

Nr 3



cena  
40 zł  
(w tym 5% VAT)

# PRAWO i WIĘZ

## LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY ROK II NUMER 1 (3) WIOSNA 2013 ROK

ISSN 1506-7513  
ISSN 2299-405X



SPÓDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

[www.prawoiwiedz.edu.pl](http://www.prawoiwiedz.edu.pl) • [www.sin.edu.pl](http://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 II NUMER 1 (3) WIOSNA 2013

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 **Kazimierz Ujazdowski** (UŁ)  
ks. prof. **Krzysztof Warchałowski**  
(UKSW)  
prof. **Krzysztof Wojtyczek** (UJ)  
dr hab. **Piotr Zakrzewski** (KUL)

### International Board:

prof. **Adam Czarnota** (Australia) –  
przewodniczący  
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. **Krzysztof Pawłowicz** - z-ca redaktora  
naczelnego  
prof. **Adam Jedliński** - z-ca redaktora  
naczelnego  
**Agata Miętek** - 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 200 egz.

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

Okładka: Wawrzyniec de La Hire, *Pocątunek*  
*Pokoju i Sprawiedliwości*  
Źródło: Web Gallery of Art, Węgry ([www.wga.hu](http://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](http://www.sin.edu.pl); [redakcja\\_piw@skok.pl](mailto: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.prawoiwiesz.edu.pl](http://www.prawoiwiesz.edu.pl)  
e-mail: [prawoiwiesz@gmail.com](mailto:prawoiwiesz@gmail.com)

Okładka: Wawrzyniec de La Hire, *Pocałunek  
Pokoju i Sprawiedliwości* (z 1654 roku).

Źródło: Web Gallery of Art, Węgry  
([www.wga.hu](http://www.wga.hu))

Wawrzyniec (Laurent) de La Hire (Hyre) –  
malarz francuski okresu baroku, żyjący  
w latach 1606–1656; twórca wielu portretów  
i obrazów historycznych oraz kilku  
romantycznych pejzaży



## Spis treści

### ARTYKUŁY

- Tadeusz Jasudowicz*  
Czas a prawa człowieka. Garść refleksji ..... 7
- Oktawian Nawrot*  
W obronie godności embrionu – o podstawowej zasadzie Europejskiej  
Konwencji Bioetycznej ..... 25
- Joanna Helios, Wioletta Jedlecka*  
Private Law as the Factor in Culture Integration of UE Member States ..... 39
- Marta Szuniewicz*  
Etyczne aspekty polityki imigracyjnej Unii Europejskiej ..... 49
- Marcin Romanowski*  
Recepcja formuły Radbrucha w orzecznictwie sądów pierwszych instancji  
republiki bońskiej..... 69
- Piotr Zakrzewski*  
Pojęcie i przedmiot działalności spółdzielczej kasy oszczędnościowo-  
kredytowej w świetle Ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych  
kasach oszczędnościowo-kredytowych..... 86

### AUTORZY

- O autorach numeru..... 103





# ARTYKUŁY



# Czas a prawa człowieka. Garść refleksji

---

## Time and Human Rights. A Few Reflections

*The Author opposes the appropriateness of beginning the history of human rights and their protection from the adoption of the UN Charter or from the epoch of Enlightenment. In his opinion, human rights have been slowly, gradually developing from the most ancient times of development of societal human existence. Some changeable, transitional elements are present in their content, however, they do not yet forejudge their essence. The necessary foundation of human rights and their hard core continues et constitutes as may be said specific ius necessarium. This foundation must continue since it is indispensable for the human being yesterday, to-day and to-morrow endowment and necessary guarantee. There is a need for the care about its preservation against various fashions and courts and for the transmitting it to the future generations of Mankind.*

---

### Tadeusz Jasudowicz

*profesor doktor habilitowany nauk prawnych  
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu  
oraz Uniwersytet Warmińsko-Mazurski  
w Olsztynie*

**P**od nagłówkiem „Czas a prawa człowieka” można by pomieścić całe bogactwo spostrzeżeń: od makrowymiaru temporalnego uwikłania praw człowieka w ogóle, poprzez dylematy korzystania z praw człowieka przez konkretną jednostkę na jej drodze życia od poczęcia do śmierci aż do mikrowymiaru konkretnych terminów, kryteriów czy wskaźników, które z upływem czasu kojarzą skutki w sferze kreacji prawa, bądź przeciwnie, niweczenia tytułów prawnych. Tu zacznę od wspomnianego makrowymiaru.

„Tempora mutantur et nos mutamur in illis” – to motto *Metamorphosae* Owidiusza zda się otwierać właśnie na makrowymiar praw człowieka, skoro mówi na początku dzieła o owym „aurea aetas”, który m.in. „sine lege fidem



rectumque colebat”. Gdy czytam twórców ze starożytnej Grecji i Rzymu, gdy sięgam po utwory z epoki głębokiego Średniowiecza, zwłaszcza gdy się zagłębiam w nauczanie Pawła Włodkowica, gdy słyszę Staszicowe „Czy biały, czy czarny, niewolnik, czy pod łańcuchami jęczy człowiek jest i niczym się od nas nie różni”, czuję bliskość ich i ich myśli, czuje się jakby częścią wielkiego ludzkiego *Continuum*.

Z niechęcią podchodzę do koncepcji praw człowieka jako kategorii świeżo-historycznej, która kształtuje się dopiero na ostatnim etapie dziejów Człowieka i Ludzkości i która, rzecz by można, zakłada normy o „zmiennej treści”. Odrzucam „przenaukowione” podejście do praw człowieka, owocujące tezą o ich narodzinach i rozwoju dopiero po II wojnie światowej, po zakodowaniu ogólnego obowiązku ich poszanowania w Karcie Narodów Zjednoczonych<sup>11</sup> i powierzeniu głównym organom ONZ troski o promowanie, zapewnianie i przestrzeganie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>2</sup>. Z równą niechęcią odbieram bodaj dominujący, bodaj najbardziej utarty w „światłym umyśle” (tak światłych, że wszystko inne staje się dla nich „Ciemnogrodem”, do którego również mam zaszczyt się zaliczyć) nurt myśli kojarzący narodziny praw człowieka z epoką Oświecenia i Rewolucją Francuską, a to w związku z upowszechnieniem wtedy praw człowieka, jako koncepcji dotyczącej wszystkich obywateli (w istocie ta powszechność i równość wtedy się załamywała), a i z przewyżnieniem stanowego postrzegania społeczeństwa jako hierarchicznie podzielonego.

Osobiście chcę przyłączyć do nurtu myśli, który wiąże prawa człowieka z żywo odczuwanymi przez człowieka każdego i jakiegokolwiek człowieka, gdziekolwiek i kiedykolwiek potrzebami i interesami oraz z walką o ich urzeczywistnienie, poprzez nieprzyjemne czasy i równie nieprzyjemne środowiska społeczne i układy władzy, pojmując je jako kojarzące się z jego przyrodzona naturą, a mające w sobie zarówno elementy stałe i trwałe, rzecz by można, ponadczasowe i stabilne, jak też uzupełniające, przejściowe, zmienne, związane li tylko z danym czasem czy też z danymi, ale nie wszystkimi czasami. Można by powiedzieć, że pasowałoby takie założenie do sposobu widzenia Owidiusza, bo chociaż się „zmieniamy”(„mutamur”) to jednak pozostajemy „nos” („my”), zasadniczą tożsamość naszą zachowujemy.

W tak postrzeganym dziejowym gmachu praw człowieka znajdziemy fundamenty i ściany nośne jako elementy trwałe i konieczne całości konstrukcji, które

- 1 Karta NZ; po pierwsze w preambule swojej (ust.2) wyraża „przywrócenie wiary w podstawowe prawa człowieka, w godność i wartość osoby ludzkiej, w równouprawnienie mężczyzn i kobiet”, kreśląc jakby fundamenty koncepcji praw człowieka; po drugie w art.1 ust.3 formułuje jeden z głównych celów ONZ w postaci „powszechnego poszanowania i przestrzegania praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich” (co doznaje potwierdzenia i umocowania w dalszych postanowieniach merytorycznych Karty – por. art. 55, zwł. lit. /c/, w zw. z zobowiązaniem płynącym z art.56, a co powiązać można i trzeba z hierarchizacją norm prawa międzynarodowego mocą art.103 Karty /hierarchia w stosowaniu prawa na wypadek kolizji norm/ i jej art.52 ust.1 /hierarchia obowiązywania, z wyniesieniem do rangi *lex superior* właśnie Celów i Zasad” Karty NZ, w tym – oczywiście także jej w/w celu prawnoczwolniczego/.
- 2 Znajduje to wyraz w nakreśleniu kompetencji organów ONZ w dziedzinie dbałości o poszanowanie i przestrzeganie „praw człowieka (por. art.13 ust.1 co do kompetencji Zgromadzenia Ogólnego, art.62 ust.2 co do kompetencji ECOSOC oraz art.76 ust.2 co do kompetencji Rady Powierniczej ONZ). Bez wpisania *expressis verbis* w literę Karty NZ, także inne organy ONZ poczuwają się do tej powinności, Sekretarza Generalnego, Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Rady Bezpieczeństwa nie wykluczając.

– oby! – postrzegane były jako święte i niewzruszalne, stanowiące prawdziwe podwaliny stabilności konstrukcji prawnoczułowieczej<sup>3</sup>. Ich charakter i zasięg wcale nie musi zbiegać się i rzeczywiście się nie zbiega z katalogiem praw niederogowanych we współczesnym prawie międzynarodowym praw człowieka, niewzruszenie obowiązujących i bezwzględnie wymagalnych zarówno w czasie pokoju, jak i w podczas wojny, zarówno w okolicznościach „błogostanu” i „świętego spokoju”, jak i w stanach nadzwyczajnych praw kojarzonych z pojęciem „hard core”<sup>4</sup> czy zgoła „ius cogens”<sup>5</sup> w zbiorze praw międzynarodowo chronionych.

Moim zdaniem owe trwałe elementy konstrukcji praw człowieka wyraziście wykraczają poza zakres i zasięg katalogu praw niederogowanych, aczkolwiek co najmniej z nim mają być kojarzone (jeśli nie dałoby się szerzej). Taka zaś supozycja rzeczywiście poszerzałaby wizję praw niederogowanych: nie tylko jako niewzruszalnych na trudne okoliczności i obowiązujących tak przez czasy spokojne, jak też przez stany nadzwyczajne, czasy pokoju i czasy wojny, ale w ogóle jako ponadczasowe „ius necessarium”, niezbędne dla zdrowej koncepcji praw człowieka i ... dla samego człowieka.

Skoro już jestem przy derogacji, zwrócę uwagę na dwa fundamentalne ustalenia normatywne. Po pierwsze, dla realności praw człowieka, dla spełnienia tego, co Trybunał Strasburski określa jako koncepcję „praw nie iluzorycznych czy teoretycznych, lecz praktycznych i skutecznych”<sup>6</sup>, niezbędna staje się warstwa implementacyjna, w szczególności dostępne i skuteczne środki dochodzenia roszczeń na tle pogwałcenia czy braku poszanowania praw człowieka<sup>7</sup>. W braku skutecznego roszczenia, samo prawo staje się jakby puste, hasłowe; powiewa nad głowami, a „chleba powszedniego” z tego nie masz. Dlatego tak istotne jest uzupełnienie, wyraźnie dodane do

- 3 Najwcześniejszy i liczbowo najskromniejszy bo obejmujący tylko cztery składniki: prawo do życia, wolność od tortur sensu largo, zakaz niewolnictwa i poddaństwa oraz zakaz retroakcji prawa karnego (dalsze uzupełnienia z art.3 Protokołu VI, art.4 ust.4 Protokołu VII i art.2 Protokołu XIII do EKPC) katalog takich praw przewiduje Europejska Konwencja Praw Człowieka w swym art.15 ust.2; późniejszy i szerszy bo obejmujący siedem składników (dochodzą: zakaz niewoli za długi, nakaz poszanowania podmiotowości osoby oraz wolność myśli, sumienia i religii) kreśli Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych w jego art.4 ust.2, najszerszy zaś bo obejmujący dodatkowo prawa rodziny, prawo do nazwiska, prawa dziecka, prawo do obywatelstwa, prawo do udziału w rządzeniu i co niezmiernie istotne „zasadnicze gwarancje sądowe dla ochrony tych praw” przyjmuje Amerykańska Konwencja Praw Człowieka w swym art.27 ust.2.
- 4 Por. T. Jasudowicz, *Determinanty międzynarodowej chronionej substancji praw człowieka w systemie uniwersalnym i europejskim*, [w:] *O prawach człowieka w podwójna rocznice Paktów. Księga Pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej*, red. T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1996, s. 87 i nn.
- 5 Patrz: C. Mik, *Imperatywne normy praw człowieka*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” 1989, nr 5–6, s. 35 i nn; P. Przybysz, *Pojęcie i substancja praw niederogowanych w prawie międzynarodowym praw człowieka*, [w:] *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych*, red. T. Jasudowicz, Toruń 1997, s. 37 i nn.
- 6 Europejska Komisja Praw Człowieka i Europejski Trybunał Praw Człowieka zaczęły akcentować ten moment już na początkowym stadium swego orzecznictwa; Trybunał raz po raz przypomina to ustalenie po dziś dzień. To element jego „stałej linii orzeczniczej”.
- 7 Chodzi o art.6 (Prawo do rzetelnego procesu por.art.14 Paktu Obywatelskiego), art.5 ust.4 („Habeas corpus” – por. art.9 ust.4 Paktu Obywatelskiego) i art.13 („Prawo do skutecznego środka prawnego” por. art.2 ust.3 Paktu Obywatelskiego).

katalogu praw niederogowalnych w systemie międzyamerykańskim, gdzie wyliczenie szczególnie bogatego katalogu praw niewzruszalnych kończy się dodaniem „zasadniczych gwarancji sądowych dla ochrony takich (tj. niederogowalnych – przyp. T.J.) praw”<sup>8</sup>. Dzięki temu prawa niewzruszalne przestają być bezbronne w sytuacjach nadzwyczajnych; przeciwnie, można i trzeba ich dochodzić, realnie udowadniając ich bezwzględny charakter i wymagalność „zawsze i wszędzie”<sup>9</sup>.

W systemie europejskim tego rodzaju zastrzeżeń na korzyść gwarancji proceduralnych nie ma, ale Europejski Trybunał Praw Człowieka jego niezbędność rekonstruuje; co więcej, znaczenie gwarancji proceduralnych w jego postrzeganiu praw człowieka jest na tyle wielkie, że – niezależnie od wyraźnie wpisanych gwarancji art.5 ust.4, art.6 i art.13 Konwencji w treści poszczególnych praw człowieka, z prawem do życia na czele – dopatruje się „własnych”, przynależnych danemu prawu gwarancji proceduralnych, obok takichże na użytek praw niederogowalnych i ich interpretacji na wypadek stanów nadzwyczajnych.

Po drugie, zachodzi wiele nieporozumień na tle samej istoty derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka. Nie wspominając o zupełnie niedopuszczalnych propozycjach tłumaczenia zwrotu „to derogate from obligations” jako oznaczającego zakończenie (wygaśnięcie!?) zobowiązań, w szczególności chcę zwrócić uwagę na rozplenienie się i zakotwiczenie normatywne np. w prawie RP koncepcji zawieszenia zobowiązań, moim zdaniem, równie niedopuszczalnej.

Stosownie do właściwe pojętej konstrukcji treści prawnej elementarnej zasady *pacta sunt servanda*<sup>10</sup>, stan zawieszenia wyjmuje z treści tej normy jej aspekt dynamiczny, tj. obowiązek wykonywania zobowiązań w dobrej wierze, pozostawiając nietkniętym jej aspekt statyczny (moc obowiązywania, moc wiążąca). W zastosowaniu do derogacji oznaczałoby to, że wyeliminowaniu podlega obowiązek wykonywania zobowiązań w sferze praw derogowalnych, a więc podlegających derogacji. Tymczasem tak interpretacja jest absolutnie nie do przyjęcia, przeczyłaby bowiem temu, co wyraziście w mechanizmie derogacji figuruje: trwający obowiązek wykonywania zobowiązań w dobrej wierze, tyle, że z uszczupleniami „w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji”, przy tym bez naruszania „innych zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego” i z wykluczeniem dyskryminacji „wyłącznie z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego”<sup>11</sup>. Z koncepcją uszczuplenia harmonizuje, z drugiej strony, koncepcja niewzruszalnego „hard core” czy – jak mówią Francuzi – „un noyau intangible”, mniej więcej

8 Por. art.27 ust.2 in fine Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka.

9 Także Europejski Trybunał Praw Człowieka doszedł do wniosku o konieczności postrzegania praw niederogowalnych wraz z gwarancjami skutecznego dochodzenia roszczeń na wypadek ich naruszenia. Sprzyja temu również koncepcja proceduralnego wymiaru praw I generacji, szczególnie rozbudowywana w kontekście art.2 (Prawo do życia) i art.3 (Wolność od tortur) Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

10 Skodyfikowana w tym sensie Konwencji Prawa Traktatów, bywa też kojarzona i słusznie z jedną z podstawowych zasad współczesnego prawa międzynarodowego, dotyczącą obowiązku wykonywania w dobrej wierze zobowiązań zgodnych z Kartą NZ por. art.2 ust.2 samej Karty; zas. VII Deklaracji zasad z 24.10.1970 r. i zas. X Dekalogu KBWE, ustawiana na końcu jako klamra spinająca wszystkie inne zasady.

11 Por. art.4 ust.1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Podobnie, ale bez testu niedyskryminacji – w art.15 ust.1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

odpowiadającego pojęciu „un noyau dur”. W tym zakresie, w „istocie prawa” owe prawa i wolności podlegające derogacji mają jednak pozostawać w poszanowaniu<sup>12</sup>.

Warto zauważyć, że „istota prawa” jako niewzruszalna substancja pojawia się także w kontekście wszelkich innych ograniczeń, w tym w związku z dopuszczalnością ingerencji władzy publicznej w korzystanie z praw człowieka (mechanizm limitacji korzystania z praw człowieka). W generalnej klauzuli limitacyjnej zawartej w art.4 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych ograniczenie praw II generacji przez państwo, jest dopuszczalne li „tylko w stopniu, w jakim jest to zgodne z istotą tych praw(…)”<sup>13</sup>. Podobnie treść generalnej klauzuli limitacyjnej zawierającej się w art.31 ust.3 Konstytucji RP nie przypadkowo kończy się zastrzeżeniem: „Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”<sup>14</sup>.

Raz po raz posługiwałem się powyżej pojęciem „koncepcji praw człowieka”. To zaś zobowiązuje mnie do przyznania się, że idąc eklektycznie za przemyśleniami innych i co nieco je przetwarzając, postrzegam dzieje praw człowieka w dialektycznym zespole i pochodzie stadiów ich „stawania się” i dojrzewiania: od idealizacji, poprzez konceptualizację, normatywizację, konstytucjonalizację i internacjonalizację/umiędzynarodowienie, aż po realizację, czyli przemianę ich ze szlachetnych idei, ożywczych koncepcji oraz norm krajowych i międzynarodowych w użyteczność dnia codziennego, w „chleb nasz powszedni”<sup>15</sup>.

Mówię niezbyt naukowo o „zespolu i pochodzie dialektycznym”: tak się bowiem składa, że chociaż niewątpliwie porządek wymienienia powyższych składników zespołu odpowiada kolejności chronologicznej czy historycznej – to zarazem nie chodzi tu o proste następstwo historyczne, o przechodzenie jednego stadium w drugie, jako że żadne z tych „stadiów historycznych” nie „dokonało się” do końca, nie spełniło swojego zadania ani nie przeminęło ostatecznie, nie zostało schowane do lamusa, nie przeszło po prostu do historii, lecz każde z nich żyje, pozostaje „na podorędziu”, bo każde też z nich jest przydatne w postępie człowieka i należnych mu praw, w miarę jak człowiek siebie coraz lepiej rozpoznaje i prawa niezbędne do jak najpełniejszej swojej samorealizacji uświadamia, konceptualizuje, zapewnia prawnie i wreszcie realizuje ponownie więc, w jakimś skrócie dziejowym przechodząc szlak od idei prawa aż po jego urzeczywistnienie, za pośrednictwem racjonalnych koncepcji i służących ich realizacji rozwiązań prawnych.

- 
- 12 Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, *Studium substancjalnych przesłanek dopuszczalności środków derogacyjnych*, [w:] *Prawa człowieka w sytuacjach*, op. cit., s. 45 i nn.
  - 13 Tekst Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych [w:] *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł*, oprac. M. Balcerzak, Toruń 2007, s. I-A/5.
  - 14 Swoją drogą, technika generalnej klauzuli limitacyjnej mogącej mieć zastosowanie do wszystkich i jakichkolwiek praw i wolności umocowanych w rozdz. II Konstytucji, jest rozwiązaniem legislacyjnym wielce niewłaściwym, zważywszy, że wiele z tych praw nie może – wedle standardów międzynarodowych – podlegać żadnym ograniczeniom. Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, *Granice korzystania z praw człowieka rozwiązania Konstytucji RP na tle standardów europejskich*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 1999.
  - 15 Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona. Podręcznik dla studentów prawa, administracji i europeistyki*, wyd. 2, Toruń 2010.

A to się wiąże z faktem konstrukcyjnym, iż w owym „gmachu praw człowieka” poza już wspomnianymi elementami trwałymi i nośnymi znajdziemy także uzupełniające elementy konstrukcji i wystroju, jakby ścianki działowe, których wymienności w razie potrzeby czy konieczności by się nie wykluczało, a których wymiana nie zagrażałaby całości konstrukcji, całemu gmachowi praw człowieka. Pewne elementy „wystroju (jego) wnętrza” z biegiem czasu i potrzeb mogą ulegać przezwyciężeniu, mogą okazać się anachronizmem<sup>16</sup> czy niepożądanym w nowych czasach stereotypem<sup>17</sup> i bywają zastępowane ich „zmiennikami”, lepiej dostrojonymi do wymagań nowego czasu. W tej więc „konstrukcji uzupełniającej” i w tym „wystroju wzbogacającym” mogą i powinny funkcjonować normy „o zmiennej treści”, odświeżając jakby i upiększając gmach, nie burząc jednak jego zasadniczej konstrukcji.

Można by w związku z tym być może powiedzieć, że obok owych trwałych elementów zachowywanego i chronionego „prawnocząłowieczego dziedzictwa” istnieją i wchodzą w skład międzynarodowo chronionych praw człowieka pewne elementy „danego czasu”, istotne mniej lub bardziej na danym etapie rozwoju społeczeństwa i postępu jednostki, przemijające wszakże pod tchnieniem „nowego czasu”. W ich zbiorze, bo nie wszystkie one są tym skażone występują pewne „mody”, pewne nowoczesne „stereotypy”, pewne nurty czy ciągi typowe dla „*carpe diem*” danej epoki, mające charakter czysto utylitarystyczny czy zgoła hedonistyczny; na szczęście, nietrwałe i przemijające, jako że ludzkość – moim zdaniem – ma w sobie walor auto-refleksji i „autnonawrócenia”, czemu towarzyszy ponowne odrzucenie owych niedobrych dla jej trwania i rozkwitu – „mód praw człowieka”<sup>18</sup>.

Czytelnik zapewne już się zorientował, że gdy mówię „czas” nie mam na myśli czasu abstrakcyjnego, „wysterylizowanego” biegu chwil, sekund, godzin, dni, tygodni, miesięcy, lat itd., lecz „czas brzemienny”, pełen zdarzeń, potrzeb i interesów, czas wypełniony „życiem” człowieka, rodzin, wspólnot, państw i ludzkości. Dlatego, chociaż bronimy się przed przyznawaniem prawo-twórczego bądź prawoniwieczącego charakteru upływowi „pustego czasu”, że zrozumieniem podchodzimy do „czasu brzemiennego”, jako że towarzyszące biegowi czasu zdarzenia i rozwoju

16 Tak np. w 1995 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka musiał się zająć dwiema sprawami brytyjskimi, w których chodziło o pretensje skarżących mężów, dopominających się o dalsze trwanie „immunitetu męzowskiego” i wykluczenie koncepcji gwałtu z relacji mąż-żona. Trybunał zgodził się z wnioskiem Trybunału Apelacyjnego i Izby Lordów, że „słowo «bezprawny» w definicji gwałtu stanowiło jedynie nadgorliwość i nie zakazywało mu usunięcia «fikcji common law», która stała się anachroniczna i nieprzywoita”; sam zaś ocenił wspomniane „immunitet” jako nie dający się pogodzić „z cywilizowaną koncepcją małżeństwa” por.: Case of C.W. v. the United Kingdom, ECHR judgment of 22 November 1995, pkt 42 i 44. Por. identycznie: Case of S.R. v. the United Kingdom wyrok z tegoż dnia, pkt 40 i 42.

17 Tak np. Konwencja ONZ w sprawie wyeliminowania wszelkich form dyskryminacji kobiet z 18 grudnia 1979 r. w jej art.5 ust.1 zobowiązuje państwa do podejmowania środków wiodących do „likwidacji przesądów i zwyczajów oraz wszelkich innych praktyk, które opierają się na przekonaniu o niższości lub wyższości jednej z płci albo na stereotypach ról męzczyzn i kobiet”; tekst w: *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1993, s. 99 i nn.

18 Osobiście, żałuję, że niestety Europejski Trybunał Praw Człowieka po części pod ciśnieniem wzorców z UE otwiera się na wspomniane „mody” i ulega ich wpływowi. Mam sporo zastrzeżeń do jego najnowszego orzecznictwa na tle problematyki orientacji seksualnych i aborcji.

mogą mieć i mają znaczące implikacje prawne, rodzą skutki prawne za pośrednictwem odpowiednich konstrukcji przez prawo rozpoznanych i przyjętych, jak choćby zwyczaj czy przedawnienie.

Enigmatycznie to brzmi dotąd, nieprawdaż!? – postaram się co nieco horyzonty rozświetlić. Otóż, jestem zdania, że *Homo* to stworzenie mające w sobie, w sferze swojego ducha czy duszy, a także swojego ciała składniki niezmiennie: korzenie, pnie i konary „drzewa życia” (tu nie w sensie teologicznym), których pielęgnowanie, zachowywanie i przekazywanie coraz to nowym pokoleniom ludzkim jest warunkiem *sine qua non* owocnego *Continuum* człowieczego. Nie od razu i nie wszystko z tego „hard core” człowiek uświadamia, rozpoznaje i urzeczywistnia. „Poznaj siebie samego” to zadanie na całe życie pojedynczego człowieka i na całe dzieje Człowieka- Ludzkości. Człowiek zrazu coś odczuwa i tego czegoś pragnie, by potem zacząć to poddawać intelektualnej obróbce, konceptualizować. Czucie-idea przemienia się w koncepcję-*ratio*. „Plus ratio, quam vis” tak, w *ratio* mieści się ogromna siła: to narzędzie przekuwania idei w regułę, normę, standard; to przenoszenie idei i koncepcji do życia społecznego i państwowego w postaci obowiązujących przepisów prawnych, to normatywizacja praw człowieka.

Postępuje ona stopniowo, najpierw szlakiem przywilejów i immunitetów szlacheckich, a więc najpierw jako przeznaczona dla tak czy inaczej rozumianych „nobiles”: poprzez brytyjską *Magna Charta Libertatum* i polski *Neminem captivabimus, nisi iure vicium* itd., Odpowiednio i równoległe do tego rodzi się i rozwija demokracja w rozmaitych wydaniach, aż po polską demokrację szlachecką, z *liberum veto* na czele!, demokracja podmiotowo okrojona nie dla wszystkich!

Późniejszy rozwój w kierunku podmiotowej uniwersalizacji demokracji i praw człowieka przezwycięża podziały stanowe i ubezpieczanie stanów niższych; mieszczan i chłopów. Następuje przejście do „praw człowieka i obywatela”, co tak dosłownie egzemplifikuje Deklaracja Francuska z 26 sierpnia 1789 roku<sup>19</sup>. Człowiekiem i obywatelem ma być już każdy, niezależnie od swojego pochodzenia, od swojego dawnego stanu. Przemiana jest jednak krwawo okupiona, że wspomnę o Tragedii Wandei i sukcesach gilotyny. Rozpoczyna się dziejowy marsz w kierunku społeczeństwa obywatelskiego, nowej enigmy naszych czasów. Po drodze napotkamy niejedną paradoks.

Oto bowiem niegdyś „obywatel” znaczyło wiele. Rzadko który z nobiles i żaden ze szlachetek do tego miana nie dorastał. Potem obywatelstwo się przemieniło w swym znaczeniu, upowszechniło się i spowszedniało: każdy był obywatelem, bogaty i biedny, ciura i niedojda, przestępca i inny podlec. Dla państwa też wszyscy byli obywatelami, a więc jego ludźmi, jakby „upaństwowieni”. Tu sama terminologia państwu z pomocą śpieszyła, bo gdy mówi się „obywatel” używa się pojęcia, którego nie da się w nowym jego znaczeniu pojąć bez poprzedzającego go semantycznie pojęcia „państwa”. Obywatel to „człowiek państwa”, przynależny doń, przez nie uwarunkowany i od niego zależny. Nowy „poddany” wbrew zniesieniu poddaństwa!

Skoro tak, to państwo logicznie jawi się jako podmiot decydujący i przesadzający, chyba że da się okiełznać wędzidłami państwa prawnego i to nie tylko gośłownie deklarowanymi, ale faktycznie i skutecznie funkcjonującymi. A ujarzmić

19 Tekst w: *Prawa człowieka. Wybór źródeł*, oprac. K. Motyka, Lublin 1996. s. 46 i nn. W swej preambule Deklaracja mówi o wyłożeniu „naturalnych, niezbywalnych i świętych prawach człowieka”.

państwo nie tak łatwo, zwłaszcza że postęp prowadzi do jego rozrastania się konceptualnego i rzeczywistego. Państwa jest coraz więcej i coraz więcej jego potrzeb, a obywatele coraz bardziej stają się żerem: to oni w charakterze bezwolnych podatników coraz dotkliwsze ciężary państwa ponosić mają. I to nie tylko obiektywne ciężary państwa, ale i ciężar różnej maści cwaniaków czy to z pomocy państwa bezpodstawnie korzystających, czy żerujących na nieszczelnym systemie wpływów państwowych i przechwytyjących je na swój prywatny użytek. Jemioły jedne!

Zatem, konceptualnie obywatel to wtórnik w stosunku do państwa, stwór etatystycznie zakodowany i zaszufłakowany. Nie ma przy tym obywatelstwa bez państwa<sup>20</sup>, choćby i mu nieprzyjaznego, choćby takiego, przed którym obywatel ucieka z powodu prześladowań bądź nędzy żywota<sup>21</sup>. Bezpaństwowiec nie ma obywatelstwa. Obywatel staje się bezpaństwowcem często „z łaski” swojego własnego państwa, które raczy go obywatelstwa pozbawić. Iluż najlepszych synów Ojczyzny zostało pozbawionych obywatelstwa Państwa Polskiego przez „utrwalaczy władzy ludowej” i ich PRL-owskich kontynuatorów<sup>22</sup>.

I przeciwnie, kiedy mówi się „człowiek” nie ma, poza Bogiem, ewentualnie – niczego i nikogo bardziej pierwotnego, kategoriałnie poprzedzającego pojęcie „człowieka”, bo to on w stosunku do państwa jest pierwotny: nie ma państwa bez człowieka, bez ludzi, bez społeczeństwa; państwo ma się tworzyć i kształtować „na miarę człowieka”, by służyło, stwarzało możliwości przetrwania i rozwoju, a nie stało się obszarem „niehumanitarnej ziemi”, w co tak łatwo popaść pod naporem chorobliwych ambicji i dążeń do onnipotencji, autokratyzmu lub totalitaryzmu. Człowiek ze swoim współobywatelami kształtuje swoje państwo „na swoją miarę” i będzie strzegł, by nie przepoczwarzało się ono w zjawisko antyludzkie.

- 
- 20 Obywatelstwo europejskie, a ściślej obywatelstwo Unii Europejskiej ma charakter akcydentalny, bo buduje się na obywatelstwie państwa członkowskiego Unii i go wcale nie przekreśla ani co do zasady – nie osłabia. Por. np. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, cz. II: Obywatelstwo Unii (atr.17–22) w: *Traktaty europejskie*, oprac. E. Wojtaszek-Mik, C. Mik, Kraków 2000, s. 72 i n.
- 21 Problem uchodźstwa żywy poprzez dzieje szczególnego wymiaru nabrał po I wojnie światowej i rewolucji sowieckiej, a po swe apogeum sięgnął po II wojnie światowej; w obu przypadkach za przyczyną Związku Sowieckiego i konsekwencji jego działań. Toteż ramy ochronne Konwencji Genewskiej z 1951 r. o statusie prawnym uchodźców ograniczały się do ram terytorialnych Europy i ram czasowych II wojny światowej; poszerzone przestrzennie i rozciągnięte w czasie Protokołem Nowojorskim z 1967 r.
- 22 Prawo o obywatelstwie polskim po II wojnie światowej, niestety, pełne było przykładów uwzględniania prawnej możliwości pozbawiania obywatelstwa polskiego. Nie licząc złowieszczych aktów z czasów „utrwalania władzy ludowej”, mocą których całe kategorie osób, w tym najwierniejszych Synów Ojczyzny, pozbawiano obywatelstwa Państwa Polskiego, w ustawach ogólnych o obywatelstwie polskim wciąż takowe przepisy się znajdowały; zachowały się one do najnowszych zmian w tym zakresie przez długie lata III RP. Por: *Przepisy o obywatelstwie polskim 1919–1995 r.*, oprac. M. Albinia, A. Czajkowska, Toruń 1996, passim. Nie mogę powstrzymać się od przypomnienia przypadku śp. Hrabiego Ludolfa von Alvenslebena, dziedzica Ostromecka, któremu w oparciu o moją ekspertyzę Wydział Spraw Obywatelskich UW w Bydgoszczy przywrócił obywatelstwo polskie, potem z powrotem mu zabrane decyzją ówczesnego Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, Leszka Millera. Po dziś dzień ten ostatni trzyma się solidnie, a tak „pięknie” powrócił do tradycji „utrwalaczy władzy ludowej” w sprawie Alvenslebena, patrioty polskiego, tyle że ojca miał Niemca (matka Katarzyna Żnińska, Pola pełnej krwi), ale też bardzo dalekiego od mniejszości niemieckiej w Bydgoszczy i jej pronazistowskich zapędów.

W tym sensie, człowiek w swej obywatelskiej zbiorowości samostanowi za naród i wespół z narodem, realizując swoje obywatelskie prawa polityczne; oderwanie pojęcia samostanowienia narodu od urzeczywistniania obywatelskich praw wyborczych skazuje je nieraz na antyludzką i antynarodową postać, czego nie brakło w historii – zwłaszcza postkolonialnego o posttotalitarnego samostanowienia narodów i ludów<sup>23</sup>. Swoje mroczne tajemnice ma „socialistyczne samostanowienie”, czy to przez krew rewolucji i wojny domowej po I wojnie światowej, czy też przez wprowadzanie i „utrwalanie władzy ludowej” na obszarach nieszczęsnej Europy Środkowej i Wschodniej „pod butem Kremla”, z jakże istotnym i jakże bolesnym udziałem Polski<sup>24</sup>. Straszliwie brzmią w ustach Gorkiego słynne słowa „Człowiek eto zwienit gordo” („Człowiek to brzmi dumnie”) – nie jemu te słowa wypowiadać, nie w jego kontekście osobniczym i państwowym.

Cofnę się na chwilę, bo – chociaż słowa „czas” wcale w wywodach swych nie nadużywam, bo go prawie wcale nie używam, temporalnie się zagalopowałem i dotarłem do doświadczeń naszego minionego bolesnego wieku dwudziestego. A warto przypomnieć doświadczenie drugiej połowy wieku XVIII, płodne powstaniem Stanów Zjednoczonych Ameryki, grzmiące w 1776 roku głosem Deklaracji Niepodległości i pierwszych konstytucji stanowych, od Bill of Rights Wirginii poczynając<sup>25</sup>. Co prawda, Konstytucja 1787 roku ledwie wspomni o prawach jednostki, ale jej przyjęciu towarzyszy ustanowienie specjalnej Komisji, owocem prac której stają się słynne „Ten Amendments”, uchwalone przez Kongres 15 grudnia 1791 roku, jako pierwocina późniejszego twórczo od czasu do czasu rozwijanego

American Bill of Rights<sup>26</sup>. I tak, idea wolnego społeczeństwa spleta się z ideą wolnej jednostki, z ideą oddolnie budowanego ładu społecznego i państwowego, z ideą demokratycznego państwa, samoograniczającego się w uwięzi pomocniczości. Osiemnastowieczna konstytucjonalizacja praw człowieka rozpoczęta za Atlantykiem nabiera kształtu także w starej Europie, w postaci wspomnianej francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela, uznanej w dwa lata później za integralny składnik pierwszej konstytucji rewolucyjnej Francji z 3 września 1791 roku i postrzeganej po dziś dzień nieprzerwanie, nie licząc drobnych „tąpnięć” w czasach I i III Napoleona jako istotne ogniwo francuskiego systemu konstytucyjnego.

23 Trudno się dziwić negatywnym doświadczeniom samostanowienia postkolonialnego, a to wobec braku jeszcze dostatecznego przygotowania odnośnych ludów do samostanowienia; bardziej można się dziwić „samostanowieniu” na zasadach polskiego Okrągłego Stołu; wybory z 4 czerwca 1989 r. już ukazały zgniliznę tego kompromisu, którego konsekwencje ponosimy po dzień dzisiejszy, poprzez „noc długich noży” z 5 czerwca 1992 r. oraz doświadczenie Tragedii Smoleńskiej i Krzyża na Krakowskim Przedmieściu 2010 r.

24 Przypomnijmy, że to po ujawnieniu Zbrodni Katyńskiej w kwietniu 1943 r. Związek Sowiecki zerwał stosunki dyplomatyczne z Polską i zaflancował u siebie Związek Patriotów Polskich, z którym rozpoczął grę o „samostanowieniu w ramionach Kremla”, owocującą sławetnym Manifestem PKWN, a potem porwaniem przywódców Polskiego Państwa Podziemnego i Procesem Szesnastu oraz skąpanym we krwi „utrwalaniem władzy ludowej”.

25 Tekst Deklaracji Niepodległości i Karty Praw Wirginii w: *Prawa człowieka. Wybór*, op. cit., s. 43 i n., 39 i nn., odpowiednio.

26 Tekst w: *ibidem*, s. 44 i n.



A wspomnieć warto również o naszej Konstytucji 3 Maja, która mimo nieco już archaicznej terminologii stanowej<sup>27</sup> – w istocie zrównuje mieszczan ze szlachtą, a w stosunku do włościan kreśli program na przyszłość, stopniowo urzeczywistniany, realizacji którego zabrakło sposobności, bo II i III rozbiory Polski ostatecznie przekreśliły jej byt państwowy. Zabrakło Polski, ale zadanie konstytucyjne podlegało spełnianiu poprzez wiek dziewiętnasty, w oparciu o pierwsze wzorce z osiemnastego jeszcze wieku w tym także wzorzec polski, z Konstytucji 3 Maja płynący. Pojawiają się konstytucje zarówno państw nowych (Grecja 1824 r., Belgia 1831 r., Rumunia 1879 r.), jak i państw wcześniej już tradycyjnie istniejących, a obecnie przywdziewających szaty konstytucyjne, przyjmujących ustawy zasadnicze poświęcające zazwyczaj jeden z pierwszych rozdział „prawom podstawowym”, „prawom obywatelskim” czy po prostu „prawom człowieka”. Upowszechnia się konstytucjonalizacja praw człowieka, uznanie ich za „żywą głąbę” porządku społecznego i państwowego: człowiek u podstaw państwa, państwo z człowieka, przez człowieka i dla człowieka!

Zdawałoby się, że tak właśnie ma być, że powstanie świat „ludzkich państw”; niestety, okazało się, że tak nie jest. Po tragedii I wojny światowej i w niedługi czas po jej zakończeniu nastaje czas narodzin i rozwoju różnej maści totalitaryzmów: czarnego faszystwu włoskiego; brunatnego narodowego socjalizmu niemieckiego oraz czerwonego socjalizmu rosyjskiego, wojującej bolszewii, zdobywających wystarczający poklask w swych narodach dla swej skuteczności, narodach ślepo podążających za *duce, fuhrerem* czy *gensekiem*<sup>28</sup>. Uzyskujemy „nasz wspaniały” wiek dwudziesty, „wiek sprzeczności” i „wiek pogardy” dla tradycyjnych wartości i dla człowieka, znowu dzielonego na „ubermenschów” i „untermenschów”, na „równych” i „równiejszych”.

Nędza totalitaryzmów i udręka II wojny światowej stają się tak pouczającą lekcją historii, że świat szuka ratunku; sięgnąwszy dna, stara się odeń odbić i stworzyć nową nadzieję. Zło się przesiliło; musi ustąpić pola dobru, w ramach którego na poczesne miejsce wznoszą się prawa człowieka<sup>29</sup>. Okazały się przecież zbyt niebezpieczną zabawką, by pozostawiać je nadal w rękach zniewolicieli, w arbitralnej dyspozycji swobodnego widzimi się poszczególnych władców i poszczególnych państw. Zostają uświadomione i proklamowane jako wartość uniwersalna bo przysługująca wszystkim i jakimkolwiek ludziom (uniwersalizm personalny/podmiotowy<sup>30</sup>, wszędzie i gdziekolwiek (uniwersalizm terytorialny/przestrzenny), zawsze i kiedykolwiek (uniwersalizm temporalny/czasowy). Zostają przeto uświadomione również jako

27 Por.: Ustawa rządowa, II „Szlachta ziemianie”, III. Miasta i mieszczanie” i IV. „Chłopi włościanie”. Tekst w: Konstytucja 3 Maja 1791, oprac. J. Kowecki, Warszawa 1983, s. 82 i nn.

28 Co by nie mówić, w swej zasadniczej masie odnośnie narody dały się zaślepić i wiernie za swym „wodzem” podążyły. Wymownie brzmi już pierwsze zdanie cz. III Uchwał Poczdamskich „Niemcy”: „naród niemiecki, zaczął pokutować za straszliwe zbrodnie, popełnione pod przewodem tych, którym w okresie powodzenia otwarcie sprzyjał i był ślepo posłuszny”; tekst w: *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, wyd. 4, oprac. K. Kocot i K. Wolfke, Wrocław-Warszawa 1978, s. 17.

29 Por. uwagi na temat hierarchizacji norm we współczesnym prawie m międzynarodowym i włączeniu „Celów i Zasad” Karty do międzynarodowego „lex superior”, z którym wszystko, co w tym prawie partykularne, musi być zgodne.

30 Zwraca uwagę fakt, że w Karcie NZ konsekwentnie powtarza się formuła o poszanowaniu praw i wolności właśnie „for all” por. art.1 ust.3, 13 ust.1, 55/c/, 62 ust.2.

uniwersalny interes normatywny społeczności międzynarodowej jako całości i całej też ludzkości.

W tym sensie możemy mówić o okresie po II wojnie światowej jako o czasie uniwersalnej internacjonalizacji praw człowieka. Nie zapominam; wiem, że zaraz podniosą się głosy wskazujące na specyficzne postanowienie art.2 ust.7 Karty Narodów Zjednoczonych, kreślące zasadę nieinterwencji Organizacji w sprawy z natury swej przynależne do wyłącznej kompetencji wewnętrznej państw członkowskich, wraz z podkreśleniem, że tam właśnie należą prawa człowieka i problemy ich ochrony, z natury krajowej. A to twierdzenie całkowicie nieuprawnione, chociaż w miarę skutecznie, co na własnych karkach poznaliśmy obstawane przez dawną „socjalistyczną wspólnotę pokój miłujących państw” (prawda?! jak pięknie to brzmi klasyczny przykład nowomowy, w rzeczywistości wyrażającej sens przeciwstawny! – spostrzeżenie T.J.).

Po pierwsze, jak już wyżej wspomniano, sama Karta NZ *expressis verbis* przyznaje swoim organom wyraziste kompetencje w dziedzinie kontroli poszanowania i przestrzegania praw człowieka i podstawowych wolności, co wzmacnia i pryncypialny cel ONZ z art.1 ust.3 Karty, w związku z jej art.2 i art.52 ust.1, i specjalny artykuł zobowiązaniowy Karty, a więc art.56, w związku z poprzedzającym go art.55<sup>31</sup>. Cały późniejszy rozwój prawa międzynarodowego praw człowieka potwierdza to ustalenie zasadnicze: już z Karty NZ wypływa obowiązek powszechnego poszanowania i przestrzegania praw człowieka i podstawowych wolności.

Po drugie, zakaz użycia lub groźby użycia siły zawarty w art.2 ust 4 Karty dotyczy nie tylko siły skierowanej „przeciwko integralności terytorialnej lub niezależności politycznej któregośkolwiek państwa” (nie tylko państwa członkowskiego ONZ! – uwaga T.J.), ale także siły używanej „w jakikolwiek inny sposób sprzeczny z Celami Narodów Zjednoczonych”, w tym m.in. siły sprzecznej z celem powszechnego poszanowania i przestrzegania praw człowieka<sup>32</sup>. Zakaz ten ma charakter zaiste uniwersalny, skoro chodzi o „któreśkolwiek państwo” i skoro w myśl art.2 ust.6 Karty obowiązkiem ONZ jest zapewnienie, „aby państwa, które nie są jej członkami, postępowały zgodnie z niniejszymi zasadami w stopniu koniecznym do utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa”.

Skoro tak, użycie siły przeciwko prawom człowieka może pociągać za sobą sankcje ONZ przewidziane w rozdz. VII Karty, wyłączone spod działania klauzuli art.2 ust.7 Karty. Tak czy inaczej, nie wolno tej zasady wykorzystywać przeciwko poszanowaniu praw człowieka. Nastąpiła ponoć „era praw człowieka”. Ale demony nie śpią. Demony nie mają przy tym li tylko postaci antyludzkiego komunizmu, z jego wieloma przyczółkami rozrzuconymi po całym świecie i jak się okazało w praktyce rozpadu systemu komunistycznego zdolnymi przetrwać nawet wtedy, gdy jądro komunizmu zostało przewyciężone, zdolnymi siać antyludzkie nieszczęścia, będąc

31 Art.56 Karty stanowi: „Wszyscy członkowie zobowiązują się współpracować z Organizacją, indywidualnie i zbiorowo, dla osiągnięcia celów wskazanych w artykule 55”, ten zaś w lit./c/ mówi o „powszechnym poszanowaniu i przestrzeganiu u praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich, bez względu na rasę, płeć, język lub religię”.

32 Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, *Zakaz użycia lub groźby użycia siły w jakikolwiek inny sposób niezgodny z celami Narodów Zjednoczonych*, [w:] *Materiały I Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego*, red. T. Jasudowicz, M. Balcerzak, Toruń 2009, s. 26 i nn.

tylko pozornie bezbronnymi i osamotnionymi. Mają bowiem swoich patronów, nawet jeśli ci patroni nazywają się obecnie „demokratycznymi państwami prawnymi”; chyba z nazwy li tylko nimi będąc.

Komunizm, ów komunizm z nazwy został już obalony; ludzie i siły komunizmu przetrwali i są w pełni mocy, także ekonomicznej, także geopolitycznej. Niby nie ma już totalitaryzmu sowieckiego, ale czy można Rosję nazwać merytorycznie, a nie formalnie li tylko demokratycznym państwem prawnym?! z jej Czeczenią, z jej „moskiewskim kryzysem zakładników”, z historiami Litwinienki i Politkowskiej, z procesem Michała Chodorkowskiego, z jej podejściem do wyjaśniania Zbrodni Katyńskiej i odpowiedzialności za nią, z podejściem obecnym do wyjaśniania Tragedii Smoleńskiej itd. Stare demony przekroczyły miarę swojego czasu i zupełnie skutecznie straszą w „nowym czasie” jako upiory przeszłości w nowych przebraniach albo zupełnie skrycie.

Niby się skończyła epoka z istoty swej podzielonego na kapitalizm i na socjalizm świata, a nie osiągnęliśmy przecież ani jednolitego, ani nawet pogodzonego świata. Globalizacja mimo jej naglących wyzwań to problem świata wielce podzielonego, w którym nadal bardzo trudno o zgodne poglądy i stanowiska, w którym, nadal wszystko jest przedmiotem geopolitycznego targu, często wbrew prawom narodów i prawom człowieka. Sport uczy siłą rzeczy także przegrywania; w polityce o to o wiele trudniej. Przegrani szarpia i kásają, i nadal mają swoje atomowe straszysła, i „pięknie” bronią potrafią handlować... itd.

Podziały sięgają samych trzewi, straszą swoją głębią. Oto na kanwie religii i osnutych wokół nich splotów cywilizacyjnych, kulturowych i politycznych w praktyce pojawiają się podziały nie do przebycia i nie do przewyciężenia, jak choćby podziały między światem arabskim a Izraelem, między światem Islamu a Stanami Zjednoczonymi i Zachodem w ogóle (jak się wydaje, kategorią nadal nie przebrzmiała, miejmy nadzieję!), między islamem a chrześcijaństwem. Podobnie podziały zarysowują się między prawosławiem rosyjskim a Kościołem katolickim, zwłaszcza Kościołem w Polsce i nic na to nie poradzą sztuczne porozumienia ani przebaczenia, niczego przewyciężyć niezdolne. Przepaści pełno; kładek nad nimi trudno się dopatrzeć. A to wszystko rzutuje na byt i interpretację praw człowieka; nie jest dla nich obojętne to, czy ostateczne słowo należy do przyrodzonej godności osoby ludzkiej<sup>33</sup> i stających na jej straży międzynarodowych instytucji kontrolnych, na czele z międzynarodowymi trybunałami praw człowieka, czy po prostu do dogmatów shariahu bądź straszliwej wymowy „nagiej siły” albo jej groźby.

Nie tylko o sam islam tu chodzi. Kraje Azji i Afryki mocno, moim zdaniem zbyt mocno, podkreślają odrębności swego podejścia do praw człowieka, chybotliwie jednak i niekonsekwentnie. Akcent na mający dominować kolektywizm, na prawa raczej zbiorowości niż jednostek: rodzin, plemion czy ludów, sprawia, że w istocie same te wspólnoty rozbiera i rozbija, bo złożone z mniej lub bardziej bezwolnych jednostek, nie mając więc solidności mocnych komórek składowych, same stają się

---

33 Kategoria godności osoby ludzkiej uzyskała najbardziej poczesne miejsce w prawie międzynarodowym praw człowieka jako źródło i podstawa międzynarodowo chronionych praw i wolności. Przewija się ona w sformułowaniach Karty NZ i Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, zaś ust.2 jednobrzmiącego wstępu do obydwu Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka *expressis verbis* stwierdza, że wszystkie te prawa „wywodzą się z przyrodzonej godności osoby ludzkiej” najjaśniej, jak tylko można!

liche i słabe i łącno mogą podlegać zmanipulowaniu, podporządkowaniu czy zgoła zapoznaniu. Państwom i władcom wygodne są takie społeczeństwa bez silnych jednostek, bez mocy O-sób ludzkich.

Osobicie nie godzę się na kolektywistyczną koncepcję praw człowieka, aczkolwiek jestem zwolennikiem uznania i wspierania zbiorowych podmiotów praw człowieka, przede wszystkim rodziny, ale także organizacji, zrzeszeń, związków, partii i kościołów czy związków wyznaniowych zawsze jednak z fundamentalnym zastrzeżeniem: ich komórką budowania, ich zacynem jest, i być musi, O-soba ludzka, a ich struktura i funkcjonowanie mają być tak zaprogramowane i tak realizowane, by tego poczucia osobowego nie wytracać oraz by wobec osoby, każdej osoby w danym związku, kościele itd. uświadamiać i realizować powinności danej wspólnoty<sup>34</sup>; oczekując wzajemnie od O-soby poszanowania wspólnoty i współprzyczyniania się do jej dobra wspólnego. Wspólnota osób oto recepta na zbiorowe podmioty praw człowieka, chronionych mniejszości nie wykluczając. Wspólnota złożona z O-sób, zwrócona ku O-sobom. O-soby ku niej. Personalizm u podnóża zbiorowości, wspólnoty. Bez osobowego zakotwiczenia każdy kolektywizm koniec końców przemieni się w etatyzm i – co nie daj Boże! – w totalitaryzm.

Koncepcja osoby, z jej przyrodzona godnością i wolnością, znowu przywraca nas do myślenia kategoriami „hard core” i „un noyau intangible”, bo z konieczności zakłada obecność pewnego minimum praw i wolności człowieka, ich niezbędnej substancji chronionej. Niezależnie od systemów wierzeń czy władzy takie minimum jest konieczne dla podtrzymania O-soby w jej przyrodzonej godności i dla zapobiegania wyrażaniu się społeczeństw i państw w antyludzkie systemy totalitarne. To takie *ius necessarium* niezbędne dla trwania i rozwoju osoby ludzkiej.

Kiedy mówimy ogólnie i abstrakcyjnie „osoba ludzka”, nie oznaczamy jej ani znakiem plemnika, ani komórki jajowej, bo każdy i jakikolwiek człowiek, mężczyzna i kobieta, stary i młody, bez żadnej różnicy jest niewątpliwie osobą. Maskuliniści (a są tacy?!) w przeciwstawieniu do feministek mogliby w ramach „zauroczenia” rozumowaniem po linii „gender” mieć zgoła pretensję o to, że ta „osoba” jest rodzaju żeńskiego (przynajmniej w języku polskim). Ale mniejsza o to.

Zarazem „O-soba to osobność, a więc odrębność i odmienność, jedność w różnorodności, niepowtarzalność. Każdy jest człowiekiem i każdy jest innym człowiekiem. Inność może mieć charakter czy cechy wyróżniające trwałe i obiektywne, ale też przelotne i subiektywne. Obiektywnie jesteśmy albo mężczyzną, albo kobietą (nie licząc skrajnie wyjątkowych splotów okoliczności genetycznych): jako mężczyzna albo jako kobieta funkcjonujemy wobec samych siebie, wobec bliskich i bliźnich w ogóle, w rodzinie, w społeczeństwie i państwie. Można by powiedzieć, że w oparciu o tak pojętą obiektywną i trwałą „inność” między mężczyzną a kobietą, ich stanowczą odmienność, nie tylko fizyczną, na fundamencie wspólnego „hard core” i w jego ramach, w szczegółach nieco inaczej zarysują się prawa i powinności kobiety i mężczyzny, co, owszem, wynika z natury rzeczy, a co nie ma nic wspólnego z przesądami ani stereotypami (choć i tamte w praktyce, czasem ze zbyt wielką siłą, się przejawiają). Nie wymaga to „genderowych” rewolucji, także tych ze sfery niewinnego języka.

34 Uświadczenie takich powinności wspólnoty co do poszanowania praw człowieka w jej organizacji i życiu wewnętrznym kojarzy się z postulatem demokratyzacji życia wewnątrzpartyjnego, wewnątrzwiązkowego, wewnątrzkościelnego itd.

Mimo potężnych ataków „mody” w sferze akcentu na płciowość i orientacje seksualne, na swobodę i wyuzdanie seksualne, osobiście twierdząc, że żadna rewolucja myśli rozsądnego i naturalnego podziału rodzaju ludzkiego na mężczyzn i kobiety nie przewyżczy; z czasem jej moc bojowa osłabnie, bezużytecznie się wyczerpie. Bo wspaniale jest być mężczyzną, podobnie jak wspaniale jest być kobietą; obu rolom wcale nie aż tak bardzo przeciwnym, ale dalekim też od identyczności należy się uznanie, poszanowanie, pielęgnowanie i przechowywanie na przyszłość, przekazywanie następnym pokoleniom. Z kolei, bycie transseksualistą, gejem czy lesbijką jest, co by na ten temat nie krzyknąć, odstępstwem od normy; nie twierdząc, że zawinionym, w każdym razie – mam nadzieję, że w większości przypadków – niezawinionym. Kto mi bowiem zaręczy, że obok przypadków obiektywnego „zakodowania genetycznego” nie rośnie cała armia zwolenników „bezpiecznego seksu”, pragmatycznie wybierających luz homoseksualny zamiast odpowiedzialnej wolności ludzi heteroseksualnych. Tak czy inaczej, jest to odstępstwo od „naturalnego porządku rzeczy”, od samej „natury” i od „naturalnego rozsądku”, zarazem też odwrócenie się od prokreacji i od rozwoju. By pójść dalej, trzeba by już świadomie wybrać ścieżkę utylitarystyki i hedonizmu, a odrzucić miary tradycji i aksjologii, nie mówiąc już o szlaku „odpowiedzialnej miłości”.

Nie wejdzie więc do wspomnianego „hard core” praw człowieka normatywny zestaw umizgów w stosunku do wszelkich odmieńców, w tym obdarzanie ich tymiż przywilejami, które dziejowo się ukształtowały dla wspierania instytucji małżeństwa i rodziny. W ujęciu heteroseksualnym wynikają one w sposób naturalny z uzupełnienia się mężczyzny i kobiety, z owej „communio personarum”<sup>35</sup>, z kształtowania się między nimi trwałej i nierozzerwalnej jedności małżeńskiej i rodzinnej. Piszę to nie abstrakcyjnie, lecz z perspektywy właśnie mijających 46 lat mojego wcale niełatwego i nieusłanego li tylko płatkami róż życia małżeńskiego.

Transseksualne i homoseksualne odmienności gotów jestem przyjąć do wiadomości i uszanować w ramach i w granicach prawa każdej osoby do poszanowania jej życia **prywatnego**, właśnie jako prywatnego (podkr. T.J.), w granicach poufnej i dla nikogo nie będącej prowokacją intymności; nie uznaję po kres moich dni jako przedmiotu promocji trans- i homoseksualizmu na „festiwalach (miłości czy równości – co za różnica?!)” czy „manifach”, a zwłaszcza jako przedmiotu krzewienia wiedzy (i skłonności tego nie da się przy odpowiednim naświetleniu uniknąć) w ramach wychowania seksualnego w szkołach. Utylitarystycznie „bezpieczny seks” jest zbyt chwytliwym hasłem i może zbyt łatwo zawrócić w głowach młodych ludzi, zresztą manipulowanych, może pomnażać zastępy gejów i lesbijek nie z zakodowania genetycznego, lecz już z dobrowolnego i świadomego wyboru drogi życia.

Rozwój nie polega i polegać nie może na podcinaniu własnych korzeni. Ta część ludzkości (z Europą dość naturalnie się kojarząca), która wybiera drogę gloryfikacji seksu i promocji orientacji seksualnych w naturalny też sposób pomniejsza swoje możliwości odradzania się i przegrywa w „pochodzie konkurencyjnym” poprzez

---

35 Szerzej na ten temat: ks. abp. Z. Grocholewski, „Karta Praw Rodziny” w perspektywie zamierzonego celu, [w:] *Prawa rodziny prawa w rodzinie świetle standardów międzynarodowych. Materiały Krajowej Konferencji Naukowej*, red. T. Jasudowicza, Toruń 1998, s. 33 i nn. Por. też: ks. W. Góralski, *Małżeństwo w ujęciu Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983r.*, [w:] *ibidem*, s. 57 i nn; ks. R. Szytchmiller, *Prawa rodziny i członków rodziny a trwałość małżeństwa*, [w:] *ibidem*, s. 67 i nn.

dzieje i pokolenia; inne części ludzkości zaczną – także w Europie – dominować. Początki tego „rozwoju” już widać gołym okiem. Nasz czas okrzyknięty jako czas swobodnego/swawolnego seksu wymaga chwili zadumy, z miłością i odpowiedzialnością na podorędziu!

Był „czas religii”, średniowiecze można by tak nazwać. Jest czas... – no właśnie, czy religia już ostatecznie przegrała, czy jej wskazania już tylko do lamusa chować by trzeba!? Czy to, co obserwujemy w świecie, to już tylko świat islamu!? Jak to jest, że w jednym i tym samym czasie, na jednym i tym samym obszarze, w naszej Europie, podnosi się niemilknąca groźna wrzawa o jakieś ugodzenie w jakiś szczególnie drogi muzułmanom (o wizerunkach Mahometa już nie wspominając), wrzawa tak silna, jak by miała grozić wojną religijną na skalę światową, a z drugiej strony bez oporów się przełyka tę prawdę naszych czasów, że wszystko co twórcze w literaturze czy dramacie, w sztuce i muzyce, musi być wymierzone w chrześcijaństwo, musi być skierowane przeciwko chrześcijaństwu, w szczególności przeciwko mojemu katolicyzmowi.

Jeżeli chrześcijaństwo, a zwłaszcza katolicyzm, są takie „nie na czasie”, takie „moherowe”, takie nic nie warte, to czy jest sens poświęcać najwyższe loty artystycznej twórczości na nękanie uczuć religijnych chrześcijan-katolików!? Czy prawdziwa wena twórców już zupełnie opuściła!? Czy prawem hien tylko na rzekomy „trup chrześcijaństwa” mają się porywać!? Nie ma innych tematów poza chucią i antyreligią!?

Te ciosy w chrześcijaństwo są wymierzane w Europie i w Ameryce, a więc w łonie samego świata chrześcijańskiego (mam nadzieję, że Europa i Ameryka nie pogńiewają się o takie ich nazwanie, czy o takie ich skojarzenie – torami tradycji poszedłem). Czyżby więc czas wojny z religią!? – na to wygląda! Tyle, że żadna konstruktywna propozycja antyreligijna nie pada ani nie zwycięża; ateizm, owszem, pozornie się upowszechnia, ale nadal do samego samookreślenia potrzebuje religii i nienawiści do niej, bo własnego żeru nie wymyślił. Upowszechnia się raczej po cichu, w znacznym stopniu z wygody (bo po co trudzić się obowiązkami religijnymi?!), chyba że na samych wyżynach intelektu, bo tam wystarczy coś tam napisać i wpaść w samouwielbienie, w pychę własnego umysłu i sobie budować pomniczek bożka (tym razem, świadomie, z małej litery!). Mnoży się takich anty-Boskich bożków co niemiara! Strzeżcie się jednak wojujący ateści! – wiara w pewnym sensie lubi wzgardę i prześladowania, umacnia się, coraz bardziej się pogłębia, wchodzi w coraz silniejszy sojusz z rozumem, a przy tym ludzie wiary dysponują coraz większą siłą ducha, stają się coraz bardziej wytrzymali i odporni na ciosy. Nawet egzorcyzmy się odradzają!

My, wierni wyznawcy was „ogniem i mieczem” nie nawracamy wcale. Owszem, modlimy się także za was, ale to przecież was nie boli, wam krzywdy nie wyrządza. Skoro w waszym ultranowoczesnym mniemaniu nie ma już miejsca na Boga i na Wartości, nie trąpcie się o to, co według was nie istnieje i w niczym wam nie zagraża. Chyba że boli was to, że nie skupiamy się dostatecznie silnie na waszych wskazaniach, że nie podążamy za waszymi przewodnikami, ale one i oni przecież nie są dla nas! Wy lećcie jak ćma za waszym światłem. My mamy swoje. Mamy swoją drogę; więcej: mamy Takiego, Który dla nas jest Drogą, Prawdą i Życiem! A może was coś gryzie?! – może to sumienie?! Oby!

Wywody na temat czasu wojny z religią zakończę przypomnieniem: że wolność myśli, sumienia i religii stanowi jedno z fundamentalnych praw człowieka<sup>36</sup>; że w systemie uniwersalnym i międzyamerykańskim jest to prawo święte i niewzruszalne, figurujące w katalogu praw niederogowalnych<sup>37</sup>; że z kolei w systemie europejskim (w wersji poszerzonej euroatlantyckiej) ta i tylko ta właśnie wolność została wprowadzona do samego tytułu Zasady VII Dekalogu KBWE, stając się jakby awansowana do składu „lex superior” (wraz z Celami i Zasadami Karty NZ)<sup>38</sup>; że według Europejskiego Trybunału Praw Człowieka to jedna z kluczowych wartości, jedna z „podwalin demokratycznego społeczeństwa”, o którą w Europie przez stulecia ofiarnie walczone<sup>39</sup>; że wedle tegoż Trybunału wolność religii to jeden z tych „żywotnych czynników”, które przesądzają o naszej tożsamości, kształtują nas poniekąd, wytyczają nasz światopogląd i naszą drogę przez życie!, to „nerw życia”, to „religia czynu”, a nie tylko słowa wstydliwie szeptanej modlitwy<sup>40</sup>!

Tak, jednym z fundamentalnych wymiarów bytowania człowieka jest jego religia, jego „układ z Bogiem”, przesądzający przynajmniej w sferze „Sollen” jakość i postawy oraz postęпки człowieka-wyznawcy. Szkoda, że „Sein” bywa odeń niezmiernie daleko. Mimo wszystko wara od mojej relacji z Bogiem!, nie kaźcie mi jej się wyrzekać ani nie kaźcie mi ją zatajać!, bo moim obowiązkiem jest „dawanie świadectwa”. Nie wpędzajcie jej do „krypt milczenia”, nie kwalifikujcie jako ciemnogrodu, oszołomstwa, homeryzmu itd. Wyznawcy nie wstydzą się Boga! Ja osobiście Boga się nie wstydzę! Moim prawem jest wyznawać wiarę w Boga, waszym obowiązkiem jest uszanować tę moją wiarę! W Nim moja moc, Jego wyznawanie jest moim i to niederogowalnym, świętym i niewzruszalnym prawem. Nie gwałćcie więc praw człowieka wy, upiorni głosiciele postmodernistycznej niewiary i niemocy. A u nas „moc w słabości się doskonalili”!

Rozpisałem się i ... zapodziałem czas. A może go wcale nie zapodziałem, tylko – po wycieczce w Przeszość wpadłem w grzęzawisko dzisiejszego Czasu, mojej bolesnej Terazniejszości: inności i orientacji, bezboźnictwa i bluźnierstwa,

36 Por.: art.18 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka; art.18 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych; art.9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka; art.12–13 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka; art.8 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów. Warto zwrócić uwagę na to, że dopuszczalność ingerencji państwa w korzystanie z tego prawa dotyczy nie całej jego substancji, lecz tylko kręgu zewnętrznego, a więc manifestowania swojej religii lub przekonań. „Inner Circle” jest absolutnie nietykalny.

37 Por.: art.4 ust.2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz art.27 ust.2 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka.

38 Por. „VII. Respect for Human Rights and Fundamental Freedoms, including the Freedom of Thought, Conscience, Religion and Belief”, Conference on Security and Co-operation in Europe. Final Act, Helsinki 1975.

39 Według Trybunału, wolność religii „is one of the foundations of a «democratic society» within the meaning of the Convention”, z podkreśleniem jednocześnie, że „The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it” – patrz: Case of Kokkinakis v. Greece, ECHR judgment of 25 May 1993, pkt 31 akapit 1.

40 Zdaniem Trybunału, wolność religii jest „one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life”, przy czym “bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions”, ibidem, pkt 31 akapit 1 in fine oraz akapit 2.

relatywizmu i permissywizmu. „Róbta, co chceta!” – ta pseudofilozofia robi dzisiaj zawrotną karierę. Wymyśla się wiele nowinek, a wszystkie – rzekomo w imię praw człowieka, dla ich promocji i progresji. W takiej wersji rościłyby one sobie pretensje do pozycji „praw o zmiennej treści”, a ta „zmiennność” byłaby tym bardziej wyrazista, im głośniejszy krzyk medialny promocji i wsparcia temu by towarzyszył. NGO w tej eskapadzie nie zabraknie. Rodzą się one jak grzyby po deszczu, finansów im dziwnie też nie brakuje, wrzask podnoszą coraz to donioślejszy. Tymczasem prawa człowieka nie wyrastają z utylitarystycznego i hedonistycznego wrzasku, lecz z głęboko osadzonych potrzeb; mają one być – i są! – trwałą ostoją człowieka w jego istocie, w jego godności i tożsamości.

Czas jakby się rozstępował; dochodzi poniekąd do jego dekompozycji. Wbrew tradycji, nie ma w nim nic stabilnego, a tym bardziej stabilizującego. Nasz czas się miota, jest czasem bolesnym. Nie tyle sam pędzi w nieznaną, ile jego „prodymystry postępu” wiodą go niepowstrzymanie na manowce! Czy stanie się „babim latem”, bezwładnie toczonym porywami zachcianek i wymysłów, wcale nie „wiatru historii”, który gdy zawieje – a mam na to nadzieję! – spełnią się słowa Poety, jak spełniały się w pamiętnym roku 1980: „Gdy wiele wiatr Historii, ludziom jak piękny ptakom rosna skrzydła, a trzęsą się portki pętkom!”.

Dlatego jest miejsce dla „uspokajaczy”, dla „stabilizatorów” dla „hamulców” jałowego postępu. Tę naszą epokę trzeba co nieco „wyciszyć”, by „mogła przystanąć, gdy zaśpiewa ptak”, by się rozejrzała wokół: może w tym tradycyjnym świecie uroczego piękna dosyć, by nie gonić rozpaczliwie przeciwko temu co dane i to dobrze dane!

A co z czasem przyszłym? Nie jestem ani jasnowidzem, ani prorokiem. Nie znam Przyszłości, choć o jej ludzką „Ratio” gotów jestem walczyć. Skoro jednak prawa człowieka są dogłębnie istotowo, na sposób przyrodzony z człowiekiem związane, skoro wyrastają jak wyraźnie to stwierdzają dokumenty międzynarodowe<sup>41</sup> – „z przyrodzonej godności osoby ludzkiej”, skoro są ostoją dla dalszego też rozwoju, przeto święcie wierzę, że w swoim „twardym rdzeniu” ostaną się one jako opoka, nie będąc ani zniweczone, ani też zdeprawowane. Mają służyć także tym, co po nas przyjdą, przyszłym pokoleniom ludzkości. Pamiętam, że w latach 1993–1994 dzięki Profesorowi Symonidesowi miałem okazję współuczestniczyć ramieniem w ramieniu z Jacquesem Cousteau w pracach nad Deklaracją praw człowieka przyszłych pokoleń ludzkości. Jeśli dobrze pojąłem sens tych prac, przegrał nurt przemądrzałych futurystów, którzy już wiedzieli, jak ukształtować prawa człowieka dla przyszłych, choćby i najdalszych pokoleń ludzkości; wygrał oparty na pokorze i zdrowym rozsądku nurt skupiający się na naszych teraźniejszych powinnościach wobec naszych odległych następców, wobec przyszłych pokoleń, którym mamy przekazać niezniszczony „twardy rdzeń” praw człowieka i świadomość dysponowania nim, a te przyszłe pokolenia same za siebie i dla siebie zadecydują i odpowiedni kształt potrzebnym im uzupełniającym elementom praw człowieka nadadzą; mam nadzieję na fundament właśnie tego, co my im przekażemy, z dodaniem odrobiny „zmiennej treści” do „wystroju wnętrza” dziedziczonego „gmachu praw człowieka”.

Oto garść refleksji... jakby zamiast mojego testamentu. Miałem dokonać na użytek V Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego w miarę kompletnego przeglądu okazji, form i postaci działania czasu w sferze praw człowieka. Do części szczegółowej w ogóle nie



dotarłem; zacząłem od uwertury i w niej ugrzęzłem i poza nią wychylić się nie tyle nie zdołałem, co o po prostu już nie chcę. Niech z tej przedmowy płynie moje przesłanie: człowiek pod rękę z należnymi mu prawami człowieka kroczy poprzez dzieje; jest w tych prawach trochę blichtru, trochę norm o „zmiennej treści”, chwytanych w danym czasie i przemijających wraz z nim; ale jest też fundament, twardy rdzeń, ów „hard core” czy „un noyau intangible”, obejmujący nie tylko to, co z mocy prawa wpisane jest w katalog praw niederogowalnych, ale też to, co z substancji praw podlegających derogacji zawsze musi być uszanowane i zachowywane jako ich istota, a co w sumie składa się na swoiste „ius necessarium” dla człowieka w każdym czasie i w każdej sytuacji. I niech ta opoka prawnoczłowiecza trwa, niewrażliwa na ciosy różnej maści „rewolucjonistów, niech stoi niewzruszenie Gmach Praw Człowieka i Podstawowych Wolności!

# W obronie godności embrionu – o podstawowej zasadzie Europejskiej Konwencji Bioetycznej\*

---

## In Defence of Human Embryos Dignity. Basic Principle of European Convention on Bioethics

*One of the most controversial issues of contemporary law policies is a question of fundamental principles of biomedicine legislation. Roughly speaking there are two basic models of biomedical regulation: the first one is based on a principle of human dignity which assumes that a human being has an autotelic value, the second one is libertarian - which assumes that biomedical regulation is value-neutral and should be determined mainly by interests of major beneficiaries of biomedicine development. The following paper presents analysis of the basic principle of the European Convention on Bioethics – the principle of protection of human dignity. Mentioned principle seems to be interesting to Polish legislator for two reasons: 10 Poland signed the European Convention on Bioethics in 1999 and is still working on its ratification, 20 model based on human dignity was accepted by the Polish legislator (article 30 of the Polish Constitution) which basically determined general frames of biomedical legislation.*

---

### Oktawian Nawrot

*doktor habilitowany nauk prawnych,  
profesor nadzw.  
Uniwersytet Gdański*

**C**harakteryzując swego czasu Powszechną Deklarację Praw Człowieka René Samuel Cassin, jeden jej z głównych architektów, porównał dokument do frontonu starożytnej świątyni. Fundament, na którym wzniesiony był gmach, stanowić miały zasady: godności, wolności, równości i braterstwa. Schody prowadzące do wejścia obrazowały jej preambułę. Samo wejście opierać się miało na czterech kolumnach obejmujących kolejno: (1) prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa

---

\* Niniejsze opracowanie stanowi zmodyfikowaną wersję *Epilogu* pracy O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011.

swojej osoby, a także prawa osobiste; (2) prawa w społeczeństwie obywatelskim; (3) prawa we wspólnocie politycznej; (4) prawa ekonomiczne, społeczne i kulturalne. Gmach świątyni miał być zwieńczony obowiązkami i ograniczeniami, umożliwiającymi realizację porządku społecznego i międzynarodowego, w którym prawa i wolności zawarte w Deklaracji byłyby w pełni realizowane<sup>1</sup>.

Dziś, po przeszło sześćdziesięciu latach od przyjęcia przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, śmiało stwierdzić można, iż wspomniana przerośnia, jak i idea praw człowieka ujęta w poszczególne artykuły Deklaracji, nie straciła niemalże niczego ze swej aktualności. Szczególnie aktualne wydają się być uwagi dotyczące fundamentu świątyni praw człowieka, który tworzą zasady godności, wolności, równości i braterstwa. Zarówno w ramach uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka Narodów Zjednoczonych, jak i systemów regionalnych, z systemem ochrony praw człowieka Rady Europy na czele, wspomniane wartości stanowią bowiem naturalny punkt wyjścia dla podejmowania działań, których celem jest rozbudowa świątyni.

Wśród wymienionych podstawowych wartości wyróżnione miejsce niewątpliwie zajmuje ludzka godność. Fenomen ten, jak zgodnie stwierdza się w podstawowych aktach z zakresu ochrony praw człowieka oraz w literaturze przedmiotu, stanowi źródło praw i wolności człowieka. Jest on w istocie „kamieniem węgielnym” systemów ochrony praw człowieka, ich centralną wartością, warunkiem *sine qua non* praworządności<sup>2</sup>. Podkreślić przy tym należy, że godność nie jest prawem, które – by pełnić swe funkcje – musi zostać ustanowione przez stosowną władzę. Jest czymś znacznie pierwotniejszym, połączonym z istotą i istnieniem jednostki ludzkiej, z czego wypływają jej podstawowe prawa i wolności. Notabene prawa te, co należy podkreślić, również w swej esencji są niezależne od woli sprawujących władzę, nie oni nadają je jednostce, co najwyżej potwierdzają ich istnienie. Przykładowo już w pierwszym zdaniu wstępu do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka pojawia się stwierdzenie: „Zważywszy, że uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie(...)”<sup>3</sup>; podobnie brzmią m.in. pierwsze zdania preambuły do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych<sup>4</sup>, a także Konwencji o prawach dziecka<sup>5</sup>. Ponadto w Paktach pojawia się sformułowanie, iż „prawa te wynikają z przyrodzonej godności człowieka”. Zależność podstawowych praw człowieka od godności, została również znakomicie oddana w preambule Konwencji w Sprawie Zakazu Stosowania Tortur oraz Innego Okrutnego, Nieludzkiego lub Poniżającego Traktowania albo Karania: „(...) zważając,

1 Por. J. Zajadło, *Historia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka a spór o uniwersalizm – relatywizm*, „Gdańskie Studia Prawnicze” t. XV, 2006, s. 521–522.

2 Por. A. Schulman, *Bioethics and the Question of Human Dignity*, [w:] *Human Dignity and Bioethics. Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington 2008, s. 12–14.

3 A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 1996, s. 154.

4 Dz. U. 1997 Nr 38, poz. 167, załącznik.

5 Dz. U. 1991 Nr 120, poz. 526.

że zgodnie z zasadami proklamowanymi w Karcie Narodów Zjednoczonych uznanie równych i niezaprzeczalnych praw wszystkich członków rodu ludzkiego stanowi podstawę wolności, sprawiedliwości i powszechnego pokoju, uznając, że prawa te wynikają z godności właściwej istocie ludzkiej (...)”<sup>6</sup>. Godność stanowi w końcu swoisty zwornik systemu ochrony praw człowieka zbudowanego na fundamencie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 roku<sup>7</sup>. Pomimo faktu, iż termin ten nie pojawia się w samym traktacie<sup>8</sup>, jak zauważył Europejski Trybunał Praw Człowieka: „Konwencja europejska o prawach człowieka musi być rozumiana i stosowana jako całość. Prawa człowieka tworzą zintegrowany system ochrony godności ludzkiej”<sup>9</sup>.

Istnienie godności jest więc w pełni niezależne od decyzji władzy, która stając wobec tego fenomenu, może co najwyżej ustosunkować się do niego w ten bądź inny sposób. Niemniej jednak nawet odrzucenie go, w sferze ontycznej niczego nie zmienia. Istnienie jednostki pozbawionej godności, jak podkreśla m.in. personalizizm chrześcijański, którego przedstawiciele z Jacquesem Maritainem na czele odegrali decydującą rolę w konstruowaniu filozofii Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, jest wewnętrznie sprzecznie nie tylko na płaszczyźnie semantycznej, lecz także narusza zasadę niesprzeczności w jej ujęciu ontologicznym<sup>10</sup>. Konsekwentnie uznać należy, że fakt zaistnienia jednostki, czyli bytu posiadającego godność ludzką, automatycznie implikuje istnienie bytu, któremu przysługują prawa człowieka.

Biorąc pod uwagę rolę i znaczenie ludzkiej godności dla systemów ochrony praw człowieka, za wielce znaczący – by nie rzec wręcz rewolucyjny – uznać należy fakt uczynienia przez Radę Europy z tej właśnie konstrukcji „kamienia węgielnego” regulacji biogenetycznych. Nie wdając się w tym miejscu w analizę szeregu aktów prawnych zaliczanych do kategorii tzw. prawa miękkiego, będących dowodami ewolucji systemu ochrony praw człowieka Rady Europy i związanej z nią ekstrapolacji „godności ludzkiej” na prenatalne stadia rozwoju istoty ludzkiej<sup>11</sup>, zauważmy, że o powyższym jednoznacznie świadczy tytuł otwartej do podpisu w Owiedo w 1997 roku tzw. europejskiej konwencji bioetycznej. Pełny, poprawny tytuł, wspomnianego traktatu brzmi: „Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie”. W przytoczonym sformułowaniu wyraźnie uderza fakt wyróżnienia dwóch klas podmiotów: klasy obejmującej desygnaty nazw „człowiek” oraz klasy

6 Dz. U. 1989 Nr 63, poz. 378.

7 Dz. U. 1993 Nr 61, poz. 284 ze zm.

8 Do systemu ochrony praw człowieka Europejskiej konwencji praw człowieka termin „godność ludzka” wprowadzony został za sprawą protokołu nr 13 dotyczącego zniesienia kary śmierci bez względu na okoliczności. W preambule wspomnianego traktatu pojawia się następujący passus: „Żyjąc przekonanie, że prawo do życia każdej jednostki ludzkiej jest podstawową wartością w społeczeństwie demokratycznym, oraz że zniesienie kary śmierci jest sprawą podstawowej wagi dla ochrony tego prawa i dla pełnego uznania przyrodzonej godności wszystkich ludzi”.

9 Wyrok ETPCz z dnia 31 lipca 2001 r. w sprawie *Refah Partisi i inni v. Turcja*, skargi nr 41340/98, 41342/98, 41343/98 i 41344/98, pkt 43.

10 Por.: K. Ajdukiewicz, *Zmiana i sprzeczność*, [w:] idem, *Język i poznanie*, Warszawa 1985, t. II, s. 90.

11 Dokumenty te poddałem analizie m.in. w pracy *Ludzka biogeneza*, op. cit.

obejmującej desygnaty nazwy „istota ludzka”. Do elementów pierwszego z wymienionych zbiorów odnoszą się w sposób bezpośredni prawa człowieka, do drugiego godność. Ponownie, rezygnując z analizy konotacji i denotacji wspomnianych terminów i odsyłając Czytelnika w tym zakresie do literatury przedmiotu<sup>12</sup>, podkreślić należy, że pierwszy z nich, czyli „człowiek”, na gruncie systemu ochrony praw człowieka Rady Europy odnosi się wyłącznie do przedstawicieli gatunku *homo sapiens* w postnatalnych stadiach rozwoju, drugi termin – „istota ludzka” – obejmuje także przedstawicieli gatunku *homo sapiens* w prenatalnych stadiach rozwoju. Odniesienie godności ludzkiej, którą śmiało można określić mianem normatywnej esencji człowieczeństwa, do pierwszych chwil rozwoju prenatalnego, nawet przy odstąpieniu od przyznawania ludzkim embrionom i płodom konkretnych praw, a także odmowie uznania przysługujących im wolności, więcej nawet – przy jednoznacznej odmowie przyznania im normatywnego statusu „człowieka”, uznać należy za przełomowe<sup>13</sup>. Za sprawą tego kroku system ochrony praw człowieka Rady Europy ulega bowiem znaczącemu rozszerzeniu, które należy bardzo wyraźnie podkreślić.

Wyjątkowa ranga godności ludzkiej a także implikacje jakie jej uznanie i uszanowanie może za sobą pociągać w kontekście praw człowieka, zwłaszcza wobec problemów, które rodzi rozwój biomedycyny, wymagają postawienia pytania o jej faktyczny status. To, że jest to podstawowa wartość współczesnych systemów ochrony praw człowieka nie ulega naturalnie wątpliwości. Wczesny rozwój prenatalny istoty ludzkiej budzi jednak liczne obiekcje dotyczące z jednej strony zasadności, z drugiej zaś celowości ekstrapolacji wskazanej wartości na ten etap embriogenezy.

Po pierwsze zauważyć należy, że godność ludzka, jako fenomen przynależący do rzeczywistości aksjologicznej, nie zaś przyrodniczej, wykracza poza czysto biologiczne istnienie. W istocie nie istnieje nic fizycznego, co dawałoby się zbadać przy użyciu „szkiełka i oka” naukowca i samo w sobie stanowiło desygnat nazwy „godność ludzka”, nawet przy założeniu jej abstrakcyjnego charakteru – apriorycznym przyjęciu, że nie stanowi ona substancji, lecz jest przypadłością. Konsekwentne przyjęcie jej istnienia, przy niemożności jego uprawdopodobnienia za pomocą bezpośredniej lub nawet pośredniej obserwacji, prowadzi do sformułowania wniosku, że w istocie stanowi ona określoną konstrukcję metafizyczną, narzuconą w sposób bardziej lub mniej arbitralny. Stwierdzenie, iż jest ona własnością immanentną istoty ludzkiej, nie zmienia więc faktu, że wobec fenomenu jej biologicznego istnienia pozostaje wciąż rzeczywistością transcendentną. Problem ten z największą jaskrawością unaocznia się właśnie w związku z ludzką biogenezą – zestawienie oraz gruntowna analiza zarodka ludzkiego i zwierzęcego, w żaden sposób nie może ujawnić różnic

12 O. Nawrot, *Istota ludzka czy osoba? Status nasciturusa na gruncie Europejskiej Konwencji Bioetycznej*, „Prawo i Medycyna” nr 1, 2004, s. 86–99; idem, *Ludzka biogeneza*, op. cit., s. 96–150.

13 Być może rewolucyjność systemu ochrony praw człowieka Rady Europy jest jego cechą konstytutywną. Gdy powstawała Europejska Konwencja Praw Człowieka, tego rodzaju rewolucyjny charakter posiadała instytucja skargi indywidualnej, za sprawą której jednostka uzyskiwała uprawnienia o charakterze prawnomiędzynarodowym, zaś państwo traciło „monopol” na sprawowanie władzy nad swoimi obywatelami. Por.: L. Garlicki, *Wprowadzenie*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I, *Komentarz do artykułów 1-18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 5.

w sferze aksjologicznej<sup>14</sup>. Rozumowanie, w którym ignoruje się przepaść pomiędzy rzeczywistością przyrodniczą i moralną, narażone jest niechybnie na zarzut błędu naturalistycznego. Ekstrapolowanie zatem kategorii godności ludzkiej na wczesne stadia rozwoju prenatalnego istoty ludzkiej, jest więc zabiegiem realizowanym przede wszystkim na płaszczyźnie aksjologicznej, a tym samym w społeczeństwie demokratycznym przyjmującym zasadę neutralności światopoglądowej państwa, wymagającym szczególnie silnego uzasadnienia.

Po drugie zasygnalizować należy trudności z określeniem konotacji nazwy „godność ludzka”. Uznanie, że jest ona immanentnym składnikiem ludzkiego istnienia w swej istocie nie niesie ze sobą żadnej treści, a tym samym nie czyni bytu ją posiadającego przedmiotem szczególnych obowiązków. Podobnie rzecz się ma z uniwersalnością, powszechnością, niezbywalnością, niestopniowalnością, absolutnością, stałością i równością godności. Wszystko to są cechy mówiące o tym „jaka” ona jest, pomijając całkowicie kwestię „czym” jest<sup>15</sup>. W związku z powyższym pojawia się wątpliwość czy godność ludzka jako taka w istocie jest czymś innym niż po prostu biologicznym faktem przynależności do gatunku *homo sapiens*<sup>16</sup>, któremu nauczyliśmy się przypisywać szczególne znaczenie moralne? Konsekwentnie godność z ontycznego punktu widzenia przestawałaby być cechą immanentnie wpisaną w naturę każdej istoty ludzkiej, a stawałaby się najwyżej, być może najistotniejszym, ale jednak wynikiem swoistej „umowy społecznej” – specyficznym aktem woli.

Po trzecie nie jest jasne, jakiego rodzaju konsekwencje należy wiązać z faktem posiadania ludzkiej godności, poza tymi, na jakie wskazują prawodawcy<sup>17</sup>. Wydaje się, że uznanie przez podmioty prawa międzynarodowego określonego katalogu praw człowieka, bez wskazywania ludzkiej godności jako ich źródła, w niczym nie umniejszałyby ich znaczenia. Co więcej stwierdzenie, że uniwersalnym, powszechnym, niezmiennym, stałym, równym etc. źródłem praw człowieka jest godność, przyjmując za fakt ewolucję, która zachodzi w ramach systemów ochrony praw człowieka, prowadzić może do wniosku, że są one permanentnie naruszane. Nie warto nawet w tym miejscu wspominać, iż prawo ze swej natury pozostaje przynajmniej o krok w tyle za zmieniającą się rzeczywistością. Zaiśczenie określonych aktów poprzedza z reguły wypracowanie regulacji prawnych ich dotyczących. Konsekwentnie to, co jutro stanie się prawem człowieka, dziś prawdopodobnie jest naruszane *ergo* ludzka godność, która pozostaje niezmienna, tak długo, jak długo trwać będzie ewolucja w ramach systemów ochrony praw człowieka, nigdy nie może być w pełni chroniona. Na marginesie warto zauważyć, że konstatacja ta zdaje się przesuwac godność

14 Andrzej Grzegorzczuk stwierdza wprost, że „wyższość człowieka nad resztą stworzenia nie jest prostym wnioskiem z badań naukowych, ale stanowi ocenę dodaną do opisu. Jest więc elementem ideologicznym, nie zaś naukowym”. Idem, *Pojęcie godności jako element poznawczej regulacji ludzkiego zachowania*, „Studia Filozoficzne” nr 8–9, 1983, s. 61.

15 Por. E. Picker, *Godność człowieka a życie ludzkie: rozbrat dwóch fundamentalnych wartości jako wyraz narastającej relatywizacji człowieka*, przeł. Jarosław Merecki, Warszawa 2007, s. 6–9.

16 W piśmiennictwie wyrażane są opinie, że w wypowiedziach typu: „człowieka należy szanować, bo człowiekowi przysługuje godność” dochodzi do mnożenia bytów bez potrzeby. Por. A. Grzegorzczuk, *Pojęcie godności*, op. cit., s. 59.

17 Por.: T. Caulfield, R. Brownsword, *Human dignity: a guide to policy making in the biotechnology era?*, „Nature Reviews. Genetics” vol. 7 (1), 2006, s. 75.

ludzką z zakresu tego, co jest, do sfery tego, co być powinno. W ten też sposób, paradoksalnie z pozycji krytyki konstrukcji godności istoty ludzkiej, dochodzi się do jej afirmacji w kształcie, w jakim częściowo występuje ona w systemach ochrony praw człowieka, z systemem Rady Europy na czele – celu, do którego spełnienia powinny dążyć państwa członkowskie<sup>18</sup>.

Wymienione powyżej zastrzeżenia zgłaszane pod adresem kategorii godności ludzkiej *in abstracto* i odpowiedź na nie niewątpliwie zdecydowanie wykraczają poza ramy niniejszego opracowania. Z uwagi na znaczenie omawianej konstrukcji dla regulacji biogenetycznych Rady Europy warto chociaż pokrótce odnieść się do nich, relatywizując je do ludzkiej embriogenezy. Przede wszystkim zauważyć należy, że metafizyczny charakter godności ludzkiej nie umniejsza jej znaczenia sam przez się. W istocie większość wartości chronionych w prawie ma właśnie tego rodzaju charakter. Co więcej, cały system prawa uznać można za fenomen metafizyczny. Rzeczywistość przyrodnicza jako taka nie stanowi przyczyny sprawczej jakiegokolwiek systemu prawnego. To właśnie fakt wykroczenia przez istotę ludzką poza rzeczywistość czysto fizyczną, uznać należy za pierwszy krok na drodze do powstania kultury, której elementem jest m.in. system prawny. Zarzut metafizyczności centralnego elementu określonego systemu prawnego, w sytuacji, gdy cały system posiada taką właśnie naturę, trudno zatem uznać za zasadny.

Rozważając zasadność kroku ekstrapolującego godność ludzką na etap embriogenezy należy wziąć pod uwagę fakt, iż istota ludzka we wczesnych stadiach rozwoju prenatalnego nie jest stroną relacji, które w sposób niejako naturalny nawiązują się między osobami. Relacje te, dostarczać mogą racji wystarczających dla uznania przyrodzonej godności ich stron, nie przekładają się w związku z tym na istoty ludzkie we wskazanych stadiach rozwoju. Jedyne „punkt zaczepienia” stanowić więc może natura istoty ludzkiej, której fundamentem jest jej tożsamość biologiczna oraz genetyczna. Zauważmy, że zgodnie z zaleceniami Zgromadzenia Parlamentarnego RE rozwój ludzkiego życia, który zapoczątkowany zostaje z chwilą zapłodnienia komórki jajowej, jest procesem ciągłym<sup>19</sup>, konsekwentne wprowadzenie jakichkolwiek jasnych, niearbitralnych dystynkcji, mogących być uznanymi za relewantne moralnie lub prawnie, jest niemożliwe. Z perspektywy ludzkiej embriogenezy przechodzenie przez kolejne stadia rozwoju prenatalnego: zygoty, moruli, blastuli etc. istoty ludzkiej, mimo iż bardzo istotne dla urzeczywistnienia tkwiącego w danej istocie ludzkiej potencjału, pozostaje bez wpływu na jej tożsamość, która zdeterminowana zostaje w momencie wymieszania gamet<sup>20</sup>. Tożsamość tę również dobrze określić można mianem natury ludzkiej, nie tylko zachowuje ona ciągłość w prenatalnych stadiach rozwoju, ale obejmuje *de facto* całe życie istoty ludzkiej. Jednocześnie we wczesnych stadiach embriogenezy wydaje się być najbardziej podatna, a także narażona na modyfikacje. Jeśli więc natura ludzka chroniona ma być w stadiach postnatalnych, kiedy możliwość jej modyfikacji jest już, ze względów biologicznych,

18 Na temat krytyki godności ludzkiej, zwłaszcza w kontekście regulacji bioetycznych, zob. również: S. Pinker, *The Stupidity of Dignity*, „Human Life Review” vol. 34, nr 2, 2008, s. 75–82.

19 Zalecenie 1046 (1986) w sprawie wykorzystywania ludzkich embrionów i płodów dla celów diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych, przemysłowych i handlowych, par. 5.

20 Zalecenie 1100 (1989) w sprawie wykorzystywania ludzkich embrionów i płodów w badaniach naukowych, par. 7.

stosunkowo mocno ograniczona, tym bardziej zasługiwać powinna na ochronę w okresie jej największej „plastyczności”. Pozostawienie zatem bez ochrony istoty ludzkiej w prenatalnych stadiach rozwoju, przy obecnym poziomie zaawansowania nauk i technik medycznych, może prowadzić wprost do naruszenia dobra stojącego u podstaw ludzkiej cywilizacji – człowieczeństwa.

W sposób nieoczekiwany wsparcia przedstawionemu powyżej rozumowaniu dostarczają również argumenty natury pragmatycznej wysuwane przez zwolenników nieskrępowanego rozwoju biomedycyny i dostępu do jej efektów. Podstawę wszelkich nadziei związanych z wykorzystywaniem ludzkich embrionów dla celów naukowych, terapeutycznych lub diagnostycznych, stanowi bowiem ich podobieństwo do osób. Podobieństwo to zasada się właśnie na posiadaniu przez obie grupy natury tego samego rodzaju. Zauważmy prostą prawidłowość: gdyby embrion ludzki nie posiadał „człowieczej” tożsamości biologicznej oraz genetycznej możliwości jego wykorzystania dla wskazanych na kartach niniejszego opracowania celów z pewnością nie byłby tak obiecujący. Z tego właśnie względu określenie statusu moralnego i prawnego ludzkiego zarodka, rodzi niepomiernie większe kontrowersje aniżeli określenie statusu innych komórek lub tkanek. Jeśli więc uznajemy, że natura ludzka stanowi wartość zasługującą na ochronę, a na to jednoznacznie wskazują systemy ochrony praw człowieka, wówczas krok polegający na rozciągnięciu ochrony na prenatalny okres życia istoty ludzkiej, ocenić należy ze wszech miar pozytywnie. Jednocześnie właściwe wydaje się konstruowanie mechanizmów ochrony właśnie wokół kategorii godności ludzkiej. To, co bowiem decyduje o wyjątkowej pozycji każdej osoby, jest tym, co dzieli ona z nienarodzoną istotą ludzką.

Właściwość odniesienia godności do ogólnej kategorii istot ludzkich, której podgrupę stanowią osoby, wiąże się również z jej specyfiką. Jest to kategoria najbardziej ogólna, ponad wszelką wątpliwość niepozostawiająca poza swoim zakresem żadnego przedstawiciela gatunku *homo sapiens*. Jest to także kategoria zbudowana na bazie tego, co najbardziej podstawowe a jednocześnie uniwersalne w skali gatunku – wspomnianej tożsamości biologicznej i genetycznej<sup>21</sup>. Niewątpliwie, z tego właśnie względu twórcy Europejskiej Konwencji Bioetycznej zdecydowali się chronić ludzkość na trzech płaszczyznach: jednostkowej, społecznej i gatunkowej. Trzecia ze wskazanych płaszczyzn, kładzie nacisk właśnie na wartość jednostki jako przedstawiciela gatunku *homo sapiens*<sup>22</sup>. To, co ludzkie, co gatunkowe, powinno być zachowane dla dobra przyszłych pokoleń i ludzkości, jako całości. Jak stwierdza Francis Fukuyama: „chcemy chronić naszą złożoną, wytworzoną przez ewolucję naturę przed dokonywanymi przez nas samych próbami modyfikacji. Nie chcemy niszczyć jedności ani ciągłości natury ludzkiej wraz z opartymi na niej prawami człowieka”<sup>23</sup>.

- 
- 21 Na marginesie zauważyć należy, że stwierdzenie nieadekwatności konstrukcji „godności ludzkiej” w odniesieniu do prenatalnych stadiów rozwoju istoty ludzkiej poważnie nadwyręża, jeśli nie wręcz uniemożliwia sensownego jej odniesienia do postnatalnych stadiów rozwoju. Jeśli bowiem z uwagi na względy biologiczne, odmówimy przyznania ludzkiemu embrionowi godności ludzkiej, wówczas trzeba będzie nie tylko uzasadnić właściwość odniesienia wspomnianej konstrukcji do późniejszych etapów rozwoju, ale do cech biologicznych w ogóle.
- 22 Por. par. 14 sprawozdania wyjaśniającego do Europejskiej Konwencji Bioetycznej.
- 23 F. Fukuyama, *Koniec człowieka. Konsekwencje rewolucji biotechnologicznej*, przeł. B. Pietrzyk, Kraków 2004, s. 226–227.



Wydaje się, że najlepszym środkiem do osiągnięcia tego celu jest wyniesienie całego okresu życia istoty ludzkiej do poziomu wartości podstawowej, uniwersalnej, powszechnej, niestopniowalnej i niezbywalnej, czyli uznanie przysługującej jej godności ludzkiej.

Drugi ze sformułowanych zarzutów, w kontekście ludzkiej biogenezy rozpatrywanej w perspektywie normatywnej, także zdaje się tracić na znaczeniu. Trudność z określeniem natury godności ludzkiej w istocie nie przekłada się na sposób jej funkcjonowania w ramach systemów prawnych. Z punktu widzenia efektywności systemu ochrony praw człowieka, w istocie kwestią drugorzędną pozostaje, czy wartość ta posiada naturę ontologiczną – sama przez się wpisana jest w ludzki byt, czy też ma charakter konwencjonalny. Zdecydowanie istotniejszy jest problem jej normatywnego charakteru<sup>24</sup>. Jeśli zatem przyjąć, że stanowi ona „jedynie” wynik porozumienia, wówczas to porozumienie, zważywszy na rolę, jaką kategoria ludzkiej godności odgrywa w prawie międzynarodowym, dotyczy swoistego aksjomatu. Od chwili związania wspomnianą umową społeczną nie podlega więc on dyskusji, stanowi wartość nadrzędną, centralną, podstawową zasadę systemów ochrony praw człowieka, najwyższą zasadę wiodącą, swoisty fundament porządku normatywnego<sup>25</sup>.

Ponadto zauważyć należy, że „godność ludzka” nie jest kategorią treściowo jałową. W literaturze przedmiotu powszechnie wskazuje się przynajmniej na dwa źródła, które odcisnęły wyraźne piętno na współczesnym kształcie tej idei, a są nimi: kantyzm oraz personalizm<sup>26</sup>. W opinii Immanuela Kanta „W państwie celów wszystko ma jakąś cenę, albo godność. To, co ma cenę, można zastąpić także przez coś innego, jak jego równoważnik, co zaś wszelką cenę przewyższa, a więc nie dopuszcza żadnego równoważnika, posiada godność”<sup>27</sup>. Zdanie to, w kontekście źródeł aksjologicznych praw człowieka, odczytywane jest jako jednoznaczne przypisanie człowieka do sfery bytów niepodlegających ze swej natury jakimkolwiek wartościowaniu<sup>28</sup>. Implikuje ono także nieredukowalność człowieka do kategorii mogących stanowić przedmiot wartościowania, a zatem rzeczy. Z tego właśnie względu, człowiek – w opinii filozofa z Królewca – nie może być traktowany jako środek do osiągnięcia określonych, nawet własnych, celów, zawsze sam w swej istocie musi stanowić cel. Oddając głos Kantowi: „Osoba jest celem samym w sobie, to jest nie może być nigdy przez kogokolwiek (nawet samego Boga) traktowana jedynie jako środek, nie będąc zarazem, sama przy tym celem, a więc człowieczeństwo w naszej osobie

24 Por. J. Zajadło, *Godność jednostki w aktach międzynarodowej ochrony praw człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” z. 2, 1989, s. 114–115.

25 E. Picker, *Godność człowieka*, op. cit., s. 5–6.

26 Zwięzłego, acz interesującego przeglądu większej ilości koncepcji godności dokonuje m.in. P.A. Lawer, *The Human Dignity Conspiracy*, „Intercollegiate Review” vol. 44, nr 1, 2009, s. 40–50.

27 I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, przeł. M. Wartenberg, Warszawa 1953, s. 70.

28 Na marginesie odnotować należy, że tego rodzaju interpretacja nie pokrywa się do końca z oryginalnym rozumieniem godności przez Kanta. Więcej na ten temat zob. np.: M. J. Meyer, *Idea godności u Kanta a współczesna myśl polityczna*, [w:] *Godność człowieka jako kategoria prawna*, red. K. Complak, Wrocław 2001, s. 43–53.

musi być dla nas samych święte; jest ono bowiem podmiotem prawa moralnego, a tym samym tego, co jest samo w sobie święte<sup>29</sup>.

Z przytoczonych powyżej cytatów wypływają dwie podstawowe konsekwencje: przede wszystkim ludzka godność oznacza nieredukowalność człowieka do kategorii mogących stanowić środek do osiągnięcia określonego celu. W związku z ludzką biogenezą i problemami, jakie rodzi rozwój nauk i technik biomedycznych, oznacza to m.in., że embriion, stanowiąc byt, któremu przysługuje godność ludzka, nie może być w żadnych okolicznościach poddany całkowitej instrumentalizacji. Konsekwentnie nie może być on wykorzystywany wyłącznie dla celów diagnostycznych, terapeutycznych lub badawczych. Nie może również stanowić jedynie środka do realizacji czyichkolwiek planów prokreacyjnych. On sam musi być najwyższym celem. Po drugie, posiadanie ludzkiej godności bezpośrednio wiąże się z funkcjonowaniem na płaszczyźnie moralnej. Fakt posiadania ludzkiej godności oznacza więc istnienie jednostki, jako podmiotu prawa moralnego. Co więcej, zdaniem Kanta prawo to nie jest transcendentne względem jednostki, nie pochodzi od jakiegokolwiek zewnętrznej władzy, nie jest również zakotwiczone w żadnym zewnętrznym obiekcie, którego może dotyczyć. Jak powiadał filozof z Królewca „niebo gwiazdiste nade mną i prawo moralne we mnie<sup>30</sup>. Gdyby było inaczej, jednostka przestałaby stanowić podmiot norm moralnych, a stałaby się niewolnikiem tego, kto byłby ich źródłem<sup>31</sup>. Moralność posiada więc swe źródło w jednostce, a ściślej w dobrej woli, która z kolei korzeniami tkwi w wolności<sup>32</sup>. Jednostka działa zaś w sposób wolny wtedy, gdy postępuje zgodnie z nakazami rozumu wolnego od partykularnych interesów jednostki – pójsia za tym, co pożądane, a także rozmaitych form nacisku zewnętrznego – wymagań społecznych, nakazów Boskich etc.<sup>33</sup>. W tego rodzaju działaniu ujawnia się, że czynem moralnym jest czyn, który powinien być spełniony. Rozum zatem sam odnajduje imperatyw, który kierować powinien postępowaniem jednostki. Kant nazwał go imperatywem kategorycznym, jako że wskazuje on działanie, które w obiektywny sposób jest konieczne i jednocześnie abstrahuje od wszelkich partykularnych lub zewnętrznych interesów, i nadał mu następujące brzmienie: „postępuj tylko według takiej maksymy, dzięki której możesz zarazem chcieć, żeby stała się prawem powszechnym<sup>34</sup> uzupełniając ją – z uwagi na jej czysto formalny charakter – tzw. zasadą człowieczeństwa: „Postępuj tak, byś człowieczeństwa tak

29 I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu*, przeł. J. Gałęcki, Warszawa 1972, s. 211. W przekładzie z 2002 roku, którym w dalszej części będę się posługiwał, odnośny fragment uzyskał brzmienie: „Wynika teraz samo przez się, że w porządku celów człowiek (a z nim każda istota rozumna) jest *celem samym w sobie*, tj. że nigdy nie może być traktowany przez kogośkolwiek (nawet przez Boga) tylko jako środek, nie będąc przy tym zarazem sam celem, że więc *ludzkość* w naszej osobie musi być dla nas samych świętą, wynika to z tego, co jest samo w sobie święte przez wzgląd na co i w zgodności z czym w ogóle coś może też być nazwane świętym”. I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu*, B. Bornstein, Kęty 2002, s. 132.

30 I. Kant, *Krytyka praktycznego*, op. cit., s. 158.

31 F.J. Mazurek, *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka*, Lublin 2001, s. 38.

32 J. Woleński, J. Hartman, *Wiedza o etyce*, Warszawa–Bielsko-Biała 2008, s. 119.

33 W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. II, *Filozofia nowożytna do roku 1830*, Warszawa 2001, s. 178.

34 I. Kant, *Uzasadnienie*, op. cit., s. 50.

w twojej osobie, jak też w osobie każdego innego, używał zawsze zarazem jako celu, nigdy tylko jako środka”<sup>35</sup>.

Zgodnie z filozofią Kanta moralność jest więc ugruntowana we wnętrzu człowieka, jest przejawem jego wolności i woli opierającej się na rozumie, stanowiąc o jego godności. Konsekwentnie, imperatyw kategoryczny i zakaz instrumentalizacji istot ludzkich, dla jakichkolwiek celów, istnieją niejako obiektywnie. Pomimo iż jednostka sama je w sobie odkrywa, nie tworzy ich – są prawami powszechnymi i koniecznymi, niczym prawa matematyki<sup>36</sup>.

Drugim prądem myślowym, który poważnie wpłynął na sposób rozumienia jak i wprowadzenie konstrukcji godności ludzkiej do aktów z zakresu ochrony praw człowieka był personalizm. Przedstawiciele wspomnianego nurtu uznają osobę za podmiot nie tylko w znaczeniu fizycznym, ale i moralnym, z tego też względu człowiek każdorazowo jest „kims”, a nie jedynie „czymś”<sup>37</sup>. Bycie człowiekiem nie sprowadza się zatem jedynie do faktu biologicznej egzystencji, bycie człowiekiem to także istnienie w sferze wartości. Innymi słowy funkcjonowanie w sferze wartości jest naturalnym i koniecznym elementem ludzkiego istnienia – wpisane jest w jego istotę. Konsekwentnie, człowieka, z uwagi na jego strukturę ontologiczną, nie można zredukować do jakichkolwiek innych, ogólniejszych kategorii. W ten bowiem sposób utraciłoby się to, co decyduje o jego istocie. Właśnie to, co uniemożliwia sprowadzenie osoby do poziomu zwierzęcia, reszty świata przyrodniczego, a co wpisane jest w jej istotę, decyduje o jej godności, jest jej godnością<sup>38</sup>, a nawet więcej, godność to „po prostu sama osoba jako wartość”<sup>39</sup>. Z tego też względu godność stanowi wartość absolutną. Będąc konstytutywną cechą osoby nie potrzebuje dla swego istnienia odniesienia do innej osoby, społeczeństwa bądź też zewnętrznej rzeczywistości przyrodniczej<sup>40</sup>.

Przedstawione powyżej ujęcie godności, przypisujące byt ludzki w sposób jednoznaczny do sfery wartości, powoduje, iż bycie osobą w sposób konieczny implikuje istnienie określonych praw. Dobitnie myśl tę wraził wspomniany już Jacques Maritain: „Osoba ludzka ma prawa przez to samo, że jest osobą, panem siebie i swoich czynów, w wyniku czego nie jest jedynie środkiem, lecz celem, który musi być traktowany jako taki. Godność osoby ludzkiej jest to słowo nic nie mówiące, jeśli nie znaczy, że osoba ze swej własnej natury posiada prawo do szacunku i jest podmiotem prawa, posiada prawa. Są rzeczy, które należą się człowiekowi przez to właśnie, że jest człowiekiem”<sup>41</sup>. Jednocześnie słusznie zauważa Franciszek Janusz Mazurek, że wspomniane prawa nie tyle wynikają z godności osoby ludzkiej, co – biorąc pod uwagę

- 35 I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, przeł. M. Wartenberg, Warszawa 1984, s. 62.  
 36 Por. G.L. Seidler, *Kilka uwag o prawie natury*, [w:] *Powrót do prawa ponadustawowego*, red. M. Szyszkowska, Warszawa 1999, s. 17.  
 37 K. Wojtyła, *Miłość i odpowiedzialność*, [w:] *Człowiek i moralność*, t. I, red. T. Styczeń, J. W. Gałkowski, A. Rodziński, A. Szostek, Lublin 1982, s. 24.  
 38 P. Duchliński, *Godność osoby w ujęciu Karola Wojtyły i jego uczniów* [w:] *Ku rozumieniu godności człowieka*, red. G. Hołub, P. Duchliński, Kraków 2008, s. 20–23.  
 39 A. Rodziński, *Osoba, moralność, kultura*, Lublin 1989, s. 32.  
 40 F.J. Mazurek, *Godność osoby*, op. cit., s. 116.  
 41 Cyt. za: ibidem., s. 117.

fakt, że godność to w istocie konstytutywny element osoby – tkwią w jej ontycznej strukturze<sup>42</sup>.

Najistotniejszym z praw, „które należą się człowiekowi przez to właśnie, że jest człowiekiem” jest prawo do bycia traktowanym właśnie jako człowiek, jako osoba. Prawo to według Maritaina obejmuje w zasadzie całą grupę praw, które nazywa prawami osoby ludzkiej jako takiej, a która zawiera:

- prawo do istnienia i życia odpowiadającego godności ludzkiej,
- prawo do wolności osobistej/kierowania swoim własnym życiem,
- prawo do rozwoju osobowości,
- prawo do wolności sumienia,
- prawo do wyboru stanu duchownego lub zawarcia małżeństwa według wolnego wyboru i założenia rodziny,
- prawo do integralności cielesnej,
- prawo do używania dóbr.

Ponadto z godnością związane były tzw. prawa osoby politycznej oraz prawa osoby społecznej<sup>43</sup>.

Warto w tym miejscu wspomnieć, że Maritain w całości poświęcił się „rewolucji intelektualnej i moralnej, która domaga się od nas, aby przywrócić w filozofii prawdziwą naszą wiarę w godność osoby ludzkiej i jej prawa, i aby odnaleźć autentyczne źródło tej wiary”<sup>44</sup>. Czytając preambułę Kraty Narodów Zjednoczonych, w której pojawia się sformułowanie „My, Ludy Narodów Zjednoczonych, zdecydowane (...) przywrócić wiarę w podstawowe prawa człowieka, w godność i wartość człowieka” lub wstęp do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, a w szczególności słowa: „zważywszy, że uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie, (...) zważywszy, że ludy Narodów Zjednoczonych potwierdziły w Karcie swą wiarę w podstawowe prawa człowieka, w godność i wartość osoby ludzkiej, (...) zważywszy, że jednakowe pojmowanie tych praw i wolności ma ogromne znaczenie (...)” odnosi się wrażenie, że rewolucja ta zakończyła się sukcesem.

Zaprezentowane powyżej ujęcia godności ludzkiej czynią w olbrzymim stopniu bezpodstawnym trzeci z wymienionych zarzutów, odnoszących się do opisywanej konstrukcji. Zarówno z pozycji kandydyzmu, jak i personalizizmu, co zaprezentowano powyżej, istnieje możliwość stosunkowo prostego wyprowadzenia praw, które przysługują jednostce wyłącznie z racji jej człowieczeństwa<sup>45</sup>. Naturalnie w przypadku kandydyzmu, szczególnie przy zestawieniu z personalizmem, operacja ta, z uwagi na formalny charakter imperatywu kategorycznego, nie okaże się nazbyt owocna. Niemniej jednak, funkcjonująca w jego ramach, zasada człowieczeństwa umożliwia sformułowanie zakazu instrumentalizacji istoty ludzkiej, czyli takiego jej traktowania, przy którym stanowi ona jedynie środek do realizacji określonych celów.

---

42 Ibidem, s. 118.

43 Ibidem, s. 126–128.

44 Cyt. za: ibidem, s. 128.

45 Na temat chrześcijańskiego rozumienia godności i jej implikacji dla działań biomedycznych zob.: O. Bayer, *Self-Creation? On the Dignity of Human Beings*, „Modern Theology” vol. 20, nr 2, 2004, s. 275–290.

W kontekście wątpliwości, jakie dotyczą ludzkiej biogenezy w związku z rozwojem biomedycyny, zakaz ten – nawet bez czynienia ludzkiego embrionu lub płodu podmiotem konkretnych praw, poza ewentualnym prawem do poszanowania godności – przy jego uwolnionej od partykularnych interesów wykładni, okazać się może bardzo pokąźny w treści<sup>46</sup>. Teoretycznie ogólna zasada poszanowania godności każdej istoty ludzkiej sama w sobie mogłaby wystarczyć dla jej efektywnej ochrony przed negatywnymi skutkami postępu w biologii i medycynie. W praktyce wykładnia prawa opierająca się jedynie na jego aksjologii okazuje się niezwykle trudna, zaś jej wyniki stosunkowo łatwo można podważyć.

Szczegółowa analiza regulacji biogenetycznych Rady Europy zbudowanych wokół zasady poszanowania godności istoty ludzkiej – na którą brak miejsca w niniejszym opracowaniu<sup>47</sup> – prowadzi do wniosku, iż zawarty w niej olbrzymi potencjał ochronny celowo jest ograniczany. Konkurencyjnym dobrem, które podlega ochronie w analogicznym stopniu, co godność istoty ludzkiej, jest postęp naukowo-badawczy. Jego znaczenie podkreślone zostało m.in. w treści zalecenia w sprawie inżynierii genetycznej<sup>48</sup>, w zaleceniu w sprawie notyfikacji badań związanych z rekombinacją kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA)<sup>49</sup>, w zaleceniu dotyczącym wykorzystywania ludzkich embrionów i płodów dla celów diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych, przemysłowych i handlowych<sup>50</sup>, zaleceniu dotyczącym wykorzystywania ludzkich embrionów i płodów w badaniach naukowych<sup>51</sup>, zaleceniu w sprawie badań medycznych na istotach ludzkich<sup>52</sup>, a także samej Konwencji Bioetycznej, która postęp ten reguluje, a nie zatrzymuje. Jednoczesna ochrona obu wartości spowodowała konieczność wypracowania zasady, która pozwoliłaby rozwiązywać konflikty zachodzące między nimi. Zasada ta *expressis verbis* wyrażona została w art. 2 EKB: „Interes i dobro istoty ludzkiej będą przeważać nad wyłącznym interesem społeczeństwa lub nauki”. Warto zwrócić uwagę, że w sposobie jej sformułowania wyraźnie przebija Kantowska zasada człowieczeństwa. O podobieństwie obu zasad w szczególności świadczy wyrażenie „wyłączny interes”, stanowiące odpowiednik wyrażenia „używał zawsze zarazem jako celu, nigdy tylko jako środka”. Innymi słowy w obu zasadach wyrażona zostaje myśl, że dobro istoty ludzkiej, bądź człowieczeństwo, powinno stanowić wartość nadrzędną i wszelkie działania powinny być mu podporządkowane. Niemniej jednak działania te mogą równocześnie służyć realizacji innych celów.

Ochrona interesów społeczeństwa lub nauki, czyli mówiąc ogólnie – osób, sprawia, że godność istoty ludzkiej w prenatalnych stadiach rozwoju chroniona jest w praktyce przed tymi działaniami, które jednoznacznie ją instrumentalizują i co do których udało się wypracować konsensus międzynarodowy. Działaniem tego rodzaju

46 Szerzej zob.: S.M. Shell, *Kant's Concept of Human Dignity as a Resource for Bioethics*, [w:] *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington 2008, s. 333–349.

47 Analizę tę przeprowadziłem w pracy: O. Nawrot, *Ludzka biogeneza*, op. cit.

48 Zalecenie 934 (1982), pkt 3.iii.

49 Zalecenie R (84) 16.

50 Zalecenie 1046 (1986), par. 2

51 Zalecenie 1100 (1989), par. 1.

52 Zalecenie R (90) 3.

jest np. świadome tworzenie embrionów do celów badawczych, zakazane przez art. 18, ust. 2 EKB, czy też klonowanie reprodukcyjne wyraźnie zakazane przez art. 1, ust. 1 KLON. Z ich zakresu wymykają się jednak eksperymenty na embrionach, z którymi niewątpliwie może się wiązać ich uprzedmiotawianie. Tym samym, w regulacjach biogenetycznych daje się zauważyć przesunięcie od metafizyki, której wyrazem jest przypisanie istotom ludzkim kategorii godności, ku pragmatyzmowi, który dopuszcza określone procedury w imię realizacji interesów społeczeństw lub nauki albo nawet konkretnych osób. Przykładowo konsekwentne posługiwanie się kategorią godności ludzkiej, w jej personalistycznym ujęciu, prowadzi Kościół katolicki do jednoznacznego potępienia technik sztucznej prokreacji<sup>53</sup>. W świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, stwierdzić zaś można, że tego rodzaju ograniczenia odczytane byłyby, jako naruszające prawa człowieka, a przypomnieć należy, że EKB w istocie rozwija postanowienia EKPC. O przesunięciu w kierunku pragmatyzmu świadczy w tym wypadku również odrzucenie projektu zalecenia w sprawie sztucznej ludzkiej prokreacji<sup>54</sup>. Projekt ten stanowi przykład bardzo konsekwentnego i niewątpliwie wewnętrznie spójnego zastosowania zasady prymatu godności istoty ludzkiej. Zasada ta, odczytana w sposób zaproponowany przez CAHBI, w zbyt dużym jednak stopniu ograniczała m.in. autonomię prokreacyjną osób.

Wspomniane przesunięcie to prawdopodobnie m.in. efekt (nazbyt) gorącego poszukiwania porozumienia dotyczącego kwestii najbardziej spornych, a jednocześnie – przynajmniej w tym zakresie, w jakim wprowadzone zostały do Konwencji Bioetycznej – podstawowych. Dobitym tego przykładem jest kwestia badań na embrionach, które w państwach, których ustawodawstwo na to zezwala, mogą być przeprowadzane, przy zagwarantowaniu embrionom „adekwatnej ochrony”. Tego rodzaju enigmatyczny zapis dowodzi zejścia do najniższego wspólnego mianownika, który w istocie – w zakresie ochrony istoty ludzkiej w początkowych stadiach jej istnienia – niczego ze sobą nie niesie<sup>55</sup>. Warto zauważyć, że z tego m.in. względu Niemcy i Austria, odmówiły podpisania Europejskiej Konwencji Bioetycznej<sup>56</sup>.

Wbrew powyższemu twórcy *Konwencji* wyrazili przekonanie, że stać się ona może dobrym punktem wyjścia do tworzenia regulacji krajowych w zakresie bioetyki, a zatem i biogenety. W ten też sposób należy postrzegać standardy

53 Zob. np. Jan Paweł II, *Evangelium vitae*, AAS 87 (1995) 401–552, par. 14; Kongregacja Nauki Wiary, *Donum vitae. Instrukcja o szacunku dla rodzącego się życia ludzkiego i o godności jego przekazywania*, AAS 80 (1988) 70–102; Papieska Rada ds. Duszpasterstwa Służby Zdrowia, *Karta pracowników służby zdrowia*, Watykan 1995, par. 21–34; Kongregacja Nauki Wiary, *Instrukcja Dignitas personae dotycząca niektórych problemów bioetycznych*, Rzym, 8 września 2008, par. 14 22.

54 Projekt CAHBI z dnia 10 stycznia 1989 roku.

55 Por. H. Nys, *The Biomedicine Convention as an Object and a Stimulus for Comparative Research in the European Journal of Health Law*, „European Journal of Health Law” nr 15, 2008, s. 278–279.

56 Steering Committee on Bioethics (CDBI), *Convention on The Protection of Human Rights and Dignity of The Human Being with Regard to The Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS/N0164), Preparatory Work on The Convention*, CDBMNF (2000)1, s. 136–137.

biomedyczne Rady Europy. Stanowią one mają absolutne minimum – zapewniają ochronę przed tego rodzaju sposobami wykorzystania postępu w zakresie biomedycyny, które na forum międzynarodowym uznano za godne potępienia. Fakt, że stały się one przedmiotem konsensusu, pozwalał jednocześnie wierzyć, że zostaną szeroko zaakceptowane i uszanowane. Podobnie, pomimo wysuniętych powyżej zastrzeżeń pod adresem standardów biogenetycznych Rady Europy, uznać należy, że wzniesienie ich na fundamencie ludzkiej godności, stanowi krok we właściwym kierunku. Niezwykle pożądanym a także niewątpliwie wartościowym postępem w zakresie nauk biomedycznych, powinien bowiem odbywać się w granicach nie tylko służących człowiekowi, lecz także stanowiących wyraz jego człowieczeństwa. Wydaje się, że uznanie zasady poszanowania godności istoty ludzkiej, stanowi dobry punkt wyjścia dla osiągnięcia tego celu<sup>57</sup>.

---

57 Por. R. Andorno, *Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics*, „Journal of Medicine and Philosophy” vol. 34, nr 3, 2009, s. 223–240.

# Private Law as the Factor in Culture Integration of UE Member States

---

## Prawo prywatne jako czynnik integracji kulturowej państw członkowskich UE

*Celem niniejszego artykułu jest podkreślenie roli prawa prywatnego Unii Europejskiej, jako czynnika przyczyniającego się do integracji na poziomie kultur państw członkowskich Unii. Prawo prywatne (nie wglębiając się w określenie jego zakresu), w naszej opinii, służy m.in. do zilustrowania integracji kulturowej państw członkowskich UE.*

*W związku z tak sformułowanym celem:*

*Po pierwsze, ukazujemy kulturę jako kontekst w procesach integracji europejskiej;*

*Po drugie, pokazujemy, że prawo prywatne UE stanowi doskonałą egzemplifikację integracji na poziomie kultur krajów członkowskich Unii. Zarówno bowiem próby stworzenia Europejskiego kodeksu cywilnego, ale także istniejące normy prawa prywatnego (zawarte np. w rozporządzeniach unijnych) są łącznikiem kultur państw członkowskich UE.*

*W efekcie przeprowadzonych rozważań formułujemy następujące wnioski:*

*Po pierwsze, we współczesnych czasach istnieje potrzeba i celowość nie tyle budowy wspólnego europejskiego kodeksu cywilnego, ale wspólnoty korzeni, na której może być skutecznie budowana europejska przestrzeń prawna;*

*Po drugie, budowanie wspólnych zasad prawa prywatnego powinno dokonywać się, naszym zdaniem, wokół współczesnych europejskich wartości zawartych w dorobku prawnym UE. Należy zawsze uwzględniać dwie perspektywy: porównawczą i historyczną. Pierwsza z nich odnosi się do „wspólnego rdzenia” prawa prywatnego w państwach członkowskich Unii, druga perspektywa natomiast wyrażana jest przez prawo rzymskie, które stanowi uniwersalny system odniesień do dziedzictwa kulturowego Europy.*

*Po trzecie, wzajemne zbliżanie prawa prywatnego państw członkowskich UE jest łatwiejsze niż zbliżanie prawa prywatnego w skali całego świata. Znaczenie mają wspólne tradycje kulturowe, a co za tym idzie wspólne wartości państw należących do UE.*

---

### Joanna Helios

*doktor nauk prawnych  
Uniwersytet Wrocławski*

### Wioletta Jedlecka

*doktor nauk prawnych  
Uniwersytet Wrocławski*

### Introduction

The objective of this article is to underline the importance of the European Union private law as a factor contributing to the integration of culture level of European Union member states. In our opinion private law (not delving into describing its scope) is used for example to illustrate cultural integration of EU member states.

In accordance with such formulated objective:



Firstly, we present culture as a context in European integration processes.

Secondly, we show that EU private law serves as an outstanding example of integration at cultural level of EU member states. The attempts to create European Civil Code as well as the existing rules of private law (for example those included in EU regulations) constitute a link between cultures of EU member states.

### I. Culture as the context of integration processes

Europe is a geographical, political, social and cultural notion. The role of these dimensions, besides the fundamental one which is relative territorial integrity, is historically changeable.

Nowadays in the actual hierarchy of importance economic issues of an integration process take the lead. However, the economy is more important modern basis of shaping Europe than political institutionalisation of this integrity. The European unity after World War II was planned from the beginning as a minimal unity aimed at realising mainly national interests. The idea of Europe is tolerated only to such an extent which enables to realise national projects. As a cultural idea it was used as a political mechanism of integration, though<sup>1</sup>.

G. Delanty<sup>2</sup> claims that political culture of a national state has been so far the only actual basis of legitimacy of supranational political structures. According to the regulative model, united countries should return part of their sovereignty in favour of an integrated Europe to rise to the challenge of the globalisation era. However, this model should be necessarily completed with social integration and cultural unity. It becomes evident that the social aspect of European integration is ineffective in revealing weakness of its democratic legitimacy.

European integration has not generated a European society yet. It has created no structural element of the bonds that characterise real social-cultural systems described by social sciences. It has become neither a superstate, supernation, nor supersociety. It is still a multistate and multinational creation which is rather an economic unit which started the whole process rather than a social unit, despite some signs of social convergence in some areas, e.g. parts of law, technical standards or infrastructure<sup>3</sup>.

One of the statements in the literature is: "Europe is above all cultural space, without which neither political nor metapolitical Europe would have been created"<sup>4</sup>.

It is questionable whether Europe is a continent in a geographical sense, which is stressed by J. Siewierski<sup>5</sup> who claims that it is undoubtedly a cultural continent comprising, like every continent, all wealth of component parts, i.e. ethnic, religious and social cultures. The European continent would not exist if rich in attainments culture had not come into being on this territory. Culture makes Europeans

1 Z. Pucek, *Idea społeczeństwa europejskiego koncepcjach integracji*, [in:] „Państwo i Społeczeństwo” 4/2003, p. 79–80.

2 G. Delanty, *Odkrywanie Europy. Idea, tożsamość, rzeczywistość*, Warszawa – Kraków 1999, p. 186.

3 Z. Pucek, *Idea społeczeństwa europejskiego...*, p. 88.

4 See: J. Ruskowski, *Wstęp do studiów europejskich*, Warszawa 2007, p. 34.

5 J. Siewierski, *Źródła tożsamości europejskiej*, [in:] J. Polakowska – Kujawa (red.), *Współczesna Europa w procesie zmian. Wybrane problemy*, Warszawa 2006, p. 17.

believe in their autonomy of the inhabited territory and define their common European identity.

P. Mazurkiewicz quoting H.-G. Gadamer<sup>6</sup> claims that “while asking about Europe not only do we mean a certain geographical territory but first of all the culture which has been shaped in that space within centuries and which has been playing such an important role in the world history. Thus, Europe should be perceived in philosophical categories as a type of culture where science, arts, religion and philosophy were differentiated. However, a subjective concept of humans appears to constitute the most essential element of this culture”<sup>7</sup>. Furthermore, it is stressed that the European strength is reflected in the ability to adapt and synthesize cultural transmission received from various directions within centuries as well as a certain competition with these directions.<sup>8</sup> K. Lehmann<sup>9</sup> emphasises that: “Although Europeans fought many times against each other rather than together, they derive their origin from common cultural transmission. Each epoch enriched these cultural layers. Europe has always taken risk of transformation upon itself. Therefore, also today it is “an unfinished project” (Jürgen Habermas)”. Hence, Europe might be said to be an area of contact and common penetration of numerous cultures of human property, civilizational elements which could be described as the common cultural heritage.<sup>10</sup> Europe is a certain cultural integrity then. P. Mazurkiewicz<sup>11</sup> calls Europe a “culture continent”. Cultural integrity does not need to mean one European culture. Europe is also called the space with a permanent intercultural dialog that is necessary with regard to cultural diversity<sup>12</sup>.

The element of the cultural unity is visible in Europe due to the interaction of basic values functioning in antiquity including Roman law and democracy as a political solution<sup>13</sup>.

With subsequent European Community incorporations after World War II and also the Constitutional Treaty debate an effort is made to negotiate the issues that are negotiable by nature and avoid those which divide or may divide in the future. What has been negotiated was the free flow of people, goods, services, customs and currency union, common in the EU environmental protection standards, common agricultural and transport policy and many others.

However, a question arises whether religious and national values could be agreed. Whether values and the cultural heritage are liable to be agreed beyond the financial dimension. Fathers, the founders of common Europe avoided everything

6 H.-G. Gadamer, *Dziedzictwo Europy*, Warszawa 1992.

7 P. Mazurkiewicz, *Kościół i demokracja*, Warszawa 2001, p. 17.

8 J. Ruskowski, *Wstęp do studiów...*, p. 37.

9 K. Lehmann, *Nowa Europa – fikcja i wizje. Doświadczenia i wyzwania z perspektywy Kościoła*, [in:] A. Dylus (red.), *Europa. Fundamenty jedności*, Warszawa 1999, p. 187 – 188.

10 J. Ruskowski, *Wstęp do...*, p. 38.

11 P. Mazurkiewicz, *Chrześcijańskie korzenie Europy*, [in:] M. Koźmiński (red.), *Cywilizacja europejska. Wykłady i eseje*, Warszawa 2004, p. 46.

12 J. Ruskowski, *Wstęp do...*, p. 39.

13 M. Szyszowska, *Demokracja w świetle procesów globalizacji*, [in:] *Problemy współczesnego ustrojoznawstwa*, Księga Jubileuszowa Profesora Bronisława Jastrzębskiego, J. Dobkowski (red.), Olsztyn 2007, p. 181.

that was not to be agreed and that might result in future conflicts. The European Union sticks tightly to this tendency despite Christian environments strongly insisting on a clear emphasis of cultural foundations<sup>14</sup>.

As it has already been stressed, Europe is described as “a certain «cultural continuum» being, however, reduced to a sum of diversities. Culture is defined as «multiethnic, multilingual and multireligious reality made of all national, regional and even local cultures and the interactions among them»<sup>15</sup>. Overcoming mentality limits is the most difficult task in the European Union. It is all about creating unity in diversity which will reconcile the bonds and closeness of all citizens with regional and ethnic differences at the same time taking into account the ethnic-religious dimension of this bond. The Union needs the European spirit community based on common values and ideals<sup>16</sup>. The greater economic space, the more citizens feel attached to each other. Opening successive political boundaries met in many regions with the resistance to accept rules of free movement of people both inside and outside the EU. The EU society finds it difficult to approve of the cultural diversity of its new members<sup>17</sup>.

European integration, similarly to globalisation, is a multilevel process. So called normative-institutional integration is advanced. A question arises whether besides the EU law other ways such as *lex mercatoria* are being shaped. Theoretical problems concerning conceptual perspectives and the European integration model are being outlined as well. This leads to numerous questions. Can overcoming polarisation of unity and diversity help solve the EU dilemmas? Do integration tendencies lead not only to unification of a substantial part of law but also to spreading European legal culture. Is it a threat of preserving national identity of the member states that is tightly connected with their cultural autonomy?

Convergence supporters expect it to enrich various cultures. The opponents, however, perceive convergence as a threat to cultural identity, diversity and uniqueness.

The feeling of the EU culture membership does not need to be connected with eurocracy. It is usually connected with the belief that part of the national culture has common features with European culture as a certain integrity preserving at the same time an element characteristic of a given national culture<sup>18</sup>.

D. de Rougemont said: „*L'Europe c'est l'invention culturelle*” (“Europe is a cultural invention”). Integrating Europe was invented “step by step” starting from two nations resigning from part of their sovereignty on a small territory and ending with creating European law and educating people not only in the categories of their own national states but also more widely, in the European perspective. The essence of

14 Ibidem, p. 32

15 After: K. Krzysztofek, *Kultura i integracja europejska. Implikacje dla Polski*, [in:] „Studia Europejskie” 1997, no. 3, p. 17–18.

16 J. Wilk, *Fundamentalne wartości Europy a aksjologia Unii Europejskiej*, [in:] J. Wilk, B. Walczak, *Elementy aksjologii Unii Europejskiej*, redakcja naukowa L. Gęsiak, Kraków 2009, p. 66.

17 Ibidem, p. 67.

18 M. Borucka – Arctowa, *Socjologiczno – prawne aspekty przemian systemowych w Polsce a problemy integracji europejskiej*, [in:] *Prawo w okresie przemian ustrojowych w Polsce. Z badań Instytutu Nauk Prawnych PAN*, Warszawa 1995, p. 124–125.

integration is the fact that it is a continuous multilevel process realised in the changing European and also global environment<sup>19</sup>.

Hence, integration is an answer to the crisis of culture and interpersonal communication. Introducing new technologies along with the scientific revolution signals appearing in the modern world post-modern (Z. Bauman) or late post-modern (A. Giddens) attitudes and behaviours. At the same time there are growing fears of new threats, weapons of mass destruction, organised crime, environment destruction or finally loneliness in a globalised world.

The UE policy should respond to these threats. The UE is said to offer an indirect dimension between globalisation, i.e. a kind of suspension in the world, and national or local cultures<sup>20</sup>.

Changing culture influenced by integration processes and many others, including global ones, is used to intensify integration. It may also stop or counteract it. This is especially noticeable in terms of values, especially while ascribing certain values or symbols to national groups or civilisations. Therefore such questions are still up-to-date: Is interfering in culture allowed? If yes, in what way? What might be achieved because of that?<sup>21</sup>.

## II. EU private law as an argument in cultural integration of UE member states

The cultural argument is frequently raised in the debate on unification of private law in the EU. It takes two basic forms. Firstly, the existence of separate, national legal cultures is seen as the good, which deserves protection in itself. The idea of the European Civil Code (ECC), aimed at unifying private law of the EU member states, is “an attack on pluralism”. Secondly, such great differences among legal cultures of the EU countries make unification impossible<sup>22</sup>. The European Civil Code views should be taken into account while indicating culture as the factor legitimating European law in the field of the EU private law. ECC would have a strong symbolic dimension, being not only the symbol of economic integration, along with common Euro currency, but also cultural integration (law is the creation and the element of culture), the symbol of European identification. Europe is said to need “common currency” also in the field of law, which would be another symbol of its unity. The unity is significant for emphasising a growing role of Europe in the world as one unit and the competition with the United States. At the beginning of the 21<sup>st</sup> century European continent should avoid repeating the 19<sup>th</sup> century phenomena such as: national divisions, solitary codifications or great isolationism. Member states are starting to bear responsibility for the condition of private law and not only

---

19 Ibidem, p. 324.

20 A. Z. Nowak, D. Milczarek (red.), *Europeistyka...*, p. 327–328.

21 After: A. Z. Nowak, D. Milczarek (red.), *Europeistyka...*, p. 335–336.

22 R. Mańko, *Unifikacja europejskiego prawa prywatnego z perspektywy społeczeństwa polskiego – przyczynek do dyskusji*, „Nowa Europa Przegląd Natoliński II” (7)/2008, p. 47–56; also: R. Mańko, *Europejski Kodeks Cywilny – stan prac nad projektem i perspektywy dalszego rozwoju*, „Studia Iuridica” vol. XLIII/2004, p. 153 – 154.

express independence of the EU nations. The culture of really European private law is coming to the fore<sup>23</sup>.

The cultural argument shows the value of European cultures diversity with civil-legal orders as their vital elements. The Union treaty orders to respect the identity of the EU member states, their history, culture and national traditions. While considering common foundations of European private law and seeking them in the culture one must not forget what does Code civil mean for the French lawyer and common law for the English one. Unifying private law completely, eliminating laws competition would impoverish the legal-comparative reflection and the opportunity to select the best legal solutions by the legislator in the future. Between the extreme standpoints, i.e. unity of private law systems and preservation of diversity of these systems, it is possible to find an indirect way in the form of Common Frame of Reference<sup>24</sup> that includes basic notions and legal rules of the EU contracts.

Harmonisation is the way to ensure unity of private law cultures of the EU member states despite differences between each legal system. Harmonisation of contracts law is necessary. However, harmonisation should be distinguished from unification in the form of imposing uniform ECC which would replace existing systems of national private law. There are opinions in the doctrine that the legal status that have been existing in Europe for many centuries should be restored. Therefore, the system of common character similar to *ius commune* should be recreated. *Ius commune* would be a doctrinally prepared collection of common legal principles and rules of subsidiary and facultative application<sup>25</sup>. Rebirth of *ius commune* in private law<sup>26</sup> aims at mitigating the differences between the European Union and member states. Hence, there is a turn towards Roman law that might be one of the main threads of a tapestry connected with various private law systems of the whole Europe<sup>27</sup>.

The reference to Roman law<sup>28</sup> appears in the EU where the notion of legal culture is acquiring a new dimension. This is expressed in the integration processes,

23 Ch. Von Bar, *Od zasad do kodyfikacji: perspektywy europejskiego prawa prywatnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002/2, p. 311.

24 Comp. Rozważania na temat DCFR (Zarys Wspólnych Ram Odniesienia): *Principles. Definitions and Model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline edition*, prepared by the Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on revised version of the Principles of European Contract Law, edited by Ch. Von Bar, E. Clive, H. Schulte – Nolke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano, F. Zoll, sellier. „European law publisher” 2009, p. 7, 15 – 16; F. Gomez Pomar, *The harmonization of Contract Law through European rules: a law and economics perspective*, “InDret” 2/2008, p. 19.

25 T. Pajor, *Harmonizacja prawa prywatnego z prawem Unii Europejskiej*, {in:} *System prawa prywatnego. Prawo cywilne. Część ogólna*, Tom I, Warszawa 2007, p. 258 – 259.

26 J. Rajski, *Nowy etap rozwoju europejskiego prawa prywatnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2006/1, p. 118; Kirjaamo, *European legal pluralism as rebirth of ius commune*, “Retfaerd” 94(2001), <http://www.jarkkotontii.net/blog/tieteilya-ja-filosofiaa/european-legal-pluralism-as-a>.

27 B. Perinan, *A Romanistic Approach on Unified European Private Law*, “Roman Legal Tradition” vol.1/2002, p. 109.

28 In the eighteenth century the Roman civil law was caught up in the great intellectual movements of the Enlightenment. The late eighteenth century attitude to Roman law was

pursuit of law harmonisation and in the cooperation of all organs using law in the country and internationally. For the European legal culture the unification aspect which has its historical roots is becoming valid. Europe was united in the legal culture when as a result of the Roman law reception one legal system was in force in the continental Europe. The Roman law constituted *ratio scripta* for everyone then. As a result, it is suggested even today to create a uniform system of European private law based in its assumptions on the main ideas of the Roman law. Detailed legal orders would be based on *ius commune Europeu*<sup>29</sup>.

A question arises about the sources of European legal culture of private law. Should these sources be sought in Roman law or Anglo-American one? In the legal unification process of Europe two models are due to compete; one based on the Roman law, the other on the Anglo-American law (i.e. "Mediterranean model" and "Atlantic model"). An example of this competition could be the issue of entering into contracts and the consequences of their nonfulfilment<sup>30</sup>.

The postulate to refer to Roman law<sup>31</sup> while building unity of the European private law was an impulse to discuss various aspects of usefulness of such an approach. The reference to legal experience might facilitate understanding and functioning in so called legal pluralism that is also characteristic of *ius commune*. Pluralism is a more observable feature of the environment where there is no monopoly of a national state on private laws regulation. The regulation takes place by means of few "permeating" law-making circles (national law, European private law, system of international protection of human rights)<sup>32</sup>.

Pluralism of national legal traditions impedes significantly the process of bringing together member states legislation. Pluralism is expressed mainly by the two law families existing in Europe, i.e. continental and common law<sup>33</sup>. It is worth remembering that the main aim of Principles of European Contract Law became, among other things, presenting common core of contract law in Europe and building a bridge between the two considerably varying families of legal systems; civil law and common law<sup>34</sup>. As an example of the conformity of civil law and common law might be ratification and application of *The Vienna Convention on international*

---

affected by success of Montesquieu's book, published in 1748. Montesquieu used many examples from Roman law to illustrate his thesis but most of his readers must have drawn the conclusion that Roman law reflected the spirit of an ancient society, which was manifestly different from that of contemporary societies. P. Stein, *Roman law in European history*, 2007, p. 110–111. See: J. Gordley, *Foundations of private law. Property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford 2010, p. 32–46.

- 29 M. Kuryłowicz, *Symbol prawa ludzkiego. Szkice o prawie rzymskim w utworach Louisa Aragona i Mieczysława Jastruna*, Lublin 2008, p. 136–137.
- 30 W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Warszawa 2009, pp. 67–68.
- 31 W. Wołodkiewicz, *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?*, Kraków 2003, p. 195.
- 32 W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, p. 549–550.
- 33 M. Kaczorowska, *Kontrowersje wokół unifikacji prawa prywatnego w Europie w świetle projektu Europejskiego Kodeksu Cywilnego*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2/2007, p. 35.
- 34 P. Machnikowski, *Zasady europejskiego prawa umów a przepisy kodeksu cywilnego o zawarciu umowy*, „Transformacje Prawa Prywatnego”, p. 78.

*sale of goods*. The convention proved that civil law and common law lawyers are able to work together using the same concepts<sup>35</sup>.

Apart from cultural differences there are also some common elements. Despite the differences based on ethical and political values between member states there is the common heritage, e.g. music, religion. The Europeans have a lot in common. However, the differences between nations and regions might constitute discomfort for them. Notwithstanding, every proposal highlighted by EU forces consisting in introducing new law and eliminating the importance of national boundaries, raises questions about the balance between centralised unification and national diversity. European Civil Code would indubitably have a strong influence on national cultures. Therefore, a detailed analysis of ECC consequences is required. Thus, it is necessary to draw a distinction between three different aspects of cultural diversity among member states and European regions. One of the aspects of *cultural matrix* concerns *political identity*. ECC is a challenge to the traditional political identity. The second aspect of cultural diversity refers to *morality* and *social values of the Community*. By means of civil law rules morality and social values of a given community are expressed. New European Civil Code would contain commitments imposing the EU citizens established standards not necessarily in accordance with the national codes standards. The third aspect of cultural diversity is particularly noticeable in understanding of legal culture<sup>36</sup>.

The vision of “new legal culture” of private law is emerging. It could be something more than only a “sum of laws” provided that this improvement is not directed at law unification but rather at greater coherence and integration thanks to a common, legal and reasonable process. A variety of codified experiences in the European countries pinpoints how private law is connected with cultural identity. Replacing pluralism of codes with one European Civil Code would cause dramatic change consisting in losing importance by local legal identities. However, everything depends on the importance attached to ECC<sup>37</sup>.

In these three aspects of cultural diversity – political identity, moral values and legal traditions – the enactment of the European Civil Code appears to threaten the imposition of uniformity on Europe. The issue in relation to each aspect of cultural diversity is how significant is the challenge posed by civil code. Is there a substantial danger that the civil code will remove valued cultural diversity with respect to political identity, moral values and legal traditions? Or, can the proposal for a civil

---

35 A. Pinna, *Drafting a Civil Code for Europe. Aims and Methods*, <http://palissy.humana.univ-nantes.fr/MSH?prog/ssh/SSNo2>; common foundations between common law and civil law are being sought in the legal comparative literature: Watson, *Legal transplants and European private law*, EJCJ vol.4.4 December 2000, <http://www.ejcl.org/44/art44-2.html>. There are also authors confirming the convergence between civil law i common law at a functional and formal level: M. Antokolskaia, *Family law and national culture. Arguing against the cultural constraint argument*, “Utrecht Law Review”, volume 4, Issue 2 (June) 2008, p. 31 and next, and a totally different approach is expressed by P. Legrand, *Diabolična idea*, “Nowa Europa Przegląd Natoliński II” (7)/2008, p. 92 and next.

36 H. Collins, *The European Civil Code. The way forward*, Cambridge Studies in European Law and Policy, Cambridge 2008, p. 124–133.

37 A. Chamboredon, *The codification model as a methodological attempt for the integration of the European private law*, “The European Legal Forum (E)” 1-2006, pp. 1-19.

code enable the building of solidarity in a transnational civil society without imposing unacceptable measures of conformity to federal standards?<sup>38</sup>

Contract law<sup>39</sup> is a question about ethics, economy and methods common to all Europeans rather than the issue of preserving relicts of the past. The differences between legal systems impede trade but not unification<sup>40</sup>. In most cases controversies aroused not between individual law orders but always between certain legal views. These differences of opinions have nothing to do with national origin<sup>41</sup>.

Law unification and harmonisation not only are a European problem but to some extent a global one. The world today is in conflict with considering cultural differences, e.g. between Muslims and the West. The conflicts are growing along with the development of transport and expansion of the world industry. Globalisation led to attitudes convergence. Globalisation processes became conducive to outlining common rules profitable in terms of economics and technology. Thanks to the European Union there is a greater cultural unification in Europe than in the rest of the world. Europe is the cultural world centre enriched in diversities. Culture is a value shared by Europeans. The works of Mozart, Grotius, Kant, Montesquieu are the basis of common culture. Europeans may base European Contract Law on these common foundations. Contract law frequently differs in formulations and techniques than in results<sup>42</sup>.

Multiculturalism is a European specificity. Hence, there is a question whether any cultural tradition would be more representative in a unified private law. There is a deeply rooted belief that the European Civil Code could be based on one tradition omitting another one. This mainly refers to common law. However, there are also more optimistic views on Europeanisation of private law. There is even a European dream of the private law, at least its part, being postnational. The supporters of Europeanisation of the private law strongly believe in its unity, the unity which is perceived as ideal and they are highly suspicious of new nationalisms. Moreover, they hold a belief that new European culture of private law may cause transfer from a more formal to more real approach to European private law<sup>43</sup>.

38 H. Collins, *The European Civil Code. The way forward*, Cambridge, Studies in European Law and Policy, Cambridge 2008, p. 132.

39 Contract law does not exist in an ivory tower. It is a practical tool regulating the circumstances in which one party can enforce a bargain made with another. Ultimately it is for consumers of the law – the businesses big and small, as well as individuals, who make bargains – to determine whether a European Contract Law would serve their purposes better than individual national laws or would provide a valuable additional tool. The only way to find out what the consumers of law want or need is ask them. S. Vogenauer, S. Weatherill, *The European Community's Competence to pursue the harmonization of contract law – an empirical contribution to the debate*, [w:] *The harmonization of European Contract Law. Implications for European Private Laws, business and legal practice*, (ed.) S. Vogenauer, S. Weatherill, Oxford, Portland, Oregon 2006, p. 142.

40 O. Lando, *Culture and Contract Laws*, "European Review of Contract Law", volume 3/2007, p. 4 and next.

41 *O przyszłości prawa cywilnego. Rozmowa z prof. Chrystianem von Barem szefem Grupy Studyjnej ds. Europejskiego Kodeksu Cywilnego*, "Palestra" 7–8/2007, p. 85.

42 O. Lando, *Culture and Contract Laws...*, p. 17.

43 M. W. Hesselink, *The politics of a European Civil Code*, "European Law Journal" vol. 10, No.6, November 2004, p. 679



**Conclusion**

As a result of conducted research we formulate the following conclusions:

Firstly, in modern times there is need and purpose to create not only common European Civil Code, but also common base on which European legal area may be successfully built.

Secondly, in our opinion creation of common private law rules should be done in accordance with cotemporary European values as included in EU acquis.

Two perspective should always be taken into consideration: comparative and historical. The first one refers to the “common core” of private law in EU member states, the second one is an expressed Roman law which constitutes a universal system of reference to European cultural heritage.

Thirdly, bringing closer EU member states private law is easier than bringing closer private law on a global scale. Common cultural traditions are of great importance here, accompanied by common values of EU member states.

Marta Szuniewicz

# Etyczne aspekty polityki imigracyjnej Unii Europejskiej

---

## The Ethical Aspects of Immigration Policy of the European Union

*The purpose of this article is to indicate, whether and to what extent the ethics supplements a normative-repressive attitude to a process of forming immigration policy of the European Union. The ethical approach implies necessity of individual treatment of immigrants and it puts certain obligations on the authorities and local residents of the host states. To achieve this aim immigrants should benefit from fundamental rights and freedoms. It will give an opportunity to introduce real social integration of non-nationals.*

*An adequate strategy for integration of immigrants should take advantage of integral attitude and it requires strengthening their rights, including a right to family reunification. Family reunion is perceived to be a useful tool for creating socio-cultural stability and ensuring achievement of EU aims, ei. economic and social cohesion, functional common market and effective freedom of workers' movement. The EU's institutions put an emphasis on the issue of immigrants' involvement in host society's life. Due to the fact that a change in mentality in global perspective is indispensable for successful integration, undertaking educational measures should be recognized to be the most appropriate starting point in this respect.*

---

**Marta Szuniewicz**

*doktor nauk prawnych  
Akademia Marynarki Wojennej w Gdyni*

### Wprowadzenie

Tradycyjne normatywno-represyjne podejście do problematyki migracyjnej prezentowane jest przez prawników i ekonomistów, przedstawiających zjawisko migracji z perspektywy regulacji prawnych lub uwarunkowań i skutków gospodarczych. Współcześnie coraz częściej do badania zjawiska migracji używa się narzędzi socjologicznych lub psychologicznych, uosabiających podejście opisowo-wyjaśniające.

Etyczne podejście do problematyki migracyjnej postrzega jednostkę (imigranta) wielowymiarowo w jego wszystkich kontekstach społeczno-kulturowych. Stara się ono nie tylko zrozumieć i wyjaśnić istotę i przyczyny migracji, ale – będąc zorientowanym na wartości – dążyć powinno również do rozwiązania problemów, jakie wyłaniają się na linii migrant-państwo pochodzenia, a przede wszystkim migrant-państwo przyjmujące. Z uwagi na personalistyczny (humanistyczny) wymiar nazwano je w literaturze tzw. „podejściem zintegrowanym”<sup>1</sup>.

Przedmiotem i celem niniejszego opracowania jest próba wskazania, czy i w jakim zakresie etyka uzupełnia normatywno-represyjne podejście do procesu kształtowania polityki imigracyjnej Unii Europejskiej, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki integracji obywateli państw trzecich.

## 1. Etyczne podejście do problematyki imigracji<sup>2</sup>

Poza transgraniczną mobilnością jednostek będącą rezultatem realizacji własnych ambicji coraz częściej – zwłaszcza w przypadku młodych osób opuszczających ojczysty kraj w pogoni za „lepszym jutrem” – decyzja o wyjeździe za granicę wynika z niezadowolenia społecznego<sup>3</sup>. W tym kontekście samo zjawisko imigracji, jako reakcji na panującą w kraju pochodzenia „sytuację wypychającą”, stanowi anomię społeczną<sup>4</sup>, skoro jednostka nie ma możliwości osiągnięcia celów społecznych przy pomocy akceptowalnych reguł zachowania<sup>5</sup>.

Środowisko imigrantów cechuje nagły spadek liczby i intensywności kontaktów społecznych, co pogłębia poczucie alienacji i osamotnienia nowo przybyłych. Powyższy stan pogłębiają dysonanse poznawcze co do warunków panujących w państwie przyjmującym, stereotypowe myślenie, stałe poczucie bezdomności i czasowości, któremu towarzyszy zaburzenie systemu norm i wartości. Te ostatnie, choć deklarowane przez imigrantów jako ważne, jednocześnie uznawane są przez nich za nienadające się do zastosowania „tu i teraz”<sup>6</sup>. Te wszystkie elementy powodują zaburzenie systemu norm i leżą u podstaw wytworzenia się swoistej „subkultury uzgadniania usprawiedliwień przekraczania pewnych norm moralnych w środowisku

- 1 M. S. Zięba, *Migration – ethical challenges*, Lublin 2009, prezentacja multimedialna, slajd nr 9 (31), <URL=http://www.kul.pl/maciej-st-zieba-materialy-dla-studentow,art\_17443.html#soc> [dostęp: 12.05.2012].
- 2 Co do zasady uwagi przedstawione w niniejszej części opierają się na ustaleniach poczynionych przez dra Macieja Stanisława Ziębę z Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego.
- 3 Decyzja o migracji zazwyczaj jest podejmowana na poziomie rodziny; zob. Z. Kawczyńska-Butrym, *Kapitał migracyjny – oczekiwania i doświadczenia*, [w:] *Migracja – wartość dodana?*, red. K. Markowski, Lublin 2008, s. 73 i n.
- 4 Szerzej nt. zob. E. Durkheim, *O podziale pracy społecznej*, przeł. K. Wakar, Warszawa 1999.
- 5 M.S. Zięba, *Etyczny wymiar sytuacji migranta zarobkowego: rola państwa*, [w:] *Migracja zarobkowa do Włoch. Próba podejścia interdyscyplinarnego*, red. D. Bryk, B. Roźnowski, M.S. Zięba, Lublin 2008, s. 35–36.
- 6 M.S. Zięba, *Globalizacja a problemy społeczne: migracje*, slajd nr 18 – prezentacja multimedialna wykładu przygotowana na studia podyplomowe z zakresu organizacji pomocy społecznej w ramach komponentu Europejskiego Funduszu Społecznego: „Człowiek – najlepsza inwestycja”, Instytut Socjologii UMCS, Lublin 2009, <URL=http://www.kul.pl/maciej-st-zieba-materialy-dla-studentow,art\_17443.html> [dostęp: 13.05.2012].

migrantów”<sup>7</sup>. Pociąga to za sobą nie do końca uświadamianą stopniową zdradę ważnych wartości w wymiarze personalnym, rodzinnym i narodowym na różnych płaszczyznach, w tym języka, religii i kultury. Porzucenia własnej kultury nie rekompensuje zdolność do asymilowania się z kulturą lokalną<sup>8</sup>, co pozostawia jednostkę w obliczu pustki wartości, z jakimi może się utożsamiać. Reasumując: anomia społeczna generuje anomie środowiska imigrantów, kwalifikowane w nauce jako przykład anomii sektorowej.

O ile podejście socjologiczne może poprzestać na opisie i wyjaśnieniu zjawiska, podejście etyczne wymaga wskazania należytego toku postępowania, słuszności podejmowanego działania mającego na celu naprawienie istniejącej złej sytuacji i zapobieżenie pojawianiu się jej w przyszłości oraz oceny jego skutków. Z uwagi na podobieństwo do mobilności zawodowej spotyka się kwalifikację imigrantów w kategoriach środowiska zawodowego<sup>9</sup>. W związku z powyższym można mówić o swoistej etyce zawodowej, stanowiącej rodzaj etyki szczegółowej<sup>10</sup>.

Ze względu na graniczny charakter<sup>11</sup> sytuacji migracyjnej do badania zjawiska migracji trzeba wykorzystywać podejście zintegrowane, kierujące się pewną niepodważalną hierarchią wartości i czyniące z etyki naukę nadrzędną, wyznaczającą kierunek badań nauk prawnych i ekonomicznych<sup>12</sup>. Etyczne podejście zakłada postrzeganie imigrantów jako osób, jednostek funkcjonujących w pewnej nowej dla siebie sytuacji, w obcej społeczności. Implikuje to konieczność traktowania podmiotu, a nie w kategoriach siły roboczej<sup>13</sup>.

Tymczasem kształt praktyki politycznej i społecznej państw członkowskich nierzadko jest taki, jak gdyby celem migracji zarobkowej miało być jedynie zapewnienie siły roboczej jednym regionom, a spadku bezrobocia i wzrostu konkurencyjności innym, któremu potocznie zwykło towarzyszyć wartościowanie różnicujące migrantów na akceptowanych pracujących i płacących podatki „dobrych” imigrantów oraz tych „złych”, bezrobotnych, popadających w szarą strefę lub podejmujących inne działania naganne, których należy dyscyplinować za pomocą środków karnych<sup>14</sup>. Brakuje jednak prób poszukiwania odpowiedzi na pytania o przyczyny powyższych zjawisk, uwarunkowania skłonności do popadania imigrantów w anomie,

7 M. Kosewski nazywa ją subkulturą sektorową; zob. idem, *Anomia i etos pracowniczy*, [w:] M. Kosewski, L. Mellibruda, *Podręcznik do filmu edukacyjnego „Dylematy”*, Warszawa 2002, s. 19.

8 M.S. Zięba, *Migration – ethical challenges*, op. cit., slajd nr 21.

9 Por. M.S. Zięba, *Etyczny wymiar*, op. cit., s. 35.

10 Szerzej nt. etyki szczegółowej i modeli jej klasyfikacji zob. T. Ślipko, *Zarys etyki szczegółowej*, Kraków 2005; J. Hołowska, *Etyka w działaniu*, Warszawa 2001 oraz *Etyka... w nauce... w polityce... w medycynie... w biznesie*, red. A. Zdunek, Lublin 2003.

11 Co do ogólnego rozumienia sytuacji granicznej w etyce, zob. np. D. Prabucka, *Wprowadzenie*, [w:] *Etyka wobec sytuacji granicznych*, red. D. Prabucka, Kraków 2007, s. 9.

12 M.S. Zięba, *Etyczny wymiar*, op. cit., s. 31–32.

13 M.S. Zięba, *Zintegrowane podejście do kwestii migracji*, [w:] *Migracja – wyzwania XXI wieku*, red. M.S. Zięba, Lublin 2008, s. 21.

14 Wraz z ostatecznym rozwiązaniem, czyli wydalaniem imigranta z terytorium państwa przyjmującego.

kwestii odpowiedzialności za powyższy stan rzeczy oraz działań możliwych do podjęcia dla zmiany rzeczywistości migranta<sup>15</sup>.

Wspomniana powyżej konieczność podmiotowego traktowania imigrantów przez władze państwa przyjmującego oraz członków przyjmującej społeczności lokalnej nakłada na te ostatnie konkretne zobowiązania. Obowiązki rodzą się również po stronie imigrantów i to na kilku płaszczyznach, w szczególności zaś wobec rodziny; wobec społeczności, która go wychowała i wykształciła, umożliwiając podjęcie dalszych zajęć i pracy; oraz wobec społeczności, która go przyjęła<sup>16</sup>.

Obowiązki etyczne spoczywają na obu państwach, choć z odmiennie rozłożonymi akcentami. W przypadku państwa przyjmującego nie chodzi o tworzenie niedyskryminującego ustawodawstwa, ani nawet o przeciwstawianie się postawom ksenofobicznym czy nietolerancyjnym, choć mają one niewątpliwe znaczenie. Główny punkt ciężkości etycznych obowiązków państwa sprowadza się do założenia, w myśl którego skoro państwo decyduje się na przyjmowanie imigrantów, to zaciąga wobec nich określone zobowiązania. Przede wszystkim przyjmuje na siebie odpowiedzialność za umożliwienie im godnego życia i za uformowanie ich postawy obywatelskiej.

Nowo przybyły imigrant staje się członkiem społeczności lokalnej, w której powinien umieć się poruszać. W celu zapewnienia, z jednej strony, imigrantowi dobrej adaptacji do miejscowych warunków, z drugiej zaś, dotychczasowym obywatelem utrzymanie „porządku społecznego”, a w rezultacie zadawalające funkcjonowanie i „jakość życia” nowej społeczności, państwo przyjmujące musi wziąć na siebie obowiązek formowania postawy obywatelskiej migranta w nowych warunkach<sup>17</sup>. Co do zasady obowiązek ten spoczywa nie tyle na państwie przyjmującym, co społeczności lokalnej, w której zamieszkał imigrant. Tylko władza lokalna może zagwarantować – poza udzieleniem samego zezwolenia na pobyt – prawdziwą integrację społeczną imigranta<sup>18</sup>.

Osiągnięcie celu w postaci zidentyfikowanego powyżej ukształtowania w imigrantach postawy obywatelskiej, wymaga wyposażenia tych ostatnich w katalog praw i wolności, z jakich mogą korzystać na terytorium państwa przyjmującego (tzw. *right-based approach*)<sup>19</sup>. Z drugiej jednak nie można migranta ujmować tylko w kategoriach praw i uprawnień. Jak słusznie zauważył M.S. Zięba, takie podejście prowadzi do „wypaczenia” kategorii poprawności politycznej w kierunku fałszywej skłonności do nakazywania tolerowania tego, co tolerowane być nie powinno<sup>20</sup>. Podmiotowości imigrantom nie gwarantuje przyznanie im zestawu praw (uprawnień), ale ujęcie go również w kategoriach obowiązków, które sprawiają, że człowiek czuje się potrzebny<sup>21</sup>. Wydaje się, że dla stworzenia właściwego modelu

15 M.S. Zięba, *Zintegrowane podejście*, op. cit., s. 23.

16 Ibidem, s. 22.

17 Idem, *Etyczny wymiar*, op. cit., s. 40.

18 European Parliament, *Immigration, integration and employment, European Parliament resolution on the Communication from the Commission on immigration, integration and employment*, COM (2003) 336, 2003/2147(INI).

19 ILO, *Report of the Committee on Migrant Workers*, Geneva 2004, conclusions, par. 24.

20 Por. M.S. Zięba, *Zintegrowane podejście*, op. cit., s. 23.

21 Ibidem, s. 22.

etycznej analizie sytuacji etycznej migranta i społeczności, w których migrant funkcjonuje, należy w pierwszym rzędzie porzucić politycznie poprawny relatywizm kulturowy<sup>22</sup>. Za dobry punkt wyjścia posłużyć może krytyka etycznego relatywizmu kulturowego i mocnego subiektywizmu kulturowego wraz z analizą kwestii tolerancji<sup>23</sup>. Po drugie, należy dokonać właściwej analizy specyfiki sytuacji wyobcowanego ze środowiska kulturowego migranta, jako sytuacji szczególnie anomiogennej i rodzącej zagrożenia czasowego porzucenia wyznawanych wartości podstawowych i łatwego znajdowania specyficznych, silnych uzasadnień dla tego procederu<sup>24</sup>.

Różnorodność istniejących w świecie systemów wartości i problemy związane z ich weryfikacją w zmiennych warunkach migracji czyni zasadnym przyjęcie systematycznej „filozofii wartości”<sup>25</sup>. Dla analiz etycznych zjawiska migracji konieczne jest zatem przyjęcie pewnej mocnej tezy etycznej głoszącej, że „w strukturze ogólnoludzkiego, obiektywnego ładu moralnego kryje się pewien elementarny świat wartości moralnych absolutnych, czyli powszechnie ważnych i niezmiennych”<sup>26</sup>. Przyjęcie mocnej tezy wyjściowej, jak słusznie podkreśla M.S. Zięba, jest szczególnie niezbędne w sytuacji wielokulturowości, która charakteryzuje zjawisko migracji<sup>27</sup>. W takim kontekście łatwo ulec pokusie relatywizmu kulturowego, nie dostrzegając, że takie podejście nie tylko nie ułatwia, ale wręcz uniemożliwia dogłębne zrozumienie sytuacji migranta w środowisku przyjmującym<sup>28</sup>.

Reasumując, regulowanie zjawiska imigracji musi wykorzystywać podejście zintegrowane, kierujące się podmiotowym traktowaniem imigranta i pewną niepodważalną hierarchią wartości. Ponadto, należy mieć na uwadze, że pomyślna adaptacja imigranta do nowych warunków i odnalezienie własnego miejsca w społeczności lokalnej przynosi korzyści dla obu stron: imigranta i jego rodziny oraz państwa przyjmującego. Niedostrzeżenie tego faktu, zaburzenie niepodważalnej hierarchii wartości i brak podmiotowego podejścia do imigrantów może doprowadzić do eskalacji niezadowolenia społecznego i przybrać postać otwartego starcia wrogich sobie współmieszkańców. Za namiastkę tych ostatnich niech posłużą Czytelnikowi zamieszki, których doświadczyła Francja w 2005 roku.

## 2. Ewolucja polityki imigracyjnej Unii Europejskiej

Skala zjawiska imigracji zarobkowej do Unii Europejskiej przybrała znaczące rozmiary. O ile w 1996 roku na jej terytorium znajdowało się 12 mln obywateli państw trzecich, w 2004 roku ich liczbę oszacowano już na 465 mln

22 Ibidem, s. 25.

23 D. Śliczniak, *Relatywizm i tolerancja w ujęciu Iji Lazari-Pawłowskiej*, [w:] *Pluralizm i tolerancja*, red. K. Wiliński, Lublin 1998, s. 111 i n., za: M.S. Zięba, *Zintegrowane podejście*, op. cit., s. 25.

24 M.S. Zięba, *Zintegrowane podejście*, s. 25.

25 F. Znaniecki, *Czy socjologowie powinni być także filozofami wartości?* [w:] ibidem, *Społeczne role uczonych*, Warszawa 1984, s. 499.

26 Z takiego założenia wychodzi M.S. Zięba, *Etyczny wymiar*, op. cit., s. 33.

27 Ibidem.

28 Ibidem.

mieszkańców<sup>29</sup>, a więc na przestrzeni niespełna 8 lat – wraz z rozszerzeniem UE – ich liczba zwiększyła się blisko 40-krotnie. Z uwagi na fakt, że w ostatnich latach wszystkie państwa członkowskie doświadczyły wzrostu imigracji, a obywatele państw trzecich stanowią obecnie około 4 procent całej populacji Unii Europejskiej<sup>30</sup>, jest to wyzwanie, z którym musi się zmierzyć każde państwo członkowskie.

Jakkolwiek obecnie nadal widoczna jest tendencja ochrony krajowych rynków pracy, zwłaszcza wobec pogłębiających się problemów ze światową, w tym europejską, koniunkturą gospodarczą, to z drugiej strony prognozowany „brak rąk do pracy” na skutek chociażby starzenia się społeczeństw starego kontynentu czyni napływ siły roboczej niezbędnym dla dalszego rozwoju państw członkowskich<sup>31</sup>. Już na początku XXI wieku napływ imigrantów stanowił około 70 procent przyrostu ludności UE<sup>32</sup>. Jak wskazywały obliczenia, z uwagi na poważny deficyt demograficzny, Unia Europejska będzie potrzebowała w następnych dekadach znacznej liczby imigrantów<sup>33</sup>. Analitycy przestrzegają, że polityka zamkniętych granic szybko staje się luksusem, na który nie można sobie pozwolić we współczesnym świecie oraz wskazują na konieczność wspomaganie mobilności imigrantów<sup>34</sup>.

Problematyka imigracji zajmuje od lat szczególne miejsce na agendach organów i instytucji Unii Europejskiej. Została ona wpisana w strategię lizbońską z 2000 roku<sup>35</sup> i jest postrzegana jako jedno z ważniejszych wyzwań, jakie stawia przed UE współczesny świat. Ponadto, jakkolwiek rozważania w niniejszym opracowaniu skupiają się na obywatelach państw trzecich, należy pamiętać o wewnętrznym wymiarze migracji (między państwami członkowskimi), gdzie „państwo wysyłające” i „państwo przyjmujące” to ten sam organizm, czyli Unia Europejska<sup>36</sup>.

29 Dane przytoczone za: I. Wróbel, *Polityka migracyjna rozszerzonej Unii Europejskiej – w poszukiwaniu odpowiedzi na nowe wyzwania*, Materiały Robocze 4/05, Forum Wymiaru Sprawiedliwości i Sprawy Wewnętrzne UE, Centrum Europejskie Natolin, Warszawa 2005, s. 6.

30 European Public Health Alliance (EPHA), *European Agenda for the Integration of Third-Country Nationals* (14.11.2011), <URL=http://www.eph.org/a/4758> [dostęp: 27.06.2012].

31 L. Mitrus, *Swoboda przemieszczania się pracowników po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 179; por. też E. Borowska-Kędzierska, M. Prus, *Polityka migracyjna i azylowa*, [w:] *Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości Unii Europejskiej. Geneza, stan i perspektywy rozwoju*, red. F. Jasiński i K. Smoter, Warszawa 2005, s. 129.

32 Wskazane za: C. Herma, *Polityka migracyjna, wizowa i azylowa Unii Europejskiej – najważniejsze instrumenty prawne i aktualna dyskusja*, „Biuletyn Analiz UKIE” nr 10, 2002.

33 UN Population Division, *Replacement Migration: Is It a Solution to Declining and Ageing Population?*, UN Doc. ESA/P/WP.160 (21.03.2000), s. 85 i n.

34 Por. I. Wróbel, op. cit., s. 14.

35 The European Council, *Presidency Conclusion: The Lisbon Strategy*, Lisbon, 23–24.03.2000.

36 European Union, *Third Annual Report on Migration and Integration* Commission of the European Communities COM (2007) 512 final, Brussels 11.09.2007 r., s. 3 <URL=http://ec.europa.eu/justice\_home/fsj/immigration/docs/com\_2007\_512\_en.pdf> [dostęp: 22.05.2012].

Artykuł 63 ust. 3 lit. a traktatu amsterdamskiego z 1997 roku<sup>37</sup> wyznaczył Radzie Europejskiej pięcioletni okres na przyjęcie odpowiednich instrumentów prawnych odnoszących się do warunków wjazdu i pobytu, standardów i procedur wydania długoterminowych wiz oraz zezwoleń na zamieszkanie, w tym zezwoleń wydanych w celu połączenia z rodziną. Współpraca na szczeblu UE w zakresie integracji obywateli państw trzecich była systematycznie rozwijana od czasu programu z Tampere z 1999 roku<sup>38</sup>, zakładającego zbliżanie statusu prawnego obywateli państw trzecich do statusu obywatela UE. Propagowana wówczas wizja polityki integracji imigrantów zakładała dwukierunkowość procesu, mającego polegać na wzajemnym „przystosowaniu” (ang. *adaptation*) imigrantów i dotychczasowych mieszkańców państw członkowskich. Debata polityczna poświęcona integracji odbywa się cyklicznie i stanowiła stały punkt konferencji na szczeblu ministerialnym<sup>39</sup>.

W kolejnym kilkuletnim programie haskim z 2004 roku wezwano do „całościowego podejścia [do zjawiska imigracji – przyp. M.Sz.], obejmującego wszystkie płaszczyzny imigracji, (...) politykę w zakresie wjazdu i pobytu (zezwalania na wjazd i pobyt) oraz politykę w zakresie integracji i powrotu”<sup>40</sup>. Podczas duńskiej prezydencji w 2004 roku przyjęto Wspólne Podstawowe Zasady dla polityki w zakresie integracji imigrantów<sup>41</sup>, które miały służyć za wytyczne (wskazówki) dla państw członkowskich podczas formułowania krajowych polityk integracyjnych. Ustanowiły one solidne ramy dla podejmowania odpowiednich środków w omawianym zakresie i podkreśliły holistyczne podejście do integracji oraz cel, jakim jest m.in. pomoc państwom członkowskim w opracowywaniu polityk integracyjnych dla nowo przybyłych imigrantów. Ich implementację wspierać miała Wspólna Agenda dla Integracji, przyjęta przez Komisję Europejską w 2005 roku<sup>42</sup>.

W ramach pierwszej wspólnej zasady dotyczących integracji imigrantów (CBP 1) ujęto kształt integracji, jako „dynamicznego, dwukierunkowego procesu wzajemnego przystosowania wszystkich imigrantów i mieszkańców państw członkowskich”, obejmującego „częstą interakcję pomiędzy imigrantami i obywatelami

37 Traktat amsterdamski zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, Traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty z 2.10.1997 r., O.J. C 340 z 10.11.1997 r., s. 1 i n.

38 Rada Europejska, *Tampere European Council: Presidency Conclusions* (Tampere, 15–16.10.1999 r.).

39 Poświęcone problematyce integracji konferencje ministrów odbyły się w Groningen (2004), w Poczdamie (2007), w Vichy (2008) i w Zaragozie (2010).

40 *The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union* (Haga, 5.11.2004 r.), O.J. 2005 C 053 z 3.03.2005., s. 3, part III, sec. 1.2. [tłum. własne].

41 Council of the European Union, Justice and Home Affairs (JHA), *Immigrant Integration Policy in the European Union: Common Basic Principles (CBPs)*, Doc. 14615/04 (19.11.2004).

42 Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: *A Common Agenda for Integration. Framework for the Integration of Third-Country Nationals in the European Union*, COM(2005) 389 final (Brussels, 1.09.2005 r.).



państwa członkowskiego<sup>43</sup>. Oznaczało to odejście od haseł asymilacji, rozumianej jako jednokierunkowy proces jednostronny proces porzucania przez imigrantów i ich potomstwo swojej kultury i dokonania pełnej adaptacji do społeczeństwa przyjmującego w drodze całkowitego podporządkowania się przyjętym w nim wartościom i prawom<sup>44</sup>. Jako docelowy model dla społeczności, w których w wyniku imigracji nasila się wieloetniczność populacji rekomendowano w UE społeczeństwo multikulturowe<sup>45</sup>.

Coraz wyraźniej rysowało się jednak zjawisko izolacji społeczności imigrantów w ramach społeczności lokalnych, przybierając często postać swoistych dzielnic (gett). Dzieci imigrantów z państw trzecich żyły w ramach wspólnoty imigrantów, nie uczyły się języka państwa przyjmującego, nie wchodziły w głębsze interakcje ze społecznością lokalną. Oddalenie od kraju pochodzenia przy jednoczesnym braku więzi ze społecznością państwa przyjmującego były źródłem narastającej frustracji i niepokojów społecznych, wyczerpującej znamiona opisanej na wstępie anomii środowiska imigrantów, co – wobec przybierających na sile konfliktów religijnych – wywoływało niechęć rezydujących w tych państwach obywateli UE. Wobec narastających od lat problemów koniunktury gospodarczej, niewydolności systemów zabezpieczenia społecznego w państwach opiekuńczych i rosnącego bezrobocia, wskazane czynniki przyczyniły się do nasilenia tendencji ksenofobicznych i radykalizmu społecznego w państwach zachodnioeuropejskich, a na sile zaczęły coraz wyraźniej przybierać poglądy sprzeciwiające się polityce multikulturowości i niedyskryminacji. Ponadto należy mieć na uwadze, że wraz z szeroko zakrojoną akcją poszerzenia Unii Europejskiej i wielomilionowej migracji obywateli nowo przyjętych państw członkowskich przy stopniowym otwieraniu zachodnioeuropejskich rynków pracy napływ taniej siły roboczej spoza Unii Europejskiej stracił na znaczeniu.

Podczas gdy Europa *de facto* stawała się w coraz większym stopniu multikulturowa, instytucjonalna wizja wielokulturowości, tożsamości i kultury w Europie pozostawała ograniczona do przeszłości. Jej nieadekwatność i restrykcyjny, tradycyjny obraz, nieuwzględniający krajowej tożsamości i kultury państw członkowskich UE skutkował jej niewydolnością<sup>46</sup>. Ostatecznie w Pakcie w sprawie imigracji i azylu z 2008 roku<sup>47</sup> ogłoszono kapitulację polityki multikulturowości, upatrując jej

43 Powyższa zasada została zidentyfikowana i przyjęta na szczepku UE w konkluzjach spotkania w Tesalonikach w 2003 roku, gdzie podkreślono, że integracja jest procesem wzajemnego przystosowania wymagającego udziału zarówno imigrantów i społeczeństwa przyjmującego, zob. European Council, *Conclusions of the Greek Presidency*, Tesaloniki, 19–20.06.2003 r., par. 28 i n. [tłum. własne].

44 Zob. np. IOM, *Determining the goals of integration*, <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/managing-migration/integration-of-migrants/determining-goals-of-integration> (24.05.2012); W. Bosswick, F. Heckmann, *Integration of Migrants: Contribution of Local and Regional Authorities*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2006, s. 4 i 7; IOM, *Integration of Migrants. Section 3.6.*, s. 8.

45 W. Bosswick, F. Heckmann, op. cit., s. 4.

46 Por. M. Martiniello, *Towards a coherent approach to immigrant integration policy(ies) in the European Union*, s. 15 <URL=<http://www.oecd.org/dataoecd/42/58/38295165.pdf>> [dostęp: 13.06.2012].

47 Council of the European Union, *European Pact on Immigration and Asylum*, Doc. 13440/08 (24.09.2008).

przyczyn w braku środków na jej realizację. Zwrócono się w kierunku zapobiegania izolacji grup i wewnętrznej stabilności poprzez preferowanie aktywnego uczestniczenia imigrantów w życiu społecznym. Dla osiągnięcia wytyczonych celów przyjęto odpowiednie instrumentarium polityki integracji imigrantów, obejmujące edukację językową, historyczną i ustrojową już na etapach poprzedzających wjazd na terytorium państwa członkowskiego UE.

Ostatnie ramy wieloletniej polityki imigracyjnej UE ustanowił Program sztokholmski z 2009 roku<sup>48</sup> oraz strategia Europa 2020<sup>49</sup>. W myśl Programu sztokholmskiego Unia Europejska musi zapewnić sprawiedliwe traktowanie obywateli państw trzecich, którzy przebywają legalnie na terytorium państw członkowskich. Integracja, jako dynamiczny dwukierunkowy proces wzajemnej interakcji, wymaga „nie tylko starań na szczeblu władz krajowych, regionalnych i lokalnych, ale również większego zaangażowania ze strony społeczeństwa wysyłającego i imigrantów”<sup>50</sup>. Bardziej aktywna polityka integracyjna powinna mieć za cel przyznanie imigrantom praw i obowiązków porównywalnych z tymi, jakie przysługują obywatelom UE. Powyższy cel stanowi rdzeń współpracy europejskiej w zakresie integracji i powinien być osiągnięty możliwie najszybciej, nie później niż w 2014 roku<sup>51</sup>. Program sztokholmski z 2010 roku potwierdził, że pomyślna integracja legalnie przebywających na terytorium UE obywateli państw trzecich pozostaje kluczowa dla maksymalizacji korzyści płynących z imigracji<sup>52</sup>. Europejska współpraca może sprzyjać bardziej efektywnej polityce integracyjnej w państwach członkowskich przez zachęcanie i wsparcie dla działań podejmowanych przez odpowiednie władze.

W lipcu 2011 r. Komisja Europejska zaproponowała „europejską agendę dla integracji imigrantów spoza UE”<sup>53</sup>, skupiającą się na działaniach na rzecz gospodarczej, społecznej, kulturalnej i politycznej partycypacji imigrantów oraz podkreślającą działania na szczeblu lokalnym. W nowej agendzie wyraźnie wskazano wyzwania wymagające rozwiązania, jeśli UE chce skorzystać w pełni z potencjału imigrantów i różnorodności. Wyraźnie podkreślono również rolę państw pochodzenia imigrantów w procesie integracji<sup>54</sup>.

48 European Council, *The Stockholm Programme – an Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens* (O.J. z 2010 r., C 115, s. 1 i n.).

49 European Commission, Communication from the Commission: *Europe 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth* (Brussels, 3.03.2010 r.), COM (2010) 2020 final.

50 *The Stockholm Programme* (2010), sec. 6.1.5. [tłum. własne].

51 Ibidem, sec. 6.1.4.-6.1.5.

52 Ibidem, sec. 6.1.5.

53 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *European Agenda for the Integration of Non-EU Migrants* (Brussels, 20.07.2011 r.), COM (2011) 455 final [tłum. własne].

54 *A Common Agenda for the Integration of Non-EU-Nationals*, dostępny na: <URL=http://ec.europa.eu/home-affairs/policies/immigration/immigration\_integration\_en.htm> [dostęp: 24.05.2012].

### 3. Polityka integracji obywateli państw trzecich, czyli w poszukiwaniu podejścia etycznego w polityce imigracyjnej UE

#### 3.1. Podmiotowe podejście do obywateli państw trzecich

Problematyka imigracji została uznana przez strategię lizbońską z 2000 roku za jeden z kluczowych instrumentów prowadzących do dobrobytu zjednoczonej Europy, która dawno już „przestała (...) być kwestią techniczną, ekonomiczną czy czysto prawną – (...) [stając się] problemem politycznym”<sup>55</sup>. Unii Europejskiej przyświeca cel etyczny zapewnienia „formacji obywatelskiej”<sup>56</sup>. Wyraźnie podkreślono to m.in. w deklaracji berlińskiej, wskazując, że „[w] Unii Europejskiej urzeczywistniamy nasze wspólne ideały: centralnym punktem odniesienia dla naszych wartości jest człowiek. Jego godność jest nienaruszalna. Jego prawa są niezbywalne”<sup>57</sup>. Ideologiczny wymiar procesu zacieśniania więzi między państwami wprowadza unijnych decydentów na płaszczyznę wartości społecznych<sup>58</sup>.

Jeśli zatem „Unia Europejska ma pozostać projektem społecznym, ludzkim, czyli posiadającym wymiar etyczny, to migrant musi być postrzegany zawsze jako osoba, cel działań instytucji państwowych i wspólnotowych, a nie jako instrument do zapewnienia innym dobrobytu”<sup>59</sup>. Wobec powyższego, analiza zjawiska imigracji w UE wymaga wyjścia poza kwestie prawno-ekonomiczne i uwzględnienia wymiaru etycznego stosunku UE i jej państw członkowskich do imigrantów. Ci ostatni powinni być postrzegani, jak już wspomniano, jako osoby, jako funkcjonujące w pewnym społeczeństwie jednostki. Wymaga to traktowania podmiotowego imigrantów, a nie postrzegania ich wyłącznie w kategoriach siły roboczej, która ma zapewnić sprawne funkcjonowanie gospodarki i „europejskiego modelu społecznego”<sup>60</sup>.

#### 3.2. Łączenie rodzin jako warunek pomyślnej integracji imigrantów

Powszechnie przyjmuje się, że odpowiednia strategia wobec problemów imigracji i integracji imigrantów powinna zakładać wzmocnienie praw tych ostatnich, w szczególności zagwarantowanie im prawa do połączenia rodziny<sup>61</sup>. W związku

55 J.-M. Ferry, *La question de l'Etat europeen*, Paris 2000, s. 275, za: M.S. Zięba, *Etyczny wymiar*, op. cit., s. 29–30.

56 Ibidem.

57 *Deklaracja przyjęta z okazji pięćdziesiątej rocznicy podpisania traktatów rzymskich* (Berlin, 25.03.2007 r.), par. I, <URL=http://europa.eu/50/docs/berlin\_declaration\_pl.pdf> [dostęp: 26.06.2012].

58 M.S. Zięba, *Etyczny wymiar*, op. cit., s. 30

59 Idem, *Zintegrowane podejście*, op. cit., s. 21–22.

60 Idem, *Etyczny wymiar*, op. cit., s. 31.

61 ILO, *Report of the Committee on Migrant Workers*, Geneva 2004, Conclusions, par. 24; ILO, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (Article 19, 22 and 35 of the Constitution): Third Item on the Agenda: Information and Reports on Application of Conventions and Recommendations. Report III (Part 1A): General Report and Observations concerning particular countries*, Geneva 2009, s. 646; Komisja Praw Człowieka, *Resolution 2005/47: Human rights of migrants* (19.04.2005), E/CN.4/RES/2005/47, par. 9–10; Committee on Migration, Refugees and Demography, *Right to Family Life for Migrants and Refugees. Report* (M. Aguiar), 10.09.2001, par. 2 i 74; Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Recommendation 1686 (2004) Human Mobility and the Right to Family Reunion* (23.11.2004), par. 6.

z powyższym pod koniec ubiegłego stulecia podjęto na szczeblu unijnym decyzję w przedmiocie konieczności zharmonizowania krajowych regulacji prawnych w zakresie łączenia rodzin obywateli państw trzecich (Amsterdam 1997) oraz dążenia w kierunku zrównania praw imigrantów z prawami przysługującymi obywatelom UE (Tampere 1999). O ile pierwszy cel został osiągnięty – choć w kształcie budzącym pewne wątpliwości – wraz z przyjęciem i procesem implementacji dyrektywy Rady 2003/86/WE w sprawie prawa do łączenia rodzin, idea zrównania w prawach i obowiązkach wszystkich rezydentów Unii Europejskiej powtarzana jest w kolejnych kilkuletnich programach, a ostatni z nich ustalił cezurę roku 2014 (Sztokholm 2009). Wśród szerokiego katalogu praw i wolności szczególne znaczenie ma prawo dostępu do edukacji i zatrudnienia, do świadczeń z zakresu zabezpieczenia społecznego oraz prawo do połączenia rodziny na terytorium państwa przyjmującego.

Możliwość sprowadzenia tam swoich najbliższych jest warunkiem *sine qua non* pomyślności procesu integracji imigrantów na terytorium państw przyjmujących<sup>62</sup>. Wspólne życie pracownika ze swoją rodziną na terytorium nowego państwa jest nie tylko kwestią z zakresu ochrony praw człowieka, ale również katalizatorem aktywnej postawy imigranta w społeczeństwie przyjmującym<sup>63</sup>. Co więcej, łączenie rodzin imigrantów pomaga stworzyć „stabilność socjokulturową” oraz – w dalszej linii – służy zapewnieniu realizacji fundamentalnych celów UE, tj. spójności gospodarczej i społecznej UE, funkcjonalnego rynku wspólnego<sup>64</sup> oraz efektywnej zasady swobodnego przepływu pracowników<sup>65</sup>. Dla osiągnięcia celu pomyślnej integracji obywateli państw trzecich na terytorium państw członkowskich<sup>66</sup> Komisja Europejska uznała potrzebę opracowania dyrektywy dotyczącej jednolitych zasad w zakresie łączenia rodzin obywateli państw trzecich na terytorium UE, która ostatecznie została przyjęta w 2003 roku<sup>67</sup>.

W celu zapobieżenia izolacji nowo przybywających imigrantów przyjęto odpowiednie instrumentarium polityki integracji imigrantów, obejmujące edukację językową, historyczną i ustrojową już na etapach poprzedzających wjazd na

- 
- 62 Por. np. J. Handoll, *Free Movement of Persons in the EU*, Chichester 1995, s. 350 oraz Commission of the European Communities, *Proposal for a Council Directive on the Right to Family Reunification* (Brussels, 1.12.1999 r.), COM (1999) 638 final, 1999/0258 (CNS), *Explanatory Memorandum*, par. 2.2.
- 63 J. Apap, N. Sitaropoulos, *The Right to Family Unity and Reunification of Third Country Migrants in Host States: Aspects of International and European Law*, June 2001, s. 2, <URL=http://www.december18net/paper53EurFamilyReunification.pdf> [dostęp: 15.03.2012].
- 64 R. Lewis, F.R. Abbing, *An Asylum and Immigration Policy for the European Union*, „Law and European Affairs” vol. 5, 2001–2002, s. 503.
- 65 Zob. E. Borowska-Kędzierska, M. Prus, op. cit., s. 136; *Constitutional Law of the European Union*, red. K. Lenaerts, P. van Nuffel, R. Bray, Londyn 1999, s. 145; L. Mitrus, op. cit., s. 199; *Opinion of the Committee of the Regions on the Amended proposal for a Council Directive on the Right to Family Reunification* (Brussels, 20.11.2002 r.), O.J. C 73 z 26.03.2003 r., par. 1.16.
- 66 Zob. np. *Proposal for a Council Directive ... , Explanatory Memorandum*, par. 7.2; *Opinion of the Committee of the Regions ...*, s. 5 i n., preambuła (ustęp 13–16) oraz par. 1.14; *Opinion of the Economic and Social Committee on the ‘Proposal for a Council Directive on the Right to Family Reunification’*, O.J. C 204 z 18.07.2000 r., s. 41, par. 2.3.
- 67 *Dyrektywa Rady nr 2003/86/WE z 22.09.2003 r. w sprawie prawa do łączenia rodzin*, O.J. L 251 z 3.10.2003 r., s. 12 i n.

terytorium państwa członkowskiego UE. W związku z powyższym dyrektywa 2003/86/WE przyznała państwom swobodę we wprowadzaniu warunków integracyjnych (ukończenia przed przyjazdem odpowiednich kursów i zdania testów językowych) dla zezwolenia członkom rodziny na wjazd na terytorium państwa przyjmującego głównego imigranta, w tym dla dzieci powyżej 12 roku życia<sup>68</sup>. Z powyższej możliwości skorzystały jedynie Niemcy<sup>69</sup> i Austria<sup>70</sup>, ograniczając jednocześnie wymóg spełnienia określonych warunków integracyjnych do dzieci powyżej 16 lat<sup>71</sup>. Przedstawiciele doktryny oraz środowiska ochrony praw człowieka podkreślały, że powyższe środki integracyjne przyjęte w procedurach imigracyjnych w sposób niewątpliwy utrudniają, a w pewnych wypadkach wręcz uniemożliwiają realizację prawa do połączenia rodziny<sup>72</sup>. W niektórych aspektach – zwłaszcza w kontekście praw dziecka i zasady niedyskryminacji – rodziły one szereg uwag co do ich zgodności z uznanymi standardami prawa międzynarodowego i znalazły swój finał przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej w Luksemburgu<sup>73</sup>.

Szczególnego wymiaru łączenie rodzin oraz adaptacja w nowej społeczności nabiera w kontekście uchodźców<sup>74</sup> i innych osób potrzebujących międzynarodowej ochrony<sup>75</sup>. Ochrona rodziny pomaga zapewnić trwałość rozwiązań kwestii uchodźców w postaci miejscowej integracji, będącej jednym z trzech – obok dobrowolnej repatriacji lub przesiedlenia – podstawowych sposobów przywrócenia cudzoziemcom możliwości prowadzenia normalnego życia<sup>76</sup>. Odtworzenie jedności rodziny

68 Ibidem, art. 4 ust. 1.

69 Zob. *Residence Act* (30.06.2004), sec. 32.

70 Wskazane za: Centre for Migration Law, *Report: Comparative Study on the Implementation of the Family Reunification Directive 2003/86/EC in Member States, Questionnaires on Family Reunification Directive 2003/86/EC*, Radboud University Nijmegen 2007, <URL=http://cmr.jur.ru.nl/cmr/Qs/family> [dostęp: 12.06.2010].

71 European Migration Network, *EMN Synthesis Report: Family Reunification*, January 2008, <URL=http://emn.sarenet.es/Downloads/download.do;jsessionid=A7E0A307323D2666E53320B6DABA2F96?fileID=578> [dostęp: 12.06.2010].

72 J.M. Schmidt, *Family Reunification. Analysis of the Directive 2003/86/EC on the Right to Family Reunion in the Context of the European Immigration Policy*, M.A. Thesis in Advanced European and International Studies (supervisor C. Nigoul), Centre International de Formation Européenne, Nice 2005–2006, s. 43.

73 Skarga została wniesiona 22.12.2003 r. przez Parlament Europejski przeciwko Radzie UE. Trybunał uznał, że wymogi integracyjne oraz zaskarżone postanowienia dyrektywy 2003/86/WE nie mogą być uznane za sprzeczne z prawem do poszanowania życia rodzinnego, najlepszym interesem dziecka czy zasadą niedyskryminacji, a pozostawiony państwom członkowskim margines dyskrekcji jest wystarczająco szeroki, aby umożliwić im stosowanie dyrektywy w sposób zgodny z wymogami wynikającymi z ochrony praw podstawowych (zob. wyrok ETS 27.06.2006 r. w sprawie C-540/03: *The European Parliament v. The European Council*, ECR 2006, s. I-579, par. 76, 90, 103–104).

74 Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Rodziny wymiar uchodźstwa – uwagi prawnomiędzynarodowe*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” nr 4, 2006, s. 89–123.

75 Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Prawo do połączenia rodziny w kontekście uzupełniających form ochrony cudzoziemców w Europie*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Białocerkiewicza*, red. T. Jasudowicz, M. Balcerzak, Toruń 2009, s. 363–388.

76 Por. *Note on Family Protection Issues*, UNHCR Executive Committee, EC/49/S.C./CRP.14 (4.06.1999), par. 16; K. Jastram, K. Newland, *Part 9.1. Family Unity and Refugee Protection*,

uchodźcy poprzez doprowadzenie do jej reintegracji stanowi bowiem ludzkie rozwiązanie, zapewniające poszanowanie praw człowieka oraz leżące w interesie społecznej integracji<sup>77</sup>. Doświadczenie niezłomnie dowodzi, że uchodźcy pozostający w rodzinie mają większe szanse na pomyślną integrację i rozpoczęcie na nowo życia po tragicznych przeżyciach w innym państwie<sup>78</sup>. Co więcej, praktyka wskazująca, że rodzina jako grupa ma większe szanse na integrację społeczną w nowym kraju zamieszkania, legła u podstaw preferencji w zakresie przyjmowania całych rodzin niż pojedynczych uchodźców<sup>79</sup>.

Kolejnym ważnym elementem polityki integracyjnej UE jest rodzaj uprawnień do zamieszkania, jakie udzielane jest sprowadzanym członkom rodziny imigrantów i zakres przyznanych im praw, w tym dostęp do edukacji i zatrudnienia. Wyraźnie podkreśla się, że status prawny, z jakiego korzystają sprowadzeni członkowie rodziny jest niezwykle ważnym elementem wspierającym integrację imigranta w państwie przyjmującym<sup>80</sup>. Już w samej preambule dyrektywy 2003/86/WE zawarto wskazanie, w myśl którego „należy wspierać integrację członków rodziny” i w tym celu należy im przyznać dostęp do określonych praw na tych samych warunkach, co osoba, z którą zostali połączeni. Dobitnie ujął to G. Brinkmann, wskazując, że „prawo do połączenia rodziny jest w swojej istocie niezbywalnym instrumentem integracji, a zasadnicze postanowienia w zakresie integracji to te, które dotyczą kwestii wyposażenia członków rodziny w dostęp do zatrudnienia i edukacji”<sup>81</sup>. Dyrektywa 2003/86/WE przyznała członkom rodziny prawo do edukacji, do podejmowania pracy najemnej lub na własny rachunek oraz uprawiania w zakresie poradnictwa zawodowego, podstawowego kształcenia i dalszego przekwalifikowania<sup>82</sup>.

Coraz częściej państwa europejskie przewidują bardziej uprzywilejowane traktowanie obywateli państw trzecich urodzonych lub przybyłych w wieku dziecięcym na terytorium państwa przyjmującego. Jakkolwiek zazwyczaj określa się ich mianem tzw. „imigrantów drugiej generacji”, za bardziej odpowiedni należałoby

[w:] *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, red. E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, Geneva 2003, s. 654 i n.

- 77 Zgromadzenie Parlamentarne RE, *Human Mobility and Right to Family Reunion, Motion for an recommendation* (Mrs Aguiarand), Doc. 9436 (7.05.2002), par. 4; Zgromadzenie Parlamentarne RE, Rekomendacja nr 1686 (2004), par. 6; Zgromadzenie Parlamentarne RE, Committee on Migration, Refugees and Demography, *Human Mobility and the Right to Family Reunion. Report* (R. Zapff-Helbling), Doc. 10123 (1.04.2004), par. 6.
- 78 Co do rozdzielenia rodziny jako poważnego problemu dla integracji uchodźców w nowej społeczności oraz połączenia rodziny jako jej istotnego elementu, por. np. *Global Consultations on International Protection, Local Integration*, EC/GC/02/6 (25.04.2002), par. 6; *UNHCR Resettlement Handbook*, Department of International Protection, Geneva, November 2004, chapter 4: *UNHCR Criteria for Determining Resettlement as the Appropriate Solution*, part 4.6, s. IV/23; K. Jastram, K. Newland, op. cit., s. 564–565.
- 79 Por. *Note on Family Protection*, op. cit., par. 17.
- 80 Zob. np. S. Peers, R. Barzilay, K. Groenendijk, E. Guild, *The Legal Status of Persons Admitted for Family Reunion. A Comparative Study of Law and Practice in Some European States*, Council of Europe-Centre for Migration Law, Nijmegen 2000, s. 5.
- 81 G. Brinkman, *The Immigration and Asylum Agenda*, „European Law Journal” vol.10, no. 2, 2004, s. 191.
- 82 Art. 14 ust. 1 lit. a)-c) oraz preambuła (ustęp 15) dyrektywy.

uznać – zwłaszcza w kontekście rozważań przeprowadzonych w niniejszym opracowaniu – termin „zintegrowani cudzoziemcy”. Szczególną kategorię imigrantów w UE stanowią obywatele państw trzecich, którzy nieprzerwanie zamieszkiwali na terytorium państwa członkowskiego UE przez okres 5 lat (tzw. długoletni rezydenci)<sup>83</sup>. Na gruncie Rady Europy Europejski Trybunał Praw Człowieka<sup>84</sup>, rozpatrując sprawy cudzoziemców bierze pod uwagę okoliczności wskazujące na stopień integracji cudzoziemca z danym państwem i jego społeczeństwem, takie jak fakt przybycia na terytorium państwa przyjmującego jako małe dziecko, edukacja i praca w tym kraju, fakt zamieszkiwania w danym państwie przez wszystkich lub większość najbliższych krewnych cudzoziemca oraz założenia w tym kraju własnej rodziny<sup>85</sup>. W kontekście spraw dotyczących wydalenia (deportacji) wyraźnie widać, że w sprawach zintegrowanych imigrantów sędziowie strasburscy przywiązują większą wagę do indywidualnych związków cudzoziemca z wydającym państwem niż do testu możliwości prowadzenia normalnego życia w innym kraju<sup>86</sup>.

### 3.3 Fundamentalne wartości w polityce integracyjnej UE

Szczególne miejsce w podstawowych wspólnych zasadach dotyczących integracji imigrantów w UE (CBP) przypisano problematyce wartości. I jakkolwiek zasada nr 8 (CBP 8) wskazała, że praktyka różnorodności kulturowej i religijnej jest zagwarantowana przez Kartę praw podstawowych Unii Europejskiej<sup>87</sup>, może wzbogacić społeczeństwo i musi być zapewniona, jednocześnie podkreślono, że powyższe praktyki nie mogą pozostawać w konflikcie z innymi nienaruszalnymi prawami unijnymi i krajowymi<sup>88</sup>. Dobitnie ujęła ten kontekst zasada nr 2 (CPB 2),

- 83 Ich sytuację prawną określa *dyrektywa Rady 2003/109/WE dotycząca statusu obywateli państw trzecich będących rezydentami długoterminowymi* z 25.11.2003 r., O.J. L 016 z 23.01.2004 r., s. 44 i n.
- 84 W oparciu o Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Rzym, 4.09.1950 r.), zwaną Europejską Konwencją Praw Człowieka (EKPC); ratyfikowaną przez RP 19.01.1993 r. (Dz. U. Nr 61, poz. 284).
- 85 Por. np. wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach: *C. v. Belgia*, wyrok z 7.08.1996 r., skarga nr 21794/93, Reports 1996-III, par. 33; *Boughanemi v. Francja*, wyrok z 24.04.1996 r., RJD 1996-II, par. 43; *Mehemi v. Francja (nr 2)*, wyrok z 10.04.2003 r., skarga nr 53470/99, RJD 2003-IV, par. 36; *Lupsa v. Rumunia*, wyrok z 8.06.2006 r., skarga nr 10337/04, par. 26; *Boujlifa v. Francja*, wyrok ETPC z 21.10.1997 r., skarga nr 25404/94, Reports 1997-VI, par. 44; *Baghli v. Francja*, wyrok z 30.11.1999 r., skarga nr 34374/97, ECHR 1999-VIII, par. 34; *Üner v. Holandia*, wyrok z 24.04.1996 r., skarga nr 22070/93, Reports 1996-II, par. 62; *Nasri v. Francja*, wyrok z 13.07.1995 r., skarga nr 19465/92, Ser. A, nr 320-B, par. 44.
- 86 Zob. C.S. Anderfuhren-Wayne, *Family Unity in Immigration and Refugee Matters: United States and European Approaches*, „International Journal of Refugee Law” vol. 8, 1996, s. 365. Szerzej nt. zob. M. Szuniewicz, *Ochrona życia rodzinnego w kontekście wydalenia cudzoziemca – glosa do wyroku ETPCz z 12.01.2010 r. w sprawie A.W. Khan v. Zjednoczone Królestwo*, „Europejski Przegląd Sądowy” nr 4, 2012, s. 47 i n.
- 87 Karta została najpierw przyjęta w Nicei 7 grudnia 2000 roku jako niewiążąca deklaracja. Prawnie wiążący charakter nadano jej dopiero wraz z inkorporacją do Traktatu lizbońskiego z 12.12.2007 r. (O.J. C 303 z 14.12.2007 r., t. 50, s. 1 i n.).
- 88 *Common Basic Principles for Immigrant Integration Policy in the European Union*, sec. 8, s. 4, <URL=http://www.enaro.eu/dsip/download/eu-Common-Basic-Principles.pdf> [dostęp: 23.05.2012].

podkreślająca, że integracja wymaga poszanowanie podstawowych wartości Unii Europejskiej. Każdemu mieszkańcowi (rezydentowi) UE bliskie muszą być podstawowe zasady UE i prawa państwa członkowskiego. Zasady i postanowienia zawarte w traktatach założycielskich służą zarówno jako podstawa jak i drogowskaz, stanowiąc wspólny mianownik dla wszystkich państw członkowskich. Obejmują one poszanowanie dla zasady wolności, demokracji, praw człowieka i podstawowych wolności UE oraz zasady rządów prawa. Zasada równości pomiędzy wszystkimi rezydentami państw członkowskich UE obejmuje nie tylko prawa, ale i obowiązki i wymaga, aby obywatele państw trzecich przestrzegali prawa państwa, w którym żyją oraz Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 roku, prawa UE i Karty praw podstawowych UE. Odzwierciedlają one koncepcje godności, wolności, równości, niedyskryminacji, solidarności, praw obywatelskich i sprawiedliwości.

Państwa członkowskie są odpowiedzialne za podjęcie aktywnych działań na rzecz zapewnienia, że wszyscy ich rezydenci, w tym imigranci, rozumieją, respektują i korzystają z ochrony po równo z całego wachlarza wartości, praw i przywilejów ustanowionych przez prawo UE i prawo państwa członkowskiego. Poglądy i opinie, które nie są zgodne z powyższymi zasadami mogą utrudnić pomyślną integrację imigrantów w ich nowej społeczności przyjmującej i mogą niekorzystnie wpłynąć na społeczeństwo jako całość. W konsekwencji, pomyślność polityk i praktyk integracyjnych zapobiegających izolacji pewnych grup jest sposobem wzmocnienia wypełnienia nakazu poszanowania wspólnych wartości unijnych i krajowych<sup>89</sup>. Fundamentalne wartości, takie jak demokracja, prawa człowieka, niedyskryminacja, równość płci, poszanowanie integralności osoby ludzkiej, poszanowanie różnorodności i identyfikacji kulturowej są niekwestionowane i powinny być podzielane przez wszystkich mieszkańców UE niezależnie od ich etniczno-narodowej i religijnej tożsamości<sup>90</sup>.

W celu zapobieżenia izolacji grup, zwiększającej – jak wskazano na początku – tendencje anomiogenne środowisk imigranckich w ostatnich latach polityka integracji UE preferuje działania na rzecz zapewnienia aktywnego uczestniczenia imigrantów w życiu całego społeczeństwa. Podstawowe wartości równości, praw człowieka i demokracji uznano za niezbędne dla Unii Europejskiej. Nie można ich uznać za sprzeczne z zasadą niedyskryminacji i tolerancji<sup>91</sup>, które w odpowiednim rozumieniu dają gwarancję poszanowania pryncypium godności osoby ludzkiej i równości wynikających z niej praw jednostki, a nie prowadzą w kierunku wspomnianego już niebezpieczeństwa związanego z relatywizmem kulturowym.

### 3.4. Działania edukacyjne i programowe

Remedium na zarysowane w pracy problemy imigracji należy – w pierwszym rzędzie – upatrywać w działaniach edukacyjnych oraz masowych kampaniach informacyjnych, prowadzących do zrozumienia przez wszystkie zainteresowane strony faktycznego znaczenia roli migracji zarobkowej dla obu krajów oraz

89 Ibidem, sec. 2, s. 1; por. też *A Common Agenda for Integration*, s. 16.

90 M. Martiniello, op. cit., s. 14.

91 Por. np. ENAR, *Migration and Integration*, <URL=http://www.enar-eu.org/Page.asp?docid=15889&langue=EN> [dostęp: 22.05.2012].



niebezpieczeństw czyhających na migranta i jego rodzinę<sup>92</sup>. Jest to całkowicie zgodne ze wspomnianym na wstępie wskazaniem J.-M. Ferry'ego, że etycznym obowiązkiem państwa jest zapewnienie „formacji obywatelskiej”, a do tego celu prowadzi przede wszystkim informacja i kształcenie. W związku z powyższym szczególnie znaczenie w polityce imigracyjnej UE przypisano właśnie środkom edukacyjnym.

Obowiązek przeprowadzenia należytej akcji edukacyjnej spoczywa na obu krajach – pochodzenia (wysyłającym) i goszczącym (przyjmującym). W przypadku pierwszego z nich jest to imperatyw wychowania swego obywatela, zanim pójdzie dalej w świat. Rodzi to w obywatelu zwrotny obowiązek etyczny wobec państwa i społeczności, która go „wychowywała” i „formowała”<sup>93</sup>. Z kolei kraj przyjmujący, decydując się na przyjmowanie imigrantów dla celów własnego dobrobytu, musi być przygotowany na każdą sytuację, w tym i na napływ niedokształconych i niewychowanych moralnie pracowników. Musi przygotować do tej sytuacji swych obywateli, zwłaszcza urzędników i – dla zapewnienia porządku społecznego – zaoferować odpowiednie formy kształcenia źle wyedukowanym imigrantom. Stanowi to niewątpliwie tańsze, a na dłuższą metę skuteczniejsze rozwiązanie, niż środki represyjno-policyjne. A ponieważ kraj przyjmujący korzysta z ich pracy, koszt ten, jak wskazuje M.S. Zięba, można śmiało zaliczyć po stronie „kosztów uzyskania przychodu”<sup>94</sup>.

Przedmiotem i zadaniem powyższych działań edukacyjno-promocyjnych powinno być obnażenie mitów i stereotypowych wyobrażeń oraz ukazanie prawdziwych informacji i podstawowych wartości. Zakres przekazywanych informacji powinien obejmować faktyczne znaczenie migracji dla obu krajów; rzeczywiste warunki w kraju przyjmującym i w kraju pochodzenia, różnice kulturowe między obiema społecznościami i niebezpieczeństw, jakie może nieść zderzenie tych kultur; czynniki, które mogą rodzić negatywne postawy (anomie) u migrantów i w otaczającym społeczeństwie i o czynniki, które pomagają im przeciwdziałać. Szczególne miejsce w tych programach powinny zajmować wartości społeczeństwa obywatelskiego, w tym dialog międzykulturowy i współpraca, aktywne uczestnictwo w rozwoju lokalnym, zaufanie do instytucji i urzędów, niedyskryminacja i tolerancja; podstawowe normy i wartości społeczeństwa goszczącego, których nie można łamać w żadnych okolicznościach; wzajemne prawa i obowiązki migrantów i członków społeczności lokalnych<sup>95</sup>.

Organy i instytucje UE mają możliwość koordynowania wszelkich działań informacyjnych i edukacyjnych w dziedzinie polityki społecznej i migracyjnej poprzez liczne programy w ramach Europejskiej Sieci Zatrudnienia EURES. Wydaje się, że po odpowiednim przeszkoleniu własnych pracowników mogłaby ona przygotowywać potencjalnych migrantów na szok kulturowy, a także uwrażliwiać ich na niebezpieczeństwo anomii czy pokusy moralne. Od właściwego podejścia do potencjalnego i rzeczywistego migranta, od udzielonej mu kompetentnej informacji oraz wsparcia może zależeć powodzenie znaczącej liczby indywidualnych projektów

---

92 M.S. Zięba, *Etyczny wymiar*, op. cit., s. 38–39.

93 Ibidem, s. 41.

94 Ibidem.

95 Ibidem, s. 44.

migracyjnych. Jednak nawet sieć EURES nie ma zaplanowanego prewencyjnego modelu edukacyjnego ani wychowawczego, ale model legalistyczny, decyzyjno-represyjny<sup>96</sup>.

Wspólna zasada polityki integracyjnej nr 5 (CBP 5) wyraźnie wskazuje, że „starania w zakresie edukacji mają istotne znaczenie dla przygotowania imigrantów, a w szczególności ich dzieci, do odniesienia sukcesu i bardziej aktywnego udziału w społeczności”<sup>97</sup>. Jeden z celów strategicznych roboczego programu „Edukacja i kształcenia 2010” zatytułowany „Ułatwianie dostępu wszystkich do edukacji i systemów kształcenia” stanowi wspieranie środków zmierzających do zwiększenia spójności społecznej, którego częścią jest integracja imigrantów<sup>98</sup>. Przekazanie społeczności odpowiednich informacji dotyczących imigrantów oraz imigrantom informacji dotyczących społeczności lokalnej i państwa przyjmującego ma fundamentalne znaczenie. Służyć temu mogą – obok środków edukacyjnych – kampanie uświadamiające i międzykulturowe wydarzenia. Z uwagi na fakt, że otwartość i dobre sąsiedztwo są ważnymi elementami pomyślnej integracji, cennym jest zaufanie i przyjazne stosunki ze społecznością, stanowiące kapitał przyszłej przyjaznej koegzystencji i owocnej kooperacji<sup>99</sup>.

Instytucje UE ostatnio coraz wyraźniej kładą nacisk na współdziałanie imigrantów w życiu społecznym. Odpowiada to trendom rysującym się w polityce imigracyjnej. Dla przykładu relewantnej tematyce poświęcone było spotkanie Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, które odbyło się w 2009 roku w Warszawie<sup>100</sup>. W UE postrzega się ostatnio integrację, jako „proces włączania imigrantów do instytucji i związki ze społeczeństwem przyjmującym”<sup>101</sup>, a komisarz UE Franco Frattini w 2007 roku wyraźnie podkreślił, że „nie może być imigracji bez integracji”<sup>102</sup>. Komisja Europejska już w 2003 roku zaliczyła do głównych elementów procesu integracji w UE „aktywną partycypację [imigrantów – przyp. M.Sz.] na równych warunkach we wszystkich aspektach życia (gospodarczych, społecznych, kulturowych, politycznych i obywatelskich)”<sup>103</sup>. Częste interakcje pomiędzy

96 M.S. Zięba, *Zintegrowane podejście*, op. cit., s. 24–25.

97 *A Common Agenda for Integration*, s. 18.

98 Ibidem.

99 Ibidem, s. 16.

100 Zob. T. Huddleston, *Migration and Democracy: Migrant Participation in Public Affairs. Background paper for 4 September 2009 expert meeting on civic participation of migrants* OSCE, MPG, (21.08.2009), <URL=http://www.migpolgroup.com/public/docs/156.MigrationandDemocracy-MPG-OSCEbackgroundpaper.10.09.09.pdf> [dostęp: 29.06.2012].

101 W. Bosswick, F. Heckmann, op. cit., s. 1 [tłum. własne].

102 R Goldirova, *No immigration without integration, says EU Commissioner*, (10.05.2007), <URL=http://euobserver.com/?aid=24038> [dostęp: 14.06.2012]. Por. też J. Appleton, *Assimilation or integration: migrants in Europe*, „Encounters Mission Journal” 36, 2011, s. 1.

103 Komisja UE, *Communication on immigration, integration and employment*, Brussels 2003, s. 45; wskazane za: R. Shafagatov, A. Mirzayeva, *Immigration Policy as a Challenging Issue in the EU Policy-Making Process: A Study of Immigrant Integration Policy*, (supervisor: P. Jansson), Linköping 2005, s. 54, <URL=http://www.temaasyl.se/Documents/Forskning/C%20&%20D uppsatser/Immigration%20Policy%20as%20a%20Challenging%20Issue%20in%20the%20EU%20Policy-Making%20Process%20A%20Study%20of%20Immigrant%20Integration%20Policy.pdf> [dostęp: 8.06.2012] [tłum. własne].

imigrantami i obywatelami państwa członkowskiego stanowią bowiem podstawowy mechanizm integracji, a wspólne fora, dialog międzykulturowy, edukacja dotycząca imigrantów i ich kultury oraz stymulujące warunki życia w środowisku miejskim wzmocniają interakcje, co wyraźnie ujęto w ramy zasady nr 7 polityki integracyjnej (CBP 7)<sup>104</sup>.

Powyższa zasada współdziałania imigrantów i społeczności przyjmującej i dążenia mające na celu zapewnienie tym pierwszym pełnej partycypacji w życiu społecznym na szczeblu lokalnym, ucieleśniają omówiony wcześniej obowiązek formułowania postawy obywatelskiej u imigrantów. Jego ciężar spoczywa nie tyle na państwie przyjmującym, co na społeczności lokalnej, w której zamieszkał imigrant. Tym samym następuje dyspersja podmiotu zobowiązanego i jego sprowadzenie do szczebla społeczności lokalnych i jej struktur społecznych, politycznych, prawnych, gospodarczych itp., co mieści się w ramach podstawowej dla polityki społecznej UE zasady subsydiarności<sup>105</sup>.

Dlatego tak ważne jest zapewnienie zdolności recepcyjnych dla społeczności lokalnych przyjmujących imigrantów, zwłaszcza przy wzrastającej różnorodności środowisk imigrantów. Rola samorządów regionalnych w zarządzaniu napływem migrantów jest bardzo ważna, ponieważ tylko władza lokalna może, jak już wspomniano, zagwarantować prawdziwą integrację społeczną imigranta. W rzeczywistości integracja następuje na szczeblu lokalnym jako część codziennego życia i każdy ma w tym procesie rolę do odegrania<sup>106</sup>. Poza tym samorządy regionalne potrafiły w ciągu lat nawiązać dialog z wieloma podmiotami instytucjonalnymi<sup>107</sup> i pojmują imigrację jako ważny instrument rozwoju i wzrostu gospodarczego. Poszczególne programy skierowane wobec imigrantów szczególnie podkreślają kluczową rolę lokalnych i regionalnych władz, które będąc odpowiedzialnymi za planowanie, zakwaterowanie, edukację czy rynek pracy w sposób bezpośredni wpływają na proces integracji i mogą sprzyjać społecznej spójności<sup>108</sup>. Za przykład posłużyć mogą inicjatywy EQUAL, Urban, SOCRATES i inne działania wspierane przez Europejski Fundusz Socjalny (ESF)<sup>109</sup>.

Z drugiej jednak strony jest to obowiązek znacznie przekraczający możliwości pojedynczych struktur społecznych (rodzina, parafia, gmina), a nawet całego państwa. W związku z powyższym, mając na uwadze drugą z podstawowych zasad UE – zasadę pomocniczości, jeżeli na najniższym poziomie nie udaje się skutecznie rozwiązywać problemów należy je przenieść na poziom państwowy, a w razie potrzeby – ponadpaństwowy (unijny). Jakkolwiek zatem pierwotna odpowiedzialność

104 *A Common Agenda for Integration*, s. 19.

105 Kwestiami wychowania i edukacji powinny zajmować się jednostki społeczne znajdujące się możliwie najbliżej zainteresowanego i najniżej w poziomie organizacji społecznej (np. gmina).

106 *A Common Agenda for Integration*, s. 15.

107 S. Gozi, *Kilka refleksji na temat: „Imigracja a integracja”*, [w:] *Migracja – wyzwanie XXI wieku*, op. cit., s. 126

108 European Parliament, *Immigration, integration and employment, European Parliament resolution on the Communication from the Commission on immigration, integration and employment*, COM (2003) 336, 2003/2147(INI).

109 Zob. np. R. Shafagatov, A. Mirzayeva, op. cit., s. 54.

za rozwój i implementację polityki integracji i środków integracyjnych pozostaje na szczęblu poszczególnych państw członkowskich, Rada wezwała Komisję Europejską do wsparcia starań państwowych w tym zakresie<sup>110</sup>.

Poza omówionymi wytycznymi i przykładowymi praktykami integracyjnymi stworzono na szczęblu unijnym projekty mające na celu badanie stopnia integracji obywateli państw trzecich, celem udoskonalenia polityk i praktyk integracyjnych. Takim unikalnym długoterminowym projektem, stanowiącym przewodnik oraz w pełni interaktywne narzędzie, pozwalające na ocenę, porównanie oraz poprawę w zakresie polityki integracji jest Indeks Polityki Integracji Migrantów (MIPEX)<sup>111</sup>. W oparciu o szeroki katalog wskaźników, pozwalający na zbadanie stopnia, w jakim polityki odnoszące się do dostępu do rynku pracy, łączenia rodzin, zezwoleń na pobyt długoterminowy, politycznej partycypacji, możliwości uzyskania obywatelstwa i niedyskryminacji sprzyjały integracji imigrantów w UE, MITEKX prezentuje bogaty, wielowymiarowy obraz sytuacji imigrantów, ich szans na pełny udział w życiu społecznym oraz daje możliwość oceny zaangażowania poszczególnych rządów na rzecz integracji imigrantów. Pokazuje on również, jak zmiana warunków prawnych pozwala imigrantom wносить wkład w rozwój kraju przyjmującego, gdzie mają oni równy dostęp do edukacji oraz zatrudnienia, możliwość życia wraz ze swoimi rodzinami, są chronieni przed dyskryminacją oraz mogą zostać aktywnymi obywatelami<sup>112</sup>. W Polsce brakuje strategii integracyjnej dla migrantów spoza UE, co znajduje swoje odzwierciedlenie w słabych wynikach kraju w większości obszarów zidentyfikowanych w ramach MIPEX<sup>113</sup>. Na szczęblu unijnym przyjęto dwa dodatkowe instrumenty sprzyjające integracji imigrantów: Europejskie Forum Integracji (*the European Integration Forum*) i Europejską Sieć Integracji (*European Web Site on Integration*)<sup>114</sup>.

## Podsumowanie

Współczesna integracja imigrantów w Unii Europejskiej rozumiana jest nie jako obowiązek dostosowania się, czy wręcz „stopienia się” przez imigranta ze społeczeństwem państwa przyjmującego, ale obowiązek podmiotowego traktowania przybywających imigrantów i zapewnienia im szeregu gwarancji socjalnych (w tym prawa do połączenia rodziny) po stronie tego ostatniego. W zamian od imigrantów wymaga się akceptowania fundamentalnych wartości i prawa kraju przyjmującego i całej Unii Europejskiej. Przyznane gwarancje mają na celu zapobieżenie

110 *A Common Agenda for Integration*, s. 15.

111 Co kilka lat ukazuje się kolejna jego edycja. Zob. np. MIPEX II. (2007) *Key Findings: Migration Integration Policy Index*, <URL=http://www.integrationindex.eu/topics/2636.html> [dostęp: 20.06.2012]. W lutym 2011 roku ogłoszono najnowszy III Indeks; zob. T. Huddleston, J. Niessen, E. Ni Chaoimh, E. White, *Migrant Integration Policy. Index III*, British Council, Migration Policy Group (MPG), Brussels, February 2011.

112 *Migrant Integration Policy. Index III*, s. 7.

113 *Migrant Integration Policy Index III. Polska* (2011), s. 26, <URL=http://www.migpolgroup.com/public/docs/POLSKA\_Abridged\_Migrant\_Integration\_Policy\_Index\_MIPEXII-2011\_PL.pdf> [dostęp: 29.06.2012].

114 Wskazane za: European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council, First Annual Report on Immigration and Asylum* (Brussels, 6.5.2010 r.), COM(2010)214 final, sec. 2.1.

izolacji rodzącej anomię u imigrantów, które – jako źródło szeregu potencjalnych zagrożeń i patologii – nie służą również państwu przyjmującemu. Pomyślnie integrowanie imigrantów w nowym środowisku jest postrzegane obecnie jako dwukierunkowy proces, a jego wynik jest „wypadkową” z jednej strony starań imigrantów w zakresie zapoznania się z językiem, kulturą i obyczajami panującymi w nowym miejscu, a z drugiej – starań państwa przyjmującego zmierzających do zapewnienia imigrantom praw i obowiązków porównywalnych z tymi przysługującymi obywatelom UE<sup>115</sup>.

Do głównych elementów procesu integracyjnego należy zaliczyć: poszanowanie podstawowych wartości w społeczeństwie demokratycznym, prawo imigrantów do zachowania własnej tożsamości kulturowej, przyznanie imigrantom szerokiego wachlarza praw i obowiązków oraz aktywną partycypację na równych warunkach we wszystkich aspektach życia. W praktyce integracji obywateli państw trzecich na terytorium UE odnaleźć zatem można podstawowe założenia zrekonstruowanego na początku podejścia etycznego do migracji. Na szczeblu wspólnej polityki proklamowano podmiotowe podejście do imigranta, poszanowanie podstawowych wartości oraz konieczność zapewnienia partycypacji nowo przybyłych jednostek w lokalnej społeczności przyjmującej. Aktywna postawa jednostki przy jednoczesnym ustanowieniu nienaruszalnego „rdzenia” moralnego (za jaki można uznać zasadę poszanowania ludzkiej godności, praw człowieka, równości, tolerancji, współdziałania itp.) nie tylko zapobiega tendencjom anamiogennym w środowiskach imigrantów, ale rodzi poczucie ich wartości i stanowi podstawę równego partnerstwa w partycypacji w strukturach społecznych, gospodarczych i politycznych na szczeblu lokalnym.

Należy opowiedzieć się za przyjęciem holistycznego i spójnego podejścia do problemu integracji obywateli państw trzecich, opartego na zasadzie równości, które powinno odpowiadać etycznemu podejściu zintegrowanemu, kierującemu się podmiotowym traktowaniem imigranta i pewną niepodważalną hierarchią wartości. Konieczne jest podjęcie szeregu działań zmierzających do efektywnej implementacji proklamowanych idei i celów w codziennym życiu poszczególnych społeczności w obrębie UE. Z uwagi na fakt, że dla uzyskania pełnej integracji niezbędna jest zmiana świadomości w wymiarze globalnym i odrzucenie podziału na „swoich” i „obcych” z przykładu schronu przeciwoatomowego Petera Singera<sup>116</sup> i towarzyszącego mu poczucia zagrożenia przed „innymi”, punktem wyjścia dalekosiężnych zmian w tym zakresie jest podjęcie odpowiednich środków edukacyjnych.

115 C. Malmström, *Integration of Immigrants*, „EU Focus” nr 1, 2012, s. 3.

116 P. Singer, *Etyka praktyczna*, przeł. A. Sagan, Warszawa 2003, rozdział 3: „Swoi i obcy”, s. 68 i n.

# Recepcja formuły Radbrucha w orzecznictwie sądów pierwszych lat republiki bońskiej

---

## The Jurisdictional Reception of the Radbruch Formula During the First Years of the Bonn Republic

*The article discusses early and less known German judgments inspired by Radbruch's Formula, which later was followed in the case law of the shooters at the Berlin Wall. Determination of gross lawlessness may neither have practical significance for modern legal systems nor does it adequately explain the nature of the law. However, it is a relatively simple task to accomplish because of the obvious character of injustice. For the Polish legal system it is still important because of the unsatisfactory range of accounts with the communist lawlessness.*

*In the article, in addition to a brief analysis of the same formula, have been discussed the decision of illegal deprivation of nationality (Staatsangehörigkeitsbeschluss I and II), which were issued in connection with the affairs of civil law. Subsequently, have been presented cases in the field of criminal law: the responsibility of officials for deportation - for which the primary issue was the attitude to principle *nullum crimen sine lege*. The issue of fair trial reflects a judgment on the proceedings against members of the 20th of July Conspiracy. The boundaries of gross injustice has been circled in reference to the judgment on the status of officials of The Third Reich.*

*Despite doubts about the structure and scope of the Radbruch's Formula, it is still an interesting non-positivistic concept of law, according to which the state should not have unlimited rights to decide on the legal norms, but it is bound by the requirements of the higher standards, regardless of their formal recognition, or even explicitly rejection. Even this far in the limit minimalist concept of Radbruch and its application could be useful inspiration for the Polish justice.*

---

### Marcin Romanowski

*doktor nauk prawnych  
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego  
w Warszawie*

### Czy warto zajmować się trudnymi przypadkami?

Jeśli uznamy, że przynajmniej jednym z zadań prawnika jest poszukiwanie sprawiedliwego rozstrzygnięcia w oparciu o prawo, a refleksja teoretyczna ma zaproponować i opisać odpowiednie do tego narzędzia, w jaki sposób racjonalne, sprawiedliwe reguły prawa mogą być wywiedzione z ogólnych

zasad<sup>1</sup>, to punktem wyjścia dla rozważań nad naturą prawa i jego stosowania będzie przypadek główny prawa. W perspektywie takich wyzwań stojących przed prawnikiem, może nie wydawać się szczególnie przydatnym koncentrowanie się na ustalaniu rażącej niesprawiedliwości. Zasada *lex iniustissima non est lex* była jednak obecna w dyskusji na temat granic prawa już od czasów najdawniejszych, wyznaczając granice posłuszeństwa wobec niego, choć nie było to najważniejsze pytanie dotyczące natury, treści dobrego prawa. Taka perspektywa badawcza – jeśli jest jedyną perspektywą – rzeczywiście nie pozwala w zadowalający sposób pomóc w pracy prawnika. Pokazuje bowiem jakie prawo być nie powinno, nie daje jednak pozytywnego rozwiązania. Nie ma zazwyczaj bezpośredniego i praktycznego przełożenia dla codziennej praktyki poszukiwania sprawiedliwego i efektywnego rozstrzygnięcia. Tym niemniej odróżnienie sprawiedliwości od niesprawiedliwości wymaga wiedzy o jednym i o drugim. *Philosophia negativa* ze względów poznawczych jest bardziej przydatna w praktyce stosowania prawa: łatwiej powiedzieć czym prawo nie jest, niż czym jest. W konfrontacji z rażącą niesprawiedliwością i nieracjonalnością mało miejsca pozostaje na jakiegokolwiek wątpliwości u rozsądnego człowieka wyrosłego w cywilizowanym kraju, w którym powszechnie szanowana jest godność człowieka.

Odwołanie się do tej negatywnej zasady jest elementem paradygmatu stosowania i oceny prawa, szeroko przyjętego w praktyce stosowania prawa w Niemczech w związku z rozliczaniem przeszłości; swoją bezpośrednią genezę ma w powojennej filozofii prawa Gustawa Radbrucha. W Polsce szerzej omawiane jest inspirowane Radbruchem najnowsze orzecznictwo Federalnego Sądu Konstytucyjnego dotyczące strzelców przy murze berlińskim<sup>2</sup>. W niniejszym artykule naszkicowana zostanie natomiast recepcja formuły Radbrucha i zagadnienie rażącego bezprawia we wcześniejszym niemieckim orzecznictwie dotyczącym rozliczeń z narodowym socjalizmem, bez którego nie byłoby ożywającego współczesną naukę prawa orzecznictwa najwyższych organów sądowych RFN, rozliczającego przestępczość rządową i nadużywanie władzy reżimu komunistycznego.

### Czego możemy nauczyć się od Niemców?

Spojrzenie z perspektywy ponad półwiecza na poglądy doktryny i judykaturę pierwszego okresu rozliczeń z przeszłością w Niemczech może dostarczyć interesującej refleksji dla oceny polskich zmagania o sprawiedliwość w okresie transformacji i kształtowania nowego porządku prawnego.

Po pierwsze należy zauważyć, że pierwsza fala rozliczeń bezpośrednio powojennych możliwa była tylko i wyłącznie dzięki zewnętrznemu czynnikowi mocarstw alianckich i prawa międzynarodowego, a postawa znacznej liczby Niemców była raczej oportunistyczna i niechętna wobec daleko idących rozliczeń.

Sama działalność Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymbardze oparta była na statucie Trybunału oraz ustawie nr 10 Rady Kontroli, która stanowiła wyraz obowiązującego w czasie jej przyjmowania materialnego prawa międzynarodowego – była więc jego kodyfikacją, definiując m.in. typy przestępstw, w szczególności zbrodni przeciwko ludzkości. Zadaniem Trybunału było więc, co

1 Por. J. Finnis, *Prawo naturalne i naturalne uprawnienia*, przeł. K. Lossman, Warszawa 2001, s. 398.

2 Przede wszystkim orzeczenie FSK z 24 października 1996 roku, BVerfGE 95, 96.

do istoty, realizacja prawa międzynarodowego (które ma pierwszeństwo przed każdą niemiecką ustawą) w zakresie ścigania przestępczości rządowej – czynów systematycznie organizowanych i przeprowadzanych z ramienia rządu bezpośrednio bądź też przez niego popieranym. W odniesieniu do zasady *nullum crimen sine lege* Trybunał stanął na stanowisku, że oskarżeni wiedzieli albo musieli wiedzieć, że w przypadkach regulowanych przez międzynarodowe prawo karne, stają się winni uczestnictwa w funkcjonowaniu zorganizowanego przez państwo systemu bezprawia i przestępstwa, który obraża poczucie sprawiedliwości całej ludzkości. Oskarżeni wiedzieli również lub musieli wiedzieć, że w przypadku ujęcia będą ukarani<sup>3</sup>.

W początkowych latach republiki bońskiej, w praktyce sądów, organów państwowych i doktrynie nierzadko w wątpliwość podawana była legitymacja aliantów do kształtowania prawa w celu ścigania przestępczości rządowej, krytycznie oceniana była treść ustawy nr 10, przeprowadzenie procesów przed Trybunałem, wreszcie sama konstrukcja zbrodni przeciwko ludzkości. Podstawowym zarzutem było złamanie zasady *nullum crimen sine lege* i zastąpienie wymiaru sprawiedliwości państwa prawa sprawiedliwością zwycięzców. Wśród większości Niemców podnoszone były żądania grubej kreski, rehabilitacji, co znalazło wyraz w późniejszych licznych ułaskawieniach osób skazanych przez aliantów, ustawie amnestyjnej z 1954 roku (choć nie zdecydowano się na ogólną amnestię), łagodnych rozwiązaniach ustaw wykonawczych do art. 131 niemieckiej ustawy zasadniczej oraz masowym przywracaniem do pracy sędziów, prokuratorów i urzędników państwowych.

Gdyby więc pozostawić posttotalitarne społeczeństwo niemieckie własnej dynamice definiowania dobra wspólnego, jego kształt bardzo mocno obciążony byłby brakami w postaci niewynagrodzenia naruszonych przez upadły reżim dóbr. Ta niesprawiedliwość uzasadniana byłaby prymitywnym legalizmem, podbudowanym z kolei relatywizmem i kapitulacją w sferze poznania podstawowych dla człowieka dóbr takich jak życie czy nietykalność cielesna, przynależnych mu tylko dlatego, że jest człowiekiem.

W tej perspektywie trudno dziwić się kształtowaniu się polityki prawnej w Polsce i innych krajach Europy postsowieckiej, gdzie zabrakło zewnętrznego czynnika dynamizującego na wstępie rozliczenia z bezprawiem upadłego reżimu, a procesy tworzenia, stosowania prawa i wymiaru sprawiedliwości współkształtowane są – ze względu na brak dekomunizacji – przez katów i ofiary. W przypadku braku takiego czynnika, tendencja rozliczeniowa pochodząca od samej wspólnoty, musi być odpowiednio silniejsza, a rola i tym samym odpowiedzialność elit, w tym świata prawniczego, większa.

Druga uwaga będąca efektem obserwacji niemieckich doświadczeń dotyczy faktu, że fundamentalne dla niemieckiego wymiaru sprawiedliwości tranzycyjnej zastosowanie formuły Radbrucha, nie było w Niemczech – pomimo istnienia wspomnianego powyżej zewnętrznego katalizatora – ani powszechne, ani konsekwentne. Omawiane orzeczenia stanowią część pewnej linii orzeczniczej, która wykształciła się pod wpływem poglądów Radbrucha na początku lat 50., ale potrzeba było ponad 20 lat od powstania republiki bońskiej, aby na przełomie lat 60. i 70. uległa pewnemu wzmocnieniu, a następnie renesansowi w związku z rozliczeniami zbrodni

3 L. M. Petschel-Gutzeit, *Die Bedeutung des Nürnberger Juristenprozesses für die justitielle Bearbeitung der DDR-Vergangenheit [w:] Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts*, red. H. König, M. Kohlstruck, A. Wöll, Opladen 1998, s. 111 i n.



komunistycznych. Stale obecna była tendencja do ograniczania jej zasięgu. Jednak w odniesieniu do najpoważniejszych naruszeń znalazła zastosowanie przy wymiarze sprawiedliwości, co stanowi jej główne i właściwe pole działania.

Sama formuła Radbrucha w normalnych warunkach państwa prawa nie będzie miała, jak się wydaje, bezpośredniego zastosowania dla oceny stanów faktycznych dokonujących się w obecnych czasach. Jej uznawanie wśród szerokich warstw prawników stanowi natomiast jedną z gwarancji trwałości dobrze urządzonego systemu polityczno-prawnego<sup>4</sup>. Choć trudno sobie współcześnie wyobrazić niebezpieczeństwo wykształcenia się w naszej części Europy reżimu podobnego do totalitarnych państw XX wieku, to jednak istnieje stała potrzeba przeciwstawiania się pojawiającym się w nowych odsłonach zagrożeniom ingerowania w wolność człowieka i w podstawowe przynależne mu prawa. Znaczenie formuły Radbrucha jako narzędzia do wymiaru sprawiedliwości tranzycyjnej pozostaje natomiast aktualne dla polskich realiów, ponieważ trwanie skutków niesprawiedliwości upadłego reżimu jest nie do pogodzenia z deklarowanym charakterem nowego porządku.

Brak stanowczego rozliczenia minionego bezprawia nie jest wyłącznie tolerowaniem aktualnych skutków niesprawiedliwości; jest natomiast przejawem niezrozumienia samej istoty prawa i jego pojęcia ukształtowanego w polskiej judykaturze i jurysprudencji, które w przeważającej większości hołdują niewyszukanemu zazwyczaj pozytywizmowi; jest to pomylenie prawa z siłą, nakazem władzy, zapoznanie, że człowiek jako osoba nie może być traktowany instrumentalnie, a ze względu na jego naturę przynależą mu pewne, najbardziej choćby podstawowe, dobra jak życie czy godność, których naruszenie jest zawsze niesprawiedliwością i to niezależnie od tego, co stanowi aktualna władza i jakie dobra ogólnospołeczne kolidują z dobrem osoby.

Argumentacja z bezprawia jest tylko jednym z dwóch podstawowych obszarów ścierania się koncepcji pozytywistycznych i niepozytywistycznych i dotyczy trudnych przypadków w kontekście tranzycji. W tym obszarze pozytywistyczne rozwiązania będą co najwyżej sprowadzać się np. do wprowadzania wyjątków od zasady *lex retro non agit* w odniesieniu do czynów, które jednak dla każdego rozsądnego człowieka już w czasie ich popełnienia były oczywistym bezprawiem. Drugim obszarem konfrontacji pozytywistów i niepozytywistów jest argumentacja z zasad, która odbywa się na tle trudnych przypadków w warunkach państwa prawa. Tutaj również pozytywistyczna odpowiedź może być zadowalająca w rozumieniu jej zewnętrznego efektu. Przykładem jest działalność sądów konstytucyjnych, które wyprowadzają z obowiązujących tekstów prawnych brakujące w systemie prawnym zasady, co jednak budzi poważne zastrzeżenia w sferze uzasadnienia takich decyzji jako tylko interpretacji tekstu<sup>5</sup>. Problem z pozytywistyczną argumentacją w jednej i drugiej sferze ma, jak się wydaje, jedno źródło. Sfera argumentu z bezprawia i niepozytywistyczna odpowiedź w formule Radbrucha ma mniejszy zakres i nie pretenduje do pełnego rozstrzygnięcia sporu. Pokazując jednak konsekwencje błędnego u źródła rozumienia prawa przez pozytywistów, wspiera redefinicję pojęcia prawa, również na potrzeby jego normalnego stosowania w dobrze urządzonym społeczeństwie.

4 Tak: R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, przeł. L. Morawski, „Państwo i Prawo” nr 11–12, 1993, s. 34 i n.

5 Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 304 i n. oraz cytowana tam literatura.

Zaniedbania w sferze rozliczeń ze strony polskiego prawodawcy, wymiaru sprawiedliwości i doktryny są tym bardziej dolegliwe, że sama koncepcja Radbrucha jest minimalistyczna do granic możliwości, a niesprawiedliwości, których dotyczy – są najbardziej rudymenarne. Radbruch nie dostarcza ostatecznych i pozytywnych uzasadnień odnośnie do tego czym jest prawo, choć w okresie rozchwiania postrzegania wartości jest jakimś kierunkowskazem negatywnym: nie pokazuje dokładnie jaką treść mają mieć normy prawne, ale sygnalizuje sytuacje, w których mamy już do czynienia jedynie z bezprawiem przybranym w formę ustawy. Taka identyfikacja oczywistego, rażącego bezprawia, jako pewne minimum, wydaje się być dla prawnika praktycznym narzędziem realizacji sprawiedliwości w okresie transformacji.

W Polsce zabrakło nawet najbardziej podstawowego zastosowania takiego narzędzia. Jeśli nie potrafiliśmy jak dotychczas poradzić sobie z dobrym ukształtowaniem regulacji prawnych i wymiarem sprawiedliwości we wspomnianych na wstępie trudnych przypadkach – a więc w sprawach, w których niesprawiedliwość jest ewidentna dla każdego przeciętnie uczciwego człowieka – trudno oczekiwać pozytywnej refleksji nad kształtem dobrego prawa w normalnych, choć niepozbawionych poważnych wyzwań warunkach. Innymi słowy, jeżeli dzisiaj traktujemy instrumentalnie osoby poszkodowane przez reżim i nie wymierzamy sprawiedliwości ze względu na kolidujące z ich prawami abstrakcyjnie rozumiane wymogi bezpieczeństwa, pewności prawa czy spokoju społecznego, nie należy spodziewać się jutro regulacji, które w sposób efektywny kształtować będą dobro wspólne i dobro członków tej wspólnoty.

### **Formuła Radbrucha**

Powojenny dorobek Gustava Radbrucha wszedł do kanonu współczesnej filozofii prawa. Był i jest przedmiotem szczegółowych obszernych omówień, analiz i twórczej kontynuacji<sup>6</sup>. W tym miejscu jedynie dla porządku wystarczy zarysować główne problemy interpretacyjne samej formuły<sup>7</sup>.

Pierwsza jej teza (*Unerträglichkeitsthese*)<sup>8</sup> wskazuje na trzy wartości, na straż których stoi prawo pozytywne: bezpieczeństwo prawne, celowość i sprawiedliwość

6 Por. np. B. Schuhmacher, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, Göttingen 1985; W. Ott, *Die Radbruch'sche Formel – Pro und Contra*, „Zeitschrift für schweizerisches Recht“ N.F. 107 I, 1988, s. 335; R. Alexy, *Mauerschützen – Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Göttingen 1993; A. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, „Neue Juristische Wochenschrift“, 1995, s. 81; R. Alexy, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg 1997; H. Dreier, *Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, „JuristenZeitung“ 1997, s. 432; J. Zajdało, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

7 Tekst formuły: G. Radbruch, *Gesetz und Recht*, [w:] *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, t. III, *Rechtsphilosophie III*, red. W. Hassemer, Heidelberg 1990, s. 96 i n.; G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Heidelberg 1946, s. 15–16.

8 „Konflikt między sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym należałoby rozwiązać w ten sposób, ażeby prawo pozytywne zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową miało pierwszeństwo również i wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga taki stopień, że ustawa jako «prawo niesprawiedliwe» powinna ustąpić sprawiedliwości.”, za: J. Zajdało, *Formuła Radbrucha*, op. cit., s. 105 i n.

*sensu stricto* rozumiana jako równe traktowanie. Formułuje ona tezę o pierwszeństwie bezpieczeństwa przed sprawiedliwością i celowością, wskazując jednocześnie, że ten prymat nie jest absolutny; w pewnych sytuacjach rażącej niesprawiedliwości (względnie nieracjonalności), osiągającej stopień nie do zniesienia, bezpieczeństwo i pewność prawa musi ustąpić sprawiedliwości. Jest to rozwinięcie przez Radbrucha pojęcia prawa, jako zjawiska należącego do sfery kultury, które było ukształtowane w okresie przedwojennym. Natura zjawisk z tej sfery leży w ich ukierunkowaniu na wartości. W odniesieniu do prawa oznacza to jego ukierunkowanie na sprawiedliwość: prawo jest rzeczywistością, której sensem jest służenie sprawiedliwości<sup>9</sup>. Wynikający z neokantowskich założeń epistemologicznych skrajny relatywizm w przedmiocie możliwości poznania wartości, skłaniał Radbrucha do przeciwstawienia sprawiedliwości bezpieczeństwu prawnemu i dawania pierwszeństwa tej ostatniej wartości<sup>10</sup>. Po II wojnie światowej sformułowana teza o bezprawiu nie została zniesiona, opiera się natomiast na nowym założeniu dotyczącym poznania, które mówi, że możliwe jest ustalenie, czym jest rażąca niesprawiedliwość. Artur Kaufmann wskazał w związku z tym elementem formuły na przydatność w filozofii prawa „zasady negatywnej”. *Philosophia negativa* opiera się na założeniu, że łatwiej jest ustalić w odniesieniu do oceny prawa pozytywnego, co jest rażącym bezprawiem, niż jakie są wymogi sprawiedliwości. Łatwiej sformułować zdanie o tym, czym byt nie jest, niż pozytywne, syntetyczne zdanie *a priori* o tym, czym jest; nasze poznanie jest bowiem pewniejsze przy falsyfikowaniu, a nie weryfikowaniu, co jest również aktualne w twierdzeniach dotyczących słuszności. Problem sprawiedliwości pojawia się z resztą najczęściej w zderzeniu z niesprawiedliwością<sup>11</sup>. W tym ujęciu można mówić o naturalnym bezprawiu (*Naturunrecht*)<sup>12</sup>.

W drugiej części formuły, w tezie o zaprzeczeniu (*Verleugnungsthese*), Radbruch wskazuje granicę między jeszcze niesprawiedliwym prawem i regulacjami pozytywnymi, które tylko *prima facie* mają charakter prawny, a w rzeczywistości stanowią „ustawowe bezprawie”. Naturę prawa tracą regulacje, poprzez które prawodawca świadomie nie dąży do sprawiedliwości, odrzucając przy stanowieniu prawa zasadę równości, będącą rdzeniem sprawiedliwości.

Formuła charakteryzuje się niewątpliwie brakiem precyzji sformułowań, rodzącymi spory co do interpretacji wzajemnych związków między jej poszczególnymi elementami. Wątpliwości pojawiają się już na etapie weryfikacji, czy ocenie w oparciu o formułę podlega sama litera prawa, czy też również praktyka jego stosowania. Przy stosowaniu formuły dla oceny regulacji upadłego reżimu współcześnie oznacza to w praktyce wybór między dwoma podstawowymi sposobami postępowania. Pierwszy polega na skoncentrowaniu się na samym literalnym brzmieniu przepisów – które zazwyczaj było zgodne z podobnymi regulacjami w krajach cywilizowanych – oraz na stosowaniu współczesnych standardów przy egzegezie tekstu. Prowadzi to do reinterpretacji ówczesnych regulacji w duchu państwa prawnego. W ten

9 G. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1 Auflage (1914)*, [w:] *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, t. II, *Rechtsphilosophie II*, red. A. Kaufmann, Heidelberg 1983, s. 119.

10 Por. *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, red. A. Kaufmann, W. Hassemer, Heidelberg 1994, s. 108 i n.

11 A. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel*, op. cit., s. 83.

12 M. Kriele, *Kriterien der Gerechtigkeit*, Berlin 1963, s. 29.

sposób „ratuje się” niejako legalność takich regulacji, przy narażaniu się jednak na zarzut fałszowania rzeczywistości prawnej *ancien regime*<sup>13</sup>. Druga droga polega z kolei na dokonywaniu wykładni ówczesnego prawa pozytywnego zgodnie z ówczesnymi regułami interpretacyjnymi, uwzględniając zatem zazwyczaj obiektywnie błędną, absurdalną i jawnie niesprawiedliwą praktykę jego stosowania w przeszłości. Dopiero tak zrekonstruowane prawo upadłego reżimu, w takim całościowym ujęciu (litera prawa wraz z praktyką jego stosowania) podlega ocenie według kryterium rażącej niesprawiedliwości. Sam Radbruch odrzucał teorię wykładni subiektywnej, odwołującej się do wcielonej w tekście ustawy woli rzeczywistego prawodawcy na rzecz teorii obiektywnej, która uwzględnia możliwość oparcia się na woli aktualnego prawodawcy, co oznaczało odrzucenie konsekwentnego pozytywizmu<sup>14</sup>. Również nie do końca precyzyjnie mówi Radbruch, jakie prawo obowiązuje w miejsce ustawowego bezprawia, czego dotyczy drugi element jego formuły. Nie przewiduje on, że zawsze zostanie ono zastąpione niepisany, ponadustawowym prawem. W wielu przypadkach jego miejsce ponownie zajmie prawo ustawowe, uchylone przez reżim, nie dojdzie więc do powstania luki. Nie zawsze musi być to też prawo ponadpozytywne, o którym zresztą – jak podnosi Artur Kaufmann – Radbruch wprost nie wspomina<sup>15</sup>.

Trzeci wreszcie element formuły wskazuje na odpowiedzialność pozytywizmu prawniczego za degenerację systemu prawnego w III Rzeszy, uczynienie prawników i społeczeństwa bezbronnyymi wobec przemocy narodowosocjalistycznego reżimu. Argument ten spotkał się z licznymi zarzutami, podkreślano naiwność naskikowanego przez Radbrucha obrazu rzeczywistości prawnej w okresie dochodzenia Hitlera do władzy<sup>16</sup>, czy pewną emocjonalność spojrzenia charakterystyczną dla pierwszych reakcji niemieckiej kultury prawnej bezpośrednio po upadku zbrodniczego systemu<sup>17</sup>. W szczególności Herbert Hart podkreślał, że krytyka Radbrucha dotyczy zdegenerowanej, prymitywnej formy bezkrytycznego kultu ustawy a nie może odnosić się do „zdrowego pozytywizmu”, zgodnie z którym prawo poddaje się ponadpozytywnej – moralnej, choć nie prawnej – kontroli sumienia<sup>18</sup>. Co jednak istotne, w weimarskich Niemczech pozytywizm nie był niepodzielnie panującym kierunkiem w refleksji nad naturą prawa, stąd nie tylko ten nurt należy stawiać na ławie oskarżonych<sup>19</sup>. Zarzut zbyt daleko idącego uproszczenia w ostatnim

13 Na ten temat por. spór na tle orzecznictwa z lat 90. dotyczącego strzelców przy murze berlińskim, m.in. R. Aleksy, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg 1997; R. Aleksy, *Mauerschützen – Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Göttingen 1993.

14 *Einführung in die Rechtsphilosophie*, op. cit., s. 114.

15 A. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel*, op. cit., s. 85 i n.

16 *Einleitung* [w:] H.L.A. Hart, *Recht und Moral*, przeł. N. Hoerster, Göttingen 1971, s. 9.

17 A. Baratta, *Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus, Gedanken zu einer „naturrechtlichen“ Apologie des Rechtspositivismus*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ 54, 1968, s. 328.

18 Por. H. L.A. Hart, op. cit., s. 41.

19 *Einführung in die Rechtsphilosophie*, op. cit., s. 183 i n., również: U. Neumann, *Naturrecht und Politik 1900 und 1945: Naturrecht, Rechtspositivismus und Politik bei Gustav Radbruch*, [w:] *Natur und Politik*, red. K. Graf Balleström, Berlin 1993, s. 72; H. Rottleuthner, *Rechtspositivismus und Nationalsozialismus*, „Demokratie und Recht“ 1987, s. 373 i n.

elemencie formuły wydaje się być trafny w swej istocie, Radbruch jest natomiast przekonujący w krytycznej ocenie skrajnego relatywizmu i prymitywnego pozytywizmu. Nie wnosi tu może wprost istotnej nowości w refleksji nad naturą i granicami prawa, ale otwiera pole do argumentów normatywnych, z efektywności, na rzecz niepozytywistycznych koncepcji prawa: takiego jego pojęcia, które będąc panującym w kulturze prawnej najlepiej przyczynia się do zachowania i obrony sprawiedliwych stosunków społecznych.

Mimo wszystkich nieścisłości i uproszczeń formuła stanowi symboliczny początek nie tylko krótkotrwałego tzw. „drugiego odrodzenia prawa naturalnego” po II wojnie światowej, ale została recypowana w niemieckim orzecznictwie sądowym na przestrzeni dziesięcioleci. I co najważniejsze, weszła na trwałe do współczesnej światowej refleksji nad prawem, odrywając się od historycznego kontekstu jej powstania.

W trakcie dyskusji wywołanej w związku z jednym z rozliczeniowych orzeczeń niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego, jeden z niemieckich administratywistów na zjeździe prawników w 1954 roku wskazywał, że przyjmowane przez Sąd decyzje dotyczące III Rzeszy powinny uwzględniać możliwe przyszłe rozstrzygnięcia co do stosunków z obszaru Niemiec Wschodnich<sup>20</sup>. Myśl, która w tamtym czasie wydawała się jedynie ciekawa intelektualnie, ale całkowicie pozbawiona znaczenia, stała się niezwykle aktualna kilkadziesiąt lat później. Poniżej zostaną przedstawione sprawy zarówno z zakresu prawa karnego i cywilnego czy administracyjnego, które należą do wiodących w wyznaczaniu, opartej na niepozytywistycznym rozumieniu prawa, linii orzecznictwa niemieckiego wymiaru sprawiedliwości, która znalazła swoje nowe otwarcie po 1989 roku.

### Nielegalne pozbawienie obywatelstwa

Orzeczenie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 14 lutego 1968 roku (tzw. *Staatsangehörigkeitsbeschluss I*)<sup>21</sup> dotyczyło 11. rozporządzenia do ustawy o obywatelstwie Rzeszy<sup>22</sup>. W §2 rozporządzenia obywatelstwa pozbawieni zostali Żydzi, którzy w chwili wejścia w życie rozporządzenia posiadali miejsce zamieszkania poza granicami Rzeszy, względnie przyjęli je po tym terminie<sup>23</sup>. Przedmiotem rozstrzygnięcia FSK było zagadnienie, czy prawem właściwym dla dziedziczenia po adwokacie narodowości żydowskiej, który podpadał pod to rozporządzenie było prawo niemieckie

20 Za: *Verfassungsrechtsprechung: hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*, red. J. Menzel, Tübingen 2000, s. 74.

21 BVerfGE 23, 98, 2 BvR 557/62.

22 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz z 25 listopada 1941 r., RGBl. I s. 772, na podstawie §3 ustawy o obywatelstwie Rzeszy (Reichbürgergesetz) z 15 sierpnia 1941 r., RGBl. I, s. 1146.

23 „§2 Żyd traci niemieckie obywatelstwo: a) jeśli w chwili wejścia w życie niniejszego rozporządzenia posiada zwyczajowe miejsce pobytu za granicą, b) jeśli później przenosi miejsce swojego zwyczajowego pobytu za granicę”. [tłum. własne] [„Ein Jude verliert die deutsche Staatsangehörigkeit: a) wenn er beim Inkrafttreten dieser Verordnung seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat, b) wenn er seinen gewöhnlichen Aufenthalt später im Ausland nimmt, mit der Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts ins Ausland“] Na temat miejsca zwyczajowego pobytu por. np. komentarz do §8 ust. 2 StPO, Th. Kleinknecht, L. Meyer-Goßner, StPO-Kommentar, wyd. 43.

czy holenderskie. Ponieważ człowiek ten najpewniej zginął w 1942 roku, nie było możliwe przywrócenie obywatelstwa na podstawie art. 116 ust. 2 niemieckiej ustawy zasadniczej z 1949 roku, przez złożenie wniosku lub przyjęcie miejsca zamieszkania na terenie Niemiec<sup>24</sup>.

Wobec tak ukształtowanego stanu faktycznego FSK stanął wprost przed problemem rozstrzygnięcia ważności 11. rozporządzenia. Sąd uznał, że ów adwokat nigdy nie utracił niemieckiego obywatelstwa ze względu na fakt, że przedmiotowe rozporządzenie było od początku nieważne. W tezach rozstrzygnięcia FSK wskazał, że narodowosocjalistycznym „przepisem prawa” (cudzystów oryginalny – przyp. M.R.) można odmówić ważności, jeśli w sposób oczywisty, ewidentny stoją w sprzeczności z podstawowymi zasadami sprawiedliwości, tak że sędzia, który chciałby je zastosować bądź uznać ich skutki, realizowałby bezprawie a nie prawo; nie wymierzałby sprawiedliwości, lecz niesprawiedliwość. W drugim zdaniu tezy orzeczenia FSK wyraźnie wskazał, że powodem owej nieważności jest sprzeczność regulacji ze sprawiedliwością, która to niezgodność osiągnęła stopień nie do zniesienia<sup>25</sup>. W dalszej kolejności Sąd wskazał, że prawo i sprawiedliwość nie pozostają do dyspozycji prawodawcy. Przeciwnie stanowisko oznaczałoby powrót do pozytywizmu, który nie uwzględnia żadnych wartości. To natomiast w ocenie Sądu byłoby nie do zaakceptowania w kontekście doświadczeń najnowszej historii Niemiec, gdy ustawodawca stanąłby bezprawie przybrane jedynie w formy prawa<sup>26</sup>. FSK powołuje się więc na wszystkie elementy formuły Radbrucha, łącznie z jej trzecią, najbardziej kontrowersyjną tezą o odpowiedzialności pozytywizmu za bezbronność prawników i systemu prawnego wobec narodowego socjalizmu.

Rozstrzygnięcie uściśliło zastosowanie art. 116 ust. 2 ustawy zasadniczej. Skoro w przepisie jest mowa o wcześniejszych obywatelach niemieckich, pozbawionych przynależności państwowej, którym przyznaje się obywatelstwo na ich wniosek, *prima facie* brzmienie tej regulacji mogłoby wskazywać uznanie ważności inkryminowanego rozporządzenia i jego skutków w postaci pozbawienia obywatelstwa z powodów rasowych<sup>27</sup>. Tymczasem FSK wyszedł z założenia, że ustawodawca konstytucyjny już przy formułowaniu takiego brzmienia art. 116 uznawał rozporządzenie za nieważne od początku. FSK, opierając się na wykładni historycznego prawodawcy, dokonał wykładni węższej niż wynikałoby to z oczywistego, literalnego brzmienia przepisu. Uznał, że przepis odnosi się przede wszystkim do tych, którzy utracili obywatelstwo z innych powodów; w grę wchodzić będzie najczęściej nabycie innego obywatelstwa. Nabycie to, jeśli było związane z prześladowaniami w III Rzeszy, miało miejsce przynajmniej pośrednio z powodów politycznych, rasowych albo

24 Art. 116 ust. 2: „Wcześniejszym obywatelom niemieckim, których pozbawiono ze względów politycznych, rasowych lub religijnych przynależności państwowej w okresie między 30 stycznia 1933 roku a 8 maja 1945 roku oraz ich potomkom, przyznaje się ponownie obywatelstwo na ich wniosek. Nie uważa się ich za pozbawionych obywatelstwa, jeśli po 8 maja 1945 roku zamieszkali w Niemczech i nie wyrazili przeciwnej woli” (Polskie tłumaczenie tekstu niemieckiej ustawy zasadniczej za: <URL=http://www.de-iure-pl.org/Verfassung\_n9.de.html> [dostęp: 1. 03. 2013]).

25 BVerfGE 23, 98 (98–99).

26 BVerfGE 23, 98 (106).

27 Por. *Bonner GG, Kommentar*, t. III, wyd. 4, s. 2377 i nn.

religijnych<sup>28</sup>. Celem regulacji art. 116 nie jest więc *implicitie* uznanie ważności 11. rozporządzenia, ale to, aby nie narzucać wbrew woli zainteresowanych niemieckiego obywatelstwa tym, którzy się go otwarcie zrzekli i nie chcieliby być – ze względów często emocjonalnych – uznawanymi za obywateli niemieckich nawet po upadku reżimu nazistowskiego. W tym celu FSK przyjął krytykowaną konstrukcję<sup>29</sup>: bez względu na fakt, że prześladowani z wymienionych względów nie utracili obywatelstwa, nie są traktowani jako Niemcy, dopóki nie powołają się na swoje obywatelstwo poprzez przyjęcie miejsca zamieszkania na terenie Niemiec bądź złożenie wniosku<sup>30</sup>. Art. 116 ust. 2 nie reguluje natomiast zdaniem FSK sytuacji prawnej tych, którzy zmarli przed 8 maja 1945 roku: nie dotyczy ich wymóg wyraźnego opowiedzenia się za niemieckim obywatelstwem. Inna wykładnia ustawy zasadniczej prowadziłaby do niesprawiedliwych skutków, przedłużając naruszenie zasady równości, wywołane przez inkryminowane rozporządzenie<sup>31</sup>.

Kwestia obywatelstwa tych, którzy przeżyli była przedmiotem rozstrzygnięcia FSK w orzeczeniu z 15 kwietnia 1980 roku (tzw. *Staatsangehörigkeitsbeschluss II*)<sup>32</sup>. Skarżącym był obywatel niemiecki narodowości żydowskiej, który w 1934 roku wyjechał na studia do Szwajcarii i w związku z tym pobylem podpadł pod rozporządzenie pozbawiające obywatelstwa<sup>33</sup>. W 1946 przeniósł się do USA, gdzie następnie w roku 1951 otrzymał obywatelstwo amerykańskie<sup>34</sup>. W swojej skardze wniósł on o uznanie, że był on nadal obywatelem Niemiec<sup>35</sup>.

FSK, powołując się na swoje wcześniejsze orzeczenie z roku 1968, ponownie stwierdził, że zarządzenia reżimu nazistowskiego pozbawione są ważności jako prawo, jeśli w sposób oczywisty stoją w sprzeczności z podstawowymi wymogami sprawiedliwości. Dlatego także w tym przypadku pozbawienie obywatelstwa było nieważne<sup>36</sup>.

Skarżący należał jednakże od chwili, gdy w 1951 roku nabył obywatelstwo amerykańskie do grupy osób, które utraciły obywatelstwo niemieckie ze względu na fakt nabycia obcego. Pozostawało to jednakowoż według FSK w związku – choć pośrednim – z prześladowaniami na gruncie rasowym. Z tego względu znalazł w ocenie Sądu w tym przypadku zastosowanie art. 116 ust. 2 ustawy zasadniczej, który wymaga bądź stosownego wniosku, bądź przyjęcia miejsca zamieszkania na terytorium Niemiec. Zgodnie z orzecznictwem FSK osoba taka jest wprawdzie Niemcem, nie może być jednak uznawana za Niemca, dopóki nie uczyni użytku z możliwości

28 Tak np. B. Schuhmacher, *Rezeption und Kritik*, op. cit., s. 87.

29 *Bonner GG, Kommentar*, tom III, wyd. 4, s. 2382.

30 Por. BVerfGE 23, 98 (108).

31 Z czym zgadzają się nawet przeciwnicy przyjętego przez FSK rozstrzygnięcia, por. A. N. Makarov, *Schlussfolgerung in der Diskussion „Die Staatsangehörigkeit ausgebürgerter Juden“*, „Juristen. Zeitung“ 1969, s. 102.

32 BVerfGE 54, 53, 2 BvR 842/77.

33 Por. §2 des Gesetzes über den Widerruf von Einbürgerungen und die Anerkennung der deutschen Staatsangehörigkeit vom 14.07.1933, RGBI I s. 480.

34 BVerfGE 54, 53 (53–54).

35 BVerfGE 54, 53 (58).

36 BVerfGE 54, 53 (68).

przewidzianych w ww. regulacji<sup>37</sup>. Obok krytyki z pozycji pozytywistycznych, orzeczenie to spotkało się z zarzutem naruszenia celu regulacji w postaci zadośćuczynienia za wyrządzoną rażącą niesprawiedliwość<sup>38</sup>.

### Odpowiedzialność funkcjonariuszy za deportacje

Rozliczenia z nazistowską, a następnie komunistyczną, przeszłością w wymiarze prawa karnego spotkały się z istotnym ograniczeniem zakazu *nullum crimen sine lege* z art. 103 ust. 2<sup>39</sup> ustawy zasadniczej. Zakaz ten sformułowany jest w sposób wyraźny i kategoryczny, tak że – w przeciwieństwie do ogólnego zakazu działania prawa wstecz wyprowadzonego z art. 20 ust. 3<sup>40</sup> – zgodnie z uznanym poglądem jest on zakazem absolutnym<sup>41</sup>. Wyraża pierwszeństwo formalnego wymogu bezpieczeństwa i pewności prawnej przed materialnym wymogiem sprawiedliwości<sup>42</sup>. W związku z prawnym przewyciężaniem przeszłości w zakresie przestępczości rządowej, jednym z rozwiązań wyważenia między wymogiem bezpieczeństwa a sprawiedliwości, była propozycja, aby formuła Radbrucha znalazła zastosowanie jedynie w odniesieniu do uznawania za nieważne regulacji, które wyłączają karalność (względnie bezprawność) czynów, w sposób rażący naruszający zasadę sprawiedliwości. W ten sposób formuła Radbrucha „nie produkowałyby” nowych norm penalizujących pewne zachowania, wykluczałaby tylko zastosowanie regulacji wyłączających bezprawność czynów. Jednocześnie, ze względu na dopuszczenie takiego wyłączenia kontratypów jedynie w przypadkach oczywistych, ewidentnych, unika się ukrytego działania prawa wstecz<sup>43</sup>. Jednak z drugiej strony sposób zakreslenia typów czynów zabronionych i sformułowania kontratypów jest bardziej problemem techniki legislacji, stąd łączenie z tym rozróżnieniem tak daleko idących konsekwencji prawnych, uznane było to za nieuzasadnione<sup>44</sup>. W doktrynie rozważana była propozycja wprowadzenia wyraźnej klauzuli nawiązującej do formuły Radbrucha, określającej relacje sprawiedliwości i bezpieczeństwa prawnego również na obszarze prawa karnego<sup>45</sup> (co można zakwalifikować jako przejaw pozytywizacji prawa naturalnego), co również spotkało się z mocną krytyką<sup>46</sup>.

W początkowym okresie republiki bońskiej Federalny Trybunał Sprawiedliwości (*Bundesgerichtshof*) wielokrotnie rozstrzygał opierając się na przekonaniu, że

37 BVerfGE 54, 53 (70), por. również BVerfGE 23, 98 (108).

38 B. Schuhmacher, *Rezeption und Kritik*, op. cit., s. 89.

39 Art. 103 ust. 2 Czyn podlega karaniu jedynie wtedy, gdy jego karalność była przewidziana w ustawie w czasie, gdy czyn został popełniony.

40 Art. 20 ust. 3 Władza ustawodawcza jest związana porządkiem konstytucyjnym, władza wykonawcza i władza sądownicza związane są ustawą i prawem.

41 *Bonner GG - Kommentar*, tom III, 4 wydanie, s. 1376.

42 H. Dreier, *Gustav Radbruch*, op. cit., s. 432.

43 R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München 1992, s. 105 i n.

44 Por. np. G. Jakobs, *Untaten des Staates – Unrecht im Staat – Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?*, „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“ 1994, s. 10 i nn.

45 R. Alexy, *Der Beschluß*, op. cit., s. 15, 23 i n.

46 A. Engländer, *Zur begrifflichen Möglichkeit des Rechtspositivismus*, „Rechtstheorie“ 28, 1997, s. 464 i n.



w przypadku jaskrawych naruszeń praw człowieka, jako *ultima ratio* możliwe jest skazanie za takie czyny niezależnie od tego, czy ich penalizacja była wcześniej *expressis verbis* przewidziana czy nie. Jako że nieuznanie przestępności czynów współcześnie uznanych za przestępczość rządową jest powszechną praktyką państwa bezprawia, ich późniejsza prawnokarna ocena przez sąd opierała się na założeniu obowiązywania wcześniejszego, choć niesformułowanego w pozytywnych regulacjach prawa.

W wyroku z 29 stycznia 1952 roku dotyczącym deportacji (*Deportation-surteil I*)<sup>47</sup> Federalny Trybunał Sprawiedliwości zajmował się zagadnieniem prawnokarnej odpowiedzialności czterech byłych członków Gestapo, którzy w latach 1941–1945 uczestniczyli w wielu wywózkach Żydów z Württembergi na wschód. Po 1944 r. postawiono im zarzut pomocnictwa w pozbawieniu wolności w związku z pełnieniem funkcji publicznej i ze skutkiem śmiertelnym, co wymagało zbadania, czy oskarżeni wiedzieli lub przynajmniej liczyli się z taką możliwością, że pozbawienie wolności było bezprawne i działali w odpowiednim zamiarze<sup>48</sup>. Dla oceny strony subiektywnej konieczne było więc również zbadanie ważności norm, które mogły usprawiedliwiać deportacje. Trybunał badając relewantne akty władzy publicznej, przede wszystkim Rozporządzenie Prezydenta Rzeszy z 28 lutego 1933 roku o ochronie narodu i państwa stwierdził, że nie mogą być one podstawą do swobodnego naruszania istoty prawa, ponieważ istnieje wszędzie i zawsze obowiązuje ograniczenie samowoli państwa, które nie może być naruszone przez żadną ustawę ani żaden akt władczy<sup>49</sup>.

Tezę dotyczącą nieobowiązywania tych regulacji Trybunał sformułował w bezpośrednim nawiązaniu do formuły Radbrucha. Uznał za bezprawne regulacje i wydane na ich podstawie decyzje, które nie dążą do sprawiedliwości, świadomie odrzucają zasadę równości oraz wspólne wszystkim narodom cywilizowanym zasady ukierunkowanie na ochronę wartości i godności osoby ludzkiej<sup>50</sup>.

Izba karna Federalnego Trybunału Sprawiedliwości zajmowała się podobną sprawą w orzeczeniu z 19 grudnia 1952 roku<sup>51</sup>, rozstrzygając co do okoliczności wyłączających bezprawność działania oskarżonych, analogicznie jak w poprzednim przypadku o pomocnictwo w pozbawieniu wolności w związku z pełnieniem funkcji publicznej i ze skutkiem śmiertelnym. Ewentualna podstawa kontratypu, zarządzenia Głównego Urzędu Bezpieczeństwa Rzeszy (*Reichssicherheitshauptamts*, RSHA), uznana została za pozbawioną jakiegokolwiek mocy prawnej ze względu na ich treść, która wykracza poza jakiegokolwiek granice tworzenia prawa przez państwo<sup>52</sup>, zakreślone przez pewne podstawowe, uznawane przez wszystkie cywilizowane narody zasady, które zgodnie z powszechną świadomością prawną nie mogą być naruszone przez jakąkolwiek ustawę lub inne działania władcze<sup>53</sup>.

47 BGHSt 2, 234, 1 StR 563/51.

48 BGHSt 2, 234 (236).

49 Por. BGHSt 2, 234 (238).

50 BGHSt 2, 234 (238–239).

51 BGHSt 3, 357.

52 BGHSt 3, 357 (359).

53 BGHSt 3, 357 (362).

### Postępowanie w sprawie Sprzysiężenia 20 Lipca

Federalny Trybunał Sprawiedliwości oparł się na niepozytywistycznej argumentacji w wyroku z 12 lutego 1952 roku, dotyczącym postępowania przeciwko członkom Sprzysiężenia 20 Lipca<sup>54</sup>, w którym rozstrzygał o odpowiedzialności oskarżycieli publicznych w postępowaniu sądowym przeciwko członkom Sprzysiężenia. Funkcjonariuszom SS, reprezentującym oskarżyciela publicznego, po zakończeniu II wojny światowej postawiono zarzut pomocnictwa w zabójstwie. Centralnym zagadnieniem była wobec tego legalność procesów przeciwko członkom Sprzysiężenia, powołanych przez Hitlera sądów do ich prowadzenia i ich podstawa prawna. Z kolei argumentacja koncentrowała się na zagadnieniu sprawiedliwej procedury, *fair trial*.

Trybunał przyznał na wstępie, że organizacja państwowa może w czasach najwyższego wojennego i politycznego zagrożenia ustanawiać organy władzy sądowniczej, które wydają surowe rozstrzygnięcia i postępują według procedur przyznających szeroki zakres swobodnego uznania. Jest to zgodne, w ocenie Trybunału, z historycznym doświadczeniem, tradycją i praktyką narodów cywilizowanych<sup>55</sup>.

Jednak bezprawność postępowania będzie miała miejsce, w ocenie Trybunału, nie tylko w przypadku sprzeczności postępowania z ówczesnymi regulacjami (co jest częstą sytuacją, choć nie było jednak zasadniczą przesłanką rozstrzygnięcia w omawianej sprawie), lecz również w sytuacji niezgodności z ogólnie wiążącymi zasadami prawnymi, które obowiązują niezależnie od ich uznania przez państwo<sup>56</sup>. Tymczasem zarówno sposób prowadzenia postępowania przygotowawczego (prowadzonego przez funkcjonariuszy Gestapo, mimo że podejrzani, jako członkowie Wehrmachtu podlegali wojskowym organom ścigania), jak i przewodu sądowego (w skład ławy przysięgłych wchodził członkowie SS, mimo że żaden z oskarżonych nie był członkiem tej formacji, zaś przewodniczącym składu orzekającego był komendant obozu) pokazują zdaniem Trybunału, że zadaniem oskarżycieli było jedynie wykonanie przestępczych poleceń<sup>57</sup>. Nie mogło natomiast być mowy o ustaleniu prawdy, winy bądź niewinności, określeniu stopnia winy, gdy tymczasem właściwym zadaniem niezależnego sędziego jest wydanie rozstrzygnięcia, na podstawie prawdziwych ustaleń stanu faktycznego, w ramach swobodnego uznania<sup>58</sup>. W ocenie Trybunału postępowanie przeciwko członkom Sprzysiężenia 20 Lipca stało w jawnej sprzeczności z podstawowymi wymogami *fair trial* na tyle, że ich normatywna podstawa została uznana za ustawowe bezprawie i w konsekwencji otwarta była droga do rozstrzygnięcia o winie przedstawicieli oskarżenia. W bezpośrednim nawiązaniu do swojego wcześniejszego orzecznictwa Federalny Trybunał Sprawiedliwości ponownie zakwalifikował jako bezprawne regulacje i wydane na ich podstawie decyzje, które naruszają podstawowe wartości<sup>59</sup>. Trybunał nie zakwalifikował procesów przeciwko członkom Sprzysiężenia jako ekscesów przy stosowaniu regulacji procesowych. Nie był to bowiem błąd procesowy, czy eksces sprzeczny z logiką ówczesnego

54 BGHSt 2, 173.

55 BGHSt 2, 173 (174).

56 BGHSt 2, 173 (175).

57 BGHSt 2, 173 (178).

58 BGHSt 2, 173 (175).

59 BGHSt 2, 173 (177).

systemu, ale sposób postępowania doskonale oddający charakter reżimu nazistowskiego, traktującego regulacje prawne w sposób czysto instrumentalny. W takiej perspektywie – uwzględniając nie samą literę, ale konsekwentnie również praktykę stosowania inkryminowanych regulacji, Federalny Trybunał Sprawiedliwości uznał je za rażące bezprawie.

### Uprawnienia urzędników III Rzeszy

Przykładem odwołania się do formuły Radbrucha i wyważania sprawiedliwości i bezpieczeństwa prawnego jest orzeczenie FSK z 17 grudnia 1953 r. w sprawie urzędników III Rzeszy<sup>60</sup>. Przedmiotem skargi była ustawa, regulująca status byłych urzędników, którzy utracili miejsca pracy po upadku Rzeszy i nie znaleźli dalszego zatrudnienia w służbie publicznej w RFN<sup>61</sup>, będąca realizacją art. 131 ustawy zasadniczej<sup>62</sup>. Ustawa generalnie ułatwiała dalsze wykorzystanie urzędników w dużej mierze zatrudnionych wcześniej na terenach utraconych po II wojnie światowej przez Niemcy. O ile urzędnicy nie byli członkami enumeratywnie wyliczonych formacji, względnie nie nadużyli swojego stanowiska przez złamanie podstawowych zasad chroniących godność człowieka i naruszających rządu prawa, ustawa kierowała się zasadą integracji a nie wykluczenia urzędników *ancien régime'u*. Tym niemniej była pewnym elementem oczyszczania aparatu urzędniczego i rozliczania z nazistowską przeszłością.

Zagadnieniem prawnym było ustalenie, czy stosunki urzędnicze z okresu III Rzeszy trwały nadal w RFN, czy też upadek III Rzeszy pociągnął za sobą ich automatyczne wygaśnięcie i RFN nie była zobowiązana z tytułu tych stosunków. Sąd uznał, że – pomimo zasady kontynuacji między RFN a III Rzeszą – zmiana formy państwa powoduje, że stosunki urzędnicze wygasły automatycznie 8 maja 1945 roku, co w literaturze i judykaturze sądów powszechnych zostało uznane za rozstrzygnięcie wręcz sensacyjne i spotkało się z krytycznym dystansem<sup>63</sup>. W uzasadnieniu swojego stanowiska FSK wskazał z jednej strony na brak jednoznaczności w tym punkcie w materiałach przygotowawczych do ustawy zasadniczej<sup>64</sup> a z drugiej odwołał się do wypowiedzi z literatury z zakresu administracji publicznej, orzecznictwa

60 BVerfGE 3, 58, 1 BvR 147/52.

61 Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Personen z 11 maja 1951 roku, BGBl. I s. 307, tzw. G 131.

62 Art. 131. Ustawa federalna określi stosunki prawne dotyczące osób, włącznie z uciekinierami wojennymi i wypędzonymi, które w dniu 8 maja 1945 pozostawały w służbie publicznej, a które opuściły ją z innych powodów niż te opisane w prawie regulującym położenie urzędnika lub układu zbiorowego pracy oraz które dotąd nie zostały zatrudnione w ogóle lub nieodpowiednio do poprzednio zajmowanego stanowiska. To samo dotyczy także osób, wraz z uciekinierami wojennymi i wypędzonymi, które w dniu 8 maja 1945 miały prawo do wyposażenia, którego nie otrzymują z przyczyn innych niż określone w prawie regulującym położenie urzędnika lub układzie zbiorowym pracy lub otrzymują nieodpowiednie wyposażenie. Do czasu wejścia w życie ustawy federalnej, dochodzenie roszczeń prawnych jest niedopuszczalne z zastrzeżeniem odmiennej regulacji przez prawo kraju związkowego. (tłumaczenie polskie tekstu niemieckiej ustawy zasadniczej za: <URL=http://www.de-iure-pl.org/Verfassung.n9.de.html> [dostęp: 1.03. 2013]).

63 Por. na ten temat T. Ackermann, J. Menzel, *Verfassungsrechtsprechung: hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*, Tübingen 2000, s. 72 i n.

64 BVerfGE 3, 58 (77 i n.).

i praktyki okresu III Rzeszy, aby obszernymi ich fragmentami zilustrować, w jak dalekim stopniu etos służby publicznej zdegenerował się w wierność Hitlerowi i partii narodowosocjalistycznej<sup>65</sup>. Był to punkt wyjścia do konstatacji, że urzędnikom III Rzeszy nie przysługują słusznie nabyte, czy w jakikolwiek sposób naturalnie ugruntowane prawa, których po upadku państwa mieliby zostać niesprawiedliwie pozbawieni. W konsekwencji nie miało też miejsca naruszenie zasady równości, jako że status osób niezatrudnionych ponownie był zasadniczo inny od tych, którzy stali się urzędnikami aparatu państwowego RFN<sup>66</sup>, natomiast regulacja statusu osób niezatrudnionych w administracji zdaniem Sądu dostatecznie uwzględniała proporcjonalną równość w ramach swobody ustawodawcy<sup>67</sup>. Jednocześnie FSK uznał, że co prawda narodowosocjalistyczne państwo całkowicie oderwało się od klasycznego wzorca państwa prawa, to ze względów bezpieczeństwa prawnego stworzona przez nazistowskiego ustawodawcę rzeczywistość prawna powinna być zmieniona przez nowe regulacje ustawowe, a nie w drodze uznawania ich za nieobowiązujące *ex tunc*<sup>68</sup>. Zdaniem FSK narodowosocjalistyczne regulacje dotyczące stosunków urzędniczych nie osiągnęły więc stopnia rażącej niesprawiedliwości na tyle, aby przeważały one wymogi pewności prawa i swobodę prawodawcy pozytywnego w organizacji wspólnoty politycznej, choć ich charakter, sprzeczny z podstawowymi wymogami państwa prawa, stanowił wystarczający argument, aby uznać konstytucyjność przepisów, pozbawiających urzędników nabytych w tym okresie uprawnień.

FSK powrócił do debaty na temat roli urzędników w III Rzeszy i ich statusu w nowej rzeczywistości w kolejnym orzeczeniu dotyczącym urzędników Gestapo w postanowieniu z 19 lutego 1957 roku<sup>69</sup>, broniąc swojego stanowiska z poprzedniego orzeczenia. Zadaniem Sądu w nowym postępowaniu była ocena konstytucyjności wspomnianej ustawy związkowej, regulującej status osób uwikłanych w narodowosocjalistyczny reżim<sup>70</sup>, wydanej na podstawie art. 131 ustawy zasadniczej w zakresie, w jakim wyłączała od uprawień przewidzianych w ustawie wszystkich byłych funkcjonariuszy Gestapo (§ 3 nr 4 ustawy), co spotkało się z zarzutem odpowiedzialności zbiorowej i naruszenia zasady równości. FSK uznał skargę za nieuzasadnioną, oddalając zarzut niekonstytucyjności ustawy w zaskarżonym zakresie. Z wielkim patosem Sąd wyliczył rodzaje licznych nagannych zachowań sędziów, prokuratorów czy innych urzędników z okresu III Rzeszy<sup>71</sup>. Sąd, uznając jej zgodność z zasadą równości, podkreślił ponownie, że efektem działalności narodowosocjalistycznego aparatu władzy były liczne akty normatywne, którym ze względu na stopień ich niesprawiedliwości i szkodliwości dla dobra wspólnego należy odmówić mocy obowiązującej jako prawa<sup>72</sup>, wskazując na liczne przykłady ustaleń faktycznych przed

65 BVerfGE 3, 58 (85 i n.).

66 BVerfGE 3, 58 (143).

67 BVerfGE 3, 58 (145 i n.).

68 BVerfGE 3, 58 (119).

69 BVerfGE 6, 132, 1 BvR 357/52.

70 Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Personen z 11 maja 1951 roku, BGBl. I s. 307, tzw. G131.

71 BVerfGE 6, 132 (193–195).

72 BVerfGE 6, 132 (198).

sądami karnymi, rozstrzygającymi sprawy dotyczące deportacji Żydów, dokonywanych przez funkcjonariuszy Gestapo.

FSK, uznając konstytucyjność ustawy wydanej na podstawie art. 131 ustawy zasadniczej, oparł się więc na ocenie charakteru aparatu przemocy w III Rzeszy. Uznając zasadę dyskontynuacji i wygaśnięcia stosunków urzędniczych wraz z kapitulacją III Rzeszy, wyszedł od oceny ich charakteru, jako od dawna ukształtowanych przez narodowosocjalistyczne prawodawstwo i ideologię. Nie była to struktura normalnego państwa, ale narzędzie totalitarnej władzy; status jej członków tak intensywnie i totalnie konstytuowany był przez relację do totalitarnej władzy, że wraz z jej ustaniem ustał również status urzędniczy<sup>73</sup>. FSK stanął na stanowisku, że kształt stosunków w służbie publicznej leży w gestii państwa i może być związany z trwaniem określonej jego formy. To oznacza, że w przypadku rewolucyjnych zmian ustrojowych nie jest wykluczone, że ustają stosunki w służbie publicznej, szczególnie silnie związane z poprzednim ustrojem. FSK uznał wręcz domniemanie ich wygasania<sup>74</sup>.

Już we wcześniejszym orzeczeniu dotyczącym urzędników FSK wyraźnie wskazał, że nowoczesne reżimy totalitarne, które w sposób świadomy opierają się na ideologii rasowej lub, w przypadku komunizmu, na ideologii walki klas, funkcjonują dzięki celowo skonstruowanemu aparatowi państwowemu, gdzie korpus urzędniczy jako całość jest wiernym narzędziem partii rządzącej i jej przywódcy<sup>75</sup>. Taka analiza doprowadziła Sąd do wniosku, że reżim totalitarny stanowi typ tak dalece odbiegający od liberalno-demokratycznego paradygmatu państwa, że jego instytucje i działania tych instytucji nie mogą być oceniane poprzez odwoływanie się do formalnie rozumianej zasady kontynuacji. Tego typu ocena jest reakcją na sposób, w jaki totalitarne dyktatury przejmowały, wykonywały i próbowały legitymizować swoją władzę w państwie: pozostając przy tradycyjnej terminologii prawnej, dotychczasowych pojęciach a nawet regulacjach prawnych, jednocześnie stanowi to istotną zmianę kierunku ich interpretacji, nadawania całkowicie nowych znaczeń. W rezultacie nie jest możliwe właściwe opisanie charakteru ówczesnych instytucji politycznych i prawnych, bez uchycenia ich politycznych podstaw<sup>76</sup>.

## Podsumowanie

U podstaw nakreślonych przykładów z orzecznictwa najwyższych sądów RFN leżało założenie charakterystyczne dla niepozytywistycznego paradygmatu prawa, które mówi, że państwo nie powinno w sposób nieograniczony decydować o kształcie prawa, ale rządzących obowiązują wymogi prawne niezależnie od ich formalnego uznania, czy nawet wyraźnego odrzucenia przez państwo<sup>77</sup>. Konsekwencją takiego stanowiska była dopuszczalność praworządnego opracowania i rozliczenia przeszłości w odniesieniu do niepraworządnych struktur stworzonych przez normy, ludzi i instytucje, naruszające te podstawowe wymogi godności osoby i dobra

73 BVerfGE 6, 132 (152).

74 BVerfGE 6, 132 (154).

75 Por. BVerfGE 3, 58 (89 i n.).

76 Por. H. Peters, *Der Streit um die 131er-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtshofes*, „JuristenZeitung“ 1954, s. 596 i n.

77 Szerzej: R. G. Teitel, *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*, „Yale Law Journal” vol. 106/7, 1997, s. 2018 i n. i cyt. tam literatura.

wspólnego, konkretyzujące się m. in. w prawie do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego, zasadzie równości, prawie do sądu, prawie do wyjazdu z własnego kraju. Na poziomie uzasadnień prawniczych dokonuje się to bez konieczności opierania się na systematycznych uzasadnieniach obowiązywania norm moralnych, ale przez odwołanie się do powszechnej praktyki uznawania podstawowych reguł we wszystkich cywilizowanych społeczeństwach<sup>78</sup>. Zasady te stanowią wystarczająco precyzyjny punkt odniesienia dla oceny historycznie ukształtowanych regulacji prawa pozytywnego<sup>79</sup>. W związku z tzw. pozytywizacją prawa naturalnego w XX wieku, prawa człowieka wyznaczają podobne standardy ochrony jednostki w stosunku do państwa, jak to ma miejsce w przypadku prawa naturalnego, konkretyzując te wymogi ochrony w zależności od czasu, miejsca i rodzaju zagrożeń. Argumenty odwołujące się do obydwu systemów mogą więc się wzajemnie uzupełniać; często wystarczy odwołanie się do podstawowych zasad prawa międzynarodowego i praw człowieka<sup>80</sup>. Warto zwrócić też uwagę na fakt, że reguły prawa naturalnego również nie dają gotowych, precyzyjnych odpowiedzi, jak powinny być uregulowane sprawy objęte luką prawną na skutek utraty mocy obowiązującej prawa pozytywnego. Niejednokrotnie bez konkretyzacji w prawie pozytywnym, szczegółowej pozytywizacji i formalizacji, reguły prawa naturalnego pozbawione są możliwości zastosowania<sup>81</sup>. Nie jest więc tak, że jest to sytuacja powstała dopiero we współczesnych systemach prawa<sup>82</sup>. Oczywiście ze względu na ich obecnie daleko idące skomplikowanie, zarzut niedookreśloności ogólnych zasad (czy to prawa naturalnego bądź też powszechnie uznawanych reguł słuszności) jest bardziej doniosły; być może częściej zachodzi konieczność podejmowania decyzji i wyboru spośród różnych możliwych rozwiązań. Jednak doświadczenia z rozliczaniem przeszłości w wielu państwach przechodzących transformację pokazują z pewnością, że tym bardziej zawodzi ograniczanie się do wyłącznie kryteriów formalnych. Niemiecka praktyka rozliczeń z przeszłością po 1945 (jak również po 1989 roku), zarówno w zakresie przestępczości rządowej oraz stosunków cywilnoprawnych, dostarcza natomiast interesującego materiału, w jaki sposób odwołanie się do niepozytywistycznego paradygmatu prawa, zasad prawa uznawanych we wszystkich cywilizowanych narodach, stanowi efektywną i sprawiedliwą podstawę dla przewyciężenia przeszłości i budowania podstaw nowego porządku prawnego.

78 R. Alexy, *W obronie*, op. cit., s. 45.

79 Ch. Starck, *Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit*, [w:] *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. LI, 1992, s. 12 i n.

80 R. Dolzer, *Die Verantwortlichkeit für die Hinterlassenschaft der DDR* [w:] *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, red. J. Isensee, P. Kirchhof, tom VIII, § 195, Nb. 17.

81 J. Hervada, *Prawo naturalne. Wprowadzenie*, przeł. A. Dorabalska, Kraków 2011, s. 164 i n.

82 G. Jakobs, *Untaten des Staates – Unrecht im Staat*, „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“ 1994, s. 17.

# Pojęcie i przedmiot działalności spółdzielczej kasy oszczędnościowo- -kredytowej w świetle Ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych

---

## The Concept and Object of Credit Unions in the Light of the Credit Union Act

*The Credit Union Act (5th November 2009) drops the rule according to which credit unions are non-profit organizations. That is why the article focuses on a term and object of credit unions. The term "credit union" can be described by referring to two characteristics: its goal and ways of accomplishing it, both make credit unions very special type of legal person. From an economic point of view the goal of credit unions is to support its members financially. It does not mean that credit union cannot achieve cash surplus but it cannot be paid down by its members. Credit union is also a credit cooperative and according to public law that coordinates credit matters it is also financial institution that is called non-bank institution. Actual conception of legislation differs banks and credit unions which is wrong and in fact it discriminates credit unions especially in comparison with mutual savings banks. It is not proportional and therefore it violates constitutionally guaranteed economic freedom and a principle of equality. Credit unions are discriminated although sometimes their capital or business exceeds these of cooperative banks. For example, banking operations are strictly limited although credit unions are subject to obligations of public law such as Polish Financial Supervision Authority controls that limit their freedom and constitutional rights. Author postulates new law that would govern credit operations of banks as well as credit unions. Such law should respect specificity of credit unions as it is in France and Germany.*

---

**Piotr Zakrzewski**

*dr hab. nauk prawnych  
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II*

### 1. Uwagi wstępne

Uchwalona 5 listopada 2009 r. ustawa o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (dalej: u.skok)<sup>1</sup> weszła w życie 27 października 2012 r. Tak długi okres między datą jej uchwalenia a wejściem w życie, spowodowany był obszernym wnioskiem Prezydenta RP z 30 listopada 2009 r. o zbadanie

---

1 Dz. U. 2012, poz. 855; Dz. U. 2012, poz. 1166.

zgodności ustawy z Konstytucją RP<sup>2</sup>, następnie znacząco ograniczonego. W wyroku z dnia 12 stycznia 2012 r.<sup>3</sup> TK uznał zaskarżone art. 17 pkt. 1 oraz art. 91 ust. 1 i 2 u.skok za niezgodne z Konstytucją RP. W Sejmie trwają obecnie prace nad projektem ustawy o zmianie ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych oraz zmianie niektórych innych ustaw (dalej: proj.u.skok)<sup>4</sup>.

Punktem wyjścia dla zrekonstruowania pojęcia i przedmiotu działalności spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, zwanej dalej kasą są art. 2 i 3 ust. 1 u.skok. Ten ostatni przepis określa cel i sposób, w jaki kasa go realizuje. Wyznaczają one w zasadniczym stopniu definicję kasy. Obowiązujący 3 ust. 1 u.skok stanowi powtórzenie art. 3 ust. 1 Ustawy z 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (dalej: u.skok1995)<sup>5</sup>, ale pomija jego drugi ustęp o następującej treści: „Kasy prowadzą działalność niezarobkową”<sup>6</sup>. Artykuł stawia sobie za zadanie przedstawić aktualne pojęcie i przedmiot działalności kasy oraz dokonać oceny aktualnych unormowań.

## 2. Kasa jako ustawowy typ osoby prawnej

Artykuły 2 i 3 u.skok usytuowane są w rozdziale pierwszym ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, noszącym nazwę przepisów ogólnych. Na marginesie należy zauważyć, że tytuł ustawy nie odpowiada w pełni jej

2 Dz. U. 1997, nr 78, poz. 483 zm.

3 Sygn. akt Kp 10/09, M. P. poz. 20. W Trybunale Konstytucyjnym znajduje się wniosek grupy parlamentarzystów o stwierdzenie niezgodności przepisów ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych z Konstytucją RP.

4 Sejm RP VII Kadencji. Druk 695. Projekt ten przewiduje ustanawianie obowiązkowego systemu gwarantowania depozytów zgromadzonych w kasach w formie Funduszu Bankowego Funduszu Gwarancyjnego (dalej: BFG), poszerzenia nadzoru Komisji Nadzoru Finansowego (dalej: KNF) nad kasami, utrzymywania przez kasy rezerwy płynnej i wsparcia płynnościowego ze strony Narodowego Banku Polskiego (dalej: NBP), restrukturyzacji, postępowania naprawczego i upadłościowego i wymiany informacji między KNF, NBP i BFG dotyczących kas.

5 Dz. U. 1996, nr 1, poz. 2, zm.

6 Ta zmiana legislacyjna była przedmiotem krytyki: zob. K. Pietrzykowski, *Charakterystyka nowych regulacji prawnych dotyczących spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, [w:] *Prawne i ekonomiczne determinanty rozwoju spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w Polsce*, red. J. Ossowski, Sopot 2010, s. 34. W tej materii krytycznie wypowiedział się także H. Cioch, *Projekt nowej ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw w świetle podstawowych zasad Międzynarodowego Związku Spółdzielczego (zasad rocdzelskich)*, „Pieniądże i Wież” nr 3, 2009, s. 162. Natomiast negatywnie ocenił nakaz prowadzenia przez kasy działalności niezarobkowej Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, Warszawa 2011, s. 51–52. Podobnie sceptyczne uwagi formułował J. Kosik, *Przedmiot ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych z 1995 roku*, [w:] *Studia z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Biruty Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, red. A. Szpunar i in., Łódź 1997, s. 59.



przedmiotowi<sup>7</sup>, co pozostaje w sprzeczności z zasadami techniki prawodawczej<sup>8</sup>. Podobnie nazwy rozdziału pierwszego – przepisy ogólne, drugiego – członkowie kas, ich prawa i obowiązki oraz czwartego – gospodarka finansowa kas, są przypadkowe i niedostosowane do treści zawartych w nich przepisów. Rodzą się więc wątpliwości dotyczące konstytucyjności ustawy, która łamie reguły przyzwoitej legislacji wyprobowanej przez Trybunał Konstytucyjny z art. 2 Konstytucji RP<sup>9</sup>.

Z art. 2 u.skok wynika, że kasa jest spółdzielnią w rozumieniu art. 1 pr.spółdz<sup>10</sup>, natomiast z art. 3 ust. 1 u.skok, że ma ona ustawowo sprecyzowany cel i sposób jego osiągnięcia. Celem kas jest gromadzenie środków pieniężnych wyłącznie swoich członków, udzielanie im pożyczek i kredytów, przeprowadzanie na ich zlecenie rozliczeń finansowych oraz pośredniczenie przy zawieraniu umów ubezpieczenia na zasadach określonych w odrębnej ustawie. Kasa ma realizować postawiony przed nią cel przez zawieranie z członkami umów rachunku bankowego, pożyczki, kredytu oraz przez pośredniczenie przy zawieraniu umów ubezpieczenia (por. art. 3 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 u.skok). Niektóre z tych umów należą do tzw. czynności bankowych, których kasy mogą dokonywać na mocy ustawowego upoważnienia, choć nie są bankami (art. 5 ust. 5 w zw. z art. 2 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe, dalej jako PrBaU<sup>11</sup> oraz art. 3 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 u.skok). Tym samym między typem osoby prawnej, czyli kasą a jej celem i sposobem działania istnieje nierozzerwalny związek. Formy prawnej kasy wolno użyć tylko, gdy członkowie dążą do osiągnięcia oznaczonego w art. 3 u.skok celu za pomocą wskazanego w nim sposobu<sup>12</sup>. Ta forma prawna odróżnia kasę od innych

7 Wynika z niego, że ustawa dotyczy spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, czyli ich tworzenia, struktury organizacyjnej i likwidacji. Wnikliwa analiza jej treści prowadzi do wniosku, że w/w zagadnienia są regulowane jedynie częściowo (np. pojęcie i cel kasy – art. 2–3 u.skok), kwalifikacje osób ubiegających się o przyjęcie do kasy (art. 10–11 u.skok), prawa i obowiązki majątkowe oraz fundusze kasy (art. 12–13, 24–26 u.skok), organy kasy (art. 17–23 u.skok), reguły, jakich kasa musi przestrzegać prowadząc działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług finansowych (art. 30–34, 37–38 u.skok). Ponadto ustawa normuje trzy inne zagadnienia, o których nie wspomina jej tytuł, ale za to jest o nich częściowo mowa w art. 1 u.skok. Chodzi tu o przepisy dotyczące stosunków prawnych powstałych w oparciu o umowy rachunku bankowego, kredytu i pożyczki itp. zawarte między kasą a jej członkami (art. 14, 28–29, 36 u.skok), Krajowej Spółdzielczej Kasy Oszczędnościowo-Kredytowej, zwanej dalej Kasą Krajową (art. 41–59 u.skok) oraz sprawowanie nadzoru nad kasami i Kasą Krajową przez KNF (art. 60–80 u.skok).

8 Z zasad techniki prawodawczej wynika, że tytuł ustawy powinien wyodrębnić ją wyraźnie z systemu prawnego. Realizuje on bowiem cele informacyjne i interpretacyjne. Przedmiotem ustawy muszą być sprawy w niej uregulowane – zob. M. Błachut, W. Gromski, J. Kaczor, *Technika prawodawcza*, Warszawa 2008, s. 8, 9.

9 Reguła przyzwoitej legislacji głosi konieczność zachowania konstytucyjnych standardów prawidłowości poczynań prawodawcy. Jej elementami jest m.in. określoność przepisów prawa, czyli nakaz stanowienia norm jasnych i zrozumiałych dla adresatów – zob.: B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, art. 2 nb. 9.

10 Ustawa z 16 września 1982 r. prawo spółdzielcze, t. jedn. Dz. U. z 1995 r. nr 54, poz. 288 zm.

11 T. jedn. Dz. U. z 2002 r., nr 72, poz. 665 zm.

12 P. Zakrzewski, *Cel spółdzielni*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” z. 1, 2005, s. 90. Por. H. Paulick, *Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, zugleich ein Beitrag zur Typenlehre im Gesellschaftsrecht*, Tübingen, 1954, s. 88, 89.

spółdzielni, w tym banków spółdzielczych oraz spółek handlowych, które mogą realizować dowolne cele<sup>13</sup>. Wspomniane związanie typu osoby prawnej oraz jej celu i sposobu działania, zostało podkreślone przez to, że zgodnie z art. 71 ust. 2 pkt. 4 u.skok KNF może m.in. podjąć decyzję o zaprzestaniu prowadzenia przez kasę określonej działalności, jeżeli jest ona prowadzona z naruszeniem przepisów prawa lub jej statutu. Przy czym cytowany przepis nie rozróżnia, czy mowa w nim o naruszeniu norm publicznoprawnych czy prywatnoprawnych (korporacyjnych). Zawiera on więc rozwiązanie sprzeczne ze spółdzielczą zasadą autonomii i niezależności<sup>14</sup> a w konsekwencji z art. 20 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, ponieważ takie uprawnienie w przypadku innych rodzajów spółdzielni przysługuje związkowi rewizyjnemu, w którym spółdzielnia jest zrzeszona (art. 114 pr.spółdz, zob. dawny art. 41 ust. 3 u.skok1995).

Powyższą charakterystykę kasy należy uzupełnić. W piśmiennictwie zauważono, że kasy ze swej natury są najbliższe bankom spółdzielczym<sup>15</sup>. Podobieństwo między tymi podmiotami jest jeszcze silniejsze. Mając na uwadze przedmiot działalności gospodarczej kasy, jest ona rodzajem spółdzielni kredytowej, podobnie jak bank spółdzielczy (por. art. 2 u.skok, art. 20 w zw. z art. 2 PrBaU). Różni się jednak od niego m.in. ustawowo ograniczonym katalogiem czynności (bankowych), które może wykonywać w sposób zawodowy, zorganizowany i ciągły na rzecz członków. Utrzymanie różnic między tymi rodzajami spółdzielni kredytowych, w zakresie prowadzonych przez nie czynności bankowych, jest niewłaściwe (zob. art. 20, 32 ust. 1 Konstytucji RP), a nowa ustawa jedynie utwierdza ten anachroniczny i niekonstytucyjny stan prawny.

Z punktu widzenia przepisów publicznoprawnych służących zabezpieczeniu systemu kredytowania, np. przez reglamentację swobody dokonywania czynności bankowych regulujących konkurencje i nadzór nad bankami i kasami, kasa jest w piśmiennictwie uznawana za instytucję finansową<sup>16</sup>, choć częściej używa się określenia instytucja parbankowa, które funkcjonuje w opozycji do pojęcia banku (art. 2 PrBaU)<sup>17</sup>. To rozróżnienie opiera się jednak na słabych podstawach. Nie bez racji zauważono, że choć kasa nie jest bankiem, to posiada wszystkie cechy banku wymienione w definicji ustawowej z art. 2 PrBaU, a mianowicie jest osobą prawną,

- 
- 13 Por. A. Mączyński, *Pojęcie i charakter prawny przydziału lokalu spółdzielczego*, „Rejent” nr 3, 1994, s. 53; ibidem, *Dawne i nowe instytucje polskiego prawa mieszkaniowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” z. 1, 2002, s. 84; tenże, *Powstanie odrębnej własności lokali w budynku spółdzielni mieszkaniowej*, [w:] *Obrót nieruchomościami w praktyce notarialnej*, Kraków 1997, s. 106; K. Pietrzykowski, *Projektowane zmiany w spółdzielczym prawie mieszkaniowym*, „Przegląd Legislacyjny” nr 1, 2000, s. 69; P. Zakrzewski, *Cel*, op. cit., s. 80; tenże, *Status prawny członka spółdzielni mieszkaniowej w spółdzielczych stosunkach lokatorskich*, Warszawa 2010, s. 31; E. Bończak-Kucharczyk, *Spółdzielnie mieszkaniowe w świetle nowych przepisów*, Warszawa 2004, s. 25; H. Paulick, *Die eingetragene*, op. cit., s. 87–98; G. Draheim, *Die Genossenschaft als Unternehmungstyp*, Göttingen 1952, s. 77–206; E. H. Meyer, G. Meulenbergh, V. Beuthien, *Genossenschaftsgesetz mit Umwandlungsrecht*, München 2000, s. 11.
- 14 Zob. szerzej na temat zasad spółdzielczych: P. Zakrzewski, *Zasady Międzynarodowego Związku Spółdzielczego. Wprowadzenie*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” z. 1, 2005, s. 291.
- 15 H. Cioch, *Zarys prawa spółdzielczego*, Warszawa, 2007, s. 132.
- 16 H. Cioch, *Zarys*, op. cit., s. 132.
- 17 Zob. zamiast wielu – Z. Ofiarski, op. cit., s. 50.

utworzoną zgodnie z ustawą (choć nie ustawą prawo bankowe – P.Z.), uprawnioną do wykonywania czynności bankowych, obciążających ryzykiem środki powierzone pod tytułem zwrotnym<sup>18</sup>. Jeżeli więc ustawodawca zdecydował się objąć wspomnianymi regulacjami publicznoprawnymi kasy, to należało także wprowadzić do polskiego prawa jednolitą, choć zróżnicowaną wewnątrznie w aspekcie podmiotowym, kategorię instytucji kredytowej<sup>19</sup>, jak to jest w prawie francuskim<sup>20</sup> i niemieckim, zamiast tworzyć dwutorową i przez to niespójną regulację oddzielną dla kas i banków, jak ma to miejsce obecnie. Prawo niemieckie definiuje w §1 ustawy o działalności kredytowej<sup>21</sup> instytucję kredytową jako przedsiębiorcę, który zawodowo lub w znacznym zakresie dokonuje czynności bankowych, których wymaga zorganizowane w kupiecki sposób przedsiębiorstwo. *De lege ferenda* pojęcie „instytucji kredytowej” powinno obejmować także kasy, przy założeniu, że będą one mogły w jednakowym, jak inni przedsiębiorcy zakresie, prowadzić czynności bankowe oraz że uwzględnione zostaną pewne różnice charakterystyczne dla spółdzielni kredytowych (por. art. 5 ust. 1a-1b, art. 6 ust. 3 BaSpU<sup>22</sup>) np. zachowanie przez kasy autonomicznego systemu gwarantowania depozytów, zamiast wprowadzania w jego miejsce etatystycznego, będącego w kontraście do konstytucyjnej zasady społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji RP), obowiązkowego systemu gwarantowania depozytów zgromadzonych w kasach w formie funduszu BFG (art. 80b-80zj Proj.u.skok). Za inspirujące w tych kwestiach mogą uchodzić rozwiązania francuskie i niemieckie, które realizują zgłaszane tu postulaty np. w zakresie istnienia spółdzielczych instytucji finansowych gwarantujących depozyty spółdzielni kredytowych<sup>23</sup>. W efekcie takich przyszłych zmian kasę, mając na uwadze dokonywane przez nią czynności bankowe, można by określać, używając obecnego języka, mianem banku spółdzielczego, choć nie oznaczałoby to rezygnacji ze „spółdzielczej tożsamości” kas (art. 3 ust. 1 u.skok) ani nazwy „kasa” (zob. art. 1 i 5 u.skok, art. 3 pkt. 2 PrBaU), czy poddania się wszystkim wymogom np. kapitałowym przewidzianym w prawie bankowym. Nie doszłoby więc do przekształcenia kasy w bank.

W związku z wspomnianymi wyżej unormowaniami publiczno i prywatnoprawnymi pojawia się pytanie o ich wzajemną relację, czy od strony kształtowanych przez te różne przepisy pojęć identyfikujących kasę albo jako szczególny typ spółdzielni albo jako parabank, czy o ich obustronne zależności. W piśmiennictwie niemieckim słusznie w tym kontekście zwraca się uwagę, że ustawa o działalności kredytowej i prawo spółdzielcze znajduje zastosowanie obok siebie oraz że nie

18 Z. Ofiarski, op. cit., s. 51.

19 Nie chodzi tu więc o znaczenie i sens, jaki pojęciu instytucja kredytowa nadaje obecnie art. 4 ust. 1 pkt. 17 PrBaU.

20 M. Porzycki, [w:] *Prawo francuskie*, t. I, red. A. Machowska, K. Wojtyczek, Kraków, 2004, s. 377; L. Góral, *Instytucje „parabankowe” w ustawodawstwie wybranych krajów Unii Europejskiej i w Polsce*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” nr 10, 1997, s. 2–3.

21 Gesetz über das Kreditwesen. In der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998, BGBl. I S. 2776. Zob. także L. Góral, op. cit., s. 3–4.

22 Ustawa z dnia 7 grudnia 2000 r. o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających, Dz. U. z 2000 r. nr 119, poz. 1252 z późn zm.

23 V. Beuthien, *Genossenschaftsgesetz mit Umwandlungs- und Kartellrecht sowie Statut der Europäischen Genossenschaft*, München 2004, s. 33 i nn.; M. Porzycki, op. cit., s. 378.

istnieje pierwszeństwo jednej z tych dwóch ustaw<sup>24</sup>. Obie grupy norm należy stosować więc równolegle, zgodnie z ich treścią i wynikającym z nich zakresem normowania; w szczególności te pierwsze spełniają przede wszystkim funkcje koncesyjne i ograniczające, przysługujące spółdzielniom na równi z innymi podmiotami swobodę działalności gospodarczej.

### 3. Ekonomiczne korzyści członków wynikające z działalności gospodarczej kasy

Normatywne ujęcie celu kasy oraz sposobu jego osiągnięcia, w połączeniu z zasadą, w myśl której odbiorcami usług kasy są tylko jej członkowie, powoduje, że kasy zaspokajają w wyznaczonym przez przepisy zakresie potrzeby finansowe członków przez zawieranie z nimi umów, w szczególności rachunku bankowego, pożyczki, kredytu. Przy czym z reguły są one dokonywane na szczególnie korzystnych warunkach finansowych, ponieważ oferowane członkom przez kasę usługi są świadczone za „cenę” w niewielkim tylko stopniu powiększoną o jej nadwyżkę bilansową<sup>25</sup>. W efekcie występuje tu charakterystyczne dla kas tzw. bezpośrednie wsparcie członka, które zakłada, że korzyść ekonomiczna członka będącego odbiorcą usług finansowych kasy ma postać zaoszczędzonych przez niego wydatków, na przykład wywołanych niższym niż rynkowe oprocentowaniem pożyczki lub kredytu albo uzyskanych dochodów, na przykład przyjmujących kształt wyższych odsetek od założonej lokaty. Przy czym znaczące jest, że wspomniane oszczędności lub dochody powstałe wskutek działalności gospodarczej kasy, pojawiają się bezpośrednio u członka. W związku z tym uzasadnione jest twierdzenie o występowaniu cechy pomocniczości (przedsiębiorstwa) kasy względem członka. Kasa nie dąży bowiem do osiągnięcia własnych celów zarobkowych, ale do wzmocnienia niezależności i samodzielności finansowej albo gospodarstw domowych członków albo prowadzonej przez nich samodzielnej działalności gospodarczej<sup>26</sup>. Odróżnia to kasę od banku działającego np. w formie spółki akcyjnej. Ten ostatni w przeciwieństwie do kasy zawierając z klientem umowę pożyczki czy kredytu, dąży do osiągnięcia wskutek tego zysku, który następnie jest wypłacany wspólnikom w formie dywidendy. W tym przypadku występuje tzw. pośrednie zaspokajanie interesu majątkowego ekonomicznych właścicieli spółki akcyjnej, którymi są wspólnicy. Najpierw spółka akcyjna osiąga własne cele zarobkowe, a następnie przekazuje wspólnikom zyski w formie wypłaconej dywidendy.

### 4. Nadwyżka bilansowa kasy

Niezależnie od powyższych ustaleń dwa zagadnienia wymagają dodatkowego rozważenia. Po pierwsze, czy w kasie może pojawić się nadwyżka bilansowa, skoro, jak wynika z dotychczas poczynionych uwag, kasa nie powinna zasadniczo dążyć do jej powiększania w wyniku umów zawieranych z członkami? Dodać wypada, że nakaz prowadzenia działalności niezarobkowej przewidywał art. 3 ust.

24 P. Pöhlmann, [w:] E. Hettrich, P. Pöhlmann, B. Gräser, R. Röhrich, *Genossenschaftsgesetz. Kommentar zu dem Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und zu umwandlungsrechtlichen Vorschriften für Genossenschaften*, München 2001, s. 9.

25 Por. uzasadnienie wyroku TK z dnia 12 stycznia 2012 r., sygn. akt Kp 10/09, M. P. poz. 20.

26 P. Zakrzewski, *Cel*, op. cit., s. 88.

2 u.skok1995. Po drugie, czy wspomniane ekonomiczne efekty działalności kasy, w postaci wydatków zaoszczędzonych przez członka lub uzyskanych przez niego dochodów, są cechą prawną kasy? Innymi słowy, czy ich brak oznacza, że kasa działa niezgodnie z prawem?

Przechodząc do odpowiedzi na pierwsze pytanie należy stwierdzić, że kasa może wykazywać nadwyżkę bilansową, o czym przekonuje art. 26 ust. 1 u.skok, ale nie powinna ona dążyć do jej maksymalizacji, co z kolei wynika pośrednio z art. 3 ust. 1 u.skok. Przy czym należy zauważyć, że kwestia nadwyżki bilansowej (zysku) w spółdzielni stała się niezwykle sporna w piśmiennictwie niemieckim. Zasadniczo znacznie liberalniej spogląda się obecnie na osiąganie zysku przez spółdzielnie, z tym że, zdaniem niektórych autorów, spółdzielnia nie może prowadzić tylko działalności zorientowanej na osiąganie zysku (nadwyżki bilansowej), przez oferowanie swoich usług i produktów osobom niebędącym jej członkami<sup>27</sup>. Tematyka ta jest dyskutowana także w polskim piśmiennictwie. Aktualność zachowuje wyrażone pod rządem ustawy z 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych stanowisko A. Jedlińskiego<sup>28</sup>, który niezarobkową działalność kasy słusznie ujmował, nie jako zakaz wypracowania przez kasę nadwyżki bilansowej, ale jako zakaz jej podziału między członków w drodze wypłaty na ich rzecz. Nawiązał do tego ujęcia TK w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 stycznia 2012 r.<sup>29</sup> stwierdzając: „Niezarobkowy charakter nie oznacza, że SKOK-i nie mogą osiągać dochodu, ale że dochód ten jest przeznaczony na realizację celów statutowych, bez możliwości przeznaczenia go do podziału między członków”. Stanowisko takie można jedynie uzupełnić w ten sposób, że pośredni podział między członków części owej nadwyżki bilansowej jest wyjątkowo dopuszczalny. Przepisy pozwalają bowiem, w oparciu o nadwyżkę bilansową, uzupełnić zwrotne udziały członków, uprzednio przeznaczone na pokrycie straty bilansowej lub oprocentować wkłady członkowskie (art. 26 ust. 1, art. 12 ust. 2 u.skok). Nie wolno natomiast ani pod rządem poprzednio, ani obecnie obowiązujących przepisów nakazu prowadzenia przez kasę niezarobkowej działalności gospodarczej pojmować zbyt dosłownie, jak czyni to P. Bielski<sup>30</sup>, i wyciągać stąd wniosku, że „przychody kasy mają odpowiadać jej kosztom”, a w ślad za tym zakładać występowania po stronie kasy obowiązku nieodpłatnego lub częściowo nieodpłatnego zawierania umów o usługi finansowe z członkami. Otóż z praktycznego punktu widzenia prowadzenie działalności gospodarczej w taki sposób, aby rok finansowy zamknąć wynikiem zerowym, czyli odznaczającym się brakiem zysku lub straty, nie jest możliwe. Pominięto także art. 2 u.skok w zw. z art. 1 § 1 pr.spółdz, z których wynika, że kasa, będąc spółdzielnią, jest zrzeszeniem samodzielnym i samorządnym, co implikuje m.in. swobodę decyzji, co do wielkości osiąganego przez kasę nadwyżki

27 Zob. szerzej: ibidem, s. 58–59 i cyt. tam literatura niemiecka.

28 A. Jedliński, *Historia i perspektywy normatywnej regulacji działalności spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, [w:] *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, charakterystyka, rozwój, otoczenie: praca zbiorowa*, red. J. Ossowski, Sopot 2007, s. 163; idem, *Członkostwo w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej*, Warszawa 2002, s. 38. Por. K. Kułak, *Termin przedawnienia roszczeń spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, „Rejent” nr 3, 2010, s. 12.

29 Sygn. akt Kp 10/09, M. P. poz. 20.

30 P. Bielski, *Niezarobkowy charakter działalności jako cecha konstrukcyjna spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej*, „Rejent” nr 6, 2006, s. 133 nn.

bilansowej, wskutek umów finansowych zawieranych z członkami, która zasadniczo przeznaczana jest na zwiększanie funduszu zasobowego kasy (art. 26 ust. 1 u.skok), czyli w ostatecznym rachunku służy członkom.

Wykładnia zarówno art. 3 ust. 2, art. 16 ust. 1, art. 18 u.skok1995, jak i art. 3 ust. 1, art. 12 ust. 2, art. 26 ust. 1 u.skok dokonana za pomocą dyrektyw językowych, systemowych i funkcjonalnych, skłania do wniosku, że kasa prowadzi działalność gospodarczą, której celem w ujęciu ekonomicznym jest bezpośrednio gospodarcze wsparcie członka, objawiające się zaoszczędzonymi wydatkami lub osiągniętymi dochodami. Dążenie do zwiększenia nadwyżki bilansowej nie jest celem kasy, przy czym może ona i w pewnym zakresie powinna ją osiągać. Nigdy nie podlega ona jednak podziałowi między członków w drodze jej późniejszej wypłaty z zastrzeżeniem art. 26 ust. 1, art. 12 ust. 2 u.skok. W tym zatem zakresie aktualność zachował przedstawiony wyżej pogląd sformułowany przez A. Jedlińskiego dotyczący nadwyżki bilansowej kasy.

Na drugie z postawionych na wstępie tego punktu pytań trzeba udzielić odpowiedzi negatywnej. Brak efektów ekonomicznych u członka kasy, który korzysta z jej usług, w postaci poczynionych oszczędności lub uzyskanych dochodów, nie jest niezgodnie z prawem. Nie są one cechą prawną kasy, której naruszenie pociąga za sobą sankcję prawną. Podobnie jest w przypadku spółek handlowych nastawionych na osiąganie zysku, ale jego brak nie stanowi naruszenia prawa. W wypadku kasy i spółki handlowej efektywność gospodarza prowadzonej przez nie działalności gospodarczej ma przede wszystkim znaczenie w wymiarze ekonomicznym, a nie prawnym. Jeżeli jednak członek korzystający z usług kasy, nie otrzymuje wymiernych korzyści finansowych, to jego dalsze pozostawanie w kasie, może się okazać bezprzedmiotowe, co z kolei doprowadzi w ostateczności do likwidacji kasy, z uwagi na spadek liczby członków poniżej progu wskazanego w ustawie lub statucie (art. 2 u.skok w zw. z art. 113 § 1 pkt. 2 pr.spółdz). Trzeba także dodać, że samodzielne i samorządne kasy prowadzą działalność finansową w warunkach gospodarki rynkowej, co oznacza, że ustalając na przykład zasady oprocentowania przyjmowanych lokat, czy udzielanych pożyczek, muszą uwzględniać otoczenie rynkowe w tym również działania konkurencji, co znajdzie przełożenie na warunki finansowe oferowanych członkom przez kasę usług finansowych.

## 5. Społeczne efekty działalności gospodarczej kasy

Przedstawiony wyżej model działalności gospodarczej kas przynosi niebagatelne korzyści społeczne. Świadczone przez kasy członkom usługi finansowe, są oferowane z reguły na znacznie korzystniejszych warunkach finansowych niż czynią to banki działające np. w formie spółki akcyjnej swoim klientom, które powiększają „cenę” swoich usług o marżę zysku. Działalność kas stanowi więc skuteczną „przeszkodę” przed windowaniem „cen” usług finansowych na rynku przez podmioty komercyjne, co z punktu widzenia gospodarki oraz konsumentów jest korzystne. Nie może więc dziwić dynamiczny rozwój kas w minionych latach, który następował szybciej niż miało to miejsce w wypadku banków spółdzielczych. TK słusznie więc zwrócił uwagę, że kasy stanowią nieodzowny element społecznej gospodarki wolnorynkowej (art. 20 Konstytucji RP)<sup>31</sup>.

31 Zob. uzasadnienie wyroku TK z dnia 12 stycznia 2012 r., sygn. akt Kp 10/09, M. P. poz. 20.

Korzyści gospodarczych w postaci zaoszczędzonych wydatków lub osiągniętych dochodach nie przynoszą swoim członkom banki spółdzielcze (zob. art. 79 ust. 1 pkt. 4 PrBaU). Nie spełniają one również tak doniosłej roli społecznej, jak czynią to kasy. Wynika to stąd, że w wypadku banków spółdzielczych ustawodawca zerwał z tradycyjnymi zasadami spółdzielczymi – bezpośrednim zaspokajaniem potrzeb finansowych członka oraz występowaniem członka równocześnie w charakterze odbiorcy (klienta) jego usług. Współcześnie banki spółdzielcze prowadzą działalność nastawioną na osiąganie zysku, dzielonego następnie między członków<sup>32</sup>. Kierują one swoje usługi do dowolnego kręgu osób, z reguły niebędących ich członkami. Z punktu widzenia ukształtowanych w rozwoju historycznym zasad spółdzielczych, przenoszonych następnie do przepisów prawnych, „spółdzielcza tożsamość” banków spółdzielczych doznała znaczącej erozji. Z punktu widzenia celu i sposobu jego osiągnięcia banki spółdzielcze nie różnią się obecnie od banków, które działają w formie prawnej spółki akcyjnej.

## 6. Czynności dokonywane przez kasę

Kasy mogą prowadzić działalność gospodarczą, będącą działalnością usługową, w ramach której dokonują na rzecz członków w sposób zawodowy, zorganizowany i ciągły czynności, w tym czynności bankowe. Kasy przyjmują wkłady pieniężne płatne na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzą rachunki tych wkładów, prowadzą także inne rachunki bankowe, udzielają pożyczek i kredytów, przeprowadzają rozliczenia pieniężne, pośredniczą przy zawieraniu umów ubezpieczenia (zob. art. 3 ust. 1 u.skok w zw. z art. 5 ust. 1 pkt. 1–3, 6, ust. 5PrBaU). Natomiast art. 3 ust. 1a Proj.u.skok przewiduje, że kasa, po uzyskaniu zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego, o którym mowa w art. 32 ust. 2 Ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz. U. Nr 146, poz. 1546, z późn. zm.), może pośredniczyć w zbywaniu i odkupywaniu jednostek uczestnictwa funduszy inwestycyjnych lub tytułów uczestnictwa funduszy zagranicznych, funduszy inwestycyjnych otwartych z siedzibą w państwach należących do Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) innych niż państwo członkowskie Unii Europejskiej lub państwo należące do Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EEA). Kasy nie mogą w sposób zawodowy, zorganizowany i ciągły dokonywać na rzecz członków innych niż wskazane powyżej czynności. W przeciwnym bowiem wypadku prowadzić będą działalność z naruszeniem przepisów prawa, co wywołać może reakcję ze strony KNF (art. 71 ust. 2 pkt. 4 u.skok).

Wspomniane usługi finansowe kasy są realizowane w ramach odrębnych od członkostwa stosunków obligacyjnych, których źródłami są takie umowy, jak: umowa rachunku bankowego (art. 725–733 KC), pożyczki (art. 720–724 KC), kredytu (art. 36 ust. 2 u.skok w zw. z art. 69, 70, 74–78 PrBaU). Pozostają one w bezpośrednim związku z realizacją celu kasy. Mogą być one dokonywane jedynie z członkami. W literaturze nazywane są umowami celowymi<sup>33</sup>. W piśmiennictwie przyjmuje się istnienie zamkniętego katalogu umów celowych (*numerus clausus*), które kasa może zawrzeć z członkiem. Wymienia się tu: umowę rachunku bankowego zobowiązującą

32 Zob. uzasadnienie wyroku SN z 7.5.1997 r., II CKN 88/97, OSP, 1998, nr 2, poz. 33, s. 75.

33 Por. H. Paulick, *Das Recht der eingetragenen Genossenschaft. Ein Lehr – und Handbuch*, Karlsruhe 1956, s. 212; P. Zakrzewski, *Cel*, op. cit., s. 55.

do przechowania środków pieniężnych członków i dokonywania na ich zlecenie rozliczeń pieniężnych; umowy pożyczki, kredytu; oraz umowy polegające na pośredniczeniu przy zawieraniu umów ubezpieczeniowych<sup>34</sup>. (W tym ostatnim wypadku chodzi jednak o umowy zawierane na rzecz członków).

Od czynności celowych należy odróżnić czynności pomocnicze i uboczne zwane także instrumentalnymi, które kasa może zawierać bez żadnych ograniczeń w tym także z nieczłonkami, byleby tylko nie stały się one głównym przedmiotem jej działalności. Według A. Jedlińskiego są to „wszystkie czynności prawne dokonywane przez kasę w celu prowadzenia działalności na rzecz jej członków.”<sup>35</sup> Należą do nich m.in.: umowy poręczenia, hipoteki, zastawu, przewłaszczenie na zabezpieczenie wiarygodności kasy, czynności jednostronne, takie jak potrącenie. Dodać jednak należy, że będą to także takie czynności, jak umowa (statut) spółki handlowej, czy przystępowanie do istniejącego już podmiotu.

W związku z podziałem na czynności celowe i czynności pomocnicze (instrumentalne) pojawia się pytanie, czy kasa może zawierać umowy agencyjne, w których agent zobowiązuje się, w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa, do stałego pośredniczenia, za wynagrodzeniem, przy zawieraniu z klientami umów na rzecz dającej zlecenie kasy albo do zawierania ich w jej imieniu (art. 758 § KC)? Zauważyć należy, że przed wejściem w życie art. 6a-6d PrBaU dopuszczalność dokonywania przez banki takich umów pośrednictwa była dyskusyjna<sup>36</sup>, podobnie jak obecnie dzieje się to w przypadku kas.

Udzielenie odpowiedzi na to pytanie wymaga analizy art. 3 ust. 1 u.skok i art. 5 ust. 4 i 5 PrBaU. Z perspektywy art. 3 ust. 1 u.skok umowa agencyjna zawierana przez kasę z agentem jest czynnością pomocniczą, służącą utworzeniu i kontynuacji działalności gospodarczej kasy<sup>37</sup>. Z tej perspektywy zawieranie przez kasę takich umów jest dopuszczalne niezależnie od tego, czy działalność agenta wynikająca z umowy agencyjnej ograniczać się będzie do pośredniczenia przy zawieraniu z klientami umów, co obejmuje takie zachowania, jak np. wyszukanie klienta i dotarcie do niego, udostępnienie mu potrzebnych informacji o warunkach udzielenia i spłaty kredytu i pożyczki, odbiór dokumentów. Dopuszczalne jest także zobowiązanie się agenta wobec kasy do zawierania umów pożyczki, kredytu w jego imieniu z klientami, którymi jednak mogą być tylko członkowie kasy. W tym wypadku agent musi posiadać umocowanie do działania w imieniu kasy (art. 758 § 2 KC).

Z art. 5 ust. 4 i 5 PrBaU w zw. z art. 3 ust. 1 u.skok wynika, że działalność gospodarcza, której przedmiotem są czynności bankowe *sensu stricto* mogą być wykonywane przez kasę. W mojej ocenie przepisy te nie oznaczają ani zakazu

34 L. Lamenta, *Czynności bankowe wykonywane przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe*, „Pieniądze i Więź” nr 1, 1998, s. 116; A. Jedliński, [w:] A. Jedliński, K. Pietrzykowski, *Komentarz do ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych*, Gdańsk 1998, s. 17–18; idem, *Członkostwo*, op. cit., s. 50; P. Głuchowski, *Podstawy prawne prowadzenia rachunku w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej*, „Pieniądze i Więź” nr 4, 2005, s. 120; M. Pawełczyk, P. Sokal, *Ustawa o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych. Komentarz*, Toruń 2012, s. 26.

35 A. Jedliński, *Członkostwo*, op. cit., s. 51.

36 P. Babiarz, *Dopuszczalność zlecenia przez bank wykonywania niektórych czynności podmiotom zewnętrznym*, „Monitor Prawniczy” nr 10, 2000.

37 Por. P. Pöhlmann, op. cit., s. 40



dokonywania czynności bankowych przez agenta w imieniu kasy działającej jako pełnomocnik na podstawie umów agencyjnej czy zlecenia, ani tym bardziej pośredniczenia przy zawieraniu z klientami takich umów. Zawieranie takich umów nie zmienia tego, że to kasa prowadzi działalność gospodarczą, której przedmiotem są czynności wymienione w art. 3 ust. 1 u.skok. Żaden przepis nie zakazuje kasie zawierania umów zlecenia czy agencji bądź dokonywania czynności prawnych przez pełnomocnika (art. 95 § 1 KC). Jest to zatem dopuszczalne. Tym niemniej dobrze się stało, że ustawodawca zamierza ostatecznie rozstrzygnąć wspomniane wątpliwości w sposób pozytywny dla kas, zezwalając im na zawieranie umów agencyjnych (art. 9a-9h Proj.u.skok).

Artykuł 3 u.skok obok celu i sposobu osiągnięcia wyznacza także zakres czynności, w tym czynności bankowych, które mogą być dokonywane przez kasy z członkami. Ich katalog jest znaczenie węższy w porównaniu do czynności, których mogą dokonywać banki spółdzielcze, nie mówiąc już o bankach działających w formie spółki akcyjnej czy banku państwowym. Artykuł 6 ust. 1 BaSpU przewiduje, że banki spółdzielcze, po uzyskaniu, zgodnie z ustawą o prawie bankowym, zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego, mogą wykonywać następujące czynności: przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów; prowadzenie innych rachunków bankowych; udzielanie kredytów; udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych; przeprowadzanie bankowych rozliczeń pieniężnych, udzielanie pożyczek pieniężnych; udzielanie pożyczek i kredytów konsumenckich w rozumieniu przepisów odrębnej ustawy; operacje czekowe i wekslowe; wydawanie kart płatniczych oraz wykonywanie operacji przy ich użyciu; nabywanie i zbywanie wierzytelności pieniężnych; przechowywanie przedmiotów i papierów wartościowych oraz udostępnianie skrytek sejfowych; udzielanie i potwierdzanie poręczeń; wykonywanie innych czynności bankowych w imieniu i na rzecz banku zrzeszającego. Jeżeli banki spółdzielcze spełniają określone w art. 6 ust. 3 BaSpU wymogi kapitałowe lub uzyskają zgodę banku zrzeszającego, mogą dokonywać także innych czynności (art. 7–8 BaSpU).

Artykuł 3 u.skok podtrzymał poprzednie rozwiązanie, ograniczające w porównaniu do banków spółdzielczych zakres dopuszczalnych czynności kas. Powstaje uzasadniona wątpliwość, czy po objęciu kas nadzorem KNF, podobnie jak jest to w przypadku banków, takie zróżnicowane położenie w zakresie dopuszczalnych czynności kas i banków spółdzielczych, czy szerzej banków niezależnie od formy prawnej w jakiej działają, jest zasadne? W piśmiennictwie dostrzeżono tu naruszenie zasady równości (art. 32 Konstytucji RP), mające formę dyskryminacji połączone z naruszeniem zasad gospodarczych, takich jak np. społeczna gospodarka rynkowa i wolność działalności gospodarczej<sup>38</sup>. Podzielam tę ocenę, podkreślając, że należy ją postrzegać w związku z naruszeniem wolności działalności gospodarczej (art. 20

38 A. Bałaban, *Nowe regulacje dotyczące kas spółdzielczych w świetle konstytucyjnej zasady państwa prawnego*, [w:] *Prawne i ekonomiczne determinanty*, op. cit., s. 48; por. D. Dudek, *Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Prawne i ekonomiczne determinanty*, op. cit., s. 55, 62–66; J. Zrzyński, *Ekonomiczne konsekwencje wprowadzenia nowych regulacji dotyczących spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, [w:] *Prawne i ekonomiczne determinanty*, op. cit., s. 119.

Konstytucji RP). Tymczasem w tym ostatnim zakresie inne zapatrywanie zaprezentował w wyroku z dnia 12 stycznia 2012 r. TK, który uznał, że kasy nie są podmiotami gospodarczymi i dokonując oceny zaskarżonych przepisów odwołał się m.in. do art. 58 Konstytucji RP<sup>39</sup>. Budzi to zasadniczy opór, z tej przyczyny, że kasy prowadzą przecież, choć w ograniczonym zakresie, działalność bankową (art. 3 ust. 1 u.skok, art. 5 ust. 5 PrBaU). Wspomniane zarzuty wymagają szerszego uzasadnienia.

Pojęcie wolności działalności gospodarczej oznacza swobodę podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej a także wyboru prawno-organizacyjnej formy tej działalności<sup>40</sup>. W przypadku art. 3 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 5 PrBaU spotykamy się z ograniczeniem wolności działalności gospodarczej w aspekcie przedmiotowym, w postaci zakazu podejmowania innych niż określone w w/w przepisach czynności prawnych i towarzyszących im czynności faktycznych. Ograniczenie tej wolności jest dopuszczalne, jeżeli znajduje to usprawiedliwienie ze względu na ważny interes publiczny i przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności (art. 22, 31 ust. 3 Konstytucji RP). Tzw. „ważny interes publiczny” jest kategorią ocenną. Stanowi klauzulę generalną, której treść jest wypełniana przede wszystkim przez wartości i dobra, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP np. porządek publiczny, moralność publiczną, wolności i prawa innych osób, czy ochronę konkurencji<sup>41</sup>. Ograniczenie spełnia wymóg proporcjonalności, jeżeli odpowiedzi na poniższe pytania wypadają pozytywnie: (1) czy regulacja ustawowa jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków?; (2) czy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana?; (3) czy efekty regulacji pozostają w proporcji do nakładanych ciężarów<sup>42</sup>? Spotykane w przypadku kas ograniczenie wolności działalności gospodarczej nie spełnia przynajmniej wymogu proporcjonalności, skoro ustawodawca nie zróżnicował w ustawie statusu prawnego kas w zakresie dopuszczalności dokonywanych czynności z punktu widzenia ich kapitałów własnych i zdolności organizacyjnych, lecz przeciwnie, na wszystkie nałożył jednakowe, sztywne ograniczenia naruszając przysługujące im prawa i wolności konstytucyjne. Zauważyć należy, że odmiennie postąpił wobec banków spółdzielczych (zob. art. 5 ust. 1a-1b, art. 6 ust. 3 BaSpU). Z zarzutem naruszenia wolności działalności gospodarczej kas pozostaje w związku zarzut naruszenia zasady równości. Powstaje pytanie, czy uzasadnione jest nierówne (dyskryminujące) traktowanie kas zwłaszcza w porównaniu do banków spółdzielczych, ale także banków państwowych oraz banków w formie spółek akcyjnych? Wspomniane nierówne (dyskryminujące) traktowanie dostrzec można po pierwsze w dowolnie określonym zakresie dopuszczalnych czynności, przy czym kasy mogą dokonywać tylko niektórych z nich, zaś banki nie są tu z reguły niczym ograniczone a, po drugie, w nałożeniu na kasy i banki obowiązków publicznoprawnych związanych z nadzorem nad kasami sprawowanym przez KNF (art. 60–80 u.skok). Przypomnieć także należy, że jednym z celów przywołanego na wstępie projektu ustawy o zmianie ustawy o spółdzielczych kasach

39 W wyroku z dnia 12 stycznia 2012 r., sygn. akt Kp 10/09, M. P. poz. 20.

40 Zob. wyrok TK z 20 czerwca 2002 r., sygn. K 33/01. Wyrok TK z 20 czerwca 2002 r., sygn. K 33/01. J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Szczecin 2009, s. 89.

41 Zob. J. Ciapała, op. cit., s. 374, 376, 380,

42 J. Ciapała, op. cit., s. 363–364 oraz cytowane tam orzecznictwo TK.

oszczędnościowo-kredytowych oraz zmianie niektórych innych ustaw jest poszerzenie zakresu nadzoru sprawowanego przez KNF.

Zdaniem TK „zasada równości oznacza nakaz jednakowego traktowania podmiotów i sytuacji podobnych. Wszystkie podmioty prawa (sytuacje) charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną (relevantną) powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących jak i faworyzujących.”<sup>43</sup> Za sprzeczne z zasadą równości należy uznać przepisy przyznające jednym podmiotom w sytuacjach podobnych większe prawa i mniejsze obowiązki niż innym podmiotom, jak jest to w przypadku kas i banków, szczególnie banków spółdzielczych. Zaznaczyć należy, że odejście od zasady równego traktowania jest dopuszczalne jedynie wyjątkowo i musi spełniać trzy warunki: (1) być racjonalnie uzasadnione, czyli musi pozostawać w związku z celem i treścią przepisów, w których mieści się kontrolowana norma; (2) ranga interesów, którym ma służyć zróżnicowanie, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone; (3) różnicowanie podmiotów podobnych musi znajdować uzasadnienie w wartościach lub normach konstytucyjnych<sup>44</sup>. Należy zauważyć, że zarówno kasy jak i banki spółdzielcze są spółdzielniami (art. 2 u.skok, art. 2 pkt. 1 BaSpU), z tą różnicą, że te pierwsze spółdzielnie cechują się szczególnie określonym celem i sposobem prowadzącym do jego osiągnięcia, a te drugie mogą realizować dowolny cel, zwłaszcza zarobkowy i oferują swoje usługi dowolnej grupie klientów. Fakt, że kasa jest szczególnym typem osoby prawnej nie uzasadnia jej nierównego traktowania, zwłaszcza w porównaniu z bankiem spółdzielczym. Ograniczenie dotyczące kasy jawi się jako całkowicie dowolne i nieodpowiadające naruszonym interesom kas. Ustawodawca generalnie „pozbawił” wszystkie kasy możliwości dokonywania pewnych czynności niezależnie od tego, czy ich pozycja kapitałowa i organizacyjna nie zagraża np. bezpieczeństwu obywateli i jest np. identyczna z bankami spółdzielczymi. Nie ma także wartości konstytucyjnych, uzasadniających tak daleko posunięte nierówne położenie prawne kas i banków spółdzielczych.

Artykuły art. 3 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 5 PrBaU w zakresie, w jakim ograniczają kasy w dokonywaniu czynności, jakich mogą dokonywać banki, są więc niekonstytucyjne. Niezbędne jest w związku z tym poszerzenie zakresu działalności kas. Dobrymi przykładami takiego procesu są francuskie kasy oszczędnościowe (*caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*), których działalność została ostatecznie rozszerzona na wszystkie formy aktywności bankowej<sup>45</sup> oraz różne rodzaje niemieckich spółdzielni kredytowych dokonujących obecnie z reguły wszystkich dopuszczalnych czynności bankowych<sup>46</sup>.

## 7. Wnioski

Kasy są spółdzielniami, którym w dużym stopniu na przestrzeni minionych lat udało się odczarować negatywne skojarzenia, jakie współcześnie w świadomości społecznej wiążą się z formą prawną spółdzielni. Było to przede wszystkim

43 Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2012 r., sygn. akt Kp 10/09, M. P. poz. 20.

44 J. Ciapała, op. cit., s. 134. Wyrok TK z 29 czerwca 2001 r., sygn. K 23/00. Wyrok TK z 5 listopada 1997 r., sygn. 22/97. Wyrok TK z 18 stycznia 2000 r., sygn. K 17/99.

45 M. Porzycki, op. cit., s. 378.

46 P. Pöhlmann, op. cit., s. 9; V. Beuthien, op. cit., 31.

wynikiem prowadzenia przez nie działalności gospodarczej, odpowiadającej w pełni oczekiwaniom ich klientów-członków, co dokonało się w warunkach bardzo silnej konkurencji ze strony banków międzynarodowych i krajowych. Wbrew deklaracjom ustawodawcy nowa ustawa nie ułatwi jednak kasom dalszego rozwoju, lecz przeciwnie – znacznie go utrudnia.

Artykuł 3 ust. 1 u.skok nadaje kasie, podobnie jak było to pod rządem dawnego art. 3 ust. 1 i 2 u.skok1995, szczególne cechy, do których zaliczyć należy cel i sposób jego osiągnięcia. Kasa jest więc szczególnym typem osoby prawnej, różniącej się w tym zakresie m.in. od banku spółdzielczego. Pominięcie w obecnej wersji art. 3 u.skok dawnego art. 3 ust. 2 u.skok1995, nakazującego kasie prowadzić działalność niezarobkową, nie spowodowało, że uległ zmianie cel kasy w ujęciu ekonomicznym, w postaci bezpośredniego gospodarczego wsparcia członka. Nie koliduje on w żadnym wypadku z osiągnięciem przez kasę nadwyżki bilansowej; wręcz przeciwnie – jest ona w pewnych rozmiarach wskazana, ale wówczas nie podlega wypłacie w formie quasi-dywidendy na rzecz członków, lecz zasadniczo powiększa fundusz zasobowy, a wyjątkowo może ona posłużyć do oprocentowania wkładu członkowskiego lub uzupełnienia udziałów uprzednio przeznaczonych na pokrycie straty finansowej (art. 26 ust. 1, art. 12 ust. 2 u.skok). Odejście w obowiązujących przepisach od jednoznacznego nakazu z art. 3 ust. 2 u.skok1995, może okazać się także korzystne dla kas, ponieważ zniknie zasadnicza przyczyna uzasadniająca dotychczasową dyskryminującą kwalifikację kas jako podmiotów niebędących przedsiębiorcami. W orzeczeniu z 5 lipca 2012 r. NSA stwierdził: „Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe w swojej działalności nie spełniają kryterium zarobkowości, a co za tym idzie – na gruncie przepisów prawa podatkowego – nie prowadzą działalności gospodarczej. Nie mogą zatem dokonywać odpisów amortyzacyjnych<sup>47</sup>. Zauważyć jednak należy, że w uchwale z 21 stycznia 2011 r.<sup>48</sup> SN słusznie stwierdził co innego. „Spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa utworzona i działająca na podstawie Ustawy z dnia 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz. U. z 1996 r. Nr 1, poz. 2 ze zm.) jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 479<sup>2</sup> § 1 k.p.c.”. Te odmiennie orzeczenia SN i NSA są oczywiście w części konsekwencją różnych definicji „przedsiębiorcy” w prawie publicznym i prywatnym (zob. zwłaszcza art. 43<sup>1</sup> KC, art. 4 ust. 1, art. 2 SwDz.Gosp<sup>49</sup>). Należy oczekiwać, że takie dwutorowe, niesłuszne traktowanie statutowej działalności gospodarczej kas w orzecznictwie sądów powszechnych i administracyjnych<sup>50</sup>, ustanie pod rządem nowego prawa.

Pojęcie kasy można ustalać w oparciu o przepisy prawa prywatnego, zwłaszcza prawa spółdzielczego. Takimi są zwłaszcza te zawarte w ustawie prawo spółdzielcze (zob. art. 2 u.skok) oraz niektóre z tych mieszczących się w Ustawie z 5 listopada

47 II FSK 2579/10.

48 III CZP 125/10, „Rocznik Orzecznictwa i Piśmiennictwa z Zakresu Prawa Spółdzielczego za lata 2010–2011”, red. K. Pietrzykowski, Sopot 2012, s. 277 z pozytywnym komentarzem A. Jedlińskiego.

49 Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. nr 173, poz. 1807 zm.

50 A. Jedliński, *Komentarz do U. SN z 21 stycznia 2011 r. III CZP 125/10*, „Rocznik Orzecznictwa i Piśmiennictwa z Zakresu Prawa Spółdzielczego za lata 2010–2011”, s. 279. Por. także M. Pawełczyk, P. Sokal, op. cit., s. 21.

2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych. Wynika z nich, jak już była o tym mowa, że kasa jest szczególnym typem spółdzielni kredytowej. Jest także przedsiębiorcą, który w sposób zawodowy, zorganizowany i ciągły dokonuje niektórych czynności, w tym czynności bankowych. Pojęcie kasy można także ustalić, odwołując się do przepisów prawa publicznego, które reglamentują dokonywanie czynności bankowych, regulują nadzór KFN nad przedsiębiorcami podejmującymi takie czynności, gwarantują zgromadzone depozyty, czy zapewniają utrzymywanie przez kasy płynności finansowej. Chodzi tu m.in. o ustawę Prawo bankowe oraz niektóre przepisy ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (np. art. 3 ust. 1, którego limitujący charakter dopuszczalnych czynności kasy uzasadnia postrzeganie go także jako regulacji publicznoprawnej, art. 24, 30–32, 37–39, 60–80 u.skok). Z tej perspektywy kasa jest przeważnie określana w piśmiennictwie niewiele mówiącym mianem parabanku. W tym zakresie kasa jako parabank poddawana jest dowolnym niespójnym, merytorycznie wadliwym i niekonstytucyjnym regulacjom.

Obiekcie budzi zwłaszcza ograniczony katalog czynności, których kasy mogą dokonywać na rzecz członków, przy czym chodzi tu zarówno o zastrzeżenia natury merytorycznej oraz – co znacznie ważniejsze – konstytucyjnej. Przesądzenie w nowej ustawie o objęciu działalności kas nadzorem KNF i związane z tym obowiązki i ograniczenia wolności konstytucyjnych, wymuszają inną niż dotychczasowa ocenę dopuszczalnych czynności jakie mogą być podejmowane przez kasy. Nie ulega wątpliwości, że ich dotychczasowy katalog jest obecnie zbyt wąski i powinien być znacząco poszerzony. Wypada żałować, że wzmiankowany już projekt ustawy o zmianie ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych oraz zmianie niektórych innych ustaw jedynie w niewielki stopniu realizuje wspomniany postulat (art. 3 ust. 1a, art. 9a-9h Proj.u.skok).



# AUTORZY



# O autorach numeru

**dr Joanna Helios** – adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

**dr Wioletta Jedlecka** – adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

**prof. dr hab. Tadeusz Jasudowicz** – kierownik Katedry Praw Człowieka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu oraz Katedry Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie; członek wielu organizacji krajowych i międzynarodowych; specjalista z zakresu prawa międzynarodowego publicznego, międzynarodowej ochrony praw człowieka, bioetyki oraz ochrony praw rodziny.

**dr hab. Oktawian Nawrot** – profesor nadzwyczajny w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa Uniwersytetu Gdańskiego. W swojej pracy badawczej podejmuje problematykę etycznych i prawnych aspektów rozwoju nauk przyrodniczych a także szeroko rozumianej filozofii prawa, w tym logiki prawniczej. Laureat Nagrody Miasta Gdańska „Młody Heweliusz” (za osiągnięcia na polu bioetyki), stypendysta Fundacji na rzecz Nauki Polskiej; autor ponad 60 publikacji z zakresu bioetyki i filozofii prawa, w tym kilku książek.

**dr Marcin Romanowski** – adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie; LL.M. na Uniwersytecie w Ratyźbonie, Stypendysta Fundacji Konrada Adenauera na Uniwersytecie w Ratyźbonie, Greifswald i Humboldta w Berlinie; główne obszary zainteresowań badawczych to zagadnienia prawa rozliczeń z przeszłością państw bezprawia i sprawiedliwości w okresie transformacji, zagadnienia prawa naturalnego, godności człowieka oraz etyki społecznej i relacji prawa i moralności.

**dr Marta Szuniewicz** – adiunkt w Instytucie Bezpieczeństwa Narodowego na Wydziale Dowodzenia i Operacji Morskich Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni; absolwentka studiów magisterskich i doktoranckich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu; specjalistka w zakresie prawa międzynarodowego publicznego; autorka około 20 publikacji z zakresu praw człowieka, międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych, prawa międzynarodowego publicznego i prawa Unii Europejskiej. Redaktor tematyczny rocznika „Międzynarodowe Prawo Humanitarne”. Współpracuje w Komisją Upowszechniania Międzynarodowego Prawa Humanitarnego przy Zarządzie Głównym PCK w Warszawie.

**dr hab. Piotr Zakrzewski** – kierownik II Katedry Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II. Zajmuje się prawem spółdzielczym, zagadnieniami części ogólnej prawa cywilnego, prawem zobowiązań, spadkowym oraz edukacją prawniczą. Autor dwóch monografii „Majątek spółdzielni” i „Status prawny członka spółdzielni mieszkaniowej w spółdzielczych stosunkach lokatorskich” oraz licznych artykułów i glos; wieloletni koordynator sekcji cywilnej Uniwersyteckiej Poradni Prawnej KUL.



