

Nr 7



cena
40 zł
(w tym 5% VAT)

PRAWO i WIĘZ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY ROK III NUMER 1 (7) WIOSNA 2014 ROK

ISSN 1506-7513
ISSN 2299-405X



SPÓŁDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

www.prawoiwiedz.edu.pl • www.sin.edu.pl

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

Journal in Legal and Social Studies

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

DODATEK KWARTALNIKA NAUKOWEGO PIENIĄDZE i WIĘŹ

ISSN 1506-7513

ROK III NUMER 1 (7) WIOSNA 2014

ISSN 2299-405X

Rada Programowa:

prof. **Cezary Mik** (UKSW) –
przewodniczący
dr **Bolesław Banaszkiwicz**
prof. **Jolanta Jabłońska-Bonca**
(Akademia Leona Koźmińskiego)
prof. **Zbigniew Cieślak** (UKSW)
prof. **Henryk Cioch** (KUL, SIN)
ks. prof. **Antoni Dębiński** (KUL)
ks. abp prof. **Andrzej Dzięga** (KUL, SIN)
prof. **Tadeusz Jasudowicz** (UMK)
prof. **Roman Kwiecień** (UMCS)
prof. **Jarosław Majewski** (UKSW)
prof. **Marek Michalski** (UKSW)
prof. **Krzysztof Pietrzykowski** (UW, SIN)
dr **Jadwiga Potrzebacz** (KUL)
prof. **Zbigniew Rau** (UŁ)
dr **Marcin Romanowski** (UKSW)
dr hab. **Kazimierz Ujazdowski** (UŁ)
ks. prof. **Krzysztof Warchałowski**
(UKSW)
prof. **Krzysztof Wojtyczek** (UJ)
dr hab. **Piotr Zakrzewski**, prof. KUL

International Board:

prof. **Zenon Bankowski** (Wielka Brytania)
prof. **Christian Hillgruber** (Niemcy)
prof. **Håkan Hydén** (Szwecja)
dr **Bogdan Iancu** (Rumunia)
dr hab. **Zdeněk Koudelka** (Czechy)
prof. **Martin Krygier** (Australia)
prof. **Martin Rhonheimer** (Włochy)
prof. **Germano Andre Doederlein
Schwartz** (Brazylia)
prof. **Hideki Tarumoto** (Japonia)

Zespół redakcyjny:

prof. **Lech Morawski** – redaktor naczelny
prof. **Adam Czarnota** – zastępca redaktora
naczelnego
prof. **Adam Jedliński** – zastępca redaktora
naczelnego
prof. **Krzyszyna Pawłowicz** – zastępca redaktora
naczelnego
Agata Czarnecka – sekretarz
Janusz Ossowski – redaktor zarządzający
Michał J. Czarnecki – redaktor językowy
Andrzej Kozakowski – skład

Prenumerata roczna 160 zł,
cena za jeden zeszyt 40 zł (w tym 5 % VAT),
nakład 250 egz.

Konto Wydawcy: Raiffeisen Bank
05 1750 1325 0000 0000 1303 1843

Okładka: Jean-Baptiste Perroneau, *Portret
prawnika Daniela Jousse*

Źródło: Web Gallery of Art, Węgry (www.wga.hu)

Wersja pierwotna jest wersją papierową

Wydawca:

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

Adres:

Redakcja Wydawnictwa
Spółdzielczego Instytutu Naukowego G. Bierecki sp. j.
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90
www.sin.edu.pl; redakcja_piw@skok.pl

Adres do korespondencji:

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu
Mikołaja Kopernika
ul. Władysława Bojarskiego 3, 87-100 Toruń
tel. 503 839 374, 606 285 765
www.prawoiwiedz.edu.pl
e-mail: prawoiwiedz@gmail.com

Okładka: Jean-Baptiste Perroneau, *Portret prawnika Daniela Jousse*

Źródło: Web Gallery of Art, Węgry
(www.wga.hu)

Jean-Baptiste Perroneau (1715–1783) – francuski malarz portrecista i grafik okresu rokoka.

Portret prawnika Daniela Jousse (powstał w l. 1765–67), przedstawia Daniela Jousse (1704–1781), wybitnego prawnika, wykładowcę uniwersyteckiego, autora wielu publikacji, znanego także z bezinteresowności i skromności. Obraz znajduje się w Muzeum Sztuk Pięknych w Orleanie we Francji.



Spis treści

ARTYKUŁY

<i>Stanisław Czepita</i> Istota wolności i jej granice w polskim systemie prawnym	7
<i>Adam Czarnota</i> Krótki esej o czterech ważnych kwestiach: prawie, tożsamości, pamięci i wspólnocie	27
<i>Dobrochna Bach-Golecka</i> Elastyczna wykładnia prawa do życia w fazie prenatalnej	40
<i>Kamil Zeidler</i> Prawo publiczne a prawo prywatne w relacji do sporu pomiędzy liberalizmem a komunitaryzmem	51
<i>Łukasz Mirocha</i> Uleczyc liberalizm. O <i>modus vivendi</i> Johna Graya.....	56
<i>Barbara Surdykowska</i> Rozporządzenie Monti II – nieudana próba przywrócenia równowagi między prawami podstawowymi a swobodami gospodarczymi.....	73
<i>Wojciech Wytrząsek</i> Instytucjonalne formy współpracy transgranicznej samorządu terytorialnego jako czynnik rozwoju regionalnego	87

ARTYKUŁ RECENZYJNY

<i>Marcin Kałduński</i> Prawo i polityka w przestrzeni kosmicznej. Najnowsze wyzwania i tendencje (recenzja książki Leonarda Łukaszuka „Współpraca i rywa- lizacja w przestrzeni kosmicznej. Prawo – polityka – gospodarka”).....	103
--	-----

AUTORZY

Noty o autorach	111
-----------------------	-----



ARTYKUŁY

Istota wolności i jej granice w polskim systemie prawnym

The Concept of Freedom and Its Limits in the Polish Legal System

The aim of the article is to point out how freedom is understood and how its limits are seen in the contemporary Polish legal system.

The author sketches two approaches to freedom. According to the first one, originating from Plato, Aristotle and Thomas Aquinas, freedom is a rational choice of good: human action is free if a man consciously does what he recognizes as good. Freedom is a value because it serves specific good. Choosing what one considers to be evil is a betrayal of freedom. This conception of freedom is harmonized with the ethical objectivism and vision of a man as a social being. According to the second approach, which emerged in the Enlightenment and was adopted by liberalism, freedom is conceived as doing whatever one desires wherein the actor decides on what is good and what is evil. Freedom is a value in itself and, moreover, it is the supreme one. This conception of freedom is individualistic and harmonized with ethical subjectivism.

The author points out that, at first glance, the Constitution of Poland and binding acts of international and European law imply the liberal concept of freedom although not in its extreme version. These acts assume that freedom is restricted not only by freedom of other people but also by the good of society as a whole as well as by public morality. The author emphasizes that the Constitution adopts the concept of common good derived from Thomas Aquinas as well as solidaristic conception of society. The author comes to the conclusion that the concept of freedom presupposed by the Constitution of Poland is, in fact, much closer to the concept derived from Aristotle and Thomas Aquinas than it seems to be.

Stanisław Czepita

*doktor habilitowany nauk prawnych,
profesor Uniwersytetu Szczecińskiego,
Uniwersytet Szczeciński*

Celem poniższych rozważań jest sformułowanie odpowiedzi na dwa pytania: po pierwsze – jak pojmuje wolność współczesny polski ustawodawca konstytucyjny, oraz po drugie – jak określa on granice wolności? Ponieważ pojęcie wolności jest pojęciem filozoficznym, zatem odpowiedź na pierwsze pytanie musi być odniesiona do sposobów pojmowania wolności w rozważaniach filozoficznych. W części niejako wstępnej, przedstawione zostaną zatem najważniejsze nurty ujmowania wolności obecne w refleksji filozoficznej, wraz z ujęciem granic wolności

w ramach danego nurtu. Przedstawiona poniżej charakterystyka nurtów pojmowania wolności będzie bardzo szkicowa i uproszczona, co jest oczywiste w kontekście niezmierniej rozległości i bogactwa literatury filozoficznej dotyczącej wolności¹.

I

Wolność ujmowana jest jako cecha czy własność postępowania człowieka: zarówno aktywnego działania jak i zaniechania – wolność działania (*freedom of action*). Wolność dotyczy sfery postępowania człowieka: jej rozległości oraz możliwości czy swobody wyboru takiego czy innego postępowania z owej sfery lub spoza niej. Z drugiej strony wolność traktowana jest jako cecha procesów wolicjonalnych czy decyzyjnych – wolność woli (*freedom of will*). Wolność działania i wolność woli nie są tożsame, ale są istotnie i wielorako powiązane i – jak się wydaje – nie sposób ich rozdzielić.

Wolność jest powszechnie uważana za wartość, ale spory dotyczą tego, jaką jest wartością. Po pierwsze – czy jest wartością ważną czy błahą? Jedni uważają wolność za wartość wręcz fundamentalną, ważniejszą od wszystkich innych wartości; inni nie przypisują jej takiej pozycji. Po drugie – gdzie zlokalizować wolność w standardowych typologiach rodzajów wartości; czy wolność da się w ogóle umiejscowić w owych typologiach, czy jest jakąś wartością swoistą?

Nie wchodząc we wskazane niezwykle trudne problemy rozpoczniemy od takiego ujęcia wolności, w którym jest ona utożsamiana z brakiem ograniczeń. Jestem wolny wówczas, gdy nie jestem w jakikolwiek sposób ograniczony czy ograniczany – i nie jest w tym ujęciu istotne, czy ewentualne ograniczenia są konsekwencją czyjś postępowania, zwłaszcza postępowania podjętego w intencji skłonienia mnie do określonego działania czy zaniechania. Tak pojęta wolność może być rozpatrywana w odniesieniu do człowieka jako gatunku – jako brak ograniczeń wynikających z tego, że każdy z nas jest tylko człowiekiem: bytem przygodnym o określonych cechach, w szczególności o określonych słabościach. Nie jesteśmy nieśmiertelni, nie jesteśmy wszechwiedzący, mamy ograniczone siły, nie potrafimy fruwać itd. W takim rozumieniu oczywiście żaden człowiek nie jest wolny, bo jest tylko człowiekiem.

Wolność jako brak ograniczeń może być rozpatrywana kategorialnie i wynikać z właściwości pewnej kategorii osób, do której ktoś należy. Jan jest niskiego wzrostu, a chciałby być koszykarzem, jest mało zdolny, a chciałby ukończyć trudne studia; Roman jest mężczyzną a chciałby być kobietą i postrzega to jako ograniczenie swojej wolności. Może być rozpatrywana jednostkowo; nie jestem wolny, bo wpadłem do dołu, z którego nie jestem w stanie się wydostać.

Można powiedzieć, że wolność jako brak ograniczeń niewynikających z działania innych ludzi nie jest zasadniczo przedmiotem zainteresowania prawa i takim pojęciem wolności nie powinniśmy się w niniejszych rozważaniach zajmować. Trzeba jednak odnotować, że właśnie takie pojmowanie wolności zakładane bywa, choćby domyślnie, przez pewną postawę wobec prawa i wszelkich społecznych systemów normatywnych, która to postawa wymaga, by prawo „wyrównywało

1 Niniejszy tekst stanowi nieznacznie rozbudowaną wersję referatu przedstawionego przez autora na konferencji naukowej na temat „Ochrona uczuć religijnych w Polsce”, zorganizowanej przez Polski Instytut Katolicki „Sursum Corda”, która odbyła się 27 września 2013 r. na Uniwersytecie Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

szanse” tych, którzy, bez wpływu innych, znaleźli się w określonej sytuacji. Ktoś jest mężczyzną i żyje w związku homoseksualnym. Nie może z tego związku mieć naturalnych dzieci, które chciałby wraz z partnerem mieć i postrzega to jako ograniczenie swojej wolności przez naturę. Żąda zatem od systemu prawnego, by prawo umożliwiło mu pokonanie czy raczej obejście tych ograniczeń, poprzez wprowadzenie prawnej możliwości adopcji dzieci przez pary homoseksualne. Ktoś inny stracił nogi w nieszczęśliwym wypadku i korzysta z protez, a chciałby być biegaczem i rywalizować ze zdrowymi. Żąda od osób odpowiedzialnych za kształtowanie systemu norm regulujących daną dyscyplinę sportu, by dopuścili go, biegającego z użyciem protez, (które, być może, dają mu handicap w stosunku do biegających na własnych nogach) do rywalizacji z normalnymi biegaczami.

Ponieważ każdy człowiek żyje na świecie wspólnie z innymi ludźmi, żyje w takich czy innych społecznościach i grupach społecznych, zatem wolność każdego z nas ma wymiar społeczny. Muszę się z innymi ludźmi liczyć, chociaż różnie mogę ich traktować; inni ludzie mogą na mnie oddziaływać, w szczególności chcąc wpłynąć na moje postępowanie. Wolność w tym ujęciu dotyczy relacji międzyludzkich: relacji do innego człowieka, do innych ludzi, do ludzkości w ogóle, do zasad organizujących życie danej społeczności czy całej ludzkości.

Wolność w tym ujęciu przeciwstawiamy przymusowi; nie jestem wolny, gdy ktoś – pojedynczy człowiek, inni ludzie, społeczeństwo, w którym żyję, ludzkość jako całość – chcą mnie skłonić czy zmusić, wbrew mojej woli, do określonego postępowania. Oczywiście formy czy sposoby owego zmuszania mnie do określonego postępowania mogą być rozmaite: od przymusu bezpośredniego (np. ktoś zamyka mnie w klatce, ktoś siłą wynosi czy wyprowadza mnie z pomieszczenia), przez takie celowe ukształtowanie przez kogoś mojej sytuacji faktycznej, że nie mogę faktycznie postąpić czy postępować tak, jakbym pragnął (tzw. stanowienie przez wytwory), po ustanowienie normy zagrożonej sankcją w przypadku nieposłuszeństwa. Głębokość ingerencji w moją tak pojmowaną wolność może być oczywiście różna: od skłaniania mnie do tego, bym nie wybrał sposobu postępowania, który najwyżej preferuję, przy pozostawieniu mi do wyboru wielu innych pozytywnie przeze mnie ocenianych alternatyw, po dramatyczne albo-albo, przed jakim stanęli, za sprawą króla Antiocha, Bracia Machabeuszowi² i przed którym stają dzisiejszy męczennicy religijni i światopoglądowi.

Dla tak rozumianej wolności używa się określenia „wolność zewnętrzna” – przeciwstawiając ją „wolności wewnętrznej”, o której będzie mowa, chociaż określenie „wolność wewnętrzna” bywa odnoszone do wolności jako braku ograniczeń. Wyróżnia się w rozważanym wymiarze wolność negatywną oraz wolność pozytywną, czyli wolność od i wolność do. Wolność negatywna (wolność od) dotyczy tego, aby inni ludzie nie mogli mi narzucać, co mam czynić, przy czym słowo „mogli” jest rozumiane dynamicznie (nie byli w stanie) bądź tetycznie, normatywnie (jest im to zabronione). Wolność pozytywna (wolność do) dotyczy tego, co ja mogę zrobić ze swoją sferą swobody postępowania, jak ją niejako zagospodaruję.

Właśnie wolność jako brak przymusu – wolność zewnętrzna – jest w pierwszym rzędzie przedmiotem regulacji prawnej przez prawo pozytywne, czyli

pochodzące od państwa, ponieważ zadaniem państwa jest uregulowanie stosunków międzyludzkich.

W rozważaniach filozoficznych, zwłaszcza etycznych, argumentuje się niekiedy, że prawdziwą wolnością nie jest wolność zewnętrzna, ale wolność wewnętrzna, wolność woli (*freedom of will*). I tutaj dochodzimy do najtrudniejszego chyba problemu filozofii człowieka. Problem ten zanalizujemy jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne dla realizacji celu niniejszych rozważań.

Że wolność zewnętrzna i wolność wewnętrzna to nie to samo, widać chociażby w sytuacji, gdy nikt co prawda nie manipuluje moją wolą, ale postawiono mnie w takiej sytuacji, że to, co chciałbym uczynić, stało się – za sprawą czyjegoś działania – niemożliwe bądź stało się dla mnie większym złem. I odwrotnie: kiedy ktoś manipuluje moją wolą, czy wręcz jej mnie pozbawia, np. wprawiając w stan nieświadomości, czy niemożliwości prawidłowego rozeznania konsekwencji mojego postępowania, to choćbym postąpił zgodnie z moją zniekształconą, omamioną wolą, nie powiemy, że czyn mój jest rezultatem aktu wolnej woli czy wolnego wyboru. Wydaje się – niebywale upraszczając – że wolna wola jest koniecznym warunkiem wolnego działania. Ale na czym owa wolna wola miałaby polegać, czy ona w ogóle istnieje – to problemy, w które nie chcielibyśmy głębiej wchodzić.

Najogólniej – wydawałoby się – można powiedzieć, że człowiek jest wolny, jeżeli chce wykonać określone działanie, które mieści się w puli działań faktycznie możliwych i rzeczywiście wybiera to działanie, które chce wybrać. Ale tak jest również w przypadku zwierząt, a standardowo sądzimy, że tylko ludzie, a nie zwierzęta (jeżeli w ogóle jakiegokolwiek istoty ziemskie) mają wolną wolę. Takie ujęcie wolności narażone jest także na inny poważny zarzut. Jeżeli ten człowiek jest wolny, w tym wolny wewnętrznie, kto postępuje tak jak chce, to człowiek miotany namiętnościami, który idzie za swoimi namiętnościami, który im folguje – jest w najpełniejszym znaczeniu wolny.

Być może taka jest potoczna, bezrefleksyjna wizja wolności. W taki sposób pojmowano wolność u początków refleksji filozoficznej; tak ujmowali wolność sofistów, np. Kalikles z Platonskiego *Gorgiasza*³. Ale filozofowie starożytnej Grecji bardzo szybko taką wizję wolności odrzucili jako zrównującą wolnego człowieka ze zwierzęciem kierującym się popędami. Już Sokrates ujmował wolność (*eleutheria*) jako panowanie rozumnej natury nad zwierzęcą (*enkrateia*)⁴. Platon, wyróżniając trzy „części” duszy: pożądlivą, impulsywną i rozumną, ujmuje wolność jako panowanie rozumnej części duszy nad dwiema pozostałymi, podkreślając – zwłaszcza w micie Era – możliwość i doniosłość moralnego wyboru postępowania⁵. Wolność jest zatem

3 Platon, *Gorgias*, 491e-492c, [w:] idem, *Gorgias. Menon*, przeł. P. Siwek, Warszawa 1991, s. 77-78.

4 Szczegółowo rozważa tę kwestię Giovanni Reale (*Historia filozofii starożytnej*, t. I, *Od początków do Sokratesa*, przeł. E.I. Zieliński, Lublin 2005, s. 311-349, zwłaszcza s. 335-340).

5 Patrz zwłaszcza Platon: idem, *Państwo*, ks. IV, przeł. W. Witwicki, Kęty 2006; idem, *Timajos*, 69d6-70a7, [w:] idem, *Timajos. Kritias albo Atlantykt*, przeł. P. Siwek, Warszawa 1986, s. 94-96. Mit Era – patrz: Platon, *Państwo*, ks. X, 614 – 621; szczegółowa analiza moralnego aspektu tego mitu: G. Reale, *Przekaz filozoficzny za pośrednictwem mitu i koncepcja wolności u Platona*, [w:] *Wolność we współczesnej kulturze. Materiały V Światowego Kongresu Filozofii Chrześcijańskiej*, red. Z. J. Zdybicka et al., Lublin 1997, s. 71-81.

u niego przeciwieństwem dowolności. Również według Arystotelesa wolność urzeczywistniamy w rozumowym wyborze dobra⁶.

Wizję wolności jako rozumnego wyboru dobra zdecydowanie pogłębił i rozbudował św. Tomasz z Akwinu⁷. Mówiąc w ogromnym uproszczeniu człowiek ma – wedle Akwinaty – zdolność rozumowego poznania i kierowania się rozumem (*intellectus*); ma również naturalną skłonność do dobra (*appetitus boni*). Wola (*voluntas*) oparta jest o zdolność rozumowego poznania, w tym rozpoznania dobra, oraz o naturalną skłonność do dobra. Wolna wola (*liberum arbitrium*) polega zatem na wyborze takiego postępowania, które realizuje dobro. Człowiek, który świadomie wybiera zło nie jest wolny wewnętrznie. Człowiek ma wolną wolę, gdy dąży do osiągnięcia tego, co rozpoznaje jako dobro, przy czym Tomasz zakładał, że prawdziwe dobro i szczęście można odnaleźć jedynie w Bogu – nieskończonym Dobru, chociaż człowiek może sobie tego do końca nie uświadamiać. Taka koncepcja wolności woli wyznacza określony sposób pojmowania wolności działania. Działanie ludzkie jest wolne, jeżeli człowiek świadomie czyni to, co rozpoznaje jako dobro; świadomie czyniąc to, co rozpoznajemy jako zło, sprzeniewierzamy się wolności. Sprzeniewierzeniem się wolności jest przy tym świadomy wybór tego, co rozpoznaję jak zło dla innego człowieka, dla społeczeństwa, jak i tego, co rozpoznaje jako zło dla siebie samego.

Taka koncepcja wolności wyznacza również określony sposób rozumienia granic wolności. Człowiek, chociaż niejako związany tym, co rozpoznaje jako dobro, ma jednak w określonych aspektach swobodę wyboru. Po pierwsze – konieczność wyboru dobra nie jest koniecznością narzuconą z zewnątrz (*necessitas coactionis*), jest koniecznością natury (*necessitas naturalis*), wywodzącą się z natury woli. Po drugie – człowiek nie jest nieomylny, zarówno w rozpoznawaniu tego, co dobre, jak i w doborze środków realizacji tego, co rozpoznaje jako dobre. Realizuje on swoją wolność także wtedy, gdy błędnie dobiera środki do osiągnięcia rozpoznawanego dobra, jak i wtedy, gdy podejmuje działania zmierzające do realizacji tego, co błędnie rozpoznał jako dobre. Po trzecie oczywiście – bywa, iż dane dobro może być osiągnięte na wiele sposobów, a człowiek realizuje swoją wolność wybierając tak czy inny sposób. Po czwarte – bywa tak, że dobra pozostają ze sobą w konflikcie i człowiek musi zdecydować jakie dobra zrealizować, a jakie poświęcić⁸.

6 Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, ks. III, przeł. D. Gromska, Warszawa 1982, s. 73-117. O niejasnościach stanowiska Arystotelesa w kwestii wolności patrz: G. Reale, *Historia filozofii starożytnej*, t. II, *Platon i Arystoteles*, przeł. E. I. Zieliński, Lublin 2005, s. 503-507.

7 Problematykę woli, zwłaszcza wolnej woli, podejmuje św. Tomasz w wielu miejscach, zarówno w *Summie teologicznej* jak i innych pracach, zwłaszcza w traktacie *O prawdzie* (*De veritate*). Patrz w szczególności: św. Tomasz, *Summa theologiae*, I, q.59, 82-83, I-II, q. 6-21. Fragmenty te są zasadniczo objęte przekładem dokonany przez F. W. Bednarskiego – patrz: św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna w skrócie. Skrótu dokonano i objaśnieniami zaopatrzył F. W. Bednarski OP*, wyd. V, Warszawa 2004, s. 112-114, 176-210. Zwięźle koncepcje św. Tomasza omawia Frederick Copleston (*Historia filozofii*, t. II, *Od Augustyna do Szkota*, przeł. S. Zalewski, Warszawa 2004, s. 340-373). Z literatury dawniejszej patrz: E. Gilson, *Tomizm. Wprowadzenie do filozofii św. Tomasza z Akwinu*, przeł. J. Rybałt, Warszawa 1960, s. 333-368. Ujęcie wolności i jej granic w tomizmie Lubelskiej Szkoły Filozoficznej przedstawia M.A. Krąpiec (*Ludzka wolność i jej granice*, Lublin 2004).

8 Zagadnienie wolności ujęte z perspektywy filozofii chrześcijańskiej ma oczywiście tak bogatą literaturę, że autor nie czuje się kompetentny, aby wskazać najważniejsze nawet

Przedstawiona koncepcja wolności jako rozumnego wyboru dobra jest zasadniczo zharmonizowana z obiektywizmem etycznym – dobro i zło istnieje obiektywnie, człowiek nie decyduje o tym, co dobre czy złe, chociaż ma władzę rozpoznawania, niekiedy mylnego, obiektywnego dobra i zła. Jest także osadzona w określonej wizji natury człowieka jako jednostki i jako bytu społecznego. Nazwijmy ją klasyczną czy arystotelesowsko-tomistyczną koncepcją wolności.

Od czasów Oświecenia rozprzestrzeniła się jednak odmienna wizja wolności, nawiązująca skądinąd do wspomnianych idei sofistów. Wizja ta obecna była już u Thomasa Hobbesa, który zasadniczo zrównywał w tym względzie zwierzęta i ludzi. Wolność sprowadzał on do realizacji swoich pożądań, tyle że poprzedzonych namysłem, ujmowanych jako naprzemienne wahania pożądania i wstrętu⁹. Wizję taką przyjmował Dawid Hume, ujmując wolność jako „możność działania lub niedziałania stosownie do determinacji woli; co znaczy, że jeżeli chcemy się nie ruszać, możemy się nie ruszać, jeżeli chcemy poruszyć się, możemy i to uczynić”¹⁰.

Takie ujęcie wolności rozwinął – jak się powszechnie przyjmuje – liberalizm. Trzeba jednak pamiętać, że pojęcie liberalizmu jest pojęciem typologicznym o bardzo niewyraźnych granicach i obejmuje zarówno koncepcje czy poglądy skrajnie, konsekwentnie liberalne, jak i takie, co do których nie wszyscy się zgodzą, że można je jeszcze do liberalizmu zaliczyć¹¹.

Tak np. John Locke – uważany za jednego z ojców liberalizmu – polemizując z sir Robertem Filmerem, stwierdzał, że „wolność nie jest zatem (...) *wolnością każdego do tego, co mu się podoba, do życia, jakie mu się podoba i nieskrępowania żadnymi prawami. Wolność ludzi pod władzą rządu* oznacza życie pod rządami stałych praw, powszechnych w tym społeczeństwie i uchwalanych przez powołaną w nim władzę ustawodawczą. Jest to wolność do kierowania się swoją własną wolą we wszystkich sprawach, w których prawa tego nie zakazują, oraz niepodlegania zmiennej, niepewnej, nieznannej, arbitralnej woli innego człowieka. Natomiast wolność natury nie zna innych ograniczeń poza prawem natury”¹². Stan natury natomiast – wedle tego myśliciela – „jakkolwiek jest to *stan wolności*, nie jest to jednak stan, w którym można czynić, *co się komu podoba*.” Jest tak bowiem, że „w *stanie natury* ma rządzić obowiązujące każdego prawo natury. Rozum, który jest tym prawem, uczy cały rodzaj ludzki, jeśli tylko ten chce się go poradzić, że skoro wszyscy są równi i niezależni, nikt nie powinien wyrządzać drugiemu szkód na życiu, zdrowiu, wolności czy majątku”¹³. Wolność jest przeto – w ujęciu autora *Dwóch traktatów o rządzie*

prace. W języku polskim niezmiernie wartościowa jest wspomniana już praca pod redakcją s. Zofii J. Zdybickiej *Wolność we współczesnej kulturze. Materiały V Światowego Kongresu Filozofii Chrześcijańskiej*. KUL – Lublin, 20-25 sierpnia 1996 r., Lublin 1997.

- 9 T. Hobbes, *Elementy filozofii*, t. I, *O ciele*, fragm. IV, 25,13, przeł. Cz. Znamierowski, Warszawa 1956, s. 424-425.
- 10 D. Hume, *Badania dotyczące rozumu ludzkiego*, przeł. J. Łukasiewicz, K. Twardowski, Warszawa 1977, s. 114 (szerzej: rozdz. VIII, *O wolności i konieczności*).
- 11 W kwestii granic współczesnego liberalizmu politycznego patrz np. T. Tulejski, *Czy liberalizm jest jeszcze liberalny*, „Prawo i Więź” 3(5), 2013, s. 7-20.
- 12 J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, przeł. Z. Rau, Warszawa 1992, s. 178-179 (*Traktat drugi*, rozdz. IV, *O niewoli*, § 22).
- 13 Ibidem, s. 166 (rozdz. II, *O stanie natury*, § 6).

– swobodą postępowania wedle własnej woli; jednakże w każdej sytuacji (zarówno w stanie natury jak i pod władzą rządu) jest to swoboda, w której kierować się musimy rozumem, a ponadto pod władzą rządu także prawami uchwalonymi w tym społeczeństwie przez powołaną przez nie władzę.

Ujęcie wolności u Johna Stuarta Milla – utrzymane w tym samym duchu – jest wysoce zniuansowane. Chociaż problematykę wolności rozważa Mill przede wszystkim w swoim słynnym eseju *O wolności*, to wspomnieć należy, że w wcześniejszym *Systemie logiki* uznawał, że w zakresie wolności woli można sensownie mówić, iż człowiek jest wolny tylko w takim rozumieniu, że człowiek mógłby postąpić inaczej niż rzeczywiście postąpił, gdyby był inny niż rzeczywiście był, w momencie gdy w dany sposób postąpił, zwłaszcza gdyby był on, jego charakter, inaczej ukształtowany – a człowiek ma wpływ na kształtowanie swojego charakteru¹⁴. Z kolei we wspomnianej pracy *O wolności* istotę wolności angielski filozof widział w tym, że człowiekowi przysługuje „swoboda dążenia do własnego dobra na swój własny sposób”¹⁵. Wolność nie polega jednak na poddawaniu się wszelkim impulsom czy kaprysom, lecz na harmonijnym rozwoju własnej indywidualności¹⁶. Wolności ma człowiek używać dla rozwoju samego siebie, przy czym – jak wierzył Mill – wolność jednostki ludzkiej jest koniecznym warunkiem jej samorozwoju. Dlatego wolność jest wartością ważną, wręcz fundamentalną dla jednostki. „Wszystkie błędy – jak pisał – jakie [człowiek] mógłby popełnić wbrew uwagom i ostrzeżeniam, ważą mniej od krzywdy, jaka go spotyka, gdy pozwalamy innym zmuszać go do tego, co uważają za jego dobro”¹⁷. J.S. Mill uznawał zatem, że ustrój społeczny powinien być tak zorganizowany, by sfery wolności jednostek ludzkich były maksymalnie szerokie w stopniu dającym się pogodzić z wymaganiami życia społecznego¹⁸.

Rozważane ujęcie wolności zradycalizował Isaiah Berlin, przede wszystkim w znanym i wpływowym eseju *Dwie koncepcje wolności*, w którym przeciwstawił pojęcie wolności negatywnej i pojęcie wolności pozytywnej¹⁹. Pierwsze pojęcie „wiąże się z odpowiedzią na pytanie: »Jak daleko sięga obszar, w którego granicach podmiot – osoba bądź grupa osób – ma lub powinien mieć całkowitą swobodę bycia i działania wedle własnej woli, bez wtrącania się innych osób?«, drugie (...) z odpowiedzią na pytanie, »Co lub kto, jest źródłem władzy albo ingerencji, która może przesądzić, że ktoś ma zrobić raczej to niż tamto, być taki a nie inny?«”²⁰, przy czym Berlin tylko pierwsze pojęcie wolności traktował jako właściwe czy prawdziwe.

14 J. S. Mill, *System logiki dedukcyjnej i indukcyjnej*, t. II, przeł. Cz. Znamierowski, Warszawa 1962, 537-545.

15 J. S. Mill, *O wolności*, [w:] idem, *Utylitaryzm. O wolności*, przeł. M. Ossowska, A. Kurlandzka, Warszawa 1959, s. 133-134.

16 Ibidem, s. 198 i n.

17 Ibidem, s. 227.

18 Ibidem, s. 234-235.

19 Esej ten, będący tekstem wykładu inauguracyjnego I. Berlina wygłoszonego na Uniwersytecie Oksfordzkim w 1958 r., był następnie wielokrotnie publikowany. O niniejszych rozważaniach korzystam z publikacji: I. Berlin, *Dwie koncepcje wolności*, [w:] idem, *Cztery eseje o wolności*, przeł. D. Grinberg, D. Lachowska, J. Łoziński, Warszawa 1994.

20 Ibidem, s. 182.

Literatura na temat koncepcji wolności tego oksfordzkiego filozofa jest bardzo obszerna, zarówno sprawozdawcza, jak i aprobująca i krytyczna, lecz nie jest zadaniem niniejszego tekstu jej całościowe omawianie²¹. Ze względu na cele tekstu zwrócimy obecnie uwagę jedynie na niektóre aspekty jego koncepcji. Wiadomo powszechnie, że wedle Berlina pojęcie wartości pozytywnej prowadzi do takiej czy innej formy zniewolenia: czy to przez tyranie zewnętrzną, czy przez bardziej subtelna postać pozbawienia, czy wyrzeknięcia się prawdziwej wolności w przypadku samoograniczenia, czy uznania jakiegoś autorytetu²². Zdecydowanie ujmował on wolność (negatywną) jako istotną wartość i podkreślał, że wolność (negatywną) trzeba odróżniać od innych wartości takich jak szczęście, cnota, sprawiedliwość, równość. Co więcej, konflikty pomiędzy wolnością a owymi wartościami są „nieuniknioną cechą kondycji ludzkiej”²³. Będą świadomym subiektywistą aksjologicznym i traktując obiektywizm aksjologiczny jako symptom „niebezpiecznej niedojrzałości moralnej i politycznej”, podkreślał, że istotą ludzi jest to, że są „twórcami wartości, celów samych w sobie”²⁴. Za Millem sądził, że ustrój społeczny powinien zapewniać możliwie szerokie sfery wolności jednostek, chociaż „wydaje się mało prawdopodobne, iżby żądanie wolności w tej skrajnej postaci wysunięte było kiedykolwiek przez kogoś poza niewielką mniejszością ludzi o wysokiej kulturze i świadomości”²⁵.

Spróbujmy obecnie wskazać na istotne cechy takiego ujęcia wolności. W rozważanym ujęciu, kto realizuje swoją wolność, gdy postępuje tak jak chce, jak ma ochotę, choćby miał świadomość, że wybrane przez niego postępowanie, jest złe. Ale zasadniczo tego ostatniego problemu nie ma, bo to podmiot działający rozstrzyga, co jest dobre, a co złe. Wolność nie jest w tym ujęciu wyborem nakierowanym na dobro; samo to, że ja rozstrzygam tak jak mam ochotę, jest dobrem i to wielkim, a w skrajnych odmianach rozważanego ujęcia wręcz dobrem najwyższym. Złem jest to, by ktokolwiek ograniczał moją swobodę decydowania i postępowania: inny człowiek, inni ludzie, społeczeństwo, ludzkość, Bóg czy bóstwo a nawet natura. Jest to ujęcie indywidualistyczne; wolność przysługuje jednostce, widzianej jako atom, a ujęcie jednostki ludzkiej jako części całości jaką jest społeczeństwo traktowane jest jako co najmniej potencjalny zamach na wolność tej jednostki. Jest to przy tym ujęcie arbitralistyczne, w tym sensie, że wartość wolności zasadza się na tym, że postępuję tak jak chcę. Jest to ujęcie gloryfikujące, a niekiedy wręcz, wbrew deklaracjom, absolutyzujące wolność, w tym sensie, że uznające wolność za wartość wielką a nawet największą, tak dużą, że niekiedy nawet wybór zła jest usprawiedliwiony czy zrównoważony; wręcz jest w sumie dobrem, bo jest realizacją wolności, która jest najwyższym dobrem – zwłaszcza jeżeli dotyczy to zła wyrządzonego samemu sobie.

Takie ujęcie wolności – które nazwijmy oświeceniowo-liberalnym – zakłada określoną wizję człowieka, wizję wartości i wizję świata oraz relacji pomiędzy człowiekiem, wartościami a światem, w zasadniczych aspektach odmienną od wizji zakładanej przez arystotelesowsko-tomistyczne ujęcie wolności. Oświeceniowo-liberalne

21 Kompetentne opracowanie przedstawia B. Polanowska-Sygułska, *Filozofia wolności Isaiaha Berlina*, Kraków 1998, zwłaszcza rozdz. II.

22 I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 192 i n.

23 Ibidem, s. 230.

24 Ibidem, s. 197.

25 Ibidem, s. 222.

ujęcie wolności zakłada, a co najmniej harmonizuje z wizją człowieka jako bytu niejako przedspołecznego i w konsekwencji z wizją społeczeństwa (stowarzyszenia) jako jednostek, które żyją obok siebie, jakoś na siebie oddziaływają, a nawet współpracują, ale nie stanowią wspólnoty (*Gesellschaft* ale nie *Gemeinschaft*, by posłużyć się terminologią Tönniesa²⁶). Omawiane ujęcie wartości zakłada zasadniczo subiektywizm aksjologiczny, chociaż w wersjach umiarkowanych przyznaje, że ludzie zasadniczo zgadzają się co do pewnego elementarnego katalogu skądinąd subiektywnie ujmowanych wartości. Takie ujęcie wolności koreluje z określoną wizją relacji wolności człowieka do natury człowieka i natury społeczeństwa. W ujęciach umiarkowanych natury człowieka i społeczeństwa wyznaczają granice wolności. W ujęciach skrajnych natura człowieka i natura społeczeństwa nie mogą stanowić ograniczenia wolności człowieka, a jeżeli nawet takie ograniczenie stanowią, to należy je przezwyciężyć, przy czym przezwyciężenie natury i wynikających z niej ograniczeń zasługuje na aprobatę.

Nasuwa się oczywiście pytanie, jak wyróżnione powyżej dwa ujęcia wolności – arystotelesowsko-tomistyczne oraz oświeceniowo-liberalne – mają się do przeciwstawienia wolności pozytywnej oraz wolności negatywnej, zwłaszcza w ujęciu Isaiaha Berlina. Nie pogłębiając tego zagadnienia, należy podkreślić, że Berlin sformułował swoje przeciwstawienie przy bezdyskusyjnym założeniu trafności stanowiska subiektywizmu aksjologicznego – zarówno charakteryzując wolność negatywną (co rozumiame), jak i charakteryzując wolność pozytywną (co – w mojej opinii – jest nieuprawnione)²⁷. W niniejszym tekście natomiast wskazano na korelację arystotelesowsko-tomistycznego ujęcia wolności z obiektywizmem aksjologicznym. Można zatem w uproszczeniu powiedzieć, że o ile oświeceniowo-liberalne ujęcie wolności odpowiada wolności negatywnej Berlina, o tyle arystotelesowsko-tomistyczne ujęcie wolności nie jest tożsame z wolnością pozytywną w rozumieniu tego autora, ponieważ scharakteryzowane jest przy założeniu obiektywizmu aksjologicznego, a nie, jak błędnie przyjmował Berlin, subiektywizmu. Odrębną kwestią jest to, czy tak scharakteryzowane arystotelesowsko-tomistyczne ujęcie wolności narażone jest na podstawowy zarzut, jaki Berlin wysuwał wobec wolności pozytywnej, a mianowicie zarzut, iż prowadzi ona do zniewolenia czy jawnej bądź ukrytej tyranii. W mojej opinii tym odmianom takiego ujęcia wolności, w których przyjmuje się, że wolność danego podmiotu polega na wyborze i podjęciu przez ten podmiot postępowania, które zostało przez niego samego rozpoznane jako obiektywnie dobre (najlepsze) i które zakładają, że żaden podmiot nie może autorytatywnie rozstrzygać, co jest dobre, a co

26 F. Tönnies, *Wspólnota i stowarzyszenie. Rozważania o komunizmie i socjalizmie jako empirycznych formach kultury*, przeł. M. Łukasiewicz, Warszawa 2008. Odróżnienie autorstwa F. Tönniesa omawia zwięźle i kompetentnie J. Szacki, *Historia myśli socjologicznej*, cz. 2, Warszawa 1981, s. 496-505.

27 To ostatnie jest właśnie powodem, że Berlin potępiał wolność pozytywną, ponieważ wolność pozytywna, scharakteryzowana przezeń przy założeniu trafności subiektywizmu aksjologicznego, musi być zawsze narzucaniem człowiekowi woli i sposobu wartościowania innego człowieka czy innych ludzi.

złe, w sposób wiążący dla innych – nie można zasadnie postawić zarzutu, że prowadzą one do zniewolenia czy tyranii²⁸.

Ujęcie wolności negatywnej i pozytywnej Berlina jako przeciwstawienia dwóch sposobów pojmowania terminu „wolność” czy dwóch rodzajów wolności poddał zasadniczej krytyce amerykański filozof Gerald C. MacCallum. W znanym artykule *Negative and Positive Freedom*²⁹ próbował on wykazać, że wolność negatywna i wolność pozytywna nie są dwoma rodzajami wolności, ale niejako dwoma interpretacjami pewnej podstawowej czy bazowej formuły wolności. Wolność jest bowiem w każdym przypadku charakteryzowana przez trzy punkty odniesienia: wskazanie, kto jest wolny, czyli kto jest podmiotem wolności, wskazanie od czego dany podmiot jest wolny, czyli przeszkód czy ograniczeń, oraz wskazanie do czego ów podmiot jest wolny, czyli zakresu wolności. Wolność jest zatem – jak mówi MacCallum – relacją trójstronną (*tradic relation*) pomiędzy wskazanymi punktami.

Wskazuje się, że koncepcja MacCalluma jest nie tyle koncepcją czy teorią wolności, ile raczej metateorią dotyczącą różnic pomiędzy różnymi koncepcjami czy teoriami wolności. Amerykański filozof traktuje poszczególne punkty odniesienia jako zmienne, a poszczególne koncepcje wolności różnią się między sobą zakresem zmiennych, czyli wskazaniem, co można podstawić za daną zmienną. Tak zatem teoretycy wolności, których Berlin traktuje jako zwolenników wolności negatywnej, ujmują zasadniczo podmiot jako indywidualną istotę ludzką wraz z jej faktycznymi pragnieniami i przekonaniem; zwolennicy wolności pozytywnej skłaniają się do traktowania podmiotu wolności jako pewnego modelu czy typu idealnego, scharakteryzowanego ze względu na „prawdziwe” dążenia i przekonania, którymi są zwykle dążenia i wiedza akceptowana w społeczności, której dany podmiot jest członkiem. Zwolennicy wolności negatywnej mają skłonność do traktowania jako przeszkody tylko, czy przede wszystkim, przeszkód zewnętrznych; zwolennicy wolności pozytywnej przyjmują, że ograniczeniami wolności mogą być czynniki niejako wewnętrzne, np. nieracjonalne dążenia, strach czy niewiedza. O ile dla zwolenników wolności negatywnej celem czynu wolnego może być wszystko, cokolwiek dany podmiot pragnie czy pożąda, o tyle zwolennicy wolności pozytywnej skłaniają się do ograniczenia klasy celów czynów wolnych tylko do celów racjonalnych, autentycznych czy szlachetnych.

Przedstawiona wyżej arystotelesowsko-tomistyczna wizja wolności, byłaby zatem pewną, szczególnie konsekwentną wewnętrzną interpretacją ogólnej formuły wolności w rozumieniu G. MacCalluma. Podmiotem czynu wolnego jest w tej wizji wyidealizowany człowiek kierujący się konsekwentnie rozumem, zarówno w aspekcie poznania celu czynów wolnych jakim jest dobro, jak i środków do osiągnięcia

28 Pogląd podobny o deformacji przez I. Berlina założeń filozoficznych krytykowanych przezeń koncepcji wolności wyraża Ryszard Legutko, *Traktat o wolności*, Gdańsk 2007, zwłaszcza s. 5-7.

29 G. C. MacCallum, Jr., *Negative and Positive Freedom*, „The Philosophical Review” vol. 76, nr 3, 1967, s. 312-334.

tego celu. Wszelkie dążności pozaracjonalne, niższe, są przeszkodami w realizacji wolności, a nie formami jej realizacji, natomiast celem wolności może być tylko obiektywne dobro³⁰.

Przy przyjęciu oświeceniowo-liberalnej wizji wolności problem granic wolności jawi się jako niezmiernie istotny, lecz ujmowany jest w całkowicie odmiennej perspektywie niż przy przyjęciu wizji arystotelesowsko-tomistycznej. Tylko nieliczni, skądinąd po prostu skrajnie konsekwentni zwolennicy oświeceniowo-liberalnej wizji wolności, dochodzą do wniosku, że prawdziwa wolność nie ma i nie powinna mieć granic³¹. Zwolennicy omawianej koncepcji wolności rozwiązują problem granic wolności zasadniczo podobnie, chociaż przy bliższym wejrzeniu proponowane rozwiązania nie są oczywiście identyczne. John Locke widzi granice wolności z jednej strony w pouczeniach rozumu, które są prawem natury, rozumu skądinąd danego rodzajowi ludzkiemu przez Stwórcę, a z drugiej w zakazach prawowitej władzy³².

Zgodnie z klasyczną zasadą krzywdy (*harm principle*) sformułowaną przez Johna Stuarta Milla korzystanie przez człowieka ze swojej wolności nie może czynić krzywdy czy przykrości innym ludziom³³. W ogromnej literaturze dotyczącej Millowskiej zasady wskazuje się nie tylko na jej różne aspekty, ale niejasności czy wręcz niekonsekwencje samego autora. Modelowo – wedle Milla – krzywda musi być przy tym krzywdą wyrządzoną innym (*harm to others*), a nie sobie samemu – krzywda u siebie nie usprawiedliwia zmuszania czy karania. Ale przymus wobec tych, którzy wyrządzają krzywdę sobie samym, bywa przez Milla usprawiedliwiany, np. przymus wykształcenia do pewnego wieku. Zasadniczo nawet krzywda u innych, ale akceptowana czy chciana przez nich z rozważaniem, nie jest usprawiedliwieniem ograniczenia wolności. Każdy może zatem wyrządzać sobie krzywdę i wyrządzać innemu krzywdę, na którą ten inny się godzi – i prawu nic do tego, a wręcz nie jest to złe moralnie. Granicą wolności jest ewidentnie krzywda wyrządzona innemu człowiekowi czy innym ludziom wziętym dystrybucyjnie, ale społeczeństwo składa się z jednostek – dobro jednostek zatem jest dobrem społeczeństwa, a dobro społeczeństwa przekłada się jakoś na dobro jednostek. Mówiąc w uproszczeniu, przez krzywdę (*harm*) Mill rozumiał przede wszystkim uszczerbek na życiu, zdrowiu, mieniu, poczuciu bezpieczeństwa; ponieważ jak najszerszy zakres wolności jednostek jest wartością i dla nich, i dla społeczeństwa, dyskusyjne jest, czy pojęcie krzywdy u tego autora obejmuje obrazę (*offence*).

Idei, że granicą wolności jednostki powinna być nie tylko cudza, wąsko pojęta krzywda, ale i obraza, bronił, jak wiadomo – i to powołując się na idee Milla – Joel Feinberg³⁴. Amerykański filozof w swoich pracach, zwłaszcza w trzatomowej

30 Jak pisze J.S. Mill: „Gdy (...) stwierdzamy określoną szkodę lub wyraźne jej ryzyko czy to dla jednostki, czy dla społeczeństwa, przenosimy taki wypadek z dziedziny wolności w dziedzinę moralności lub prawa”(J.S. Mill, *O wolności...*, op. cit., s. 235).

31 Tak, w mojej opinii, należy rozumieć Nietzscheańską koncepcję nadczłowieka. *Übermensch* jest całkowicie wolny, jest ponad ludzkimi konwenansami, ponad ludzką moralnością, ponad dobrem i złem.

32 Patrz przypis nr 11 i 12.

33 J. S. Mill, *O wolności...*, op. cit., s. 129 i n. W tłumaczeniu A. Kurlandzkiej angielski termin „harm” oddawany jest także przez terminy: „szkoda” bądź „przykrość”.

34 J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, t. II, *Offense to Others*, New York-Oxford 1985. Zagadnienia moralnej i prawnej oceny znieważania rozważał J. Feinberg zwłaszcza w:

The Moral Limits of the Criminal Law tak zinterpretował on myśli autora *O wolności*, że jednostka przekracza granice swojej wolności nie tylko wówczas, gdy wyrządza innemu czy innym krzywdę (*harm*), ale także wtedy, gdy ich poważnie obraża (*offends seriously*). Inaczej mówiąc krzywda wyrządzona innym może polegać na obrażeniu ich.

Podkreślić natomiast trzeba, że w aspekcie granic wolności liberalizm przeciwstawia się zarówno paternalizmowi jak i moralizmowi. Nie jest bowiem – wedle liberałów – uzasadnieniem ingerencji w czyjąś wolność to, że wyrządza on swoim postępowaniem krzywdę samemu sobie; nie jest uzasadnieniem ingerencji także to, że ktoś postępuje niemoralnie, choćby nikogo innego ani samego siebie tym nie krzywdził³⁵.

II

W świetle przedstawionej powyżej, bardzo przecież szkicowej, charakterystyki sposobów pojmowania wolności należy najpierw zapytać, jak w polskim prawie wolność jest pojmowana, a dopiero potem, jakie są jej w naszym prawie granice.

Pamiętać trzeba, że Konstytucja i ewentualnie inne akty normatywne regulują przede wszystkim wolność człowieka i obywatela, nie wchodząc w filozoficzne spory o istotę wolności. Założoną przez Konstytucję koncepcję wolności trzeba dopiero odtworzyć, pytając, jaką koncepcję wolności należy przypisać ustawodawcy konstytucyjnemu, jeżeli tak, a nie inaczej zredagował on przepisy Konstytucji. Biorąc pod uwagę to, że Konstytucja jest wyrazem kompromisu politycznego, ideologicznego i światopoglądowego, możemy oczekiwać, że odtworzona jako zakładana przez Konstytucję koncepcja wolności nie będzie jednoznaczna, a nawet zawierać może wewnętrzne niekonsekwencje. Ważne jest to, aby w procesie odtwarzania założonej przez Konstytucję koncepcji wolności brać pod uwagę nie tylko przepisy *expressis verbis* poświęcone tej problematyce, ale całokształt uregulowań, tak by odtworzona koncepcja zharmonizowana była z Konstytucją jako całością.

Jeżeli rozpatrujemy uregulowania wolności w systemie prawnym obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej musimy wziąć pod uwagę: Konstytucję RP z 2 kwietnia 1997 r., zwłaszcza jej rozdział II, ale także Preambułę oraz rozdział I, a ponadto wiążące Polskę akty prawa międzynarodowego, w tym Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ, Konwencję Rady Europy o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej³⁶. Problematyce wolności polski ustawodawca konstytucyjny przypisuje bardzo dużą wagę, czego wyrazem jest umiejscowienie rozdziału *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela* zaraz po rozdziale I *Zasady ogólne* i jego znaczne rozmiary; rozdział II liczy pięćdziesiąt siedem artykułów, z czego wolnościom

idem, *Obscene Words and Law*, „Law and Philosophy” vol. 2 (2), 1983, s. 139-161. Związką charakterystykę stanowiska J. Feinberga przedstawił J. Angelo Corlett (*The Philosophy of Joel Feinberg*, „The Journal of Ethics” vol. 10, nr 1/2, 2006, s. 131-191).

35 Przegląd stanowisk w kwestii moralnych granic prawa daje np. John Stanton-Ife (*The Limits of Law*, [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red E. N. Zalt, winter 2008, <URL=http://plato.stanford.edu.archives/win2008/entries/law-limits/> [dostęp: 03.2014]).

36 Dalej odpowiednio: MPPOiP, EKPCz i KPPUE.

i prawom poświęcono pięćdziesiąt dwa obszernie artykuły, a obowiązkom pięć lakonicznych.

Dla odtworzenia zakładanej przez ustawodawcę konstytucyjnego wizji wolności bierze się pod uwagę w pierwszym rzędzie art. 30 i 31 Konstytucji. Przepisy te, w swoim brzmieniu lakoniczne, obrosły bogatą refleksją doktrynalną i orzeczniczą, której nie sposób tutaj szczegółowo omawiać. Chociaż przepisy Konstytucji nie zawierają legalnej definicji wolności, to w doktrynie przyjmuje się powszechnie, że „wolność” w ujęciu zakładanym w Konstytucji oznacza „przyrodzoną zdolność (moc) podejmowania aktów woli i wyboru”³⁷ czy „swobodę decydowania o własnym postępowaniu”³⁸. W tym kontekście podkreśla się, że wskazane przepisy Konstytucji wyraźnie nawiązują do sformułowań francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r., dokładniej art. IV i V owej Deklaracji³⁹. Można zatem *prima facie* przyjąć, że Konstytucja zakłada oświeceniowo-liberalną wizję wolności. Rozważmy ten problem głębiej.

Konstytucja przyjmuje – jak powszechnie wiadomo – że źródłem wolności i praw człowieka i obywatela jest przyrodzona i niezbywalna godność człowieka (art. 30), przy czym zdanie drugie powołanego artykułu wyznacza rolę godności w stosunku do władz publicznych. Nie wchodząc głębiej w niezwykle trudną i bogatą problematykę godności, można zapytać, czy – jeżeli źródłem wolności jest godność człowieka – realizacją wolności jest każde zachowanie człowieka w sferze przyznanej mu przez prawo swobody, nawet kierowane podłymi celami czy żądzami, czy tylko takie zachowanie, które jakoś się z godnością człowieka da pogodzić. Jak pisze M. Piechowiak: „Za wadliwą należy uznać taką konstytucyjną koncepcję wolności, w której poprzestaje się na stwierdzeniu, że wszystko co nie jest zakazane jest dozwolone, i że przepisy konstytucji i ustawy określają granice wolności”⁴⁰.

Odnotować trzeba, że w refleksji prawnokonstytucyjnej nad zasadą wolności wyróżnia się dwa jej aspekty: pozytywny i negatywny. Jak pisze Lech Garlicki: „W znaczeniu pozytywnym oznacza ona swobodę czynienia wszystkiego, co nie jest przez prawo zakazane”, a „w znaczeniu negatywnym (...) oznacza, że nałożenie na jednostkę nakazu podjęcia określonego działania może nastąpić jedynie kiedy prawo to przewiduje”⁴¹. Chociaż autor cytowanych słów w żaden sposób nie odwołuje się do idei MacCalluma, to uderzająca jest zbieżność sformułowań wybitnego polskiego konstytucjonalisty z ideą amerykańskiego filozofa, że wolność w ujęciu bazowym

37 Patrz L. Wiśniewski, *Prawo a wolności człowieka – pojęcie i konstrukcja prawna*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 54.

38 L. Garlicki w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 31, s. 4.

39 Idem, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2012, s. 93.

40 M. Piechowiak, *Pojęcie praw człowieka*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 26, szerzej s. 24-27. Do stanowiska M. Piechowiaka skłaniają się L. Wiśniewski i K. Działocha. Patrz odpowiednio: L. Wiśniewski, *Zakres ochrony praw człowieka i warunki jej dopuszczalnych ograniczeń*, [w:] *Wolności i prawa*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006, s. 21; K. Działocha w: *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. I, *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010, s. 14-16.

41 L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys...*, op. cit., s. 93.

jest zawsze wolnością określonego podmiotu czy podmiotów od określonych przeszkód, czy ograniczeń do postępowania w danej sferze.

Symptomatyczne jest to, że literaturze prawniczej i orzecznictwie *gros* rozważań nad wolnością dotyczy nie tyle pojmowania wolności, ile jej granic i ochrony. Chodzi tutaj z jednej strony o granice wolności człowieka i obywatela w relacji do państwa czy innej władzy publicznej, z drugiej, o granice wolności człowieka bądź obywatela w relacji do innych ludzi i obywateli. Chodzi także o to, kiedy i w jakim zakresie państwo może interweniować w relacje pomiędzy sferami wolności ludzi i obywateli. Literatura na ten temat jest ogromna i w większości bardzo wartościowa; nie jest zadaniem niniejszego szkicu pobeżne nawet sprawozdanie z tej literatury. Skupmy się pytaniu, czy i ewentualnie w jakim stopniu konstytucyjna i prawnomiędzynarodowa regulacja granic wolności i jej ochrony, odczytana w świetle doktryny prawa konstytucyjnego i prawa międzynarodowego, w tym prawa europejskiego, pozwoli nam odtworzyć założoną we wskazanych wyżej aktach koncepcję wolności.

Wskazuje się, że w doktrynie prawa konstytucyjnego mamy do czynienia z częstym utożsamianiem wolności z prawną regulacją wolności. K. Wojtyczek podejmując próbę objaśnienia relacji pomiędzy owymi kategoriami, mówi o wolności jako kategorii prawnej oraz wolności jako pewnej sytuacji faktycznej. „Na płaszczyźnie faktycznej wolność oznacza możliwość kształtowania swojego zachowania zgodnie z dokonany przez siebie wyborem, bez przeszkód zewnętrznych, takich jak przymus lub inne formy ingerencji ze strony osób trzecich. (...) Na płaszczyźnie prawnej wolność danego zachowania jednostki oznacza jedną z podstawowych modalności prawnych i jest kwalifikacją prawną zachowania, które nie jest ani zakazane, ani nakazane, tzn. jest prawnie indyferentne”⁴². W cytowanej wypowiedzi dostrzec można dwie sprawy. Po pierwsze – autor wyraźnie utożsamia „wolność faktyczną” z wolnością zewnętrzną”. Po drugie – próbę odróżnienia wolności jako stanu faktycznego danej osoby od wolności jako modalności (kwalifikacji) prawnej czyjeś postępowanie należy uznać za cenną, ale nie oznacza to, że rozważane sytuacje nie mają ze sobą nic wspólnego. Jeżeli w danym państwie określone postępowanie jest prawnie zakazane (np. picie alkoholu w miejscach publicznych) i zakaz ten jest skutecznie egzekwowany, to nie ma wolności picia alkoholu w sensie prawnym oraz w sensie faktycznym.

Jak wiadomo art. 31 ust. 3 Konstytucji reguluje ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw wskazując, że: po pierwsze – ograniczenia te mogą być ustanawiane tylko w ustawie, po drugie – mogą być wprowadzane tylko dla ochrony wymienionych w tym przepisie wartości, po trzecie – muszą być konieczne dla ochrony danej wartości (dyktowane zasadą proporcjonalności), po czwarte – nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Nie miejsce tutaj na bardziej szczegółową analizę treści powołanego przepisu, którą znaleźć zresztą można w znakomitych opracowaniach monograficznych oraz w każdym komentarzu do Konstytucji⁴³. Z punktu widzenia celu niniejszych rozważań zwrócić należy uwagę na kilka

42 K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 24.

43 Patrz zwłaszcza powoływane w przypisie nr 42 opracowanie K. Wojtyczka. Co do komentarzy do Konstytucji – G. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 217 i n. (komentarz do art. 31), a także powoływany w przypisie nr 38 komentarz pod red. L. Garlickiego.

spraw. Po pierwsze – sam fakt, że takie ograniczenia ustawodawca konstytucyjny uważa za dopuszczalne świadczy o tym, że jeżeli nawet zakłada oświeceniowo-liberalną wizję wolności, to nie chodzi mu o wizję skrajną. Wolność jednostki może zostać ograniczona ze względu na wartości, które ujęte są raczej holistycznie: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowie i moralność publiczna (pomijamy na razie wolności i prawa innych osób). Przypomnijmy rozważania Johna Stuarta Milla co do tego, jak daleko państwo może posunąć się w ograniczeniu wolności jednostki, jeżeli postępowanie szkodzi społeczeństwu jako całości. Oczywiście można powiedzieć, że ograniczenia wolności jednostek dyktowane potrzebą ochrony określonego dobra państwa czy społeczeństwa jako całości są do pogodzenia z umiarkowanym, czy wyrafinowanym liberalizmem, jeżeli tylko owo dobro państwa, czy społeczeństwa jako całości jest jakoś sprowadzalne do dobra jego obywateli bądź członków. Inaczej mówiąc: wskazane w art. 31 ust. 3 ograniczenia wolności dają się zasadniczo pogodzić z liberalizmem w wersji Johna Stuarta Milla.

Z liberalnego punktu widzenia jednak szczególnie trudna do akceptacji, wręcz nie do zaakceptowania dla liberałów, jest dopuszczalność ograniczenia wolności jednostek ze względu na „moralność publiczną”, przewidziana w art. 31. ust. 3 zdanie 1 *in fine*. Dopuszczalność ograniczenia wolności ze względu na ochronę moralności pojawia się w Konstytucji ponadto w art. 45 ust. 2 (wyłączenie jawności rozprawy) oraz w art. 53 ust. 5 (ograniczenie wolności uzewnętrzniania religii)⁴⁴. Upoważnienie państwa do ograniczenia wolności dla ochrony moralności bądź moralności publicznej pojawia się także, jak wiadomo, we wspomnianych aktach prawa międzynarodowego. Tak przewiduje MPPOiP (art. art. 14 ust.1, 18 ust.3, 19 ust. 3 lit b, 21, 22 ust. 2), EKPCz (art. 9 ust. 2, 10 ust. 2, 11 ust. 2)⁴⁵. Nie wchodząc w szczegóły wskazanych regulacji stwierdzić należy, że z punktu widzenia filozofii prawa mamy we wskazanych przepisach do czynienia z typowym moralizmem prawnym, konsekwentnie odrzucanym przez wszelkie odmiany liberalizmu. Symptomatyczne jest to, że treść i zakres przesłanki ograniczenia praw jednostki ze względu na ochronę moralności czy moralności publicznej jest przedmiotem kontrowersji pomiędzy zwolennikami bardziej liberalnej czy bardziej solidarystycznej wizji Konstytucji⁴⁶. Nie wchodząc w szczegóły kontrowersji i nie próbując tutaj doprecyzować granic dopuszczalnej interwencji, należy podkreślić, że zdecydowanie błędne byłoby przyjęcie, że – ze względu na postulat neutralności moralnej prawa⁴⁷

44 W literaturze patrz zwłaszcza K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej...*, op. cit., s. 192-197.

45 Patrz komentarze do regulacji zawartej w odpowiednich przepisach EKPCz: L. Garlicki w: *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*. t. I, *Komentarz do artykułów 1-18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010; M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013; także: I. C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010.

46 Kontrowersje te omawiają np. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej...*, op. cit., s. 192-197; L. Garlicki w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, komentarz do art. 31, s. 26-27.

47 Obronę postulatu moralnej neutralności prawa przeprowadza np. W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa (Przyczynek do teorii prawa liberalnego)*, „Państwo i Prawo” nr 7, 1990, s. 28-41.

– konieczność ochrony moralności czy moralności publicznej nie może stanowić samodzielnej przesłanki jakiegokolwiek ograniczenia wolności i praw jednostki. Takie stanowisko byłoby imputowaniem polskiemu ustawodawcy konstytucyjnemu skrajnie liberalnej wizji wolności, której on zdecydowanie nie przyjmuje. Byłoby także jaskrawo sprzeczne z podstawowymi zasadami wykładni Konstytucji, ponieważ zasadzałoby się na przyjęciu, że przepis art. 31 ust. 3 i inne powołane przepisy Konstytucji, a także wiążących Polskę konwencji międzynarodowych, są normatywnie zbędne w tym zakresie w jakim odwołują się do moralności (publicznej), czyli mogą i powinny być w tym zakresie pominięte w procesie wykładni. Byłoby zafałszowaniem procesu wykładni Konstytucji przez pryzmat subiektywnego systemu wartości przyjętego przez interpretatora, bez oglądania się na to, a nawet bez zadania pytania, jaki system wartości rzeczywiście zakłada Konstytucja.

W świetle przepisów Konstytucji oraz refleksji doktrynalnej jest rzeczą bezsporną, że Państwu zabronione jest ingerować w sfery wolności ludzi i obywateli, czyli ma tzw. obowiązek negatywny (art. 31 ust. 2 zdanie 2), a ponadto Państwo ma obowiązek zapewnić niezakłócone korzystanie ze sfery wolności każdego człowieka i obywatela: ma obowiązek uniemożliwić innym przeszkadzanie mi w korzystaniu z mojej sfery wolności, interweniować, gdy inni próbują ingerować w moją sferę wolności i reagować, gdy tak czynią, czyli ma tzw. obowiązki pozytywne (art. 31 ust. 1). Te pozytywne obowiązki Państwa dotyczą zarówno sfery ustawodawstwa, jak i sfery stosowania prawa i jego egzekwowania.

Tak np. w kwestii wolności sumienia i religii uregulowanej w art. 53 Konstytucji Trybunał Konstytucyjny uznał, że „uczucia religijne, ze względu na ich charakter, podlegają szczególnej ochronie prawa. Bezpośrednio powiązane są bowiem z wolnością sumienia i wyznania, stanowiącą wartość konstytucyjną. Dlatego też działania naruszające uczucia religijne mogą być przedmiotem zakazu ustawowego także wówczas gdyby były podejmowane za pomocą środków służących realizacji wolności słowa⁷⁴⁸. Podobnie w opinii Sądu Najwyższego „nie ulega wątpliwości, że uczucia religijne stanowią integralną część wolności religijnej, o jakiej mowa zarówno w przepisach konstytucyjnych (art. 53 Konstytucji RP), jak i konwencyjnych (art. 9 EKPCz, art. 10 KPPUE, art. 18 MPPOiP⁷⁴⁹). W konsekwencji zatem ochrona uczuć religijnych przez Państwo, zarówno poprzez stanowienie odpowiednich przepisów jak i ich stosowania i egzekwowanie, jest realizacją pozytywnych obowiązków Państwa dotyczących wolności sumienia i religii. Mamy tutaj zatem do czynienia z taką interpretacją Millowskiej zasady krzywdy – interpretacją analogiczną do przyjmowanej przez Feinberga – przy której obejmuje ona także obrazę, w tym poprzez użycie określonych słów czy gestów, uczuć innych osób.

Dla ustalenie zakładanej przez Konstytucję koncepcji wolności istotny jest przepis art. 31 ust. 2 zdanie 1 wskazujący, że: *Każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych*. Przepis ten coraz powszechniej traktowany jest jako podstawa tzw. horyzontalnego działania przepisów Konstytucji regulujących wolności i prawa jednostki, które – mówiąc ogólnie – polega na uznaniu, że przepisy Konstytucji regulują nie tylko relacje między jednostkami a władzą, ale także relacje, niejako poziome,

48 Orzeczenie TK z dnia 7 czerwca 1994 r., K 17/93, OTK 1994, z. 1, poz. 11.

49 Uchwała SN z dnia 29 października 2012 r., I KZP 12/12, OSNKW 2012, nr 11, poz. 112.

pomiędzy jednostkami⁵⁰. W tym aspekcie zatem przepis ten wysławia normę nakazującą każdemu – w tym każdemu człowiekowi i obywatelowi – szanować wolności i prawa innych ludzi i obywateli. W rozważanym kontekście zwrócić należy także uwagę na art. 10 EKPCz, który – jak wiadomo – dotyczy szeroko pojętej wolności wyrażania opinii, obejmującej wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe, która traktowana jako jedno z najistotniejszych praw człowieka. W ust. 2 tego artykułu określającym warunki, które spełniać muszą ewentualne ograniczenia wymienionych wolności, tekst Konwencji *expressis verbis* wskazuje, że korzystanie z tych wolności pociąga za sobą „obowiązki i odpowiedzialność”. To chyba najwyraźniejsza sytuacja, w której mówi się, że korzystanie przez jednostkę z wolności rodzi po stronie tej jednostki odpowiedzialność i obowiązki⁵¹.

Przypatrzymy się w tym kontekście innym przepisom Konstytucji. Już w Preambule napotyamy zwroty świadczące, że ustawodawca konstytucyjny zmierza do zespolenia praw z powinnościami, obowiązkami i odpowiedzialnością. Tak jest, gdy Preambuła mówi o wszystkich obywatelach Rzeczypospolitej, którzy są „równi w prawach i obowiązkach wobec dobra wspólnego – Polski”, którzy ustanawiają Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej „w poczuciu odpowiedzialności przed Bogiem lub przed własnym sumieniem”, którzy wzywają stosujących Konstytucję, „aby czynili to dbając o zachowanie przyrodzonej godności człowieka, jego prawa do wolności i obowiązku solidarności z innymi”. Zgodnie z art. 2 „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”. Z kolei art. 82 stanowi, że: „Obowiązkiem obywatela polskiego jest wierność Rzeczypospolitej Polskiej oraz troska o dobro wspólne”.

Nie jest zadaniem niniejszego szkicu dogłębne omówienie problematyki dobra wspólnego i roli odwołania do dobra wspólnego w Konstytucji⁵². Są to zagadnienia niezwykle skomplikowane, zwłaszcza wobec faktu, że – jak wiadomo – wyrażenie „dobra wspólne” nie występowało dotychczas w tekstach polskich ustaw zasadniczych. Stopień trudności problemu, jak należy rozumieć występujące w tekście obecnej Konstytucji wyrażenie „dobra wspólne” i w konsekwencji zagadnienia, jakie normy odtworzyć mamy z przepisów, w których wyrażenie to się pojawia, nie może

50 W kwestii tzw. horyzontalnego działania (stosowania) przepisów Konstytucji patrz w najnowszej literaturze: S. Jarosz-Żukowska w: *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. I, *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010, s. 178-210, gdzie omówione są zwłaszcza prekursorskie w tym zakresie w literaturze polskiej idee Z. Kędzi.

51 W literaturze komentatorskiej patrz np. L. Garlicki w: *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I, *Komentarz do...*, op. cit. s. 599-600.

52 Najpełniej problematykę dobra wspólnego i odwołanie do dobra wspólnego w Konstytucji omawia M. Piechowiak (*Dobra wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego*, Warszawa 2012). Tam również wyczerpujące informacje bibliograficzne. Z punktu widzenia przedmiotu niniejszego szkicu patrz zwłaszcza L. Morawski, *Prawa jednostki a dobra wspólne (Liberalizm versus komunitaryzm)*, „Państwo i Prawo” z. 11, 1998, s. 26-42; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Dobra wspólne versus konstytucyjne prawa i wolności jednostki*, [w:] *VII konferencja Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej i Sądu Konstytucyjnego Republiki Litewskiej. 26-29 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2003, s. 69-77 (Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego, t. XVII).

jednak upoważniać do stwierdzenia, że użyty w przepisach Konstytucji zwrot „dobro wspólne” właściwie nic nie znaczy, a przepisy te są normatywnie zbędne⁵³.

Jak przekonywająco wykazał Marek Piechowiak, za właściwy dla polskiej Konstytucji należy uznać taki sposób rozumienia wyrażenia „dobro wspólne”, którego korzenie sięgają filozofii Platona, który wypracowany został w filozofii Arystotelesa i św. Tomasza, a który przyjmowany i rozwijany jest współcześnie zwłaszcza w nauce społecznej Kościoła katolickiego⁵⁴. Nie oznacza to oczywiście, że treść nazwy „dobro wspólne” użytej w przepisach konstytucyjnych jest całkowicie niesporna. Jeżeli rozważamy relację dobra wspólnego do wolności jednostki, to zasadniczą doniosłość ma nie art. 1 Konstytucji, który jako dotyczących zasad ustroju Rzeczypospolitej służyć ma do odtworzenia normy czy norm wyznaczających obowiązki organów władzy w zakresie tworzenia i stosowania prawa, a także podmiotom dokonującym wykładni przepisów prawnych, ale art. 82, z którego odtworzyć należy zrąb normy wyznaczającej każdemu obywatelowi polskiemu obowiązek wierności Rzeczypospolitej Polskiej oraz troski o dobro wspólne⁵⁵.

Najważniejszym pytaniem w interesującej nas kwestii jest to, czy obowiązek troski o dobro wspólne nałożony przez Konstytucję na każdego obywatela polskiego dotyczy tylko sytuacji, gdy obywatel polski wykonuje swoje prawne obowiązki czy także tych sytuacji, gdy czyni użytek ze swojej wolności. Nie podejmując całościowego procesu odtworzenia normy, której zrąb wyrażony jest w art. 82 Konstytucji, należy stwierdzić, że z punktu widzenia wykładni językowej nie ma podstaw do przyjęcia, że obowiązek obywatela troski o dobro wspólne dotyczy tylko sytuacji, gdy obywatel wykonuje swoje obowiązki. Jeżeli bowiem ustawodawca nie określa w przepisach prawnych okoliczności, w których znaleźć ma zastosowanie odtworzona z przepisów norma, przyjęć należy, że odtworzona norma znaleźć ma zastosowanie we wszystkich okolicznościach⁵⁶. Z kolei z punktu widzenia wykładni pozajęzykowej podstawową doniosłość ma odpowiedź na pytanie, na jakim gruncie aksjologicznym stoi nasza Konstytucja. Ogólnie rzecz ujmując nie można powiedzieć, że Konstytucja stoi konsekwentnie na gruncie subiektywizmu i relatywizmu aksjologicznego, ani całkowicie konsekwentnie na stanowisku obiektywizmu i absolutyzmu aksjologicznego, chociaż to ostatnie stanowisko jest wyraźnie zakładane w rozdziale II, zwłaszcza w konstytucyjnej wizji godności. Biorąc pod uwagę to, że w zakresie wizji życia społecznego Konstytucja stoi wyraźnie na gruncie solidaryzmu, można konsekwentnie powiedzieć, że zakłada ona jeżeli nie obiektywizm aksjologiczny to pewien solidaryzm aksjologiczny, polegający na uznaniu, za zobiektywizowane ocen

53 Zwraca na to uwagę B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Dobro wspólne versus konstytucyjne prawa...*, op. cit., s. 71.

54 M. Piechowiak, *Dobro wspólne jako fundament...*, op. cit., zwłaszcza rozdz. II.

55 Ujęcie relacji praw i wolności jednostki do dobra wspólnego na gruncie współczesnych koncepcji polityczno-prawnych rozważa w szczególności L. Morawski (*Prawa jednostki a dobro...*, op. cit.).

56 Zgodnie z Zasadami techniki prawodawczej z dn. 20 czerwca 2002 r. jeżeli norma ma znajdować zastosowanie we wszystkich okolicznościach, w przepisie prawnym nie określa się okoliczności jej zastosowania, natomiast jeżeli norma ma znajdować zastosowanie tylko w określonych okolicznościach, okoliczności te wskazuje się przepisach prawnych (§ 145 ZTP). Szerzej patrz: M. Zieliński w: M. Zieliński, S. Wronkowska, *Komentarz do Zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2012, s. 281-282.

i wartości powszechnie akceptowanych w społeczeństwie. Na gruncie wykładni pozajęzykowej nie widać zatem podstaw do przyjęcia, wbrew językowemu brzmieniu przepisu, że norma odtworzona z art. 82 nie ma zastosowania w sytuacji, gdy adresat, obywatel polski, czyni użytek ze swojej wolności.

Zaznaczyć trzeba, że norma, której zrąb odtworzono powyżej z art. 82 Konstytucji, nakładająca na każdego polskiego obywatela w każdej sytuacji – zarówno wykonywania swoich prawnych obowiązków, jak i czynienia użytku ze swojej wolności – nie jest oczywiście bezpośrednio stosowalna, w tym sensie, że nie może ona stanowić podstawy materialnoprawnej rozstrzygnięcia organu władzy o kwalifikacji prawnej zachowania obywatela i ewentualnej reakcji tego organu w zakresie ustalenia konsekwencji prawnych takiej kwalifikacji⁵⁷. Jest to bowiem – jak się wydaje – *lex imperfecta*, co nie oznacza, że nie wyznacza ona adresatowi obowiązku prawnego, a jedynie moralny.

Powróćmy obecnie do pytania, jaką koncepcję wolności zakłada obecna Konstytucja. Marek Piechowiak w powoływanej monografii – chociaż głównym przedmiotem zainteresowania czyni ona art. 1 Konstytucji, wyrażający zasadę dobra wspólnego – rozważając relacje pomiędzy przyjętą w Konstytucji koncepcją dobra wspólnego a konstytucyjną koncepcją wolności oraz praw człowieka i obywatela, trafnie twierdzi, że analiza owych relacji pozwala na odrzucenie jako nieadekwatnych do charakterystyki konstytucyjnego ujęcia wolności i praw jednostki koncepcji skrajnie indywidualistycznych, rozwijanych przed wszystkim w tradycji liberalnej, w których wolności i prawa człowieka przeciwstawiane są dobru wspólnemu czy wartościom o charakterze społecznym⁵⁸. Wydaje się, że powyższe analizy dotyczące związku pomiędzy czynieniem przez obywatela użytku ze swojej wolności a jego obowiązkiem troski o dobro wspólne uzasadniają wniosek idący dalej. Jeżeli czyniąc użytek ze swojej wolności mam jako obywatel obowiązek troszczyć się o dobro wspólne, to mam obowiązek rozpoznać, co stanowi dobro wspólne i postępować tak, aby wartość mojego postępowania dała się zharmonizować z dobrem wspólnym. Wolność przestaje być traktowana tylko jako wartość sama w sobie, ale staje się także sposobem realizacji takich uniwersalnych wartości jak prawda, sprawiedliwość, dobro i piękno. Wolność czerpie swoją wartość z dobra, które realizuje. Wolność, która nie kieruje się troską o dobro wspólne, o – jak mówi Konstytucja – uniwersalne wartości, staje się wynaturzeniem wolności. I w tym świetle naszej Konstytucji odnaleźć można niejako wewnętrzne, ale najważniejsze ograniczenie wolności jednostki.

Jeżeli zatem dla odtworzenia zakładanej przez Konstytucję (i w konsekwencji – przez polski system prawny) koncepcji wolności, weźmiemy pod uwagę nie tylko przepisy bezpośrednio regulujące problematykę wolności i praw człowieka i obywatela, ale także inne przepisy, wyrażające założoną przez Konstytucję relację pomiędzy wolnościami i prawami a obowiązkami obywatela oraz ogólne

57 Z bogatej literatury na temat bezpośredniego stosowania Konstytucji patrz zwłaszcza: S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Państwo i Prawo” z. 9, 2001, s. 3-23. W kwestii bezpośredniego stosowania art. 82 Konstytucji patrz: K. Działocha w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, komentarz do art. 82.

58 M. Piechowiak, *Dobro wspólne jako fundament...*, op. cit., s. 353-357, zwłaszcza s. 355. Patrz także: B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Dobro wspólne versus konstytucyjne prawa...*, op. cit., s. 69-77.

założenia aksjologiczne Konstytucji, zwłaszcza w kwestii relacji dobra jednostki do dobra wspólnego, to możemy stwierdzić, że konstytucyjna koncepcja wolności wyraźnie oddala się od typowej koncepcji oświeceniowo-liberalnej a zbliża do wizji arystotelesowsko-tomistycznej.

Krótki esej o czterech ważnych kwestiach: prawie, tożsamości, pamięci i wspólnocie

Short Essay on Four Important Things: Law, Identity, Memory, and Community

The essay is devoted to four important but often overlooked concept law, identity, memory and community. The author tried to analyse there and but often overlooked relations between on the one had law and legal institutions and their relation to identity, collective memories and community. The author tries to draw some distinctions between terms usually used to depict mentioned problems.

The aims of the paper are not to discover something new but to describe and show deep involvement of law and legal institutions in shaping and reshaping collective identities trough regulation of collective memories and impact of such processes on the form and substance of community. So the article is an introduction to broader research which could be a subject of the new branch of knowledge – historical sociology of law. Historical sociology of law would not focus merely on relations between legal structures and social ones in their diachronic aspects but it would reveal covered legal structures and social ones which are not known. Instead of antiquarian history of law that is focused on separated details historical sociology of law could be a strong basis for deeper social studies on the role of law in contemporary world.

Adam Czarnota

*profesor nauk prawnych,
Międzynarodowy Instytut Socjologii Prawa,
Uniwersytet w Białymstoku,
Uniwersytet Nowej Południowej Walii
w Sydney*

Wstęp

Pytanie, które zadaję w niniejszym tekście, to pytanie o relacje między prawem a tożsamością i pamięcią zbiorową. Badania teoretyczno-prawne jak i historyczno-prawne czy cała historiografia prawa tylko częściowo pokrywają się z problemem relacji między prawem, jako systemem norm i instytucji a tożsamością zbiorową i pamięcią zbiorową. Niniejszy tekst jest próbą zarysowania problemów badawczych, pokazania tendencji w badaniach oraz przedstawienia pewnej typologii terminologicznej. W założeniu ma on charakter

wprowadzający do dalszych badań nad problemem relacji między prawem a pamięcią zbiorową i tożsamością wspólnot politycznych. Celem autora jest zwrócenie uwagi teoretykom i historykom prawa na ważny problem badawczy. W chwili obecnej nie jest on w wystarczającym stopniu przez nich penetrowany ze szkodą zarówno dla teorii prawa jak i nauk historyczno-prawnych. Zajmują się nim jedynie trochę socjologowie, ale już nie socjologowie prawa.

Jestem wielkim zwolennikiem nowej dyscypliny, którą można nazwać historyczną socjologią prawa, a która zajmowałaby się przedstawianiem zmian strukturalnych prawa w kontekście systemów społecznych. Nowa dyscyplina nie tylko badałaby relacje między strukturami prawa i systemów społecznych w aspekcie diachronicznym, ale niejako przy okazji odsłaniałaby ukryte struktury systemów prawnych i społecznych a więc mechanizmy niezbadane w tradycyjnych dyscyplinach prawoznawstwa. Historyczna socjologia prawa zamiast antykwarycznej nauki historii prawa skoncentrowanej na oderwanych od siebie detalach stanowić by mogła znakomitą podstawę do pogłębionych studiów nad społecznym położeniem i rolą prawa w świecie współczesnym. W okresie globalizacji i harmonizacji systemów prawnych, w okresie rozbuchanej transplantologii instytucji prawnych gubi się pamięć i tożsamość. Bez pamięci i tożsamości powstaje człowiek plastyczny, podlegający łatwej manipulacji i wypełniający cele władzy. Wydaje się, że droga dla prawa to zaangażowanie w budowę wspólnoty i zaangażowanie w ochronę tożsamości zbiorowej poprzez powiązanie prawa z pamięcią zbiorową. Dominująca ideologia prawna to liberalizm polityczny podkreślający rolę i znaczenie jednostki. Chyba rację ma Michael Sandel krytykujący liberalizm za to, że jednostka w tej koncepcji jest niezakorzeniona. Jednostka potrzebuje praw i wolności, potrzebuje instytucjonalnego zabezpieczenia przed roszczeniami wspólnoty, ale jednostka żyje we wspólnocie i potrzebuje wspólnoty dla rozwoju swojej tożsamości. Wspólnoty są tak silne jak silna jest ich pamięć o przeszłych losach.

Tożsamość i pamięć

To, że tożsamość oparta jest na pamięci wydaje się banalnym twierdzeniem. Pytanie, czy prawo ma coś wspólnego z pamięcią, już nie wydaje się tak oczywiste w szczególności w dominującym paradygmacie pozytywistyczno-analitycznym. Prawo ma związek z pamięcią zbiorową, chociaż do dzisiaj nie doczekaliśmy się dogłębnej analizy problemu relacji między prawem a pamięcią zbiorową.

Prawo, jako system norm i instytucji, rozwinęło obszerny arsenał środków w relacji do pamięci indywidualnej. Historia prawa zachodniego przez całe wieki ukierunkowana była na coraz większą indywidualizację podejścia. Pojęcia zbiorowej odpowiedzialności czy winy są obce tradycji prawnej Zachodu. Indywidualizacja prawa dotyczy praw własności jak i prawa karnego.

Ukierunkowanie na pamięć indywidualną widoczne jest w prawie dowodowym i proceduralnym. Nie jest jasne jak prawo odnosi się do pamięci zbiorowej.

Pamięć zbiorowa oparta jest na społecznie zlokalizowanych i ukonstytuowanych procesach zapamiętywania i zapominania. Wskazuje to na jej instytucjonalny charakter. Instytucje selekcionują, systematyzują i reprodukują pamięć zbiorową¹. Instytucje są częścią pamięci zbiorowych i reprezentują je przez specjalne funkcje,

1 I. Markovits, *Selective memory: How the law affects what we remember and forget about the past. The case of East Germany*, „Law and Society” vol. 35 (3), 2001, s. 513-564.

zadania i struktury organizacyjne. Jedną z takich instytucji jest prawo. Jest ono instytucją pamięci zbiorowej w najszerszym tego słowa znaczeniu. Prawo i jego instytucje są oparte na pamięci i w swojej istocie jest związane z pamięcią doświadczeń przeszłości. Prawo jednak zajmuje się przede wszystkim pamięcią indywidualną i rzadko wyraża bezpośrednio swoje zakorzenienie w pamięci zbiorowej albo też sam zamiar regulacji pamięci zbiorowej.

Prawo zajmuje się konfliktami i rozwinęło olbrzymi zasób technik stosowanych do pamięci indywidualnej, ale nie do pamięci grupowej. W szczególności prawo proceduralne i prawo dowodowe usystematyzowały problem zapamiętywania i zapominania. W tych dziedzinach znajdziemy zestaw technik stosowanych w celu udowodnienia prawdy zakodowanej w pamięci stron konfliktu.

Cechą szczególną prawa jest to, że zajmuje się ono pamięcią z punktu widzenia konfliktów w terażniejszości. Konflikt toczący się w terażniejszości prawo usiłuje rozwiązać przez odwołanie się od ustaleń z przeszłości. Punktem wyjścia nie jest jednak przeszłość a terażniejszość. Tak długo jak nie zaistnieje sytuacja konfliktu w terażniejszości, tak długo przeszłość nie budzi zainteresowania prawa. Innymi słowy podejście prawa do pamięci jest nie tyle antyhistoryczne, co ahistoryczne. Diachroniczne podejście występuje, ale ma ono specyficzny charakter. Historycy usiłują zrekonstruować procesy z przeszłości, tak jak miały one miejsce, co jak wiemy nie jest w pełni możliwe. Każde pokolenie opisuje przeszłość od początku, tworzy jej własne wizje interpretacyjne. Wynika to z faktu, że punktem wyjścia dla historiografii, czy się na to godzi, czy nie, jest zawsze terażniejszość.

Prawo, nie myślę tu o historykach prawa, zainteresowane jest przeszłością o tyle, o ile jest ona pomocna i konieczna do rozwiązywania sporów oraz konfliktów w terażniejszości. Prawo jest wyrazem nietscheańskiej idei „historii w służbie życia”². Znaczy to tyle, że prawo interesuje się przeszłością na tyle na ile służy ona lepszemu regulowaniu stosunków społecznych w terażniejszości i przyszłości.

Prawo oparte jest na pamięci i zapamiętywaniu. Jest także maszyną systematycznego zapominania: sprawy zostają zamknięte, złoczyńcy zrehabilitowani, ofiary uzyskują rekompensatę i konflikty są rozwiązane a akta spraw przekazane do archiwów. System zasad i norm ukierunkowanych na systematyczne zapamiętywanie jest w prawie zbalansowany przez system zasad i norm ukierunkowanych na systematyczne zapominanie instytucjonalne. Ten instytucjonalny wymiar zapominania wymaga podkreślenia. Podstawowe zasady charakterystyczne dla rządów prawa takie jak *nulla poena sine lege* czy *lex retro non agit* wyraźnie ograniczają zapamiętywanie. Prawo oparte jest na założeniu, że życie społeczne i jego reprodukcja wymaga systematycznego zapominania, co nie znaczy, że prawo propaguje amnezję. Przestrzeń społeczna pełna jest decyzji prawnych z przeszłości a działanie instytucji prawnych oparte jest na pamięci instytucjonalnej. To ostatnie dotyczy głównie procedur, które cały czas podlegają zmianie pod wpływem procesu zapamiętywania problemów działania instytucji w przeszłości, na skutek zetknięcia się ze zmieniającą się tkanką społeczną.

2 F. Nietzsche, *On the Uses and Disadvantages of History for Life*, [w:] *The Untimely Meditations*, Cambridge, 2013 s. 57-124 [wyd. pol.: F. Nietzsche, *O pożytkach i szkodliwości historii dla życia*, [w:] idem, *Niewczesne rozważania*, przeł. M. Łukasiewicz, Kraków 1996].

Podejście do przeszłości wiąże się z podejściem do tożsamości. Podobnie jak z podejściem do pamięci jest ona zindywidualizowana, a prawny wymiar tożsamości zbiorowej ogranicza się raczej do deklaracji w ramach prawa konstytucyjnego. Doświadczenia nagromadzone w prawie, taki odpowiednik pamięci w prawie, stanowią podstawę tożsamości danego systemu prawnego. Można analizować relacje między tożsamością indywidualną a tożsamością zbiorową poprzez badanie relacji wzajemnych między prawem a pamięcią indywidualną i zbiorową.

Relację między prawem a pamięcią zbiorową i tożsamością można podzielić na trzy elementy:

1. Prawo, jako pamięć zbiorowa (tożsamość systemu prawnego);
2. Wpływ pamięci zbiorowej na prawo, innymi słowy wpływ tożsamości grupowej na system prawny;
3. Regulacja pamięci zbiorowej przez prawo, a więc modyfikacja prawna tożsamości zbiorowej.

Prawo jako pamięć zbiorowa (tożsamość systemu prawnego).

Teza, że pamięć zbiorowa jest zawarta w prawie, a całe prawo jest emanacją pamięci dotyczącej życia zbiorowego brzmi tyleż intrygująco, co banalnie. Doświadczenia wspólnoty z przeszłości są sformalizowane w języku prawnym w celu wyeliminowania błędów z przeszłości. Z takiej perspektywy można widzieć rozwój całego prawa. W szczególności proces ten widoczny był w dwudziestym wieku w rozwoju prawa międzynarodowego w celu regulowania przemocy, zbrodni, winy i wstydu. Od Konwencji Genewskiej z 1899 roku, poprzez Trybunał Norymberski, do ustanowienia na podstawie Traktatu Rzymskiego stałego Międzynarodowego Trybunału Karnego. W międzynarodowym prawie publicznym rola prawa w relacji do pamięci zbiorowej jest chyba najbardziej wyraźnie widoczna. Mniejsza wyrazistość istnieje na poziomie prawa poszczególnych państw narodowych, chociaż nadal można się takiej relacji dopatrzeć. Na poziomie prawa krajowego należy uwzględnić, przy analizie relacji między prawem a pamięcią zbiorową, takie problemy jak prawne strategie rozliczeń z przeszłością oraz instytucje prawne regulujące sytuację ludności autochtonicznej w krajach postkolonialnych.

Nietrudno zauważyć, że mówimy tu o kręgach doświadczeń zbiorowych zakodowanych w prawie na poszczególnych poziomach. Jeden, najszerszy, to prawo międzynarodowe, które choć młode, to najwyraźniej oddaje doświadczenia zbiorowości międzynarodowej. Doświadczenia zamknięte w kapsule prawa stanowią też wyraz tożsamości w sensie i doświadczeń jak i aspiracji wspólnoty międzynarodowej.

Podobna struktura istnieje na poziomie państw narodowych, gdzie doświadczenia częściowo o charakterze uniwersalnym są powiązane z doświadczeniami partykularnymi konkretnej wspólnoty politycznej. Od razu mamy więc zawarty wątek uniwersalny z partykularnym w samym prawie, jak i charakterystyczne dla danej wspólnoty sposoby rozwiązania napięć między tymi dwiema zasadami.

Według klasycznej jurysprudencji prawo oparte jest na doświadczeniach z przeszłości (*law as immemorial custom*). Skumulowane doświadczenia są przekazywane w postaci norm skierowanych w kierunku przyszłości. Mówiąc obrazowo prawo jest pomostem między przeszłością a przyszłością. W tym paradygmacie prawo funkcjonuje na zasadzie linearnej progresji z przeszłości do przyszłości. Prawo

reguluje teraźniejsze i przyszłe stosunki społeczne w oparciu o doświadczenia z przeszłości zachowane w pamięci prawa. W paradygmacie tym przeszłość jest niezmienna, ponieważ już się wydarzyła, a co się wydarzyło, nie może ulec zmianie. Przeszłość też, a właściwie zapamiętane zdarzenia z przeszłości, determinują tożsamość bytu zbiorowego, a więc danej wspólnoty generującej określone prawo. W taki sposób interpretowano rozwój *common law* od słynnego sędziego i pomnikowej postaci w historii prawa w Anglii Sir Edwarda Coke'a. Nie chodziło o tworzenie prawa – zadaniem sędziego było odnajdowanie prawa (*lawfinding*). Ciekawie w tym kontekście wygląda problem aktywizmu sędziowskiego. Z jednej strony można powiedzieć, że jeżeli sędzia tylko odnajduje prawo, to nie można być mowy o aktywizmie, ale to teoria; w praktyce sędziowie po prośbie mogą narzucać swoje własne rozstrzygnięcia. Tak się składa, że socjologicznie rzecz ujmując ilość i stopień aktywizmu w Anglii był i jest bardzo niewielki w porównaniu z krajami prawa cywilnego. Ma to coś wspólnego z tożsamością systemu prawnego zawartą w *legal reasoning*. W ramach *common law* tylko rozumowanie prawnicze stanowi podstawę ograniczenia aktywizmu sędziowskiego, a nawet, można powiedzieć, podstawę właściwego funkcjonowania całego systemu prawnego. To właśnie pamięć instytucjonalna stanowi podstawę rozumowania prawniczego i aktywności w stosowaniu prawa przez sędziów angielskich. Ta forma pamięci instytucjonalnej stanowi najlepszą ostoję dla tożsamości działań jak i gwarancję nienadużywania pozycji. Innymi słowy gwarantuje koherencję systemu wymiaru sprawiedliwości poprzez dostarczenie tożsamości w formie pamięci instytucjonalnej.

Prawo, wygląda na to, jest skoncentrowane na teraźniejszości i na przyszłości. Ma to wynikać z jego normatywności. Z jednej więc strony przypisuje indywidualną odpowiedzialność za czyny zabronione, popełnione w przeszłości na podstawie istniejącego prawa, z drugiej strony, skoncentrowane jest na regulowaniu przyszłych zachowań ludzkich. Klasyczny paradygmat wyraża się w takich maksymach jak *lex retro non agit*, *nulla poena sine lege*, *nulla crimea sine lege* jak i w instytucji przedawnienia. Taki paradygmat prawa jest tożsamy ze znaną łacińską paremią *historia magistra vitae est*.

Przez wieki całe prawo postrzegane było jako normy mądrości zbiorowej oparte na doświadczeniach grup społecznych zachowanych w pamięci zbiorowej. Do szesnastego wieku prawo nie było traktowane jako instrument zmiany społecznej, ponieważ nieznaną była zasada świadomego tworzenia prawa w celu wprowadzenia odgórnej zmiany społecznej. Przyjęte przez przedstawicieli stanów prawo przedstawiano jako odnowienie istniejącego już porządku prawnego. Historycy prawa twierdzą, że pierwszy raz świadome uchwalenie nowego prawa zostało dokonane w trakcie rewolucji cromwellońskiej w okresie panowania Henryka VIII w Anglii na przełomie piętnastego i szesnastego wieku.

W Europie kontynentalnej aż do czasów wczesnonowożytnych przetrwało prawo zwyczajowe oparte na doświadczeniach i pamięci zbiorowej. Dopiero proces tworzenia państw narodowych w okresie nowożytnym doprowadził do likwidacji prawa zwyczajowego i zastąpienia go przez prawo stanowione. W historii myśli prawnej szkołą, która podkreślała znaczenie prawa opartego na doświadczeniach i pamięci zbiorowej była niemiecka szkoła historyczna, której twórcą był Friedrich Carl von Savigny. W pracy *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa* przeciwstawił się on kodyfikacji, twierdząc, że prawo rozwija się wraz

z narodem i podobnie jak język jest odzwierciedleniem ducha narodu. Nic jednak nie było już w stanie zahamować modernizmu i triumfu prawa stanowionego nad prawem zwyczajowym. Co ważne z naszego punktu widzenia, to fakt, że niemiecka szkoła historyczna chyba po raz pierwszy potraktowała prawo jako społeczny fenomen historyczny sensu stricte i przyczyniła się do akceleracji historycznych badań nad prawem, nie tylko w krajach niemieckojęzycznych, czy też w krajach pozostających pod dominacją jurysprudencki niemieckojęzycznej. Także w krajach języka angielskiego poprzez działalność Fredericka Williama Maitlanda zapoczątkowano świadome badania nad prawem i historią prawa w Anglii jak i w koloniach a w szczególności w Indiach.

Niemiecka szkoła historyczna w prawoznawstwie zanegowała ahistorycyzm oświeceniowych nurtów prawa natury odwołujących się do metafizycznych niezmiennych praw istniejących poza historią i doświadczeniem. Oświeceniowa koncepcja prawa natury miała charakter abstrakcyjny i nie odwoływała się do doświadczenia zakumulowanego w pamięciach zbiorowych.

Szkoła myślenia o prawie, która w nowożytności już świadomie podjęła wątek relacji między prawem a bytami zbiorowym, łączy się z początkiem socjologii prawa. Socjologia prawa wiąże się z dwoma prawnikami, którzy w okresie dominacji, antyhistorycznego w sumie, pozytywizmu prawniczego, odkryli na nowo prawo oparte na pamięci zbiorowej i niezależne od prawa oficjalnego stanowionego przez państwo. Byli to Eugen Ehrlich, prawnik austriacki, który na Bukowinie w Czerniowcach (dzisiejsza Ukraina), w tym tyglu narodów, odkrył to, co nazwał „żywym prawem”, oraz Leon Petrażycki – prawnik, wtedy z Petersburga, twórca psychologicznej teorii prawa. Ten drugi nazwał je prawem intuicyjnym. W obu tych koncepcjach – które później Adam Podgórecki nazywał „living-intuitive law”, co można przetłumaczyć na język polski, jako „żywe prawo intuicyjne” – najważniejsza jest idea, że prawo wyraża tożsamość grupową, a tożsamość grupowa wyrażana jest poprzez prawo.

Pierwszą osobą, która zwróciła uwagę na relacje między instytucjami prawnymi a pamięcią zbiorową był francuski socjolog Maurice Halbwachs. W szczególności jest to widoczne w jego analizie roli praw własności oraz przestrzeni z punktu widzenia pamięci zbiorowych w Jerozolimie. Dystrybucja praw własności zawiera w sobie przecież pamięć zbiorową. Maurice Halbwachs był uczniem Emila Durkheima i pod jego wpływem zajął się problematyką pamięci zbiorowej. Prawo odgrywało istotną rolę, jako „indeks moralny społeczeństwa” w myśli twórcy socjologii. Takie też podejście do prawa można odczytać w twórczości Halbwachsa. W niedokończonych przez niego pracy o pamięci zbiorowej można znaleźć wiele wskazówek, co do relacji między pamięcią zbiorową i indywidualną, historią jako historiografią a pamięcią oraz pamięcią a tożsamością indywidualną i zbiorową.

W jurysprudencki socjologicznej prawo, jako system norm regulujących życie społeczne, nie sprowadza się tylko do norm prawa stanowionego przez suwerena. W skład prawa w szerokim tego słowa znaczeniu wchodzi normy zwyczajowe w większym lub mniejszym stopniu uznane przez instytucje stanowiące prawo pozytywne. W jurysprudencki angielskiej normy prawa zwyczajowego określa się mianem *immemorial customs*, a więc są to normy oparte na długotrwałej pamięci zbiorowej, pamięci zbiorowej długiego trwania tzw. *long durée*.

Prawo zwyczajowe, prawo pozytywne, jako prawo stanowione przez organy władzy do tego uprawnionej, a także prawo obowiązujące na terytorium danej organizacji politycznej, a więc państwa, federacji, konfederacji czy też politycznej organizacji regionalnej, takiej jak Unia Europejska, opiera się na pamięci zbiorowej. Pamięć zbiorowa dostarcza prawu legitymizacji oraz integralności normatywnej, a więc wspólnej tożsamości. Obie te cechy są funkcją akceptowanej narracji historycznej wynikającej z dominującej pamięci zbiorowej czy też pamięci publicznej nadającej tożsamość wspólnocie politycznej. W społeczeństwie jest wiele narracji historycznych generowanych przez pamięci zbiorowe. Jedna z nich odgrywa rolę dominującą i stanowi podstawę tożsamości dla danej wspólnoty politycznej. Nie znaczy to, że jest to tożsamość statyczna. Ulega ona zmianie i fluktuacji, ale w procesie długiego a nie krótkiego trwania.

Prawo dla swojego autorytetu i legitymizacji potrzebuje zakorzenienia w narracji historycznej, jednak we współczesnym typie organizacji politycznej społeczeństwa tylko jedna z wielu narracji jest uznana za autorytatywną narrację publiczną i to ona dostarcza legitymizacji całemu systemowi prawnemu, a także zapewnia tożsamość i integralność normatywną całego systemu prawa, a więc dostarcza narzędzi do eliminowania sprzeczności występujących w danym systemie prawnym. Sprzeczność norma w celu zapewnienia tożsamości systemu prawnego jest rozwiązana poprzez odwołanie się do dominującego typu narracji historycznej.

Warunkiem wstępnym koherentności normatywnej jest integralność narracyjna, a więc funkcjonowanie wyselekcjonowanej jednej pamięci zbiorowej jako tej, która odzwierciedla publiczną pamięć zbiorową. Pamięć ta wyraża się przez określoną narrację historyczną, a więc interpretację dziejów danej zbiorowości politycznej. Nie jest to jednak tożsamość z historiografią pojmowaną jako świadoma refleksja intelektualna nad przeszłością. Publiczna narracja historyczna z reguły opiera się na mitach danej społeczności politycznej i spełnia rolę zachowania tożsamości jak i rolę mobilizacyjną.

Pamięć zbiorowa poprzez historyczną narrację publiczną nie tylko dostarcza prawu legitymizacji, ale również pełni funkcję zapewniającą systemowi prawnemu koherencję normatywną. Oznacza to, że system prawny jest niesprzeczny. To narracja historyczna decyduje o hierarchii wartości systemu prawnego i wpływając na sposób interpretacji norm prawnych eliminuje sprzeczności w systemie prawa. Koherencja normatywna systemu prawnego to nie tylko kwestia hierarchii wartości, eliminacji sprzeczności, ale generalnie normatywności systemu prawnego.

Każdy system prawny opiera się na jakiejś wizji przeszłości opartej z kolei na doświadczeniach zakumulowanych w pamięci zbiorowej. W nowożytnych państwach narodowych ta wizja przeszłości zawarta jest w preambułach do konstytucji, gdzie w skrótovej, ogólnej, formie przedstawia się historyczne przyczyny systemu konstytucyjnego i prawnego danego państwa narodowego³. To publiczna narracja

3 A. Młynarska-Sobaczewska, *Normatywizacja tożsamości zbiorowej w preambułach do konstytucji państw postkomunistycznych*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” (w druku). Zobacz także tej autorki: *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej*, Toruń 2010, s. 182-192.

historyczna jest odpowiedzialna za tożsamość konstytucyjną państwa, która nie ogranicza się tylko do tekstu konstytucji, ale wchodzi daleko poza tekst pisany⁴.

Zależność zwrotna – regulacja pamięci zbiorowej

Nietrudno zauważyć, że relacja między pamięcią zbiorową a prawem wzajemnie się wzmacnia. Prawo podpira i potrzebuje zakorzenienia w dominującym typie narracji historycznej danej wspólnoty, a z drugiej strony, wzmacnia, by nie powiedzieć, że petryfikuje, dominującą narrację. Od pewnego czasu zauważyć jednak można uniezależnienie się prawa od narracji historycznej oraz próby legalizacji czy regulowania pamięci zbiorowej.

Prawo nie tylko jest niejako pamięcią zinstytucjonalizowaną, ale również od zawsze wpływało na pamięć poprzez system nakazów i zakazów. Ta rola prawa jako regulatora pamięci w szczególności nasiliła się w drugiej połowie dwudziestego wieku i w pierwszej dekadzie dwudziestego pierwszego wieku⁵.

W jureprudencji proces ten nie został dostrzeżony i właściwie systematyczne badania nad prawem i pamięcią nie istnieją. W ramach tradycyjnie pojętego prawoznawstwa regulacyjna rola prawa w stosunku do pamięci ujmowana jest jako: rozwiązywanie konfliktów, prawne adresowane problemy z przeszłością, pojednanie polityczne poprzez prawo. Wszystkie te zjawiska skupiają się na pamięci i tożsamości zbiorowej. Zarówno prawa krajowe jak i prawo międzynarodowe, a w szczególności gwałtownie rozwijające się międzynarodowe prawo karne, są aktywnie zaangażowane w regulację pamięci zbiorowej. Znacznie większe jednak zadania stoją przed prawem w relacji do pamięci zbiorowej, niż jest to skonceptualizowane przez jureprudencję i socjologię. Szczególnie istotną jest rola prawa w relacji do utrzymania czy zmiany tożsamości grupowej poprzez regulację pamięci zbiorowej. Jest to istotne nie tylko w społeczeństwach postkolonialnych jak Australia, Nowa Zelandia, Kanada, gdzie prawnie uznaje się wielokulturowość i tożsamość oraz rolę tzw. pierwszych narodów, ale także i w krajach wychodzących z konfliktów zbrojnych i czasów opresji, gdzie prawo określa grupy ofiar i ich uprawnienia jak i uczestników w zbrodniach.

Nawet w rozwiniętych liberalnych demokracjach główny problem to problem prawnego zagwarantowania kompatybilności pamięci zbiorowych, które umożliwiłyby w miarę harmonijne funkcjonowanie instytucji państwa demokratyczno-liberalno-konstytucyjnego.

W drugiej połowie dwudziestego wieku popełniono największe zbrodnie, które odcisnęły się w pamięci⁶ i dały podstawy do budowania globalnej pamięci zbiorowej podtrzymywanej przez instytucje prawa międzynarodowego. To właśnie ta pamięć dała początek badaniom nad zbrodniami przeciwko ludzkości i zbrodniami wojennymi – jako niepodlegającymi przedawnieniu i ściganymi przez Międzynarodowy Trybunał Karny z siedzibą w Hadze, a powołany na podstawie Traktatu Rzymskiego. Oprócz tego sądy krajowe ścigają zbrodnie przeciwko ludzkości. Pojawiła się też i powoli rozwija nowa instytucja tzw. jurysdykcji uniwersalnej, czyli

4 G. J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Cambridge Mass. 2010 oraz dla polskiego przypadku: L. Morawski, *Tożsamość konstytucyjna Polaków*, „Prawo i Więź” 1 (1), 2012, s. 9-25.

5 *Legal Institutions and Collective Memories*, red. S. Karstedt, Oxford-Portland 2009.

6 Zob.: J. Balint, *Conflict, Conflict Victimization, and Legal Redress, 1945-1996*, „Law and Contemporary Problems” 4, 1996, s. 231-247.

możliwości postawienia przed sądem osób oskarżonych o zbrodnie przeciwko ludzkości niezależnie od miejsca jej popełnienia oraz obywatelstwa osoby oskarżonej o ludobójstwo.

Prawo zmienia pamięć o przeszłości i zmienia tożsamość wspólnoty

W trakcie procesu budowania państw narodowych i związanym z tym procesem budowania monolitycznego, scentralizowanego prawa jako instrumentu, poprzez który wyrażało się państwo narodowe, uruchomiony został proces harmonizacji, a w większości przypadków unifikacji, pamięci zbiorowych w jedną autorytatywną pamięć odpowiadającą istocie państwa narodowego. Efektem tego było tworzenie świadomości i tożsamości narodowych. W ten sposób prawo niejako pomagało w procesie zapamiętywania przeszłości. Obecnie mamy do czynienia z o wiele bardziej natężonym procesem kolonizacji pamięci zbiorowej przez systemy prawne. Cechy tego procesu nie są takie same jak w okresie tworzenia państwa narodowego.

Proces kolonizacji pamięci zbiorowej przez instytucje prawa jest widoczny szczególnie w krajach, które przeszły przez tzw. trzecią falę demokratyzacji (Argentyna⁷, Chile), w byłych krajach kolonialnych (Republika Południowej Afryki, Australia) a także w byłych krajach komunistycznych (Polska, Czechy, Węgry, Rosja). Prawo i jego instytucje od lat siedemdziesiątych zaczęły penetrować pamięci zbiorowe w celu ich harmonizacji, co połączone jest też z eliminacją pewnych pamięci zbiorowych. Eliminowanie niekompatybilnych pamięci zbiorowych w skali globalnej odbywa się w ramach procesu narzucania jednolitej interpretacji uniwersalnych praw człowieka, konstytucyjnych zasad równości, wolności⁸ czy koncepcji rządów prawa i demokracji. Proces ten jest wyraźnie widoczny w Unii Europejskiej, w której kraje Europy Środkowo-Wschodniej, które dołączyły do Unii po 2004 roku albo później, poddane są w sumie procesowi „narzucanej odgórnie modernizacji świadomości”, a pamięci zbiorowe zachowane w tej części Europy poddane są procesowi zmasowanej krytyki i w efekcie powolnej erozji pod hasłami wolności, równości i przestrzegania praw człowieka.

Wygląda na to, że w dobie, z jednej strony pluralizmu i indywidualizmu liberalnego, w okresie, kiedy tradycyjne pojęcie suwerenności państwa ulega przyspieszonej erozji, mamy do czynienia z procesem wzmacniania penetracji poprzez prawo tak ważnego elementu świadomości społecznej jakim jest pamięć zbiorowa. Wygląda na to, że prawo, tworząc instytucje w większym stopniu kontrolujące przejawy pamięci zbiorowej, stara się niejako rozciągnąć swoje władztwo na przeszłość. Robi to w celu skuteczniejszej kontroli teraźniejszości i przyszłości. Ronald Dworkin, zmarły niedawno wybitny amerykański filozof prawa, nie na darmo pisał o imperium prawa (*law's empire*).

Wiele krajów na świecie przechodzi przez proces nazywany „powrotem do historii”. Mówiąc dokładniej zaś chodzi o proces „reinterpretacji historii poprzez

7 M. Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, New Brunswick 1997.

8 J. Elster, *Closing the books: Transitional justice in historical perspectives*, Cambridge 2004.

instytucje prawne”. W przypadku byłych krajów komunistycznych są to kwestie rozliczeń z przeszłością, a więc: lustracji, dekomunizacji, restytucji własności⁹.

Podobne procesy miały i mają miejsce w niektórych krajach postkolonialnych. Wszystko to dzieje się po wspólną nazwą *transitional justice* (sprawiedliwości okresu przejściowego). *Transitional justice* to, mówiąc w skrócie, strategie instytucjonalne prawnych i quasi-prawnych rozliczeń z przeszłością, czemu towarzyszy minimalizacja użycia tradycyjnych instytucji prawa karnego. Proces *transitional justice* charakteryzuje się dużą innowacyjnością instytucjonalną. Najlepiej zilustrować postkolonialny proces *transitional justice* i jego relacje z pamięciami zbiorowymi na przykładzie Republiki Południowej Afryki. Działała tam najbardziej znana instytucja quasi-sądowa zajmująca się pamięciami zbiorowymi okresu apartheidu – mianowicie Komisja Prawdy i Pojednania (Truth and Reconciliation Commission).

O ile w RPA polowano specjalną instytucję, to z kolei w innym kraju postkolonialnym, w Australii, sprawami przeszłości zajmują się ustanowione już instytucje, takie jak sądy i ombudsman. Kolonialna przeszłość Australii jest do dziś bardzo żywa w pamięci zbiorowej Aborygenów. W 1992 roku Sąd Najwyższy (High Court) wydał decyzję, w której uznał istnienie tytułu własności Aborygenów do ziemi (*native title*), a ponadto wyraźnie stwierdził, że tytuł prawny nabycia kolonii przez koronę brytyjską na podstawie zasady prawa międzynarodowego tzw. ziemi niczyjej (*terra nullius*) był błędną podstawą prawną. W Kanadzie doszło do konstytucyjnego uznania „pierwszych narodów”, a więc niejako prawnego uznania ich pamięci zbiorowej. Przełożyło się to na status konstytucyjny tzw. *first nations*¹⁰.

Prawo jest również zaangażowane w penetrowanie pamięci zbiorowej poprzez instytucje zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennej, które pojawiły się w prawie międzynarodowym wraz rozpoczęciem prac przez Trybunały Norymberski i Tokijski po II wojnie światowej. Dużą rolę w tym procesie odegrało także powołanie Organizacji Narodów Zjednoczonych i rozwój, obok globalnego, również regionalnych reżimów obrony praw człowieka.

Prawo jest również obecne w podejściu do kwestii uznania zbrodni i win popełnionych przez państwa narodowe wobec siebie. Instytucja przeprosin wygłaszanych w imieniu państwa przez umocowanych konstytucyjnie przedstawicieli państwa. Przykładem takich działań może być postawa premiera Australii, który przeprosił ofiary tzw. *stolen generation*, które w ramach oficjalnej polityki Australii były, jako dzieci półkrewi, zabierane matkom aborygenkom i oddawane do instytucji wychowawczych. Premier Japonii przeprosił Chiny za zbrodni wojenne, ale tylko w kontekście zjawiska tzw. *comfort women*, czyli chińskich kobiet wykorzystywanych przez Cesarską Armię Japonii w celach seksualnych. W tym przypadku mimo wyraźnego żądania ofiar domagających się oficjalnych przeprosin rząd drugiej strony im ich odmawia. Podobna sytuacja miała miejsce w byłej Jugosławii. Przedstawiciele społeczeństwa obywatelskiego usiłowali powołać komisję prawdy i pojednania.

9 Zob. zapis symposium *Law and Lustration: Righting the Wrongs of the Past* w: „Law and Social Inquire” vol. 20, nr 1, 1995, s. 1-276.

10 Generalnie problem roli instytucji prawnych w podejściu do sprawiedliwości historycznej zob.: *Lethé's Law: Justice, Law and Ethics of Reconciliation*, red. E. Christodoulidis, S. Veitch, Oxford 2001.

Brak sukcesu tego przedsięwzięcia wynikał z faktu, że nie miało one za sobą autorytetu prawa. Podobnie jak we wcześniej opisanych przypadkach tak i w domaganiu się przez rządy Armenii uznania ludobójstwa Ormian w Imperium Otomańskim. Można chyba zaryzykować postawienie tezy, że warunkiem koniecznym, aczkolwiek niewystarczającym, do osiągnięcia pełnego sukcesu potrzebne jest zaangażowanie instytucjonalnego autorytetu prawa. Może warto odkurzyć starą tezę Webera o legitymizacji formalno-prawnej w społeczeństwach późnej nowożytności? Wygląda na to, że w pluralistycznych społeczeństwach demokracji liberalno-konstytucyjnych działania instytucji prawnych posiadają większą moc niż instytucji społecznych.

Podobnie jest z prawną regulacją tzw. kłamstwa oświęcimskiego, czyli regulacji prawnokarnej kryminalizującej negowanie holokaustu. Obiektywnie wpływa to na ograniczenie wolności słowa i penetrowanie pamięci zbiorowej, a także regulowanie jej z punktu widzenia uniwersalnych standardów. Zdziwiająco nie wszędzie w ramach Europy zbrodnie i ludobójstwo komunistyczne spotyka się z takim rozumieniem jak zbrodnie nazizmu niemieckiego czy zbrodnie kolonializmu. Być może mamy do czynienia z procesem kolonizacji pamięci zbiorowych wschodniej części Europy a więc peryferii, przez zasobne w środki ekonomiczne i polityczne centrum świata liberalnego – USA i Europę Zachodnią.

Najbardziej interesujące jest to, że wprowadzanie nowych regulacji sterujących pamięcią zbiorową nie jest, jak w przeszłości, oparte na doświadczeniach większościowych w danej społeczności. Wtedy to poprzez normy prawne eliminowano alternatywne, mniejszościowe pamięci zbiorowe. Normy te zaś były oparte i legitymizowane przez pamięć zbiorową większości. Obecnie regulacje prawne, np. uniwersalne prawa człowieka, niewsparte są narracją historyczną generowaną przez lokalną pamięć zbiorową. Są narzucane z zewnątrz jako transcendentne uniwersalne standardy prawne. W ten sposób dochodzi do kolonizacji, manipulacji i przekształcania lokalnych pamięci zbiorowych przez uniwersalne standardy normatywne. Celem jest przekształcenie lokalnych pamięci zbiorowych w taki sposób, aby zaakceptowały one zewnątrz standardy normatywne jako część swojej tożsamości. Jako przykład może służyć zjawisko nazwane *global holocaust industry*. W efekcie mamy do czynienia ze stosowaniem strukturalnej przemocy ze strony generowanych przez światowe centrum, a więc kraje liberalno-demokratyczne standardów normatywnych stosunku do lokalnych pamięci zbiorowych.

Wygląda, że dla wielu społeczności lokalnych punktem wyjścia jest przyszłość zawarta w regulacjach prawnych i związanych z nimi standardach normatywnych, a nie przeszłość doświadczeń zawarta w lokalnych pamięciach zbiorowych. Wpływa to na zmianę relacji między prawem jako system instytucjonalno-normatywnym a pamięciami zbiorowymi. O ile w przeszłości prawo legitymizowane było przez pamięć zbiorową (*law as immemorial custom*), to współcześnie jest ono legitymizowane przez normatywne wizje przyszłości i samo modeluje i wpływa na przekształcenie pamięci zbiorowej. Prawo stało się głównym medium przekształcania pamięci zbiorowej¹¹. Inne zagadnienie z zakresu socjologii prawa brzmi: do jakiego stopnia prawo jest efektywnym środkiem przekształcania pamięci zbiorowej? Jako

11 Ciekawą analizę wpływu procesów sądowych na pamięć i tożsamość zbiorową zob.: L. Bilsky, *Transformative justice. Israeli identity on trial*, Ann Arbor 2004.

niezwykle interesujący empiryczny przykład skomplikowanych relacji między prawem a współzawodniczącymi pamięciami zbiorowymi można wskazać Republikę Łotwy. To właśnie tam po upadku komunizmu w 1991 roku przyjęto zasadę ciągłości prawnej, którą miało legitymizować ponowne przyjęcie Konstytucji Republiki Łotewskiej z 1921 roku. Z drugiej strony współczesną Łotwę zamieszkuje liczna grupa rosyjskojęzycznej mniejszości, stanowiąca około 30% populacji całego kraju, osiedlonej w czasie, gdy Łotwa była częścią ZSRR. Walka odmiennych pamięci zbiorowych i tożsamości jest szczególnie widoczna od marca do maja każdego roku. Wtedy to odrębne grupy obchodzą święto niezależności republiki i święto zwycięstwa 9 maja. W efekcie można zauważyć niemałą grupę weteranów w mundurach Waffen SS jak i obywateli Łotwy, którzy walczyli w szeregach Armii Czerwonej. Prawo usiłuje integrować te dwie odrębne tożsamości i pamięci zbiorowe w ramach jednego ładu konstytucyjnego. Jednak jak na razie z mizernym skutkiem.

Prawo i instytucje prawne pełnią też pozytywne funkcje w uwolnieniu pamięci zbiorowych zdominowanych w okresie hegemonii organizmów politycznych kierujących się określoną ideologią. Uwolnione pamięci zbiorowe oraz konflikty, które je uwolniły, zostają z reguły wpisane w konstytucje nowo ustanowionych organizmów państwowych. Parlamenti i sądy nowych państw narodowych chętnie sięgają do tradycji prawnych pamięci zbiorowych i starają się je rewitalizować w nowo tworzonym systemie prawnym.

Prawo bierze udział w przemianach pamięci zbiorowej między narodami, regionami autonomicznymi oraz między wspólnotami większościowymi a mniejszościami. Szczególną rolę w tym procesie odgrywają systemy praw własności, które nie tylko posiadają charakter ekonomiczny, ale także charakter moralny gwarantujący przetrwanie tożsamości i grupowych pamięci zbiorowych. Dzięki standardom prawnym oraz cechom szczególnym współczesnych systemów prawnych to prawo wpływa na zmianę w pamięciach zbiorowych poprzez kwestionowanie hegemonicznych pamięci zbiorowych oraz poprzez system instytucji gwarantujących obecność wcześniej spychanych i prześladowanych pamięci. Cena, jaką płaci system prawny za tę aktywność, jest większe bezpośrednie zaangażowanie prawa w konflikty polityczne współczesności.

Prawo i jego instytucje, z racji swojej natury, generalnie dostarczają wsparcia hegemonicznym pamięciom zbiorowym. We współczesnych systemach prawnych jest coraz więcej miejsca dla mniejszościowych, spychanych na margines, pamięci zbiorowych takich jak te należące do mniejszości etnicznych czy ludów skolonizowanych. Prawo międzynarodowe i jego instytucje są w coraz większym stopniu używane na poziomie prawa krajowego do regulowania problemów z pamięcią zbiorową. Ustanowienie organizacji międzynarodowych, a szczególności rozwój prawa międzynarodowego, sprzyja procesowi zapewnienia gwarancji prawnych mniejszościowym, wcześniej zdominowanym, pamięciom zbiorowym.

Na linii prawo a pamięć zbiorowa systemy prawne są postawione w obliczu właściwie nierozwiązywalnych problemów: jak regulować pamięci zbiorowe?; na które pamięci oddziaływać?; jak zapewnić autonomię prawa w stosunku do procesów politycznych związanych z regulacją pamięci zbiorowych?; czy, jak daleko sięgać w przeszłość? Wszystkie te problemy są bezpośrednio związane z dwoma funkcjami prawa: instytucjonalnym pamiętaniem i instytucjonalnym zapominaniem.

Ograniczenie prawa

Prawo zawiera w sobie ograniczenia w zakresie relacji z pamięcią zbiorową. Regulowanie pamięci zbiorowej stawia prawo przed niesłychanymi problemami. Spośród nich można zidentyfikować trzy zasadnicze:

1. Problemy wynikające z faktu, że w centrum prawa stoją prawa indywidualne. Współczesne prawo, chociaż zawiera prawa grupowe to zdecydowanie daje pierwszeństwo prawom indywidualnym ponad grupowymi;
2. Dlatego też prawo jest ułomne w swoim podejściu do tożsamości zbiorowych, które oparte są na pamięci zbiorowej. Oczywiście sytuacja jest zróżnicowana w zależności od gałęzi prawa i tak prawo międzynarodowe w lepszy sposób radzi sobie z prawami kolektywnymi, a pod jego wpływem również prawo krajowe w coraz większym stopniu włącza prawa grupowe;
3. Dyskurs prawny jest dyskursem wysoce wyspecjalizowanym i kognitywnie trudno mu przełożyć dyskurs pamięci zbiorowej i związane z nim zadania moralne na język dyskursu prawnego. Wiele istotnych moralnie kwestii nie przekłada się na język dyskursu prawnego.

Zakończenie

Znany filozof polityczny Michael Oakeshott twierdził, że jesteśmy sami przeszłością. Wyróżnił cztery rodzaje przeszłości obecnej w życiu społecznym: przeszłość ucieleśniona, przeszłość pamiętana, przeszłość konsultowana i przeszłość jako nośnik wiadomości¹². Prawo zajmuje się każdą z wyróżnionych przez Oakeshotta form pamięci. Prawo jest niesłychanie potężnym instrumentem zaangażowanym w rozciągnięcie teraźniejszości w przeszłość i w kontrolę przyszłych relacji społecznych. Tyle tylko, że kontrola rozbija wspólnotę i zabija tożsamość.

System prawny sam będąc formą pamięci jest strażnikiem pamięci i instrumentem kontroli nad pamięcią. Prawo współczesne posiada władze przypisywaną w mitologii greckiej dwóm boginiom: Mnemosyne – bogini pamięci i Lete – bogini zapomnienia.

Pierwsza – zawiera przeszłość kosmiczną i biologiczną; druga – to świadoma przeszłość sprowadzająca się do naszej tożsamości; trzecia – to przeszłość przywoływana w celu podjęcia działań, akcji; i czwarta – przeszłość niezależna od naszej świadomości, jest częścią naszego dziedzictwa społecznego i konstytuuje grunt dla aktywności praktycznej.

Druga i trzecia forma pamięci, a więc przeszłość pamiętana i przeszłość konsultowana są zasadnicze dla prawa. Jedna, jak napisałem wyżej, jako tożsamość, a druga, jako podstawa moralnego działania, odpowiadają na pytanie jak dobrze żyć – a więc są podstawą rozumu praktycznego. Tak się składa, że jedna z drugą są policzone i jeżeli zabraknie tożsamości nie będzie podstaw dla praktycznego rozumu. Tożsamość zaś można osiągnąć, co brzmi banalnie, jako członek wspólnoty.

12 M. Oakeshott, *On History and Other Essays*, Oxford 1985, s. 1-44.

Elastyczna wykładnia prawa do życia w fazie prenatalnej

Reflections upon the Flexible Interpretation of the Right to Life in Prenatal Phase

The aim of the article is to analyze relevant international law provisions concerning the right to life in the prenatal phase. The examined hypothesis concerns the open character of the relevant legal norms that allow flexible interpretation. Hence, it is impossible to definitively determine whether international legal norms respect the right to life of children before birth or allow the encroachment of this right. Therefore, the possible justification for flexible interpretation of international legal provisions is to transfer the level of decision-making upon domestic public authorities. This line of reasoning is also visible in the case-law of the European tribunals; both the European Tribunal of Human Rights in Strasbourg and the Court of Justice of the European Union in Luxembourg. The judicial statements underline that judicial resolution of this dilemma would have been unjustified as it is necessary to respect democratic principles of decision-making. Hence, it is for the parliaments of the Member States to determine whether the right to life in prenatal phase should or should not be respected within the domestic legal order.

Dobrochna Bach-Golecka

*doktor nauk prawnych,
Uniwersytet Warszawski*

Czy unormowania odnoszące się do prawa do życia we współczesnym prawie międzynarodowym obejmują także ochronę życia w fazie prenatalnej? Jaki wpływ na treść prawa do życia mają regulacje odnoszące się do praw reprodukcyjnych? Czy unormowania dotyczące aborcji mają wpływ na ograniczenie stosowania prawa do życia w okresie przed narodzeniem?

Niniejszy artykuł ma na celu sformułowanie próby odpowiedzi na powyższe pytania, w oparciu o analizę regulacji prawno-międzynarodowych dotyczących prawa do życia,

a w szczególności unormowań obowiązujących w prawie Unii Europejskiej. Postawiona zostanie teza, zgodnie z którą unormowania dotyczące prawa do życia zostały skonstruowane w sposób „otwarty”, umożliwiając elastyczną interpretację norm prawa międzynarodowego, zarówno respektującą, jak i negującą, prawo do życia w fazie prenatalnej w poszczególnych państwach. Zanalizowane zostaną także unormowania dotyczące praw dziecka oraz współczesne inicjatywy dotyczące respektowania prawa do życia w fazie przed narodzeniem.

Prawo do życia na poziomie powszechnego prawa międzynarodowego

Problematyka prawa do życia w okresie prenatalnym jest stosunkowo rzadko podejmowana w literaturze przedmiotu; w doktrynie podkreśla się zatem konieczność podjęcia dyskusji dotyczącej statusu prawnego oraz ochrony prawnej przysługujących dzieciom nienarodzonym¹. Unormowania dotyczące prawa do życia mogą być analizowane w dwojaki sposób: po pierwsze, przez zbadanie regulacji o charakterze uniwersalnym oraz po drugie, przez zbadanie unormowań partykularnych dotyczących praw poszczególnych grup społecznych: dzieci, kobiet, osób niepełnosprawnych.

W kontekście regulacji o charakterze uniwersalnym istotne znaczenie należy przypisać unormowaniu art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP) z 1966 r., który stanowi, że „Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia. Prawo to powinno być chronione przez ustawę. Nikt nie może być samowolnie pozbawiony życia”. Uprzednią regulacją było postanowienie Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (PDPC) z 1948 r., która w art. 3 stanowiła o tym, że „Każdy człowiek ma prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa”². W odniesieniu powyższych unormowań możliwe jest przyjęcie dwóch odmiennych interpretacji dotyczących momentu rozpoczęcia ochrony prawa do życia: po pierwsze, wskazującej że momentem inicjującym ochronę jest fakt urodzenia lub po drugie, wskazującej, że ochrona rozciąga się także na okres od momentu zapłodnienia do urodzenia (*in utero*).

W doktrynie można znaleźć zwolenników obowiązywania prawa do życia zarówno wyłącznie w fazie postnatalnej, jak i w fazie prenatalnej. Wskazówek odnośnie do prawidłowości przyjęcia danej interpretacji nie przynoszą jednak ani *travaux préparatoires* ani materiały źródłowe dotyczące historii prac legislacyjnych nad aktami międzynarodowymi. W kontekście unormowania PDPC P.W. Smits wskazuje, że propozycje regulacji gwarantujących *expressis verbis* prawo do życia od momentu poczęcia były składane w trakcie prac przygotowujących ostateczny tekst Deklaracji, jednak zostały one odrzucone podczas głosowania³. Wynik głosowania nie oznacza jednak, jego zdaniem, odrzucenia propozycji interpretacji prenatalnej prawa do życia, gdyż było ono – paradoksalnie – motywowane chęcią przyjęcia regulacji na tyle ogólnych, by ich treść mogła być rozumiana jako zawierająca w sobie meritum odrzuconych propozycji.

-
- 1 Tak M. Cornock, H. Montgomery, *Children's rights in and out of the womb*, „International Journal of Children's Rights” 19, 2011, s. 3-19.
 - 2 Por. W.A. Schabas, *Right to life*, [w:] *Encyclopedia of human rights*, t. III, red. D.P. Forsythe, Oxford 2009, s. 440-447.
 - 3 P.W. Smits, *The right to life of the unborn in international documents, decisions and opinions*, Leiden 1992, s. 8-16.

Inni autorzy wskazują, że posługiwanie się szerokim pojęciem „każdy człowiek” w odniesieniu do podmiotu, któremu przysługuje prawo do życia nie przesądza o momencie, od którego zaczyna się prawna ochrona istnienia ludzkiego. W szczególności, postanowienia Deklaracji nie zawierają definicji „człowieka” jako podmiotu praw. Ponownie zatem możliwa jest interpretacja postnatalna, jak i prenatalna postanowień Deklaracji. W tym kontekście R. Joseph wskazuje, że uznanie w ramach Deklaracji Praw Człowieka interpretacji prenatalnej oznacza konieczność stosowania podobnej interpretacji późniejszych instrumentów powstałych w ramach Narodów Zjednoczonych⁴. Analizując prawno-międzynarodowe regulacje dotyczące prawa do życia W.A. Schabas podkreśla, że unormowania te przewidują w pewnym stopniu ochronę życia w fazie prenatalnej, jednak jej szczegółowy zakres powinien być doprecyzowany na poziomie wewnętrznych regulacji prawnych państw⁵.

W tym kontekście można wskazać, że unormowania prawno-międzynarodowe mają charakter otwarty, nie przesądzają w sposób definitywny o braku ochrony prawa do życia w fazie prenatalnej ani też nie przesądzają o obowiązywaniu norm dotyczących prawa do życia w odniesieniu do dzieci nienarodzonych. Państwa uczestniczące w procesie legislacyjnym nie zdołały wypracować jednolitego stanowiska w tym zakresie. Osiągnięty kompromis ma charakter otwarty, gdyż nie narzuca określonego rozwiązania żadnemu z państw-stron traktatów. W ten sposób możliwa jest tzw. elastyczna wykładnia norm prawa międzynarodowego, która uwzględnia stanowisko danego państwa przyjęte na poziomie regulacji krajowych, gwarantujące prawo do życia w fazie prenatalnej bądź niezawierające takiej ochrony.

Elastyczna wykładnia umożliwia zróżnicowaną interpretację norm prawa międzynarodowego, które skonstruowane są celowo w sposób „otwarty”, niedoprecyzowany, nieprzesądzający o zajęciu definitywnego stanowiska w sporze dotyczącym danego zagadnienia. W odniesieniu do regulacji prawa do życia otwarty charakter norm widoczny jest, przykładowo, przez brak definicji podmiotu, którego istnienie chronione jest przez prawo czy przez brak precyzyjnego wskazania momentu czasowego, od którego ochrona prawna się rozpoczyna. W tym kontekście elastyczna wykładnia umożliwia zróżnicowane rozumienie norm prawa międzynarodowego, stosownie do treści regulacji przyjmowanych na poziomie krajowym. W konsekwencji, w przypadku spraw o charakterze kontrowersyjnym, co do których nie udało się osiągnąć porozumienia kompromisowego, państwa-strony traktatu „zawieszają” rozstrzygnięcie sporu poprzez otwartą konstrukcję normy traktatowej, umożliwiającą adaptację wielorakich rozstrzygnięć spornej kwestii.

Niektórzy autorzy wskazują, że istotne znaczenie może mieć stosowanie zróżnicowanych pojęć: „człowiek” oraz „istota ludzka”⁶. Terminom tym należy przypisać różne znaczenie: człowiek zaczyna się od urodzenia żywym, zaś istota ludzka zaczyna się od poczęcia. Posługując się tą linią argumentacji należy uznać, że jeżeli PDPC nie stosuje terminu „istota ludzka”, prawa w niej zawarte odnoszą się wyłącznie do ludzi po urodzeniu, zaś prawo do życia unormowane w MPPOiP i zawierające termin „istota ludzka”, definiuje prawa jednostki także w fazie prenatalnej. Powyższe stanowisko, które w sposób definitywny uzależnia zakres obowiązywania prawa do

4 R. Joseph, *Human rights and the unborn child*, Dordrecht-Boston-London 2009, s. 103-120.

5 W.A. Schabas, *Right to life...*, op. cit., s. 445-446.

6 Tak A. Łopatka (*Jednostka. Jej prawa człowieka*, Warszawa 2002, s. 38).

życia od zastosowanej terminologii, jest jednak odosobnione w doktrynie; nie znajduje także odzwierciedlenia w orzecznictwie trybunałów międzynarodowych czy innych organów zajmujących się implementacją praw człowieka⁷.

W odniesieniu do unormowań partykularnych prawa międzynarodowego, regulujących prawa konkretnych grup społecznych, należy wspomnieć o traktatach określających prawa dzieci oraz prawa osób niepełnosprawnych. Konwencja o Prawach Dziecka (KPD) z 1989 r. odnosi się w preambule do dzieci w okresie prenatalnym, stwierdzając, że: „(...) dziecko z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną i umysłową wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej zarówno przed, jak i po urodzeniu”. Konwencja o Prawach Osób Niepełnosprawnych stanowi w preambule, że „(...) niepełnosprawne dzieci powinny w pełni korzystać ze wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności, na zasadzie równości z innymi dziećmi oraz przywołując zobowiązania w tym zakresie przyjęte przez państwa strony Konwencji o Prawach Dziecka”.

Wydaje się, że powyższe regulacje respektują prawo do życia w fazie prenatalnej, gdyż niedojrzałość w fizycznym rozwoju dziecka nie powinna pozbawić go ochrony prawnej przed przemocą czy próbami pozbawienia życia. Dodatkowo, postanowienia te mogą służyć jako normy ograniczające legalność aborcji z powodów eugenicznych, w kontekście uszkodzeń fizycznych dziecka w fazie prenatalnej.

Sytuacja normatywna nie ma jednak charakteru zamkniętego, i podobnie jak w przypadku regulacji odnoszących się do prawa do życia w powszechnym prawie międzynarodowym, możliwe jest stosowanie elastycznej wykładni uznającej bądź negującej prawo do życia dzieci w okresie prenatalnym. W tym kontekście zwolennicy interpretacji postnatalnej wskazują, że norma dotycząca dzieci nienarodzonych została celowo umieszczona w Preambule Konwencji, a nie w ramach stanowczych jej postanowień⁸. Takie umiejscowienie regulacji stanowi efekt kompromisu między państwami, które opowiadały się za wyraźnym uznaniem praw dzieci nienarodzonych a państwami, które sprzeciwiały się takim zapisom. Zwolennicy umieszczenia regulacji podkreślają, że unormowania krajowe wszystkich państw zapewniają pewien poziom ochrony dzieci nienarodzonych, zatem Konwencja powinna uwzględnić ten stan normatywny. Z kolei przeciwnicy umieszczenia regulacji wskazują, że Konwencja określa minimalny poziom ochrony prawnej dziecka po urodzeniu, podczas gdy wskazanie jaka powinna być odpowiednia ochrona prawna dziecka przed urodzeniem, przynależy do władz krajowych. Problematyka ochrony prawa do życia dzieci nienarodzonych wpisuje się w ramy Konwencji oraz w „kontekst kultury, tradycji i religii każdego państwa strony Konwencji”⁹.

7 Uwagi ogólne Komitetu Praw Człowieka, dotyczące zasad interpretacji prawa do życia (art. 6 MPPOiP), nie odnoszą się wprost do zakresu ochrony prawa do życia. Odrzucono zaś projekt uwag, który zajmował jednoznaczne stanowisko, stwierdzając, że: „(...) zakres ochrony prawa do życia dzieci nienarodzonych stanowi kwestię kontrowersyjną w wielu państwach członkowskich. Komitet stoi na stanowisku, że kwestia ta nie może być rozwiązana przez odniesienie do art. 6 Paktu.”; UN Doc. CCPR/C/SR.369, § 10.

8 Por. G. Van. Bueren, *The international law on the rights of the child*, Dordrecht 1995, s. 32-36.

9 Tak P.E. Veerman, *The rights of the child and the changing image of childhood*, Dordrecht-Boston-London, 1992, s. 186. Zob. także D. Johnson, *Cultural and regional pluralism in the*

Zwolennicy interpretacji prenatalnej wskazują na unormowanie art. 6 KPD, który stanowi, że: „1. Państwa strony uznają, że każde dziecko ma wrodzone prawo do życia. 2. Państwa strony zapewniają w możliwie maksymalnym zakresie warunki życia i rozwoju dziecka”. Konwencja definiuje dziecko jako: „(...) każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność”. Zdaniem T. Smyczyńskiego należy opowiedzieć się za szerokim rozumieniem pojęcia „dziecka” oraz przyjąć taką interpretację postanowień Konwencji, która będzie sprzyjała ochronie prawa do życia dziecka poczętego, przed urodzeniem¹⁰.

Z powyższym tokiem rozumowania nie zgadza się A. Łopatka argumentując, że to państwa, które ratyfikowały Konwencję, decydują o tym, od jakiego momentu istota ludzka jest dzieckiem. Uznanie to nie może, zdaniem autora, nastąpić później niż w momencie odłączenia dziecka od organizmu matki. Władze publiczne zatem mają prawo rozstrzygnięcia jaka „(...) ochrona prawna jest odpowiednia dla danego okresu rozwoju dziecka nienarodzonego.”¹¹. W tym kontekście także decyzja o dopuszczalności prawnej aborcji powinna być rozstrzygana przez władze krajowe.

Określenie właściwego standardu ochrony prawnej w fazie prenatalnej stanowi decyzję podejmowaną na poziomie państw stron Konwencji¹². Otwarty charakter regulacji prawno-międzynarodowych, ich „neutralny” charakter umożliwiają zastosowanie elastycznej wykładni, zgodnej ze „światopoglądem aksjologicznym” wspólnoty politycznej danego państwa. W tym kontekście to społeczeństwo, działając poprzez swoich przedstawicieli w parlamencie, podejmuje decyzje dotyczące wszystkich członków wspólnoty. Decyzje te mogą zawęzić bądź poszerzać zakres ochrony prawa do życia, uregulowany na poziomie prawno-międzynarodowym.

W tym drugim przypadku unormowania krajowe winny precyzować zakres obowiązywania prawa do życia oraz respektować zasady równości i niedyskryminacji. Uznanie prawa do życia w fazie prenatalnej zakłada poszanowanie reguł powszechności, obiektywności i braku selektywności (*nonselectivity*). Ponadto, uznanie prawa do życia zakazuje unicestwienia podmiotu tego prawa. W tym kontekście należałoby rozważyć legalność regulacji związanych z aborcją i ich potencjalną sprzeczność z unormowaniami traktatowymi określającymi prawo do życia.

Podsumowując, należy stwierdzić, że unormowania prawa międzynarodowego nie mają charakteru wyczerpującego, zaś ich uzupełnienie dokonuje się przez doprecyzowanie w przyjętych regulacjach krajowych. Ta sama norma może zatem być dopełniona w różny sposób w wewnętrznych unormowaniach przyjętych przez państwa-strony traktatu. Wydaje się, że proces ten prowadzi do powstania normy prawa międzynarodowego, której podstawowa treść (prawo do życia) ustalana jest w sposób jednorodny na poziomie ponadnarodowym, zaś doprecyzowanie warunków korzystania z normy (określenie podmiotu podlegającego ochronie, momentu

drafting of the UN Convention on the Rights of the Child, [w:] *The ideologies of children's rights*, red. M.A. Freeman, P. Veerman, Dordrecht-Boston-London 1992, s. 107-109.

10 T. Smyczyński, *Pojęcie dziecka i jego podmiotowość*, [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, red. Smyczyński, Poznań 1999, s. 40-41.

11 A. Łopatka, *Kto jest dzieckiem?*, [w:] *Konwencja o prawach dziecka a prawo polskie*, red. A. Łopatka, Warszawa 1991, s. 19.

12 S. Besson, J. Bourke- Martignoni, *Children's Convention (Convention on the Rights of the Child)*, [w:] *Encyclopedia of human rights*, t. I, red. D.P. Forsythe, Oxford 2009, s. 300-307.

czasowego, od którego rozpoczyna się ochrona) następuje na poziomie krajowym. W tym kontekście możliwe jest współistnienie różnych regulacji wewnętrznych państw, przewidujących ochronę prawa do życia w okresie prenatalnym. Owo zróżnicowanie może w szczególności dotyczyć momentu czasowego rozwoju ciąży (etapu rozwoju płodu), od którego przysługuje ochrona¹³. Możliwe jest także dodatkowe zróżnicowanie w ramach poszczególnych gałęzi prawa krajowego: przykładowo w sytuacji, gdy prawo cywilne określa jako podmiot prawa osobę od momentu urodzenia, a prawo karne przewiduje ochronę prawa do życia, także w okresie prenatalnym, od momentu uzyskania zdolności do przeżycia poza organizmem matki (*viable unborn life*)¹⁴.

Prawo do życia na poziomie regulacji europejskich

Regionalne prawo międzynarodowe zawiera niekiedy unormowania, które bardziej precyzyjnie określają moment rozpoczęcia ochrony prawnej życia ludzkiego, w porównaniu do regulacji powszechnego prawa międzynarodowego¹⁵. W kontekście unormowań europejskich brak jest analogicznej regulacji dotyczącej wskazania momentu rozpoczęcia ochrony prawa do życia. Unormowania te odnoszą się do traktatów przyjętych w ramach Rady Europy, w szczególności Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC) oraz w ramach Unii Europejskiej, do Karty Praw Podstawowych (KPP). Art. 2 EKPC stanowi, że: „Prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę”, zaś Karta Praw Podstawowych stanowi w art. 2, że: „Każdy ma prawo do życia”. W tym kontekście państwa członkowskie zobowiązane są nie tylko do przestrzegania (nienaruszania) tego prawa (obowiązek negatywny), ale także do jego aktywnej ochrony (obowiązek pozytywny)¹⁶. Inne postanowienia Karty Praw Podstawowych mogą stanowić punkt odniesienia (*point of reference*) dla określenia stopnia ochrony prawnej przysługującej dzieciom nienarodzonym to w szczególności: art. 1 (godność człowieka), art. 3 (prawo człowieka do integralności) oraz art. 24 (prawa dziecka). Prawo europejskie nie zawiera unormowań traktatowych wiążących prawo do życia w okresie prenatalnym w tzw. prawami reprodukcyjnymi i seksualnymi.

Karta Praw Podstawowych odnosi się wprost do praw dziecka w art. 24, zgodnie z którym: „Dzieci mają prawo do takiej ochrony i opieki, jaka jest konieczna

13 Tak S. De Freitas, G. Myburgh, *Seeking deliberation on the unborn in international law*, „Potchefstroom Electronic Law Journal” 14, nr 5, 2011, s. 12. Polskie unormowania oraz orzecznictwo sądowe przedstawia M. Piechowiak, *Status dziecka poczętego. Czy Konwencja o Prawach Dziecka jest neutralna w sprawie prawa do życia nienarodzonych?: materiały krajowej konferencji naukowej*, Toruń, 22-23 X 1998 r., [w:] *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych*, red. T. Jasudowicz, Toruń 1999, s. 253-266.

14 Unormowania tego typu obowiązują w Holandii; por. J. Dorscheidt, *The unborn child and the UN Convention on Children's Rights: the Dutch perspective as a guideline*, „International Journal of Children's Rights” 7, 1999, s. 303-304.

15 Przykładowo, można wskazać tu na postanowienia Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka z 1948 r. oraz Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 1969 r., przewidującej prawo do ochrony życia w zasadzie od momentu poczęcia. Por. D. Bach-Golecka, *Prawo do życia dzieci nienarodzonych w prawie międzynarodowym*, [w:] *Prawa dziecka w prawie międzynarodowym*, red. E. Karska, Warszawa 2013, s. 57-60.

16 Tak I.C. Kamiński, A. Wróbel, *Komentarz do art. 2*, [w:] *Karta Praw Podstawowych. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 55-67.

dla ich dobra.(...)”. Postanowienia Karty są interpretowane zgodnie z unormowaniami Konwencji o Prawach Dziecka¹⁷. W tym kontekście widoczny jest stopniowy rozwój unormowań europejskich dotyczących praw dziecka. Komisja Europejska zaangażowała się w przygotowanie dokumentów programowych, mających na celu skuteczną implementację regulacji KPP¹⁸. Traktat z Lizbony wśród celów Unii Europejskiej wymienia *expressis verbis* ochronę praw dziecka, także w odniesieniu do działań zewnętrznych (art. 3 ust. 3 i 5 TUE).

Problematyka określenia początku prawnej ochrony życia ludzkiego na gruncie EKPC oraz KPP stanowi zagadnienie o charakterze otwartym¹⁹. Twórcy Karty w sposób celowy wskazali na podmiot prawa do życia w sposób niedookreślony (*vague provision*), analogicznie do zapisów EKPC²⁰. Możliwe jest zatem przytoczenie argumentów o ochronie prawa do życia w okresie prenatalnym, jak i postnatalnym. Rozstrzygnięcia kontrowersji nie przynosi także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz), organu sądowego upoważnionego do rozpatrywania skarg na naruszenie postanowień Konwencji.

W kontekście prenatalnej ochrony życia Trybunał wskazuje na kompetencje decyzyjne państw członkowskich. Przykładowo, w sprawie *Vo przeciwko Francji*²¹ Trybunał wypowiedział się odnośnie do ochrony życia w fazie prenatalnej w sytuacji, która nie odnosiła się do ustawodawstwa krajowego dotyczącego aborcji, ale do sytuacji uśmiercenia płodu w wyniku lekarskiej pomyłki osób mających zamiar skorzystać z usługi medycznej. Trybunał podkreślił, że art. 2 Konwencji dotyczący prawa do życia nie wskazuje w jaki sposób definiować podmiot tego prawa („każdy”) w odniesieniu do granic czasowych prawa do życia. W tym kontekście zadaniem Trybunału nie jest rozstrzygnięcie debaty dotyczącej sprecyzowania kiedy zaczyna się życie ludzkie, ponieważ zagadnienie to wzbudza szereg różnorodnych opinii. W opinii Trybunału w tym względzie to państwa członkowskie winny cieszyć się znacznym stopniem uznaniowości (*considerable discretion*).

Trybunał podkreślił, że zarówno we Francji, jak i w innych państwach członkowskich oraz na płaszczyźnie europejskiej, nie istnieje porozumienie dotyczące naukowej i prawnej definicji początków życia. Ze względu na brak konsensusu

17 EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Brussels 2006, s. 209-210.

18 Komisja Europejska, *An EU Agenda for the Rights of the Child* COM (2011), 60 final; *Towards an EU Strategy on the Rights of the Child* COM (2006), 367 final. Por. H. Stalford, E. Drywood, *The use of CRC in EU law and policy-making*, [w:] *Children's rights: from vision to implementation*, red. A. Invernizzi, J. Williams, London 2011, s. 199-218.

19 Por. J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 121-125.

20 EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter...*, op. cit., s. 33. Zdaniem autorów, dopóki orzecznictwo ETPCz nie przyniesie innego rozstrzygnięcia, „rozsądna” (*reasonable*) legalizacja aborcji nie stanowi naruszenia pozytywnego zobowiązania państw członkowskich do ochrony prawa do życia; z kolei zagadnienie, czy całkowita penalizacja aborcji stanowi naruszenie praw człowieka zależeć powinno od interpretacji postanowień dotyczących prawa do poszanowania prywatności oraz zakazu dyskryminacji matki.

21 Wyrok z dnia 8.7.2004 r., nr sprawy 53924/00. Zob. także T. Te Braake, *Does a fetus have a right to life? The case of Vo v. France*, „European Journal of Health Law” 11, 2004, s. 381-389.

odnoszącego się do statusu i natury embrionu i płodu, podjęcie decyzji w tym zakresie winno pozostać na poziomie wewnętrznym – do rozstrzygnięcia legislatury państw członkowskich, zgodnie z regułą marginesu uznania (*margin of appreciation*) i władzy osądzania (*power of assessment*).

Stwierdzenia Trybunału dotyczące braku jednolitej opinii wśród państw członkowskich zostały uzupełnione rozważaniami odnoszącymi się do wzrastającej roli nauk biomedycznych w kontekście omawianych regulacji. W szczególności, Trybunał podkreślił, że embriion/płód (*embryo/fetus*) znajdują się pod pewną ochroną związaną z rozwojem nauki i potencjalnymi konsekwencjami badań związanych z inżynierią genetyczną, medycznie wspomaganym rozrodem, czy eksperymentami dokonywanymi na ludzkich zarodkach. W tym kontekście możliwe jest wyodrębnienie pewnego wspólnego stanowiska (*common ground*) między państwami członkowskimi o tym, że embriion i płód przynależą do rasy ludzkiej. Zdaniem Trybunału potencjalność tego istnienia i jego zdolność by stać się w pełni osobą ludzką, wymagają ochrony w imię zasady godności ludzkiej, bez konieczności rozstrzygnięcia, czy embriion i płód stanowią podmiot prawa do życia w rozumieniu art. 2 Konwencji.

Argumentacja zawarta w zdaniach odrębnych do wyroku koncentruje się na wykazaniu korzyści z uznania, że art. 2 EKPC obejmuje także ochronę prawa do życia w fazie prenatalnej. Interpretacja literalna pojęcia „każdy człowiek” wskazuje na objęcie nim także ludzi przed urodzeniem; wykładnia pojęcia „życie” odnosi się do istnienia rozpoczynającego się od momentu zapłodnienia do śmierci, w ramach którego narodziny nie są początkiem, ale jedynie etapem istnienia. Inna linia argumentacji ze zdań odrębnych podkreśla, że ochrona życia w fazie prenatalnej nie oznacza, że powinna mieć ona charakter absolutny. W tym kontekście regulacje krajowe państw członkowskich mogą zawierać przepisy derogujące unormowania uznające prawo do życia w fazie prenatalnej w ramach precyzyjnie wskazanych przypadków, odnoszących się w szczególności do możliwości przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży. Taki zabieg legislacyjny – ogólna norma chroniąca życie oraz szczegółowo określone wyjątki umożliwiające dokonanie aborcji – powoduje, że zakres dopuszczalnych wyjątków ulega ograniczeniu.

W kolejnych orzeczeniach Trybunał podtrzymał swoje stanowisko dotyczące wyłącznej kompetencji państw członkowskich do określenia zakresu ochrony prawa do życia w fazie prenatalnej, jak również wyjątków dopuszczających przeprowadzenie aborcji²². W tym kontekście stanowisko Trybunału ogranicza się do zagwarantowania skutecznej implementacji przepisów krajowych.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) problematyką ochrony prawa do życia w fazie prenatalnej zajmował się niejako na marginesie rozważań dotyczących możliwości uznania aborcji za usługę w rozumieniu prawa wspólnotowego – w ramach uzasadnienia orzeczenia w sprawie *Society for the Protection of Unborn Children Ireland przeciwko S. Grogan*²³. Trybunał podkreślił, że w myśli

22 Zob. przykładowo wyrok ETPC nr 12686 w sprawie *A, B, C przeciwko Irlandii* z 16.10.2010 r., nr skargi 25579/05; wyrok nr 6999 w sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce* z 20.3.2007 r., nr skargi 5410/03; wyrok nr 13114 w sprawie *R. R. przeciwko Polsce* z 26.5.2011 r., nr skargi 27617/04; wyrok w sprawie *P. i S. przeciwko Polsce* z 30.10.2012 r., nr skargi 57375/08.

23 Wyrok z dnia 4.10.1991 r., nr sprawy C-159/90, I-4733-4742. Zob. D.R. Phelan, *Right to life of the unborn v promotion of trade in services: The European Court of Justice and the normative shaping of the European Union*, „The Modern Law Review” 55, 1992, s. 670-689.

regulacji traktatowych pod pojęciem usług rozumie się świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób; w szczególności usługi obejmują wykonywanie wolnych zawodów. W tym kontekście przerywanie ciąży, jeżeli jest legalnie praktykowane w poszczególnych państwach członkowskich, stanowi działalność medyczną, która zwykle jest świadczona za wynagrodzeniem i może być wykonywana w ramach działalności zawodowej.

Trybunał dopuszcza możliwość współistnienia różnych regulacji prawnych w państwach członkowskich dotyczących działalności usługowej tego samego typu. W szczególności TSUE uznaje możliwość częściowego ograniczenia lub całkowitego zakazania danej działalności z powodów odnoszących się do sfery etycznej²⁴. Usługi medyczne stanowią zatem usługi w rozumieniu prawa wspólnotowego pod warunkiem ich legalności w danym państwie członkowskim. W przypadku, gdy krajowy legislator zdecyduje o zakazie wykonywania danej usługi medycznej, regulacje te nie podlegają prawu wspólnotowemu, zaś Trybunał nie posiada jurysdykcji do oceny zgodności unormowań krajowych z prawem europejskim.

Dokonanie oceny wagi argumentów moralnych sprzeciwiających się aborcji przynależy do kompetencji legislatury krajowej w tych państwach członkowskich, w których zabiegi przerywania ciąży dokonywane są legalnie, a zatem orzeczenie Trybunału nie może stanowić substytutu dla decyzji parlamentu. Parlamente krajowe powinny podjąć decyzję dotyczącą uznania, ograniczenia bądź zakazania aborcji, a regulacja prawna powinna odzwierciedlać wartości wyznawane w danym społeczeństwie i być zgodna z respektowanymi poglądami w ramach tej wspólnoty. W tym kontekście określony system wartości uznawanych za istotne przez obywateli państw członkowskich odnosi się do relacji społecznych, podtrzymywania więzi międzyludzkich i wpływa na proces tworzenia i konsolidacji grupy²⁵.

Argumentacja moralna ma zatem charakter partykularny, odnosi się do sfery tradycji, dziedzictwa kulturowego państw członkowskich. Nie istnieje jednolita moralność „europejska”²⁶. Zróżnicowanie wartości moralnych obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich podlega ochronie przewidzianej w regulacjach traktatowych oraz postanowieniach KPP. Art. 22 Karty stanowi, że: „Unia szanuje różnorodność kulturową, religijną i językową”.

Europejskie inicjatywy dotyczące prawa do życia

W Unii Europejskiej współczesne zainteresowanie problematyką prawa do życia w okresie prenatalnym związane jest z rozwojem nauk biomedycznych, który uległ intensyfikacji pod koniec XX w., przyczynił się do zmian w ujmowaniu statusu ontologicznego ludzkiego embrionu (płodu, dziecka nienarodzonego) oraz ewolucji

24 Przykłady regulacji krajowych zróżnicowanych ze względów etycznych to przykładowo działalność hazardowa, prostytucja, handel materiałami o charakterze pornograficznym; por. D. Bach-Golecka, *Etyczne i moralne aspekty swobody świadczenia usług*, [w:] *Quo vadis Europa III?*, red. E. Piontek, K. Karasiewicz, Warszawa 2007, s. 217-228.

25 Por. D.E. Faifua, *Moral judgment and group formation: multilevel analyses*, „International Journal of Interdisciplinary Social Sciences” 6, 2012, s. 2-13.

26 Por. A. Kalisz, A. Szot, *(Przewrotna) rola klauzul generalnych w orzecznictwie europejskim. Studium „interesu publicznego” i „moralności publicznej”*, [w:] *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, red. O. Nawrot et al., Warszawa 2012, s. 213-220.

dotyczącej przynależnej im ochrony prawnej²⁷. Prawo Unii Europejskiej oraz regulacje Rady Europy odnoszą się zagadnień biomedycznych (przykładowo, dyrektywa 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych czy Europejska Konwencja Bioetyczna („Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny”) z dnia 4 kwietnia 1997 r.). W ramach instytucjonalnych Unii Europejskiej fundamentalne znaczenie ma orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (w składzie wielkiej izby, sędzia sprawozdawca: M. Safjan) z dnia 18.10.2011 r. w sprawie C-34/10 *Olivier Brüstle przeciwko Greenpeace*. TSUE uznał, że termin „ludzki embrion” musi być interpretowany szeroko: każda ludzka komórka jajowa musi być uznawana za „ludzki embrion” od momentu jej zapłodnienia, który zapoczątkowuje proces rozwoju istoty ludzkiej. Trybunał podkreślił zakaz udzielania ochrony patentowej na wykorzystywanie ludzkich embrionów dla celów przemysłowych lub handlowych oraz badań naukowych.

Powyższe orzeczenie stało się impulsem dla zainicjowania europejskiej kampanii społecznej pt. „Jeden z nas” (*One of us*), mającej na celu ochronę życia w fazie prenatalnej. Kampania zmierza do ujednoczenia regulacji Unii Europejskiej poprzez zakazanie i zakończenie finansowania działań wiążących się z niszczeniem ludzkich embrionów oraz prowadzeniem badań i eksperymentów na embrionalnych komórkach macierzystych. Ponadto, ma na celu upowszechnienie przekonania, że ochrona prawna, przysługująca człowiekowi na gruncie europejskiego prawa patentowego, musi dotyczyć wszystkich jego faz rozwojowych i obejmować również życie w fazie embrionalnej, począwszy od momentu zapłodnienia.

Europejska inicjatywa obywatelska stanowi nowy instrument w prawie Unii Europejskiej. Jego podstawowe znaczenie związane jest ze swoistym „uzupełnieniem” mechanizmów demokracji przedstawicielskiej, elementami demokracji bezpośredniej. W tym kontekście inicjatywa zakłada ponadnarodową współpracę i uczestnictwo obywateli w procesie tworzenia inicjatywy, zbierania deklaracji poparcia oraz w kontaktach z Komisją Europejską. Z formalnoprawnego punktu widzenia inicjatywa stanowi słaby instrument demokratyzacji, gdyż jej konsekwencje zbliżone są raczej do konsekwencji petycji: wiążące zobowiązania Komisji do zajęcia się inicjatywą ograniczone są do przesłania danych o charakterze informacyjnym. Inicjatywa nie narusza w tym zakresie władzy dyskrecjonalnej Komisji²⁸.

Wśród potencjalnych konsekwencji społecznych stosowania inicjatywy można wskazać takie skutki, jak: wzrost aktywności społecznej; poczucie sprawczości obywateli; potencjalne kształtowanie się europejskiego podmiotu zbiorowego (*demos*) upowszechnienie europejskiej debaty publicznej; większe zaangażowanie mediów. W tym kontekście można wskazać na możliwe ukształtowanie się procesów

27 Zob. przykładowo: J.T. Eberl, *The moral status of 'unborn children' without rights*, „The American Journal of Bioethics” 7, 2008, s. 44-46; N.M. Ford, *The prenatal person. Ethics from conception to birth*, Oxford 2002; K. Krzemiński, *Ludzki embrion. Czy ma prawo do życia?*, Kraków 2011; M. Machinek, *Spór o status ludzkiego embrionu*, Olsztyn 2007; O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011.

28 Regulacje traktatowe uszczegółowione są przez akt proceduralny, jakim jest Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 211/2011 z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie inicjatywy obywatelskiej. Por. I. Wróbel, *Quasi-prawodawcza inicjatywa obywatelska jako instrument demokracji uczestniczącej w systemie prawnoinstytucjonalnym Unii Europejskiej*, „Przegląd Zachodni” 1, 2013, s. 69-93.

zmierzających do raportowania o problemach w sposób ponadnarodowy przez mass-media, co przyczynić się może do powstania dyskursu europejskiego. Mechanizm ten może prowadzić do wyrażania i upowszechniania się także opinii eurosceptycznych.

Wśród potencjalnych konsekwencji instytucjonalnych stosowanie inicjatywy obywatelskiej może przyczynić się z jednej strony do zapoczątkowania i zacieśnienia współpracy organizacji pozarządowych w wymiarze transgranicznym. Potencjalna dynamika instytucjonalna korzystania z europejskiej inicjatywy obywatelskiej dotyczy w szczególności wzmocnienia działań zbiorowych podejmowanych na poziomie UE, czy tworzenia europejskich koalicji politycznych. W tym kontekście pewne zagrożenie może wiązać się z możliwością wykorzystania tego instrumentu przez pośredników, takich jak grupy nacisku, zmierzających do ochrony interesów partykularnych grup gospodarczych czy społecznych. Możliwym zagrożeniem jest także zniekształcenie treści czy celu inicjatywy podczas procesu legislacyjnego. Niewątpliwie kluczowe znaczenie będzie miało stanowisko Komisji Europejskiej w odniesieniu do pierwszych inicjatyw, które osiągną wymaganą ilość deklaracji poparcia. W szczególności istotna będzie gotowość Komisji do zainicjowania procesu legislacyjnego zmierzającego do realizacji celów inicjatywy.

Podsumowanie

Przykład europejskiej inicjatywy obywatelskiej „Jeden z nas” (*One of us*) wskazuje na znaczenie wartości istotnych dla danej wspólnoty politycznej, które powinny być odzwierciedlone w ramach postanowień prawnych. Wydaje się, że owa wspólnota przekonań (*sensus communis*) stanowi podstawę legitymizującą dla przyjęcia odpowiedniej interpretacji postanowień dotyczących ochrony prawa do życia w okresie prenatalnym, zawartych w dokumentach prawa międzynarodowego oraz w ramach unormowań prawa europejskiego. W tym kontekście elastyczna wykładnia związana jest z traktowaniem norm prawnych jako „żywego instrumentu” (*living instrument*), rozumianego zgodnie z aktualnymi warunkami życia (*present-day conditions*), podlegającego ewolucji zgodnie ze zmianami społecznymi (*social changes*) w państwach członkowskich²⁹. Rozstrzygnięcia dokonywane przez parlamenty krajowe powinny odzwierciedlać system wartości obowiązujący w danej wspólnocie politycznej, zaś orzecznictwo trybunałów sądowych powinno respektować decyzje przyjęte przez demokratyczne organy przedstawicielskie.

29 Por. *Diversity and European human rights. Rewriting judgments of the ECHR*, red. E. Brems, Cambridge 2013.

Prawo publiczne a prawo prywatne w relacji do sporu pomiędzy liberalizmem a komunitaryzmem

Public Law and Private Law in Relation to the Dispute between Liberalism and Communitarianism

The purpose of this article is to give an account of the deconstruction of the classical distinction between public law and private law, as well as to refer this issue to one of the most significant contemporary disputes – liberal-communitarian debate. As a rule, the distinction between public and private law remains valid and is convenient and useful in some aspects. However, it can be concluded that the fundamental interest criterion turns out to be useful in another, perhaps the most important contemporary dispute, namely between liberalism and communitarianism. Thus, Roman dilemmas remain nowadays valid, merely the “centre of gravity” has been shifted.

Kamil Zeidler

*doktor habilitowany nauk prawnych,
profesor Uniwersytetu Gdańskiego,
Uniwersytet Gdański*

1. Celem niniejszego artykułu nie jest bynajmniej relacjonowanie tego, co już od czasów starożytnych jest poukładane, choć trochę uwagi zostanie temu poświęcone. Cel jest tu wręcz przeciwny – dekonstruktywistyczny. Albo inaczej, celem niniejszego wystąpienia jest relacja z dekonstrukcji klasycznego podziału na prawo publiczne i prawo prywatne, a także odniesienie tego zagadnienia do jednego z najistotniejszych sporów współczesności, określanego mianem liberalizm *versus* komunitaryzm¹.

Zacząć należy od tego, że co do zasady podział na prawo publiczne i prawo prywatne nadal pozostaje aktualny

¹ Zob.: L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 2, Warszawa 2000, s. 125 i n.

i jest z pewnych względów wygodny i przydatny. Niemniej jednak – jak mówi przysłowie – diabeł tkwi w szczegółach. A jak się zaraz okaże, tkwi w nich tak mocno, że usunąć problemów granicznych zdaje się już w ogóle nie można. Na końcu zaś będą chciał od rozważań na temat prawa prywatnego i prawa publicznego dojść do rozważań na temat sporu liberalizmu z komunitaryzmem.

2. Przywołując słowa Ulpiana, że prawo publiczne zmierza do ochrony interesu ogólnego, zaś prawo prywatne zmierza do ochrony interesu jednostki², wychodzimy od najdawniejszego chyba kryterium podziału prawa na prawo publiczne i prawo prywatne. Jednym z cenniejszych osiągnięć prawa rzymskiego było właśnie pozostawienie klarownego i uniwersalnego podziału prawa, na *ius publicum* i *ius privatum*. Jak pisze Władysław Rozwadowski: „Do zakresu prawa publicznego należały normy dotyczące organizacji ludu rzymskiego w postaci państwa. Pozostałe normy ustanowione w interesie pojedynczych obywateli tworzyły prawo prywatne. Linia podziału przebiegała tu zatem między płynącą z danej normy korzyścią na rzecz państwa jako całości, z jednej strony, oraz na rzecz jednostek wchodzących w jego skład, z drugiej strony”³. Co natomiast podkreśla Jerzy Zajadło: „Nawet jeśli uznać, że współczesne stosunki społeczne są znacznie bardziej złożone i że linia graniczna pomiędzy sferą publiczną a prywatną nie jest już tak wyraźna, to istota podziału na prawo publiczne i prywatne pozostaje w gruncie rzeczy taka sama, jak w cytowanej tutaj paremii Ulpiana”⁴.

W tym ujęciu Rzymianie zdawali się w każdej sytuacji dawać pierwszeństwo interesowi ogólnemu. Słowa *actum est de re publica*, czyli „działo się w interesie państwa, sprawy publicznej”, stanowiły usprawiedliwienie działań, które mogły naruszyć interesie prywatny. Podobnie sentencja Cycerona: *Salus populi (publica, rei publicae) suprema lex esto*, czyli „niech dobro ludu (publiczne, państwa) będzie najwyższą ustawą (prawem)”⁵. Nie znaczyło to jednak, że Rzymianie, mając w polu widzenia interes publiczny, zapominali o interesach jednostki. Wręcz przeciwnie, cały porządek prawny miał na względzie także ochronę interesów pojedynczego obywatela i jedną z największych zasług prawa rzymskiego było prawidłowe kojarzenie interesu jednostki z interesem społecznym⁶.

Od razu trzeba jednak zaznaczyć, że dziś to kryterium zatarło się, bowiem szereg instytucji prawa publicznego (prawa konstytucyjnego, prawa administracyjnego, prawa karnego, procedur), zmierza do ochrony interesu jednostki.

3. Później do tego pierwotnego kryterium rozdziału dołączone zostały kolejne. I tak, przyjmując kryterium typu stosunków łączących strony, stosunek podporządkowania

2 *Publicum ius est, quo ad statum rei romanae spectat; privatum quo ad singulorum utilitatem* (Ulpianus, *Digesta* 1,1,1,2), czyli publicznym prawem jest to, które ma na względzie dobro państwa rzymskiego; prywatnym (które ma na względzie) dobro jednostek; J. Zajadło, *Teoria i filozofia prawa*, [w:] *Łacińska terminologia prawnicza*, red. J. Zajadło, Warszawa 2009, s. 51.

3 W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu z wyborem źródeł*, Poznań 2006, s. 25.

4 J. Zajadło, *Teoria i filozofia ...*, s. 51.

5 Ibidem, s. 53.

6 W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie ...*, s. 25.

charakterystyczny jest dla prawa publicznego, gdzie jeden podmiot jest uprawniony do jednostronnego, władczego kształtowania sytuacji prawnej, a w konsekwencji i faktycznej, drugiego podmiotu; natomiast stosunek koordynacji charakterystyczny jest dla prawa prywatnego i cechuje go wola stron⁷ oraz ich równość w prawie.

Przedmiotem prawa publicznego są więc stosunki między władzą a poddanymi, zaś ich cechą jest nierówność stron. Odpowiednio przedmiotem prawa prywatnego są stosunki między osobami, które pod względem prawnym są równe. I tak przykładowo, konsekwencją tej drugiej zasady jest zasada wolności umów, która polega na tym, że decyzja co do tego, czy zawrzeć umowę, z kim i jaką nadać jej treść, zależy od woli stron. Państwo zaś jedynie zapewnia odpowiednie gwarancje, w tym procesowe, aby strony umowy wywiązały się z jej postanowień⁸.

Dalej jeszcze, dla prawa publicznego charakterystyczne jest działanie z urzędu, zaś dla prawa prywatnego na wniosek zainteresowanego, posiadającego interes prawny. Odwołując się w niniejszych rozważaniach do prawa finansowego warto także przywołać kryterium podziału całego sektora finansowego na publiczny i niepubliczny, a w tym ostatnim sektor prywatny, gdzie zasadniczą cechą odróżniającą gospodarkę finansową sektora publicznego i niepublicznego jest przede wszystkim sposób zarządzania finansami⁹.

4. Jakby powyższego było mało, okazuje się, że nie tylko kryteria podziału blakną z czasem, lecz przesuwana się także linia demarkacyjna – to w jedną, w innym zaś miejscu w drugą stronę. Marek Zirk-Sadowski zwraca uwagę na wypieranie stosunków cywilnoprawnych przez stosunki administracyjnoprawne i zauważa: „fakt ten jest zjawiskiem występującym współcześnie we wszystkich systemach prawnych”¹⁰. Piszcie on przy tym dalej: „stosunek cywilnoprawny charakteryzuje się między innymi równorzędnością podmiotów tego stosunku, brakiem podporządkowania wynikającym ze stosunku władzy”¹¹.

Jak pisze Wiesław Chrzanowski: „nadmierna jurydyzacja przeważnie jest przejawem wkraczania prawa publicznego w sfery życia, dla których regulacji właściwe jest prawo prywatne”¹². Nie jest to pomysł nowy, bowiem opisywana już przez Maxa Webera biurokracja charakteryzuje się takimi cechami, jak zawłaszczanie kompetencji i obejmowanie swoim imperium coraz to większych przestrzeni, w tym przestrzeni dotąd jej niepodlegających. Przywołać także warto, że totalitaryzmy, tak niemiecki, jak i sowiecki, negowały podział prawa na prawo publiczne i prawo prywatne, lansując jedność prawa; oczywiście różnie to było uzasadniane i służyło różnym celom¹³.

7 Choć w wypadku deliktu nie ma woli stron, a powstać może stosunek prawny.

8 W. Chrzanowski, *Wolność jednostki a prawo*, „Palestra” nr 11-12, 2009, s. 16.

9 J.M. Salachna, *Odpowiedzialność za nieprzestrzeganie procedury tworzenia i wykonywania budżetu jednostki samorządu terytorialnego*, Warszawa 2008, s. 18 i n.

10 M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 67.

11 Ibidem, s. 67.

12 W. Chrzanowski, *Wolność jednostki...*, op. cit., s. 15.

13 Zob.: ibidem, s. 16.

5. Powyższe pokazuje, że o ile podział na prawo publiczne i prawo prywatne można nadal uznawać za podział w miarę stabilny – choć zaznaczony tu został problem zmienności kryteriów podziału – to zakres życia społecznego podlegający jednej albo drugiej regulacji podlega zmianom¹⁴.

Przyglądając się współczesnym koncepcjom prawa dojdź łatwo do wniosku, iż nie dość, że zaciera się klasyczny podział na prawo prywatne i prawo publiczne, to jeszcze często w ogóle nie jest dostrzegany. Przykładowo, w ujęciu prawa jako rozmowy radykalnie zmienia się pozycja państwa jako podmiotu sterującego. Następuje niemal rewolucyjne przejście od sterowania wertykalnego (charakterystycznego dla prawa publicznego) do sterowania horyzontalnego (charakterystycznego dla prawa prywatnego). Jak podkreśla Lech Morawski: „Jeżeli nie jest możliwa realizacja programów normatywnych bez zgody podsystemów, a raczej »reprezentujących« je organizacji, to państwo nie może działać jako zwierzchnik, który z góry, w jednostronny sposób dyktuje swoje decyzje, ale musi uzgadniać je z zainteresowanymi podmiotami. Państwo w roli zwierzchnika staje się partnerem przy stole rokowań, który jako pierwszy między równymi (*primus inter pares*) koordynuje wspólne przedsięwzięcia i broni i interesów całości”¹⁵. I dodaje on: „W wielu przypadkach możliwości skutecznego działania organów państwa są tak dalece ograniczone, że niezbędna staje się bezpośrednia delegacja funkcji sterujących państwa na różnego rodzaju organizacje i instytucje. Instytucjonalizacja ruchu konsumenckiego, który w wielu krajach z powodzeniem przejął z rąk państwa funkcje kontrolne wobec producentów, może być pozytywnym przykładem tej nowej strategii rozwiązywania społecznych problemów”¹⁶.

W najdalszej konsekwencji „wprawdzie państwo zachowuje monopol na stosowanie środków przymusu, ale w warunkach współczesnych społeczeństw na ogół nie dysponuje ani odpowiednim zakresem wiedzy, ani odpowiednimi środkami, by móc skutecznie wykonywać funkcje sterujące”¹⁷. Jednym z głównych zadań dla państwa staje się więc integracja różnych podsystemów społecznych we w miarę spójną całość¹⁸.

To wszystko z kolei – w przeciwieństwie do argumentów przywołanych wcześniej – przesuwają nas w stronę rozmowy, dialogu, porozumienia, umowy, czyli tego, co jest charakterystyczne dla prawa prywatnego. Jak bowiem zauważa L. Morawski: „Typowa dla pozytywistycznej koncepcji prawa organizacja struktur decyzyjnych na podstawie asymetrycznej relacji zwierzchnik-podporządkowany jest coraz częściej zastępowana przez symetryczne relacje partnerstwa, w których wspólnie podejmujemy decyzje i wspólnie odpowiadamy za ich wykonanie. Prawo staje się bardziej rozmową, dialogiem władzy i społeczeństwa, niż monologiem, który wygłasza suweren do swoich poddanych”¹⁹.

14 Por.: M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie...*, op. cit., s. 68.

15 L. Morawski, *Główne problemy...*, op. cit., s. 85.

16 Ibidem, s. 85-86.

17 Ibidem, s. 86.

18 Ibidem.

19 Ibidem, s. 90.

6. Na końcu warto jeszcze powrócić do kryterium interesu jako głównego kryterium klasyfikacyjnego w sporze pomiędzy liberalizmem a komunitaryzmem. Zastanawiając się bowiem, czy podział na prawo publiczne i prawo prywatne jest jeszcze potrzebny – no może poza utwierdzeniem się akademików w tradycyjnych podziałach prawa – dojść można do wniosku, że podstawowe kryterium interesu okazuje się przydatne w innym, bodaj najważniejszym sporze współczesności, jakim jest właśnie spór pomiędzy liberalizmem a komunitaryzmem. Dziś rzymskie dylematy nic nie straciły na aktualności – wystarczy wskazać na spór pomiędzy komunitarystami i liberałami jako podstawowy spór współczesnej filozofii polityki.

Znajduje to także swoje odzwierciedlenie w Konstytucji RP – z jednej bowiem strony mamy gwarancje praw i wolności człowieka i obywatela (rozdział II), z drugiej zaś odwołanie do kategorii dobra wspólnego, zwłaszcza w art. 1, w którym czytamy, że Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli. W odróżnieniu od starożytnych Rzymian współcześnie, w dobie ochrony praw człowieka i w warunkach demokratycznego państwa prawnego, wspomniany konflikt nie zawsze rozstrzygamy na korzyść interesu publicznego, lecz raczej ważymy różne racje. Innymi słowy, współcześnie nie zawsze sprawdza się teza Tomasza z Akwinu, że *dobro wspólne jest lepsze niż dobro jednostki (bonum commune est melius quam bonum unius)*²⁰.

7. Powyższe prowadzić nas może do różnych prognoz, w tym do stwierdzenia, o poszerzaniu sfery regulacji publicznoprawnych, wypierających regulacje prywatnoprawne, zaniku rozdziału prawa publicznego i prawa prywatnego, a jedynie pozostawienie go – oczywiście w dalekiej perspektywie – jako rozdziału porządkowania prawa na potrzeby tylko dydaktyczne, czy w końcu o zmianie charakteru działań władczych państwa i przejściu od sterowania wertykalnego na rzecz sterowania horyzontalnego.

Jeśli więc przyjmiemy, że cechami współczesnych systemów prawnych stają się następujące: (1) sterowanie horyzontalne zamiast sterowania wertykalnego, (2) sterowanie proceduralne zamiast sterowania za pośrednictwem norm materialnoprawnych, (3) sterowanie pośrednie zamiast sterowania bezpośredniego, (4) decentralizacja funkcji sterujących państwa i ich przekazywanie na rzecz różnych organizacji społecznych – to koniecznym jest zredefiniowanie tradycyjnych ujęć i podziałów prawa, pośród których wiele staje się nieadekwatnymi wobec wyzwań współczesności.

20 J. Zajadło, *Teoria i filozofia...*, op. cit., s. 53.

Uleczyć liberalizm. O *modus vivendi* Johna Graya

To Cure Liberalism. John Gray's Conception of Modus Vivendi

John Gray is considered to be one of the most influential critics of the universalistic aspirations of modern liberalism. He tries to connect the communitarian perspective with the pluralist arguments, which at the first glance may be considered as combining fire with water. The article is devoted to Gray's proposition of modifying the liberal conception to make it more acceptable for the people who do not share liberal beliefs. Gray supposes that this is the most actual problem of political philosophy due to the widespread value pluralism. Gray exposes the inconsistency of John Rawls' theory and attempts to prove that the Hobbesian thought is more accurate inspiration than the Kantian. To achieve this goal, Gray constructs the theory of modus vivendi as a tolerance-based conception of the state legitimization. In the first part of the article I present Gray's view of the modern world, especially his objections to the idea of the progressive cultural convergence. In the second part I define the value pluralism which is the source of actual liberal theories fallacy. I use John Horton's division of modus vivendi to 'the content' and 'the form' to explain the nature of Gray's conception. Finally I present some critical claims directed at Gray's thought. In my opinion Gray's idea of modus vivendi is too closely related to Rawls' political liberalism to be acceptable for non-liberals. On the other hand the radical value pluralism and its implications emphasized by Gray make his conception hard to approve by the liberals, too.

Łukasz Mirocha

*magister prawa,
Uniwersytet Mikołaja Kopernika
w Toruniu*

Zaproponowana przez Johna Rawlsa koncepcja liberalizmu politycznego stanowi pewnego rodzaju ustępstwo względem wyznawców nieliberalnych światopoglądów. Dla swej realizacji wymaga jednak osadzenia w warunkach ugruntowanej demokracji konstytucyjnej, zaś rozpoznając pluralizm rozumnych, rozległych doktryn, gwarantuje ochronę jedynie ich poszczególnym przedstawicielom, nie zaś bezpośrednio zbiorowościom. Jednym z zarzutów stawianych Rawlsovi, jest to, że „zamiast brać pod uwagę

jedynie pluralizm indywidualnych stylów życia”, winien uwzględnić „pluralizm całych form życia”¹.

Głosy krytyczne wobec Amerykanina stanowią wątek toczącej się wśród liberałów dyskusji odnośnie do kluczowej dla tego nurtu wartości. Jest nią dylemat: autonomia czy tolerancja? Czerpiącego z twórczości Kanta Rawlsa uznać trzeba za zwolennika pierwszego członu alternatywy. Gray poszukując szerszej bazy dla upromocnienia instytucji państwa, również w oczach ludzi o nieliberalnych przekonaniach, odwołuje się do tolerancji². Jego projektowi *modus vivendi* (z łac. sposób życia) poświęcona jest niniejsza praca.

1. Objawy. Obraz współczesnego świata

Przedstawienie poglądów Graya poprzedzić musi prezentacja jego spojrzenia na współczesny świat. Odwołując się do pojęcia projektu oświeceniowego, Anglik ma na myśli między innymi procesy modernizacji, okcydentalizacji, upowszechniania liberalnego katalogu wartości w skali globalnej. Nowoczesność – era supremacji wiedzy naukowej, według tych którzy pokładali w niej nadzieje, przynieść miała konwergencję wartości, oczywiście w zachodnim wydaniu. Gray w jednym rządzie stawia Saint-Simona, Comte’a, Lenina i liberałów jako piewców idei mówiącej, że modernizacja zaowocuje rychłym ujednoceniem form życia ludzkiego, instytucji i wartości³. Jako kontrprzykład Anglik wskazuje na Turcję i Indie, gdzie mimo stałych dążeń modernizacyjnych, wciąż żywe są tendencje antyzachodnie⁴.

Brytyjski filozof demaskuje mrzonki projektu oświeceniowego, wskazując, że wizja „jednego świata” jest tylko epizodem w dziejach ludzkości. Świat starożytny, średniowiecze i epokę ponowoczesną łączy różnorodność sposobów życia i akceptacja dla tego stanu rzeczy. Oświeceniowe ambicje uniwersalistyczne stały w sprzeczności z tą prawdą⁵. Względna jednolitość państw narodowych stanowiła jedynie efekt działań ich władz – przymusowego poboru do armii, powszechnego szkolnictwa. Dowodzą tego kazusy Francji czasów Napoleona, współcześnie zaś Chin⁶.

Homogenizacja kultur narodowych umożliwiała budowanie stabilnych, liberalnych instytucji politycznych. Jednocześnie elementy przed- i nieliberalnych tradycji przeniknęły do ustrojów politycznych i społecznych państw nowożytnych. Przełożyło się to na istnienie lokalnych odmian praktyk liberalnych⁷. Symptomatyczna dla współczesności jest erozja państw narodowych, zwiększenie liczby etnicznych, religijnych, kulturowych tradycji współżyjących w ramach społeczeństw. Zjawisko to nie zostało – zdaniem Graya – przewidziane ani zrozumiane przez liberałów

1 A. Szahaj, *Jednostka czy wspólnota? Spór liberałów z komunitarystami a „sprawa polska”*, Warszawa 2000, s. 123.

2 W. Kymlicka, *Współczesna filozofia polityczna*, przeł. A. Pawelec, Warszawa 2009, s. 283.

3 J. Gray, *Al-Kaida i korzenie nowoczesności*, przeł. W. Madej, Warszawa 2006, s. 64.

4 J. Gray, *Początki*, [w:] idem, *Po liberalizmie: eseje wybrane*, przeł. P. Maciejko, P. Rymarczyk, Warszawa 2001, s. 450.

5 J. Gray, *Dwie twarze liberalizmu*, przeł. P. Rymarczyk, Warszawa 2001, s. 11.

6 J. Gray, *Al-Kaida i korzenie...*, op. cit., s. 33.

7 *Rozmowa z J. Grayem*, [w:] B. Polanowska-Sygulska, I. Berlin, *Oblicza liberalizmu*, Kraków 2003, s. 63.

z wyjątkiem Isaiaha Berlina⁸. Imigracja, również z krajów arabskich, przyczynia się do odżywiania europejskich nacjonalizmów, nietolerancji. Winą za nieprzygotowanie państw Zachodu do sprostania wskazanym problemom, Gray obarcza ideologię liberalną, w myśl której ludzie byli „wyłącznie istotami rozumującymi, dokonującymi wyborów (...) nie byli natomiast Bałtami, Polakami, katolikami, prawosławnymi (...) A to jest to czym ludzie naprawdę są. Za to się uważają. Za to są mordowani, za to oddają życie, za to cierpią biedę”⁹. Anglik dostrzega ponadto, że członkowie społeczeństw liberalnych częstokroć występują dodatkowo w roli członków grup tradycyjnych, które nie podzielają wartości liberalnych. Prowadzi to do konfliktu lojalności¹⁰.

Epoka ponowoczesna jest w optyce Graya czasem konfliktów. Ich źródłem są nie tylko podziały klasowe (na które odpowiedź miała stanowić *Teoria sprawiedliwości* Rawlsa), ale podziały religijne, etniczne, idący za nimi pluralizm wartości, walka o kurczące się zasoby surowców naturalnych. Anglik jest realistą – stwierdza, że konfliktów tych nie da się rozwiązać, można je co najwyżej tonizować, do czego potrzebne jest silne państwo¹¹. Pociąga to za sobą ryzyko zawłaszczania władzy państwowej przez dominujące grupy interesu i posługiwania się nią przeciwko innym, co zaognia rywalizację. Zjawisko to zyskuje miano „nowego dylematu hobbesowskiego”¹².

Polemizując z Fukuyamą, Gray przepowiada, iż koniec zimnej wojny i zmierzch dwubiegunowego podziału świata będzie prowadził do polaryzacji interesów Europy i Stanów Zjednoczonych, a także ich kulturowego oddalania¹³. Najlepszym podsumowaniem punktu widzenia Graya są jego własne słowa: „wbrew nadziejom żywionym przez oświeceniowych myślicieli nowożytności u kresu tej epoki doświadczamy renesansu etnicznych i religijnych partykularyzmów”, zaś „pełna akceptacja przygodności praktyk liberalnych prowadzi do tego, że praktyki te uważa się jedynie za incydentalne zdarzenia w historii danej kultury”¹⁴.

Wychodząc od nakreślonej wyżej pozycji, Gray wskazuje, iż indywidualistyczny liberalizm nie stanowi adekwatnego rozwiązania problemu. Nie wystarczy bowiem uznanie jednostkowych planów i stylów życia, ale potrzebna jest akceptacja dla kulturowych odmienności ujawnianych przez całościowe sposoby życia. Egidą i „nośnikiem” kulturowych tradycji mają być suwerenne państwa¹⁵. W ramach państw nie można jednak liczyć na konsensus odnośnie np. koncepcji sprawiedliwości. Instytucje państwowe mają być efektem kompromisu, muszą być na tyle elastyczne, by możliwe było renegocjowanie ich kształtu¹⁶. Podejście Graya może słusznie przywołać na myśl poglądy jego nauczyciela – Berlina. Autor *Dwóch twarzy*

8 J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit., s. 22.

9 *Rozmowa z J. Grayem...*, op. cit., s. 53.

10 J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit., s. 24.

11 J. Gray, *Al-Kaida i korzenie...*, op. cit., s. 19, 95.

12 *Rozmowa z J. Grayem...*, op. cit., s. 69.

13 J. Gray, *Ślad Oświecenia*, [w:] idem, *Po liberalizmie...*, op. cit., s. 304.

14 *Ibidem*, s. 258, 306.

15 *Ibidem*, s. 315.

16 J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit., s. 7, 33.

liberalizmu największą uwagę przywiązuje jednak do konfliktów między całościowymi wzorcami życia, nie zaś samymi wartościami lub w ich ramach¹⁷.

2. Diagnoza. Pluralizm wartości

W Grayowskiej krytyce oświecenia i wyrastającego z niego liberalizmu spletały się dwa elementy. Autor ten atakuje indywidualizm moralny oraz uniwersalizm. Andrzej Szahaj zauważa, że w pierwszym aspekcie Gray nie dodaje wiele do krytyk komunitarystycznych¹⁸. Co do drugiej kwestii, Gray zdradza, że aspiracje uniwersalistyczne, porzucenie tradycyjnych, lokalnych porządków moralnych czy przekonań religijnych traktuje jako rdzeń oświeceniowego projektu¹⁹. Wbrew klasycznemu pogładowi na „odczarowanie świata”, Gray widzi w liberalizmie spadkobiercę chrześcijaństwa z właściwą mu misyjnością i inklinacją do nawracania²⁰. Alternatywy dla uniwersalizmu, odmiennie w stosunku do komunitarystów, angielski filozof nie szuka w tęsknocie za jednością społeczeństw, lecz przeciwnie, w akceptacji pluralizmu całych form życia²¹.

Odnosząc się do najbardziej aktualnych konstrukcji liberalizmu praw, tworzonych przez Rawlsa i Ronalda Dworkina, Gray wskazuje na niespójność tych projektów, konflikty w ramach koncepcji sprawiedliwości czy między poszczególnymi uprawnieniami, oraz konieczność ich wypełnienia konkretną wizją dobra. Anglik stwierdza: „jeśli różnimy się w naszych poglądach na temat tego co jest dla ludzi wartościowe, będziemy się różnić w naszych sądach na temat tego co stanowi największą wolność. To co uznajemy za największą wolność odzwierciedla nasze poglądy na ludzkie interesy”²². Zatem jeśli pojęcie wolności zyskuje treść, dopiero po odwołaniu do określonej koncepcji dobra, obalone zostaje pryncypium liberalizmu jako oparte na rozumnym wyborze racjonalnie myślących ludzi. Abstrahując nawet od niedookreśloności zasad sprawiedliwości Rawlsa, odwołanie się do odmiennych wizji dobra, może rodzić sprzeczności na poziomie ich stosowaniu²³.

John Horton, inny zwolennik *modus vivendi* i realista polityczny, wyciągnął wnioski dotyczące współczesnego liberalizmu, które pozostają zbieżne z tymi jakie przedstawił Gray. Wskazuje on na deskryptywną nieadekwatność i normatywną utopijność teorii Rawlsa. Zauważa on, że założenia przyjęte przez liberałów na potrzeby teorii wykraczają znacznie poza rzeczywisty obraz życia społecznego, co przekłada się na nie trafność samej teorii²⁴.

Szukając remedium na niedoskonałości koncepcji praw czy swobód, Gray optuje za kontekstowym wyznaczaniem ich treści, zależnym od tradycji i tożsamości

17 B. Polanowska-Sygułska, *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*, Kraków 2008, s. 179.

18 A. Szahaj, *Jednostka czy wspólnota?...*, op. cit., s. 119.

19 B. Polanowska-Sygułska, *Pluralizm wartości i jego implikacje...*, op. cit., s. 173.

20 J. Gray, *Czarna msza. Apokaliptyczna religia i śmierć utopii*, przeł. A. Puchejda, K. Szymaniak, Kraków 2009, s. 313.

21 A. Szahaj, *Jednostka czy wspólnota?...*, op. cit., s. 120.

22 J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit., s. 115.

23 Ibidem, 117-120.

24 J. Horton, *Realism, liberal moralism and a political theory of modus vivendi*, „European Journal of Political Theory” 9, 2010, s. 431-434.

społeczeństw, w których znajdują zastosowanie. Neguje on możliwość zbudowania spójnego, uniwersalnego systemu etycznego, zaś tendencje do jego tworzenia wiąże z faktem przyjęcia błędnej, linearnej filozofii dziejów²⁵.

W tym miejscu dochodzimy do pytania o to, jak zdaniem Graya brzmi najtrafniejszy opis życia moralnego? Kluczem do odpowiedzi jest termin *pluralizm wartości*. Oddając głos filozofowi: „pluralizm jest opisem takiego życia etycznego z jakim się stykamy. Jednocześnie nie głosi on, że życie etyczne musi pozostać takim jakim jest. Ludzka natura mogła niegdyś być inna niż współcześnie i nie jest wykluczone, że znowu się zmieni”²⁶. Gray, czerpiąc od swojego antenata – Isaiaha Berlina, akcentuje trudności w pokonaniu różnic w systemach wartości, światopoglądach, częsty brak możliwości znalezienia dla nich wspólnego mianownika²⁷. Steven Lukes, przytaczając opisany przez Herodota przypadek rozstrzygnięcia przez perskiego króla Dariusza słuszności zwyczajów grzebalnych panujących wśród nacji zamieszkujących imperium Achemenidów, przedstawia problem w sposób obrazowy, pisząc: „kwestie moralne (...) nie przypominają zagadnień z zakresu higieny. W ich wypadku nie istnieje bowiem obiektywny punkt widzenia ani »spojrzenie znikąd«, które mogłoby zostać przyjęte przez wszystkie racjonalne podmioty (bez względu na ich korzenie kulturowe) celem porozumienia się na przykład co do tego, jak powinno się czcić zmarłych albo czy w ogóle powinni być oni czczeni, lub też co do znaczenia i ważności szacunku dla przodków”²⁸.

Od Berlina Gray nie tylko zapożycza spojrzenie na pluralizmu samych wartości, ale też osobistych stylów życia oraz pluralizmu związanego z udziałem w całościowych sposobach życia, partycypacji w określonej kulturze. Podkreślanie wagi tego ostatniego nadaje przemysłom Anglika komunitarne zabarwienie. Gray jako pierwszy zwrócił natomiast uwagę, że kolizja nie musi dotyczyć pozytywnie ocenianych wartości (pytanie: z czyjego punktu widzenia?) – pluralizm równie trafnie odnosi się do przejawów zła²⁹.

Pluralizm może zachodzić na wielu poziomach. Ludzie mogą mieć problem z uzgodnieniem listy przejawów dobra i zła, ale nawet kiedy uda się zbudować taki katalog, to trudno będzie o ustanowienie hierarchii wartości, rozstrzygnięcie konfliktów między dobrami, a nawet określenie zakresu tych konfliktów. Konciliacyjnie nastawiony pluralista może przyznać, że istnieją wartości spoza określonego katalogu i że są one istotne, jednak pluralista-fanatyk odmówi im doniosłości, wskazując na prymat tych, które są mu bliskie³⁰.

Istotne jest wyraźne odróżnienie koncepcji pluralizmu wraz z jego implikacjami od zwykłej akceptacji faktu różnorodności. Jednym z atrybutów jakie angielski

25 J. Gray, *Ślad Oświecenia...*, op. cit. s. 276, 297.

26 J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit., s. 62.

27 A. Szahaj, *E pluribus unum? Dylematy wielokulturowości i politycznej poprawności*, Kraków 2004, s. 96.

28 S. Lukes, *Różnorodność moralna a relatywizm*, [w:] idem, *Liberałowie i kanibale. O konsekwencjach różnorodności*, przeł. A. Dominiak, Ł. Dominiak, Toruń 2012, s. 30.

29 B. Polanowska-Sygulska, *Pluralizm wartości i jego implikacje...*, op. cit., s. 187.

30 *O historii moralnej naszych czasów i o mitach świeckiego humanizmu. Rozmowa z Johnem Grayem i Henrym Hardyem*, [w:] B. Polanowska-Sygulska, *Rozmowy z oksfordzkimi filozofami*, Kraków 2011, s. 150-152.

filozof wiąże z koncepcją pluralizmu wartości, a który wydaje się być sprzeczny z powszechnymi intuicjami, jest możliwość uznania kilku rozwiązań jednego problemu etycznego za równie trafne i możliwość potępienia tego samego rozwiązania w zależności od sytuacji. Gray zauważa, że współcześnie, gdy próbujemy pozostawać wiernymi wobec wielu systemów etycznych – jako obywatel, katolik, obrońca praw zwierząt – łatwiej powinniśmy dostrzegać uzależnienie trafności wyboru od jego kontekstu. Paradoksalnie jednak tak nie jest³¹.

Wskazana cecha wiąże się z kolejną konstytutywnym dla pluralizmu aspektem, a mianowicie z niewspółmiernością. O pluralizmie możemy mówić wtedy, gdy zaakceptujemy istnienie wielu sprzecznych dróg do samorealizacji człowieka, również takich, których wartości nie dają się ze sobą porównać. Gdy przyznamy, że żaden ze sposobów życia ucieleśniających określone dobra, poglądy nie jest ani lepszy, ani gorszy czy też nie mają one równej wartości, będziemy pluralistami³². Nie oznacza to jednak, że zjawisko niewspółmierności zachodzi zawsze i między wszystkimi wartościami, uniemożliwiając ich porównywanie. Możliwe jest porównanie i trafna ocena wartości życia zdegenerowanego narkomana i pielęgniarza w leprozorium, ale już orzeczenie o wartości życia pielęgniarza i wybitnego artysty, *in abstracto* nie będzie możliwe. Brak możliwości porównania zawsze zależeć będzie także od kontekstu³³. Fakt, że wartości są nieporównywalne, nie prowadzi do wniosku, iż wszystkie sposoby życia, w których się one spełniają, są równie wartościowe. Nie znaczy to także, że wszystkie wartości są tak samo ważne. Niewspółmierność może dotyczyć wartości-dóbr, niekoniecznie zaś sposobów życia. Dlatego też, możemy trafnie wskazać na wyższość pielęgniarza nad narkomanem, ale na ogół problematyczne będzie rozstrzygnięcie kolizji między równością a sprawiedliwością czy estetyką a empatią³⁴. Gray zastrzega jednocześnie, że niewspółmierność wartości czy sposobów życia nie daje się zawrzeć w kategoriach logiki: „jeśli wyobrażenia moralne są rzeczywiście niewspółmierne nie mogą mieć wspólnego przedmiotu. Wyrażenia w których się pojawiają nie mogą być wzajemnie przekładane. W konsekwencji nie mogą być sprzeczne”³⁵. Sprzeczność ma charakter praktyczny, nie logiczny.

Pogłębiając refleksję Graya i Berlina, Steven Lukes analizuje pojęcie niewspółmierności i wylicza trzy jego możliwe znaczenia. Według pierwszego niewspółmierność wartościujących twierdzeń zachodzi wtedy, gdy wskazanie na lepsze/gorsze jest bezsensowne. Zwolennicy pluralizmu nie koncentrują się jednak na niezrozumiałych porównaniach, lecz dostrzegają także porównania dokonywane przez optujących za współmiernością, wskazując co najwyżej na ich błędność. Pierwsza definicja jest zatem chybiona. W drugim ujęciu niewspółmierność zachodzi wówczas, gdy porównywanie jest bezcelowe. Przykładem może być ocena estetyczna dzieł z różnych dziedzin sztuki. Porównanie jest możliwe, podważać można jej znaczenie praktyczne, co jednak nie prowadzi do uznania niewspółmierności. Trzecie, i zadaniem Lukesa trafne, rozumienie niewspółmierności zakłada, że porównywanie określonych dóbr, zachowań czy sposobów życia jest niewłaściwe, z uwagi na kryjący się w takim

31 J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit., s. 98.

32 Ibidem, s. 14.

33 Ibidem, s. 72.

34 Ibidem, s. 18.

35 Ibidem, s. 85.

porównaniu oczywisty brak szacunku dla praktyk, związków międzyludzkich, które zajmują uprzywilejowane miejsce w naszym życiu³⁶. Na pierwszy rzut oka, takie sformułowanie tezy o niewspółmierności podkopuje istotę pluralizmu. Umieszczone niżej uwagi na temat relacji pluralizm-relatywizm-subiektywizm, powinny przekonać nas, że koresponduje ono z poglądami Graya i nie wypacza jego przesłania.

W tym miejscu wskazać trzeba na ryzyko związane z posługiwaniem się argumentem z niewspółmierności. Pluralizm w rękach fundamentalisty będzie narzędziem „sakralizacji” życia społecznego i politycznego, mogącej skutkować paraliżem wszelkiego postępu czy życia gospodarczego. Z drugiej strony, aprobując wszechobecną współmierność wartości, torujemy drogę do technicyzacji relacji społecznych, z wszelkimi powikłaniami idącymi za benthamowskim utylitaryzmem i jego spadkobiercami ze szkoły *law and economics*³⁷.

Uważne wczytanie się w Grayowski opis współczesnego świata pozwala wnioskować o czynnikach, w których będzie on upatrywał źródeł pluralizmu i niewspółmierności. Angielski filozof zaobserwował, że ojcowie współczesnego pluralizmu – Vico, Herder, Monteskiusz – zjawisko niewspółmierności łączyli z różnicami kulturowymi, między społecznościami „oddzielonymi od siebie barierami czasowymi lub przestrzennymi”³⁸. Obecnie, między innymi za sprawą globalizacji, koegzystują ze sobą skrajnie odmienne kultury i tradycje. Gray przywołuje trzy sposoby powstawania niewspółmiernych wartości. Pierwszym z nich jest funkcjonowanie konwencji regulujących zasady życia moralnego w poszczególnych kulturach. Jako przykład Gray podaje stosunek przyjaźni i pieniądza – współcześnie wartości te na ogół oceniane są jako niewspółmierne, jednak w antycznej Grecji czy Rzymie interesowność przyjaźni była akceptowana. Drugim kontekstem w jakim rodzą się nieporównywalne wartości jest sfera interpretacji tych samych dóbr czy cnót przez przedstawicieli różnych kultur. Odwaga zuluskiego wojownika jest zupełnie nieprzystająca do wzoru odwagi kwakra-sanitariusza. Najbardziej jaskrawe przykłady niewspółmierności rodzą się wtedy, gdy „odmienne dobra i cnoty urzeczywistniane są w ramach odmiennych sposobów życia. Ideały życia, z którymi spotykamy się na przestrzeni dziejów i w różnych kulturach są w nieredukowalny sposób rozbieżne, niektóre nieuchronnie nie dają się ze sobą pogodzić i racjonalnie myślący ludzie nie zgodziliby się na żaden ich ranking”³⁹. Chrześcijański ideał miłosierdzia jest nieporównywalny z wartościami wyznawanymi przez herosów z kart *Iliady*. Oddając głos Andrzejowi

36 S. Lukes, *O porównywaniu nieporównywalnego: kompromis i poświęcenie*, [w:] idem, *Liberalowie i kanibale...*, op. cit., s. 109.

37 Ibidem, s. 126; o związkach utylitaryzmu z *law and economics*: B. Polanowska-Sygułska, *Użyteczność a maksymalizacja bogactwa: Filozoficzne zakorzenienie poglądów Chicagowskiej szkoły law & economics*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 1(2), 2011, s. 5-14.

38 J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit., s. 70.

39 Ibidem, s. 67. Przykłady na potwierdzenie dystynkcji Graya można mnożyć: ad.1) zwyczajowo usankcjonowane wczesne małżeństwa wśród Romów spotykają się z dezaprobatą reszty społeczeństwa, zaś współżycie nastolatków nierzadko prowokuje interwencję prokuratora, brak jest jednak dowodów na to, że tak powstałe związki są mniej „udane”, niż zakładane przez pary spoza romskiej mniejszości; ad.2) obowiązek głoszenia ewangelii przez świadków Jehowy interpretowany jest bardzo dosłownie i realizowany przez „szeregowych wyznawców”, katolicy pozostawiają go na ogół duchowym; ad. 3) poszanowanie dla wszelkich form przyrody ożywionej właściwe wyznawcom hinduizmu

Szahajowi: „pluralizm zatem, o którym mowa nie wynika z jakiegoś moralnego czy światopoglądowego widzimisię lecz z głębokich różnic kulturowych”⁴⁰.

Cytowany wyżej Lukes wskazuje, że niewspółmierność zachodzi w sytuacji, gdy porównywanie określonych wartości czy stylów życia jest niewłaściwe. Pluralizm zakłada zatem istnienie kryteriów oceny tej „niewłaściwości”. Owe „kryteria” pozwalają zarazem obronić pluralizm przed zarzutem relatywizmu etycznego.

Definicje relatywizmu budowane są na ogół w sposób negatywny. Stanowisko to jest przeciwstawiane uniwersalizmowi (uznającemu, że pewien zestaw przekonań czy wartości może być słuszny w każdym miejscu i czasie), obiektywizmowi (który uznaje, że istnieją przekonania obowiązujące niezależnie od punktu widzenia, kontekstu) i fundacjonalizmowi (który zakłada, że istnieje określony zbiór założeń czy twierdzeń niepodatnych na dalszą analizę, które należy przyjąć *a priori*). Relatywiści głoszą, że wszystkie przekonania moralne są równie słuszne, uzasadnione, prawomocne⁴¹. Wspólna relatywizmowi i subiektywizmowi jest wiara, że niemożliwe jest dokonanie racjonalnego wyboru między niewspółmiernymi wartościami. Poglądy te łączy bowiem przeświadczenie, że „racjonalny wybór to taki, który uznaje za słuszne jedno rozwiązanie”. Pluralizm negując tą konstatację, sugeruje wniosek, że słuszne mogą być rozwiązania ze sobą sprzeczne⁴². Stwierdzając, że „nie wszystkie sposoby życia pozwalają żyć dobrze. Istnieje uniwersalne ludzkie dobro i uniwersalne ludzkie zło. Niektóre cnoty są konieczne dla wszystkich sposobów ludzkiej samorealizacji”⁴³, Gray podważa kolejną relatywistyczną tezę. Jednak tym, co najbardziej wyraźnie odgradza pluralizm Anglika od relatywizmu, jest wiara w istnienie obiektywnych, uniwersalnych wartości, których źródłem jest natura ludzka⁴⁴. Angielski filozof przyznaje, że ludzka natura może ulegać zmianie. Ewoluuować mogą także poglądy na określone wartości, jeśli nie będą one zdawały egzaminu w praktyce – testu pod „pręgierzem doświadczenia”⁴⁵. Zestawiając pozycje Berlina i Graya, Beata Polanowska-Sygułska zauważa, że berliński model uniwersalnego minimum etycznego odwołuje się bardziej do konsensusu dotyczącego pewnych wartości niezależnie od miejsca czy sytuacji, natomiast jego uczeń kładzie nacisk na przynależność człowieka do natury i obecność związanych z tym, wspólnych ludzkości jako gatunkowi, interesów i potrzeb⁴⁶. Przywołuje to na myśl poglądy Hobbesa, z którego czerpie Gray. Uznawana zarówno przez Berlina⁴⁷, jaki i Graya możliwość wzajemnego zrozumienia, współczucia, czerpania z cudzych doświadczeń, wynikająca

jest nieporównywalne z przywiązaniem do wartości materialnych tak powszechnym w kulturze Zachodu.

- 40 A. Szahaj, *Jednostka czy wspólnota?*..., op. cit., s. 121.
- 41 A. Chmielewski, *Niewspółmierność, nieprzekładalność, konflikt. Relatywizm we współczesnej filozofii analitycznej*, Wrocław 1997, s. 52, 33.
- 42 J. Gray, *Dwie twarze*..., op. cit., s. 82.
- 43 Ibidem, s. 17.
- 44 *O hysterii moralnej naszych czasów*..., op. cit., s. 131, 153.
- 45 J. Gray, *Dwie twarze*..., op. cit., s. 105.
- 46 B. Polanowska-Sygułska, *Pluralizm wartości i jego implikacje*..., op. cit., s. 195.
- 47 I. Berlin, *O dążeniu do ideału*, [w:] idem, *Pokrzywione drzewo człowieczeństwa*, przeł. M. Pietrzak-Merta, M. Tański, Warszawa 2004, s. 10 oraz idem, *Rzekomy relatywizm w XVIII-wiecznej myśli europejskiej*, [w:] idem, *Pokrzywione drzewo*..., op. cit., s. 68.

z istnienia pewnych obiektywnych i powszechnych wartości podważa zarzut obecności relatywizmu w poglądach wskazanych autorów. Ponadto dostarcza matrycy, punktu odniesienia przy diagnozowaniu zjawiska niewspółmierności.

Dotychczasowy szkic pozwolił zaprezentować krytykę Graya skierowaną przeciwko filozofii liberalnej oraz naświetlił założenia Grayowskiej wersji pluralizmu wartości. Siła koncepcji angielskiego filozofa tkwić ma jednak w jej konstruktywnym potencjale – ideale *modus vivendi*. Zanim przejdę do jego opisu warto w kilku zdaniach wyjaśnić, czy i w jaki sposób krytyka doktryny liberalnej przekłada się u Graya na dezaprobatę liberalnej praktyki.

Jako uczestnik dyskusji na temat naczelnej wartości liberalizmu – autonomii czy tolerancja – Gray opowiada się za prymatem tej drugiej. Neguje jednak związek liberalizmu z pluralizmem wartości, za czym optował Berlin (zastrzegający, że związek ten ma jedynie charakter faktyczny, wymiar co najwyżej więzi psychologicznej)⁴⁸. W opinii Graya liberalizm nie jest koniecznym warunkiem zapewnienia tolerancji i pokojowej koegzystencji w spluralizowanych społeczeństwach.

Angielski filozof przywołuje historyczne przykłady buddyjskich Indii, imperium otomańskiego, królestwa Maurów w średniowiecznej Hiszpanii, Chin, których ustroje nie miały nic wspólnego z modelem liberalnym, a jednak umożliwiły pokojowe współzycie. Społeczeństwa liberalne są zdaniem Graya tylko jednym z wielu możliwych urządzeń opartych na tolerancji⁴⁹. Jednocześnie autor ten zauważa, że aspiracje uniwersalistyczne, mieszczące się w wielu liberalnych postulatach politycznych stanowią przykład braku tolerancji. Kontynuując tę myśl filozof przywołuje pluralistyczny pogląd („ewidentną prawdę”), że „wiele bardzo różnych form rządów, może każda na swój własny sposób przyczyniać się do urzeczywistnienia autentycznego ludzkiego dobrobytu”⁵⁰. Rozwiązaniem tej kwestii ma być przyjęcie elementów liberalnych tam, gdzie stały się już elementem tradycji, zaś odstępianie od nich w przypadku, gdy mają być „zarodkiem cywilizacji uniwersalnej”, czyli efektem misjonarskiej inklinacji liberalizmu. Państwa liberalne muszą zdaniem Graya pogodzić się z obecnością innych, które oparte są na odmiennych założeniach⁵¹. Prymalną wartością jest bowiem tolerancja.

3. Recepta. *Modus vivendi*

Wszystkich, którzy sięgają po lekturę Graya w nadziei na znalezienie praktycznych, ścisłych wskazówek dla budowy urządzenia społecznego spotka rozczarowanie. Anglik w przeciwieństwie do Rawlsa nie przejawia aspiracji do kreślenia „idealnej” struktury podstawowej, zdaje sobie sprawę, że społeczeństwo zawsze jest złożonym, dynamicznie zmieniającym się organizmem. Z tego też powodu, jak stwierdza filozof, „celem polityki nie jest stworzenie instytucji, które są powszechnie i racjonalnie prawomocne. Jest nią poszukiwanie *modus vivendi* pomiędzy kulturami i społecznościami. (...) cel polityki nigdy nie jest w pełni osiągnięty”⁵². Gray wskazuje, że *modus vivendi* nie jest celem samym w sobie, celem jest zapewnienie pokojowej

48 B. Polanowska-Sygułska, *Pluralizm wartości i jego implikacje...*, op. cit., s. 270, 206.

49 J. Gray, *Al-Kaida i korzenie...*, op. cit., s. 170 i n.

50 J. Gray, *Postscriptum: Po liberalizmie*, [w:] idem, *Po liberalizmie...*, op. cit., s. 5.

51 J. Gray, *Ślad Oświecenia...*, op. cit., s. 275.

52 J. Gray, *Początki...*, op. cit., s. 483.

koegzystencji w ramach spluralizowanych społeczeństw. Dla jego realizacji niepożądane jest odwoływanie się do wspólnych wartości, ale interesów i dążeń właściwych wszystkim ludziom⁵³.

Mimo braku zgody Graya na wysuniętą przez Berlina tezę o związku pluralizmu z liberalizmem, jego recepta na problemy związane z pluralizmem zdaje się być kontynuacją myśli nauczyciela. Wniosek ten opieram na następującym cytacie z Berlina: „Bez wątpienia będą się w przyszłości zdarzały konflikty społeczne bądź polityczne, już sam konflikt wartości pozytywnych czyni to nieuniknionym. Ale jak sądzę, można je zminimalizować, wspierając i utrzymując chwiejną równowagę, wciąż zagrożoną i nieustannie wymagającą przywracania – to tylko powtarzam, stanowi wstępny warunek przywoitych społeczeństw i moralnie godziwego zachowania w przeciwnym razie niechybnie zbroczymy z drogi”⁵⁴. Gray wielokrotnie podkreśla, że rozwiązania polityczne nie mogą być ustanawiane raz na zawsze. Najbardziej zapalne kwestie powinny być uregulowane ramowo, w sposób otwarty na renegotjacje. Liczyć należy raczej na kompromis niż konsensus⁵⁵. Na ewentualną efemeryczność rozwiązań opartych na wzajemnych ustępstwach wskazuje inny teoretyk *modus vivendi* – John Horton, jednak również w jego opinii nie przekreśla to możliwości oparcia na kompromisie instytucji społecznych⁵⁶.

Pożytecznym dla wyjaśnienia istoty *modus vivendi* jest wprowadzenie rozróżnienia na zawartość tej koncepcji oraz formę jej realizacji⁵⁷.

Przez zawartość *modus vivendi* należy rozumieć wartości, których osiągnięcie ma ono gwarantować oraz czynniki, które mają skłaniać ludzi do zaakceptowania tychże wartości. Gray i Horton jednym głosem wskazują na to, że *modus vivendi* w pierwszej kolejności ma zapewnić pokojową koegzystencję, bezpieczeństwo, wzajemną tolerancję i zgodę na realizację przez innych własnych wizji dobrego życia. Gray przyznaje, że jego koncepcja jak każdy inny nurt filozofii politycznej odwołuje się do określonej koncepcji dobra⁵⁸. Wymienione wyżej atrybuty stanowią jej rdzeń. Nasuwającym się pytaniem jest, dlaczego ludzie mieliby aprobować wskazane wartości? Tutaj Gray, Horton a być może i Hobbes odpowiedzieliby, że pokój jest warunkiem osiągnięcia wszelkich innych dóbr. Pogłębiając ten wątek Gray stwierdza: „Niemał wszyscy ludzie mają wspólne interesy, które czynią *modus vivendi* dla nich pożądanym. Nawet ci, którzy nie uznają żadnego ideału tolerancji, mogą mieć powody do dążenia do pokojowej koegzystencji”⁵⁹. Horton zaś uzupełnia tę myśl, mówiąc, że dla wcielenia w życie ideału *modus vivendi*, nie jest istotne, na czym będzie

53 J. Gray, *Dwie twarze liberalizmu...*, op. cit., s. 14; B. Polanowska-Sygułska, *O historii moralnej...*, op. cit., s. 160.

54 I. Berlin, *O dążeniu do ideału...*, op. cit., s. 17.

55 *Rozmowa z Johnem Grayem...*, op. cit., s. 66.

56 J. Horton, *Towards a political theory of modus vivendi*, s. 8, <URL=http://www.ucl.ac.uk/spp/seminars/political-theory-downloads/PolTheoryofModusVivendi_UCL_.pdf> [dostęp: 8.5.2013].

57 Za J. Horton, *Realism, liberal moralism and a political theory of modus vivendi*, „European Journal of Political Theory” vol. 9, nr 4, 2010, s. 438; idem, *Towards a political theory...*, op. cit., s. 7.

58 J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit., s. 43.

59 Ibidem, s. 35.

opierała się jego akceptacja⁶⁰. Jej źródłem mogą być względy pragmatyczne, moralne, intelektualne, nawet czysto egoistyczne⁶¹. Ważne jest jedynie, by akceptacja była rzeczywista a nie wymuszona. Z tego też względu autorytarne państwo – mimo, że może zapewniać obywatelom, podzielającym odmienne wizje dobra, warunki pokojowego współżycia – nie będzie nigdy *modus vivendi*⁶².

Odnosząc się do formy *modus vivendi* Horton nie sugeruje konkretnego ustroju politycznego czy urzędnictwa społecznego. Podstawą jest by *modus vivendi* stanowiło stabilną bazę dla przetargów, negocjacji, osiągnięcia kompromisu w bardziej szczegółowych kwestiach niż te opisane jako jego zawartość. Autor ten wyjaśnia: „parties have achieved a modus vivendi when they are in principle at least, willing to seek whatever further changes they want within the political processes, including modes of expressing dissent, that are broadly accepted as legitimate within that polity”⁶³. Możliwość renegocjacji warunków koegzystencji czy bardziej specyficznych problemów dorozumianie zakłada dostęp wszystkich zainteresowanych do władzy, a zatem pewną formę demokracji⁶⁴.

Autor *Po liberalizmie* odrzuca oczywiście pogląd, by jedynie liberalizm mógł realizować postulaty *modus vivendi*. Wskazuje, że przyszłość należeć będzie do państw odzwierciedlających ich spluralizowaną i hybrydalną strukturę społeczną. Jedynie takim organizmom przypisać będzie można walor prawomocności, którego testem będzie skuteczność w zapewnieniu dogodnych warunków mediacji między skonfliktowanymi grupami⁶⁵.

Poszukując współczesnych wzorców *modus vivendi*, Gray wskazuje systemy konsocjacyjne – takie jak te istniejące w Belgii, Libanie, Irlandii Północnej – w ramach których pewne uprawnienia przysługują społecznościom, nie zaś jednostkom. Innym rozwiązaniem może być system federalny, w pewnych okolicznościach trafnym będzie podtrzymywanie modelu państwa narodowego⁶⁶. Jeszcze przed zaangażowaniem w projekt *modus vivendi* Gray podnosił, że przy kształtowaniu ustroju politycznego należy brać pod uwagę warunki lokalne, tradycję. Polegać trzeba na instytucjach zakorzenionych w danej społeczności. W rozmowie z Beatą Polanowską-Sygułską, przeprowadzonej tuż po upadku komunizmu w Europie, bazując na przykładzie Rumunii wskazywał monarchię, jako jedyny ustrój możliwy do

60 Niemal tożsame sformułowanie znajdziemy w *Liberalizmie politycznym* Rawlsa odnośnie częściowego konsensusu.

61 J. Horton, *Realism, liberal moralism and a political theory...*, op. cit., s. 439.

62 J. Horton, *Towards a political theory...*, op. cit., s. 15.

63 Ibidem, s. 7, 15.

64 J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit. s. 173.

65 Ibidem, s. 195, 211.

66 Ibidem, s. 205; historycznym przykładem systemu konsocjacyjnego, który nie dzielił wad jego współczesnych odpowiedników – głównie braku stabilności, był system milletów znany z Turcji Otomańskiej. Istotę systemów konsocjacyjnych Gray wyjaśnia w następujący sposób: „Dzięki odłączeniu jurysdykcji prawnej od terytorialnej suwerenności systemy konsocjacyjne umożliwiają różnym sposobom życia współistnienie bez relegowania ich specyficznych wartości do sfery prywatnej” (s. 205).

uzasadnienia z uwagi na zanik społeczeństwa obywatelskiego w tamtejszych warunkach⁶⁷. Oderwane od kontekstu idee liberalne, np. wolność negatywną Berlina, Gray zaleca traktować jedynie jako minimalny standard prawomocności, nie zaś jako rzeczywistą wskazówkę jak budować państwo, czy kształtować ustrój społeczny⁶⁸.

Aprobata angielskiego filozofa dla elastycznych rozwiązań ma także swoje granice. Gray głosi, że niezależnie od lokalnych uwarunkowań państwo musi być silne. Ten rys jego koncepcji jest spadkiem po Hobbesie. Relacjom między filozofią autora *Lewiatana* i Graya poświęcony zostanie jeden z poniższych akapitów. Abstrahując od nich, warto przytoczyć słowa zwolennika *modus vivendi*: „tyrania jest zła ale zła jest również anarchia. Państwo jest konieczne, by chronić nas przed przemocą, choć samo też łatwo stosuje przemoc”⁶⁹. Co więcej, państwo Graya nie musi być neutralne. Prawo państwowe nie odcina się od konkretnych koncepcji dobra, dobro ma pierwszeństwo przed prawem, z tym, że żaden z poglądów na dobro nie ma całkowitego pierwszeństwa⁷⁰ – przywołuje to na myśl, wspomniane wyżej systemy konsocjacyjne. Angielski myśliciel wskazuje, że w pewnych kwestiach neutralność jest niemożliwa do realizacji, zaś jej liberalna interpretacja, odwołując się do ideału autonomii, wbrew deklaracjom zakłada wartościowanie odmiennych sposobów życia, w tym dewaluację tych, które nie są oparte na osobistej autonomii⁷¹. Ciekawy wątek, łączący kwestię silnej władzy państwowej, jej zakresu i braku neutralności, porusza Gray przy okazji oceny libertariańskiego stanowiska Hayeka, który głosi między innymi jak najszerszą prywatyzację szkolnictwa. Filozof przepowiada, że prywatne szkoły będą realizowały programy determinowane wyznaniowo, czy skierowane dla określonej grupy narodowej i w efekcie wykształcą wzajemnie wrogich obywateli, jak to miało miejsce w Irlandii Północnej czy Libanie przed zawarciem porozumień pokojowych⁷². Pogląd ten zdradza pewną niekonsekwencję Graya, który z jednej strony wróży zmierzch państw narodowych, z drugiej aprobuje korzystanie z właściwych dla ich twórców narzędzi takich jak edukacja publiczna.

Warunkiem względnej stabilności *modus vivendi* jest poszanowanie praw człowieka, czego gwarantem ma być właśnie silne państwo. Stosunek Graya do wspomnianej instytucji nie jest jednoznaczny. Zdaniem Anglika obowiązująca koncepcja praw człowieka niepotrzebnie łączy autentycznie uniwersalne wymogi politycznej prawomocności z lokalnymi wymogami liberalizmu⁷³. Czyni to prawa człowieka trudnymi do zaakceptowania dla niezachodnich kultur. Ponadto, w sytuacji pluralizmu etycznego zamiast łagodzić konflikty, powoduje, że stają się one nierozwiązywalne. Z uwagi na bezwarunkowość praw, jedna ze stron sporu musi go przegrać w całości⁷⁴. Treść praw człowieka uzależniona jest w opinii Graya od ludzkich

67 Jeszcze w 2011 r. 10-15% Rumunów opowiadało się za restauracją monarchii, K. Zuchowicz, *Czy Rumunii tęsknią za monarchią?*, „Rzeczpospolita” 22 września 2011, <URL=http://www.rp.pl/artykul/720858.html>, [dostęp: 2.03.2014].

68 *Rozmowa z Johnem Grayem...*, op. cit., s. 56, J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit., s. 174.

69 J. Gray, *Al-Kaida i korzenie...*, op. cit., s. 174.

70 J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit., s. 214.

71 Ibidem, s. 163.

72 *Rozmowa z Johnem Grayem...*, op. cit., s. 61.

73 J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit., s. 176.

74 *Rozmowa z Johnem Grayem...*, op. cit., s. 67.

interesów, te zaś są zmienne. Dlatego nie można sporządzić ostatecznej listy praw człowieka. Istnieją jednak takie formy zła, które spotykają się z potępieniem we wszystkich kulturach i epokach. Właśnie im zapobiegać mają prawa człowieka. Należy je więc postrzegać jako minimalne warunki pokojowej koegzystencji, ale jednocześnie etyczne ograniczenia dążeń do *modus vivendi*⁷⁵.

Znacząca rola jaką Gray przyznaje państwu i prawom człowieka zdradza wracającą echem w większości jego prac obawę, iż największym zagrożeniem dla wolności człowieka nie jest tyrania, lecz anarchia. Równie charakterystyczne dla twórczości filozofa jest oparcie legitymizacji państwa w ludzkich interesach. Obydwie idee zostały zapożyczone od Hobbesa.

Koncepcja *modus vivendi* nie pojawia się w twórczości Hobbesa⁷⁶ a wyłożone przez niego idee są najczęściej pożywką dla kontraktualistów takich jak Buchanan czy Gauthier⁷⁷. Gray spostrzega wszak, że opis psychologii człowieka zawarty w *Lewiatanie* może być dobrym punktem wyjścia dla budowania teorii politycznej odpowiedniej dla spluralizowanego społeczeństwa. Thomas Hobbes zakładał, że istoty ludzkie są zbliżone do siebie pod względem talentów i sił intelektualnych. Jednocześnie ludzie podatni są na wzajemną wrogość, a przy niedostatku środków do zaspokojenia potrzeb muszą popadać w konflikty. Ludzie kierują się dążeniem do „zachowania samych siebie”, w dalszej kolejności swoich bliskich, następnie starają się zapewnić sobie i im wygodne życie. Instytucje polityczne muszą być zakorzenione w tych potrzebach i interesach, bowiem są one wspólne ludziom niezależnie od ich przynależności czy zapatrywań religijnych, politycznych, klasowych⁷⁸. Według Hobbesa największym złem jest dla człowieka gwałtowna lub pełna cierpienia śmierć. Nie ma natomiast żadnego ostatecznego *summum bonum*. Dobrem jest realizowanie własnych celów. Warunkiem tego jest przeżycie, a zatem pokój i bezpieczeństwo. Teoria ludzkich motywacji została więc zbudowana tak, by uwypuklić przyczyny aprobaty dla norm moralnych i państwowych⁷⁹. Zaryzykować można twierdzeniem, że u podstaw teorii obydwu Anglików stoją antagonizmy: wojny religijne u Hobbesa i konflikty wartości heterogenicznych społeczeństw u Graya. Obydwaj autorzy nie wierzą w możliwość uzyskania społecznego konsensusu, zakładają natomiast możliwość eskalacji konfliktu (opisany w *Lewiatanie* powrót do stanu natury). Jednak tam, gdzie Hobbes zgodnie z duchem swoich czasów widzi konieczność zaprowadzenia rządów absolutystycznych, Gray bogatszy o wiedzę kolejnych pokoleń filozofów upatruje nadziei na kompromisy składające się na *modus vivendi*.

75 J. Gray, *Dwie twarze...*, op. cit., s. 169, 35.

76 Za: H. Cvijanović, *Modus vivendi: Concept of Coexistence in Pluralist Global Society*, „Polićka misao” vol. XLIII, nr 5, 2006, s. 30.

77 J. Gray, *Liberalizm*, przeł. R. Dziubecka, Kraków 1994, s. 73.

78 J. Rawls, *Wykłady z historii filozofii polityki*, przeł. S. Szymański, Warszawa 2010, s. 94-100.

79 R. Tokarczyk, *Hobbes*, Warszawa 1987, s. 92, 81.

4. Powikłania. Zarzuty wobec Graya i ocena jego koncepcji

Idea *modus vivendi* pojawia się u Rawlsa; w opozycji do tego myśliciela Gray tworzy własne stanowisko. U Amerykanina *modus vivendi* jest punktem wyjścia, stanem pokoju potrzebnym do budowy konsensusu konstytucyjnego, a następnie *overlapping consensus*. Według Rawlsa możliwość zaistnienia *modus vivendi* zależy od przypadku – względnej równowagi sił politycznych zważnionych grup⁸⁰. Historycznym przykładem takich sytuacji były okresy rozejmu między uczestnikami wojen religijnych w poreformacyjnej Europie. Zdaniem Rawlsa, jeśli podstawą instytucji politycznych ma być egoizm jednostek lub grup, a pogląd taki można przypisać zainspirowanemu Hobbesem Grayowi, społeczna jedność będzie jedynie pozorna i może zależeć od „okoliczności, które mają pozostać takie, by nie naruszały szczęśliwej zbieżności interesów”⁸¹. Wątpliwości budzi, więc stabilność rozwiązań sugerowanych przez Graya. Dla odparcia zarzutu wskazać trzeba, że Gray nie podziela optymizmu Rawlsa odnośnie tego, iż każda z rozległych doktryn obecnych w społeczeństwie dostarczy jego członkom dostatecznych racji do współtworzenia częściowego konsensusu. Pluralizm Rawlsa pozbawiony jest kontrastów opisanych przez Graya, zdaniem którego złudne jest oparcie podstaw liberalizmu na wyborze racjonalnym. W heterogenicznych społeczeństwach ludzie stają przed „radykalnymi wyborami”, idea *modus vivendi* jest mapą wskazującą drogę po przekroczeniu „granic racjonalnego wyboru”⁸². Propozycja autora *Liberalizmu politycznego* – częściowy konsensus – jest, posługując się terminologią Michaela Walzera, zbyt „gęsta”⁸³, wymaga podzielenia przez członków społeczeństwa szeregu wspólnych wartości. W myśli Anglika konsensus społeczny dotyczy jedynie pokoju, który pełni rolę wartości naczelnej.

Druga linia argumentacji Rawlsa zmierza w kierunku wykazania, że *modus vivendi* może być rozwiązaniem niesprawiedliwym. Nie będąc w stanie obalić tej tezy, zwolennicy *modus vivendi* precyzują, że jest on teorią legitymizacji, a nie sprawiedliwości⁸⁴. Można to traktować jako wybieg intelektualny, jednakże Gray w pełni świadomie rezygnuje z prób budowania teorii sprawiedliwości mając na uwadze niekoherencję wcześniejszych projektów. Mimo wszystko zarzut Amerykanina wydaje się być słuszny. H. Cvijanović zasadnie pyta: „How much is the peace in Bosnia or Sudan worth if it legitimizes the previously committed crimes?”, po czym dodaje: „It will be impossible for many concepts of the good to accept this Hobbesian peace since it is going to lack minimal justice i.e. it will presume injustice. This requires from individuals and communities to ‘swallow the bitter pill’ of humiliation and feel as strangers in their own home”⁸⁵.

Spojrzenie Odmienne od Rawlowskiego prezentuje Andrzej Szahaj. Wskazuje on, że *modus vivendi* niekoniecznie będzie efektem równowagi sił, jego kształt może zostać narzucony przez dominującą grupę, której będzie zależało na

80 J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, przeł. A. Romaniuk, Warszawa 1998, s. 213.

81 Ibidem, s. 212.

82 A. Szahaj, *Jednostka czy wspólnota?...*, op. cit., s. 120; B. Polanowska-Sygułska, *Pluralizm wartości...*, op. cit., s. 208.

83 Por. M. Walzer, *Moralne maksimum, moralne minimum*, przeł. J. Erbel, Warszawa 2012, zwłaszcza rozdział I i II.

84 J. Horton, *Towards a political theory...*, op. cit., s. 1.

85 H. Cvijanović, *Modus vivendi: Concept of Coexistence...*, op. cit., s. 42.

zachowaniu pokoju. Autor *modus vivendi* będzie zawsze reprezentował określoną grupę interesu, światopogląd, wyznawców „całościowej formy życia”. Toruński filozof sceptycznie podchodząc do możliwości oparcia wszelkich rozwiązań na kompromisie zadaje pytanie o to, kto ma tworzyć instytucje państwa dla spluralizowanego społeczeństwa i według czyich zasad? Trafnie wskazuje, iż „stanowi wszak różnicę czy będą to instytucje zachodniej demokracji, czy islamskiej teokracji. Jeśli będzie to zachodnia demokracja, to stan *modus vivendi* może być przez przedstawicieli innych kultur pojmowany jako wyraz faktycznej dominacji kultury zachodniej”⁸⁶. Zarzut ten jest trafny w odniesieniu do wszelkich wytworów myśli zachodniej aczkolwiek podnosić go będzie specyficzna grupa zainteresowanych. Gray jest świadomy tego, że różnej maści fundamentaliści, kierowani pragnieniem zwycięstwa „Jedyniej Prawdziwej Wiary”, mogą nie chcieć pokoju. Dostrzeżenie tej irracjonalnej skłonności odróżnia jego koncepcję od Hobbesowskiej⁸⁷. Tam, gdzie konflikt wartości jest zbyt radykalny, osiągnięcie *modus vivendi* może być niemożliwe, czego przykładem jest permanentny konflikt na Bliskim Wschodzie. Z zarzutem etnocentryzmu koncepcja Graya radzi sobie jednak lepiej niż idee Rawlsa, „This is because consensus means convergence, and convergence does not go »hand in hand« with profound pluralism at the global level”⁸⁸, jak uzasadnia H. Cvijanović. Szahaj nie występuje jednak z krytyką Graya jako rzecznik fanatyzmu. Wypowiada się właśnie z pozycji „rozsądnego etnocentryzmu”, broniąc tezy, że jedynie kultura zachodnia dostarcza podłoża, na którym możliwe jest pojawienie się *modus vivendi* oraz ram instytucjonalnych w postaci demokracji liberalnej dla jego utrzymania⁸⁹.

Zdradzając swoje stanowisko Szahaj wyraża obawę związaną z relatywistycznymi wnioskami płynącymi jego zdaniem z myśli Graya. W mojej opinii obawy te nie są do końca zasadne. Anglik widzi możliwość przekroczenia barier kulturowych, czego wyrazem jest właśnie opisany w tym artykule projekt. Gray uznaje obiektywność wartości, zaś relatywista negowałby ją. Ponadto Gray, jak i inni pluraliści, postrzega „decyzje dotyczące wartości jako zdeterminowane przez fundamentalne kategorie i pojęcia moralne, które są częścią ludzkiego życia, myślenia i poczucia tożsamości, podczas gdy relatywiści mają skłonności do postrzegania całych światopoglądów jako zdeterminowanych przez siły, których istnienia ludzie sobie nie uświadamiają”⁹⁰. Co oczywiste, Anglik widzi trudność takich decyzji, wynikającą chociażby z hybrydalnej tożsamości ludzi żyjących w epoce ponowoczesnej.

Moje zastrzeżenia do perspektywy Graya można wyartykułować w następujący sposób. Z jednej strony moralność stanowiąca podstawę jego koncepcji jest zbyt gęsta, by była akceptowana przez nieliberałów, z drugiej, opis pluralizmu dostarczony przez Anglika prowadzi do implikacji praktycznych, trudnych do przyjęcia przez samych liberałów.

Podstawą *modus vivendi* ma być tolerancja, dążenie do pokoju i bezpieczeństwa. Wartości te, co Gray akceptuje, mogą być traktowane instrumentalnie – jako

86 A. Szahaj, *E pluribus unum?...*, op. cit., s. 101.

87 J. Gray, *Czarna msza...*, op. cit., s. 304.

88 H. Cvijanović, *Modus vivendi: Concept of Coexistence...*, op. cit., s. 39.

89 A. Szahaj, *E pluribus unum?...*, op. cit., s. 101-102.

90 S. Lukes, *Czy pluraliści muszą być relatywistami?*, [w:] idem, *Liberałowie i kanibale...*, op. cit., s. 159.

środki do realizacji prywatnych celów. Anglik zakłada, że kierując się własnym interesem członkowie społeczeństw będą skłonni do uczestniczenia w procesie ustalania kształtu instytucji tegoż społeczeństwa, nie będą dążyli do narzucenia innej własnej koncepcji dobra, skupią się na wynegocjowaniu rozwiązań zadowalających w największym stopniu wszystkie strony. Moim zdaniem obraz taki niewiele różni się od stojących u podstaw projektu Rawlsa założeń o rozumności i racjonalności członków społeczeństwa. Pojęcie rozumności Amerykanin definiuje jako cechę, dzięki której osoba jest w stanie wskazać pewne zasady, kryteria sprawiedliwej kooperacji oraz przestrzegać zaproponowanych warunków, gdy istnieje gwarancja, że inni będą postępować analogicznie. Przymiot racjonalności dotyczy natomiast wyboru celów, środków ich realizacji, nadawania priorytetu określonym interesom. Walory rozumności i racjonalności są w założeniach Rawlsa komplementarne: „działający tylko rozumnie nie mieliby własnych celów (...), działającym tylko racjonalnie brakuje poczucia sprawiedliwości i nie potrafią uznać niezależnej wartości roszczeń innych”⁹¹. Wymogi stawiane potencjalnym stronnikom *modus vivendi* są więc wysokie, co więcej wymagają uprzedniego istnienia zaplecza społeczno-kulturowego umożliwiającego ich rozwinięcie. Przypomnieć warto, że *modus vivendi* miało być receptą na bólączki związane z radykalnymi wyborami, pluralizmem wartości wykraczającym poza granice racjonalnego wyboru. Mając na uwadze powyższe projekt Graya przypomina raczej paliatyw niż rzeczywiste lekarstwo.

Znak zapytania należy moim zdaniem postawić także przy Grayowskiej wizji praw człowieka, mając zwłaszcza na uwadze przyjętą przez niego definicję pluralizmu wartości. Anglik stwierdza, że treść praw winna być uzależniona od rzeczywistych ludzkich interesów oraz kontekstu kulturowego. Najmniej kontrowersyjny ludzki interes zawiera się, w mojej opinii, w roszczeniu do życia. Każdemu człowiekowi przysługuje związane z nim fundamentalne prawo. Jednak treść tego prawa wymaga doprecyzowania, przykładowo poprzez wskazanie, jaki punkt wyznacza początek ochrony – uczestnicy amerykańskiej debaty *pro life-pro choice* w odniesieniu do tego problemu zajęliby spolaryzowane stanowiska. Odwołanie się do pojęcia interesu niczego nie wyjaśni, może jedynie potwierdzić uznane już powszechnie, nawet w skali świata, intuicje. Nie pomoże w rozwiązaniu *hard case'u* podobnego do kontrowersji aborcyjnej. Czy w takiej sytuacji pomocne ma być odwołanie się do lokalnego kontekstu kulturowego? Życie dzieci poczętych w Holandii ma być pozbawione ochrony, a w krajach gdzie ustawodawstwo inspirowane będzie naukami Kościoła katolickiego ma z niej korzystać? Czy oba rozwiązania mogą zostać uznane za słuszne?

Gdy czytając gazetę codzienną w jednym wydaniu natrafiamy na opisy: protestów przeciwko formalizacji małżeństw homoseksualnych we Francji, dyskusji o uboju rytualnym zwierząt w Polsce, problemu mocy wiążącej protokołu uchylającego stosowanie pewnych uregulowań Karty Praw Podstawowych UE w Wielkiej Brytanii⁹², to trudno podważyć Grayowską obserwację na temat pluralizmu. W mojej opinii Anglik lepiej radzi sobie jednak w roli diagnosty niż terapeuty. *Modus vivendi* jest liberalizmem strachu, ale nie jest koncepcją na tyle minimalną, by mogła

91 J. Rawls, *Liberalizm polityczny...*, op. cit., s. 94.

92 M. Jurek, *Francuskiej wiosny nie da się powstrzymać*; R. Biedroń, *Przeciw potędze pieniądza*; A. Słojewska, *PO za a nawet przeciw Karcie* („Rzeczpospolita” 28 maja 2013).

być zaakceptowana przez wszystkich, nawet w obliczu konfliktu. Opiera się na założeniach, które mogą być nie do zaakceptowania przez wyznawców poglądów nieliberalnych. Z drugiej strony, Gray „odchudzając” swoją teorię i kładąc nacisk na radykalny pluralizm, czyni ją trudną do przyjęcia dla samych liberałów (przynajmniej dla tych, u których naczelną wartością jest autonomia). Pojawia się więc pytanie: komu pomóc ma *modus vivendi*?

Rozporządzenie Monti II – nieudana próba przywrócenia równowagi między prawami podstawowymi a swobodami gospodarczymi

Monti II Regulation – Unsuccessful Attempt to Restore the Balance between Fundamental Rights and Economic Freedoms

The paper discusses so-called Monti II Regulation on the relationship between fundamental rights (the right to collective bargaining) and economic freedoms. The draft regulation proposed by the European Commission was a consequence of judgments of the European Court of Justice known as Laval Quartet. However it has not become legally binding i.a. due to the resistance of national parliaments that for the first time successfully applied the “yellow card” mechanism introduced by the Lisbon Treaty.

Regardless of political reaction indicated above, it appears that the provisions proposed in the Monti II Regulation will not discontinue the legal uncertainty accompanying trade unions’ collective action directed at the enterprises benefiting from the freedom of providing services in other member states. The European Commission should draw conclusions from the existing clash between the commitment to EU economic freedoms and universal human rights that becomes more and more serious.

Barbara Surdykowska

magister prawa

Słynny już „Kwartet Laval”, a więc linia orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (dalej: Trybunał lub ETS)¹, wyartykułowana w zestawie czterech jego orzeczeń, wywołała prawdziwą burzę wśród naukowców zajmujących się europejskim prawem

1 Od 1 grudnia 2009 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W tekście posługiwać się będę dalej skrótem powszechnie używanej nazwy: Europejski Trybunał Sprawiedliwości – ETS.

pracy². Spowodował także określone reperkusje polityczne, których wyrazem było np. krytyczne stanowisko Parlamentu Europejskiego, który zwrócił uwagę, że swoboda świadczenia usług nie jest nadrzędna wobec praw podstawowych określonych w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej³.

W niniejszym artykule nie będę koncentrować się na szczegółowym przedstawieniu problemów wynikających ze wskazanych orzeczeń ETS w płaszczyźnie zbiorowego prawa pracy. Publikacji na ten temat było bardzo wiele⁴. Chciałabym natomiast odnieść się do jednej z prób odpowiedzi na sytuację zaistniałą po tych orzeczeniach, którą była przedstawiona przez Komisję Europejską propozycja tzw. rozporządzenia Monti II, a precyzyjniej – projekt Rozporządzenia Rady w sprawie

- 2 Kwartet Laval składa się z następujących orzeczeń: Viking (Wyrok Wielkiej Izby z 11 grudnia 2007 w sprawie International Transport Workers' Federation; Finish Seamens's Union v. Viking Line ABP, OU Line Easti, C-438/05); Laval (wyrok Wielkiej Izby z 18 grudnia 2007, Laval Und Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundet advelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet, C- 341/05); Rüffert (wyrok drugiej izby z 3 kwietnia 2008 w sprawie Land Niedersachsen, C- 346/06); Komisja Europejska v. Luksemburg (wyrok pierwszej izby z 19 czerwca 2008, C-319/06).
- 3 Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 22 października 2008 r. w sprawie wyzwań związanych z układami zbiorowymi w UE (2008/2085 (INI)).
- 4 W polskiej literaturze np: M. Domańska, *Swobody rynku wewnętrznego a prawa podstawowe – refleksje na tle orzecznictwa TS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 1/2012, s. 5; J. Unterschütz, *Ochrona praw podstawowych w UE- Uwagi na marginesie orzeczeń ETS w sprawach Viking i Laval*, „Rozprawy naukowe i zawodowe PWSZ w Elblągu” z. 9, 2010, s. 173-183; A. M. Świątkowski, *Wolność prowadzenia akcji zbiorowych przez związki zawodowe a swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda przepływu usług w obrębie Unii Europejskiej*, „Monitor Prawa Pracy” 10, 2008, s. 552; *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*, red. A. M. Świątkowski, Kraków 2010; A. M. Świątkowski, *Kwartet Laval w prawie pracy*, „Państwo i Prawo” 12, 2010, s. 33; S. Adamczyk, *Kwartet Laval i stosunki przemysłowe w Unii Europejskiej*, „Polityka Społeczna” 2, 2012, s. 10; B. Surdykowska, *Między prawami socjalnymi a wolnością. Kontrowersje wokół orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Dialog. Pismo dialogu społecznego” 2, 2010, s. 105-111; B. Surdykowska, *Kwartet Laval i jego potencjalne reperkusje w państwach Unii*, „Kontrola Państwa” 2, 2012, s. 117; W. Sanetra, *Przedstawicielstwo związkowe w zakładzie pracy w świetle prawa unijnego*, [w:] *Związkowe przedstawicielstwo pracowników zakładu pracy*, red. Z. Hajn, Warszawa 2012, s. 88; B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, „European Law Journal” 3(13), 2007, s. 197-222; T. Novitz, P. Syrpis, *Giving with One Hand and Taking with the Other: Protection of Workers' Human Rights in the European Union*, [w:] *Human Rights at Work. Perspective on Law and Regulation*, red. C. Fenwick, T. Novitz, 463-486 2010, s. 463; C. Barnard, S. Deakin, *European labour law after Laval*, [w:] *Before and After the Economic Crisis. What Implications for the “European Social Models”*, red. M. E. Moreau, 252-269 2011, s. 270; F. Dorsemont, *How the European Court of Human Right gave us Enerji to cope with Laval and Viking*, [w:] *Before and After the Economic Crisis*, s. 217; C. Barnard, *A Proportionate Response to Proportionality in the Field of Collective Action*, „European Law Review” 37, 2012, s. 117-135. Dalszą literaturę można znaleźć na stronie internetowej ETUI, <URL=http://www.etui.org/Topics/Social-dialogue-collective-bargaining/Social-legislation/The-interpretation-by-the-European-Court-of-Justice/Reaction-to-the-judgements/Articles>.

wykonywania prawa do podejmowania działań zbiorowych w kontekście swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług⁵.

Propozycja ta należy już do przeszłości. Komisja, między innymi pod wpływem wszczęcia po raz pierwszy w historii UE procedury „żółtej kartki” przez część parlamentów państw członkowskich (będzie ona omówiona w dalszej części tekstu), wycofała się z projektu wskazanego rozporządzenia. Stało się bowiem oczywiste, że nie ma szans na osiągnięcie jednomyślności w Radzie UE oraz uzyskania zgody Parlamentu Europejskiego⁶. Warto zwrócić uwagę, że fala krytycznych uwag, w odniesieniu do inicjatywy Komisji napłynęła zarówno ze środowisk akademickich⁷ jak też od europejskich partnerów społecznych – związków zawodowych (Europejska Konfederacja Związków Zawodowych – EKZZ)⁸ oraz unijnej organizacji pracodawców Business Europe⁹.

Sytuacja wróciła więc do punktu wyjścia. Można by oczywiście stwierdzić, że problem, który spowodowały wspomniane wcześniej orzeczenia ETS nie jest już tak istotny. Po wejściu w życie Traktatu z Lizbony (wszystkie orzeczenia Kwartetu Laval zapadły wcześniej), Europejska Karta Praw Podstawowych stała się prawnie wiążąca (art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej¹⁰). Orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach Demir i Baykara oraz Enerji Yapi-Yol Sen¹¹ także przyczyniły się do tego, że problematyka prawa do strajku stała się widoczna w nowym świetle. Wydaje się, że w tych nowych realiach ETS „musiałby” orzec inaczej.

-
- 5 Wniosek, Rozporządzenie Rady w sprawie wykonywania prawa do podejmowania działań zbiorowych w kontekście swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, 21 03 2012, COM (1012) 130 final, 2012/0064 (APP).
 - 6 W oparciu o procedurę przewidzianą w art. 352 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.
 - 7 C. Bernard, *A Proportionate Response to Proportionality...*, op. cit.; N. Bruun, A. Buckler, F. Dorssemont, *Balancing Fundamental Social Rights and Economic freedoms: Can the Monti II Initiative Solve the EU Dilemma?*, „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations” 3, 2012, s. 279-306; K. D. Edwing, *The Draft Monti II Regulation – An Inadequate Response to Viking and Laval*, <URL=http://www.ier.org.uk/resources/draft-monti-ii-regulation-inadequate-response-viking-and-laval>, [dostęp: 6.03.2014]; E. Achtsioglou, M. Rocca, *Trade unions, collective bargaining and Collective action beyond the EU and its Court of Justice. A tale of shrinking immunities and sparkling new competences from the land of the Lesser Depression*, „AdDS Working Papers” 1, 2012, <URL=https://www.academia.edu/2099959/Trade_unions_collective_bargaining_and_collective_action_beyond_the_EU_and_its_Court_of_Justice>, [dostęp: 6.03.2014].
 - 8 <URL=http://www.etuc.org/documents/etuc-declaration-commission-proposals-monti-ii-regulation-and-enforcement-directive#UxhRi4XruRM>, [dostęp: 6.03.2014].
 - 9 <URL=http://www.europolitics.info/proposals-may-weaken-competitiveness-warns-businesseurope-art329427-21.html>, [dostęp: 6.03.2014].
 - 10 Przez ogólne odniesienie do Karty w art. 6 TUE prawo do rokowani zbiorowych jest obecnie wyraźnie włączone do prawa pierwotnego (porównaj stanowisko Rzecznika generalnego w sprawie C- 271/08 Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec pkt 79).
 - 11 Demir i Baykara, wyrok ETPC z 12 listopada 2008 r.; Enerji Yapi- Yol Sen, wyrok ETPC z 21 04 2009 r. Konsekwencje orzeczeń ETPC dla problematyki Kwartetu Laval omawia: K. D. Ewing, J. Hendy, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, „Industrial Law Journal” 39, 2010, s. 2-51; F. Dorssemont, *How the European Court of Human Right gave us Enerji...*, op. cit., s. 217.

Należy także zwrócić uwagę na stanowisko Europejskiego Komitetu Praw Społecznych, badającego wywiązywanie się państw członkowskich Rady Europy z zobowiązań wynikających z Europejskiej Karty Społecznej. W odpowiedzi na skargę szwedzkich związków zawodowych¹² komitet uznał, że legislacja krajowa, której wprowadzenie było konsekwencją orzeczenia ETS ws. Laval, stanowi naruszenie art. 6 § 2 oraz art. 6 § 4 a także art. 19 § 4a oraz 4b Karty¹³.

Nie można pomijać faktu, że obecnie mamy do czynienia z bardzo daleko idącym stanem niepewności prawnej, poważnie utrudniającym efektywne działanie związków zawodowych. Dlatego porażkę próby wprowadzenia rozporządzenia Monti II należy rozpatrywać w szerszym świetle.

Na czym polega problem, który ujawnił Kwartet Laval?

Na temat 4 orzeczeń ETS wypowiediano się w różnym tonie w literaturze przedmiotu – zarówno przychylnie jak i bardzo krytycznie¹⁴. W artykule zamierzam jedynie skupić się na jednym wątku niebezpieczeństwa dla prowadzenia zbiorowych akcji protestacyjnych (w tym strajku). Oczywiście należy te zagrożenie widzieć nie tyle w perspektywie zagrożenia prawa do strajku, „jako takiego”, ale strajku (i innych akcji protestacyjnych) jako mechanizmów wspierających realne rokowania zbiorowe (realne, czyli zakładające pewną chociaż równowagę sił w przetargu między pracą a kapitałem). Zagadnienie to jest ważne chociażby z tego względu, że rokowania zbiorowe stanowią jeden z istotnych elementów europejskiego modelu społecznego¹⁵. Tak więc, uwagi dotyczące zagrożenia swobód akcji zbiorowych związków zawodowych należałoby „odczytywać” w powiązaniu z zagrożeniami jakie tworzy to dla całej konstrukcji kompromisu europejskiego w sferze socjalnej, wypracowanego po II wojnie światowej.

Problem najlepiej zilustrować wnioskami wynikającymi z orzeczenia Viking¹⁶. W stanie faktycznym tej sprawy Fiński armator postanowił przeflagować pod banderę estońską prom Rosella (obsługujący trasę z Helsinek do Tallina) w celu obniżenia kosztów pracy, a co za tym podniesienia konkurencyjności przedsięwzięcia. Zamiar ten łączył się z chęcią uniknięcia negocjacji zbiorowych z fińskim związkiem zawodowym FUS, który uznawał jednolitość stawek dla pracowników niezależnie od kraju ich pochodzenia. Protest fińskich związków zawodowych został poparty przez Międzynarodową Federację Transportowców (ITF) od wielu lat prowadzącą politykę aktywnego przeciwdziałania zjawisku tzw. tanich bander, której wyrazem jest bojkot i inne akcje solidarnościowe. Armator wniósł powództwo w Londynie (ze względu na siedzibę ITF), wskazując, że jej działania są sprzeczne z art. 43 Traktatu

12 Szwecja ratyfikowała Protokół Skarg Zbiorowych do Europejskiej Karty Społecznej. Protokół Skarg zbiorowych wszedł w życie w 1998 r.

13 <URL=http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/NewsCOEPortal/CC85AdmissMerits_en.asp>, [dostęp: 6.03.2014].

14 Przykładem pozytywnej oceny orzeczeń jest A. M. Świątkowski, *Kwartet Laval w prawie pracy...*, op. cit.; krytycznego podejścia – W. Sanetra, *Przedstawicielstwo związkowe w zakładzie pracy...*, op. cit., s. 88.

15 Z całą świadomością wieloznaczności terminu „europejski model społeczny”, por.: M. Jensen, A. Serrano, *Unwrapping the European Social Model*, London 2006.

16 Podkreślenia w tekście uzasadnienia autorki.

o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej (obecny art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej: TFUE).

W pkt 90 uzasadnienia orzeczenia ETS stwierdza, że działania zbiorowe związku zawodowego, które mają na celu skłonienie przedsiębiorstwa, którego siedziba znajduje się w określonym państwie członkowskim, do zawarcia układu zbiorowego ze związkami zawodowymi posiadającymi siedzibę w tym państwie i do stosowania postanowień zawartych w tym układzie stanowią ograniczenia dla art. 49 TFUE. Ograniczenia te mogą być zasadniczo uzasadnione ochroną nadrzędnego interesu ogólnego, takiego jak ochrona pracowników. Przy dokładniejszym przyjrzeniu się tej sentencji można odnieść wrażenie, że jest ona problematyczna¹⁷. W kontekście dalszych rozważań nad propozycją Monti II należy skoncentrować się jednak na tym, co sąd wskazuje w dalszej części pkt 90 – ograniczenia art. 49 są dopuszczalne pod warunkiem, że zostanie wykazane, że są odpowiednie dla zapewnienia realizacji słusznego celu i nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia.

Jak wskazuje więc ETS w orzeczeniu Viking, akcje zbiorowe związków zawodowych, które dotyczą przedsiębiorcy z innego państwa członkowskiego¹⁸, podlegają bardzo ścisłym restrykcjom. Restrykcje te należy pokazać na trzech płaszczyznach:

Pierwsza płaszczyzna – akcje zbiorowe mogą być powzięte tylko w szczególnych okolicznościach (uzasadnienie Viking pkt 81) – „o ile można by na pierwszy rzut oka racjonalnie uznać, że działanie mające na celu ochronę stanowisk pracy i warunków pracy członków związku zawodowego, na które miałyby wpływ zmiana przynależności „Roselli”, wchodzi w zakres ochrony pracowników, o tyle taka kwalifikacja nie zostanie uwzględniona, jeżeli wykaże się, że **rozpatrywane stanowiska pracy lub warunki zatrudnienia nie są narażone na ryzyko lub poważnie zagrożone**”.

Po drugie aby uznać, że akcja zbiorowa nie stanowi nadmiernego naruszenia art. 49 należy – pkt 84 uzasadnienia wykazać, że działanie było „odpowiednie” czy też „nie nadmierne”. Przy założeniu, że na podstawie badania sąd krajowy doszedłby do wniosku, że stanowiska pracy lub warunki pracy członków FUS, (...) byłyby rzeczywiście narażone na ryzyko lub poważnie zagrożone, sąd ten powinien sprawdzić ponadto, czy działanie zbiorowe podjęte przez ten związek zawodowy **jest odpowiednie dla zapewnienia tego celu i nie wykracza poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia**”.

17 Por. S. Adamczyk, *Kwartet Laval i stosunki przemysłowe...*, op. cit., s. 11 oraz E. Achtsioglou, M. Rocca, *Trade unions, collective bargaining and Collective action...*, op. cit., s. 12 – autorzy wskazują, że to niezrozumienie roli związków zawodowych i potraktowanie ich tak jak stowarzyszenia regulującego dostęp do rynku (tożsames np. ze stowarzyszeniem piłkarzy, sprawa Bosman C- 415/93) jest „grzechem pierwotnym” całego rozumowania ETS zaprezentowanego w orzeczeniach z Kwartetu Laval.

18 Nie ma w tym miejscu miejsca aby omówić bardziej szczegółowo kolejny problem wynikający z Kwartetu Laval – mówiąc w pewnej ogólności, prowadzi ono do nierównego traktowanie przedsiębiorców krajowych i przedsiębiorców z innych państw członkowskich, którzy działają w oparciu o zasadę swobody przedsiębiorczości (art. 49). Wszelkie „restrykcje” nałożone orzeczeniami ETS będą dotyczyły działań zbiorowych związków zawodowych, których adresatem będzie przedsiębiorca z innego państwa członkowskiego, a nie będą dotyczyły krajowego przedsiębiorcy albo przedsiębiorcy spoza Unii.

Po trzecie związek zawodowy ma wykazać, że wykorzystał wszelkie inne metody. Uzasadnienie pkt 87: „(...) do sądu krajowego należy zbadać między innymi, czy na podstawie prawa krajowego i porozumień zbiorowych mających zastosowanie do tego działania, FUS **nie dysponował innymi środkami, mniej ograniczającymi swobodę przedsiębiorczości, aby doprowadzić do rokowań zbiorowych z Vikingiem oraz czy związek zawodowy wykorzystał te środki przez podjęciem takiego działania**”.

Podsumowując: wydaje się oczywiste, że orzeczenie ETS powoduje bardzo poważne ograniczenia dla możliwości prowadzenia **w sposób efektywny** działań zbiorowych, które, co należy podkreślić, mogą mieć przecież za cel nie tylko obronę miejsc pracy, ale **poprawę warunków pracy** (w tym zasad wynagradzania). Trzeba także pamiętać, że groźba strajku ze strony FUS poprzedzona była wszelkimi działaniami mediacyjnymi i arbitrażowymi wymaganymi przez fińskie prawo¹⁹.

Orzeczenie w sprawie Viking (a także późniejsze orzeczenie w sprawie Laval) przyniosło za sobą bardzo konkretne skutki natury finansowej dla związków zawodowych, gdy sprawy znalazły się ponownie w sądach krajowych. W sprawie Viking związek zawodowy FUS oraz przedsiębiorca zawarli pozasądową ugodę i wysokość zapłaconego odszkodowania została zastrzeżona przez strony jako poufna. W sprawie Laval szwedzkie związki zawodowe, pomimo iż ich zachowanie było w pełni legalne w świetle szwedzkiego prawa w momencie podejmowania określonych działań, zostały zobowiązane do wypłaty odszkodowania w wysokości 3 1555, 000 koron (około 342, 000 euro)²⁰.

Dalszy rozwój wydarzeń w obszarze stosunków przemysłowych „po Kwarrecie Laval” pokazał, że zagadnienie odszkodowań rodzi nie tylko liczne pytania natury prawnej²¹, ale i w sposób praktyczny może mocno oddziaływać na faktyczne zachowania związków zawodowych. Oba „problemy” – test proporcjonalności i potencjalne odszkodowania wynikające z orzeczeń ETS – zostały już bowiem przetestowane w praktyce. British Airlines Pilots’ Association (BALPA) nie zdecydowała się na przeprowadzenie akcji strajkowej pod presją żądań odszkodowań wysuwanych przez pracodawcę posiłkującego się argumentacją zaczerpniętą z orzeczenia Viking. Incydent ten jednocześnie sprowokował pytanie o ewentualną kolizję prawa unijnego z prawem międzynarodowym. Kwestią zablokowanej akcji protestacyjnej BALPA zajął się Komitet Ekspertów MOP. Wskazał on, że konwencja MOP nr 87 (ratyfikowana przez Wielką Brytanię) nie daje możliwości stosowania testu proporcjonalności wobec akcji strajkowej ze względu na swobodę świadczenia usług i swobodę przedsiębiorczości. Komitet podkreślił, że nie jest jego rolą ocena prawidłowości orzecznictwa ETS w sprawie Viking i Laval, jednak dostrzega zagrożenie dla

19 P. Ściślicki, *Orzeczenie w sprawie Viking i jego wpływ na fińskie i litewskie prawo pracy w świetle raportów krajowych*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej” 2010, s. 283.

20 W tym 555.000 koron (60 .000 euro) stanowiło naprawienie zaistniałej szkody a 2. 129. 793 (230,000 euro) koszty procesowe; K. D. Edwing, *The Draft Monti II Regulation...*, op. cit.

21 K. Apps, *Damages claims against trade union after Viking and Laval*, „European Law Review” nr 34, 2009, s. 141-154.

realizacji uprawnień wynikających z ratyfikowanej przez Wielką Brytanię Konwencji²².

Opis rozporządzenia Monti II

Po pierwsze należy wyjaśnić skąd pojawiło się żargonowe określenie „Monti II”, stosowane do projektu Rozporządzenia Rady w sprawie wykonywania prawa do podejmowania działań zbiorowych w kontekście swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. Otóż, były już wieloletni komisarz UE Mario Monti²³ opracowując raport „Nowa strategia na rzecz jednolitego rynku”²⁴, wyraźnie wskazał na konieczność reakcji Komisji na problemy wynikające z orzeczeń ETS w sprawie Kwartetu Laval. Profesor Monti zwrócił uwagę, że orzeczenia ETS ożywiły stary podział, którego nigdy nie udało się wyeliminować: podział na orędowników większej integracji rynkowej i tych, którzy uważają, że żądania swobód gospodarczych i zniesienia barier regulacyjnych stanowią wezwanie do likwidacji praw socjalnych chronionych na poziomie krajowym. Komisja poszła w ślad za tym apelem. Ponieważ powszechnie znana w prawie unijnym jest tzw. klauzula Montiego zastosowana w rozporządzeniu Rady WE 2678/98 w sprawie funkcjonowania rynku wewnętrznego w odniesieniu do swobodnego przepływu towarów pomiędzy państwami członkowskim, a odnosząca się do podobnej kolizji między prawami podstawowymi a swobodą przepływu towarów²⁵, projektowi nowego rozporządzenia przypisano hasło „Monti II” (dalej będą posługiwali się wyłącznie tym określeniem).

W uzasadnieniu Monti II Komisja wskazuje, że orzeczenia ETS wywołały szeroką debatę. Ich krytycy wskazują, że aczkolwiek Trybunał uznał, że prawo do podejmowania działań zbiorowych, w tym prawo do strajku, stanowi integralną część ogólnych zasad prawa UE, to jednak ograniczenia²⁶ jakim prawa te w świetle orzeczeń podlegają, powodują szczególne utrudnienia dla związków zawodowych w podejmowaniu działań mających na celu ochronę praw pracowników. Komisja wskazuje, że swoboda przedsiębiorczości oraz swoboda świadczenia usług są częścią podstawowych zasad prawa UE. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału ograniczenie tych swobód jest uzasadnione tylko wtedy, gdy prowadzi do osiągnięcia zasadnego celu zgodnego z Traktatem i jest usprawiedliwione nadrzędnymi względami interesu publicznego. W takim przypadku ograniczenie to musi być odpowiednie dla osiągnięcia zamierzonego celu i nie wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia.

22 ILO, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Geneva 2010, s. 208.

23 W latach 1994-1999 był komisarzem ds. rynku wewnętrznego, usług finansowych, integracji finansowej, cel i podatków w Komisji Jacques’a Santera, natomiast w latach 1999-2004 komisarzem ds. konkurencji w Komisji Romano Prodiego.

24 M. Monti, *A New Strategy for the Single Market at the Service of Europe’s Economy and Society*, 9 maja 2010.

25 Art. 2 Rozporządzenia wskazuje, że nie może być ono interpretowane jako naruszające w jakikolwiek sposób wykonywanie podstawowych praw uznawanych w państwach członkowskich, w tym prawa lub wolności strajku. Prawa te zawierają mogą również prawo lub wolność podejmowania innych działań objętych szczególnymi systemami stosunków pracy właściwych każdemu państwu.

26 Pkt 44 uzasadnienie sprawa Viking, pkt 91 sprawa Laval.

Odnosząc się do podstawy prawnej wydania rozporządzenia Komisja wskazuje na art. 352 TFUE (zarezerwowany dla sytuacji, w których Traktat nie przewiduje niezbędnych uprawnień do podjęcia koniecznych działań w ramach polityk określonych w Traktatach, do osiągnięcia jednego z celów, o których mowa w Traktatach)²⁷. Należy podkreślić, że ta ścieżka legislacyjna łączy się z koniecznością uzyskania jednomyślności w Radzie i zgody Parlamentu Europejskiego. Komisja przypomina, że art. 153 ust. 5 TFUE wyłącza prawo do strajku z zakresu kwestii, które mogą być regulowane poprzez normy minimalne w drodze dyrektywy.

Odnosząc się do subsydiarności, Komisja wskazuje, że cel rozporządzenia (wyjaśnienie ogólnych zasad i przepisów UE, które mają zastosowanie do podejmowania działań zbiorowych w kontekście swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości) wymaga działań na poziomie Unii Europejskiej i nie może być osiągnięty przez państwa członkowskie działające pojedynczo.

W preambule wskazuje się, że prawo do podejmowania działań zbiorowych, zgodnie z art. 28 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, ma być chronione zgodnie z prawem Unii oraz ustawodawstwami oraz praktykami krajowymi (pkt 4). Ograniczenie swobód jest uzasadnione tylko wtedy, gdy prowadzi do osiągnięcia zasadnego celu zgodnego z Traktatem i jest usprawiedliwione nadrzędnymi względami interesu publicznego. W takim kontekście musi być odpowiednie dla osiągnięcia zamierzonego celu i nie wykraczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia (pkt 7). Jak konkluduje Komisja, zarówno podstawowe swobody gospodarcze i prawa podstawowe, jak również ich skuteczne wykonywanie mogą w związku z tym podlegać restrykcjom i ograniczeniom (pkt 10).

Art. 1 projektowanego rozporządzenia łączy w sobie klauzulę Monti I pochodzącą z rozporządzenia w sprawie funkcjonowania rynku wewnętrznego w odniesieniu do swobody przepływu towarów między państwami członkowskimi oraz art. 1 ust. 7 dyrektywy usługowej²⁸. Art. 1 Monti II nawiązuje także do rozwiązania

27 Art. 352 TFUE

Ust. 1 Jeżeli działanie Unii okaże się niezbędne do osiągnięcia, w ramach polityk określonych w Traktatach, jednego z celów, o których mowa w Traktatach, a Traktat nie przewiduje uprawnień do działania wymaganego w tym celu, Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego, przyjmuje stosowne przepisy. Jeżeli przepisy te są przyjmowane przez Radę zgodnie za specjalną procedurą prawodawczą, stanowi ona również jednomyślnie na wniosek Komisji i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego.

Ust. 2 W ramach procedury kontroli stosowania zasady pomocniczości określonej w art. 3b ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej Komisja zwraca uwagę parlamentów narodowych na wnioski, których podstawą jest niniejszy artykuł.

Ust. 3 Środki, których podstawą jest niniejszy artykuł, nie mogą prowadzić do harmonizacji przepisów ustawowych i wykonawczych Państw Członkowskich, jeżeli Traktaty wykluczają taką harmonizację

Ust. 4 Niniejszy artykuł nie może służyć jako podstawa do osiągania celów związanych ze wspólną polityką zagraniczną i bezpieczeństwem, a wszelkie akty przyjęte zgodnie z niniejszym artykułem przestrzegają granic określonych w art. 40 akapit drugi Traktatu o Unii Europejskiej.

28 Dyrektywa 2006/123. Art. 1 ust. 6 dyrektywy usługowej wskazuje, że nie ma ona wpływu na prawo pracy, czyli na jakiegokolwiek przepisy lub postanowienia umowne dotyczące warunków zatrudnienia, warunków pracy, w tym bezpieczeństwa i higieny oraz stosunków między pracodawcą a pracownikiem, stosowne przez państwo członkowskie

przyjętego w rozporządzeniu w sprawie zakłóceń równowagi makroekonomicznej²⁹. Proponowany art. 1 Monti II wskazuje w ust. 1, że rozporządzenie ustanawia ogólne zasady i przepisy mające zastosowanie na poziomie UE do wykonywania podstawowego prawa do podejmowania działań zbiorowych w kontekście swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. Zgodnie z ust. 2 rozporządzenie nie wpływa w żaden sposób na wykonywanie podstawowych praw uznanych w państwach członkowskich, w tym prawa do strajku lub swobody podejmowania strajku lub innych działań objętych szczególnymi systemami stosunków pracy w państwach członkowskich zgodnie z prawem i praktykami krajowymi. Rozporządzenie nie narusza także prawa do negocjowania, zawierania i wdrażania umów zbiorowych oraz podejmowania działań zbiorowych zgodnie z prawem i praktykami krajowymi.

Art. 2 stanowiący istotę rozporządzenia wskazuje, że **korzystanie z zapisanych w Traktacie swobód: swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług odbywa się z poszanowaniem prawa podstawowego do podejmowania działań zbiorowych, w tym prawa do strajku lub swobody podejmowania prawa do strajku, i odwrotnie, korzystanie z prawa podstawowego do podejmowania działań zbiorowych, w tym prawa do strajku, odbywa się z poszanowaniem tych swobód gospodarczych**. Artykuł 3 dotyczy mechanizmu rozwiązywania sporów, a art. 4 mechanizmu ostrzegania.

W dalszych rozważaniach skupię się przede wszystkim na wątpliwościach i pytaniach, które pojawiają się w kontekście art. 1 i 2 projektowanego rozporządzenia.

Procedura żółtej kartki

Jak już nadmieniałam we wstępie propozycja rozporządzenia Monti II spotkała się z niechęcią parlamentów państw członkowskich. Doszło po raz pierwszy do uruchomienia tzw. mechanizmu żółtej kartki³⁰.

Mechanizm „żółtej” i „pomarańczowej” kartki wynika z art. 7 Protokołu w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności. Protokołem tym

zgodnie z prawem krajowym, które nie narusza prawa wspólnotowego. Zgodnie z art. 1 ust. 7 dyrektywa nie narusza korzystania praw podstawowych uznanych w państwach członkowskich oraz prawie wspólnotowym. Nie narusza także prawa do negocjowania, zawierania i wdrażania umów zbiorowych oraz podejmowania akcji protestacyjnych, zgodnie z prawem i praktykami krajowymi niestojącymi w sprzeczności z prawem wspólnotowym.

29 Art. 1 ust. 3 rozporządzenia UE 1176/2011 z 16 listopada 2011 r. w sprawie zapobiegania zakłóceniom równowagi makroekonomicznej i ich korygowania.

30 Jak łatwo się domyśleć sformułowanie żółta kartka pochodzi z języka piłki nożnej. Można powiedzieć, że jest o tyle nie trafione, że parlamenty występują zarówno w roli gracza jak i sędziego. W każdym razie sformułowanie się przyjęło. W art. 7 protokołu w sprawie stosowania zasady pomocniczości i proporcjonalności występuje także tzw. pomarańczowa kartka – art. 7 ust. 3 – jeżeli w ramach zwykłej procedury prawodawczej uzasadnione opinie o niezgodności wniosku dotyczącego aktu prawodawczego z zasadą pomocniczości stanowią co najmniej zwykłą większość głosów przyznanych parlamentom narodowym wniosek zostaje podany ponownej analizie. Po ponownej analizie Komisja może postanowić o podtrzymaniu, zmianie lub wycofaniu wniosku. Sformułowanie „pomarańczowa kartka” pochodzi od narodowego koloru kraju, który naciskał na taki zapis czyli Holandii.

wprowadzono tzw. system wczesnego ostrzegania (Early Warning System)³¹. Podłoże tej inicjatywy wynika z powszechnego przekonania o deficycie wymiaru demokratycznego w działaniu i legislacji UE³². W żadnym jednak wypadku nie można tego postrzegać tak, że protokół wprowadza do procesu legislacyjnego – obok Parlamentu Europejskiego i Rady – trzecie ciało w postaci swego rodzaju „pospolitego ruszenia” parlamentów krajowych. Państwa członkowskie wyrażają bowiem daleko idący sceptycyzm, co do dalszego komplikowania unijnej procedury legislacyjnej³³. Trzeba też mieć na względzie, że nie ma mechanizmu „czerwonej kartki”, który zmuszałby automatycznie Komisję do wycofania się z jakiejś propozycji³⁴.

Procedura jest bardzo prosta. Zgodnie z art. 7 ust. 2 protokołu, w przypadku gdy uzasadnione opinie o niezgodności projektu aktu prawodawczego z zasadą pomocniczości stanowią co najmniej 1/3 głosów przyznanych parlamentom narodowym, projekt zostaje podany ponownej analizie³⁵. Po ponownej analizie Komisja³⁶ może postanowić o podtrzymaniu, zmianie lub wycofaniu projektu. Decyzja ta musi być uzasadniona.

Dla porządku należy wskazać, że zgodnie z art. 7 protokołu, każdy parlament narodowy dysponuje dwoma głosami rozdzielonymi w zależności od krajowego systemu parlamentarnego. W dwuizbowym krajowym systemie parlamentarnym każda z izb dysponuje jednym głosem.

Po wejściu w życie protokołu większość autorów uważała, że nie wywrze on znaczącego wpływu na procesy legislacyjne w UE³⁷. Wskazywano na trzy zasadnicze problemy: logistyczne (parlamente krajowe mają osiem tygodni na podjęcie działania, a koordynacja pomiędzy parlamentami krajowymi pomimo istnienia

- 31 I. Cooper, *The watchdogs of subsidiarity: National Parliaments and the logic of arguing in EU*, „Journal of Common Market Studies” 44, 2006, s. 281-304.
- 32 C. Sleath, *The Role of National Parliaments in European Affairs*, [w:] *Genesis and Destiny of the European Constitution*, red. G. Amato, H. Bribosia, B. De Witte, Bruxelles 2007.
- 33 R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism: The changing structure of European law*, Oxford 2009.
- 34 P. Birkinshaw, *A constitution for the European Union: A letter from Home*, „European Public Law” 1 (10), 2004, s. 57-84.
- 35 Próg ten wynosi 1/4 w przypadku projektu aktu prawodawczego dotyczącego przestrzegania wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, przedłożonego na podstawie art. 76 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.
- 36 Ewentualnie grupa Państw Członkowskich, Parlament Europejski, Trybunał Sprawiedliwości, Europejski Bank Centralny lub Europejski Bank Inwestycyjny, jeżeli projekt aktu prawnego pochodzi od nich.
- 37 T. Raunio, *Destined for Irrelevance? Subsidiarity Control by national Parliaments*, „Elcano Royal Institute Working Paper” 36, 2010, <URL=http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/ri/elcano_eng/Content?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/dt36-2010>, [dostęp: 6.04 2014]. R. Bellamy, S. Kröger, *Domesticating the Democratic Deficit? The Role of National Parliaments and Parties in the EU's system of Governance*, „Parliamentary Affairs”, 2012, P. de Wilde, *Why the Early Warning Mechanism does not Alleviate the Democratic Deficit?*, „OPAL Online Papers” 6, 2012, s. 1-23 P. Kiiver, *The National Parliaments in the European Union: A critical View on EU Constitution-Building*, Hague 2012.

Konferencji COSAC³⁸ jest słaba), brak chęci podejmowania działania i słabości zawarte w samym protokole³⁹. Do chwili pokazania „żółtej kartki” dla Komisji w sprawie Monti II efekty protokołu sprowadzały się do prób zablokowania propozycji dotyczących: pracy sezonowej (9 głosów), podatku korporacyjnego (14 głosów) oraz kontroli granicznych (10 głosów). Za każdym razem było to zbyt mało, aby art. 7 znalazł zastosowanie.

W sprawie Monti II po raz pierwszy zareagowała taka liczba parlamentów krajowych, by protokół znalazł zastosowanie. Łącznie parlamenty te zgromadziły 19 z 54 przyznanych im ogółem głosów.

Jest oczywiste, że sposób w jaki wykorzystano tę procedurę skutecznie po raz pierwszy, będzie rzutował na uciekanie się do niej w przyszłości. Tymczasem sprawa nie jest jednoznaczna. Jak wskazują, używając metafory sportowej F. Fabbri i K. Granat, Komisja otrzymała żółtą kartkę nie popełniwszy żadnego faulu⁴⁰. Autorzy zwracają uwagę, że jakkolwiek wiele można zarzucić projektowi rozporządzenia Monti II, to rola parlamentów krajowych powinna sprowadzać się pod rządami protokołu do oceny projektu z punktu widzenia zasady subsydiarności, co do której propozycji Komisji nic nie można zarzucić (orzeczenia ETS dotyczyły akcji zbiorowych w kontekście transgranicznym, z kolei swoboda świadczenia usług czy swoboda przedsiębiorczości z definicji dotyczy sytuacji ponadnarodowej). Natomiast po analizie odpowiedzi krajowych legislatur widać, że odnosiły się one do zasady proporcjonalności, uwarunkowań politycznych, które wpłynęły na treść rozporządzenia oraz co do jego legalności. Wiele parlamentów odnosiło się negatywnie do wskazanej podstawy prawnej wydania rozporządzenia w postaci art. 352 TFEU⁴¹.

Jak wskazuje D. Adamiec pierwsze zastosowanie procedury żółtej kartki pociąga za sobą trzy refleksje. Po pierwsze, schematyczne i niewystarczające uzasadnienie projektu z punktu widzenia zasady subsydiarności utrudniło parlamentom ocenę jej przestrzegania. Po drugie, widoczne jest niejednorodne rozumienie zasady subsydiarności i różne definiowanie jej zakresu. Po trzecie, wydaje się, że to właśnie oparcie wniosku na art. 352 TFUE było przyczyną wzmożonego zainteresowania zagadnieniem parlamentów krajowych⁴².

38 *Conférence des Organes Spécialisés dans les Affaires Communautaires*. Forum współpracy i wymiany informacji, w szczególności na temat praktycznych aspektów parlamentarnej kontroli spraw unijnych, parlamentów narodowych państw członkowskich UE i Parlamentu Europejskiego, które powołano do życia w maju 1989 r. w Madrycie.

39 I. Cooper, *A “Virtual third Chamber” for the European? National Parliaments After the Treaty of Lisbon*, „West European Politics” 3 (35), 2012, s. 441-465.

40 F. Fabbri, K. Granat, *Yellow card, but no foul: The role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the commission proposal for an EU Regulation on the right to strike*, „Common Market Law Review” 50, 2013, s. 115-143.

41 W tym parlamenty: Łotwy, Szwecji, Belgii, Luksemburga, Portugalii.

42 D. Adamiec, *Pierwszy wypadek zastosowania mechanizmu żółtej kartki – opinie parlamentów dotyczące rozporządzenia Monti II*, „Zeszyty prawnicze Biura Analiz Sejmowych” 3 (35), 2012, s. 23-40.

Problem tkwi gdzie indziej

Problemem zasadniczym nie jest jednak to, że rozporządzenie Monti II napotkało na spektakularną blokadę tyłu parlamentów krajowych. Inna sprawa, że trudno sobie wyobrazić bardziej egzotyczną quasi koalicję niż tą, która powstała z państw – m.in. z Belgii, Wielkiej Brytanii, Szwecji i Polski, gdzie tradycja (lub jej brak) stosunków przemysłowych jest całkowicie odmienna.

Jak wskazuje się w literaturze podstawowej, założenia tkwiące u podstaw testu proporcjonalności zawartego w orzeczeniach ETS i obecne w Montii II są błędne⁴³. Po pierwsze, można argumentować, że podstawowe prawa socjalne mają pierwszeństwo przed swobodami: pierwsze gwarantują wolność obywatelom, drugie mają na celu budowanie wspólnego rynku; pierwsze adresowane są bezpośrednio do obywateli, drugie – przede wszystkim do państw członkowskich⁴⁴. Jeżeli by nawet odrzucić taką perspektywę, należy zwrócić uwagę, że proponowany art. 2 Monti II wydaje się nie dostrzegać problemu, który zobrazował przypadek BALPA (czyli niezgodności stosowania zasady proporcjonalności z konwencją i dorobkiem MOP). Jak wskazuje C. Bernard, **jeżeli mamy przyjąć test proporcjonalności, to musi być w nim dodane, że stosowanie testu proporcjonalności nie może naruszać istoty danego prawa podstawowego**⁴⁵.

Po drugie, należy podkreślić, że test proporcjonalności nie jest w tym przypadku stosowany na „równych” zasadach. Przedsiębiorstwo może korzystać ze swobód wskazanych w Traktacie „kiedy chce” (kiedy podpowiada mu to rachunek ekonomiczny), a to prawa podstawowe muszą szukać usprawiedliwienia dla ich wykorzystania⁴⁶. Zwracał na to uwagę Rzecznik generalny w sprawie Komisja kontra Republika Federalna Niemiec⁴⁷.

Pojawia się jednocześnie fundamentalne pytanie, czy omawiane rozporządzenie stanowi adekwatną odpowiedź na problem, który się pojawił. Nie jest on bowiem błahy. **Chodzi o rozstrzygnięcie kwestii właściwej równowagi pomiędzy prawami podstawowymi (prawo do rokowań, prawo do strajku), a swobodami gospodarczymi.** Jedne i drugie znajdują swoje zakotwiczenie w prawie pierwotnym UE. A to oznacza, że tam należałoby szukać właściwego rozwiązania. Jak wskazuje się w literaturze, jakiegokolwiek propozycje z obszaru prawa wtórnego mogą być traktowane tylko jako krok we właściwym kierunku, a nie rozwiązanie docelowe. ETS orzekał w oparciu o prawo pierwotne (art. 49, 56 TFUE) i jest sprawą otwartą, czy

43 N. Bruun, A. Bucker, F. Dorssemont, *Balancing Fundamental Social Rights and Economic freedoms: Can the Monti II Initiative Solve the EU Dilemma?*, „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations” 3, 2012, s. 288.

44 Francuski Senat i portugalskie Zgromadzenie Republiki wskazały na nieuzasadnione przyznanie równej wartości prawom podstawowym i wolnościom gospodarczym wskazując raczej na konieczność nadania tym pierwszym pierwszeństwa. D. Adamiec, *Pierwszy wypadek zastosowania mechanizmu żółtej kartki...*, op. cit., s. 36.

45 Str. 117-135.

46 M. Rocca, ELEJ 2011.

47 Case C- 271/08, pkt 189; B. Surdykowska, *Prawa podstawowe a swobody gospodarcze*, „Monitor Prawa Pracy” 12, 2012, s. 665-668.

jakiegokolwiek rozwiązania, które zawarte byłyby w prawie wtórnym, mogą odwrócić linię orzeczniczą ETS⁴⁸.

Propozycja Monti II w żaden sposób nie przyczynia się do zlikwidowania innego poważnego punktu zapalnego, który może potencjalnie spowodować, że Unia Europejska znajdzie się w niezbyt komfortowej sytuacji, jeżeli chodzi o przestrzeganie praw człowieka. Chodzi tu o rysującą się sprzeczność linii orzeczniczej ETS (w ślad za którą postępuje rozumowanie Komisji) z art. 11 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz konwencjami Międzynarodowej Organizacji Pracy nr 87 i 97 (wszystkie państwa członkowskie ratyfikowały wskazane konwencje, które co więcej mają charakter konwencji podstawowych). Wielu autorów wskazuje na to, że problem Kwartetu Laval powinien być analizowany w oparciu o prawo międzynarodowe⁴⁹. Wskazuje się na konieczność odwrócenia spojrzenia ETS (i Komisji – co widać po propozycji Monti II) tak, aby na prawo do podejmowania działań zbiorowych (w tym prawa do strajku) patrzeć z perspektywy praw człowieka. Przykładowo K. D. Ewing odwołuje się do zapisów Paktów ONZ jako przykładów właściwej perspektywy⁵⁰. Art. 22 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (ONZ 16 12 1966 r.)⁵¹ wskazuje, że żadne z postanowień niniejszego artykułu nie uprawnia Państw-stron konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy z 1948 r. dotyczącej wolności związkowej i ochrony praw związkowych, do podejmowania kroków ustawodawczych lub stosowania prawa w sposób, który naruszyłby gwarancje przewidziane w tej Konwencji. Podobny zapis można znaleźć także w art. 8 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturowych (ONZ 03 01 1976).

Wnioski

Rozporządzenie Monti II, a w szczególności jego art. 2, nie daje szans na rozstrzygnięcie problemu, który unaoczniał kwartet Laval. W świetle wątpliwości przywołanych w niniejszym artykule zaiste trudno wskazać, w jaki sposób tak

48 N. Bruun, A. Bucker, F. Dorssemont, *Balancing Fundamental Social Rights...*, op. cit., s. 284.

49 K. D. Edwing, *The Draft Monti II Regulation...*, op. cit.; T. Novitz, P. Syrpis, *Giving with One Hand and Taking with the Other...*, op. cit.; F. Dorssemont, *A judicial pathway to overcome Laval and Viking*, „OSE” 5, 2011, s. 15 <URL=http://www.ose.be/files/publication/OSEPaperSeries/Dorssemont_2011_OSEResearchPaper5.pdf>, [dostęp: 6.03.2014].

50 K. D. Edwing, *The Draft Monti II Regulation...*, op. cit., s. 15.

51 Art. 22 Konwencji

Ust. 1 Każdy ma prawo do swobodnego stowarzyszania się z innymi, włącznie z prawem do tworzenia i przystępowania do związków zawodowych w celu ochrony swoich interesów

Ust. 2 na wykonywanie tego prawa nie mogą być nałożone ograniczenia inne niż przewidziane przez ustawę i konieczne w demokratycznym społeczeństwie w interesie bezpieczeństwa państwowego lub publicznego, porządku publicznego bądź dla ochrony zdrowia lub moralności publicznej albo praw i wolności innych osób. Niniejszy artykuł nie stanowi przeszkody w nałożeniu ograniczeń zgodnych z ustawą na wykonywanie tego prawa przez członków sił zbrojnych i policji.

Ust. 3 Żadne z postanowień niniejszego artykułu nie uprawnia Państw-stron konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy z 1948 r. dotyczącej wolności związkowej i ochrony praw związkowych do podejmowania kroków ustawodawczych lub stosowania prawa w sposób, który naruszyłby gwarancje przewidziane w tej Konwencji.

sformułowana propozycja mogłaby przyczynić się do wyjaśnienia niepewności powstałej w wyniku orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości⁵².

W literaturze podkreśla się, że nietrafność propozycji zawartej w Monti II wynika z faktu błędnej diagnozy – to nie praktyki państw członkowskich powinny ulec zmianie, ale orzecznictwo ETS. Oczywiście najprościej byłoby do tego doprowadzić przez odpowiednią zmianę Traktatu. Wydaje się jednak, że jest to w bliżej nieokreślonej przyszłości niemożliwe, jeżeli chodzi o zagadnienia „ocierające się” o kwestie stosunków przemysłowych. Wystarczy tylko przywołać całkowity brak reakcji instytucji unijnych na propozycję EKZZ dotyczącą protokołu o postępie społecznym⁵³.

W takim razie należy dążyć przy wykorzystaniu instrumentów prawa wtórnego do maksymalnej jasności i przejrzystości w odniesieniu do tego, co interwencja unijna (np. w postaci rozporządzenia) chce osiągnąć. Należy więc skorzystać z innej podstawy prawnej niż art. 352 TFUE (pomijając już fakt, że jego zastosowanie wymaga jedności w Radzie, która co oczywiste jest nie do osiągnięcia, więc trudno cały proces inaczej określić niż pozorowanie działań przez Komisję). Można tu rozważyć zastosowanie art. 26 ust. 3 TFUE – Rada na wniosek Komisji ustala wytyczne i warunki niezbędne do zapewnienia zrównoważonego postępu we wszystkich odpowiednich sektorach⁵⁴. Parlament europejski nie bierze udziału w tej ścieżce legislacyjnej. Nadzieje daje to, że wytyczne takie w literaturze ocenia się jako wiążące dla ETS⁵⁵.

Przed wszystkim jednak Komisja Europejska powinna wyciągnąć wnioski z sygnalizowanego coraz poważniej pola konfliktu między przywiązaniem do unijnych swobód gospodarczych, a przestrzeganiem praw człowieka o charakterze uniwersalnym. W projekcie rozporządzenia Monti II trudno znaleźć dowód na to, że Komisja tę lekcję odrobiła.

52 D. Adamiec, *Pierwszy wypadek zastosowania mechanizmu żółtej kartki...*, op. cit., s. 27.

53 <URL=<http://www.etuc.org/a/5175>> [dostęp: 6.03.2014].

54 Art. 26 TFUE.

Ust. 1 Unia przyjmuje środki w celu ustanowienia lub zapewnienia funkcjonowania rynku wewnętrznego zgodnie z odpowiednimi postanowieniami Traktatów.

Ust. 2 Rynek wewnętrzny obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobody przepływ towarów, osób, usług i kapitału, zgodnie z postanowieniem Traktatów.

Ust. 3 Rada na wniosek Komisji, ustala wytyczne i warunki niezbędne do zapewnienia zrównoważonego postępu we wszystkich odpowiednich sektorach.

55 N. Bruun, A. Bucker, F. Dorssemont, *Balancing Fundamental Social Rights...*, op. cit. s. 302.

Instytucjonalne formy współpracy transgranicznej samorządu terytorialnego jako czynnik rozwoju regionalnego

Institutional Forms of the Local Government Cross-Border Cooperation as a Factor of Regional Development

The intensive development of various forms of cooperation between local authorities from different countries has been a characteristic feature of the evolution of the system of government in the European democratic countries since the late nineteenth and early twentieth century. The processes of decentralization and globalization allow local governments to use new forms of regulatory cooperation, including in particular the cross-border cooperation.

The purpose of this paper is to present the characteristics of the most important forms of institutional cross-border cooperation of local government units, as tools for integration and multi-faceted cooperation between local governments and other public and private entities. This in the long term may transform into strengthening regional development. In particular it concerns: partnership agreements and agreements on cooperation, associations of local governments as well as international associations, Euro-regions and the European Grouping of Territorial Cooperation. These forms can be defined as tools that enable and facilitate cooperation, and at the same time as the mechanisms that force us to take joint action, particularly in conditions of the neighborhood. It requires regional policy of the European Community whose main objective is to alleviate regional disparities and equalize the different territorial units through the allocation of EU funds representing financial growth stimulator. The successful use of modern forms of cooperation and the ensuing widely understood development (economic, social, cultural) depends not only on the legal framework, but also on the awareness of local decision-makers and the activities of the various local government units.

Wojciech Wytrązek

*doktor nauk prawnych,
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II*

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie charakterystyki najważniejszych form instytucjonalnej współpracy transgranicznej jednostek samorządu terytorialnego, jako narzędzi umożliwiających integrację i wielopłaszczyznową współpracę pomiędzy samorządami oraz innymi podmiotami publicznymi i prywatnymi, co w dłuższej perspektywie może przekładać się na wzmocnienie rozwoju regionalnego. Przybliżone zostaną

w szczególności: umowy partnerskie i porozumienia dotyczące współpracy, stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego i zrzeszenia międzynarodowe, euroregiony oraz Europejskie Ugrupowania Współpracy Terytorialnej.

1. Pojęcie współpracy transgranicznej i jej podstawy

Współpraca transgraniczna jest przedmiotem regulacji dokumentów ramowych, wśród których najważniejszą rolę pełnią:

1. Europejska Konwencja Ramowa o Współpracy Transgranicznej między Wspólnotami i Władzami Terytorialnymi z 1980 r. zwana Konwencją Madrycką¹,
2. Europejska Karta Samorządu Lokalnego² z 1985 r.,
3. Europejska Karta Regionów Granicznych i Transgranicznych³ z 1995 r.,
4. Europejska Karta Samorządu Regionalnego⁴ z 1997 r.

Europejska Konwencja Ramowa o Współpracy Transgranicznej między Wspólnotami a Władzami Terytorialnymi stanowi, że pod pojęciem współpracy transgranicznej rozumie się „każde wspólnie podjęte działanie mające na celu umocnienie i dalszy rozwój sąsiedzkich kontaktów między wspólnotami i władzami terytorialnymi dwóch lub większej liczby Umawiających się Stron, jak również zawarcie porozumień i przyjęcie uzgodnień koniecznych do realizacji takich zamierzeń”. Przez wspólnoty i władze terytorialne rozumie się jednostki i organy (także urzędy) realizujące zadania lokalne i regionalne oraz inne zadania uważanych za takie przez prawo wewnętrzne każdego kraju. W dokumencie określono prawne i strukturalne wzorce form współpracy.

W Europejskiej Karcie Regionów Granicznych i Transgranicznych pod pojęciem współpracy transgranicznej rozumie się współpracę przylegających do siebie regionów granicznych lub współpracę zagraniczną władz szczebla regionalnego i lokalnego, organizacji lub instytucji reprezentujących obszary graniczne. W zakresie tego pojęcia mieszczą się również działania władz lokalnych czy regionalnych, przedsięwzięcia sprzyjające wzmocnieniu więzi gospodarczych i kulturowych między związanymi stronami oraz porozumienia o różnym charakterze służące powstawaniu podobnych zależności. Można tu również zaliczyć wspólne inicjatywy przedsiębiorstw, organizacji i mieszkańców. Istotę współpracy transgranicznej można streścić wskazując jej cel, którym jest podejmowanie i koordynowanie wzajemnie

1 Dokument Rady Europy podpisany 21 maja 1980 r. w Madrycie, ratyfikowany przez Polskę w kwietniu 1993 r., wraz z protokołem dodatkowym sporządzonym w Strasburgu 9 listopada 1995 r.

2 Dokument Rady Europy przyjęty 15 października 1985 r. w Strasburgu przez Stałą Konferencję Gmin i Regionów Europy przy Radzie Europy. Karta weszła w życie z dniem 1 września 1988 r., została w całości ratyfikowana przez Polskę w 1993 r. (Dz. U. z 1994 r. Nr 124, poz. 607).

3 Dokument przygotowany przez Stowarzyszenie Europejskich Regionów Granicznych, uchwalony przez Radę Europy 19 listopada 1981 roku, przyjęty przez Polskę w 1995 r. Nie posiada mocy prawnej i nie jest uznawany za normę prawa międzynarodowego; określa istotne zagadnienia polityki gospodarczej dotyczące współpracy transgranicznej i przygranicznej.

4 Dokument, przyjęty na IV sesji Kongresu Władz Lokalnych i Regionalnych Europy 5 czerwca 1997 r. w Strasburgu,

korzystnych działań w zakresie gospodarki, nauki, kultury, oświaty oraz rozwijanie i ułatwianie kontaktów mieszkańców i podmiotów gospodarczych⁵. Może ona dotyczyć różnorodnych problemów oraz przebiegać na różnych poziomach, w szczególności biorąc pod uwagę szczebel samorządu. W preambule Karty określono współpracę transgraniczną jako „wartościowy i nieodzowny wkład w konstrukcję Europy”. Stosunki międzyregionalne i transgraniczne są przedmiotem regulacji art. 8, który przewiduje między innymi tworzenie wspólnych organów wykonawczych lub ustawodawczych wydających akty poddawane takiej samej kontroli jak akty stanowione przez ciała regionalne. Jako najważniejszą podstawę prawną tej współpracy wskazano wspomnianą wyżej Konwencję madrycką wraz z Protokołem dodatkowym, równocześnie akcentując konieczność tworzenia kolejnych ram prawnych i instytucji wspierających.

Współpraca transgraniczna, jako odmiana współpracy terytorialnej, stanowi szansę rozszerzenia „kontaktów społeczności lokalnych, promocji regionu, pozyskania inwestorów zagranicznych, a także wykorzystania doświadczeń międzynarodowych organizacji współpracy regionalnej dla przyspieszenia procesów rozwojowych na danym obszarze”⁶. Obok współpracy transgranicznej (ang. *transborder cooperation*, *cross-border cooperation*) pozostałymi rodzajami współpracy transgranicznej są: współpraca międzyregionalna (*cooperation interregional*) mająca miejsce między jednostkami na poziomie lokalnym i regionalnym pomiędzy jednostkami, które ze sobą bezpośrednio nie sąsiadują, oraz współpraca ponadnarodowa, zwana również transnarodową (*cooperation transnational*). Instytucjonalnymi przykładami współpracy transgranicznej i transnarodowej są Inicjatywy Wspólnotowe Interreg II i Interreg III realizowane w latach 2004–2006 oraz Programy Europejskiej Współpracy Terytorialnej na lata 2007–2013. Zakres współpracy transgranicznej może być bardzo szeroki. Jako jej główne płaszczyzny zazwyczaj wskazuje się: świadczenie usług, wymianę towarów i usług, infrastrukturę komunikacyjną, techniczną, komunalną, przejść granicznych; działalność informacyjno-promocyjną i konsultingową, wymianę kulturową, oświatową i sportową, działalność turystyczną, badawczo-rozwojową, ochronę środowiska naturalnego, planowanie przestrzenne w odniesieniu do obszarów przygranicznych⁷.

2. Umowy partnerskie

Umowy partnerskie to najprostsza forma transgranicznego współdziałania jednostek samorządu terytorialnego. Ponieważ nie powodują one tworzenia struktur organizacyjnych, nie pozwalają również na intensywny rozwój współpracy, co więcej, nie są też dokładnie uregulowane w ustawodawstwie. Jak zauważył J. Korczak, ustawa 15 września 2000 r. o zasadach przystępowania jednostek samorządu

5 A. Żelazo, *Pojęcie współpracy transgranicznej samorządu terytorialnego*, serwis Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych, <URL=http://www.pism.pl/index/?id=50c3d7614917b24303ee6a220679dab3> [dostęp: wrzesień 2013].

6 E. Szadkowska, *Pojęcie współpracy transgranicznej*, [w:] *Współpraca transgraniczna. Aspekty prawno-ekonomiczne*, red. M. Perkowski, Białystok 2010, s. 14; M. Proniewski, *Zewnętrzna granica Unii Europejskiej – Białoruś – możliwość wykorzystania dla dynamizacji procesów rozwojowych. Współpraca transgraniczna*, [w:] *Ekspertyzy do Strategii rozwoju społeczno-gospodarczego Polski Wschodniej do 2020 roku*, t. II, Warszawa 2007, s. 111.

7 E. Szadkowska, *Pojęcie współpracy transgranicznej...*, op. cit., s. 16.

terytorialnego do międzynarodowych zrzeszeń społeczności lokalnych i regionalnych⁸ dotyczy wyłącznie stowarzyszeń i zrzeszeń, a Konwencja Madrycka dotyczy wyłącznie umów jednostek samorządu położonych w pasie granicznym, których przedmiotem jest współpraca transgraniczna, z kolei przepisy ustaw regulujących ustrój samorządu terytorialnego nie określają formy współpracy ze społecznościami lokalnymi i regionalnymi innych państw⁹. Typowe umowy międzynarodowe są zastrzeżone dla centralnych organów państwa. W doktrynie wskazuje się kilka rodzajów umów: umowy partnerskie, porozumienia o partnerstwie miast, akt partnerstwa, dokument zawarcia związku partnerstwa. Oprócz nich także umowy o współpracy, czy też umowy podjęte dla konkretnie oznaczonej przedmiotowo sfery działania (np. dotyczące wymiany uczniów)¹⁰. Istnieje zatem duża swoboda co do formy umowy, jej przedmiotu oraz procedury jej zawierania. Należy w tym miejscu wspomnieć o błędnej praktyce niektórych samorządów, polegającej na publikowaniu porozumień i umów o współpracy w dziennikach urzędowych województw. Zgodnie z art. 13 pkt 6 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych¹¹, w wojewódzkim dzienniku urzędowym ogłasza się porozumienia w sprawie wykonywania zadań publicznych zawarte (a) między jednostkami samorządu terytorialnego, (b) między jednostkami samorządu terytorialnego a organami administracji rządowej – nie ma więc mowy o porozumieniach o współpracy, które nie polegają na przekazywaniu zadań publicznych.

Umowy nie są jednolicie rejestrowane, więc ich liczba nie jest znana. W skali kraju ich ilość w odniesieniu do wszystkich jednostek trzech szczebli samorządu terytorialnego można oszacować na co najmniej dwa tysiące. Przykładowo miasto Lublin ma podpisanych około 30 umów z miastami partnerskimi i deklaracji o współpracy z miastami zaprzyjaźnionymi (Alcalá de Benares, Brześć, Debreczyn, Delmenhorst, Erie, Grenada, Iwano-Frankiwnsk, Jiading, Jiaozuo, Lancaster, Lwów, Łuck, Ługańsk, Münster, Nancy, Nilüfer, Nowy Sad, Omsk, Pernik, Poniewież, Rammallah, Rishon Le Zion, Równe, Starobielsk, Sumy, Tbilisi, Tilburg, Timișoara, Vișeu, Windsor, Winnica¹²).

Rozważając zagadnienia związane z umowami, trzeba mieć na uwadze również kwestię porozumień, wymienionych w ustawach normujących ustrój samorządu jako trzeci rodzaj współpracy samorządu terytorialnego obok związków komunalnych i stowarzyszeń, dotyczących wspólnego wykonywania zadań publicznych lub przekazywania i współpracy przy ich wykonywaniu. Jak zauważył B. Dolnicki, „umieszczenie przepisów dotyczących porozumień w różnych miejscach w ustawie świadczy o niejednorodnym charakterze tej instytucji. Jest to forma współdziałania w administracji publicznej szeroko wykorzystywana, jednakże jej istota nie jest do

8 Dz.U. 2000, nr 91, poz 1009.

9 J. Korczak, *Ewolucja form współdziałania jednostek samorządu terytorialnego na forum międzynarodowym*, [w:] *Samorząd terytorialny w Polsce i w Europie. Doświadczenia i dylematy dalszego rozwoju*, red. J. Sługocki, Bydgoszcz 2009, s. 334-335.

10 R. Kusiak-Winter, *Umowa miast partnerskich*, [w:] J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, *Umowy w administracji*, Kolonia 2008, s. 329.

11 Dz.U z 2000 r., nr 62, poz. 718.

12 Stan na I kwartał 2014 r. Biuletyn Informacji Publicznej Miasta Lublin, <URL=http://bip.lublin.eu/um/index.php?t=200&fid=5019> [dostęp: 01.03.2014].

końca jasna”¹³. W przypadku porozumień zawieranych między polskimi jednostkami samorządu nie nasuwają co do tego wątpliwości, należy się jednak zastanowić nad dopuszczalnością zawarcia pomiędzy polską gminą a zagraniczną jednostką samorządu terytorialnego (czy nawet szerzej – jednostką administracyjną) porozumienia w sprawie powierzenia realizacji publicznego transportu zbiorowego w strefie transgranicznej. Publiczny transport zbiorowy jest jednym z zadań gminy¹⁴, które może być przedmiotem porozumienia przenoszącego fizyczne wykonanie tego zadania na inny podmiot. Przepis art. 74 ustawy o samorządzie gminnym zasadniczo nie zamyka kręgu partnerów porozumienia do podmiotów z terytorium Polski. Biorąc pod uwagę swobodę świadczenia usług oraz przepisy ustaw o publicznym transporcie zbiorowym¹⁵, o transporcie drogowym¹⁶, przepisy prawa wspólnotowego¹⁷ oraz układ z Schengen o zniesieniu granic wewnątrz UE¹⁸, należy stwierdzić, że takie porozumienie jest możliwe w przypadku gmin z dwóch krajów UE bezpośrednio ze sobą graniczących.

3. Wspólne projekty europejskie

Współpraca transgraniczna jednostek samorządu terytorialnego jest rozwijana przez projekty realizowane w ramach Programów Europejskiej Współpracy Terytorialnej, także przez państwa spoza UE, w ramach trzech grup współpracy, które zastąpiły wcześniejszą Inicjatywę Wspólnotową Interreg III. W latach 2007-2013 struktura programów współpracy transgranicznej oraz programów Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa i Partnerstwa została podzielona na cztery działania.

Działanie I stanowią Programy Współpracy Transgranicznej (Polska – Słowacja, Południowy Bałtyk, Polska – Brandenburgia, Polska – Meklemburgia, Polska – Saksonia, Polska – Czechy, Polska – Litwa) wdrażane na poziomie NUTS 3, czyli w podregionach stanowiących zgrupowanie kilku powiatów¹⁹, usytuowanych

-
- 13 B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Warszawa 2009, s. 269.
 - 14 Art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. 2001 nr 142 poz. 1591 z późn. zm.).
 - 15 Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. 2011 nr 5, poz. 13 ze zm.).
 - 16 Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t.j. Dz.U. z 2007 r. nr 125, poz. 874 ze zm.).
 - 17 Art. 288 zd. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w brzmieniu z dnia 9 maja 2008 r. (Dz.Urz. UE C 83, z dnia 30.3.2010, str. 47 i nast.), obowiązujące w Polsce bezpośrednio przepisy rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.Urz. UE L 315, z dnia 3 grudnia 2007, str. 1-13). Rozporządzenie jest również wymienione jako miarodajny akt prawny w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym.
 - 18 Układ z Schengen zawarty 14 czerwca 1985, który wszedł w życie w 1995, Polska przystąpiła do niego 21 grudnia 2007, w odniesieniu do lotnisk i morskich przejść granicznych zaczął on obowiązywać w stosunku do RP 30 marca 2008.
 - 19 Nomenclature of Units for Territorial Statistics, czyli Nomenklatura Jednostek Statystyki Terytorialnej również ma istotne znaczenie w ramach współpracy terytorialnej, umożliwiając porównywanie danych statystycznych a co za tym idzie, określanie obszarów problemowych i ustalanie wysokości wsparcia. W odniesieniu do Polski systematyka jest

wzdłuż wewnętrznych i niektórych zewnętrznych granic lądowych Unii Europejskiej oraz w obszarach nadmorskich oddzielonych od siebie maksymalnie o 150 km. W Polsce objęte są nimi podregiony położone przy granicy państwa oraz wzdłuż wybrzeża Morza Bałtyckiego. Projekty muszą wykazać znaczący wpływ transgraniczny, powinny też sprzyjać budowie wzajemnych powiązań ponad pomiędzy samorządami lokalnymi, instytucjami edukacyjnymi, organizacjami pozarządowymi i instytucjami kulturalnymi. Celem tych programów jest promowanie współpracy i bezpośrednich kontaktów wspierających rozwój gospodarczy i społeczny, a także ochronę środowiska w obszarach przygranicznych (zazwyczaj charakteryzujących się niższym poziomem rozwoju w porównaniu do średniej krajowej).

Drugą grupę stanowiły Programy Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa i Partnerstwa (Polska – Białoruś – Ukraina, Polska – Litwa – Rosja), w których priorytetową rolę pełni przyczynianie się do rozwiązywania wspólnych problemów i wyzwań, wspieranie rozwoju społecznego, gospodarczego i przestrzennego oraz priorytet horyzontalny dotyczący kontaktów międzyludzkich. Trzecią grupę tworzą programy współpracy transnarodowej. Polska realizuje projekty w ramach Programu Regionu Morza Bałtyckiego (Baltic Sea Region Programme – uczestniczą w nim oprócz Polski: Dania, Estonia, Finlandia, Litwa, Łotwa, wybrane regiony Niemiec, Szwecja oraz 3 państwa spoza UE: Białoruś – wybrane regiony, Norwegia i wybrane regiony Rosji) i Programu dla Europy Środkowej (European Regional Development Fund – Polska, Austria, Czechy, Słowacja, Słowenia, Węgry, wybrane regiony Niemiec, Włoch oraz Ukrainy). Priorytetami są: wspieranie innowacyjności na obszarze Europy Środkowej, poprawa zewnętrznej i wewnętrznej dostępności obszaru Europy Środkowej, odpowiedzialne korzystanie ze środowiska, podniesienie konkurencyjności oraz atrakcyjności miast i regionów. Czwartą część stanowi jeden Program Współpracy Międzyregionalnej Interreg IV C, który zastąpiła Interreg III C, obejmując swoim zasięgiem terytorium całej UE a także Norwegię i Szwajcarię.

Oprócz wyżej wymienionych programów należy również wspomnieć o charakterystycznym programie realizowanym w latach 2008-2011, jakim był Program Partnerstwa Transgranicznego realizowany w formie projektu grantodawczego przez Stowarzyszenie Wschodnioeuropejskie Centrum Demokratyczne ze środków Norweskiego Mechanizmu Finansowego i Ministerstwa Spraw Zagranicznych Rzeczypospolitej Polskiej. Celem programu była poprawa komunikacji społecznej oraz wzmocnienie współpracy transgranicznej mieszkańców, władz lokalnych oraz organizacji pozarządowych z Polski oraz z państw EOG/EFTA (Norwegia, Islandia, Lichtenstein), państw Basenu Morza Bałtyckiego (Dania, Estonia, Finlandia, Litwa, Łotwa, Szwecja, Niemcy), oraz ze wschodnimi sąsiadami Polski/Unii Europejskiej²⁰. W ramach programu wspierano nieinwestycyjne działania wpływające na rozwój współpracy transgranicznej, realizowane w partnerstwach międzynarodowych przez polskie organizacje pożytku publicznego, w szczególności przekazywanie skutecznych rozwiązań lokalnych problemów (jako czynnika wspierającego rozwój regionalny i lokalny) i integrację polskiego trzeciego sektora z europejskimi organizacjami prowadzącymi projekty transgraniczne. Szczególnie istotne dla programu było

ustalona następująco: NUTS 1 – 6 regionów grupujących województwa; NUTS 2 – 16 województw (makroregionów); NUTS 3 – 45 podregionów grupujących po kilka powiatów; NUTS 4 – 379 powiatów i miast na prawach powiatu; NUTS 5 – 2489 gmin.

20 <URL=<http://www.partnerstwo-transgraniczne.org.pl/>> [dostęp: marzec 2013].

wsparcie projektów wielostronnych, realizowanych w partnerstwie m.in. z organizacjami z krajów Bliskiego Sąsiedztwa graniczącymi z Polską/Unią Europejską od wschodu – z Ukrainy, Białorusi lub Obwodu Kaliningradzkiego (Federacji Rosyjskiej).

Projekty realizowane w ramach wymienionych wyżej programów nie tylko rozwijają współpracę terytorialną między regionami, ale również wielopłaszczyznową współpracę międzysektorową. Beneficjentami są instytucje publiczne i podmioty takie jak np.: instytucje publiczne i jednostki organizacyjne powołane w celu świadczenia usług publicznych w zakresie ochrony środowiska, ochrony dziedzictwa naturalnego i kulturowego, transportu publicznego, agencje rozwoju regionalnego, uczelnie wyższe, instytuty naukowo-badawcze, parki technologiczne, inkubatory przedsiębiorczości, centra innowacyjności, organizacje turystyczne, organizacje pozarządowe, agencje rozwoju regionalnego, izby gospodarcze, handlowe i rzemieślnicze, szkoły wyższe, instytucje publiczne prowadzące działalność edukacyjną, badawczą, instytucje kultury, kościoły i związki wyznaniowe a także euroregiony²¹. Trzeba również zaznaczyć, że współpraca jednostek samorządu może również mieć miejsce przy realizacji projektów w ramach innych programów.

4. Zrzeszenia jednostek samorządu terytorialnego i organizacje międzynarodowe

Możliwości jednostek samorządu w zakresie przystępowania do międzynarodowych zrzeszeń stanowią swoiste uzupełnienie przysługującego im prawa zrzeszania się. Punktem wyjścia są tutaj stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego, które – podobnie jak wszystkie inne stowarzyszenia – stanowią dobrowolne, samorządne, trwałe zrzeszenia. Są one tworzone przez samorządy tego samego, bądź różnych szczebli. Procedurę zakładania i zakres działania reguluje ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach²². Podstawową różnicą w stosunku do stowarzyszeń osób fizycznych jest ustawowy wymóg zebrania co najmniej trzech założycieli (zamiast 15 w przypadku zwykłych stowarzyszeń). Ustawy regulujące ustrój samorządu terytorialnego gwarantują jednostkom samorządu terytorialnego prawo tworzenia stowarzyszeń oraz prawo przystępowania do międzynarodowych zrzeszeń społeczności lokalnych i regionalnych²³. Stowarzyszenia nie muszą zrzeszać wyłącznie jednostek jednego szczebla – gminy, powiaty i województwa mogą zrzeszać się w dowolnych kombinacjach, choć w praktyce najczęściej mamy do czynienia ze stowarzyszeniami głównie jednostek jednego szczebla. Cechą wyróżniającą stowarzyszenia, do których przystępują gminy są ich cele: wspieranie idei samorządu terytorialnego oraz obrona wspólnych interesów. W przypadku powiatów i województw cele stowarzyszeń nie zostały w ustawach określone. Stowarzyszenia uzyskują osobowość prawną po uprawnoczeniu się postanowienia o zarejestrowaniu w rejestrze

21 Zob. Portal Funduszy Europejskich – Programy Europejskiej Współpracy Terytorialnej, <URL=<http://www.cwt.gov.pl/>> [dostęp: wrzesień 2013].

22 Tekst jednolity: Dz.U. 2001 nr 79 poz. 855 z późn. zm.

23 Art. 84-84a ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym; art. 75-75a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. 2001 nr 142 poz. 1592 z późn. zm.); art. 8b ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. 2001 nr 142 poz. 1590 z późn. zm.).

stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej Krajowego Rejestru Sądowego²⁴.

Opisywane zrzeszenia krajowe niekiedy występują na forum międzynarodowym lub współpracują z organizacjami ponadpaństwowymi. Przykładem mogą być działania Związku Powiatów Polskich, który mimo specyficznej nazwy, nie jest w świetle prawa związkiem komunalnym tylko stowarzyszeniem zarejestrowanym pod taką nazwą²⁵. Organizacja jest członkiem: Rady Gmin i Regionów Europy²⁶ oraz Polskiego Komitetu Współpracy z Komitetem Regionów Unii Europejskiej. Ubiega się o członkostwo w Europejskiej Sieci Samorządów Lokalnych, na podstawie Traktatu z 2000 r. współpracuje ze Związkiem Powiatów Niemieckich, prowadzi również rozmowy dotyczące współpracy z samorządami na Ukrainie i Białorusi. Podobnie jak ZPP, stowarzyszeniami są również: Związek Gmin Wiejskich Rzeczypospolitej Polskiej, Związek Miast Polskich, Związek Województw Rzeczypospolitej. Ten ostatni ma swoich przedstawicieli (10 członków i 10 zastępców) w Komitecie Regionów Unii Europejskiej, którego celem jest włączenie regionów i społeczności lokalnych w proces integracji europejskiej – jest instytucją przedstawicielską o charakterze doradczym. Innym przykładem udziału polskich samorządów w działaniach UE jest Dom Polski Wschodniej (East Poland House), będący wspólnym przedstawicielstwem regionów Polski Wschodniej (województw: lubelskiego, podkarpackiego, podlaskiego, świętokrzyskiego i warmińsko-mazurskiego), powstałym na mocy porozumienia zawartego 2 grudnia 2009 r. w Brukseli w celu współpracy i koordynacji działań wymienionych przedstawicielstw reprezentujących interesy regionów przed instytucjami europejskimi.

Możliwość transgranicznego zrzeszania się samorządów gwarantuje art. 171 ust. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym „jednostka samorządu terytorialnego ma prawo przystępowania do międzynarodowych zrzeszeń społeczności lokalnych i regionalnych oraz współpracy ze społecznościami lokalnymi i regionalnymi innych państw”²⁷. Kluczową rolę w opisywanej sferze zagadnień dotyczących międzynarodowych zrzeszeń samorządowych odgrywa również ustawa z dnia 15 września 2000 r. o zasadach przystępowania jednostek samorządu terytorialnego do międzynarodowych zrzeszeń społeczności lokalnych i regionalnych²⁸. Chodzi tu o organizacje, związki i stowarzyszenia powoływane przez społeczności lokalne co najmniej

24 Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, Dz.U. 1997 nr 121 poz. 769.

25 Zebranie Założycielskie Związku Powiatów Polskich, które określa się jako restytucję Związku po 60 latach jego nieistnienia w okresie II wojny światowej i PRL kiedy samorząd terytorialny nie istniał, odbyło się w dniach 26 i 27 lutego 1999 r. w Nowym Sączu. 17 marca 1999 stowarzyszenie pod nazwą Związek Powiatów Polskich z siedzibą w Warszawie zostało wpisane do rejestru przez Sąd Okręgowy w Warszawie. Pierwsze zgromadzenie Ogólne ZPP, które dokonało wyboru pierwszych władz statutowych Związku, odbyło się 28 maja 1999, <URL=www.zpp.pl> [dostęp: kwiecień 2012].

26 Council of European Municipalities and Regions (CEMR) będące stowarzyszeniem zrzeszającym samorzady lokalne i regionalne Europy, zob. <URL=http://www.ccre.org/> [dostęp: wrzesień 2013].

27 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483.

28 Dz.U. z 2000 r. Nr 91, poz. 1009; Dz.U. z 2002 r. Nr 113, poz. 984.

dwoch państw zgodnie z ich prawem wewnętrznym, do których jednostki samorządu terytorialnego mogą przystępować w granicach swoich zadań i kompetencji, działając zgodnie z polskim prawem wewnętrznym, polityką zagraniczną państwa i jego międzynarodowymi zobowiązaniami. Województwa przystępują do zrzeczeń zgodnie z „Priorytetami współpracy zagranicznej województwa”, uchwalonymi w trybie określonym w przepisach o samorządzie województwa²⁹.

Podstawową zasadą jest warunek zawarty w art. 3 ustawy, zgodnie z którym przystąpienie do zrzeczenia nie może łączyć się z przekazaniem na rzecz zrzeczenia lub na rzecz któregośkolwiek ze zrzeczonych w nim członków wykonywania zadań publicznych przystępującej jednostki samorządu terytorialnego ani też nieruchomości lub majątkowych praw na dobrach niematerialnych przysługujących tej jednostce. Można to potraktować jako swego rodzaju ograniczenie, z drugiej strony przepis chroni przed niekorzystnymi konsekwencjami hipotetycznego przekazania składników mienia komunalnego. Drugim wymogiem jest warunek wynikający z art. 13 Konstytucji RP, zakazujący tworzenia organizacji odwołujących się w swoich programach do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszyzmu i komunizmu, a także tych, których program lub działalność zakłada lub dopuszcza nienawiść rasową i narodowościową, stosowanie przemocy w celu zdobycia władzy lub wpływu na politykę państwa albo przewiduje utajnienie struktur lub członkostwa. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego „niezbędną przesłanką rejestracji jest zgodność statutu z całym porządkiem prawnym obowiązującym w Polsce, w tym także z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi”³⁰.

O przystąpieniu do zrzeczenia decyduje organ stanowiący jednostki samorządu podejmując uchwałę większością głosów ustawowego składu. Wojewoda wyraża opinię w przedmiocie uchwały, co nie wynika wyłącznie z przepisów przywołanej ustawy, ale również z ustaw normujących ustrój samorządu, w szczególności z przepisów dotyczących nadzoru nad samorządem. Uchwała wchodzi w życie po uzyskaniu zgody ministra właściwego do spraw zagranicznych wyrażonej w drodze decyzji administracyjnej. Minister właściwy do spraw wewnętrznych ma obowiązek ogłaszania wykazu jednostek samorządu terytorialnego, które przystąpiły do międzynarodowych zrzeczeń społeczności lokalnych i regionalnych, bądź wystąpiły z nich³¹. Jako przykładowe zrzeczenia międzynarodowe można wskazać organiza-

29 Art. 1 i 2 wymienionej wyżej ustawy, przykładem może być Uchwała Nr XII/133/99 Sejmiku Województwa Lubelskiego z dnia 30 sierpnia 1999 r.

30 Postanowienie SN z 18 marca 1998, I PKN 4/98, OSNAP 1999, nr 5, poz. 170.

31 Zob. Obwieszczenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 15 kwietnia 2011 r. w sprawie wykazu jednostek samorządu terytorialnego, które przystąpiły do międzynarodowych zrzeczeń społeczności lokalnych i regionalnych w okresie od dnia 1 stycznia 2010 r. do dnia 31 grudnia 2010 r., oraz wykazu jednostek samorządu terytorialnego, które wystąpiły z międzynarodowych zrzeczeń społeczności lokalnych i regionalnych w okresie od dnia 1 stycznia 2010 r. do dnia 31 grudnia 2010 r., M.P. 2011 nr 33 poz. 392; Obwieszczenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 30 grudnia 2010 r. w sprawie wykazu jednostek samorządu terytorialnego, które przystąpiły do międzynarodowych zrzeczeń społeczności lokalnych i regionalnych w okresie od dnia 1 stycznia 2006 r. do dnia 31 stycznia 2009 r., wykazu jednostek samorządu terytorialnego, które współtworzyły międzynarodowe zrzeczenia społeczności lokalnych i regionalnych w okresie od dnia 1 stycznia 2006 r. do dnia 31 grudnia 2009 r., oraz wykazu jednostek samorządu terytorialnego, które wystąpiły z międzynarodowych zrzeczeń społeczności

cje międzyregionalne, których członkiem jest Województwo Dolnośląskie – są to: Zgromadzenie Regionów Europy (Assembly of European Regions AER działające w latach 1999-2003 oraz ponownie od 2007 r.); Europejska Sieć Społeczna (European Social Network ESN, zgoda Ministra Spraw Zagranicznych RP na przystąpienie do sieci wydana w maju 2009 r.), Europejskie Stowarzyszenie Rozwoju Obszarów Wiejskich i Odnowy Wsi ARGE (zgoda wydana w maju 2009 r.).

5. Euroregiony

Region określono w Europejskiej Karcie Samorządu Regionalnego jako podmiot prowadzący własną politykę i współpracę międzynarodową, włącznie z posiadaniem przedstawicielstw za granicą. W związku z powyższym regiony mogą należeć do innych instytucji europejskich, takich jak np. Komitet Regionów Unii Europejskiej, będący kolegialnym organem doradczym i opiniodawczym Wspólnot. Euroregiony, jako jednostki wydzielone na obszarze co najmniej dwóch państw, definiuje się jako najbardziej zinstytucjonalizowaną, długofalową formę współpracy mającej na celu szeroko rozumiany rozwój społeczny, gospodarczy i kulturalny oraz jako główne narzędzie integracji transgranicznej. Ich geneza sięga procesów integracyjnych mających miejsce w latach pięćdziesiątych dwudziestego wieku w Europie Zachodniej, w szczególności pogranicza niemiecko-holenderskiego (pierwsza tego typu struktura), niemiecko-francuskiego, niemiecko-szwajcarskiego. Ideę euroregionu pod względem instytucjonalnym doskonale obrazuje Euregio – pierwszy euroregion, który powstał w roku 1958 w oparciu o bliźniacze instytucje po obu stronach granicy niemiecko-holenderskiej, posiadających jednolity status, regulamin i podobne uprawnienia.

Współpraca w ramach euroregionu obejmuje w szczególności sprawy: gospodarki, infrastruktury, połączeń komunikacyjnych, spraw socjalnych i kulturalnych, turystyki i wypoczynku, ochrony środowiska i zagospodarowania przestrzennego. Podejmowanie decyzji z zasady odbywa się jak najbliżej obywateli, a środki, którymi się gospodaruje w ramach tych struktur pochodzą ze składek zrzeszonych podmiotów³². Administrowanie sprawami regionalnymi oczywiście nie jest ograniczone do euroregionu i obejmuje zadania i współpracę administracji rządowej oraz organizacji trzeciego sektora. Zostały one dostrzeżone przez Wspólnoty Europejskie i z czasem stały się narzędziami integracji między krajami. Termin euroregion (pochodzący od słów „Europa” i „region”), choć powszechnie używany, nie występuje w oficjalnych dokumentach dotyczących wymiany transgranicznej poszczególnych państw, jak również w dokumentach Unii Europejskiej³³.

Euroregiony posiadają osobowość prawną, własne organy, często również własne plany rozwoju. Zakres działania euroregionów określa się w drodze porozumień międzynarodowych (między władzami szczebla lokalnego oraz regionalnego, niekiedy z udziałem podmiotów gospodarczych i społecznych), tak, by zapewnił różnorodne możliwości rozwoju kontaktów i realizacji takich działań w sferze

lokalnych i regionalnych w okresie od dnia 1 stycznia 2006 r. do dnia 31 grudnia 2009 r., M.P. 2011 nr 3 poz. 38.

32 K. Tomaszewski, *Regiony w procesie integracji europejskiej*, Polska 2007, s. 118.

33 K. Włazlak, *Euroregion*, [w:] *Encyklopedia samorządu terytorialnego: dla każdego*, cz. 1, *Ustrój*, red. M. Stahl, B. Jaworska-Dębska, Warszawa 2010, s. 50.

rozwoju ekonomicznego, ochrony środowiska, infrastruktury publicznej, oświaty czy zagospodarowania przestrzennego. Z tego względu samorządy chętnie przystępowały do euroregionów, niestety skuteczność ich działania była i jest uzależniona od własnych wkładów finansowych, które warunkują uzyskanie wsparcia zewnętrznego, przede wszystkim z Unii Europejskiej. Samorządy nie zawsze mogły pozwolić sobie na ponoszenie tego typu kosztów, więc możliwość uzyskania zewnętrznego wsparcia finansowego często była głównym motywem przystępowania do tego rodzaju struktur³⁴.

Pierwszy euroregionem, w którym uczestniczyła Polska był Euroregion Nysa utworzony w 1991 r. na wzdłuż części granic Polski, Niemiec i Czech. Euroregion ten jest „dobrowolną wspólnotą interesów niemieckich, czeskich i polskich gmin, miast i powiatów oraz innych organizacji i instytucji samorządowych” nieposiadającą osobowości prawnej, dążącym do „wytworzenia na swoim obszarze, po obydwu stronach narodowych granic, wspólnej, pluralistycznej przestrzeni kooperacyjnej”³⁵. Członkami tej wspólnoty ze strony polskiej są gminy będące członkami Stowarzyszenia Gmin Polskich Euroregionu Nysa. Organami Wspólnoty są: Rada, Prezydium, Wspólny Sekretariat, Euroregionalne Komisje, Euroregionalne Grupy Ekspertów a w celu rozwiązywania problemów fora: Euroregionalny Konwent i Forum Bezpieczeństwa³⁶. Pozostałe euroregiony, których członkami są polskie jednostki samorządu terytorialnego to: Euroregion Karpacki (od 1993, Polska, Niemcy), Euroregion Sprewa-Nysa-Bóbr (1993, Polska, Niemcy), Euroregion Pro Europa Viadrina (1993, Polska, Niemcy), Euroregion Tatry (1994, Polska, Słowacja), Euroregion Bug (1995, Polska, Ukraina, Białoruś), Euroregion Pomerania (1995, Polska, Niemcy, Szwecja), Euroregion Glacensis (1996, Polska, Czechy), Euroregion Niemen (1997, Polska, Litwa, Białoruś), Euroregion Pradziad (1997, Polska i Czechy), Euroregion Bałtyk (1998, Polska, Rosja, Litwa, Szwecja, Dania), Euroregion Śląsk Cieszyński (1998, Polska, Czechy), Euroregion Silesia (1998, Polska, Czechy), Euroregion Beskidy (2000, Polska, Czechy, Słowacja), Euroregion Puszcza Białowieska (2002, Polska, Białoruś). Wymienione wyżej daty zawiazania euroregionów potwierdzają, że ten rodzaj współpracy w Europie Środkowej i Wschodniej jest możliwy dzięki przemianom ustrojowym lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych. Poszczególne euroregiony i ich działanie różni się, co nie zaprzecza idei euroregionu jako oddolnej inicjatywy regionalnej stymulującej rozwój sąsiadujących partnerów, współpracujących na zasadzie dobrowolności.

34 B. Kawalko, *Granica wschodnia jako czynnik ożywienia i rozwoju społeczno-ekonomicznego regionów przygranicznych. Synteza*, Ekspertyza przygotowana na potrzeby na potrzeby Strategii rozwoju społeczno-gospodarczego Polski Wschodniej do roku 2020 (Dokument przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 30 grudnia 2008, załącznik do uchwały Rady Ministrów nr 278-08, s. 639, <URL=http://www.mrr.gov.pl/rozwoj_regionalny/poziom_regionalny/strategia_rozwoju_polski_wschodniej_do_2020/dokumenty/Documents/b3fd8a3c919b4f59a5d7b1be771706a7Kawako.pdf> [dostęp: wrzesień 2013].

35 § 2 umowy ramowej podpisanej w Lembergu 5 maja 2004 r., <URL=<http://www.euroregion-nysa.pl/images/stories/bip/porozumram.pdf>> [dostęp: kwiecień 2012].

36 § 2 umowy ramowej.

6. Europejskie Ugrupowanie Współpracy Terytorialnej

Stosunkowo nową formą instytucjonalnej współpracy jednostek samorządu terytorialnego jest Europejskie Ugrupowanie Współpracy Terytorialnej (ang. European Grouping of Territorial Cooperation – EGTC) wprowadzone rozporządzeniem (WE) nr 1082/2006³⁷, wdrożonym do polskiego porządku prawnego ustawą z 7 listopada 2008 r. o europejskim ugrupowaniu współpracy terytorialnej, która weszła w życie z dniem 9 stycznia 2009 r.³⁸. Europejskie Ugrupowanie Współpracy Terytorialnej umożliwia tworzenie sformalizowanych grup współpracy przez państwa członkowskie, samorządy regionalne, samorządy lokalne oraz inne podmioty publiczne z państw członkowskich (np. uniwersytety czy instytucje kultury) a także stowarzyszenia składające się z podmiotów należących do jednej lub kilku z wymienionych kategorii. Członkami ugrupowania mogą być podmioty prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE z 31 marca 2004 r.³⁹ – art.1 ust. 9 akapit 2 stanowi, że *podmiot prawa publicznego* oznacza każdy podmiot ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego; posiadający osobowość prawną oraz finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego. Z załącznika nr III do dyrektywy wynika, że do kategorii podmiotów publicznych można również zaliczyć uniwersytety i szkoły wyższe, państwowe i samorządowe instytucje kultury, publiczne muzea, placówki naukowe oraz inne podobne organizacje.

O przystąpieniu do ugrupowania decyduje – w zależności od jego szczebla – Rada Ministrów albo jednostki samorządu terytorialnego. Celem ugrupowania jest ułatwianie i upowszechnianie współpracy transgranicznej, transnarodowej i międzyregionalnej (w skrócie: terytorialnej) państw członkowskich, mające prowadzić do osiągnięcia długoterminowych i strategicznych celów spójności społecznej i gospodarczej, o których mowa w art. 159 akapit 3 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (WE)⁴⁰. Ugrupowanie mające siedzibę w Polsce nabywa osobowość prawną z dniem wpisania go do Rejestru Europejskich Ugrupowań Współpracy Terytorialnej prowadzonego przez ministra właściwego do spraw zagranicznych. Zgłoszenia ugrupowania dokonuje osoba upoważniona przez członków ugrupowania. Do zgłoszenia dołącza się: konwencję i statut ugrupowania; uchwały albo decyzje członków ugrupowania o przyjęciu statutu; upoważnienia do dokonywania czynności związanych z wpisaniem ugrupowania do rejestru; zgody na przystąpienie

37 Rozporządzenie (WE) nr 1082/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 5-07-2006 w sprawie europejskiego ugrupowania współpracy terytorialnej (EUWT), Dz. Urz. UE L 2006.210.10.

38 Dz.U. 2008 nr 218 poz. 1390.

39 Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, str. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, str. 132, z późn. zm.).

40 Dziennik Urzędowy UE C 340 z 10 listopada 1997.

każdego z członków⁴¹. Konwencja i statut ugrupowania oraz ich zmiany podlegają ogłoszeniu w Monitorze Sądowym i Gospodarczym. Ogłoszenia dokonuje minister właściwy do spraw zagranicznych⁴². Ugrupowanie prowadzi rachunkowość na zasadach określonych w ustawie z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości⁴³. Jednostki samorządu terytorialnego, państwowe osoby prawne oraz samorządowe osoby prawne nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania ugrupowania, którego są członkiem; podobnie Skarb Państwa nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania ugrupowania, którego członkiem jest Rzeczpospolita Polska. Ugrupowania nadzoruje minister właściwy do spraw zagranicznych⁴⁴.

Europejskie Ugrupowania Współpracy Terytorialnej, jako podmioty prawa publicznego, posiadają osobowość prawną oraz zdolność do czynności prawnych w rozumieniu poszczególnych systemów prawa krajowego. Status prawny ugrupowań mających siedzibę w Polsce jest zbliżony do statusu stowarzyszeń⁴⁵. Każde ugrupowanie jest przedmiotem zawartej jednogłośnie osobnej Konwencji, która określa: nazwę EUWT i adres jego siedziby; zasięg terytorialny; cel, zadania, czas obowiązywania, warunki rozwiązania; listę jego członków, stosowane prawo regulujące interpretację i stosowanie konwencji (jest nim prawo państwa członkowskiego, w którym znajduje się siedziba statutowa EUWT); warunki wzajemnej uznawalności w zakresie kontroli, w tym finansowej; procedury wprowadzania zmian do Konwencji. Na jej podstawie uchwalany jest statut zawierający oprócz postanowień Konwencji m.in. zasady funkcjonowania organów EUWT i ich kompetencje, liczbę przedstawicieli członków w organach, procedury decyzyjne, zasady funkcjonowania i zarządzania personelem, uzgodnienia dotyczące odpowiedzialności finansowej członków.

Ugrupowanie posiada Zgromadzenie złożone z przedstawicieli członków EUWT oraz Dyrektora reprezentującego i działającego w jego imieniu. Budżet ustalany jest na rok przez Zgromadzenie. Statut (wraz z poprawkami) podlega publikacji zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zarejestrowano EUWT, natomiast w Dzienniku Urzędowym UE publikuje się podstawowe informacje o powstaniu ugrupowania (data powstania, nazwa, cele, lista członków).

Ugrupowania mogą nabywać i zbywać ruchomości i nieruchomości, przysługuje im możliwość zatrudniania pracowników i występowania jako strona w postępowaniu sądowym. Są one odpowiedzialne za zinstytucjonalizowaną współpracę a wykonując zadania powierzone mu przez członków, mają stanowić instrument wielopłaszczyznowego rozwoju sfery publicznej obszarów rozdzielonych granicą państwową. Wyróżnia się cztery typy zadań, możliwych do realizacji przez EUWT: realizacja programów w ramach Europejskiej Współpracy Terytorialnej (EWT) – EUWT jako Instytucja Zarządzająca i/lub Wspólny Sekretariat Techniczny dla programów EWT); realizacja projektów EWT współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych, czego przykładem są projekty transgraniczne, transnarodowe i międzyregionalne; podejmowanie innych form współpracy terytorialnej nie

41 Art. 7-9 ustawy o europejskim ugrupowaniu współpracy terytorialnej.

42 Od 01.01.2013, do tego czasu ogłoszenia są publikowane w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski B”.

43 Dz. U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694, z późn. zm.

44 Art. 18-20 ustawy o europejskim ugrupowaniu współpracy terytorialnej.

45 Art. 3, art. 8 ust. 2.

finansowanych przez WE; realizacja innych przedsięwzięć finansowanych przez WE dotyczących współpracy terytorialnej⁴⁶. Współpracujące podmioty podejmować wyłącznie działania należące do zadań i kompetencji wyznaczonych im przez prawo krajowe. Obecnie w Europie funkcjonuje 21 ugrupowań, w większości tworzonych przez podmioty z dwóch krajów. Pierwsze ugrupowanie zostało zawiązane pod koniec stycznia 2008 r. pod nazwą *Eurometropolia Lille-Kortrijk-Tournai*. W jego skład wchodzi 14 instytucji partnerskich pochodzących z francuskiego departamentu Nord oraz belgijskich regionów West-Vlaanderen i Hainaut.

Podsumowanie

Coraz bardziej intensywny rozwój różnorodnych form współdziałania pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego z różnych krajów jest charakterystyczną cechą ewolucji ustroju terytorialnego w europejskich państwach demokratycznych od przełomu XIX i XX w. Współpraca nasiliła się w szczególności w II wojnie światowej wraz z rozwojem struktur zjednoczonej Europy. Obecnie obserwowane procesy decentralizacyjne i globalizacyjne umożliwiają samorządom stosowanie nowych form prawnych współpracy, w tym w szczególności współpracy transgranicznej. Można je określić jako narzędzia umożliwiające i ułatwiające współpracę, a jednocześnie jako mechanizmy, które zmuszają do podejmowania wspólnych działań, w szczególności w warunkach sąsiedztwa. Wymaga tego, polityka regionalna Wspólnoty Europejskiej, której głównym założeniem jest łagodzenie dysproporcji pomiędzy regionami i wyrównywanie szans poszczególnych jednostek terytorialnych poprzez alokację środków unijnych stanowiących finansowy stymulator rozwoju. Powodzenie wykorzystania współczesnych form współpracy oraz wynikający z nich szeroko pojęty rozwój (ekonomiczny, społeczny, kulturowy) zależy nie tylko od ram prawnych, ale również od świadomości lokalnych decydentów oraz aktywności poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego.

46 Zob. szerzej: <URL=<http://www.interreg.gov.pl/20072013/EUWT/>> [dostęp: wrzesień 2013].



**ARTYKUŁ
RECENZYJNY**

Prawo i polityka w przestrzeni kosmicznej. Najnowsze wyzwania i tendencje

(recenzja książki Leonarda Łukaszuka „Współpraca i rywalizacja w przestrzeni kosmicznej. Prawo – polityka – gospodarka”*)

Marcin Kałduński

*doktor nauk prawnych,
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu*

Polski wybitny prawnik międzynarodowy, Manfred Lachs, jako jedna z pierwszych osób zainteresowała się naukowo prawem kosmicznym i opublikowała monografię poświęconą temu tematowi¹. Mimo to polska doktryna nie traktuje tego prawa jako jednego z głównych przedmiotów badań. W związku z tym w kraju ukazuje się niewiele publikacji poświęconych międzynarodowemu prawu kosmicznemu (zob. bibliografia recenzowanej pracy). Książka autorstwa Leonarda Łukaszuka próbuje zatem niejako uzupełnić tę lukę w polskiej doktrynie. W związku z tym sam fakt ukazania się pracy poświęconej przestrzeni kosmicznej, w tym prawu kosmicznemu, należy docenić i bliżej przyjrzeć się najnowszej publikacji monograficznej. W tym kontekście można nieco żałować, że część poświęcona prawu liczy nieco ponad sto stron. Rekomenduje to jednak bogata w treść i interesująca lektura dalszych części pracy,

1 M. Lachs, *The Law of Outer Space. An Experience in Contemporary Law-Making*, Leiden 1972.

* Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 2012, 530 stron.

które rozszerzają perspektywę postrzegania najnowszych zagadnień i dylematów przestrzeni kosmicznej.

Recenzowana pozycja jest usystematyzowana w trzech przejrzystych częściach odpowiadających podtytułowi monografii. Zgodnie z tym część pierwsza zajmuje się prawem kosmicznym. Autor w szczególności omówił kształtowanie się tego prawa i rolę, jaką odgrywają Narody Zjednoczone w rozwoju międzynarodowego prawa kosmicznego. L. Łukaszuk nie ograniczył się przy tym do prawa powszechnego, ponieważ osobny podrozdział został poświęcony ewolucji europejskiego prawa kosmicznego. Następna część monografii zajmuje się zagadnieniami polityki państw i organizacji międzynarodowych w odniesieniu do przestrzeni kosmicznej, podczas gdy w ostatniej części Autor skupił się na gospodarce i zarządzaniu działalnością w przestrzeni kosmicznej. Całość pracy uzupełnia aneks, w którym zawarto umowę w sprawie Międzynarodowej Organizacji Telekomunikacyjnej „INTELSAT” z 1971 r., umowę o międzynarodowej stacji kosmicznej z 1998 r. oraz trzy porozumienia zawarte przez Polskę z Europejską Agencją Kosmiczną.

Jak się wydaje, celem pracy było przybliżenie polskiemu Czytelnikowi wybranych dziedzin i aspektów współpracy i rywalizacji międzynarodowej w przestrzeni kosmicznej. Autor podkreśla brak kompetentnych publikacji w tym temacie oraz konieczność wyjścia naprzeciw coraz większego zainteresowania się omawianą problematyką (s. 12). Należy przy tym podkreślić, że monografia L. Łukaszuka jest pracą interdyscyplinarną, dyskutującą nie tylko aspekt prawny współpracy w zakresie badania i wykorzystania przestrzeni kosmicznej, ale także omawiającą problemy polityczne i gospodarcze.

Wprowadzenie do monografii przypomina zasadnicze dane i prawa fizyki dotyczące Ziemi i przestrzeni kosmicznej. Mimo iż jest to wiedza podstawowa, to ten fragment monografii ma duże znaczenie, chociażby z tego względu, że przedstawienie podstawowych informacji uświadamia Czytelnikowi, z jaką dziedziną będzie miał do czynienia w czasie lektury książki L. Łukaszuka. Uwagi poczynione w tej części pracy wskazują również na wielki potencjał przestrzeni kosmicznej, której szersza eksploracja przez człowieka pozostaje tylko kwestią czasu. Co więcej, sygnalizowane przez Autora zagadnienia ukazują specyfikę i złożoność przedmiotu badań. We wprowadzeniu znajdziemy również bardzo interesujące dane na temat działalności człowieka w kosmosie oraz zaangażowania państw i organizacji międzynarodowych w eksplorację kosmosu, w tym państw europejskich oraz Europejskiej Agencji Kosmicznej.

Jedną z zalet pracy jest trafne podkreślenie przez Autora, że obecne prawo kosmiczne nie nadąża za rozwojem techniki i zdolności człowieka (s. 30). Ten argument jest zresztą często powoływany na przestrzeni całej recenzowanej pracy. I tak w dalszej części książki Autor nawiązuje do swoich wcześniejszych uwag i potwierdza, że międzynarodowe prawo kosmiczne ma charakter statyczny (zob. s. 131). Jest to niestety poważny problem tego prawa i nic nie wskazuje na to, by w najbliższej przyszłości stan ten uległ zmianie. Eksploatacja kosmosu posuwa się szybko naprzód, a regulacja międzynarodowa stoi zasadniczo w tym samym miejscu. Stąd wiele zagadnień – takich jak na przykład rakiety wynoszące obiekty w przestrzeń kosmiczną zamierzające badać dalekie cele eksploracji – zawierają „archaiczne czarne

dziury²². W związku z tym L. Łukaszuk podkreśla postulaty pojawiające się na forach organizacji międzynarodowych systemu Narodów Zjednoczonych, a wspierane przez doktrynę przedmiotu, które posiadają duże znaczenie w zakresie eksploatacji przestrzeni kosmicznej. Dążą one do realizacji następujących celów:

- przyjęcia odpowiedniego reżimu prawnego regulującego szerzej działalność ludzi w przestrzeni kosmicznej, a nie tylko astronautów;
- podjęcia wielostronnych regulacji prawnych w celu ochrony środowiska;
- przyjęcia zasad prawnych regulowania sporów międzynarodowych w związku z coraz szerszym udziałem komercyjnym przedsiębiorstw prywatnych w działalności kosmicznej;
- przyjęcia regulacji dotyczącej ubezpieczeń związanych z działalnością w przestrzeni kosmicznej.

Wszystkie te aspekty Autor omawia na łamach monografii w poszczególnych jej fragmentach dotyczących zagadnień prawnych, politycznych i gospodarczych.

Na uwagę zasługuje część pracy poświęcona europejskiemu prawu kosmicznemu (s. 111-133). Autor właściwie zakłada, że prawo to pozostaje w ścisłym związku z międzynarodowym prawem kosmicznym. Z uwagi Autora można wyprowadzić wniosek, że prawo Unii Europejskiej, w tym orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, wpisuje się w szerszy proces ewolucji prawa kosmicznego. W ramach tej części pracy Autor sygnalizuje coraz częstsze uwzględnianie w różnych relacjach prawnych wymogu odpowiedniej i skutecznej ochrony praw własności intelektualnej (zob. również s. 403-430). Rozszerzenie powyższych rozważań z pewnością wzbogaciłoby pracę czyniąc ją bardziej atrakcyjną.

Druga część poświęcona polityce kosmicznej zawiera wiele interesujących uwag, które uzupełniają niejako fragment książki poświęconej prawu i samoczynnie wskazują, że analiza zagadnień związanych z przestrzenią kosmiczną, jak i samego międzynarodowego prawa kosmicznego, jest bardzo trudna, jeżeli z tej analizy odejmiemy aspekt polityczny. Stąd konieczne jest kompleksowe prowadzenie badań nad przestrzenią kosmiczną, które nie powinny dotyczyć wyłącznie czy to aspektu prawnego, czy politycznego. Wydaje się, że takie było też zamierzenie Autora, który w swej pracy nie ogranicza się tylko do prawa, lecz omawia także politykę i gospodarkę w przestrzeni kosmicznej.

Prowadząc rozważania w zakresie polityki kosmicznej, jedną z pierwszych uwag Autora, którą należy podkreślić w recenzji, jest słuszne wskazanie na cele, jakie przyświecają państwom w eksploatacji przestrzeni kosmicznej. Programy kosmiczne służą podnoszeniu prestiżu i znaczenia państwa w stosunkach międzynarodowych, rozwojowi handlu i przemysłu, czy zapewnieniu wzrostu poziomu życia obywateli, rozwoju nauki i techniki oraz zapewnieniu bezpieczeństwa (s. 138). Przykładem tego może być program kosmiczny Federacji Rosyjskiej, która dąży do potwierdzenia swojego statusu państwa dysponującego wysoko rozwiniętymi technologiami (s. 149). Na uwagę zasługuje również prezentacja prac nad eksploracją przestrzeni kosmicznej przez poszczególne państwa, w tym przez państwa Starego Kontynentu

2 A. Bueckling, *Archaische "Schwarze Löcher" im Weltraumrecht*, [w:] *Międzynarodowe prawo kosmiczne – miscellanea: księga pamiątkowa ofiarowana Prof. dr hab. Andrzejowi Górbielowi w 65-lecie urodzin*, red. E. J. Pałyga, Warszawa-Koszalin 1995, s. 25-27.

(s. 151-159, 227-273), przy czym Autor zasadnie przeznaczają najwięcej miejsca dla Stanów Zjednoczonych, które obecnie przewodzą w eksploracji przestrzeni kosmicznej (165-186). Warto podkreślić, że Autor omówił również udział Polski w strukturach europejskich (s. 272-273). Polska jest członkiem Europejskiej Agencji Kosmicznej. Umowa akcesyjna Polski do ESA została podpisana 31 lipca 2012 r. Wcześniej Polska współpracowała z Agencją na mocy Planu dla Europejskich Państw Współpracujących (PECS) podpisanego w 2007 r. Autor trafnie podkreśla, że dzięki zawarciu umowy akcesyjnej Polska otrzymuje realną szansę znalezienie się w kręgu państw europejskich prowadzących eksploatację przestrzeni kosmicznej.

Nie deprecjonując rozważań Autora poświęconych prawu i polityce, należy stwierdzić, że najbardziej interesująca jest trzecia część książki dotycząca gospodarki i zarządzania działalnością w przestrzeni kosmicznej. Autor w tej części pracy opiera się na działalności OECD w celu wyciągnięcia własnych, oryginalnych wniosków. W tym zakresie na uwagę zasługuje podrozdział poświęcony komercjalizacji przemysłu kosmicznego, w której najistotniejszym sektorem jest przemysł satelitów telekomunikacyjnych (s. 301-328). Autor rzeczowo omawia kontrakty zawierane przez agendy rządowe z podmiotami prywatnymi. Interesujące jest również krótkie omówienie orzecznictwa sądów USA w sporach z zakresu wykorzystania przestrzeni kosmicznej, w tym sporach, w których osoby fizyczne rościły sobie prawo własności do ciał niebieskich (wbrew art. II Układu o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi z 1967 r., s. 321-326). Tak samo warte uwagi są fragmenty książki poświęcone turystyce kosmicznej oraz inne podrozdziały tej części pracy dotyczące rynku satelitarnej obserwacji Ziemi i zarządzania przemysłem, gospodarką, środowiskiem i zasobami naturalnymi oraz budownictwem (s. 326-384). Na podkreślenie zasługują również rozważania poświęcone lotom i naziemnym stacjom kosmicznym oraz działalności gospodarczej i naukowej w przestrzeni kosmicznej w kontekście ochrony własności intelektualnej (s. 384-403).

Powyższe uwagi wskazują na bogactwo treści recenzowanej pracy. Mimo to można zastanowić się nad tym, czy nie należałoby wzbogacić książki o inne aspekty dotyczące eksploatacji przestrzeni kosmicznej poza tymi, które są zawarte w monografii L. Łukaszuca. Polityka państw staje się coraz szerzej związana z przestrzenią kosmiczną. Autor słusznie zauważa już na początku książki, że współpraca i rywalizacja w przestrzeni kosmicznej odbywa się w trzech płaszczyznach: prawnej, politycznej i gospodarczej (s. 11). Można do tego również dodać płaszczyznę militarną, gdyż państwa, na co zresztą wskazuje sam Autor, są szczególnie zainteresowane wojskowym wykorzystaniem przestrzeni kosmicznej. Stąd w pracy brakuje odrębnej części poświęconej zagadnieniom bezpieczeństwa i sprawom wojskowym. Uwag Autora w tym zakresie jest niewiele, a są one porzucane na przestrzeni całej pracy (np. s. 144-146, 155, 175, 183, 283). Należy stwierdzić, że zamieszczenie w książce osobnego wątku poświęconego powyższym zagadnieniom niewątpliwie wzbogaciłoby recenzowaną pracę, uzupełniając jej treść, a tym samym zbliżyłoby ją do kompletnego omówienia najnowszych zagadnień związanych z eksploatacją przestrzeni kosmicznej.

Ostatnia uwaga nie wpływa niemniej na pozytywną ocenę recenzowanej pracy. Godnym zauważenia jest również bibliografia obfitująca w pozycje literatury anglosaskiej, francuskiej, hiszpańskiej, niemieckiej, polskiej i rosyjskiej. Monografia

stanowi poważny wkład do badań nad eksploatacją przestrzeni kosmicznej, w tym polityką kosmiczną oraz gospodarką i zarządzaniem działalnością kosmiczną. Warto podkreślić, że w monografii znajduje się wiele uwag technicznych i naukowych dotyczących eksploatacji przestrzeni kosmicznej, które wzbogacają wiedzę ogólną Czytelnika. Te wszystkie powyższe uwagi wpływają korzystnie na ocenę jakości i wartości naukowej recenzowanej pracy. Czytelnik otrzymał bowiem książkę niezwykle ciekawą i dobrze opracowaną. W ten sposób książka wpisuje się w podstawowy kanon współczesnych lektur dotyczących wykorzystania przestrzeni kosmicznej.



AUTORZY

Noty o autorach

Dobrochna Bach-Golecka – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Stypendystka Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej (2004, 2005), laureatka nagrody „Zostańcie z nami” tygodnika „Polityka” (2006). Odbiła staże badawcze na Uniwersytecie w Oxfordzie i Cambridge oraz w Instytucie Nauk o Człowieku w Wiedniu. Członek listy londyńskiej Grupy Polskiej Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego (ILA). Jej aktualne zainteresowania badawcze dotyczą aspektów prawa do ochrony zdrowia, europejskiego prawa administracyjnego oraz ochrony praw jednostki. Autorka publikacji z zakresu prawa europejskiego, międzynarodowego, administracyjnego oraz filozofii, etyki i teologii.

Adam Czarnota – profesor prawa Uniwersytetu w Białymstoku i na Wydziale Prawa Uniwersytetu Nowej Południowej Walii w Sydney (Australia), dyrektor naukowy Międzynarodowego Instytutu Socjologii Prawa, *visiting professor* Uniwersytetu Kraju Basków w San Sebastian oraz w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; jeden z dyrektorów Network for the Interdisciplinary Studies on Law. Członek wielu towarzystw naukowych, m. in.: International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Australian Society for Legal Philosophy, International Sociological Association. Zastępca redaktora naczelnego czasopisma „Prawo i Więź”.

Stanisław Czepita – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Szczecińskiego, kierownik Katedry Teorii i Filozofii Prawa, Wydziału Prawa i Administracji US. Autor monografii: *Koncepcje teoretyczno-prawne Czesława Znamierowski* (nagroda MNiSW w 1988 r.) oraz *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawnoznawstwa* (nagroda im. Leona Petrażyckiego I Wydziału PAN w 1998 r.) oraz wielu rozpraw i artykułów opublikowanych w Polsce i za granicą.

Marcin Kałduński – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Autor prac z zakresu prawa międzynarodowego, a w szczególności z zakresu międzynarodowego prawa gospodarczego. Swoje badania prowadził w Cambridge, Hadze i Genewie.

Łukasz Mirocha – doktorant w Katedrze Teorii Prawa i Państwa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, aplikant adwokacki przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Toruniu. Jego zainteresowania badawcze koncentrują się wokół liberalnych i komunitarystycznych interpretacji wolności religijnej.

Barbara Surdykowska – absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Pracuje w Biurze Ekspertckim Komisji Krajowej NSZZ „Solidarność”, gdzie zajmuje się m.in. doradzaniem w rokowaniach i sporach zbiorowych prowadzonych w firmach polskich oraz filiach korporacji ponadnarodowych. Jej zainteresowania badawcze to: europeizacja stosunków przemysłowych i jej wpływ na praktykę dialogu w Polsce.

Wojciech Wytrązek – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Administracyjnego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II. Autor monografii i artykułów z pogranicza prawa administracyjnego, nauki administracji oraz teorii organizacji i zarządzania.

Kamil Zeidler – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor nadzwyczajny w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Dwukrotny stypendysta Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego na pracę naukowo-badawczą w zakresie ochrony dóbr kultury (2003, 2007). Członek stowarzyszeń naukowych: Sekcji Polskiej IVR, Grupy Polskiej ILA Polskiego Komitetu Narodowego ICOMOS oraz Polskiego Komitetu Narodowego ICOM. Autor przeszło trzystu publikacji z zakresu teorii i filozofii prawa, prawa międzynarodowego oraz prawa ochrony dziedzictwa kultury.