go wykładni.

Jak słusznie zauważyła A. Bielska-Brodziak, interpretacja jest swoego rodzaju „drogą”, wiodącą prawnika od tekstu prawnego do prawa.³ Wspomniana droga nie jest pozbawiona wybojów, by jednak sprawnie je omijać, należy obrąć pewien plan działania. Dlatego najważniejszym posunięciem jest wyjście od wykładni językowej, zgodnie zresztą z dyrektywą procedury, która ma przecież podstawowe znaczenie⁴ w procesie interpretacji prawniczej. Miano takie zyskała dzięki temu, iż „jej przedmiotem jest zawsze język, w którym sformułowane są teksty prawne, po drugie, jej podstawowymi przyczynami są racje językowe, tzn. nieostrość zakresowa terminów występujących w tekście prawnym lub wieloznaczność tych terminów, po trzecie, zarówno doktryna, jak i praktyka prawnicza powszechnie akceptują dyrektywę procedury, zgodnie z którą najpierw należy dokonać wykładni językowej, następnie systemowej, a jako ostatniej – funkcjonalnej, i w końcu po czwarte, poziom swobody interpretatora w zakresie przeprowadzania wykładni zwięzającej lub rozszerzającej ograniczają wyniki wykładni językowej; nawet na gruncie ideologii

2 T. Giaro, *Wykładnia bez kodeksu*, Warszawa 2004, s. 25.

3 A. Bielska-Brodziak, *Interpretacja tekstu prawnego na podstawie orzecznictwa podatkowego*, Warszawa 2009, s. 15.

4 Szerzej na ten temat pisze Z. Pulka:

„Wykładnia językowa, zwana też gramatyczną lub lingwistyczną, ma podstawowe znaczenie w całym procesie interpretacji prawniczej. Przesłanki podstawowego znaczenia wykładni językowej są następujące:

- a) przedmiotem wykładni jest zawsze język, w którym sformułowane są teksty prawne;
- b) podstawowymi przyczynami wykładni są racje językowe, tzn. nieostrość zakresowa terminów występujących w tekście prawnym lub wieloznaczność tych terminów;
- c) zarówno doktryna, jak i praktyka prawnicza (orzecznictwo) powszechnie akceptują dyrektywę procedury, zgodnie z którą najpierw należy dokonać wykładni językowej, następnie systemowej, a na końcu funkcjonalnej;
- d) poziom swobody interpretatora w zakresie przeprowadzania wykładni zwięzającej lub rozszerzającej ograniczają wyniki wykładni językowej. Nawet na gruncie ideologii dynamicznej wykładni zwięzająca lub rozszerzająca nie może prowadzić do całkowitego zanegowania wyników wykładni językowej, a tylko do ich modyfikacji”.

dynamicznej wykładnia zwężająca lub rozszerzająca nie może prowadzić do całkowitego zanegowania wyników wykładni językowej, a tylko do ich modyfikacji⁵. Zresztą podstawowe znaczenie wykładni językowej akcentują liczni autorzy, określając je mianem zasady pierwszeństwa. Często owa ranga akcentowana jest również w orzecznictwie, dla przykładu:

Zgodnie z ukształtowanym poglądem doktryny i stanowiskiem judykatury wykładnia gramatyczna jest podstawowym i stosowanym w pierwszej kolejności rodzajem wykładni⁶.

Tekst prawny (...) jest rzeczywistym pośrednikiem pomiędzy prawodawcą a adresatem normy prawnej, co oznacza, że może być ona ustalona na podstawie przepisów prawnych tak daleko jak zezwala na to tekst danego słowa⁷.

Z założeń językowej racjonalności prawodawcy m.in. Trybunał Konstytucyjny wyprowadza regułę, że jeżeli przepis jednoznacznie w danym języku formułuje normę postępowania, to tak właśnie należy dany przepis rozumieć⁸.

Można również określić grupę argumentów na rzecz priorytetu wykładni językowej, która odwołuje się do racjonalności prawodawcy. Przemawiają one za tym, że wykładnia językowa jest najwłaściwszą metodą interpretacji, pod warunkiem jednak, iż akceptuje się domniemanie, świadczące na rzecz tego, że prawodawca działa racjonalnie. Jeśli więc językowe sformułowanie przepisu jest jednoznaczne, tak należy go tak rozumieć.⁹

Gdy mowa o wykładni językowej, nie sposób nie wspomnieć o kontekście językowym, bo przecież omawiana wykładnia polega właśnie na sformułowaniu znaczenia tekstu prawnego w drodze odwołania się do przesłanek, tworzących ów kontekst językowy, który jest przedmiotem interpretacji terminów i zwrotów występujących w tekście prawnym.¹⁰ Kontekst językowy nie pozwoli od razu dokonać sprecyzowania

5 Z. Pulka, *Podstawy prawa. Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2012, s. 122.

6 Uchw. NSA z dnia 20 maja 2002 r., OPK 20/02, ONSA 2003, nr 1, poz. 11.

7 Wyr. NSA z dnia 21 marca 2000 r., SA/Rz 595/99, POP 2002, nr 1, poz. 23.

8 Wyr. NSA z dnia 14 grudnia 2000 r., FSA 2/00, ONSA 2001, nr 2, poz. 49.

9 Zob. także L. Morawski, *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 1, s. 29 i n.

10 Z. Pulka, *Podstawy prawa...*, s. 122.

poszukiwanego znaczenia jednego z jego elementów. Będzie tu raczej miał miejsce proces tzw. zwrotnego wpływu kontekstu na badany zwrot i znaczenia ustalonego zwrotu na kontekst, a z kolei powtarzanie tego procesu być może doprowadzi do poszukiwanych ustaleń.¹¹ Mówiąc inaczej, rdzeniem kontekstu językowego są reguły składni (reguły syntaktyczne) oraz reguły sensu (reguły semantyczne).

Gdy mowa o tych pierwszych, to na ich gruncie został dokonany podział¹² kontekstu językowego norm prawnych na kilka grup elementów:

- a) proste zwroty wchodzące w skład interpretowanej normy;
- b) zwroty złożone wchodzące w skład interpretowanej normy;
- c) połączenia powyżej wymienionych zwrotów;
- d) zwroty proste i złożone nie występujące w interpretowanej normie, lecz związane znaczeniowo ze zwrotami, które w niej występują;
- e) normy prawne związane znaczeniowo z interpretowaną normą;

Istotnym jest, że reguły składni, czyli reguły tworzenia zdań w sensie gramatycznym, na płaszczyźnie języka prawnego i języka potocznego nie wykazują różnic. W związku z tym powstała dyrektywa, zgodnie z którą:

Znaczenie złożonych zwrotów w języku prawnym należy ustalać zgodnie z regułami syntaktycznymi języka potocznego¹³.

Inaczej jest natomiast w przypadku reguł semantycznych, określających treść i zakres nazw danego języka. W tym przypadku reguły nie zawsze będą zbieżne. Może mieć na to wpływ sytuacja, kiedy wyrażenia języka prawnego, nie będą jednocześnie wyrażeniami języka potocznego albo te występujące w języku potocznym będą miały zupełnie inne znaczenie, niż ich odpowiedniki w języku prawnym.

To ważki problem, ale z pomocą w powyższych sytuacjach „przychodzą” definicje legalne, dzięki którym ustawodawca określa regułę semantyczną języka prawnego.¹⁴ Prawodawca wprowadzając definicję legalną, sam ustala znaczenie pewnych zwrotów użytych w tekstach prawnych¹⁵,

¹¹ J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 241.

¹² *Ibidem*, s. 241–242.

¹³ Z. Pulka, *Podstawy prawa...*, s. 123.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ „Zwroty definicyjne są normami, które nakazują określonym osobom, mianowicie interpretatorom tekstu prawnego (w szczególności tym, którzy mają interpretować prawo), by pewnym wyrazem czy wyrażeniem występującym w przepisach

a co za tym idzie zgodnie z dyrektywą: „Jeżeli prawodawca nadał określonym wyrażeniom swoiste znaczenie prawne, to należy je rozumieć właśnie w takim znaczeniu”. Czyli inaczej mówiąc, w sytuacji, „gdy istnieje definicja legalna określonego wyrażenia, to ma ona pierwszeństwo przed znaczeniem potocznym tego wyrażenia”¹⁶. Dobitniej jeszcze określił to NSA w swej uchwale z 30 października 2000 r., stwierdzając, że: „Definicje legalne są zwykłymi przepisami prawnymi, mają więc charakter wiążący i odstępstwo od nich musi być traktowane tak jak każde inne naruszenie prawa”¹⁷. Jednak nie w każdym przypadku możemy posłużyć się definicją legalną, gdyż takowa po prostu nie istnieje, dlatego w zdecydowanej większości przypadków zadanie ustalenia znaczenia spoczywa na interpretatorze. Ważną przy tym rolę odgrywa określenie właściwej relacji między językiem potocznym a językiem prawnym.

Dopuszczalność wykładni rozszerzającej i zwąężającej w koncepcji klaryfikacyjnej i derywacyjnej

Przejdę teraz do zagadnienia związanego z ustaleniami wykładni językowej i tego na ile stanowią one barierę do dalszych badań interpretacyjnych. Przede wszystkim ustalenia te mogą prowadzić do uzyskania jednoznacznego rezultatu. Wynik taki nie powinien budzić wątpliwości, ale dla pełnego wyjaśnienia spróbuję go przeanalizować. Przede wszystkim należy odwołać się do, wspomnianej już, zasady pierwszeństwa wykładni językowej, zgodnie z którą, jeżeli wykładnia językowa prowadzi do jasnego i jednoznacznego rezultatu, to w zasadzie tekst nie wymaga już dalszych zabiegów interpretacyjnych. Sformułowanie „w zasadzie” otwiera pewną furtkę, która świadczy o tym, iż nie mamy tu do czynienia z bezwzględną granicą, choć zdaniem niektórych praktyków, odwoływanie się do innych pozajęzykowych dyrektyw wykładni prowadziłyby

prawnych nadawali odpowiednie znaczenia”, M. Zieliński, *Wykładnia prawa, Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 215.

16 L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 107. Por. też: S. Wronkowska, M. Zieliński, *O korespondencji dyrektyw redagowania i interpretowania tekstu prawnego*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 3–4, s. 308.

17 NSA 30 października 2000 r., OPK 16/00, ONSA 2001/2/64.

do naruszenia zasady „*clara non sunt interpretanda*”¹⁸, jednakże nigdy interpretator nie może mieć całkowitej pewności, co do wyniku swoich działań, a nawet gdy takowe ma, może potrzebować ich potwierdzenia.¹⁹

O przedstawionej sytuacji L. Morawski mówi, jako o „okoliczności braku ustalenia absolutnego porządku preferencji”, który skutkuje w konkretnych, uzasadnionych okolicznościach pewnymi odstępstwami.²⁰ W celu rozwiania wskazanych powyżej wątpliwości, interpretator może skorzystać z dyrektyw wykładni systemowej lub funkcjonalnej.²¹ Na pewno

¹⁸ „W państwie prawnym interpretator musi zawsze w pierwszym rzędzie brać pod uwagę językowe znaczenie tekstu prawnego. Jeżeli językowe znaczenie tekstu jest jasne, wówczas – zgodnie z zasadą *clara non sunt interpretanda* – nie ma potrzeby sięgania po inne, pozajęzykowe metody wykładni. W takim wypadku wykładnia pozajęzykowa może jedynie dodatkowo potwierdzać, a więc wzmacniać, wyniki wykładni językowej wykładnią systemową czy funkcjonalną. Podobnie ma się rzecz z wykładnią tekstów prawnych, których sens językowy nie jest jednoznaczny z tego względu, że tekst prawny ma kilka możliwych znaczeń językowych, a wykładnia funkcjonalna (celowościowa) pełni rolę dyrektywy wyboru jednego z możliwych znaczeń językowych. W obu wypadkach interpretator związany jest językowym znaczeniem tekstu prawnego, znaczenie to stanowi zawsze granicę dokonywanej przez niego wykładni.” Wyr. TK z 28.6.2000 r., K 25/99, OTK 2000, Nr 5, poz. 141, por. także wcześniejszy wyrok TK z 8.6.1999 r., SK 12/98, OTK 1999, Nr 5, poz. 96). Analogiczne stanowisko zajmuje SN (wyr. SN z 8.5.1998 r., I CKN 664/97, OSNC 1999, Nr 1, poz. 7; post. z 1.7.1999 r., V KZ 31/99, OSNKW 1999, Nr 9–10, poz. 63; uchw. SN z 20.6.2000 r., I KZP 16/00, OSNKW 2000, Nr 7, poz. 860.

¹⁹ „Spośród różnych metod wykładni przepisów prawa pierwszeństwo przypada wykładni logiczno-językowej. Dopiero jeśli wykładnia ta nie doprowadzi do uzyskania jednoznacznych rezultatów, mogą znaleźć zastosowanie inne metody wykładni, tj. wykładnia systemowa, celowościowa (funkcjonalna), historycznoprawna i prawno-porównawcza”. Uzasadnienie uchwał z dn. 15 marca 2006 r., II UZP 4/06, OSNP 2006/21–22/334.

²⁰ L. Morawski, *Zasady wykładni...*, s. 75.

²¹ *Ibidem*. Potrzeba stosowania wszystkich dyrektyw wykładni: J. Wróblewski wyróżnił trzy typy dyrektyw: językowe, systemowe (odnoszące się do spójności i hierarchii) i funkcjonalne. Te ostatnie to cały kompleks reguł odnoszących się do wartości, celów, wiedzy. W powszechnym odbiorze nie do końca rozróżnia się chronologiczne pierwszeństwo reguł językowych od ich wagi. Nie jest jednak tak, że interpretacja kończy się w momencie osiągnięcia jasności. Zasada *clara non sunt interpretanda* idzie w zapomnienie. Z. Ziemiński wyrażał przekonanie, że należy ją zastąpić zasadą *interpretatio cessat in claris*, jednak to jeszcze pogorszyło sytuację interpretatorów, albowiem obie proponowane przez teoretyków prawa zasady były rozmaicie interpretowane. Zaczęły się więc pojawiać odstępstwa od prymatu językowych dyrektyw wykładni:

niedopuszczalna jest kolejność odwrotna, tj. odstąpienie od wykładni językowej i „oparcie się” jedynie na wykładni systemowej i funkcjonalnej.²² Przedstawiony powyżej *modus operandi*, to nic innego, jak wykładnia literalna (stwierdzająca), czyli „wykładnia, w której wyniki zastosowania dyrektyw funkcjonalnych i systemowych potwierdzają zakres normowania i zakres zastosowania normy określonej w wyniku wykładni językowej”²³. Z. Pulka, przedstawioną powyżej sytuację określił mianem tzw. „sytuacji potwierdzenia”, czyli mówiąc inaczej, okoliczności, w których zestawienie wyników wykładni językowej z wynikami wykładni systemowej i funkcjonalnej, prowadzi do wniosku, że są one zbieżne lub identyczne.²⁴ Jednakże rezultatem porównania wyniku wykładni językowej z wynikami wykładni systemowej i funkcjonalnej może być także wykładnia rozszerzająca bądź zwężająca. O ile, w przypadku wykładni literalnej, jest ona rezultatem odstąpienia od jednoznacznego wyniku wykładni językowej, spowodowanym chęcią potwierdzenia swych racji, to co skłania interpretera do uwzględnienia wyników wykładni systemowej lub funkcjonalnej, które rozszerzają lub zwężają wynik wykładni językowej? Czynniki ten określany jest w literaturze, jako „ważne racje natury pozalingwistycznej”²⁵ lub mówiąc prościej – istotne powody.²⁶

Co zatem charakteryzuje wykładnię rozszerzającą? Dokonując jej, dochodzi do przeciwstawienia wyników interpretacyjnych, do wyłonienia

-
1. Językowe wiążą, ale trzeba być uważnym, bo mogą one dawać rezultaty niezgodne z aksjologią. Wtedy należy sięgać do dyrektyw systemowych i funkcjonalnych.
 2. Zawsze odwołuj się do wszystkich trzech typów dyrektyw (jako pierwszy postulat ten zgłosił w 1936 roku E. Waśkowski). Maciej Zieliński jest zwolennikiem tego sposobu przeprowadzania wykładni, znajduje on także poparcie w praktyce orzeczniczej najwyższych organów sądowniczych. Interpretując w ten sposób, albo znajduje się silne potwierdzenie wykładni językowej, albo interpreter będzie zmuszony od niej odstąpić. W tej drugiej sytuacji uzasadnienie decyzji interpretacyjnej musi być bardzo dobrze uzasadnione.

22 B. Brzeziński, *Szkice z wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk 2002, s. 29.

23 Z. Pulka, *Podstawy prawa...*, Poznań 2012, s. 140.

24 *Ibidem*, s. 140–141.

25 *Ibidem*, s. 142.

26 Wyrok SN z dnia 18 stycznia 2008 r., V CSK 351/07, M. Spół. 2008/3/54, Biul. SN 2008/3 M. Zieliński owe ważne powody określa „nadzwyczajnymi regułami preferencyjnymi przełamania Por. też: L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*. Komentarz, Toruń 2002, s. 27.

których doprowadziły różne zespoły dyrektyw wykładni.²⁷ Przyjęło się, że wyróżnia się trzy główne sposoby na określenie wykładni rozszerzającej. Pierwszy przesądza o tym, iż wykładnia rozszerzająca, to taka wykładnia systemowa lub funkcjonalna, której wynik jest szerszy od wyniku wykładni językowej. Drugi przypadek dotyczy sytuacji, w której twórca wykładni zakłada szersze znaczenie przepisu od znaczenia językowego. Dzieje się tak z uwagi na fakt, iż prawodawca nie wysłowił w całości swojego pierwotnego zamierzenia. I w końcu trzecia możliwość to ta, gdy interpretator, opierając się na dyrektywach pozajęzykowych, wybiera takie rozumienie tekstu, które jest szersze od rozumienia językowego.²⁸

Wyróżnione trzy sposoby odnoszą się w rezultacie do rozszerzenia zakresu stosowania normy. Zakres ów można zestawzić z zakresem nazwy w logice. Według K. Płeszki: „jego rozszerzenie polegałoby na objęciu nim większej liczby możliwych stanów faktycznych”²⁹.

Odnosząc się do dopuszczalności wykładni rozszerzającej na gruncie semantycznej koncepcji wykładni, zgodnie z tym, co stwierdził J. Wróblewski, mogą mieć tu miejsce dwa rodzaje sytuacji interpretacyjnych.³⁰ Pierwsza z nich to tzw. „wykładnia rozszerzająca pierwotna”, zachodząca wówczas, gdy bezpośrednie rozumienie normy nie jest jednoznacznym dla organu stosującego prawo, co skłania ten organ do poddania normy wykładni, której następstwem jest rozszerzenie zakresu jej stosowania. Natomiast druga sytuacja interpretacyjna to „sytuacja izomorfii”, czyli „sytuacja adekwatności bezpośrednio rozumianej normy i rozstrzyganego stanu faktycznego”³¹. Możliwość wystąpienia wykładni rozszerzającej pierwotnej obejmuje trzy przypadki:

- „1) interpretowana norma jest jednoznaczna, jednak jej zakres jest nieostry;
- 2) interpretowana norma jest wieloznaczna;
- 3) interpretowana norma budzi wątpliwości, mimo że posiada ostry zakres i wyraźne znaczenie”³².

27 J. Wróblewski, *Interpretatio extensiva*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965, z. 1, s. 111.

28 Patrz też: A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, S. Kaźmierczyk, Z. Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2006, s. 251.

29 K. Płeszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, s. 92.

30 *Ibidem*.

31 Z. Pulka, *Podstawy prawa...*, s. 100.

32 J. Wróblewski, *Interpretatio extensiva...*, s. 114.

Z uwagi na to, że pojęcie rozszerzającej wykładni pierwotnej nie spotkało się z aprobatą ani w doktrynie ani też w praktyce, czego przyczyną m.in. była „nieadekwatność pojęcia wykładni rozszerzającej pierwotnej dla praktycznych problemów związanych z wykładnią rozszerzającą”³³, nie będę poświęcała mu więcej miejsca, a przejdę od razu do omówienia wykładni rozszerzającej wtórnej, „adekwatnego modelu wykładni rozszerzającej w wykładni praktyki stosowania prawa, modelu, który nie pozostaje w konflikcie z intuicjami prawniczymi”³⁴.

Sytuacje, w jakich występuje wykładnia rozszerzająca wtórna, to po pierwsze sytuacja, gdy zakres normy jest nieostry, chociaż jest ona jednoznaczna; po drugie, gdy norma jest wieloznaczna. Omawiany model wykładni zachodzi zaś wówczas, gdy interpretator posługując się „różnymi sposobami wykładni”, otrzymuje na ich podstawie liczne, różniące się od siebie, znaczenia interpretowanej normy. Pozostają one względem siebie w stosunku nadrzędności bądź podrzędności. I tylko takie sytuacje interpretacyjne, „gdy jeden zakres zastosowania normy jest zawarty w drugim zakresie”³⁵, mogą być podłożem dla wykładni rozszerzającej. Założeniu temu zarzuca się pewne uproszczenie³⁶, jednakże jego autor odpiera je, odwołując się do intuicji językowych związanych z pojęciem *interpretatio extensiva*³⁷.

Bazując na powyższym, można wnioskować, iż wykładnia klaryfikacyjna może być podłożem dla wykładni rozszerzającej. Założenie to jednak w moim odczuciu można przyjąć z dużą dozą optymizmu, gdyż liczne głosy teoretyków prawa wyrażają wątpliwość czy klaryfikacyjna koncepcja wykładni stanowi adekwatny i wygodny instrument ujęcia wykładni rozszerzającej. K. Płeszka największy problem tego stanu rzeczy dostrzega w zagadnieniu, które nie zostało rozstrzygnięte przez J. Wróblewskiego, a mianowicie w relacji między znaczeniem a zakresem. Ta jedna wątpliwość była i jest podwaliną pod kolejne, a te nie przysparzają zwolenników omawianemu modelowi wykładni³⁸.

Jeśli chodzi zatem o wykładnię zwężającą, która jest przeciwieństwem wykładni rozszerzającej, tym bardziej nie znajdzie ona zastosowania na gruncie wykładni klaryfikacyjnej.

33 K. Płeszka, *Wykładnia...*, s. 92.

34 *Ibidem*, s. 104.

35 *Ibidem*, s. 106.

36 *Ibidem*.

37 J. Wróblewski, *Interpretatio extensiva...*, s. 117–118.

38 K. Płeszka, *Wykładnia...*, s. 111.

Przechodząc do derywacyjnej koncepcji wykładni i pytania o dopuszczalność wykładni rozszerzającej w tym przypadku, to odpowiedź na nie jest pozytywna. Możliwość taką daje zastosowanie dyrektyw funkcjonalnych, jako takich, które prowadzić będą do ustalenia samoistnego znaczenia interpretowanego wyrażenia. Wariant ten wywiedziony został z faktu, iż derywacyjna koncepcja wykładni przyjmuje tezę o dwojakiej możliwości zastosowania dyrektyw funkcjonalnego kanonu wykładni.³⁹ W przypadku derywacyjnej koncepcji wykładni należy pamiętać, że odwołuje się ona do pojęć „zakres zastosowania” bądź „zakres normowania”, jest to istotne z uwagi na fakt możliwości wystąpienia takich sytuacji, kiedy „mimo jednoznaczności tekstu, niezbędna będzie zmiana znaczenia z uwagi na fakt, że określony stan rzeczy bądź jego klasa, nie zostaną objęte zakresem zastosowania bądź normowania”⁴⁰. To prowadzi do nieakceptowalności zakresu interpretowanego tekstu, a taka sytuacja, w przypadku derywacyjnej koncepcji wykładni najczęściej wiązana jest z konfliktem z podstawowymi wartościami porządku prawnego. Wskazany konflikt prowadzi dalej do, jak określa to zjawisko M. Zieliński, „burzenia wartości”⁴¹. W takiej sytuacji wykładnia rozszerzająca jest swego rodzaju panaceum, gdyż dzięki niej możliwa będzie, niezbędną w tym wypadku, zmiana językowo jasnego znaczenia, której skutkiem będzie spójność aksjologiczna.⁴²

Jeśli chodzi o wykładnię zwięzającą i dopuszczalność jej zastosowania, to w przypadku derywacyjnej koncepcji wykładni, znajdzie ona zastosowanie, w tej samej sytuacji, co wykładnia rozszerzająca, tj. w momencie, gdy nieunikniona będzie zmiana językowo jasnego znaczenia. Posłużenie się w takim wypadku wykładnią zwięzającą, powinno doprowadzić do pozyskania adekwatnego zakresu wyrażenia normokształtnego, czyli takiego, który nie stoi w sprzeczności z zakresem określonej zasady, która jest wyrazem pewnej wartości.⁴³ Należy jednak podkreślić, że powy-

39 Patrz też: T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa*, „Studia Prawnicze” 1985, z. 3–4, s. 61 i n.; T. Spyra, *Granice wykładni prawa*, Zakamycze 2006, s. 127 i n.

40 K. Pleszka, *Wykładnia...*, s. 183.

41 M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 349.

42 *Ibidem*, s. 350.

43 A. Korybski, A. Pieniążek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Lublin 1995, s. 95–96: „Skutkiem zastosowania dyrektyw funkcjonalnych jest taka korekta brzmienia normy uzyskanego przy pomocy dyrektyw językowych, która określana jest mianem wykładni rozszerzającej bądź ścieśniającej. (...) Odwołanie się do funkcji danej regulacji prawnej wobec jakiegoś wycinka stosunków społecznych (...), wartości czy ocen

żej opisane procedury wiązane winny być z zachowaniem ostrożności, dotyczącej starannej rekonstrukcji oraz odtajnienia określonych wartości. Na przeszkodzie w ich zastosowaniu stoi pięć warunków, mianowicie:

- „1) treść sformułowanej definicji legalnej jest jednoznaczna językowo;
- 2) jednoznaczny językowo przepis przyznaje jakimś podmiotom określone kompetencje;
- 3) jednoznaczny językowo przepis przyznaje uprawnienia obywatelom;
- 4) jednoznaczny językowo przepis zachowuje w mocy przepisy uchylonego aktu;
- 5) jednoznaczny językowo przepis modyfikuje przepis centralny”⁴⁴.

Powyższe dywagacje wyraźnie świadczą o dopuszczalności zarówno wykładni rozszerzającej, jaki i zwężającej na gruncie koncepcji derywacyjnej, powiedziałabym nawet, że w pewnych przypadkach ta dopuszczalność przeradza się wręcz w niezbędność.

Zagadnienie końca wykładni w koncepcji klaryfikacyjnej i derywacyjnej

Rozpatrując problematykę końca wykładni, w przypadku koncepcji klaryfikacyjnej wykładni należy wyjść od jej istotnego elementu, tj. od reguły *clara non sunt interpretanda*, czyli zakazu prowadzenia wykładni tam, gdzie bezpośrednio rozumienie tekstu prawnego pozwala uzyskać dostateczną jasność. Takie ujęcie przesądza o fakcie, że na gruncie koncepcji klaryfikacyjnej wykładni nie można mówić o „końcu wykładni”, która przecież w ogóle nie została zapoczątkowana, zakładając, że „przyśpisanie znaczenia przepisowi w sytuacji jego jednoznaczności nie jest wykładnią”⁴⁵. Sytuacja bezpośredniego rozumienia albo mówiąc inaczej sytuacja adekwatności bezpośrednio rozumianej normy i rozstrzyganego

(...) może prowadzić do wniosku o potrzebie szerszego bądź węższego ujęcia adresata i okoliczności (tzw. zakresu zastosowania normy) bądź ujęcia wzoru zachowania (tzw. zakresu normowania normy) w porównaniu z ujęciem wynikającym wprost z litery interpretowanych przepisów prawa”.

44 M. Zieliński, *Wybrane zagadnienia wykładni prawa*, Referat wygłoszony na posiedzeniu Komitetu Nauk Prawnych w dniu 26 II 2009, „Państwo i Prawo” 2009, nr 6/3–10, s. 121 i n.

45 T. Spyra, *Granice wykładni prawa*, Zakamycze 2006, s. 43.

stanu faktycznego jest określana mianem tzw. sytuacji izomorfii⁴⁶. Tam, gdzie nie ma wątpliwości, jest jasność, a tym samym interpretacja jest wykluczona. A co w przypadku, gdy pojawiają się wątpliwości czy konkretna norma będzie pomocna w rozstrzygnięciu danego stanu faktycznego? Cóż, tam gdzie powstają wątpliwości, tam też zaczyna się wykładnia („sytuacja wykładni”)⁴⁷. W tak zarysowanej sytuacji można mówić o tzw. wersji umiarkowanej zasady *clara non sunt interpretanda*, tzn. o regule *interpretatio cessat in claris*, która oznacza zakaz dalszej wykładni. Pamiętając zatem o prymacie wykładni językowej (dyrektywa pierwszeństwa wykładni językowej⁴⁸), należy zastosować dyrektywy interpretacyjne. W momencie, gdy uzyskania jednoznacznego wyniku, to właśnie na nim należy poprzestać i ten punkt interpretacji uznać za „koniec wykładni”.

Przechodząc do derywacyjnej koncepcji wykładni, należy podkreślić na samym początku, że kategorycznie odrzuca ona regułę *clara non sunt interpretanda* a także, ściśle z nią związany termin „rozumienie bezpośrednie”⁴⁹. Jako, że w omawianej koncepcji przyjmuje się zasadę zupełności wykładni, tym samym wszystko podlega interpretacji, inaczej mówiąc jej przewodnią dyrektywą to *omnia sunt interpretanda*. Wspomniane, nie oznacza jednak, że koncepcja derywacyjna zupełnie izoluje się od klaryfikacji. Przeciwnie, o tej drugiej można powiedzieć, że jest fazą początkową derywacji, określaną tu jako „odmiana wstępnego intuicyjnego rozumienia tekstu prawnego”⁵⁰. Faza ta, choć zdarza się, że czasami „stwarza mylne przekonanie o braku potrzeby dalszej interpretacji”⁵¹, nigdy nie będzie jej momentem końcowym. Co więcej, nawet zastosowanie dyrektyw wykładni językowej, skutkujące jednoznacznością językową tekstu, nie będzie mogło stanowić finału interpretacji. Niezbędne jest posłużenie się także dyrektywami systemowymi oraz funkcjonalnymi. Jeżeli wprowadzenie tych zabiegów doprowadzi do uzyskania jednoznaczności wszystkich elementów składowych wyrażenia normokształtnego⁵², innymi słowy, jeśli poznanie sensu tekstu prawnego uzyskano dzięki regułom klasycznych kanonów

46 Z. Pulka, *Podstawy prawa...*, s. 100. Patrz też: W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 439.

47 A. Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe 1965, s. 4.

48 T. Spyra, *Granice wykładni...*, s. 38.

49 M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 243.

50 *Ibidem*, s. 235 i n.

51 K. Płaszka, *Wykładnia...*, s. 158.

52 Z. Pulka, *Podstawy prawa...*, s. 97.

wykładni prawa, tj. kanonu językowego, systemowego a także funkcjonalnego, będzie można powiedzieć o „końcu wykładni”.

Zagadnienie końca wykładni w ideologii statycznej i dynamicznej wykładni

Kwestia określenia momentu kończącego wykładnię przedstawia się różnie w ideologii statycznej i dynamicznej.

Gdy mowa o tej pierwszej, należy pamiętać o pierwotnych intencjach historycznego prawodawcy. Założenie to powinno przyświecać interpretatorowi, gdyż wiąże się ono z swoistym odizolowaniem znaczenia przepisów prawnych od m.in. kontekstu ustrojowego, który podlega ciągłym zmianom. Wspomniane odnosi się również do wartości, jaką jest stałość prawa, a idąc dalej pewność adresatów tego prawa, przewidywalność konsekwencji swoich czynów. To zaś koresponduje z faktem, że dla ideologii statycznej przewodnie znaczenie mają dyrektywy wykładni językowej. Gdyby te nie doprowadziły interpretatora do jednoznacznych ustaleń, najważniejszym jest odwołanie się do zasady subsydiarności (pomocniczości) wykładni systemowej i funkcjonalnej, czyli posiłkowanie się zastosowaniem systemowych i funkcjonalnych reguł interpretacyjnych. „Dyrektywy funkcjonalne i systemowe w takim przypadku będą dostarczały wskazówek co do zasad wyboru jednej z wersji znaczeniowych normy jako zgodnej z intencją historycznego prawodawcy. Decyzja semantyczna interpretatora preferująca określone znaczenie normy, będzie więc efektem zastosowania w konkretnym rozumowaniu reguł o charakterze specyficznym, wytworzonych i zaakceptowanych w doktrynie i praktyce prawnej”⁵³. Liczne orzeczenia potwierdzają wskazany tor postępowania, dla przykładu wyrok TK z 28.6.2000 r.:

(...) podobnie ma się rzecz z wykładnią tekstów prawnych, których sens językowy nie jest jednoznaczny z tego względu, że tekst prawny ma kilka możliwych znaczeń językowych, a wykładnia funkcjonalna (celowościowa) pełni rolę dyrektywy wyboru jednego z możliwych znaczeń językowych⁵⁴.

53 J. Jabłońska-Bońca, *Wstęp do nauk prawnych*, Poznań 1996, s. 170.

54 Wyr. TK z 28.6.2000 r., K 25/99, OTK 2000, Nr 5, poz. 141, por. także wcześniej wyrok TK z 8.6.1999 r., SK 12/98, OTK 1999, Nr 5, poz. 96). Analogiczne stanowisko zajmuje SN (wyr. SN z 8.5.1998 r., I CKN 664/97, OSNC 1999, Nr 1,

Dobrym przykładem jest też jedno z orzeczeń NSA:

dopiero po wyczerpaniu reguł językowych może nastąpić stosowanie pozajęzykowych dyrektyw interpretacyjnych, nakazujących wybrać – spośród dopuszczalnych na gruncie reguł znaczeniowych danego języka etnicznego znaczeń tekstu prawnego – takie znaczenie zespołu przepisów, przy którym odtworzone na jego podstawie normy miałyby najsilniejsze znaczenie aksjologiczne w przyjmowanym systemie wartości⁵⁵.

Jest to teza akceptowana na gruncie ideologii statycznej. Wybór jednej, najwłaściwszej, normy spośród wyników wykładni językowej, będzie, w przypadku wykładni systemowej, wyborem uzasadnionym racjami systemowymi, dla przykładu racjami tymi może być niesprzeczność, zupełność systemu praw, z kolei w przypadku wykładni funkcjonalnej, racjami funkcjonalnymi, czyli przede wszystkim celami prawa, sprawiedliwością, moralnością⁵⁶. Zatem podsumowując tą część, „koniec wykładni” w przypadku ideologii statycznej będzie miał miejsce w momencie uzyskania jednoznacznych ustaleń, co jest oczywiste. Może do nich doprowadzić wykładnia językowa i wówczas interpretator zwolniony jest z dalszych działań, gdyż uzyskał „właściwe znaczenie tekstu prawnego”. Jeśli jednak wykładnia językowa nie przyniesie klarownych wyników, to w takim przypadku jej twórca ma uzasadnione prawo aby posłużyć się wykładnią systemową i funkcjonalną. Przy czym należy zaznaczyć, że ideologia statyczna, preferuje wynik wykładni systemowej przed wynikiem wykładni funkcjonalnej.

Na gruncie ideologii dynamicznej, przeciwnie niż w przypadku poprzednim, interpretator w swych działaniach winien uwzględnić kontekst, w którym funkcjonuje prawo, konkretnie jego zmienność, a ponadto interes społeczny a także wolę aktualnego prawodawcy.⁵⁷ W tym przypadku nie można też mówić o jedynym, „właściwym” i niezmiennym znaczeniu tekstu. W związku z tym każdorazowa interpretacja odgrywa tu istotną rolę, gdyż to poszczególni jej twórcy będą odpowiedzialni za uaktualnianie prawa. To wszystko zaś wpływa na fakt, że preferowaną w tym wypadku

poz. 7; post. z 1.7.1999 r., V KZ 31/99, OSNKW 1999, Nr 9–10, poz. 63; uchw. SN z 20.6.2000 r., I KZP 16/00, OSNKW 2000, Nr 7, poz. 860.

55 Uchw. NSA z dnia 29 listopada 1999 r., FPK 3/99, ONSA 2000, nr 2, poz. 59.

56 Z. Pulka, *Podstawy prawa...*, s. 121.

57 *Ibidem*, s. 148.

będzie wykładnia funkcjonalna, tzn. jej wyniki, w sytuacji tzw. konfliktu interpretacyjnego, będą brane pod uwagę w pierwszej kolejności, tj. przed wynikami wykładni językowej lub systemowej. Nie występuje tu, jak w przypadku ideologii statycznej, zasada pomocniczości, co oznacza, że w żadnym wypadku nie można mówić o końcu wykładni poprzestając wyłącznie na wynikach wykładni językowej, nawet wówczas gdy są one jednoznaczne. Taki rezultat nie zwalnia interpretatora od dalszych działań, czyli zastosowania wykładni systemowej i funkcjonalnej.

Jak już wcześniej wspomniałam, poziom związania wynikami wykładni językowej zależy od przyjęcia statycznej bądź dynamicznej ideologii wykładni. Z tym zaś wiąże się szereg argumentów, które przyporządkować można do trzech grup, odnoszących się do językowej interpretacji przepisów, argumentów przemawiających na jej korzyść.

Do pierwszej zaliczyć można te założenia, które opowiadają się za tym, iż tekst jest najlepszą wskazówką do uchwycenia intencji prawodawcy.⁵⁸ Założenie to znajduje potwierdzenie w postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z treścią którego: „Cel i intencje ustawodawcy nie wynikają z wypowiedzi uczestników prac legislacyjnych, ale przede wszystkim z treści aktu normatywnego”⁵⁹. Drugą grupę stanowią poglądy, zgodnie z którymi znaczenie przewodnie ma realizacja wartości państwa prawa: pewność, przewidywalność, związanie organów.⁶⁰ Koreluje to ściśle z ograniczeniem zakresu władzy dyskrecjonalnej sędziego, który to winien opierać się na tekście prawnym, nie zaś tworzyć prawo na nowo. I w końcu trzecia grupa skupia przesłanki o charakterze utilitarnym, co oznacza, że omawiany sposób interpretacji nie przysparza problemów uczestnikom życia prawnego.

Niezależnie jednak od rodzaju wykładni (stacyjna/dynamiczna), najważniejsze dla interpretatora jest osiągnięcie całkowitej jasności. Przez analogię do typologii wątpliwości można mówić o trzech rodzajach jasności tekstu prawnego:

- a) jasności kwalifikacji (brak wątpliwości, jak zakwalifikować dany stan faktyczny),
- b) jasności orientacji w prawie (brak wątpliwości co do określonych przez prawo wzorów zachowań),

58 Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa 2013, s. 129.

59 Postanowienie TK z dnia 11 lutego 2009 r., P 39/07, OTK – A 2009, nr 2, poz. 9.

60 Z. Tobor, *W poszukiwaniu...*, s. 129.

- c) jasności systematyzacji (brak wątpliwości, w jakiej relacji pozostaje dana norma do innych norm systemu prawa)⁶¹.

Zagadnienie jasności nie jest w tym miejscu wiodącym, ale z całą pewnością jest warte przypomnienia.

Podsumowanie

Podsumowując, stwierdzam, że brak jest jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o moment końca wykładni. Jednakże większość głosów czy to ze strony doktryny, czy też orzecznictwa, opowiada się za prymatem wykładni językowej, a co za tym idzie poprzestaniu na rezultacie, uzyskanym poprzez zastosowanie jej dyrektyw. Tylko w sytuacji, kiedy interpretator ma do czynienia z kilkoma rezultatami, tzn. efektem zastosowania wykładni językowej jest wieloznaczność, może on sięgnąć do argumentów systemowych lub funkcjonalnych. Są jednak przeciwnicy tej teorii. Twierdzą oni mianowicie, że jednoznaczny wynik wykładni językowej nie stanowi bezwzględnej granicy, która uniemożliwiłaby dokonywanie dalszej interpretacji. Opinię tę podziela m.in. L. Morawski, zdaniem którego: „Ustalony przez zasadę pierwszeństwa wykładni językowej porządek preferencji jest jedynie porządkiem *prima facie*, a nie porządkiem absolutnym co znaczy, że w wyjątkowych sytuacjach, z ważnych powodów można odstąpić nawet od jasnego i oczywistego sensu językowego przepisu i oprzeć się na wykładni systemowej lub funkcjonalnej”⁶². Odstąpienie od wykładni językowej, może być uzasadnione:

- w przypadku, gdy sens językowy jest ewidentnie sprzeczny z fundamentalnymi wartościami konstytucyjnymi, a z istotnych powodów uchylenie przepisu byłoby w danym momencie niemożliwe lub niecelowe;
- w przypadku, gdy wykładnia językowa prowadzi do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być

61 *Ibidem*. Patrz też: K. Opałek, J. Wróblewski, *Prawo, metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 253–254.

62 L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 83 i nast. Por. też: K. Płeszka, *Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni*, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, M. Zirk-Sadowski (red.), Łódź 1997.

uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub nieweczące ratio legis interpretowanego przepisu⁶³;

- w sytuacji, gdy wykładnia językowa prowadzi ad absurdum;
- w sytuacji oczywistego błędu legislacyjnego;⁶⁴

Powyżej przedstawione przypadki składają się na tzw. dyrektywę odstępstwa, jednakże, co podkreślane jest w literaturze, stosując wspomniane, należy zachować szczególną ostrożność. Jednak przede wszystkim dość doniosły jest głos praktyków, którzy dowodzą, że mimo, iż często takie działania są usprawiedliwione aksjologicznie, to niestety pociągają za sobą koszty finansowe, co nie wzbudza pozytywnego odzewu „państwa”, uwzględniając w tym wypadku jego politykę finansową.⁶⁵

Stanowisko pośrednie wyraził TK, który wskazał, że mimo, iż interpretator powinien „trzymać” się sensu językowego, to nie oznacza to jednak (ale też nie wyklucza, przyp.), że granica wykładni, jaką stanowić może językowe znaczenie tekstu, jest granicą bezwzględną. Oznacza to jedynie, że do przekroczenia tej granicy niezbędne jest silne uzasadnienie aksjologiczne, odwołujące się przede wszystkim do wartości konstytucyjnych⁶⁶. Biorąc powyższe pod uwagę, należy pamiętać, że przekroczenie pewnych granic, w tym wypadku daleko posunięte odstępstwo od sensu językowego przepisu prowadzić będzie do rozstrzygnięcia interpretacyjnego *contra legem*. W związku z tym, odpowiedź na pytanie, na ile interpretator związany jest wynikami wykładni językowej, gdy te nie są jednoznaczne, moim zdaniem w przypadku każdej kolejnej sytuacji interpretacyjnej będzie inna, różne będą bowiem wartości, skłaniające

63 „W każdej zatem sytuacji, gdy nasuwa się podejrzenie, że wynik wykładni językowej może okazać się nieadekwatny, interpretator powinien go skonfrontować z wykładnią systemową i funkcjonalną (...)”. WSA w Kielcach w wyroku z 30 czerwca 2010 (I SA/Ke 274/10) Por. postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I KZP 6/07, OSNKW 2007/5/37, Biul. SN 2007/5/18; postanowienie NSA z dnia 9 kwietnia 2009 r., sygn. akt II FSK 1885/07; wyroki NSA: z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. akt II FSK 976/08, z dnia 2 lutego 2010 r., sygn. akt II FSK 1319/08, z dnia 2 marca 2010 r., sygn. akt II FSK 1553/08, zdanie odrębne do wyroku NSA z dnia 22 września 2010 r., sygn. akt II FSK 818/09, publ. w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych: oraz wypowiedzi doktryny: M. Zieliński, Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki, Warszawa 2002, s. 275; L. Morawski, Zasady wykładni prawa, Toruń 2006, s. 74.

64 L. Morawski, *Zasady wykładni...*, s. 87–88.

65 *Ibidem*, s. 92.

66 Wyr. SN z dn. 28 czerwca 2000 r., K 25/99, OTK 2000/5/141.

interpretatora ku danemu rezultatowi. Jedno jest pewne, nigdy nie można całkowicie zanegować wyników wykładni językowej, gdyż ta zawsze daje wynik mniej lub bardziej jasny, a zadaniem interpretatora w takiej sytuacji jest potraktowanie „tego wszystkiego, co poza tekstem” (tj. pozostałych metod wykładni) jako swoistych „narzędzi”⁶⁷, które jedynie pomogą mu w wyklarowaniu jednoznacznego rezultatu.

Należy pamiętać również o tym, że z jednej strony, rozumienie tekstu prawnego wyłącznie przez pryzmat wykładni językowej ma zagwarantować, iż interpretator nie wejdzie w obszar prawotwórstwa. Podobnie, w odniesieniu do zasady wyrażonej przez art. 7 Konstytucji RP sąd podkreśla, że skoro „organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, wobec tego wykładnia przepisów prawa nie może prowadzić do nadawania im znaczenia wykraczającego poza wnioski płynące z zastosowania dyrektyw interpretacyjnych niebudzących wątpliwości i metodologicznie poprawnych. Tym bardziej nie powinna się ona łączyć z dokonywaniem uogólnień czy uproszczeń ignorujących językowy (...) aspekt danego unormowania”⁶⁸. Zauważyć także można, iż „literalna treść przepisów prawa (...) oznaczać będzie zakres swobody organów stosujących prawo, w przeciwnym razie bowiem może dojść do przekroczenia granicy dzielącej wykładnię prawa od jego tworzenia”⁶⁹. Jednakże z drugiej strony, odwołanie się do reguł wykładni systemowej czy też funkcjonalnej, dla racjonalnie dokonującego interpretacji prawnika, nie jest przecież równoznaczne z tworzeniem prawa, które, co jest oczywiste, zagwarantowane jest ustawodawcy. W związku z tym w pełni zgadzam się z sentencją postanowienia Sądu Administracyjnego, która mówi, że: „Każdy przepis prawa podlega wykładni i każdy należy interpretować, gdyż nawet przepis pozornie jasny i wyrażony „wprost” może być niejednoznaczny w świetle całego systemu prawa. Chodzi tylko o to, aby kierować się ogólnie przyjętymi regułami wykładni prawniczej. Wykładnia językowa, chociaż niewątpliwie jest podstawowa (dyrektywy wykładni językowej niewątpliwie stanowią pierwszy etap wykładni tekstu prawnego; zmierzają do ustalenia znaczenia tekstu prawnego poprzez odwołanie się interpretatora do przesłanek, które tworzą kontekst językowy

67 M.E. Mullins, *Tools, not Rules, The Heuristic Nature of Statutory Interpretation*, „Journal of Legislation” 2003, nr 1, s. 73.

68 Uchw. NSA z dnia 22 kwietnia 2002 r., FPS 5/02, ONSA 2002, nr 4, poz. 137.

69 Wyr. NSA z dnia 5 sierpnia 2004 r., FSK 372/04, ONSA WSA 2005, nr 1, poz. 17.

występowania określonych terminów zwrotów czy wyrażeń w języku prawnym), nie może być wyłączną podstawą dekodowania normy z przepisu prawa. Odrzucić należy taki wniosek płynący z wykładni językowej, który prowadzi do konkluzji absurdalnych bądź jest niezgodny z zasadą celowości lub z systemem prawa⁷⁰. W końcu należy mieć na uwadze, że to nie tekst, stanowiący jedynie sekwencję napisów, jest granicą wykładni, ale jego znaczenie, czyli to, „co znajduje się pomiędzy tekstem prawnym a decyzją interpretacyjną”⁷¹.

Bibliografia

- Bator A., Gromski W., Kozak A., Kaźmierczyk S., Pulka Z., *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2006.
- Bielska-Brodziak A., *Interpretacja tekstu prawnego na podstawie orzecznictwa podatkowego*, Warszawa 2009.
- Brzeziński B., *Szkice z wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk 2002.
- Giara T., *Wykładnia bez kodeksu*, Warszawa 2004.
- Jabłońska-Bońca J., *Wstęp do nauk prawnych*, Poznań 1996.
- Kaufmann A., *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe 1965.
- Lang W., Wróblewski J., Zawadzki S., *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986.
- Morawski L., *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 1.
- Morawski L., *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002.
- Mullins M. E., *Tools, not Rules, The Heuristic Nature of Statutory Interpretation*, „Journal of Legislation” 2003, nr 1.
- Opalek K., Wróblewski J., *Prawo, metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991.
- Pleszka K., *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010.
- Pleszka K., *Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni*, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, „Państwo i Prawo” 2007, nr 4.
- Pulka Z., *Podstawy prawa. Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2012.
- Schiffauer W., *Wortbedeutung und Rechtserkenntnis*, Berlin 1979.
- Spyra T., *Granice wykładni prawa*, Zakamycze 2006.

70 Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 2009-07-28, II AKz 296/09.

71 T. Spyra, *Granice wykładni...*, s. 38-39. Por. też: W. Schiffauer, *Wortbedeutung und Rechtserkenntnis*, Berlin 1979, s. 71.

- Stelmach J., *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999.
- Tobor Z., *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa 2013.
- Wróblewski J., *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959.
- Wronkowska S., Zieliński M., *O korespondencji dyrektyw redagowania i interpretowania tekstu prawnego*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 3–4.
- Wróblewski J., *Interpretatio extensiva*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965, z. 1.
- Zieliński M., „Wybrane zagadnienia wykładni prawa”, Referat wygłoszony na posiedzeniu Komitetu Nauk Prawnych w dniu 26 II 2009, „Państwo i Prawo” 2009, nr 6/3–10.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010.

ABSTRAKT

MAGDALENA RAK-ROZMYŚŁOWSKA

Extent of being bound by the literal rule of the interpretation of law

The article is regarding the literal rule of the interpretation of law and its boundaries. Author focuses on three aspects of literal rule of the statutory construction: admissibility of extensive and restrictive interpretation; the limit of interpretation as per clarifying and derivative concept thereof and finally on the issue of limitation of literal rule by both static and dynamic ideology. By the analyses of the aforesaid aspects, author aims to answer two questions: first, in which moment should we establish limitation of the literal rule of construction and second, to what extent is the interpreter bound by the inconsistent outcomes of the literal rule, if any?

Program polityczny Związku Naprawy Rzeczypospolitej

Słowa kluczowe: Związek Naprawy Rzeczypospolitej, II RP, program politycznych ZNR

Związek Naprawy Rzeczypospolitej powstał oficjalnie 28 maja 1926 roku i został utworzony przez Związek Strzelecki, Związek Powstańców Górnośląskich oraz Związek Osadników Wojskowych. Organizacje ogłosiły przy tym postulaty: wyboru Józefa Piłsudskiego na Prezydenta, zwiększenie prerogatyw głowy państwa w szczególności o prawo rozwiązywania izb, rozdzielenie egzekutywy od legislatywy, a także jak najszybsze rozwiązanie parlamentu¹. W rzeczywistości jednak ZNR został powołany na konferencji braterskiej Związku Patriotycznego, która odbyła się bezpośrednio po przewrocie majowym.

Głównym postulatem „naprawiaczy” była gruntowna zmiana konstytucji, która zmieniałaby system parlamentarno-gabinetowy na prezydencki. Głowa państwa miała być wybierana w głosowaniu powszechnym przez wszystkich obywateli. Prezydent powinien posiadać inicjatywę ustawodawczą, a także prawo weta zawieszającego i ponadto możliwość dekretowania ustaw, które jednak mogłyby być uchylone przez parlament. Rozwiązanie izb parlamentarnych leżałoby tylko w jego kompetencji. To

1 Zob. „Przełom” 1926, nr 1.

on powoływałby rząd, który byłby zależny tylko od niego. Pozwoliłoby mu to spełnić swoją rolę, a więc faktycznie rządzić nadając kierunek prac izbom². Wizję silnej pozycji prezydenta, górującego zarówno nad Radą Ministrów, jak i parlamentem, Związek Naprawy Rzeczypospolitej odróżniał wyraźnie od dyktatury, która sprzyja co prawda rozwojowi gospodarczemu, ale prowadzi do bierności społeczeństwa³.

Członkowie ZNR chcieli pozostawienia bez większych zmian kompetencji budżetowych i ustawodawczych izb parlamentarnych i demokratycznego sposobu ich wybierania. Przewaga Sejmu nad Senatem również powinna być utrzymana. Postulowano odebranie Sejmowi prawa swobodnego obalania rządu i poszczególnych ministrów. Ciekawą propozycję reform przedstawiono co do Senatu. Miał on zostać zastąpiony przez „demokratyczne przedstawicielstwo rzeczywistej pracy codziennej” w którego skład mieli wchodzić przedstawiciele samorządów, praktyki państwowej, działalności kulturalnej oraz nauki⁴.

ZNR zajął bardzo krytyczne stanowisko wobec systemu partyjnego, a także samych partii. Działacze stwierdzali, iż Związek nie był partią w znaczeniu takim, jak funkcjonujące wtenczas stronnictwa. Miarą jego polityki była polska racja stanu, a nie przykazy jakiejś doktryny czy grupy społecznej⁵. Jednocześnie starano się oddzielać walkę z wynaturzeniami systemu od krytyki partii jako takiej. Walka z partyjniactwem nie polegała na zwalczaniu istnienia partii, ale na wyeliminowaniu „ostrza politycznego na terenach, gdzie ono działać nie powinno”⁶.

Reformę ustroju uzupełniało propagowanie szerokiego samorządu wojewódzkiego, który usprawni prace parlamentu. Regulacja spraw miejscowych należeć miała do kompetencji sejmików wojewódzkich⁷.

Rozważania nad ustrojem przeniosły się na pole dyskusji nad przyszłą konstytucją. Kompleksowy program reformy ustroju przedstawił Stanisław Bukowiecki⁸. Ustawa zasadnicza powinna zachować zasadę

2 *Deklaracja programowa Rady Naczelnej Związku Naprawy Rzeczypospolitej*, „Przełom” 1927, nr 2.

3 A. Ost, *Dyktatura czy rozwój sił społecznych*, „Przełom” 1927, nr 4.

4 *Deklaracja programowa...*

5 *Ibidem*.

6 J. Rakowski, *Zagadnienie walki z partyjniactwem*, „Przełom” 1927, nr 11.

7 *Deklaracja programowa...*

8 Ur. 1867, zm. 1944. Adwokat, ekonomista, publicysta, działacz polityczny i społeczny, współzałożyciel Związku Młodzieży Polskiej „Zet”, minister sprawiedliwości

zwierzchnictwa narodu. Pierwszą osobą w Rzeczypospolitej w systemie prezydenckim byłby Naczelnik Państwa wybierany w głosowaniu powszechnym, spośród dwóch kandydatów wskazanych przez Sejm. Naczelnik dysponowałby podobnymi uprawnieniami, jak te wymienione w „Deklaracji programowej”. Kompetencje Sejmu ograniczone byłyby do uchwalania ustaw⁹. Kwestia wyboru głowy państwa była szeroko dyskutowana wśród „naprawiaczy” i pojawiało się wiele koncepcji w tym względzie. Wszyscy jednak byli zgodni, że prezydent będzie reprezentantem i przedstawicielem państwowej racji stanu, czego nie można było powiedzieć o parlamencie¹⁰.

Prowadzenie skutecznej polityki gospodarczej Związek Naprawy Rzeczypospolitej łączył ściśle z reformą ustroju. Gruntowna reforma stosunków gospodarczych będzie możliwa jedynie po zaistnieniu silnej i jednolitej władzy państwowej, która wpływałaby na rozwój poprzez skonstruowanie ekonomicznego planu naprawy gospodarki Rzeczypospolitej oraz działania etatystyczne. Własność państwowa w gospodarce miała być instrumentem oddziaływania, który byłby wygodny dla rządu i niósł korzyści ogółowi społeczeństwa¹¹. „Naprawiacze” podkreślali wartość przewrotu majowego dla gospodarki. Przyniósł on bowiem to co najważniejsze – stabilizację. Wskazywano na dużą rolę samorządu gospodarczego, który powinien wykorzystać wszystkie możliwości produkcyjne okręgów sobie podlegających. W ten sposób miało nastąpić zwiększenie produkcji. W skali kraju postulowano utworzenie Naczelnej Izby Gospodarczej, która zastąpiłaby dotychczasowe komisje opiniodawcze. Wraz z rządem objęłaby ogólne kierownictwo i kontrolę nad prywatną gospodarką. Utrzymanie równowagi budżetowej i stabilizacja cen zwiększyć miało zaufanie obywateli do państwa i przyczynić się do wzrostu dobrobytu. Zasada dostosowywania dochodów budżetu do potrzeb finansowych państwa może być realizowana tylko z głęboką ostrożnością. Konieczność wzmożenia działalności państwa, a co za tym idzie zwiększenia jego wydatków, musi się wiązać ze sprawiedliwym obciążeniem wszystkich obywateli. ZNR postulował zreformowanie systemu podatkowego. Duża rola podatku akcyzowego, ceł i monopoli powinna być z czasem zastąpiona przez podatki bezpośrednie. Warunkiem koniecznym

w latach 1917–1918, prezes Prokuraturii Generalnej RP w latach 1919–1939.

9 S. Bukowiecki, *Przed rewizją konstytucji*, „Przełom” 1928, nr 23–25.

10 Z. Lechnicki, *O silną władzę*, „Przełom” 1930, nr 3–4.

11 K. Zakrzewski, *Z kim budować*, „Przełom” 1926, nr 6.

reformy było usprawnienie administracji podatkowej, tak aby pobór odbywał się w sposób sprawiedliwy i równy dla wszystkich¹².

Dużą rolę przy polityce gospodarczej „Naprawy” odgrywała reforma rolnictwa. Punktem wyjścia do rozważań na ten temat, było założenie o krzywdzącej niewspółmierności między ekonomiczno-społecznym znaczeniem rolnictwa, a jego partycypacją w korzyściach. Przeprowadzenie reformy rolnej przyczyniłoby się do stworzenia silnej warstwy dostаточно żyjących drobnych rolników, którzy będą pełnić funkcję ostoji społecznej równowagi. Reforma rolna była najważniejszym postulatem gospodarczym dla „naprawiaczy”¹³. Wskazywano na potrzebę zorganizowania przez państwo zbytu płodów rolnych, a także na konieczność zmniejszenia różnicy cen między produktami przemysłowymi, a relatywnie tańszymi wytworami rolnymi¹⁴. W pierwszych latach rządzenia mniej uwagi poświęcano zagadnieniom przemysłu i handlu. Stwierdzono tylko, iż pozyskanie bogactw naturalnych i całego zasobu energii społecznej zależy od jak najpełniejszego rozwoju górnictwa i przemysłu¹⁵. Więcej uwagi poświęca tym zagadnieniom dopiero syndykaliści. Ostrożnie podchodzono do kwestii napływu kapitałów zagranicznych. Postulowano zachowanie samodzielności gospodarczej Rzeczypospolitej, obawiając się uzależnienia przemysłu od obcego kapitału. „Kapitał rabunkowy”, który wykorzystuje społeczeństwo, powinien być bezwzględnie zwalczany. W razie potrzeby władza państwowa nie powinna zawahać się nakładać ograniczeń na zasadę swobody gospodarczej¹⁶. „Naprawa” domagała się likwidacji „czynników spekulacyjnych”, które powodowały niezadowolenie społeczne przez to, że windowały ceny. Postulowano umiarkowany protekcyjnizm i ochronę krajowego rynku¹⁷.

W „naprawiaczym” środowisku wyodrębniła się grupa działaczy wśród których idee syndykalistyczne wzbudzały szczególny szacunek, a oni sami zaczęli odgrywać coraz większą rolę w Związku Naprawy Rzeczypospolitej. Poglądy swe opierali na myśli Georgesa Sorela¹⁸ oraz (w znacz-

12 W. Szurig, *W drodze do potęgi gospodarczej państwa*, „Przełom” 1927, nr 36.

13 *Deklaracja programowa...*

14 *Wywiad z p. Zdzisławem Lechnickim*, „Przełom” 1926, nr 5.

15 *Deklaracja programowa...*

16 *Ibidem*.

17 W. Szurig, *W drodze do potęgi...*

18 Ur. 1847, zm. 1922. Francuski myśliciel społeczny, socjolog, „ojciec syndykalizmu”. Propagował pomysł stworzenia związków pracowniczych (syndykatów), które były

nie większym stopniu) na doktrynie Stanisława Brzozowskiego¹⁹. Wypracowany przez „naprawiaczy” program syndykalistycznej przebudowy państwa i społeczeństwa stanowił jeden z istotniejszych pomysłów zreformowania Rzeczypospolitej w pierwszych latach pomajowych, by wkrótce stać się najbardziej charakterystycznym elementem programu „Naprawy”, wyróżniającym ją wśród innych formacji politycznych. Polski syndykalizm był bojowym ruchem, który miał scalić i zharmonizować walki wyzwolenicze robotników. Miał na celu osiągnięcie przez pracowników coraz lepszych warunków pracy i płacy oraz zasadnicze przekształcenie systemu gospodarczego. Miało ono polegać na zastąpieniu kapitalizmu poprzez społeczną gospodarkę kierowaną przez związki zawodowe oraz uspołecznienie wielkich warsztatów pracy i środków produkcji²⁰. Uzasadnieniem tej wizji było przekonanie o kryzysie liberalizmu politycznego i gospodarczego, a także demokracji parlamentarnej, jaki ogarnął Europę po zakończeniu I Wojny Światowej. Demokracja parlamentarna, która była jedynie wyrazem suwerenności politycznej ludu, stała się bezsilna wobec wysunięcia na pierwszy plan zagadnień produkcji. Tym sposobem zagadnienia polityczne traciły coraz bardziej na znaczeniu. Ustrój państwowy, pojmowany tylko w kategorii politycznej, stał się ustrojem niemocy i dezorganizacji. Dlatego też „demokracja partyjno-polityczna” powinna być zastąpiona „demokracją społeczno-gospodarczą”, w której obywatele byliby reprezentowani jako zorganizowani konsumenci i wytwórcy²¹. Syndykaliści – „naprawiacze” nie zaprzeczali istnieniu walki klas, widząc w niej bodziec postępu. Prowadziła ona bowiem do awan-

niezależne od partii politycznych. Związki miały przejąć zarządzanie produkcją w drodze strajku generalnego, podczas którego dochodziły do głosu bohaterские cnoty i solidarność między strajkującymi. Strajk ma aspekt twórczy i służy odnowie moralnej. Nadrzędnym celem syndykalistycznego społeczeństwa miała być praca i rozwój cywilizacyjny, a nie materialne korzyści. Myśl Sorela miała antypaństwową wymowę, traktując państwo jako formę ucisku.

19 Ur. 1878, zm. 1911. Pisarz, publicysta, krytyk teatralny i literacki epoki Młodej Polski. Głosił hasło świadomej pracy, która miała przekształcić świat. Przeciwwstawiał je zarówno determinizmowi, jak i pragmatyzmowi. Pisał o konieczności przemiany moralnej producentów. W przeciwieństwie do Sorela, jego myśl nie miała wymiaru antypaństwowego. Brzozowski łączył ideę przemian społecznych z poświęceniem dla państwa.

20 P. Waingertner, *Naprawa (1926–1939). Z dziejów obozu pomajowego*, Warszawa 1999, s. 50.

21 J. Szurig, „Kryzys demokracji politycznej”, „Przełom” 1926, nr 7.

su cywilizacyjnego i wytworzenie jakościowo identycznego społeczeństwa, a nie do zwycięstwa jednej ze zwalczających się klas. Robotnicy, chcący opanować produkcję, zostaną zmuszeni by podnieść swoje kwalifikacje i wiedzę ogólną. Z drugiej strony burżuazja pragnąca utrzymać swoją pozycję i zwiększyć zyski, zmuszona zostanie do intensyfikowania i doskonalenia produkcji. Tym sposobem powstanie „naród wytwórców”, pośród którego różnice klasowe uległyby zamazaniu²². Realizacja postulatów współudziału przedstawicieli świata pracy w sprawowaniu rządów mogła być zrealizowana poprzez likwidację Senatu i powołanie w jego miejsce przedstawicielstwa interesów ekonomicznych – Izby Gospodarczej. Wyposażenie jej w prawo inicjatywy ustawodawczej w dziedzinach społeczno-ekonomicznych, przy jednoczesnym pozostawieniu prawa podejmowania ostatecznych decyzji Sejmowi, nie naruszyłoby istniejącego ustroju²³. Podkreślano konieczność powstania jednego ruchu zawodowego skupiającego robotników razem z pracownikami umysłowymi, który będzie niezależny od partii. Krytycznie oceniano obecne położenie związków zawodowych w Polsce. Pisano, iż nie posiadają własnych podstaw ideowych. Poszczególne związki będąc ekspozyturami konkretnych partii nie mogły prowadzić samodzielnej polityki. Przywódcy zrzeszeń robotników, będąc uzależnionymi od politycznych działaczy, pod pozorem akcji ekonomicznych i tak będą realizować cele partyjne. Doprowadzało do niechęci mas względem związków. Nie widząc w nich podkładu ideowego oraz nie dostając realnych korzyści, przechodziły od jednego do drugiego, albo całkowicie porzucały zrzeszenia. Jedynym rozwiązaniem tej sytuacji było stworzenie jednego ruchu zawodowego, który wypracowałby solidny program gospodarczy i realizował jego postulaty²⁴.

Syndykalizm miał za zadanie przeniknąć i opanować państwo, nie niszcząc go. Realizacja tego celu wiązała się z tworzeniem organów współdziałających z państwem, jak i wyzyskiwania już istniejących. Ukoronowaniem tych dążeń byłoby powstanie Izby syndykalnej, zrównanej w prawach z Izbą polityczną. Syndykalizm był systemem uniwersalnym, który niwelował istniejące w społeczeństwie różnice. Powstając jako ruch oporu przeciw kapitałowi, który kierował warsztatami produkcji i zagarniał płynący z nich zysk – miał obalić hierarchię pieniądza będącego anonimowym

22 K. Zakrzewski, *Naród wytwórców*, „Przełom” 1926, nr 22 i 24.

23 I. Nowak, *Reprezentacja interesów zawodowych*, „Przełom” 1926, nr 18.

24 W.W., *O przyszłość polskiego ruchu zawodowego*, „Przełom” 1927, nr 17.

tyranem produkcji. Najtrudniejszym zadaniem syndykalizmu było opanowanie kierowniczych dźwigni produkcji. Możliwe byłoby to poprzez rozrost ideologii gospodarstwa narodowego, która polegała na organizowaniu wytwórczości nie w imię największego zysku jednostki, a w imię dobra narodu jako organicznej formy życia ludzkiego. Syndykalizm stwarzał nową elitę, która nie odrywała się od mas pracujących, które ją wyłaniały, ale stanowiła ich rdzeń i duszę. Wszystkie siły narodowe winny się wokół tej elity pracy skupić. Syndykalizm był ruchem rewolucyjnym odmładzającym narody, odradzającym je wewnątrznie i pobudzającym do działania²⁵.

Zagadnienie mniejszości narodowych było jednym z bardziej nagłych, wobec których Związek Naprawy Rzeczypospolitej musiał zabrać głos. Często krytykowano dotychczasowe rządy za brak programu, a co za tym idzie konsekwentnej polityki w stosunku do narodowości niepolskich. Bardzo sceptycznie podchodzono do tego, że politykę rządową wykonują zbiurokratyzowani urzędnicy, którzy prowadzą ją na swój sposób. Szczególnie Kresów Wschodnich (ale również i Zachodnich) nie można było uważać za kolonię, na którą wysyła się przedstawiciele państwa o awanturniczych skłonnościach dla których nigdzie indziej nie ma miejsca. Politykę mniejszościowa powinna być dyktowana interesem państwa, a nie doktryną liberalną. Absolutnie należało zerwać z ideą asymilacji narodowej, tak hołubionej przez Narodową Demokrację²⁶. „Naprawiacze” postulowali przeprowadzenie asymilacji państwowej. Miała ona polegać na uznaniu przez mniejszości państwa polskiego jako najwyższego i nadrzędnego dobra wszystkich obywateli. Mniejszości miały korzystać z prawa do pielęgnowania własnej kultury i odrębności, okazując w zamian lojalność wobec państwa. Polityka rządowa miała skłaniać narodowości niepolskie do tego by bez przymusu poczuwały się do wierności i lojalności Rzeczypospolitej²⁷. Uznanie i poszanowanie praw mniejszości oraz umożliwienie im nieskrępowanego rozwoju pozwoliłoby włączyć je do wspólnej pracy państwowotwórczej. Ułożenie stosunków na zasadach wzajemnego szacunku i tolerancji, które wyphywało z zasady iż Rzeczypospolita jest wspólnym dobrem wszystkich obywateli, przyniesie duże korzyści dla państwa²⁸.

25 K. Zakrzewski, *Dlaczego zostałem syndykalistą?* „Przegląd współczesny” 1929, nr 31.

26 St. J.B., *Zagadnienia kresowe i mniejszości a naprawa Rzeczypospolitej*, „Przełom” 1926, nr 2.

27 *Deklaracja programowa...*

28 K. Zakrzewski, *Suwerenność narodu i mniejszości narodowe*, „Przełom” 1926, nr 28.

Stosunek do poszczególnych narodowości zamieszkujących państwo polskie był w rzeczywistości mocno zróżnicowany. Najwięcej nadziei na realizację wspólnej pracy i zgodnego współistnienia wiązano z Ukraińcami i Białorusinami, i to im poświęcono najwięcej uwagi. Polityka wobec narodowości ukraińskiej powinna mieć dwa cele: aktualny i perspektywiczny. Pierwszym było zapewnienie lojalności Ukraińców wobec Rzeczypospolitej, co miała zapewnić Rada Ministrów poprzez prowadzenie tolerancyjnej polityki wobec tej mniejszości. Celem perspektywnym była próba skierowania nacjonalizmu ukraińskiego przeciwko Związkowi Sowieckiemu zgodnie z ideą prometejską. Jednocześnie sprzeciwiano się stworzeniu jakiegokolwiek autonomii terytorialnej w ramach państwa polskiego, gdyż godziłoby to w jego integralność. Szeroki samorząd wojewódzki był wystarczający do zaspokojenia ambicji Ukraińców. Realizując postulat zapewnienia rozwoju kulturalnego „naprawiacze” poparli zdecydowanie powstanie uniwersytetu ukraińskiego we Lwowie²⁹. Związek Naprawy Rzeczypospolitej sprzeciwiał się pomijaniu i lekceważeniu kwestii białoruskiej. Negowano niedocenianie przez część społeczeństwa tego, że naród białoruski się odrodził. Stanowisko zakładające, że Białorusinów po prostu nie ma, nie mogło rozwiązać kwestii tej mniejszości w Polsce. Jedynie zdecydowane stwierdzenie stanu faktycznego pozwoliłoby podjąć pierwsze kroki w celu uregulowania kwestii białoruskiej w Polsce³⁰. „Naprawiacze” krytykowali utrakwizację³¹ szkolnictwa na Kresach Wschodnich, podkreślając iż prowadzi ona jedynie do polonizacji tych obszarów, co rodzi tylko antypaństwowe nastroje wśród narodów tam mieszkających³².

Zgoła inny stosunek Związku Naprawy Rzeczypospolitej wyrażał się w stosunku do mniejszości niemieckiej. Podkreślano przewagę gospodarczą Niemców na Górnym Śląsku i co z tego wypływa – poczucie wyższości nad polskim narodem. Uważano, iż Niemcy zostali tylko zewnątrznie pokromieni i przestrzegano przez rewizjonizmem ze strony zachodniego sąsiada³³. „Naprawiacze” twierdzili, iż może to w konsekwencji dopro-

29 A. Ost, *O zmianę polityki szkolnej wobec Ukraińców*, „Przełom” 1926, nr 5.

30 P. Trejdenński, *Sprawa białoruska w Polsce*, „Przełom” 1927, nr 5.

31 Proces utrakwizacji oznaczał częściową likwidację państwowego szkolnictwa ukraińskiego poprzez jego polonizację oraz narzucenie konkretnych rozwiązań dotyczących języka wykładowego szkołom prywatnym.

32 A. Ost, *O zmianę...*

33 ST-ER, *Zagadnienia mniejszościowe Górnego Śląska*, „Przełom” 1926, nr 16.

wadzić do oderwania Górnego Śląska od Rzeczypospolitej. Postulowano więc jak najszybsze usprawnienie działań administracji. Ograniczyłyby ona wpływy niemieckie i utrudniałyby osiedlanie się Niemców w Polsce. Należało ponadto zwiększyć zamówienia, aby uzależnić przemysł od gospodarki Rzeczypospolitej oraz rozbudować sieć kolejową na tyle, aby to państwo polskie było największym odbiorcą śląskiego węgla³⁴. Najmniej miejsca w swoich rozważaniach ZNR poświęcał mniejszości żydowskiej. Duże nadzieje na rozwiązanie kwestii tej mniejszości w Rzeczypospolitej, „Naprawiacze” wiązali z upowszechnieniem zasady „produktywizacji Żydów”. Miała ona polegać na zwiększeniu ich aktywności w przemyśle, przy jednoczesnym odciążeniu od tradycyjnej dziedziny ich aktywności zawodowej, a więc handlu. Miało to wszystko spowodować upodobnienie się ludności żydowskiej do polskiej, co doprowadzi do asymilacji państwowej i wzmocni Rzeczypospolitą³⁵.

Związek Naprawy Rzeczypospolitej przykładął dużą wagę do skutecznego prowadzenia przez Polskę polityki zagranicznej. „Naprawiacze” stwierdzali, iż położenie geopolityczne Rzeczypospolitej między dwoma zaborczymi krajami, wymaga mocarstwowej pozycji naszego państwa dla zachowania niezależności³⁶. Aspiracje te miały mieć swój wyraz poprzez występowanie Polski jako organizatora i gwaranta porządku w Środkowo-Wschodniej Europie. Rzeczypospolita miała za zadanie skupić wokół siebie państwa, które są bezpośrednio zagrożone ekspansją rosyjską, bądź niemiecką. Ekspansywnych tendencji nie przejawiała Polska, co powinno zbliżyć do niej takie państwa jak Rumunia, Litwa, Łotwa i Estonia czy narody pozbawione własnej państwowości, jak Białorusini i Ukraińcy. Wspólny sojusz miałby być gwarancją niepodległości dla tych państw³⁷. „Naprawiacze” zauważali istotę porozumienia z państwami bałtyckimi i jej znaczenie dla pozycji międzynarodowej Polski. Odpowiednie układy z Finlandią, Estonią, Łotwą i Litwą mogły stworzyć nie tylko silny sojusz wojskowy na północy Europy, ale obszar o ogromnych możliwościach gospodarczych. Niezbędne dla jego realizacji było jednak uregulowanie stosunków z państwem litewskim. Byłoby to nie tylko kluczem do stworze-

34 W. Leszyc, *Zagadnienia socjalne i polityczne na Górnym Śląsku*, „Przełom” 1927, nr 3.

35 A. Hafftk, *Kryzys ideologii politycznej wśród Żydów w Polsce*, „Przełom” 1927, nr 7.

36 *Deklaracja programowa...*, „Przełom” 1927, nr 2.

37 T.M.K., *Czem być chcemy*, 1926, nr 8.

nia Związku Państw Nadbałtyckich, ale zmieniałyby to obraz Polski jako czynnika niepokoju wśród europejskiej opinii publicznej. Uniezależniłyby to ponadto Rzeczypospolitą od konieczności spływu przez Wolne Miasto Gdańsk, którego „kaprysy” odbijały się negatywnie na polskiej gospodarce³⁸. Pierwszorzędnym celem polskiej polityki zagranicznej było wywalczenie sobie stałego miejsca w Radzie Ligi Narodów. Zagwarantowałyby to zapewnienie sobie współudziału i współdecydowania o sprawach bezpośrednio lub pośrednio z państwem polskim związanych³⁹.

Kwestią zasadniczą dla „naprawiaczy” były stosunki z Niemcami i Związkiem Sowieckim. Proponowano prowadzenie wobec tych państw polityki rozsądku i umiaru. Czujna i wyczekująca postawa wobec Rosji Radzieckiej nie oznaczała rezygnacji z „idei jagiellońskiej”, gdyż wielkie państwowe ideały nie są przygotowywane na krótki czas. Realizacja ich trwać może wiele pokoleń, a umiejętność działania charakteryzowała zawsze wielkie narody. Prowadzenie skutecznej polityki wschodniej jest zależne od zabezpieczenia polskiego stanu na zachodzie, o czym przekonało się państwo polskie w XVII i XVIII wieku⁴⁰. Zwracano uwagę, iż Związek Socjalistycznych Republik Radzieckich odziedziczył po Imperium Rosyjskim nie tylko politykę zagraniczną, ale i wewnętrzną, która zmierzała do coraz większej centralizacji władzy i unifikacji narodowościowej. Obserwowano jednak, iż władze radzieckie napotykały coraz większe trudności w prowadzonej przezeń polityce narodowościowej. Rozbudzone aspiracje nacjonalistyczne w poszczególnych republikach radzieckich, zdawały się zdecydowanie przekraczać poziom jaki wyznały im komunistyczne władze⁴¹. Jeśli chodzi o Niemcy to podkreślano nieustanne wysuwanie rewizjonistycznych żądań w stosunku do Rzeczypospolitej. W oczywisty sposób godziło to w integralność terytorialną i bezpieczeństwo państwa polskiego. Traktat z Locarno w oczywisty sposób nie ułatwił naszych stosunków z zachodnim sąsiadem, a jednocześnie utrudniło związki z Francją – będącą naszym największym sojusznikiem. Odpowiedzią polskiej dyplomacji na te wydarzenia powinna być obrona postanowień traktatu wersalskiego⁴². Oceniając działalność państwa

38 *Idem*, *Powracająca sprawa Litwy*, „Przełom” 1926, nr 10.

39 *Ibidem*.

40 S. Bukowiecki, *Wschód a Zachód*, „Przełom” 1927, nr 3.

41 m.p., *Nowe tarcia w polityce narodowościowej na Ukrainie*, „Przełom” 1927, nr 21.

42 M. Rettinger, *Główne problemy naszej polityki zagranicznej*, „Przełom” 1926, nr 29.

niemieckiego na arenie międzynarodowej, „naprawiacze” zauważyli nową tendencję, która polegała na zastąpieniu idei potęgi dominacji politycznej hasłem ekspansji ekonomicznej. Potęga gospodarcza miała umożliwić Niemcom powrót do grona mocarstw przywracając pozycję sprzed I wojny światowej⁴³. ZNR odnosił się sceptycznie do idei pacyfizmu i hasel powszechnego rozbrojenia. Zauważono, że najgorętszymi orędownikami tych tendencji są państwa, które Wielką Wojnę przegrały. Realizacja tych hasel pozwoli zrównać potencjały militarne wszystkich uczestników konfliktu i w przyszłości doprowadzi do kolejnej wojny. Propaganda pacyfizmu była postrzegana jako zjawisko sprzyjające działaniom odwetowym Niemiec⁴⁴.

„Naprawa” konsekwentnie broniła tezy, iż międzynarodowe zobowiązania w kwestii ochrony mniejszości ustalone na konferencji paryskiej należy rozszerzyć na wszystkie państwa. „Naprawiacze” sprzeciwiali się tym samym wykorzystywaniu przez republikę weimarską kwestii mniejszości niemieckiej w Rzeczypospolitej w celu szerzenia niechęci do Polski na arenie międzynarodowej⁴⁵.

Myśli społeczno-gospodarcze i polityczne Związku Naprawy Rzeczypospolitej charakteryzował swoisty eklektyzm. Tendencjom zwiększenia uprawnień władzy wykonawczej kosztem legislatywy towarzyszyła chęć zwiększenia roli sektora państwowego w gospodarce i rozbudowy jego funkcji opiekuńczych. Jeśli chodzi o mniejszości narodowe oprócz typowego hasła dla obozu piłsudczykowskiemu – asymilacji państwowej, domagano się osłabienia pozycji ekonomicznej Niemców w Rzeczypospolitej, co było charakterystyczne dla obozu narodowego. Aby zrozumieć te pozorne sprzeczności należy spojrzeć na stosunek „naprawiaczy” do idei państwa. Wzrost jego potęgi poprzez budowę prestiżu zewnętrznego, jak i wewnętrznego, było nadrzędnym celem ZNR. Wszelkie koncepcje wypracowywano i starano się wcielić w życie z punktu widzenia korzyści, jakie osiągnie państwo. Wzmocnienie egzekutywy, rozbudowa opieki społecznej mająca związać masy z państwem, liberalna polityka mniejszościowa, silna pozycja państwa w gospodarce, rozwój oświaty realizującej ideę wychowania państwowego – wszystko to miało utrwalić

43 T.M.K., *W nowej szacie*, „Przełom” 1926, nr 20.

44 T. Wałek-Czarnecki, „*Sprawa rozbrojeniowa*”, „Przełom” 1927, nr 32.

45 S.J. Paprocki, „*Sprawy mniejszościowe na terenie międzynarodowym*”, „Przełom” 1928, nr 8–9.

niepodległość i zapewnić bezpieczeństwo odrodzonego po 123 latach niewoli państwa, będącego najwyższym i nadrzędnym dobrem wszystkich jego obywateli⁴⁶.

Bibliografia

- Bukowiecki S., *Przed rewizją konstytucji*, „Przełom” 1928, nr 23–25.
- Bukowiecki S., *Wschód a Zachód*, „Przełom” 1927, nr 3.
- Deklaracja programowa Rady Naczelnej Związku Naprawy Rzeczypospolitej*, „Przełom” 1927, nr 2.
- Hafftk A., *Kryzys ideologii politycznej wśród Żydów w Polsce*, „Przełom” 1927, nr 7.
- Lechnicki Z., *O silną władzę*, „Przełom” 1930, nr 3–4.
- Leszczyk W., *Zagadnienia socjalne i polityczne na Górnym Śląsku*, „Przełom” 1927, nr 3.
- m.p., *Nowe tarcia w polityce narodowościowej na Ukrainie*, „Przełom” 1927, nr 21.
- Nowak I., *Reprezentacja interesów zawodowych*, „Przełom” 1926, nr 18.
- Ost A., *Dyktatura czy rozwój sił społecznych*, „Przełom” 1927, nr 4.
- Ost A., *O zmianę polityki szkolnej wobec Ukraińców*, „Przełom” 1926, nr 5.
- Paprocki S.J., *„Sprawy mniejszościowe na terenie międzynarodowym”*, „Przełom” 1928, nr 8–9.
- Rakowski J., *Zagadnienie walki z partyjniactwem*, „Przełom” 1927, nr 11.
- Rettinger M., *Główne problemy naszej polityki zagranicznej*, „Przełom” 1926, nr 29.
- St. J.B., *Zagadnienia kresowe i mniejszości a naprawa Rzeczypospolitej*, „Przełom” 1926, nr 2.
- ST-ER, *Zagadnienia mniejszościowe Górnego Śląska*, „Przełom” 1926, nr 16.
- Szurig J., *„Kryzys demokracji politycznej”*, „Przełom” 1926, nr 7.
- Szurig W., *W drodze do potęgi gospodarczej państwa*, „Przełom” 1927, nr 36.
- T.M.K., *Czem być chcemy*, 1926, nr 8.
- T.M.K., *Powracająca sprawa Litwy*, „Przełom” 1926, nr 10.
- T.M.K., *W nowej szacie*, „Przełom” 1926, nr 20.
- Trejdeński P., *Sprawa białoruska w Polsce*, „Przełom” 1927, nr 5.
- W.W., *O przyszłość polskiego ruchu zawodowego*, „Przełom” 1927, nr 17.
- Waingertner P., *Naprawa (1926–1939). Z dziejów obozu pomajowego*, Warszawa 1999.
- Wałek-Czarnecki T., *„Sprawa rozbrojeniowa”*, „Przełom” 1927, nr 32.
- Wywiad z p. Zdzisławem Lechnickim*, „Przełom” 1926, nr 5.

46 P. Waingertner, *Naprawa...*, s. 58.

Zakrzewski K., *Dlaczego zostałem syndykalistą?* „Przegląd współczesny” 1929, nr 31.

Zakrzewski K., *Naród wytwórców*, „Przełom” 1926, nr 22 i 24.

Zakrzewski K., *Suwerenność narodu i mniejszości narodowe*, „Przełom” 1926, nr 28.

Zakrzewski K., *Z kim budować*, „Przełom” 1926, nr 6.

ABSTRAKT

JAN PIETRZAK

Political programme of the Union for Improvement of the Republic

ZNR was sanation political organization which was founded in 1926. It was on the left side of the Piłsudski's camp for the sake of ideology. This was reflected mainly in the postulates social reforms, strengthening of presidential powers and reduce the extent of the powers of the parliament. Members of this association also opposed the growing nationalist sentiments. The primary goal of ZNR was increasing the power of the Polish State. All the concepts were creating from the point of view of the benefits that reaches the state. Empowerment of the executive, expansion of welfare, liberal minority policy, the strong position of the state in the economy, the development of education – all it had to consolidate Polish independence and ensure the safety of the reborn state, which is the highest good of all its citizens.

ANDRZEJ LICHWA

Prokuratura Sądu Okręgowego w Kłodzku w latach 1945–1950

Słowa kluczowe: prokuratura Sądu Okręgowego, Kłodzko, prokuratura, historia prokuratury

Sądownictwo winno być – i jest zresztą – czynnikiem odgrywającym poważną rolę w życiu zbiorowym, gdyż ma ono trzy zasadnicze walory, nieczęsto spotykane w komplecie w innych korpusach osobowych: wysokie kwalifikacje zawodowe, napięcie ideowe i czystość moralną.

Antoni Olbromski

Po ustaniu działań wojennych, na terenie Dolnego Śląska zaczęto organizować struktury polskiego sądownictwa. Utworzono Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, któremu podlegały sądy okręgowe we Wrocławiu, Brzegu, Głogowie z siedzibą w Nowej Soli, Jeleniej Górze, Legnicy, Oleśnicy, Świdnicy i Kłodzku. Opieka nad tworzeniem sądownictwa na Dolnym Śląsku, do czasu utworzenia we Wrocławiu odrębnej apelacji, należała do kompetencji Prezesa Sądu Apelacyjnego w Katowicach – Eugeniusza Krala. Jej organizacją zajął się sędzia apelacyjny w Warszawie – Antoni Olbromski, przybyły do Wrocławia 1 czerwca 1945 r. W dniu 12 lipca 1945 r. do Wrocławia przyjechał Wiktor Gajewski, który jako Prokurator

Sądu Apelacyjnego, zajął się organizowaniem Prokuratury Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu¹.

Zgodnie z dekretem o zarządzie Ziem Odzyskanych – tymczasowy podział obszaru tych ziem na województwa i powiaty oraz tymczasowy podział sądowy miały zostać ustalone w drodze stosownych rozporządzeń². Rozporządzenie w którym określono siedzibę Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu oraz ustalono jego okręg, wydano dopiero w dniu 15 czerwca 1949 r.³

Do Kłodzka, późniejszej siedziby okręgu sądowego, w dniu 12 maja 1945 r. przybył Pełnomocnik Rządu RP. W dniu 3 czerwca 1945 r. władzę w mieście przejęła administracja polska. Nad bezpieczeństwem miasta czuwała Polska Komenda Wojenna. Do jej zadań należało wykonywanie patroli w celu utrzymywania porządku, zabezpieczenie obiektów przed rozkradaniem i dewastacją. Stan bezpieczeństwa był bardzo zły. Często dochodziło do bójek, kradzieży czy napadów rabunkowych z udziałem żołnierzy polskich, sowieckich, cywili oraz urzędników. Notowano kradzieże i napady rabunkowe w tym z użyciem broni dokonywane przez funkcjonariuszy MO i UBP.⁴ Dodatkowy problem, którego

-
- 1 *Sądownictwo dolnośląskie: w rocznicę powstania Apelacji Wrocławskiej: 1 czerwca 1945–1946*, pod red. Antoniego Olbromskiego, Wydawnictwo Sądu Wrocławskiego, Wrocław 1946, s. 53–55, 58–59; Andrzej Dąbrowski, *Polski wymiar sprawiedliwości powraca do Kłodzka*, „Rocznik Ziemi Kłodzkiej” 1974, nr XIV-XVIII, s. 105–109.
 - 2 Dekret z dnia 13 listopada 1945r, Dz.U. Nr 51, poz 295. Tymczasowy podział administracyjny Ziem Odzyskanych przeprowadzono na mocy rozporządzenia z dnia 29 maja 1946 r. Dz.U. Nr 28, poz 176 i 177.
 - 3 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 czerwca 1949 r. Dz.U. Nr 36, poz 270. W skład okręgu Sądu Okręgowego w Kłodzku wchodziły Sądy Grodzkie: w Bystrzycy Kłodzkiej, obejmujący powiat bystrzycki, w Kłodzku, obejmujący gminy miejskie i wiejskie Kłodzko, Polanica Zdrój, Duszniki Zdrój oraz Kudowę Zdrój, Krosnowice, Lewin Kłodzki i Bożków z powiatu kłodzkiego, w Nowej Rudzie: obejmujący gminy miejską i wiejską Nowa Ruda, Radków, Ludwikowice, Ścinawka Średnia z powiatu kłodzkiego, w Ząbkowicach Śląskich: obejmujący powiat ząbkowicki.
 - 4 Archiwum Państwowe we Wrocławiu Oddział w Kamieńcu Ząbkowickim, nr zespołu 210, raporty komendanta wojskowego sporządzone przez ppor. Michalcza. Meldunek nr 2/45 „21 XII br. (...) dokonano wspólnej obławy na bandytów w Janowo Górnym i okolicy, podczas której zatrzymano 2-ch żołnierzy sowieckich (...) podejrzanych o napady rabunkowe. (...) Dnia 20. XII. 45 (...) patrol wojskowy został powiadomiony o napadzie przez 12 żołnierzy na dom Szczepańskiego Jana – milicjanta w Kłodzku (...)” Meldunek nr 4/45 – „O godzinie 19, w czasie

konsekwencją były niepokoje mieszkańców okręgu, stanowiły roszczenia terytorialne Czechosłowacji. Eskalację problemu widziano zwłaszcza w momencie wywiezienia z Kłodzka do Warszawy drukarni ministerstwa sprawiedliwości⁵.

Sąd Okręgowy w Kłodzku został zorganizowany jako drugi w apelacji. Pracy tej podjął się sędzia Sądu Okręgowego Marian Schmidt, który przybył do Kłodzka 12 lipca 1945 r. Sąd obejmował trzy powiaty: kłodzki, ząbkowicki i bystrzycki. Na terenie jego właściwości działały cztery sądy grodzkie. Miały siedziby w Kłodzku, Bystrzycy, Ząbkowicach oraz w Nowej Rudzie, znajdującej się w powiecie kłodzkim. Sąd Grodzki w Kłodzku organizowany był od 25 sierpnia 1945 r. przez Romana Łahołę, sędziego, który przyjechał z Nowego Sącza. Sąd Grodzki w Ząbkowicach organizował od 18 sierpnia 1945 r. sędzia Romuald Krąkowski, w Bystrzycy – od 13 września 1945 r. sędzia Stanisław Kozak, w Nowej Rudzie – od 27 października 1945 r. asesor Paweł Stachyra.⁶

Prokuratura Sądu Okręgowego w Kłodzku, została utworzona jako druga jednostka w okręgu po Prokuraturze Sądu Okręgowego we Wrocławiu. Zorganizował ją Prokurator Sądu Okręgowego Czesław Janiszowski, który przybył do Kłodzka 25 lipca 1945 r.

Prokuratura mieściła się na drugim piętrze budynku sądu znajdującego się przy ówczesnej ul. Aliantów 15⁷. Zarówno sąd jak i prokuratura dzia-

przygotowania się do odjazdu oddziału sowieckiego, stacjonowanego w pobliżu mleczarni państwowej w Kłodzku, patrol wojskowy udaremnił już 3 napad rabunkowy, ponieważ Sowieci ci zostali każdorazowo odpędzeni. (...) O godzinie 23-ciej, patrol wojskowy zatrzymał dwóch cywili, którzy byli zupełnie pijani i strzelali z rewolwerów na ulicy. Wymienionych przekazano milicji." Meldunek 5/45 „(...) patrol wojskowy w mieście Kłodzko, zatrzymał funkcjonariusza bezpieczeństwa publicznego (...), który był w stanie zupełnego pijaństwa, awanturował się na ulicy z bronią w rękę (...)" Meldunek 8/45 – „Dnia 29.XII.45 r. o godz. 19-tej, zauważył patrol wojskowy razem z MO, że funkcjonariusze z bezpieczeństwa publicznego wynoszą różne rzeczy wartościowe jak biżuterię i inne przedmioty w teczkach i walizkach od emigrantów niemieckich, którzy do czasu ich odjazdu umieszczeni są w klasztorze w Kłodzku (...)" Meldunek 4/46 – „W nocy na 8.I.46 r. (...) trzech milicjantów dokonało napadu rabunkowego na dom Polki (...) w Kłodzku (...)"

5 IPN Wr. 33/870, wizytacja Prokuratury Sądu Okręgowego w Kłodzku 1946–1947, k. 3.

6 *Sądownictwo dolnośląskie...*, s. 53–55, 58–59; Andrzej Dąbrowski, *Polski wymiar sprawiedliwości...*, s. 105–109.

7 *Sądownictwo dolnośląskie...*, s. 58–59; IPN Wr. 33/870, wizytacja Prokuratury Sądu Okręgowego w Kłodzku 1946–1947, k. 5.

ły w tym czasie na mocy rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 lutego 1928 r. Prawo o ustroju Sądów Powszechnych⁸.

W dniu 3 września 1945 r. do prokuratury przybył wiceprokurator Stanisław Kunicki. Kolejni prokuratorzy podjęli czynności dopiero w 1946 r. Wiceprokurator Mieczysław Szczypczyk przybył 4 stycznia, podprokurator Stanisław Ajdukiewicz – 24 maja, asesor Bolesław Orzeł – 15 czerwca, podprokurator Jan Zięba – 7 września.

Czesław Janiszowski w okresie przedwojennym kierował prokuraturą w Kielcach, a następnie Piotrkowie Trybunalskim. Stanisław Kunicki był Wiceprokuratorem Sądu Okręgowego w Białymstoku. Mieczysław Szczypczyk – kierownikiem Sądu Grodzkiego w Bohorodczanach, Stanisław Ajdukiewicz asesorem Sądu Apelacyjnego we Lwowie, a Jan Zięba – asesorem Sądu Apelacyjnego w Krakowie⁹.

Pierwsza rozprawa przed Sądem Grodzkim odbyła się 2 października 1945 r. a przed Sądem Okręgowym 12 listopada 1945 r. Zarówno sędziowie jak i prokuratorzy występowali bez tóg z powodu ich braku¹⁰.

W okresie do 4 stycznia 1946 r. sprawy z repertorium Ds. załatwiał wiceprokurator Kunicki, a po przybyciu Szczypczyka – wspólnie z tym ostatnim. W dniu 1 lipca 1946 r. dokonano podziału na trzy rejony. Pierwszy obejmował sprawy z miasta i powiatu kłodzkiego. Wpływ miesięczny wynosił około dwustu spraw. Drugi obejmował sprawy z powiatu ząbkowickiego. Wpływ miesięczny wynosił około czterdziestu spraw. Trzeci – sprawy z powiatu bystrzyckiego, w którym wpływ miesięczny liczono na poziomie około pięćdziesięciu spraw. Na pracę jednostki istotny wpływ miał stan zdrowia prokuratorów¹¹.

8 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 lutego 1928 r. Tekst jednolity Dz.U. z 1932roku, Nr 102, poz. 863. Naczelnym Prokuratorem był Minister Sprawiedliwości. Pierwszy prokurator i prokuratorzy Sądu Najwyższego pełnili swe funkcje przy Sądzie Najwyższym, a prokuratorzy i wiceprokuratorzy apelacyjni oraz prokuratorzy i wiceprokuratorzy okręgowi – odpowiednio przy sądach apelacyjnych i okręgowych. Istniała możliwość ustanowienia przez ministra sprawiedliwości przy poszczególnych sądach grodzkich podprokuratorów okręgowych.

9 IPN Wr. 33/870, wizytacja Prokuratury Sądu Okręgowego w Kłodzku 1946–1947, k. 24; IPN Wr. 33/881, sprawozdanie miesięczne prokuratur sądu okręgowego apelacji wrocławskiej październik-grudzień 1947, k. 23.

10 IPN Wr. 33/870, wizytacja Prokuratury Sądu Okręgowego w Kłodzku 1946–1947, k. 5–8.

11 *Ibidem*, k. 5–9 i 16. Janiszowski i Kunicki cierpieli na choroby serca, Szczypczyk borykał się z poważnymi problemami zdrowotnymi związanymi z obrażeniami

W okresie od 3 września 1945 r. sekretariat prokuratury liczył dwóch pracowników: byłego sekretarza sądowego – Józefa Kowacza i piszącego na maszynie praktykanta Wincentego Dercza. Sytuację znacznie polepszyło zatrudnienie w charakterze kierownika sekretariatu, urzędnika prokuratorskiego – Leona Grzywacza, dzięki któremu podniósł się poziom pracy sekretariatu¹².

Sytuacja materialna prokuratorów i urzędników była ciężka. Otrzymywali oni minimalne przydziały kartkowe, najgorsze materiały na karty odzieżowe. W sądzie działała stołówka na której wydawano zupeł jako jednodaniowe drugie śniadanie oraz suchy prowiant. Na wyposażeniu było pięć maszyn do pisania, z których tylko jedna miała polskie czcionki, a kolejna wymagała naprawy. Brakowało druków, a wiele pism wypisywano w całości ręcznie. W kolejnych latach w prokuraturze nadal brakowało

doznanymi w trakcie pobytu w więzieniu gestapo we Lwowie, Ajdukiewicz miał kataraktę na lewym oku, a Orzeł cierpiał na poważną chorobę krtani i z powodu utraty głosu nie mógł brać udziału w rozprawach. Prokurator Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu dr Wiktor Gajewski tak scharakteryzował prokuratorów: Czesław Janiszowski – „wieloletnie doświadczenie w charakterze Prokuratora Rejonowego, a później szefa 2-ch prokurator posłużyło mu znakomicie do zorganizowania Prokuratury w Kłodzku i właściwego postawienia stanowiska prokuratora wśród innych władz na Ziemiach Odzyskanych. Zwłaszcza w pierwszym okresie organizacyjnym, gdy musiał sam sprostać nałożonym nań zadaniom, wykazał (...) zapał, energię i duży zapas dobrej woli.” Stanisław Kunicki – „Bardzo skromny i opanowany, ma jednak zdecydowany sposób wystąpienia i odwagę bronięcia zajętego przez siebie stanowiska prawnego. Dobry mówca, oddany pracy prokuratorskiej z zamiłowaniem, dokładny i sumienny, pełni swą służbę z całym poświęceniem, z tym jednak zastrzeżeniem, że nie znosi pracy chaotycznej, niedokładnej i pospiesznej (...)”; Mieczysław Szczypczyk – „Energiczny i rzutki (...) Dobry mówca o dużej sile argumentacji, zawsze dobrze przygotowany do każdego wystąpienia przed Sądem (...)”; Stanisław Ajdukiewicz – „Bardzo spokojny i opanowany, pracuje z wielką dokładnością kosztem tempa (...) Merytorycznie i stylistycznie uzasadnienia jego postanowień i aktów oskarżenia bez zarzutu. Łatwość słowa wystarczająca do wystąpień publicznych. (...)”; Jan Zięba – „Zamiłowany w pracy oskarżyciela, przebojowy, czasem nawet nazbyt napastliwy przy rozprawach, ma wielką pewność siebie przy forsowaniu swego zdania, choćby czasem nietrafnego (...)”; Bolesław Orzeł – „Jest siłą wartościową i przydatną w pracy prokuratorskiej. Cichy i sumienny pracownik, wybiera co najcięższe sprawy do opracowania i w wysiłkach swoich nie idzie na łatwizny lub efekt cyfrowy w załatwianych sprawach. Jeżeli choroba gardła, która od kilku miesięcy nie pozwala mu mówić, nie wyrwie go z grona prokuratorskiego, będzie to cenny nabytek i pierwszorzędnym pracownik prokuratorski.”

¹² *Ibidem*, k. 10.

biurek, szaf i krzesel. Brak było repertoriów i wszelkiego rodzaju druków. Wszelkie wydawnictwa prawnicze były przesyłane przez prezesa sądu okręgowego w jednym egzemplarzu. Prokuratura nie posiadała biblioteki¹³.

Poważny problem stanowił poziom pracy oraz skład osobowy MO w okręgu prokuratury. Na koniec listopada 1946 r. obsada Komendy Powiatowej MO i 11 posterunków w powiecie kłodzkim liczyła 152 osoby. Do pełnej obsady brakowało ok. 20-tu funkcjonariuszy. W powiecie bystrzyckim zatrudnionych było 73 funkcjonariuszy, przy pełnej obsadzie 120-tu osób. Sytuacja lepiej przedstawiała się w powiecie ząbkowickim. W powiecie kłodzkim funkcjonował referat śledczy złożony z kierownika i 7 funkcjonariuszy. Był dobrze oceniany przez władze prokuratury. W skład referatu śledczego w Bystrzycy wchodziły trzy osoby. Na 20-tu milicjantów zatrudnionych w Nowej Rudzie tylko trzech umiało pisać. Akty oskarżenia do sądów grodzkich, sporządzane były przez funkcjonariuszy MO w sposób często nie pozwalający na ustalenie jaki czyn zarzucano oskarżonemu.¹⁴

W okręgu kłodzkim funkcjonowało jedno więzienie. Mieściło się ono w Kłodzku. Przygotowane było do osadzenia tysiąca mężczyzn i trzystu kobiet. Problem stanowiło doprowadzanie osadzonych i aresztowanych celem przesłuchania i na rozprawy sądowe. W pozostałym zakresie współpraca pomiędzy prokuraturą, a władzami więzienia układała się pozytywnie¹⁵.

W okresie od czerwca 1947 r. do końca października 1948 r. ogólny stan bezpieczeństwa w okręgu prokuratury uległ pewnej poprawie. Zdarzały się co prawda zabójstwa na tle rabunkowym oraz rozboje lecz wyeliminowano zorganizowane i uzbrojone grupy. Tą sytuację upatrywano w stabilizacji życia mieszkańców po wysiedleniu Niemców. Mniejszy wpływ na poprawę bezpieczeństwa miała praca organów ścigania. Wymagała ona nadal usprawnienia. Ludność została prawie całkowicie rozbrojona. Notowano dużą liczbę przestępstw urzędniczych. Poważnym problemem były przestępstwa przeciwko mieniu w szczególności kradzieże i kradzieże z włamaniem do sklepów i magazynów. Statystyka spraw wykrytych prowadzona przez jednostki milicji nie była miarodajna z uwagi na fakt, że sprawy traktowano jako wykryte z chwilą przesłuchania osób

¹³ *Ibidem*, k. 3–5.

¹⁴ *Ibidem*, k. 20–21.

¹⁵ *Ibidem*, k. 18–20.

w charakterze podejrzanych. Sprawy te były często umarzane. W okręgu działania prokuratury z uwagi na jej położenie, notowano wiele spraw dot. nielegalnego przekroczenia granicy względnie jego usiłowania. Często wiązały się z przestępczością dewizową i przemytem. Notowano wiele wypadków przy pracy i komunikacyjnych oraz pożarów w szczególności lasów i zabudowań rolniczych. Zwracano uwagę na zbyt łagodne wyroki jakie orzekał Sąd Okręgowy w Kłodzku i to zarówno w pierwszej instancji i instancji odwoławczej. W okresie tym poprawił się poziom postępowań prowadzonych przez milicję. Nadal problemem były braki kadrowe, słabe wyszkolenie funkcjonariuszy oraz braki w sprzęcie. Prokuratorzy przeprowadzali kontrole posterunków. Na bieżąco omawiano toczące się postępowania. Sprawy prowadzone przez urzędy bezpieczeństwa były długotrwałe, a materiał dowodowy w nich zebrany zazwyczaj wymagał uzupełnienia¹⁶. Zwracano uwagę na konieczność dogłębnej analizy spraw przed skierowaniem aktu oskarżenia oraz częstsze umarzanie postępowań w których uzyskanie wyroków skazujących było wątpliwe jak również na powtarzające się usterki we wnioskach o umorzenie postępowań i projektach aktów oskarżeń. Dążono do pogłębienia pracy prokurator-skiej, podniesienia jakości opracowywanych aktów oskarżenia, wniosków o umorzenie oraz wywodzonych środków odwoławczych. Zalecano częstsze szkolenia funkcjonariuszy MO oraz dokonywanie niezapowiedzianych wizytacji w poszczególnych posterunkach¹⁷.

Współpraca pomiędzy prokuraturą, a zarządem więzienia w Kłodzku układała się nadal pozytywnie. Zwracano natomiast uwagę na poważne trudności w przeprowadzaniu przez prokuratorów czynności procesowych polegających np. na okazywaniu tymczasowo aresztowanych pokrzywdzonym i świadkom, z uwagi na utrudniony dostęp prokuratorów do siedziby zakładu karnego oraz znaczne trudności z doprowadzaniem podejrzanych do siedziby prokuratury¹⁸.

Czwarty kwartał 1948 r. przyniósł dalszą poprawę stanu bezpieczeństwa w stosunku do poprzednich lat. W tym czasie dokonano jednak trzech zabójstw o podłożu rabunkowym i kilkunastu rozbojów przy

¹⁶ IPN Wr. 33/882, sprawozdanie z działalności Prokuratury Sądu okręgowego w Kłodzku za okres od 15 czerwca 1947 r. do 31 października 1948 r.

¹⁷ IPN Wr. 33/862, konferencje prokuratorów prokuratur sądów okręgowych apelacji wrocławskiej – sprawozdanie za 1948 r.

¹⁸ IPN Wr. 33/882, sprawozdanie z działalności Prokuratury Sądu okręgowego w Kłodzku za okres od 15 czerwca 1947 r. do 31 października 1948 r.

użyciu broni. Notowano nadal charakterystyczne dla obszaru przygranicznego przestępstwa nielegalnego przekroczenia granicy, połączone z wywozem walut i przemycem. Zmniejszeniu uległy natomiast stanowiące przestępstwa przeciwko mieniu: szaber oraz nielegalny wywóz mienia. Nadal problemem było słabe wykształcenie i doświadczenie milicjantów, które nie pozwalało na prowadzenie przez nich bardziej skomplikowanych spraw, zwłaszcza gospodarczych, brak środków transportu, informatorów zbyt mała obsada personalna. Zaniepokojenie budziły problemy z wykrywalnością szeregu przestępstw w tym tych najpoważniejszych, a to zabójstw w tym na tle rabunkowym oraz rozbojów. Proponowano zwiększenie stanu osobowego w posterunkach mieszczących się w miejscowościach uzdrowiskowych, zwłaszcza w okresie nasilenia ruchu turystycznego. Próby organizowania przez prokuratorów i sędziów kursów mających na celu zapoznanie milicjantów z obowiązującymi przepisami prawa organizowane czterokrotnie w latach 1945–1947 nie przyniosły rezultatu, gdyż żaden z nich nie dobiegł końca z uwagi na brak zainteresowania z ich strony i małą frekwencję. Powodów tej sytuacji upatrywano w zbyt wysokim poziomie wykładów. W związku z tym w 1948 r. odstąpiono od organizowania kursów¹⁹.

Prokuratorzy rejonowi w wielu sprawach osobiście wykonywali szereg czynności procesowych, pozwalających na korektę i uzupełnienie dochodzeń prowadzonych przez milicję. W IV kwartale 1948 r. przeprowadzili całe dochodzenia w 33 sprawach. Konferencje prokuratorów dotyczyły wyłącznie zagadnień merytorycznych funkcjonowania jednostki. Zwracano uwagę na brak rozgraniczenia kompetencji pomiędzy Komisją Specjalną, a Prokuraturą oraz pomiędzy Urzędem Bezpieczeństwa Publicznego i Milicją Obywatelską co znacznie utrudniało prowadzenie postępowań. Nie było natomiast nieporozumień odnośnie właściwości z jednostkami Prokuratury Wojskowej²⁰.

19 IPN Wr. 33/883, sprawozdanie specjalne opisowe prokuratorów sądu okręgowego apelacji wrocławskiej, IV kwartał 1948 r.

20 IPN Wr. 33/862, konferencje prokuratorów prokuratorów sądów okręgowych apelacji wrocławskiej. Sprawozdanie za I-IV kwartał 1948 r.; IPN Wr. 33/883, sprawozdanie specjalne opisowe prokuratorów sądu okręgowego apelacji wrocławskiej, IV kwartał 1948 r. W sprawozdaniu S. Janiszowski pisał „pożądane ściśle rozgraniczenie kompetencji między prokuratorami, a Komisjami Specjalnymi: różne władze i organy U.B.P. i M.O. kierują zupełnie dowolnie i według swego uznania zawiadomienia o przestępstwach bądź do Prokuratury, bądź do Komisji Specjalnej, a często do

W 1949 r. największy wpływ spraw zanotowano w rejonie kłodzkim. Ujawniono w nim dużą ilość przestępstw urzędniczych. Rejon obejmujący Nową Rudę, cechował się dużą liczbą przestępstw gospodarczych. Najmniejszy wpływ spraw notowano w rejonach: ząbkowickim i bystrzyckim.

W połowie 1949 r. prokuratorem okręgowym został Józef Majcherczyk. W sprawozdaniu za 1949 r. pisząc o współpracy z UBP, stwierdził, że w pierwszym półroczu za jego poprzednika współpracy nie było z powodu braku politycznego zaufania. Drugie półrocze cechowała już „najściślejsza współpraca i zaufanie”. Kontakty z funkcjonariuszami milicji miały miejsce w trakcie kontroli posterunków, realizowanych przez nich doprowadzeń do siedziby prokuratury czy w trakcie odpraw komendantów posterunków o których jednak często prokuratorzy nie byli zawiadamiani. Najgorzej sprawa przedstawiała się w Kłodzku, gdzie komendant powiatowy „dawał wyraźnie odczuć” swoją niechęć do udziału prokuratorów w tych odprawach. Udział prokuratorów w odprawach komendantów posterunków MO uzależniano od zezwolenia szefa PUBP. Urzędy te jednak nie liczyły się ze zdaniem prokuratury. Nadal zwracano uwagę na konieczność zwiększenia obsady jednostek MO w Kłodzku, Nowej Rudzie, a w szczególności w miejscowościach uzdrowiskowych, szczególnie w czasie zwiększonego ruchu turystycznego. Zwracano także uwagę na konieczność przydzielenia dodatkowych pracowników prokuratorskich motywując to złym stanem zdrowia większości z prokuratorów, ich wyczerpaniem oraz dużą ilością pracy²¹.

W tym czasie na ośmiu prokuratorów i asesorów Prokuratury Sądu Okręgowego w Kłodzku, czterech miało wykształcenie prawnicze. Pozostali byli absolwentami szkół prawniczych²².

Koniec 1949 roku, to także konsekwencje ustaleń III plenum PZPR a więc początek zmian kadrowych także w prokuraturze, mających na celu wyeliminowanie elementów klasowo i ideologicznie niepewnych,

obu tych władz wskutek czego powstaje niejednokrotnie dwutorowość i w związku z tym przewlekanie postępowania.”

- 21 IPN Wr. 33/884, sprawozdania roczne prokuratur sądu okręgowego apelacji wrocławskiej za 1949 r. Majcherczyk pisał dalej: „Częste kontakty z szefem P.U.B.P. i oficerami śledczymi, wspólne opracowywanie aktów oskarżeń, omawianie kierunku śledztwa, uzgadnianie akcji w terenie i polityki kryminalnej, wspólne wyjazdy i prowadzenie śledztwa na miejscu oto formy jak najściślejszej współpracy”.
- 22 IPN Wr. 33/884, sprawozdanie roczne prokuratur apelacji wrocławskiej za 1949 r.

czyli ludzi, którzy korzenie swe mieli w II Rzeczypospolitej, a po wojnie instytucję tą powołali do życia²³.

Istotne aspekty pracy kłodzkiej prokuratury w 1950 r. to obchody święta 1-go maja, wybory do prezydiów rad narodowych, monitorowanie wrogiej działalności przeciwko spółdzielniom, akcje profilaktyczne polegające na sprawdzaniu przez prokuratorów odłogów i pola niezasianego w ramach akcji siewnej, kontroli zakładów produkcyjnych w związku z wejściem w życie ustawy o zabezpieczeniu socjalistycznej dyscypliny pracy. W trakcie konferencji prokuratorów, która odbyła się w dniu 30 grudnia 1949 r. podjęto decyzję o przystąpieniu jednostki do socjalistycznego współzawodnictwa pracy. W związku z tym ułożono i jednomyślnie uchwalono stosowny regulamin i postanowiono wezwać do współzawodnictwa jedną z prokuratur okręgowych apelacji wrocławskiej²⁴.

Prokuratura nadal nie była informowana przez komendantów powiatowych o odprawach komendantów posterunków, co uniemożliwiało prawidłową współpracę. Komendanci posterunków natomiast wielokrotnie konsultowali się w konkretnych sprawach.

Zwracano uwagę na niewystarczającą obsadę jednostki, spowodowaną zwolnieniem dwóch prokuratorów i przeniesieniem służbowym kolejnego z nich. Dwa rejony prokuratorskie obsadzone były przez asesorów, z których jeden nie miał „prawa podpisu”²⁵.

23 IPN Wr. 33/855, sprawy personalne-etaty prokuratorskie i urzędnicze, 1948–1950. k. 64. P.o. prokurator Sądu Apelacyjnego Kubik w piśmie z dnia 15 grudnia 1949 r. skierowanym do Ministerstwa Sprawiedliwości twierdził – „Pozbywanie się w myśl uchwał ostatniego Plenum KC P.Z.P.R. elementów klasowo i ideologicznie niepewnych obejmuje siłą rzeczy ludzi z byłego aparatu ucisku klasowego, a więc element fachowy. Spowoduje to potrzebę przesunięcia na wyższe stanowiska ludzi młodych, których szkolenie musi odbywać się intensywnie, co również zabierze sporo czasu. (...)”.

24 IPN Wr. 33/865, konferencje prokuratorów prokuratur sądów okręgowych apelacji wrocławskiej za 1949 r. Zgodnie z regulaminem – celem – socjalistycznego współzawodnictwa pracy miało być podniesienie jakości i wydajności pracy oraz zwiększenie dyscypliny w jednostce. Ocenę przeprowadzano systemem punktowym. Oceniano np. opanowany wpływ, każdą sprawę załatwioną ponad wpływ, sprawy stare, „czyste biurko w rejonie”, stosunek spraw pozostałych w biegu na następny miesiąc do miesięcznego wpływu, wyjazdy w teren, akcje prewencyjne, usprawnienia. Brak jest dokumentów z przebiegu współzawodnictwa.

25 IPN Wr. 33/885, sprawozdania opisowe prokuratur sądu okręgowego apelacji wrocławskiej, II kwartał 1950 r. „Dzień Święta 1-go Maja obchodzony był (...) niezwykle uroczystie. W manifestacyjnym pochodzie w Kłodzku wzięło udział ponad

W okresie od czerwca 1947 r. do końca października 1948 r. czterech prokuratorów należało do PPR, trzech do SD, dwóch było bezpartyjnych. Dwoch wchodziło w skład Miejskiej Rady Narodowej. W pozostałym okresie IV kwartału 1948 r. na dziewięciu prokuratorów i asesorów, czterech należało do PZPR, trzech do SD²⁶. Na koniec 1949 r. sześciu prokuratorów należało do PZPR, a dwóch do SD. Wśród prokuratorów nie było już wtedy bezpartyjnych²⁷.

Z dostępnych materiałów wynika, że w końcowej fazie działalności prokuratury z pierwszej obsady jednostki pozostało wyłącznie dwóch prokuratorów, a to Stanisław Ajdukiewicz i Jan Zięba²⁸.

Prokuratura Sądu Okręgowego w Kłodzku obejmowała obszar 2331 kilometrów kwadratowych i należała do mniejszych jednostek apelacji wrocławskiej. Żyjąca na jej terenie ludność stanowiła w czwartym kwartale 1948 roku – 10% populacji całej apelacji.

Wpływ spraw stanowił w 1946 r. 13,2% wpływu w apelacji, w 1947 r. – 10,5%, w 1948 r. – 10%, w 1949 r. – 10,1%. Załatwienia stanowiły w 1946 r. – 13,1% załatwień w apelacji, w 1947 r. – 11,3%, w 1948 r. – 10,1% oraz w 1949 r. 10,1%.

Liczba prokuratorów zatrudnionych w prokuraturze wynosiła odpowiednio: w 1947 r. 11,9% ogółu zatrudnionych w apelacji, w 1948 r. – 10,8%, w 1949 r. – 9,5%.

30-tyś. uczestników, w ich liczbie ilością i zawartością szeregów odznaczyła się grupa pracowników sądu i prokuratury kłodzkiej, którzy wszyscy – po raz pierwszy od odzyskania niepodległości, wzięli udział w pochodzie w takiej ilości. (...) Istniejące na terenie powiatu ząbkowickiego spółdzielnie produkcyjne rozwijają się dobrze – nie stwierdzono wrogiej działalności przeciwko tym spółdzielniom. (...) W kwietniu prokuratorzy rejonowi sprawdzali dorywczo końcowy etap wiosennej akcji siewnej w okręgu. Odłogów i pola niezasianego nie stwierdzono. (...) W związku z wejściem w życie ustawy o zabezpieczeniu socjalistycznej dyscypliny pracy, przeprowadzono w maju-5, a w czerwcu-12 kontroli zakładów produkcyjnych.”

26 IPN Wr. 33/882, sprawozdanie z działalności Prokuratury Sądu okręgowego w Kłodzku za okres od 15 czerwca 1947 r. do 31 października 1948 r.; IPN Wr. 33/883, sprawozdanie specjalne opisowe prokuratur sądu okręgowego apelacji wrocławskiej, IV kwartał 1948 r.

27 IPN Wr. 33/884, sprawozdanie roczne prokuratur sądu okręgowego apelacji wrocławskiej za rok 1949.

28 IPN Wr. 33/885, sprawozdania opisowe prokuratur sądu okręgowego apelacji wrocławskiej, II kwartał 1950 r.; IPN Wr. 33/866, konferencje prokuratorów prokuratur sądów okręgowych apelacji wrocławskiej za I kwartał 1950 r.

Średni miesięczny wpływ spraw na prokuratora wynosił w 1947 r. – 76, w 1948 r. – 87, w 1949 r. 67 spraw przy średnim wpływie w okręgu apelacji odpowiednio – 86, 94 i 64 sprawy. Stanowiło to odpowiednio 88,3% średniego wpływu w 1947 r. 92,5% – w 1948 r. 104,6% – w 1949 r. Ilość spraw załatwianych miesięcznie przez jednego prokuratora w 1949 r. wynosiła w kłódzkiej prokuraturze 66,04 przy średniej apelacji – 62,9 spraw.

W 1945 r. do Prokuratury Sądu Okręgowego w Kłodzku wpłynęło 1013 spraw, z czego załatwiono 544 (53,7%). Na rok następny pozostało 469 spraw (46,3%). W 1946 r. załatwiono 3296 spraw (76,8%) z 4289. Z tej liczby skierowano do sądu 1326 (40,2%), umorzono 1141 (34,6%). Pozostały 993 sprawy (23,1%) do załatwienia w 1947 r. Łączna ilość spraw w tym roku wyniosła 5118. Załatwiono 4683 (91,5%), w tym skierowano do sądu 1515 (32,3%), umorzono 2360 (50,4%), zawieszono 188 (4%), 435 spraw (8,5%) pozostało do załatwienia w 1948 r. W tym roku załatwiono 4349 spraw (94,4%) z ogólnej liczby 4607 spraw w biegu. Skierowano do sądu 2040 spraw (46,9%), umorzono 1745 (40,1%), zawieszono 148 (3,4%). Do załatwienia w 1949 r. pozostało 258 spraw (5,6%). W 1949 roku z ogólnej liczby 4305 spraw załatwiono 3984 (92,5%), w tym skierowano do sądu 1905 (47,8%), umorzono 1493 (37,5%). Do załatwienia w 1950 r. pozostało 366 spraw. Do 25 września 1950 r. z ogólnej liczby 2788 spraw, załatwiono 2453 (87,9%) w tym skierowano do sądu 1115 (45,4%), umorzono 992 (40,4%). Przeciętny wpływ spraw na prokuratora w badanym okresie wynosił odpowiednio: w 1945 r. – 250 spraw, I połowie 1946 r. – 163 sprawy, 1947 r. – 76 spraw, 1948 r. 87 spraw oraz w 1949 r. 67 spraw²⁹.

Rok 1945 to czas organizowania jednostki. Wymierny dla pozostałości na rok następny był wpływ spraw na prokuratora. Kolejny rok przyniósł zdecydowany wzrost załatwień, co wiązało się przede wszystkim ze zwiększaniem etatów prokuratorskich. Po roku 1947 notowany był zdecydowany spadek pozostałości z lat ubiegłych oraz stabilizacja

²⁹ *Sądownictwo dolnośląskie...*, s. 53–55. IPN Wr. 33/870, wizytacja Prokuratury Sądu Okręgowego w Kłodzku 1946–1947, k. 12–13; IPN Wr. 33/883, sprawozdanie specjalne opisowe prokuratur sądu okręgowego apelacji wrocławskiej, IV kwartał 1948 r.; IPN Wr. 33/884, sprawozdania roczne prokuratur apelacji wrocławskiej za 1949 r.; IPN Wr. 33/885, sprawy personalne; wykazy czynności: IPN Wr. 33/893, 33/894, 33/895, 33/896, 33/897, 33/900. Odnośnie załatwień opracowano wyłącznie w zakresie dotyczącym spraw skierowanych do sądu, umorzonych i zawieszonych.

wpływu spraw. Załatwienia w latach 1947–49 ustabilizowały się na poziomie przekraczającym 90%. Tendencję wzrostową notowano odnośnie spraw kierowanych do sądów przy jednoczesnym spadku postępowań zakończonych umorzeniem.

W dniu 1 września 1950 r. weszła w życie ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o Prokuraturze Rzeczypospolitej Polskiej. Na mocy ustawy zniesiono dotychczasowe organy prokuratury przy sądach powszechnych, a ich pracownicy przeszli do służby w Prokuraturze Rzeczypospolitej Polskiej. W konsekwencji wejścia w życie powyższej ustawy w miejsce Prokuratury Sądu Okręgowego w Kłodzku utworzono prokuraturę powiatową.³⁰

Bibliografia

Archiwalia

Archiwum Państwowe we Wrocławiu Oddział w Kamieńcu Ząbkowickim.
Instytut Pamięci Narodowej Oddział we Wrocławiu.

Wydawnictwa ciągłe

- By inni mogli żyć spokojnie*, pod red. Mariana Orzechowskiego, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1967.
- Dąbrowski A., *Dwudziestopięćciolecie prawnictwa na Dolnym Śląsku*, [w:] *Kalendarz Wrocławski 1971*, pod red. Kazimierza Kuligowskiego, Towarzystwo Miłośników Wrocławia, Wrocław 1971, s. 265–271.
- Dąbrowski A., *Polski wymiar sprawiedliwości powraca do Kłodzka*, „Rocznik Ziemi Kłodzkiej” 1974, nr XIV-XVIII.
- Dolata B., *Wyzwolenie Dolnego Śląska w 1945 roku*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1985.
- Dudek A., Zblewski Z., *Dzieje powszechne ilustrowane. Suplement*, tom XI, Wydawnictwo Oxford Educational Sp. z o.o 2005.
- Kallas M., *Historia ustroju Polski*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2006.

³⁰ Ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o Prokuraturze Rzeczypospolitej Polskiej, (Dz.U. Nr 38, poz. 346. Prokuratura podlegała Radzie Państwa i działała zgodnie z jej wytycznymi. Na jej czele stał Generalny Prokurator Rzeczypospolitej, powoływany i odwoływany przez Radę Państwa. Utworzono prokuratury wojewódzkie i powiatowe, na których czele stali odpowiednio prokuratorzy wojewódzcy i powiatowi.

- Kallas M., Lityński A., *Historia ustroju i prawa Polski Ludowej*, wyd. 1, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 2000.
- Maciejewski T., *Historia ustroju i prawa sądowego Polski*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Makiłła D., *Historia prawa w Polsce*, wyd. 1, Wydawnictwo naukowe PWN, Warszawa 2008.
- Misiuk A., *Historia Policji w Polsce*, wyd. 1, Wydawnictwo Łośgraf, Warszawa 2008.
- Nad Odrą i Nysą Łużycką*, pod red. Mariana Orzechowskiego, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1971.
- Sądownictwo dolnośląskie: w rocznicę powstania Apelacji Wrocławskiej: 1 czerwca 1945–1946*, pod red. Antoniego Olbromskiego, Wydawnictwo Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, Wrocław 1946.
- Sodel M., *W walce o ład i bezpieczeństwo na Dolnym Śląsku w latach 1945–1948*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1979.
- Sójka-Zielińska K., *Historia prawa*, wyd. 4, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1993.
- Szaflik J., *Historia Polski 1939–1947*, wyd. 1, WSiP, Warszawa 1987.
- Włodyka S., *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w PRL*, PWN, Warszawa 1963.

ABSTRACT

A. LICHWA

The Prosecutor's Office of the District Court in Kłodzko between 1945 and 1950.

The subject of the article is the activity of the Prosecutor's Office of the District Court in Kłodzko between 1945 and 1950. The article contains general information about creating jurisdiction in Lower Silesia after the end of the World War II. It includes information about the beginning, territorial range, functioning and employees of the prosecutor's office in Kłodzko. There are also the crime data as well as selected statistical information relating to the amount and the methods of carrying investigations during that time. The closing date of the elaboration is the reform of the prosecutor's office in 1950.

Uwagi Jana Stapińskiego o galicyjskiej reformie prawa wyborczego

Słowa kluczowe: historia prawa, Jan Stapiński, Galicja, reforma prawa wyborczego

Okres autonomii galicyjskiej rozpoczął się w drugiej połowie XIX wieku. W literaturze wskazuje się na różne daty początkowe tej autonomii¹. Obejmowała ona tereny tzw. Królestwa Galicji i Lodomerii oraz zlikwidowanego w 1846 r. Wielkiego Księstwa Krakowskiego². Autonomia galicyjska była ewenementem w ówczesnej Europie Środkowej, gdyż zarówno w zaborze rosyjskim jak i pruskim zwalczano wszelkie przejawy polskości – miał miejsce proces rusyfikacji i germanizacji. Natomiast w Galicji w szkołach oraz w urzędach funkcjonował język polski. Warto podkreślić rozwój nauki i szkolnictwa. Prężnie działały polskie uczelnie: Uniwersytet Jagielloński i Uniwersytet Lwowski. Powstało również towarzystwo naukowe Akademia Umiejętności, które działa do dziś. Uzyskane swobody wpływały na życie codzienne mieszkańców i miały swój wyraz w ówczesnej prasie. Jednak wolność słowa nie była nieograniczona.

1 S. Kieniewicz, *Galicja w dobie autonomicznej*, Wrocław 1952, s. VI.

2 Statut Krajowy Królestwa Galicji i Lodomerii wraz z Wielkim Księstwem Krakowskim, § 1; cyt. za: F. Połomski, P. Jurek, *Historia państwa i prawa Polski*, Wrocław 1998, s. 278.

Fundamentalną rolę odgrywały wybory do Sejmu Krajowego we Lwowie powołanego do życia na mocy Statutu Krajowego ogłoszonego razem z patentem z 26 lutego 1861 r.³ Stały się one wydarzeniem mobilizującym, gdyż uzyskanie mandatu w parlamencie dawało asumpt do tworzenia prawa w sprawach krajowych. Do kompetencji sejmku należały takie dziedziny jak: kultura krajowa czyli sprawy z zakresu produkcji rolniczej i leśnej, wydawanie ustaw krajowych dotyczących spraw szkolnych, gminnych i kościelnych, uchwalanie budżetu kraju oraz zajmowanie się nauką i sztuką. Ponadto sejmy krajowe wysyłały swoich przedstawicieli do Rady Państwa w Wiedniu. Zdarzało się tak, iż ci sami posłowie zasiadali w ławach Sejmu Krajowego i Rady Państwa⁴. W izbie poselskiej często deliberowano na temat zmiany prawa wyborczego. Warto zauważyć, że specyficzną cechą Sejmu Krajowego była kurialność, a nie izbowość. Kurie odzwierciedlały grupy interesów, a nie ogół ludności⁵. Mianem wyborców określano te osoby, które spełniły odpowiednie wymagania dotyczące cenzusu majątkowego. Ponadto o możliwości oddania głosu decydowało kryterium pełnoletniości, którą wtedy uzyskiwano z chwilą ukończenia 24 lat oraz wykonywany zawód i zdobyte wykształcenie. Sejm reprezentował takie grupy jak Kościół, naukę i szkoły wyższe, kurię wielkiej własności ziemskiej, kurię izb przemysłowo-handlowych, kurię większych miast oraz kurię reszty gmin⁶. Dwie pierwsze grupy interesów, tzw. wiryliści, zasiadali w sejmie z racji piastowanej funkcji. Godność tą piastowali arcybiskupi i biskupi trzech obrządków: rzymskokatolickiego, grekokatolickiego i ormiańskiego. Świat nauki początkowo reprezentowali rektorzy Uniwersytetów Krakowskiego i Lwowskiego, a później także prezes Akademii Umiejętności i rektor Politechniki Lwowskiej. Pozostali posłowie pochodzili z wyborów i wyłanianiani byli w czterech kuriach. Mieli reprezentować interesy ziemiaństwa, wielkiej burżuazji, inteligencji miejskiej, a także drobnego mieszczaństwa i chłopów. Koncepcja ta była reliktem ustroju stanowego⁷ i wyrazem braku demokracji wyborczej. W pierwszej kurii jeden poseł przypadał na około 50 wyborców, natomiast stosunek ten w kurii reszty gmin wynosił 1 do 8000. Doskonale

3 S. Grodziski, *Sejm Krajowy Galicyjski 1861–1914*, Warszawa 1993, s. 45.

4 *Ibidem*, s. 44.

5 S. Kieniewicz, *Galicja...*, s. XV.

6 A. Ajnenkiel, *Historia Sejmu Polskiego*, Warszawa 1989, s. 91.

7 Tzw. koncepcja nowostanowa. *Ibidem*, s. 91.

ilustrują to słowa Ignacego Daszyńskiego, posła czwartej kurii skierowane do hrabiego Wojciecha Dzieduszyckiego: „Hrabia Dzieduszycki wobec mnie nic nie reprezentuje, bo jego wybrało towarzystwo obiadowe kilkudziesięciu szlachciców, a mnie wybrało dwadzieścia tysięcy obywateli”⁸. Był to bardzo niestandardowy i niezwykły sejm. Przesłanki wyłaniania posłów do poszczególnych kurii nie były jednakowe. Trzy izby przemysłowo-handlowe z siedzibami we Lwowie, Krakowie i Brodach wybierały ze swego grona 3 posłów. Natomiast w kurii reszty gmin zastosowano głosowanie bezpośrednie dla właścicieli obszarów dworskich oraz instytucję prawyborów dla pozostałych uprawnionych, którzy wyłaniali tzw. wyborcę właściwego. System jawnego głosowania sprzyjał manipulacjom wyborczym. Posłowie, którzy uzyskali mandat wyborczy nie byli związani instrukcjami wyborców. Nie obowiązywała także zasada *incompatibilitas* czyli zakaz łączenia mandatu z zajmowaniem innego urzędu.

Statut krajowy określał powszechnie kwestionowany system wyborczy. Wielu posłów domagało się jego reformy. Szczególnie interesujące w tej kwestii były mowy Jana Stapińskiego. Poseł ten dążył do demokratyzacji prawa wyborczego w Galicji. Stanowczo podnosił konieczność wprowadzenia czteroprzymiotnikowych wyborów tj. bezpośredniość, równość, powszechność i tajność oraz krytykował istnienie kurii. Jan Stapiński silnie akcentował swoje poglądy już w młodości. Ten zdolny polityk pochodził z chłopskiej rodziny. Wilhelm Feldman⁹ tak pisał o tym polityku: „Uosabia on drugą stronę natury chłopskiej, i to już czysto mazurskiej: temperament, przedsiębiorczość, spryt i wojowniczość... Nie liryzm jest jego dziedziną, lecz gwar bojowy; ciągną go nie piękne dekoracje przeszłości i wizje jutra, lecz twarde interesy dnia powszedniego”¹⁰. Jan Stapiński doskonale znał codzienne życie galicyjskiej wsi. Wiedział z jakimi problemami musieli zmagać się jej mieszkańcy. Galicja stanowiła najuboższą część dawnych ziem polskich. Rozwój gospodarczy był bardzo słaby. Rolnictwo stanowiło podstawową gałąź utrzymania. W pozostałych zaborach przemysł nie był tak szczątkowy jak w Galicji¹¹. Stapiński propagował polepszenie bytu ludności. Podkreślał ważkość dostępu

8 *Z Profesorem Stanisławem Grodziskim rozmawia Janusz M. Paluch*, <http://www.cracovia-leopolis.pl/index.php?pokaz=rozmowy&cid=2148> [dostęp: 15.04.2014].

9 W. Feldman – żył w latach 1868–1919, krytyk i historyk literatury, autor *Współczesnej literatury polskiej*.

10 S. Grodziski, *Wzdłuż Wisły, Dniestru i Zbrucza*, Kraków 1998, s. 272.

11 S. Kieniewicz, *Historia Polski 1795–1918*, Warszawa 1987, s. 374.

do nauki i kształtowanie postaw patriotycznych. Podczas nauki w gimnazjum należał do organizacji „Orzeł Biały”¹². Sprawował ważną funkcję przysiężnego, gdyż do jego obowiązków należało kierowanie całym okręgiem. Ta działalność ukształtowała w nim świadomość narodową. Ponadto Stapiński był świetnym mówcą. Wiedział jak dotrzeć do słuchacza, umiał nawiązać z nim bezpośredni kontakt. Był przekonany, że należy „dać chłopom wolność i wiedzę, a zdobędą i kraj od źródeł Wisły po Zbrucz, i z nędzą i wszelkim wrogiem dadzą sobie radę”¹³. Mówił prostym, barwnym językiem. Przytaczał przysłowia, powoływał się na potety i wydarzenia historyczne. Stosował wykrzykniki i metafory. Dlatego nazywano go trybunem ludowym¹⁴. Angażował się w sprawy wsi, uczestniczył w wielu wiecach i zgromadzeniach. Po latach stwierdzono, iż była to rekordowa liczba ponad 12 tysięcy spotkań¹⁵.

W 1895 r. Jan Stapiński został członkiem Stronnictwa Ludowego w Galicji. Pełnił tam liczne ważne funkcje. Mimo wielu osiągnięć i predyspozycji w wyborach do Sejmu Krajowego (kadencja VII) nie został wybrany z powodu nieukończonych 30 lat. Dopiero 3 lata później w wieku 31 lat został posłem do Rady Państwa w Wiedniu – niższej izby parlamentu monarchii austro-węgierskiej. Zdobyte tam doświadczenie oraz aktywność polityczna zaowocowały w wyborach do Sejmu Krajowego i Jan Stapiński uzyskał mandat poselski, który sprawował w latach 1901–1908.

W chwilach wolnych od polityki Jan Stapiński był publicystą politycznym publikującym w ówczesnej prasie. Konstytucja Austro-Węgier z 1867 r. zagwarantowała wolność prasy oraz zniósła system koncesyjny, czego wyrazem była liczna galicyjska prasa (ok. 1100 tytułów)¹⁶. Najdłużej ukazywały się „Gazeta Polska”¹⁷, krakowski „Czas”¹⁸ i „Dziennik Polski”¹⁹. Prasa umożliwiała zdobycie informacji na tematy bieżące, zamieszczano

12 „Orzeł Biały” – organizacja młodzieżowa o charakterze patriotycznym, występowała też pod nazwą Żuawi.

13 S. Grodziski, *Wzdłuż...*, s. 272.

14 Por. K. Dunin-Wąsowicz, *Jan Stapiński: Trybun ludu wiejskiego*, Warszawa 1969.

15 J. Albin, J.R. Szaflik, *Listy Jana Stapińskiego z lat 1895–1928*, Wrocław 1977, s. 8.

16 J. Jarowiecki, *Prasa lwowska w latach 1864–1918*, Bibliografia, Kraków 2002.

17 „Gazeta Polska” – dziennik wydawany w latach 1811–1939, oficjalny organ prasowy zaboru austriackiego.

18 „Czas” – gazeta konserwatywna wydawana w latach 1849–1939 w Krakowie.

19 „Dziennik Polski” – pismo liberalno-demokratyczne wydawane w latach 1869–1916.

tam dodatki, fragmenty powieści, ogłoszenia. Często gazety były instrumentem wykorzystywanym do walki politycznej. Swoje pierwsze teksty Jan Stapiński publikował w „Pszczółce”²⁰ i „Wieńcu”²¹ oraz redagował takie gazety jak „Kurier Lwowski”²² oraz „Przyjaciół Ludu”²³. Szczególnie interesujące było pismo *Przyjaciół ludu*, gdyż najlepiej informowało o aktualnych wydarzeniach i postępkach z prac sejmów, rysowało ogólną sytuację społeczno-polityczną, a także w sposób graficzny przedstawiało prawo wyborcze. W 1910 r. na łamach gazety można było przeczytać:

Na pierwszym planie prac sejmowych jest w tym roku reforma wyborcza. Zarówno w klubach poszczególnych stronnictw, jak i w rozmowach, wszędzie góruje ta sprawa²⁴.

W artykułach często posługiwano się metaforami, czego przykładem może być tekst: „Czy żaby ustąpią?” Autor tekstu porównał sytuację „pewnego bardzo obszernego kraju, którego nazwa zaczyna się od litery G a kończy się na literę a”²⁵ do stawu bagnistego i przedstawił problemy związane z reprezentacją mieszkańców. Informacje zawarte w „Przyjaciół Ludu” miały oddziaływać na społeczeństwo i zmobilizować je do szerszej aktywności. Instrumentem umożliwiającym realizację tych zadań były między innymi petycje za reformą wyborczą. Były one nadsyłane do redakcji tygodnika „Przyjaciół Ludu” a potem przekazywane posłowi Stapińskiemu.

Jan Stapiński wielokrotnie podczas prac sejmów wysuwał postulat demokratycznej reformy wyborczej. Zachowała się liczna korespondencja dotycząca zmian systemu wyborczego. W liście z dnia 26 lutego 1906 r. do Bolesława Wysłoucha²⁶ poseł pisał, iż „okręgi niesystematycznie ułożone, sposób wyboru komisji wyborczej zły, karty do głosowania urzędowe

20 „Pszczółka” – gazeta kierowana do kręgów ludowych, wydawana od 1875 r. przez ks. S. Stojalkowskiego.

21 „Wieńiec” – gazeta kierowana do kręgów ludowych, wydawana od 1875 r. przez ks. S. Stojalkowskiego.

22 „Kurier Lwowski” – dziennik o tematyce demokratycznej wydawany we Lwowie w latach 1883–1935.

23 „Przyjaciół ludu” – tygodnik wydawany w latach 1889–1933, organ prasowy Stronnictwa Ludowego.

24 „Przyjaciół ludu” 1910, nr 41, 4.10., s. 1.

25 *Ibidem*.

26 B. Wysłouch – żył w latach 1855–1937, współtwórca ruchu ludowego w Galicji, redaktor *Przyjaciół Ludu*.

niedogodne²⁷. Jan Stapiński reformę wyborczą traktował jako sprawę najpilniejszą. Przede wszystkim opowiadał się za równością wszystkich wobec prawa, bezpośrednim dokonywaniem wyborów oraz nieskrępowanym tajnym głosowaniem. Uważał, że wybory powinny być powszechne. Chciał, by „ogół decydował o ogóle praw publicznych”²⁸. W uzasadnieniu wniosku o reformę prawa wyborczego z 2 lipca 1902 r. podawał wiele przykładów wskazujących na wadliwości systemu wyborczego:

na reklamacje czasu nie ma, ogłoszenie wójt zgubił albo w niewidocznym miejscu przybił, komisarz wyborczy się spóźnił albo za wcześniej przyjechał, pisarz źle listy wyborcze ułożył, albo przy prawyborze źle przeczytał, termin prawyborów zszedł się z dorocznym jarmarkiem na bydło, lokal prawyborów zmienił się w ostatniej chwili, komisarz się spieszył i nie chciał dopuścić wszystkich do głosowania itd. itd. – tysięczne nadużycia przy prawyborach się dzieją²⁹.

W dalszych słowach poseł manipulacje i korupcję wyborczą porównał do kusicieli i kuszonych oraz wskazywał na krótkowidztwo oraz zacofanie rządzących w odniesieniu do reformy – „wszystko na świecie idzie naprzód, a u nas w Galicji przeciwnie wstecz się cofa”³⁰. W swoich mowach często odwoływał się do wniosków składanych przez innych posłów, które nie zostały zaakceptowane przez izbę. Niekiedy jego wnioski również przepadały podczas prac w komisjach, często był krytykowany, ale potrafił także wzbudzić zainteresowanie swoich słuchaczy:

Prócz braw i oklasków z ław poselskich, rozległy się brawa z galerii tak hucznie, iż marszałek dwukrotnie wzywał galerię do porządku³¹.

Docenić należy także, iż umiał przewidzieć i ripostować argumenty swoich konkurentów. Stapiński postęp widział w zmianie stosunku sił i reprezentacji, nawet gdyby doprowadziło to do rozwiązania Sejmu.

Inną istotną kwestią, o którą na równi z reformą wyborczą zabiegał Jan Stapiński była walka o prawa dla ludu. Poseł wskazywał, iż lud „mówi tym samym językiem, na tej samej ziemi mieszka, te same ofiary

27 J. Albin, J.R. Szaffik, *Listy...*, s. 104.

28 S. Grodziski, *Sejm...*, s. 468.

29 Stenogramy Sprawozdawcze, 1901–1902, s. 435–442.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*.

ponosi, te same ma zwyczaje i obyczaje a naród nie zaczyna się tam gdzie zaczyna się literatura i sztuka”³². Odrodzenie kraju upatrywał w poszanowaniu prawa. Tylko szacunek do prawa, szerzenie oświaty i aktywność mieszkańców Galicji mogły być zdaniem Stapińskiego lekarstwem na demoralizację społeczeństwa i pozbycie się korupcji³³. Tezę tę potwierdził 8 października 1904 r. w swoim wystąpieniu w Sejmie:

Przede wszystkim uznajemy bezpośrednie, powszechne, tajne, równe prawo wyborcze za znakomity środek wychowawczy, dlatego, że ono przymusowo wciągnie w wir życia publicznego wszystkich ludzi, że ono zmusi wszystkich do interesowania się sprawami publicznymi i w ten sposób już przez samo wciągnięcie wykształci całe rzesze obywateli³⁴.

Posel zdecydowanie krytykował kurialny system ze względu na faworyzowanie jednej grupy społecznej. Ówczesna ordynacja wyborcza gwarantowała niewielkiej grupie osób podejmowanie najważniejszych decyzji zupełnie niewspółmiernie do ich liczby. Jan Stapiński twierdził, iż podział ten był sztuczny. Jego zdaniem upowszechnienie wyborów wprowadziłoby sprawiedliwe rozwiązania. Dyskusje na temat reformy wyborczej odbyły się z udziałem działaczy na licznych wiecach publicznych, np. 27 maja 1906 r. Jan Stapiński uczestniczył w spotkaniach z ludem w Krośnie³⁵

Ważną sprawą podkreślaną wielokrotnie była też zmiana w tzw. geografii wyborczej, co dotyczyło podziału na okręgi wyborcze. Zdaniem Stapińskiego nieodpowiedni podział administracyjny na powiaty sądowe, polityczne, autonomiczne i wyborcze prowadził do chaosu. Posel tak pisał w 1906 r. w „Przyjacielu ludu”:

Zamiast foremnych, zaokrąglonych obszarów, potworzyli jakieś węże, aby się było trudno chłopom poznać i porozumieć³⁶.

Głosowanie na jednego posła, który stałby się reprezentantem powiatu miało przeciwdziałać nadużyciom wyborczym. Stapiński zdecydowanie opowiadał się za głosowaniem personalnym, które miało sprawić,

32 *Ibidem*.

33 Z. Ilski, *Formuła wyborcza u progu niepodległej Polski (do 1922 r.)*, Toruń 2012, s. 324.

34 Stenogramy Sprawozdawcze, 1904, s. 175–185.

35 J. Albin, J.R. Szaflik, *Listy...*, s. 108.

36 „Przyjaciel ludu” 1906, nr 9, 4.03.

iz okręg wyborczy byłby jednocześnie naturalną wspólnotą obywateli. Wyborcy, którzy znali kandydata osobiście, mogliby go łatwiej rozliczać z poczynań parlamentarnych, a wybrany poseł rozwiązywałby istniejące problemy w bardziej skuteczny sposób niż dotychczas. Wybory w małych jednomandatowych okręgach miały uprościć i ulepszyć system oraz uczynić go bardziej zrozumiałym dla wyborców³⁷.

Ostatecznie po wielu dyskusjach, złożonych wnioskach, kompromisach i próbach odroczenia reformy posłowie zgodzili się na jeden wariant sejmowej reformy. Zmiany te uchwalono dopiero podczas dziesiątej kadencji sejmu w 1914 r. Jan Stapiński ocenił to wydarzenie jako „akt historyczny, który powinien mieć napis za późno”³⁸. W dyskusji nad projektem prawa wyborczego z 14 lutego 1914 r. stwierdził, iż zmiany te nie przyniosą narodowi takich korzyści jakie dałoby uchwalenie tego projektu kilka lat wcześniej. Poseł mówiąc o utraconych korzyściach odniósł się też do narodowości i grup społecznych. Mimo wskazania braków i błędów reformy stwierdził, iż ma ona charakter postępowy. Reforma ta w wyniku wybuchu I Wojny Światowej nie mogła jednak wejść w życie. Nadal utrzymała się zasada reprezentacji interesów. Istotnym novum było wprowadzenie zasady reprezentacji narodów: polskiego i ukraińskiego³⁹. Sejm miał się składać z 227 osób, 12 wirylistów i 215 posłów. Zmieniło się także nazewnictwo – słowo kurie zastąpiono klasami. Unormowano także w sposób szczegółowy postępowanie wyborcze w celu wyeliminowania manipulacji przy oddawaniu głosów⁴⁰.

Warto podkreślić, iż istnienie Sejmu Krajowego na terenie autonomii galicyjskiej wpłynęło na rozwój i demokratyzację prawa wyborczego. Dzięki przyznanym swobodom w Galicji mogły kształtować się takie standardy jak równość, powszechność, bezpośredniość i tajność, co na przełomie XIX i XX wieku nie było powszechne w Europie. Istnienie parlamentu, choć nie w pełni demokratycznego i działania posłów dawały nadzieję na przyszłość w stosunku do odrodzenia państwa. Zwłaszcza Jan Stapiński był aktywnym reformatorem galicyjskiego prawa wyborczego i można tę postać wpisać w poczet osób opowiadających się za społeczeństwem obywatelskim.

37 Por. też: Z. Ilski, *Formuła...*, s. 327.

38 S. Grodziski, *Sejm...*, s. 526.

39 *Ibidem*, s. 69.

40 *Ibidem*.

Bibliografia

- A. Ajnenkiel, *Historia Sejmu Polskiego*, Warszawa 1989.
J. Albin, J.R. Szaflik, *Listy Jana Stapińskiego z lat 1895–1928*, Wrocław 1977.
K. Dunin-Wąsowicz, *Jan Stapiński: Trybun ludu wiejskiego*, Warszawa 1969.
S. Grodziski, *Sejm Krajowy Galicyjski 1861–1914*, Warszawa 1993.
S. Grodziski, *Wzdłuż Wisły, Dniestru i Zbrucza*, Kraków 1998.
Z. Iłski, *Formuła wyborcza u progu niepodległej Polski (do 1922 r.)*, Toruń 2012.
J. Jarowiecki, *Prasa lwowska w latach 1864–1918*, Bibliografia, Kraków 2002.
S. Kieniewicz, *Galicja w dobie autonomicznej*, Wrocław 1952.
S. Kieniewicz, *Historia Polski 1795–1918*, Warszawa 1987.
F. Połomski, P. Jurek, *Historia państwa i prawa Polski*, Wrocław 1998.

ABSTRAKT

JULIA PICUR

Remarks of Jan Stapiński concerning Galician reform of the voting law

The subject of this article is ‘Remarks of Jan Stapiński concerning Galician reform of the voting law’. Author wants to underline the uniqueness of Galician Autonomy in terms of preserving Polish culture rather than destroying it. The latter was an aim in the territory of Prussian and Russian annexation of Polish lands. For better understanding of the problem, at first author presents the memoir of Jan Stapiński and further focuses on his remarks about voting law in Galician Autonomy in respect of above mentioned uniqueness.

MAGDALENA DEBITA

„Badania naukowe z udziałem ludzi w biomedycynie. Standardy międzynarodowe” pod redakcją J. Różyńskiej i M. Waligóry, Warszawa 2012 – omówienie

Słowa kluczowe: biomedycyna, badania biomedyczne, recenzja, badania naukowe z udziałem ludzi, standardy etyczne w biomedycynie

Wstęp

Praca *Badania naukowe z udziałem ludzi w biomedycynie. Standardy międzynarodowe*, powstała pod redakcją naukową dr Joanny Różyńskiej oraz dr Marcina Waligóry, w sposób różnokierunkowy przedstawia podstawowe międzynarodowe standardy etyczne i prawne dotyczące tytułowego zagadnienia. Na treść publikacji, w pierwszej części, składa się dwanaście artykułów problematyzujących w w/w aspekcie badania zarówno na zarodkach ludzkich, jak i na ludzkim materiale biologicznym. Przedstawiono m.in. stan ochrony etyczno-prawnej osób szczególnie podatnych na wykorzystywanie w badaniach biomedycznych w tym także osób pełnoletnich. W pracy opisano historię międzynarodowych regulacji

dotyczących badań w biomedycynie, a następnie zaprezentowano zmiany i status normatywny aktów prawnych, deklaracji i międzynarodowych wytycznych w tym zakresie. Analizie poddano ryzyko badań z udziałem człowieka oraz przedstawiono przykładowe korzyści zastosowania tychże badań. Zobrazowano obowiązki badacza wobec uczestników badania, wymóg świadomej zgody pacjenta na udział w eksperymencie, a także niejednoznaczny ze swej natury problem sprawiedliwości w międzynarodowych badaniach z zakresu biomedycyny.

Celem pracy, wg jej autorów, było wypełnienie luki dotyczącej znajomości przepisów prawnych i norm etycznych, a także przybliżenie zainteresowanym czytelnikom (polskim badaczom czy członkom komisji bioetycznych) problematyki dotyczącej podstawowych międzynarodowych standardów etycznych i prawnych dotyczących prowadzenia badań naukowych w biomedycynie. Poza zakresem książki znalazły się unormowania dotyczące prowadzenia badań klinicznych, ponieważ zostały szczegółowo określone przez ustawodawstwo europejskie i zaimplementowane w uregulowaniach krajowych.

Część druga publikacji zawiera tłumaczenia wybranych dokumentów międzynarodowych *hard law* i *soft law* tj. Kodeks Norymberski, Deklaracja Helskińska, Międzynarodowe wytyczne CIOMS, Zasady dobrej praktyki badań klinicznych (GCP), oraz dwa dokumenty Rady Europy dotyczące ochrony praw człowieka w biomedycynie. Niezwykle istotne jest to, że część z omawianych dokumentów odnosi się do dziedzin jeszcze nieuregulowanych w prawie polskim. Niezwykle istotnym jest fakt, że część z przedstawionych dokumentów nie była jeszcze tłumaczona na język polski, i na potrzeby omawianej publikacji takie tłumaczenie powstało.

W rozdziale pierwszym, w części pierwszej prof. dr hab. Zbigniew Szawarski z Uniwersytetu Warszawskiego i Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego, w artykule *Początki i rozwój etyki badań naukowych w biomedycynie* omówił genezę i początki eksperymentu medycznego. We wstępie do artykułu zarysowano nurty – sztukę leczenia i sztukę badań naukowych poczynając od lekarzy starożytnych Indii, Egiptu, Grecji i Rzymu aż po czasy współczesne. W pracy przedstawiono wybrane eksperymenty medyczne wraz z oszacowaniem ryzyka, wskazaniem metod badawczych i ich oceną. Opisane zostały eksperymenty Jamesa Linda badającego wpływ różnych produktów spożywczych na szkorbut

marynarzy podczas rejsu na pełnym morzu,¹ Johna Huntera analizującego różnice pomiędzy kiłą a rzeżączką,² Tytusa Chałubińskiego ukazującego studium na temat malarii.³ Autor artykułu zarysował osiągnięcia naukowe Alberta Neissera (odkrycie *Neisseria gonorrhoeae* – bakterii wywołującej rzeżączkę, odkrycie *Treponema pallidum* – bakterii wywołującej kiłę).⁴ Według autora omawianej pracy swoistym punktem zwrotnym dla etyki badań i eksperymentów medycznych było wydanie w 1865 r. przez Claude Bernarda – *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, w którym to dziele sformułowano kluczową zasadę etyczną w eksperymentach medycznych z udziałem ludzi. Bernard stwierdził, że eksperyment naukowy jest w pełni uzasadniony, gdy przynosi potencjalne korzyści dla pacjenta – takie jak wyleczenie czy uratowanie życia. Wykonywanie eksperymentu nie może być przeprowadzone, gdy może on zaszkodzić człowiekowi, nawet jeśli wyniki takich badań byłyby z punktu widzenia nauki niezwykle korzystne (zasada moralności lekarskiej i chirurgicznej).⁵

W dalszej części profesor Szawarski omawia etyczne znaczenie badań klinicznych Kodeksu Norymberskiego z 1947 r. (m.in. sformułowanie w 1954 r. przez *World Medical Association* zbioru pięciu zasad etycznych skierowanego do badaczy naukowych oraz do prasy branżowej z zakresu medycyny – późniejsza Deklaracja Helsińska).⁶ Opisano niektóre badania przeprowadzane w obozach koncentracyjnych⁷ i przedstawiono szczegółową statystykę procesów wykonawców eksperymentów medycznych wraz z fragmentami uzasadnienia Sądu norymberskiego.

1 Szerzej: Tröhler U., *James Lind and scurvy: 1747 to 1795*, „JLL Bulletin: Commentaries on the History of Treatment Evaluation” 2003.

2 Por. szerzej: Paget S., *John Hunter, man of science and surgeon (1728–1793)*, London 1897.

3 Szerzej: Chałubiński T., *Zimnica. Studium ze stanowiska praktycznego*, Warszawa 1875, s. 49.

4 Szerzej: Wieresajew W., *Zwierzenia lekarza*, Warszawa 1957, rozdz. VIII.

5 Por. Bernard C., *An Introduction to the Study of Experimental Medicine*, New York–Dover 1957, s. 101.

6 World Medical Association (WMA), *Deklaracja Helsińska. Etyczne zasady prowadzenia badań medycznych z udziałem ludzi*, [w:] Różyńska J., Waligóra M., *Badania naukowe z udziałem ludzi w biomedycynie. Standardy międzynarodowe*, Warszawa 2012, s. 239–244.

7 Por. Mitscherlich A., Mielke F., *Nieludzka medycyna*, Warszawa 1963; Klee E., *Auschwitz. Medycyna III Rzeszy i jej ofiary*, Kraków 2009.

Autor artykułu omawia wybrane przez siebie eksperymenty medyczne jako przykład badań nieetycznych. Celem egzemplifikacji przedstawione zostały dwie publikacje, które wywołały dyskurs zarówno w świecie medycyny jak i prawa.⁸ W pracy wymieniono i po krótko scharakteryzowano wymiar normatywny i wykonawczy społecznej kontroli badań naukowych w biomedycynie. Skupiono się na uregulowaniach UE w zakresie zastosowań biologii i medycyny, badań bioetycznych oraz badania produktów leczniczych (dyrektywa 2001/20/EC⁹ i 2005/28/WE¹⁰).

W zakończeniu artykułu przypomniano pięć najważniejszych zasad moralnych, które winny być przestrzegane przy prowadzeniu badań eksperymentalnych z udziałem człowieka. Stanowią one oczywiście trzon przestrzeni moralnej w której rozwija się współczesna nauka, niemniej jednak należy pamiętać, że nawet najlepsze uregulowania prawne nie uchronią nas przed patologią, jaka może mieć miejsce w świecie nauki. Zatem tylko postawa moralna oraz poczucie odpowiedzialności badacza uchronić może pacjenta, uczestnika badania czy dawcę tkanek i organów przed wszelkiego rodzaju nadużyciami i nieetyczną praktyką lekarsko-badawczą.

Rozdział drugi to praca dr Agaty Wnukiewicz-Kozłowskiej z Uniwersytetu Wrocławskiego i kierownika Interdyscyplinarnej Pracowni Prawa Medycznego i Bioetyki we Wrocławiu. Artykuł nosi tytuł – *Rozwój międzynarodowych regulacji dotyczących badań biomedycznych z udziałem człowieka*. Autorka we wstępie zaznaczyła, że pozostawienie problematyki zasad prowadzenia badań biomedycznych tylko i wyłącznie ocenie moralnej nie stanowi wystarczającego zabezpieczenia dla uczestnika takiego eksperymentu. Uregulowania prawne dotyczące problematyki badań w świetle genetyki tychże badań, gwałtownego rozwoju technologicznego,

8 Mowa o: artykule Beecher H.K., *Ethics and Clinical Research*, „The New England Journal of Medicine” 1966, s. 1354–1360; oraz o książce Pappworth M.H., *Human Guinea Pigs. Experimentation on Man*, Harmondsworth 1967.

9 Dyrektywa 2001/20/WE Parlamentu europejskiego i Rady z dnia 4 kwietnia 2001 r. w sprawie zbliżania przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, odnoszących się do wdrożenia zasady dobrej praktyki klinicznej w prowadzeniu badań klinicznych produktów leczniczych, przeznaczonych do stosowania przez człowieka, Dz.U. WE L 121 z 1.05.2001, s. 34–44.

10 Dyrektywa Komisji 2005/28/WE z dnia 8 kwietnia 2005 r. ustalająca zasady oraz szczegółowe wytyczne dobrej praktyki klinicznej w odniesieniu do badanych produktów leczniczych przeznaczonych do stosowania u ludzi, a także wymogi zatwierdzania produkcji oraz przywozu takich produktów, Dz.U. EU L 91 z 9.04.2005, s. 13–19.

farmaceutycznego i biotechnologicznego są zatem w sposób oczywisty niezbędne.

W artykule odniesiono się do genezy, mechanizmów i zmian w uregulowaniach prawnych w zakresie badań biomedycznych. Omawiając – najważniejsze z obszaru badań biomedycznych z udziałem człowieka – dokumenty, deklaracje, wytyczne, konwencje i akty prawne zwrócono szczególną uwagę na poszanowanie godności i autonomii człowieka, zasadę zrównoważonego ryzyka i szacunek do autonomii podmiotu badań.

Analizę regulacji w/w badań rozpoczęto od przedstawienia rozwiązań prawnych jakie przyjęto w Kodeksie Norymberskim¹¹ oraz opisano oczekiwania jakie środowiska naukowe wyrażały w związku z pracą Trybunału Norymberskiego.¹² Wskazano, że chociaż Kodeks jako pierwszy międzynarodowy dokument posiada znaczącą rolę w uregulowaniach z zakresu prowadzenia badań z udziałem człowieka, to jednak nie ma on większego znaczenia, ze względu na niewiążący charakter i krytyczną postawę środowisk medycznych wobec ich zdaniem „zbyt zaostzonych terminów w kwestii badań na osobach niezdolnych do wyrażenia samodzielnej świadomej i dobrowolnej zgody”¹³.

Kolejnym, omawianym w artykule dokumentem jest wielokrotnie zmieniana i uzupełniana Deklaracja Helsińska z 1964 r. Jest to drugi międzynarodowy akt regulujący prowadzenie badań biomedycznych z udziałem człowieka. W pracy opisano proces powstania dokumentu, uwzględniając wnioski dotyczące przestrzegania uregulowań Kodeksu Norymberskiego. Przeanalizowano niewiążący charakter Deklaracji, a także proces zmian jakim podlegał dokument, zwłaszcza w kontekście celowości, trafności i zasadności z uwagi na jej korporacyjny charakter i kształt.

W pracy zostały omówione wytyczne CIOMS od roku 1970 do 2002 i ich znaczenie jako tekstu wytycznych w zdefiniowaniu krajowych polityk dotyczących standardów, skuteczności i uregulowań prawnych odnoszących się do badań biomedycznych. W pracy podkreślono, że forma

11 Kodeks Norymberski, Amerykański Trybunał Wojskowy, 1947, [w:] Różyńska J., Waligóra M., *op. cit.*, s. 237–238.

12 Por. Annas G.J., *The Legacy of the Nuremberg Doctors' Trial to American Bioethics and Human Rights*, „Minnesota Journal of Law, Science & Technology” 2009, vol. 10, nr 1, s. 19–40.

13 Szerzej: Wnukiewicz-Kozłowska A., [w:] Różyńska J., Waligóra M., *op. cit.*, s. 32; cyt. za: Shuster E., *The Nuremberg Code: Hippocratic Ethics and Human Rights*, *Lancet* 1998, s. 974–977.

i status CIOMS nie mają prawnej mocy wiążącej, chociaż są niezwykle istotną składową w procesie rozwoju regulacji zgody uczestnika do przeprowadzenia badań biomedycznych. Swoisty rozdzźwięk stanowią z jednej strony problematyka zadośćuczynienia warunkowi uzyskania od uczestnika zgody na uczestnictwo w eksperymencie czy badaniu, a z drugiej strony w niektórych sytuacjach nie ma możliwości spełnienia tego wymogu.

Jako czwarty dokument opisana została Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny.¹⁴ Podkreśla się doniosłość Konwencji z Oviedo jako pierwszego prawnie wiążącego międzynarodowego dokumentu z zakresu prawa biomedycznego oraz bioetyki. Ta forma umowy międzynarodowej została określona *kamieniem milowym bioprawa*,¹⁵ ze względu na formę umowy międzynarodowej – w jakiej została zawarta, możliwość kontroli realizacji postanowień traktatu przez Radę Europy i Europejski Trybunał Prawa Człowieka. Autorka podkreśliła symboliczny wymiar kontroli politycznej i warunków, jakie jednostka musi spełnić kierując sprawę do ETPCz, ustanowienie zamkniętego katalogu zasad, niską liczbę państw ratyfikujących Konwencję. W pracy omówiono również status konwencji w polskim porządku prawnym.

Kolejnym omawianym dokumentem jest publikacja WHO z 2005 r. – *Handbook for Good Clinical Research Practice* (GCP).¹⁶ Jej zadaniem jest pomoc w implementacji zasad dobrej praktyki klinicznej do prawa i praktyki państw, w tym zasady etyczne i badań naukowych z udziałem człowieka, ze szczególnym uwzględnieniem Deklaracji Helsińskiej. Prawny charakter zawartych w publikacji zasad omówiono m.in. w ustanowionej dyrektywie 2001/20/EC.

Ostatnią omawianą kwestią są międzynarodowe instrumenty ochrony praw człowieka w tym Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r., Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r., Karta Praw Podstawowych UE z 2007 r.

¹⁴ Szerzej: Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny, [w:] Różyńska J., Waligóra M., *op. cit.*, s. 259–269.

¹⁵ Szerzej: Andoro R., *The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights*, Strasbourg, 3 November 2009.

¹⁶ Szerzej: *Handbook for Good Clinical Research Practice* WHO 2005, [w:] Różyńska J., Waligóra M., *op. cit.*, s. 257–258.

W podsumowaniu autorka wyciągnęła wnioski dotyczące przyczyn niedoskonałości i braku wiążących regulacji prawnych w niemal wszystkich wymienionych dokumentach.

W rozdziale trzecim dr Marcin Waligóra z Collegium Medicum Uniwersytetu Warszawskiego przedstawił artykuł – *Etyka lekarza a etyka badacza*. We wstępie autor postawił następujące pytania: czy nastawienie terapeutyczne i nastawienie badawcze rzeczywiście rządzą się zupełnie innymi prawami? Czy możliwe jest połączenie zasady dobroczynienia towarzyszącej nastawieniu terapeutycznemu z zasadą poznawczą charakterystyczną dla nastawienia naukowego? Czy lekarz winien dbać głównie o dobro własnego pacjenta, natomiast badaczowi powinno głównie zależeć na dobru przyszłych pacjentów?¹⁷ W celu udzielenia wyczerpujących odpowiedzi na w/w pytania autor pracy poddał analizie wybrane rozwiązania prawne i etyczne, łączące pracę i obowiązki lekarza i badacza. Rozważono zasadność wyznaczenia granic zasady obowiązku terapeutycznego w badaniach biomedycznych.

Analizując codzienną praktykę medyczną oraz medyczne badanie naukowe przedstawiono znaczenie tej terminologii, różnice pomiędzy nimi i rozwiązania systemowe dotyczące obowiązków lekarza będącego równocześnie badaczem. Przeanalizowano od roku 1964 do roku 2000 wszystkie wersje Deklaracji Helsińskiej w obszarze uregulowań dotyczących naukowych badań klinicznych, których celem jest dobro pacjenta.¹⁸ Następnie zbadano wpływ Deklaracji Helsińskiej na proces tworzenia się i zmian w ustawodawstwie polskim, ze szczególnym uwzględnieniem ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry.¹⁹

W dalszej części pracy autor opisuje obowiązek terapeutyczny i zasadę równowagi klinicznej (*clinical equipoise*) w badaniach randomizowanych,²⁰ na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat (od 1963 r.). Praca obejmuje swoim zakresem prace Branforta Hilla, Benjamina Freedmana i Charlsa Frieda.

17 Szerzej: Waligóra M., *Etyka lekarza a etyka badacza*, [w:] Różyńska J., Waligóra M., *op. cit.*, s. 50.

18 Por. Levine R.J., *Research and Practice*, [w:] *Ethics and Regulatory Aspects of Clinical Research and Commentary*, red. Emanuel E.J. i in., Baltimore&London 2003, s. 106.

19 Dz.U. z 2011 r., Nr 277, poz. 1634 ze zm.

20 Por. Gifford F., *The Conflict between Randomized Clinical Trials and the Therapeutic Obligation*, “Journal of Medicine & Philosophy” 1986, vol. 11, s. 348–349.

W publikacji przedstawiono przypadek ECMO (pozaustrojowe utlenienie krwi) jako metody eliminacji negatywnych skutków randomizacji u uczestników następných badań,²¹ opisano także kolejne badania dotyczące skuteczności ECMO w 1986 r. w Szpitalu Dziecięcym w Bostonie.²²

W dalszej części pracy przedstawiono argumenty przeciwników obowiązku terapeutycznego i zasady równowagi klinicznej – Franklina G. Millera i Stevena Joffe. Według badaczy „orientacja terapeutyczna w badaniach klinicznych, ignoruje szerszy interes społeczny polegający na tworzeniu wiarygodnej (evidence-based) polityki zdrowotnej odpowiedzialnej w decyzjach aprobujących nowe sposoby leczenia, a także w decyzjach dotyczących pokrywania wydatków zdrowotnych”²³.

W posumowaniu autor – za E.J. Emanuelem, D. Wendlerem i Ch. Grady – wymienia i omawia osiem najważniejszych warunków etycznej dopuszczalności wykonywania badań biomedycznych z udziałem człowieka, które zawarte są w podstawowych dokumentach regulujących tę dziedzinę.

Ocena ryzyka i korzyści badania biomedycznego – to artykuł opublikowany w **rozdziale czwartym** przez dr Joannę Różyńską adiunkta w Zakładzie Etyki Instytutu Filozofii Uniwersytetu Warszawskiego i w Zakładzie Filozofii Medycyny i Bioetyki Wydziału Rehabilitacji Akademii Wychowania Fizycznego im. Józefa Piłsudskiego w Warszawie.

We wstępie publikacji poddano ocenie zarówno ryzyko jak korzyści wynikające z badania biomedycznego. Rozważono je z różnych punktów widzenia – uczestnika badań, osób pozostających w bliskich relacjach osobistych z uczestnikiem, podmiotów zaangażowanych w działalność badawczą, w tym sponsorów, badaczy i członków komisji bioetycznych. Analizę uzupełniono zarysowaniem regulacji prawnych dotyczących badań biomedycznych. Następnie wyjaśniono podstawowe pojęcia dotyczące oceny, analizy ryzyka i korzyści badania biomedycznego. Ryzyko

21 Szerzej: Zelen M., *Play-the-winner Rule and the Controlled Clinical Trial*, „Journal of the American Statistical Association” 1969, vol. 64, s. 131–146.

22 Por. O'Rourke P.P., Crone R.K., Vacanti J.P., Ware J.H., i in., *Extracorporeal membrane oxygenation and conventional medical therapy in neonates with persistent pulmonary hypertension of the newborn: a prospective randomized study*, „Pediatrics” 1989, nr 84(6), s. 957–963.

23 Szerzej: Miller F.G., Joffe S., *Zasada równowagi klinicznej i dylematy etyczne dotyczące badań klinicznych z randomizacją*, z komentarzem Różyńska J., Waligóra M., *Kilka słów o zasadzie równowagi klinicznej*, „Medycyna po Dyplomie” 2011, vol. 20, nr 8.

o jakim mowa, za R.J. Levine, zostało podzielone na sześć kategorii – ryzyko odniesienia szkód fizycznych, ryzyko odniesienia krzywd psychicznych lub emocjonalnych, ryzyko poniesienia „strat” społecznych, ryzyko pogwałcenia prywatności, ryzyko poniesienia innych „strat” prawnych, ryzyko poniesienia strat materialnych²⁴. Kolejno omówiono zasadę prymatu jednostki nad interesami społeczeństwa i nauki, jako jednej z najważniejszych zasad regulacji badań biomedycznych z udziałem człowieka. Zbadano i rozpatrzono dokumenty odnoszące się do tej zasady, w tym poszczególne paragrafy Deklaracji Helsińskiej z lat 2000 i 2008, Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie z 1997 r. wraz z protokołami dodatkowymi, dokumentach CIOMS, Powszechnej Deklaracji UNESCO o bioetyce i prawach człowieka z 2005 r., Zasadach Dobrej Praktyki Klinicznej WHO z 2005 r., Dyrektywie Komisji 2005/28/WE.²⁵

W dalszej części opisano warunek doniosłości spoczywający na komisjach bioetycznych oraz warunki dopuszczalności badania uregulowanego w par. 2 Kodeksu Norymberskiego. Stanowi on, że „eksperyment powinien prowadzić do osiągnięcia wyników korzystnych dla dobra społeczeństwa, których nie można osiągnąć innymi metodami lub środkami badawczymi i które nie są z natury swojej przypadkowe bądź bezużyteczne”.

Analizie poddano też zasadę proporcjonalności ryzyka i korzyści badania. Jest ona ważna z punktu widzenia oceny tychże czynników. Ryzyko związane z udziałem człowieka w badaniach biomedycznych winno pozostać w korzystnej dla uczestnika proporcji pomiędzy ryzykiem jako takim, a potencjalnymi wynikami na każdym etapie projektowania badania i jego realizacji. W pracy zostały przedstawione mechanizmy ochrony interesów uczestników badań przed nadmiernie wysokim ryzykiem, takich jak np. ocena komisji bioetycznych, tworzenie procedur ilościowej analizy i oceny ryzyka, wymóg uzyskania świadomej zgody pacjenta na udział w badaniu.

Przedstawione w pracy zasady minimalnego ryzyka i maksymalizowania korzyści dotyczą wg autorki badaczy i sponsorów. Nakładają one ograniczenia na zasadę proporcjonalności, uznając za uzasadnione etycznie tylko takie ryzyko, które jest jednocześnie zminimalizowane, konieczne i proporcjonalne do potencjalnych korzyści takiego badania oraz maksymalizuje

24 Zob. Levine R.J., *Ethics and Regulation of Clinical Research*, 2nd ED., Baltimore–Munich 1986, s. 37, 42–57.

25 Dz.Urz. UE L 91 z 9.04.2005, s. 13.

szansę uzyskania zakładanych przez badacza korzyści naukowych, terapeutycznych i społecznych. W dalszej części artykułu przedstawiono wybrane przez autorkę rozwiązania kodeksowe w omawianym obszarze.

Podsumowanie podkreśla rolę badaczy jako osób odpowiedzialnych za przestrzeganie wymogów etycznych i prawnych omawianych kwestii.

Rozdział piąty zawiera omówienie pracy profesora nadzwyczajnego Pawła Łukowa z Zakładu Etyki UW Zakładu Etyki wydziału Filozofii i Socjologii – *Zgoda na udział w badaniu naukowym w biomedycynie*. We wstępie do artykułu jego autor podkreślił, że eksperyment w badaniach biomedycznych jest zdefiniowany przez swoistego rodzaju konflikt z jednej strony spowodowany niewiedzą związaną z nową terapią, badaniem czy doświadczeniem (brak możliwości określenia poziomu bezpieczeństwa) a z drugiej metodologicznym porównaniem już istniejącej terapii z nową. Nie bez znaczenia pozostaje tu użycie placebo, ponieważ uczestnik znajdujący się w grupie stosującej placebo nie może odnieść wszystkich korzyści jakie mogą zaistnieć w fazie np. badań nad skutecznością nowego leku. Eksperyment medyczny stawia także lekarzy i badaczy w podwójnej, niezwykle trudnej roli, ponieważ dążenie do nowych odkryć naukowych musi ustąpić miejsca niesieniu pomocy przyszłym pacjentom i równocześnie gwarantować ochronę uczestnikom eksperymentu medycznego przed jego negatywnymi skutkami.

Pracę podzielono na trzy części i podsumowanie. W pierwszej części omówiono narodziny instytucji świadomej zgody na udział w badaniu biomedycznym, druga zawiera – w porządku chronologicznym – współczesne międzynarodowe regulacje dotyczące świadomej zgody na udział w badaniu biomedycznym o charakterze naukowym, trzecia przedstawia wybrane przez autora aspekty uzyskania świadomej zgody w kontekście ewolucji koncepcji zgody w uregulowaniach międzynarodowych. W tej części zostały omówione te zagadnienia, które nie zostały uregulowane bądź poruszone w dokumentach – mowa tu o problemie lekarza – badacza w kontekście wybranych aspektów świadomej zgody.

Część pierwsza pracy zawiera omówienie pisma okólnego Rzeszy z 1931 r. dotyczącego zgody przyszłego uczestnika badań jako formalnego warunku dopuszczalności eksperymentu medycznego.²⁶ Następnie

26 Por. Sass H.M., *Reichsrundschreiben 1931: Pre-Nuremberg German Regulations Concerning New Therapy and Human Experimentation*, „Journal of Medicine and Philosophy” 1983, vol. 8, nr 2, s. 99–111.

zarysowano proces powstawania Kodeksu Norymberskiego i szczegółowo omówiono te zapisy, które dotyczyły dobrowolnej zgody potencjalnego uczestnika na udział w eksperymencie medycznym.

Część druga obejmuje charakterystykę warunków swobodnej zgody uczestnika na udział w eksperymencie medycznym, zawartych zarówno w Kodeksie Norymberskim, jak i Deklaracji Helsińskiej z 1964 r. (uwzględniono zmiany Deklaracji w latach: 1975, 1983, 1989, 1996, 2000, 2002, 2004 i 2008 w omawianej kwestii) i szczegółowo je omówiono. Skróconej analizie poddano także wytyczne CIOMS w kontekście zdolności faktycznej, prawnej oraz statusu przyszłego potencjalnego uczestnika badań. Omówiono również szczegółowe postanowienia dotyczące zgody w regulacjach Rady Europy w Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny i Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie z 1997 r. wraz ze wszystkimi Protokołami Dodatkowymi.

Część trzecia została poświęcona zmianom w regulacjach międzynarodowych dotyczących – wybranych przez autora artykułu – aspektów świadomej zgody na udział w badaniu bioetycznym. W pracy ukazano typowe problemy związane z oczekiwaniami, motywami i zagrożeniami w badaniach.

W podsumowaniu pracy zaznaczono znaczącą rolę regulacji międzynarodowych dotyczących świadomej zgody, mającą niebagatelne znaczenie w kwestii określenia podstawowego dobra potencjalnych uczestników badań. Pokazano także pewne rozbieżności priorytetu pomiędzy ochroną autonomii lub prawa do samostanowienia i ochroną praw i wolności uczestnika badań.

W rozdziale szóstym dr Zbigniew Zalewski z Collegium Medicum Uniwersytetu Jagiellońskiego przedstawił swoją pracę – *Ochrona osób szczególnie podatnych na wykorzystanie (vulnerable subjects) w badaniach biomedycznych*. We wstępie została poruszona tematyka świadomej zgody, ryzyka towarzyszącego badaniom, ostrożności przy przygotowywaniu i przeprowadzaniu procedur badawczych – zwłaszcza w stosunku do tych uczestników badania, którzy nie mogą lub nie potrafią ochronić się przed negatywnymi skutkami badań.²⁷

W dalszej części pracy jej autor wyjaśnił na przykładzie Kodeksu Norymberskiego i Deklaracji Helsińskiej znaczenie problemu osób niezdolnych

²⁷ Zob. Różyńska J., *Standard minimalnego ryzyka*, „Prawo i medycyna” 2001, nr 2, s. 5–6.

do wyrażania w pełni świadomej i dobrowolnej zgody na udział w badaniu biomedycznym. Znaczenie terminu *vulnerable subjects* przedstawiono powołując się na raport z Belmont,²⁸ wytyczne CIOMS we współpracy ze Światową Organizacją Zdrowia (wytyczna 10 w wersji z 1993 r., wytyczna 13 w wersji z 2002 r.), opracowaniach Międzynarodowej Konwencji na rzecz Harmonizacji (ICH GCP) Wytycznych dotyczących Dobrej Praktyki Klinicznej.²⁹

W artykule przedstawiono stanowisko P. Bielby, tj. odróżnienie wspólnej wszystkim egzystencjalnej podatności na szkodę, od podwyższonej podatności, której co do zasady doświadczają np. osoby z ograniczoną czasowo (lub trwale) zdolnością poznawczą.³⁰ Następnie omówiono za K. Kipnisem siedem grup czynników mogących mieć wpływ na ograniczenie ważności udzielanej przez uczestnika badania świadomej zgody.³¹ W pracy przytoczono także stanowisko D. Schroeder i E. Gefenasa, którzy nieco odmiennie definiują istotę *vulnerability*, uważając, że być „vulnerability znaczy stanąć w obliczu poważnego prawdopodobieństwa wystąpienia identyfikowalnej szkody przy zasadniczym braku zdolności i/lub środków do obrony przed nią”³².

We wnioskach dotyczących tego aspektu autor artykułu mówi o dwójkach podsumowaniach. Z jednej strony co oznacza bycie *vulnerability* i czy istnieje efektywna obrona, a z drugiej o braku jednoznacznego precyzyjnego i zwięzłego polskiego odpowiednika tej terminologii.

W dalszej części omówione zostały prawne środki ochrony osób szczególnie podatnych na wykorzystanie. Omówione zostały cztery różniące się stanowiska o różnym stopniu restrykcyjności – od wykluczenia tych osób, które są niezdolne do wyrażenia świadomej zgody na udział

28 National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, *The Belmont Report 1979*, <http://www.hhs.gov/ohrp/human-subjects/guidance/belmont.html> [dostęp: 21.07.2014].

29 Szerzej: Walter M. (red.), *Badania kliniczne. Organizacja. Nadzór. Monitorowanie*, Warszawa 2004; Jędrzejowski A., *Międzynarodowe regulacje prawne w badaniach klinicznych. Standardy Medyczne*, „Pediatria” 2010, T. 7, s. 841–847.

30 Zob. Bielby P., *Competence and Vulnerability in Biomedical Research*, *International Library of Ethics*, „Law, and the New Medicine” 2008, Vol. 40, s. 52.

31 Szerzej: Kipnis K., *Vulnerability in Research Subjects: A Bioethical Taxonomy*, [w:] National Bioethics Advisory Commission, *Ethical and Policy Issues in Research Involving Human Research Participants*, Bethesda, MD 2001, G-1G-13.

32 Por. Schroeder D., Gefenasa E., *Vulnerability: Too Vague and Too Broad?*, Cambridge „Quarterly of Healthcare Ethics” 2008, vol. 15, no 2, s. 117.

w badaniu – do stanowiska przyzwalającego na udział takich osób w badaniu na podstawie zgody zastępczej.

W podsumowaniu autor wymienił wszystkie niejasności omówione szerzej w pracy a wymagające systematyzacji pojęciowej i obróbce legislacyjnej.

Rozdział siódmy to artykuł dra Jana Piaseckiego z Collegium Medicum Uniwersytetu Jagiellońskiego – *Sprawiedliwość w międzynarodowych badaniach biomedycznych*. W pracy zaprezentowano dyskusję, nad etycznymi problemami badań w krajach rozwijających się toczącą się pomiędzy lekarzami, badaczami, etykami, działaczami organizacji pozarządowych. Wg autora debata ta miała znaczący wpływ na wielokrotnie zmieniające się przepisy międzynarodowych dokumentów. W pracy omówiono także zagadnienia użycia placebo i problem podziału korzyści z przeprowadzonych badań tzw. *benefit sparing*.

Kraje rozwijające się, takie jak Zimbabwe, Uganda, Indie czy Dominikana mogą zostać uznane za społeczności, które posiadają ograniczoną możliwość decydowania o sobie (uczestnicy badań bardzo często nie umieją w ogóle pisać i czytać, nie mają odpowiedniej wiedzy medycznej ani dostępu do niej) i w związku z tym są grupą ludzi szczególnie podatną na *vulnerability*.

W artykule poruszono kwestię powszechnie dostępnej bazy danych rejestrujących badania – w tym przypadku opisano dane w bazach danych National Institutes of Health (NIH) utworzonych w roku 2000³³ i platformę WHO z 2004 r.³⁴ Warto nadmienić że w zapisach międzynarodowych obowiązek konieczności rejestracji badań pojawił się dopiero w 2005 r. (par. 19 Deklaracji Helsińskiej).

W części poświęconej użyciu placebo w badaniach biomedycznych przedstawione zostały wnioski, statystyki, argumenty metodologiczne za i przeciw użyciu placebo, omówiono także standardy i zasady dobroczynienia i utilitaryzmu, co oparto na analizie wybranych badań w w/w krajach – m.in. badanie nad skróconym reżimem AZT.³⁵ Omówiono wszystkie zmiany

33 ClinicalTrials, <http://clinicaltrials.gov> [dostęp: 21.07.2014].

34 Sizerzej: Lurie P., Wolfe S.M., <http://www.who.int/trialsearch> [dostęp: 21.07.2014].

35 Szerzej: Lurie P., Wolfe S.M., *Unethical trials of interventions to reduce perinatal transmission of the human immunodeficiency virus in developing countries*, „The New England Journal of Medicine” 1997, vol. 337, nr 12, s. 853–856; London A.J., *The Ambiguity and the Exigency: Clarifying ‘Standard of Care’ Arguments in International Research*, „Journal of Medicine and Philosophy” 2000, Vol. 25, Nr 4, s. 379–397.

przepisów Deklaracji Helsińskiej i wytyczne CIOMS dotyczące użycia placebo. W części dotyczącej sprawiedliwej dystrybucji korzyści i obciążeń związanych z badaniami klinicznymi oparto się na przypadku użycia leku Havrix w Tajlandii w 1990 r.³⁶ We wnioskach uznano, że mieszkańcy krajów rozwijających się są w sposób szczególny narażeni na bezwzględną eksploatację, ponieważ często nie istnieje model sprawiedliwej dystrybucji profitów przeprowadzonego badania. Często spotykanym przypadkiem jest stan, że lek gotowy dostępny bywa tylko i wyłącznie w kraju rozwiniętym, a praktyka związana z przesunięciem większości ryzyka badawczego na stronę uczestników z krajów rozwijających się – jest gminna.

Praca dr hab. prof. AWF Alicji Przyłuskiej-Fischer, rektora Akademii Wychowania Fizycznego w Warszawie została umieszczona **w rozdziale ósmym**. Nosi ona tytuł – *Badania naukowe na zarodkach ludzkich*. We wstępie artykułu zarysowano tematykę badań naukowych na zarodkach. Pogrupowano także wg czterech kryteriów różne rodzaje eksperymentów badawczych przeprowadzanych na zarodkach ludzkich. Do pierwszej grupy zaliczono eksperymenty diagnostyczne – terapeutyczne i nieterapeutyczne; w drugiej uwzględniono położenie embrionu (w łonie matki i w warunkach zewnętrznych *in vitro*); w trzeciej znalazły się badania podzielone ze względu na kondycję zarodka (badania na zarodku żywym i martwym), natomiast do czwartej grupy przypisano te badania które są prowadzone na zarodkach poczętych zarówno *in vitro* jak i nie *in vivo*.³⁷

W pracy omówione zostały trzy etapy rozwoju badań na embrionach, a następnie w kolejnym punkcie opisano stan debaty publicznej dotyczącej tychże badań. Opisowany proces ulegał głębokim zmianom i ewoluował. Początkowo skupiano się na określeniu zasad wspomaganey prokreacji oraz warunków w jakich ona winna być przeprowadzona. W miarę rozwoju nauki punkt ciężkości przesunął się w stronę form procedury IVF. W Polsce dyskusja na ten temat rozpoczęła się w 1988 r., gdy urodziło się pierwsze dziecko z IVF i koniecznością stało się przedstawienie

36 Szerzej: Carse A.L., Little M.O., *Explosion in the Enterprise of Medical Research*, [w:] *Exploitation and Developing Countries: The Ethics of Clinical Research*, J.S. Hawkins, E.J. Emanuel (red.), Princeton 2008, s. 239.

37 Por. Katolo A.J., *Eksperymenty na embrionach*, [w:] *Encyklopedia bioetyki*, Muszala A. (red.), Radom 2009, s. 188; Nawrot O., *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011; Kapelańska-Pręgowska J., *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, Warszawa 2011.

przez rząd rozwiązań w sprawie finansowania badań na zarodkowych komórkach macierzystych ze środków VI Programu Ramowego. W późniejszym etapie dyskusją objęto także wykorzystanie innych rodzajów komórek macierzystych. W artykule autorka zaznaczyła, że Polska nie implementowała Dyrektywy 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03.2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich,³⁸ oraz Dyrektyw wykonawczych 2006/17/WE i 2006/86/WE³⁹ w zakresie odnoszącym się do komórek rozrodczych i zarodków.

W pracy przedstawiono też zwięzłe regulacje dotyczące prowadzenia badań na kobietach ciężarnych oraz na zarodkach *in vitro*. Podstawą omawianych regulacji jest tu Protokół Dodatkowy do Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie dotyczący badań biomedycznych. Kolejno przedstawiono Międzynarodowe wytyczne etyczne dotyczące badań biomedycznych z udziałem ludzi CIOMS z 2002 r. Obie regulacje są niezwykle istotne, gdyż determinują one debatę na temat kobiet w tych badaniach medycznych, które nie przynoszą matce lub/i dziecku żadnych konkretnych korzyści, a wiążą się z jakimkolwiek ryzykiem dla dziecka. Szczegółowo omówiono uregulowania dotyczące omawianych badań w prawie polskim. Analizie poddano zapisy Ustawy o zawodach lekarza i lekarza denty, Kodeksu Etyki Lekarskiej,⁴⁰ artykuły 152,153,154,157a Kodeksu Karnego.⁴¹ Przedstawiono także uregulowania międzynarodowe dotyczące badań na zarodkach *in vitro*, tj. m.in. Protokół dodatkowy do konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny w sprawie zakazu klonowania istot żywych,⁴² Powszechnej deklaracji o genomie ludzkim i prawach człowieka,⁴³ Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej.⁴⁴

38 Dz.Urz. WE L 102 z 7.04.2004, s. 48.

39 Dz.Urz. UE L 38 z 9.02.2006, s. 40; Dz.Urz. UE L 294 z 25.10.2006, s. 32.

40 Internetowy Serwis Filozoficzny, <http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=cnf4&m=44&ik=1&ii=3> [dostęp: 21.07.2014].

41 Dz.U. z 1999 r. nr 84, poz. 729 ze zm.

42 Zob. Jasudowicz T. (red.), *Europejskie standardy bioetyczne. Wybór materiałów*, Toruń 1998, s. 51–54.

43 *Powszechna deklaracja o genomie ludzkim i prawach człowieka*, Polska Komisja ds. UNESCO, Warszawa 1998, s. 11.

44 Dz.Urz. UE C 30 z 14.12.2007.

W podsumowaniu autorka artykułu zauważyła, że wielu problemów etycznych można by uniknąć stosując zasady szacunku do autonomii, nieszkodzenia, działania dla dobra pacjenta, sprawiedliwości, prawdomówności i dotrzymywania składanych pacjentowi czy uczestnikowi badań obietnic.

Rozdział dziewiąty zawiera artykuł dr Anity Krajewskiej, Director of the Centre for Ethics, Law, and Society University of Cardiff – *Badania naukowe na ludzkim materiale biologicznym*. W pracy omówiono użycie komórek i tkanek ludzkich pozostałych po pozyskanych trakcie procesu leczenia czy po zabiegach operacyjnych. Problem etyczny wykorzystania takiego materiału biologicznego przybrał na znaczeniu w chwili powstania biobanków, w których przechowuje się ludzkie komórki, tkanki, organy oraz dane medyczne, genetyczne i genealogiczne.⁴⁵

Omawiając kwestię praw własności materiału biologicznego i jego wykorzystania omówiono przykład procederu z lat 1988–1995 w szpitalu dziecięcym Alder Hey należącym do Royal Liverpool Children's NHS Trust. W placówce tej regularnie pobierano materiał biologiczny od zmarłych dzieci bez wiedzy i zgody ich opiekunów.⁴⁶ Zrodziło to, zdaniem autorki omawianego artykułu szereg pytań dotyczących ochrony praw jednostki, od której pobrano materiał biologiczny, przetwarzania i przechowywania wyników badań i analiz, kwestii wynagrodzenia dla osób przekazujących swój materiał do badań, a także wpływ interesów i uprawnień osób trzecich. Odpowiedzi na powyżej zadane pytania udzielono opierając się na międzynarodowych regulacjach prawnych i systemach prawnych wybranych krajów, w tym Polski. Autorka zauważa, że brak jest uregulowań ogólnych i szczegółowych w zakresie regulującym bezpośrednio kwestie badań naukowych na ludzkim materiale biologicznym. Dyrektywa 2001/20/WE w sprawie zbliżania przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, odnoszących się do wdrożenia zasady dobrej praktyki klinicznej w prowadzeniu badań klinicznych produktów leczniczych, przeznaczo-

45 Szerzej: Cambon-Thomsen A., Sallee C., Rial-Sebbag E., Knoppers B.M., *Populational genetic databases: is a specific ethical and legal framework necessary?*, „GEBEdit” 2005, vol. 3, nr 1, s. 1–13.

46 Por. House of Commons, *The Report of The Royal Liverpool Children's Inquiry*, London 2001.

nych do stosowania przez człowieka⁴⁷ – ma pewne znaczenie, ale jest niewystarczająca. Dyrektywa 2004/23/WE z 2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich⁴⁸ i polska ustawa transplantacyjna także nie mają bezpośrednio zastosowania do badań naukowych. Warunki legalności eksperymentu medycznego z opisaniem poszczególnych ustaw w prawie polskim, zostały zawarte w dalszej części pracy. Scharakteryzowano tu zakres norm prawnych regulujących badania na materiale biologicznym pobranym zarówno od dawcy żyjącego jaki i zmarłego. W pierwszym przypadku autorka zauważyła, że poza uzyskaniem świadomej i dobrowolnej zgody człowieka na udział w badaniu, kwestią nieuregulowaną pozostaje ta, dotycząca np. danych medycznych odczytywanych po wielu latach, bez wiedzy dawcy, a także kwestia kontaktowania się z dawcą w celu uzyskania informacji co do zastrzeżeń dawcy do projektu. W przypadku śmierci człowieka jego prawa podmiotowe wygasają.⁴⁹ Nie oznacza to braku ochrony osób zmarłych, np. art. 4 i 5 ust.1 Ustawy transplantacyjnej. Autorka podkreśliła, że polskie rozwiązania prawne w tym przedmiocie słusznie spotykają się z krytyką. Argumentując to stanowisko autorka zauważyła, że obowiązujące obecnie akty prawne negatywnie wpływają na rozwój badań naukowych, metod diagnostycznych i genetycznych.

W dalszej części pracy omówiono powstanie i funkcjonowanie banków tkanek i komórek oraz znaczenie 7 Projektu Ramowego UE w który zaangażowano 270 instytucji z 33 państw. Zadaniem 7 PR ma być stworzenie mechanizmów umożliwiających dostęp do gromadzonego i przechowywanego w poszczególnych państwach materiału biologicznego.

W podsumowaniu raz jeszcze zauważono brak wiążących regulacji prawnych krajowych i międzynarodowych dotyczących badań naukowych na materiale biologicznym pobranym od człowieka. Usystematyzowano także problemy i pytania, które pojawiły się w trakcie przedstawiania pracy.

W rozdziale dziesiątym opublikowano pracę dra hab. Marka Czarkowskiego z Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego o Ośrodku Bioetyki Naczelnej Rady Lekarskiej – *Teoria i praktyka działania komisji bioetycznych*.

47 Dz.Urz. UE L 311 z 28.11.2001. s. 67.

48 Dz.Urz. UE L 10, z 07.04.2004 s. 48.

49 Art. 8 Ustawy z dnia 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. nr 16, poz.93 ze zm.

W pracy opisano sposoby powoływania takich komisji, ich obowiązki, zadania, kompetencje i finansowanie opisane m.in. w art. 29 ust. 1 i 5 ustawy o lekarzach i lekarzach dentytach, Rozporządzeniu o komisjach bioetycznych, Deklaracji Helsińskiej, Wytycznych CIOMS. Omówiono szczegółowo rodzaje eksperymentów medycznych, etapy ich tworzenia i realizacji, a także ustawy, które regulują tą kwestię.

W pracy zwrócono też uwagę na niezależność podejmowania działań komisji bioetycznych przez właściwy dobór jej członków z grona duchownych, filozofów, prawników, farmaceutów, pielęgniarek (inni członkowie komisji zasiadają w niej wyjątkowo np. psycholog).

W dalszej części szczegółowo opisano zasady opiniowania projektów medycznych, zasady tworzenia dokumentacji podczas tego procesu, poszczególne etapy prac komisji, zasady głosowania nad uchwałą. Przedstawiono także procedurę zgłaszania zastrzeżeń co do udziału ośrodka lub badacza w wielośrodowiskowym badaniu klinicznym.

Autor artykułu podkreśla potrzebę zmian dotychczasowych regulacji prawnych. Według niego przykładami mogą tu być: procedury zgłaszania zastrzeżenia co do ośrodka i badacza w wspomnianym wyżej badaniu (dowolność postępowania na posiedzeniach komisji), brak opiniowania zmian czy przebiegu prac w eksperymentach, co do których komisja już wyraziła opinię pozytywną, brak właściwego monitoringu w przypadku stwierdzenia nadmiernego ryzyka w kontynuowanym badaniu klinicznym (decyzje może podjąć tylko minister ds. zdrowia).

W podsumowaniu zaakcentowano potrzebę dostosowania zadań, składu i trybu działania komisji do potrzeb wszystkich uczestników badań z udziałem ludzi, celem wyeliminowania różnic w zakresie i stopniu regulacji dotyczących badań biomedycznych.

Przedostatnim artykułem części pierwszej omawianej publikacji jest praca prof. dr hab. Jana Hartmana z Zakładu Filozofii i Bioetyki Uniwersytetu Jagiellońskiego – *Etyka pracy badawczej*. W artykule opisane zostały procedury naukowe z uwzględnieniem przepisów prawnych i zasad metodologicznych. Na wstępie podkreślono istotę stosowania zasad etycznych i przepisów prawa łącznie. Autor artykułu zwrócił uwagę, że można na poziomie formalnym powierzchownie respektować zasady, a w gruncie rzeczy prowadzić badania w sposób nieetyczny. W omawianej pracy skupiono się na wskazaniu tych norm, które są najbardziej ogólne (podstawowe) i tworzą wyznaczniki dobrej praktyki. Ograniczono się

jednocześnie do kwestii trzech obszarów, tj. kwestii organizacyjnych, epistemologicznych i redakcyjnych. W pierwszej części publikacji scharakteryzowano różne postacie nadużyć i naruszeń zasad etyki badawczej, natomiast w drugiej odniesiono się do zagadnienia zwalczania nierzetelności naukowej. Typowe nadużycia zasad zostały podzielone na te dotyczące fałszowania np. niedokładności i przekłamań w dokumentacji, nieuczciwej selekcji, manipulowania danymi, hipotezami czy zatajenie lub/i pominięcie „niewygodnych” posiadanych danych oraz fabrykowania danych, których nie uzyskano w drodze rzetelnego badania naukowego. W dalszej części pracy autor poruszył kwestie naruszenia prawa własności intelektualnej, w tym prawa autorskiego. Wskazał też najczęstsze naruszenia zasad dobrej praktyki w dziedzinie atrybucji autorstwa oraz te które dotyczą nadużyć związanych z relacjami badacz-wydawnictwo czasopismo lub wydawnictwo naukowe. Dalsza część pracy to opis sposobów przeciwdziałania nagannym praktykom zarówno w Polsce jak i w wybranych krajach świata. W artykule wymieniono i opisano zasady, które są powszechnym standardem w krajach wysokorozwiniętych, tj., zasada etosu, wykluczania konfliktu interesów, poufności procedury, domniemania niewinności, konsekwencji, ostrożności i mediacji, wstrzymywania wątpliwej etyki, ochrony „sygnalistów” (osób zgłaszających nieprawidłowości), karalności oszczerstw i informowania.

W podsumowaniu podkreślono, że nadużycia jako takie, szkodzą nauce i jej rozwojowi, a każda fabrykacja danych czy plagiat implikują zło największe dla nauki – kłamstwo.

Cykl artykułów zamyka **dwunasty** – praca dr Weroniki Chańskiej z Zakładu Filozofii i Bioetyki Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz prof. dr hab. Tomasza Pasierskiego z Zakładu Bioetyki i Humanistycznych Podstaw Medycyny Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego – *Konflikt interesów w badaniach biomedycznych*. Na początku artykułu uwagę skupiono na istocie i rodzajach konfliktu interesów. Szeroko zaprezentowano znane z piśmiennictwa bioetycznego stanowisko Dennisa Thompsona. Przytoczono jego definicję konfliktu interesów i podział tychże interesów na podstawowe i poboczne.⁵⁰ Omówiono konkretne sytuacje konfliktu interesów w badaniach medycznych. Oszacowano, że około jed-

50 Por. Thompson D., *Understanding Financial Conflicts of Interest*, „The New England Journal of Medicine” 1993, vol. 329, nr 8, s. 573.

na czwarta badaczy pracujących w instytucjach naukowych otrzymuje środki na prowadzenie badań od firm prywatnych.⁵¹ W pracy opisano na przykładach zarówno konflikt interesów związanych z osobą badacza, z konkretnym projektem badawczym jak i konflikt interesów związany z instytucją prowadzącą badanie. Na przykładach opisano ryzyko związane z bezpieczeństwem uczestników badania, narażeniem interesu społecznego, wpływem na analizę i końcową interpretację wyników prowadzonych badań. Rozpatrzono także proceder stosowany przez koncerny farmaceutyczne, polegający na zablokowaniu niekorzystnych dla siebie wyników badań. W pracy opisano różne formy przeciwdziałania negatywnym skutkom konfliktów interesów, takich jak stosowne regulacje prawne, rozwiązania mające na celu minimalizowanie wpływu ewentualnego konfliktu na pracę badacza czy wyłączenie lub ograniczenie kompetencji osoby, która dopuściła się takiego naruszenia. Odniesiono się także do polskich regulacji prawnych w tym zakresie.

Druga część książki zawiera tłumaczenia najważniejszych dokumentów i aktów międzynarodowych o charakterze prawnie wiążącym oraz należących do sfery tzw. prawa miękkiego. Są to: Kodeks Norymberski z 1947 r., Deklaracja Helsińska Światowego Stowarzyszenia Lekarzy z 2008 r., fragmenty Międzynarodowych wytycznych etycznych dotyczące badań biomedycznych z udziałem ludzi opracowanych w 2002 r. przez Radę Międzynarodowych Organizacji Nauk Medycznych (CIOMS) we współpracy z Światową Organizacją Zdrowia (WHO), Zasady Dobrej Praktyki Klinicznej WHO, Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny. Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie przygotowana pod auspicjami Rady Europy w 1997 r. oraz Protokół Dodatkowy do Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie dotyczący badań biomedycznych z 2005 r.

Część z przedstawionych dokumentów nie była jeszcze tłumaczona na język polski, np. międzynarodowe wytyczne etyczne dotyczące badań biomedycznych z udziałem ludzi Rady Międzynarodowych Organizacji Nauk Medycznych (CIOMS) z 2002 r.

51 Szerzej: Bekelman J., Li Y., Gros C., *Scope and Impact of Financial Conflicts of Interest in Biomedical Research. A Systematic Review*, „Journal of American Medical Association” 2003, vol. 289, s. 454–465.

Podsumowanie

Gwałtowny postęp technologiczny w zakresie nauk biomedycznych w praktyce odsłania pewne luki, które tworzą się w systemie wartości czy w strukturze uregulowań prawnych. Zmiany bywają często tak istotne, że brak regulacji prawnych stwarza swą inercją niebezpieczeństwo powstania swoistej, prawno-etycznej ‘ziemi niczyjej’. Niejednokrotnie okazuje się, że wskutek rozwoju biomedycyny sposób rozumienia pewnych etycznych czy prawnych „pewników” rozmywa się i granice trzeba stanowić na nowo.

W polskojęzycznej literaturze przedmiotu niewiele prac poświęcono dotychczas zagadnieniom prawnym i etycznym w biomedycynie i badaniach z udziałem ludzi. Omówiona tu publikacja w sposób znaczący inicjuje proces zapełniania tej luki. Warto podkreślić wieloaspektowość tej pracy i szeroki zakres podjętej problematyki. Jest tu i próba historycznego ujęcia zagadnienia, jak i część stricte formalno-użytkowa – vide część druga publikacji, zawierająca zwięzłe kompendium obecnie obowiązujących aktów prawnych, regulacji i wskazań adresowanych do bezpośrednio zainteresowanych środowisk, ale również do szerszego grona zainteresowanych czytelników.

Wielka szkoda, że publikacja tak znacząca i przystępna w sensie sposobu popularyzacji omawianej problematyki, nie jest dotychczas szerzej znana i dyskutowana, a jej obecność w debacie publicznej ogranicza dodatkowo brak dostępności w wersji elektronicznej, jednak niezależnie od kwestii zasięgu jej oddziaływania, jest to książka ważna i warto się na nią powoływać oraz nią posiłkować, jako że grono autorów artykułów stanowiących trzon treści gwarantuje interdyscyplinarną użyteczność tej publikacji.

Bibliografia

- Andoro R., *The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights*, Strasbourg, 3 November 2009.
- Annas G.J., *The Legacy of the Nuremberg Doctors' Trial to American Bioethics and Human Rights*, „Minnesota Journal of Law, Science & Technology” 2009, vol. 10, nr 1.
- Beecher H.K., *Ethics and Clinical Research*, „The New England Journal of Medicine” 1966.

- Bekelman J., Li Y., Gros C., *Scope and Impact of Financial Conflicts of Interest in Biomedical Research. A Systematic Review*, „Journal of American Medical Association” 2003, vol. 289.
- Bernard C., *An Introduction to the Study of Experimental Medicine*, New York-Dover 1957.
- Bielby P., *Competence and Vulnerability in Biomedical Research*, *International Library of Ethics*, „Law, and the New Medicine” 2008, Vol. 40.
- Cambon-Thomsen A., Sallee C., Rial-Sebbag E., Knoppers B.M., *Populational genetic databases: is a specific ethical and legal framework necessary?*, „GebEdit” 2005, vol. 3, nr 1.
- Carse A.L., Little M.O., *Explosion in the Enterprise of Medical Research*, [w:] *Exploitation and Developing Countries: The Ethics of Clinical Research*, J.S. Hawkins, E.J. Emanuel (red.), Princeton 2008.
- Chałubiński T., *Zimnica. Studium ze stanowiska praktycznego*, Warszawa 1875.
- Clinical Trials Search Portal, <http://www.who.int/trialsearch> [dostęp: 21.07.2014].
- ClinicalTrials, <http://clinicaltrials.gov> [dostęp: 21.07.2014].
- Gifford F., *The Conflict between Randomized Clinical Trials and the Therapeutic Obligation*, „Journal of Medicine & Philosophy” 1986, vol. 11.
- House of Commons, *The Report of The Royal Liverpool Children's Inquiry*, London 2001.
- Internetowy Serwis Filozoficzny, <http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=cnf4&m=44&ik=1&ii=3> [dostęp: 21.07.2014].
- Jasudowicz T. (red.), *Europejskie standardy bioetyczne. Wybór materiałów*, Toruń 1998.
- Jędrzejowski A., *Międzynarodowe regulacje prawne w badaniach klinicznych. Standardy Medyczne*, „Pediatria” 2010, T. 7.
- Kapelańska-Pręgowska J., *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, Warszawa 2011.
- Katolo A.J., *Eksperymenty na embrionach*, [w:] *Encyklopedia bioetyki*, Muszala A. (red.), Radom 2009.
- Kipnis K., *Vulnerability in Research Subjects: A Bioethical Taxonomy*, [w:] National Bioethics Advisory Commission, *Ethical and Policy Issues in Research Involving Human Research Participants*, Bethesda, MD 2001.
- Klee E., *Auschwitz. Medycyna III Rzeszy i jej ofiary*, Kraków 2009.
- Levine R.J., *Ethics and Regulation of Clinical Research*, 2nd ED., Baltimore–Munich 1986.
- Levine R.J., *Research and Practice*, [w:] *Ethics and Regulatory Aspects of Clinical Research and Commentary*, red. Emanuel E.J. i in., Baltimore&London 2003.
- London A.J., *The Ambiguity and the Exigency: Clarifying 'Standard of Care' Arguments in International Research*, „Journal of Medicine and Philosophy” 2000, Vol. 25, Nr 4.

- Lurie P., Wolfe S.M., *Unethical trials of interventions to reduce perinatal transmission of the human immunodeficiency virus in developing countries*, „The New England Journal of Medicine” 1997, vol. 337, nr 12.
- Miller F.G., Joffe S., *Zasada równowagi klinicznej i dylematy etyczne dotyczące badań klinicznych z randomizacją*, z komentarzem Różyńska J., Waligóra M., *Kilka słów o zasadzie równowagi klinicznej*, „Medycyna po Dyplomie” 2011, vol. 20, nr 8.
- Mitscherlich A., Mielke F., *Nieludzka medycyna*, Warszawa 1963.
- National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, *The Belmont Report 1979*, <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html> [dostęp: 21.07.2014].
- Nawrot O., *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011.
- O'Rourke P.P., Crone R.K., Vacanti J.P., Ware J.H., i in., *Extracorporeal membrane oxygenation and conventional medical therapy in neonates with persistent pulmonary hypertension of the newborn: a prospective randomized study*, „Pediatrics” 1989, nr 84(6).
- Paget S., *John Hunter, man of science and surgeon (1728–1793)*, London 1897.
- Pappworth M.H., *Human Guinea Pigs. Experimentation on Man*, Harmondsworth 1967.
- Powszechna deklaracja o genomie ludzkim i prawach człowieka*, Polska Komisja ds. UNESCO, Warszawa 1998.
- Różyńska J., *Standard minimalnego ryzyka*, „Prawo i medycyna” 2001, nr 2.
- Różyńska J., Waligóra M., *Badania naukowe z udziałem ludzi w biomedycynie. Standardy międzynarodowe*, Warszawa 2012.
- Sass H.M., *Reichsrundschreiben 1931: Pre-Nuremberg German Regulations Concerning New Therapy and Human Experimentation*, „Journal of Medicine and Philosophy” 1983, vol. 8, nr 2.
- Schroeder D., Gefenas E., *Vulnerability: Too Vague and Too Broad?*, Cambridge „Quarterly of Healthcare Ethics” 2008, vol. 15, no 2.
- Shuster E., *The Nuremberg Code: Hippocratic Ethics and Human Rights*, Lancet 1998.
- Thompson D., *Understanding Financial Conflicts of Interest*, „The New England Journal of Medicine” 1993, vol. 329, nr 8.
- Tröhler U., *James Lind and scurvy: 1747 to 1795*, „JLL Bulletin: Commentaries on the History of Treatment Evaluation” 2003.
- Walter M. (red.), *Badania kliniczne. Organizacja. Nadzór. Monitorowanie*, Warszawa 2004.
- Wieresajew W., *Zwierzenia lekarza*, Warszawa 1957.
- Zelen M., *Play-the-winner Rule and the Controlled Clinical Trial*, „Journal of the American Statistical Association” 1969, vol. 64.

MAGDALENA DEBITA

'Biomedical Research Involving Human Subjects. International Standards' edited by Joanna Różyńska and Marcin Waligóra – review

The article beneath is a review of the book: 'Biomedical Research Involving Human Subjects. International Standards' edited by Joanna Różyńska (PhD) and Marcin Waligóra (PhD), published in Warsaw in 2012. The monograph presents the basic international ethical and legal guidelines and regulations related with a title-problem. In polish scientific literature biomedicine is still a new issue and arouses many controversies. That is why the book of J. Różyńska and M. Waligóra is so important.

ISBN 978-83-933222-9-9