

NR

46

KWARTALNIK NAUKOWY

PRAWO I WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS





POLSKI KOMPAS 2023

ROCZNIK INSTYTUCJI FINANSOWYCH
I SPÓŁEK AKCYJNYCH

STABILNA I PRZEWIDYWALNA POLITYKA GOSPODARCZA POLSKI
W CZASIE PRZEŁOMU GEOPOLITYCZNEGO W EUROPIE



Bezpłatna wersja elektroniczna do pobrania na gb.pl
oraz App Store i Google Play już teraz!



NR

46

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM
JOURNAL IN LEGAL AND SOCIAL STUDIES

PRAWO I WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS



ROK XII / NUMER 3 (46) / JESIEŃ 2023

VOL. 12 / NO. 3 (46) / AUTUMN 2023

LAW AND SOCIAL BONDS IS INCLUDED IN:

SCOPUS

EUROPEAN REFERENCE INDEX FOR THE HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES (ERIH PLUS)

THE CENTRAL EUROPEAN JOURNAL OF SOCIAL SCIENCES AND HUMANITIES

PRAWO I WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

Kwartalnik naukowy poświęcony prawu i badaniom społecznym
ROK XII, NUMER 3 (46), WYJŚCIE 2023, ISSN 2299-405X, ONLINE ISSN 2719-3594
DOI.ORG/10.36128/PRIW.V146

Journal in Legal and Social Studies
VOL. 12, NO. 3 (46), AUTUMN 2023, ISSN 2299-405X, ONLINE ISSN 2719-3594
DOI.ORG/10.36128/PRIW.V146

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

EDITORIAL TEAM

REDAKTOR NACZELNY

EDITOR-IN-CHIEF

prof. UP, dr hab. Dominik Bierecki
Uniwersytet Pomorski w Słupsku
i Spółdzielczy Instytut Naukowy w Sopocie
/ Pomeranian University in Słupsk and
Cooperative Research Institute in Sopot

ZASTĘPCA REDAKTORA NACZELNEGO

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

prof. Adam Czarnota
Uniwersytet Nowej Południowej Walii w Sydney
University of New South Wales

ZASTĘPCA REDAKTORA NACZELNEGO

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

dr Agata Czarnecka,
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Nicolaus Copernicus University

CZŁONEK ZESPÓŁU REDAKCYJNEGO

MEMBER OF THE EDITORIAL TEAM

prof. Alejandra Vanney
Universidad Austral w Buenos Aires
Universidad Austral, Buenos Aires

SEKRETARZ REDAKCJI

ASSISTANT EDITOR

dr Jacek Skoczek
Spółdzielczy Instytut Naukowy w Sopocie
Cooperative Research Institute in Sopot

REDAKTOR JĘZYKOWY

PROOFREADING

Michał J. Czarnecki

PROJEKT TYPOGRAFICZNY I SKŁAD

LAYOUT AND TYPESETTING

Szymon Strużyński studioformat.pl

Liczba punktów do oceny parametrycznej
jednostek naukowych – 100. Wersja pier-
wodna jest wersją elektroniczną

Parametric evaluation of scientific units –
100 points. The primary version is the
electronic version

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

ADRES DO KORESPONDENCJI

Redakcja „Prawa i Więzi”
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
www.prawoiwiez.edu.pl
e-mail: dominik.bierecki@sin.edu.pl

RADA PROGRAMOWA

prof. Cezary Mik
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego –
Przewodniczący

prof. Zenon Bankowski
University of Edinburgh

prof. Irakli Burduli
Tbilisi State University

prof. Zbigniew Cieślak
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

PROF. HENRYK CIOCH

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
Spółdzielczy Instytut Naukowy
prof. Pablo An Ping Chang Ibarra
University of the Americas

prof. Przemysław Dąbrowski
Uniwersytet Pomorski w Słupsku

ks. prof. dr hab. Antoni Dębiński
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

prof. UWm, dr hab. Jarosław Dobkowski
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

prof. Germano Andre Doederlein Schwartz
La Salle University

ks. abp prof. dr hab. Andrzej Dziega
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

prof. UP, dr hab. Marcin Glicz
Uniwersytet Pomorski w Słupsku

prof. Hakan Hayden
Lund University

prof. Christian Hillgruber
University of Bonn

dr Bogdan Iancu
University of Bucharest

prof. Jolanta Jabłońska-Bonca
Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

prof. Tadeusz Jasudowicz
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza

prof. Carlos Kete
Agostinho Neto University

prof. UKSW, dr hab. Artur Kotowski
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

dr hab. Zdenek Koudelka
Masaryk University

prof. Jarosław Majewski
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

prof. Marek Michalski
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

prof. Krzysztof Pietrzykowski
Uniwersytet Warszawski

prof. UAM, dr hab. Justyn Piskorski
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza

prof. KUŁ, dr hab. Jadwiga Potrzezecz
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

prof. Zbigniew Rau
Uniwersytet Łódzki

prof. Martin Rhonheimer
Pontifical University of the Holy Cross

dr Marcin Romanowski
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

prof. EWSPA, dr hab. Tomasz Szancio
Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji
w Warszawie

prof. Dariusz Szpoper
Uniwersytet Pomorski w Słupsku

prof. Hideki Tarumoto
Hokkaido University

ks. prof. UKSW, dr hab. Krzysztof Warchałowski
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

PROGRAM COUNCIL

prof. Cezary Mik
Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw –
President

prof. Zenon Bankowski
University of Edinburgh

prof. Irakli Burduli
Tbilisi State University

prof. Zbigniew Cieślak
Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

PROF. HENRYK CIOCH

The John Paul II Catholic University of Lublin
Cooperative Research Institute
prof. Pablo An Ping Chang Ibarra
University of the Americas

prof. Przemysław Dąbrowski
Pomeranian University in Słupsk

prof. Antoni Dębiński
The John Paul II Catholic University of Lublin

prof. UWm, dr hab. Jarosław Dobkowski
University of Warmia and Mazury in Olsztyn

prof. Germano Andre Doederlein Schwartz
La Salle University

prof. Andrzej Dziega
The John Paul II Catholic University of Lublin

prof. UP, dr hab. Marcin Glicz
Pomeranian University in Słupsk

prof. Hakan Hayden
Lund University

prof. Christian Hillgruber
University of Bonn

dr. Bogdan Iancu
University of Bucharest

prof. Jolanta Jabłońska-Bonca
Kozminski University, Warsaw

prof. Tadeusz Jasudowicz
Nicolaus Copernicus University, Toruń

prof. Carlos Kete
Agostinho Neto University

prof. UKSW, dr hab. Artur Kotowski
Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

dr hab. Zdenek Koudelka
Masaryk University

prof. Jarosław Majewski
Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

prof. Marek Michalski
Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

prof. Krzysztof Pietrzykowski
University of Warsaw

prof. UAM, dr hab. Justyn Piskorski
Adam Mickiewicz University in Poznań

prof. KUŁ, dr hab. Jadwiga Potrzezecz
The John Paul II Catholic University of Lublin

prof. Zbigniew Rau
University of Lodz

prof. Martin Rhonheimer
Pontifical University of the Holy Cross

dr. Marcin Romanowski
Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

prof. EWSPA, dr hab. Tomasz Szancio
European University of Law
and Administration

prof. Dariusz Szpoper
Pomeranian University in Słupsk

prof. Hideki Tarumoto
Hokkaido University

prof. UKSW, dr hab. Krzysztof Warchałowski
Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

OBRAZ NA OKŁADCE

Krajobraz z wioską

w oddali

Jacob van Ruisdael



ŹRÓDŁO:

The Metropolitan
Museum of Art

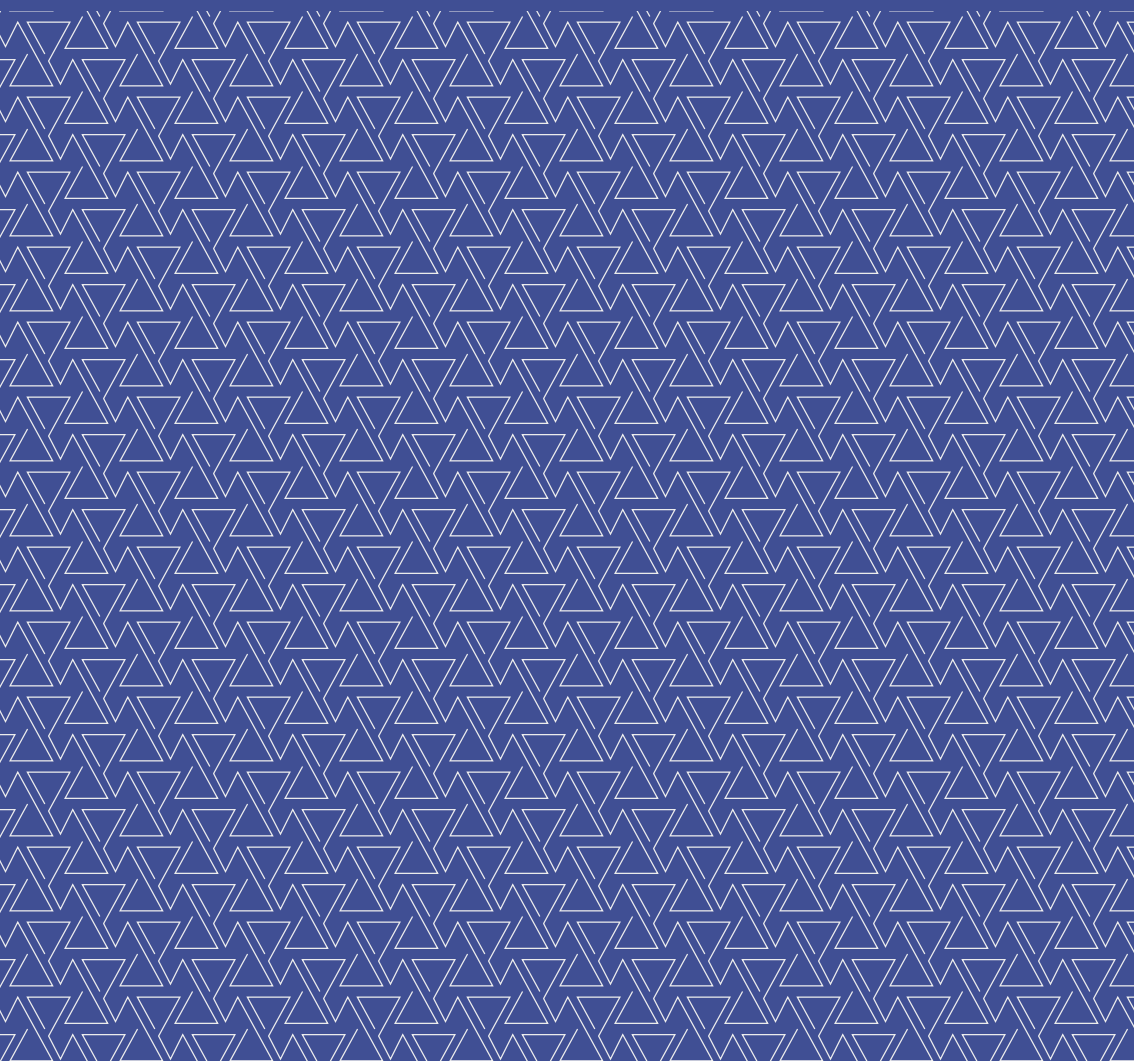
Spis treści

artykuły

- 9** **MACIEJ PERKOWSKI, ARTUR KOSICKI, SEBASTIAN CHRZANOWSKI, JOANNA SAROSIEK**
Regiony wobec ONZ i Celów Zrównoważonego Rozwoju Agendy 2030. Perspektywa krajowa
- 25** **ANNA SIEMIŃSKA**
Koncepcje prawa społeczeństwa cywilnego i obywatelskiego wobec metod wykładni prawa w polskim i niemieckim porządku prawnym
- 53** **MICHAŁ Sopiński**
Natural Law Theory and its Benefits: Arguments for Adopting New Classical Natural Law Theory Based on a Priority of Persons
- 77** **JĘDRZEJ JABŁOŃSKI**
Krótką historią zasady pomocniczości jako zasady ustrojowej. Próba konceptualizacji
- 97** **WOJCIECH SZCZEPAN STASZEWSKI**
Ochrona zdrowia w traktatach o przyjaźni i współpracy zawartych przez Polskę z państwami sąsiednimi
- 115** **MICHAŁ BALCERZAK**
Euthanasia and Withdrawal of Life-Sustaining Treatment in the Case-Law of the European Court of Human Rights: Twenty Years After Pretty v. United Kingdom
- 133** **DARIUSZ SZPOPER, ARSEN TAGIROV**
Fiodor Martens – pionier międzynarodowego prawa humanitarnego
- 155** **ANDRZEJ DZIADZIO**
Stosowanie francuskiej procedury cywilnej przez sądy Wolnego Miasta Krakowa (1815–1846)
- 179** **DANUTA JANICKA**
Pierwsza nowoczesna kodyfikacja postępowania karnego w Polsce (1928). Geneza, autorzy, zasady i ich pochodzenie
- 205** **ZBIGNIEW NAWORSKI**
Formula processus. Geneza, treść, dziesięć, znaczenie
- 217** **JACEK PRZYGOZKI**
Uwagi o obowiązywaniu francuskiego Kodeksu procedury cywilnej w Księstwie Warszawskim
- 231** **MIKOŁAJ TARKOWSKI**
Wybrane poglądy Stefana Glasera na prawo karne procesowe oraz jego kodyfikację w latach 1918–1939
- 251** **JAKUB CZEPEK**
Protection of Rights of Minor Victims of Torture, Inhuman or Degrading Treatment, or Punishment under the European Convention on Human Rights
- 269** **MAŁGORZATA ŁĄCZKOWSKA-PORAWSKA**
Nowe przesłanki uznania spadkobiercy za niegodnego
- 289** **PAWEŁ KSIĘŻAK**
Sztuczna inteligencja jako wychowawca, opiekun i reprezentant. W poszukiwaniu definicji rodziny
- 299** **ŁUKASZ HAWRYŁAK, MIROSŁAW PAWEŁCZYK**
Prowadzenie egzekucji na podstawie dalszego bankowego tytułu egzekucyjnego na mocy przepisów przejściowych
- 317** **PAULINA CHEŁMOWSKA**
Systemy alokacji narządów, tkanek i komórek na tle prawnoporównawczym
- 363** **MAGDALENA BŁASZCZAK**
Krytycznie o małżeństwie człowieka z robotem
- 383** **KRZYSZTOF W. BARAN**
General Clauses and the Abuse of Subjective Right in the Polish Labor Code
- 395** **KRYSTYNA SZCZECHOWICZ**
Realizacja celów kary mieszanej (sekwencyjnej) w aspekcie odbywania kary w systemie dozoru elektronicznego
- 413** **KAROLINA KLACZAK**
Wykonywanie wolnościowego środka zabezpieczającego wobec sprawcy umieszczonego w zakładzie psychiatrycznym na podstawie orzeczenia w odrębnej sprawie
- 431** **KATARZYNA ROSZEWSKA**
The Development of the Right of Access as a Part of Human Rights
- 447** **MAGDALENA PALUSZKIEWICZ**
Reasonable Accommodation as a Means of Ensuring Access to Work for Persons with Disabilities in the Polish Legal System

- 471** **URSZULA TORBUS,**
MAGDALENA MAŁECKA-ŁYSZCZEK
*Accessibility for Persons with Special Needs
from an Administrative Law Perspective*
- 487** **KATEŘINA FRUMAROVÁ**
*The Rights and Status of Persons with
Disabilities in Administrative Proceedings
in the Czech Republic*
- 503** **LINA GULBINĖ**
*Information Accessibility for Persons
with Disabilities in Lithuania: Regulation,
Monitoring and Economic Aspects*
- 531** **ERYK KOŚCIŃSKI, ANNA TRELA**
*Nowe instrumenty gospodarcze
w Ukrainie. W stronę pełniejszej
gwarancji sprawiedliwości społecznej
w sektorze rolnym*
- 551** **TERESA ASTRAMOWICZ-LEYK, TETYANA
NAGORNYAK, NATALIJA NATALINA, ANNA
OSMOLOVSKA, VOLODYMYR YURKOVSKYI**
*Anti-Corruption Policy in Ukraine During
the War with Russia*
- 577** **MICHAŁ MARIAŃSKI**
*Podatek od wywozu śmieci z gospodarstw
domowych jako przykład innego
fakultatywnego podatku gminnego
we Francji*
- 593** **KATARZYNA BANASIK**
*Kontratyp stanu wyższej konieczności
w kontekście działań związanych
z przeciwdziałaniem i zwalczaniem
COVID-19*
- 617** **MARTA LUTY-MICHALAK**
*Uwarunkowania demograficzne
a solidarność między pokoleniami
w repartycyjnym systemie
emerytalnym w Polsce*
- 637** **DAMIAN CZUDEK,**
JAN KUBÍČEK, WOJCIECH MORAWSKI,
MARTYNA WILMANOWICZ-SŁUPCZEWSKA
*Sugar-Dating (Sponsoring). Income Tax
Consequences of Sexual Relations in Polish
and Czech Law*

artykuły



MACIEJ PERKOWSKI, ARTUR KOSICKI,
SEBASTIAN CHRZANOWSKI, JOANNA SAROSIEK

Regiony wobec ONZ i Celów Zrównoważonego Rozwoju Agendy 2030 Perspektywa krajowa

Regions in Relation to the United Nations and the Sustainable Development Goals of the 2030 Agenda: A National Perspective

Looking for ways to improve itself comprehensively, the United Nations is opening up to the regions and experiencing particular responsiveness in this regard. An excellent example of this is the implementation of the Sustainable Development Goals (SDGs) of the 2030 Agenda. The authors believe that it is worth taking advantage of this in the process of progressive internationalization of Polish regions and diversification of foreign support for their development, and to this end, to publicize it adequately. An important step in this regard is, in the authors' opinion, another publication in a periodic of considerations and research results on the approach of Polish regions to Agenda 2030 and the Sustainable Development Goals (SDGs), with an outline of the system for their implementation. Against this background, in this paper, we formulate scientific postulates and recommendations for the use of national and international practice.

MACIEJ PERKOWSKI profesor nauk prawnych, Uniwersytet w Białymstoku
ORCID – 0000-0002-3909-3967 / e-mail: maper@post.pl

ARTUR KOSICKI doktor nauk prawnych, Uniwersytet w Białymstoku
ORCID – 0000-0003-2363-7015 / e-mail: dpi@arturkosicki.com.pl

SEBASTIAN CHRZANOWSKI magister prawa, Uniwersytet w Białymstoku
ORCID – 0000-0002-8754-1066 / e-mail: sebachrz@gmail.com

JOANNA SAROSIEK magister prawa, Uniwersytet w Białymstoku
ORCID – 09-0009-1867-500X / e-mail: joanna.sarosiek@wrotapodlasia.pl

SŁOWA KLUCZOWE: Agenda 2030, Cele Zrównoważonego Rozwoju, reforma ONZ, samorząd terytorialny, region, umiędzynarodowienie

KEYWORDS: 2030 Agenda, Sustainable Development Goals, 6UNO, local government, region, internationalization

Przedpolem niniejszego artykułu była publikacja autorów poświęcona regionalnej perspektywie realizacji Celów Zrównoważonego Rozwoju (SDGs)^[1]. Poza omówieniem w niej Agendy 2030 i SDGs zwrócono również uwagę na udział polskich regionów w realizacji SDGs. W ramach przygotowywanych dokumentów strategicznych województw zyskują one możliwość oficjalnego uwzględniania w ich treści zakładanych SDGs. Ministerstwo Rozwoju i Technologii (MRiIT) w ramach działań związanych z udziałem w przeglądzie realizacji Agendy 2030, Voluntary National Reviews 2023 (VNR), zwróciło się z prośbą do polskich regionów o przedstawienie ich perspektywy dotyczącej realizacji SDGs. Odniósłszy się z perspektywy regionalnej w kontekście województwa podlaskiego, dostrzeżliśmy naturalną potrzebę ustalenia podejścia pozostałych regionów do ww. badania, a także skonfrontowania ich z optyką rządową.

1 | Ku naprawie ONZ?

W przestrzeni publicznej od wielu lat przedmiotem dyskusji jest potrzeba odnowy i reformy funkcjonowania Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ). Agresja Federacji Rosyjskiej na Ukrainę oraz fakt, że Rosja jest stałym członkiem Rady Bezpieczeństwa ONZ, tylko spotęgowały dyskusję nad koniecznością wprowadzenia zmian w funkcjonowaniu powołanej w 1945 roku organizacji. Już we wrześniu 2014 roku, po aneksji Krymu przez Rosję, ówczesny polski prezydent Bronisław Komorowski wskazywał na to, że Organizacja Narodów Zjednoczonych może okazać się bezradna w obliczu ewentualnego konfliktu militarnego w sytuacji, gdy agresorem jest jedno z państw dysponujących w Radzie Bezpieczeństwa prawem

¹ Maciej Perkowski, Artur Kosicki, Sebastian Chrzanowski, „Realizacja Celów Zrównoważonego Rozwoju Agendy 2030. Perspektywa regionalna” *Prawo i Więź*, 2023, nr 1 (44): 32–48.

weta^[2]. Dziś, gdy konflikt na wschodzie przybrał formę nieustannych, bezwzględnych ataków, również na ludność cywilną, słowa byłego Prezydenta RP należałoby uznać za kolejny poważny argument w dyskusji o reformie ONZ. Obecnie na konieczność zmian w najważniejszej dziś organizacji międzynarodowej wskazują m.in. polscy politycy^[3], zagraniczni liderzy, w tym prezydent Ukrainy, który podkreślił to jeszcze przed rosyjską agresją na swój kraj^[4]. Konieczność wprowadzenia zmian w strukturze sygnalizował tu nawet Watykan^[5], którego przedstawiciele artykułowali potrzebę daleko idących zmian również w samej Radzie Bezpieczeństwa^[6]. Co prawda, podjęto szereg działań zmierzających m. in. do automatycznego zwołania posiedzenia Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych w przypadku weta jednego ze stałych członków Rady Bezpieczeństwa^[7], jednak należy zwrócić uwagę na fakt, iż organizacja powołana do życia blisko 80 lat temu wymaga reform systemowych, które pozwolą jej na skuteczniejsze i sprawniejsze działania zmierzające do realizacji celów, do których została powołana (ONZ).

Globalne kryzysy, które stają się wyzwaniem zarówno dla poszczególnych państw, jak i dla całego świata, a także pojawiające się nowe spory i konflikty dają podstawy do tego, aby podejmować dyskusję o nowych wyzwaniach rozwojowych, a także rewizji samej polityki rozwojowej

² *Prezydent: Polska konsekwentnie za reformą ONZ*, www.prezydent.pl, 23 września 2014. <https://www.prezydent.pl/kancelaria/archiwum/archiwum-bronislawa-komorowskiego/aktualnosci/wizyty-zagraniczne/prezydent-polska-konsekwentnie-za-reforma-onz,16586>. [dostęp: 16.05.2023].

³ Ryszard Czarnecki, „Reforma (i rozszerzenie?) ONZ? Czas na dyskusję!” *Wprost*, 29 sierpnia 2022. <https://www.wprost.pl/blogi/ryszard-czarnecki/10834972/reforma-i-rozszerzenie-onz-czas-na-diskusje.html>. [dostęp: 16.05.2023].

⁴ „ONZ: W. Zełenski za reformą Rady Bezpieczeństwa ONZ” *Radio Maryja*, 24 września 2020. <https://www.radiomaryja.pl/informacje/onz-w-zelenski-za-reforma-rady-bezpieczenstwa-onz/>. [dostęp: 16.05.2023]; Ostatnio także: „Prezydent Wołodymyr Zełenski w Radzie Bezpieczeństwa zaproponował szereg reform ONZ-etu”, *TVN24 / Świat*, 20 września 2023. <https://tvn24.pl/swiat/wolodymyr-zelenski-zaproponowal-reformy-w-onz-lista-propozycji-7353613> [dostęp 1.10.2023].

⁵ „»Kolonizacja ideologiczna«. Watykan: Konieczne jest szersze spojrzenie” *Do Rzeczy*, 8 maja 2022. <https://dorzeczy.pl/religia/298165/reforma-onz-watykan-konieczne-jest-szersze-spojrzzenie.html>. [dostęp: 16.05.2023].

⁶ „Abp. Gallagher: konieczna jest pilna reforma Rady Bezpieczeństwa ONZ” *Vatican News*, 21 lipca 2022. <https://www.vaticannews.va/pl/watykan/news/2022-07/abp-gallagher-konieczna-jest-pilna-reforma-rady-bezpieczenstwa.html>. [dostęp: 16.05.2023].

⁷ Strona internetowa UNIC Warsaw. <https://www.unic.un.org.pl/oionz/prawo-weta-w-onz/3483>. [dostęp: 16.05.2023].

Organizacji Narodów Zjednoczonych^[8]. Globalna sytuacja uzmysławia nam, że nieomal regularne kryzysy oraz przełomy na arenie międzynarodowej tylko potwierdzają, że ONZ wymaga zmian ewidentnie nie spełniając pokładanych w niej nadziei. Coraz częściej w kontekście ostatnich wydarzeń pojawiają się głosy podważające znaczenie i samo istnienie Organizacji Narodów Zjednoczonych^[9]. Jeszcze przed rosyjską inwazją na Ukrainę, na konieczność reform w organizacji wskazywał również były zastępca sekretarza generalnego Mark Malloch-Brown^[10].

Reformy podejmowane wyłącznie na tle słabości, wad i kryzysów bywają skuteczne, a nawet spektakularne, ale sam proces jest wówczas żmudny i demotywuujący. Wydaje się, że istotnym i pożądanym składnikiem reformy ONZ powinny być kwestie nowe, stanowiące awangardowe rozwiązanie konstruktywne. Naszym zdaniem takim zagadnieniem może i powinno być upodmiotowienie regionów w relacjach z ONZ, odpowiednio wykorzystujące wzorce regionalne, zwłaszcza z Unii Europejskiej^[11]. W pierwszej kolejności postanowiliśmy zweryfikować punkt wyjścia na poziomie Polski, poprzez ogląd podejścia polskich regionów do SDGs.

2 | Polskie regiony wobec SDGs /ONZ – założenia i perspektywy

W kontekście krajowej dyskusji nad działaniami podejmowanymi w ramach ONZ, 23 marca 2023 r. Ministerstwo Rozwoju i Technologii opublikowało

⁸ Przypis: Zob.: Sz. Zaręba, *Reforma ONZ według planu António Guterresa – stan i perspektywy*, *Biuletyn PISM* nr 237 (2169), 23 listopada 2020.

⁹ Marcin Bużański, „Wojna w Ukrainie. Czy ONZ jest jeszcze do czegoś potrzebna?” *Polityka*, 22 marca 2022. <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/swiat/2159159,1,wojna-w-ukrainie-czy-onz-jest-jeszcze-do-czegos-potrzebna.read>; Marcin Kozłowski, „Ukraińcy oburzeni raportem ONZ na temat traktowania jeńców. »Zrzucanie odpowiedzialności na ofiarę«” *Gazeta.pl*, 25 marca 2023. <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114881,29596748,ukraincy-oburzeni-raportem-onz-na-temat-traktowania-jencow.html>. [dostęp: 18.05.2023].

¹⁰ Mark Malloch-Brown, „Komu jeszcze potrzebna jest ONZ?” *Krytyka Polityczna*, 27 listopada 2020. <https://krytykapolityczna.pl/swiat/powolna-smierc-czy-nowy-kierunek-dla-onz/>. [dostęp: 18.05.2023].

¹¹ Na temat upodmiotowienia regionów zwłaszcza: M. Perkowski, *Międzynarodowa współpraca województw w prawie i praktyce* (Białystok: Temida 2, 2013).

projekt raportu dotyczącego realizacji Celów Zrównoważonego Rozwoju z Polsce^[12]. Przygotowywany raport jest kluczowym elementem mierzącym do krajowego przeglądu VNR, który służy prezentacji podczas ministerialnej sesji Forum Politycznego Wysokiego Szczebla na Rzecz Zrównoważonego Rozwoju w lipcu 2023 r. Sposobność przyniosła okazję do zweryfikowania, czy omawiany projekt raportu trafnie odzwierciedla potrzeby, rozterki i nadzieje regionów na tle SDGs. Trzeba również pamiętać, że rządowe stanowisko powinno być twardo osadzone w realiach regionów i równocześnie dążyć do mobilizacji rozwojowej polskich regionów z uwzględnieniem oraz w oparciu o funkcjonujące SDGs.

Cieszy fakt, że do wyżej opisanej dyskusji i przedsięwzięcia zostają zaangażowane polskie samorządy, w tym wypadku regiony. Autorzy we wcześniej przywoływanej publikacji dotyczącej perspektywy regionalnej realizacji SDGs, wskazywali na istniejące braki w kontekście udziału polskich samorządów we wdrażaniu założeń celów przewidzianych przez Organizację Narodów Zjednoczonych. Skupiając się na potrzebie reformy ONZ należy jednak z całą stanowczością założyć postulatywnie zmianę podejścia samej Organizacji Narodów Zjednoczonych. Organizacja powinna podchodzić kooperatywnie do realizacji swoich zadań. Póki co ONZ skupia się przede wszystkim na państwach i tym samym buduje relacje zewnętrzne na poziomie krajowym. Warto byłoby tu skorzystać z wzorców funkcjonujących w Unii Europejskiej i wytworzyć również relacje kooperatywne organizacji z regionami. Takie podejście do kwestii współpracy byłoby właściwe z kilku powodów. Przede wszystkim, jak wskazuje praktyka unijna, są to wzorce skuteczne. Współpraca UE z partnerami na poziomie regionalnym (często na tle interwencji funduszy unijnych) sprawia, że działalność podejmowana przez nią jest bardziej efektywna. Z kolei pomoc rozwojowa udzielana przez Organizację Narodów Zjednoczonych i kierowana do poszczególnych państw jest w pewnym sensie uogólniana. Zakłada się tam, że całe państwo potrzebuje pomocy. Równocześnie może dojść do sytuacji, w której ostatecznie, chociażby ze względów np. politycznych, trafia ona do regionów, które takiej pomocy w ogóle nie potrzebują (ale jako bogate – dominują w polityce wewnętrznej rozwijającego się państwa), a nie dociera do regionów jej potrzebujących (a zdominowanych przez regiony bogate, skutecznie absorbujące pomoc trafiającą do państwa).

¹² Projekt raportu „Realizacja celów zrównoważonego rozwoju w Polsce. Raport 2023”. <https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologie/monitoring-realizacji-agendy-2030>. [dostęp: 16.04.2023].

Jednocześnie w państwach zamożnych/rozwinętych także występują regiony zamożne i dobrze prosperujące, ale obok nich także odstające ekonomicznie i rozwojowo od zasadniczej części państwa. Rozpatrywanie pomocy tylko i wyłącznie przez pryzmat całości państwa sprawia, że również takie regiony nie są w ogóle brane pod uwagę jako beneficjenci programów i narzędzi pomocowych Organizacji Narodów Zjednoczonych, choć jej udzielenie z pewnością mogłoby się okazać celowe i efektywne z punktu widzenia SDGs.

W Polsce na uwagę zasługują przede wszystkim wschodnie regiony, które w związku z rosyjską agresją na Ukrainę, a także wymuszoną migracją z Białorusi, zatraciły możliwość współpracy transgranicznej z sąsiadującymi państwami i regionami. Doprowadziło to do zauważalnego spadku tempa ich rozwoju. Pojawiają się próby swoistego przekierowania zagranicznej aktywności poszkodowanych regionów (choćaby województwa warmińsko-mazurskiego, położonego w bezpośrednim sąsiedztwie obwodu królewieckiego czy podlaskiego sąsiadującego z Białorusią) w stronę stosunkowo odległej (od nich) Ukrainy, ale nie daje to efektów ponadnarodowej kooperacji, która funkcjonowała przed lutym 2022 roku.

W kontekście Celów Zrównoważonego Rozwoju i ich regionalnego wymiaru, akces polskich regionów do ich realnego wdrażania i korzyści odczuwalne z tego tytułu byłyby dla nich szansą rozwojową, a dla ONZ sposobnością do oddolnego zwrócenia uwagi na zalety programów o pogłębionej operacyjności, jak ma to miejsce w przypadku Unii Europejskiej. Z jednej bowiem strony tworzone są programy operacyjne uwzględniające wymogi stawiane regionom przez unijne instytucje. Z drugiej jednak strony, w ramach tych programów polskie regiony zyskują możliwość aplikowania o finansowe wsparcie, które przeznaczane jest na implementowanie owych unijnych założeń rozwojowych. Z pewnością preeliminowanie przez ONZ środków finansowych na realizację SDGs pozwoliłoby na dążenie do czegoś więcej niż tylko blankietowe uwzględnianie konkretnych SDGs w poszczególnych programach, strategiach i programach polskich regionów. Oczywiście ewentualne kierunkowanie wskazanego wsparcia, powinno odbywać się właśnie w oparciu o wymiar regionalny – potencjał, rozwój i zamożność poszczególnych województw.

W ramach uwzględnienia również polskich regionów w dobrowolnym przeglądzie realizacji Agendy 2030 VNR, województwa zostały poproszone przez MRiT o ich regionalne spojrzenie w kontekście podejmowanych działań na rzecz realizacji SDGs. W tym celu swoje uwagi uwzględniły w przygotowanej do tego fiszce, a przekazane w ten sposób informacje

zostały uwzględnione odpowiednio w projekcie raportu MRiT. Mając na względzie te uwarunkowania postanowiliśmy zweryfikować świadomość przedmiotową regionów i ich podejście do perspektywy włączenia się w mechanizm kooperacji rozwojowej ONZ.

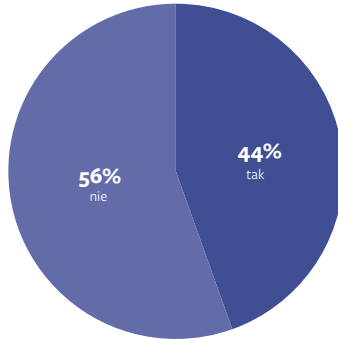
3 | Polskie regiony wobec SDGs/ONZ w świetle badań empirycznych

Celem badań przeprowadzonych na potrzeby niniejszego opracowania jest ustalenie stanowiska polskich regionów w kontekście realizacji SDGs, ale również ich zrozumienia oraz identyfikacji problemów i pojawiających się wyzwań związanych z implementowaniem Celów Zrównoważonego Rozwoju. Wyniki uzyskane w ramach przedmiotowej analizy miały też umożliwić zbadanie skali zaangażowania województw we współpracę z MRiT w przygotowanie fiszki związanej z VNR, a także sprawdzenie aktywności w kontekście realizacji SDGs. W ramach badania regionom udostępniono elektroniczną ankietę na platformie Google Forms. Ponadto, część respondentów wypełniony formularz odesłała drogą mailową. W ramach wskazanej ankiety respondenci zostali jednocześnie poproszeni o udostępnienie wypełnionej fiszki przesłanej do MRiT w ramach VNR.

W badaniu wzięło udział 9 spośród 16 polskich województw, co stanowi około 56% wszystkich uprawnionych. W pierwszej kolejności autorzy ankiety spytali o udział województw w dobrowolnym przeglądzie realizacji Agendy 2030 VNR w 2018 roku (pierwszy przegląd), a także o uczestnictwo w VNR 2030 za lata 2018–2022 poprzez wypełnienie już wcześniej wspomnianej fiszki. W pierwszym przeglądzie udział wzięło 44% badanych (wykres 1), z kolei w drugim, który miał miejsce na początku obecnego roku, uczestniczyło już 100% respondentów (wykres 2). Jednoznacznie potwierdza to próbę włączenia polskich regionów w realizację SDGs. Zgodnie z projektem raportu MRiT, którego przedmiotem jest realizacja w Polsce Celów Zrównoważonego Rozwoju, w przeglądzie wzięło udział 12 regionów^[13].

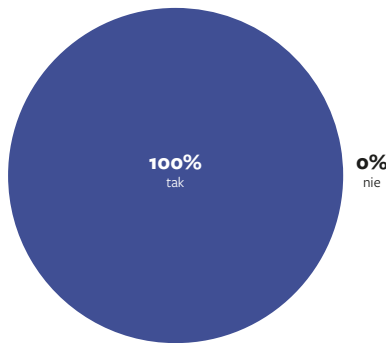
¹³ Województwa: lubelskie, lubuskie, łódzkie, małopolskie, mazowieckie, opolskie, podkarpackie, podlaskie, pomorskie, śląskie, warmińsko-mazurskie, wielkopolskie.

Wykres 1. Odpowiedzi respondentów na pytanie dotyczące udziału regionu w badaniu VNR w 2018 roku



ŹRÓDŁO: Opracowanie własne

Wykres 2. Odpowiedzi respondentów na pytanie dotyczące udziału regionu w badaniu VNR w 2023 r., za l. 2018–2022

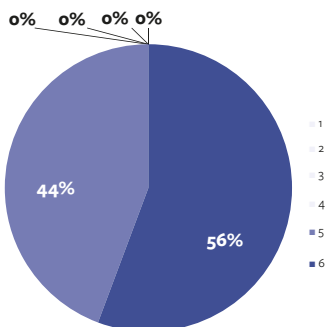


ŹRÓDŁO: Opracowanie własne

W kolejnej części badania ankietowani zostali poproszeni o ocenę przejrzystości, znaczenia, przyszłości i problematyczności Celów Zrównoważonego Rozwoju. Swojej oceny dokonywali w skali 1–6 (gdzie 6 oznacza „w pełni zrozumiałe”). Wszyscy respondenci wskazali, że SDGs są zupełnie/całkowicie zrozumiałe. Aż 56% województw oceniło ich zrozumiałość na 5, z kolei 44% na 6 (wykres 3). Zgodnie z przywołanym wcześniej projektem raportu, jego autorzy wskazywali na znaczenie zrozumienie koncepcji zrównoważonego rozwoju, a także zwiększenie świadomości w przedmiocie SDGs i ich założeń. Ma to być możliwe m.in. dzięki zaangażowaniu

w przygotowanie tego dokumentu różnych środowisk, w tym również przedstawicieli polskich regionów^[14].

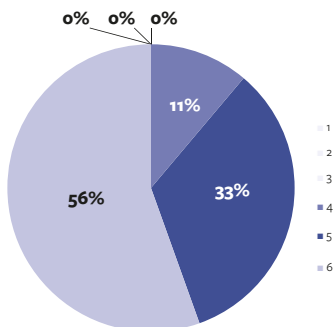
Wykres 3. Ocena respondentów zrozumienia SDGs w skali 1–6



ŹRÓDŁO: Opracowanie własne

Ponad połowa badanych regionów (56%) wskazała, iż SDGs w skali ich regionu są bardzo ważne. Następnie 33% respondentów zaznaczyło, że są one ważne. Z kolei 11% przyznało, że dla ich regionu są one istotne.

Wykres 4. Ocena respondentów ważności SDGs w skali regionów (skala 1–6)



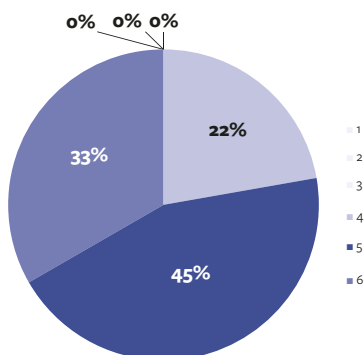
ŹRÓDŁO: Opracowanie własne

Respondenci zostali dalej pytani o to, czy SDGs są w ich ocenie perspektywiczne. Wszyscy badani zaznaczyli, iż ich zdaniem Cele Zrównoważonego

¹⁴ Projekt raportu „Realizacja celów zrównoważonego rozwoju w Polsce. Raport 2023”, 16-17. <https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologie/monitoring-realizacji-agendy-2030>. [dostęp: 25.04.2023].

Rozwoju są przyszłościowe oraz rozwojowe. Równocześnie jest to tożsame z przygotowywanym raportem, w którym wskazuje się, że Agenda 2030 daje możliwość rozwoju na rzecz budowania zrównoważonej przyszłości^[15].

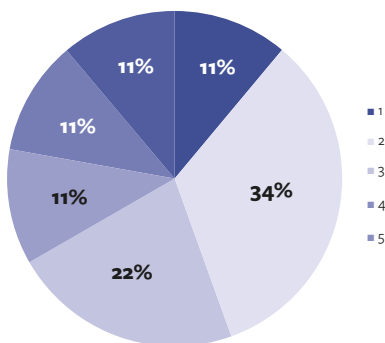
Wykres 5. Ocena respondentów perspektywiczności SDGs w skali 1–6



ŹRÓDŁO: Opracowanie własne

Uczestnicy badania pytani o problematyczność SDGs na ogół wskazywali, iż nie są one trudne i kłopotliwe. Jako całkowicie nieproblematyczne bądź nieproblematyczne SDGs wskazywało 66%. Jedynie 11% respondentów wskazywało SDGs jako bardzo problematyczne.

Wykres 6. Ocena respondentów problematyczności SDGs w skali 1–6



ŹRÓDŁO: Opracowanie własne

¹⁵ Projekt raportu „Realizacja celów zrównoważonego rozwoju w Polsce. Raport 2023”, 19, <https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologie/monitoring-realizacji-agendy-2030>. [dostęp: 25.04.2023].

Polskie regiony uczestniczące w badaniu zostały również poproszone o wskazanie ewentualnych problemów związanych z SDGs. Respondenci zaznaczali, że część celów znajduje się poza kompetencjami samorządów. Mieli na myśli m.in. SDG 5 Równość płci, SDG 16 Pokój, sprawiedliwość i silne instytucje, a także SDG 17 Partnerstwa na rzecz celów. Ponadto wskazywano, że część Celów Zrównoważonego Rozwoju pozostaje nawet poza sferą oddziaływania samorządu. Uczestnicy mieli na myśli SDG 14 Życie pod wodą. W ocenie województw problemem jest również kwestia globalnego ujęcia części SDGs. SDG 1 dotyczący końca ubóstwa, a także SDG 2 związany z walką z głodem zdaniem badanych dotyczy szerszego wymiaru działań, a wskazane w nich problemy leżą w skali i ewentualnych możliwościach oddziaływania. Badani wskazywali również na istniejące luki informacyjne oraz metodyczne. W celu ich zwalczania należałoby podjąć współpracę pomiędzy środowiskiem naukowym, statystykami i samorządami, w tym zwłaszcza polskimi województwami. Kolejnym wskazywanym problemem było niewystarczające zintegrowanie działań podejmowanych w celu wdrażania polityki rozwoju z wyzwaniem i celami o globalnym charakterze. Respondenci jako przykład tego wskazywali zróżnicowany poziom uwzględniania Celów Zrównoważonego Rozwoju w sektorowych dokumentach strategicznych. Ponadto zaznaczano, iż wiele do życzenia pozostawia poziom dostępności do usług zdrowotnych i społecznych, a także brak wystarczającej świadomości związanej z istotą i znaczeniem działań podejmowanych w celu poprawy jakości środowiska naturalnego. Ankietowani przyznali także, że co prawda SDGs są zbieżne z ich strategicznymi dokumentami, jednak na uwagę zasługuje fakt, iż charakteryzują się one wysokim poziomem ogólności, co wymaga ich interpretacji z uwzględnieniem regionalnych uwarunkowań. W odniesieniu do wcześniej opisywanej fiszki, badany sprawiło trudność przypisanie istniejących dokumentów do SDGs. Dokumenty te, zdaniem polskich regionów, realizują szereg celów. Z kolei w kontekście wyżej wymienionej fiszki w ocenie respondentów istniało ograniczenie w przypisywaniu poszczególnych celów. Województwa wskazywały również na fakt, że sama idea Agendy 2030, i co za tym idzie również SDGs, jest wciąż słabo rozpropagowana. Nie wszyscy mają potrzebę realizacji tych celów. Polskie regiony podniosły również brak odpowiednich instrumentów wsparcia w realizacji SDGs, w tym instrumentów finansowych, które pozytywnie wpłynęłyby na sprawność implementacji i wdrażania Celów Zrównoważonego Rozwoju. Ponadto, istotną staje się również potrzeba podnoszenia świadomości, w tym świadomości beneficjentów, w zakresie zrównoważonego rozwoju. Badani podnosili również kwestię

jednakowej interpretacji zakresu, a także opisu SDGs przez polskie regiony. Wskazano na ryzyko różnego przyporządkowania działań i inicjatyw podejmowanych przez poszczególne województwa w kontekście konkretnych Celów Zrównoważonego Rozwoju. Różne rozumienie zakresu, opisu celów może prowadzić do zgoła innego zrozumienia i co za tym idzie, nieporozumień w zakresie założeń poszczególnych SDGs.

W kolejnej części badania polskie regiony będące adresatami ankiety, zostały poproszone o odniesienie się do tez postawionych przez autorów niniejszej pracy. Aż 78% z nich potwierdziło, że system realizacji Celów Zrównoważonego Rozwoju niejako zatrzymujący się na poziomie krajowym, bez uwzględnienia regionów, nie jest wystarczająco efektywny. Jedynie 11% nie zgodziło się ze stawianą tezą.

Zdecydowana większość badanych (89%) wskazała, że reprezentowany przez nich region w opracowaniu i realizacji dokumentów strategicznych stara się odnosić do Celów Zrównoważonego Rozwoju.

Co ciekawe – niespełna połowa badanych (około 44%) podziela opinię, iż włączenie regionów w proces realizacji Celów Zrównoważonego Rozwoju jest dla nich szansą na stopniowe zbudowanie sobie alternatywy rozwojowej obok wsparcia Unii Europejskiej. Około 22% jest przeciwnego zdania. Pozostali badani (33%) nie mieli zdania w tym przedmiocie.

Równocześnie polskie regiony deklarują gotowość do podejmowania działań w obszarze SDGs. 67% polskich regionów przyznaje, że ich region jest gotowy na poważną aktywność w obszarze związanym z realizacją i monitoringiem Celów Zrównoważonego Rozwoju. 33% badanych nie miało w tym temacie zdania.

Wszyscy badani zgodzili się z tym, że zaangażowanie regionów w realizację i monitoring SDGs jest szansą na zwrócenie uwagi ONZ na konkretne problemy i, co za tym idzie, postępujące wsparcie finansowe na zwalczanie istniejących deficytów, także w państwa rozwiniętych (na rzecz ich regionów słabiej rozwiniętych).

Zdecydowana większość badanych (78%) podzieliło opinię, że niedostateczna i niesatysfakcjonująca realizacja SDGs na poziomie państwowym, ale również regionalnym, spowodowana jest dotychczasowym brakiem wyraźnie dostępnego (na określonych warunkach) wsparcia finansowego, które motywowałoby beneficjentów i wspierało ten proces. Około 22% respondentów nie zajęło stanowiska w tym przedmiocie.

Autorzy dali również badanym polskim regionom możliwość wyrażenia poglądu, wskazania spostrzeżeń, uwag odnośnie SDGs, które wykraczają poza kwestie wyrażone sugerowanymi odpowiedziami na wyżej opisywane

pytania. Województwa wskazywały w tym miejscu na potrzebę szerszego i głębszego zaakcentowania SDGs w dokumentach krajowych, a także stałej aktywności władz krajowych w ramach działań podejmowanych na rzecz Agendy 2030. Badane regiony wskazały, że brakuje stałej i wydajnej aktywności władz krajowych na rzecz realizowania Agendy 2030. Ich wzmożone działania, zdaniem regionów, są widoczne jedynie przy okazji realizowanych przeglądów. Ponadto, wskazywano na konieczność wypracowania, wspólnie z rządem, sposobów skutkujących zwiększeniem skuteczności działań podejmowanych na rzecz Agendy 2030. Jako przykłady wymieniono linię demarkacyjną działań, a także instrumenty finansowe. Uczestnicy badania podkreślili także, że pomimo włączenia do przeglądu realizacji celów polskich regionów to finalnie poziom regionalny został przedstawiony tam w sposób wybiórczy i spłycony. W niektórych przypadkach brakuje również podkreślenia zaangażowania regionów. Jako rozwiązanie tego problemu badani proponują podjęcie szerszego dialogu przy tworzeniu oraz przeglądzie, a także monitoringu Celów Zrównoważonego Rozwoju.

4 | Wnioski

Jeśli Organizacja Narodów Zjednoczonych chce ambitnie i kompleksowo realizować SDGs, to warto w ramach ich implementacji rozwijać podejście regionalne. Dobrym rozwiązaniem byłyby implementacja pilotażowych działań w państwach rozwiniętych, w których funkcjonują także regiony niezbyt zamożne (co potwierdza choćby statystyka Unii Europejskiej). Polskie regiony, położone przy wschodniej i północnej granicy lądowej, a zarazem w bezpośrednim sąsiedztwie największych obecnie wschodnio- i środkowoeuropejskich kryzysów: migracyjnego oraz wojennego, poprzez brak współpracy transgranicznej z sąsiednimi regionami i ograniczenie kontaktów z państwami sąsiadującymi z Polską na wschodzie, tracą możliwości i perspektywy satysfakcjonującego rozwoju w oparciu o szanse, jakie daje im położenie przy granicy zewnętrznej Unii Europejskiej.

Polskie regiony bez przekonania postrzegają szanse, jakie daje realizacja Celów Zrównoważonego Rozwoju. Co prawda potwierdzają nominalne znaczenie SDGs, ale deklaracjom płynącym z przeprowadzonego badania nie towarzyszy chociażby uwzględnianie celów Agendy 2030 we wszystkich wojewódzkich dokumentach strategicznych. Ponadto brak odzewu części

regionów względem tu ewaluowanych badań oraz w przeglądzie VNR może świadczyć o tym, że nie traktują one zbyt poważnie możliwości rozwoju, jakie dawałoby wdrażanie SDGs, zgodnie z zamysłem Organizacji Narodów Zjednoczonych. Wyzwaniem – zarówno dla ONZ, jak i dla państw – jest uzmysłowienie ich regionom i tamtejszym samorządom perspektywicznego znaczenia SDGs wraz z modelowaniem oddolnego podejścia w tym względzie i współdziałania państw w całym procesie.

Polskie Ministerstwo Rozwoju i Technologii uwzględniło odpowiedzi otrzymane od regionów w ramach przeglądu VNR w projekcie raportu dotyczącego realizacji celów zrównoważonego rozwoju w Polsce^[16]. Ostateczna wersja dokumentu stanowi podstawę prezentacji podczas sesji ministerialnej Forum Politycznego Wysokiego Szczebla na rzecz Zrównoważonego Rozwoju (w lipcu 2023 r.) – kolejnej znakomitej okazji, aby na arenie międzynarodowej poruszać potrzebę większego zaangażowania regionów w implementację, realizację, ale również odpowiedzialność za Cele Zrównoważonego Rozwoju. Będą oczywiście kolejne, ale zwłoka nie służy rozwojowi.

W kontekście większego zaangażowania regionów w realizację SDGs warto wsłuchać się w ich głos i w procesie raportowania, poza kwestiami dotyczącymi wprost implementacji Celów Zrównoważonego Rozwoju, pochylić się nad uwagami i wyzwaniem, na które w badaniu ankietowym w ramach VNR mogło zwyczajnie zabraknąć miejsca. W badaniu autorów regiony wskazują przede wszystkim na potrzebę zapewnienia finansowania realizacji SDGs. Ponadto, województwa doceniają fakt, że zostały zaangażowane w przygotowywanie wyżej wymienionego dokumentu, jednak równocześnie oczekują, że aktywność władz na krajowym poziomie w kontekście implementacji SDGs będzie również widoczna poza momentem realizowania przedmiotowego przeglądu. Krajowi decydenci tym bardziej powinni brać pod uwagę stanowisko regionów, gdyż w badaniu przeprowadzonym przez autorów wskazały one, że zauważają znaczenie oraz perspektywiczność SDGs, równocześnie chcąc uczestniczyć w ich wdrażaniu. Władze na szczeblu krajowym powinny wykorzystać tę ofertę współpracy, która znacznie wykracza poza kooperację w trakcie przygotowywania raportu. Jest to o tyle istotne, że (według polskich regionów) wdrażanie

¹⁶ Wersja robocza ujęta w korespondencji MRiTr do regionów – w posiadaniu autorów. Por. projekt raportu „Realizacja celów zrównoważonego rozwoju w Polsce. Raport 2023”. <https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologie/monitoring-realizacji-agendy-2030>. [dostęp: 16.04.2023].

części SDGs wymaga współpracy z władzami krajowymi, w związku z tym, że ich realizacja wykracza poza kompetencje samorządów (w tym także województw).

Badane przez autorów regiony jednomyślnie zgodziły się, że ich zaangażowanie w realizację SDGs jest szansą zwrócenia uwagi Organizacji Narodów Zjednoczonych na konkretne problemy, które są wyzwaniem dla polskich województw, co mogłoby ewentualnie wpływać na udzielane na ten cel finansowego wsparcia. Koresponduje to z wcześniejszymi ustaleniami autorów, że poza współpracą ONZ z państwami istnieje również potrzeba stworzenia jej relacji z regionami, w tym oczywiście z polskimi województwami. Rozważanie, a w następstwie kreowanie właściwych ram prawnych, stanowić będzie postęp w prawie międzynarodowym i w krajowym prawie stosunków międzynarodowych.

Bibliografia

- „Abp. Gallagher: konieczna jest pilna reforma Rady Bezpieczeństwa ONZ” *Vatican News*, 21 lipca 2022. <https://www.vaticannews.va/pl/watykan/news/2022-07/abp-gallagher-konieczna-jest-pilna-reforma-rady-bezpieczenstwa.html>.
- Bużański Marcin, „Wojna w Ukrainie. Czy ONZ jest jeszcze do czegoś potrzebna?” *Polityka*, 22 marca 2022. <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/swiat/2159159,1,wojna-w-ukrainie-czy-onz-jest-jeszcze-do-czegos-potrzebna.read>.
- Czarnecki Ryszard, „Reforma (i rozszerzenie?) ONZ? Czas na dyskusję!” *Wprost*, 29 sierpnia 2022. <https://www.wprost.pl/blogi/ryszard-czarnecki/10834972/reforma-i-rozszerzenie-onz-czas-na-dyskusje.html>.
- „»Kolonizacja ideologiczna«. Watykan: Konieczne jest szersze spojrzenie” *Do Rzeczy*, 8 maja 2022. <https://dorzeczy.pl/religia/298165/reforma-onz-watykan-konieczne-jest-szersze-spojrzenie.html>.
- Kozłowski Marcin, „Ukraińcy oburzeni raportem ONZ na temat traktowania jeńców. »Zrzucanie odpowiedzialności na ofiarę«” *Gazeta.pl*, 25 marca 2023. <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114881,29596748,ukraincy-oburzeni-raportem-onz-na-temat-traktowania-jencow.html>.
- Malloch-Brown Mark, „Komu jeszcze potrzebna jest ONZ?” *Krytyka Polityczna*, 27 listopada 2020. <https://krytykapolityczna.pl/swiat/powolna-smierc-czy-nowy-kierunek-dla-onz/>.

- „ONZ: W. Zełenski za reformą Rady Bezpieczeństwa ONZ” *Radio Maryja*, 24 września 2020. <https://www.radiomaryja.pl/informacje/onz-w-zelenski-za-reforma-rady-bezpieczenstwa-onz/>.
- Perkowski Maciej, *Międzynarodowa współpraca województw w prawie i praktyce*. Białystok: Temida 2, 2013.
- Perkowski Maciej, Artur Kosicki, Sebastian Chrzanowski, „Realizacja Celów Zrównoważonego Rozwoju Agendy 2030. Perspektywa regionalna” *Prawo i Więź*, 2023, nr 1 (44): 32–48.
- „Prezydent: Polska konsekwentnie za reformą ONZ”. www.prezydent.pl, 23 września 2014. <https://www.prezydent.pl/kancelaria/archiwum/archiwum-bronislawa-komorowskiego/aktualnosci/wizyty-zagraniczne/prezydent-polska-konsekwentnie-za-reforma-onz,16586>.
- „Prezydent Wołodymyr Zełenski w Radzie Bezpieczeństwa zaproponował szereg reform ONZ-etu”, *TVN24 / Świat*, 20 września 2023. <https://tvn24.pl/swiat/wolodymyr-zelenski-zaproponowal-reformy-w-onz-lista-propozycji-7353613> [dostęp 1.10.2023].
- Projekt raportu „Realizacja celów zrównoważonego rozwoju w Polsce. Raport 2023”. <https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologie/monitoring-realizacji-agendy-2030>.
- Szymon Zaręba, „Reforma ONZ według planu António Guterresa – stan i perspektywy”, *Biuletyn PISM* nr 237 (2169), 23 listopada 2020. UNIC Warsaw. <https://www.unic.un.org.pl/oionz/prawo-weta-w-onz/3483>.



ANNA SIEMIŃSKA

Koncepcje prawa społeczeństwa cywilnego i obywatelskiego wobec metod wykładni prawa w polskim i niemieckim porządku prawnym

Concepts of Civil and Citizens' Society Law in Relation to Methods of Interpreting the Law in the Polish and German Legal Systems

The author presents the concept of society in terms of civil law theory, explaining the reasons for understanding the adopted concept of “civil law”, as well as the widely used method of interpretation. The author illustrates that the notion of “citizen society” can play a similar role in the Polish law as the concept of civil society law in the German law of civil law, serving to clarify the commonly accepted concept (law theory) and the method of its interpretation. The article reveals that related sciences have a direct impact on the theory of civil law and its basic concepts, while pointing out practical differences in the theory of Polish and German civil law.

ANNA SIEMIŃSKA doktor nauk prawnych

ORCID – 0000-0002-4748-4837 / e-mail: dr.anna.sieminska@opl.pl

SŁOWA KLUCZOWE: wykładnia prawa cywilnego, społeczeństwo cywilne, społeczeństwo obywatelskie, metody wykładni prawa, teoria prawa cywilnego.

KEYWORDS: interpretation of civil law, civil society, civil society, methods of law interpretation, theory of civil law.

1 | Przedstawienie zagadnienia

Spółeczeństwo cywilne nie należy obecnie do szczególnie często badanych zagadnień w polskiej doktrynie prawa, uwagę badaczy przykuwa raczej pojęcie „społeczeństwa obywatelskiego”, szczególnie w aspekcie badań socjologicznych, historycznych lub w zakresie nauk politycznych¹. Z czego wynika ten stan rzeczy i jakie są różnice pomiędzy pojęciami „społeczeństwa cywilnego” (przyjmowanego w niemieckim porządku prawnym) oraz „społeczeństwa obywatelskiego” (przyjmowanego co do zasady w polskim porządku prawnym, zarówno po 1945 r., jak i po 1989 r.), w polskiej i w niemieckiej teorii prawa (cywilnego)? – oto leżące u podstaw tego artykułu pytanie badawcze. Związana z tym pytaniem główna teza badawcza artykułu zakłada natomiast, że pod pojęciem „społeczeństwa” w teorii prawa cywilnego kryje się sposób rozumienia i tworzenia prawa cywilnego, jako prawa regulującego podstawowe potrzeby obywateli, a więc koncepcja prawa cywilnego, jako prawa społeczeństwa cywilnego, która determinuje metodę wykładni prawa cywilnego i jego dalszy rozwój. Teza ta, wspierana jest przez następujące tezy pomocnicze:

1. Koncepcja społeczeństwa cywilnego, oparta na filozofii niemieckiego idealizmu ujmuje materialne potrzeby i gospodarcze interesy obywateli, jako podstawy prawa cywilnego, stąd metoda wykładni prawa cywilnego umożliwia ich zrozumienie i zastosowanie w prawie cywilnym, a w konsekwencji – dalszy rozwój prawa cywilnego i społeczeństwa cywilnego wolnego rynku.
2. Współczesnego pojęcie polskiego „społeczeństwa obywatelskiego” wywodzące się z okresu PRL, ukrywa w sobie koncepcję prawa (cywilnego), wyjaśniającą ideologiczne podstawy tworzenia i odczytywania prawa (wykładni), a także jego upolitycznienie, znacznie utrudniające rozwój gospodarczo-społeczny.

Artykuł wpisuje się co do zasady w badania prawno-porównawcze oraz historyczno-opisowe w szeroko rozumianym obszarze teorii prawa,

¹ Tak m.in. Rafał Więckiewicz, „Czym jest społeczeństwo obywatelskie? Przyczynek do dyskusji”, [w:] *Spółeczeństwo obywatelskie w systemie politycznym państwa. Przykład Polski na tle rozwiązań europejskich*, red. Michał Szczegieliński, Rafał Więckiewicz (Warszawa: Wydawnictwo Rambler, 2018), 13.

polegające na porównaniu koncepcji prawnych (w tym podłoża gospodarczego, filozoficznego, społecznego oraz polityczno-ideologicznego) oraz wyjaśnienia ich przyczyn w polskim i niemieckim porządku prawnym, celem zarysowania koncepcji społeczeństwa cywilnego i koncepcji społeczeństwa obywatelskiego, a także wyjaśnienia ich wpływu na praktykę stosowania prawa, tj. stosowaną metodę wykładni prawa. Przedmiotem badań jest w takim ujęciu teoria wykładni prawa cywilnego w granicach wyznaczonych opracowywaną problematyką i kontekstem historycznym.

Zawarte w artykule wyjaśnienia pozwalają ukazać koncepcję „społeczeństwa cywilnego”, ale przede wszystkim „społeczeństwa obywatelskiego”, w odmiennym od tradycyjnie przyjmowanego w polskiej doktrynie świetle, a mianowicie pokazują związek przyczynowo skutkowy między przyjmowaną powszechnie (w teorii prawa, ale przede wszystkim w naukach politycznych i społecznych) koncepcją społeczeństwa a tworzeniem prawa i jego wykładnią (jako prawa społeczeństwa cywilnego). Pozwala to wyjaśnić przyczyny przyjmowanych metod wykładni prawa oraz wyjaśnić między nimi praktyczne różnice.

2 | **Gospodarcze fundamenty koncepcji niemieckiego społeczeństwa cywilnego**

Europa XVII wieku zdominowana była co do zasady przez feudalizm i absolutyzm, stojące na przeszkodzie rozwojowi kapitalizmu, umożliwiającego dalsze bogacenie się społeczeństwa Zachodniej Europy (a przynajmniej burżuazji, jako jego istotnej części). Problem stanowiło odmienne niż współcześnie ujmowanie prawa (koncepcja prawa) oraz ówczesne konstrukcje prawne, hamujące rozwój gospodarczy. Przede wszystkim w ówczesnej gospodarce agrarnej stosunki korzystania z ziemi oparte były o zależność hierarchiczną społeczeństwa. W obowiązującym od średniowiecza prawie stanowym, prawa i obowiązki zależały bowiem od przynależności do konkretnego stanu, determinującej m.in. możliwość posiadania majątku. Nadal obowiązywały pochodzące ze średniowiecza feudalne związanie człowieka z ziemią, ograniczenia w swobodzie dysponowania gruntem czy będąca podstawą średniowiecznej gospodarki agrarnej konstrukcja „podzielnej

własności^[2], powodujące trudności w jednoznacznym określeniu uprawnień do rzeczy i wyceny jego majątku i stanowiące wyraźną przeszkodę dla rozwijającej się kapitalistycznej gospodarki wolnego rynku. Feudalne formy prawno-majątkowe nie dawały bowiem wystarczających podstaw dla stworzenia struktur regulujących choćby czynności prawne kredytu, dla których niezbędne było stworzenie stabilnych podstaw w zakresie m.in. jednolicie ukształtowanej własności, jako zabezpieczenia wierzycieli. Brak pewności prawa hamował zatem rozwój gospodarczy, powodując potrzebę wprowadzenia nowego porządku prawnego, stanowiącego prawne ramy rodzącej się gospodarki wolnorynkowej^[3]. Głównym prawno-gospodarczym celem było m.in. usunięcie ograniczenia rozporządzania majątkiem oraz własności podzielnej, a także – zastąpienie ich nowo ukształtowanym pojęciem własności^[4]. Chodziło o zdefiniowanie na nowo uprawnień właściciela, tj. w oparciu o nowy sposób przyporządkowania praw zarówno do podmiotu, jak i do przedmiotu własności, umożliwiając ustalenie uprawnień do rzeczy i treści jego uprawnień. W miejsce konstrukcji podzielnej własności wprowadzono więc uniwersalne, abstrakcyjne pojęcie własności, oparte na swobodnym rozporządzaniu rzeczą, służące mobilizacji własności gruntu^[5], ale także oparte na stałej, niezmiennej treści (przeciwne podzielnej własności feudalnej).

Służące rozwojowi kapitalizmu zmiany gospodarcze nie byłyby przy tym możliwe do realizacji bez odpowiednich zmian w sferze społecznej. Koniecznym było przede wszystkim zerwanie z prawem stanowym, obowiązującym w zależności od przynależności do konkretnego stanu społecznego, na rzecz zrównania wszystkich wobec praw i obowiązków. Równość w prawach i obowiązkach miała przy tym na celu kreowanie przez obywateli własnej sytuacji majątkowej, poprzez swobodną wymianę towarową, będącą podstawą kapitalistycznej gospodarki wolnego rynku.

² Heinz Wagner, *Das geteilte Eigentum in Naturrecht und Positivismus* (Breslau: Martin, 1938), 22: na którą składało się tzw. prawo rozporządzania feudała i prawo korzystania wasała. Obie formy prawne były przy tym ujmowane jako „własność”, a ogół praw przysługujących uprawnionym określano jako „majątek”.

³ Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht Band I Altere Gemeinsames Recht 1500-1800* (München: C.H. Beck, 1985), 89 i n.

⁴ Wolfgang Wiegand, „Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: Der abstrakte Eigentumsbegriff, Band III”, [w:] *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, red. Helmut Coing, Walter Wilhelm (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1976), 188 i n.

⁵ Theo Mayer-Maly, „Eigentum und Verfügungsrechte in der neueren deutschen Rechtsgeschichte”, *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, nr 140 (1984): 25.

Z tego względu zlikwidowano związanie człowieka z ziemią oraz poddaństwo chłopów, prowadząc do nowego ujęcia człowieka jako podmiotu praw i obowiązków. Ten nowy sposób „związania” prawa podmiotem i przedmiotem prawa powodował, że prawo nie obowiązywało już na podstawie przynależności do konkretnej warstwy społecznej, lecz prawa i obowiązki przysługiwały w równej mierze wszystkim obywatelom.

Wskazane zmiany gospodarcze i społeczne miały w ten sposób na celu wprowadzenie pewności prawa i zaufania wierzycieli do obrotu gospodarczego, umożliwiając dalszy rozwój gospodarczy i prawny. W konsekwencji to w głównej mierze materialne interesy utorowały drogę do nowego ukształtowania prawa cywilnego jako prawa obywateli, wyrażającego potrzeby i wczesnego kapitalizmu wolnorynkowego^[6].

3 | Społeczeństwo cywilne w niemieckiej filozofii

Przemiany społeczno-gospodarcze nie byłyby możliwe do realizacji bez podłoża filozoficznego, przede wszystkim rozważań Immanuela Kanta oraz Georga Wilhelma Friedricha Hegla, mających zasadniczy wpływ na niemiecką koncepcję społeczeństwa cywilnego. Już bowiem krytyka absolutyzmu Kanta, stanowiąca pierwsze doktrynalne podstawy współczesnego państwa prawa w Niemczech, oparta była na wolności jako fundamencie

⁶ Andrzej Redelbach, *Wstęp do prawoznawstwa* (Poznań: Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, 1996), 45: „w początkowej fazie rozwoju państw kapitalistycznych gospodarka feudalna ustępowała przed rozwojem kapitalizmu wolnokonkurencyjnego, którego założenia odzwierciedla doktryna liberalizmu, jako ideologia mieszczaństwa walczącego z feudalizmem i monarchią absolutną. W rezultacie, z jednej strony absolutyzowano znaczenie jednostki, z drugiej rolę państwa ograniczano do ochrony obywateli przed napaścią z zewnątrz oraz niesprawiedliwością i uciskiem ze strony współobywateli. W okresie liberalizmu wolność i własność traktowano jako prawa przyrodzone człowieka i pierwotne wobec prawa stanowionego. Wolną konkurencję oraz dążenie do zysku traktowano jako podstawowe przesłanki rozwoju społeczeństwa. Na pierwszoplanowym miejscu stawiano wolność umów w handlu (...) oraz wolność od państwa, które miało ograniczać się do ochrony nieskrępowanego działania mechanizmów rynkowych oraz chronić własność prywatną”.

społeczeństwa cywilnego^[7]. Jedną z głównych myśli Kanta było ujmowanie wolności jako „jedynego, pierwotnego, każdemu człowiekowi na podstawie jego człowieczeństwa przypisanego prawa”, z którego wynikają wszystkie inne naturalne prawa^[8]. Myśl ta stanowiła wyraz epoki, w której w Europie i na świecie żądano wolności i praw obywatelskich oraz zastąpienia suwerenności monarchy- suwerennością narodu. Z tego względu, „koncepcja państwa prawa I. Kanta zakładała powstanie »społeczeństwa cywilnego powszechnie rządzącego się prawem«. [...] Państwo prawa to państwo ograniczone w zakresie swego działania do prawa i porządku, ale prawa równego dla wszystkich i porządku opartego na poszanowaniu wolności obywateli”^[9]. W konsekwencji społeczeństwo cywilne, jako nowa kategoria społeczna, miało składać się według Kanta z obywateli, tj. ludzi powszechnie rządzących się prawem równym dla wszystkich, którego fundament stanowi wolność, rozumiana jako niezależność od arbitralnego przymusu ze strony innych, jeżeli współistnieje z wolnością innego człowieka.

Podobnie filozofia Hegla – pierwszego teoretyka społeczeństwa cywilnego^[10] – ujmowała społeczeństwo jako sferę społeczną, reprezentującą własną rzeczywistość wobec rodziny i państwa. Społeczeństwo cywilne, podobnie jak państwo, rozumie przy tym zawsze jako wspólnotę, nigdy sumę jednostek. Człowiek jest bowiem zawsze istotą społeczną i musi w swym postępowaniu uwzględniać normy, które konstytuują społeczne działanie (heglowska etyczność). Hegel w związku z tym przyjmuje, że prawdziwa wolność – wolność etyczna – musi także uwzględniać kontekst społeczny^[11]. W ten sposób państwo stanowi określoną wspólnotę

⁷ Andrzej Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 216.

⁸ Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Berlin–New York: De Gruyter, 1993), 36 powołując się na: Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten. Einleitung III und Einleitung in die Rechtslehre § 3 (Inselausgabe IV)* (Leipzig: de Gruyter, 1797), 322–323, 337, 345.

⁹ Por. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, 217: „Prawo jest efektem autonomicznego postępowania zbiorowości jako nosiciela samej idei społeczeństwa. Podstawową zależnością [...] jest zależność między wolnością jednostki a wolnością pozostałych członków społeczności”.

¹⁰ Manfred Riedel, *Bürgerliche Gesellschaft und Staat* (Neuwied: Luchterhand: 1970), 67: „po raz pierwszy steoretyzował pojęcie społeczeństwa cywilnego, podnosząc je do pojęciowej świadomości siebie”.

¹¹ Piotr Szymaniec, „Elementy liberalne w myśli Georga Wilhelma Friedricha Hegla”, [w:] *Prace z myśli polityczno-prawnej oraz prawa publicznego*, red. Mirosław Sadowski, Piotr Szymaniec (Wrocław: Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, 2012), 33.

obywateli, respektującą sferę autonomii jednostki, której szczegółowy interes realizowany jest w obrębie prawa abstrakcyjnego i społeczeństwa^[12]. Społeczeństwo jest przy tym swoistym „gruntem pośrednictwa”^[13] między jednostką a państwem, przy czym pośrednictwo to odbywa się przede wszystkim przez tzw. „system potrzeb”, przez który Hegel rozumie system wolnorynkowej gospodarki. Przedmiotem społeczeństwa jest obywatel z punktu widzenia potrzeb, zaś zaspokojenie potrzeb następuje poprzez pracę wszystkich, stanowiąc wspólne bogactwo^[14]. W konsekwencji pojęcie *bürgerliche Gesellschaft* wskazuje na sferę prywatnych interesów i potrzeb materialnych oraz ich zaspokojenia przez produkcję dóbr, a więc sferę niepolityczną, cywilną^[15], leżącą u podstaw prawa. Takie rozumienie społeczeństwa cywilnego stanowi fundament przyjmowanych teoretyczno-prawnych koncepcji prawa cywilnego, jego odczytywanie i rozwój jako gospodarczych potrzeb, uwzględniających autonomię jednostki i jej interesy oraz interesy wspólnoty.

4 | Koncepcja społeczeństwa cywilnego jako podstawy niemieckiego prawa cywilnego

Przeniesienie koncepcji filozoficznych (obejmujących założenia gospodarczo-społeczne) na grunt prawny^[16] przypisuje się w niemieckiej nauce

¹² Por. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Zasady filozofii prawa*, przeł. Adam Landman (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1969), § 260, 245–246.

¹³ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, red. Karl-Heinz von Ilting, t. III, (Stuttgart- Bad Cannstatt: Frommann-Holzhoog, 1974), 567.

¹⁴ Hegel, doskonały obserwator dynamicznie rozwijającego się kapitalizmu, znał prace klasyków powstającej wówczas ekonomii politycznej, np. Davida Ricardo (*Zasady ekonomii politycznej i opodatkowania* z 1817 r.), czy Adama Smitha (*Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów* z 1776 r.), pozwalające mu ujmować filozofię przez pryzmat problemów ekonomii i polityki, co widać wyraźnie w jego nauce.

¹⁵ Por. Paweł Załęski, „Etymologia społeczeństwa obywatelskiego: o problemie tłumaczenia nowoczesnej koncepcji *bürgerliche Gesellschaft*” *Acta Philologica* nr 34 (2008): 50, wskazując, iż jej współczesnym odpowiednikiem jest społeczeństwo rynkowe.

¹⁶ „filozofia prawa stała się dyscypliną *par excellence* prawniczą, odpowiedzialną za opracowanie nowoczesnych zasad metodologicznych dla prawodawstwa

prawa co do zasady Friedrichowi Carlowi von Savigny'emu – czołowemu reprezentantowi historycznej szkoły prawa^[17]. Uważał on, że prawo rozwija się równoległe z narodem, a świadomość narodu jest źródłem prawa, co oznacza, że prawodawca nie tworzy prawa, ale odkrywa je jako szczególny fakt historyczny, nadając mu kształt normy prawnej^[18]. Poglądy te przyczyniły się do umniejszenia rangi władzy prawotwórczej absolutystycznego władcy (niesprzyjającemu przecież kapitalizmowi) i do przesunięcia punktu ciężkości tworzenia prawa na społeczeństwo i jego potrzeby gospodarcze (nawet, jeśli odczytywane przez naukę prawa), umożliwiając stworzenie systemu prawa cywilnego^[19], odpowiadającego potrzebom gospodarczym społeczeństwa oraz, wprowadzenie kapitalizmu do Prus^[20].

Dalszy rozwój prawa cywilnego, jako prawa społeczeństwa cywilnego, nie były jednak możliwe bez odwołania do rosnących potrzeb gospodarczych i interesów majątkowych społeczeństwa, stąd w koncepcjach prawa cywilnego wyraźny związek prawa z interesami życiowymi, podkreślający ich przyczynowość (stosunek między nakazami prawa a potrzebami życia)^[21]. Niemiecka teoria prawa cywilnego wyjaśnia zatem, że zawarte w normach prawnych nakazy prawne wywołane są przez potrzeby życia i ich ocenę, ustawy zaś wydawane są jako zadośćuczynienie interesom życiowym, zawierając rozstrzygnięcia konfliktów interesów występujących

i dogmatyki prawniczej”, tak: Jerzy Stelmach, Ryszard Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku* (Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1998), 18.

¹⁷ Por. Edyta Sokalska, „Searching for the best legal interpretation and the ideal formula of a state – Otto von Gierke and corporatism as the basis for a new federal state” *Studia Prawnoustrojowe*, nr 56 (2022): 266.

¹⁸ Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. (Heidelberg: Mohr Verlag [Paul Siebeck], 1814), 13; por. także: Friedrich Carl von Savigny, *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa*, przeł. Kazimierz Opałek (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1964), 54–59.

¹⁹ Por. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I (Berlin: Paul Siebeck, 1840).

²⁰ Sokalska, „Searching”, 268: W osiągnięciu tego celu posłużyć miały konstrukcje prawa rzymskiego jako właściwy kontekst rozważań o wolności osoby prywatnej, będącej podstawą życia społecznego i gospodarczego czy podstawy gospodarki towarowo-pieniężnej, umożliwiające stworzenie nowoczesnych struktur prawa cywilnego opartego na przekształceniu zależności majątkowej i stosunków cechowych w wolny najem pracy, wypieraniu długów rentowych na rzecz wolnych hipotek, ale także spółka kapitałowa, transakcje papierami wartościowymi, przewóz, *culpa in contrahendo* czy nowe formy operacji kredytowych.

²¹ M.in. Philipp Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (Tübingen: Paul Siebeck, 1968), 73 i n.

w sferze cywilnej. Historycznie prawo traktowane jest więc jako produkt interesów społeczeństwa cywilnego, na co wskazywał już Rudolf von Ihering, wskazując, że twórcą prawa jest cel (interes), i podkreślając ochronę tych interesów, jako cel prawa cywilnego (!)^[22]. Pogląd ten, rozwijany przez kolejnych teoretyków niemieckiego prawa cywilnego^[23], stanowi fundamenty współczesnego niemieckiego systemu prawa cywilnego (*Bürgerliches Recht*) jako prawa społeczeństwa cywilnego, regulującego potrzeby gospodarcze i interesy majątkowe obywateli wobec siebie.

5 | Metoda wykładni prawa cywilnego jako środek dalszego rozwoju społeczno-gospodarczego

Koncepcja niemieckiego prawa cywilnego jako prawa społeczeństwa cywilnego, u którego podstaw leżą potrzeby gospodarcze i interesy majątkowe obywateli, determinuje specyfikę metody wykładni prawa cywilnego jako odrębnej od prawa administracyjnego czy karnego, metody odczytywania prawa i jego dalszego rozwoju. Cechą charakterystyczną metody wykładni prawa cywilnego jest zatem wyjaśnienie przepisów prawa cywilnego poprzez zawarte w nich normy prawne, stanowiące rozstrzygnięcia konfliktów życiowych interesów i potrzeb gospodarczych obywateli^[24], wynikających z życia w społeczeństwie. Normy prawa cywilnego ujmowane są przy tym jako rozstrzygnięcia konfliktów interesów na podstawie podobieństwa problemów. Przykładowo, w prawie zobowiązań uregulowane są interesy członków wspólnoty wobec siebie, tj. obywateli zawierających daną umowę^[25], jako wzór rozstrzygnięcia konfliktu interesów opartego

²² Rudolf von Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. 1 (Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1877), 5.

²³ Por. m.in. Joachim Rückert, Ralf Seinecke, *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner* (Baden-Baden: Nomos, 2017).

²⁴ Por. m.in. Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch* (München: C.H. Beck, 2011), 211. Philip Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, (Berlin-Zürich: Paul Siebeck, 1968), 72. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 60.

²⁵ Por. o istocie prawa zobowiązań jako dwóch przeciwstawnych interesach: Philip Heck, *Grundriß des Schuldrechts* (Tübingen: Paul Siebeck, 1929), 2, 6.

na równych zasadach dla stron^[26], które strony mogą modyfikować na podstawie własnych potrzeb gospodarczych. W prawie rzeczowym natomiast dodatkowo występują także interesy ogółu (*Interessen der Allgemeinheit*)^[27], tj. interesy społeczeństwa cywilnego uwzględniane przy rozstrzygnięciu konfliktów interesów poszczególnych obywateli, wynikające m.in. ze społecznego kontekstu wolności Hegla^[28]. Tłumaczy on, dlaczego w niemieckim prawie własności uregulowane są interesy właściciela wobec interesów społeczeństwa, zaś prawo rzeczowe uwzględnia bardziej interes społeczeństwa niż jednostki^[29]. Zawarte w normach prawa cywilnego rozstrzygnięcia konfliktów interesów pokazują jednoznacznie, że w prawie cywilnym nie ma praw pozbawionych granic^[30], ponieważ zawsze istnieją interesy przeciwne i konflikty interesów, a ich istnienie nigdy nie było kwestionowane^[31].

Po drugiej wojnie światowej, niemiecka metoda wykładni prawa cywilnego, została uzupełniona o wartości konstytucyjne Ustawy Zasadniczej, stanowiące podstawowe wartości społeczeństwa cywilnego i wyznaczające dalszy rozwój społeczny i gospodarczy. Potrzeby te, są naturalnymi konsekwencjami życia w społeczeństwie, postępu technologicznego i naukowego, co powoduje konieczność ciągłego rozwoju prawa cywilnego. Metoda wykładni prawa cywilnego oparta o wartości konstytucyjne

²⁶ Por. Jan Busche, „Die Begründung von Schuldverhältnissen“, [w:] J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, red. Michael Martinek (Berlin: Sellier- de Gruyter, 2008), 187, zgodnie z którym: powstanie ustawowych stosunków zobowiązaniowych polega na heteronomicznym rozstrzygnięciu wartościującym ustawodawcy; por. także: Karl Larenz, Claus- Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. II, *Besonderer Teil, Zweiter Halbband* (München: C.H. Beck, 1994), 129.

²⁷ Tak o prawie rzeczowym: Philip Heck, *Grundriss des Sachenrechts* (Tübingen: Paul Siebeck, 1930), 8.

²⁸ Por. przypis 12.

²⁹ Interes społeczeństwa wynika m.in. z przepisów dotyczących sąsiedztwa oraz innych cywilnoprawnych czy publicznoprawnych ograniczeń, wynikających z Ustawy Zasadniczej, prawa planowania gospodarkę przestrzenną, czy prawa budowlanego i in.

³⁰ Z tego względu, jak wskazują przedstawiciele doktryny niemieckiego prawa cywilnego, także prawa rzeczowe, określane w dziewiętnastowiecznej nauce jako tzw. prawa absolutne, podlegają ograniczeniom: por. Hanns Prütting, *Sachenrecht. Ein Studienbuch* (München: C.H. Beck, 2008), 9. Dieter Schwab, Martin Löhning, *Einführung in das Zivilrecht, mit BGB- Allgemeiner Teil, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Kauf- und Deliktsrecht* (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2010), 126.

³¹ Por. rozważania filozoficzne Immanuela Kanta oraz Georga Wilhelma Friedricha Hegla w p. 3. Społeczeństwo cywilne w niemieckiej filozofii.

(*Wertungsjurisprudenz, Wertejurisprudenz*)^[32] musi w związku z tym umożliwić dalszy rozwój prawa cywilnego i tworzenie norm prawnych, które będą odpowiadać potrzebom gospodarczym i społecznym.

Do najważniejszych wartości stanowiących podstawę rozwoju gospodarczego społeczeństwa cywilnego należy wolność oparta na kantowskiej wolności jednych jako granicy wolności drugich. W ten sposób rozumiana jest w szczególności konstytucyjna wartość swobodnego rozwoju osobowości, do którego każdy ma prawo, o ile nie narusza praw innych i nie narusza porządku konstytucyjnego ani kodeksu moralnego^[33]. Podobnie ma się z wolnością własności jako osobistą wolnością w dziedzinie prawa majątkowego. Z jednej strony, zobowiązuje ona właściciela do korzystania z niej na rzecz ogółu społeczeństwa, przyczyniając się do wolności wszystkich obywateli (nie zaś do ochrony społecznej pozycji władzy jednostek), z drugiej strony natomiast, interpretowana łącznie z gwarancją rozwoju osobistego, zapewnia obywatelowi wolność finansową i branie odpowiedzialności za kształtowanie swojego życia na własną odpowiedzialność. Podkreśla się w ten sposób kapitalistyczne ramy niemieckiego społeczeństwa cywilnego, torujące drogę jego dalszego gospodarczego rozwoju. Wyrazem tego rozwoju są m.in. powstałe w drodze wykładni prawa cywilnego nowe prawa rzeczowe^[34], które zostały powszechnie zaakceptowane, tj. własność mieszkania, jako własność szczególnego rodzaju (pomieszczeń) oraz prawo trwałego zamieszkania i korzystania^[35]. Konstrukcje te są wynikiem rozpoznania zwiększonych potrzeb kredytowych we współczesnej gospodarce kapitałowej, które w oparciu o wartości konstytucyjne doprowadziły do rozszerzenia katalogu praw rzeczowych przez orzecznictwo. W ten sposób niemiecka metoda wykładni prawa cywilnego umożliwia dalszy rozwój prawa i gospodarki, a przez to społeczeństwa cywilnego.

³² Por. m.in. Jens Petersen, *Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001).

³³ Art. 2 ust. 1 GG: *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.*

³⁴ Por. orzeczenie RGZ 24, 48.

³⁵ Por. *Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz)* vom 15. März 1951.

6 | Zastąpienie filozoficznych fundamentów koncepcji społeczeństwa cywilnego polityką i ideologią społeczeństwa obywatelskiego

Okresem determinującym kształtowanie koncepcji polskiego społeczeństwa były w szczególności lata powojenne i wprowadzenie socjalizmu, ustroju społeczno-gospodarczo-politycznego pod dyktando ZSRR. U podstaw tego ustroju leżało przeciwstawianie się kapitalizmowi, w którym upatrywano źródła ucisku i wyzysku, stąd jego zwalczanie stanowiło zasadniczy cel socjalizmu. Z tego też względu sięgano samych jego fundamentów, tj. filozofii prawa, stanowiącej teoretyczne podstawy prawa umożliwiającego rozwój kapitalistycznych stosunków gospodarczych i społecznych. Nie do zaakceptowania przez władze komunistyczne była zatem przede wszystkim filozofia niemieckiego idealizmu, w tym Hegla, traktująca społeczeństwo cywilne przez system potrzeb gospodarczych, leżących u podstaw prawa cywilnego^[36]. Tłumaczy to usuwanie filozofii z programów nauczania oraz likwidację filozofii w Polsce we wszystkich uniwersytetach państwowych w 1950 r.^[37] i zastąpienie jej ideologią marksistowską^[38], która stała się swoistą „filozofią partyjną”, jednolitą i polityczną^[39], umożliwiającą dyktaturę partii komunistycznej^[40] i podporządkowanie polskiego porządku prawnego polityce. W praktyce ideologia ta miała służyć zmonopolizowaniu i kontrolowaniu przez partię polityczną wszystkich dziedzin aktywności obywateli, wykluczając jednocześnie ich wpływ na władze

³⁶ Por. pkt. „III Społeczeństwo cywilne według niemieckiej filozofii”.

³⁷ Wiesław Lang, Jerzy Wróblewski, Sylwester Zawadzki, *Teoria państwa i prawa* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1980), Przedmowa: w jej miejsce utworzono katedry teorii państwa i prawa, przejawiające ścisły związek prawa z władzą państwową, którego to dogmatyczne założenia miały być wyjaśniane w ramach dyscypliny naukowej o tej samej nazwie.

³⁸ W późniejszym okresie marksistowsko-leninowską, por. Józef Maria Bocheński, *Marksizm-leninizm: nauka czy wiara?* (Lublin-Śląsk-Warszawa: Antyk Marcin Dybowski, 1988), 19 i n.

³⁹ Władysław Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. III, *Filozofia nowożytna do roku 1830* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1981), 256.

⁴⁰ Adam Lityński, *Historia prawa Polski Ludowej* (Warszawa: Lexis Nexis, 2013), 37 i n., wskazujący przykłady stworzenia pozorów legalizmu przez komunistów. Por także Zygmunt Rybicki, Andrzej Werblan, „Historyczne miejsce demokracji socjalistycznej” *Państwo i Prawo*, nr 8–9 (1977): 3 i n.

państwowo^[41]. Znalazło to wyraz w teoretycznoprawnych założeniach nowego ustroju wyrażonych w teoretycznoprawnych refleksjach o prawie i społeczeństwie obywatelskim, którym nadano zupełnie nowe znaczenia, prowadząc do przeramowania porządku prawnego.

Teoretycznej podstawy społeczeństwa i ustroju socjalistycznego upatrywano w pojęciu „społeczeństwa obywatelskiego”^[42], mającego zastąpić pojęcie „społeczeństwa cywilnego”, ujmowanego odtąd jako „społeczeństwo burżuazyjne” i utożsamiane z wrogim kapitalizmem Europy Zachodniej. Nie była to przy tym jedynie zmiana semantyczna, bowiem jej celem było uniemożliwienie prawidłowego rozumienia prac Karola Marksa^[43], badającego relacje i zgodność prawa z działaniami gospodarczymi oraz zachowania ludzi w procesie gospodarczym. Rozpoznanie i wspieranie interesów gospodarczych oraz aspiracji państwa i społeczeństwa stanowiło bowiem specyfikę ówczesnej epoki, w której uwagę kierowano na realia społeczne i ekonomiczne, badając oddziaływania zmiany struktury społecznej na prawo. Marks, u którego struktura społeczeństwa stanowiła przyczynę prawnoteoretycznych wypowiedzi o związku życia gospodarczego z porządkiem prawnym^[44], skonfrontował pojęcie *bürgerliche Gesellschaft* (społeczeństwo cywilne) z koncepcją *politische Gesellschaft* (społeczeństwo polityczne), ujmując je jako polityczną nadbudowę, system partyjny, interesy polityczne. Ich źródłem była dla Marksa baza ekonomiczna, tj. sfera niepolityczna, cywilna, społeczeństwo cywilne. To założenie Marksa było więc co do zasady zgodne z podstawami kapitalizmu (por. heglowski system potrzeb), co nie spotkało się z aprobatą władz komunistycznych. Spowodowało to konieczność przetłumaczenia do języka polskiego pojęcia *bürgerliche Gesellschaft* jako „społeczeństwo obywatelskie”, zastępując tradycyjne tłumaczenie: „społeczeństwo cywilne”. Ta swoista „zamiana pojęć” stanowiła utożsamienie sfery cywilnej ze sferą polityczną^[45]. O ile społec-

⁴¹ Wiesław Bokajło, „Społeczeństwo obywatelskie: sfera publiczna jako problem teorii demokracji”, [w:] *Społeczeństwo obywatelskie*, red. Wiesław Bokajło, Kazimierz Dziubka (Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2001), 33.

⁴² Por. Rafał Więckiewicz, „Społeczeństwo obywatelskie w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”, [w:] *Społeczeństwo obywatelskie w systemie politycznym państwa. Przykład Polski na tle rozwiązań europejskich*, red. Michał Szczegielniak, Rafał Więckiewicz (Warszawa: Wydawnictwo Rambler, 2018), 38–43.

⁴³ Załęski, „Etymologia”, 51 i n. Paweł Stefan Załęski, *Neoliberalizm i społeczeństwo obywatelskie* (Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2012), 7–9.

⁴⁴ Karol Marks, Fryderyk Engels, *Dzieła* (Warszawa: Kairos, 1960), 299 i n.

⁴⁵ Załęski, „Etymologia”, 50.

czeństwo cywilne obejmowało interesy gospodarcze i potrzeby materialne obywateli, o tyle społeczeństwo obywatelskie odnosiło się do interesów politycznych i ideologii partii politycznej. Przyjmując natomiast, że społeczeństwo cywilne stanowiło dotąd podstawę (tworzenia) prawa cywilnego, to zastąpienie pojęcia „społeczeństwa cywilnego” pojęciem „społeczeństwa obywatelskiego” spowodowało, że u podstaw tworzenia prawa leżały odtąd interesy polityczne. W tym kontekście wskazana „zamiana pojęć” stanowiła w rzeczywistości zmianę koncepcji prawa (cywilnego, ale i prawa w ogólności, obejmującą rozumienie pojęcia prawa, jego wykładnię i tworzenie), celem jego upolitycznienia^[46], co prowadziło z kolei do upolitycznienia każdej sfery życia obywateli totalitarnego państwa.

7 | Współczesne polskie społeczeństwo obywatelskie wobec potrzeb gospodarczych i prawa cywilnego

Współczesna koncepcja społeczeństwa obywatelskiego wyrosła z opozycji przeciw totalitarnemu państwu socjalistycznemu, sprawującemu niemal absolutną kontrolę nad społeczeństwem. Stąd jednym z naczelnych haseł budowania nowego ładu transformacji ustrojowej 1989 r. było zbudowanie w Polsce społeczeństwa obywatelskiego^[47]. W tym kontekście nowe „społeczeństwo obywatelskie” oparto na opozycyjności do państwa socjalistycznego (komunistycznego), a stopień zorganizowania tego społeczeństwa stał się miarą zdolności stawiania oporu totalitarnemu państwu oraz tą częścią życia społecznego, która nie podlega państwowej kontroli. Upowszechnienie się tak rozumianego społeczeństwa obywatelskiego było zatem związane z walką o wolność i demokrację, z walką przeciwko rządóm autorytarnym i totalitarnym socjalizmu. Walka ta uwidaczniała

⁴⁶ Załęski, „Etymologia”, 51: „Zmieniono w ten sposób wykładnię marksowskich analiz [...]”.

⁴⁷ Por. rozważania Romana Wieruszewskiego, według którego jednym z najważniejszych celów uchwalenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. było „tworzenie zrębów społeczeństwa obywatelskiego”, tak: Roman Wieruszewski, „Regulacja praw jednostki w Konstytucji RP – wybrane zagadnienia”, [w:] *Prawa człowieka, prawa rodziny. 30 lat Poznańskiego Zakładu Instytutu Nauk Prawnych PAN* (Poznań: Fundacja „Promocja Praw Człowieka-Badania i Nauczanie”, 2003), 24.

się w przeciwstawianiu społeczeństwa i państwa, społeczeństwa i systemu politycznego oraz życia prywatnego i władzy publicznej, wskazując na potrzebę społecznej samoorganizacji w obliczu totalitarnej dyktatury^[48]. Tak rozumiane społeczeństwo obywatelskie odnosić się miało do samoorganizujących się grup, powstających niezależnie od państwa i mających na celu odbudowanie autonomicznej przestrzeni społecznej w komunistycznym państwie^[49].

Wyrosła w Polsce idea społeczeństwa obywatelskiego ma zatem niewiele wspólnego z koncepcjami klasycznych teoretyków zachodnioeuropejskich^[50], u których podstawę rozwoju społeczeństw obywatelskich stanowiła sfera publiczna i sfera ekonomii^[51]. Zarówno bowiem Hegel, jak i Marks związku życia gospodarczego z porządkiem prawnym upatrywali w strukturze społecznej, w której społeczeństwo cywilne, jako sfera niepolityczna, stanowiła bazę ekonomiczną dla politycznej nadbudowy, systemu partyjnego, interesów politycznych. Ten zachodnioeuropejski paradygmat społeczeństwa obywatelskiego uległ zatem rozkładowi w Europie Wschodniej^[52], gdzie koncepcja społeczeństwa obywatelskiego stała się instrumentem walki ideologicznej w procesie zmiany politycznej^[53], służącej wprowadzeniu wolności związanych z demokracją i pluralizmem politycznym. Stąd w rozważaniach odwołujących się do społeczeństwa niemal niewidoczna jest koncepcja społeczeństwa cywilnego Hegla^[54], wyjaśniająca społeczeństwo przez system potrzeb gospodarczych i interesów materialnych obywateli, ściśle związanych z gospodarką, własnością

⁴⁸ Eugeniusz Górski, „Idea społeczeństwa obywatelskiego w Polsce i Europie Środkowowschodniej”, [w:] *Rozważania o społeczeństwie obywatelskim i inne studia z historii idei* (Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Filozofii i Socjologii PAN, 2003), 58.

⁴⁹ Bp Edward Frankowski, „Od społeczeństwa totalitarnego do obywatelskiego”, [w:] *Spółczeństwo obywatelskie. Modele teoretyczne i praktyka społeczna*, red. Edward Balawajder (Lublin: Wydawn. Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 2007), 259.

⁵⁰ Aleksander Smolar, „Przygody społeczeństwa obywatelskiego”, [w:] idem, *Tabu i niewinność* (Kraków: Universitas, 2010), 99.

⁵¹ Frankowski, „Od społeczeństwa”, 259.

⁵² Wojciech Misztal, Artur Kościański, „W kierunku polskiego »ideału« społeczeństwa obywatelskiego”, [w:] *Falująca obywatelskość. Stare wzory nowe tendencje*, red. Artur Kościański, Wojciech Misztal (Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Filozofii i Socjologii PAN, 2019), 9.

⁵³ Ibidem, 10: „Spółczeństwo obywatelskie było traktowane jako ruch społeczny, zmierzający do wykształcenia sfery publicznej, moralnego odnowienia wspólnoty oraz uzyskania uznania politycznego”.

⁵⁴ Andrzej Przyłębski, „Hegel jako teoretyk i krytyk społeczeństwa obywatelskiego” *Principia* nr 51 (2009): 143 i n.

prywatną i wolnym rynkiem. Została ona zlekceważona przez środkowo-europejskich dysydentów, którzy wychodząc od oporu wobec państwowej kontroli oraz opozycji dla autorytarnego państwa, koncepcję społeczeństwa obywatelskiego oparli na wolności politycznej, przejawiającej się w budowaniu autonomicznej przestrzeni społecznej. W konsekwencji teoretycznej podstawy społeczeństwa obywatelskiego upatrywano w „nadbudowie, tworzącej kategorię pośrednią między bazą ekonomiczną, a ściśle państwowymi instytucjami politycznymi”^[55]. Nadbudowa ta, zgodnie z teorią Hegła czy Marksa, wyraża jednak partykularne interesy polityczne, a nie gospodarcze interesy społeczeństwa (!), co prowadzi do dwóch zasadniczych wniosków: po pierwsze, koncepcja współczesnego polskiego społeczeństwa obywatelskiego opartego na interesach politycznych, stoi w opozycji do niemieckiego społeczeństwa cywilnego opartego na interesach gospodarczych; po drugie, koncepcja współczesnego polskiego społeczeństwa obywatelskiego zasadniczo nie zmieniła się od czasów minionego ustroju, zmianie uległa jedynie treść leżących u jej podstaw interesów politycznych zdeterminowanych przez zmianę partii politycznej wygrywającej wybory parlamentarne. Być może z tego względu w doktrynie wskazuje się, że społeczeństwo obywatelskie stanowi figurę ideologiczną, której podstawy pozostały w najwyższym stopniu niejasne^[56].

Konsekwencją przyjmowanej refleksji teoretycznej^[57], traktującej społeczeństwo obywatelskie jako nadbudowę, jest wyodrębnienie społeczeństwa od państwa i gospodarki i stworzenie trzech autonomicznych sektorów: publicznego (państwo), prywatnego (gospodarka) i *non-profit*, czyli po prostu sektor trzeci (społeczeństwo obywatelskie). Sektor społeczeństwa obywatelskiego stanowi w ten sposób obszar, w którym obywatele dobrowolnie i w sposób autonomiczny tworzą stowarzyszenia, fundacje, ruchy, zrzeszenia, zorientowane na wyrażanie, obronę lub też realizację ich

⁵⁵ Eugeniusz Górski, „Kategoria społeczeństwa obywatelskiego u Gramsciego i jej recepcja”, [w:] *Rozważania o społeczeństwie obywatelskim obywatelskim i inne studia z historii idei* (Warszawa: Wydaw. Instytutu Filozofii i Socjologii PAN, 2003), 16 i 62: „to właśnie gramsciańskie pojęcie społeczeństwa obywatelskiego, już w 1967 r. zinterpretowane w duchu socjalliberalnym (...) z czasem zostało zaadoptowane przez Adama Michnika i zastosowane przez Solidarność do warunków polskiej rewolucji pokojowej”.

⁵⁶ Jerzy Szacki, *Liberalizm po komunizmie* (Kraków: Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, 1994), 123.

⁵⁷ Misztal, Kościański, „W kierunku”, 12.

potrzeb i aspiracji^[58]. W takim jednak ujęciu potrzeby i aspiracje obywateli nie mogą jednak dotyczyć ich interesów gospodarczych czy wynikających z nich potrzeb zmiany prawa, bowiem zgodnie z założeniami teoretyków sektor społeczeństwa obywatelskiego, sektor gospodarczy i sektor publiczny mają charakter autonomiczny (!)^[59]. Istotą sektora społeczeństwa obywatelskiego jest przy tym „tożsamość obywatelska”, ujmowana jako możliwość wywierania wpływu przez obywateli na sprawy publiczne (w kraju i miejscu zamieszkania), przede wszystkim przez uczestnictwo w wyborach^[60]. Oznacza to, że zasadniczy jego wpływ na prawo odbywa się poprzez wybory, tj. interesy i hasła polityczne. Prowadzi to do konstatacji, że cała koncepcja społeczeństwa obywatelskiego towarzysząca transformacji polityczno-ustrojowej, a następnie gospodarczej, nie przyniosła zasadniczych zmian – koncepcja społeczeństwa obywatelskiego pozwalająca wyjaśnić podstawy tworzenia prawa pozostawiała prawo w oderwaniu od potrzeb gospodarczych obywateli.

8 | Społeczeństwo obywatelskie vs. wykładnia prawa cywilnego

Koncepcja społeczeństwa obywatelskiego oraz jego stosunek do prawa i gospodarki nie pozostaje bez wpływu na powszechnie stosowaną metodę wykładni prawa. Metoda wykładni prawa, jako jego odczytanie, jest bowiem zdeterminowana przede wszystkim sposobem tworzenia prawa, który wyjaśnia w dużym stopniu zarysowana koncepcja prawa społeczeństwa

⁵⁸ Por. Piotr Gliński, „Przemiany sektora obywatelskiego po roku 2000 – analiza porównawcza wybranych wyników badań empirycznych”, [w:] *Samoorganizacja społeczeństwa polskiego: III Sektor i wspólnoty lokalne w jednoczącej się Europie*, red. Piotr Gliński, Barbara Lewenstein, Andrzej Siciński (Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Filozofii i Socjologii PAN, 2004), 59–65.

⁵⁹ Anna Łoś-Tomiak, „Społeczeństwo obywatelskie – kryzys idei, czy recepta na kryzys? Społeczeństwo obywatelskie Współczesny kryzys finansowo-gospodarczy. Istota, przebieg i konsekwencje” *Zeszyty Naukowe Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego w Zielonej Górze*, nr 2 (2015): 97.

⁶⁰ Tomasz Godlewski, „Postrzeganie procesu transformacji w Polsce przez zwolenników orientacji lewicowej i zwolenników orientacji prawicowej”, *Studia Politologiczne. Społeczne uwarunkowania procesu transformacji systemowej w Polsce*, nr 11 (2007): 49–50.

obywatelskiego. Koncepcja ta zakłada tworzenie prawa bez odniesienia do potrzeb gospodarczych i interesów materialnych obywateli, przyjmując za fundament prawa w – ideologię. Powoduje to naturalną potrzebę usunięcia badania interesów z wykładni prawa celem niemożności oceny rozwiązań legislacyjnych. Nie dziwi zatem przyjęcie jeszcze w okresie socjalizmu pozytywistycznego schematu wiedzy (w szczególności pozytywizmu z XIX wieku i początków XX wieku), który odrzucając założenia filozoficzne (w szczególności filozofię polityczną czy filozofię ekonomii) jako metafizykę, w pełni odpowiadał zapotrzebowaniu politycznemu i rozwiązywał problemy metodyczne; pojęcie prawa, jako zbiór norm pochodzących od państwa i zabezpieczonych przymusem, wpisywał się w ideologię podporządkowania społeczeństwa państwu. Konsekwencją takiego ujęcia była niemożliwość rozważania normy prawa jako wyrazu woli politycznej czy też jako rozstrzygnięcia konfliktu interesów i potrzeb gospodarczych leżących u podstaw prawa. W naukową retorykę idealnie wpisywały się natomiast właściwe pozytywizmowi metody analityczne (językowo-logiczne) jako podstawowe narzędzie badania i wykładni prawa^[61], a więc analiza językowa przepisów prawa^[62]. Taka metoda wykładni prawa wyraża bowiem wobec gospodarki analogiczną autonomiczność, jak prawo wobec społeczeństwa obywatelskiego.

Również współcześnie przedstawiciele doktryny wskazują co do zasady dwie powszechnie przyjmowane i stosowane metody wykładni prawa cywilnego, tj. metodę klaryfikacyjną i metodę derywacyjną^[63], przy czym obie metody oparte są na badaniu językowym i języku^[64]. Prawo ujmowane

⁶¹ Por. Lech Morawski, *Filozofia prawa* (Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”: 2014), 31. Stelmach, Sarkowicz, *Filozofia*, 23 i n.

⁶² Maciej Zieliński, *Wykładnia prawa – zasady – reguły – wskazówki* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 47.

⁶³ Maciej Zieliński, „Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 3 (2006): 94.

⁶⁴ Por. m.in. Lech Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz* (Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, 2002), 27 i n. Krzysztof Pleszka, „Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni”, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, red. Marek Zirk-Sadowski (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1997), 69–77. Maciej Zieliński, Olgierd Bogucki, Agnieszka Choduń, Stanisław Czepita, Beata Kanarek, Andrzej Munczewski, „Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 4 (2009): 25 i n. Por. także orzecznictwo, m.in.: „(...) należy dać pierwszeństwo wynikowi wykładni językowej” (uchwała NSA z 4.06.2001, FPK6/01, Pr. Gosp. 2001/7-8/57; „wykładnia

jest więc jako komunikat językowy^[65] lub jako środek opisu rzeczywistości, będący jednocześnie rzeczywistością i przedmiotem poznania^[66]. Powoduje to ograniczenie wykładni przepisów prawa do jednego aspektu analizy językowej, „jako sposobu zrozumienia komunikatu językowego, jak czynią to językoznawcy”^[67]. W konsekwencji celem wykładni jest znaczenie językowe przepisu prawa, ustalane na podstawie zasad semantyki, która jeszcze w okresie PRL zastąpiła usuniętą z nauki prawa filozofię. Semantyka tymczasem, opisując relacje między językiem a rzeczywistością, odpowiada na pytanie, co czyni zdanie prawdziwym? W konsekwencji stosowania wykładni opartej na semantyce powstaje wrażenie, że wynik wykładni stanowi obiektywne (prawdziwe) znaczenie przepisu prawa. W rzeczywistości jednak wynik ten jest jedynie zawołowanym wyrazem woli politycznej – woli, która nigdy nie jest neutralna ani obiektywna, bowiem stoją za nią określone interesy determinujące wyobrażenia i sposób rozumienia uznanych przez prawo wartości. Semantyka nie pokazuje natomiast, że „określony sposób rozumienia wartości uznawanych w dyskursie prawniczym za oczywisty jest powiązany z określoną wizją polityczną”^[68]. W konsekwencji wartości polityczne legitymizujące prawo ujmowane są za rzekomo uniwersalne i zostają sprowadzone do wartości konstytucyjnych dla praktyki określonej grupy społecznej, a ostatecznie do poglądów osób dokonujących jego wykładni (operacyjnej lub doktrynalnej). W ten sposób dochodzi zarówno do mitologizowania pożądanego

językowa (...) jest nie tylko punktem wyjścia dla wszelkiej wykładni prawa, lecz także określa jej granice w ramach możliwego sensu słów zawartych w tekście prawnym” (uchwała NSA z 20.03.2000, FPS 14/99, ONSA 2000/3/92).

⁶⁵ Co do wykładni klaryfikacyjnej, por. Marcin Romanowicz, „Teoria klaryfikacyjna wykładni prawa jako teoria uzasadnienia. Perspektywa psycholingwistyczna a pozytywistyczna koncepcja wykładni prawa” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, nr 1 (2011): 57: „w teorii wykładni prawa J. Wróblewskiego prawo jest ujmowane jako komunikat językowy, tzn. prawo jest rodzajem informacji nadanej przez określonego nadawcę – ustawodawcę – do określonego odbiorcy – adresata prawa” – Jerzy Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia* (Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich. Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, 1990), 52.

⁶⁶ Stanisław Czepita, Sławomira Wronkowska, Maciej Zieliński, „Założenia szkoły poznańsko-szczecińskiej w teorii prawa” *Państwo i Prawo*, nr 2 (2013): 7.

⁶⁷ Zieliński, *Wykładnia*, 47.

⁶⁸ Arkadiusz Barut, „Problem polityczności orzecznictwa z perspektywy rozumienia polityczności jako sfery wspólnych wartości. Wstęp do neoklasycznej koncepcji prawa” *Krytyka Prawa*, nr 3 (2020): 34.

wyniku wykładni przepisów prawa, jak i legitymizujących to prawo wartości jako jedynego właściwego rozumienia^[69].

Konsekwencją przyjętego sposobu odczytywania prawa (wykładni) jest wpływ metody na dalszy rozwój prawa, społeczeństwa i gospodarki. Rozwój ten wytyczany jest na podstawie determinującej metodę wykładni prawa, koncepcji, zgodnie z którą u podstaw prawa leżą interesy polityczne determinujące tworzenie prawa, jego wykładnię oraz dalszy rozwój. Interesy polityczne wytyczają zatem kierunek rozwoju prawa zgodny z wizją polityczną partii politycznej, która wygrała dane wybory parlamentarne. To wizja polityczna (a nie potrzeby gospodarcze) wyznacza wartości legitymizujące prawo, tj. sposób ich rozumienia, determinując wynik wykładni prawa. Powoduje to, że kierunek rozwoju prawa zmienia się na podstawie zmiany wizji politycznej, tj. zarówno w wyniku wewnątrzpaństwowej zmiany partii politycznej wygrywającej wybory, jak również na podstawie zmiany sytuacji politycznej na arenie międzynarodowej. Powoduje to, niestabilność i nieprzewidywalność kierunku rozwoju prawa, ale i wyniku wykładni obowiązujących przepisów, a to najczęściej poprzez zmianę wykładni wskazanych wartości legitymizujących prawo, co umożliwiła i niedostatecznie pokazuje stosowana współcześnie metoda wykładni prawa.

9 | Konkluzje

Celem artykułu było wyjaśnienie różnic w pojęciach „społeczeństwa cywilnego” i „społeczeństwa obywatelskiego” w polskiej i niemieckiej teorii prawa, z uwzględnieniem tła gospodarczego, społecznego, filozoficznego i polityczno-ideologicznego. Rozważania zawarte w artykule pokazują, że pojęcie „społeczeństwa cywilnego” niemieckiej nauki prawa wyjaśnia podstawy tworzenia prawa cywilnego i sposoby jego odczytywania (wykładni prawa cywilnego) na podstawie potrzeb gospodarczych i interesów materialnych obywateli. Z tego względu pojęcie „społeczeństwa

⁶⁹ Por. jednak Lech Morawski, „Aktywizm sędziowski a sprawy polskie”, *Prawo i więź*, nr 2 (2016): 10: „Retoryka pasywistyczna TK opiera się na założeniu, że istnieje coś takiego jak jedno poprawne czy też właściwe znaczenie każdej normy prawnej (...) jest niezgodne z elementarną wiedzą logiczną i lingwistyczną”.

cywilnego”, rozpatrywane w kategorii koncepcji prawa cywilnego, pozwala zrozumieć przyjmowane powszechnie rozumienie i funkcje prawa cywilnego w teorii prawa cywilnego, w tym tworzenie prawa i przyjmowany powszechnie sposób odczytywania (wykładnię), a ponadto pozwala wyjaśnić stosowane w praktyce rozwiązania dogmatyczne i oceniać ich walor praktyczny pod kątem przydatności dla potrzeb gospodarczych obywateli. Takie ujęcie rodzi naturalną potrzebę konfrontacji niemieckiej koncepcji „społeczeństwa cywilnego”, wyjaśniającej tworzenie, wykładnię i rozwój prawa, z występującym w polskiej nauce prawa pojęciem „społeczeństwa obywatelskiego” jako koncepcji prawa cywilnego, umożliwiającej zrozumienie tworzenia i wykładni polskiego prawa cywilnego. Prowadzi to do interesujących wniosków.

Jak wykazano, pojęcie „społeczeństwa” występuje we współczesnej polskiej nauce głównie w dyscyplinach politycznych i społecznych, w których wskazuje się na koncepcję „społeczeństwa obywatelskiego” jako podstawę ładu społecznego. Taki stan rzeczy wynika poniekąd z uwarunkowań politycznych okresu PRL, w którym z przyczyn ideologicznych koncepcję „społeczeństwa cywilnego”, z uwagi na jej związek z kapitalistycznym porządkiem społeczno-gospodarczym, zastąpiono pojęciem „społeczeństwa obywatelskiego”. Pojęcie to, odnosząc się do sfery politycznych interesów, pozwalało uniknąć odczytywania przepisów prawa cywilnego przez interesy gospodarcze obywateli, uniemożliwiając w ten sposób dokonanie oceny rozwiązań dogmatycznych pod kątem przydatności dla realizacji celów gospodarczych państwa socjalistycznego. W konsekwencji jednak ta „zamiana pojęć” z perspektywy teoretycznoprawnej miała na celu zmianę koncepcji prawa, której celem była (w ocenie Autorki) zmiana sposobu myślenia o prawie, sposobu tworzenia prawa i wykładni prawa, nadając przy tym prawu charakter ideologiczny, tj. zgodny z aktualnymi potrzebami politycznymi. Potwierdza to, przeprowadzona w artykule analiza pojęcia „społeczeństwa obywatelskiego”, rozpatrywanego z uwzględnieniem tła historycznego, obejmującego obszar nauk politycznych i społecznych. Analiza ta pozwala wyjaśnić przyczyny powszechnego przyjęcia w polskiej teorii i praktyce prawa rozumienia prawa opartego o pozytywistyczny schemat wiedzy, zaś w zakresie wykładni prawa cywilnego usunięcie badania interesów gospodarczych i politycznych oraz konsekwentne przyjęcie właściwej pozytywizmowi analityczno-dedukcyjnej metody wykładni prawa opartej o zasady językoznawstwa, w szczególności semantykę. W takim ujęciu, przedstawione w artykule teoretycznoprawne refleksje polskiej nauki prawa, dotyczące „społeczeństwa obywatelskiego”,

mogą być rozpatrywane w kategorii „głębokiego”, niezwerbalizowanego sposobu pojmowania prawa w teorii prawa^[70], który determinuje przyjmowanie określonej teorii prawa lub koncepcji. Przyczyny przyjęcia „społeczeństwa obywatelskiego” do polskiego porządku społeczno-politycznego wyjaśniają bowiem jednocześnie przyczyny współczesnego przyjmowania koncepcji prawa, sposób tworzenia prawa, metodę wykładni prawa oraz kierunek jego dalszego rozwoju, i w tym kontekście mogą stanowić zarys swoistej koncepcji prawa społeczeństwa obywatelskiego.

Przedstawione w artykule refleksje dotyczące teoretycznoprawnych podstaw pojęcia „społeczeństwa obywatelskiego”, koncentrujących się zasadniczo na politycznych interesach, wyrażają zatem sposób podejścia do problemów gospodarczych obywateli i ich rozwiązywania przez prawo cywilne, który jest zasadniczo odmienny od niemieckiej koncepcji prawa społeczeństwa cywilnego, opartego na potrzebach gospodarczych obywateli. Prowadzi to do ciekawej konstatacji, że przyjęcie w obu porządkach prawnych odmiennych teoretycznoprawnych wyjaśnień podstaw prawa i społeczeństwa powoduje odmienne rozumienie prawa, jego funkcji, sposobów odczytywania i rozwoju, które powinno być rozumiane i uwzględniane w praktyce stosowania prawa. Wyjaśnienie teoretycznych podstaw pojęcia „społeczeństwa obywatelskiego” uzmysławia jednak, dlaczego zmiana ustroju gospodarczo-politycznego w 1989 r. nie spowodowała zasadniczo zmiany pojęcia prawa i zmiany metody wykładni prawa. Jeśli bowiem pojęcie „społeczeństwa obywatelskiego” odnosi się do interesów politycznych i ideologii partii rządzącej, pozostając autonomicznym wobec interesów gospodarczych obywateli, to w wyniku przemian gospodarczo-politycznych zmianie uległa treść interesów politycznych, które zyskały nową polityczną treść, pozostawiając bez wpływu na wspomnianą autonomiczną relację. W konsekwencji, doprowadziło do upolitycznienia prawa (w zakresie tworzenia i wykładni prawa), nie tylko prawa cywilnego, ale i samej Konstytucji, co powoduje, że spory prawne to *de facto* spory polityczne, tj. spory o sposób rozumienia wartości leżących u podstaw prawa, co pokazuje kryzys konstytucyjny i instrumentalizacja Konstytucji.

⁷⁰ Por. Artur Kozak, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni* (Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 1997), 7 i n.

Bibliografia

- Barut Arkadiusz, „Problem polityczności orzecznictwa z perspektywy rozumienia polityczności jako sfery wspólnych wartości. Wstęp do neoklasycznej koncepcji prawa” *Krytyka Prawa*, nr 3 (2020): 32–49. DOI:10.7206/kp.2080-1084.394.
- Bocheński Józef Maria, *Marksizm – leninizm: nauka czy wiara?*. Lublin–Śląsk–Warszawa: Antyk Marcin Dybowski, 1988.
- Bokajło Wiesław, „Społeczeństwo obywatelskie: sfera publiczna jako problem teorii demokracji”, [w:] *Społeczeństwo obywatelskie*, red. Wiesław Bokajło, Kazimierz Dziubka. 33. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2001.
- Busche Jan, „Die Begründung von Schuldverhältnissen”, [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts*, red. Michael Martinek. 187. Berlin: Sellier de Gruyter, 2008.
- Coing Helmut, *Europäisches Privatrecht Band I Altere Gemeinsames Recht 1500–1800*. München: C.H. Beck, 1985.
- Coing Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Berlin–New York: De Gruyter, 1993.
- Czepita Stanisław, Sławomira Wronkowska, Maciej Zieliński, „Założenia szkoły poznańsko-szczecińskiej w teorii prawa” *Państwo i Prawo*, nr 2 (2013): 3–16.
- Frankowski Edward, „Od społeczeństwa totalitarnego do obywatelskiego”, [w:] *Społeczeństwo obywatelskie. Modele teoretyczne i praktyka społeczna*, red. Edward Balawajder. 259. Lublin: Wydawn. Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 2007.
- Gliński Piotr, „Przemiany sektora obywatelskiego po roku 2000 – analiza porównawcza wybranych wyników badań empirycznych”, [w:] *Samoorganizacja społeczeństwa polskiego: III Sektor i wspólnoty lokalne w jednoczącej się Europie*, red. Piotr Gliński, Barbara Lewenstein, Andrzej Siciński. 59– 65. Warszawa: Wydaw. Instytutu Filozofii i Socjologii PAN, 2004.
- Godlewski Tomasz, „Postrzeganie procesu transformacji w Polsce przez zwolenników orientacji lewicowej i zwolenników orientacji prawicowej” *Studia Politologiczne*, nr 11 (2007): 42–55.
- Górski Eugeniusz, „Idea społeczeństwa obywatelskiego w Polsce i Europie Środkowoschodniej”, [w:] *Rozważania o społeczeństwie obywatelskim i inne studia z historii idei*, red. Eugeniusz Górski. 58. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Filozofii i Socjologii PAN, 2003.
- Górski Eugeniusz, „Kategoria społeczeństwa obywatelskiego u Gramsciego i jej recepcja”, [w:] *Rozważania o społeczeństwie obywatelskim i inne studia z historii idei*. 16, 62. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Filozofii i Socjologii PAN, 2003.
- Heck Philip, *Grundriss des Sachenrechts*. Tübingen: Paul Siebeck, 1930.

- Heck Philip, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen: Paul Siebeck, 1968.
- Heck Philip, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Berlin-Zürich: Paul Siebeck, 1968.
- Heck Philip, *Grundriß des Schuldrechts*. Tübingen: Paul Siebeck, 1929.
- Hegel Georg Wilhelm Friedrich, *Zasady filozofii prawa*. przeł. Adam Landman. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1969.
- Hegel Georg Wilhelm Friedrich, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*. red. Karl-Heinz von Ilting, t. III, Stuttgart-Bad Cannstatt: Frommann-Holzhoog, 1974.
- Ihering Rudolf von, *Der Zweck im Recht, I Band*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1877.
- Kant Immanuel, *Metaphysik der Sitten. Einleitung III und Einleitung in die Rechtslehre § 3 (Inselausgabe IV)*. Leipzig: de Gruyter, 1797.
- Kozak Artur, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 1997.
- Lang Wiesław, Jerzy Wróblewski, Sylwester Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1980.
- Larenz Karl, Claus-Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, t. II, Besonderer Teil, Zweiter Halbband*. München: C.H. Beck, 1994.
- Lityński Adam, *Historia prawa Polski Ludowej*. Warszawa: Lexis Nexis, 2013.
- Łoś-Tomiak Anna, „Społeczeństwo obywatelskie – kryzys idei, czy recepta na kryzys? Społeczeństwo obywatelskie Współczesny kryzys finansowo-gospodarczy. Istota, przebieg i konsekwencje” *Zeszyty Naukowe Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego w Zielonej Górze*, nr 2 (2015): 97-109. DOI: 10.26366/PTE.ZG.2015.19.
- Marks Karol, Fryderyk Engels, *Dzieła*. Warszawa: Kairós, 1960.
- Mayer-Maly Theo, „Eigentum und Verfügungsrechte in der neueren deutschen Rechtsgeschichte” *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, nr 140 (1984): 25-40.
- Misztal Wojciech, Artur Kościański, „W kierunku polskiego »ideału« społeczeństwa obywatelskiego”, [w:] *Falująca obywatelskość. Stare wzory nowe tendencje*, red. Artur Kościański, Wojciech Misztal. 9- 10, 12. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Filozofii i Socjologii PAN, 2019.
- Morawski Lech, *Filozofia prawa*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, 2014.
- Morawski Lech, „Aktywizm sędziowski a sprawy polskie” *Prawo i Więż*, nr 2 (2016): 7-13.
- Morawski Lech, *Wykłady w orzecznictwie sądów. Komentarz*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, 2002.
- Petersen Jens, *Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

- Płaszka, Krzysztof, „Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni”, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, red. Marek Zirk-Sadowski. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1997.
- Prütting Hanns, *Sachenrecht. Ein Studienbuch*, München: C.H. Beck, 2008.
- Przyłębski Andrzej, „Hegel jako teoretyk i krytyk społeczeństwa obywatelskiego” *Principia* nr 51 (2009): 143–161.
- Redelbach Andrzej, *Wstęp do prawoznawstwa*. Poznań: Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, 1996.
- Riedel Manfred, *Bürgerliche Gesellschaft und Staat. Grundproblem und Struktur der Hegelschen Rechtsphilosophie. Soziologische Essays*. Neuwied: Luchterhand, 1970.
- Romanowicz Marcin, „Teoria klaryfikacyjna wykładni prawa jako teoria uzasadnienia. Perspektywa psycholingwistyczna a pozytywistyczna koncepcja wykładni prawa” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, nr 1 (2011): 55–74.
- Rückert Joachim, Ralf Seinecke, *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- Rybicki Zygmunt, Andrzej Werblan, „Historyczne miejsce demokracji socjalistycznej” *Państwo i Prawo*, nr 8–9 (1977): 3.
- von Savigny Friedrich Carl, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr Verlag (Paul Siebeck), 1814.
- von Savigny Friedrich Carl, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I, Berlin: Paul Siebeck, 1840.
- von Savigny Friedrich Carl, *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa*, przeł. Kazimierz Opalek. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1964.
- Schwab Dieter, Martin Löhning, *Einführung in das Zivilrecht, mit BGB- Allgemeiner Teil, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Kauf- und Deliktsrecht*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2010.
- Smolar Aleksander, „Przygody społeczeństwa obywatelskiego”, [w:] Aleksander Smolar, *Tabu i niewinność*. Kraków: Universitas, 2010.
- Sokalska Edyta, „Searching for the best legal interpretation and the ideal formula of a state – Otto von Gierke and corporatism as the basis for a new federal state” *Studia Prawnoustrojowe*, nr 56 (2022): 266–268. <http://dx.doi.org/10.31648/sp.7646>.
- Stelmach Jerzy, Ryszard Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1998.
- Sylwestrzak Andrzej, *Historia doktryn politycznych i prawnych*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.

- Szacki Jerzy, *Liberalizm po komunizmie*. Kraków: Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, 1994.
- Szymaniec Piotr, „Elementy liberalne w myśli Georga Wilhelma Friedricha Hegla”, [w:] *Prace z myśli polityczno-prawnej oraz prawa publicznego*, red. Mirosław Sadowski, Piotr Szymaniec. 33. Wrocław: Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, 2012.
- Tatarkiewicz Władysław, *Historia filozofii*, t. III, *Filozofia nowożytna do roku 1830*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1981.
- Wagner Heinz, *Das geteilte Eigentum in Naturrecht und Positivismus*. Breslau: Martin, 1938.
- Wiegand Wolfgang, „Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: Der abstrakte Eigentumsbegriff, Band III”, [w:] *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, red. Helmut Coing, Walter Wilhelm. 188. Frankfurt: Vittorio Kolstermann, 1976.
- Wieruszewski Roman, „Regulacja praw jednostki w Konstytucji RP – wybrane zagadnienia”, [w:] *Prawa człowieka, prawa rodziny, 30 lat Poznańskiego Zakładu Instytutu Nauk Prawnych PAN*. 24. Poznań: Fundacja „Promocja Praw Człowieka – Badania i Nauczanie”, 2003.
- Więckiewicz Rafał, „Czym jest społeczeństwo obywatelskie? Przyczynek do dyskusji”, [w:] *Społeczeństwo obywatelskie w systemie politycznym państwa. Przykład Polski na tle rozwiązań europejskich*, red. Michał Szczegieliński, Rafał Więckiewicz. 13. Warszawa: Wydawnictwo Rambler, 2018.
- Więckiewicz Rafał, „Społeczeństwo obywatelskie w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”, [w:] *Społeczeństwo obywatelskie w systemie politycznym państwa. Przykład Polski na tle rozwiązań europejskich*, red. Michał Szczegieliński, Rafał Więckiewicz. 38–43. Warszawa: Wydawnictwo Rambler, 2018.
- Wróblewski Jerzy, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*. Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich. Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, 1990.
- Załęski Paweł, „Etymologia społeczeństwa obywatelskiego: o problemie tłumaczenia nowoczesnej koncepcji *bürgerliche Gesellschaft*” *Acta Philologica* 34 (2008): 49–54.
- Załęski Paweł Stefan, *Neoliberalizm i społeczeństwo obywatelskie*. Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2012.
- Zieliński Maciej, „Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 3 (2006): 93–101.

Zieliński Maciej, *Wykładnia prawa – zasady – reguły – wskazówki*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.

Zieliński Maciej, Olgierd Bogucki, Agnieszka Choduń, Stanisław Czepita, Beata Kanarek, Andrzej Munczewski, „Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 4 (2009): 23–29.

Zippelius Reinhold, *Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch*. München: C.H. Beck, 2011.



MICHAŁ Sopiński

Natural Law Theory and its Benefits

Arguments for Adopting New Classical Natural Law Theory Based on a Priority of Persons

The author presents the system of law in light of contemporary theories of natural law shaped by Aquinas, Finnis, and Hervada's thought on natural law. The natural law perspective adopted in the text assumes that the source of both the normativity of law and the subsequent legitimacy of the processes of lawmaking and law application is man understood as a person (personalism), whereby his/her personal character is recognized and not arbitrarily conferred, moreover, it is linked to the time of actual, biological life. The person is thus the source of the normativity of law both because of the individual aspect of the person and because of the general nature of human nature (above all the freedom and rationality of that nature). Recognition of the human as a person implies the need to refer to his or her inherent dignity. The perspective of natural law as a framework for conducting legal research implies that the articulation of axiological assumptions should precede any reflection on criminal, constitutional, civil, and labor law.

MICHAŁ Sopiński PhD in law, Akademia Wymiaru Sprawiedliwości
ORCID – 0000-0001-5429-601X / e-mail: michal.sopinski@aws.edu.pl

KEYWORDS: natural law, legal positivism, St Thomas Aquinas, John Finnis, Javier Hervada

1 | Introduction

The two main legal theories are natural law theory and legal positivism. Historically, both theories level charges against each other. According to the theory of natural law, when there is a conflict between natural law and human law, natural law must take precedence. In this sense, natural law dictates that all human-made laws must be in accordance with fundamental principles of natural law, such as Aquinas' notions of doing good, avoiding evil, and promoting the common good. The natural law proponent believes that all law must be morally justified if it is to be legitimately called „law” at all. This is why, historically, legal positivism and natural law theory were rival views about what law is and its relation to justice and morality. What is less well known is that historically both the natural law defenders and the proponents of legal positivism have disagreed as much among themselves as with their opponents. Defenders of natural law have major disagreements about which version of natural law is preferable. Defenders of legal positivism also have major differences with each other. But what is more important, in recent years we can observe their progressive convergence. Natural law theory is moving toward positivism, and legal positivism is becoming more like natural law theory.

Historically, most theories of law have been based on the assumption that a theory of law must refer to its normativity, having a basis in ethics and politics. This assumption stems from the various descriptions of law provided by classical authors such as Plato, Aristotle, Augustine, and Aquinas. These authors begin with a description of practical rationality based on the ultimate goals of human action and then explore the role of the community in promoting human well-being through its commitment to those goals. The law is then understood in terms of its role in enabling community members to lead satisfying lives. This approach to legal theory is now increasingly rare and is sometimes supplanted by positivist conceptions of law that focus on its social origins. However, it persists in the notion of thought known as natural law theory. Natural law theories are united by the methodological claim that a proper theory of law must study not only its social sources but also its function as a rational guide to action. The natural law perspective can thus, as Jonathan Crowe notes, be defined as the view that (1) there are certain forms of life that are intrinsically good for human beings by their nature, and (2) these forms of life play

a fundamental role in explaining the nature and purpose of social, political and legal institutions^[1].

Modern legal theory and philosophy focus on the assertion that law is a socially recognized standard of conduct. Legal positivism, the dominant tradition in modern thought on law, seeks to understand the nature of law primarily by analyzing the forms of social recognition of law and its relationship to legal normativity. The publication of H.L.A. Hart's *Concept of Law* (1961) became the starting point for both analytical and linguistic as well as ethical reflections on the theory of law, while the book itself and its author set the directions of the research undertaken for decades to come, especially since his students and colleagues at Oxford included Ronald Dworkin, Neil MacCormick, John Finnis, and Joseph Raz, who themselves contributed to the development of modern philosophy of law by making significant contributions to it. Thanks to the World Congress of Social and Legal Philosophy, the Anglo-Saxon world came into contact with leading lawyers from continental Europe, including Ota Weinberger (Graz) with Robert Alexy (Kiel), Aulis Aarnio (Helsinki) and Alexander Pechenik (Lund) or Chaim Perelman (Brussels) – a pioneer of the „New Rhetoric” and forerunner of modern argumentation theory. This led – according to the theory of convergence developed in the 1960s – to a gradual similarity (disappearance of differences) in the way philosophy of law is practiced in both common law and civil law cultures.

However, in a modern legal discourse dominated by legal positivism and its more or less sophisticated variants^[2], the natural law perspective is most often used only when positive law fails and is unable to face what is truly unjust^[3]. Hence, there are various attempts in the philosophy of

¹ Jonathan Crowe, *Natural Law and the Nature of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 2.

² On the ground of the philosophy of law, it is not possible today to speak of a single positivism, but of many types of positivism (refined, inclusive, exclusive). Nevertheless, according to Bartosz Brożek and Jerzy Stelmach: ‘Every contemporary positivist will subscribe to at least three theses: 1) the so-called *social sources thesis* (...); 2) the so-called *conventionality thesis*; and 3) the so-called *separability thesis*.’ Cf. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, *Methods of Legal Reasoning* (New York: Springer, 2006), 214.

³ The need to take into account natural law – if only Thomistic *determinatio* – has been noted by contemporary authors in the field of legal post-positivism, such as Neil MacCormick. However, the concepts they present often lack consistency. Cf. Michał Sopiński, „Ewolucja teorii rozumowania prawniczego Neila MacCormicka” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, No. 1 (2019): 3–78.

law to „match” axiology with law while retaining (even weakly) the thesis of the separation of law and morality, which is the foundation of legal positivism^[4]. These attempts have resulted, for example, in the notion of „statutory lawlessness”, that is the so-called Radbruch formula, the minimum content of the law of nature, which defines a certain minimum of morality in law in H.L.A. Hart’s view, or the emphasis on the need for special treatment of so-called *hard cases*, consisting of taking into account not so much the letter of the law but its spirit.

Therefore, in this essay, I separate myself from the issue of *hard cases*^[5], drawing attention to their causal, accessory, and incidental nature in relation to the proper practice of law^[6]. In my opinion, the natural law perspective, taken as a theoretical construction, is not so much a potential collection of solutions and right answers in difficult cases that the lawyer-practitioner can refer to, but is an important resource to be exploited at every stage of law-making and law application if one wants to ensure its rationality. In my opinion, natural law (*ius*) is not – as Jerzy Zajadło would like it to be – a surplus, but the basis of law, although it would be more precise to indicate here that natural law is nothing more than the

⁴ An example of such attempts is the reasoning – in my opinion erroneous – of Jerzy Zajadło, „Law in the sense of written law (*lex*) is very often not perfect and we are confronted with the necessity to find some “surplus” (*ius*) enabling us to make a rational and right decision” – Jerzy Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa?* (Warszawa: Lexis Nexis, 2008), 21.

⁵ In Hart’s positivism, difficult cases are connected with the problem of going beyond the system of law thanks to the so-called open concepts, when the judge is left only with the limitation of his own discretionary legislative power by defined by H.L.A. Hart „the obvious meaning of the rule, regardless of the extent of its openness”. Maciej Dybowski, Marcin Romanowski, „Trudne przypadki w antropoarchicznej koncepcji prawa”, [w:] Maciej Dybowski, Marcin Romanowski, *O trudnych przypadkach w filozofii prawa. Studia z antropologii prawa* (Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 2015), 12. Cf. Herbert Hart, *The Concept of Law*, London 1961; Michał Sopiński, „Od pozytywizmu do postpozytywizmu: poglądy teoretycznoprawne Neila MacCormicka na tle współczesnej teorii i filozofii prawa” *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów Uniwersytetu Jagiellońskiego, Nauki Społeczne*, No. 2 (2018): 23–45. DOI: 10.26361/ZNTDSP.09.2018.21.02. https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/57627/sopiński_od_pozytywizmu_do_postpozytywizmu_poglady_teoretycznoprawne_2018.pdf.

⁶ The historical understanding of *hard cases* defined them as cases in which the applicable law was wrongly interpreted by the judge in favour of those affected. Thus, *hard cases* led to wrong decisions (*hard cases make bad law*). A later meaning ascribed to the concept of *hard cases*, e.g., in relation to Ronald Dworkin’s conception, was that it denotes a *case providing occasions to make good law*.

principle of practical reason, an order to act rationally expressed in the sentence, 'One should do good and strive for it, and avoid evil.'^[7] It means that the written law (*lex*) enables the authorities applying it to make the right decisions when it is rational, i.e., natural law^[8].

2 | Legal positivism and its fictions, or what fairy tales teach us

The fact that the system of law built on the basis of Hans Kelsen's normativism, in the form of a closed, logical set of legal norms separated from moral norms, is purely a fiction, a complete invention, can best be seen by returning to the fairy tale *The Emperor's New Clothes* by Hans-Christian Andersen, in which the most important court officials were afraid to draw attention to the obvious fact that the ruler full of pride and arrogance had been cheated by the weavers and was not wearing clothes. When asked by the weavers how he liked the king's clothes, the old, good-hearted minister replied: 'Oh, it is lovely, very lovely! (...) What a design and what colors! Yes, I will tell the emperor that I like the fabric very much'^[9]. He was echoed in this admiration by other noble officials, fearing that a genuine opinion would cause them to fall into the Emperor's disfavour: „*Magnifique, charming, excellent!* – repeated one after another, and everyone was extremely pleased”^[10]. Happy with this flattery, the emperor therefore decided to put on his new robes and take part in the majestic procession, walking under

⁷ „Thus, the first commandment of the law is this: Good is to be done and pursued, and evil is to be avoided. All the other precepts of the natural law are based on this: namely, that all those other precepts of doing and avoiding which practical reason naturally recognises as good for man belong to the precepts of the natural law”. St. Thomas Aquinas, *Theological Summa*, part 1-2, q. 94, article 2.

⁸ This can be seen in John Finnis' concept of *natural as reasonable*: „It is natural for human beings to be reasonable and to behave reasonably: they have this capacity by their nature in contrast to the nature of a giraffe or a mouse”. Cf. Michał Sopiński, „Rozumowanie prawnicze jako rozumowanie praktyczne w świetle nowej teorii prawa naturalnego Johna M. Finnisa” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, No. 1 (2020): 84-98. <https://doi.org/10.36280/AFPiFS.2020.1.84>.

⁹ Hans Christian Andersen, *The Emperor's New Clothes: an All-Star Retelling of the Classic Fairy Tale* (New York: Starbright Foundation, 1998), 147.

¹⁰ Ibidem.

a magnificent canopy. It was only when a small child called out: „Look, he is naked after all!”, the subjects, who had praised the emperor’s attire earlier, exclaimed in a chorus: „He is naked!”^[11].

Why do I refer to Andersen’s well-known tale? Well, in my opinion, this proud emperor is the modern positivist system of law, which, in its programmatic pursuit of axiological neutrality, has voluntarily deprived itself of content and became naked. However, this fact is masked by the lawyers themselves – these noble officials – by arguing that positive law is purely conventional and that law and morality have nothing to do with each other. The natural law perspective, on the other hand, is the equivalent of the voice of a child demanding the truth and asking what is behind the law, if these are not the values. Unfortunately, this voice is nowadays very quiet and difficult to grasp in academic discussions, as neither legislators, judges, nor lawyers of various professions, accustomed to living in a comfortable positivist fiction, want to hear it: „The emperor became confused, because it seemed to him that his subordinates were right, but he thought to himself: »I must bear it until the end of the procession«. And he straightened up even more proudly, and the courtiers followed him, carrying a train that was not there at all”^[12].

3 | Legal positivism and the pandemic – or, the reality says „check”

The correctness of Heinrich Rommen’s thesis of an eternal return to natural law is expressed in the fact that natural law makes it possible to link law and morality in a coherent and logically ordered manner, which is becoming a practical necessity today and which cannot be done on the basis of legal positivism. This peculiar inadequacy of the contemporary variants of legal positivism – based on the thesis of separation in a more or less radical form – has at the same time its actual source in the programmatic departure of the positivists from the understanding of law as the art of

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

what is good and right^[13]. Indeed, this departure has accompanied legal theory from legal positivism and its soft, inclusive, sophisticated versions right up to the contemporary trend that should be referred to as post-positivism. The longer we live in positivist fiction, the harder reality cracks. This is well illustrated by the recent pandemic which not only affected global geopolitics but also forced a paradigm shift in contemporary law. Indeed, it has made it clear to everyone – lawyers and citizens alike – that the most serious institutional threat facing value-free positive law is its total instrumentalization in the spirit of post-Schmitt political decision-making by rulers, which can be motivated as much by current political gains as by social engineering^[14].

The outbreak of the pandemic resulted in various measures taken on a global scale to counter the spread of the disease, including travel restrictions, border closures or restrictions on border traffic and restrictions on people traveling to other countries, stopped or restricted air traffic, quarantines, and curfews and the postponement or cancelation of several sporting, religious, and cultural events. Furthermore, schools and universities were closed, as were many businesses providing all kinds of services. At the same time, the hitherto positivist paradigm assuming that the legitimacy of the application of particular special measures by nation states to prevent and counteract the spread of disease (consisting, inter alia, of profound interference with human rights and freedoms) does not have to be based on the need to ensure social order in the form of the eradication of epidemics, but can be determined solely by the fact that these measures remain within the limits arising from positive law (including those set

¹³ This move away from conceiving of law as the art of what is good and right stems from the utilitarian adoption in the 19th century by Jeremy Bentham, and later by his disciple John Austin, of the thesis of the separation of law and morality: „The existence of law is one thing; its merit or demerit is another”. Cf. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1954), 184.

¹⁴ The dangerous links between Carl Schmitt’s decisionism and Hans Kelsen’s normativism have been described, for example, by Krzysztof Kaleta and Krzysztof Koźmiński, cf. Krzysztof Kaleta, Krzysztof Koźmiński, „Charakter władzy suwerennej w koncepcjach ładu konstytucyjnego Hansa Kelsena i Carla Schmitta” *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna*, No. 2 (2013): 154-168. DOI: 10.14746/fped.2013.2.2.20, <https://pressto.amu.edu.pl/index.php/fped/article/view/12938/12708>. Giorgio Agamben writes more extensively on the dangers faced by value-free positive law during the pandemic in *Where Are We Now? The Epidemic as Politics*. Cf. Giorgio Agamben, *Where Are We Now? The Epidemic as Politics* (London: Rowman & Littlefield Publishers, 2021).

out in legal acts regulating the rights and freedoms of an individual), has proven to be completely irrational from the point of view of the inherent purpose of law, which is justice and the protection of human life.

During the pandemic, the positivist vision of law devoid of axiology and separated from morality did not respond to the needs and challenges faced by nation states. With its application, state institutions, when introducing restrictions into the sphere of human rights and freedoms during the global pandemic, would not be able to effectively confront the problems because, without recourse to axiology, they could not rationally justify the necessity of their introduction. The possibility of state interference with man's most precious goods required a justification that was as durable and deeply convincing as possible from an axiological point of view, in other words, immune to the current and labile fluctuations in perceptions, often superficial and hence populist, of the social assessment of state action. An equally important factor justifying the search for moral references in an emergency situation such as an epidemic state is the consideration of the desirable capacity of natural law to intentionally and effectively affect the addressees of its norms and therefore a capacity determined by an appropriate internalization of the norms in question – the internalization undoubtedly more likely in the application of *leges sine moribus vanae*, i.e., a principle expressing the fragility of law without moral values, i.e., displaying a close connection with components of axiological origin.

It has thus become apparent that in an emergency situation such as a threat to human health and life, perceiving the legal system solely in terms of legal positivism or its individual variants does not make sense, as it is then not the human being understood as a human being who is protected, but only the formal system of protection of his or her rights. Thus, since the positivist legal world based on the utilitarian-liberal model of the rule of law did not pass the test in an emergency situation, a sharp turn (as yet unnamed) to evaluation in law (including values derived from morality) could be observed worldwide, consisting in perceiving man as a person (and human life as a value to be protected above all, even at the expense of an economic crisis) and society in terms of a community based on bonds of solidarity. Indeed, the natural law approach allows all elements of the legal system, in particular legal regulations, to be judged according to the criterion of conformity with the personal objectives of persons and communities pursuing the common welfare, defined on the basis of complementarity rather than collision with the welfare of their members. However, the challenge remains to use this momentary turn to change the entire paradigm of thinking about law.

4 | Priority of persons: the human being as the source of the normativity of law

In the context of the ethical foundations of law, it is worth considering, first, the achievements of an Australian professor teaching at Oxford, John Finnis, who is a representative of the „new natural law theory”. In the Anglo-Saxon tradition, the new theory of natural law has been developed for several decades and has been a very significant contribution to the most recent considerations of the study of the question of practical reason. The reading of the texts of St. Thomas Aquinas proposed by the representatives of the new theory of natural law should be regarded not so much as a reconstruction of Aquinas’s thinking carried out in a Thomistic spirit, but as an attempt to formulate a completely contemporary theory of law on its basis. Therefore, it will be correct to say that the coauthors of this theory of natural law are both St. Thomas, G. Grisez, J. Finnis, and their continuators. At present, the Australian philosopher J. Finnis is regarded as the most famous representative of this current, which is due to the fact that, as an Oxford-born disciple of H.L.A. Hart, the father of sophisticated legal positivism, he presented a complete theory of natural law that combined the Thomistic tradition with the tradition of British analytical jurisprudence^[15]. A full overview of John Finnis’s thought was included by him in his work *Natural Law and Natural Rights*, which is the most important book in his oeuvre^[16]. As originally intended and in principle, the „new natural law theory” is a continuation and development of St. Thomas Aquinas’s concept of natural law^[17]. Thus, the main representatives of the new theory of natural law

¹⁵ Michał Sopiński, „Rozumowanie prawnicze jako rozumowanie praktyczne w świetle nowej teorii prawa naturalnego Johna M. Finnis’a” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, No. 1 (2020): 85.

¹⁶ In turn, John Finnis’ important works include John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1980); idem, *Fundamentals of Ethics* (Oxford: Oxford University Press, 1983); idem, *Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth* (Washington: Catholic University of America Press, 1991); idem, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1998); Germain Grisez, Joseph Boyle, „Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends” *American Journal of Jurisprudence*, Vol. xxxii (1987); Germain Grisez, Joseph Boyle, John Finnis, *Nuclear Deterrence. Morality and Realism* (Oxford: Oxford University Press, 1987).

¹⁷ The foundations of the new natural law theory dates back to 1965, when Germain Grisez published a text entitled *The First Principle of Practical Reason:*

include: Germain Grisez, John Finnis, Joseph M. Boyle, Robert P. George, and Gerard V. Bradley^[18]. On the other hand, among the most influential representatives of natural law in modern legal thought, especially in the Spanish-speaking world, is Javier Hervada^[19]. The Spanish professor, within the framework of his philosophical and legal search, which he calls, according to the legal-naturalist tradition, „classical legal realism”, has set himself the goal of creating a dynamic and adapted to modern times theory of natural law, which is an element of any legal system, providing both the science of law and lawyers themselves not only an objective parameter of law evaluations, but also the practical tools necessary to discern, in each specific case, the right of each person. These two approaches to natural law, by John Finnis and Javier Hervada, have much in common. They are united by the person of St. Thomas Aquinas and the primacy of persons, that is, the recognition of the person as the basis of law.

A Commentary on the *Summa Theologiae* 1-2, q. 94, a. 2 in the journal „Natural Law Forum” (later transformed into the American Journal of Jurisprudence) published at the University of Notre Dame in the United States. Germain Grisez, „The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the *Summa Theologiae*, 1-2, q. 94 a. 2” *Natural Law Forum*, No. 10 (1965).

¹⁸ Cf. Joseph Boyle, „Free Choice, Incomparably Valuable Options, and Incommensurable Categories of Good” *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 47 (2002); Joseph Boyle, Germain Grisez, John Finnis, „Incoherence and Consequentialism (or Proportionalism) – A Rejoinder” *The American Catholic Philosophical Quarterly*, No. 2 (1990); Gerard V. Bradley, Robert P. George, „The New Natural Law Theory: A Reply to Jean Porter” *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 39 (1994); John Finnis, Joseph Boyle, Germain Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism* (Oxford: Oxford University Press, 1987). Robert P. George, *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality* (Oxford: Oxford University Press, 2002); Robert P. George, „Natural Law” *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 52 (2007); Robert P. George, „Natural Law” *Harvard Journal of Law and Public Policy*, No. 1 (2008). Robert P. George, *Conscience and Its Enemies* (Wilmington: ISI Books, 2013). Robert P. George, „Natural Law and Positive Law”, [w:] *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, ed. Robert P. George (Oxford: Oxford University Press, 2005).

¹⁹ Javier Hervada’s major publications in Spanish include such works as *Introducción crítica al Derecho Natural*, 10^a edición (Pamplona: Universidad de Navarra, 2007); idem, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 4^a ed. (Pamplona: Universidad de Navarra, 2007); idem, *Cuatro lecciones de Derecho Natural*, 4^a ed. (Pamplona: Universidad de Navarra, 1998); idem, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico* (Pamplona: Universidad de Navarra, 2002); idem, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural* (Pamplona: Universidad de Navarra, 1987); idem, *Escritos de Derecho Natural* (Pamplona: Universidad de Navarra, 1986); idem, *Diálogos sobre el amor y el matrimonio* (Pamplona: Universidad de Navarra, 1974).

From the point of view of natural law theories, it is the human being, understood as a person, who is the source of the normativity of law. In other words, it is the person who is the material source of law. According to John Finnis, Roman legal thought was superior to modern theories of law because of its explicit emphasis on the fact that persons are part of the law^[20]. At the same time, as the Australian professor notes according to French philosopher Michel Villey, the ancient Romans had no concept of human rights. Written by John Finnis, the famous essay *The Priority of Persons* showed that Hans Kelsen's normativism as a theory of law has no place at all for the human being understood as a person. Also according to Rafael Domingo – the author of *The New Global Law* – the concept of person should be recovered for the science of law, for Anglo-Saxon analytical jurisprudence has taken away the due importance of this concept. This happened because Jeremy Bentham, the father of modern international law, greatly influenced the protoplast of Anglo-American legal positivism – John Austin in his utilitarian approach to law, and this positivism later influenced Hans Kelsen.

According to Hans Kelsen's normativism, the natural person should not be considered in its entirety, that is, as a biological and physical unity with all its functions, but rather insofar as human behavior is regulated by a set of constitutive norms of rights and duties. Thus, the person is not actually a natural reality, but a legal construct created by the science of law. In this vein, Hans Kelsen states that the so-called natural person is a legal person, as is the state. On the other hand, according to Hans Kelsen's concept, contrary to the basic assumptions of Hans Kelsen's *Eine Reine Rechtslehre*, the science of law can never lose sight of the fact that it was created by human persons and for human persons, so person as a concept precedes the science of law and legal discourse itself.

Conceiving of man as a subject in the universal human rights paradigm means describing him by reference to his personal dignity. Dignity is the source of human rights in this paradigm and is characterized as innate and inalienable, universal, radically equal, and inviolable. The person is the basis of law, and legal norms are created by the human community and have their purpose in effectively coordinating its functioning and building the common good, which consists of the well-being of individual members of the community. Personal dignity is understood as the source and basis

²⁰ John M. Finnis, „The Priority of Persons Revisited” *American Journal of Jurisprudence*, No. 58 (2013): 45.

of law, according to the principle of *ex persona ius oritur*. This means that all elements of the legal system, especially legal regulations, are evaluated according to the criterion of compatibility with the personal goals of persons and communities pursuing the common good, defined on the basis of complementarity and not collision with the good of their members. In this sense, all laws have their material source in the human person.

5 | The natural law perspective as a set of assertions that determine a common place

In operationalizing the natural law perspective, several claims can be made that reflect the core anthropological and methodological assumptions, based on the findings of contemporary authors from the natural law community.

Despite the peculiar heterogeneity of contemporary concepts of natural law (*common law* culture vs. *civil law* culture) and their internal diversity, I believe that it is possible to identify their lowest common denominator assumptions as the so-called *commonplaces* (Gr. *topoi*). Such an approach to natural law presupposes thinking of it not in terms of axioms, as is necessary if one takes Hans Kelsen's normativism or so-called hard legal positivism as a starting point, but in the form of the lowest common denominator, a common point, and a *topos*. However, the aim is to show that the specified commonplaces can form a synthesis in the form of the basic assumptions of the natural law perspective in the studies on law (see: N. MacCormick, Ch. Perelman)^[21].

I understand commonplaces (Latin: *loci communes*) – a concept used by Aristotle and developed by Chaim Perelman – as a set of natural law input statements. They do not constitute a ready-made, internally coherent and systematized theory of natural law since such a theory could only be accepted in its entirety or rejected in its entirety, but they are persuasive in nature, presenting certain points of view, certain values, which are worth taking into account when conducting the study of law and which lead to the

²¹ See, among others, Chaïm Perelman, *L'Empire rhétorique; rhétorique et argumentation* (Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1977); Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005).

justification or formulation of a legal rule in the system of law. As Chaim Perelman correctly observes, that „*Loci communes* stand in such a relation to non-specialized reflection as the *loci specifi*ci of law, while statements of the most general nature (...) provide the starting principles for non-specialized reflection”^[22]. Explicating this sentence for the purposes of the present essay, I believe that a set of natural law starting claims provides the theoretical ground for reflection conducted at the level of criminal law, civil law, constitutional law, and so on. I therefore agree with Chaim Perelman that commonplaces reveal a role analogous to axioms in the formal system, whereas what distinguishes them from axioms is that the approval given to them is not based solely on their obviousness, but on the possibility of justifying them differently in the philosophical sphere. According to the principle of the lowest common denominator, these commonplaces of natural law reflection – the *loci communes* of natural law – include, in my view, certain rudimentary claims that are present both within the *common law* culture, e.g., in the *new natural law theory*, as well as in the civil law culture, e.g., in Javier Hervada’s theory of natural law^[23]; they are present, for example, in the anthropoarchic concept of law formulated on the basis of Rafael Domingo’s vision of global law^[24]. According to the latter

²² Chaim Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, trans. Tomasz Pajor (Warszawa: PWN, 1983), 169.

²³ Javier Hervada’s theory of natural law assumes that the science of natural law is not part of the philosophy of law, but is a separate specialisation within the science of law that contributes to the improvement of the science of law as a whole and of its individual branches, since all branches of law should know, combine and adapt natural and positive aspects to each other. According to Javier Hervada, the main subject of the science of natural law is the presentation of the natural law system, that is, the totality of what is just by nature; from this point of view, the basic core of this discipline is the specific part of natural law consisting of the description of this system. Therefore, the specific part of natural law should be preceded by the general part of natural law, which makes it possible to reduce to the legal level and thus to the technical-legal level (specific to natural law) what the philosophy of natural law proclaims at the philosophical level.

²⁴ The adjective „anthropoarchic”, which is a neologism, is a compound of the Greek nouns ἄνθρωπος (*ánthrōpos* – „man”) and ἀρχή (*archē* – „beginning, principle, rule”). The term „anthropoarchic concept”, however, does not come from Raphael Domingo, but was coined by Maciej Dybowski and Marcin Romanowski. According to the authors, the anthropoarchic conception of law is characterised by: „a specifically understood anthropocentrism, above all with regard to the treatment of the sources of law in the material sense, deriving from scepticism as to the possibility of a cognitively momentous reflection on universal and equal dignity as the source of human law and the basis of the material legitimacy of law,

concept, I would present the following commonplaces which are the *loci communes* of natural law both within the *common law* culture as well as in the *civil law culture*

- the basis of any law and consequently also of justice is the fact that a human being is a person – *ex persona ius oritur*^[25]; it is human being understood as a person who is the source of the normative nature of law^[26]:
 - a person's personal character is recognized rather than attributed in an arbitrary way;
 - the personal nature of the human being is linked to the time of actual, biological life;
 - a person is such an intense being that it decides on him-/herself; deciding on oneself is the determinant of personal being and the basis of human dignity;
 - human deciding on him-/herself means, on the other hand, controlling everything that comprises him/her (his/her life, physical integrity, mind, relationship to God, etc.); human's controlling his/her being extends to the discovery of his/her

without a simultaneous departure towards methodologically ordered rational cognition beyond the limits of the detailed sciences". Thus, in place of the positivist understanding of the sovereignty (will) of the state, man with his innate and equal dignity to others is placed. The anthropological view of man as a person thus provides the basis for understanding legal phenomena and serves to justify what content requirements legal norms (state law) must meet. Cf. Rafael Domingo, *The New Global Law* (New York: Cambridge University Press, 2010); Maciej Dybowski, Marcin Romanowski, „Trudne przypadki w antropoarchicznej koncepcji prawa”, [w:] Maciej Dybowski, Marcin Romanowski, *O trudnych przypadkach w filozofii prawa. Studia z antropologii prawa* (Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 2015), 14.

²⁵ „The golden rule of global law is the principle of *ex persona ius oritur*. It is characterised by a specifically anthropocentrism”. Cf. Domingo, *The New Global Law*.

²⁶ A synthetic description of cultural factors, intellectual findings, which seem to be decisive for the contemporary shape of the concept of a person, i.e., the origin and historical development of the concept, from Roman law and Greek philosophy, through theology and Christian philosophy to the international system of human rights protection, is made by Marcin Romanowski in one of his works. Cf. Marcin Romanowski, „The Origin and Characteristics of the Concept of a Person”, [in:] Maciej Dybowski, Rafael García Pérez, *Globalization of Law. The Role of Human Dignity* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018), 49 et seq.

- own goals and the strive to accomplish them; this control is manifested in the wealth of man's natural rights, which express his/her being;
- human's ability to control extends to the circle of things in the universe which, because they are not persons but entities not controlling themselves, are intrinsically subject to the rule of others; man can include things external to him/her in the scope of his/her control;
- law is an intentional human action and as such it is an aspect of the intentionality of human practice:
- law belongs to the sphere of practice;
 - law is the product of practical reason and legitimizes its rationality in the form of its focus on human goals – fundamental goods^[27];
 - actions consistent with the first principle of practical reason, 'the good must be done and pursued', are rational because they aim to achieve human goals (*human flourishing*)^[28];
 - values are recognizable; the axiology underlying the law can be learned through practical reason (*axiological cognitivism*)^[29];

²⁷ The initial list of primary goods included by John Finnis in his work *Natural Law and Natural Entitlement* includes such values as life, knowledge, play, aesthetic experience, friendship, practical reasonableness, and religion. Cf. John Finnis, *Natural law and natural rights* (Oxford: Oxford University Press, 1980).

²⁸ With the formulation „full human flourishing”, John Finnis defines possibility or potentiality in the thought of St. Thomas Aquinas. The reason for this understanding of St. Thomas's concept is that philosophers and theologians following Aquinas have tended to overlook his statement that the concept of duty derives from the necessity of the existence of a natural human end or the means to achieve it, replacing it with the idea that duty arises through some higher will and thus calling upon people to submit to it. John Finnis, „Aquinas and Natural Law Jurisprudence”, [in:] *Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, ed. John Tasioulas (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 21.

²⁹ The conception of natural law as a requirement of practical reasonableness can be linked to analytical currents analysing law in linguistic terms. This is because the Greek term *logos* encompassed in content both speech and language, as well as mindfulness and reason. According to Aristotle, the possession of *logos* constitutes the possibility for man to know values and to distinguish in language between good and evil, truth and falsehood. Cf. Aristotle, *Politics*, book I, 1253a, 11 (Warszawa: PWN, 2004).

- law (*ius*) is only possible if the other exists (*ius ad alium*):
 - law emerges as part of the social relations inherent in human beings due to the fact that they are beings endowed with reason; against the background of these relations there is the phenomenon of attribution, whereby something belongs – is attributed – to someone not as a result of the application of force but as a result of the possession of a right, in other words, as a possession that gives rise to a debt to others; the thing attributed and therefore owed is called a right (in the real sense), it arises on the basis of a title and has its measure;

- law (*ius*) means what is just, what is justly due to someone^[30]; the virtue of continually acting in this way becomes justice (*iustitia*):
 - since justice is about guaranteeing everyone what is due to them, it requires the presence of two or more actors, the title holder and the debtor;
 - act of justice consists in guaranteeing to everyone what is due to him/her, in guaranteeing his/her right to him/her (*ius suum cuique tribuere*)^[31].

Adopting the concept of the human person in the concept of natural law makes it possible to solve the fundamental problem of modern democratic systems based on constitutionalism and the concept of the rule of law, namely, the anthropological problem. That is, in place of the positivist understanding of the sovereignty (will) of the state, the human being is placed with his innate and equal dignity to others. Thus, the anthropological view of man as a person provides the basis for understanding legal phenomena and serves to justify what content requirements legal norms (state law) must meet.

Within the framework of this model typical of modern democracies, it is obvious that the measure and ultimate goal of all law is so-called human rights, for there is widespread agreement in the societies that create them

³⁰ Cf. Javier Hervada, *Prawo naturalne. Wprowadzenie*, trans. Anna Dorabalska (Kraków: Wydawnictwo Petrus, 2011), 34.

³¹ Cf. *Ibidem*.

about their special importance. Human rights also play a key role for lawyers in this system of governance, since they are an inexhaustible resource of appropriate answers to the most difficult legal issues. At the same time, while in a democracy there is some consensus on the existence of a catalog of human rights, this is an agreement at the level of words, in principle purely terminological, for as to the basis and content of individual human rights, there is a great difference of opinion. Therefore, it is not enough to agree on the meaning and importance of human rights, it is also necessary to say who owns them and why. Here, the possible answer may vary – the dividing line is resolved by the conflict between philosophical „constructivism” and „metaphysical realism”, that is, between Immanuel Kant and Aristotle. According to Immanuel Kant, the status of a person is a concept constructed in the intellect of the cognitive subject on the basis of sensations to be ordered; thus, instead of knowing things, it is proposed that we think them. From this vision, it is only a step to the concept that the quality of personality is not innate to the individual, but comes to him from outside. In this constructivist approach, a person’s status is not an objective element of reality, but is attributed to the individual on the basis of those functions or qualities that he or she decides about in any way. The problem, therefore, is not only about human rights, but primarily about who is the holder of these rights. Thus, one can try to construct the holder of these rights according to Immanuel Kant’s conception (accepting then the risk that not every member of the human species is one, or is not one to the same degree), or grant the status of a person to everyone who possesses human nature^[32]. Recognizing man as the source of the normativity of law presupposes that a norm will be valid only if it is consistent with rationality, human nature, and human goals. The problem of naturalistic error is countered by stating that the duty to be is inscribed in man just as natural law underlies positive law.

³² Cf. Tatiana Chauvin, „Osoba fizyczna czy człowiek? Kilka refleksji na temat podmiotu prawa” *Principia*, Vol. LXI-LXII (2015): 133.

6 | Summary – or benefits of adopting new classical natural law theory based on a priority of persons

The legal system is a certain entirety; its institutions regulate different areas of life but are based on a common foundation. A natural law perspective does not mean acting outside the legal system, because natural law is its foundation and justification. The basis of legal norms is made up of moral norms, the source of which is natural law. Thus, law and justice are equal, and justice consists of giving back what someone is lawfully entitled to. People, on the other hand, are entitled to things or rights because they are human beings. For example, the wording of Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights shows the transition defining what a human being is like (the personal character of a human being) and determining how he or she should act (being a person): „All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood”.^[33] Therefore, to speak of man as a person is not tautology. Indeed, it is possible to distinguish between the concept of man, which is general since it refers to his/her nature, which is general as it equally defines all those belonging to the human species (*homo sapiens*), and the concept of a person, which refers to a specific human being (entity) existing in his/her individual subsistence. Therefore, the concept of man (human nature) should not be confused with the concept of a person (human personality)^[34]. For these reasons, we all have to agree that natural dignity is the source of human freedom and rights. Its legal-natural roots should be considered one of the paradigms of European legal culture, based on three traditional pillars:

³³ *Universal Declaration of Human Rights*, Paris 10.12.1948.

³⁴ „In conceptual terms, when characterising a person, one cannot speak of the qualities of human nature, nor, when characterising nature, describe the qualities of a person; when speaking of a person, one must distinguish between what is said because of the nature of the person and what is stated because of the person existing individually. Obviously, human nature does not exist apart from the person, therefore, when speaking about the existing reality of a person as the basis of law, we also speak about his nature, e.g.: the rational nature”. Maciej Dybowski, Marcin Romanowski, „Trudne przypadki w antropoarchicznej koncepcji prawa”, [w:] Maciej Dybowski, Marcin Romanowski, *O trudnych przypadkach w filozofii prawa. Studia z antropologii prawa* (Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 2015), 19.

Greek philosophy, Christian religion, and Roman law. Freedom is counted among the oldest individual rights, both in terms of conceptualization and normativization.

The path of human rights in Europe and around the world has gone through numerous stages of development. After the conceptualization phase was completed, positivization was carried out – the incorporation of the system of their protection into state law, including constitutional norms. This happened to make the protection of human rights a reality and to create appropriate legal tools. We are now observing the importance of the use of acts of international law of a universal nature, as well as their impact on systems of national protection of the status of the individual. The diversity of human rights guarantees contained in both acts of international law is confirmed by many studies, analyses, and observations.

Contemporary problems in interpreting the content of human rights, especially what in principle should be their universal core of meaning, seem to be tangible signs of the urgent need to turn to the basis of law, and in particular the need to focus on human dignity as the basis of law^[35]. For modern law must find an objective parameter that will allow it to survive the crisis of relativism and non-cognitivism, which deprives legal rules of axiological content. The natural law has sometimes been considered such an objective parameter for more than two thousand years. In recent times, among legal theorists and philosophers who have searched for some suprapositive legal parameter, some do not strictly recognize natural law, such as L.L. Fuller, John Rawls, Ronald Dworkin and Robert Alexy, but there are also those who acknowledge it, such as Javier Hervada, Rafael Domingo, Michel Villey, Germain Grisez, John Finnis, and Robert P. George.

Nor is the natural law perspective concerned with borderline cases, where lawyers-practitioners, whether advocates or judges, are forced to go beyond the legal text and look for solutions in other normative systems, such as customs, habits, and morality. On the contrary, when applying natural law thinking, one should look for the axiological foundations of the legal system, i.e., all those places where it stems from normative acts (sometimes from specific provisions, sometimes from the wording of the entire legal act) that it is based on certain values or goods. Axiological justification in the form of natural law is therefore not extraordinary (*vide: hard cases*), but obligatory (it applies to the entire system of law, constituting

³⁵ A. Czarnecka, „Nowe pytania, stare problemy: filozofia prawa wobec wyzwań współczesności”, „Prawo i Więź”, 2019, vol. 8, nr 2, 57–69.

its proper cause). Since the law is formulated in natural language, which is not a closed artificial code, the given system of law created in it cannot be exclusive (consisting only of legal norms) either, but must necessarily take into account the natural law perspective, since every linguistic action is a manifestation of practical reason, as both St. Thomas and John Finnis well demonstrate^[36].

For these reasons, I believe that the natural law perspective has value regardless of whether one accepts or rejects the claim of the objective and self-evident character of principles: practical rationality, fundamental goods, and the notion of a person as the basis of law or justice as giving everyone what is due to him/her. This is because reasoning based on these assertions generally leads to reasonable conclusions that could be referred to as „good reasons”. Even if one does not recognize the obviousness of these principles or share cognitivist axiology, it is still possible to accept the value of using them in the context of reflections on written law, even if only with the principle of efficiency and effectiveness as a possible justification. Thus, it opens space for an expansion of the scope of application of the natural law perspective in studies on written law. For example, in a nutshell, civil law is based on the assumption of individual rationality, freedom, and responsibility – this is its general thrust, but there are also specific provisions that provide evidence of this. Public international law, on the other hand, requires the assumption of a certain concept of justice, while labor law is based on the conviction that, by the very fact of being human, a certain legal privilege is due to the employee to counterbalance the fact that *de facto*, the privileged party to the employment relationship tends to be the employer.

At the same time, it seems that there are two possible roadmaps for reconstructing the axiological foundations of specific dogmatic sciences, from the foundations of the entire branch through the individual institutions and vice versa. Indeed, it is possible to look for axiological foundations and concepts of justice, morality, and man in the general principles of a branch of law, but it is also possible to find this in the individual institutions of a branch, for example, in constitutional law, one should start from

³⁶ St Thomas' reflections on law begin with the claim that practical reasoning, that is, reasoning about what to do or not to do, has a logical structure that is analogous to that of theoretical reasoning. Saint Thomas, *Summa Theologica*, I-II q. 90 a.1 ad 2. Cf. John Finnis, „Natural Law and Legal Reasoning” *Cleveland State Law Review*, No. 38 (1990): 1.

the assumption of natural law that it is based on the principle of human dignity and its inviolability, and then „prove” this with the provisions of the Constitution or, conversely, analyze individual provisions and come to the conclusion that the constitutional principle of equality, the guarantee of freedom, and the right to education are linked by the conviction that man, as a being to whom dignity is due, requires certain rules to secure it.

The value of adopting a natural law perspective does not, in my opinion, apply only to the creation or application of law, but also to its observance – it extends to any decision-making difficulty in the face of a dispute, providing a possible solution to the axiological conflict for both the lawyer and the citizen. Thus, I believe that it is possible to apply a natural law perspective to the study of the branches of law whenever there is a dispute about who a man is, and to the extent that the consequence of this dispute is to determine what is due and to whom, according to the law, i.e., in practice, always. However, this is not always easy, as the complexity of a human being as a person means that the more human something appears, the more difficult it is.

Personally, I believe that it is important to look at the axiological basis of the legal system entrenched in natural law reflection. Legal education is not only about assimilating the content of the law but also about understanding the meaning of the law as such. I hope that this text will provide a „leaven” for an in-depth study of natural law – both theoretically and practically – which, following this kitchen analogy, will lead to nutritious bread, i.e., the formation of a system of positive law that is not axiologically neutral, but based on universal moral principles. Indeed, just as leaven is formed from a portion of raw dough left over from a previous baking and added to each new loaf, so the contemporary studies of natural law start from the philosophical legacy of Aristotle and St Thomas Aquinas, so that the results of the research do not become an indigestible crock and, moreover, the process is virtually endless.

Bibliography

Agamben Giorgio, *Where Are We Now? The Epidemic as Politics*, trans. Valeria Dani. London: Rowman & Littlefield Publishers, 2021.

- Andersen Hans Christian, *The Emperor's New Clothes: an All-Star Retelling of the Classic Fairy Tale*, Starbright Foundation, New York 1998.
- Aristotle, *Politics*, I, 1253a, 11. Warszawa: PWN, 2004.
- Austin John, *The Province of Jurisprudence Determined*. London Weidenfeld & Nicolson, 1954.
- Batnitzky Leonora, „A Seamless Web? John Finnis and Joseph Raz on Practical Reason and the Obligation to Obey the Law” *Oxford Journal of Legal Studies*, 2 (1994): 153–175.
- Boyle Joseph, „Free Choice, Incomparably Valuable Options, and Incommensurable Categories of Good” *The American Journal of Jurisprudence*, No. 1 (2002): 123–141.
- Boyle Joseph, Germain Grisez, John Finnis, „Incoherence and Consequentialism (or Proportionalism). A Rejoinder” *The American Catholic Philosophical Quarterly*, No. 2 (1990): 271–277.
- Bradley Gerard V., Robert P. George, „The New Natural Law Theory: A Reply to Jean Porter” *The American Journal of Jurisprudence*, No. 1 (1994): 303–315.
- Chauvin Tatiana, „Osoba fizyczna czy człowiek? Kilka refleksji na temat podmiotu prawa” *Principia*, Vol. LXI-LXII (2015): 123–142.
- Crowe Jonathan, *Natural Law and the Nature of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Domingo Rafael, *The New Global Law*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Dybowski Maciej, Marcin Romanowski, „Trudne przypadki w antropoarchicznej koncepcji prawa”, [in:] Maciej Dybowski, Marcin Romanowski, *O trudnych przypadkach w filozofii prawa. Studia z antropologii prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 2015.
- Finnis John, Joseph Boyle, Germain Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*. Oxford: Oxford University Press, 1987.
- Finnis John, Joseph Boyle, Germain Grisez, „Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends” *American Journal of Jurisprudence*, No. 32 (1987): 99–151.
- Finnis John, „Aquinas and Natural Law Jurisprudence”, [in:] *Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, ed. John Tasioulas. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Finnis John, *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980.
- Finnis John, *Fundamentals of Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- Finnis John, „On Reason and Authority in Law's Empire” *Law and Philosophy*, No. 6 (1985): 357–380.
- Finnis John, *Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth*. Washington: Catholic University of America Press, 1991.
- Finnis John, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

- Finnis John, „Natural Law and Legal Reasoning” *Cleveland State Law Review*, No. 1 (1990): 1-13.
- Finnis John, Herbert L.A. Hart, „A Twentieth-Century Oxford Political Philosopher. Reflections by a Former Student and Colleague” *The American Journal of Jurisprudence*, No. 1 (2009): 161-185.
- Finnis John, „The Priority of Persons Revisited” *American Journal of Jurisprudence*, No. 58 (2013): 45-62.
- George Robert Peter, *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- George Robert Peter, „Natural Law” *American Journal of Jurisprudence*, No. 1 (2007): 55-75.
- George Robert Peter, „Natural Law” *Harvard Journal of Law and Public Policy*, No. 1 (2008).
- George Robert Peter, *Conscience and Its Enemies*. Wilmington: ISI Books, 2013.
- George Robert Peter, „Natural Law and Positive Law”, [in:] *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, ed. Robert Peter George. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Grisez Germain, „The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, q. 94 a. 2” *Natural Law Forum*, No. 10 (1965): 168-201.
- Hart Herbert L.A., *The Concept of Law*, London 1961.
- Hervada Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 10ª edición. Pamplona: Universidad de Navarra, 2007.
- Hervada Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 4ª edición, Pamplona: Universidad de Navarra, 2007.
- Hervada Javier, *Cuatro lecciones de Derecho Natural*, 4ª edición, Pamplona: Universidad de Navarra, 1998.
- Hervada Javier, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Pamplona: Universidad de Navarra, 2002.
- Hervada Javier, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona: Universidad de Navarra, 1987 (3ª edición 1996).
- Hervada Javier, *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona: Universidad de Navarra, 1986 (2ª edición 1993).
- Hervada Javier, *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, Pamplona: Universidad de Navarra, 1974 (4ª edición 2007).
- Hervada Javier, *Prawo naturalne. Wprowadzenie*, trans. Anna Dorabalska. *Wprowadzenie*. Kraków: Wydawnictwo Petrus, 2011.
- Kaleta Krzysztof, Krzysztof Koźmiński, „Charakter władzy suwerennej w koncepcjach ładu konstytucyjnego Hansa Kelsena i Carla Schmitta” *Filozofia Publiczna*

- i *Edukacja Demokratyczna*, No. 2 (2013): 154–168. DOI: 10.14746/fped.2013.2.2.20. <https://pressto.amu.edu.pl/index.php/fped/article/view/12938/12708>.
- MacCormick Neil, *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Perelman Chaïm, *L'Empire rhétorique; rhétorique et argumentation*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1977.
- Perelman Chaïm, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, trans. Tomasz Pajor. Warszawa: PWN, 1983.
- Romanowski Marcin, „The Origin and Characteristics of the Concept of a Person”, [in:] Maciej Dybowski, Perez R. Garcia, *Globalization of Law. The Role of Human Dignity*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- Sopiński Michał, „Ewolucja teorii rozumowania prawniczego Neila MacCormicka” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, No. 1 (2019): 63–78. <https://doi.org/10.36280/AFPIFS.2020.1.84>.
- Sopiński Michał, *Od pozytywizmu do postpozytywizmu: poglądy teoretycznoprawne Neila MacCormicka na tle współczesnej teorii i filozofii prawa*, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów Uniwersytetu Jagiellońskiego, Nauki Społeczne”, № 21, 2/2018, pp. 23–45.
- Sopiński Michał, „Rozumowanie prawnicze jako rozumowanie praktyczne w świetle nowej teorii prawa naturalnego Johna M Finnisa” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, No. 1 (2020): 84–98.
- Stelmach Jerzy, Bartosz Brożek, *Methods of Legal Reasoning*, New York: Springer, 2006.
- St. Thomas Aquinas, *Theological Summa*, part 1–2, q. 94, article 2.
- Zajadło Jerzy, *Po co prawnikom filozofia prawa?*. Warszawa: Lexis Nexis, 2008.



JĘDRZEJ JABŁOŃSKI

Krótką historia zasady pomocniczości jako zasady ustrojowej Próba konceptualizacji

Short History of the Rule of Subsidiarity. Attempt to Conceptualize

This paper aims to follow the history of the principle of subsidiarity in order to define it as a directive concerning the form of government. The roots of the principle may be found in antiquity; however, it was the medieval period when, despite not having been articulated, its essence was visible both in political and legal practice and in philosophical thought, especially in Thomas Aquinas. However, in the subsequent period, rising doctrines of sovereignty and social contract, introduced by William Ockham and Marsilius of Padua, developed later by Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Locke, and Jean-Jacques Rousseau caused much centralization of political power during the modernity and therefore reduced the application of the principle of subsidiarity. Nevertheless, the theoretical development of the principle was continued by Johannes Althusius at the turn of the 16th and 17th centuries and, in the 19th century, by Alexis de Tocqueville and finally by Catholic social teaching, with which it got its mature form and name. A review of this history allows the author to reconstruct the essence of the principle, which may be described as the necessity of the existence of political beings smaller than central government whose autonomy may not be infringed.

JĘDRZEJ JABŁOŃSKI magister prawa, Uniwersytet Warszawski
ORCID – 0009-0000-2206-9373 / e-mail: jzsjablonski@gmail.com

SŁOWA KLUCZOWE: pomocniczość,
państwo, federalizm, wspólnoty

KEYWORDS: subsidiarity, state,
federalism, communities

1 | Korzenie zasady pomocniczości. Średniowieczna praktyka jej obowiązywania

Mimo że sam termin „zasada pomocniczości” pojawia się w historii dość późno, bo dopiero w XIX wieku^[1], to niewątpliwie stojąca za nim myśl, jakoby władza, a zwłaszcza władza centralna, nie miała nieograniczonych kompetencji, lecz mogła ingerować w działalność wspólnot niższego rzędu tylko w wyjątkowych okolicznościach, jest znacznie starsza. Chantal Million-Delsol humorystycznie przyrównuje jej status do refleksji tytułowego bohatera komedii Moliera *Mieszczanin szlachcicem*, pana Jourdain. Tak jak on był zdziwiony, że bezwiednie całe życie mówił prozą, tak i narody Europy intuicyjnie stosowały tę zasadę, wcale nie zdając sobie z tego sprawy^[2].

Podstawą funkcjonowania zasady pomocniczości jest antropologiczna wizja Arystotelesa, dla którego społeczeństwo składa się z szeregu naturalnych wspólnot – począwszy do rodziny, przez gminę wiejską, aż po państwo^[3]. Każda z mniejszych społeczności powinna zaspokajać potrzeby wewnętrzne jej członków, jednak dopiero państwo stanowi wspólnotę samowystarczającą, umożliwiającą moralne życie. Innymi słowy, państwo jest wspólnotą, i to wspólnotą konieczną, której celem jest stworzenie takich warunków, których nie mogłyby zapewnić wspólnoty mniejszego rzędu, a zatem celem państwa jest ich „uzupełnianie”^[4]. Arystoteles zauważa zarazem, że wprawdzie państwo musi być na tyle duże, by mogło być samowystarczalne, ale jednocześnie na tyle małe, by było faktycznie realną wspólnotą, opartą na więzach międzyludzkich i wzajemnej znajomości^[5]. Zbyt wielka liczba jego obywateli sprawi, że zamiast wspólnoty stanie się ono zbiorem anonimowych jednostek, podatnych na demagogię, co uniemożliwia stanowienie dobrego prawa. Tym samym warto zaznaczyć,

¹ Najwcześniej w języku niemieckim, jako *Subsidiarität*, skąd na początku wieku XX trafił do łaciny kościelnej w formie *subsidiaritas principium*. Zob. Ks. Arkadiusz Wuwer, *Zasada subsydiarności. Perspektywa nauczania społecznego Kościoła* (Katowice: Księgarnia św. Jacka, 2011), 35.

² Chantal Million-Delsol, *Zasada pomocniczości*, przeł. Czesław Porębski (Kraków: Wydawnictwo Znak, 1995), 6.

³ Arystoteles, *Polityka*, I, przeł. Ludwik Piotrowicz (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2012), 1–8, 25–27.

⁴ Tak to ujmuje Million-Delsol, *Zasada pomocniczości*, 12.

⁵ Arystoteles, *Polityka*, VII, 4., 1–8, 189–191.

że nawet najwyższy poziom dokonywania rozstrzygnięć polityczno-prawnych, czyli poziom państwa, nie powinien być według Arystotelesa zbyt odległy od obywatela. Takie też realia panowały w praktyce politycznej greckich polis, których polityczne rozdrobnienie można uznać za pewien radykalny sposób realizacji zasady pomocniczości, niezbyt jednak przydatny do zastosowania we współczesnych realiach istnienia wielkich państw narodowych oraz wspólnot ponadnarodowych. Praktycznych punktów odniesienia, przystających do takiej sytuacji, należy raczej szukać w układzie ustrojowym powstałym w wyniku ekspansji, a następnie upadku Imperium Rzymskiego.

Państwo to, mimo że rozwijało się głównie w wyniku ekspansji zbrojnej i narzucało własne władze administracyjne podbitym terenom, szanowało ich autonomię prawną i przez długi czas posiadało w zasadzie ustrój miasta-państwa. Największą samodzielnością cieszyły się tak zwane miasta sprzymierzone (*civitas foederate*), wyjęte spod władzy namiestników^[6]. System ten został jednak uznany za dysfunkcyjny przez cesarza Dioklecjana i w IV wieku po Chrystusie został zastąpiony przez biurokratyczno-centralistyczny system dominatu^[7]. Towarzyszyło temu skupienie kompetencji legislacyjnej, dotyczącej całego terytorium imperium, w rękach cesarza, czego wyrazem były między innymi sukcesywne próby kompilacji obowiązujących ustaw, zwieńczone wydaniem tak zwanego kodeksu Justyniana^[8].

Kryzys i następnie upadek Cesarstwa Zachodnio-Rzymskiego doprowadził do ponownego rozdrobnienia politycznego w Europie. Nowo powstałe wspólnoty polityczne wywodziły się w dużej mierze z organizacji plemiennych, opartych na daleko posuniętej autonomii swoich członków oraz bardzo ograniczonych kompetencjach władzy zwierzchniej. Funkcje państwa plemiennego sprowadzały się do takich zadań zewnętrznych, jak obronność i sądownictwo^[9], niemożliwych do zrealizowania przez wchodzące w skład państwa mniejsze wspólnoty. Jeszcze długo później, w okresie pełnego,

⁶ Wojciech Dajczak, Tomasz Giaro, Franciszek Longchamps de Berrier, *Prawo rzymskie. U podstaw współczesnego prawa prywatnego* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN, 2009), 47–48.

⁷ Marek Wąsowicz, *Historia ustroju państw zachodu. Zarys wykładu* (Warszawa: LIBER, 2011), 28–29.

⁸ Dajczak, Giaro, Longchamps de Berrier, *Prawo rzymskie. U podstaw współczesnego prawa prywatnego*, 77–82.

⁹ Michał Szczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa* (Warszawa: Lexis Nexis, 2007), 45.

a gdziekolwiek nawet późnego średniowiecza, władcy nie mieli kompetencji do stanowienia lub zmiany istniejącego prawa – podstawą regulacji życia społecznego był zwyczaj. Państwo składało się więc z różnorodnych wspólnot terytorialnych, z których każda rządziła się swoim prawem^[10]. W pełnym średniowieczu pojawiły się kolejne samorządne wspólnoty: miasta^[11] i uniwersytety^[12]. Z kolei jeszcze w okresie Cesarstwa Rzymskiego swoją autonomię uzyskał Kościół, posiadający własny system sądownictwa^[13], a od pewnego momentu również własne, całościowe, autonomiczne i uniwersalne prawo: prawo kanoniczne^[14]. Niektórzy właśnie w pismach Ojców Kościoła – Ambrożego, Jana Chryzostoma czy Augustyna, którzy bronili autonomii mniejszych wspólnot kościelnych – widzieli pierwsze próby wyrażenia zasady pomocniczości^[15].

Zdecydowanie głębszą i bardziej ogólną refleksję, w której możemy znaleźć wczesną konceptualizację subsydiarności jako zasady polityczno-prawnej, znajdziemy u najwybitniejszego filozofa średniowiecza – św. Tomasza z Akwinu. Przywołuje on arystotelesowską koncepcję człowieka jako istoty wspólnotowej, pisząc w ten sposób: „Wprawdzie głowa w naturze nie ma nad sobą innej głowy, bo ciało ludzkie nie stanowi części innego ciała, lecz ciało w znaczeniu przenośnym, czyli pewnego rodzaju uporządkowany układ, jest częścią innego układu, tak jak społeczność rodzinna jest częścią społeczności państwowej. Toteż Głowa tej społeczności, ojciec rodziny, ma nad sobą, jako Głowę, naczelnika państwa”^[16]. W *Komentarzu do etyki nikomachejskiej* Akwinata zauważa, że społeczność polityczna jest człowiekowi potrzebna do realizacji tych celów, których nie mógłby osiągnąć samemu albo w ramach samej wspólnoty rodzinnej: „I w ten sposób człowiek potrzebuje społeczności państwowej, której jest częścią, nie tylko w odniesieniu do rzeczy cielesnych, lecz także ze względu na to, że w państwie są liczne sztuki, których uprawiać nie może pojedynczy dom, także w odniesieniu

¹⁰ Jan Baszkiewicz, *Mysł polityczna wieków średnich* (Poznań: Wydawnictwo Poznańskie, 2009), 172.

¹¹ Szczaniecki, *Powszechna historia prństwa i prawa*, 83.

¹² Roman Michałowski, *Historia powszechna. Średniowiecze* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2009), 269–270.

¹³ Tadeusz Manteuffel, *Historia powszechna. Średniowiecze* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1965), 22–23.

¹⁴ Dajczak, Giaro, Longchamps de Berrier, *Prawo rzymskie*, 92–93.

¹⁵ Wuwer, *Zasada subsydiarności*, 93–94.

¹⁶ Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, III, q. 1–15: *Wcielenie Słowa Bożego*, t. xxiv, przeł. ks. Stanisław Piotrowicz (Londyn: Veritas, 1962), 83. http://www.katedra.uksw.edu.pl/suma/suma_24.pdf.

do moralności [...]”^[17]. Wynika z tego, że mniejsza wspólnota „może podejmować działania, które nie są działaniami całości”^[18]. Zdaniem Nicholasa Aroneya św. Tomasz świadomie podkreśla fakt, że wspólnota polityczna nie ma absolutnej władzy nad wspólnotami niższego rzędu, mimo że w komentowanym fragmencie tekstu Arystotelesa kwestia ich relacji nie pojawia się w ogóle^[19]. W *O królowaniu* św. Tomasz wprost stwierdza, że jakkolwiek „wspólnota polityczna [czyli *civitas* – miasto] [...] jest wspólnotą doskonałą”, to „[...] w jeszcze większym stopniu zachodzi to [samowystarczalność] w przypadku całej prowincji ze względu na konieczność prowadzenia wojen i wzajemnego wspierania się w walce przeciwko wrogom”^[20]. Być może owa *provincia* oznacza właśnie społeczność uniwersalną, czyli Święte Cesarstwo Rzymskie^[21]. Sama *civitas* składa się zresztą z samorządnych *vici*, oznaczających w praktyce wspólnoty czy też korporacje osób trudniących się tym samym zawodem^[22]. Ta złożoność wspólnoty politycznej wyższego rzędu, składającej się z mniejszych wspólnot o daleko posuniętej autonomii, znajduje również wyraz w słowach: „pod berłem jednego króla znajdują się różne społeczności, które rządzą się różnymi prawami i mają swoich zwierzchników”^[23]. To właśnie w tej mozaice różnorodnych wspólnot, połączonych rozmaitymi więzami, jednak tworzących hierarchię, w ramach której wspólnoty niższego rzędu, często wybierane wprost przez ich członków, w możliwie wyczerpujący sposób regulowały swoje sprawy wewnętrzne, można doszukiwać się początków idei federalistycznej, a przynajmniej quasi federalistycznej^[24], która, według Chantal

17 Św. Tomasz z Akwinu, „Komentarz do Etyki Nikomachejskiej. Lekcja 1”, przeł. Artur Andrzejuk *Rocznik Tomistyczny*, 3 (2014): 247.

18 Ibidem, 247.

19 Nicholas Aroney, „Subsidiarity, Federalism and the Best Constitution: Thomas Aquinas on City, Province and Empire” *Law and Philosophy*, 26 (2007): 177. <https://doi.org/10.1007/s10982-006-0005-9>.

20 Św. Tomasz z Akwinu, *O królowaniu*, przeł. Mateusz Matyszkowicz (Kraków: Ośrodek Myśli Politycznej, 2006), 45.

21 Aroney, „Subsidiarity”, 188–190.

22 Zob. komentarz Mateusza Matyszkowicza do rozdziału 2. *O królowaniu*, 147–148 oraz Aroney, „Subsidiarity”, 184–185.

23 Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, I, q. 103–119: *Rządy Boże*, t. VIII, przeł. Pius Bełch OP (Londyn: Veritas, 1981), 44. <http://www.katedra.uksw.edu.pl/suma/Suma%208.pdf>.

24 Aroney, „Subsidiarity”, 192–194.

Millon-Desol, umożliwia najpełniejsze zastosowanie zasady pomocniczości na płaszczyźnie politycznej^[25].

Przechodząc od teorii do praktyki ustrojowej, można wskazać przykład Francji, w której w XI wieku nastąpiło rozdrobnienie polityczne i przeniesienie ciężaru władzy na lokalnych możnowładców, którzy uzyskali swój autorytet nie w drodze delegacji uprawnień monarszych, ale dzięki zawieranim przez nich umowom dwustronnym, w ramach których lokalna ludność uznawała ich władztwo publiczne, określane mianem „banu”^[26]. Państwem, które w największym stopniu można uznać za inspirację dla późniejszych idei federacyjnych, było Święte Cesarstwo Rzymskie. Kluczowe znaczenie miało tu wydanie w 1231 r. przez cesarza Fryderyka II Hohenstaufa Statutu na rzecz książąt, który gwarantował im kompetencje do autonomicznego stanowienia prawa w swoich władztwach za zgodą lokalnych reprezentacji stanowych oraz do sprawowania lokalnego wymiaru sądownictwa, co stworzyło podstawy koncepcji współrzędzenia Imperium przez cesarza oraz książąt^[27]. W późnym średniowieczu dojrzałą formę otrzymał również Sejm Rzeszy, czyli najwyższy centralny organ początkowo opiniodawczy, a potem również ustawodawczy, który nie był zorganizowany według podziału stanowego, lecz którego poszczególne kurie: książąt elektorów, pozostałych książąt oraz miast cesarskich^[28] składały się z przedstawicieli wchodzących w jego skład wspólnot politycznych. Również z czasów Fryderyka II gwarancję swojej autonomii wywodzili mieszkańcy szwajcarskich górskich kantonów, którzy w 1291 r., w celu ich obrony, utworzyli Konfederację, do której w dalszych wiekach dołączyły kolejne wspólnoty^[29]. Aż do XIX wieku była ona luźnym związkiem *de facto* niezależnych państw, które łączyły przede wszystkim kwestie związane z obronnością. Dopiero w XIX wieku przekształcono ją w federację, do dziś jednak gwarantującą szeroką samodzielność poszczególnych kantonów^[30].

Podsumowując, średniowiecze jak żadna inna epoka było przesiąknięte duchem zasady pomocniczości zarówno w teorii, jak i praktyce, dając

²⁵ Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, 37.

²⁶ Susan Reynolds, *Lenna i wasale. Reinterpretacja średniowiecznych źródeł*, przeł. Arkadiusz Bugaj (Kęty: Wydawnictwo Marek Derewiecki, 2011), 274–278.

²⁷ Stefan Weinfurter, *Niemcy w średniowieczu 500–1500*, przeł. Agnieszka Gadzała (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2010), 112–113.

²⁸ Wąsowicz, *Historia ustroju*, 82–83.

²⁹ Benedykt Zientara, *Historia powszechna. Średniowiecze* (Warszawa: Wydawnictwo Trio, 2000), 431.

³⁰ Wąsowicz, *Historia ustroju*, 274–275.

podstawy pod nowożytnie teorie federalistyczne. Pod jego koniec zaczęły jednak pojawiać się nowe teorie o charakterze zdecydowanie sprzecznym z zasadą pomocniczości, kładące podwaliny pod absolutystyczne i centralistyczne formy sprawowania władzy. Była to w szczególności doktryna suwerenności monarszej z jednej strony, a z drugiej – poglądy filozoficzne dotyczące natury społeczeństwa, państwa i prawa myślicieli takich jak Wilhelm Ockham i Marsyliusz z Padwy. Dokładne prześledzenie tych poglądów i ich negatywnego wpływu na realizację zasady pomocniczości wymagałoby jednak osobnego artykułu.

2 | Nowożytność. Konceptualizacja zasady pomocniczości

Również początek epoki nowożytnej nie sprzyjał zasadzie pomocniczości. Przeciwnie jej doktryny znalazły swoich dalszych wyrazicieli w poglądach przede wszystkim Jeana Bodina i Marcina Lutera. Wiek XVI zwyczajowo uznaje się za początek epoki rządów absolutnych. Mimo tych niesprzyjających okoliczności, refleksja nad zasadą pomocniczości nie została jednak zarzucona, lecz właśnie w tym samym okresie pojawiła się pierwsza jej tak całościowa próba konceptualizacji.

Johannes Althusius żył na przełomie XVI i XVII wieku, zasadniczą część swego życia spędził jako syndyk miasta Emden we wschodniej Fryzji w Świętym Cesarstwie Rzymskim^[31]. Myśliciel ten jest powszechnie uważany za najważniejszego teoretyka i prekursora współczesnej idei federalnej^[32]. Podobnie jak Marsyliusz z Padwy uważał on, że państwo powstaje w wyniku łączenia się mniejszych wspólnot, zwanych przez niego stowarzyszeniami prywatnymi – rodzin i stowarzyszeń zawodowych^[33]. Inaczej jednak niż jego poprzednik uważał, że po połączeniu rola tych wspólnot nadal jest decydująca. To z ich zgody wspólnoty wyższego rzędu biorą cały

³¹ Lucyna Chmielewska, „Johannes Althusius. Pierwszy teoretyk federalizmu” *Doctrina. Studia społeczno-polityczne*, nr 9 (2012): 13-14. http://www.doctrina.uph.edu.pl/doctrina_2012/I_1_Chmielewska%20Lucyna%20Doctrina%202012.pdf.

³² Mark Friesen, „Subsidiarity and Federalism: An Old Concept With Contemporary Relevance for Political Society” *Federal Governance* 2, nr 1 (2005), 6, <https://doi.org/10.24908/fg.v2i1.4418>.

³³ Chmielewska, „Johannes Althusius”, 16.

swój autorytet, natomiast wspólnoty niższe zachowują swoją wewnętrzną autonomię^[34]. Sprawują one również kontrolę nad nowo utworzoną władzą, a nawet mogą ją pozbawić jej uprawnień^[35]. Najmniejszymi wspólnotami politycznymi, jakie powstają w wyniku paktów wspólnot prywatnych, są wspólnoty terytorialne – miasta lub prowincje, mające charakter partykularny. Te z kolei mogą zjednoczyć się tworząc wspólnotę uniwersalną – państwo, czyli republikę lub królestwo^[36]. Stratyfikacja ta przywołuje na myśl wysunięty przez Tomasza z Akwinu podział wspólnot, o którym była mowa powyżej. Warto jednak dodać, że również mniejsze wspólnoty, takie jak gildie, mają według Althusiusa bardzo istotną publiczną rolę jako samorządne ciała, mające udział we władzy nad miastem^[37]. Istotę myśli Althusiusa bardzo celnie ujmuje Alain de Benoist, stwierdzając, że właściwymi podmiotami życia społecznego i obywatelskiego nie są jednostki, lecz wspólnoty^[38]. Po co jednak te wspólnoty zawierają ze sobą pakt, tworząc większe wspólnoty? Po pierwsze po to, aby mogły w sposób stabilny i uporządkowany korzystać z wytworzonych przez siebie nawzajem dóbr, usług i praw, które mogą im zapewnić szczęśliwe życie oraz dokonywać ich wymiany^[39]. Po drugie po to, by mogły cieszyć się bezpieczeństwem ze strony zagrożeń zewnętrznych^[40]. Z tego też powodu ich uprawnienia mają wyraźne granice oraz muszą istnieć mechanizmy, mające uniemożliwić ich przekroczenie. Po pierwsze, jak już było powiedziane, mniejsze wspólnoty mają bezpośredni nadzór nad wspólnotami wyższego rzędu. To ich reprezentanci wchodzi w skład gremiów decyzyjnych tychże wspólnot^[41]. Inaczej niż u Marsyliusza nie są wybierani przez abstrakcyjny, uniwersalny i wszechwładny podmiot, jakim miałyby być „lud”. Po drugie, zmiana warunków umowy powołującej do życia wspólnotę wyższego rzędu lub jej władzę, wymaga zgody wszystkich mniejszych wspólnot, które mogą zresztą, o czym również była już mowa, wycofać swoją zgodę na udział w federacji^[42]. Po trzecie wreszcie, prawo stanowione przez wspólnotę najwyższą (państwo) podlega istotnym ograniczeniom treściowym.

34 Ibidem, 17.

35 Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, 16.

36 Chmielewska, „Johannes Althusius”, 17.

37 Aroney, „Subsidiarity”, 185.

38 Friesen, „Subsidiarity and Federalism”, 8.

39 Wuwer, *Zasada subsydiarności*, 80.

40 Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, 17.

41 Chmielewska, „Johannes Althusius”, 20.

42 Ibidem, 21–22.

Powinno mieć raczej charakter „standardów w zakresie życia politycznego, ekonomicznego i kulturalnego”, musi być również „zgodne z nakazami Biblii”^[43]. Wreszcie, co również było już powiedziane, mniejsze wspólnoty zachowują całą swoją autonomię w sprawach wewnętrznych, rządząc się swoim własnym prawem^[44]. Zachowują również wszelkie dotychczasowe instytucje, takie jak lokalne trybunały, prawo do poboru podatków, własny aparat administracyjny, siły porządkowe oraz fortyfikacje^[45]. Zdaniem Althusiusa to właśnie autonomia tworzących państwo wspólnot była źródłem i zabezpieczeniem wolności, nie zaś gwarancje władzy centralnej^[46]. Z tego też powodu niektórzy zarzucają Althusiusowi, że zbyt łatwo przechodzi do porządku nad kwestią legalności i prawomocności tychże mniejszych wspólnot^[47], co w praktyce może sankcjonować tyranie i okrucieństwo na lokalnym poziomie. Tego typu zarzuty, charakterystyczne dla liberalnego pozytywizmu, są jednak w dużej mierze anachroniczne. Przede wszystkim to nie państwo jest źródłem podstawowych praw i wolności. Normy te mają charakter niezależny od woli ludzkiej – wynikają bowiem z Prawa Bożego i są realizowane już w przedpolitycznych, naturalnych społecznościach^[48]. Warto w tym miejscu podkreślić, że wszystkie te wspólnoty, które tworzą państwo, nie są bytami sztucznymi, nie powstają w wyniku jakiegoś matematycznego podziału na możliwie jak najmniejsze podgrupy, lecz oparte są na rzeczywistych więzach: rodzinnych, krewniaczych lub społecznych (towarzyskich, zawodowych etc.)^[49]. Jest to wyraźne nawiązanie do przytoczonych wcześniej poglądów społecznych Arystotelesa.

Myśl Althusiusa nie znalazła jednak bezpośrednich kontynuatorów. Wieki XVII i XVIII cechowała kontynuacja procesu centralizacji władzy, za którego kulminację można uznać proces budowy państwa nowego rodzaju, powstałego we Francji w wyniku rewolucji, który odznaczał się scentralizowaniem na niespotykaną dotąd skalę. Dokładne omówienie tego zagadnienia również wymagałoby osobnego artykułu.

43 Ibidem, 21.

44 Wuwer, *Zasada subsydiarności*, 80.

45 Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, 17.

46 Friesen, „Subsidiarity and Federalism”, 6.

47 Andreas Follesdal, „The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law” *Jean Monnet Working Paper*, nr 12 (2011): 10. <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/JMWP12Follesdal.pdf>.

48 Chmielewska, „Johannes Althusius”, 14.

49 Friesen, „Subsidiarity and Federalism”, 8–9.

W podobnym jednak okresie, a nawet nieco wcześniej, do życia powołany został zupełnie nowy byt polityczny – Stany Zjednoczone Ameryki. Jego twórcy, jakkolwiek w dużej mierze zainspirowani nowożytnymi prądami myślowymi, w istotnej mierze czerpali również z tradycji przednowożytnej – klasycznej^[50]. Chociaż wśród ich myśli występowały daleko idące różnice, to przez wszystkich podzielany był pogląd o konieczności ograniczenia uprawnień władzy centralnej oraz zachowania większości kompetencji przez władze wspólnot regionalnych, czyli stanów^[51]. Idee te znalazły odbicie w przyjętej w 1787 roku Konstytucji Stanów Zjednoczonych^[52].

W porewolucyjnej Europie również pojawiły się idee kwestionujące prądy centralistyczne. Edmund Burke, jeden z najbardziej zaangażowanych przeciwników Rewolucji Francuskiej, współczesny jej czasom, zdecydowanie krytykował program odgórnej budowy nowego państwa i społeczeństwa, opartej na abstrakcyjnych założeniach. Uważał on społeczeństwo nie za zbiór jednostek, ale za realną wspólnotę, która winna być rządzona przez pewne stałe, przekazywane z pokolenia na pokolenie zasady i wartości^[53]. Podejście takie stawiało dość wyraźne granice działaniom rządu i władz prawodawczych, zmuszonych stać na straży ciągłości ustrojowo-prawnej całego systemu i chronić dawne prawa i przywileje^[54].

Najbardziej całościową i spójną krytykę nowożytnego centralizmu oraz alternatywny program pozytywny znajdujemy u Alexisa de Tocqueville’a. Autor ów kategorycznie wyraża swoją pochwałę dla ustroju federalnego^[55]. Ustrój taki uważa za połączenie zalet istnienia małych narodów (gwarantujących wolność wewnętrzną ich mieszkańcom, lecz narażonym na zewnętrzne ataki) z zaletami właściwymi narodom wielkim (silnym i zdolnym do obrony^[56]). Wyczytać tutaj można *par excellence* zasadę pomocniczości – rząd centralny powinien zajmować się tym, czego nie są w stanie osiągnąć mniejsze wspólnoty. Te z kolei dzięki temu, że zdjęto

⁵⁰ Korab-Karpowicz, *Historia filozofii politycznej*, 349–352.

⁵¹ Olszewski, Zmierzczak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, 184–185.

⁵² Szerzej na ten temat zob. Jędrzej Jabłoński, „Klauzula enumerated powers w Konstytucji Stanów Zjednoczonych jako przykład realizacji zasady pomocniczości”, [w:] *Konstytucja USA. Ze studiów nad amerykańskim systemem politycznym*, red. Michał Urbańczyk, Łukasz Bartosik, Marcin Tomczak (Poznań–Łódź: Archea-Graph Wydawnictwo Naukowe, 2018), 194–200.

⁵³ Izdebski, *Historia myśli politycznej i prawnej*, 163.

⁵⁴ Ibidem, 163.

⁵⁵ Alexis de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, przeł. Barbara Janicka, Marcin Król (Warszawa: Fundacja Aletheia, 2005), 151.

⁵⁶ Ibidem, 141–144.

z ich barków ciężar, którego i tak nie byłyby w stanie unieść, mogą w sposób bardziej skuteczny realizować troskę o swoje sprawy wewnętrzne^[57]. Dla Tocqueville'a najważniejszą wartością w jego teorii politycznej była wolność^[58]. Istnienie publicznych ciał samorządowych, obdarzonych władzą niezależną od rządu centralnego, uważał za właściwą ochronę przed tyranią tegoż rządu^[59]. Winą za stan ówczesnej Europy obarczył absolutyzm, który, odchodząc od dziedzictwa średniowiecznego feudalizmu, opartego na przywilejach, samorządzie oraz wielości praw, powrócił miał do starożytnego despotyzmu^[60]. Rodziło to jednak nie tylko groźbę tyranii, lecz również inne negatywne skutki dla państwa i społeczeństwa: niższą skuteczność i wyższe koszty administracji, skupienie całego życia politycznego w stolicy kraju i tym samym pozbawienie go naturalnych mechanizmów stabilizacyjnych w sytuacji trudności rządu centralnego oraz zanik zarówno wśród rządzących, jak i rządzonych cnót publicznych^[61]. Za jedną z najbardziej podstawowych konstrukcji ustrojowych, pochodzącą „wprost od Boga” i powstającą „samorzutnie wszędzie tam, gdzie gromadzą się ludzie”, Tocqueville uznał wolności wspólnoty gminnej^[62]. Swobody lokalne są według niego prawami publicznymi najbardziej zinternalizowanymi nawet przez prostych ludzi, gotowych ich bronić również we współczesnych mu czasach^[63]. Tocqueville twierdził, że gminy nie istnieją z nadania państwa, ale to właśnie one przekazują władzy centralnej swoje uprawnienia, na których ta może opierać swoje kompetencje^[64]. Widać tutaj nawiązanie do poglądów Althusiusa. Możliwość wyrażenia troski o sprawy lokalne oraz podjęcia faktycznych działań w ich przedmiocie na forum samorządowym gwarantuje, zdaniem Tocqueville'a, skuteczną ochronę przed indywidualizmem, jego zdaniem bardzo szkodliwym dla wspólnoty^[65]. Z tego też powodu był on wielkim przeciwnikiem czystej demokracji, która jego zdaniem prowadziła do skupienia władzy w rękach

57 Zob. na przykładzie Stanów Zjednoczonych – Tocqueville, *O Demokracji w Ameryce*, 144.

58 Izdebski, *Historia myśli politycznej i prawnej*, 208.

59 Marek Tracz-Tryniecki, *Myśl polityczna i prawna Alexisa de Tocqueville* (Kraków: Księgarnia Akademicka 2009), 290.

60 Ibidem, 182–183.

61 Ibidem, 188–191.

62 Ibidem, 267.

63 Ibidem, 268.

64 Ibidem, 267.

65 Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, 484–486.

organów centralnych^[66]. Za ustrój w największym stopniu realizujący powyższe ideały uważał monarchię konstytucyjną^[67]. Zdecydowanie pozytywnie wypowiadał się jednak o Stanach Zjednoczonych, opisowi których poświęcił jedno z najważniejszych dzieł swojego życia, czyli „O demokracji w Ameryce”. W ich ustroju widział najdoskonalszą realizację, tak bliskich mu, ideałów federalistycznych^[68].

Podobne do Tocqueville’a, a nawet idące jeszcze dalej w swoim federalizmie poglądy, głosił przedstawiciel wydawałoby się zupełnie innego środowiska ideowego, a mianowicie Pierre-Joseph Proudhon. Był to jeden z głównych twórców nowoczesnego anarchizmu^[69]. Postulował on wizję społeczeństwa bardzo podobną do althusiańskiej – w miejsce suwerennych państw narodowych widział swoistą „konfederację federacji” – związek autonomicznych wspólnot gminnych (prowincji i miast)^[70]. Cały system, podobnie jak u syndyka z Emden, opiera się na umowach, niebędących jednak czysto hipotetyczną konstrukcją, tak jak w doktrynach opartych na idei „umowy społecznej”, lecz realnie zawieranych przez „ojców rodzin, gminy, kantony, prowincje lub państwa”, które to podmioty zachowują swoje wewnętrzne swobody^[71]. Powstała w ich wyniku władza centralna może podejmować działania tylko w zakresie „tego, co leży we wspólnym interesie bezpieczeństwa i pomyślności”^[72]. Przy tym wszystkim, w sposób zdecydowanie bardziej radykalny niż Tocqueville, Proudhon krytykuje demokrację, uważaną przez niego za prostą drogę do najgorszej i najtrudniejszej do usunięcia tyranii^[73]. Władze pochodzące z wyborów powszechnych zbyt często uznają się bowiem za władne regulować sprawy o charakterze zdecydowanie przedpaństwowym, takie jak rodzina, małżeństwa, własność, dziedziczenie^[74]. Mimo słuszności niektórych poglądów, myśl Proudhona cechuje jednak spora doza utopizmu. Jego zdaniem organizacja federalistyczna miałaby znieść wreszcie wszelkie konflikty między władzą a obywatelem i między różnymi władzami, pozbawić wszelkie

⁶⁶ Wuwer, *Zasada subsydiarności*, 89.

⁶⁷ Tracz-Tryniecki, *Myśl polityczna i prawna Alexisa de Tocqueville*, 280.

⁶⁸ Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, 141, 145–146.

⁶⁹ Filipowicz, *Historia myśli polityczno-prawnej*, 301.

⁷⁰ Wuwer, *Zasada subsydiarności*, 90.

⁷¹ Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, 23.

⁷² Ibidem, 24.

⁷³ Erik von Kuehnelt-Leddihn, *Ślepy tor. Ideologia i polityka lewicy 1789–1984*, przeł. Małgorzata Gawlik (Kąty Wrocławskie: Wektory, 2007), 80–81.

⁷⁴ Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, 24.

rewolucje ich sensu i racji, a przez to zapanować na całym świecie. Jest to jednak utopia szczególna, opierająca się bowiem na wyniesieniu umiaru i równowagi do rangi zasady naczelnej^[75].

W połowie XIX wieku do zabierania głosu w sprawie zasady pomocniczości powrócił również Kościół Katolicki, którego przedstawiciele szukali inspiracji w myśli św. Tomasza z Akwinu, dostosowując ją jednak do wyzwań nowych czasów. Najważniejszym z nich był Wilhelm von Ketteler, biskup Moguncji, twórca nowoczesnego rozumienia zasady pomocniczości^[76]. Krytykował on pruski biurokracyzm^[77], ale też i nowożytny liberalizm, który przez swój indywidualizm prowadził do osłabienia więzi społecznych, w rezultacie tworząc państwo absolutystyczne nowego typu, wobec którego samotne jednostki są bezbronne^[78]. Von Ketteler wskazywał również na zagrożenia ówczesnej demokracji, którą uważał za zwodniczą. Wybory stanowiły według niego podstęp, dzięki któremu władza mogła niepostrzeżenie narzucać swoją dominację oraz ucisk ludowi, przekonanemu, że wszystko dzieje się zgodnie z jego wolą^[79]. Biskup Moguncji nawiązywał do przednowożytnej praktyki realizacji zasady pomocniczości, głosząc konieczność autonomii gmin i rodzin, umożliwiającą samodzielną realizację ich wewnętrznych celów^[80].

Z punktu widzenia rozwoju katolickiego nauczania społecznego za najbardziej istotne należy jednak uznać podniesienie zasady pomocniczości przez papieża Leona XIII w encyklice *Rerum Novarum*^[81]. Jako podmioty, w których sprawy wewnętrzne państwo nie powinno ingerować bez uzasadnionego powodu, Ojciec Święty wymienia przede wszystkim jednostkę i rodzinę^[82]. Jako istotny podmiot regulujący ówczesne stosunki prawa pracy papież wskazywał również dobrowolne stowarzyszenia robotników, których autonomia powinna być szanowana przez państwo^[83]. Encyklika ta miała niewątpliwie doniosłe znaczenie dla ówczesnych relacji społecznych, jej znaczenie odnośnie do rozumienia zasady pomocniczości jako zasady

⁷⁵ Ibidem, 25.

⁷⁶ Wuwer, *Zasada subsydiarności*, 106.

⁷⁷ Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, 26.

⁷⁸ Wuwer, *Zasada subsydiarności*, 108.

⁷⁹ Ibidem, 107, przyp. 316.

⁸⁰ Ibidem, 109.

⁸¹ Ibidem, 142–143.

⁸² Leon XIII, *Rerum Novarum*, II 28. http://www.nonpossumus.eu/encykliki/Leon_xiii/rerum_novarum/.

⁸³ Ibidem, II 34.

ustrojowej, to jest odnoszącej się do kwestii podziału sprawowania władzy publicznej, w tym zwłaszcza kompetencji prawodawczych, pozostawało jednak na marginesie głównych rozważań Ojca Świętego. Ten aspekt zasady w nauczaniu Kościoła w pełni został wyeksponowany dopiero czterdzieści lat później przez Piusa XI w encyklice *Quadragesimo Anno*. Papież stwierdził w niej: „niewzruszoną przecież pozostanie najwyższa zasada filozofii społecznej, której ani podważać, ani osłabiać nie wolno: jak jednostkom ludzkim nie wolno odejmować i przekazywać społeczności tego, co jednostki te z własnej inicjatywy i własną mocą wytworzyć pracą, tak samo jest naruszeniem sprawiedliwość, gdy się to, co mniejsze i niższe społeczności wykonać i dokonać mogą, przydziela większym i wyższym władzom społecznym; poza tym wyrządza to szkodę wielką i podrywa porządek społeczny. Wszelka czynność społeczna bowiem powinna w pojęciu i istocie swojej wspomagać członki ciała społecznego, nigdy zaś ich nie rozbijać, ani nie wchłaniać”^[84]. Sformułowanie powyższe powszechnie uchodzi za klasyczną definicję zasady pomocniczości^[85]. Konsekwencje tej zasady papież podsumowuje następującymi słowami: „Sprawy zatem mniejszej wagi i zabiegi skądinąd zbyt drobiazgowo powinna władza państwowa pozostawić niższemu zespołom. Tym swobodniej, usilniej i skuteczniej sprosta tym zadaniom, które do niej wyłącznie należą, ponieważ ona jedna je wykonać zdoła: kierownictwem, nadzorem, przynagłaniem, powstrzymywaniem, stosownie do poszczególnego wypadku i potrzeby”^[86]. W tym miejscu jego postulat jest zbieżny z argumentacją Tocqueville’a. Dzięki podziałowi zadań między władzę centralną i mniejsze wspólnoty zarówno jedna, jak i drugie, będą w stanie bardziej efektywnie je wykonywać. Doniosłość powyższych sformułowań jest wielka. Pius XI wskazuje konieczność powrotu do przednowoczesnego wzorca podziału władzy publicznej oraz czyni zeń element oficjalnego nauczania Kościoła. Ma to kluczowe znaczenie dla dalszych losów zasady pomocniczości oraz jej istotnego odrodzenia w wieku XX. Należy jednak podkreślić, że, jak wynika z powyższych rozważań, papież nie stworzył w ten sposób jakiejś nowej, rewolucyjnej idei, lecz trafnie usystematyzował myśl, która towarzyszyła ludności Europy co najmniej od czasów średniowiecza.

⁸⁴ Pius XI, *Quadragesimo Anno*, II 80. https://opoka.org.pl/biblioteka/W/wp/pius_xi/encykliki/quadragesimo_anno_15051931.html.

⁸⁵ Wuwer, *Zasada subsydiarności*, 149.

⁸⁶ Pius XI, *Quadragesimo Anno*, II 81.

Tak rozumiana zasada pomocniczości była potem wielokrotnie przywoływana w późniejszym nauczaniu Kościoła: w konstytucji Soboru Watykańskiego II *Gaudium et Spes*^[87], w liście apostołskim Pawła VI *Octogesima adveniens*^[88] oraz w encyklice św. Jana Pawła II *Centesimus annus*^[89]. Pojawiła się ona również w ogłoszonym przez tego ostatniego Katechizmie Kościoła Katolickiego^[90].

W drugiej połowie XX wieku można mówić o pewnym renesansie zasady pomocniczości. Fakt ten wiązać można, zdaniem niektórych, z postęпами integracji europejskiej oraz upadkiem reżimu sowieckiego^[91]. Funkcjonuje ona jednak w radykalnie innym kontekście społecznym biorąc pod uwagę jej klasyczne znaczenie. Jej rozumienie, co widać chociażby na przykładzie myśli ordoliberalnej, próbuje pogodzić się z indywidualizmem i zanikiem ciał pośredniczących^[92]. Czy w takim kontekście może to jednak jeszcze być zasada ustrojowa, czy też raczej jedynie wskazówka dla państwa jak prowadzić swoją politykę gospodarczo-społeczną? Niemniej samą zasadę można znaleźć w aktach normatywnych o charakterze konstytucyjnym, w tym w preambule do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej^[93]. Nadal jednak jej recepcja w wielu krajach, zwłaszcza o ustroju unitarnym, na czele z Francją, jest mocno ograniczona^[94].

⁸⁷ *Gaudium et spes*. Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym, II 75. http://nonpossumus.eu/encykliki/sobor_ii/gaudium_et_spes/.

⁸⁸ Paweł VI, *Octogesima adveniens*. List apostołski Jego Świątobliwości Pawła VI do ks. kardynała Maurice'a Roy przewodniczącego Rady do spraw Świeckich i Papieskiej Komisji „*Iustitia et Pax*” z okazji 80. rocznicy ogłoszenia Encykliki „*Rerum novarum*”, III 46. http://www.nonpossumus.eu/encykliki/Pawel_vi/octogesima_adveniens/index.php.

⁸⁹ Jan Paweł II, *Centesimus annus*, I 13., V 48. https://opoka.org.pl/biblioteka/W/wp/jan_pawel_ii/encykliki/centesimus_2.html.

⁹⁰ Katechizm Kościoła Katolickiego, Rozdz. II, Art. 1, I, 1883. i II, 1894. <http://www.katechizm.opoka.org.pl/rkkkiii-1-2.htm>.

⁹¹ Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, 5-7.

⁹² *Ibidem*, 33-34.

⁹³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. 1997 r. nr 78, poz. 483).

⁹⁴ Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, 6.

3 | Podsumowanie. Własna propozycja konceptualizacji zasady

Prześledziwszy powyżej historyczne rozumienie zasady pomocniczości, można spróbować przedstawić własną jej konceptualizację, która pozwoli wypracować wzorzec jej implementacji jako zasady ustrojowej, odnoszącej się przede wszystkim do wertykalnego podziału władz.

Za punkt wyjścia należy przyjąć, przytoczoną wyżej i powszechnie akceptowaną, klasyczną definicję autorstwa Piusa XI, z której wynika, że:

1. powinny istnieć podmioty niezależne od władzy centralnej, posiadające własne kompetencje polityczne;
2. władza centralna, przynajmniej co do zasady, nie powinna ingerować w działania tych podmiotów, prowadzone w ramach ich kompetencji.

Na pierwszy plan wysuwa się więc ograniczenie uprawnień władzy centralnej. Można je jednak rozumieć na dwa sposoby: albo jako negatywne wyłączenie z uniwersalnej kompetencji państwa pewnej sfery, w której nie może ono działać, lecz poza nią ma daleko idącą swobodę, albo też jako pozytywne zakreślenie granic jego kompetencji, poza które bezwzględnie nie może ono wykroczyć. Ta pierwsza interpretacja wydaje się dziś dominująca, zwłaszcza w państwach unitarnych., w których wydawane przez legislatywę ustawy mają nieograniczony zakres przedmiotowy i mogą regulować w zasadzie każdą sferę życia, poza ewentualnymi, ściśle określonymi wyłączeniami, wynikającymi z aktu o charakterze konstytucyjnym lub ewentualnie prawa międzynarodowego^[95]. Taka władza może jednak tworzyć podmioty o charakterze samorządowym lub wręcz autonomicznym i przyznawać im kompetencje, w wykonywanie których następnie, co do zasady, nie powinna ingerować. Zarówno jednak uprawnienia tych ciał, jak i samo ich istnienie jest jedynie wynikiem decyzji władzy centralnej. Może więc ona, przeważnie w drodze zwykłej procedury ustawodawczej, istotnie ograniczyć te kompetencje, a w skrajnym wypadku nawet zlikwidować same podmioty (o ile konstytucja nie stoi temu na przeszkodzie). Należy więc stwierdzić, że w państwach tego typu realizacja zasady pomocniczości może odbywać się w ograniczonym i niedoskonałym

⁹⁵ Leszek Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne* (Warszawa: Liber, 2012), 134.

zakresie, w dużej mierze będąc zależną od politycznych decyzji ośrodków centralnych.

Wydaje się więc, że systemem, w większym stopniu gwarantującym jej przestrzeganie, jest system drugi, charakterystyczny dla państw federalnych. W jego ramach suwerenność jest zazwyczaj dzielona między dwa człony: kraje związkowe i władzę centralną. Ta ostatnia władna jest regulować tylko te sfery, co do których części składowe zrzekły się na jej rzecz swojej suwerenności i czego zakres na ogół jest zawarty w konstytucji. Są to oczywiście sfery, w których kraje związkowe same nie mogłyby osiągnąć pożądaných rezultatów. Mniejsze wspólnoty zachowują jednak niemal pełną władzę nad regulowaniem swoich wewnętrznych spraw. Ich uprawnienia nie wynikają z woli organów centralnych, lecz są wobec nich uprzednie, zatem nie mogą zostać im odebrane^[96]. Jest to ustrój możliwie najbardziej przypominający konstrukcję Althusiusa w dzisiejszych warunkach. Warto wspomnieć, że zdaniem Adama Wielomskiego ustrój federacyjny jest pierwotnym i naturalnym ustrojem ludzkości, dominującym aż do czasów absolutyzmu^[97], co jest zgodne z przytoczonym wyżej rysem historycznym.

W tym miejscu należy jednak odpowiedzieć na wątpliwość, czy istnieją sytuacje, w których władza centralna może ingerować w działania wspólnot niższego rzędu bez ich zgody? Można wyróżnić dwa takie przypadki. Pierwszy wynika niejako z pozytywnego aspektu samej zasady i odnosi się do okoliczności, gdy wspólnota niższego rzędu próbuje uniemożliwić władzom centralnym realizację powierzonych im zadań lub sama wkracza w kompetencje, których się zrzekła. W tej sytuacji dobro wspólne w sposób oczywisty wymaga, by działania takie zostały uznane za nieważne – inaczej cały sens tworzenia wspólnego państwa byłby zakwestionowany. Drugim przypadkiem, usprawiedliwiającym ingerencję, może być nieuznanie przez wspólnotę niższego rzędu jakichś szczególnych praw lub norm, kluczowych dla danego porządku prawnego, które mogą być na przykład zawarte w zaakceptowanej przez taką wspólnotę konstytucji. Skoro bowiem państwo tworzy się dla wspólnego dobra, to musi ono strzec

⁹⁶ Mark Friesen uważa, że jedną z ważniejszych konsekwencji realizacji zasady pomocniczości jest to, że władza polityczna należy do mniejszych wspólnot tworzących społeczeństwo i jest przekazywana na wyższy poziom tylko wtedy, gdy jest to absolutnie konieczne – Friesen, „Subsidiarity and Federalism”, 3.

⁹⁷ Adam Wielomski, *Federalizm*, [w:] *Encyklopedia polityczna*, Tom I, Jacek Bartyzel, Bogdan Szlachta, Adam Wielomski, (Radom: POLWEN Polskie Wydawnictwo Encyklopedyczne, 2007), 85.

również podstawowych wartości, dla ochrony których zostało ustanowione. Wydaje się jednak, że w obu wymienionych wyżej sytuacjach wspólnota niższego rzędu powinna móc wystąpić z państwa, na którego działania się nie godzi – tak uważał Althusius. Przeciw takiemu stanowisku można jednak wysunąć zarzut groźby destabilizacji takiegoż państwa. Rozstrzygnięcie tej kwestii wykracza jednak poza ramy niniejszego artykułu.

Na koniec tych rozważań należy dodać, że aby zasada pomocniczości faktycznie mogła funkcjonować jako wiążąca zasada ustrojowa, powinny istnieć środki umożliwiające skuteczne jej egzekwowanie. Takim środkiem może być na przykład sądownictwo konstytucyjne, rozstrzygające spory między władzą centralną a mniejszymi wspólnotami.

Bibliografia

- Aroney Nicholas, „Subsidiarity, Federalism and the Best Constitution: Thomas Aquinas on City, Province and Empire” *Law and Philosophy*, 26 (2007): 161–228. <https://doi.org/10.1007/s10982-006-0005-9>.
- Arystoteles, *Polityka*, przeł. Ludwik Piotrowicz. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2012.
- Bartyzel Jacek, Bogdan Szlachta, Adam Wielomski. *Encyklopedia polityczna*, t. I. Radom: Polwen. Polskie Wydawnictwo Encyklopedyczne, 2007.
- Baszkiewicz Jan, *Myśl polityczna wieków średnich*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie, 2009.
- Chmielewska Lucyna, „Johannes Althusius. Pierwszy teoretyk federalizmu” *Doctrina. Studia społeczno-polityczne*, nr 9 (2012): 11–29. http://www.doctrina.uph.edu.pl/doctrina_2012/I_1_Chmielewska%20Lucyna%20Doctrina%202012.pdf.
- Dajczak Wojciech, Tomasz Giaro, Franciszek Longchamps de Berrier, *Prawo rzymskie. U podstaw współczesnego prawa prywatnego*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN, 2009.
- Filipowicz Stanisław, *Historia myśli polityczno-prawnej*. Gdańsk: Wydawnictwo Arche, 2007.
- Follesdal Andreas, „The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law” *Jean Monnet Working Paper*, nr 12 (2011): 4–34. <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/JMWP12Follesdal.pdf>.

- Friesen Mark, „Subsidiarity and Federalism: An Old Concept With Contemporary Relevance for Political Society” *Federal Governance*, nr 1 (2005). <https://doi.org/10.24908/fg.v2i1.4418>.
- Garlicki Leszek, *Polskie prawo konstytucyjne*. Warszawa: Liber, 2012.
- Gaudium et spes. *Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym*. http://www.nonpossumus.pl/encykliki/sobor_ii/gaudium_et_spes.
- Izdebski Hubert, *Historia myśli politycznej i prawnej*. Warszawa: C.H. Beck, 1995.
- Jabłoński Jędrzej, „Klauzula enumerated powers w Konstytucji Stanów Zjednoczonych jako przykład realizacji zasady pomocniczości”, [w:] *Konstytucja USA. Ze studiów nad amerykańskim systemem politycznym*, red. Michał Urbańczyk, Łukasz Bartosik, Marcin Tomczak. 193–211. Poznań–Łódź: ArcheaGraph Wydawnictwo Naukowe, 2018.
- Jan Paweł II, *Centesimus annus*. https://opoka.org.pl/biblioteka/W/wp/jan_pawel_ii/encykliki/centesimus_2.html.
- Katechizm Kościoła Katolickiego. <http://www.katechizm.opoka.org.pl>.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r.* Dz.U. 1997 r. nr 78, poz. 483.
- Korab-Karpowicz Włodzimierz Julian, *Historia filozofii politycznej*. Kęty: Wydawnictwo Marek Derewiecki, 2010.
- Kuehnelt-Leddihn Erik von, *Ślepy tor. Ideologia i polityka lewicy 1789–1984*, przeł. Małgorzata Gawlik. Kąty Wrocławskie: Wektory, 2007.
- Leon XIII, *Rerum Novarum*. http://www.nonpossumus.eu/encykliki/Leon_xiii/rerum_novarum/.
- Manteuffel Tadeusz, *Historia powszechna. Średniowiecze*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1965.
- Millon-Delsol Chantal, *Zasada pomocniczości*, przeł. Czesław Porębski. Kraków: Wydawnictwo Znak, 1995.
- Olszewski Henryk, Maria Zmierzczak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*. Poznań: Ars Boni et Aequi, 1999.
- Paweł VI, *Octogesima adveniens*. List apostolski Jego Świątobliwości Pawła VI do ks. kardynała Maurice’a Roy przewodniczącego Rady do spraw Świeckich i Papieskiej Komisji „Iustitia et Pax” z okazji 80. rocznicy ogłoszenia Encykliki „Rerum novarum”. http://www.nonpossumus.eu/encykliki/Pawel_vi/octogesima_adveniens/index.php.
- Pius XI, *Quadragesimo Anno*. https://opoka.org.pl/biblioteka/W/wp/pius_xi/encykliki/quadragesimo_anno_15051931.html.
- Reynolds Susan, *Lenna i wasale. Reinterpretacja średniowiecznych źródeł*, przeł. Arkadiusz Bugaj. Kęty: Wydawnictwo Marek Derewiecki, 2011.

- Szczaniecki Michał, *Powszechna historia państwa i prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, 2007.
- św. Tomasz z Akwinu, „Komentarz do Etyki Nikomachejskiej. Lekcja 1.” przeł. Artur Andrzejuk *Rocznik Tomistyczny*, 3 (2014): 244–254.
- św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, III, q. 1–15: *Wcielenie Słowa Bożego*, t. xxiv. przeł. ks. Stanisław Piotrowicz. Londyn: Veritas, 1962. http://www.katedra.uksw.edu.pl/suma/suma_24.pdf.
- św. Tomasz z Akwinu, *O królowaniu*, przeł. Mateusz Matyszkowicz. Kraków: Ośrodek Myśli Politycznej, 2006.
- św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, I, q. 103–119: *Rządy Boże*, t. VIII. przeł. Pius Bełch OP. Londyn: Veritas, 1981. <http://www.katedra.uksw.edu.pl/suma/Suma%208.pdf>.
- Tracz-Tryniecki Marek, *Myśl polityczna i prawna Alexisa de Tocqueville*. Kraków: Księgarnia Akademicka 2009.
- Wąsowicz Marek, *Historia ustroju państw zachodu. Zarys Wykładu*. Warszawa: Liber, 2011.
- Weinfurter Stefan, *Niemcy w średniowieczu 500–1500*, przeł. Agnieszka Gadzała. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2010.
- Wuwer Arkadiusz, *Zasada subsydiarności. Perspektywa nauczania społecznego Kościoła*. Katowice: Księgarnia św. Jacka, 2011.
- Zientara Benedykt, *Historia powszechna. Średniowiecze*. Warszawa: Wydawnictwo Trio, 2000.



WOJCIECH SZCZEPAN STASZEWSKI

Ochrona zdrowia w traktatach o przyjaźni i współpracy zawartych przez Polskę z państwami sąsiednimi

Protection of Health in Treaties on Friendship and Cooperation Signed by Poland with Neighbouring Countries

Cooperation for health protection has played an important role in relations between countries and inspires great interest in these states and many international institutions. Bilateral cooperation, particularly the cooperation of neighbouring countries, is important in this context. The author analyses treaties on friendship and cooperation signed by Poland with neighbouring countries, that is, agreements that play a unique role in relations under treaties. It answers the research questions of whether these treaties accommodate provisions that refer to working together for health protection and, thus, whether this kind of cooperation is an expression of a shared interest of states, and whether this kind of cooperation has an adequate rank and guarantee of implementation.

WOJCIECH SZCZEPAN STASZEWSKI doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II
ORCID – 0000-0002-4139-3475 / e-mail: wojciech.staszewski@kul.pl

SŁOWA KLUCZOWE: ochrona zdrowia,
traktaty o przyjaźni i współpracy,
traktaty polityczne, stosunki
traktatowe Polski, polska praktyka
traktatowa, stosunki traktatowe
Polski z państwami sąsiednimi

KEYWORDS: health protection, treaties
on friendship and cooperation,
political treaties, Poland's relations
under treaties, Polish treaty practice,
Poland's relations with neighbouring
countries under treaties

1 | Wprowadzenie

Współpraca w zakresie ochrony zdrowia od wielu lat budzi duże zainteresowanie państw i wielu instytucji międzynarodowych. Należy mieć na względzie, że została ona wymuszona naturą chorób, które nie znają granic i często wydarzenia w jednym państwie powodowały skutki zdrowotne w innych^[1]. Dowodzi tego i ostatni przypadek pandemii COVID-19, kiedy państwa pomimo podejmowania wielu działań nie były w stanie powstrzymać rozpowszechniania się wirusa SARS-CoV-2^[2]. Niestety, jak zwraca się uwagę, kryzys wywołany pandemią i brak zaufania do systemu międzynarodowej współpracy spowodował podejmowanie przez poszczególne państwa unitarnych działań i często doprowadził do rywalizacji pomiędzy państwami m.in. na rynku materiałów medycznych^[3]. Ale można też pokusić się o stwierdzenie, że uświadomił, iż często ta rywalizacja i brak współpracy prowadzi do chaosu i nie przynosi oczekiwanych efektów, a wręcz przeciwnie. Stąd wydaje się, że bez braku współpracy państwa nie będą mogły podejmować skutecznych działań, biorąc pod uwagę, że choroby nie znają granic.

Warto też przypomnieć, że początki zorganizowanej kooperacji międzynarodowej w zakresie ochrony zdrowia i nowego podejścia w tym zakresie sięgają połowy XIX wieku, a jej pierwszą formą stanowiły konferencje

¹ Irena Popiuk-Rysińska, „Instytucjonalizacja współpracy międzynarodowej na rzecz ochrony zdrowia”, [w:] *Ochrona zdrowia w stosunkach międzynarodowych. Wybrane zagadnienia*, red. Wiesław Lizak, Anna M. Solarz (Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2013), 9.

² Piotr Baranowski, Jarosław Kardaś, Artur Pohl, Maria Spychała-Kij, „Pandemia COVID-19 jako wyzwanie dla nauki o stosunkach międzynarodowych”, [w:] *Unitarny i multilateralny wymiar polityk zdrowotnych państw w warunkach globalnej pandemii SARS-CoV-2*, red. Piotr Baranowski, Jarosław Kardaś, Artur Pohl (Poznań: Wydział Nauk Politycznych i Dziennikarstwa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, 2021), 3 (opracowanie dostępne na stronie: <https://wnpid.amu.edu.pl/badania/badania-nad-covid-19/polityki-zdrowotne-w-dobie-pandemii-covid-19>, przywołany rozdział dostępny na stronie: https://wnpid.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0028/217486/3.-Baranowski,-Kardas,-Pohl,-Spychala-Kij,-Pandemia-COVID-19-jako-wyzwanie-dla-nauki-o-stosunkach-miedzynarodowych.pdf. [dostęp: 22.08.2022]).

³ Baranowski, Kardaś, Pohl, Spychaj-Kij, „Pandemia COVID-19 jako wyzwanie dla nauki o stosunkach międzynarodowych”, 4.

sanitarne, które zostały zainicjowane w 1851 r.^[4] Od tego czasu rozpoczął się okres przyjmowania wielu umów międzynarodowych i budowy zinstytucjonalizowanego systemu międzynarodowej współpracy w zakresie ochrony zdrowia^[5]. Zdynamizowanie rozwoju w zakresie wspomnianej współpracy nastąpiło po II wojnie światowej, a bardzo ważnym wydarzeniem w tym zakresie było powołanie Światowej Organizacji Zdrowia (WHO), na podstawie podpisanej w Nowym Jorku w dniu 22 lipca 1946 r. Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia^[6]. Celem organizacji, co jasno wynika z art. 1 Konstytucji, „jest osiągnięcie przez wszystkie ludy możliwie najwyższego poziomu zdrowia”. Należy przy tym podkreślić, że „zdrowie wszystkich ludów jest podstawą dla osiągnięcia pokoju i bezpieczeństwa, a zależne jest od najpełniejszej współpracy jednostek i państw”^[7].

Współpraca państw w zakresie ochrony zdrowia odgrywa istotne znaczenie i trudno sobie wyobrazić współczesne funkcjonowanie państw bez takiej kooperacji. W tym zakresie ważna jest współpraca na różnych płaszczyznach, także w ramach współpracy dwustronnej, a w szczególności pomiędzy sąsiadującymi państwami, czemu poświęcony został niniejszy artykuł. Jego celem jest udzielenie odpowiedzi na pytanie badawcze, czy w traktatach o przyjaźni i współpracy (zwanym też traktatami politycznymi) zawartymi przez Polskę z państwami sąsiednimi, które są „najważniejszymi porozumieniami pod względem znaczenia dla realizacji określonej polityki zagranicznej, jakie mogą zawrzeć ze sobą państwa”^[8],

⁴ Jacek Barcik, *Międzynarodowe prawo zdrowia publicznego* (Warszawa: C.H. Beck, 2013), 6; Robert Tabaszewski, *Prawo do zdrowia w systemach ochrony praw człowieka* (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2016), 26; Popiuk-Rysińska, „Instytucjonalizacja współpracy międzynarodowej na rzecz ochrony zdrowia”, 10.

⁵ Szerzej na ten temat piszą: Barcik, *Międzynarodowe prawo*, 6 i nast.; Tabaszewski, *Prawo do zdrowia*, 26 i nast.; Popiuk-Rysińska, „Instytucjonalizacja współpracy międzynarodowej na rzecz ochrony zdrowia”, 10 i nast.

⁶ Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia, podpisana w Nowym Jorku w dniu 22 lipca 1946 r., Dz.U. 1948 r., Nr 61, poz. 477 ze zm. oraz *Zbiór statutów i regulaminów organizacji międzynarodowych*, red. Stanisław Hubert, t. II, *Organizacje wyspecjalizowane ONZ*, cz. 1, oprac. Jan Kolasa, Halina Okularczyk, Bolesław Paździor, Karol Wolfke (Warszawa: Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, 1960), 394–416.

⁷ Preambuła Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia. Zob. Elżbieta Socha, „Przedsięwzięcia Światowej Organizacji Zdrowia w zwalczaniu chorób endemicznych” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji*, T. LV (2003): 199–214.

⁸ Adam Banaszekiewicz, „Umowy międzynarodowe jako środek osiągnięcia celów w polityce zagranicznej”, [w:] *Uwarunkowania i kierunki polskiej polityki*

znalazły się postanowienia odnoszące się do współpracy w zakresie ochrony zdrowia, a tym samym, czy ten rodzaj współpracy stanowi przejaw wspólnego zainteresowania państw, a jeśli tak, to czy nadano mu odpowiednią rangę i gwarancje w jego realizacji.

2 | Traktat z zachodnim sąsiadem

Pierwszą umową o przyjaźni i współpracy, którą Polska zawarła z państwem sąsiednim, był Traktat z Republiką Federalną Niemiec, zawarty w dniu 17 czerwca 1991 r.^[9] Strony uzgodniły, że będą popierać wszechstronną współpracę w określonych dziedzinach profilaktyki zdrowotnej oraz we wspólnym zwalczaniu chorób zakaźnych i innych chorób, jak na przykład schorzeń serca i układu krążenia, nowotworów i AIDS (art. 34 ust. 1). Można stwierdzić, że wpisanie tego obszaru współpracy było konsekwencją zawartej już wcześniej, bo w dniu 10 listopada 1989 r. Umowy o współpracy w dziedzinie ochrony zdrowia i nauk medycznych^[10]. Porozumienie to, ściśle powiązane z Umową o współpracy w dziedzinie nauki i techniki z dnia

zagranicznej w pierwszej dekadzie XXI wieku, red. Marian S. Wolański (Wrocław: Oficyna Wydawnicza Arboretum 2004), 35.

⁹ Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy, podpisany w Bonn w dniu 17 czerwca 1991 r., Dz.U. z 1992 r. Nr 14, poz. 56. Umowa, zgodnie z postanowieniami art. 38 ust. 2 Traktatu, weszła w życie w dniu 16 stycznia 1992 r.; Na temat Traktatu zob. Jan Barcz, „Polska – Niemcy. Traktat o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy”, *Państwo i Prawo*, nr 9 (1991): 26 i nast.; Jan Barcz, „Podstawy polityczne i prawne stosunków Polski ze zjednoczonymi Niemcami”, [w:] *Rocznik Polskiej Polityki Zagranicznej 1991*, red. Barbara Wizimirska (Warszawa: Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, 1993), 64–65. Zob. także: *Akt dobrosąsiedzki. 30 lat traktatu polsko-niemieckiego o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy*, red. Jan Barcz, Krzysztof Ruchniewicz (Wrocław–Warszawa: Dom Wydawniczy ELIPSA, 2021).

¹⁰ Umowa między Ministrem Zdrowia i Opieki Społecznej Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Federalnym Ministrem Młodzieży, Rodziny, Kobiet i Zdrowia Republiki Federalnej Niemiec o współpracy w dziedzinie ochrony zdrowia i nauk medycznych, sporządzona w Warszawie w dniu 10 listopada 1989 r., tekst opublikowany w Internetowej Bazie Traktatowej MSZ RP: <https://traktaty.msz.gov.pl/> [dostęp: 21.08.2022]. Porozumienie, zgodnie z postanowieniami art. 13 ust. 1 Umowy, weszło w życie w dniu 1 lutego 1990 r.

10 listopada 1989 r.^[11], co jasno wynika z preambuły i art. 13 ust. 1 Umowy o współpracy w dziedzinie ochrony zdrowia i nauk medycznych, zawarto – jak podkreślono w preambule – pragnąc popierać i pogłębiać współpracę w przedmiotowym obszarze oraz uznając celowość połączenia wzajemnych wysiłków dla rozwiązywania szeregu problemów medycznych będących przedmiotem wspólnego zainteresowania. Wyszczególniono kilka obszarów współpracy, a mianowicie: wymianę informacji w zakresie ochrony zdrowia i nauk medycznych; wysyłanie delegacji i indywidualnych naukowców w celu wymiany doświadczeń, wygłaszania wykładów oraz badania postępu w dziedzinie ochrony zdrowia i nauk medycznych; zapraszania naukowców i specjalistów do udziału w międzynarodowych i krajowych kongresach, konferencjach i sympozjach; skoordynowane prowadzenie wspólnych prac badawczych; wymianę próbek preparatów farmaceutycznych, chemicznych i biologicznych, jak również sprzętu medycznego stosowanego w ramach współpracy oraz dalsze umacnianie kontaktów między wyższymi szkołami medycznymi, instytucjami badawczymi, szpitalami, instytucjami zajmującymi się profilaktyką, towarzystwami medycznymi i zrzeszeniami lekarzy (art. 2 ust. 1). Warto przy tym zauważyć, że zakres współpracy może być przez strony porozumienia uzupełniany lub zmieniany za obopólną zgodą (art. 2 ust. 2)^[12].

W Umowie także ustalono, że kontrahenci będą uzgadniać każdorazowo na okres dwóch lat program wykonawczy do umowy, który będzie zawierał wykaz wspólnych projektów (art. 4 ust. 1). Uzgodniono też, że strony będą

¹¹ Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o współpracy w dziedzinie nauki i techniki, sporządzona w Warszawie dnia 10 listopada 1989 r., tekst opublikowany w Internetowej Bazie Traktatowej MSZ RP: <https://traktaty.msz.gov.pl/> [dostęp: 21.08.2022]. Porozumienie, zgodnie z postanowieniami art. 14 ust. 1 Umowy, weszło w życie w dniu 1 lutego 1990 r.; Umowa ta określiła ogólne ramy prawne współpracy w dziedzinie nauki i techniki, a została zawarta – co uwypuklono w preambule – ze względu na obopólne zainteresowanie postępowaniem w dziedzinie nauki, badań naukowych i techniki oraz wynikające z tego korzyści dla kontrahentów.

¹² Jako przykład polsko-niemieckiej współpracy w zakresie ochrony zdrowia można podać powołanie Centrum Monitorowania Chorób Nowotworowych w Zielonej Górze, które zostało utworzone na mocy porozumienia z niemieckim Stowarzyszeniem Brandenburskim Tumorzentrum w Bad Saarow. Zob. Bogdan Ślusarczyk, „Wybrane projekty z zakresu ochrony zdrowia realizowane w administracji publicznej i współfinansowane ze środków Unii Europejskiej w latach 2007–2012 ze szczególnym uwzględnieniem województwa lubuskiego” *Studia Administracyjne*, nr 8 (2016): 13. <http://doi.org/10.18276/sa.2016.8-01>. Zob. też: „Pomożemy walczyć z rakiem”, *Gazeta Lubuska* (24 maja 2013 r.): 10.

umożliwiać wykorzystywanie swoich doświadczeń, w tym tych w ramach wzajemnej współpracy, międzynarodowym organizacjom medycznym, a w szczególności Światowej Organizacji Zdrowia (art. 8).

Należy też zaznaczyć, że Traktat z 1991 r. przewiduje, że strona niemiecka będzie udzielać stronie polskiej pomocy w przejściu od państwowego systemu ochrony zdrowia do systemu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego (art. 34 ust. 2).

3 | Traktaty z południowymi sąsiadami

W 1991 r. został także podpisany Układ między Rzeczpospolitą Polską a Czeską i Słowacką Republiką Federacyjną o dobrym sąsiedztwie, solidarności i przyjacielskiej współpracy^[13]. Został on podpisany przed podziałem Czeskiej i Słowackiej Republiki Federacyjnej na Republikę Czeską oraz Republikę Słowacką i obecnie obowiązuje zarówno w stosunkach polsko-czeskich oraz polsko-słowackich, gdyż oba państwa (Czechy i Słowacja) w drodze sukcesji przyjęły wynikające z niego zobowiązania^[14]. W umowie

¹³ Układ między Rzeczpospolitą Polską a Czeską i Słowacką Republiką Federacyjną o dobrym sąsiedztwie, solidarności i przyjacielskiej współpracy, podpisany w Krakowie w dniu 6 października 1991 r., Dz.U. z 1992 r. Nr 59, poz. 296. Umowa, zgodnie z postanowieniami art. 23 ust. 1 Układu, weszła w życie w dniu 4 maja 1992 r.

¹⁴ Stosunki traktatowe w stosunkach polsko-czeskich i polsko-słowackich uregulowały: Protokół między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Czeskiej o sukcesji umów dwustronnych i przeglądzie systemu traktatowego między Rzeczpospolitą Polską i Republiką Czeską, podpisany w Warszawie w dniu 29 marca 1996 r. (Wszedł w życie w dniu 23 sierpnia 1996 r.) oraz Protokół między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Słowackiej dotyczący obowiązywania w stosunkach między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Słowacką dwustronnych umów międzynarodowych zawartych między Polską (Rzeczpospolitą Polską, Polską Rzeczpospolitą Ludową) a Czechosłowacją (Republiką Czechosłowacką, Czechosłowacką Republiką Socjalistyczną, Czeską i Słowacką Republiką Federacyjną) w latach 1918–1992, podpisany w Bratysławie w dniu 8 lipca 1993 r. (Wszedł w życie w dniu 6 czerwca 1994 r.). Teksty obu umów – Anna Przyborowska-Klimczak, Wojciech Staszewski, *Stosunki traktatowe Polski z państwami sąsiednimi. Wybór dokumentów* (Lublin: Lubelskie Wydawnictwa Prawnicze, 1998), 85–87, 117–119. Na temat porozumień sukcesyjnych pisze: Adam Banaszkiewicz, *Umowy międzynarodowe zawarte przez Polskę z państwami europejskimi w latach 1989–2000 jako środek realizacji polskiej polityki zagranicznej* (Łódź: Wyższa Szkoła Studiów Międzynarodowych, 2007), 120 i nast.

tej państwa „[...] dążąc do wszechstronnego rozwoju wzajemnych stosunków i przyjacielskiej współpracy w oparciu o zasady dobrego sąsiedztwa [...]” uzgodniły, że będą popierać wszechstronną współpracę w dziedzinie ochrony zdrowia, higieny sanitarnej, w szczególności w zakresie zapobiegania i zwalczania chorób cywilizacyjnych, zakaźnych i innych (art. 18 ust. 1).

Warto zaznaczyć, że w stosunkach polsko-czeskich i polsko-słowackich obowiązuje nadal Umowa o współpracy w dziedzinie ochrony zdrowia z dnia 17 listopada 1950 r.^[15] Porozumienie to zobowiązuje kontrahentów do współpracy i udzielania sobie wzajemnej pomocy we wszystkich zagadnieniach i we wszystkich dziedzinach ochrony zdrowia. Państwa będą popierały wymianę doświadczeń oraz wszechstronnie informowały się o osiągnięciach w zakresie zdrowotności publicznej (art. 1). Ustalono też w porozumieniu, że strony będą prowadziły wspólnie przedsięwzięcia w zakresie zwalczania chorób zakaźnych w przypadku pojawienia się na ich terytorium. Będą one miały na celu: przesyłanie wzajemnych periodycznych meldunków o pojawieniu się chorób zakaźnych oraz informacji o dokonanych zarządzeniach obronnych; wykonywanie wspólnych zarządzeń ochronnych w przypadku wybuchu epidemii o większych rozmiarach; wzajemną pomoc przy zaopatrywaniu w środki, służące do zwalczania chorób zakaźnych; ścisłą współpracę fachowców i instytutów naukowych w zakresie walki przeciw chorobom zakaźnym; wspólne odejmowanie i rozwijanie wszelkich działalności mających na celu zwalczanie chorób zakaźnych (art. 3). Uzgodniono także m.in. zagadnienia współpracy w dziedzinie szkolenia i kształcenia pracowników służby zdrowia, jak też współpracy instytutów naukowych w zakresie służby zdrowia.

Artykuł 2 Umowy przewiduje, że państwa będą ściśle współpracować w dziedzinie opieki zdrowotnej, a także będą popierały wzajemną opiekę zdrowotną, zwłaszcza wymianę pacjentów ze specjalnym uwzględnieniem dzieci, młodzieży i „przodowników pracy”. Zobowiązuje także strony do zapewnienia przebywającym na ich terytorium obywatelom kontrahenta takie same traktowanie pod względem opieki zdrowotnej jak własnym obywatelom. Postanowienia tego artykułu zostały zawieszane w stosunkach polsko-czeskich na podstawie zawartego w dniu 5 marca

¹⁵ Umowa o współpracy w dziedzinie ochrony zdrowia między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Czechosłowacką, sporządzona w Warszawie dnia 17 listopada 1950 r., tekst opublikowany w Internetowej Bazie Traktatowej MSZ RP: <https://traktaty.msz.gov.pl/> [dostęp: 21.08.2022]. Porozumienie, zgodnie z postanowieniami art. 8 Umowy, weszło w życie w dniu 9 marca 1951 r.

1997 r. Porozumienia w formie wymiany not dotyczącego zmiany Umowy o współpracy w dziedzinie ochrony zdrowia między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Czechosłowacką^[16]. Warto też podkreślić, że charakterystycznym *signum temporis* jest powołanie się w przywołanym art. 2 na „przodowników pracy” oraz w art. 1 użycie stwierdzenia „w okresie budowania socjalizmu”^[17].

Należy także wspomnieć, że w stosunkach polsko-czeskich i polsko-słowackich uzgodniono zagadnienia współpracy naukowej, w tym m.in. prowadzonych badań naukowych oraz współpracy szkół wyższych i placówek badawczych oraz naukowo-rozwojowych, w następujących porozumieniach międzynarodowych: w stosunkach polsko-czeskich w Umowie o współpracy w dziedzinie nauki i techniki z dnia 13 stycznia 2000 r.^[18] oraz w Umowie o współpracy w dziedzinie kultury, szkolnictwa i nauki

¹⁶ Porozumienie między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Czeską dotyczące zmiany Umowy o współpracy w dziedzinie ochrony zdrowia między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Czechosłowacką, sporządzonej w Warszawie dnia 17 listopada 1950 roku, zwarte w formie wymiany not, nota polska z dnia 7 lutego 1997 r., a nota czeska z dnia 7 marca 1997 r., tekst opublikowany w Internetowej Bazie Traktatowej MSZ RP: <https://traktaty.msz.gov.pl/> [dostęp: 21.08.2022]. Porozumienie weszło w życie, jak wynika z treści noty czeskiej i informacji umieszczonej na stronie ministerstwa w dniu 21 lutego 1997 r.

¹⁷ Por. Informacja Rady Ministrów w sprawie przeglądu zgodności umów międzynarodowych z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, III kadencja, Druk Nr 1413 z dnia 23 września 1999 r. oraz Oświadczenie rządowe w z dnia 30 maja 2001 r. o utracie mocy obowiązującej niektórych umów międzynarodowych, Dz.U. z 2001 r. Nr 143, poz. 1602. Na temat niezgodności umów międzynarodowych z Konstytucją RP pisze: Renata Szafarz, „Umowy międzynarodowe niezgodne z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej”, [w:] *Prawo, instytucja i polityka w procesie globalizacji. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Symonidesowi*, red. Edward Halizak, Roman Kuźniar (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2003), 53–56. Zob. także: Renata Szafarz, „Stosunki traktatowe Rzeczypospolitej Polskiej. Nowa jakość w latach 1989–2000” *Studia Prawnicze*, nr 2 (2003): 49–50; Tomasz Kamiński, Karol Karski, „O umowach międzynarodowych niezgodnych z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej raz jeszcze” *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, nr 5 (2007). <http://doi.org/10.26106/078n-tw48>; Karol Karski, Tomasz Kamiński, „Effective Application of the Rule on Fundamental Change of Circumstances to Treaties Contravening the 1997 Polish Constitution” *International Community Law Review*, nr 1 (2015). <http://doi.org/10.1163/18719732-12341295>.

¹⁸ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Czeskiej o współpracy w dziedzinie nauki i techniki, podpisana we Wrocławiu dnia 13 stycznia 2000 r., M.P. z 2007 r. Nr 56, poz. 627. Porozumienie, zgodnie z postanowieniami art. 9 ust. 1 Umowy, weszło w życie w dniu 28 maja 2007 r.

z dnia 30 września 2003 r.^[19], a w stosunkach polsko-słowackich w Umowie o współpracy kulturalnej, oświatowej i naukowej z dnia 23 marca 2000 r.^[20] oraz w Umowie o współpracy naukowo-technicznej z 2004 r.^[21]

4 | Traktaty ze wschodnimi sąsiadami

Polska zawierała traktaty o przyjaźni i współpracy ze wschodnimi sąsiadami w latach 1992–1994, a mianowicie z Ukrainą w dniu 18 maja 1992 r.^[22], Federacją Rosyjską w dniu 22 maja 1992 r.^[23], Republiką Białoruś w dniu 23 czerwca 1992 r.^[24] i Republiką Litewską w dniu 26 kwietnia 1994 r.^[25]

¹⁹ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem republiki Czeskiej o współpracy w dziedzinie kultury, szkolnictwa i nauki, podpisane w Pradze dnia 30 września 2003 r., Dz.U. z 2004 r. Nr 244, poz. 2449. Porozumienie, zgodnie z postanowieniami art. 18 Umowy, weszło w życie w dniu 8 sierpnia 2004 r.

²⁰ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Słowackiej o współpracy kulturalnej, oświatowej i naukowej, sporządzona w Bratysławie dnia 23 marca 2000 r., M.P. z 2006 r. Nr 6, poz. 123. Porozumienie, zgodnie z art. 29 Umowy, weszło w życie w dniu 22 października 2001 r.

²¹ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Słowackiej o współpracy naukowo-technicznej, podpisana w Warszawie dnia 18 listopada 2004 r., M.P. z 2005 r. Nr 59, poz. 794. Porozumienie, zgodnie z postanowieniami art. 11 Umowy, weszło w życie w dniu 25 maja 2005 r.

²² Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą o dobrym sąsiedztwie, przyjaznych stosunkach i współpracy, sporządzony w Warszawie w dniu 18 maja 1992 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 125, poz. 573. Umowa, zgodnie z postanowieniami art. 21 ust. 1 Traktatu, weszła w życie w dniu 30 grudnia 1992 r.

²³ Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Federacją Rosyjską o przyjaznej i dobrosąsiedzkiej współpracy, sporządzony w Moskwie w dniu 22 maja 1992 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 291. Umowa, zgodnie z postanowieniami art. 21 ust. 1 Traktatu, weszła w życie w dniu 8 maja 1993 r.

²⁴ Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Białoruś o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy, sporządzony w Warszawie w dniu 23 czerwca 1992 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 118, poz. 527. Umowa, zgodnie z postanowieniami art. 27 Traktatu, weszła w życie w dniu 30 marca 1993 r.

²⁵ Traktat między Rzeczpospolitą Polską Republiką Litewską o przyjaznych stosunkach i dobrosąsiedzkiej współpracy, sporządzony w Wilnie w dniu 26 kwietnia 1994 r., Dz.U. z 1995 r. Nr 15, poz. 71. Umowa, zgodnie z postanowieniami art. 27 Traktatu, weszła w życie w dniu 26 listopada 1994 r.

W traktacie polsko-ukraińskim^[26] strony zobowiązały się, że będą rozwijać wszechstronną współpracę w dziedzinie ochrony zdrowia i higieny środowiska, w szczególności w zakresie zwalczania chorób zakaźnych, cywilizacyjnych i innych powodowanych warunkami środowiska, oraz zapobiegania tym chorobom. W dodatku przyjęto, że kontrahenci będą realizować wzajemną wymianę informacji w tych dziedzinach (art. 17 ust. 1).

W następstwie przyjętego zobowiązania w 2008 r. została podpisana Umowa między Ministrem Zdrowia Rzeczypospolitej Polskiej a Ministerstwem Ochrony Zdrowia Ukrainy o współpracy w dziedzinie ochrony zdrowia^[27]. Kontrahenci „[...] kierując się chęcią promowania współpracy w dziedzinie ochrony zdrowia między swoimi państwami [...]” uzgodnili, że będą popierać i poszerzać współpracę w dziedzinie ochrony zdrowia i kształcenia medycznego, a najważniejsze obszary współpracy zostaną określone za obopólną zgodą, przy uwzględnieniu obszarów ich interesujących (art. 1). Wyszczególniono dziedziny, w których strony będą rozwijać i poszerzać współpracę, a mianowicie: kardiologia i kardiochirurgia; neurochirurgia; położnictwo i ginekologia; mikrochirurgia oka; neonatologia; ortopedia i traumatologia (art. 2).

Strony zobowiązały się do rozwijania i popierania współpracy w dziedzinie zdrowia publicznego, a w szczególności HIV/AIDS oraz zwalczania chorób zakaźnych. Ustalono też, że korzystnymi formami współpracy są: wymiana informacji w dziedzinie ochrony zdrowia, które budzą wzajemne zainteresowanie; wymiana specjalistów w celu prowadzenia badań i konsultacji określonych jako priorytetowe (ma to odbywać się na koszt strony delegującej); bezpośrednia współpraca pomiędzy instytucjami i organizacjami obu kontrahentów; wymiana informacji na temat nowego sprzętu, technologii i produktów farmaceutycznych, wytworzonych na terytorium państw-stron oraz inne, uzgodnione wzajemnie formy współpracy (art. 3-4).

W Umowie uzgodniono także m.in. kwestie związane z wymianą informacji na temat kongresów i sympozjów międzynarodowych dotyczących

²⁶ Na temat okoliczności zawarcia Traktatu zob. Mirosław Cieślak, „Stosunki polsko-ukraińskie”, [w:] *Rocznik Polskiej Polityki Zagranicznej 1992*, red. Barbara Wizimirska (Warszawa: Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, 1994), 135 i nast. Obszerną analizę postanowień tego Traktatu zawiera opracowanie: Beata Surmacz, *Współczesne stosunki polsko-ukraińskie. Politologiczna analiza traktatu o dobrym sąsiedztwie* (Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2002).

²⁷ Umowa między Ministrem Zdrowia Rzeczypospolitej Polskiej a Ministerstwem Ochrony Zdrowia Ukrainy o współpracy w dziedzinie ochrony zdrowia, podpisana w Warszawie dnia 14 marca 2008 r., M.P. z 2010 r. Nr 36, poz. 511.

problemów opieki zdrowotnej i medycznej odbywających się na obszarze państw-stron oraz wymianę spisu literatury, czy innego rodzaju materiałów informacyjnych z zakresu wiedzy o zdrowiu, które zostały przygotowane na terytorium państw-stron.

Umowa ta weszła w życie, zgodnie z jej art. 9 ust. 1, z dniem jej podpisania, a więc 14 marca 2008 r. i została zawarta na okres pięciu lat, a zatem już wygasła. Niestety do tej pory nie zawarto kolejnego porozumienia regulującego współpracę w obszarze ochrony zdrowia.

Dodać wypada, że zagadnienia współpracy naukowej uregulowane są w Umowie o współpracy w dziedzinie kultury, nauki i oświaty z 1997 r.^[28]

Traktat polsko-rosyjski z 1992 r.^[29] zawiera odpowiednie postanowienie w przedmiotowym zakresie w art. 14, który stanowi, że kontrahenci będą popierać wszechstronną współpracę w dziedzinie ochrony zdrowia i higieny sanitarnej, w szczególności w zakresie zapobiegania i zwalczania chorób cywilizacyjnych i zakaźnych.

Kierując się postanowieniami polsko-rosyjskiego Traktatu o przyjaźni i współpracy strony zawarły w 1993 r. Umowę o współpracy w dziedzinie kultury, nauki i oświaty^[30], która oprócz uregulowania wspomnianych w tytule dziedzin odniosła się także do kwestii ochrony zdrowia. W art. 25 Umowy stwierdzono, że kontrahenci będą realizować współpracę w dziedzinie ochrony zdrowia i nauk medycznych na podstawie bezpośrednich porozumień.

Polska i Rosja nie zawarły do tej pory umowy bezpośrednio odnoszącej się i określającej ramy prawne wzajemnej współpracy w zakresie ochrony zdrowia.

W Traktacie polsko-białoruskim^[31], podobnie jak w Traktacie polsko-rosyjskim, przyjęto, że strony będą popierać wszechstronną współpracę

²⁸ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Ukrainy o współpracy w dziedzinie kultury, nauki i oświaty, sporządzona w Kijowie dnia 20 maja 1997 r., Dz.U. z 2000 r. Nr 3, poz. 29. Porozumienie, zgodnie z postanowieniami art. 26 Umowy, weszło w życie w dniu 22 listopada 1999 r.

²⁹ Na temat okoliczności zawarcia Traktatu zob. Wojciech Zajączkowski, „Stosunki polsko-rosyjskie”, [w:] *Rocznik Polskiej Polityki Zagranicznej 1992*, 188 i nast.

³⁰ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Federacji Rosyjskiej o współpracy w dziedzinie kultury, nauki i oświaty, sporządzona w Warszawie dnia 25 sierpnia 1993 r., Dz.U. z 1994 r. Nr 36, poz. 133. Porozumienie, zgodnie z art. 30 Umowy, weszło w życie w dniu 15 grudnia 1993 r.

³¹ Na temat okoliczności zawarcia Traktatu zob. Marek Palmowski, „Stosunki polsko-białoruskie” *Rocznik Polskiej Polityki Zagranicznej 1992*, 145 i nast. Na temat postanowień Traktatu pisze: Mirosław Habowski, „Stosunki Białorusi z Polską”,

w dziedzinie ochrony zdrowia i higieny sanitarnej, w szczególności w zakresie zapobiegania oraz zwalczania chorób zakaźnych i związanych ze współczesną cywilizacją (art. 23 ust. 1).

Należy też zauważyć, że również w stosunkach polsko-białoruskich nie zawarto do tej pory odrębnego porozumienia dotyczącego współpracy w zakresie ochrony zdrowia, a zawarta w 1995 r. Umowa o współpracy w dziedzinie kultury, nauki i oświaty^[32] odnosi się do tych kwestii, podobnie jak wspomniana Umowa polsko-rosyjska z 1993 r. Artykuł 31 polsko-białoruskiej Umowy z 1995 r. stanowi, że strony będą rozwijać współpracę w dziedzinie ochrony zdrowia i nauk medycznych na podstawie odrębnych porozumień.

W obecnej sytuacji geopolitycznej można stwierdzić, że nie zostaną zawarte tego typu porozumienia w stosunkach polsko-rosyjskich i polsko-białoruskich.

W ostatnim zawartym przez Polskę z państwem sąsiednim traktacie o przyjaźni i współpracy, w Traktacie polsko-litewskim^[33] zawarto identyczne postanowienie, jak w Traktacie polsko-rosyjskim. Strony uzgodniły, że będą popierać wszechstronną współpracę w dziedzinie ochrony zdrowia i higieny sanitarnej, w szczególności w zakresie zapobiegania i zwalczania chorób cywilizacyjnych i zakaźnych (art. 22 ust. 1).

Do tego obszaru współpracy odniesiono się także w zawartej w 1998 r. Umowie o współpracy w dziedzinach kultury, oświaty i nauki^[34]. Jej art. 21 stanowi, że kontrahenci będą popierać współpracę w dziedzinie

[w:] *Białoruś w stosunkach międzynarodowych*, red. Ireneusz Topolski (Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2009), 239–240.

³² Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Białoruś o współpracy w dziedzinie kultury, nauki i oświaty, sporządzona w Warszawie dnia 27 listopada 1995 r., Dz.U. z 1996 r. Nr 76, poz. 365. Porozumienie, zgodnie z art. 33 Umowy, weszło w życie w dniu 29 kwietnia 1996 r.

³³ Na temat Traktatu i okoliczności jego zawarcia zob. Leon Brodowski, „Stosunki z Litwą”, [w:] *Rocznik Polskiej Polityki Zagranicznej 1995*, red. Barbara Wizińska (Warszawa: Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, 1995), 115 i nast.; Adam Banaszkiwicz, „Traktaty i najważniejsze umowy międzynarodowe zawarte przez Polskę z Republiką Litewską w latach 1991–2011” *Wschodnioznawstwo*, t. VII (2013): 79 i nast.

³⁴ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Litewskiej o współpracy w dziedzinach kultury, oświaty i nauki, sporządzona w Wilnie dnia 17 grudnia 1998 r., M.P. z 2002 r. Nr 31, poz. 491. Porozumienie, zgodnie z art. 25 Umowy, weszło w życie w dniu 5 stycznia 2000 r. Na temat postanowień Umowy pisze: Banaszkiwicz, „Traktaty i najważniejsze umowy międzynarodowe”, 90–91.

nauk medycznych i ochrony zdrowia, która odbywać się będzie na podstawie odrębnych porozumień.

Dwadzieścia lat później, bo w 2018 r. zostało uzgodnione Porozumienie między Ministrem Zdrowia Rzeczypospolitej Polskiej a Ministerstwem Zdrowia Republiki Litewskiej o współpracy w dziedzinie ochrony zdrowia^[35]. Weszło ono w życie, zgodnie z postanowieniami jej art. 6 ust. 1, w dniu 20 grudnia 2019 r. i zostało zawarte na czas określony – ma obowiązywać przez okres pięciu lat.

W Porozumieniu uzgodniono, że państwa-strony będą rozwijać i wspierać współpracę w dziedzinie ochrony zdrowia w oparciu o zasadę równości, z poszanowaniem wzajemnych interesów, zgodnie z prawem wewnętrznym i zgodnie z przyjętymi zobowiązaniami międzynarodowymi (art. 1). Współpraca ta będzie rozwijana w następujących obszarach: reformy systemu ochrony zdrowia; produktów leczniczych i wyrobów medycznych; zapobiegania i kontroli chorób zakaźnych; przeciwdziałania, wczesnego wykrywania i leczenia przewlekłych chorób niezakaźnych; planowania i zarządzania zasobami ludzkimi w ochronie zdrowia; e-zdrowia i innowacyjności w ochronie zdrowia; transgranicznej ochrony zdrowia; ratownictwa medycznego oraz innych, wspólnych zainteresowań i uzgodnionych przez kontrahentów (art. 2). W ramach określonych obszarów strony będą podejmowały działania polegające na wymianie delegacji ekspertów w celu wymiany doświadczeń i prowadzenia krótkoterminowych programów współpracy, a także na braniu udziału w wydarzeniach tematycznych organizowanych przez strony Porozumienia oraz organizowaniu wspólnych wydarzeń, takich jak wizyty studyjne, konferencje czy seminaria. Warto też zauważyć, że strony mogą także uzgodnić inne formy współpracy (art. 3). Uzgodniono w umowie także sprawy finansowe związane z wydatkami powiązаныmi z wykonywaniem umowy, jak też kwestie ewentualnych sporów i rozbieżności dotyczących interpretacji i stosowania Porozumienia.

³⁵ Porozumienie między Ministrem Zdrowia Rzeczypospolitej Polskiej a Ministerstwem Zdrowia Republiki Litewskiej o współpracy w dziedzinie ochrony zdrowia, podpisane w Wilnie dnia 23 listopada 2018 r., M.P. z 2020 r., poz. 224.

5 | Wnioski końcowe

Z przeprowadzonej analizy postanowień traktatów o przyjaźni i współpracy zawartych przez Polskę z państwami sąsiednimi wynika, że we wszystkich nich znalazły się postanowienia odnoszące się do współpracy w zakresie ochrony zdrowia. Postanowienia te są bardzo zbliżone do siebie, a czasami identyczne, stanowiąc, że strony będą popierać (w przypadku Traktatu polsko-ukraińskiego: „rozwijać”) wszechstronną współpracę w dziedzinie ochrony zdrowia i higieny sanitarnej (w Traktacie polsko-niemieckim: „w określonych dziedzinach profilaktyki zdrowotnej”, a w Traktacie polsko-ukraińskim: „w dziedzinie ochronie zdrowia i higieny środowiska”), w szczególności w zakresie zapobiegania i zwalczania chorób cywilizacyjnych^[36] i zakaźnych (w Traktacie polsko-czeskim dodano jeszcze „i innych”, w Traktacie polsko-ukraińskim: „i innych powodowanych warunkami środowiska, oraz zapobieganie tym chorobom”, a w Traktacie polsko-niemieckim: „we wspólnym zwalczaniu chorób zakaźnych i innych chorób, jak na przykład chorzenia serca i układu krążenia, nowotworów i AIDS”). Dodatkowo w Traktacie polsko-ukraińskim kontrahenci uzgodnili, że będą realizować wzajemną wymianę informacji w tych dziedzinach, a w Traktacie polsko-niemieckim, że strona niemiecka będzie udzielać Polsce pomocy w przejściu od państwowego systemu ochrony zdrowia do systemu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego.

Zamieszczenie w traktatach o przyjaźni i współpracy zawartych przez Polskę z państwami sąsiednimi postanowień odnoszących się do współpracy w zakresie ochrony zdrowia dowodzi, że strony tych umów uznają doniosłą rolę tego typu współpracy międzynarodowej, w tym w kształtowaniu przyjaznych stosunków między nimi, pamiętając o tym, co wyrażono w preambule Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia, że „osiągnięcia każdego państwa w popieraniu i ochronie zdrowia przedstawiają wartość dla wszystkich”. Przyjęte w umowach rozwiązania w pełni gwarantują możliwość realizacji tego rodzaju współpracy, przy czym jej urzeczywistnienie uzależnione jest od zawarcia przez państwa umów bezpośrednio odnoszących się do współpracy w zakresie ochrony zdrowia i szczególnie określających jej zakres.

³⁶ W Traktacie polsko-białoruskim użyto określenia „związanych ze współczesną cywilizacją”.

Warto podkreślić, że w stosunkach polsko-niemieckich, polsko-czeskich, polsko-słowackich i polsko-litewskich obowiązują odrębne porozumienia określające ramy prawne współpracy stron w zakresie ochrony zdrowia. Umowa tego typu obowiązywała także przez pięć lat z Ukrainą i można liczyć, że w perspektywie czasu zostanie zawarta kolejna. W stosunkach polsko-rosyjskich, polsko-białoruskich i polsko-litewskich podkreślono znaczenie współpracy w zakresie ochrony zdrowia także w umowach o współpracy naukowej, niemniej jednak do dzisiaj nie zawarto z Białorusią i Rosją odrębnych porozumień odnoszących się bezpośrednio do tego rodzaju kooperacji.

Bibliografia

- Akt dobrosąsiedzki. 30 lat traktatu polsko-niemieckiego o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy*, red. Jan Barcz, Krzysztof Ruchniewicz. Wrocław-Warszawa: Dom Wydawniczy ELIPSA, 2021.
- Banaszkiewicz Adam, „Traktaty i najważniejsze umowy międzynarodowe zawarte przez Polskę z Republiką Litewską w latach 1991–2011” *Wschodnioznawstwo*, t. VII (2013): 77–99.
- Banaszkiewicz Adam, „Umowy międzynarodowe jako środek osiągnięcia celów w polityce zagranicznej”, [w:] *Uwarunkowania i kierunki polskiej polityki zagranicznej w pierwszej dekadzie XXI wieku*, red. Marian S. Wolański. 13–38. Wrocław: Oficyna Wydawnicza Arboretum, 2004.
- Banaszkiewicz Adam, *Umowy międzynarodowe zawarte przez Polskę z państwami europejskimi w latach 1989–2000 jako środek realizacji polskiej polityki zagranicznej*. Łódź: Wyższa Szkoła Studiów Międzynarodowych, 2007.
- Baranowski Piotr, Kardaś Jarosław, Pohl Artur, Spychała-Kij Maria, „Pandemia COVID-19 jako wyzwanie dla nauki o stosunkach międzynarodowych”, [w:] *Unitarny i multilateralny wymiar polityk zdrowotnych państw w warunkach globalnej pandemii SARS-CoV-2*, red. Piotr Baranowski, Jarosław Kardaś, Artur Pohl. 1–22. Poznań: Wydział Nauk Politycznych i Dziennikarstwa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza 2021. <https://wnpid.amu.edu.pl/badania/badania-nad-covid-19/polityki-zdrowotne-w-dobie-pandemii-covid-19>; https://wnpid.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0028/217486/3.-Baranowski,-Kardas,-Pohl,-Spychala-Kij,-Pandemia-covid-19-jako-wyzwanie-dla-nauki-o-stosunkach-miedzynarodowych.pdf.

- Barcik Jacek, *Międzynarodowe prawo zdrowia publicznego*. Warszawa: C.H. Beck, 2013.
- Barcz Jan, „Podstawy polityczne i prawne stosunków Polski ze zjednoczonymi Niemcami”, [w:] *Rocznik Polskiej Polityki Zagranicznej 1991*, red. Barbara Wizimirska. 60–68. Warszawa: Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, 1993.
- Barcz Jan, „Polska – Niemcy. Traktat o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy” *Państwo i Prawo*, nr 9 (1991): 26–33.
- Brodowski Leon, „Stosunki z Litwą”, [w:] *Rocznik Polskiej Polityki Zagranicznej 1995*, red. Barbara Wizimirska. 115–118. Warszawa: Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, 1995.
- Cieślak Mirosław, „Stosunki polsko-ukraińskie”, [w:] *Rocznik Polskiej Polityki Zagranicznej 1992*, red. Barbara Wizimirska. 135–144. Warszawa: Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, 1994.
- Habowski Mirosław, „Stosunki Białorusi z Polską”, [w:] *Białoruś w stosunkach międzynarodowych*, red. Ireneusz Topolski. 233–253. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2009.
- Kamiński Tomasz, Karol Karski, „O umowach międzynarodowych niezgodnych z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej raz jeszcze” *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, nr 5 (2007): 82–109. <http://doi.org/10.26106/078n-tw48>.
- Karski Karol, Tomasz Kamiński, „Effective Application of the Rule on Fundamental Change of Circumstances to Treaties Contravening the 1997 Polish Constitution” *International Community Law Review*, No. 1 (2015): 68–94. <http://doi.org/10.1163/18719732-12341295>.
- Palmowski Marek, „Stosunki polsko-białoruskie”, [w:] *Rocznik Polskiej Polityki Zagranicznej 1992*, red. Barbara Wizimirska. 145–150. Warszawa: Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, 1994.
- „Pomożemy walczyć z rakiem” *Gazeta Lubuska*, 24 maja (2013): 10.
- Popiuk-Rysińska Irena, „Instytucjonalizacja współpracy międzynarodowej na rzecz ochrony zdrowia”, [w:] *Ochrona zdrowia w stosunkach międzynarodowych. Wybrane zagadnienia*, red. Wiesław Lizak, Anna M. Solarz. 9–33. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2013.
- Przyborowska-Klimczak Anna, Wojciech Staszewski, *Stosunki traktatowe Polski z państwami sąsiednimi. Wybór dokumentów*. Lublin: Lubelskie Wydawnictwa Prawnicze, 1998.
- Socha Elżbieta, „Przedsięwzięcia Światowej Organizacji Zdrowia w zwalczaniu chorób endemicznych” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji*, t. LV (2003): 199–214.

- Surmacz Beata, *Współczesne stosunki polsko-ukraińskie. Politologiczna analiza traktatu o dobrym sąsiedztwie*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2002.
- Szafarz Renata, „Stosunki traktatowe Rzeczypospolitej Polskiej. Nowa jakość w latach 1989–2000” *Studia Prawnicze*, nr 2 (2003): 6–50.
- Ślusarczyk Bogdan, „Wybrane projekty z zakresu ochrony zdrowia realizowane w administracji publicznej i współfinansowane ze środków Unii Europejskiej w latach 2007–2012 ze szczególnym uwzględnieniem województwa lubuskiego” *Studia Administracyjne*, nr 8 (2016): 5–18. <http://doi.org/10.18276/sa.2016.8-01>.
- Tabaszewski Robert, *Prawo do zdrowia w systemach ochrony praw człowieka*. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2016.
- Zajączkowski Wojciech, „Stosunki polsko-rosyjskie”, [w:] *Rocznik Polskiej Polityki Zagranicznej 1992*, red. Barbara Wizimirska. 187–193. Warszawa: Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, 1994.
- Zbiór statutów i regulaminów organizacji międzynarodowych*, red. Stanisław Hubert, t. II, Organizacje wyspecjalizowane ONZ, cz. 1, oprac. Jan Kolasa, Halina Okularczyk, Bolesław Paździor, Karol Wolfke. Warszawa: Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, 1966.



MICHAŁ BALCERZAK

Euthanasia and Withdrawal of Life-Sustaining Treatment in the Case-Law of the European Court of Human Rights Twenty Years After *Pretty v. United Kingdom*

The author focuses on the case-law of the European Court of Human Rights in two sensitive areas related to the end of human life, notably euthanasia and the withdrawal of life-sustaining treatment (passive euthanasia). These highly controversial issues required the Court to answer crucial questions regarding the scope and essence of the obligations of state parties under Article 2 (the right to life) and Article 8 (the right to respect for private and family life) of the European Convention on Human Rights. Over twenty years ago, in *Pretty v. United Kingdom* (2002), the concise formulation of Article 2 of the ECHR inevitably led the Court to conclude that the Convention does not guarantee the „right to euthanasia”. However, this has not prevented the Court from inferring a general right to decide on one’s end of life as an element of privacy protected under Article 8 of the ECHR. Since the judgment in *Pretty*, the case-law of the Court on assisted suicide and withdrawal of life-sustaining treatment has been balancing between conflicting interests. Having adjudicated several landmark cases, mainly from the United Kingdom, Switzerland, Belgium, Germany, and France, the Court has calibrated the essence and scope of the states’ margin of appreciation in allowing (or not allowing) for assisted suicide and the withdrawal of life-sustaining treatment. However, one should not expect that the Court’s standards will satisfy everybody’s expectations, given the different philosophical, ethical, and religious approaches to human death and the state’s role in protecting the right to life.

MICHAŁ BALCERZAK associate professor, University of Szczecin
ORCID – 0000-0002-6421-1742 / e-mail: michal.balcerzak@usz.edu.pl

KEYWORDS: European Convention on Human Rights, right to life, right to privacy, euthanasia, withdrawal of life-sustaining treatment, positive obligations

[HTTPS://DOI.ORG/10.36128/PRiW.VI46.699](https://doi.org/10.36128/PRiW.VI46.699)

1 | Introduction

The right to life enshrined in Article 2 of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms^[1] (European Convention on Human Rights, ECHR) is rightly considered one of its „most fundamental provisions”^[2]. It requires that state parties provide legal protection of that right („Everyone’s right to life shall be protected by law”) and prohibits intentional killing. Leaving aside the question of circumstances precluding state responsibility for non-intentional deaths when a necessary force was used (Article 2 para. 2)^[3], as well as the question of the death penalty, which is currently outlawed in all member states of the Council of Europe (even though it is still reflected in para. 1 of Article 2), the Convention does not say much about any permissible ‘involvement’ of states in bringing human life to an end^[4].

It is noteworthy that the Convention is deliberately silent on when life begins and ends^[5]. When faced with the issue of determining the beginning of life in the context of its legal protection, the European Court of Human Rights (the Court, ECtHR) expressed an opinion that it falls to the margin of appreciation of state parties, given that there was „no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life”^[6]. In another milestone judgment concerning the possible application of Article 2 to human embryos, *Evans v. United Kingdom*, the Court held that since, under

¹ Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, opened for signature on 4 November 1950, European Treaty Series no. 005.

² William Schabas, *The European Convention on Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 122 et seq.

³ The situations referred to in Article 2 para. 2 of the Convention are sometimes considered as „exceptions” from the right to life, which is incorrect. The prohibition of intentional killing in Article 2 para. 1 knows no exceptions (the only exception is the death penalty which nowadays is an obsolete part of this provision). The state responsibility for deprivation of life in circumstances provided in Article 2 para. 2 may not occur only if the death was non-intentional.

⁴ It is not elaborated here on the „deaths resulting from lawful acts of war” referred to in Article 15 para. 2 of the Convention in the context of derogation in times of emergency.

⁵ Janneke Gerards, „Right to Life”, [in:] *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ed. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak (Cambridge–Antwerp–Portland: Intersentia, 2018), 355–357.

⁶ See *Vo v. France*, judgment of 8 July 2004, appl. no. 53924/00, § 84.

English law, embryos „did not have independent interests and could not claim – or have claimed on its behalf – a right to life under Article 2”, the latter provision is not applicable^[7].

Another dilemma arose concerning the obligation of state parties when a person expresses a wish to end his or her life for reasons related to an untreatable medical condition. There is hardly any doubt that the right to life – with all its consequences, such as the obligation mentioned above to protect by law and the prohibition of intentional killing – applies throughout a person’s life until his or her death. In other words, the scope of application of Article 2 of the Convention – at least in theory – leaves fewer controversies about the end of human life than it does about the beginning. Nevertheless, this does not make it any easier to determine whether a request for assistance in dying has any basis in the Convention law. As will be elaborated on below, it has been the position of the Court that the right to medically assisted death is not – as such – protected under the Convention. However, the decision on how and when to die may be regarded as one belonging to the sphere of private life and thus covered by Article 8 (right to respect for private and family life). However, states enjoy a wide margin of appreciation in this regard, and it would be unrealistic to expect the Court to infer a „right to euthanasia” under the existing legal conventional framework.

The present paper comments on the Court’s case-law concerning euthanasia and withdrawal of life-sustaining therapy, known as passive euthanasia. Both situations are sometimes referred to as „medically assisted death”^[8]. The Court has been struggling with cases involving claims from both those requesting to be assisted to die and members of their families. More often than not, the cases concerned jurisdictions where some form of euthanasia was allowed by state regulations (Switzerland, Belgium). However, there were also judgments concerning the United Kingdom and Germany, where the debate on euthanasia has been ongoing.

In a preliminary remark, one should note that cases concerning euthanasia and withdrawal of life-sustaining therapy are intrinsically linked to

⁷ See *Evans v. United Kingdom*, judgment of 10 April 2007, appl. no. 6339/05, § 54.

⁸ Miriam Cohen, Jasper Hortensius, „A human rights approach to end of life? Recent developments at the European Court of Human Rights” *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, No. 17/18 (2018): 193.

the concept of human dignity^[9] and its reflection in human rights law^[10]. There is little doubt that dignity should be regarded as both a source of human rights and a legal principle that should permeate its interpretation in individual cases. At the same time, the questions of „dignified life” or „dignified death” are hard to answer just by reference to legal provisions. As important as the case-law of the ECHR is in shaping what is called a „European public order”, one should remember that it will not replace domestic law-makers in finding solutions to ensure that both life and death can be considered dignified.

2 | Euthanasia and the Right to Life

The practice of euthanasia, an intentional ending of one’s life to eliminate pain and suffering, in the context of human rights, has been the subject of unabated scholarly attention^[11]. In the context of the ECHR, some crucial questions have been posed about protecting the right to life and the right to privacy for decisions regarding euthanasia or assisted suicide. The Court was faced for the first time with questions directly related to euthanasia in *Pretty v. United Kingdom*^[12], a landmark case adjudicated over twenty years ago. The application was brought by Diane Pretty, who suffered from motor neuron disease that prevented her from committing suicide alone, thus demanding that her husband help her without facing criminal charges. Her claims were thoroughly examined by British courts,

⁹ Hazel Biggs, *Euthanasia. Death with Dignity and the Law* (Oxford-Portland: Hart 2001), *passim*.

¹⁰ Ginevra Le Moli, *Human Dignity in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2021), 216–218; Veronika Fikfak, Lora Izvorova, „Language and Persuasion: Human Dignity at the European Court of Human Rights” *Human Rights Law Review*, No. 3 (2022): 1–24.

¹¹ Diego Zannoni, „Right or duty to live? Euthanasia and assisted suicide from the perspective of the European Convention on Human Rights” *European Journal of Legal Studies*, No. 2 (2020): 181–212; Stevie Martin, *Assisted Suicide and the European Convention on Human Rights* (London–New York: Routledge, 2021); Aaron Fellmeth, Nourin Abourahma, „The Human Right to Suicide under International Law” *Human Rights Law Review*, No. 3 (2021): 641–670; in a broader context: *Regulating the End of Life. Death Rights*, ed. Sue Westwood (London–New York: Routledge, 2021).

¹² Judgment of 29 April 2002, appl. No. 2346/02.

but to no avail. Therefore, the applicant raised them in Strasbourg, invoking, among other things, a violation of Articles 2 and 8 of the Convention.

The case was adjudicated by a Chamber of seven judges, not by the Grand Chamber. However, the judgment was unanimously adopted and set a firm precedent that can be considered valid after two decades. Let us recall the Court's findings and then comment on the subsequent cases which raised similar issues. The applicant's main argument was that Article 2 of the Convention protected „the right to life and not life itself” and that an individual should be able to choose whether or not to continue living. Ms. Pretty claimed that her right to die to avoid inevitable suffering and indignity should be inferred from Article 2 of the Convention as a „corollary of the right to life”^[13]. The Court was not persuaded by these arguments, emphasizing that the right to life enshrined in Article 2 of the ECHR can hardly be interpreted as having a „negative aspect” as opposed – for instance – to freedom of association (Article 11 of the Convention). The latter included both positive and negative aspects, i.e. the right to join and not to be forced to join any association. When one looked at how Article 2 of the Convention was phrased, things were different. In the words of the Court: „Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely the right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life”^[14].

The „right to self-determination” was the subject of the Court's assessment also from the viewpoint of Article 8 of the Convention (protection of private life), as the applicant invoked that decisions about one's body fall within the scope of this provision. She insisted that choices about when and how to die belonged to the intimate part of her private life and should be protected under Article 8 in the same manner as choices about how a person conducts his or her life. In a cautiously drafted reasoning, the Court admitted that while „the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom” and „without in any way negating the principle of sanctity of life protected under the Convention”, the notions of the „quality of life” take on significance as part of the right to the respect for privacy guaranteed in Article 8. Thus, preventing the applicant from exercising her choice „to avoid what she considers will be an undignified and distressing end of her life” could have interfered with

¹³ Ibidem, § 35.

¹⁴ Ibidem, § 39.

her right to respect her private life. However, this finding did not prejudice whether interference amounted to violation of the Convention. The latter can be found if the interference was not „in accordance with the law” or did not pursue a legitimate aim as provided in Article 8 para. 1, or if it was not “necessary in a democratic society”.

There was no doubt that a legal basis for criminalizing assisted suicide existed at that time in the UK; it was also undisputed that it served the aim of „protecting the rights of others”, so the remaining issue at stake was whether the interference was necessary, that is, if it corresponded to a pressing social need and whether it was proportionate to the legitimate objective pursued.

The applicant insisted that a blanket ban on assisted suicide did not take into account her situation as a mentally competent adult who made a fully informed and voluntary decision. In contrast, the British government argued that the domestic system provided some flexibility on whether to bring a prosecution in individual cases and as regards the imposition of lesser penalties^[15]. The Court was not convinced that a blanket ban on assisted suicide could be considered disproportionate and noted that although the situation of terminally ill individuals may vary, many of them are vulnerable, „and it is the vulnerability of the class which provides the rationale for the law in question”^[16]. The evaluation of risk and likely incidence of abuse was considered necessary in case the general prohibition on assisted suicide was relaxed or if exceptions were created, which fall within the task and the margin of appreciation^[17]. In essence, the Court did not find that the refusal of domestic authorities to refrain from prosecuting the applicant’s husband if he assisted in her death was arbitrary or unreasonable. Therefore, the interference at stake was justified as “necessary in a democratic society”, and as a result, there was no violation of Article 8 of the ECHR.

Irrespective of the Court’s other findings in the Pretty case^[18], at least two points were made clear: firstly, there exists no „right to euthanasia” (or „right to die”) protected under Article 2 of the Convention and, secondly, the blanket ban on assisted suicide did not violate Article 8 of

¹⁵ Ibidem, § 76.

¹⁶ Ibidem, § 74.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ The Court also found that there was no violation of Article 3 (prohibition of torture or other inhuman or degrading treatment), Article 9 (freedom of religion) or Article 14 (prohibition of discrimination).

the Convention. Indicating the „clear points” is far from stating that the problem of euthanasia or assisted suicide was in any way „solved” in the *Pretty* judgment, especially given that the right to private life encompasses choices taken with respect to one’s body and the quality of life. There seems to be no European consensus on the legal situation of those suffering and expressing the wish to end their life due to the distress and indignity inflicted by the last stages of untreatable diseases. However, the vast majority of states criminalize euthanasia and attach more weight to the protection of an individual’s life than to allowing (or legalizing) assistance in its termination^[19].

However, neither the lack of European consensus nor the outcome of the *Pretty* case in 2002 has stopped other applicants from knocking on the door of the Court in cases relating to euthanasia. Such was the case brought by applicants from Britain who were attempting to prove – first in UK courts and then in Strasbourg – that the developments since the *Pretty* case should lead to a finding that the blanket ban on assisted suicide may no longer be considered a proportionate interference with the right to privacy protected under Article 8 of the Convention^[20]. In the joint cases of *Nicklinson and Lamb v. the United Kingdom*, the applicants challenged domestic legislation relying on the UK’s procedural obligations under Article 8 of the Convention. They invoked the UK Human Rights Act of 1998. The case reached the British Supreme Court, which unanimously held that the question of the compatibility of domestic legislation with Article 8 lay within the margin of appreciation; however, the Supreme Court was divided as regards its authority to pronounce on this matter. Five justices believed that they had the constitutional authority to make such a declaration, whereas four considered the question to be answered by the Parliament rather than the Supreme Court. The nine justices presented their views in individual judgments, which reflected divergent views both on the competence of the Supreme Court and on the merits of the dispute itself, with two justices (Baroness Hale and Lord Kerr) ready to conclude that the blanket ban on assisted suicide in domestic law was no longer a proportionate interference with Article 8 rights.

¹⁹ Zannoni, „Right or duty”, 196. As of 2023, active euthanasia is allowed in the Netherlands, Belgium, Luxemburg and Spain. In Switzerland the law allows lethal drugs to be prescribed by doctors, on the condition that the assistance is not provided for „selfish motives”.

²⁰ *Nicklinson and Lamb v. the United Kingdom*, decision of 25 June 2015, appl. nos. 2478/15, 1787/15.

The Strasbourg Court was not ready to follow the applicant's line of reasoning on the procedural obligations under Article 8 of the Convention regarding the availability of a judicial remedy to decide requests for assisted suicide. Irrespective of the above, the ECtHR ruled that the majority of Supreme Court judges dealt with the substance of the claims of the first applicant and the application was manifestly ill-founded. The second applicant's claims were rejected due to the non-exhaustion of domestic remedies. Importantly, the Nicklinson and Lamb cases indicate that the debate on the proportionality of a blanket ban on assisted suicide in the United Kingdom is ongoing, both on the highest levels of the judiciary and within the Parliament^[21].

There were also cases from other jurisdictions that need to be commented on, given their relevance to the discussed issues. In the Haas v. Switzerland case^[22], the applicant, suffering from bipolar affective disorder, complained in Swiss courts that he was denied direct access to sodium pentobarbital (a lethal substance prescribed for euthanasia). Thus, he claimed that his right to decide how and when to end his life has been violated. After unsuccessful attempts to obtain the lethal substance by prescription, and the Federal Court examined his case, the applicant argued in Strasbourg that his rights under Article 8 were violated because he could not obtain sodium pentobarbital. The applicant further claimed that in exceptional situations – such as his own – access to the necessary medical products for suicide should be guaranteed by the State. There were no references to Article 2 of the Convention in the applicant's case.

The ECtHR confirmed that an individual has a right to decide by what means and at what point his or her life will end, provided that he or she can freely decide on this question. The right to make this kind of decision was considered as part of the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention^[23]. The Court distinguished the case from *Pretty v. United Kingdom*, as it did not concern a claim to immunity for a person assisting with suicide. The Court answered the central question of whether the applicant had the right to obtain a lethal substance without a medical prescription in the negative and with respect to several interpretative principles. One of them implies that the Convention must be

²¹ Nataly Papadopoulou, „From *Pretty* to *Nicklinson*: Changing Judicial Attitudes to Assisted Dying” *European Human Rights Law Review*, vol. 3 (2017): 298–307.

²² *Haas v. Switzerland*, judgment of 20 January 2011, appl. No. 31322/07.

²³ *Ibidem*, § 51.

read as a whole. Thus, the Court itself invoked Article 2, which „creates for the authorities a duty to protect vulnerable persons, even against actions by which they endanger their own lives”^[24]. The Court recalled that under Article 2 of the Convention, state parties have a general duty to prevent individuals from taking his or her own life „if the decision has not been taken freely and with a full understanding of what is involved”^[25].

Furthermore, the Court relied on the principle of interpreting the Convention in the light of present-day conditions, stressing that – as of 2011 – there was still no consensus among member states of the Council of Europe concerning an individual’s right to choose how and when to end his life. While noting that the applicant wanted to commit suicide in a safe and dignified manner, the Court observed that the regulations put in place by the Swiss authorities (especially the requirement to obtain medical prescription) pursue legitimate aims, i.e., protect from hasty decisions and prevent abuses. The states enjoyed a wide margin of appreciation in this sensitive area, which led the Court to conclude that „even assuming that the States have a positive obligation to adopt measures to facilitate the act of suicide with dignity, the Swiss authorities have not failed to comply with this obligation”^[26].

The essence of the Haas case indicates that the Swiss regulations regarding euthanasia (allowing for the prescription of lethal drugs by medical doctors, provided that the assistance is not offered for „selfish motives”) are not *per se* incompatible with the requirements of the Convention. Bypassing the requirement of medical prescription to obtain lethal substances would open the door to unpredictable consequences and endanger the rights of those in vulnerable conditions. The margin of appreciation of states – and in this case, Switzerland – remained the primary point of reference in examining whether the domestic regulations that allowed for the assistance in suicide corresponded to the interests at stake. This margin also applies insofar as the state duties resulting from the right to life are concerned. These duties cannot be ignored when the issue of administering lethal drugs is considered.

The difficulties in obtaining a medical prescription for sodium pentobarbital by a person who wanted to end his or her life were also the background of another case against Switzerland, adjudicated by the Chamber and the

²⁴ Ibidem, § 54.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem, § 61.

Grand Chamber^[27]. The outcome of the case was extraordinary since the Court – by a nine to eight majority – decided that because the applicant had abused the right of application, the latter was inadmissible. The abuse consisted of the applicant taking special precautions to prevent information about her death from being disclosed to her counsel, let alone to the Court. The applicant complained about the difficulty in finding a medical practitioner who would be prepared to provide her with a medical prescription for the lethal drug. However, she finally obtained the prescription in October 2011 and ended her life shortly thereafter. The Court was unaware of this fact when it delivered the Chamber judgment in 2013. It is worth noting that the death of an applicant does not lead *ex lege* to the discontinuation of the case. However, the need to continue the proceedings depends on whether the heirs or close family members express the wish to pursue them and whether they have sufficient interest in the case^[28]. In any event, in the Gross case, the Court was indeed misled on a matter crucial to the essence of the applicant's complaint.

Even though the Grand Chamber judgment overruled the previous (Chamber) one in the same case, one should mention that in the Chamber judgment, the Court concluded – by four votes to three – that there had been a violation of Article 8 of the Convention. The majority of the Chamber was ready to consider that the applicant's wish to receive the lethal drug falls within the scope of her right to private life and concluded that „Swiss law while providing the possibility of obtaining a lethal dose of sodium pentobarbital on medical prescription, does not provide sufficient guidelines ensuring clarity as to the extent of this right”^[29]. This statement is equivalent to a direct criticism of Swiss domestic rules on the accessibility of lethal drugs. However, the Court did not go as far as to question the obligation to acquire a medical prescription. The Chamber judgment in the Gross case was not particularly convincing, especially regarding the Court's doubts towards the state-approved guidelines defining the circumstances under which medical practitioners may issue a requested prescription^[30].

²⁷ Gross v. Switzerland [GC], judgment of 30 September 2014, appl. No. 67810/10. Chamber judgment in the same case was delivered on 14 May 2013.

²⁸ See: Council of Europe/European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 2022, 19.

²⁹ Gross v. Switzerland, § 67.

³⁰ Ibidem, § 66.

However, the split in votes was sharp^[31], and it can be only regretted that the Grand Chamber did not examine the applicants' arguments regarding the merits.

In discussing the cases brought to Strasbourg on assisted suicide, one should also mention two other that were filed by the relatives of those who decided to end their lives voluntarily. In the first of these cases, *Koch v. Germany*^[32], the applicant claimed that both his deceased wife and himself were victims of a violation of Article 8 of the Convention, given that their requests to the German authorities to be provided with a lethal dose of the drug for the applicant's quadriplegic wife ended unsuccessfully, also at the administrative courts. The applicant's wife committed suicide in Switzerland with the assistance of an association. After his wife's death, the applicant lodged an action in German administrative courts to obtain a declaration that the decisions denying access to lethal drugs had been unlawful. Having exhausted domestic remedies, the applicant brought the case to the Strasbourg Court, which ruled that the decisions of the German authorities to reject the applicant's requests and the administrative courts' refusal to examine the merits of the applicant's motion did violate his rights to respect for his private life under Article 8 of the Convention.

However, regarding the part of the complaint alleging a violation of the applicant's late wife, the Court had to address whether the applicant had legal standing to act on her behalf. The previous case-law of the Court indicated that Article 8 of the Convention has a non-transferrable character and, as such, cannot be pursued by a close relative or a successor of the immediate victim. The Court did not find sufficient reasons to depart from this case-law. It ruled that the applicant had no legal standing to rely on his wife's rights under Article 8. Still, it highlighted that the applicant was not deprived of protection under the Convention, given the Court's earlier conclusion on the violation of the applicant's rights^[33].

In another case – *Mortier v. Belgium*^[34] – introduced by a relative (a son) of a person who died by euthanasia, the applicant raised allegations under Articles 2 and 8 of the Convention, complaining that the euthanasia of his mother was performed without him or his sister being informed. This

³¹ See the Joint dissenting opinion of Judges Raimondi, Jočienė and Karakaş (annexed to the Chamber judgment).

³² *Koch v. Germany*, judgment of 19 July 2012, appl. No. 497/09.

³³ *Ibidem*, § 81.

³⁴ *Mortier v. Belgium*, judgment of 4 October 2022, appl. No. 78017/17.

was due to the applicant's mother's explicit wish and against her doctors' repeated advice. The applicant challenged the statutory procedure of euthanasia in Belgium, claiming that the state party failed to fulfil its rights under Article 2 of the Convention. The case was admissible *ratione personae* under Articles 2 and 8 of the Convention since the applicant invoked Article 8 on his behalf, alleging that the lack of effective protection of his mother's life violated his right to respect private and family life. Concerning Article 2, according to the Court's case-law, the members of the close family of a deceased person are considered indirect victims when they claim a violation of this provision in respect of their close one^[35].

Having examined the Belgian legislative framework and practice concerning euthanasia, as well as the individual circumstances of the case, the Court did not find a violation of Article 2 by the very solutions foreseen in the legislative framework governing the preparations for euthanasia, nor concerning the conditions in which euthanasia was carried out in case of the applicant's mother. What was found to violate Article 2, however, was the post-euthanasia review procedure and its shortcomings that were considered to fail the state's positive obligations. In particular, the Court indicated the lack of independence of the federal administrative body, which was in charge of reviewing and assessing euthanasic procedures, as well as the length of the criminal investigation. Concerning the applicant's claims under Article 8, the Court found no violation with regard to the behaviour of the doctors assisting the applicant's mother. The Court took into account their professional obligations, including the duty of confidentiality and medical secrecy, as well as their – unsuccessful – efforts to convince the applicant's mother to contact her children about her intention to end her life.

As noted in one of the separate opinions to the Mortier judgments, it was the first time the Court had an opportunity to examine the nature of states' obligations under Article 2 of the Conventions when applied in a jurisdiction that provides for the possibility of active euthanasia^[36]. One should recall, however, that the Court is not supposed to pronounce on specific legal regimes *in abstracto* but on its application in a particular case. The outcome of the Mortier case should – and probably will – result in some adjustments to the post-euthanasia assessment procedures pro-

³⁵ Ibidem, § 112.

³⁶ Cf. Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Elósegui, § 1 (annexed to the *Mortier* judgment).

vided in the Belgian legal system. Nevertheless, on a more general level, it could be argued that neither the Belgian nor any other case would solve all potential dilemmas concerning the performance of euthanasia in those state parties to the Convention that provide for such possibility. It is a challenge to apply an international treaty that directly obliges states to protect human life and prohibits intentional killing while simultaneously – and with equal legal force – protects the right to privacy and one’s choices concerning when and how to end one’s life.

3 | Withdrawal of life-sustaining treatment

In several cases, the ECtHR was confronted with a dilemma of the same magnitude as in the case of active euthanasia, and notably, the scope and essence of states’ duties as regards the protection of the right to life and the right to privacy, when the withdrawal of life-sustaining treatment is requested (or challenged) by the relatives of a person unable to express his or her wishes (passive euthanasia). The most notable case in this regard was *Lambert and Others v. France*^[37], in which close relatives of a tetraplegic and vegetative state patient challenged a judgment of the French Conseil d’État authorizing the discontinuation of his artificial nutrition and hydration. The applicant’s family claimed that this would violate Article 2 of the Convention and also amounted to torture in the meaning of Article 3. They further claimed that discontinuing the applicant’s feeding would infringe on his physical integrity, contrary to Article 8 of the Convention.

The Court noted that an essential distinction existed between the intentional taking of life and „therapeutic abstention”, which consists of withdrawing or withholding treatment that had become unreasonable^[38]. Based on its previous case law concerning various aspects of end-of-life situations and considering the need to interpret the Convention „as a whole”, the Court has set out the criteria that it considered relevant to examine the Lambert case.

³⁷ *Lambert and Others v. France* [GC], judgment of 5 June 2015, appl. No. 46043/14.

³⁸ *Ibidem*, § 123 and 141.

These criteria included:

- a. the existence in domestic law and practice of a regulatory framework compatible with the requirements of Article 2;
- b. whether an account had been taken of the applicant's previously expressed wishes and those of the persons close to him or her, as well as the opinions of other medical personnel;
- c. the possibility to approach the courts in case of doubts about the best decision for the patient's interests^[39].

The Court further observed that although there was no European consensus in favour of permitting the withdrawal of artificial life-sustaining treatment, the majority of States appeared to allow it, or at least there could be discerned a consensus that patients' wishes in the decision-making process were paramount^[40]. Moreover, the Court stressed that in the sphere concerning the end of life, just as in that concerning the beginning of life, States must be afforded a margin of appreciation as regards the way to strike a balance between the protection of the patient's right to life and the protection of their right to respect for their private life and their autonomy^[41].

Having applied the abovementioned criteria to the undoubtedly complex case, the Court considered that the French legal framework was sufficiently clear to guide doctors' decisions, such as the one concerning Mr Lambert. Further, the Court held that the decision-making process was meticulous and sought to establish – to the extent possible – what the patient's wishes would be. At the same time, it involved numerous doctors and members of Mr Lambert's family who were not unanimous about the decision to withdraw life-supporting treatment. Finally, the Court found no shortcomings in the proceedings conducted by the *Conseil d'État*. It underlined that it was primarily for the domestic authorities to verify whether the decision to withdraw life-sustaining treatment was compatible with the domestic legislation and the Convention^[42]. On the other hand, the Court's role consisted in ascertaining whether the state party fulfilled its positive

³⁹ Ibidem, § 143. The Court also took into account the „Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations”, which was drawn up by the Committee on Bioethics of the Council of Europe in 2014.

⁴⁰ Lambert and Others v. France, § 147.

⁴¹ Ibidem, § 148.

⁴² Ibidem, § 181.

obligations under Article 2. As a result, the Court found – by a twelve to five majority – that there would be no violation of Article 2 in the event of the implementation of the *Conseil d'État* judgment concerning the withdrawal of life-sustaining treatment of Mr Lambert^[43]. The Court also ruled that it was unnecessary to rule separately on the complaint under Article 8 of the Convention.

The judgment in the Lambert case was not unanimous, and the judges of the minority expressed a view that it concerned euthanasia rather than „therapeutic abstention”^[44]. Irrespective of the stance that one takes on the legal, medical or moral aspects of the case, it indeed provokes some profound questions about states' positive obligations in sustaining the life of those in a chronic vegetative state. The Court seemed unwilling to apply Article 2 of the Convention in a way that would replace the assessments made by domestic authorities in a susceptible area of life-sustaining treatment. The approach of the Court was, therefore, more focused on legal and procedural aspects of the decision-making, with due regard to the wishes that the applicant might have expressed regarding his condition (though it was not established beyond reasonable doubt what these wishes were). The *Lambert* case was neither an assisted suicide nor a „typical” case when life-supporting machines are disconnected.

Even though the Anglo-Saxon maxim that „hard cases make bad law” applies to the discussed case, it has set a firm precedent in similar instances in which the discontinuation of life-sustaining treatment of vegetative patients was subject to a legal dispute. In two cases brought against the United Kingdom by parents of babies diagnosed with rare and usually terminal genetic conditions^[45], the Court held that „the relevant regulatory framework in the United Kingdom does not disclose any shortcomings which could lay the basis of an arguable claim of a breach of the domestic

⁴³ Mr. Lambert died on 11 July 2019.

⁴⁴ See the Partly dissenting opinion of Judges Hajiyev, Šikuta, Tsotsoria, De Gaetano and Gričco, § 10. The opinion includes the view that „(...) once all is said and written in this judgment, after all the subtle legal distinctions are made and all the fine hairs split, what is being proposed is nothing more and nothing less than that a severely disabled person who is unable to communicate his wishes about his present condition may, on the basis of a number of questionable assumptions, be deprived of two basic life-sustaining necessities, namely food and water, and moreover that the Convention is impotent in the face of this reality” (ibidem, § 1).

⁴⁵ *Gard and Others v. United Kingdom*, decision of 27 June 2017, appl. No. 39793/17; *Parfitt v. the United Kingdom*, decision of 20 April 2021, appl. No. 18533/21.

authorities' obligation to protect the right to life"^[46]. Having established that the other „Lambert criteria” were also fulfilled in both cases, the Court found both applications manifestly ill-founded and thus inadmissible as regards the applicants' claims under Article 2 of the Convention. The above-mentioned decisions show that the Court consistently applies the precedent set in the Lambert case while attaching significant weight to the margin of appreciation awarded to the domestic authorities.

4 | Conclusion

The distinction between euthanasia and withdrawal from life-sustaining treatment can sometimes be a matter of language rather than substance, although they refer to different end-of-life situations. What they have in common from the perspective of the ECHR is that they both need to balance the implications of the right to life and the right to privacy, or more precisely, the right to respect for private and family life. The case-law of the ECtHR attempted to offer some guidance on how to set this balance in compassionate cases where individuals expressed their wish to die and requested the assistance of the state, as well as in similar instances in which the right to life was invoked by the relatives of those in a vegetative state.

The period of twenty years that passed between the *Pretty v. United Kingdom* and the *Mortier v. Belgium* judgments allowed the Court to calibrate its case-law on end-of-life situations. However, in cases of active euthanasia, the cautious and restrained position of the Court remains unchanged. The states parties to the Convention have no duty to introduce regulations that would decriminalize assisted suicide; nevertheless, there is also no prohibition to do so if the national parliament so decides. It has been affirmed that states enjoy a margin of appreciation in this regard. However, it does not mean that if assisted suicide is allowed under national laws, the positive obligations under Article 2 are different than those in states that prosecute such cases.

⁴⁶ Gard and Others, § 81; Parfitt, § 40.

Regarding the discontinuation of life-sustaining treatment (or passive euthanasia), the „Lambert criteria” have a precedential value and are most likely to shape the Court’s jurisprudence in the future. An important conclusion from Lambert and similar cases is that the Court is unwilling to replace domestic judicial authorities or medical bodies in their assessments of whether or not a life-sustaining therapy should be discontinued. The burden of such decisions is on the domestic authorities. On the contrary, the Court’s role has been rightly identified as ensuring that the decision-making process has met the criteria of Articles 2 and 8 of the Convention.

Bibliography

- Biggs Hazel, *Euthanasia. Death with Dignity and the Law*. Oxford-Portland: Hart 2001.
- Cohen Miriam, Jasper Hortensius, „A human rights approach to end of life? Recent developments at the European Court of Human Rights” *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, No. 17/18 (2018): 193–210. <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/384/363>.
- Council of Europe/European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 2022.
- Fellmeth Aaron, Nourin Abourahma, „The Human Right to Suicide under International Law” *Human Rights Law Review*, No. 3 (2021): 641–670. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngabo10>.
- Fikfak Veronika, Lora Izvorova, „Language and Persuasion: Human Dignity at the European Court of Human Rights” *Human Rights Law Review*, No. 3 (2022): 1–24. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaco18>.
- Gerards, Janneke, „Right to Life”, [in:] *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak. 353–380. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2018.
- Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations*, Council of Europe 2014. <https://www.coe.int/en/web/bioethics/guide-on-the-decision-making-process-regarding-medical-treatment-in-end-of-life-situations>.
- Le Moli Ginevra, *Human Dignity in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press 2021.
- Martin Stevie, *Assisted Suicide and the European Convention on Human Rights*. London–New York: Routledge 2021.

- Papadopoulou Nataly, „From Pretty to Nicklinson: changing judicial attitudes to assisted dying” *European Human Rights Law Review*, vol. 3 (2017): 298–307.
- Regulating the End of Life. Death Rights*, ed. Sue Westwood. London–New York–Routledge 2021.
- Schabas William, *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Zannoni Diego, „Right or duty to live? Euthanasia and assisted suicide from the perspective of the European Convention on Human Rights” *European Journal of Legal Studies*, No. 2 (2020): 181–212. <https://doi.org/10.2924/EJLS.2019.027>.



DARIUSZ SZPOPER, ARSEN TAGIROV

Fiodor Martens

Pionier międzynarodowego prawa humanitarnego

Fyodor Martens: Pioneer of International Humanitarian Law

The authors outline a portrait of Fyodor Fyodorovich Martens, a prominent 19th-century Russian lawyer and diplomat. The authors describe both his academic achievements and practical dimensions in the field of public international law and his influence on the development of international humanitarian law. The authors also presented various stages of Martens' life path and career, including his studies outside the Russian Empire, his work at the Ministry of Foreign Affairs, and his scientific activities. They highlighted his active role in drafting international agreements, including the Hague Conventions of 1899 and 1907, and revealed new facts about Martens' biography, bringing this outstanding scientist and practitioner, who is not widely known in Poland, closer to a wide range of public international law researchers and legal history researchers.

DARIUSZ SZPOPER profesor nauk prawnych, Uniwersytet Pomorski w Słupsku

ORCID – 0000-0002-8593-2821 / e-mail: dariusz.szpopper@upsl.edu.pl

ARSEN TAGIROV magister prawa, Uniwersytet Pomorski w Słupsku

ORCID – 0000-0001-5729-3500 / e-mail: arsen.tagirovv1045@gmail.com

SŁOWA KLUCZOWE: Fiodor Fiodorowicz Martens, Uniwersytet w Sankt-Petersburgu, międzynarodowe prawo humanitarne, Klauzula Martensa, konferencje pokojowe w Hadze, Konwencje haskie z 1899 i 1907 roku, wojna rosyjsko-japońska

KEYWORDS: Fyodor Fyodorovich Martens, University of St. Petersburg, international humanitarian law, Martens Clause, Hague Peace Conferences, Hague Conventions of 1899 and 1907, Russo-Japanese War

Fiodor Fiodorowicz (Friedrich Fromhold) Martens (1845–1909) uchodzi nie tylko za jednego z najwybitniejszych prawników-internacjonalistów czasów Imperium Rosyjskiego, ale także za osobę, która znacząco wpłynęła na globalny kształt i rozwój prawa humanitarnego. Jeszcze za życia sława naukowca-praktyka towarzyszyła Martensowi, poczynając od objęcia stanowiska profesora Imperatorskiego Uniwersytetu Petersburskiego poprzez najważniejsze konferencje międzynarodowe, w których brał czynny udział reprezentując interesy Cesarstwa Rosyjskiego. Wielokrotnie też inspirował ich zwołanie, jak również czynnie angażował się w organizację przebiegu tych wydarzeń. Głowy państw – monarchowie, prezydenci, premierzy – zabiegały o możliwości rozmów i spotkań z nim, zaś chęć powierzenia mu funkcji arbitra w sporach pomiędzy podmiotami prawa międzynarodowego była tak znaczna, że europejskie elity, pół żartem, pół serio, określały go mianem „Lorda Kanclerza Europy”^[1].

Niestety niewiele zachowało się informacji o dzieciństwie i latach młodości Fiodora Martensa. Urodził się jako Friedrich Fromhold Martens w dniu 15 (27) sierpnia 1845 r. w Pärnu (Parnawa), w gubernii liflandzkiej (Liwonia), zatem w mieście położonym współcześnie w granicach Republiki Estońskiej, w dość ubogiej rodzinie. Około roku 1850 zmarł jego ojciec Friedrich Wilhelm Martens, zaś 4 lata później opuściła go matka Teresa Wilhelmina *de domo* Knast. Dziewięcioletni wówczas chłopiec został skierowany przez nauczyciela lokalnej szkoły parafialnej do sierocińca w północnej stolicy Imperium Rosyjskiego, działającego przy luterańskim kościele Świętych Piotra i Pawła. Następnie przeniesiono go do szkoły św. Piotra, zaś po ukończeniu w niej nauki w 1863 roku rozpoczął studia prawnicze w Imperatorskim Uniwersytecie w Sankt-Petersburgu^[2]. Sam Martens pozostawił jedynie sporadyczne informacje tak o swoich rodzicach, jak i imieniu, nadanemu po urodzeniu, zaś w publikacjach operował różnymi wariantami swojego nazwiska (Friedrich Fromhold Martens, Friedrich von Martens, Frédéric de Martens). Poczynając od 1879 roku zaczął używać formy Fiodor Fiodorowicz Martens^[3] i pod tym imieniem

¹ Thomas Holland, „Frederik de Martens” *Journal of the Society of Comparative Legislation*, nr 10 (1909): 11.

² Władimir Emmanuiłowicz Grabar, *Matieriały k istorii litieratury mieždunarodnogo prawa w Rossiji (1647–1917)* (Moskwa: Izdatielstwo „Ziercało”, 2005), 397.

³ W 1879 roku Martens ożenił się z Katarzyną-Marią-Luizą (Ekateriną Nikołajewną) Tur, córką senatora i tajnego radcy Nikołaja Andriejewicza Tura. Zgodnie z ówczesnymi prawami Martens, wchodząc w związek małżeński, musiał przejść

i nazwiskiem zyskał sławę wśród mu współczesnych, by następnie przejść też do historii prawa międzynarodowego publicznego^[4].

Kończąc Wydział Prawa w 1867 roku jako jeden z najbardziej zdolnych studentów zwrócił na siebie uwagę ówczesnego dziekana tego fakultetu profesora Ignacego Iwanowskiego pochodzącego z guberni mińskiej, a zatem z terenów byłego Wielkiego Księstwa Litewskiego i zarazem absolwenta Imperatorskiego Uniwersytetu Wileńskiego, który jednocześnie pełnił wówczas funkcję kierownika Katedry Prawa Międzynarodowego. Szczególną uwagę Iwanowskiego zwrócił esej pióra Martensa zatytułowany *O stosunkach między Rosją a Imperium Ottomańskim w czasach panowania cesarzowej Katarzyny II (Ob odnoszenijach mieźdu Rossijej i Ottomanskoj impierijej w carstwowanije impieratrycy Jekatieriny II)*. Martens zabiegał, by po ukończeniu studiów mógł pracować na Wydziale Prawa, myśląc wszakże o dalszej karierze karnistycznej. Jednak Ignacemu Iwanowskiemu udało się go przekonać, by związał swoje dalsze naukowe losy z kierowaną przez niego Katedrą Prawa Międzynarodowego. Mówił wtedy: „Będziemy mieli własnego Martensa”^[5] – nawiązując do identyczności nazwiska z uznanymi wówczas niemieckimi prawnikami, specjalizującymi się w doktrynie prawa międzynarodowego publicznego – Georgem Friedrichem von Martensem^[6] oraz jego bratankiem Karlem von Martensem^[7].

W 1869 roku już po obronie pracy magisterskiej zatytułowanej *O prawie własności prywatnej w czasie wojny (O prawie czastnoj sobstwiennosti wo*

na prawosławie i w rezultacie zmienić imię i patronimie według schematu obowiązującego w rosyjskiej Cerkwi prawosławnej.

⁴ Władimir Wasiljewicz Pustogorow, *Fiodor Fiodorowicz Martens. Jurist, dyplomata* (Moskwa: Mieżdunarodnyje odnoszenija, 1999), 12–13; najprawdopodobniej imię Friedrich otrzymał po swoim naturalnym ojcu oraz po chrzestnym, którym był radca tytularny Friedrich von Kluwer, zaś imię Fromhold po drugim chrzestnym – notariuszu z Parnawy, Fromholdzie Drewniku.

⁵ „Martens, Fiodor Fiodorowicz”, [w:] *Biograficzeskij słowar’ profiessorow i priepodawatielej Imperatorskogo Sankt-Peterburgskogo Uniwersiteta za istiekszuju trietju czetwert’ wieka jego suszczestwowanija. 1869–1894*, t. II, M-JA. (Sankt-Peterburg: Tipografija i Litografija B.M. Wolfa, 1898), 7.

⁶ Georg Friedrich von Martens (1756–1821), absolwent Uniwersytetu w Getyndze, Ratyzbonie i Wiednu, od 1783 roku profesor prawa uniwersytetu w Getyndze. Aktywny działacz polityczny i dyplomata związany z dworami królewskimi Westfalii i Hanoweru. Autor licznych traktatów z zakresu prawa międzynarodowego publicznego.

⁷ Karl von Martens (1790–1863) – niemiecki prawnik, polityk i dyplomata, minister Wielkiego Księstwa Saksonii-Weimaru-Eisnach, kontynuował badania rozpoczęte przez swojego stryja.

wriemia wojny) Fiodor Martens wyjechał służbowo do Wiednia, Heidelbergu i Lipska, w których to ośrodkach naukowych słuchał między innymi wykładów uznanych wówczas profesorów: Lorenza von Steina (1815–1890)^[8] oraz Johanna Caspara Bluntschli'ego (1808–1881)^[9]. W 1870 roku powrócił z tych wojaży do Sankt-Petersburga, uprzednio otrzymawszy zaproszenie do objęcia wolnego stanowiska docenta prawa międzynarodowego w swojej macierzystej uczelni^[10]. W 1873 roku uzyskał nominację do funkcji profesora nadzwyczajnego, co związane było z otrzymaniem przez niego stopnia doktora na podstawie obronionej rozprawy: *O konsulach i jurysdykcji konsularnej na Wschodzie (O konsulach i konsulskiej jurysdykcji na Wostokie)*, która następnie została przetłumaczona na język niemiecki, przynosząc mu uznanie poza granicami Rosji^[11]. Jednak w obszernym dorobku naukowym Fiodora Martensa, obejmującym ponad sto opublikowanych prac, w tym liczne monografie, podręczniki, artykuły oraz recenzje^[12], czołowe miejsce zajmują dwie fundamentalne pozycje: *Zbiór traktatów i konwencji zawartych przez Rosję z innymi państwami (Sobranije traktatow i konwencyj, zakluczonych Rossijeju s inostrannymi dierzawami)* składający się z piętnastu woluminów oraz dwutomowa pozycja *Współczesne prawo międzynarodowe narodów cywilizowanych (Sowriemiennoje mieżdunarodnoje prawo cywilizowanych narodow)*.

⁸ Lorenz von Stein (1815–1890) – niemiecki ekonomista, socjolog i naukowiec, zajmujący się zagadnieniami administracji publicznej. W swoim dziele *Historia ruchu społecznego we Francji od 1789 roku do współczesności. t. 3, Monarchia, republika i suwerenność społeczeństwa francuskiego od rewolucji lutowej 1848 r. (Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage. Bd. 3, Das Königtum, die Republik und die Souveränität der französischen Gesellschaft seit der Februarrevolution 1848.)* wprowadził do nauki termin „ruch społeczny”. Zob.: Charles Tilly, *Social movements, 1768–2004* (Boulder-London: Paradigm Publishers, 2004), 5–6.

⁹ Johann Caspar Bluntschli (1808–1881) – szwajcarski prawnik-internacjonalista i polityk. Prowadził wykłady na uniwersytetach w Zurychu, Monachium oraz Heidelbergu. Był jednym z założycieli Instytutu Prawa Międzynarodowego (*Institut de Droit international*) w Genewie. Wraz z Francisem Lieberem i Édouardem René de Laboulaye przygotowali jedną z pierwszych opracowań naukowych poświęconych regułom stosowania norm prawa międzynarodowego w trakcie działań wojennych.

¹⁰ Pustogorow, *Fiodor Fiodorowicz Martens*, 16.

¹¹ Grabar', *Matieriały k istorii*, 397–398; Martens, Fiodor Fiodorowicz. *Biograficzeskij słowar' professorow*, 8.

¹² Natalja Nikołajewna Zipunnikowa, „K 165-letiju so dnia roźdienia F.F. Martiensa” *Elektronnoje priłożenije k Rossijskomu juridiczeskomu żurnalu*, nr 1 (2010): 91; Grabar', *Matieriały k istorii*, 398.

U genezy tego pierwszego dzieła leżała prośba sformułowana w 1873 roku przez ministra spraw zagranicznych Imperium Rosyjskiego księcia Aleksandra Michajłowicza Gorczakowa^[13], który po zatwierdzeniu przez cesarza Aleksandra II (1855–1881) jego propozycji edycji traktatów i konwencji zawartych przez Rosję z innymi państwami, zwrócił się w tej sprawie do młodego, ale już posiadającego ugruntowaną pozycję naukową Fiodora Martensa. Ten tę koncepcję zaaprobował, rozpoczął pracę nad jej sfinalizowaniem i już w ciągu roku wydany został drukiem pierwszy tom, zawierający umowy międzynarodowe łączące Rosję z austriacką monarchią Habsburgów z lat 1648–1762^[14]. Konstruuując „Zbiór” przyjął kryterium podziału geograficznego, każdy z tomów poświęcając relacjom z odrębnymi państwami^[15]. Nieprzypadkową też stała się będąca cezurą początkową data 1648 roku, gdyż wówczas to zawarty został w Münster i Osnabrück pokój westfalski, stanowiący podwalinę zasady praworządności i równości stron w relacjach międzypaństwowych, stał się zarazem *par excellence* fundamentem systemu prawa międzynarodowego i to już we współczesnym znaczeniu tych słów^[16].

Wartością dodaną „Zbioru” było to, że jego autor zamieścił w nim niezwykle cenne z naukowego punktu widzenia komentarze historyczne poprzedzające teksty samych umów oraz notatki oparte na dokumentach archiwalnych dotyczące kontekstu i przesłanek nawiązywanych niegdyś porozumień, ujawniając tym samym historyczne tło zawieranych

¹³ Denis Nikołajewicz Sziłow, „Aleksandr Michajłowicz Gorczakow”, [w:] Denis Nikołajewicz Sziłow, *Gosudarstwiennyje diejatieli Rossijskoj impierii: Gławy wysszych i centralnych uczieżdzenij. 1802–1917: Biobibliograficzeskij sprawocznik* (Sankt-Peterburg: Dmitrij Bułanin, Jewropiejskij uniwersitet w Sankt-Peterburgie, 2001), 183–187; Boris Wasiljewicz Ananijcz, Rafał Szołomowicz Ganielin, *Uprawlenczeskaja elita Rossijskoj Impierii. Istorija ministerstw 1802–1917* (Sankt-Peterburg: Liki Rossiji, 2008), 87–89; Aleksandr Michajłowicz Gorczakow (1798–1883) minister spraw zagranicznych Imperium Rosyjskiego (1856–1882), kanclerz, członek Rady Państwa.

¹⁴ Michaił Aleksandrowicz Taube, *F.[iodor] F.[iodorowicz] Martens (1845–1909). Niekrołog* (Sankt-Peterburg: Sienatskaja Tipografija, 1909), 8; Grabar', *Matieriały k istorii*, 398; Pustogarrow, *Fiodor Fiodorowicz Martens*, 25; Henryk Wereszycki, *Historia Austrii* (Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich-Wydawnictwo, 1986), 90–91.

¹⁵ Austria, Niemcy, Anglia, Francja, planowano dodać również Turcję, a później inne państwa, ale z powodu śmierci autora praca nie została ukończona. Martens liczył, że „Zbiór” będzie dalej uzupełniany nowymi traktatami.

¹⁶ Martens pracował nad „Zbiorem” do końca swojego życia i w latach 1874–1909 powstało 15 tomów tego dzieła.

traktatów oraz kularowe przesłanki towarzyszące procesom negocjacyjnym. Martens stał bowiem na stanowisku, że zarówno teoretykom, jak i zajmującym się prawem *in actu* „[...] potrzebny jest nie tylko autentyczny tekst samego traktatu, a także pożądanym jest zrozumienie [...] okoliczności, w jakich doszło do jego zawarcia”^[17]. Jeden z jego najwybitniejszych uczniów, baron Michaił Aleksandrowicz Taube (1869–1961), profesor uniwersytetów w Charkowie i Sankt-Petersburgu, twierdził, że „Zbiór” przygotowany przez jego Mistrza nie jest wyłącznie formalnym zestawieniem przedrukowanych dokumentów, ale stanowi żywą i barwną historię dyplomacji rosyjskiej^[18]. Stał zarazem na stanowisku, że wyłącznie to opracowanie, samo w sobie, stawiało jeszcze wówczas żyjącego twórcę w panteonie najwybitniejszych światowych teoretyków i praktyków prawa międzynarodowego publicznego^[19]. Stanowisko to podzielali w całej ciągłości także inni, uznani ówczesnie, specjaliści doktryny prawa międzynarodowego publicznego^[20]. Opinia ta nie straciła na swojej aktualności aż do dnia dzisiejszego, a współczesny nam autor biografii Fiodora Martensa, rosyjski prawnik Władimir Pustogarow wręcz dowodzi, że „[...] do tej pory żadna fundamentalna praca na temat historii polityki zagranicznej Rosji lub stosunków międzynarodowych tego okresu nie jest kompletna bez odniesienia się do tego »Zbioru«”^[21]. Trzeba też dodać, że teksty umów zawarte w tym dziele zostały opublikowane *pagina fracta* w języku oryginału z jednej strony i tłumaczeniu rosyjskim z drugiej, zaś wstęp historyczny i przypisy w języku rosyjskim oraz francuskim, który w XIX wieku spełniał rolę *lingua franca* dyplomacji oraz sfer akademickich Europy.

Kolejnym uznanym dziełem Fiodora Martensa stało się „Współczesne prawo międzynarodowe cywilizowanych narodów”. Ukazało się w latach 1882–1883 w dwóch tomach i niemal od razu zostało przetłumaczone na wiele języków obcych^[22]. Autor podkreślał w nim, że chociaż Rosja od czasów panowania Piotra I stanowiła aktywny i istotny zarazem czynnik obrotu międzypaństwowego, to jednak jej doktryna prawa międzynarodowego

¹⁷ Fiodor Fiodorowicz Martens, *Sobranije traktatow i konwencyj, zakluczennych Rossijeju s inostrannymi dierzawami*, t. 1, *Traktaty s Awstrijeju. 1648–1762 g.* (Sankt-Peterburg: Tipografija Ministerstwa Putiej Soobszczenija [A. Bienkie], 1874), VIII.

¹⁸ Taube, *F.F. Martens*, 8.

¹⁹ *Ibidem*, 9.

²⁰ Boris Nolde, „F.[iodor] F.[iodorowicz] Martens (Niekrołog)” *Prawo. Jeżenie-dielnaja juridyczeskaja gazieta*, nr 24 (1909): k. 1452.

²¹ Pustogarow, *Fiodor Fiodorowicz Martens*, 26.

²² Grabar’, *Matieriały k istorii*, 398.

publicznego nie rozwiła się w sposób adekwatny do roli jaką odgrywało Cesarstwo Rosyjskie w świecie^[23]. Uznawał, że z punktu widzenia rosyjskiej racji stanu dalsze tolerowanie takiej sytuacji jest niedopuszczalne. Dało mu to asumpt do napisania pierwszego w dziejach nauki rosyjskiej kompletnego podręcznika z zakresu prawa międzynarodowego publicznego, w którym pioniersko niejako w opozycji do doświadczeń swoich kolegów z zachodu Europy rozwił nie tylko wyłączenie część normatywną, ale także dał szeroki wykład dotyczący relacji międzypaństwowych, kontekstu historycznego i praktyk dyplomatycznych, wskazując w ten sposób na inspiracje będące czynnikiem sprawczym dynamiki prawa międzynarodowego publicznego. W ocenie jego kolegi, profesora Uniwersytetu w Moskwie, hrabiego Leonida Kamarowskiego^[24], to dzieło Martensa zasługiwało nie tylko na refleksję ogólnorosyjską, ale także na pełne zaistnienie w doktrynie europejskiej i światowej^[25].

Na marginesie tych rozważań należy też zauważyć, że Fiodor Martens dał się również poznać naukowo nie tylko jako prawnik, specjalizujący się w prawie międzynarodowym publicznym, ale zyskał także sławę jako uznany historyk dziejów Rosji imperialnej i przeszłości jej dyplomacji, ze szczególnym uwzględnieniem wydarzeń XVIII i XIX wieku, wykorzystując do opublikowanych na tej niwie swoich prac materiały pozyskiwane podczas licznych kwerend archiwalnych przeprowadzanych na potrzeby opracowań z zakresu prawa międzynarodowego publicznego^[26].

²³ Fiodor Fiodorowicz Martens, *Sowriemiennoje mieždunarodnoje prawo cywilizowanych narodow*, t. I (Sankt-Peterburg: Tipografija Ministierstwa Putiej Soobsczenija [A. Bienkie], 1882), II.

²⁴ Patrz szerzej: Dariusz Szpoper, Arsen Tagirov, „Hrabiego Leonida Kamarowskiego wizja idei suwerenności państw w postępowaniach przed trybunałem międzynarodowym” *Prawo i Więż*, nr 1 (2023): 59–72.

²⁵ Leonid Aleksejewicz Kamarowski, „Sowriemiennoje mieždunarodnoje prawo cywilizowanych narodow (Martens, dwa toma, 1882–1883 gg.)” *Juridyczeskij wiestnik*, t. XXI, kn. 3 (1886): 461; Zostało ono przetłumaczone na języki: niemiecki, francuski, hiszpański, mandaryński, farski (perski), serbski i japoński. Zob. Władimir Wasiljewicz Pustogorow, „F[iodor] F[iodorowicz] Martens: Jurist, diplomat, publicyst” *Sowietskij żurnał mieždunarodnogo prawa*, nr 3–4 (1991): 77; Z dzieła tego czerpali swoją wiedzę i umiejętności zarówno rosyjscy, jak i sowieccy działacze państwowi, między innymi: imperator Mikołaj II, Aleksander Kiereński, Włodzimierz Lenin. Zob.: Pustogorow, *Fiodor Fiodorowicz Martens*, 31–32.

²⁶ Zob. np.: Fiodor Fiodorowicz Martens, *La Russie et l'Angleterre dans l'Asie centrale* (Gand: Imprimerie Isidore-Sébastien Van Doosselaere, 1879); rok później na język rosyjski przełożył książkę Michail Aleksandrowicz Taube, *Rossija i Anglija w Sriedniej Azii* (Sankt-Peterburg: Knižnyj Skład „Rossijskoj Bibliografii”, 1880),

Innym polem aktywności Fiodora Martensa stało się jego liczne uczestnictwo w wielu konferencjach międzynarodowych. W 1869 roku rozpoczął on pracę w Ministerstwie Spraw Zagranicznych, a w 1874 roku z ramienia tej instytucji uczestniczył w składzie rosyjskiej delegacji do Brukseli, w której zorganizowano wówczas konferencję poświęconą problematyce prawnych i zwyczajowych unormowań działań zbrojnych na lądzie. Inicjatorem tych obrad był cesarz Rosji Aleksander II^[27], zaś kontynuowały one szlak wyznaczony konferencją petersburską z 1868 roku i „Deklaracją w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru”. Niestety podczas tych obrad państwom-stronom w nich uczestniczącym nie udało się osiągnąć konsensusu, zaś stanowisko Wielkiej Brytanii walnie przyczyniło się do krachu tej inicjatywy^[28]. Pomimo tego jednak, Fiodor Martens uważał, że podjęte wówczas działania nie poszły na marne, a co więcej pozytywne stymulowały dalszy rozwój międzynarodowego prawa humanitarnego^[29].

W tymże samym 1874 Fiodor Martens został delegowanym przez Rosję członkiem Instytutu Prawa Międzynarodowego, zaś od 1884 r. stale natomiast reprezentował swój kraj w pracach Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża. Wśród wiele funkcji, które pełnił pojawiły się także

ponadto praca ta została przetłumaczona na język angielski oraz niemiecki i wydana drukiem w Niemczech, Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej (USA); Fiodor Fiodorowicz Martens, *Le Conflit Entre La Russie Et La Chine: Ses Origines, Son Développement Et Sa Portée Universelle: Étude Politique* (Bruxelles: Librairie C. Muquardt, Merzbach et Falk, éditeurs, libraires du roi, 1880); Fiodor Fiodorowicz Martens, „Edinburgskij uniwersitet i triechsotletnij jego jubilej: istoriko-kulturnyj oczerk” *Wiestnik Jewropy*, t. v, kn. 9 (1884): 109–163; Fiodor Fiodorowicz Martens, „Rossija i Anglija w naczale XIX-go stoletija” *Wiestnik Jewropy*, t. v, kn.10 – t. 6 kn. 11 (1894) – praca została rozdzielona i opublikowana w 2 częściach; Fiodor Fiodorowicz Martens, „Impierator Nikołaj I i korolewa Wiktorija: istoriczeskij oczerk,” *Wiestnik Jewropy*, t. VI, kn. 11 (1896): 74–130; Fiodor Fiodorowicz Martens, „Rossija i Anglija w carstwowanije impieratora Nikołaja I,” *Wiestnik Jewropy*, t. I, kn. 1 – t. II, kn. 3 (1898) – praca została rozdzielona i opublikowana w 3 częściach; Fiodor Fiodorowicz Martens, „Rossija i Anglija nakanunie razrywa: 1853–1854” *Wiestnik Jewropy*, t. II, kn.4 (1898): 563–610; Fiodor Fiodorowicz Martens, „Aleksandr I i Napoleon I. Poslednije gody ich družby i sojuza” *Wiestnik Jewropy*, t. I, k.2 – t. II, kn. 4 (1905) – praca została rozdzielona i opublikowana w 3 częściach.

²⁷ Grabar', *Matieriały k istorii*, 399.

²⁸ Fiodor Fiodorowicz Martens, „Gaagskaja konfierencyja mira: kulturno-istoriczeskij oczerk,” *Wiestnik Jewropy*, t. II (1900): 17.

²⁹ Fiodor Fiodorowicz Martens, *Wostocznaja wojna i Briussielskaja konfierencyja 1874–1878 gg.* (Sankt-Peterburg: Tipografija Ministierstwa Putiej Soobszczenija [A. Bienkie], 1879), 139.

te związane z arbitrażem międzynarodowym^[30] – był członkiem Stałego Trybunału Arbitrażowego w Hadze. W tym miejscu reprezentował także Rosję na czterech konferencjach poświęconych problematyce międzynarodowego prawa prywatnego. W 1884 roku ponadto uczestniczył w obradach konferencji berlińskiej poświęconej sprawie afrykańskiej, kontynuując następną tę aktywność w latach 1889–1890 podczas trwającej wówczas konferencji brukselskiej, która walczyła o ugruntowanie pozycji Martensa na arenie europejskiej. Z jego aktywnym udziałem opracowano akt końcowy, jak też osobiście przyczynił się do rozwiązania wynikłego wówczas sporu jurysdykcyjnego w sprawie statusu statków morskich, który wynikł w relacjach angielsko-francuskich. Zyskał tym uznaniem w oczach monarchów europejskich: brytyjskiej królowej Wiktorii oraz króla Belgów Leopolda II, który ponadto powołał go na stałego członka Rady Stanu Konga na co zgodę wyraziła Rosja, zaś angielska gałąź zakonu maltańskiego nadała mu honorowe członkostwo z uprawnieniem do noszenia Wielkiego Krzyża Maltańskiego^[31]. W latach 1901–1908 jego nazwisko pojawiała się wśród osób nominowanych do pokojowej nagrody Nobla^[32].

Jednak postać Fiodora Martensa doczekała się trwałego miejsca w historii dzięki jego udziałowi w latach 1899 i 1907 w konferencjach w Hadze. Ich genezy należy poszukiwać w działaniach rosyjskiego Ministra Spraw Zagranicznych, hrabiego Michaiła Nikołajewicza Murawjowa II (1845–1900)^[33], który w dniu 12 (24) sierpnia 1898 roku nieoczekiwane i bez prowadzenia wstępnych konsultacji z innymi państwami skierował do placówek dyplomatycznych akredytowanych w północnej stolicy nad Newą notę^[34], w treści której zawarta była propozycja zwołania międzynarodowej konferencji, celem przeprowadzenia dyskusji dotyczącej tak kwestii ograniczenia zbrojeń, jak i prawnych przesłanek uniemożliwiających

³⁰ Na przykład w sporze anglo-holenderskim z 1895 (Costa-Rica-Packet). W swojej decyzji w tej sprawie po raz pierwszy w nauce sformułował zasadę odpowiedzialności kapitana za przestępstwa na otwartym morzu zgodnie z prawem bandery statku.

³¹ Pustogarov, *Fiodor Fiodorowicz Martens*, 144.

³² Nomination archive. Fyodor Fyodorovich (Frédéric) Martens. The Nobel Prize. URL: https://www.nobelprize.org/nomination/archive/show_people.php?id=5939.

³³ Denis Nikołajewicz Sziłow, „Murawjow Michaił Nikołajewicz 2-ji”, [w:] Sziłow, *Gosudarstwiennye diejatieli Rossijskoj impierii*, 441.

³⁴ Stanisław Iwanowicz Czerniawskij, „Wtoraja Gaagskaja konfieriencyja mira 1907 goda: wzgljad cieriez 110 let” *Tractus aevorum: ewolucyja socyokulturnych i polityczeskich prostranstw*, t. IV (2017): 25.

uregulowanie konfliktów zbrojnych^[35]. Martensowi powierzono przygotowanie programu konferencji, który raczej był nastawiony do ewentualnego sukcesu, uważając, że dążenie do dobrowolnego redukowania przez organizację państwowe własnych sił zbrojnych należy traktować w kategoriach utopijnej mrzonki^[36]. Jednak z uwagi na swoją pozycję tak naukową, jak i społeczną postrzeganie jego w środowisku jako inicjatora podejmowania działań na rzecz pokoju światowego nie był w stanie zdystansować się od udziału w tak znaczącym wydarzeniu politycznym.

Postanowił jednak nieco inaczej akcentować problemy zachowując jednak przy tym zasadnicze przesłanie noty Ministra Spraw Zagranicznych. W jego ocenie bowiem głównym przesłaniem wydarzenia miała stać się potrzeba utrzymania pokoju, zaś propozycję powszechnego rozbrojenia zastąpił sugestią zawieszenia zbrojeń. Takie podejście miało zablokować potencjalne konflikty, mogące zaistnieć podczas obrad, gdyż jak zaznaczał dużo łatwiej było przekonywać uczestników do temporalnego zamrożenia zbrojeń, aniżeli do redukcji arsenałów wojskowych i zmniejszenia składow osobowych armii. Dalej Martens rozszerzył harmonogram spotkania poprzez wprowadzenie zasad arbitrażowego rozwiązywania potencjalnie mogących wystąpić sporów. Miało to pozwolić na zażegnanie ewentualnych konfliktów, a zarazem dać kolejny fundament dla pokoju. Uważał jednak, że najbardziej trwałym efektem obrad stało się stworzenie norm prawnych regulujących przebieg działań wojennych. To ogół tych wysiłków podejmowanych przez Fiodora Martensa uchronił konferencję przed fiaskiem^[37]. W ten sposób udało się osłabić wszelkie występujące na arenie międzynarodowej wątpliwości, co skutkowało tym, że 30 grudnia (12 stycznia) 1898 roku minister spraw zagranicznych Michaił Murawjow skierował kolejną notę do przedstawicieli dyplomatycznych, w której dość dokładnie sprecyzowano zagadnienia mające stanowić punkt wyjścia dla dyskusji, a wśród nich znalazły się również autorskie propozycje Fiodora Martensa.

Uznany zwyczajem było wówczas to, że państwo inicjujące konferencję międzynarodową stawało się zwykle jej gospodarzem. W tym przypadku

³⁵ Ananijcz, Ganielin, *Uprawlenczeskaja elita Rossijskoj imperii*, 107–108. Według autorów, te działania Ministerstwa Spraw Zagranicznych nie były z punktu widzenia dyplomacji należycie przygotowane, o ile bowiem małe kraje wyraziły prawie natychmiast swoje poparcie dla idei przeprowadzenia konferencji, to stanowisko wielkich mocarstw jawiło się jako raczej niejednoznaczne i charakteryzowało się pewnym dystansem w podejściu do tej koncepcji.

³⁶ Pustogarov, *Fiodor Fiodorowicz Martens*, 146.

³⁷ Grabar', *Matieriały k istorii*, 399.

strona rosyjska nie zdecydowała się na prowadzenie obrad w Sankt-Petersburgu, jak też w innej stolicy jakiegokolwiek istniejącego wówczas mocarstwa. Stała bowiem na stanowisku, że w nich „[...] przyczynają się nader złożone interesy polityczne, które mogłyby mieć wpływ na przebieg sprawy równie ważnej dla wszystkich krajów świata”^[38]. W ślad za tym postanowiono, że odbędzie się ona w Hadze, jako miejscu blisko związanym z biografią wybitnego prawnika i zarazem jednego z twórców prawa międzynarodowego publicznego – Hugona Grocjusza, skądinąd autora opublikowanego 1625 roku dzieła *O prawie wojny i pokoju* (*De iure belli ac pacis*). Ukłonem uczestników skierowanym w stronę rosyjską była data rozpoczęcia obrad – 6 maja 1899 roku, a zatem w dniu kolejnych urodzin cesarza Mikołaja II^[39]. W ocenie Martensa wybór miejsca i daty konferencji był trafny i dowodził poprawności historycznie utrwalonych relacji pomiędzy Cesarstwem Rosyjskim a Królestwem Niderlandów^[40].

Fiodor Martens brał udział w konferencji haskiej jako członek delegacji rosyjskiej i z jej ramienia kierował komisjami: arbitrażu oraz praw i zwyczajów wojny; ponadto zasiadał w Komitecie redakcyjnym teje konferencji^[41]. Odnotowując aktywność Rosji w jej zorganizowaniu^[42] funkcję przewodniczącego konferencji powierzono szefowi delegacji rosyjskiej, a zarazem akredytowanemu w Londynie posłowi Imperium Rosyjskiego baronowi Jegorowi Jegorowiczowi Staal’owi (1822–1907), któremu aktywnie w sprawowaniu tej funkcji pomagał Martens^[43]. Ten ostatni w oczach międzynarodowego środowiska prawnego-dyplomatycznego stanowił *spiritus movens* konferencji haskiej, ożywiając ją duchem swoich przemyśleń^[44].

³⁸ „Cyrkularnoje soobszczenije Ministra Inostrannyh Dieł priebywajuszczim w Sankt-Peterburge predstavitielam inostrannyh gosudarstw ot 30-go diekabria 1898 g. Pieriewod” *Prawitielstwiennyj wiestnik*, nr 8 (1899): 1–2.

³⁹ Ananjicz, Ganielin, *Uprawlenczeskaja elita Rossijskoj impierii*, 108.

⁴⁰ Martens, „Gaagskaja konfieriencyja mira”, 7.

⁴¹ Ananjicz, Ganielin, *Uprawlenczeskaja elita Rossijskoj impierii*, 108.

⁴² W konferencji wzięli udział przedstawiciele 26 krajów: 20 europejskich i 6 pozaeuropejskich: USA, Meksyk, Chiny, Japonia, Persja, Syjam.

⁴³ Pustogorow, „F.F. Martens”, 89.

⁴⁴ Poglądy takie wyrażali między innymi: Léon Bourgeois (1851–1925) – francuski prawnik i polityk, premier Francji w latach 1895–1896, laureat Pokojowej Nagrody Nobla, teoretyk francuskiego solidaryzmu; Heinrich Lammasch (1853–1920) – austro-węgierski i austriacki polityk, ostatni premier Austrii (Przedlitawii); Herman van Karnebeek (1874–1942) – holenderski polityk. W latach 1918–1927 był ministrem spraw zagranicznych, a w latach 1921–1922 przewodniczącym Zgromadzenia Ligi Narodów; Albert de Lapradelle (1871–1955) – francuski prawnik. Wykładał w Grenoble i w Paryżu. Opublikował liczne prace z zakresu prawa

Niejako równoległe Martens został powołany do funkcji superarbitra w sporze toczonym pomiędzy Stanami Zjednoczonymi, Wenezuelą i Wielką Brytanią dotyczącym przebiegu oraz kształtu granic Gujany Brytyjskiej. Trybunał arbitrażowy obradował w Paryżu, zaś Martens na czas jego obrad przyjeżdżał do tego miasta z Hagi. Był on jedynym neutralnym sędzią w tym sporze, wyposażonym w głos decydujący i mogący podejmować arbitralne decyzje^[45].

Z konferencją haską i z treścią przyjętą wówczas konwencji wiąże się też jedno z najważniejszych pryncypiów międzynarodowego prawa humanitarne- go objęte formułą tak zwanej Klauzuli Martensa. Wymaga ona pewnego omówienia: jej koncepcja narodziła się w 1874 roku jeszcze podczas konferencji brukselskiej, kiedy to dużo młodszy i jeszcze mało znany rosyjski prawnik Fiodor Fiodorowicz Martens sporządził szkic konwencji o prawach i zwyczajach wojny lądowej. Projekt ten nie uzyskał jednak pełnej aprobaty uczestniczących w obradach państw, a ostateczne przyjął formę deklaracji brukselskiej, której tekst miał charakter fakultatywny, zaś postanowienia w nim zawarte nie musiały być bezwzględnie akceptowane przez podmioty prawa międzynarodowego publicznego. Swoista rewitalizacja tego dokumentu dokonała się dopiero w 1899 roku w trakcie trwania konferencji haskiej. To wówczas Fiodor Fiodorowicz Martens, cieszący się już znacznym autorytetem w świecie, zaproponował przekształcenie treści deklaracji brukselskiej w konwencję, angażując się osobiście w prace do tego zmierzające. Trwały one stosunkowo długo, zaś każdy z artykułów był omawiany i opracowywany odrębnie. Finalnie, gdy osiągnięto prawie zupełny kompromis, niespodziewanie były premier Belgii Auguste Beernaert (1829–1912) poinformował, że dostarczono mu dokument, w którym baron Auguste Lambermont (1819–1905), belgijski dyplomata i polityk, sugerował potrzebę stworzenia deklaracji potwierdzającej wagę opracowania kodyfikacji praw wojny, żądając jednocześnie, by w kwestiach nieobjętych jej ramami nadal stosowano zasady prawa międzynarodowego z uwzględnieniem praw człowieka (*des principes du droit des gens et des lois de l'humanité*)^[46]. Zatem idea

międzynarodowego publicznego. Zob.: Pustogorow, *Fiodor Fiodorowicz Martens*, 159–161; Grabar', *Matieriały k istorii*, 399.

⁴⁵ Władimir Wasiljewicz Pustogorow, „F.F. Martens – mieźdunarodnyj supierarbitr (po angło-wieniesuelskomu konfliktu 1899 g.)” *Moskowskij żurnal mieźdunarodnogo prawa*, nr 4 (1992): 107.

⁴⁶ Ilja Raczkow, Jelizawieta Raczkowa, „Wydierżka iz dniewnikow Fiodora Fiodorowicza Martiensa za 1899 god” *Mieźdunarodnoje prawosudije*, nr 1 (2022): 123. zapis z dnia 20 czerwca (3 lipca) 1899 roku.

stworzenia takiej klauzuli i wprowadzenie jej do ostatecznej treści konwencji była inicjatywą rządu belgijskiego, który wyrażał przy tym jednak obawy, że materia nie objęta treścią konwencji może być interpretowana w sposób niekorzystny dla małych i słabszych państw. Belgowie obawiali się przyjęcia przez siebie konwencji, uważając że w przypadku uczestnictwa w potencjalnej wojnie uregulowania w niej zawarte mogą ich nie objąć. Z drugiej jednak strony, stali na stanowisku, że korzystnym dla nich może być otrzymanie gwarancji zabezpieczających uprawnienia ludności ziem okupowanych^[47]. Martens postanowił, że pomoże stronie belgijskiej w taki sposób, że przeredaguje przygotowaną przez nich propozycję, a następnie odczyta ją w trakcie jednej z debat. W sposób kularowy uzyskał także dla tej koncepcji poparcie części przedstawicieli innych państw, zbierając taką większość, by bez potrzeby przeprowadzenia dyskusji prawie jednogłośnie akceptować wszystkie zgłoszone propozycje. W treści swojego dziennika zanotował: „Deklaracja brukselska – moje ulubione dziecko z 1874 roku – z nielegalnego dziecka stał się legalnym i przez wszystkich uznany! Co za rozkosz! Co za radość!”^[48].

Należy podkreślić, że chociaż jej autorstwo faktycznie przynależało baronowi Lambermontowi, to jednak zaangażowanie Martensa w jej przyjęcie, jak też fakt, iż to on nadał jej właściwy kształt prawny, oraz zaprezentował jej treść podczas obrad konferencji haskiej uprawnia do używania wobec niej sformułowania „Klauzula Martensa”^[49]. Stała się ona ostatecznie jednym z kamieni węglowych współczesnego prawa humanitarnego oraz usankcjonowała stosowanie zwyczajów i norm prawa zwyczajowego w obrocie międzynarodowym^[50]. Jej dalsze losy świadczyły o trafności przyjętego rozwiązania – powielona została w czterech konwencjach genewskich

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem, 122. zapis z dnia 20 czerwca (3 lipca) 1899 roku.

⁴⁹ Jej treść brzmi: „[...] Strony uważają za właściwe skonstatować, że w wypadkach, nieobjętych przepisami obowiązującymi, przyjętymi przez nie, ludność i strony wojujące pozostają pod opieką i władzą zasad prawa narodów, wpływających ze zwyczajów, ustanowionych między cywilizowanymi narodami, oraz z zasad humanitarności i wymagań społecznego sumienia.”; Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej (Dz.U. z 1927 r. Nr 21, poz. 161).

⁵⁰ Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier, Anne Quintin, *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law, Volume I*. (International Committee of the Red Cross, 2012), Part 1, Chapter 4, 11. <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-0739-part-i.pdf>; Wiesław Dobrzycki, *Historia stosunków międzynarodowych w czasach nowożytnych 1815–1945* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 1996), 173.

1949 roku oraz w dwóch protokołach dodatkowych do nich^[51], jak również konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych z 1980 r. oraz konwencji o zakazie użycia amunicji kasetowej z 2008 r. Na klauzulę Martensa powoływał się w treści swoich orzeczeń Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości ONZ^[52] oraz Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii^[53]. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości Organizacji Narodów Zjednoczonych w 1996 r. przywołał ją także w opinii w sprawie legalności groźby lub użycia broni atomowej^[54].

Fiodorowi Martensowi społeczność międzynarodowa zawdzięcza także powołanie instytucji międzynarodowych komisji śledczych (badawczych)^[55]. W trakcie obrad konferencji haskiej dyskutowany był projekt konwencji o pokojowym rozwiązywaniu sporów międzynarodowych. Wyartykułowany wówczas pomysł powołania do życia stałego sądu międzynarodowego wywołał dość ożywioną dyskusję na tym forum w trakcie której eksponowano zarówno wady, jak i zalety przyjęcia takiego rozwiązania^[56]. Martens popierał koncepcję funkcjonowania stałego trybunału

⁵¹ Zob.: Konwencja o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych (I konwencja genewska), Genewa, 12 sierpnia 1949 r. (Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171, załącznik), art. 63; Konwencja o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu (II konwencja genewska), Genewa, 12 sierpnia 1949 r. (Dz.U. z 1956 r. Nr 56, poz. 175, załącznik), art. 62; Konwencja o traktowaniu jeńców wojennych (III konwencja genewska), Genewa, 12 sierpnia 1949 r. (Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 175, załącznik), art. 142; Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV konwencja genewska), Genewa, 12 sierpnia 1949 r. (Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171, załącznik), art. 158; Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych Genewa, 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175, załącznik), art. 1 p. 2.

⁵² Zob. Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). I.C.J. Reports 1986. Merits Judgment of 27 June 1986, p. 218.

⁵³ Zob. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Case No.: IT-95-16-T. „Prosecutor v. Kupreskic and others”. Judgement of 14 January 2000. p. 525-526.

⁵⁴ Zob.: Antonio Cassese, „The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?” *European Journal of International Law*, t. XI, nr 1 (2000): 187-216; Theodor Meron, „The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience” *The American Journal of International Law*, t. XCIV, nr 1 (2000): 78-89.

⁵⁵ Pustogarrow, *Fiodor Fiodorowicz Martens*, 167.

⁵⁶ Zob. Leonid Aleksejewicz Kamarowski, *Gaagskaja mirnaja konfieriencyja 1899* (Moskwa: Tipo-Litografija G.I. Prostackowa, 1905), 45-52.

arbitrażowego, jak też postulował by orzeczenia tego sądu miały charakter wiążący, argumentując przy tym, że tego rodzaju stała jurysdykcja pozbawiona jest wszelkich celów politycznych i służy jedynie pokojowym rozstrzygnięciu sporów. Proponował przy tym, żeby w tekście konwencji haskiej zapisano funkcjonowanie międzynarodowych komisji śledczych. Pisał: „[...] w przypadku sporu między państwami pożądanym jest ustalenie wszystkich okoliczności, z powodu których ten spór powstał. W tym celu koniecznym może być udanie się na miejsce zdarzenia, powołanie biegłych, którzy zbadają wszystkie okoliczności sporu i przedstawią obiektywny opis całej sprawy”^[57]. Po zakończeniu swoich prac komisja miała przedłożyć stronom raport z ich przebiegu, który jednak nie miał mocy wyroku (*res iudicata*), co skutkowało możliwością poszukiwania przez zainteresowanych innych dróg wygaszenia sporu, w tym także udania się do trybunału arbitrażowego. W rezultacie, państwa-strony konwencji zyskiwały dodatkowy mechanizm służący rozstrzygnięciu ewentualnych konfliktów i sporów. To *par excellence* pragmatyczne rozwiązanie przyczyniło się do popularności idei komisji śledczych i miało być szeroko stosowane w przyszłości na forum międzynarodowym^[58].

Kolejny okres aktywności Fiodora Fiodorowicza Martensa przypadł na czas związany z zakończeniem wojny rosyjsko-japońskiej i rozpoczętą w początkach sierpnia 1905 roku konferencją pokojową w Portsmouth (New Hampshire), zakończoną traktatem zawartym w miesiąc później – 5 września pomiędzy Imperium Rosyjskim a Cesarstwem Wielkiej Japonii^[59]. Uczestnicząca w poprzedzających porozumieniu negocjacjach strona amerykańska i osobiście prezydent Stanów Zjednoczonych Theodore Roosevelt (1858–1919) podnosili potrzebę rychłego zwołania kolejnej konferencji pokojowej. Do tej koncepcji przychylały się rosyjskie kręgi rządowe

⁵⁷ Martens, *Gaagskaja konfieriencyja mira*, 20–21.

⁵⁸ Zbigniew B. Rudnicki, „Międzynarodowe komisje badawcze w nowoczesnym systemie pokojowego rozwiązywania sporów międzynarodowych” *Zeszyty Prawnicze*, t. XI, nr 3 (2011): 289; Faina Osipowna Jeljaszewicz, „Iz inostrannyh żurnalow” *Żurnał Ministerstwa Justycyi*, nr 2 (1911): 330.

⁵⁹ Ludwik Bazyłow, *Dzieje Rosji. 1801–1917* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1977), 432–433. Dominic Lieven, *The Cambridge History of Russia*, t. II, *Imperial Russia, 1689–1917* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 542; Aleksandr Nikołajewicz Bochanow, „Rossija w konce XIX- naczale XX wieka”, [w:] *Istorija Rossiji s driewniejszych wriemien do naczala XXI wieka*, red. Andriej Nikołajewicz Sacharow (Moskwa: Izdatielstwo AST; Izdatielstwo Astriel; Izdatielstwo Chranitel, 2008), 894.

w Sankt-Petersburgu^[60]. Kierujący wówczas resortem spraw zagranicznych Imperium Rosyjskiego hrabia Władimir Nikołajewicz Lamsdorff (1844–1907)^[61] zaproponował, by Martens stał na czele dwóch międzyministerialnych komisji mających przygotować tak przebieg tej konferencji, jak i projekty podejmowanych tam uchwał. Już w grudniu 1905 roku podał wstępny harmonogram obrad przyszłej konferencji^[62], proponując by zajęła się ona trzema problemami: 1) rewizją postanowień Konwencji genewskiej z 1864 roku o polepszeniu losu rannych żołnierzy; 2) zmianą niektórych postanowień konwencji haskich z 1899 r.; 3) kodyfikacją norm i zwyczajów wojen morskich^[63]. Założenia Martensa zostały przedstawione ministrowi, jednak ten wycofał się ze swoich wcześniejszych obietnic i na kierującego pracami wyznaczył swojego zastępcę (towarzysza ministra), a zarazem członka rosyjskiej Rady Państwa z nominacji, także prawnika z wykształcenia, księcia Waleriana Siergiejewicza Obolenskiego-Nieliedinskiego-Mieleckiego (1848–1907)^[64]. Najprawdopodobniej u źródła tej decyzji leżała napięte osobiste relacje pomiędzy Lamsdorffem a Martensem, jak też chęć osłabienia jego pozycji politycznej. Po dymisji Lamsdorffa, która nastąpiła w końcu kwietnia 1906 roku, jego następcą na tym stanowisku Aleksander Pietrowicz Izwolski (1856–1919)^[65] w kilka miesięcy później ponowił propozycję swego poprzednika, zwracając się z prośbą do Martensa o nadzоровanie przygotowywanej konferencji pokojowej^[66]. Realizując prośbę

⁶⁰ Andrzej Brzeziński, „Rosja a sprawa ograniczenia zbrojeń na konferencji haskiej w 1907 r.” *Acta Universitatis Lodzensis. Folia Historica*, nr 10 (1981): 67–68.

⁶¹ Denis Nikołajewicz Szilow, „Lamsdorf (Lamzdorf), Władimir Nikołajewicz”, [w:] Szilow, *Gosudarstwiennye diejatieli Rossijskoj impierii*, 360.

⁶² Początkowo konferencja miała się odbyć w 1906 r., ale w związku ze zmianą Ministra Spraw Zagranicznych w Rosji kwestia zorganizowania konferencji została przesunięta.

⁶³ Piśmo członka Sowietu MID Rossiji profesora F.F. Martiensa ministru inostrannyh dieł Rossiji W.N. Łamzdorfu o projekcie programmy Wtoroj Gaagskoj konfieriencyi mira i projekt programmy, razrabotannyj F.F. Martensom 3/16 diekabria 1905 g. AWPRI, f. Politarchiw, op. 482, d. 4924, l. 41–43. dostęp: https://idd.mid.ru/informacionno-spravochnye-materialy/-/asset_publisher/WsjViuPpkiam/content/k-110-letiu-vtoroj-gaagskoj-konferencii-mira.

⁶⁴ Siergiej Wiktorowicz Kulikow, „Obolenski-Nieliedinski-Mielecki Walerian Siergiejewicz”, [w:] *Gosudarstwiennij sowiet Rossijskoj Impierii 1906–1917. Encykłopedija*, red. Walentin Walentinowicz Szefochajew (Moskwa: Izdatielstwo «Rossijskaja politiczeskaja encekłopedija», 2008), 188.

⁶⁵ Denis Nikołajewicz Szilow, „Izwolski Aleksander Pietrowicz”, [w:] Szilow, *Gosudarstwiennye diejatieli Rossijskoj impierii*, 268–269.

⁶⁶ Pustogarrow, Fiodor Fiodorowicz Martens, 245.

swojego zwierzchnika Martens wyruszył w podróż po Europie, odwiedzając na początku 1907 roku między innymi: Berlin, Paryż, Londyn, Hagę, Wiedeń oraz Rzym, spotykając się w tych stolicach z przedstawicielami elit politycznych oraz głowami państw. Dyplomatycznym celem peregrinacji Martensa było zarówno uzyskanie aprobaty Niemiec dla samej koncepcji zwołania nowej konferencji pokojowej, jak też lobbowanie we Francji i Anglii w kwestiach najbardziej dyskusyjnych^[67].

Rozpoczęta w czerwcu 1907 roku II haska konferencja pokojowa, której przewodniczył ponownie Rosjanin, poseł Imperium Rosyjskiego w Paryżu, Aleksander Iwanowicz Nielidow (1835–1910), stawiała przed sobą do rozwiązania dużo bardziej skomplikowane zagadnienia, aniżeli jej poprzedniczka. W jej ramach działały cztery komisje problemowe, zaś Martens przewodniczył z wyboru tej, w której właściwości znalazły się zagadnienia z zakresu prawa morza oraz wojny na morzu^[68]. Nie wchodząc w bardziej szczegółową analizę przebiegu drugiej konferencji haskiej, można ogólnie przyjąć, że przyczyniła się ona znacznej do kontynuacji i rozwinięcia ustaleń dokonanych w 1899 roku, zaś współczesny nam normy międzynarodowego prawa humanitarnego w olbrzymiej mierze czerpią z jej dorobku i znaczna też w tym jest zasługa Fiodora Fiodorowicza Martensa^[69].

⁶⁷ Irina Rybaczonok, „Rossija i wtoraja konfierencyja mira 1907 goda w Gaagie” *Nowaja i nowiejszaja istorija*, nr 1 (2019): 130–133; Instrukcja ministra inostrannych dieł Rossiji A.P. Izwolskiego niepriemiennomu czlenu Sowjeta MID Rossiji F.F. Martiensu. 1/14 janwaria 1907 g. AWPRI, f. Politarchiw, op. 482, d. 5036, l. 114. https://idd.mid.ru/informacionno-spravochnye-materialy/-/asset_publisher/WsjViuPpkiam/content/k-110-letiu-vtoroj-gaagskoj-konferencii-mira.

⁶⁸ Ministerstwo inostrannych dieł, *Wtoraja konfierencyja mira 1907* (Sankt-Peterburg: Tipografija W.F. Kirszbauma, 1908), 6–7.

⁶⁹ Spośród 56 artykułów pierwotnego projektu konwencji haskiej o pokojowym rozstrzygnięciu sporów międzynarodowych ponad 40 jest autorstwa Fiodora Martensa; Patrz: Ilja Raczkow, Jelizawieta Raczkowa, „Wydierżka iz dniewnikow Fiodora Fiodorowicza Martiensu za 1899 god” *Mieżdunarodnoje prawosudije*, nr 1 (2022): 128. zapis z dnia 18 (30) lipca 1899 roku.

Bibliografia

- Ananijcz Boris Wasiljewicz, Rafał Szołomowicz Ganielin, *Uprawlenczeskaja elita Rossijskoj Impierii. Istorija ministierstw 1802–1917*. Sankt-Peterburg: Liki Ros-siji, 2008.
- Bazyłow Ludwik, *Dzieje Rosji. 1801–1917*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1977.
- Biograficzeskij słowar' professorsow i priepodawatielej Impieratorskogo Sankt-Peterbur-gskogo Uniwiersitieta za istiekszuju trietju czetwert' wieka jego suszczestwowanija*. 1869–1894, t. II, M-JA. Sankt-Peterburg: Tipografija i Litografija B.M. Wolfa, 1898.
- Bochanow Aleksandr Nikołajewicz, „Rossija w konce XIX- naczale XX wiekow”, [w:] *Istorija Rossiji s driewniejszych wriemien do naczala XXI wieka*, red. Andriej Nikołajewicz Sacharow. 869–940. Moskwa: Izdatielstwo AST; Izdatielstwo Astriel; Izdatielstwo Chranitiel, 2008.
- Brzeziński Andrzej, „Rosja a sprawa ograniczenia zbrojeń na konferencji haskiej w 1907 r.” *Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Historica*, nr 10 (1981): 65–87. <https://doi.org/10.18778/0208-6050.10.06>.
- Cassese Antonio, „The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?” *European Journal of International Law*, t. XI, nr 1 (2000): 187–216. <https://doi.org/10.1093/ejil/11.1.187>.
- „Cyrkularnoje soobszczenije Ministra Inostrannyh Dieł priebywajuszczim w Sankt-Peterburge predstavitielam inostrannyh gosudarstw ot 30-go diekabria 1898 g. Pieriewod” *Prawitielstwiennyj wiestnik*, nr 8 (1899): 1–2.
- Czerniawskij Stanisław Iwanowicz, „Wtoraja Gaagskaja konfieriencyja mira 1907 goda: wzgljad cieriez 110 let.” *Tractus aevorum: ewolucyja socyokulturnych i političeskich prostranstw*, t. IV (2017): 23–40. <https://doi.org/10.18413/2312-3044-2017-4-1-23-40>.
- Dobrzycki Wiesław, *Historia stosunków międzynarodowych w czasach nowożytnych 1815–1945*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 1996.
- Grabar' Władimir Emmanuiłowicz, *Matieriały k istorii literatury mieżdunarodnogo prawa w Rossiji (1647–1917)*. Moskwa: Izdatielstwo „Ziercało” 2005.
- Holland Thomas, „Frederik de Martens” *Journal of the Society of Comparative Legis-lation*, nr 10 (1909): 10–12.
- Instrukcyja ministra inostrannyh dieł Rossiji A.P. Izwolskogo niepriemien-nomu czlenu Sowietu MID Rossiji F.F. Martiensu. 1/14 janwaria 1907 g. AWPRI, f. Politarchiw, op. 482, d.5036, l. 114. https://idd.mid.ru/informacionno-spravocnye-materialy/-/asset_publisher/WsjViuPpk1am/content/k-110-letiu-vtoroj-gaagskoj-konferencii-mira.

- Jeljaszewicz Faina Osipowna, „Iz inostrannyx żurnalow” *Żurnał Ministierstwa Justicyi*, nr 2 (1911): 330–332.
- Kamarowski Leonid Aleksejewicz, *Gaagskaja mirnaja konfierencyja 1899*. Moskwa: Tipo-Litografija G.I. Prostackowa, 1905.
- Kamarowski Leonid Aleksejewicz, „Sowriemiennoje mieżdunarodnoje prawo cywilizowanych narodow (Martens, dwa toma, 1882–1883 gg.)” *Juridiczeskij wiestnik*, t. XI, kn. 3 (1886): 460–486.
- Kulikow Siergiej Wiktorowicz, „Obolenski-Nieliedinski-Mielecki Walerian Siergiejewicz”, [w:] *Gosudarstwiennyj sowiet Rossijskoj Impierii 1906–1917. Encykłopedija*, red. Walentin Walentinowicz Szełochajew. 188. Moskwa: Izdatielstwo «Rossijskaja politiczeskaja encykłopedija», 2008.
- Lieven Dominic, *The Cambridge History of Russia*, t. II, *Imperial Russia, 1689–1917*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Martens Fedor Fedorowich, *La Russie et l’Angleterre dans l’Asie centrale*. Gand: Imprimerie Isidore-Sébastien Van Doosselaere, 1879.
- Martens Fedor Fedorowich, *Le Conflit Entre La Russie Et La Chine: Ses Origines, Son Développement Et Sa Portée Universelle: Étude Politique*. Bruxelles: Librairie C. Muquardt, Merzbach et Falk, éditeurs, libraires du roi, 1880.
- Martens Fiodor Fiodorowicz, *Sobranije traktatow i konwiencyj, zakluczennyx Rossijeju s inostrannymi dierzawami*, t. I, *Traktaty s Awstrijeju. 1648–1762 g.* Sankt-Peterburg: Tipografija Ministierstwa Putiej Soobszczenia (A. Bienkie), 1874.
- Martens Fiodor Fiodorowicz, *Sowriemiennoje mieżdunarodnoje prawo cywilizowanych narodow*, t. I, Sankt-Peterburg: Tipografija Ministierstwa Putiej Soobszczenia (A. Bienkie), 1882.
- Martens Fiodor Fiodorowicz, *Wostocznaja wojna i Briussielskaja konfierencyja 1874–1878 gg.* Sankt-Peterburg: Tipografija Ministierstwa Putiej Soobszczenia (A. Bienkie), 1879.
- Martens Fiodor Fiodorowicz, „Aleksandr I i Napoleon I. Poslednije gody ich družby i sojuza” *Wiestnik Jewropy*, t. I, k.2 – t. II, kn. 4 (1905).
- Martens Fiodor Fiodorowicz, „Edinburgskij uniwersitet i triechsotletnij jego jubilej: istoriko-kulturnyj oczerk” *Wiestnik Jewropy*, t. V, kn. 9 (1884): 109–163.
- Martens, Fiodor Fiodorowicz. „Gaagskaja konfierencyja mira: kulturno-istoriczeskij oczerk” *Wiestnik Jewropy*, t. II (1900): 5–28.
- Martens, Fiodor Fiodorowicz, „Impierator Nikołaj I i korolewa Wiktorija: istoriczeskij oczerk” *Wiestnik Jewropy*, t. VI, kn. 11 (1896): 74–130.
- Martens Fiodor Fiodorowicz, „Rossija i Anglija nakanunie razrywa: 1853–1854” *Wiestnik Jewropy*, t. II, kn. 4 (1898): 563–610.
- Martens Fiodor Fiodorowicz, „Rossija i Anglija w carstwowanije impieratora Nikołaja I” *Wiestnik Jewropy*, t. I, kn. 1 – t. II, kn. 3 (1898).

- Martens Fiodor Fiodorowicz, „Rossija i Anglija w naczale XIX-go stoletija” *Wiestnik Jewropy*, t. V, kn.10 – t. VI, kn. 11 (1894).
- Meron Theodor, „The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience” *The American Journal of International Law*, t. XCIV, nr 1 (2000): 78–89. <https://doi.org/10.2307/2555232>.
- Ministerstwo inostrannyh dieł. *Wtoraja konfieriencyja mira 1907*. Sankt-Peterburg: Tipografija W.F. Kirszbauma, 1908.
- Nolde Boris. „F.F. Martens (Niekrolog)” *Prawo. Ježeniedielnaja juridiczeskaja gazieta*, nr 24 (1909): k. 1449–1452.
- Pis’mo czlena Sowjeta MID Rossiji professora F.F. Martiensa ministru inostrannyh dieł Rossiji W.N. Łamzdorfu o projekcie programmy Wtoroj Gaagskoj konfieriencyi mira i projekt programmy, razrabotannyj F.F. Martensom 3/16 diekabria 1905 g. AWPRI, f. Politarchiw, op. 482, d. 4924, l. 41–43. https://idd.mid.ru/informacionno-spravocnye-materialy/-/asset_publisher/WsjViuPpk1am/content/k-110-letiu-vtoroj-gaagskoj-konferencii-mira.
- Pustogarow Władimir Wasiljewicz, *Fiodor Fiodorowicz Martens. Jurist, diplomat*. Moskwa: Mieždunarodnyje odnoszenija, 1999.
- Pustogarow Władimir Wasiljewicz, „F.[iodor] F.[iodorowicz] Martens – mieždunarodnyj supierarbitr (po angło-wieniesuelskomu konfliktu 1899 g.)” *Moskowskij žurnal mieždunarodnogo prawa*, nr 4 (1992): 107.
- Pustogarow Władimir Wasiljewicz. „F.[iodor] F.[iodorowicz] Martens: Jurist, diplomat, publicyst.” *Sowietskij žurnal mieždunarodnogo prawa*, nr 3–4 (1991): 76–94. <https://doi.org/10.24833/0869-0049-1991-3-4-76-94>.
- Raczkow Ilja, Jelizawjeta Raczkowa, „Wydierżka iz dniewnikow Fiodora Fiodorowicza Martiensa za 1899 god” *Mieždunarodnoje prawosudije*, nr 1 (2022): 122–137.
- Rudnicki Zbigniew B., „Międzynarodowe komisje badawcze w nowoczesnym systemie pokojowego rozwiązywania sporów międzynarodowych” *Zeszyty Prawnicze*, t. XI, nr 3 (2011): 287–312. <https://doi.org/10.21697/zp.2011.11.3.15>.
- Rybaczonok Irina, „Rossija i wtoraja konfieriencyja mira 1907 goda w Gaagie” *Nowaja i nowiejszaja istorija*, nr 1 (2019): 113–146. <https://doi.org/10.31857/S013038640003809-7>.
- Sassòli Marco, Antoine A. Bouvier, Anne Quintin, *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, t. I. International Committee of the Red Cross, 2012. <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-0739-part-i.pdf>.
- Sziłow Denis Nikołajewicz, *Gosudarstwiennyje diejatieli Rossijskoj impierii: Gławy wysszych i centralnyh ucziędzienij. 1802–1917: Biobibliograficzeskij sprawocznik*. Sankt-Peterburg: Dmitrij Bułanin, Jewropiejskij uniwersitet w Sankt-Peterburgie, 2001.

- Szpoper Dariusz, Arsen Tagirov, „Hrabiego Leonida Kamarowskiego wizja idei suwerenności państw w postępowaniach przed trybunałem międzynarodowym” *Prawo i Więź*, nr 1 (2023): 59–72.
- Taube Michail Aleksandrowicz, *Rossija i Anglija w Sriedniej Azii*. Sankt-Peterburg: Knižnyj Skład „Rossijskoj Bibliografii”, 1880.
- Taube Michaił Aleksandrowicz, *F.[iodor] F.[iodorowicz] Martens (1845–1909). Nie-krołog*. Sankt-Peterburg: Sienatskaja Tipografija, 1909.
- Tilly Charles, *Social movements, 1768–2004*. Boulder-London: Paradigm Publishers, 2004.
- Wereszycki Henryk, *Historia Austrii*. Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich-Wydawnictwo, 1986.
- Zipunnikowa Natalja Nikołajewna, „K 165-letiju so dnia roždienija F.F. Martiensa.” *Elektronnoje priłożenije k Rossijskomu juridiczeskomu żurnalu*, nr 1 (2010): 91–102.



ANDRZEJ DZIADZIO

Stosowanie francuskiej procedury cywilnej przez sądy Wolnego Miasta Krakowa (1815–1846)

Application of French Civil Procedure by the Courts of the Free City of Cracow (1815–1846)

The author attempts to describe the legal issues that the Cracow judges faced in applying the procedural provisions of French law. The Code civil and the French Code de procédure civile, in force in Cracow since 1810, were finally replaced by the ABGB and the Austrian civil procedure in 1855. Although the new civil law codified in the Free City of Cracow failed, the source material remains subject to a detailed analysis. The paper presents the application of the procedural provisions of French law mainly through the prism of the opinion of the Faculty of Law of the Jagiellonian University about the violation of French procedural law by the courts, which was issued based on Article xv of the constitution of the Free City of Cracow from 1815.

ANDRZEJ DZIADZIO profesor nauk prawnych, Uniwersytet Jagielloński
ORCID – 0000-0002-8448-2734 / e-mail: andrzej.dziadzio@uj.edu.pl

SŁOWA KLUCZOWE: francuska procedura cywilna, francuskie prawo procesowe, Wolne Miasto Kraków, procedura cywilna, Wydział Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego.

KEYWORDS: French Code de procédure civile, the Free City of Cracow, Code civil, the Faculty of Law of the Jagiellonian University.

Wprowadzenie

Historia procesu wprowadzania na ziemiach polskich napoleońskiego ustawodawstwa cywilnego i jego późniejszych zmian jest zasadniczo dobrze opisana w literaturze historycznoprawnej. Dzięki najnowszym badaniom źródłowym otrzymujemy nadto nową perspektywę spojrzenia na działania ustawodawcze w dobie już ponapoleońskiej, obejmujące zarówno reformę Code civil (Cc.), jak i francuską procedurę cywilną (Code de procédure civile)^[1]. Uwaga powyższa odnosi się także do stanu wiedzy na temat obowiązywania francuskiego prawa cywilnego na obszarze Wolnego Miasta Krakowa. Mimo szeregu opracowań o charakterze ustrojowo-prawnym wciąż jednak na uboczu zainteresowań badaczy znajduje się formalnoprawna analiza stosowania francuskich kodeksów przez polskie sądownictwo, w tym w szczególności sądy Rzeczypospolitej Krakowskiej^[2]. Aczkolwiek w tej sferze badawczej nastąpił już pewien

¹ Michał Gałędek, Anna Klimaszewska, Piotr Z. Pomianowski, „Prace Komitetu Cywilnego Reformy na przygotowaniu kodyfikacji prawa cywilnego i procedury cywilnej w przededniu utworzenia Królestwa Polskiego (1814–1815) – edycja źródłowa. cz. I” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, z. 2 (2019): 239–275; idem, „Prace Komitetu Cywilnego Reformy na przygotowaniu kodyfikacji prawa cywilnego i procedury cywilnej w przededniu utworzenia Królestwa Polskiego (1814–1815) – edycja źródłowa. cz. II” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, z. 3 (2019): 387–419; idem, „Projekty zmiany procedury cywilnej w pracach Komitetu Cywilnego Reformy (1814–1815). Edycja źródłowa – część I (postępowanie zasadnicze)” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, z. 1 (2021): 83–115; idem, „Projekty zmiany procedury cywilnej w pracach Komitetu Cywilnego Reformy (1814–1815). Edycja źródłowa – część II (postępowanie egzekucyjne)” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, z. 4 (2021): 569–589.

² Wacław Uruszczak, „Prawo francuskie w Rzeczypospolitej Krakowskiej (1815–1846)”, [w:] *Szkice z dziejów ustroju i prawa*, red. Marcin Kwiecień, Marian Małecki (Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1997), 91–99; Lesław Pauli, „Prawa obce w Rzeczypospolitej Krakowskiej” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze*, z. 97 (1982): 145–157; Andrzej Dziadzio, „Udział Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego w stosowaniu Code civil w Wolnym Mieście Krakowie (1815–1833)”, [w:] *Miasto i państwo na przestrzeni dziejów. Studium historyczno-prawne. Księga Jubileuszowa z okazji czterdziestopięciolecia pracy naukowej oraz 70. urodzin Profesora Tadeusza Maciejewskiego*, red. Michał Gałędek (Warszawa: C.H. Beck, 2020), 185–200; idem, „Opinie profesorów i doktorów Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego jako źródło do badań nad stosowaniem Kodeksu Napoleona w Wolnym Mieście Krakowie” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, z. 3 (2020): 303–319; Piotr Michalik, „Stosowanie przepisów prawa

postęp, to i tak pozostaje aktualne przesłanie krakowskiego historyka prawa sprzed ponad czterdziestu lat, który pisał: „Pytanie, jak rzeczywiście wyglądała praktyka prawa francuskiego w Rzeczypospolitej Krakowskiej, musi jednak na razie pozostać bez odpowiedzi. Żaden bowiem z badaczy nie zainteresował się dotąd dokumentami tej praktyki, które w postaci aktów sądów Wolnego Miasta trzech instancji zachowały się w zasobach krakowskiego Archiwum Państwowego”^[3]. W niniejszej rozprawie została podjęta próba opisu zagadnień prawnych, z którymi przyszło się zmierzyć krakowskim sędziom w praktycznym stosowaniu przepisów procesowych prawa francuskiego. Opracowanie nie pretenduje do roli syntetycznego ujęcia przebiegu implementacji francuskiej procedury cywilnej przez sądy Wolnego Miasta Krakowa, lecz przez wstępne ustalenia stanowić ma przyczynek do dalszych studiów nad recepcją prawa francuskiego na ziemiach polskich.

1 | Francuskie prawo procesowe w Wolnym Mieście Krakowie

Historia obowiązywania w Krakowie francuskiego prawa cywilnego, zarówno materialnego, jak i procesowego, obejmuje okres czterdziestu pięciu lat, dłuższy o czternaście lat od samej historii Wolnego Miasta Krakowa^[4]. Stało się tak pomimo usilnych starań państw opiekuńczych, aby prawo francuskie zostało szybko zastąpione na ziemiach polskich nowymi kodeksami, które miały zatrzeć ostatni ślad napoleońskiego panowania. Artykuł XII pierwotnej konstytucji Wolnego Miasta Krakowa z 1815 r. przewidywał, że Zgromadzenie Reprezentantów, jako Sejm Prawodawczy, zajmie się w pierwszej kolejności ustanowieniem kodeksu cywilnego,

spadkowego Code civil przez sądy Wolnego Miasta Krakowa – sprawa Sawiczewskich” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, z. 3 (2021): 307–330; Mateusz Mataniak, „Spory pomiędzy mieszkańcami Krakowa o służebności gruntowe miejskie (mur środkowy i prawo widoku). W świetle orzecznictwa sądów Wolnego Miasta Krakowa (1815–1846)” *Krakowski Rocznik Archiwalny*, t. XVII (2021): 11–65.

³ Pauli, *Prawa obce*, 151.

⁴ Ibidem, 150–151. *Code civil* i *Code de procédure civile* zostały wprowadzone 15 sierpnia 1810 r. Utraciły moc obowiązującą 29 września 1855 r. Tylko w zakresie prawa małżeńskiego osobowego *Code civil* zachował ważność do 20 kwietnia 1852 r.

karnego i postępowania sądowego. Utworzona przez protektorów Wolnego Miasta Krakowa Komisja Organizacyjna, złożona z trzech przedstawicieli Prus, Rosji i Austrii, zadecydowała pod koniec 1815 r. o utrzymaniu w mocy dotychczasowego ustawodawstwa do czasu przyjęcia nowych kodeksów^[5]. Przystąpiła jednocześnie do intensywnych działań mających w celu szybkie wprowadzenia ustawodawstwa, które zastąpiłoby prawo francuskie. Komisja zleciła więc Senatowi niezwłoczne zwołanie Zgromadzenia Reprezentantów celem wybrania Komitetu Prawodawczego, do czego doszło w styczniu 1816 r.^[6]

Inaczej jednak wyobrażała sobie Komisja Organizacyjna prace nad nowymi kodeksami niż czynności podjęte przez Komitet Prawodawczy, dla którego punktem wyjścia dla opracowania nowych kodeksów było prawo obowiązujące w Wolnym Mieście Krakowie, dostosowane jedynie do lokalnych warunków. Komitet podjął więc przygotowania do stworzenia niejako nowej wersji obowiązujących kodeksów, pozostawiając niejako na uboczu instrukcję Komisji Organizacyjnej z lutego 1816 r., która zalecała Komitetowi Prawodawczemu przyjęcie na początku wstępnych założeń kodeksu cywilnego^[7]. Taki tryb prac Komitetu Prawodawczego spotkał się z negatywną reakcją Komisji Rządzącej, głównie przedstawiciela Prus barona Ernesta W. Reibnitza, który bezpośrednio nadzorował przebieg procesu kodyfikacji prawa w Wolnym Mieście Krakowie. W połowie 1816 r. Komisja Organizacyjna narzuciła Komitetowi Prawodawczemu koncepcję organizacji prac nad kodeksami, która zakładała, po pierwsze, przygotowanie przez Komitet w porozumieniu z Komisją podstawowych założeń kodeksów w formie pytań co do kierunku zmian, po drugie, przedłożenie ułożonych zagadnień prawnych Zgromadzeniu Reprezentantów do rozstrzygnięcia, po trzecie, ostateczną redakcję kodeksów zgodnie z decyzjami Sejmu Prawodawczego^[8].

Pomimo nacisków ze strony Komisji Organizacyjnej, aby zostały wstrzymane prace nad treścią kodeksów do czasu ustalenia zasad ogólnych, Komitet Prawodawczy kontynuował przygotowywanie gotowych kodeksów. Przedłożony Komisji Organizacyjnej w listopadzie 1816 r. projekt założeń kodeksów cywilnego i karnego nie miał – jak się przypuszcza – formy

⁵ *Urządzenia tymczasowego dla władz sądowniczych Wolnego Miasta Krakowa z 5 grudnia 1815 r.* – Dziennik Rozporządzeń Rządowych Wolnego Miasta Krakowa i Jego Okręgu, 1816.

⁶ Uruszczak, *Prawo francuskie*, 93.

⁷ *Ibidem*, 94–95. Instrukcja zawierała 23 zagadnienia, ujęte w formie pytań.

⁸ *Ibidem*.

pytań prawnych, jak tego oczekiwala Komisja, ale wstepnego projektu kodyfikacji opracowanego przez Komitet^[9]. Zarysowana roznicza co do sposobu przygotowania nowych kodeksow mi \ddot{e} dzdy Komitetem a Komisj \acute{a} doprowadzila do przeniesienia sporu mi \ddot{e} dzdy nimi na forum Zgromadzenia Reprezentantow, ktore jednak nie udzi \acute{e} li \acute{e} lo poparcia drogi prac kodyfikacyjnych obranej przez Komitet Prawodawczy. Wobec takiego stanu rzeczy Komitet Prawodawczy podporz \acute{a} dkowal si \acute{e} ostatecznie z \acute{a} daniami Komisji Organizacyjnej i przystapil wraz z ni \acute{a} wnios \acute{a} 1817 r. do opracowania pytan prawnych tyczac \acute{y} ch si \acute{e} przyszych kodeksow, ktore mi \acute{a} ly zostac przedlozone do decyzji Zgromadzenia Reprezentantow (Prawodawczego)^[10].

Na sesji Sejmu Prawodawczego, obraduj \acute{a} cego od 7 stycznia do 3 marca 1818 r., zostalo rozpatrzonych i rozstrzygni \acute{e} tych blisko 300 pytan dotycz \acute{a} cych ogolnych zasad prawnych, jakie stac si \acute{e} mi \acute{a} ly fundamentem przyszych kodeksow, tj. cywilnego, karnego, procesu cywilnego i karnego. Komisja Organizacyjna rezultaty obrad Sejmu uznala za satysfakcjonuj \acute{a} ce, liczac zapewne na to, ze ta decyzja uruchomi szybki proces przygotowania i wprowadzenia w zycie nowych kodeksow. Historia ruchu kodyfikacji prawa w Wolnym Mieście Krakowie potoczyla si \acute{e} jednak innym torem ni \acute{z} tego chcieli czlonkowie Komisji Organizacyjnej. Po jej rozwi \acute{a} zaniu w sierpniu 1818 r. Komitet Prawodawczy za zgod \acute{a} Senatu calkowicie zaniechal prac nad przygotowaniem calosciowych kodeksow, skupiac \acute{y} ch si \acute{e} jedynie nad opracowaniem ustaw, ktorych zmiana byla podyktowana powrotem do polskiej tradycji prawnej lub wzgledami praktycznymi^[11]. Tym samym

⁹ Piotr Michalik, „Wstrz \acute{a} saj \acute{a} ce wspomnienie uzurpacji Bonapartego?” – uchwalenie zasad prawa spadkowego do kodeksu cywilnego Wolnego Miasta Krakowa” *Studia z Dziejow Państwa i Prawa Polskiego*, xxv (2022): 18 i n.

¹⁰ Ibidem, 19. Zgadzam si \acute{e} z autorem, ze obstrukcja ze strony Komitetu Prawodawczego sposobu procedowania nad treścią przyszych kodeksow zalecanego przez Komisje Organizacyjna nie wynikała z tego, ze czlonkowie Komitetu chcieli zachowac ustawodawstwo napoleonskie, a Komisja prezentowala stanowisko przeciwstawne. W moim przekonaniu, tlo konfliktu tkwilo w uporze kazdej ze stron forsowania wlasnej koncepcji prac kodyfikacyjnych: Komisja Organizacyjna nalegala na przyjecie najpierw zasad ogolnych, jako podstawy prowadzonych prac legislacyjnych, Komitet Prawodawczy obstawal przy swojej idei przygotowania gotowych projektow, w ktorych uzasadnieniu znalazlyby si \acute{e} odniesienia do ogolnych zalozen. Zob. w tej kwestii dyskusje na forum Zgromadzenia Reprezentantow w styczniu 1818 r., w *Gazeta Krakowska* 1818 r., nr 6, 21 stycznia 1818 r.

¹¹ Można nawet s \acute{a} dzić, ze sami protektorzy z czasem pogodzili si \acute{e} z dlu $\acute{z$ sz \acute{a} obecnośc \acute{a} prawa francuskiego w Wolnym Mieście Krakowie i pozostawili zmianę ustawodawstwa w gestii samych jego organow, skoro ulegl zmianie artykuł XII konstytucji z 1818 r., w ktorym ju \acute{z} stwierdzono w mniej ultimatywnej formie,

postępowanie sądowe w sprawach cywilnych opierało się Wolnym Mieście Krakowie na francuskiej procedurze, która została zmieniona tylko w części dotyczącej postępowania egzekucyjnego przez uchwaloną w 1823 r. ordynację „Prawo o egzekucji sądowej” i w zakresie przepisów o „postępowaniu przez Sądami Pokoju” na mocy ustawy z 1825 r.

Kwestia utrzymania instytucji sędziów pokoju należała zresztą do jednej z tych istotnych kwestii, którą Zgromadzenie Reprezentantów rozpatrywało w ramach przedłożonych pytań co do kierunku zmian francuskiego prawa procesowego. Zgromadzenie Prawodawcze uznało jurysdykcję sądów pokoju za korzystną dla społeczeństwa, głównie dla chłopstwa, i przesądziło ich właściwość w sprawach, gdy wartość sporu nie przekraczała 200 zł. Sądy pokoju miały orzekać w pierwszej instancji w sprawach posesoryjnych w drodze ustnej rozprawy, podobnie jak w kodeksie francuskim. Przyjęto także, że wyroki sędziów pokoju w sprawach do 30 zł. nie będą podlegać zaskarżeniu, co niektórzy uznali za postanowienie naruszające konstytucję, zezwalała ona bowiem w każdej sprawie na złożenie odwołania do Sądu Apelacyjnego. Obawiano się nadto, że w ten sposób klasy niższe zostaną skazane na samowolę urzędników^[12]. Pod rozstrzygnięcie Sejmu Prawodawczego przekazano m.in. kwestię, czy sąd II instancji po stwierdzeniu nieważności wyroku niższej instancji może sam merytorycznie rozsądzić sprawę. Zadecydowano ostatecznie, że w takim przypadku powinien uchylić zaskarżony wyrok i przekazać sprawę sądowi I instancji. Dyskusję między członkami Zgromadzenia wywołała także sprawa dopuszczalności przeprowadzenia egzekucji na osobie dłużnika, która przyniosła decyzję o zakazie stosowania aresztu wobec dłużnika.

Rozstrzygnięcia podjęte przez Zgromadzenie Prawodawcze w kwestii ogólnych zasad, na których miało się opierać nowe prawo cywilne nie były do końca spójne. Podejmowano je bowiem niejako *a casu ad casum*. Krakowscy prawnicy wykształceni na prawie austriackim, i w praktyce je stosujący, byli przywiązani do legalnej teorii dowodowej w procesie karnym, którą chcieli przenieść także na grunt procedury cywilnej, dezawuuując tym samym dominującą w prawie francuskim swobodną ocenę dowodów przez sędziego. Decyzją Zgromadzenia Prawodawczego w kwestii zasady dowodowej w procesie cywilnym nie mogła być zatem inna, jak

że „Zgromadzenie Reprezentantów trudnić się będzie w razie potrzeby ułożeniem i przejrzaniem (podkr. A.D.) kodeksu cywilnego, kryminalnego i postępowania sądowego”.

¹² „Gazeta Krakowska”, nr 18, 4 marca 1818 r.

wyrażenie woli, żeby przyszła ustawa cywilna procesowa oznaczyła „liczbę i jakość świadków” potrzebną dla przyjęcia przez sąd zupełnego dowodu^[13]. Krakowski prawodawca opowiedział się więc za zasadą austriackiego prawa procesowego. Ale równocześnie na pytanie, czy opinia biegłych jest wiążąca dla sędziego, zadecydowano, że nie stanowi ona „pełnego dowodu”, ale tylko jest źródłem informacji, którą sędzia ocenia samodzielnie^[14]. W tym przypadku było to rozstrzygnięcie na korzyść swobodnej oceny dowodów w francuskim procesie cywilnym.

Inny przykład niespójności decyzji Zgromadzenia Prawodawczego polegał na tym, że, z jednej strony, postanowiono wprowadzić testament ustny, którego treść miała być ustalana za pomocą zeznań świadków, co było nawiązaniem do prawa austriackiego^[15], z drugiej strony, Zgromadzenie zadecydowało, że prawo cywilne może preferować formę pisemną umowy i wykluczać możliwość przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków. W tym drugim przypadku krakowski ustawodawca uznał francuską instytucję formy umowy *ad probationem*^[16]. Inaczej więc potraktowano rolę świadków jako środka dowodowego, w sytuacji rozszczeń związanych z treścią ustnego testamentu, inaczej co do sporów o ustalenie treści ustnej umowy. Dyskusja nad założeniami przyszłych kodeksów i podjęte decyzje przez Zgromadzenie Prawodawcze Wolnego Miasta Krakowa pokazują, w jakim zakresie normy prawa francuskiego były akceptowane przez krakowskie elity prawnicze i polityczne, a w jakim stopniu bliższe im były przepisy prawa austriackiego^[17]. Jednak mniej zastrzeżeń zostało zgłoszonych pod adresem prawa procesowego niż Code civil. Zasady francuskiego procesu korelowały bowiem z jawnością i ustnością staropolskiego postępowania sądowego^[18].

13 „Gazeta Krakowska”, nr 19, 8 marca 1818 r.

14 Ibidem.

15 „Gazeta Krakowska” nr 11, 8 luty 1818 r.

16 „Gazeta Krakowska”, nr 19, 8 marca 1818 r.

17 Michalik, *Wstrząsające wspomnienie*, 32 i n.

18 Damazy Dzierzynski, tłumacz, wydawca i komentator francuskiego kodeksu postępowania cywilnego opracowanego przez J.A. Rogrona podkreślał, że sędziowie pokoju orzekali przy otwartych drzwiach, podobnie jak w dawnej Polsce, wprawdzie – jak pisał – nie było wtedy sędziów pokoju, ale „w każdym województwie byli obywatele, czystością rozsądku, stałością charakteru, żywością objęcia i rozpoznania znakomici, posiadający zaufanie stron, spór między sobą wiodący, a darem cierpliwości i powolności hamując zapęd stron w drodze sądowej, godzili najzaciętsze, w zawikłanych procesach”. Zauważał także, że forma pozwu w procesie francuskim była „prawie taż sama”, przywołując m.in. prawo

2 | Sądowe stosowanie procedury francuskiej w opiniach Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego

Mimo że francuska procedura cywilna została zachowana w Wolnym Mieście Krakowie, to jednak postępowanie sądowe w sprawach cywilnych różniło się od tego z czasów Księstwa Warszawskiego. Konstytucja z 1815 r. w artykule xv wprowadziła bowiem nową organizację sądownictwa, która przewidywała istnienie dwóch instancji sądowych w postaci Sądu I instancji i Sądu Apelacyjnego, z zachowaniem sądów pokoju z wcześniejszego okresu. Konstytucja pominęła organizację Sądu Kasacyjnego, działającego w Księstwie Warszawskim od 1810 r. Niejako w jego miejsce konstytucja Wolnego Miasta Krakowa przewidziała nadzwyczajną procedurę odwoławczą w postaci skargi (rekursu) do Wydziału Profesorów i Doktorów Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Na mocy artykułu xv stronom procesu cywilnego przysługiwało uprawnienie do zaskarżenia zgodnych w treści wyroków Sądu I instancji i Sądu Apelacyjnego do Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Podstawą zaskarżenia wydanych wyroków mógł być zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego lub istotnych form postępowania sądowego. Wydział Prawa, po zapoznaniu się ze sprawą, tj. wyrokami i pismami procesowymi stron, sporządzał opinię prawną, w której stwierdzał naruszenie prawa materialnego lub procesowego, albo przyjmował, że naruszenie prawa nie miało miejsca.

Opinia Wydziału o tym, że doszło w rozpoznawanej sprawie do naruszenia prawa, otwierała stronie drogę do przekazania odwołania Sądowi Ostatniej (III) instancji. Uznanie przez Wydział Prawa braku podstaw do odwołania kończyło sprawę. Wyroki stawały się prawomocne, chyba że Profesorowie i Doktorzy Prawa doszli do przekonania, że różnią się one w treści. W takim bowiem przypadku przysługiwało zawsze odwołanie

statutowe z 1523 r. Zob. *Kodex postępowania cywilnego* wyłuszczone przez swoje powody i przez przykłady, z rozwiązaniem pod każdym artykułem trudności, a oraz głównych zagadnień, nastroczających się w texcie, jako też z opisaniem znaczenia wszelkich wyrazów prawnych: dzieło przeznaczone dla uczących się prawa, dla osób trudniących się przystosowaniem przepisów procedury i dla wszystkich innych, którzy życzą poznać takowe a nie mogli oddawać się szczególnej ich nauce, podług drugiego edycji przez J.A. Rogrona; przeł. na polski język z zastosowaniem prawodawstwa polskiego i własnym staraniem i nakładem wyd. przez Damazego Dzieżożyńskiego, 1829, 29.

do Sądu Ostatniej (III) instancji. W latach 1815–1833 Wydział Prawa pełnił więc funkcję *par excellence* orzeczniczą. Przyjęty przez konstytucję Wolnego Miasta Krakowa środek odwoławczy był instytucją oryginalną i niepowtarzalną. Wprawdzie łączyła ona w sobie elementy francuskiej kasacji i niemieckiej procedury tzw. *Aktenversendung*, ale żadna z nich nie znalazła pełnego wyrazu w tej hybrydowej konstrukcji. Uznanie przez Wydział Prawa podstaw do złożenia kasacji do Sądu Ostatniej (III) instancji nie oznaczało, z jednej strony, uchylecia zaskarżonych wyroków i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu, ponieważ Sąd Ostatniej instancji był uprawniony do wydania materialnego orzeczenie, z drugiej strony, Sąd Ostatniej instancji opinią Wydziału Prawa nie był związany. Mógł bowiem przyjąć, że nie występowały podstawy do złożenia odwołania i utrzymać zaskarżone wyroki w mocy^[19].

Wydział Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego Wolnym Mieście Krakowie przez 18 lat sprawował nadzór judykacyjny nad orzecznictwem Trybunału I instancji i Sądu Apelacyjnego za pomocą wydawanych opinii^[20]. Są one tym samym dobrym źródłem wiedzy na temat trudności, z jakimi spotykali się krakowscy sędziowie w stosowaniu przepisów francuskiej procedury cywilnej. Jednocześnie analiza tych opinii pozwala na ocenę, na ile stwierdzone przez Wydział Prawa naruszenia procesowe ze strony krakowskich sądów świadczyły także o niedoskonałości francuskich reguł procesowych. Uwaga w dalszej części niniejszego artykułu skupiać się jednak będzie na sprawach z zakresu spornego prawa procesowego, które zajmują w ogólnej liczbie wydanych przez Wydział opinii zaledwie ok. 2,5%^[21]. Ze statystycznego ujęcia problematyki implementacji francuskiej procedury cywilnej może wynikać wniosek, że skala naruszeń prawa procesowego przez krakowskie sądy była niewielka, co pośrednio dowodziłoby tezy, że stosowanie francuskiego prawa procesowego nie sprawiało im większej trudności, poza może środkiem dowodowym w postaci przysięgi stron, co będzie przedmiotem szczegółowego opisu w dalszej części niniejszego eseju. Miarodajna opinia w tej kwestii wymaga jednak pogłębionych studiów nad praktyką orzeczniczą sądów przez cały okres stosowania francuskiej

¹⁹ Procedurę postępowania przed Wydziałem Prawa uj omawia dokładnie: Dziadzio, *Udział Wydziału Prawa*, 189–200.

²⁰ Andrzej Dziadzio, Mateusz Mataniak, *Protokoły posiedzeń Wydziału Profesorów i Doktorów Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego (1817–1833). Opinie o stosowaniu Kodeksu Napoleona przez sądy Wolnego Miasta Krakowa* (Kraków: Księgarnia Akademicka, 2022), 7–703.

²¹ Dziadzio, *Udział Wydziału Prawa*, 198.

procedury. Obraz ten bowiem już wstępnie zakłóca konstatacja, że odsetek zaskarżalności do Wydziału spraw obejmujących postępowanie egzekucyjne był pięciokrotnie wyższy^[22]. Analiza postępowania egzekucyjnego w praktyce sądów krakowskich może być ciekawa badawczo, gdyż w tym zakresie doszło do wydania dwóch ustaw (1823 i 1844), które zmieniły przepisy francuskiego postępowania egzekucyjnego.

Jakiego rodzaju naruszenia francuskiego prawa procesowego odnotował Wydział Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego w swych opiniach? Czy zawsze stanowisko Profesorów i Doktorów Prawa o naruszeniu przez sądy prawa procesowego były prawniczo trafne?

Jednym z częstszych naruszeń ogólnych reguł postępowania cywilnego było ignorowanie przez sądy zasady, że ciężar dowodu spoczywa na tym kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza^[23]. W szczególności dotyczyło to roszczeń zapisobiorców testamentowych o wypłatę legatu przez spadkobierców ustawowych. Sądy zasądzały roszczenie wynikające z zapisu testamentowego, mimo że kwota żądana przez stronę powodową, zdaniem pozwanych dziedziców koniecznych, naruszała część obowiązkową gwarantowaną im przez Code civil. Sądy pomijały zasadę, że na zapisobiorcy ciążył obowiązek dostarczenia dowodu na wysokość masy spadkowej w celu wykazania, że kwota legatu nie przekraczała części obowiązkowej, należnej spadkobiercom koniecznym. Dostarczyli oni bowiem wyliczenie masy spadkowej, według którego zasądzenie wypłaty żądanego legatu odbyłoby się z pokrzywdzeniem praw do części obowiązkowej. Zdaniem Wydziału Prawa, strona powodowa, żądając wypłaty legatu naruszającego część obowiązkową, powinna dowieść, że pozostała większa masa spadkowa, niż wyliczenia przedstawione przez pozwanych^[24]. W innej

²² Ibidem.

²³ Zasadę, że ciężar dowodu spoczywa na stronie powodowej, a nie pozwanej statuował Art. 1315 Cc. „Kto się upomina o wykonanie zobowiązania, powinien go dowodzić”.

²⁴ Dziadzio. Mataniak, *Protokoły posiedzeń*, 100–101. Posiedzenie z 28 października 1822 r. Archiwum Uniwersytetu Jagiellońskiego (dalej cyt. Archiwum UJ), sygn. wP I 57, Wydział Profesorów i Doktorów Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego (dalej cyt. Wydział Prawa UJ), W powyższej sprawie było 5 synów spadkobiercy, którym według art. 913 Cc. przysługiwały prawa do $\frac{3}{4}$ pozostawionego majątku. Zapis testamentowy w tym przypadku nie powinien przekraczać $\frac{1}{4}$ wartości spadku. Krakowscy sędziowie mieli na początku stosowania przepisów Code civil dotyczących dziedziczenia testamentowego pewne trudności w prawidłowych odczytaniu instytucji rezerwy, jako sposobu zabezpieczenia praw spadkowych dziedziców koniecznych, np. przyznali spadek na podstawie testamentu żonie

sprawie Wydział Prawa w wydanej opinii uznał, że powód żądający opłaty za ustanowioną na gruncie właściciela służebność musi dowieść istnienia ograniczonego prawa rzeczowego, a nie pozwany właściciel powinien dostarczyć dowodu ekstabulacji (wykreślenia z ksiąg hipotecznych) ciążyącego na nim obowiązku prawnego, zgodnie z zasadą *asserenti, non neganti, incumbit probatio*^[25].

Interesującym zagadnieniem z punktu widzenia poprawności stosowania przez sądy przepisów procesowych była kwalifikacja sporów cywilnoprawych w kontekście zarzutu niedopuszczalności drogi sądowej. W opiniach Wydziału Prawa znalazły się dwie sprawy, w których strony kwestionowały drogę sądową, argumentując, że spór dotyczył materii prawa administracyjnego (publicznego), a nie cywilnego^[26]. Pierwszy przypadek jest o tyle ciekawy, że sądom przyszło w udziale dokonanie wykładni artykułu 6 Code civil, który określał granice swobody zawierania umów poprzez stwierdzenie, że „nie można przez prywatne umowy ubliżać prawom, tyjącym się porządku publicznego i dobrych obyczajów”^[27]. Spór prowadził Wydział Dochodów Publicznych i Skarbu w Senacie Rządzącym, jako zarządca dóbr narodowych (państwowych), z dzierżawcą karczmy położonej na dobrach publicznych. Dzierżawca wystąpił z pozwem do sądu I instancji o rozwiązanie umowy dzierżawy. Wydział Dochodów, jako strona pozwana, podniósł zarzut niedopuszczalności drogi sądowej na tej podstawie, że w umowie dzierżawy powód zrezygnował z postępowania sądowego, przystając na dochodzenie roszczeń przez strony umowy w postępowaniu administracyjnym. Sąd I instancji i Sąd Apelacyjny oddaliły zarzut o niewłaściwości sądu do rozpatrzenia sporu, uznając postanowienie umowy o zrzeczeniu się przez strony drogi sądowej za naruszenie granicy swobody umów, którą wyznaczały ustawy tyjące się porządku publicznego^[28].

Sądy w uzasadnieniu swego stanowiska przytoczyły artykuł xv konstytucji Wolnego Miasta Krakowa, według którego: „dwa te sądy wyrokować

spadkodawcy bez okazania jego treści, co uniemożliwiło spadkobiercom koniecznym zgłoszenia zarzutów o naruszenie części obowiązkowej, zob. także posiedzenie z 4 lipca 1822 r., 22–23.

²⁵ Dziadzio. Mataniak, *Protokoły posiedzeń*, 425. Posiedzenie z dnia 16 lutego 1830 r. Archiwum UJ, sygn. WP I 57, Wydział Prawa UJ.

²⁶ Inny przypadek niedopuszczalności drogi sądowej: Dziadzio, *Udział Wydziału Prawa*, 196–197.

²⁷ *Kodex Napoleona z przypisami*, t. I–II (Warszawa: w Drukarni Xięży Pijarów, 1808), 4.

²⁸ Dziadzio. Mataniak, *Protokoły posiedzeń*, 397–399. Posiedzenie z dnia 6 lipca 1829 r. Archiwum UJ, sygn. WP I 57, Wydział Prawa UJ.

będą we wszystkich sprawach bez różnicy ich natury lub stanu osób”. Zdaniem sądów umowne zrzeczenie się drogi sądowej w rozsądzeniu sporu cywilnego nie mieściło się w granicach swobody umów, ponieważ godziło w porządek prawny. Natomiast Wydział Prawa w swej opinii powołał się na artykuł 1712 C.c., który w odniesieniu do dzierżawy dóbr narodowych dopuszczał stosowanie szczególnych przepisów. Takimi przepisami, zdaniem Wydziału Prawa, były postanowienia obowiązującego dekretu z 14 stycznia 1812 r. z czasów Księstw Warszawskiego, według którego wszelkie należności z kontraktów wypływające podlegały jurysdykcji władz administracyjnych^[29]. Wydział Prawa na podstawie przytoczonych przepisów dowodził, że strony, wyłączając drogę sądową w umowie dzierżawy, nie naruszały porządku publicznego, ale, przeciwnie, postąpiły zgodnie z jego prawnym wymiarem! Należy przyjąć, że sądy orzekające w sprawie uznały, że droga administracyjna dotyczyła egzekucji administracyjnej czynszu, samo jednak roszczenie o rozwiązanie umowy uznały za spór cywilny, podlegający jurysdykcji sądowej na podstawie artykułu xv konstytucji. Stanowisko sądów krakowskich w zakresie wykładni przepisu konstytucji należy uznać za prawidłowe, w przeciwieństwie do poglądu prawnego Wydziału Prawa.

Także w drugiej sprawie, w której Wydział Prawa dokonał wykładni przepisów konstytucji Wolnego Miasta Krakowa racje prawne przemawiały na korzyść rozstrzygnięcia sądowego niż za opinią Profesorów i Doktorów UJ. Proces sądowy dotyczył mianowicie przyznania praw spadkowych do gruntów chłopskich i budynku po zmarłym włościaninie, którego spadkobiercy wystąpili z powództwem przeciwko pozwanemu, przedstawiając dowody, że nie nabył on praw spadkowych, ponieważ był dzieckiem nieślubnym ze związku cudzołożnego. Zażądali zatem wydania połowy zajętego gruntu i domu ze względu na to, że według przepisów Code civil nie mógł dziedziczyć majątku po ojcu, który nie uznawał go za swojego syna, ale za pozamałżeńskie dziecko żony. Stan sprawy był taki, że pozwany po śmierci ojca (według treści ksiąg metrykalnych), korzystając z nieobecności sukcesorów do pozostawionego przez zmarłego majątku, objął w posiadanie jego połowę (grunt i budynek). Przeciwko żądaniom wydania zajętego majątku, i próbie usunięcia go z niego siłą, wystąpił do sądu o ochronę posesoryjną, której sąd mu dzielił, wykazał bowiem roczne posiadania spornego gruntu. Wobec tego spadkobiercy wytoczyli mu proces o ustalenie prawa własności zajętego przez pozwanego majątku i stwierdzenie

²⁹ Ibidem.

braku nabycia przez niego praw spadkowych do posiadanego majątku. Nieprawego pochodzenia pozwanego zamierzali dowieść poprzez zeznania świadków. Trybunał I Instancji dokładnie więc oznaczył okoliczności, które miały być udowodnione za pomocą świadków w celu wykazania nieprawego pochodzenia pozwanego^[30]. Po przeprowadzeniu dowodu z zeznań świadków Trybunał uznał powództwo, stwierdzając w wyroku, że pozwany nie nabył praw spadkowych do spornego majątku. Wyrok ten zatwierdził Sąd Apelacyjny i Sąd Ostatniej (III) instancji, mimo opinii Wydziału Prawa o naruszeniu prawa materialnego przez sądy^[31].

Argumentacja Wydziału Prawa o naruszeniu prawa w rozpoznawanej sprawie opierała się na założeniu (mylnym według Sądu III instancji), że istota sporu dotyczyła w istocie podziału gruntu chłopskich, a nie spłaty spadkobierców. Wychodząc z takiego przekonania Profesorowie i Doktorzy Prawa stwierdzili, że sądy nie były właściwe do rozsądzania sprawy o podział gruntów chłopskich, ponieważ tego rodzaju spory podlegały pod kompetencję organów administracyjnych. W sporządzonej opinii odwołali się do wciąż obowiązującego ustawodawstwa z czasów austriackich, które uznawało niepodzielność wszelkich gruntów włościańskich („w razie spadku współsukcesorowie winni zadowolić się spłatami stosownie do porządku spadku, jaki był dla włościan przepisany”) i zakazywało „ich rozdrobnienie ustawą administracyjną, czyli urządzeniami politycznymi”^[32]. Z tego względu uznali, że sądy powinny sprawę przekazać do postępowania administracyjnego. Ciekawy się wydaje ten *passus* opinii, w której

³⁰ Archiwum Narodowe w Krakowie (dalej: ANKr) 29/20/1989, Tryb.186, Wyrok Trybunału I instancji z 8.04.1826 r. Sąd dokładnie oznaczył okoliczności, które miały być udowodnione: „1) że Kasper Wąsik w roku 1797 dla rozwiązłego życia swej żony Magdaleny opuścił zamieszkanie w Liszkach i przez 8 lat w Liszkach nie pozostawał 2) że Magdalena Wąsik przez 8 lat pozostawała w Liszkach i nie widziała się z mężem 3) że Tomasz Wąsik nie był uznawany za syna przez Kaspra i że od ludzi nie uważany był jakoby był synem Kaspra Wąsika i Magdaleny spółdzonym”. Pozwany urodził się w 1801 r., czyli w okresie, w którym jego matka nie miała żadnego kontaktu z mężem.

³¹ ANKr, WM 190, wyrok z 5 (?) 1827 Sądu (ostatniej) III instancji. Sąd przychylił się do stanowiska pełnomocnika strony powodowej, że w sporze chodzi o art. 544 KN, tj. nabycie przez sukcesorów prawa własności majątku po spadkodawcy. Podnosił on w piśmie procesowym, że „odwołanie się w opinii do przepisów konstytucji było niestosowne i w tej sprawie miejsca znajdować nie mogło”. Pełnomocnikiem powodów był prof. Wawrzyniec Soświński, pełnomocnikiem pozwanego był prof. Adam Krzyżanowski.

³² Dziadzio, Mataniak, *Protokoły posiedzeń*. 244–245. Posiedzenie z dnia 22 lipca 1826 r. Archiwum UJ, sygn. WP I 57, Wydział Prawa UJ.

zaprezentowano stosunek dotychczasowego ustawodawstwa państwa policyjnego (absolutnego) do treści liberalnej konstytucji Wolnego Miasta Krakowa: „Zważając nadto, że przez zaprowadzenie Kodeksu francuskiego i Konstytucji Księstwa Warszawskiego, tudzież Konstytucji Wolnego Miasta Krakowa zmiana tej ustawy (tj. austriackiego cesarskiego patentu, przyp. AD.) nie nastąpiła, bo naprzód Kodeks Cywilny nie ma żadnej łączności ze sferą administracyjną, i chociaż Konstytucje orzekły, iż wszyscy są równi w obliczu prawa, tedy ta równość rozciąga się tylko do praw osobistych, ale nie do stosunków politycznych; owszem, Konstytucja Wolnego Miasta Krakowa utwierdziła ustawy co do stanu włościańskiego przez byłe Rządy wydane, gdy orzekła, iż prawa aktualne rolników zachowują się”^[33].

Powyższy pogląd Wydziału Prawa o stosunku ustaw administracyjnych do konstytucji był poprawny. Nie przyjmowano bowiem wówczas ani zasady nadrzędności konstytucji, ani hierarchii źródeł prawa, a sądy nie miały uprawnienia do badania zgodności aktów niższej rangi z ustawami. Odnosząc jednak ten pogląd Wydziału Prawa do sprawy sądowej, w kontekście której został sformułowany, należy stwierdzić, że rozmiął się on zarówno ze stanem faktycznym, jak i zagadnieniem prawnym odzwierciedlonym w orzeczeniach sądów. Obie powyżej zaprezentowane sprawy sądowe ilustrują trudności, z jakimi musieli się mierzyć krakowscy juryści przy wykładni norm proceduralnych, których podstawę stanowiło nie tylko prawo francuskie, ale także prawo austriackie.

³³ Ibidem. W sprawie alienacji dóbr włościańskich zostało wydane Rozporządzeniu Senatu Rządzącego z 4 maja 1825 r. o zakazie sprzedaży, zamiany i podziału gruntów chłopskich bez wiedzy zwierzchności gminnej i zgody władz rządowych: „iżby dotąd w duchu Rozporządzeń byłego cesarsko-austriackiego rządu, dotąd nieodwołanych, a mianowicie Patentów z d. 8 grudnia 1796 r i 19 stycznia 1797, mocą których wszelkie umowy zamiany i podziały gruntów włościańskich ulegały Rządowemu zatwierdzeniu, notariusze publiczni nie w przód przyjmowali umowy o alienację gruntów włościańskich zawierane, dopóki takowe umowy na przedstawienie właściwych dominiów za pośrednictwem miejscowych wójtów gminnych uczynić się miane potwierdzenia Wydziału Spraw Wewnętrznych i Policji nie uzyskają” – Dziennik Rządowy Wolnego Miasta Krakowa i jego kręgu nr 19 i 20 z dnia 21 maja 1825 roku, 78.

3 | Postępowanie dowodowe według francuskiej procedury cywilnej w praktyce orzeczniczej

Największy odsetek orzeczeń sądowych, które były zaskarżane do Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego z powodu naruszenie przepisów procesowych stanowiły spory o zapłatę (ok. 65 %) ^[34]. Źródłem tych roszczeń były z reguły umowy, nierzadko zawarte w formie ustnej. W rekursach do krakowskiego fakultetu prawa w tego typu sprawach pojawiały się najczęściej zarzuty wadliwego przeprowadzenia postępowania dowodowego, głównie przez naruszenie ustawowych warunków dopuszczalności środka dowodowego w postaci przysięgi. Z tego względu w opiniach Wydziału Prawa szerszy zakres znalazła ocena stosowania przez sądy przepisów procesowych zawartych w Code civil, niż samego kodeksu postępowania cywilnego. Cechą bowiem ustawodawstwa francuskiego było to, że w Code civil normy prawa materialnego występowały w powiązaniu z przepisami proceduralnymi. Najlepszym tego przykładem było właśnie prawo obligacyjne Code civil, gdzie w tytule III „o Kontraktach, albo zobowiązaniach umownych w ogólności” cały Dział VI poświęcony został przepisom o „Dowodzie zobowiązań i wypłaty”. W Code civil zawarte zostały m.in. przepisy o rodzajach przysięgi oraz o przesłankach prawnych przeprowadzenie tego środka dowodowego, ale już sama definicja przysięgi została podana w kodeksie postępowania cywilnego ^[35].

Przepisy prawa francuskiego dotyczące przysięgi jako środka dowodowego w procesie cywilnym potwierdzają, że nie tylko sama istota umowy w Code civil miała podbudowę prawa rzymskiego, ale także wzorzec rzymski posiadały przepisy o dowodach w stosunkach obligacyjnych. Code civil za prawem rzymskiego przyjmował w artykułach 1357–1369 dwa rodzaje przysięgi: deferowaną (naznaczoną) przez jedną stronę drugiej, zwaną przysięgą stanowczą – i przysięgę nakazaną jednej lub drugiej stronie przez sąd. Przysięga deferowana dopuszczalna była tylko celem ustalenia czynów osobistych strony, której była deferowana. Mogła ona być zarządzona w każdym stanie sprawy, nawet przed przytoczeniem jakichkolwiek

³⁴ Dziadzio, *Udział Wydziału*, 189.

³⁵ *Kodex postępowania*. Art. 55 kodeksu definiował przysięgę, jako: „oświadczenie się uroczyste, przy którym strona wzywa Bóstwa na świadectwo, że prawdę twierdzi”. Kodeks postępowania cywilnego określał warunki przeprowadzenie przysięgi przez sędziego pokoju odmiennie niż *Code civil*. Sędzia pokoju nie mógł zarządzić przysięgi z urzędu, ponieważ pełnił rolę rozjemcy.

innych dowodów. Mogła być referowana (odparta, odkazana) stronie przeciwnej tylko wówczas, gdy dotyczyła czynów wspólnych obu stron. Stanowczość przysięgi deferowanej i referowanej polegała na tym, że uchylenie się od niej pociągało za sobą uznanie udowodnionego faktu, przeciwnego do objętego jej rotą. Złożenie przysięgi wykluczało możliwość dowodzenia jej nieprawdziwości w procesie cywilnym; gdy bowiem jedna ze stron wywołała przysięgę, druga była zobowiązana ją albo referować, albo złożyć, albo poddać się skutkom jej nieprzyjęcia. Nie zgodzić się na propozycję złożenia przysięgi bez skutków ujemnych takiej odmowy strona przeciwna nie mogła. Przysięga mogła być nakazana jednej ze stron z urzędu przez sąd w celu rozstrzygnięcia sporu, lecz jedynie wtedy, gdy ani powództwo, ani zarzuty przeciwko niemu nie zostały całkowicie udowodnione (uzasadnione), ani zupełnie pozbawione dowodów^[36].

Mimo wyraźnej tendencji Code civil do eliminacji z prawa aspektów religijnych może nieco zastanawiać utrzymanie w procesie cywilnym przysięgi jako środka dowodowego o stanowczym charakterze. Twórcy kodeksu wprawdzie zadawali sobie pytanie, czy przykłady zepsucia społeczeństwa, których byli świadkami, pozwalały na utrzymanie starożytnej instytucji przysięgi, to jednak ta wątpliwość nie spowodowała eliminacji tego środka dowodowego z procesu. Stało się tak dlatego, że prawo francuskie wprowadziło zakaz przeprowadzania dowodu z zeznań świadków, gdy czynność prawna o wartości przewyższającej 150 franków nie została zawarta w formie pisemnej lub aktu notarialnego (Art. 1341 Cc.). Występująca w Code civil forma czynności prawnej dla celów dowodowych (*ad probationem*), wykluczająca w postępowaniu sądowym dowód z zeznań świadków, narzucała niejako konieczność utrzymania przysięgi, ponieważ w przeciwnym wypadku strona byłaby pozbawiona jakiegokolwiek możliwości dochodzenia swego roszczeń, gdyby pisemny dokument nie został sporządzony, albo zostałby zagubiony lub zniszczony.

Z powyższych względów zrozumiałym staje się więc fakt, że w postępowaniu przed krakowskimi sądami przysięga była dość często stosowanym środkiem dowodowym w sporach o zapłatę, większość bowiem tego typu roszczeń wynikała z umów – jak już wspomniano – zawieranych poważnie w formie ustnej. Przeprowadzanie dowodu z przysięgi stanowiło też przedmiot licznych skarg kierowanych do Wydziału Prawa, w których podnoszono albo błędną kwalifikację rodzaju przysięgi (stanowcza czy

³⁶ Bronisław Rotwand, „Przysięga jako dowód w procesie cywilnym” *Kwartalnik Prawa Cywilnego i Karnego*, z. 1-4 (1918): 448 i n.

z urzędu), jaka była dopuszczalna w stanie faktycznym i prawnym konkretnej sprawy, albo niezgodne z ustawą jej zarządzenie przez sąd. Rotę przysięgi deferowanej określała strona postępowania, ale – jak pouczał sądy Wydział Prawa – obowiązkiem sądu był zmiana jej treści, jeśli obejmowała ona okoliczności, które przez stronę przeciwną zostały przyznane. Wydział w tym przypadku powoływał się na ogólną zasadę postępowania cywilnego, że fakty przyznane przez stronę sąd miał uznawać za udowodnione^[37].

Częstym błędem powielanym w orzecznictwie sądowym było zarządzanie przysięgi z urzędu według roty ustalonej przez sąd w sytuacji, gdy w sprawie nie występował – jak to ujmowano w opiniach Wydziału Prawa – jakkolwiek „dowód początkowy”. Krakowskie sądy miały więc pewien problem ze stosowaniem przepisów *Code civil*, które odróżniły przysięgę stanowczą od przysięgi z urzędu. W opiniach Wydziału Prawa z końcowego okresu jego jurysdykcyjnej funkcji odzwierciedlona została sprawa, w której powódka, domagając się zapłaty określonej kwoty, deferowała przysięgę pozwanemu, który jednak ani jej nie przyjął, ani jej nie referował. Sąd jednak w takim stanie rzeczy zamiast zasądzić kwotę na rzecz powódki, nałożył na nią obowiązek złożenie przysięgi z urzędu, chociaż sąd nie dysponował w sprawie żadnym dowodem^[38].

Ale poza przypadkami błędnego stosowania przez sądy przysięgi z urzędu, gdy powództwo było w zupełności pozbawione dowodów w świetle stanu faktycznego ustalonego przez Wydział Prawa, źródłem poważnej kontrowersji między nim a sądami stała się kwestia samej interpretacji pojęcie „dowodu początkowego”, warunkującego – zdaniem Wydziału Prawa – ustawową dopuszczalność przysięgi z urzędu. Mianowicie w jednej ze spraw sądy zasądziły na rzecz powoda zwrot poniesionych kosztów od sukcesorów zmarłej osoby, dla której wykonywał on określone usługi na podstawie udzielonego mu pełnomocnictwa. Sądy uznały bowiem, że dowód w postaci pełnomocnictwa stanowił właśnie przesłankę dopuszczalności przysięgi z urzędu („żądanie nie było pozbawione zupełnie dowodów”), i po jej wykonaniu przez powoda uwzględniły powództwo. Natomiast Wydział Prawa w wydanej w tej sprawie opinii przyjął, że takim „początkowym dowodem”,

³⁷ Dziadzio, Mataniak, *Protokoły posiedzeń*, 27–29. Posiedzenie z dnia 4 czerwca 1817 r. Archiwum UJ, sygn. WP I 57, Wydział Prawa UJ. Zasadę tę przypomniał sądom Wydział Prawa w pierwszej opinii wydanej na podstawie art. xv konstytucji, zob. także posiedzenie z dnia 19 listopada 1821 r. oraz z dnia 23 październik 1822 r.

³⁸ Dziadzio, Mataniak, *Protokoły posiedzeń*, 640. Posiedzenie z dnia 12 września 1833 r. Archiwum UJ, sygn. WP I 57, Wydział Prawa UJ. Por także, posiedzenie z dnia 6 lutego 1828 r., 17 lipca 1829 r., 15 czerwca 1832 r.

uzasadniającym dopuszczalność złożenia przez powoda przysięgi z urzędu, mogło być tylko przedłożenie przez powoda kwitów dokumentujących koszty czynności wynikających z pełnomocnictwa^[39]. Wydział Prawa stwierdził zatem, że istniały podstawy do uwzględnienia odwołania. Jednak Sąd Ostatniej (III) instancji potwierdził zgodność z prawem zaskarżonych wyroków^[40]. Które stanowisko prawne należy zatem uznać za prawidłowe?

Opinia Profesorów i Doktorów Prawa nie wydaje się poprawna z tego względu, że jednakowo zostały potraktowane przesłanki dopuszczalności przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków i dowodu z przysięgi zarządzonej z urzędu. Według Code civil dowód ze świadków mógł być dopuszczony w odniesieniu do ustnych umów przewyższających wartość 150 franków, gdy strona przedstawiła „początek dowodu na piśmie” (art. 1347 Cc.); podobnie dowód przysięgi z urzędu mógł zostać przeprowadzony, jeśli żądanie „nie było zupełnie pozbawione dowodów” (art. 1367 Cc.). Wydział Prawa utożsamiał prawne znaczenie tych dwóch pojęć, przyjmując, że sąd mógł dopuścić z urzędu przysięgę w przypadku, gdy strona przedstawiła „początek dowodu” (w rozumieniu art. 1347 C.c.), a nie jakkolwiek, choćby poszlakowy dowód, uzasadniający żądanie. Natomiast sądy słusznie przyjęły, że te dwie przesłanki zakazu dowodowego ze sobą się nie pokrywały, ponieważ zakaz dowodu przysięgi z urzędu wchodził w grę, gdy żądanie lub zarzut nie zostało poparte żadnym (!) dowodem.

³⁹ Dziadzio, Mataniak, *Protokoły posiedzeń*, 162–165. Posiedzenie z dnia 27 grudnia 1824 r. Archiwum UJ, sygn. WP I 57, Wydział Prawa UJ. Pełnomocnikiem pozwanym, którzy wnieśli odwołanie był prof. Adam Krzyżanowski. W wydanej opinii Wydział Prawa stwierdził m.in.: „Co do kosztów do dnia 24 czerwca 1819 r. w sumie 796 złp 27 gr., a od tego do dnia 9 sierpnia tegoż roku w kwocie 41 złp 12 gr. pretendowanych. Zważywszy, że Szybalski co do tej kategorii o tyle tylko do przysięgi z urzędu dopuszczonym być by mógł, o ile ślad łożenia tychże kosztów z pokładanych kwitów okazuje się. Zważywszy, że takowe koszta przez Szybalskiego nie są kwitami szczegółowymi poparte, a tak pretensja ta w ogóle zaprzysięganą być nie może, inaczej od woli przysięgającego zależałoby podobne koszta do upodobanej kwoty likwidować. Sądy jednak bez żadnego dowodu początkowego co do każdego szczegółu Szybalskiego w całości do przysięgi z urzędu dopuściły. A tak obrazę art. 1315 i 1347 KC popełniły”.

⁴⁰ ANKI, WM 251, Wyrok Trybunału I instancji 6 kwietnia 1824 r., Wyroki Sądu Apelacyjnego z 15 września 1824 r. i 23 listopada 1824 r. Sąd III instancji wyrokiem z 14 kwietnia 1825 r. (WM 187) utrzymał w mocy wyroki sądowe niższych instancji stwierdzając, że sądy „dały miejsce przysiędze z urzędu” na „zasadzie początkowych dokumentów”, jakie – zdaniem sądów – stanowiły „kontrakty plenipotencji” dane przez śp. Jaklińskiego Szybalskiemu i „w tej mierze obrazę przepisów i postępowania sądowego się nie dopuściły”.

W powyższej analizowanej sprawie sądy uznały za dowód w rozumieniu przepisu *Code civil* o przysiędze z urzędu treść pełnomocnictwo, na którym powód opierał swe żądanie.

Na korzyść krakowskich sądów należy także zapisać to, że przy orzekaniu w sprawach cywilnych starały się kierować zasadą swobodnej oceny dowodów, która została wyrażona w artykule 1353 *Code civil*. Pozostałość formalnej teorii dowodowej w procedurze francuskiej widoczna była m.in. w przytoczonych powyżej przepisach o przysiędze i zakazie obalania treści dokumentu zeznaniami świadków. Jednak na grunt postępowania cywilnego była mimo wszystko przenoszona z austriackiej procedury karnej z 1803 r. legalna teoria dowodowa, która – jak wspomniano powyżej – posiadała akceptację krakowskiego środowiska prawniczego. Od tego przywiązania do legalnej teorii dowodowej nie byli wolni Profesorowie i Doktorzy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Dowodzi tego jedna ze spraw, która dotyczyła roszczenia o wypłatę określonej sumy pieniężnej przez spadkobierców profesora i rektora Uniwersytetu Jagiellońskiego Walentego Litwińskiego, z którym wystąpiła kobieta opiekująca się chorą psychicznie żoną zmarłego profesora. Za podstawę swego powództwa przedstawiła własnoręcznie napisany przez Litwińskiego list, w którym przyrzekł zapłatę określonej kwoty za świadczoną przez powódkę usługę. Sądy obu instancji zasądziły na rzecz powódki kwotę 600 złp., uznając przedstawiony dowód za wystarczający do wydania korzystnego dla powódki rozstrzygnięcia^[41]. W skutek odwołania złożonego przez pozwanych Wydział Prawa w sporządzonej opinii uznał jednak naruszenie prawa procesowego na tej podstawie, że przedłożony list – jego zdaniem – stanowił zaledwie „połowę dowodu”, wobec czego sądy powinny zarządzić albo przysięgę z urzędu, albo przesłuchać świadków^[42]. Podobnie jak w wyżej poruszonej sprawie

⁴¹ ANKR, WM 190, Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 2 czerwca 1824 r.. Pełnomocnikiem strony pozwanej był prof. Adam Krzyżanowski. Niestety nie udało się odszukać wyroku Sądu Ostatej (III) instancji w tej sprawie.

⁴² Dziadzio, Mataniak, *Protokoły posiedzeń*, 149–150. Posiedzenie z dnia 17 lipca 1824 r. Archiwum UJ, sygn. WP I 57, Wydział Prawa UJ. Wydział Prawa w krótkiej opinii w jej konkluzji stwierdził „Zważając, iż listy przez M. Padlewską pokładane nie są zupełnym dowodem, ale pół dowodem, sądy jednak przy tak niezupełnym z tychże listów dowodzie, przy zaprzeczeniu sukcesorów Litwińskiego, bez względu, iż sama Marianna Padlewska dla nieudowodnionego w zupełności żądania swej pretensji, do świadków i przysięgi odwoływała się, stanowczo orzekły, wprost sumę 600 złp Padlewskiej przyznając. A tak, gdy widocznie obraziły art. 1347 i 1367 KC, przeto Wydział Profesorów i Doktorów Prawa stanowi, iż odwołanie się w tej sprawie do Sądu III Instancji ma miejsce”.

Wydział Prawa potraktował przedłożony przez powódkę list wyłącznie za „początek dowodu na piśmie”, który wymagał przeprowadzenia uzupełniającego dowodu.

Za niewątpliwie pozytywną stronę kontroli Wydziału Prawa nad orzecnictwem sądów krakowskich w odniesieniu do stosowania w postępowaniu sądowym przysięgi deferowanej, (stanowczej) było to, że konsekwentnie pouczał je o tym, że przysięga jest środkiem dowodowym nadzwyczajnym, mającym subsydiarne zastosowanie. Innymi słowy, sądy nie mogły sięgać po przysięgę stanowczą, jako środka dowodowego, jeśli dysponowały w sprawie innym dowodem, np. przedstawionym przez pozwanego pismem, w którym powód zrzekał się świadczenia, a teraz domagał się go w pozwie. Sąd w takim wypadku miał orzec w oparciu o przedstawiony dokument, a nie przysięgę deferowaną^[43]. Wydział Prawa ograniczył także możliwość stosowania przez sądy dowodu z przysięgi stanowczej, chociaż Code civil zawierał ogólną deklarację, że „w jakimkolwiek bądź sporze przysięga stanowcza wyznaczona być może” (art. 1358 Cc.) Istniała bowiem kategoria roszczeń cywilnoprawnych, które nie mogły być dowodzone za pomocą przysięgi stanowczej. Do takiej kategorii spraw zaliczył Wydział Prawa powództwo o ustalenie prawa rzeczowego, powołując się przy tym na staropolską tradycję prawną i postępowanie dowodowe przewidziane przez przepisy *Processus variarum recognitionum et inscriptionum in iudicio terrestri. Formulae inscriptionum perpetuarum* z 1523 r.^[44] W jednej ze spraw Wydział Prawa uznał zgodność z prawem odmowy wpisania hipotek na rzecz m.in. szpitali, kolegiat, a także Uniwersytetu Jagiellońskiego, obciążających

⁴³ Dziadzio, Mataniak, *Protokoły posiedzeń*, 236. Posiedzenie z dnia 3 czerwca 1826 r. Archiwum UJ, sygn. WP I 57, Wydział Prawa UJ. Wydział w opinii stwierdził: „Zważywszy dalej, iż dowód przez przysięgę jest nadzwyczajny, a przeto tam tylko ma miejsce, gdzie nie ma zwyczajnych, przeto sądy obydwóch instancji dając miejsce przysiędze przez Drobnera wykonać się mającej, bez względu na zakwitowanie przez niego pokładane, ile że od lat 8 powód o zapłatę pretendowanej sumy nie upomniął się, obraziły art. 1322 kc”. Zob. także posiedzenie z dnia 4 września 1826 r., z dnia 8 marca 1828 r., 324. W tej ostatniej sprawie Wydział Prawa napisał w opinii: „Zważywszy, iż sądy a quibus dając miejsce przysiędze na udowodnienie rzetelności długu w ilości 2150 złp, od Zrelskich przez Langrocka pretendowanej, dług zaś ten udowadnia Langrock aktem urzędowym notarialnym, który według art. 1319 kc na zupełną zasługuje wiarę, gdy nie jest o fałsz zaskarżony, obraziły wspomniany art. 1319 kc, dopuszczając zbytecznie przysięgę”.

⁴⁴ Zob. *Volumina Constitutionum*, t. I, 1493–1549, vol. 1, 1493–1526, do druku przygotowali Stanisław Grodziski, Irena Dwornicka, Waclaw Uruszczak (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1996), 401; *Volumina legum*, t. I, 208.

nieruchomości pozwanej strony. Zdaniem Wydziału, odwołujący się reprezentant rządu krajowego nie wykazał zgodnego z dawnym prawem przeniesienia obciążeń hipotecznych na dziedziczne dobra pozwanej strony w drodze dowodu oblaty spornych sum w księgach sądowych. Pełnomocnik rządu, opierając się na przepisie Kodeksu Napoleona, że w każdej sprawie może być dopuszczony dowód z przysięgi deferowanej, domagał się złożenia jej przez stronę pozwaną na potwierdzenie posiadania dokumentu objęcia dziedzicznych dóbr wraz z obciążeniami hipotecznymi (na mocy tzw. wyroku zjazdowego). Wydział oddalając odwołanie stwierdził w sporządzonej w opinii, że „prawo bowiem rzeczowe nie przysięgą stanowczą, ale instrumentem tabularnym przez konstytucje wyżej powołane [tj. z 1523 i 1543 r. – przyp. AD] wskazanym i udowodnionym być winno”^[45].

4 | Zakończenie

Jednym z istotnych źródeł do poznania praktyki stosowania przez sądy Wolnego Miasta Krakowa francuskiej procedury cywilnej są opinie Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego wydawane na podstawie artykułu xv konstytucji w latach (1817–1833). Analiza opinii pozwala na ogólną uwagę, że duża grupa skarg wnoszonych przez strony na naruszenie przepisów procesowych dotyczyła regulacji Code civil z zakresu postępowania dowodowego. W szczególności najczęstszą ich podstawą było niezgodne z przepisami dopuszczenie przez sądy środka dowodowego w postaci przysięgi stanowczej i przysięgi z urzędu.

Przysięga miała bowiem szerokie zastosowanie w sporach cywilnych rozstrzyganych przez krakowskie sądy dlatego, że większość spraw sądowych dotyczyła roszczeń o zapłatę, w których – z uwagi na ustawowe ograniczenia możliwości przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków – przysięga stanowiło jedyny środek dochodzenia roszczenia przez stronę. Opinie Wydziału Prawa poświadczają, że zasadą ogólną postępowania cywilnego, której naruszenia dopuszczali się sądy najczęściej w orzekanych sprawach było pomijanie ustawowego nakazu, że ciężar

⁴⁵ Dziadzio, Mataniak, *Protokoły posiedzeń*, 327–329. Posiedzenie Wydziału Prawa z dnia 22 marca 1828 r Archiwum UJ, sygn. WP I 57, Wydział Prawa UJ.

dostarczenia dowodu spoczywa na powodzie, a nie pozwanym. Natomiast sądy poprawnie ustalały swą właściwość rzeczową w rozpoznawanych sprawach, mimo nieraz odmiennego stanowiska Profesorów i Doktorów Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Bibliografia

- Dziadzio Andrzej, „Udział Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego w stosowaniu Code civil w Wolnym Mieście Krakowie (1815–1833)”, [w:] *Miasto i państwo na przestrzeni dziejów. Studium historyczno-prawne. Księga Jubileuszowa z okazji czterdziestopięciolecia pracy naukowej oraz 70. urodzin Profesora Tadeusza Maciejewskiego*, red. Michał Gałędek. 185–200. Warszawa: C.H. Beck, 2020.
- Dziadzio Andrzej, „Opinie profesorów i doktorów Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego jako źródło do badań nad stosowaniem Kodeksu Napoleona w Wolnym Mieście Krakowie” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, z. 3 (2020): 303–319.
- Dziadzio Andrzej, Mateusz Mataniak, *Protokoły posiedzeń Wydziału Profesorów i Doktorów Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego (1817–1833). Opinie o stosowaniu Kodeksu Napoleona przez sądy Wolnego Miasta Krakowa*. Kraków: Księgarnia Akademicka, 2022.
- Gałędek Michał, Anna Klimaszewska, Piotr Z. Pomianowski, „Prace Komitetu Cywilnego Reformy na przygotowaniu kodyfikacji prawa cywilnego i procedury cywilnej w przededniu utworzenia Królestwa Polskiego (1814–1815) – edycja źródłowa, cz. I” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, z. 2 (2019): 239–275.
- Gałędek Michał, Anna Klimaszewska, Piotr Z. Pomianowski, „Prace Komitetu Cywilnego Reformy na przygotowaniu kodyfikacji prawa cywilnego i procedury cywilnej w przededniu utworzenia Królestwa Polskiego (1814–1815) – edycja źródłowa, cz. II” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, z. 3 (2019): 387–419.
- Gałędek Michał, Anna Klimaszewska, Piotr Z. Pomianowski, „Projekty zmiany procedury cywilnej w pracach Komitetu Cywilnego Reformy (1814–1815). Edycja źródłowa – część I (postępowanie zasadnicze)” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, z. 1 (2021): 83–111.
- Gałędek Michał, Anna Klimaszewska, Piotr Z. Pomianowski, „Projekty zmiany procedury cywilnej w pracach Komitetu Cywilnego Reformy (1814–1815). Edycja źródłowa – część II (postępowanie egzekucyjne)” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, z. 4 (2021): 569–589.

- Mataniak Mateusz, „Spory pomiędzy mieszkańcami Krakowa o służebności gruntowe miejskie (mur środkowy i prawo widoku). W świetle orzecznictwa sądów Wolnego Miasta Krakowa (1815–1846)” *Krakowski Rocznik Archiwalny*, xvii (2021): 11–65.
- Michalik Piotr, „Stosowanie przepisów prawa spadkowego Code civil przez sądy Wolnego Miasta Krakowa – sprawa Sawiczewskich” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, z. 3 (2021): 307–330.
- Michalik Piotr, „Wstrząsające wspomnienie uzurpacji Bonapartego?” – uchwalenie zasad prawa spadkowego do kodeksu cywilnego Wolnego Miasta Krakowa” *Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego*, xxv (2022): 18–30.
- Pauli Lesław, „Prawa obce w Rzeczypospolitej Krakowskiej” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze*, z. 97 (1982): 145–157.
- Rotwand Bronisław, „Przysięga jako dowód w procesie cywilnym” *Kwartalnik Prawa Cywilnego i Karnego*, z. 1–4 (1918): 448–463.
- Uruszczak Waclaw, „Prawo francuskie w Rzeczypospolitej Krakowskiej (1815–1846)”, [w:] *Szkice z dziejów ustroju prawa*, red. Marcin Kwiecień, Marian Małecki. 91–99. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1997.



DANUTA JANICKA

Pierwsza nowoczesna kodyfikacja postępowania karnego w Polsce (1928) Geneza, autorzy, zasady i ich pochodzenie

The First Modern Codification of Criminal Procedure in Poland (1928). Genesis, Authors, Principles, and Their Origin

The author presents selected issues related to the regulations of the first modern code of criminal procedure in Poland, issued in 1928 and essentially based on the French procedure model. The author lists the creators of the code as prominent Polish scholars, judges, and barristers. She devotes the main analysis to the procedural principles applicable to the new Polish trial. She considers in detail, among other things, the principle of arraignment, legality, oral and open trial, directness, free consideration of evidence, and lay participation in court proceedings. The author explains which procedural principles referred directly to the French model and which were based on regulations from other European countries.

DANUTA JANICKA profesor nauk prawnych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika
ORCID – 0000-0002-2873-8088 / e-mail: janicka@umk.pl

SŁOWA KLUCZOWE: historia prawa
karnego, kodeks postępowania
karnego, doktryna prawa, mieszany
model procesu karnego

KEYWORDS: criminal law history,
criminal procedure code, legal
doctrine, mixed model of criminal
proceedings

Pamięci Profesor Małgorzaty Materniak-Pawłowskiej,
Znaczący ustroju Polski i polskiego wymiaru sprawiedliwości.

Non omnis moriar

1 | Wprowadzenie

W dorobku kodyfikacyjnym odrodzonej po I wojnie światowej Rzeczypospolitej znalazły się dwa najważniejsze kodeksy z zakresu prawa karnego: kodeks postępowania karnego i kodeks karny. O ile ten ostatni jest dobrze opracowany we współczesnej literaturze przedmiotu^[1], o tyle kodeks proceduralny pozostaje w cieniu swego młodszego brata – dzieła Juliusza Makarewicza i jego współpracowników. Współcześni autorzy, w tym procesualiści, karniści czy historycy prawa, sięgają więc nadal do dawnej literatury przedmiotu, zwłaszcza międzywojennej, gdyż poza nią dysponują właściwie tylko kilkoma większymi opracowaniami szczegółowymi. Mowa tu przede wszystkim o liczącej już prawie sześćdziesiąt lat książce Wiesława Daszkiewicza i Krystyny Paluszyńskiej-Daszkiewicz^[2] oraz wydanej przed kilkunastu laty monografii Józefa Koredczuka^[3]. Liczba artykułów poświęconych pierwszej nowoczesnej polskiej kodyfikacji procesowej również nie jest imponująca^[4].

¹ Por. przykładowo: *Kodeks karny z 1932 roku*, red. Alicja Grześkowiak (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2015); *Prawo karne w poglądach Profesora Juliusza Makarewicza*, red. Alicja Grześkowiak (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2005); Elżbieta Darmorost-Sierocińska. „Kodyfikacja prawa karnego w 1932 r. a kształtowanie się polskiej myśli prawniczej” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 1 (2010): 345–369; Adam Lityński. „Dwa kodeksy karne 1932 – W osiemdziesiątą rocznicę” *Roczniki Administracji i Prawa*, 12 (2012): 207–218.

² Wiesław Daszkiewicz, Krystyna Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny i materialne prawo karne w Polsce w latach 1918–1939* (Toruń: Wydawnictwo UMK, 1965).

³ Józef Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego na kształt polskiego prawa karnego procesowego w okresie międzywojennym (Les classiques modernes)* (Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2007).

⁴ Por. wybrane teksty poświęcone polskiemu k.p.k. z 1928 r., zawarte w bibliografii, przede wszystkim artykuły Józefa Koredczuka, Andrzeja Paska, Stanisława Waltosia.

Już z tego względu celowe wydaje się rozwinięcie, w ramach niniejszego syntetycznego artykułu, kolejnych wątków połowicznie dotąd prezentowanych w piśmiennictwie: okoliczności powstania pierwszego polskiego kodeksu postępowania karnego (dalej: k.p.k.), a zwłaszcza postaci najbardziej zaangażowanych kodyfikatorów. Intencją autorki jest też próba wskazania, które z fundamentalnych zasad kodeksu nawiązywały bezpośrednio, a które tylko pośrednio do francuskiego modelu procesowego, a także, czy i które od niego odbiegały. Przedmiotem analizy nie jest natomiast sam przebieg postępowania karnego^[5].

2 | Procedury pozaborowe i ich stosunek do wzorów francuskich

Odrodzona Polska odziedziczyła cztery systemy prawne w dziedzinie prawa karnego procesowego: niemiecki, rosyjski, austriacki i węgierski, przy czym ten ostatni funkcjonował tylko przejściowo na niewielkim terytorium. Przez całą pierwszą dekadę po odzyskaniu niepodległości obowiązywały zatem następujące ustawy państw zaborczych: rosyjska z 20 listopada 1864 r. (z późniejszymi nowelami)^[6], austriacka z 23 maja 1873 r. (także nowelizowana)^[7], niemiecka ustawa postępowania karnego z 2 lutego 1877 r. (z późniejszymi zmianami)^[8] oraz węgierska z 4 grudnia 1896 r. Tę ostatnią, pozostawioną początkowo na Spiszu i Orawie, zastąpiono w 1922 r. procedurą austriacką^[9].

⁵ Niniejszy artykuł jest skróconą i częściowo zmienioną wersją rozdziału ogłoszonego po niemiecku w pracy zbiorowej: *Laboratorium für internationale gesetzgeberische Arbeit. Die Geburt der polnischen Rechtsordnung der Zwischenkriegszeit im europäischen Kontext*, red. Martin Löhnig, Anna Moszyńska (Wien-Köln-Weimar: Böhlau Verlag, 2021), 301–324.

⁶ *Ustawy sądowe obowiązujące w guberniach Królestwa Polskiego na mocy najwyższej zatwierdzonego 19 lutego 1875 roku postanowienia o zastosowaniu ustaw sądowych z 20 listopada 1864 roku do Warszawskiego okręgu sądowego. T. 2, Ustawa postępowania sądowego karnego i ustawa o karach, wymierzanych przez sędziów pokoju* (S.-Petersburg: Księgarnia Maurycego Bolesława Wolffa, 1875).

⁷ RGBL. 1873, nr 119.

⁸ RGBL. 1877, nr 8, 253.

⁹ *Strafprozess-Ordnung für das Königreich Ungarn: sanktioniert am 4. Dezember 1896* (Berlin: Guttentag, 1899) (*Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher*

Wszystkie odziedziczone po zaborcach ustawy procesowe opierały się w mniejszym lub większym stopniu na wzorze francuskiej Code d’Instruction Criminelle z 1808 r., a więc nadawały procedurze karnej charakter procesu mieszanego (fr. *systeme mixte*), znanego w Europie także pod mianem procesu zreformowanego. Jak wiadomo, proces mieszany dzielił się na dwie fazy: postępowanie wstępne, oparte na zasadach tajności, pisemności i bez szczególnych gwarancji obrony oraz postępowanie główne, jawne, ustne, toczące się na rozprawie sądowej, kierowanej przez przewodniczącego wyposażonego w silne uprawnienia. Nie wolno zapominać, że charakterystyczną cechą francuskiego wymiaru sprawiedliwości był ponadto udział sędziów przysięgłych w sprawach o najcięższe przestępstwa – zbrodnie^[10].

Wszystkie wymienione wyżej wzory – oryginalny francuski, rosyjski, austriacki, niemiecki, a nawet węgierski – były bardzo dobrze znane polskim prawnikom działającym pod zaborami, zarówno teoretykom, jak i praktykom. Głośny był również Code d’Instruction Criminelle z 1808 r. Wprawdzie nigdy nie wszedł on w życie na ziemiach polskich, ale został na początku XIX w. przetłumaczony na język polski w ramach prac zmierzających do recepcji prawa francuskiego w Księstwie Warszawskim, prowadzonych przez znanego ówczesnego ministra sprawiedliwości Feliksa Łubieńskiego^[11].

Prawnicy polscy działający pod zaborami na początku XX w. najlepiej znali chyba procedurę austriacką. Została ona dobrze zbadana i opisana przez najwybitniejszych uczonych, z profesorami Edmundem Krzymuskim z Uniwersytetu Jagiellońskiego i Juliuszem Makarewiczem z Uniwersytetu Lwowskiego na czele. Obaj uczeni poświęcili jej swoje

in deutscher Übersetzung 13). Por. Daszkiewicz, Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny*, 28.

¹⁰ Por. Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte* (Berlin-Heidelberg: Springer, 2009), 89 i nast. O wyjątkowej przydatności napoleońskiej procedury karnej świadczy nie tylko jej recepcja w Europie kontynentalnej XIX w., ale również fakt obowiązywania we Francji przez niemal 150 lat – od 1811 do 1959 r., kiedy to zastąpił ją nowy Code de Procédure Pénale.

¹¹ *Kodex postępowania sądowego kryminalnego Przetłumaczony z Francuskiego, z zlecenia Ministra Sprawiedliwości, przez Filipa Jasińskiego, Podprokuratora Król. przy Tryb. I-wszej Inst. D.W. w Warszawie Roku 1810* (Warszawa: Drukarnia Xsieży Piarów, 1810). <https://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/79390/edition/78155/content>. [dostęp: 9.06.2023]. Por. Stanisław Waltoś, „Napoleoński model procesu karnego a współczesny proces karny w Polsce” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 2 (2005): 151.

podręczniki^[12]. W odrodzonej Polsce powstały opracowania przedstawiające procedurę niemiecką^[13]. Z kolei prof. Krzymuski wydał w tym czasie podręcznik zawierający zestawienie przepisów austriackich z pozostałymi regulacjami obowiązującymi na ziemiach polskich^[14].

Wiedza i umiejętności prawników, naszych rodaków, a zwłaszcza ich znajomość rozmaitych europejskich systemów sądownictwa karnego i procesu karnego, pozwoliły im ostatecznie na konstruktywny udział w pracach Komisji Kodyfikacyjnej RP i opracowanie pierwszego w Polsce nowoczesnego kodeksu postępowania karnego^[15].

3 | Przebieg prac kodyfikacyjnych i postaci kodyfikatorów

Na inauguracyjnym posiedzeniu Komisji Kodyfikacyjnej jej prezydent Franciszek Ksawery Fierich^[16] poświęcił w swym przemówieniu programowym zaledwie kilka uwag procesowi karnemu. Mówca podkreślił potrzebę zapewnienia w sądownictwie karnym szerszego udziału tzw. „czynnika

¹² Edmund Krzymuski, *Wykład procesu karnego austriackiego* (Kraków: Księgarnia Spółki Wydawniczej Polskiej, 1891; wyd. 2: Kraków: Księgarnia Leona Frommera, 1910); Juliusz Makarewicz, *Zarys postępowania karnego austriackiego* (Kraków: Księgarnia Leona Frommera, 1909). Por. opracowania prof. Stebelskiego, poprzednika Makarewicza na lwowskiej Katedrze: Piotr Stebelski, *Studia nad procesem karnym* (Lwów: Drukarnia i Litografia Pillera i Spółki, 1891); idem, *Komentarz do austriackiego postępowania karnego* (Lwów: Gubrynowicz i Schmidt, 1901). Zob. też monografię ucznia Makarewicza: Julian Nowotny, *Zasada legalności i oportunistu w procesie karnym* (Kraków: Drukarnia i Stereotypia A. Koziańskiego, 1909).

¹³ *Postępowanie karne obowiązujące na Ziemiach Zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej – zbiór ustaw i rozporządzeń, dotyczących ustroju sądownictwa i procesu karnego z orzecnictwem Sądu Najwyższego*, oprac. Juliusz Kałużniacki, Ryszard A. Leżański (Warszawa–Poznań: Księgarnia św. Wojciecha, 1924).

¹⁴ Edmund Krzymuski, *Wykład procesu karnego ze stanowiska nauki i prawa obowiązującego w b. dzielnicy austriackiej oraz z uwzględnieniem ważniejszych różnic na innych ziemiach Polski* (Kraków: Krakowska Spółka Wydawnicza, 1922).

¹⁵ Daszkiewicz, Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny*, 30; Waltoś, „Napoleoński model”, 156.

¹⁶ Por. biogram F.K. Fiericha: Przemysław M. Żukowski, *Profesorowie Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, t. II, 1780–2012, red. Dorota Malec (Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2014), 103–105.

ludowego”, konieczność odciążenia sądów poprzez powierzenie dochodzenia lub śledztwa władzom policyjnym oraz celowość rozszerzenia w postępowaniu wstępnym prawa do obrony obwinionego^[17]. Ogólnie rzecz biorąc, wskazówki prof. Fiericha szły w kierunku demokratyzacji i liberalizacji postępowania karnego.

Już na pierwszym posiedzeniu Wydziału Karnego Komisji Kodyfikacyjnej w listopadzie 1919 r. przedyskutowano kwestię utworzenia w ramach tego Wydziału – Sekcji postępowania karnego. Niezwłocznie rozdzielono pierwsze zadania: Walenty Piotr Miklaszewski^[18], honorowy profesor Uniwersytetu Warszawskiego i zasłużony penitencjarysta, podjął się opracowania głównych zasad procesu karnego, a ceniony adwokat Henryk Ettinger^[19], także z Warszawy – przygotowania opracowania uzupełniającego. Od początku rozważano fundamentalną kwestię, które spośród dotychczasowych obcych regulacji zawierają najlepsze w polskich warunkach rozwiązania^[20].

Sekcja postępowania karnego powstała ostatecznie w połowie 1920 r. pod przewodnictwem prof. Krzymuskiego. Po kilku miesiącach jej pracy uznano, że lepszym rozwiązaniem organizacyjnym będzie powołanie węższej podkomisji, która zajmie się opracowaniem projektu kodeksu. Powstała ona w 1921 r. w trzyosobowym składzie: Edmund Krzymuski, Aleksander Mogilnicki oraz Zygmunt Rymowicz. Edmund Krzymuski był w tym czasie nestorem polskich uczonych, profesorem i kierownikiem Katedry Prawa i Postępowania Karnego u^[21]. Aleksander Mogilnicki wykładał jako profesor na Wolnej Wszechnicy Polskiej w Warszawie oraz jako docent na Uniwersytecie Warszawskim, będąc zarazem sędzią; kilka lat później został prezesem Sądu Najwyższego^[22]. Zygmunt Rymowicz piastował natomiast

¹⁷ Franciszek Ksawery Fierich. „Rzut oka na najważniejsze zadania prac kodyfikacyjnych” *Kwartalnik Prawa Cywilnego i Karnego*, nr 2 (1919): 472.

¹⁸ Danuta Janicka, *Polska myśl prawnokarna XIX-XX wieku: autorzy i ich dzieła. Od szkoły klasycznej do socjologicznej* (Toruń: Wydawnictwo Naukowe UMK, 2017), 74–75 (biogram W.P. Miklaszewskiego wraz z jego ważniejszymi publikacjami i bibliografia prac poświęconych uczoneму).

¹⁹ *Słownik biograficzny adwokatów polskich*. t. II, A-G, red. Roman Łyczywek et al. (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1988), 171–172.

²⁰ Józef Koredczuk. „Założenia i koncepcja kodyfikacji prawa karnego procesowego w II Rzeczypospolitej”. *Prawo i Więź* nr 4 (2022): 689. Por. Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 75–76.

²¹ Janicka, *Polska myśl*, 126–128 (biogram E. Krzymuskiego wraz z wykazem jego ważniejszych publikacji i bibliografia prac poświęconych uczoneму).

²² Janicka, *Polska myśl*, 192–194 (biogram A. Mogilnickiego wraz z wykazem jego ważniejszych publikacji i bibliografia poświęconych mu prac).

stanowisko wiceministra sprawiedliwości i sędziego Sądu Najwyższego^[23]. Do prac podkomisji włączył się dodatkowo prof. Emil Stanisław Rappaport, docent Uniwersytetu we Lwowie i sędzia Sądu Najwyższego^[24].

Podkomisja oparła swoje działania na kwestionariuszu opracowanym przez wspomnianego prof. Miklaszewskiego i rozpoczęła intensywną pracę, a jej rezultat przedstawiła w październiku 1923 r. W 1924 r. gotowy był artykułowany projekt kodeksu postępowania karnego, który rozesłano do zaopiniowania wszystkim członkom Komisji Kodyfikacyjnej, instytucjom prawnym oraz specjalistom przedmiotu. Tekst ten nie zawierał uzasadnienia, które zostało ogłoszone osobno przez prof. Mogilnickiego^[25]. Upubliczniony projekt wywołał szeroką dyskusję, która toczyła się głównie na łamach czasopism prawniczych^[26]. Dotyczyła ona m.in. funkcjonowania sądów przysięgłych, skrócenia nadmiernie rozbudowanej w projekcie procedury, roli oskarżyciela posiłkowego oraz środków odwoławczych^[27].

W latach 1925–1926 Sekcja postępowania karnego dokonała przeróbki pierwszego projektu k.p.k. Drugą jego wersję przyjęto na początku 1926 r. na specjalnym posiedzeniu Sekcji z udziałem dwóch dokooptowanych członków oraz delegatów Ministra Sprawiedliwości. Warto przypomnieć, że w tym czasie skład i profil Sekcji uległy istotnej zmianie, a to z powodu śmierci prof. Miklaszewskiego oraz faktycznego wycofania się z prac sędziwego prof. Krzymuskiego^[28]. Wiosną 1926 r. zatwierdzony przez Komisję Kodyfikacyjną projekt został przedłożony Ministrowi Sprawiedliwości. Ten powołał ostatni zespół w trzyosobowym składzie profesorskim: A. Mogilnicki, W. Makowski, S. Śliwiński. Prof. Waław Makowski był

²³ Słownik biograficzny adwokatów polskich, t. II, z. 3–4, M–Ż, red. Leszek Kania, Adam Redzik (Warszawa: Naczelna Rada Adwokacka, 2007), 450–451.

²⁴ Janicka, *Polska myśl*, 212–214 (biogram E.S. Rappaporta, wykaz jego ważniejszych publikacji i bibliografia poświęconych mu prac).

²⁵ Aleksander Mogilnicki. „Projekt ustawy postępowania karnego” *Gazeta Administracji i Policji Państwowej*, nr 18–21(1924): 354, 379, 398, 417–418 (bardzo zwięzłe i jasne uzasadnienie). Por. Aleksander Mogilnicki, Emil Stanisław Rappaport, *Ustawy karne Rzeczypospolitej Polskiej*, t. I, *Kodeks postępowania karnego*, cz. 2, *Motywy ustawodawcze* (Warszawa: F. Hoesick, 1929).

²⁶ Daszkiewicz, Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny*, 30–31; Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 87–88. Najwięcej głosów z dyskusji publikowały: „Gazeta Administracji i Policji Państwowej”, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, „Palestra”, „Gazeta Sądowa Warszawska”.

²⁷ Daszkiewicz, Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny*, 31–32; Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 89.

²⁸ Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 94–95.

w tym czasie wykładowcą prawa karnego na Uniwersytecie Warszawskim i zarazem doświadczonym ministrem sprawiedliwości^[29]. Prof. Stanisław Śliwiński wykładał natomiast procedurę karną na uw i piastował stanowisko sędziego Sądu Najwyższego. Zespół ten prowadził prace jeszcze przez rok z udziałem delegata Ministra prokuratora S. Kuczyńskiego. Po ponownym przedłożeniu projektu Ministrowi i ostatecznych zmianach kodeks został wydany w 1928 r. w formie Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej^[30]. Równocześnie ukazały się przepisy wprowadzające oraz rozporządzenie o postępowaniu doraźnym^[31]. Istotnym źródłem prawa karnego procesowego było również rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej zawierające prawo o ustroju sądów powszechnych, wydane także w 1928 r.^[32] Wszystkie wymienione akty prawne weszły w życie z dniem 1 stycznia 1929 r.

4 | Struktura i charakter kodeksu postępowania karnego

Ogłoszony w 1928 r. k.p.k. składał się z 652 artykułów ujętych w 11 księgach. Rozpoczynała go część wstępna, zatytułowana „Przepisy ogólne” (art. 1–10), zawierająca podstawowe pryncypia obowiązujące w procesie przed sądami powszechnymi. Z góry należy wskazać, że wyrażono tu m.in. zasady skargowości, prawdy materialnej i swobodnej oceny dowodów.

Głównym autorem wspomnianych ogólnych zasad procesowych był prof. Krzymuski, który opracował również dwie pierwsze księgi kodeksu:

²⁹ Janicka, *Polska myśl*, 137–139 (biogram W. Makowskiego wraz z wykazem jego ważniejszych publikacji i bibliografia prac poświęconych uczoneму).

³⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1928 r. nr 33, poz. 313 (dalej: k.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r.).

³¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. – Przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1928 r. nr 33, poz. 314 (dalej: Przepisy wprowadzające); Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. o postępowaniu doraźnym, Dz.U. z 1928 r. nr 33, poz. 315. Por. *Historia państwa i prawa Polski 1918–1939*, cz. 2, red. Franciszek Ryszka (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1968), 109 i nast.

³² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 lutego 1928 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. z 1928 r. nr 12, poz. 93 (dalej: Prawo o ustroju sądów).

I. Sądy; II. Strony, obrońcy i pełnomocnicy. Kolejne księgi – III. Dowody; IV. Zapobieganie uchylaniu się od sądu; V. Przepisy porządkowe; VII. Postępowanie przed sądem pierwszej instancji; VIII. Środki odwoławcze; XI. Postępowania szczególne – zostały opracowane samodzielnie lub w przeważającej mierze przez prof. Mogilnickiego. Pozostałe księgi wyszły spod pióra sędziego Rymowicza; były to: VI. Postępowanie przygotowawcze; IX. Postępowanie wykonawcze; X. Koszty sądowe. Pewien udział w opracowaniu tekstu projektu miał też prof. Rapaport, chociaż nie był on członkiem Sekcji^[33].

W 1932 r., w związku z wydaniem polskiego kodeksu karnego, miała miejsce nowelizacja k.p.k.^[34] Nie zmieniała ona jego podstawowych zasad, co więcej, w ogłoszonym tekście jednolitym kodeksu postępowania karnego zachowano pierwotną jego strukturę, natomiast liczba artykułów wzrosła^[35]. Następne lata przyniosły poważniejsze nowelizacje, o których będzie jeszcze mowa.

Kodeks postępowania karnego z 1928 r. doczekał się w dwudziestolecu międzywojennym licznych komentarzy i nowych podręczników. Do najbardziej znanych i rozpowszechnionych należały opracowania profesorów Stefana Glasera, Aleksandra Mogilnickiego i Stanisława Śliwińskiego^[36], a także dzieła praktyków: Leona Peipera oraz Alfreda Laniewskiego z Kazimierzem Sobolewskim^[37]. Zarówno komentarze, jak i podręczniki zachowały swoją przydatność aż do końca lat sześćdziesiątych XX w., ponie-

³³ Stanisław Śliwiński, *Proces karny – Część ogólna* (Warszawa: Księgarnia F. Hoesicka, 1936), 49; Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 87.

³⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1932 r. nr 60, poz. 571 (dalej: k.k.).

³⁵ Obwieszczenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 30 września 1932 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu kodeksu postępowania karnego, 676 artykułów, Dz.U. z 1932 r. nr 83, poz. 725 (dalej: k.p.k., tekst jedn. z 1932 r.).

³⁶ Stefan Glaser, *Wstęp do nauki procesu karnego ze szczególnym uwzględnieniem ustaw obowiązujących tymczasowo w Polsce oraz polskiego kodeksu postępowania karnego i polskiego prawa o ustroju sądów powszechnych* (Warszawa: Drukarnia Policyjna, 1928); Aleksander Mogilnicki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz* (Kraków: Księgarnia Powszechna, 1933); zob. też reprint: Aleksander Mogilnicki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz: reprint* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019); Stefan Glaser, *Polski proces karny w zarysie wraz z prawem o ustroju sądów powszechnych* (Kraków: Księgarnia Powszechna, 1934).

³⁷ Leon Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego* (Kraków: Leon Frommer, 1929); Alfred Laniewski, Kazimierz Sobolewski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz* (Lwów: Księgarnia „EWER”, 1939). Por. dalszą bibliografię: Władysław Wolter „Historia nauki prawa i postępowania karnego w Polsce”, [w:] Kazimierz

waż k.p.k. obowiązywał, formalnie rzecz biorąc, do 31 grudnia 1969 r. Nie wolno jednak zapominać, że w Polsce Ludowej proces karny uległ daleko-
siężnym zmianom^[38]. Z dniem 1 stycznia 1970 r. weszła w życie nowa ustawa
proceduralna, uchwalona w kwietniu 1969 r.^[39]

5 | Zasady polskiego procesu karnego

5.1. Zasada skargowości

Zasada skargowości była bardzo charakterystyczna dla procesu mieszanego, dominującego w Europie XIX w. Polegała na oddzieleniu czynności oskarżania od funkcji sądzenia i obrony. Dyrektywa ta znalazła wprost wyraz w art. 2 § 1 k.p.k., który stanowił: „Sąd wszczyna postępowanie na żądanie uprawnionego oskarżyciela”. Uprawnienia spoczęły w rękach oskarżyciela publicznego, czyli prokuratora (choćby możliwe było także wystąpienie policji lub organu administracji państwowej) oraz oskarżyciela prywatnego, czyli pokrzywdzonego. W tym ostatnim wypadku prokurator miał prawo objęcia oskarżenia ze względu na interes publiczny^[40].

Zasada skargowości czyniła z oskarżonego podmiot procesu – stronę, której przysługiwało wiele uprawnień, takich jak przedstawianie dowodów, zadawanie pytań biegłym i świadkom, zabieranie głosu po zamknięciu przewodu sądowego i inne^[41]. Oskarżony mógł korzystać z pomocy obrońcy już na etapie postępowania przygotowawczego, co korzystnie wyróżniało polską procedurę na tle ustaw pozaborowych, zwłaszcza rosyjskiej^[42]. Niekiedy udział obrońcy był obligatoryjny, np. przed sądem przysięgłych,

Opalek, Władysław Wolter, *Nauka filozofii prawa i prawa karnego w Polsce* (Kraków: Polska Akademia Umiejętności, 1948), 36–37.

³⁸ Stanisław Waltoś, *Proces karny – Zarys systemu* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN, 1995), 118–122.

³⁹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1969 r. nr 13, poz. 69.

⁴⁰ K.p.k., tekst jedn. z 1932 r., art. 58 i 68. Podczas prac kodyfikacyjnych skarga prywatna budziła pewne wątpliwości; niektórzy prawnicy uważali ją za reliktdawnych czasów – por. Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 81.

⁴¹ K.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 296, 305, 355.

⁴² Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 116 i nast.

sądem nieletnich, a także w sprawach, w których pojawiła się uzasadniona wątpliwość co do poczytalności oskarżonego^[43]. Przepisy odnoszące się do prawa do obrony były wzorowane głównie na procedurze austriackiej oraz niemieckiej. Dawały one oskarżonemu szerokie uprawnienia, co należy ocenić jako nowoczesne rozwiązanie^[44].

Z obowiązującej zasady skargowości wyływała wreszcie wieloinstancyjność – ważna gwarancja praworządności w państwie. Polska procedura przewidywała pierwotnie szeroki zakres środków odwoławczych od wyroków sądowych z apelacją i kasacją na czele. Model skargi kasacyjnej, będącej środkiem kontroli wyroku pod względem jego zgodności z prawem (tzw. czysta kasacja), był oparty na wzorach francuskich, a także belgijskich i rosyjskich^[45].

5.2. Zasada legalizmu

Ojczyzną zasady legalizmu, zgodnie z którą powołana do oskarżenia władza miała obowiązek ściągania przestępstwa, była Francja. W Polsce dyrektywę tę wyrażano wprost w art. 53 k.p.k.^[46]. Warto dodać, że w procedurze polskiej wprowadzono, za wzorem francuskim i częściowo austriackim, kontrolę aktu oskarżenia przez sąd pierwszej instancji – na żądanie oskarżonego lub nawet z urzędu. Głównym celem tej instytucji było zapobieganie dowolności działań prokuratury^[47].

Prokuraturze nie przyznano bezwzględного monopolu oskarżania. Za wzorem francuskim i szkockim, a pośrednio niemieckim i austriackim, dopuszczono obok skargi publicznej – skargę prywatną pokrzywdzonego. Można ją było wnieść tylko w niektórych sprawach, tj. sprawach

⁴³ K.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 84–89.

⁴⁴ Stefan Glaser, *Zarys polskiego procesu karnego wraz z prawem o ustroju sądów powszechnych – Przedstawienie porównawcze na tle ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego* (Warszawa: Nakładem Gazety Administracji i Policji Państwowej, 1929), 78–79; Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 114.

⁴⁵ Waltoś, *Proces karny*, 116; Monika Kober, „O środkach odwoławczych w polskiej procedurze karnej w okresie Drugiej Rzeczypospolitej – uwagi na tle regulacji kodeksu postępowania karnego z 19 marca 1928 roku” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, (2004): 190–193.

⁴⁶ K.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 53: „Oskarżyciel publiczny jest obowiązany wnieść i popierać oskarżenie w sprawach o przestępstwa ścigane z urzędu”.

⁴⁷ K.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 285–289. Por. Glaser, *Zarys polskiego procesu*, 167.

o przestępstwa ściągane z oskarżenia prywatnego, takich jak np. naruszenie nietykalności cielesnej czy zniewaga^[48]. Pokrzywdzony mógł skierować do sądu karnego także powództwo cywilne oraz oskarżenie posiłkowe^[49].

Przyjętą w polskim procesie zasadę legalizmu potwierdzał wyjątek przewidziany w art. 4 k.p.k. Zezwalał on na zaniechanie oskarżenia, jeśli sprawca był znany, lecz interes społeczny nie wymagał ścigania. Przepis ten, będący wyrazem zasady oportunistycznej przeciwstawnej legalizmowi, nawiązywał do regulacji prawa austriackiego^[50].

5.3. Zasada prawdy materialnej

Przedstawiciele polskiej doktryny prawa uważali, że wyszukanie prawdy materialnej, czyli rzeczywistej, stanowi najwyższy cel procesu karnego. Prawdę tę przeciwstawiali prawdzie fikcyjnej (formalnej), narzuconej przez domniemania prawne lub uznanej, względnie przyznanej, przez strony procesowe. Zasada prawdy materialnej oznaczała, że sąd karny powinien wszelkimi sposobami dążyć do wykrycia rzeczywistego przebiegu zdarzenia^[51]. Dyrektywę tę zapisano przede wszystkim w fundamentalnym art. 9 k.p.k., zgodnie z którym sądy i organy ścigania miały obowiązek uwzględniania wszystkich okoliczności, zarówno przemawiających za oskarżonym, jak i przeciwko niemu. Prawnicy polscy podkreślali, że niektóre przepisy procesowe, zwłaszcza te przewidujące prekluzje dowodowe, czyli czasowe ograniczenia w zgłaszaniu dowodów (m.in. art. 332), powinny być interpretowane w taki sposób, aby nie wypierać prawdy materialnej. W praktyce jednak orzecznictwo Sądu Najwyższego poszło w przeciwnym kierunku i nierzadko odbiegało od omawianej dyrektywy^[52].

⁴⁸ K.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 60–69. Zob. też k.k., art. 237; 255–256. Por. Glaser, *Zarys polskiego procesu*, 67.

⁴⁹ K.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 70–78.

⁵⁰ Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 155. Por. Jacek Izydorczyk, „Aksjologiczne uzasadnienie obowiązywania zasady legalizmu w polskim procesie karnym”, [w:] *Zasada legalizmu w procesie karnym*, t. II, red. Barbara Dudzik, Jakub Kosowski, Ewa Kruk, Ireneusz Nowikowski (Lublin: Wydawnictwo UMCS, 2015): 71.

⁵¹ Śliwiński, *Proces karny*, 81 i nast.

⁵² Tadeusz Jankowski, „Postępowanie karne”, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. IV, red. Waclaw Makowski (Warszawa: Biblioteka Polska, 1934): 144; Śliwiński, *Proces karny*, 84. Współczesna nauka procesu karnego nadaje omówionej zasadzie miano zasady obiektywizmu – por. Waltoś, *Proces karny*, 215 i nast.

5.4. Zasada swobodnej oceny dowodów

W procesie mieszanym przyjęto, za wzorem procedury francuskiej z 1808 r., zasadę swobodnej oceny dowodów. Opierały się na niej wszystkie kodyfikacje odziedziczone po zaborcach i nowy polski k.p.k. Została ona zapisana wprost w jego art. 10: „Sędziowie orzekają na mocy przekonania opartego na swobodnej ocenie dowodów”. Podobne zalecenie nałożono na przysięgłych, którzy mieli rozstrzygać według sumienia i na podstawie dowodów przedstawionych na rozprawie^[53]. Należy przypomnieć, że postępowanie dowodowe znalazło w k.p.k. obszerne uregulowanie^[54].

Polski k.p.k. nie zawierał natomiast żadnych przepisów, które krępowałyby sędziego w duchu ustawowej teorii dowodowej i nakazywałyby mu przyjęcie, że fakt został udowodniony, gdyż spełnione zostały pewne określone prawem okoliczności (np. zeznania dwóch wiarygodnych świadków). Regulacje tego rodzaju oznaczałyby odejście od swobodnej oceny dowodów, którą traktowano przecież jako fundamentalną dyrektywę^[55].

5.5. Zasady jawności i ustności rozprawy sądowej oraz zasada bezpośredniości

W procesie mieszanym cały materiał procesowy przedstawiano ustnie na rozprawie sądowej. Ustne były wyjaśnienia oskarżonego i zeznania świadków, a dokumenty czy protokoły ujawniano poprzez ich odczytanie. Reguły te znalazły wyraz już w kodeksach pozaborowych, chociaż w ustawie niemieckiej tylko pośrednio^[56]. W nowo skodyfikowanej polskiej procedurze osobiste stawiennictwo oskarżonego na rozprawie było regułą, chyba że sprawa dotyczyła przestępstwa zagrożonego niewielką karą^[57].

Zasada jawności rozpraw sądowych wynikała z Konstytucji marcowej^[58]. W 1928 r. wpisano ją wprost do art. 315 k.p.k. Jawność została zagwarantowana

⁵³ K.p.k., tekst jedn. z 1932 r., art. 441. Por. Waltoś, *Proces karny*, 240 i nast.

⁵⁴ K.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 98–163.

⁵⁵ Glaser, *Zarys polskiego procesu*, 110–111; S. Śliwiński, *Proces karny*, 84 i nast. Por. uwagi odnośnie do późniejszej praktyki: Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 128 i nast.

⁵⁶ Glaser, *Zarys polskiego procesu*, 100–101.

⁵⁷ K.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 300.

⁵⁸ Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1921 r. nr 44, poz. 267, art. 82 (dalej: Konstytucja marcowa).

po pierwsze, stronom, które miały dostęp do akt sprawy począwszy – w zasadzie – od chwili wniesienia aktu oskarżenia. Po drugie, oznaczała ona prawo wstępu publiczności na salę rozpraw. Przepisy kodeksu przewidywały tu kilka wyjątków ze względu na moralność, porządek publiczny, rozpatrywanie spraw z oskarżenia prywatnego czy spraw nieletnich. Wyrok był jednak zawsze ogłaszany publicznie^[59]. Jawność nie dotyczyła natomiast rozprawy kasacyjnej, a częściowo także apelacyjnej^[60].

Ustna rozprawa pozwalała polskim sędziom na możliwie bezpośrednie zetknięcie się z materiałem procesowym. Ze względu na to, że cały materiał dowodowy miał być poddany zmysłowemu spostrzeżeniu sędziego orzekającego, mówiono o obowiązywaniu zasady bezpośredniości. Podstawą wyrokowania miało być tylko to, co wyszło na jaw na rozprawie sądowej. Ta ostatnia była nie tylko jawna i ustna, ale również kontradiktoryjna – przewodniczący składu orzekającego dawał stronom możliwość wypowiedzenia się co do wszystkich kwestii podlegających rozstrzygnięciu, a po zamknięciu przewodu sądowego udzielał im głosu; dopiero po jego wysłuchaniu sąd przystępował do wydania wyroku^[61].

Polski ustawodawca zadbał o to, by zasada bezpośredniości mogła być realizowana także w instancji apelacyjnej^[62]. Warto dodać, że polska doktryna wiązała z omawianą zasadą zasadę koncentracji rozprawy, zwaną również zasadą ciągłości rozprawy. Ta ostatnia dyrektywa nakazywała przeprowadzenie jednej rozprawy, zakończonej wyrokiem, przed zmienionym składem sądu; w razie odroczenia postępowanie dowodowe trzeba było powtórzyć od początku^[63].

Wyjątki od zalecenia bezpośredniości były początkowo nieliczne^[64]. Z czasem jednak dyrektywy ustności i bezpośredniości zostały ograniczone na skutek nowelizacji k.p.k. z lat 1932–1938, co wywołało falę krytyki niektórych przedstawicieli doktryny prawa^[65].

⁵⁹ K.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 371. Por. Małgorzata Zimna, „Jawność postępowania karnego w ujęciu historycznym”, [w:] *Srebrna Księga Jubileuszowa Upamiętniająca xxv-Lecie Wydziału Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego*, red. Ryszard A. Stefański (Warszawa: Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego, 2022), 428–429.

⁶⁰ Por. przypadki wykluczenia jawności: k.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 102, 316–319 oraz ujęcie zasady publicznego ogłaszania wyroków: ibidem, art. 371. Por. Śliwiński, *Proces karny*, 87 i nast.

⁶¹ Daszkiewicz, Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny*, 35.

⁶² K.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 475–480.

⁶³ Śliwiński, *Proces karny*, 97 i nast.

⁶⁴ K.p.k., tekst jedn. z 1932 r., art. 339, 343, 360, 434. Por. możliwość odczytywania protokołów: ibidem, art. 340–341.

⁶⁵ Jankowski, „Postępowanie karne”, 1442.

5.6. Zasada sądu państwowego i udziału obywateli w orzecznictwie

Zasada sądu państwowego i udziału obywateli w orzecznictwie ma charakter ustrojowo-organizacyjny i jako taka mieści się w zakresie ustroju sądownictwa. Była ona jednak wyodrębniana i analizowana w polskiej doktrynie okresu międzywojennego, budząc przy tym bardzo wiele kontrowersji^[66].

Odrodzona Polska posiadała sądy karne z bezpośrednim udziałem społeczeństwa w orzekaniu tylko w niektórych regionach. Sądy przysięgłych występowały po 1918 r. faktycznie tylko w byłej Galicji^[67]. Sytuację tę chciano zmienić, wydając szczególną ustawę, która miała określić ich kompetencje w województwach centralnych i zachodnich. Została ona zapowiedziana w przepisach wprowadzających k.p.k.^[68]. Należy przypomnieć, że Konstytucja marcowa gwarantowała udział sądów przysięgłych w sprawach o najcięższe zbrodnie i przestępstwa polityczne^[69].

Po uchwaleniu Konstytucji rozpoczęła się w Komisji Kodyfikacyjnej poważna debata na temat celowości udziału sędziów-obywateli w procesie karnym. Analogiczna dyskusja miała już miejsce w XIX w., więc wszelkie opinie *pro* i *contra* były od dawna znane polskim uczonym^[70]. Część polemistów opowiadała się za udziałem czynnika obywatelskiego w wymiarze sprawiedliwości, część była mu przeciwna. Zwolennicy wskazywali głównie na to, że w prawidłowy wymiar sprawiedliwości XX wieku powinien przewidywać udział obywateli. Przeciwnicy podnosili, że przysięgli są

⁶⁶ Glaser, *Zarys polskiego procesu*, 45 i nast.; Śliwiński, *Proces karny*, 101 i nast. Por. Piotr Stachańczyk, „Sąd przysięgłych w ustawodawstwie karnym i doktrynie w Polsce w latach 1918–1929” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 1 (1989): 109–134.

⁶⁷ Małgorzata Materniak-Pawłowska, „Z dziejów sądów przysięgłych na ziemiach polskich w XIX wieku” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 1 (2014), 142; Jakob Maziarz, „Jury Courts in Interwar Poland” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, 2 (2022): 278–281. DOI:10.4467/20844131KS.22.019.15722.

⁶⁸ Przepisy wprowadzające, art. 3.

⁶⁹ Konstytucja marcowa, art. 83. Por. Daszkiewicz, Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny*, 36; Bogdan Cybulski, „Stosunek Komisji Kodyfikacyjnej RP do laików w składach orzekających sądów powszechnych (sędziów pokoju, przysięgłych i ławników)” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo*, 213 (1992): 85–118.

⁷⁰ Por. starszą literaturę przedmiotu: Walenty Miklaszewski, *O znaczeniu sądów przysięgłych* (Warszawa: Drukarnia Gazety Polskiej, 1867); Piotr Stebelski, „Sądy przysięgłych i sądy ławnicze”, [w:] *Księga pamiątkowa ku uczczeniu 250-tej rocznicy założenia Uniwersytetu Lwowskiego przez króla Jana Kazimierza w 1661*, t. II (Lwów: Uniwersytet Lwowski, 1912), 2–28.

dyletantami, a ich werdykty bywają nieobliczalne i często nie znajdują oparcia w wynikach postępowania sądowego. Niektórzy uczeni nazywali dyskutowany problem mianem „beznadziejnego”, przypominając, że wszystkie argumenty „za” i „przeciw” są już znane i wyczerpane^[71]. Ostatecznie członkowie Komisji Kodyfikacyjnej zaakceptowali sądy przysięgłych i umieścili w k.p.k. stosowną, obszerną regulację^[72]. Jednocześnie odrzucono sądy ławnicze, charakterystyczne dla systemu niemieckiego. O ich wyeliminowaniu zadecydowały obawa co do tego, że ławnicy będą ulegali wpływom sędziów zawodowych oraz ogólna niechęć wobec wizji orzekania przez sędziego z ławnikami zarówno co do winy oskarżonego, jak i co do kary^[73].

Obok sądów przysięgłych Konstytucja marcowa i Prawo o ustroju sądów powszechnych z 1928 r. zapowiedziały instytucję sądów pokoju, wybieranych przez ludność. W rzeczywistości nigdy nie doszło do ich utworzenia^[74].

Chociaż sądy z udziałem sędziów-obywateli znajdowały aprobatę części środowisk naukowych, nie cieszyły się uznaniem rządzących. Ci ostatni najpierw usunęli dotychczasową gwarancję konstytucyjną, wykreślając ją z Konstytucji kwietniowej, a następnie doprowadzili do formalnego zniesienia sądów przysięgłych na mocy ustawy z 1938 r.^[75]

⁷¹ Władysław Wolter, *Proces przeciwko sądom przysięgłych* (Kraków: Drukarnia Przemysłowa, 1937).

⁷² K.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 20 i 385–440.

⁷³ Glaser, *Zarys polskiego procesu*, 48; Wolter, *Proces przeciwko sądom*, 3 i nast.; Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 121 i nast.

⁷⁴ Konstytucja marcowa, art. 76; Prawo o ustroju sądów, art. 189 i nast.

⁷⁵ Ustawa konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r., Dz.U. z 1935 r. nr 30, poz. 227; Ustawa z dnia 9 kwietnia 1938 r. o zniesieniu instytucji sądów przysięgłych i sędziów pokoju, Dz.U. z 1938 r. nr 24, poz. 213.

6 | Kilka uwag o odmiennych zasadach procesowych w postępowaniach szczególnych

Normy k.p.k. przewidywały kilka typów postępowań szczególnych^[76], w tym postępowanie w sprawach nieletnich, które było stosowane od początku XX w. w wielu krajach europejskich^[77]. Na potrzeby polskiego k.p.k. jego zasady opracował wybitny znawca przedmiotu prof. Mogilnicki, korzystając głównie ze wzorów francusko-belgijskich. W postępowaniu tym zrezygnowano z wielu rygorów i oficjalnych form procesowych, zabezpieczono możliwość poznania osobowości nieletniego oraz wprowadzono rozprawę przy drzwiach zamkniętych^[78].

Spośród innych trybów szczególnych na uwagę zasługuje postępowanie w sprawach karno-administracyjnych, pozwalające osobom skazanym za popełnienie wykroczenia na skierowanie ich sprawy do sądu. Wynikało ono z gwarancji konstytucyjnej, powtórzonej w k.p.k.^[79]; co więcej, znalazło całościowe uregulowanie w osobnym rozporządzeniu Prezydenta RP z 1928 r.^[80]

⁷⁶ Były to: wznowienie postępowania; postępowanie w sprawach nieletnich; przywrócenie praw i zatarcie skazania; postępowanie w sprawach karno-administracyjnych; odszkodowanie za niesłuszne skazanie lub oskarżenie; postępowanie w sprawach zaginięcia lub zniszczenia akt; wydawanie (przebywających za granicą) przestępców. Por. k.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 577–650; k.p.k., tekst jedn. z 1932 r., art. 600–674.

⁷⁷ Por. równieśniczkę polskiego k.p.k. – ustawę niemiecką: Bundesgesetz vom 18. Juli 1928 über die Behandlung junger Rechtsbrecher, BGBl. Nr. 234. Zob. też Glaser, *Zarys polskiego procesu*, 279–280.

⁷⁸ K.p.k., tekst ogłosz. w 1928 r., art. 592–613; k.p.k., tekst jedn. z 1932 r., art. 614–635. Sądy dla nieletnich zostały utworzone niedługo po odzyskaniu przez Polskę niepodległości, na podstawie dekretu z 7 lutego 1919 r. w przedmiocie utworzenia sądów dla nieletnich, Dz.U. z 1919 r. nr 14, poz. 171. Por. Marian Cieślak, „Od represji do opieki – rzut oka na ewolucję zasad odpowiedzialności nieletnich” *Palestra* nr 1 (1973): 42–43; Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 166.

⁷⁹ Konstytucja marcowa, art. 72: „Ustawy przeprowadzą zasadę, iż od karnych orzeczeń władz administracyjnych, zapadłych w drugiej instancji, będzie przysługiwało stronom prawo odwołania się do właściwego sądu”.

⁸⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym, Dz.U. z 1928 r. nr 38, poz. 365. Por. Tadeusz Jankowski, „Postępowanie karne administracyjne”, [w:] *Encyklopedia*, red. Wacław Makowski, 1443–1444.

Najważniejszym trybem szczególnym było postępowanie doraźne, którego początki sięgały roku 1919^[81]. Do unifikacji postępowania doraźnego doszło wraz z wydaniem specjalnego rozporządzenia Prezydenta RP, ogłoszonego łącznie z k.p.k.^[82] Postępowanie doraźne było przyśpieszone, uproszczone i jednoinstancyjne, ponieważ wykluczono jakiegokolwiek odwołanie od wyroku. Udział obrońcy w rozprawie był jednak obligatoryjny^[83]. W praktyce tryb doraźny wprowadzano w miejscach, gdzie szerzyła się przestępczość w sposób niebezpieczny dla porządku i bezpieczeństwa publicznego; następowało to na podstawie rozporządzeń Rady Ministrów. Na początku lat trzydziestych XX w. postępowanie doraźne stosowano na obszarze całego państwa polskiego. W 1934 r. zostało ono uchylone na rzecz nowego trybu, nazwanego postępowaniem szczególnym w sprawie niektórych przestępstw przeciwko bezpieczeństwu państwa^[84].

7 | Odstępstwa od niektórych zasad procesu mieszanego w ustawach nowelizujących k.p.k.

Proces odwrotu od klasycznej i liberalnej procedury, zapisanej pierwotnie w kodeksie postępowania karnego, rozpoczął się właściwie już w dniu jego wejścia w życie, czyli od początku 1929 r.^[85] Następnie pojawiły się żądania reformy procesu karnego, głoszone pod hasłami wzmożenia walki z przestępczością i oszczędności budżetowych. Płynęły one z kręgów teoretyków

⁸¹ Dekret z 2 stycznia 1919 r. o wprowadzeniu stanu wyjątkowego, Dz.U. z 1919 r. nr 1, poz. 79; Ustawa z 30 czerwca 1919 r. w przedmiocie sądów doraźnych, Dz.U. z 1919 r. nr 55, poz. 341). Dekret przewidywał jeszcze jurysdykcję wojskowych sądów doraźnych, natomiast ustawa, wydana zaledwie pół roku później – sądów powszechnych Por. *Historia państwa i prawa*, red. Franciszek Ryszka, 116–117.

⁸² Por. przypis 31.

⁸³ Daszkiewicz, Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny*, 38–39.

⁸⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 października 1934 r. o całkowitym uchyleniu postępowania doraźnego, Dz.U. z 1934 r. nr 94, poz. 852; Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. o niektórych przestępstwach przeciwko bezpieczeństwu Państwa, Dz.U. z 1934 r. nr 94, poz. 851. Nowe postępowanie toczyło się przed sądami apelacyjnymi, a prawa oskarżonego ulegały ograniczeniom. Por. Waltoś, *Proces karny*, 117.

⁸⁵ Art. 20 Przepisów wprowadzających k.p.k. upoważniał policję i prokuratora do spisywania protokołów, które miały moc protokołów sądowych.

i praktyków prawa, a także sanacyjnego rządu. Szły w kierunku uproszczenia i przyspieszenia postępowania, kosztem uprawnień stron procesowych, zwłaszcza oskarżonego^[86].

Pierwsza nowela ze stycznia 1932 r. wprowadzała m.in. restrykcje w postępowaniu dowodowym oraz utrudnienia w realizacji uprawnień oskarżyciela posiłkowego. Oznaczało to odstępstwa od omówionych wyżej zasad bezpośredniości i ustności rozprawy sądowej^[87]. Druga nowela, wprowadzona w tym roku na podstawie rozporządzenia Prezydenta RP^[88], przyniosła zmiany w procedurze apelacyjnej i kasacyjnej. Ich celem było zwiększenie możliwości orzekania w składzie jednoosobowym w sądach okręgowych oraz ograniczenie skarg kasacyjnych kierowanych do Sądu Najwyższego^[89]. Te regulacje zmierzały do uproszczenia postępowania i ograniczenia toku instancji. Warto dodać, że podobne reformy przeprowadzano w tym samym czasie w innych krajach, m.in. w Niemczech^[90].

Trzecia nowela k.p.k. z 1938 r. przeszła do historii pod nazwą *lex Grabowski*, nawiązującą do nazwiska ówczesnego Ministra Sprawiedliwości Witolda Grabowskiego. Jej istotą były: kolejne ograniczenie możliwości wnoszenia kasacji, rozszerzenie możliwości rozpoznawania sprawy przy drzwiach zamkniętych, redukcja liczby obrońców – jednym słowem daleko idące pogorszenie sytuacji oskarżonego, a przy okazji także pokrzywdzonego^[91].

Wszystkie wskazane nowele poszły zatem w kierunku redukcji uprawnień pokrzywdzonego i oskarżonego, wzmocnienia stanowiska prokuratora, rozszerzenia orzekania jednoosobowego oraz ograniczenia możliwości zaskarżania wyroków. Były one wyrazem swoistej tendencji do zawężenia

⁸⁶ Waltoś, „Napoleoński model”, 157.

⁸⁷ Ustawa z dnia 21 stycznia 1932 r. zmieniająca niektóre przepisy postępowania karnego, Dz.U. z 1932 r. nr 10, poz. 60. Por. Daszkiewicz, Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny*, 39.

⁸⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 23 sierpnia 1932 r. zmieniające niektóre przepisy postępowania karnego, Dz.U. z 1932 r. nr 73, poz. 662.

⁸⁹ Por. Andrzej Pasek, „Ewolucja zasady instancyjności w polskim kodeksie postępowania karnego z 1928 roku” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo*, 328 (2019): 184–185. DOI: 10.19195/0524-4544.328.9; Daszkiewicz, Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny*, 40.

⁹⁰ Löwe/Rosenberg. *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar*, t. 1, red. Hans-Heiner Kühne et al., wyd. 27 (Berlin-Boston: De Gruyter, 2016), 113 i nast.

⁹¹ Dekret Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 21 listopada 1938 r. o usprawieniu postępowania sądowego, Dz.U. z 1938 r. nr 89, poz. 609. Por. Daszkiewicz, Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny*, 41. Zob. też szczegółową analizę *lex Grabowski*: Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 202–203.

praw obywatelskich w postępowaniu karnym, prowadząc do częściowego odliberalizowania procedury karnej^[92].

8 | Podsumowanie

Twórcy polskiego k.p.k. mieli ambicję stworzenia własnego dzieła, nawiązującego do dotychczasowych wzorów i doświadczeń sądowych, a także potrzeb państwa i społeczeństwa xx w. Po kilkuletniej pracy kodyfikacyjnej i debatach publicznych opracowano projekt kodeksu, który opierał się na zasadach utrwalonych w Europie w xix w., wywodzących się bezpośrednio lub pośrednio z francuskiego Code d'Instruction Criminelle z 1808 r. W ten sposób w 1929 r. została w Polsce wprowadzona mieszana forma procesu karnego w jego klasycznym i zarazem liberalnym kształcie.

Przyjęty w Polsce model procesu oznaczał, że sądy karne opierały swoją działalność na zasadach skargowości, ustności, jawności, bezpośredniości, wykrycia prawdy materialnej i swobodnej oceny dowodów. Jednocześnie na prokuraturę nałożono obowiązek ścigania przestępstw, który był wyrazem zasady legalizmu. W województwach Polski południowej w sądach karnych brali udział obywatele, występując w roli przysięgłych. W 1938 r. zapadła jednak decyzja o ich likwidacji. Polska procedura gwarantowała obywatelom stającym przed sądami, czy to w charakterze oskarżonego, czy pokrzywdzonego, szerokie uprawnienia względem władzy państwowej, co miało wydźwięk liberalny. Nowele z lat trzydziestych xx w. częściowo ograniczyły wszechstronne gwarancje prawne stron procesowych, ale ich nie zniweczyły.

Polscy historycy prawa i procesualiści zgodnie oceniają, że na regulacje polskiego kodeksu postępowania karnego w znaczącej mierze wpłynęły zasady i instytucje wykształcone w klasycznej szkole prawa karnego^[93]. Koncepcje modernistyczne zadecydowały natomiast głównie o kształcie postępowania w sprawach nieletnich^[94]. W związku z powyższym uczeni

⁹² Waltoś, *Proces karny*, 116; Daszkiewicz, Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny*, 42.

⁹³ *Historia państwa i prawa*, red. Franciszek Ryszka, 109; Daszkiewicz, Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny*, 31.

⁹⁴ Wpływ koncepcji modernistycznych widoczny był także w innych instytucjach procesowych, np. w szerokim prawie oskarżonego do obrony. Por. Aleksander

dwudziestolecia międzywojennego dostrzegali pewien dysonans pomiędzy modernistycznym kodeksem karnym z 1932 r. a klasycznym kodeksem postępowania karnego z 1928 r. Wyjaśniali, że w k.p.k. nie było zasadniczo miejsca dla postulatów szkoły socjologicznej, ponieważ kadra sędziowska jest nieliczna, zachowawcza i nieprzygotowana, a także pozbawiona pomocy psychologów czy kryminologów, którzy mogliby się zająć badaniem indywidualnych osobowości oskarżonych^[95].

Reasumując, należy dodać, że wiele zasad i instytucji pierwszej polskiej nowoczesnej kodyfikacji postępowania karnego z 1928 r. przetrwało w Polsce do dziś. Nie straciły na znaczeniu zasady skargowości i swobodnej oceny dowodów, a także – chociaż tylko do pewnego stopnia – system apelacyjno-kasacyjny. Trwałym elementem klasycznego modelu jest też wyraźne wyodrębnienie trzech etapów procesu karnego, czyli rozgraniczenie postępowania przygotowawczego, sądowego (głównego) i odwoławczego, które nadal obowiązuje w Polsce.

Bibliografia

- Cieślak Marian, „Od represji do opieki – rzut oka na ewolucję zasad odpowiedzialności nieletnich” *Palestra*, nr 1 (1973): 26–48.
- Cybulski Bogdan, „Stosunek Komisji Kodyfikacyjnej RP do laików w składach orzekających sądów powszechnych (sędziów pokoju, przysięgłych i ławników)” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo*, 213 (1992): 85–118.
- Darmorost-Sierocińska Elżbieta, „Kodyfikacja prawa karnego w 1932 r. a kształtowanie się polskiej myśli prawniczej” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, nr 1 (2010): 345–369.
- Daszkiewicz Wiesław, Krystyna Paluszyńska-Daszkiewicz, *Proces karny i materialne prawo karne w Polsce w latach 1918–1939*. Toruń: Wydawnictwo UMK, 1965.
- Fierich Franciszek Ksawery, „Rzut oka na najważniejsze zadania prac kodyfikacyjnych” *Kwartalnik Prawa Cywilnego i Karnego*, 2 (1919): 455–480.
- Glaser Stefan, *Polski proces karny w zarysie wraz z prawem o ustroju sądów powszechnych*. Kraków: Księgarnia Powszechna, 1934.

Mogilnicki, „Nowe kierunki myśli kryminalistycznej a procedura karna” *Gazeta Administracji i Policji Państwowej*, nr 1 (1927): 4 i nast.; Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 98.

⁹⁵ Mogilnicki. „Nowe kierunki”, 4.

- Glaser Stefan, *Wstęp do nauki procesu karnego ze szczególnym uwzględnieniem ustaw obowiązujących tymczasowo w Polsce oraz polskiego kodeksu postępowania karnego i polskiego prawa o ustroju sądów powszechnych*. Warszawa: Drukarnia Policyjna, 1928.
- Glaser Stefan, *Zarys polskiego procesu karnego wraz z prawem o ustroju sądów powszechnych – Przedstawienie porównawcze na tle ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego*. Warszawa: Nakładem Gazety Administracji i Policji Państwowej, 1929.
- Historia państwa i prawa Polski 1918–1939*, cz. 2, red. Franciszek Ryszka. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1968.
- Izydorczyk Jacek, „Aksjologiczne uzasadnienie obowiązywania zasady legalizmu w polskim procesie karnym”, [w:] *Zasada legalizmu w procesie karnym*, t. II, red. Barbara Dudzik, Jakub Kosowski, Ewa Kruk, Ireneusz Nowikowski. 71–80. Lublin: Wydawnictwo UMCS, 2015.
- Janicka Danuta, „Strafprozessrecht”, [w:] *Laboratorium für internationale gesetzgeberische Arbeit. Die Geburt der polnischen Rechtsordnung der Zwischenkriegszeit im europäischen Kontext*, red. Martin Löhnig, Anna Moszyńska. 301–324. Wien-Köln-Weimar: Böhlau Verlag, 2021.
- Janicka Danuta, *Polska myśl prawnokarna XIX–XX wieku: autorzy i ich dzieła. Od szkoły klasycznej do socjologicznej*. Toruń: Wydawnictwo Naukowe UMK, 2017.
- Jankowski Tadeusz, „Postępowanie karne administracyjne”, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. 4, red. Wacław Makowski. 1443–1444. Warszawa: Biblioteka Polska, 1934.
- Jankowski Tadeusz, „Postępowanie karne”, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. IV, red. Wacław Makowski. 1439–1443. Warszawa: Biblioteka Polska, 1934.
- Kober Monika, „O środkach odwoławczych w polskiej procedurze karnej w okresie Drugiej Rzeczypospolitej – uwagi na tle regulacji kodeksu postępowania karnego z 19 marca 1928 roku” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, (2004): 181–196.
- Kodeks karny z 1932 roku*, red. Alicja Grześkowiak. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2015.
- Kodex postępowania sądowego kryminalnego Przetłumaczony z Francuskiego, z zlecenia Ministra Sprawiedliwości, przez Filipa Jasińskiego, Podprokuratora Król. przy Tryb. I-wszej Inst. D.W. w Warszawie Roku 1810*. Warszawa: Drukarnia Xsięży Piarów, 1810.
- Koredczuk Józef, „Założenia i koncepcja kodyfikacji prawa karnego procesowego w II Rzeczypospolitej” *Prawo i Więż*, nr 4 (2022): 687–700.
- Koredczuk Józef, *Wpływ nurtu socjologicznego na kształt polskiego prawa karnego procesowego w okresie międzywojennym (Les classiques modernes)*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2007.

- Krzymuski Edmund, *Wykład procesu karnego austriackiego*. Kraków: Księgarnia Spółki Wydawniczej Polskiej, 1891; wyd. 2: Kraków: Księgarnia Leona Frommera, 1910.
- Krzymuski Edmund, *Wykład procesu karnego ze stanowiska nauki i prawa obowiązującego w b. dzielnic austriackiej oraz z uwzględnieniem ważniejszych różnic na innych ziemiach Polski*. Kraków: Krakowska Spółka Wydawnicza, 1922.
- Laniewski Alfred, Kazimierz Sobolewski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Lwów: Księgarnia „EWER”, 1939.
- Lityński Adam, „Dwa kodeksy karne 1932 – W osiemdziesiąta rocznicę” *Roczniki Administracji i Prawa*, 12 (2012): 207–218.
- Löwe/Rosenberg. *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar*, t. 1, red. Hans-Heiner Kühne et al., wyd. 27. Berlin-Boston: De Gruyter, 2016.
- Makarewicz Juliusz, *Zarys postępowania karnego austriackiego*. Kraków: Księgarnia Leona Frommera, 1909.
- Materniak-Pawłowska Małgorzata, „Z dziejów sądów przysięgłych na ziemiach polskich w XIX wieku” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 1 (2014): 121–148.
- Maziarz Jakob, „Jury Courts in Interwar Poland” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, 2 (2022): 275–291.
- Miklaszewski Walenty, *O znaczeniu sądów przysięgłych*. Warszawa: Drukarnia Gazety Polskiej, 1867.
- Mogilnicki Aleksander, „Nowe kierunki myśli kryminalistycznej a procedura karna” *Gazeta Administracji i Policji Państwowej*, nr 1 (1927): 1–5.
- Mogilnicki Aleksander, „Projekt ustawy postępowania karnego” *Gazeta Administracji i Policji Państwowej*, nr 18–21 (1924): 354, 379, 398, 417–418.
- Mogilnicki Aleksander, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz: reprint*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Mogilnicki Aleksander, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Kraków: Księgarnia Powszechna, 1933.
- Mogilnicki Aleksander, Rappaport, Emil Stanisław. *Ustawy karne Rzeczypospolitej Polskiej*, t. 1, *Kodeks postępowania karnego*, cz. 2, *Motywy ustawodawcze*. Warszawa: F. Hoesick, 1929.
- Nowotny Julian, *Zasada legalności i oportunistu w procesie karnym*. Kraków: Drukarnia i Stereotypia A. Kozińskiego, 1909.
- Pasek Andrzej, „Ewolucja zasady instancyjności w polskim kodeksie postępowania karnego z 1928 roku” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo*, 328 (2019): 179–198. DOI: 10.19195/0524-4544.328.9.
- Peiper Leon, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*. Kraków: Leon Frommer, 1929.

- Postępowanie karne obowiązujące na Ziemiach Zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej – zbiór ustaw i rozporządzeń, dotyczących ustroju sądownictwa i procesu karnego z orzecnictwem Sądu Najwyższego, oprac. Juliusz Kałużniacki, Ryszard A. Leżański. Warszawa–Poznań: Księgarnia św. Wojciecha, 1924.
- Prawo karne w poglądach Profesora Juliusza Makarewicza, red. Alicja Grześkowiak. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2005.
- Słownik biograficzny adwokatów polskich, t. I, z. 3–4, M–Ż, red. Leszek Kania, Adam Redzik. Warszawa: Naczelna Rada Adwokacka, 2007.
- Słownik biograficzny adwokatów polskich, t. II, A–G, red. Roman Łyczywek et al. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1988.
- Stachańczyk Piotr, „Sąd przysięgłych w ustawodawstwie karnym i doktrynie w Polsce w latach 1918–1929” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 1 (1989): 109–134.
- Stebelski Piotr, „Sądy przysięgłych i sądy ławnicze”, [w:] *Księga pamiątkowa ku uczczeniu 250-tej rocznicy założenia Uniwersytetu Lwowskiego przez króla Jana Kazimierza w 1661*, t. II. 2–28. Lwów: Uniwersytet Lwowski, 1912.
- Stebelski Piotr, *Komentarz do austriackiego postępowania karnego*. Lwów: Gubrynowicz i Schmidt, 1901.
- Stebelski Piotr, *Studia nad procesem karnym*. Lwów: Drukarnia i Litografia Pillera i Spółki, 1891.
- Strafprozess-Ordnung für das Königreich Ungarn: sanktioniert am 4. Dezember 1896*. Berlin: Guttentag, 1899 (=Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung 13).
- Śliwiński Stanisław, *Proces karny. Część ogólna*. Warszawa: Księgarnia F. Hoesicka, 1936.
- Ustawy sądowe obowiązujące w gubernijach Królestwa Polskiego na mocy najwyższej zatwierdzonego 19 lutego 1875 roku postanowienia o zastosowaniu ustaw sądowych z 20 listopada 1864 roku do Warszawskiego okręgu sądowego*, t. II, *Ustawa postępowania sądowego karnego i ustawa o karach, wymierzanych przez sędziów pokoju*. S.-Petersburg: Księgarnia Maurycego Bolesława Wolffa, 1875.
- Vormbaum Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin–Heidelberg: Springer, 2009.
- Waltoś Stanisław, „Napoleoński model procesu karnego a współczesny proces karny w Polsce” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 2 (2005): 151–162.
- Waltoś Stanisław, *Proces karny. Zarys systemu*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN, 1995.
- Wolter Władysław, „Historia nauki prawa i postępowania karnego w Polsce”, [w:] Kazimierz Opalek, Władysław Wolter, *Nauka filozofii prawa i prawa karnego w Polsce*. 20–39. Kraków: Polska Akademia Umiejętności, 1948.

- Wolter Władysław, *Proces przeciwko sądom przysięgłych*. Kraków: Drukarnia Przemysłowa, 1937.
- Zimna Małgorzata, „Jawność postępowania karnego w ujęciu historycznym”, [w:] *Srebrna Księga Jubileuszowa Upamiętniająca xxv-Lecie Wydziału Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego*, red. Ryszard A. Stefański. 425–442. Warszawa: Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego, 2022.
- Żukowski Przemysław M., *Profesorowie Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, t. II, 1780–2012, red. Dorota Malec. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2014.



ZBIGNIEW NAWORSKI

Formula processus

Geneza, treść, dzieje, znaczenie

Formula Processus: The Genesis, Content, History, and Its Significance

The author characterizes one of the most crucial legal sources of the Polish-Lithuanian Commonwealth. It was the only official procedural code of the „land law” accepted by the part of the general sejm in 1523, which was in force until the fall of the state. It consisted of 111 articles separated into two parts. The first (articles 1–75) included legal provisions of normative character; the second was a collection of forms connected to various legal acts. The Formula was not a complete codification of procedural law; significantly, it did not regulate the evidence. Most of the provisions were devoted to the execution of judgments. During works on Formula, its creators used previous sources and compendiums, especially on the Lesser Poland law. It was a helpful achievement representing high legal quality. The most significant innovation of *Formula* was the introduction of the appellation.

ZBIGNIEW NAWORSKI doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika
ORCID – 0000-0002-9773-3167 / e-mail: zbig@umk.p

SŁOWA KLUCZOWE: Formula
processus, prawo procesowe, źródła
prawa, sejm walny, Rzeczypospolita
szlachecka.

KEYWORDS: Formula processus,
procedural law, legal sources,
General Sejm, Polish-Lithuanian
Commonwealth

Od czasu wydania statutów Kazimierza Wielkiego coraz bardziej dotkliwy dawał się odczuć brak kompleksowych uregulowań prawa ziemskiego materialnego, a zwłaszcza procesowego. Nieskodyfikowane i oparte na zwyczaju dawało szerokie możliwości do nadużyć, a zwłaszcza do przewlekania procesów. Poważną wadą był też jego partykularyzm. W rezultacie słaba znajomość prawa wśród szlachty wymuszała konieczność korzystania z zastępców procesowych, których szlachta nie lubiła i nie szanowała. Cierpiał na tym także wymiar sprawiedliwości, bo wielu jego funkcjonariuszy również prawa zbyt dobrze nie znało, a sędziowie orzekali według własnego uznania^[1].

Żądania kodyfikacji pojawiły się już w xv w., a w następnym stuleciu stały się jednym ze sztandarowych haseł ruchu egzekucyjnego^[2]. Pierwszy krok stanowił Statut Łaskiego, którego pierwsza część zatwierdzona przez Kazimierza Jagiellończyka stała się urzędowym źródłem prawa^[3]. Sam Statut kończył się apelem króla do szlachty, aby do tekstu dodawać partykularne zwyczaje prawne po uprzednim sprawdzeniu ich przez kancelarię królewską i zatwierdzeniu przez monarchę.

Parę lat później, w 1511 r., sejm walny piotrkowski uchwalił podjęcie akcji spisywania zwyczajowego prawa ziemskiego. Monarcha obiecał wówczas powołanie spośród szlachty znawców prawa do rewizji prawa procesowego wszystkich ziem. Jego spisy mieli nadesłać wojewodowie. Przygotowany końcowy projekt owi znawcy mieli przedstawić sejmowi, a po jego akceptacji miał trafić do króla po jego zatwierdzenie^[4].

Uchwała sejmowa nie została wprowadzona w życie, ale na sejmie piotrkowskim 1519 r. powołano kolejną komisję kodyfikacyjną, której

¹ Szeroko na ten temat, zob. Waclaw Uruszczak, *Próba kodyfikacji prawa polskiego w pierwszej połowie xvi wieku* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1979), 23–38.

² Uruszczak, *Próba kodyfikacji prawa polskiego w pierwszej połowie xvi wieku*, 78–88.

³ Obejmowała ona normy polskiego prawa publicznego i sądowego: przywileje ziemskie i generalne, statuty i dekrety królewskie, konstytucje sejmowe, umowy międzystanowe i traktaty międzynarodowe, a poza tym przywilej żydowski Bolesława Pobożnego z 1264 r., ordynację biskupa krakowskiego Bodzęty i arbitraż Jarosława z 1361 r. – oba dotyczące dziesięcin; na koniec dwa krótkie zwody prawa zwyczajowego ziemi krakowskiej: *Cosuetudines terrae Cracoviensis* i *Processus iuris* zawierający przepisy dotyczące postępowania sądowego i egzekucyjnego.

⁴ *Volumina Legum*, t. I (Petersburg: nakł. Józafata Ohryzki), (cyt. dalej. VL), f. 374, 170, tit. *De procesu judiciario in unam formulam redigende*.

przewodniczył wojewoda lubelski Andrzej Tęczyński^[5]. Komisja miała ujednoczyć prawo, którego spisy mieli dostarczyć wojewodowie, następny sejm bydgoski w 1520 r. nakazał kontynuację prac^[6]. Ich efektem było ogłoszenie w 1523 r. przepisów prawa procesowego pod nazwą *Formula processus*^[7], choć ustawę tę przyjęła na sejmie w 1523 r. tylko Małopolska. Powodem tego był spór posłów małopolskich i wielkopolskich. Ci ostatni nie chcieli przystąpić do obrad, domagając się usunięcia skutków złamania obowiązującego prawa (chodziło prawdopodobnie o pozbawienie urzędów, które nadał król nieuprawnionym do tego osobom) oraz zwołania przewidzianego konstytucjami z 1520 r. osobnego sejmiku poświęconego wyłącznie skodyfikowaniu całego ziemskiego prawa sądowego. Z kolei Małopolskie, popierający monarchę, godzili się na dyskusję na temat kodyfikacji prawa choćby kodyfikacja ta była tylko częściowa i chcieli przyjąć przygotowany przez komisję projekt. Dyskusję nad reformą prawa poparł też senat.

⁵ Skład komisji, poza Andrzejem Tęczyńskim tworzyli: doktorzy prawa – duchowni – Jan Grot i Jerzy Myszowski, sędzia ziemski poznański Jan Spławski, sandomierski Stanisław Kazanowski oraz posłowie małopolscy Mikołaj Taszycki, Jan Herburt i Mikołaj Lanckoroński oraz wielkopolscy Wojciech Kaczkowski, Jan Wietwieński i Mikołaj Gomoliński; zob. *Constitutiones conventus generalis regni, Corpus Iuris Polonici* (cyt. Dalej: *CIP*). *Sectiones 1, Privilegia, statuta, constitutiones, edicta, decretam nadata regnum Poloniae spectantia comprehendendis*, t. III, Annos 1506–1522 continentis/ typis mandavit adnotationibus instruxit Oswaldus Balzer, Cracoviae, nr 210 (1906): 388, art. 8; por. Uruszczak, *Próba kodyfikacji prawa polskiego w pierwszej połowie XVI wieku*, 100. Sylwetki Andrzeja Tęczyńskiego, Jana Herburt, Jana Spławskiego, Wojciecha Kaczkowskiego, Mikołaja Lanckorońskiego, Stanisława Kazanowskiego i Mikołaja Taszyckiego pomieścił w swoim artykule Mariusz Lubczyński, „Wykazy posłów sejmowych z lat 1507–1512” *Kwartalnik Historyczny*, z. 3 (2015): 514, przypis 10, 518, przypis 33, 521, przypis 47, 523, przypis 62, 524, przypis 69, 525, przypis. 76, 531 przypis 135. O Jerzym Myszowskim, zob. <https://polona.pl/item-view/5645fc0c-5554-4f44-8ee8-71b8da383446?page=0>. O pozostałych członkach Komisji wiadomości brak.

⁶ VL. T. I, fol. 392, 178, tit. *De conformandis iuribus*. Zob. też *CIP*. Vol. 3, *Decreta conventus generalis regni* (4.12.1520), Nr 242, 605; O składzie komisji nic nie wiadomo, poza udziałem w niej kanonika krakowskiego, wybitnego prawnika Mikołaja Zamoyskiego – Uruszczak, *Próba kodyfikacji prawa polskiego w pierwszej połowie XVI wieku*, 102–103

⁷ VL. T. I, fol. 403–428, 202–213 (tekst bez podziału na artykuły); tekst z podziałem na artykuły: *CIP*. Sectionis 1. Vol. 4. *Privilegia, statuta, constitutiones, edicta, decreta, mandata, regnum Poloniae spectantia comprehendendis*, Annos 1523–1534 continentis/ typis mandavit adnotationibus instruxit Oswaldus Balzer, Cracoviae: 1910, Nr 16, 50–86; uwagi Oswalda Balzera, tamże, 45–49; por. Uruszczak, *Próba kodyfikacji prawa polskiego w pierwszej połowie XVI wieku*, 104–106.

Ostatecznie nie doszło do porozumienia i stąd taki a nie inny rezultat obrad. Dodać jeszcze przy tym trzeba, że dyskusja nad przyszłym kodeksem musiała się i toczyć w trakcie obrad wniesiono do tekstu szereg poprawek, które raczej zaszkodziły niż podniosły walory uchwalonego projektu.

Z czasem kodeks przyjęła cała Korona; w 1528 r. wprowadzono go w województwach inowrocławskim i brzesko-kujawskim, zaś w 1553 r. w całej Wielkopolsce; wreszcie w 1577 r. przyjęło go także Mazowsze.

Formula processus liczyła 111 artykułów^[8]. Dzieliła się na dwie części: pierwsza obejmowała art. 1–75 i zawierała przepisy natury normatywnej w kilku miejscach uzupełnione formułami aktów prawnych, druga (art. 76–111), była wyłącznie zbiorem formuł procesowych związanych z różnymi aktami prawnymi, i tu w kilku miejscach uzupełniono je uwagami dotyczącymi wyjaśnień dotyczących poszczególnych zwrotów używanych w tych formułach. Część I nie była w układzie jednolita z powodu licznych poprawek. Jej rdzeniem były art. 1–41, które przedstawiały proces pospolity. Pierwotnie przepisy dotyczyły się tylko procesu wobec sądu ziemskiego, następnie jednak rozciągnięto moc tych artykułów także na proces w sądzie grodzkim.

Pierwsze artykuły (art. 1–6) dotyczyły pozwu – jego nagłówku, pieczęci, nazwisk powoda i pozwanego, treści żądania i istotnych i nieistotnych błędów w redakcji pozwu, warunków anulowania kar związanych z wadami pozwu. Art. 7 zobowiązywał sędziego, aby przed wydaniem wyroku dowiedział się od stron procesowych, czy posiadają materiały dowodowe związane ze sprawą. Art. 8 dotyczył protestacji składanych przed ogłoszeniem wyroku w odniesieniu do sprawy głównej, a art. 9 stwierdzał, że będzie dozwolone, aby obie strony stawiały zarzuty i odpowiadały na wszystko, czego potrzebują, zanim zostanie ogłoszony wyrok. Art. 10 i 11 opisywały zasady doręczenia pozwu, a także terminalność pozwu wynoszącą 1 tydzień (w kolejnych artykułach, w zależności od kategorii spraw, terminalność wynosiła maksymalnie 4 tygodnie). Art. 12–14 i 16 dotyczyły niestawiennictwa w wymaganych terminach, przesłanek je usprawiedliwiających i tegoż konsekwencji, a art. 15 zobowiązywał pozwanego do natychmiastowej odpowiedzi na pozew. Art. 17 i 18 kasowały wszystkie kolejne terminy dla obu

⁸ Pełna nazwa kodeksu: *Formula processus iudicarii terrarum Cracoviensis, Sandomiriensis, Lublinensis, Russiae, Belzensis et Podoliae, quam deinceps ab omnibus dignitariis, praefectis, iudicibus, subiudicibus et allis officialibus nostris et terrestribus ac castrensibus generaliterque ab omnibus subditis nistris terrarum praedictarum volumus et decernimus in omnibus iudiciis et actibus iuridicis scribendisque dicis seu citationibus firmiter observari.*

stron. Art. 19 stwierdzał, że właściwość sądów ziemskich obejmuje sprawy o znaczne kwoty, nieruchomości i ruchomości wobec możliwości apelowania od ich orzeczeń. Art. 20 i 21 przedstawiały sytuację, gdy pozwany nie stawiał się na drugi termin i powód uzyskał kondemnatę. A gdyby, po dopoznaniu, pozwany nie stawiał się ponownie powód bez konieczności złożenia przysięgi uzyskiwał wyrok zgodnie z roszczeniem powoda plus szkodę dołączoną do głównej sumy roszczenia. Kolejne artykuły (art. 22–32) opisywały postępowanie egzekucyjne z nieruchomości i konsekwencje różnych zachowań strony skazanej, włącznie z kolejnymi stopniami egzekucji. Opisana też została rola woźnego sądowego, szlachciców-świadków i urzędników grodzkich. Jeden z tych artykułów (28) zawierał formularz innotescencji, czyli pozwu związanego z postępowaniem egzekucyjnym z nieruchomości. Zgodnie z art. 33 przegrywający sprawę i niebędący w stanie wykonać wyroku nieposesjonat miał stawić się przed sądem grodzkim, który nakazywał zasięście w wieży. Art. 34 dotyczył zajazdu, a artykuł następny pozwalał stawiającego opór osadzić w wieży. Art. 36 m.in. nakazywał ukarać starostę niewykonującego wyroków lub wykonującego je niedbale karą 50 grzywien. Kolejne dwa artykuły regulowały postępowanie przed sądem grodzkim. Art. 39 dotyczył, jak wiadomo, apelacji, a art. 40 był jego uzupełnieniem pozwalając na końcu odwołać się do monarchy jako źródła powszechnej sprawiedliwości, a art. 41 rozstrzygał komu przysługiwały trzy grzywny – powodowi czy pozwanemu w przypadku odrzucenia lub przyjęcia apelacji.

Formula regulowała kolejno: proces o wykup dóbr posagowych z rąk wdowy (art. 42–44)^[9]; art. 45 dotyczył konsekwencji sprzeciwu szlachcica gołoty przy wykonaniu wyroku, po nim przedstawione zostały taksy kancelaryjne pisarzy (art. 46–52). Odrębny 53 art. opisywał właściwość sądów w sprawach zbiegłych kmieci^[10]. Ostatni merytoryczny zapis w tej części

⁹ Proces kobiety powtórnie zamężnej o dobra posagowe (czyli oprawa posagu i przywianek) miał charakter urzędowy i toczył się przed sądem ziemskim. Niestawiennictwo wdowy w pierwszym terminie skutkowało niestannym dla sądu i strony przeciwnej, w terminie zawitym, czyli drugim suma posagu i wiana mogły zostać złożone w kancelarii sądu i mogły być wydane, jeżeli po przybyciu do sądu przedstawiła ona rękojmców umacniających jej zobowiązanie do wydania spadkobiercom zmarłego poprzedniego męża wiana.

¹⁰ Zgodnie z treścią tego artykułu zakazane było rozpatrywanie tego typu spraw przez sąd patrymonialny; właściwym był sąd ziemski lub grodzki. Obowiązkową czynnością przedprocesową stało się aresztowanie zbiega. Woźny sądowy miał obowiązek oficjalnego potwierdzenia pobytu zbiega w obcym majątku. Od tego momentu pan-właściciel majątku był odpowiedzialny za zbiega i jego majątek.

regulował proces graniczny (art. 54–68); dołączono do niego formuły dwu pozwów stosowanych w tym procesie (art. 69–70). Kolejne dwa artykuły (art. 71–72) zawierały przepisy dotyczące terminów odprawiania roków ziemskich w województwie ruskim, dwa kolejne (art. 73–74) to formuły dotyczące odroczenia procesu, a część tę zamykał art. 75 dotyczący zagniewania pozwu. Analiza pierwszej części wskazuje na jej nieuporządkowany charakter. Rozmaite „wstawki”, o których tu wspomniano, były, zdaniem Oswalda Balzera, konsekwencją wprowadzenia zmian do tekstu w trakcie obrad sejmowych.

Z kolei część druga dzieliła się na kolejne dwie części. Pierwsza z nich (art. 76–86) zawierała formuły dotyczące rozmaitych inskrypcji dotyczących przede wszystkim dóbr nieruchomości. Część tę otwierało zalecenie dla urzędników sądowych, aby sprawdzali, czy strony zawierające umowę były pełnoletnie i zdrowe na umyśle. Część druga (art. 87–111) z kolei zawierała formuły rozmaitych pozwów, jakie należało składać w rozmaitych stanach faktycznych. Całość dotycząca formuł była jasna i klarowna.

Kontrakty to m.in. umowa o rentę wykupna (wyderkaf), darowizny, zamiany dóbr ziemskich, sprzedaży na wieczność i z zastrzeżeniem odkupu, zastawu dóbr ziemskich z dzierżeniem i bez dzierżenia (hipoteka), zapis na dożywocie między małżonkami, etc.

Wśród pozwów z kolei kodeks wymieniał m.in.: pozwy o podział majątku, o zranienie, o zabójstwo, o zniszczenie gaju i lasu, o zniszczenie znaków granicznych, przyprozew, czy przypowiaśc etc.

Formula nie była wyczerpującą kodyfikacją procesu sądowego, zwłaszcza nie unormowano w niej kwestii dowodów (zezwałała jednak obu stronom procesowym przedkładać w sądzie dowodów niepełnych, zarówno ustnych jak i pisemnych). Najwięcej przepisów dotyczyło postępowania egzekucyjnego. Przy opracowywaniu tekstu jej autorzy korzystali z artykułów sądowych zawartych w tzw. kodeksie dzikowskim,^[11] z umieszczonym

¹¹ Artykuły sądowe liczyły 39 artykułów dotyczących głównie procesu; w treści artykułów dominowały kwestie związane ze sprawami związanymi z kmieciami. Same artykuły są znane wyłącznie w wersji polskiej, choć pierwotnie był zapewne zredagowany po łacinie, powstał prawdopodobnie w 2. poł. xv w.; tekst: *Wybór źródeł do historii ustroju Polski*, z. 2, *Spisy prawa zwyczajowego koronnego*, wyd. Stanisław Kutrzeba, Adam Vetulani (Kraków: Seminarium Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1930), 17–30. Zob. Stanisław Kutrzeba, *Historia źródeł dawnego prawa polskiego* t. 1, cz. I (Lwów–Warszawa–Kraków: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1925), 103–104.

w Statucie Jana Łaskiego procesie małopolskim (z pewnymi zmianami)^[12] i – w niewielkim zakresie – z *Processus iuris* z tegoż Statutu,^[13] choć widać też zapożyczenia z prawa rzymskiego i kanonicznego.

Rozwiązania przyjęte w kodeksie szły w kierunku skrócenia i uproszczenia postępowania oraz usuwania formalistyki procesowej. Do najważniejszych zmian należało:

- wprowadzenie apelacji^[14];
- zniesienie opłaty od wyroków przedstanowczych;
- stosowanie pozwów pisemnych i przedstawienie formuł różnego ich rodzaju, także uproszczenie także ich doręczenie – woźny, gdy nie zastał pozwanego w domu, mógł go położyć we dworze lub oddać włodarzowi a nawet poddanemu chłopu;
- ograniczenie liczby dylacji dla obu stron, w zasadzie już drugi termin był zawity;

¹² *Constitutiones terrae Cracoviensis*, tekst liczył 40 artykułów, został wydrukowany w wersji łacińskiej i polskiej, *Wybór źródeł do historii ustroju Polski*, z. 2, 31–48. Zob. Stanisław Kutrzeba, *Historia źródeł dawnego prawa polskiego*, 104–105.

¹³ *Processus iuris* Jana Łaskiego z r. 1506; liczył 33 artykuły, podzielne na trzy części (odkładanie roków sądowych, egzekucji wyroków przed sąd i egzekucji starościńskiej) tekst: *Wybór źródeł do historii ustroju Polski*, z. 2, 49–60. Zob. Stanisław Kutrzeba, *Historia źródeł dawnego prawa polskiego*, 106–107.

¹⁴ Był to art. 39: W przypadku jednak, gdy ktoś będąc prawem pokonany nie chciałby przyjąć wyroku sędziego, chcemy, aby to było jako prawo przestrzegane, iżby każdemu wolno było od wyroku sądu ziemskiego lub grodzkiego nie w drodze nagany sędziego, lecz po prostu ustnie apelować do roków generalnych, które winny być odprawiane corocznie, ilekroć wypadnie, w czasie wielkiego postu w miejscach do tego wyznaczonych. W rokach tych obowiązani będą brać udział baronowie królestwa, a mianowicie wojewoda, kasztelan i inni dostojnicy i urzędnicy tej ziemi, pod karami wymienionymi w statucie. A w braku roków generalnych strona apelująca będzie mogła sprawę tę swoją, mocą swojej takiej apelacji dalej prowadzić przeciwko stronie przeciwnej, apelacją dotkniętej, na walnym sejmie królestwa, który będzie najbliższy, i będzie mogła sprawiedliwości swojej dochodzić, a sędzia, od którego się odwołuje, czyli apeluje, będzie wolny od wszelkiego zarzutu. Jednak sąd, od którego wniesiono apelację, obowiązany będzie wydać stronom spór wiodącym na piśmie ze swoich akt żałoby i odpowiedzi i ich kontrowersje oraz wyznaczyć im termin na rokach generalnych, a w braku roków przed Jego Królewską Mością jak wyżej – zob. *Wybór tekstów źródłowych z historii państwa i prawa polskiego*, oprac. Jakub Sawicki, t. I, cz. 1 (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1952), 119.

- ustalenie skutków niesprawności pozwu, błędy formalne nie powodowały upadku w sprawie, powód miał zapłacić karę – 12 skojców, po 6 skojców sądowi i pozwanemu;
- ustalenie terminów pozwania – najpóźniej na 1 tydzień przed terminem rozprawy, a w sądzie sejmowym – 4 tygodnie;
- podstawową formą egzekucji miała być egzekucja z nieruchomości, jej ciężar został przesunięty z sądu na rzecz starosty i jego urzędu;
- wprowadzenie banicji orzekanej przez starostę dla wzbraniających intrumisji w dobra na mocy wyroku sądu.

Na koniec zwróćmy uwagę na ważny, a niedoceniony przepis zawarty w art. 7, w którym zobowiązano sądu, aby obie strony postępowania (zwłaszcza ludzie prości) mogły przed *litis contestatio* w sposób właściwy przedstawić swoje pretensje i przedstawić stosowne dowody

Reasumując, *Formula processus*, choć daleka od doskonałości, była dziełem bardzo przydatnym, stojąca na niezłym poziomie prawniczym.

Miała być pierwszą z kodyfikacji ziemskiego prawa koronnego, okazała się jedyną, co prawda modyfikowaną później w pewnych szczegółowych kwestiach. Dość zaskakującym wydaje się fakt, że mimo iż przepisy kodeksu znalazły, jak się wydaje, powszechne zastosowanie. *Formula* nie cieszyła się zbyt dużą popularnością u współczesnych. Dla przykładu, autorzy korektury z 1534 r., wykorzystując *Formula* niemal w całości, starali się w ogóle o niej nie wspominać, pamiętając jaki sprzeciw na sejmie z 1523 r. budziła^[15]. To samo dotyczyło zwodów prywatnych. Jako przykład może posłużyć wydany w tym samym niemal czasie, bo pierwszy raz w 1559 r. układ Jana Palczowskiego, który cieszył się dużą popularnością (kolejne wydania w latach 1561, 1563, 1565 i 1579). Nosił on tytuł Ustawy prawa polskiego najpotrzebniejsze, krótko z łacińskiego wybrane, na polski język przełożone i składał się z 38 rozdziałów. Treść zbioru i poszczególnych jego części zawierała przede wszystkim fragmenty rozmaitych aktów prawnych. Palczowski najczęściej powoływał się przede wszystkim na statuty

¹⁵ W Korekturze umieszczone zostały 104 artykuły *Formulae*, w tym 45 bez żadnych zmian (stanowiło to nieco ponad 11% zawartości Korektury). Pominięte zostały art. 8, 9, 14, 15, 53, 71 i 72; zob. Waław Uruszczak. *Korektura praw z 1532 roku. Studium historycznoprawne*, t. I (Warszawa-Kraków: PWN, 1990), 22-23; także: Aneks. Tablice synoptyczne, 242-262. Art. 53 dotyczył właściwości sądów w sprawach o zbiegłych kmieci, natomiast art. 71 i 72 dotyczyły terminów odprawiania roków ziemskich w województwie ruskim.

Kazimierza Wielkiego, a następnie przywileje Władysława Jagiełły, przywileje Jana Olbrachta, Aleksandra Jagiellończyka i Zygmunta Starego^[16]. *Formula processus* została przytoczona *expressis verbis* tylko w sześciu przypadkach, przede wszystkim w rozdziale o granicach dotyczącym procesu granicznego (pięciokrotnie); jeden przypadek „O paniach wiennych” dotyczył postępowania o wykup dóbr oprawnych wdowy powtórnie zamężnej^[17].

Z kolei w stosunkowo mało znanym spisie Krzysztofa Podkańskiego z 1608 r. z *Formulae* wykorzystano dwa jej artykuły (na 24)^[18]. Akcentowano głównie wady kodeksu, pomijając zalety. Stąd aż do początków XVII stulecia miały go poprawić i uzupełnić kolejne powoływane przez sejm komisje, wszystkie te wysiłki okazały się bezskuteczne. Ponadto, liczne opracowania prywatne w zasadzie się do niej nie odwoływały, a powoływały się chętnie na wcześniejsze urzędowe źródła prawa na czele ze Statutami Kazimierza Wielkiego.

Inaczej wyglądała praktyka. Od końca XVI stulecia przepisy *Formulae processus* znalazły powszechne zastosowanie w postępowaniach przed sądami szlacheckimi, choć niewątpliwie stosowano je selektywnie. Przede wszystkim nie udało się na dłuższy okres ani skrócić, ani uprościć całości postępowania. Wprowadzenie apelacji tylko w niewielkim stopniu i to na krótko przyspieszyło postępowanie sądowe – dość szybko szlachta zorientowała

¹⁶ Palczowski na konstytucje Zygmunta Starego powoływał się wielokrotnie, korzystał tu, jak się wydaje, z różnych konstytucji zamieszczonych w Statucie Zygmunta I z 1524 r.; *Statuta Sigismundi I Poloniae regis in conventibus generalibus a. 1507-1523*, edita, Cracoviae: 1524. Konstytucje ze zbioru wydał Oswald Balzer w *Corpus Iuris Polonici*. Sectionis primae. vol III et IV, Cracoviae: 1906-1910.

¹⁷ Gdy Páni Wiánna będąc wdową idzye zá infzego męża tedy bliźszy onego imienia co ie dzyerzáłá w wienie mogá iá pozwać do fądu Zyemskiego álbo ku kfięgom gđzyeby kfięgi leżały ktora iefli ná pierwfzym roku nieftánie tedy winę nieftánia przepada: A ná wtorym roku iáko ná záwitym ma ftać á wedle fwego przywileiu pieniądze przynieść á z imienia zftápić poftáwiwfzy rękoymie dobrze ośiádlé o to iż fię po iey fmierci przywiánek wroci ná potomki mężá iey pierwfzego. A iefliby páni Wienna ná roku wtorym nieftáłá tedy powod ma pieniądze położyć do Káncelláryey á Sąd ma iemu imienie przykázáć: ktore pieniądze w Káncelláryey máiá ták długo leżeć/ áz páni Wienna wczyni rok ftronie pozwem ktora dáłá pieniądze do Káncelláryey á ftáwi pewne rękoymie około wrocenia przywiáunku przyiácielóm męża. Por. z art. 42-44 *Formula processus*.

¹⁸ „Poprawa praw i sposób statutu spisane go podług Konstytucyey anni 1589. 1601. 1607. Wydany i spisany przez X. Chrystopha Podkańskiego, w Krakowie 1608”, [w:] *Dwie broszury prawne z r. 1602 i 1606*, wyd. Bolesław Ulanowski (Kraków: Nakładem Polskiej Akademji Umiejętności, 1920), 34-35. Są to artykuły: *O pozwiech* i *O dotkniionych u sądu*.

się z możliwości wykorzystywania Trybunału Koronnego do przewlekania spraw i przysłowiowe piniactwo miało się całkiem dobrze. Dodajmy, że pośrednim skutkiem przyjętych w *Formula* rozwiązań był bujny rozwój palestry. Nie udało się także uproszczenie i skrócenie samego procesu. Już w połowie XVII w. nastąpiło przedłużenie postępowania i ponowna jego formalizacja oraz skomplikowanie; w początkach XVIII stulecia stadia rozprawy zostały rozbudowane z trzech do pięciu. Ponadto, skrócenie postępowania wprowadzone przez *Formula processus* doprowadziło do znacznego zwiększenia liczby wyroków zaocznych (kondemnat); dopiero dwie lub trzy kondemnaty miały walor wyroku wydanego w normalnym postępowaniu. W XVIII w. wprowadzono też – najpierw w drodze praktyki, a następnie ustawowo – wznowienie procesu. Można było go wznowić w razie znalezienia nowych dokumentów, o których strona przed wydaniem wyroku nie wiedziała lub gdy Trybunał wydał wyrok-prejudykat przywłaszczający sobie moc ustawy. Możliwość kasowania wyroków trybunalskich przewidywały konstytucje z lat 1627^[19] i 1638^[20], a ostatecznie sprecyzowała ich tryb konstytucja z 1726 r. o korekturze Trybunału Koronnego^[21]. Różnorodność środków odwoławczych, przede wszystkim kasacja, były jedną z podstawowych przyczyn długotrwałości procesów sądowych.

Niezależnie od późniejszych rozwiązań mimo wszystko trudno przecenić znaczenie *Formalae processus* dla staropolskiego wymiaru sprawiedliwości. Swoją moc obowiązującą zachowała do końca istnienia szlacheckiej Rzeczypospolitej.

Dodajmy na koniec, że uwagi dotyczące małej popularności *Formalae processus* dotyczą także czasów współczesnych. Poza uwagami Balzera poczynionymi przy okazji wydania kodeksu na początku XX wieku i kilkunastu wzmiankami u Wacława Uruszczaaka wszyscy autorzy podręczników o kodeksie wspominają ograniczając się wszakże do poru zdań jego ogólnej charakterystyki. Nigdy też, poza niewielkimi fragmentami^[22],

¹⁹ Konstytucja sejmu warszawskiego z 1627 r. O dekreтах trybunalskich, vL, t. III, f. 547, 263, p. 13.

²⁰ Konstytucja sejmu warszawskiego z 1638 r. O dekreтах Trybunalskich w Koronie, y w W.X. Litewskim, vL, t. III, f. 936, 444, p. 20.

²¹ Konstytucja sejmu grodzieńskiego 1726 r. Trybunał Koronny, art. 88, vL, t.VI, f. 436, 224.

²² Dziesięć artykułów w języku polskim przedstawił Adam Moniuszko, *Prawo sądowe Rzeczypospolitej szlacheckiej (XVI-XVIII w.). Zarys wykłady z wyborem źródeł* (Warszawa: Camipdoglio, 2017), 66–68; a siedem Sawicki, *Wybór tekstów źródłowych z historii państwa i prawa polskiego*, 118–119.

nie przetłumaczono też *Formulae processus* na język polski, co przy dzisiejszym braku znajomości łaciny znakomicie utrudnia znajomość kodeksu przez szerszy krąg odbiorców.

Bibliografia

- Dwie broszury prawne z r. 1602 i 1606, wyd. Bolesław Ulanowski. Kraków: Nakładem Polskiej Akademii Umiejętności, 1920.
- Kutrzeba Stanisław, *Historia źródeł dawnego prawa polskiego*, t. I. Lwów–Warszawa–Kraków: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1925.
- Lubczyński Mariusz, „Wykazy posłów sejmowych z lat 1507–1512” *Kwartalnik Historyczny*, z. 3 (2015): 509–537.
- Moniuszko Adam, *Prawo sądowe Rzeczypospolitej szlacheckiej (xvi–xviii w.). Zarys wykładu z wyborem źródeł*. Warszawa: Camipdoglio, 2017.
- Uruszczak Waław, *Korektura praw z 1532 roku. Studium historycznoprawne*, t. I. Warszawa–Kraków PWN, 1990.
- Uruszczak Waław, *Próba kodyfikacji prawa polskiego w pierwszej połowie xvi wieku*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1979.
- Volumina Legum*, t. I–VI, Petersburg: nakł. Józafata Ohryzki, 1859–1860.
- Wybór tekstów źródłowych z historii państwa i prawa polskiego*, oprac. Jakub Sawicki, t. I, cz. 1. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1952.
- Wybór źródeł do historii ustroju Polski*, z. 2, *Spisy prawa zwyczajowego koronnego*, wyd. Stanisław Kutrzeba, Adam Vetulani. Kraków: Seminarium Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1930.



JACEK PRZYGODZKI

Uwagi o obowiązywaniu francuskiego Kodeksu procedury cywilnej w Księstwie Warszawskim

Notes on the Validity of the French Code of Civil Procedure in the Duchy of Warsaw

The author presents the issues of the reception of the French Code of Civil Procedure on the territory of the Duchy of Warsaw. This process was different from the Napoleonic Code. The minister of justice, Feliks Łubieński, ruthlessly broke the resistance of politicians and the legal environment against the implementation of the French civil code. Concerning the civil procedure, the minister kept far-reaching pragmatism because judges had just started to acquaint themselves with the regulations of this procedure, which was often doubtful and not clear, and the interpretation was possible only by analyzing the French tradition of judiciary.

JACEK PRZYGODZKI doktor habilitowany nauk prawnych

profesor Uniwersytetu Wrocławskiego

ORCID – 0000-0003-2459-933X / e-mail: jacek.przygodzki@uwr.edu.pl

SŁOWA KLUCZOWE: procedura cywilna, Kodeks postępowania cywilnego, Kodeks Napoleona, Jean-Baptiste Treilhard, Eustache-Nicolas Pigeau, Antoine-Jean-Armand-Matthieu Séguier, Thomas Berthereau, Feliks Łubieński, Księstwo Warszawskie, Fryderyk August Wettny

KEYWORDS: civil procedure, Code of Civil Procedure, Napoleonic Code, Jean-Baptiste Treilhard, Eustache-Nicolas Pigeau, Antoine-Jean-Armand-Matthieu Séguier, Thomas Berthereau, Feliks Łubieński, Duchy of Warsaw, Fryderyk August Wettny

Powstanie Księstwa Warszawskiego, będące konsekwencją ustaleń tylżyckich, pozwalało na wdrożenie zupełnie nowych rozwiązań prawnych, nieznanymi na ziemiach polskich. Twórca Księstwa Napoleon Bonaparte dążył do wprowadzenia na tym terenie francuskich zdobyczy legislacyjnych. Traktat tylżycki zapowiadał nadanie konstytucji dla Księstwa i cesarz Francuzów zamierzał jak najszybciej z tego obowiązku się wywiązać. Polskie elity polityczne na audiencjach z Napoleonem sugerowały wdrożenie zdobyczy ustrojowych pochodzących z czasów Rzeczypospolitej szlacheckiej. Jednak cesarz nie zamierzał skorzystać z tych sugestii, a jego podstawowym celem było ustanowienie takiego ustroju, który opierałby się na zasadach rewolucji francuskiej^[1].

Finalnie 22 lipca 1807 r. Napoleon Bonaparte nadał konstytucję dla Księstwa Warszawskiego. Była ona zwięzła, składała się z 12 tytułów i 89 artykułów. Wzory nowoczesnego państwa burżuazyjnego, jakim była Francja, były ewidentnie widoczne w tekście konstytucji. Po raz pierwszy wprowadzono na ziemiach polskich jednolite obywatelstwo, a w artykule czwartym znoszono niewolę oraz wprowadzono równość w obliczu prawa dla obywateli Księstwa. Od tej pory wprowadzono jednolity system sądownictwa oraz równość obywateli przed obliczem prawa, opartego na wielkich kodyfikacjach napoleońskich^[2].

Tytuł dziewiąty ustawy zasadniczej poświęcono porządkowi sądowemu. Fundamentem tej części konstytucji było stwierdzenie, że podstawą prawa cywilnego miał być Kodeks Napoleona, a postępowanie sądowe miało być publiczne i niepodległe. Według artykułu 73 sędziowie pokoju mieli być mianowani przez króla z potrójnej liczby kandydatów przedstawionych przez sejmiki powiatowe, a odnawiać się mieli co dwa lata. Kolejne dwa artykuły zapewniały niezawisłość sędziowską, a także niezależność sądów od innych władz, co ściśle wiązało się z zasadą nieusuwalności sędziów, których dożywotnio mianował monarcha na wniosek Ministra Sprawiedliwości. Do króla należało również prawo łaski, w jego imieniu wydawano też wyroki sądowe^[3]. Miano również wprowadzić przepisy francuskiej procedury cywilnej.

¹ Barbara Grochulska, *Księstwo Warszawskie* (Warszawa: Wiedza Powszechna, 1966), 120 i n.; Maciej Lorent, *Między Jeną a Tylżą* (Warszawa: Druk Piotra Laskauera i s-ki, 1902), 61–80; Marian Kukiel, *Dzieje Polski porozbiorowej 1795–1921* (Londyn: B. Świdorski, 1961), 112 i n.; *Pamiętniki Józefa Wybickiego senatora wojewody Królestwa Polskiego* (Lwów: Nakładem Księgarni Gubrynowicza i Schmidta, 1881), 247–248.

² *Dziennik Praw Księstwa Warszawskiego*, t. I (Warszawa, 1810).

³ *Ibidem*; Stanisław Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. 2 (Kraków: Księgarnia Akademicka, 2002), 189; Marian Kallas, „Powstanie i ustrój

Ministrem sprawiedliwości został mianowany Feliks Łubieński, który w czasach rządów Komisji Rządzącej pełnił funkcję dyrektora sprawiedliwości. Nominację ogłosił 5 października 1807 r. komisarz królewski hrabia Jan Adolf Schönfeld. To właśnie Łubieński miał wdrażać Kodeks Napoleona i wprowadzić nową organizację wymiaru sprawiedliwości, jak również procedurę cywilną. Jego pozycja była bardzo wysoka, ponieważ miał zastępować prezesa Rady Ministrów i Rady Stanu Stanisława Małachowskiego^[4].

Obok Kodeksu Napoleona miano wprowadzić kodeks procedury cywilnej. Należy zauważyć, że proces uchwalania procedury cywilnej we Francji był inny niż w przypadku kodeksu cywilnego. Cesarz osobiście przewodniczył obradom Rady Stanu, na których debatowano nad przepisami kodeksu cywilnego przed przesłaniem ich do Trybunatu. Napoleon nie zawahał się zmienić skład Trybunatu w sytuacji, kiedy jego członkowie ostro zaatakowali projekt nowych rozwiązań legislacyjnych^[5]. Fakty te pokazują jak ważne było dla cesarza Francuzów uchwalanie nowego kodeksu cywilnego. Do kanonów powiedzeń prawniczych wszedł cytat z samego cesarza: „Istotną moją sławą jest nie to, żem wygrał bitew 40... Waterloo zatrze pamięć mych zwycięstw... Ale nic nie zniweczy mojego kodeksu, który będzie trwał wiecznie”^[6].

Procedura cywilna uchwalana w sposób odmienny. Powołano do życia specjalną Komisję, która miała przygotować projekt nowej procedury. Na jej czele stanął doświadczony prawnik, adwokat przy Parlamencie Paryża – Jean-Baptiste Treilhard. Był on również przewodniczącym Konstytuanty, Konwentu i członkiem Dyrektoriatu. Kolejni członkowie byli także doświadczonymi jurystami okresu *ancien régime*’u. Eustache-Nicolas Pigeau, był adwokatem przy Parlamencie Paryża, ale i teoretykiem,

Księstwa Warszawskiego (1807–1815)” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia. Sectio F t. LVII (2007): 30–32.*

⁴ Tadeusz Mencel, *Feliks Łubieński. Minister sprawiedliwości Księstwa Warszawskiego (1758-1848)* (Warszawa: Nakładem Towarzystwa Naukowego Warszawskiego, 1952), 56; Bronisław Zamorski, „Dzieje dyplomacji po rozbiórce Polski” *Postęp. Dwutygodnik Literacko-Polityczny*, nr 5 (1864): 55; Henryk Konic, „Napoleon jako budowniczy Państwowości Polskiej” *Gazeta Sądowa Warszawska*, nr 19–20 (1921): 150; Michał Rostworowski, *Rada Ministrów i Rada Stanu Księstwa Warszawskiego. Przyczynek do dziejów ich organizacji* (Kraków: Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego pod zarządem Józefa Filipowskiego, 1911), 7–8.

⁵ Katarzyna Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne XIX wieku* (Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 1973), 91–92.

⁶ Karol Lutostański, „Znaczenie prawodawstwa Napoleona dla Polski” *Gazeta Sądowa Warszawska*, nr 19–20 (1921): 147.

który jeszcze przed 1789 r. wydał kilka dzieł poświęconych procedurze cywilnej, a od 1805 r. wykładał procedurę cywilną na wydziale prawa w Paryżu. Kolejny członek komisji – Antoine-Jean-Armand-Matthieu Séguier – przed wybuchem Rewolucji pełnił funkcję zastępcy prokuratora generalnego przy Parlamencie Paryża. Od 12 lutego 1802 r. pełnił funkcję komisarza rządowego w departamencie Seine (Paryż), a w grudniu tego samego roku objął stanowisko przewodniczącego paryskiego trybunału apelacyjnego. Ostatni członek komisji – Thomas Berthereau – był prokuratorem w Châtelet, czyli sądzie prewota Paryża, a w okresie I Cesarstwa przewodniczył trybunałowi pierwszej instancji w departamencie Seine^[7]. Możemy zauważyć, że udział Napoleona w pracach nad procedurą cywilną był niewielki, co potwierdzało pogląd cesarza o prymacie prawa materialnego nad przepisami proceduralnymi.

Członkowie komisji pamiętając czasy nadużyć związanych z rewolucyjnymi próbami nadmiernego upraszczania i ograniczania postępowania sądowego, postanowili oprzeć się na sprawdzonych i znanych przepisach ordonansu Ludwika XIV o postępowaniu cywilnym z 1667 r.^[8] Anna Klimaszewska w swoim artykule podała trafny cytat pochodzący z okresu prac nad procedurą cywilną, wskazujący główny kierunek prac legislacyjnych: „[...] prezentując projekt kodeksu 4 kwietnia 1806 r. przed Ciałem Ustawodawczym, Jean-Baptiste Treilhard podkreślał, iż komisja »usuwając bezpowrotnie wszystko, co było złe lub tylko bezużyteczne, zachowała nabożnie wszystko, co było istotne«. W trakcie prac nad kodeksem zaznaczano: »odrzucając wszelkie uprzedzenia, nie zawahaliśmy się zachować wszystkiego tego, co wydało nam się mądre i użyteczne w rozporządzeniach dotyczących procedury, w szczególności w ordonansie z 1667 r., a zachowaliśmy wiele«. Członek Trybunatu Louis-Joseph Faure podkreślał również, iż »Redagując Kodeks [...] woleliśmy raczej skorzystać z lekcji przeszłości, szczególnie zaś wagę przywiązywaliśmy do tego, aby zachować to, co było dobre«”^[9].

⁷ Anna Klimaszewska, „Francuski Kodeks procedury cywilnej z 1806 roku – kodeks Napoleona Bonaparte czy Ludwika XIV?” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 1 (2017): 15.

⁸ Loïc Cadiet, „Le nouveau Code de Procédure civile français, vingt-cinq ans après” *Derecho PUCP*, 53 (2000): 670–671, 669–692. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.018>.

⁹ Klimaszewska, „Francuski Kodeks procedury cywilnej”, 14; Serge Dauchy, *La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806. 1806–1976–2006. De*

Ostatecznie w dniach od 14 do 29 kwietnia 1806 r. uchwalono kilka ustaw, które finalnie weszły w życie jako napoleoński Kodeks procedury cywilnej – *Code de procédure civile*. Dzielił się na dwie części, a każda z nich dzieliła się na księgi i tytuły. Pierwsza część – Postępowanie sporne wraz z egzekucją (artykuły od jeden do 811) składała się z pięciu ksiąg, a druga – Niektóre rodzaje postępowania niespornego i sądy polubowne (artykuły 812 do 1028) – z trzech. Na końcu umieszczono kilka postanowień ogólnych w artykułach od 1029 do 1042 określających rodzaj lub etapy postępowania^[10].

Francuski kodeks procedury cywilnej 1806 roku zapożyczył z postanowień ordonansu z 1667 r. jego najważniejsze elementy jak ustność, jawność i swoboda oceny dowodów. Procedura napoleońska nie formułowała wprawdzie żadnych zasad procesowych, jednak można je wywieźć z postanowień szczególnych kodeksu. Wymieniano tu zasadę równości stron, kontradiktoryjność, dyspozycyjność, koncentrację materiału procesowego, ustność, swobodną ocenę dowodów oraz formalizm^[11].

Jak zostało wskazane powyżej, minister sprawiedliwości Feliks Łubieński był zobowiązany do wdrożenia francuskich rozstrzygnięć prawnych. Wprowadzenie kodeksu cywilnego odbywało się z dużymi oporami. Elity księstwa warszawskiego na czele z prezesem Rady Stanu i Rady Ministrów Stanisławem Małachowskim, były przeciwne szybkiemu wdrożeniu przepisów francuskich. Małachowski powoływał się na rozmowę cesarza Francuzów z członkami Komisji Rządzącej w Dreźnie, w trakcie której Napoleon miał powiedzieć, że „Kodeks Cywilny nie musi być „nieodzownym prawem”, a wzorem do naśladowania w tworzeniu najlepszych rozwiązań prawnych obowiązujących na ziemiach polskich”. Taki pogląd powtórzył na posiedzeniu Rady Stanu w dniu 16 października 1807 r. Podobne zdanie Małachowski przedstawił Fryderykowi Augustowi Wettynowi w trakcie

la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France, Cour de cassation (Paris: Hal, 2006).

¹⁰ *Code de procédure civile*, Edition de l'imprimerie ordinaire du Corps législatif., a Paris, Chez Rondonneau, au Dépôt des Lois 1806., 1–198. Source: gallica.bnf.fr / BnF.

¹¹ Władysław Sobociński, *Historia ustroju i prawa Księstwa Warszawskiego* (Toruń: Wydawnictwo Towarzystwa Naukowego w Toruniu, 1964), 259; Alain Wijffels, „The Code de procédure civile (1806) in France, Belgium and the Netherlands”, [w:] *The French Code of civil procedure (1806) after 200 years: the civil procedure tradition in France and abroad = Le bicentenaire du Code de procédur civile (1806): la tradition de la procédure civile en France et à l'étranger*, red. C.H. van Rhee, Dirk Heirbaut, Matthias Storme (Mechelen: Wolters Kluwer, 2008), 15–19.

jego pierwszej wizyty w Księstwie. Jednak zostało ono odrzucone przez księcia warszawskiego, a konsekwencją takiej decyzji była dymisji Prezesa Rady Ministrów i Rady Stanu^[12].

Nowy prezes Rady Ministrów i Rady Stanu Ludwik Gutakowski również należał do wrogów szybkiego wdrażania francuskich rozwiązań prawnych, przede wszystkim Kodeksu Napoleona. Widząc to Minister Sprawiedliwości w bezpośredniej korespondencji z królem, z pominięciem Rady i jej prezesa, uzyskał potwierdzenie od monarchy terminu 1 maja 1808 r. wprowadzania Kodeksu Napoleona na ziemiach Księstwa Warszawskiego jako prekluzji zawitej. Taką decyzję uznał dekret królewski z 27 stycznia 1808 r. Jednak część członków Rady Stanu jeszcze raz zwróciła się do Fryderyka Augusta o odroczenie terminu, powołując się na piętrzące się kłopoty organizacyjne. Wniosek do króla poparli, obok prezesa Rady Ludwika Gutakowskiego, minister-sekretarz stanu Stanisław Breza, minister skarbu Tadeusz Mostowski oraz minister policji Aleksander Potocki. Jednak wniosek został odrzucony, a książę warszawski dekretem z 23 kwietnia 1808 r. nakazał utrzymanie terminu majowego^[13]. W tak trudnych okolicznościach wdrażano w Księstwie francuskie, cywilne prawo materialne.

Należałoby zadać pytanie, czy podobne kłopoty i opór występowały przy wprowadzaniu francuskiej procedury cywilnej? Miała przecież „obowiązywać tymczasowo, do czasu, nim stałe przepisy nastąpią”. Jednak po analizie dostępnych źródeł możemy zauważyć, że minister Feliks Łubieński,

¹² *Protokoły Rady Stanu Księstwa Warszawskiego*, t. 1, cz. 1, wydał Bronisław Pawłowski (Toruń-Łódź-Warszawa: Towarzystwo Naukowe-Polskie Wydawnictwo Naukowe, 1960), 312–313; Tadeusz Mencil, *Feliks Łubieński. Minister sprawiedliwości Księstwa Warszawskiego (1758-1848)* (Warszawa: Nakładem Towarzystwa Naukowego Warszawskiego, 1952), 57–59; Józef Koredczuk, „Związek reform prawa cywilnego z reformami administracyjnymi w Księstwie Warszawskim”, [w:] *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin prof. nadzw. uwr dra hab. Jana Jeżewskiego*, red. Jerzy Korczak (Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, 2018), 234.

¹³ *Dziennik Praw Księstwa Warszawskiego*, t. 1, nr 2, 46; Piotr Pomianowski, „Z problematyki rozwodów w Księstwie Warszawskim” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 2 (2013): 106–107; Stanisław Grodziski, „Wpływ »Code civil« oraz innych kodyfikacji napoleońskich na ziemiach polskich (część I)” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 2 (2005): 65; Mencil, *Feliks Łubieński*, 60–61; Koredczuk, *Związek reform prawa cywilnego*, 234–235; Marek Krzymkowski, „Stosowanie przedrozbiorowego prawa polskiego w Księstwie Warszawskim w świetle orzecznictwa Sądu Kasacyjnego”, *Z Dziejów Prawa*, t. XIII (2020): 140.

główny orędownik systemów francuskich, w tej kwestii zaczął się kierować daleko posuniętym pragmatyzmem. Zdawał on sobie sprawę, że postępowania cywilne muszą być prowadzone, a sędziowie szybko winni przyswoić sobie nowe rozwiązania prawne. Tekstem autentycznym kodeksu był tekst francuski, takiego charakteru nie miało tłumaczenie Antoniego Łabędzkiego, mimo że wydał go na zlecenie ministra Łubieńskiego w 1807 i 1810 r. Sam kierownik resortu sprawiedliwości naciskał, aby sędziowie korzystali z podręcznika francuskiego *Le Praticien Françes*. Jednak wielu sędziów nie mogło korzystać z tego dzieła, ponieważ nie znała na odpowiednim poziomie języka francuskiego. Stąd pierwsze oceny procedury były negatywne. Podobnie jak we Francji, tak i w Księstwie podnoszono jej wady polegające na zbytnim formalizmie, przewlekłości i kosztowności postępowań w sprawach cywilnych. Ponadto, podnoszono wadliwość francuskich przepisów egzekucyjnych wobec dłużnika – drobiazgowych, sformalizowanych wielce rygorystycznych – które stały w rażącej sprzeczności z tradycjami przedrozbiorowymi^[14].

Obowiązywanie procedury francuskiej w Księstwie napotykało trudności ze względu na to, że w praktyce dopiero zapoznano się z jej przepisami, często niejasnymi i wątpliwymi, dającymi się wytłumaczyć tylko poprzez analizę francuskiej tradycji sądowej. Dlatego Łubieński postanowił wydać instrukcję z 23 maja 1808 r., która upoważniła sądy Księstwa Warszawskiego do układania dla siebie tak zwanych organizacji wewnętrznych, czyli regulaminów. Była to decyzja zaskakująca, ponieważ minister godził się na stworzenie podstaw do kształtowania się własnej praktyki proceduralnej, często w oparciu o stare przepisy z okresu Rzeczypospolitej szlacheckiej, głównie w sprawach przygotowania spraw, wyrokowania i rodzajów oraz prowadzenia ksiąg sądowych. Było to sprzeczne z praktyką francuską, gdzie wewnętrzne urządowanie sądów było regulowane dekretem Napoleona *Réglement pour la police et la discipline des cours et tribunaux* z 30 marca 1808 r.^[15]

Z instrukcji ministra Łubieńskiego zaczęły chętnie korzystać sądy. Znamy kilka regulaminów uchwalanych przez trybunały. I tak 23 lipca 1808 r. regulamin uchwalili trybunał płocki, znamy również regulamin trybunału

¹⁴ Katarzyna Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, wyd. 10 (Warszawa: Lexis Nexis, 2005), 339.

¹⁵ *Décret du 30 mars 1808 contenant règlement pour la police et la discipline des cours et tribunaux; Décret impérial du 30 mars 1808 contenant règlement pour la police et la discipline des cours et tribunaux*. Strada lex Luxembourg [dostęp: 23.08.2023]; Sobociński, *Historia ustroju i prawa*, 262.

radomskiego z 20 stycznia 1811 r. Jednak jednym z najlepszych i ściśle opartym na francuskich przepisach proceduralnych był regulamin Trybunału cywilnego łomżyńskiego, przygotowany pierwotnie 16 czerwca 1808 r., a następnie potwierdzony na ogólnym zebraniu wszystkich członków trybunału 14 października 1809 r. oraz 24 października 1810 r. Wzorowały się one na francuskim dekrete z 30 marca 1808 r. Co więcej, na polecenie Ministra Sprawiedliwości pisarz trybunału łomżyńskiego Feliks Paweł Szredziński przełożył na język polski francuski dekret z 30 marca 1808 r. pod tytułem Urządzenie policyi i porządku w sądach apelacyjnych i trybunałach. Ocena łomżyńskiego regulaminu była wysoka. W trakcie pierwszej ogólnej ministerialnej rewizji sądownictwa stwierdzono, że ten trybunał najwierniej trzymał się francuskich przepisów proceduralnych^[16].

Kwestie urzędowania wewnętrznego sądu spletały się z procedurą „zewnętrzną”, czyli kontaktami obowiązującymi między stronami, istniała więc duża różnorodność praktyki w sądach księstwa. Droga regulaminów trybunałów utrzymywano dawne instytucje sądowe I Rzeczypospolitej, niezgodnie z przepisami procedury francuskiej. W takiej sytuacji Feliks Łubieński, kierownik resortu sprawiedliwości, dążył do ujednoczenia praktyki sądowej poprzez wysyłanie różnego rodzaju pism i ogólników. Pierwszy został przygotowany 2 maja 1811 r., a dotyczył procedury wydawania wyroków przygotowawczych, przedstanowczych, czy zaocznych oraz wniosków illacyjnych stron. Następnie rozporządzenia z 21 lutego 1812 r. dla sądu apelacyjnego oraz z dnia 17 września 1812 r. dla pozostałych trybunałów cywilnych, uregulowały prowadzenie rejestrów wpisowych wokandy dla spraw już przygotowanych, a także inne rejestry. Dla spraw specjalnych w trybunałach cywilnych wprowadzono wtedy – wbrew poprzedniej praktyce – rejestry ogólne dla wszystkich wydziałów i rozdział spraw między wydziały przy pomocy losowania, inaczej niż we Francji, gdzie podziału dokonywał prezes Trybunału^[17].

Pragmatyczna postawa ministra Łubieńskiego doprowadziła do sytuacji, że zaczęła się kształtować procedura cywilna, która odbiegała od dosłownego brzmienia francuskich rozwiązań legislacyjnych. Przykładami takich odstępstw była próba jednania, przed rozpoczęciem sporu, przed

¹⁶ August Heylman, *Wykład historyczno-praktyczny porządku i postępowania wewnętrznego w sądzie appellacyjnym i trybunałach cywilnych Królestwa Polskiego* (Warszawa: Drukarnia przy ulicy Długiej No 591, 1835), 8–9.

¹⁷ Stanisław Zawadzki, *Prawo cywilne obowiązujące w Królestwie Polskim*, t. III (Warszawa: Drukarnia Karola Kowalewskiego, 1863), 326–335.

sędzią pokoju. Inaczej niż we Francji dotyczyło to odpowiednio również spraw, które należały w pierwszej instancji do Wydziału spornego sądu pokoju. Kolejnym *novum*, zapożyczonym z czasów przedrozbiorowych, była kwestia prowadzenia samej rozprawy. Inaczej niż we Francji ustność polegała w Księstwie na czytaniu pism procesowych i dokumentów, w niektórych kategoriach spraw dochodziły również wnioski prokuratora. W sprawach skomplikowanych sąd mógł zarządzić dodatkowe postępowanie pisemne, a jego wyniki były odczytywane na nowej rozprawie. Przed wydaniem orzeczenia sąd mógł się udać na naradę do osobnej izby narad, jednak w Księstwie Warszawskim w wyniku praktyki dawnych sądów polskich, narada sędziów odbywała się na sali posiedzeń, po wyproszeniu z niej publiczności i stron na tzw. „ustęp”, jednak, inaczej niż we Francji, z udziałem prokuratora^[18].

Odstępstwa zauważamy również w postępowaniu kasacyjno-cywilnym. Według konstytucji Księstwa Warszawskiego ustanowiony został sąd kasacyjny, którym była Rada Stanu (art. 16, 72 i 76)^[19]. Organizację sądu kasacyjnego wprowadzono dekretem Fryderyka Augusta Wettina z dnia 3 kwietnia 1810 r.^[20] Według tych przepisów sąd kasacyjny, którym od tego czasu przestawała być Rada Stanu, rozpatrywał jedynie sprawy zawyrokovane w II instancji i były one wydane z obrazą przepisów prawa. W takiej sytuacji sąd nie rozstrzygał sprawy *in merito*, a przesyłał ją do powtórnego rozpatrzenia do innego sądu tego samego stopnia, w którym wydawano uchylony wyrok. Ostatecznie w wyniku upadku Księstwa Warszawskiego jako konsekwencji przegranej drugiej wojny polskiej, członkowie Rady Stanu opuścili Warszawę, a tym samym Sąd Kasacyjny Księstwa Warszawskiego przestał działać. Aleksander I powołał do życia Radę Najwyższą Tymczasową Księstwa Warszawskiego^[21], jako naczelny organ zarządzający okupowanymi terenami polskimi. Rada Najwyższa zaczęła zauważać brak Sądu Kasacyjnego, dlatego 22 marca 1814 r. zdecydowała, że Sąd Apelacyjny Księstwa Warszawskiego przejmie atrybucje sądu kasacyjnego i będzie rozpatrywać rekursy w sprawach kryminalnych policyjno-poprawczych i policyjnych prowadzonych za czasów Księstwa,

18 Sobociński, *Historia ustroju i prawa*, 263–265.

19 *Dziennik Praw Księstwa Warszawskiego*, t. I, VIII.

20 *Ibidem*, t. II, 151.

21 O powołaniu i działalności Rady Najwyższej zob. Jacek Przygodzki, *Rada Najwyższa Tymczasowa Księstwa Warszawskiego 1813–1815. Organizacja i działalność* (Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2002).

ale również zaistniałe pod jurysdykcją Rady. Powyższe przepisy miały wejść w życie od 15 kwietnia 1814 r. Kompetencje Sądu Kasacyjnego w zakresie nadzoru nad sądami niższej instancji przejęła sama Rada Najwyższa^[22].

Procedura francuska, wprowadzająca ścisły przymus adwokacki, dała polskim prawnikom niewątpliwie zwiększone możliwości działania. Mogli występować oni jako zastępcy stron – obrońcy – za co oczywiście otrzymywali honoraria. Było to środowisko duże i bardzo zróżnicowane, ale Kodeks postępowania cywilnego pozwalał również na korzystanie z opłat nie tylko sędziom lub adwokatom, ale też niższym urzędnikom sądowym, na przykład pisarzom, podpisarzom czy woźnym. Urzędnicy sądowi zaczęli stanowić najpoważniejszą grupę inteligencji o wyższych kwalifikacjach.

Po początkowej nieufności wobec procedury francuskiej społeczeństwo zaczęło się przekonywać do nowej formy postępowania, która została uzupełniona Organizacją sądownictwa cywilnego Księstwa Warszawskiego z 13 maja 1808 r.^[23] Podkreślano, że nowe zasady są w istocie bardzo podobne do tych, które obowiązywały w okresie Rzeczypospolitej szlacheckiej. Ignacy Stawiarski, oraz inni ówczesni prawnicy, już w 1809 r. stwierdzał zasadniczą zgodność francuskiego postępowania z dawną procedurą przedrozbiorową. Inny prawnik – Jan Wincenty Bandkie – w swoim memoriale z 1815 r. stwierdzał, że procedura cywilna Księstwa Warszawskiego z 1808 r. była dobra i potrzebna, a przypisywane jej wady tłumaczył małą znajomością i niezupełnym wykonaniem. Podobne zdanie miał Onufry Wyczechowski, który w swoich Memoriałach z 1815 r. apelował o pozostawienie przepisów francuskich, które powinny być odpowiednio zmodyfikowane^[24]. Po wprowadzeniu w 1875 r. rosyjskiej reformy sądowej w Królestwie Polskim, która uchylała przepisy z 1808 r., prof. Adolf Suligowski stwierdzał wprost, że „dziwnym zbiegiem okoliczności obowiązująca w tej chwili w naszym kraju procedura z 1808 r., pod względem zasady procesu cywilnego zgadzała się w zupełności z dawnymi przepisami polskimi”. Podobny osąd przedstawił prof. Alfons Parczewski w związku

²² August Heylmann, *O sądownictwie w Królestwie Polskim* (Warszawa: Drukarnia przy ul. Długiej No 591, 1834), 22–23.

²³ August Heylman, *Historia organizacji sądownictwa w Królestwie Polskim*, t. 1 (Warszawa: Drukarnia Banku Polskiego, 1861), 23–31.

²⁴ Michał Gałędek, Anna Klimaszewska, Piotr Z. Pomianowski, „Projekt zmiany procedury cywilnej w pracach Komitetu Cywilnego Reformy (1814–1815). Edycja źródłowa – część I (postępowanie zasadnicze)” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, 1 (2021): 85.

z wprowadzeniem Kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r. Podkreślał, że procedura Księstwa Warszawskiego, pokrewna z dawną procedurą polską, przyjęła się i ustaliła w psychologii narodu^[25].

Podsumowując ustalenia w kwestii recepcji francuskiego postępowania cywilnego, możemy stwierdzić, że jej wprowadzenie było nieco odmienne od wdrożenia Kodeksu Napoleona. Materialne przepisy prawa cywilnego były recypowane wprost, bez możliwości ich modyfikowania. Minister sprawiedliwości Feliks Łubieński dążył bezwzględnie do wprowadzenia Kodeksu cywilnego z 1804 r., mimo sprzeciwu elit politycznych Księstwa, jak i wątpliwości prawników.

Przy wdrożeniu procedury cywilnej Łubieński nie był już taki twardy, a jego działanie ewidentnie charakteryzował pragmatyzm. Miał on świadomość, że sprawy cywilne muszą być prowadzone, a sędziowie winni mieć trochę czasu, aby zapoznać się z nowymi przepisami. Dlatego zgodził się na tworzenie wewnętrznych regulaminów wypracowywanych przez poszczególne sądy, a dopiero z biegiem czasu uzupełniane przez wytyczne ministerialne.

Powyższą postawę Łubieńskiego świetnie charakteryzuje cytat z jego pamiętników. Minister stwierdzał: „Pragnąłem te prawa cywilne zaprowadzić – podług mnie, albowiem tam tylko prawdziwa wolność, gdzie prawo jest despotycznie rządzącem. Poważyłem się jednak, pod tytułem przejścia z jednego prawodawstwa do drugiego, zachować to z pruskiego, co znalazłem lepszego dla zabezpieczenia ziemskich własności, jakimi są hypoteki. Pozwoliłem sobie, jak wyżej rzekłem, zaprowadzić sądy pokoju w inny niż francuskie sposobie, znalazłszy, że zgodniejsze są z charakterem narodu”^[26].

Należy stanowczo podkreślić, że przepisy procedury francuskiej doprowadziły do wzmocnienia i dynamicznego rozwoju grupy zawodowej prawników. Nie tylko wyższych urzędników sądowych – sędziów czy adwokatów – ale również niższego personelu sądowego. Wprowadzony przymus adwokacki dawał stały dochód, a co za tym idzie możliwość spokojnej egzystencji. Z biegiem czasu prawnicy stali się głównym motorem tworzenia się grupy inteligencji miejskiej.

²⁵ Sobociński, *Historia ustroju i prawa*, 272.

²⁶ *Pamiętniki Feliksa hr. Łubieńskiego Ministra Sprawiedliwości*, skreślił i opracował Władysław Chomętowski, (Warszawa: Nakładem Gebethnera i Wolffa, 1876), 208.

Bibliografia

- Cadiet Loïc, „Le nouveau Code de Procédure civile francais, vingt-cinq ans apre’s”. *Derecho PUCP*, 53 (2000): 669–692. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.018>.
- Code de procédure civile*, Edition de l’imprimerie ordinaire du Corps législatif., a Paris, Chez Rondonneau, au Dépôt des Lois 1806., 1–198. Source gallica.bnf.fr / BnF.
- Dauchy Serge, *La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806. 1806–1976–2006. De la commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France, Cour de cassation*. Paris: Hal, 2006.
- Gałędek Michał, Anna Klimaszewska, Piotr Z. Pomianowski, „Projekt zmiany procedury cywilnej w pracach Komitetu Cywilnego Reformy (1814–1815). Edycja źródłowa – część I (postępowanie zasadnicze)” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, nr 1 (2021): 83–115. doi:10.4467/20844131KS.21.005.13272.
- Grochulska Barbara, *Księstwo Warszawskie*. Warszawa: Wiedza Powszechna, 1966.
- Grodziski Stanisław, „Wpływ »Code civil« oraz innych kodyfikacji napoleońskich na ziemiach polskich (część I)” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 2 (2005): 61–68.
- Heylman August, *Historia organizacji sądownictwa w Królestwie Polskim*, t. I. Warszawa: Drukarnia Banku Polskiego, 1861.
- Heylman August, *Wykład historyczno-praktyczny porządku i postępowania wewnętrznego w sądzie appellacyjnym i trybunałach cywilnych Królestwa Polskiego*. Warszawa: Drukarnia przy ulicy Długiej No 591, 1835.
- Heylmann August, *O sądownictwie w Królestwie Polskim*. Warszawa: Drukarnia przy ul. Długiej No 591, 1834.
- Kallas Marian, „Powstanie i ustrój Księstwa Warszawskiego (1807–1815)” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin. Polonia. Sectio F*, t. LVII (2007): 7–34.
- Klimaszewska Anna, „Francuski Kodeks procedury cywilnej z 1806 roku – kodeks Napoleona Bonaparte czy Ludwika XIV?” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, nr 1 (2013): 11–19. <https://doi.org/10.14746/cph.2017.1.1>.
- Konic Henryk, „Napoleon jako budowniczy Państwowości Polskiej” *Gazeta Sądowa Warszawska*, nr 19–20 (1921): 149–151.
- Koredczuk Józef, „Związek reform prawa cywilnego z reformami administracyjnymi w Księstwie Warszawskim”, [w:] *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin prof. nadzw. uwr dra hab. Jana Jeżewskiego*, red. Jerzy Korczak. 233–241. Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, 2018. <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/95307>.

- Krzymkowski Marek, „Stosowanie przedrozbiorowego prawa polskiego w Księstwie Warszawskim w świetle orzecznictwa Sądu Kasacyjnego” *Z Dziejów Prawa*, t. XIII (2020): 139–149. <https://doi.org/10.31261/ZDP.2020.20.11>.
- Kukiel Marian, *Dzieje Polski porozbiorowej 1795–1921*. Londyn: B. Świdorski, 1961.
- Loret Maciej, „Stosunek Kościoła do państwa w Księstwie Warszawskim” *Przegląd Narodowy*, nr 2 (1914): 124–140.
- Loret Maciej, *Między Jeną a Tylżą*. Warszawa: Druk Piotra Laskauera i s-ki, 1902.
- Lutostański Karol, „Znaczenie prawodawstwa Napoleona dla Polski” *Gazeta Sądowa Warszawska*, nr 19–20 (1921): 147–149.
- Mencel Tadeusz, Feliks Łubieński, *Minister sprawiedliwości Księstwa Warszawskiego (1758–1848)*. Warszawa: Nakładem Towarzystwa Naukowego Warszawskiego, 1952.
- Pamiętniki Feliksa hr. Łubieńskiego Ministra Sprawiedliwości*, skreślił i opracował Władysław Chomętowski. Warszawa: Nakładem Gebethnera i Wolffa, 1876.
- Pamiętniki Józefa Wybickiego senatora wojewody Królestwa Polskiego*. Lwów: Nakładem Księgarni Gubrynowicza i Schmidta, 1881.
- Płaza Stanisław, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. 2. Kraków: Księgarnia Akademicka, 2002.
- Pomianowski Piotr, „Z problematyki rozwodów w Księstwie Warszawskim” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 2 (2013): 103–121.
- Protokoły Rady Stanu Księstwa Warszawskiego*, t. 1, cz. 1, wydał Bronisław Pawłowski (Toruń–Łódź–Warszawa: Towarzystwo Naukowe-Polskie Wydawnictwo Naukowe, 1960).
- Przygodzki Jacek, *Rada Najwyższa Tymczasowa Księstwa Warszawskiego 1813–1815. Organizacja i działalność*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2002.
- Rostworowski Michał, *Rada Ministrów i Rada Stanu Księstwa Warszawskiego. Przyczynek do dziejów ich organizacji*. Kraków: Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego pod zarządem Józefa Filipowskiego, 1911.
- Sobociński Władysław, *Historia ustroju i prawa Księstwa Warszawskiego*. Toruń: Wydawnictwo Towarzystwa Naukowego w Toruniu, 1964.
- Sójka-Zielińska Katarzyna, *Historia prawa*, wyd. 10. Warszawa: Lexis Nexis, 2005.
- Sójka-Zielińska Katarzyna, *Wielkie kodyfikacje cywilne XIX wieku*. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 1973.
- Wijffels Alain, „The Code de procédure civile (1806) in France, Belgium and the Netherlands”, [w:] *The French Code of civil procedure (1806) after 200 years: the civil procedure tradition in France and abroad = Le bicentenaire du Code de procédure civile*

(1806): *la tradition de la procédure civile en France et à l'étranger*, red. C.H. van Rhee, Dirk Heirbaut, Matthias Storme. 5-73. Mechelen: Wolters Kluwer, 2008), 5-73.

Zamorski Bronisław, „Dzieje dyplomacji po rozbiórze Polski” *Postęp. Dwutygodnik Literacko-Polityczny*, nr 5 (1864): 54-55.

Zawadzki Stanisław, *Prawo cywilne obowiązujące w Królestwie Polskim*, t. III. Warszawa: Drukarnia Karola Kowalewskiego, 1863.



MIKOŁAJ TARKOWSKI

Wybrane poglądy Stefana Glasera na prawo karne procesowe oraz jego kodyfikację w latach 1918–1939

Selected Views of Stefan Glaser on Criminal Procedural Law and its Codification in the Years 1918–1939

The paper describes the development of the scientific and didactic career of Professor Stefan Glaser and the formation of his views. Stefan Glaser was a representative of the science of criminal law and criminal procedure in the interwar period, initially employed at the Faculty of Law of the University of Lublin (since 1928, the Catholic University of Lublin), and then, since 1924, at the Faculty of Law and Social Sciences of the Stefan Batory University in Vilnius. During his academic career, he covered numerous issues in the field of criminal procedural law. The author of the paper emphasizes that he used in his work the findings of German, Austrian, and French legal doctrine, and legal acts for comparative purposes.

MIKOŁAJ TARKOWSKI doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Uniwersytetu Pomorskiego

ORCID – 0000-0003-1985-915X / e-mail: mikolaj.tarkowski@upsl.edu.pl

SŁOWA KLUCZOWE: procedura karna, zasady procesu karnego, nurt socjologiczny, Komisja Kodyfikacyjna

KEYWORDS: criminal procedure, rules of the criminal process, sociological trend, Codification Commission

1 | Rys biograficzny

Stefan Glaser, przysły specjalista z zakresu prawa karnego materialnego i procesowego, wykładowca polskich międzywojennych uniwersytetów oraz zagranicznych uczelni po zakończeniu II wojny światowej, członek wielu towarzystw naukowych i społecznych, urodził się w Tarnowie w dniu 20 stycznia 1895 roku^[1]. W tym samym mieście jego ojciec Ludwik^[2], ożeniony z Bertą (Bertheą) z domu Jampolska^[3], prowadził kancelarię adwokacką^[4]. Stefan Glaser uczęszczał do gimnazjów w Tarnowie (1906–1910), a następnie we Lwowie (1911–1914)^[5]. Studia uniwersyteckie rozpoczął w Wiedniu, jednak ukończył je uzyskaniem dyplomu w Uniwersytecie we Lwowie w 1918 roku. Habilitację uzyskał zaś w 1921 roku na Uniwersytecie Jagiellońskim. Od września 1920 roku do kwietnia 1922 roku był sędzią śledczym przy Sądzie Okręgowym w Lublinie. W okresie od 28 września 1922 roku do 20 stycznia 1925 roku, pomimo tego, że nie był członkiem Komisji Kodyfikacyjnej, był zapraszany w celu przedstawienia referatów w toku prac nad projektem kodeksu karnego^[6].

¹ „Kronika. Zmiany na Wydziale Prawa i Nauk Społ.[ecznych] Uniwersytetu Stefana Batorego” *Rocznik Prawniczy Wileński*, r. 7 (1935): 430.

² Adam Redzik, „Glaser Stefan Antoni”, [w:] *Słownik Biograficzny Adwokatów Polskich A–Ż*, t. III, z. 1, red. Adam Redzik (Warszawa: Naczelna Rada Awokacka, 2018), 114.

³ Krzysztof Smolana, „Glaser Stefan Antoni”, [w:] *Urzędnicy służby zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej 1918–1945. Przewodnik biograficzny*, t. 1, red. Krzysztof Smolana (Warszawa: Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych, Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 2020), 135.

⁴ *Wykaz Adwokatów do krakowskiej Izby Adwokackiej należących* (Kraków: Krakowska Izba Adwokacka, 1910), 21.

⁵ Przemysław Żukowski, „Bronisław Wróblewski-Stefan Glaser. Sprawa katedr prawa i procesu karnego na Wydziale Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, nr 14 (2021): 336.

⁶ Józef Kordedczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego na kształt polskiego prawa karnego procesowego w okresie międzywojennym (Les classiques modernes)* (Wrocław:

Kariera akademicka Stefana Glasera w latach dwudziestolecia międzywojennego związana była zasadniczo z dwoma miastami. Początkowo wykładał on prawo na Uniwersytecie Lubelskim (od 1928 roku Katolicki Uniwersytet Lubelski)^[7]. W roku akademickim 1920/1921 zajmował tam stanowisko zastępcy profesora prawa i procesu karnego, a następnie w latach 1921–1924 otrzymał nominację na profesora nadzwyczajnego tej samej Uczelni^[8]. Z kolei ten sam specjalista z zakresu prawa karnego formalnego przeniósł się do Wilna, gdzie od 1924 roku piastował funkcję profesora nadzwyczajnego na Wydziale Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego^[9], zaś od 1930 roku zajmował stanowisko profesora zwyczajnego^[10], pracując do 1933 roku na tym fakultecie^[11].

Jednocześnie działalność dydaktyczna Stefana Glasera obejmowała również prowadzenie wykładów poza Wszechnicą Batorową, mianowicie w Szkole Nauk Politycznych, działającej przy powstałym w 1930 roku Instytucie Naukowo-Badawczym Europy Wschodniej w Wilnie^[12]. Wileński prawnik uaktywniał się na polu działalności wielu organizacji nauko-

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2007), 67.

⁷ Małgorzata Gałązka, „Stefan Glaser (1895–1984)”, [w:] *Profesorowie prawa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego*, red. Antoni Dębiński, Wojciech Staszewski, Monika Wójcik (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2006), 81.

⁸ „Kronika. Zmiany na Wydziale Prawa i Nauk Społ.[ecznych] Uniwersytetu Stefana Batorego”, 430.

⁹ Przez jeden rok akademicki (1923/1924) Stefan Glaser prowadził zajęcia równoległe na dwóch uczelniach w Lublinie i Wilnie; Gałązka, „Stefan Glaser (1895–1984)”, 82.

¹⁰ Referat w przedmiocie wniosku Rady Wydziału Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego o mianowanie dr. Stefana Glasera, profesora nadzwyczajnego prawa i procesu karnego, profesorem zwyczajnym tych przedmiotów, dat. Wilno 1 VI 1930, msp. Lietuvos Centrinis Valstybės Archyvas (LCVA), Akta personalne Stefana Glasera, Kolekcja Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie, fond 175, ap. 2 VI B, b. 9, k. 66.

¹¹ „Kronika. Zmiany na Wydziale Prawa i Nauk Społ.[ecznych] Uniwersytetu Stefana Batorego”, 430.

¹² Stefan Glaser prowadził w Szkole Nauk Politycznych w Wilnie wykład ze Wstępu do prawoznawstwa do roku akademickiego 1933/1934, zaś w skutek reformy ministra wyznań religijnych i oświecenia publicznego Janusza Jędrzejewicza, wykład ten od roku akademickiego 1934/1935 objął doktor Witold Świda; *Sprawozdanie z działalności Szkoły Nauk Politycznych w Wilnie przy Instytucie Naukowo-Badawczym Europy Wschodniej w roku akademickim 1934/35* (Wilno: Szkoła Nauk Politycznych w Wilnie, 1935), 8; Henryka Ilgiewicz, *Instytut Naukowo-Badawczy Europy Wschodniej oraz Szkoła Nauk Politycznych w Wilnie (1930–1939)* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2019), 199.

wych i społecznych. Był bowiem delegatem Towarzystwa Kryminalnego na Okręg Wileński, członkiem Polskiej Komisji Współpracy Prawniczej Międzynarodowej w Warszawie^[13] oraz członkiem korespondentem międzynarodowego Biura dla unifikacji prawa karnego^[14]. Był on również afiliowany przy międzynarodowym Zrzeszeniu Prawa Karnego oraz Towarzystwie Więziennictwa i Ustawodawstwa Kryminalnego w Paryżu. Działał też na niwie organizacji katolickich, w tym przede wszystkim pełnił funkcję prezesa Towarzystwa Dobroczytności „Caritas” Archidiecezji Wileńskiej oraz Związku Inteligencji Katolickiej w Wilnie, pozostając jednocześnie członkiem tamtejszej Akcji Katolickiej^[15].

Wileński prawnik uczestniczył w proteście przeciwko osadzeniu w 1930 roku działaczy opozycji sanacyjnej w twierdzy w Brześciu nad Bugiem^[16]. Dla dalszych losów Glasera na Wydziale Prawa i Nauk Społecznych kluczowy był także tłący się przez kilka wcześniejszych lat konflikt na gruncie personalnym^[17] i politycznym pomiędzy nim a innym przedstawicielem nauk karnych w Wilnie profesorem Bronisławem Wróblewskim^[18]. Niedługo po tym, weszła w życie ustawa z dnia 15 marca 1933 roku o szkołach akademickich^[19], będąca przejawem reformy dokonanej przez ministra wyznań religijnych i oświecenia publicznego Janusza Jędrzejewicza. Ten spłot

¹³ O Polskiej Komisji Współpracy Prawniczej Międzynarodowej i jej celach zob. szerzej: „Z Polskiej Komisji Współpracy Prawniczej Międzynarodowej” *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 2 (1931): 569–570.

¹⁴ Wileński prawnik w 1932 roku wziął udział w Kongresie Prawa Porównawczego w Hadze; *Zaświadczenie*, dat. Wilno 4 IV 1932, msp., LCVA, Akta personalne Stefana Glasera, Kolekcja Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie, fond 175, ap. 2 VI B, b. 9, k. 66.

¹⁵ „Kronika. Zmiany na Wydziale Prawa i Nauk Społ. [ecznym] Uniwersytetu Stefana Batorego”, 430; Stanisław Bross, *Akcja Katolicka na I Krajowym Kongresie Eucharystycznym w Polsce* (Poznań–Warszawa–Wilno–Lublin: Księgarnia Św. Wojciecha, 1930), 16.

¹⁶ Stefan Glaser, *Urywki wspomnień* (Londyn: Odnova, 1974), 20.

¹⁷ Bronisław Wróblewski również był uważany za przedstawiciela nurtu socjologicznego w prawie karnym; Tomasz Snarski, *Wróblewski* (Sopot: Arche, 2020), 85.

¹⁸ Żukowski, „Bronisław Wróblewski–Stefan Glaser”, 344.

¹⁹ Istotny dla likwidacji Katedry Prawa i Procesu Karnego kierowanej przez Stefana Glasera był art. 3 ust. 1 tej ustawy, który brzmiał następująco: „Szkoły akademickie mogą się dzielić na wydziały, a wydziały na oddziały; mogą również istnieć studia specjalne. Podział na wydziały (oddziały, studia) oraz zmiany tego podziału, reorganizacja wydziałów (oddziałów, studiów) przez tworzenie i zwanie katedr i zakładów następujące w drodze rozporządzenia Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego [...]”; Dz.U. RP. z 1933 r. nr 29, poz. 247, Ustawa z dnia 15 III 1933 r. – O szkołach akademickich.

zdarzeń doprowadził do podjęcia przez kierownictwo Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego kroków skutkujących „zwnięciem” kilkudziesięciu katedr na uczelniach w Polsce. Na mocy rozporządzenia ministra wyznań religijnych i oświecenia publicznego z 25 września 1933 roku (wydanego zgodnie z upoważnieniem ustawowym) Katedra Prawa i Procesu Karnego na Wydziale Prawa i Nauk Społecznych w Wilnie została zlikwidowana^[20].

W konsekwencji Stefan Glaser, a zatem jeden z sygnatariuszy protestu brzeskiego^[21], został przeniesiony w stan „nieczynny” – emerytalny^[22]. Od tego momentu do końca lat międzywojennych Glaser, opuściwszy Wilno i tamtejszy Uniwersytet, przeniósł się do Warszawy, gdzie wykonywał zawód adwokata^[23]. Ten specjalista z zakresu prawa karnego prowadził działalność akademicką i ekspercką także w latach II wojny światowej, a także po jej zakończeniu, w warunkach emigracyjnych na Zachodzie Europy^[24].

²⁰ Dz.U. RP. z 1933 r. nr 71, poz. 527, Rozporządzenie Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego z dnia 25 IX 1933 r. – O zwnięciu niektórych katedr i zakładów naukowych w szkołach akademickich (par. 1); Małgorzata Przeniosło, „Profesorowie Wydziału Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie (1919–1939)” *Kwartalnik Historii Nauki i Techniki*, nr 2 (2016): 13.

²¹ Pełniący w latach 1930–1936 funkcję wiceministra – podsekretarza stanu w MWRIOP ks. Bronisław Żongołłowicz, na kartach swojego dziennika określił Stefana Glasera „głównym menerem” protestu profesury wileńskiej w 1930 r. *Nota bene* Stefan Glaser przyjaźnił się i współpracował z arcybiskupem metropolitą wileńskim Romualdem Jałbrzykowskim, do którego niechęć przejawiał ks. Żongołłowicz. Nie bez znaczenia w tym kontekście był również fakt, iż w okresie łączenia funkcji prezesa rady ministrów i funkcji ministerialnej przez Janusza Jędrzejewicza, to ks. Żongołłowicz „praktycznie kierował wówczas bieżącą pracą ministerstwa, premier zajmował się głównie pracą koncepcyjną”; Bronisław Żongołłowicz, *Dzienniki 1930–1936* (Warszawa: Przegląd Wschodni: Studium Europy Wschodniej, 2004), 104; Dorota Zamojska, „Wstęp”, [w:] *Dzienniki 1930–1936*, red. Dorota Zamojska (Warszawa: Przegląd Wschodni: Studium Europy Wschodniej, 2004), xxxiv; Roman Jurkowski, „Dzienniki 1930–1936”, Bronisław Żongołłowicz, Warszawa 2004 (rec.) *Echa Przeszłości*, nr 6 (2005): 302; Żukowski, „Bronisław Wróblewski-Stefan Glaser”, 344.

²² Mikołaj Tarkowski, *Wydział Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie w latach 1919–1939* (Gdańsk: Wydawnictwo GSW: 2015), 106.

²³ Marian Cieślak, „Stefan Glaser (1895–1984)” *Państwo i Prawo*, z. 4 (1985): 104.

²⁴ Glaser w początkach listopada 1939 roku przedostał się z Warszawy do Paryża. Działał między innymi w Zrzeszeniu Profesorów Polskich Szkół Akademickich, w pierwszym okresie we Francji a następnie, od 1940 roku w Wielkiej Brytanii. Był jednym z inicjatorów powołania polskiego Wydziału Prawa w Oksfordzie. Był członkiem Komisji Narodów Zjednoczonych do spraw Zbrodni Wojennych. Po

Do kluczowych pozycji autorstwa Stefana Glasera^[25] (monografie, artykuły, referaty w tym przygotowane dla Komisji Kodyfikacyjnej) z zakresu prawa karnego materialnego oraz procesowego, a także historii prawa^[26], należy zaliczyć w szczególności: *Uwagi o projekcie ustawy postępowania karnego* (1926); *Geneza pojęcia przestępstwa politycznego* (1926); *Kilka uwag o spędzeniu płodu ze stanowiska prawa karnego* (1927); *Wstęp do nauki procesu karnego. Ze szczególnym uwzględnieniem ustaw obowiązujących tymczasowo w Polsce oraz polskiego Kodeksu postępowania karnego i polskiego prawa o ustroju sądów powszechnych* (1928); *Zarys polskiego procesu karnego. Wraz z prawem o ustroju sądów powszechnych. Przedstawienie porównawcze na tle ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego* (1929); *Okupacja niemiecka na Litwie w latach 1915–1918. Stosunki prawne* (1929); *Resume przewodniczącego w k.p.k* (1930); *Ignorantia iuris w prawie karnym* (1931); *Polski proces karny w zarysie z prawem o ustroju sądów powszechnych* (1934); *Normatywna nauka o winie* (1934); *Postulaty reformy prawa karnego* (1936); *Zabójstwo na żądanie* (art. 227 K.k.), (1936)^[27].

1945 roku kierował pracami Katedry Międzynarodowego Prawa Karnego w Uniwersytecie w Liege oraz współpracował na polu dydaktycznym prowadząc wykłady w Uniwersytetach w Leuven i Gandawie. Zmarł 30 IV 1984 r. w Brukseli; ibidem, 105; Gałązka, „Stefan Glaser (1895–1984)”, 83; Karolina Wierczyńska, Grzegorz Wierczyński, „Stefan Glaser. Polish Lawyer, diplomat and scholar”, [w:] *The dawn of a discipline. International criminal justice and its early exponents*, red. Frederic Megret, Immi Tallgren (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), 314.

²⁵ Pełniejszy spis publikacji Stefana Glasera zamieściła: Danuta Janicka, *Polska myśl prawnokarna XIX–XX wieku: autorzy i ich dzieła. Od szkoły klasycznej do socjologicznej* (Toruń: Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, 2017), 206–207.

²⁶ Stefan Glaser przetłumaczył z języka niemieckiego na język polski następujące opracowanie Fryderyka Doerra, *Proces Jezusa Chrystusa w oświetleniu prawnohistorycznym* (1927).

²⁷ Referat w przedmiocie wniosku Rady Wydziału Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego o mianowanie dr. Stefana Glasera, profesora nadzwyczajnego prawa i procesu karnego, profesorem zwyczajnym tych przedmiotów, dat. Wilno 1 VI 1930, msp. Lietuvos Centrinis Valstybės Archyvas (LCVA), Akta personalne Stefana Glasera, Kolekcja Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie, fond 175, ap. 2 VI B, b. 9, k. 64–65v; Józef Koredczuk, „Nauka i nauczanie procesu karnego w Polsce w okresie międzywojennym”, [w:] *Nauka i nauczanie prawa w dziejach*, red. Tomasz Kruszewski (Wrocław: Kolonia Limited, 2011), 118 i 122.

2 | Uwagi do projektu Kodeksu postępowania karnego z 1925 roku

Stefan Glaser uczestniczył w dyskusjach poświęconych projektowi kodeksu postępowania karnego, omawianego w łonie Komisji Kodyfikacyjnej, który ostatecznie został przyjęty rozporządzeniem prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 19 marca 1928 roku, z mocą obowiązującą od dnia 1 lipca 1929 roku^[28]. Wnioski z nich płynące, konstruowane między innymi przez Glasera, zostały przedstawione w 1925 roku^[29], opublikowane zaś w 1926 roku na łamach czasopisma „Palestra”. W świetle przyjętej przez twórców projektu kodeksu zasady prawdy materialnej w procesie karnym, Glaser postulował, aby w artykule czwartym projektowanego kodeksu po słowie „władzy” umieścić część: „oraz oskarżyciel publiczny”, co skutkowałoby przyjęciem wyraźnej koncepcji, iż nie tylko władze, ale także oskarżyciel publiczny – prokurator (strona postępowania karnego) w dochodzeniu i ściganiu przestępstw miałoby obowiązek uwzględniania zarówno okoliczności przemawiających za oskarżonym, jak i przeciwko niemu^[30].

Stefan Glaser był przeciwnikiem wyposażania sędziów pokoju w uprawnienia z zakresu orzekania kar pozbawiania wolności w jakiegokolwiek formie, w tym w postaci aresztu. Tendencji w ograniczaniu uprawnień do ferowania wyroków w postępowaniu karnym przez jednoosobowe organy sądowe upatrywał on w nowelizacji ustawy postępowania karnego z dnia 4 stycznia 1924 roku w Niemczech. W jego przekonaniu tamtejsi sędziowie powiatowi, tak jak analogicznie sędziowie pokoju (jednoosobowe organy sądowe) w Polsce (funkcjonujące na części jej terytorium po 1918 roku), nie były w stanie dobrze połączyć dwóch zadań: „kierowania rozprawą i załatwiania czynności z tą funkcją związanych”; iż zadania te: „pochłaniały w tym stopniu uwagę sędziego przewodniczącego, że nie jest w stanie jednocześnie należycie oceniać wyników postępowania dowodowego”^[31]. Dodatkowo ten sam prawnik zauważył, że sędziowie pokoju powinni rozstrzygać o przestępstwach lżejszej wagi, gdy „kwestia

²⁸ Dz.U. RP. z 1928 r. nr 33, poz. 313, Rozporządzenie prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 III 1928 r. – Kodeks postępowania karnego.

²⁹ Józef Koredczuk, „Prace nad kodyfikacją prawa karnego procesowego w Polsce w latach 1919–1928” *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne*, nr 3 (2019): 43.

³⁰ Stefan Glaser, „Uwagi o projekcie polskiej procedury karnej” *Palestra*, nr 1 (1926): 2.

³¹ *Ibidem*, 3.

dowodowa nie nastęcza większych trudności i komplikacji”. Przy tej zasadzie, jego zdaniem należałoby jednak poczynić wyjątek, aby „o przestępstwach zagrożonych karą ścieśnienia wolności” nie mogli orzekać sędziowie „nieposiadający nie tylko fachowej wiedzy kryminalistycznej, ale w ogóle żadnego prawniczego wykształcenia, nierozumiejący często [...] zasad i instytucji prawnych”^[32].

Ze sprawą orzekania przez sędziów pokoju jako sądów pierwszej instancji łączyła się kwestia składania na ich orzeczenia apelacji. Zgodnie z opiniowanym przez Stefana Glasera projektem Kodeksu postępowania karnego z 1925 roku, „wbrew postulatom i uznanym powszechnie zasadom”, drugą instancją dla tego typu spraw miał by być sędzia grodzki orzekający jednoosobowo. Wileński prawnik zaznaczył, że przyjęte rozwiązanie, należało ocenić bardzo krytycznie. Odrzucił on jednocześnie postulaty, zgodnie z którymi biorąc pod uwagę tendencję uproszczania i przyspieszenia toku postępowania, sędziowie grodzcy (niebędący sądem o charakterze kolegialnym), powinni wyrokować w sprawach karnych na poziomie sądu drugo-instancyjnego^[33].

Glaser zajął powyższe stanowisko, powołując się na „niezbędne gwarancje sprawiedliwego orzekania”, rozjaśniając dodatkowo tę tezę poglądami przedstawiciela niemieckiej nauki prawa karnego: Friedricha Augusta Heinricha Oetkera (autora pracy zatytułowanej *Die neue deutsche Strafgerichtsverfassung*, Stuttgart 1924). W tym kontekście istotne były, przywoływane przez Glasera, założenia niemieckiego prawnika, zgodnie z którymi w ówczesny proces karny oparty na zasadach ustności oraz swobodnej oceny dowodów, zatem nakładający na sędziego obowiązek wydania wyroku bezpośrednio „pod wrażeniem rozprawy”, wymagał orzecznictwa kolegialnego, nie zaś jednoosobowego. Glaser podkreślał przy tym elementy nurtu socjologicznego w prawie karnym procesowym, w tym nadrzędność rozprawy sądowej nad postępowaniem przygotowawczym^[34]. Twierdził: „Jest rzeczą dowiedzioną, że przy wymiarze kary często odgrywają rolę nie tyle czynniki rzeczowe, przedmiotowe, ile przeciwnie, momenty czysto

³² Ibidem, 3.

³³ Ibidem, 4.

³⁴ W tym miejscu warto przytoczyć ustalenia Józefa Koredczuka i Danuty Janickiej, zgodnie z którymi Stefan Glaser pomimo doktoryzowania się pod kierunkiem Edmunda Krzymuskiego (Uniwersytet Jagielloński), nie podzielał w większości poglądów szkoły klasycznej, lecz optował za nurtem socjologicznym w nauce prawa karnego; Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 42 i 67; Janicka, *Stefan Glaser (1895-1984)*, 205-206.

podmiotowe: wrażliwość i uczciwość sędziego, jego zapatrywania, poglądy polityczne, socjalne i religijne, często nawet nastroje chwilowe, a także dyspozycje fizyczne”^[35].

Powołując się na doktrynę prawa niemieckiego Stefan Glaser sformułował w 1926 roku pytanie dotyczące terminu, w jakim można wystąpić jako oskarżyciel prywatny ze skargą. W jego opinii okres ten nie powinien być krótszy niż trzy miesiące, a jego bieg powinien być się rozpoczynać od momentu dowiedzenia się o popełnieniu przestępstwa lub z chwilą odrzucenia skargi lub umorzenia dochodzenia przez prokuratora^[36]. W sprawie statusu prawnego powoda cywilnego, dodatkowo zaś oskarżonego Stefan Glaser zgłaszał uwagi, które miały doprecyzować język wypowiedzi projektodawcy, a także lepiej usystematyzować materię prawną. Przykładowo w zakresie przyjętej definicji oskarżonego pomocne, jego zdaniem, konstrukcje prawne niosła ze sobą austriacka ustawa postępowania karnego z 1873 roku (art. 38)^[37]. Podobny charakter miały uwagi dotyczące zakresu pojęcia obrońcy w sprawach karnych (art. 86b). Glaser uważał, że do grupy profesorów lub docentów prawa lub postępowania karnego, którzy mogliby być uznani za obrońców, należało włączyć nie tylko tych prowadzących wykłady akademickie, ale także tych, którzy z różnych przyczyn (profesorowie emerytowani, honorowi, docenci zwolnieni czasowo z prowadzenia wykładów) wykładów nie prowadzili. Glaser uściślając ten pogląd, a jednocześnie proponując zmiany w ocenianym przez niego projekcie z 1925 roku, twierdził: „Chodzi tutaj bowiem jedynie o posiadanie odpowiednich kwalifikacji na urząd obrońcy, nie zaś o czynność «wykładania». Dlatego [...] proponowałbym skreślenie wyrazu »wykładający«^[38]”.

W przypadku instytucji obrony Stefan Glaser, dzieląc poglądy płynące od części przedstawicieli doktryny niemieckiej (głównie profesora Uniwersytetu w Getyndze Roberta von Hippela), zgłaszał potrzebę unormowania na gruncie kodeksu postępowania karnego w sposób wyraźny zadań obrońcy w procesie karnym. Zadawał przy tym pytanie według jakich „zasad rzeczowych winien obrońca postępować, jakie zadania winien

³⁵ Glaser, „Uwagi o projekcie”, 4–5.

³⁶ Idem, „Uwagi o projekcie polskiej procedury karnej (d.c.)” *Palestra*, nr 2 (1926): 67.

³⁷ Ibidem, 67; „Ustawa o postępowaniu karnym”, [w:] *Ustawa o postępowaniu karnym z dnia 23-go maja 1873 razem z odnoszącymi się do niej ustawami i rozporządzeniami*, red. Józef Rosenblatt (Kraków: Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1889), 35.

³⁸ Glaser, „Uwagi o projekcie”, 67–68.

spełniać za pomocą środków, którymi rozporządza”. Jego pogląd w tym zakresie, wywiedziony na podstawie znajomości doktryny niemieckiej i austriackiej (niekiedy jej konstruktywnej kontestacji), a także orzecznictwa sądowego, w tym niemieckiego Sądu Rzeszy, zakładał, iż: „Głównym zadaniem obrońcy jest staranie o to, by wszystkie na korzyść obwinionego przemawiające okoliczności pod względem faktycznym i prawnym zostały całkowicie uwzględnione”. Glaser, rozwijając tezy dotyczące obrony w znaczeniu materialnym i formalnym, wyróżnił kilka obszarów wpływających na zadania obrońcy^[39].

Po pierwsze uznał, że obrońca powinien mieć w celu wyszukiwania „materiału uniewinniającego” dostęp do „specjalnych dochodzeń”, w tym środków takich jak prywatni detektywi, „byle tylko ustawowo dopuszczalnych”. Po drugie, definiował jako słuszne podejmowanie w niektórych przypadkach przez obrońcę działań wbrew woli obwinionego, z uwagi na potrzebę „przedstawienia materiału obciążającego”. W tym kontekście wileński znawca prawa procesowego zaznaczał: „[Obrońca – przyp. MT] winien ich dokonać, gdyż upoważnia a zarazem zobowiązuje go do tego jego urząd, który sprawuje w publicznym interesie – bo w interesie wymiaru sprawiedliwości”. Nie wykluczało to jednocześnie trzeciego głównego obszaru działań obrońcy, którego zadaniem było przede wszystkim „zebranie materiału uniewinniającego”, przy istniejącym zarazem braku obowiązku podnoszenia okoliczności obciążających, „choćby to mogło niekiedy służyć zasadzie: wyszukiwania prawdy materialnej”. Natomiast ten sam wileński prawnik, wbrew pogładowi profesora niemieckich uniwersytetów Franza von Liszta (przedstawiciela szkoły socjologicznej, którego poglądy w zasadzie podzielał)^[40], nie uznawał za zadanie obrońcy nakłanianie obwinionego do przyznania się do winy, chyba, że było to dla niego korzystne. Jednakże wyszukiwanie przez obrońcę okoliczności przemawiających za obwinionym nie mogło prowadzić do działań utrudniających przeprowadzenie dowodu winy, w tym wykluczone było przeszkadzanie w przyznaniu się lub pomaganie w ucieczce. Za nie mniej ważną funkcję obrońcy – Glaser uznał ochronę praw procesowych oskarżonego oraz udzielanie mu porad prawnych^[41].

³⁹ Anna Malicka-Ocherta, *Ograniczenia działań obrońcy w procesie karnym* (Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2021), 17.

⁴⁰ Danuta Janicka, „Makarewicz a Liszt. Próba analizy porównawczej” *Czasopismo Prawno-Historyczne*, z. 1, (2015): 109.

⁴¹ Glaser, *Uwagi o projekcie polskiej*, 71–72; zob. też: Józef Koredczuk, „Założenia i koncepcja kodyfikacji prawa karnego procesowego w II Rzeczypospolitej” *Prawo i Więź*, nr 4 (2022): 694–695.

Kolejne uwagi do projektu kodeksu postępowania karnego przedstawione przez Komisję Kodyfikacyjną wyrażone na łamach „Palestry” w 1926, obejmowały sprawę zapobiegania uchylania się od sądu poprzez stosowanie środka w postaci tymczasowego aresztowania. Stefan Glaser podzielał w zasadzie kierunek wytyczony przez twórców projektu kodeksu postępowania karnego. Zaznaczył on bowiem, iż słusznym było przyjęcie rozwiązań nakierowanych na wykluczanie przypadków zastosowania tymczasowego aresztowania w sposób nieuzasadniony. Niemniej przytaczając poglądy przyjęte w niemieckiej nauce prawa karnego wileński profesor poszukiwał doskonalszych gwarancji zapobiegających sytuacjom stosowania względnie przedłużania aresztu, gdy nie było ku temu istotnych powodów. Powoływał się w tym kontekście na postulowane „prawo aresztowanego do przedstawienia zarzutów przeciwko nakazowi aresztowania ustnie przed sędzią”, zaś gdyby ta forma nie poskutkowała, podkreślał on wagę zażalenia również przysługującego aresztowanemu. Glaser, po raz kolejny, wywodząc na pierwszy plan rodzaj czynników interpersonalnych ujawniających się w trakcie posiedzenia sądowego, pisał: „Takie unormowanie przedstawia tę korzyść, że umożliwia także nieporadnym aresztowanym podnoszenie zarzutów przed właściwym sędzią. Sędziemu zaś pozwala na urobienie osobistego wrażenia, które może mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia o aresztowaniu”^[42].

Istotne uwagi Stefana Glasera dotyczące podziału wstępnego postępowania karnego na dochodzenie i śledztwo dotyczyły wzajemnego stosunku pomiędzy nimi. Wileński wykładowca prawa karnego procesowego uważał za niesłuszną koncepcję przyjętą w projekcie kodeksu, zwłaszcza rozwiązanie przenoszące „punkt ciężkości w postępowaniu wstępnym na tzw. dochodzenia”. W jego opinii takie stanowisko członków Komisji Kodyfikacyjnej wyrażało się poprzez „ograniczenie śledztwa wstępnego jedynie do przestępstw najcięższych i wypadków wyjątkowych”. Ponadto autor tej samej opinii przedstawił szereg argumentów stawiających tę konstrukcję w krytycznym świetle. Glaser podkreślił, że gospodarzem śledztwa wstępnego jest sędzia, zaś „ośrodkiem niejako dochodzeń”, ich *spiritus rector*, jest prokurator”. To ustalenie zanurzył on jednak po raz kolejny w nurcie doktryny niemieckiej personifikowanej przez Roberta von Hippela, który prokuratorów, w tym prowadzących dochodzenia, nazywał z całą konsekwencją tego słowa: „badaczami”. Parafrazując poglądy

⁴² Stefan Glaser, „Uwagi o projekcie polskiej procedury karnej (d.c.)” *Palestra*, nr 3 (1926): 129.

Hippela, wileński profesor zauważył pewne niebezpieczne tendencje w pracy prokuratora prowadzącego dochodzenie bezpośrednio lub kierującego jego przebiegiem za pośrednictwem policji. Glaser, pisał: „Dla każdego badacza, a więc także i dla prokuratora, [...] nadchodzi chwila, gdy przypuszcza, że dopiął choć w części zamierzonego celu. Tym celem jest dla prokuratora wyszukanie przestępcy. Otóż i u niego wykluczyć nie można obawy, że nieraz przedwcześnie uzna cele swej pracy za osiągnięte i zasadne. Wreszcie wytwarza się z czasem, podobnie jak u każdego badacza, pewna jednostronność”. Co jeszcze ważniejsze w kontekście oceny zagrożeń dla kierowanych przez prokuratorów śledztw: „Ta jednostronność wyraża się [...] w łatwości i pochopności uznawania przestępcą każdego, kogo doniesienie obwinia – tzw. mania ścigania”. Czynnikiem ten, przed czym przestrzegał wileński profesor, stanowił zagrożenie dla poszanowania praw obwinionego zwłaszcza w ramach jednego z rodzajów postępowania przygotowawczego – dochodzenia^[43].

Stefan Glaser w rozwiązaniu polegającym na „oddaniu w ręce prokuratury prowadzenie dochodzeń” widział ujemny wpływ na wymiar sprawiedliwości. Akcentował on przy tym, iż prokuratorzy, jako „urzędnicy zawiśli”, byli zależni od swych przełożonych. Inny zaś status prawny sędziów śledczych umożliwiałyby im skorzystanie z pełnych ustawowych gwarancji „sędziowskiej obiektywności, niezawisłości i właściwej kontroli”^[44].

W tym miejscu warto podkreślić, że wileński prawnik, opowiadający się za poglądem o wyższych walorach śledztwa wstępnego w porównaniu z dochodzeniem, pomimo niektórych głosów krytycznych charakteryzujących śledztwo wstępne jako przejaw procesu inkwizycyjnego, ten rodzaj postępowania przygotowawczego uznawał za optymalny. Odrzucając między innymi projekty reform zakładających wprowadzenie w miejsce śledztwa wstępnego – rozprawy kontradyktoryjnej, pisał więc: „Pragnąłbym [...] zaznaczyć, że tylko pod jednym warunkiem możnaby się zgodzić na uchylenie śledztwa wstępnego: mianowicie, gdyby się udało to urządzenie procesowe zastąpić innym, doskonalszym”. Ponadto, w duchu szkoły socjologicznej, dodał on: „[...] projekt, jakby się zdawało, zdąża w kierunku wręcz odmiennym: nie doceniając doniosłości śledztwa ogranicza je na korzyść dochodzenia, a więc na korzyść tego stadium postępowania, choć

⁴³ Ibidem, 131-132.

⁴⁴ Idem, „Uwagi o projekcie polskiej procedury karnej (dokończenie)” *Palestra*, nr 4 (1926): 184.

pozasądowego, w którym nie tylko nie ma mowy o równouprawnieniu stron, ale co więcej – wbrew zasadzie procesu nowego, jako procesu stron – oskarżyciel ma znaczną przewagę nad obwinionym”^[45].

3 | Wokół podstawowych zagadnień związanych z przyjęciem w 1928 roku Kodeksu postępowania karnego

Do fundamentalnych spraw, które w 1928 roku na kartach swych publikacji naukowych i dydaktycznych poruszał Stefan Glaser należy zaliczyć zasady naczelnego procesu karnego (nazywane przez niego także zasadami organizacyjnymi), które w jego pojęciu były: „regułami według których proces jest urządzony”. Zgodnie z założeniami Glasera na temat zasad procesowych, wpływających na typologię i katalog tychże, na ich kształtowanie wpływ miał szereg czynników społeczno-politycznych. Co ważne, przy dość dynamicznym środowisku zmieniających się czynników oddziałujących na formowanie się zasad procesowych, niezmiennym i względnie trwałym okazywały się nie zasady, lecz cel procesu. Niezależnie od miejsca i czasu, było nim, według niego, wyszukanie prawdy materialnej („ujawienie i ustalenie wszystkich tych okoliczności, które mają znaczenie dla sprawy będącej przedmiotem procesu”). W istocie szereg tych czynności stanowiło pojęcie procesu karnego, którego celem zaś było ustalenie prawdy materialnej^[46].

Jednocześnie w opinii tego samego prawnika, niewłaściwym było określanie w nauce prawdy materialnej zasadą, podczas gdy to był cel – *par excellence* – procesu karnego. Glaser pisał w związku z tym: „Cel i zasada to nie są pojęcia analogiczne. Wyszukanie prawdy jest celem [...]. Ten cel uzasadnia oparcie procesu o różne zasady, które umożliwiły jego osiągnięcie. Tak np. można powiedzieć, że dla wyszukania prawdy materialnej konieczną wydaje się zasada swobodnej oceny dowodów, zasada instrukcyjności

⁴⁵ Ibidem, 186.

⁴⁶ Stefan Glaser, *Wstęp do nauki procesu karnego. Ze szczególnym uwzględnieniem ustaw obowiązujących tymczasowo w Polsce oraz polskiego Kodeksu postępowania karnego i polskiego prawa o ustroju sądów powszechnych* (Warszawa: Gazeta Administracji i Policji Państwowej, 1928), 56–57.

[...] oraz zasada nieskrępowania sędziego karnego orzeczeniami innych sądów i władz (wykluczenie prejudycjalności). Te zasady można poczytać za środki do osiągnięcia wspomnianego, najwyższego celu procesu karnego tj. wyszukania prawdy materialnej^[47].

Na kształtowanie się zasad procesowych w Europie po rewolucji francuskiej^[48] wpływ miały postulaty żądające usuwania reguł dotychczas dominujących w absolutystycznych ustrojach politycznych i poczytywanych przez wielu jako niesprawiedliwe i implikujące nadużycia: zasada śledcza, pisemności, tajności oraz wyłączności sądownictwa koronnego. W ich miejsce weszły reguły takie jak: skargowość, ustność, jawność i uznania sądownictwa przysięgłego. Glaser podsumowywał to kluczowe zagadnienie tymi słowami: „W ten sposób wprawdzie pod wpływem hasel politycznych, ale dopiero dzięki i poważnej pracy naukowej i ustawodawczej wzniesiony został gmach nowego, tzw. zreformowanego procesu karnego, który pod koniec XIX stulecia stał się typem powszechnie w Europie przyjętym”^[49].

Wileński procesualista, hołdując zasadzie komparatystycznej na gruncie badań prawnych, w tym samym 1928 roku dokonał porównania i oceny zasad karno-procesowych na podstawie ustawodawstwa polskiego i poza-borczego. W wyniku tego zabiegu powstał ciekawy obraz prawno-porównawczy. W normach austriackiej ustawy procesowej z 1873 roku upatrywał on najszerszego zastosowania zasady skargowości, zaś najmniejszego w rosyjskiej ustawie procesowej z 1864 roku, która z kolei w największym stopniu uwzględniała zasadę śledczości (inkwizycyjności)^[50]. Glaser dodał zarazem w tym kontekście: „Pol.[ska] P.[rocedura] K.[arna] poszła [...], choć niezupełnie, za wzorem ustawy austriackiej”^[51].

Ponadto, w przypadku zasady dochodzenia przestępstw z urzędu, Stefan Glaser, wyraźnie zaakcentował kwestię ewolucji tej zasady, a także rolę oskarżyciela publicznego. Nie mniej ważna była w jego opinii genetyczność urzędu prokuratorskiego, którego „ojczyzną była Francja”. W drugiej połowie XIX wieku instytucja ta stała się bardzo istotnym

⁴⁷ Ibidem, 57.

⁴⁸ Przykładem zastosowania metody prawno-historycznej w badaniu instytucji kasacji, mającej pochodzenie francuskie, obrazującej wpływ rewolucji francuskiej na kształtowanie się tego środka odwoławczego, była publikacja Stefana Glasera, *Kasacja* (s.n.: 1935), 2-3.

⁴⁹ Glaser, *Wstęp do nauki procesu karnego*, 58.

⁵⁰ Ibidem, 62; Ryszard Tomczyk, „Proces karny w monarchii habsburskiej. Od drugiej połowy XVIII wieku do 1918 roku” *Edukacja Humanistyczna*, nr 1 (2013): 75.

⁵¹ Glaser, *Wstęp do nauki procesu karnego*, 62.

elementem – powszechnie panującym w ustawodawstwie kontynentalnym. Co istotne wileński procesualista podkreślał, że silna rola oskarżyciela publicznego w ściganiu przestępstw zmalała nieco w kolejnych dekadach z uwagi na potrzebę ograniczenia monopolu oskarżenia prokuratury. W wyniku toczących się w tym kierunku dyskusji ukształtował się model, przyjęty także w polskim Kodeksie postępowania karnego, zgodnie z którym ustawodawstwa zaczęły dopuszczać odstępstwa od reguły wyłącznego dochodzenia przestępstw przez prokuraturę, na rzecz skargi prywatnej, zwłaszcza w sytuacjach, „gdzie przestępstwo stanowi przede wszystkim naruszenie interesu osobistego jednostki pokrzywdzonej”^[52].

W 1928 roku Glaser podkreślał także znaczenie zasady bezpośredniości, co w słowach tego przedstawiciela szkoły socjologicznej, uznającego nadzędność rozprawy sądowej nad postępowaniem przygotowawczym^[53], brzmiało: „Zasada bezpośredniości wyraża się w żądaniu, by sędzia tworzył podstawę wyroku za pomocą własnych zmysłowych wrażeń”. W tym zakresie powoływał się on również na ustalenia nauki francuskiej, w tym na poglądy René Garrauda^[54], w oparciu o które, zasada bezpośredniości łączona była z zasadą ustności. Jak zauważył polski badacz, ustawodawstwo obowiązujące w Rzeczypospolitej Polskiej po 1918 roku w wielu przypadkach ustaw karno-procesowych „z zasadą ustności przyjmuje też zasadę bezpośredniości”^[55].

Zdaniem Stefana Glasera, wyrażonym w 1928 roku, zasada równoprawienia stron, została zagwarantowana „zazwyczaj tylko w postępowaniu głównym”. Dla przykładu podał on normy płynące z austriackiej (1873) i niemieckiej (1877) ustawy procesowej karnej oraz projektu polskiego Kodeksu postępowania karnego z 1925 roku. *A contrario* wymienił zaś rosyjską ustawę karno-procesową z 1864 roku, której przepisy, także w postępowaniu głównym przewidywały przewagę uprawnień procesowych prokuratora nad oskarżonym. Natomiast w śledztwie wstępnym wyłącznie prokuratorowi przysługiwało „prawo do obecności podczas przesłuchania świadków [...] oraz do przeglądania akt” (ustawa karna procesowa niemiecka z 1877 roku, rosyjska z 1864 oraz projekt polskiego

⁵² Ibidem, 66, 68.

⁵³ Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 42.

⁵⁴ Mieczysław Ettinger [Miecz. Ett.], „Dr. med. Wiktor Grzywo-Dąbrowski prof. med. sąd. Przerwanie ciąży z punktu widzenia społecznego, prawnego i lekarskiego, Warszawa 1926 [rec.]” *Palestra*, nr 8 (1926): 390.

⁵⁵ Glaser, *Wstęp do nauki procesu karnego*, 90.

Kodeksu postępowania karnego). Glaser zarazem podkreślił, iż: „jedynie proces austriacki przeprowadza tutaj równouprawnienie”^[56].

Zachowując komparatystyczną metodę badań ustawodawstwa obowiązującego po 1918 roku w Rzeczypospolitej Polskiej^[57], w ramach zwykłego trybu postępowania karnego, wileński prawnik w 1929 roku wyróżnił postępowanie wstępne (w ramach tego: postępowanie przygotowawcze – dochodzenie lub śledztwo wstępne, postępowanie przejściowe), postępowanie główne i postępowanie odwoławcze. Uwagi krytyczne w szczególności przedstawiał on w obszarze norm regulujących, także na mocy Kodeksu postępowania karnego z 1928 roku, postępowania przejściowego. Podkreślał, iż zastosowany w toku postępowania przejściowego (decydującego o stosunku sądu do treści aktu oskarżenia) przez polskiego ustawodawcę „kombinowany” model, przewidujący mieszaną rozwiązań procesowych charakterystycznych dla wzorca francuskiego (odziaływanego na procedurę karną niemiecką z 1877 roku i rosyjską z 1864 roku)^[58] i austriackiego^[59], „nie wydawał się szczęśliwy”. W tym kon-

⁵⁶ Ibidem, 93.

⁵⁷ Trzeba jednak uzupełnić, iż w nowym wydaniu podręcznika z 1934 r., wileński procesualista, uwzględnił przede wszystkim nowelizacje wprowadzone do Kodeksu postępowania karnego z 1928 r., bez odwoływania się w tym przypadku do metody prawno-porównawczej. W tej samej publikacji, jej autor, zrezygnował z przeglądu rozwoju procesu karnego na tle historycznym. Odejście od tych dwóch czynników – komparatystycznego i historycznego – tłumaczył względami praktycznymi. Pisał: „[...] przedmioty te zostały uwzględnione w moim Wstępie do nauki i procesu karnego (Warszawa, 1928)”. Uzupełnienie to, nie przekreśla stosowania przez Glasera metody porównawczej na kartach innych prac naukowych, w tym dotyczących prawa karnego materialnego; Stefan Glaser, *Polski proces karny w zarysie wraz z prawem o ustroju sądów powszechnych* (Kraków: Księgarnia Powszechna, 1934), V; idem, *Das neue polnische Strafgesetzbuch und die deutsche Strafrechtsreform* (Berlin: Carl Heymann Verlag 1933), 348–358.

⁵⁸ Stefan Glaser scharakteryzował ogólnie rozwiązania przyjęte w procedurze karnej niemieckiej i rosyjskiej w następujący sposób: „[...] akt oskarżenia jest faktycznie aktem sądowym, a prokurator ma tylko udział techniczny: zajmuje się wypracowaniem aktu oskarżenia, który wymaga zatwierdzenia sądu; bez zatwierdzenia akt ten pozbawiony jest znaczenia, z drugiej zaś strony oddanie pod oskarżenie może nastąpić także bez aktu oskarżenia” – Stefan Glaser, *Zarys polskiego procesu karnego wraz z prawem o ustroju sądów powszechnych. Przedstawienie porównawcze na tle ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego* (Warszawa: Gazeta Administracji i Policji Państwowej 1929), 168.

⁵⁹ Glaser podkreślał, że w austriackiej procedurze karnej stosunek sądu do aktu oskarżenia polegał na zasadniczym związaniu sądu treścią aktu oskarżenia kierowanego przez prokuratora, który decydował o „oddaniu pod oskarżenie”.

kretnym przypadku pogląd Stefana Glasera ujawniał zbyteczność zastosowania przypadku modelu francuskiego, gdyż w przedmiocie zasadności aktu oskarżenia „oskarżony (korzystający w szerokim zakresie z pomocy obrońcy) zawsze może sprzeciwem wywołać uchwałę sądu”^[60].

Z kolei w 1934 roku Glaser zajął stanowisko w dyskusji na temat potrzeby zastąpienia śledztw dochodzeniami lub ograniczania tkwiących w nim elementów inkwizycyjności. Przytoczył on argumenty przeciwników obecności śledztwa w postępowaniu wstępnym, zgodnie z którymi była to instytucja „szczątkowa, niezgodna z duchem i zasadami procesu zreformowanego”, występująca wbrew zasadom nowoczesnej procedury karnej – bezpośredniości i ustności, wpływająca na przewlekłość procedury i przedłużanie aresztu prewencyjnego (tymczasowego). Stefan Glaser zaznaczył, iż zgodnie z tą tendencją Kodeks postępowania karnego z 1928 roku „poszedł w tym kierunku”, gdy: „śledztwo jest konieczne tylko w sprawach o zbrodnie, należące do właściwości sądów przysięgłych”. W swej argumentacji, mającej ugruntowanie w założeniach szkoły socjologicznej, pisał on: „[...] nie wydaje się właściwą dążność ku zastąpieniu śledztwa dochodzeniami; raczej byłoby rzeczą celową w ten sposób zreformować śledztwo wstępne, by pozbawione pierwiastka inkwizycyjnego i przystosowane do charakteru procesu zreformowanego, mogło stanowić pożyteczną instytucję wymiaru sprawiedliwości”^[61].

4 | Zakończenie

Poglądy Stefana Glasera na temat zagadnień karno-procesowych doby dwudziestolecia międzywojennego wpisywały się zasadniczo w nurt szkoły socjologicznej. Ukształtowane zostały w dużym stopniu przy uwzględnieniu metody prawno-porównawczo-historycznej. Obejmowały szerokie ujęcia zaczerpnięte z nauki francuskiej i prac badawczych powstających

Skutkiem takiej normy prawa procesowego był obowiązek sądu zarządzenia postępowania głównego z chwilą wniesienia aktu oskarżenia. Austriacka procedura karna przewidywała, co prawda możliwość badania merytorycznego aktu oskarżenia, ale gdy oskarżony wniósł taki sprzeciw. Ponadto była to kompetencja sądu drugiej instancji (apelacyjnego); *ibidem*, 167.

⁶⁰ *Ibidem*, 171.

⁶¹ Glaser, *Polski proces karny w zarysie*, 244–246.

w kręgu kulturowym języka niemieckiego. Z poglądami tymi mieli styczność przede wszystkim twórcy Kodeksu postępowania karnego z 1928 roku^[62]. Rezonowały one także w kolejnych latach istnienia Polski międzywojennej. Co więcej, pozostają one aktualne po dziś dzień, przykładowo w powracającej co jakiś czas dyskusji publicznej na temat potrzeby wprowadzenia do polskiego wymiaru sprawiedliwości sędziów pokoju.

Bibliografia

- Bross Stanisław, *Akcja Katolicka na I Krajowym Kongresie Eucharystycznym w Polsce*. Poznań–Warszawa–Wilno–Lublin: Księgarnia Św. Wojciecha, 1930.
- Cieślak Marian, „Stefan Glaser (1895–1984)” *Państwo i Prawo*, z. 4 (1985): 104–106.
- Ettinger Mieczysław, [Miecz. Ett.]. „Dr. med. Wiktor Grzywo-Dąbrowski prof. med. sąd. Przerwanie ciąży z punktu widzenia społecznego, prawnego i lekarskiego, Warszawa 1926 [rec.]” *Palestra*, nr 8 (1926): 389–390.
- Gałązka Małgorzata, „Stefan Glaser (1895–1984)”, [w:] *Profesorowie prawa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego*, red. Antoni Dębiński, Wojciech Staszewski, Monika Wójcik. 81 – 90. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2006.
- Glaser Stefan, „Uwagi o projekcie polskiej procedury karnej (d.c.)” *Palestra*, nr 2 (1926): 66–77.
- Glaser Stefan, „Uwagi o projekcie polskiej procedury karnej (d.c.)” *Palestra*, nr 3 (1926): 129–135.
- Glaser Stefan, „Uwagi o projekcie polskiej procedury karnej (dokończenie)” *Palestra*, nr 4 (1926): 184–209.
- Glaser Stefan, „Uwagi o projekcie polskiej procedury karnej” *Palestra*, nr 1 (1926): 1–21.
- Glaser Stefan, *Das neue polnische Strafgesetzbuch und die deutsche Strafrechtsreform*. Berlin: Carl Heymann Verlag, 1933.
- Glaser Stefan, *Kasacja*. S.n.: 1935.
- Glaser Stefan, *Polski proces karny w zarysie wraz z prawem o ustroju sądów powszechnych*. Kraków: Księgarnia Powszechna, 1934.
- Glaser Stefan, *Urywki wspomnień*. Londyn: Odnova, 1974.
- Glaser Stefan, *Wstęp do nauki procesu karnego. Ze szczególnym uwzględnieniem ustaw obowiązujących tymczasowo w Polsce oraz polskiego Kodeksu postępowania karnego i polskiego prawa o ustroju sądów powszechnych*. Warszawa: Gazeta Administracji i Policji Państwowej, 1928.

⁶² Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego*, 42.

- Glaser Stefan, *Zarys polskiego procesu karnego wraz z prawem o ustroju sądów powszechnych. Przedstawienie porównawcze na tle ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego*. Warszawa: Gazeta Administracji i Policji Państwowej 1929.
- Ilgiewicz Henryka, *Instytut Naukowo-Badawczy Europy Wschodniej oraz Szkoła Nauk Politycznych w Wilnie (1930-1939)*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2019.
- Janicka Danuta, „Makarewicz a Liszt. Próba analizy porównawczej” *Czasopismo Prawno Historyczne*, z. 1 (2015): 107-128. <https://doi.org/10.14746/cph.2015.68.1.07>.
- Janicka Danuta, *Polska myśl prawnokarna XIX-XX wieku: autorzy i ich dzieła. Od szkoły klasycznej do socjologicznej*. Toruń: Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, 2017.
- Jurkowski Roman, „Dzienniki 1930-1936”, Bronisław Żongołłowicz, Warszawa 2004 (rec.) *Echa Przeszłości*, nr 6 (2005): 298-305.
- Kordedczuk Józef, *Wpływ nurtu socjologicznego na kształt polskiego prawa karnego procesowego w okresie międzywojennym (Les classiques modernes)*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2007.
- Kordedczuk Józef, „Nauka i nauczanie procesu karnego w Polsce w okresie międzywojennym”, [w:] *Nauka i nauczanie prawa w dziejach*, red. Tomasz Kruszewski. 117-139. Wrocław: Kolonia Limited, 2011.
- Kordedczuk Józef, „Prace nad kodyfikacją prawa karnego procesowego w Polsce w latach 1919-1928” *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne*, nr 3 (2019): 37-50. <https://doi.org/10.25167/osap.1867>.
- Kordedczuk Józef, „Założenia i koncepcja kodyfikacji prawa karnego procesowego w II Rzeczypospolitej” *Prawo i Więż*, nr 4 (2022): 687-700. <https://doi.org/10.36128/priw.vi4i.613>.
- Malicka-Ocherta Anna, *Ograniczenia działań obrońcy w procesie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2021.
- Przeniosło Małgorzata, „Profesorowie Wydziału Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie (1919-1939)” *Kwartalnik Historii Nauki i Techniki*, nr 2 (2016): 7-32.
- Redzik Adam, „Glaser Stefan Antoni”, [w:] *Słownik Biograficzny Adwokatów Polskich A-Ż t. III, z. 1*, red. Adam Redzik. 114-117. Warszawa: Naczelna Rada Awocka, 2018.
- Smolana Krzysztof, „Glaser Stefan Antoni”, [w:] *Urzednicy służby zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej 1918-1945. Przewodnik biograficzny t. 1*, red. Krzysztof Smolana. 135-136. Warszawa: Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych, Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 2020.
- Snarski Tomasz, *Wróblewski*. Sopot: Arche, 2020.

- Tarkowski Mikołaj, *Wydział Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie w latach 1919–1939*. Gdańsk: Wydawnictwo GSW, 2015.
- Tomczyk Ryszard, „Proces karny w monarchii habsburskiej. Od drugiej połowy XVIII wieku do 1918 roku” *Edukacja Humanistyczna*, nr 1 (2013): 67–79.
- Wierczyńska Karolina, Grzegorz Wierczyński, „Stefan Glaser. Polish Lawyer, diplomat and scholar”, [w:] *The dawn of a discipline. International criminal justice and its early exponents*, red. Frederic Megret, Immi Tallgren. 306–334. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- Wykaz Adwokatów do krakowskiej Izby Adwokackiej należących*. Kraków: Krakowska Izba Adwokacka, 1910.
- Zamojska Dorota, „Wstęp”, [w:] *Dzienniki 1930–1936*, red. Dorota Zamojska. Warszawa: Przegląd Wschodni: Studium Europy Wschodniej, 2004.
- Żongołowicz Bronisław, *Dzienniki 1930–1936*. Warszawa: Przegląd Wschodni: Studium Europy Wschodniej, 2004.
- Żukowski Przemysław, „Bronisław Wróblewski-Stefan Glaser. Sprawa katedr prawa i procesu karnego na Wydziale Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie” *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, nr 14 (2021): 331–354. <https://doi:10.4467/20844131KS.21.025.14090>.
- „Z Polskiej Komisji Współpracy Prawniczej Międzynarodowej” *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 2 (1931): 569–570.



Protection of Rights of Minor Victims of Torture, Inhuman or Degrading Treatment, or Punishment under the European Convention on Human Rights

The author presents research to analyze the particular protection of under-aged victims of torture and ill-treatment under the European Convention on Human Rights (ECHR). This particularly vulnerable group is entitled to special protection due to its status and susceptibility to various types of abuse. ECHR had the opportunity to analyze the applications concerning violations of the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment concerning minors, among other things, domestic violence^[1], migration^[2], corporal punishment^[3], or sexual abuse^[4]. The states parties have particular obligations in this respect due to the nature of the violation and the specific vulnerability of the victim. The purpose of the Article is to focus on minor victims of torture in the context of their particular vulnerability and protection of their respective rights under the ECHR system.

JAKUB CZEPEK dr habil. Iuris, Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw
ORCID – 0000-0001-7741-7806 / e-mail: jczeppek@gmail.com

KEYWORDS: rights of the minors, prohibition of torture and ill-treatment, Art. 3 of the ECHR, domestic violence, child migrants

¹ ECHR judgment *Z. and others v. The United Kingdom*, 10.05.2001, appl. no 29392/95.

² ECHR judgment *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, 12.10.2006, appl. no 13178/03.

³ ECHR judgment *Tyrer v. The United Kingdom*, 25.04.1978, appl. no 5856/72.

⁴ ECHR judgment *M.C. v. Bulgaria*, 4.12.2003, appl. no 39272/98.

1 | Introduction

Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR) enshrines the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment, or punishment. Under Art. 15, this is a non-derogable right which, together with Art. 2 (right to life), guarantees the most fundamental basis of a democratic society: the right to life and freedom from torture. According to Judge J.P. Costa, these two Articles express the most fundamental values of human civilization, the right to life, and the absolute protection of the physical and mental integrity of the person. Therefore, in these two areas, the case law has gone furthest in clarifying the State's positive obligations^[5].

The precise construction of the state's positive obligations under Art. 3 is a consequence of the fact that this guarantee constitutes an absolute right and protects one of the most important values enshrined in the Convention. The Court divides the state's positive obligation in this respect into those deriving from substantive and procedural aspects^[6] of the ECHR, which causes the ECtHR to somewhat „overlook” the particular character of institutional obligations^[7]. However, elements of the institutional obligations may be found within the ambit of substantive and procedural limbs of the Art. 3^[8].

The prohibition of torture requires the parties to contract certain positive obligations. On the one hand, these entail legislative and preventive obligations, which aim to provide a legislative framework and prevent acts of ill-treatment from materializing^[9]. On the other hand, these refer to procedural obligations, which require conducting adequate and effective official investigations of violations that have already occurred. The ECtHR clearly stated that the authorities' positive obligations under Article 3 of the Convention comprise, first, an obligation to put in place a legislative

⁵ Jean-Paul Costa, „The European Court of Human Rights: consistency of its case-law and positive obligations. Speech at Leiden University” *Netherlands Quarterly of Human Rights*, No. 3 (2008): 452–453.

⁶ E.g.: ECtHR judgment *X. and Others v. Bulgaria*: 02.02.2021, appl. no. 22457/16. § 178–192.

⁷ *Mutatis mutandis* in relations to institutional obligations deriving from Art. 2: Jakub Czepek, *Standard skutecznego śledztwa w sferze ochrony prawa do życia w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe UKSW, 2021), 135–137.

⁸ *Ibidem*.

⁹ ECtHR judgment *Beganović v. Croatia*: 25.06.2009, appl. no. 46423/06. § 71.

and regulatory framework of protection; second, in certain well-defined circumstances, an obligation to take operational measures to protect specific individuals against a risk of treatment contrary to that provision; and thirdly, an obligation to carry out an effective investigation into arguable claims of infliction of such treatment. Generally speaking, the first two aspects of these positive obligations are classified as “substantive”, while the third aspect corresponds to the State’s positive “procedural” obligation^[10].

Substantive obligations are mainly put in place to prevent any risk of torture from materializing, whereas procedural obligations come into play after an incident of torture already took place. Procedural obligations require an effective investigation of allegations of torture and ill-treatment.

As it was already stressed, due to the paramount importance of its subject matter, prohibition of torture is an absolute and nonderogable right which guarantees the protection of all individuals from torture, inhumane or degrading treatment, or punishment. This protection becomes particularly important with respect to minors. Even though the text of the ECHR does not refer particularly to the protection of children, it is clear that most of^[11] the Convention rights are directly applicable to them. Art. 3 states that “no one” shall be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment^[12]. This provision should be understood as guaranteeing this protection to children and adults.

The Convention does not refer to or define a child on many occasions. However, according to the Convention on the Rights of the Child (CRC), it is clear that a child means „every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, the majority is attained earlier”^[13]. Due to their vulnerability, children require specific protection and assistance to fully assume their responsibilities within the community^[14]. This is the reason why the child benefits from specific protection under international law of human rights. This concept was stressed in Art. 3 of the CRC, which states that in all actions concerning children, the

¹⁰ X. and Others v. Bulgaria. § 178.

¹¹ The exception to this rule is e.g. Art. 12 of the ECHR: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (European Convention on Human Rights). 4 November 1950; which guarantees the right to marry and found a family.

¹² ECHR, Art. 3.

¹³ Convention on the Rights of the Child. 20 November 1989, Art. 1.

¹⁴ Ibidem, Preamble.

best interests of the child shall be a primary consideration^[15]. The notion of a child's best interest is, in fact, a general rule of the CRC and guarantees the prevailing character of a child's interest. A similar approach was taken in the EU Charter on Fundamental Rights^[16]. This notion is also applicable in the ECtHR case law^[17]; however, the Court does not refer to it in the cases concerning the prohibition of torture and other forms of ill-treatment.

The Court took up the issue of protecting children regarding the prohibition of torture in several cases. These concerned questions of corporal punishment, domestic violence, guarantees of care for migrant minors, sexual abuse, and protection of children in youth care. It is important to focus on each of those issues separately.

2 | Corporal punishment

The Court addressed the issue of corporal punishment in the case *Tyrer v. United Kingdom*. The ECtHR examined the application concerning the caning (birching) of a 15-year-old, which took place in 1972. The applicant was sentenced to three strokes of the birch in accordance with existing domestic legislation^[18].

The ECtHR at that time analyzed whether the corporal punishment inflicted on this particular case could be classified as „degrading treatment”. It is worth mentioning that currently, the ECtHR does not specify whether a specific form of ill-treatment constitutes degrading treatment, inhuman treatment, or torture. Even in cases concerning torture, the most severe forms of ill-treatment under Art. 3, the Court considers that the additional characterization is not necessary in the circumstances of the case. It is important to determine whether the ill-treatment in question

¹⁵ Ibidem, Art. 3 para 1.

¹⁶ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 18 December 2000, 2000/C 364/01, Art. 24 para 2.

¹⁷ ECtHR judgment *X. v. Latvia*: 26.11.2013, appl. no. 27853/09. § 100; ECtHR judgment *Krisztián Barnabás Tóth v. Hungary*: 12.02.2013, appl. no. 48494/06. § 32; ECtHR judgment *Görgülü v. Germany*: 26.02.2004, appl. no 74969/01. § 41.

¹⁸ ECtHR judgment *Tyrer v. United Kingdom*: 25.04.1978, appl. no. 5856/72. § 9.

attained the necessary threshold of severity to fall within the scope of Article 3 of the ECHR^[19].

The Court in *Tyrer v. UK* stressed that judicial corporal punishment involves one person inflicting physical violence on another^[20]. Even though the applicant did not suffer any severe or long-lasting physical effects, his punishment constituted an assault on precisely that which is one of the main purposes of the Art. 3 to protect, that is, the dignity and physical integrity of a person. It cannot be excluded that the punishment may have had adverse psychological effects. The Court also noted that there had been several weeks since the applicant's conviction by the juvenile court and a considerable delay in the police station where the punishment was carried out. Consequently, in addition to the physical pain he experienced, the applicant was subjected to mental anguish over the anticipation of the violence he was to have inflicted on him^[21].

All above mentioned led the Court to conclude that the applicant was subjected to a punishment in which the element of humiliation attained the level inherent in the notion of „degrading punishment”^[22]. Although the ECtHR decided that corporal punishment amounted to degrading punishment and constituted a violation of Art. 3, it did not refer in any way to the special status of an individual who was a minor at the time of the punishment.

In *Campbell and Cosans v. In the United Kingdom*, the Court analyzed the threat of minors being subjected to corporal punishment. The ECtHR stated that, provided it is sufficiently accurate and immediate, it is a mere threat of conduct prohibited by Art. 3 may itself conflict with that provision. Thus, threats to an individual with torture might, in some circumstances, constitute at least „inhuman treatment”^[23]. The Court referred to the *Tyrer* judgment, which stressed that no „punishment” has been inflicted in this case. The ill-treatment would not be “degrading” unless the person concerned has undergone it^[24]. Since none of the minors was

¹⁹ E.g. ECtHR judgment *Tunikova and Others v. Russia*: 14.12.2021, appl. no. 55974/16, 53118/17, 27484/18, 28011/19. § 77.

²⁰ *Tyrer v. United Kingdom*. § 33.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, § 35.

²³ ECtHR judgment *Campbell and Cosans v. United Kingdom*: 25.02.1982, appl. no. 7511/76, 7743/76. § 26.

²⁴ *Ibidem*, § 28.

subjected to ill-treatment, the Court decided that there was no violation of Art. 3 could be established^[25].

It is worth mentioning that the ECtHR refers to relevant international standards concerning minors in detention or corporal punishment. The Court stresses the importance of both CoE and UN standards^[26]. According to the Committee of Ministers (CM) Recommendation (2008)11, it is prohibited to apply collective punishment, corporal punishment, punishment by placing in a dark cell, and all other forms of inhuman and degrading punishment^[27]. A similar standard was provided within the framework of the CRC. This concerns in particular Art. 37, which prohibits torture, cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment of children^[28] and guarantees that „every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner, which takes into account the needs of persons of his or her age”^[29].

3 | Domestic violence

Due to the particular vulnerability of children, domestic violence puts them in danger. Effectively addressing this problem requires the realization of the state’s positive obligations in this respect, therefore implies primarily preventing domestic violence by completing substantive obligations.

The Court stressed this aspect in the judgment of *Z. and Others v. United Kingdom*. The case concerned four siblings who were severely neglected and abused. The children were, among other things, dirty, hungry, and often locked up by their parents. Due to the extreme cases of neglect, they developed mental problems. The child psychiatrist who examined the children stated that they had been deprived of affection and physical care. She described their experiences as „horrific” and added that the case was the worst neglect and emotional abuse she had seen in her professional

²⁵ Ibidem, § 31.

²⁶ ECtHR judgment *Blohin v. Russia*: 23.03.2016, appl. no 47152/06, § 77–88.

²⁷ Recommendation CM/Rec (2008)11 on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures, adopted by the Committee of Ministers on 5 November 2008. § 95.2.

²⁸ Convention on the Rights of the Child, Art. 37 a).

²⁹ Ibidem, 37 c).

career. Some of the children also showed signs of PTSD^[30]. Children were also showing signs of bruises and other forms of abuse^[31].

The ECtHR analyzed the alleged violation of Art. 3 in this case. The Court stated that there was a positive obligation on the Government to protect children from treatment contrary to this provision. The authorities had been aware of the severe ill-treatment and neglect suffered by the four children over the years at the hands of their parents and failed, despite the means reasonably available to them, to take any effective steps to end it^[32]. It is worth mentioning that the State Party did not contest the Commission's finding that the treatment suffered by the four applicants reached the level of severity prohibited by Art. 3 and that the State failed in its positive obligation, under Article 3 of the Convention, to provide the applicants with adequate protection against inhuman and degrading treatment^[33].

It was stressed that domestic authorities had a positive obligation to protect children and had various powers available, including removing them from their homes. During the intervening period of four and a half years, the children had been subjected in their home to what the consultant child psychiatrist who examined them called horrific experiences^[34]. The Court concluded that there had been a violation of Art. 3 in this case^[35].

Additionally, the ECtHR also analyzed the procedural aspect of this case. It was done under Art. 13. The Court recalls its previous case law, which stated that where a provision as fundamental as the right to life or the prohibition against torture, inhuman and degrading treatment is at stake, Art. 13 requires, in addition to the payment of compensation (where appropriate), a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible, including effective access for the complainant to the investigation procedure^[36]. In the Court's opinion, the applicants did not have an appropriate means of obtaining a determination of their allegations. The local authority did not protect them from inhuman and degrading treatment and the pos-

³⁰ ECtHR judgment *Z. and Others v. United Kingdom*: 10.05.2001, appl. no 29392/95, § 40.

³¹ *Ibidem*, § 17–40.

³² *Ibidem*, § 70.

³³ *Ibidem*, § 72.

³⁴ *Ibidem*, § 74.

³⁵ *Ibidem*, § 75.

³⁶ *Ibidem*, § 109; also: ECtHR judgment *Kaya v. Turkey*: 19.02.1998, appl. no 22729/93, § 107.

sibility of receiving an enforceable compensation award for the damage suffered. Consequently, they were not provided with an effective remedy for breach of Art. 3, which led to violation Art. 13 of the Convention^[37].

It is worth mentioning that the Court also examined a case in which the lack of realization of preventive obligations caused the death of minor children of the applicant. However, the issue was analyzed under Art. 2 of the ECHR. The case *Kontrová v. Slovakia* concerned an applicant who suffered long physical and psychological abuse by her husband. The applicant's husband also threatened to kill himself and his children. Despite the long history of domestic violence, the authorities did not take preventive actions. Eventually, the applicant's husband killed their children and committed suicide afterward^[38].

The Court referred to its previous case law^[39] and reiterated that – in addition to negative obligations – Art. 2 also requires the implementation of positive preventive actions. For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk. The scope of this positive obligation must be interpreted in a way that does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities^[40]. Despite the clearly established positive obligations of the state in this respect, the authorities in *Kontrová v. Slovakia* failed to ensure compliance with them. These failures directly led to the death of the applicant's children^[41].

This case also entailed violation of procedural aspect of Art. 2, examined under Art. 2 and Art.13. The Court reminded that Art. 13 requires the possibility of compensation for nonpecuniary damage. As the ECtHR already found, in the event of a breach of Art. 2 and 3 of the Convention, which

³⁷ Ibidem, § 111.

³⁸ ECHR judgment *Kontrová v. Slovakia*: 31.05.2007, appl. no 7510/04, § 7-14.

³⁹ ECHR judgment *Osman v. United Kingdom*: 28.10.1998, appl. no 23452/94, §115-116; ECHR judgment *L.C.B. v. United Kingdom*: 09.06.1998, appl. no 23413/94, §36.

⁴⁰ *Kontrová v. Slovakia*, § 50; *Osman v. United Kingdom*, § 116; Alastair R. Mowbray, *The Development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford–Portland–Oregon: Bloomsbury Publishing, 2004), 16.

⁴¹ *Kontrová v. Slovakia*, § 52-55.

rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of possible remedies^[42].

Kontrová v. The Slovakia case does not concern freedom from torture; however, it is worth mentioning here for at least two reasons. Firstly, it shows the genuine and natural connection between the right to life and freedom from torture. This might be easily observed by the similarity of the positive obligations derived from these two rights. Despite these similarities, it should be noted that the right to life has a „dominating” position over freedom from torture in this respect. In many ECtHR judgments, after finding a violation of positive obligation deriving from Art. 2, the Court decides there is no necessity to further analyze Art. 3 in this respect^[43]. Secondly, in extreme circumstances where state authorities have failed and incidents of domestic violence caused the death of a minor, Art. 2 will be applicable^[44]. Regarding both rights, it is crucial to satisfy both substantive obligations (e.g., by implementing provisions of the criminal law and preventive actions) and procedural obligations (including effective investigation and compensation).

4 | Protection of a foreign minor

In recent years, the issues concerning migration and the protection of the rights of migrants have become more and more pressing. The case law of the ECtHR also reflects this tendency. The Court analyzed numerous cases concerning violation of Art. 4 of the Protocol 4^[45] (prohibition of collective expulsion of aliens), Article 3 concerning, among other things,

⁴² Ibidem, § 64.

⁴³ E.g. ECtHR judgment *Ognyanova and Choban v. Bulgaria*: 23.02.2006, appl. no 46317/99, § 124; ECtHR judgment *Anguelova v. Bulgaria*: 13.06.2002, appl. no 38361/97, § 149–150; Czepek, *Standard*, 312.

⁴⁴ E.g. ECtHR judgment: *Association Innocence en Danger v. France and Association Enfance and Partage v. France*: 04.06.2020, appl. no 15343/15, 16806/15, § 159–176.

⁴⁵ ECtHR judgment *Čonka v. Belgium*, 05.02.2002, appl. no 51564/99; ECtHR judgment *Sharifi and Others v. Italy and Greece*: 21.10.2014, appl. no 16643/09; ECtHR judgment *Khlaifia and Others v. Italy*: 15.12.2016, appl. no 16483/12.

conditions of detention^[46], or Article 13 (right to an effective remedy)^[47]. The issues related to migration concern not only adults but also children. Due to the particular vulnerability of minors, the realization of Convention guarantees in their respect is important. The issue of minor migrants, especially those unaccompanied, had been addressed within the EU system (e.g., under the EU Directive on standard procedures for granting and withdrawing international protection^[48]). On many occasions, the ECtHR has examined the problems related to child migrants. Those cases mostly concern detention conditions, which may be particularly dire, unsafe for children, or lengthy.

In most recent cases concerning accompanied minors in immigration detention in the context of the alleged violation of Art. 3, the Court had regard to several elements, including the age of the children involved, the length of their detention, the material conditions in the detention facilities and their appropriateness for accommodating children; the particular vulnerability of children caused by previous stressful events and the effects of detention on the children's psychological condition^[49].

Recently, in *MH and Others v. Croatia*, the ECtHR stated that the detention of children in an institution with prison-type elements, where the material conditions were satisfactory but the level of police surveillance was high. There were no activities structuring the children's time, which would perhaps not be sufficient to attain the threshold of severity required to engage in Art. 3, where the confinement was for a short duration, depending on the circumstances of the case. However, in the case of a prolonged period, such an environment would necessarily have harmful consequences for children, exceeding the threshold of Art. 3^[50].

⁴⁶ E.g. ECtHR judgment *M.K. and Others v. Poland*: 23.07.2020, appl. no 40503/17, 42902/17, 43643/17.

⁴⁷ *Khlaifia and Others v. Italy*; ECtHR judgment *Moustahi v. France*: 25.06.2020, appl. no 9347/14.

⁴⁸ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council on common procedures for granting and withdrawing international protection. 26.06.2013, Art. 25; Laurens Lavrysen, „European asylum law and the ECHR: an uneasy co-existence” *Goettingen Journal of International Law*, 1 (2012): 216.

⁴⁹ ECtHR judgment *S.F. and Others v. Bulgaria*: 07.12.2017, appl. no 8138/16, 79–83; ECtHR judgment *G.B. and Others v. Turkey*: 17.10.2019, appl. no 4633/15, § 102–117; ECtHR judgment *R.R. and Others v. Hungary*: 02.03.2021, appl. no 36037/17, § 58–65.

⁵⁰ ECtHR judgment *M.H. and Others v. Croatia*: 18.11.2021, appl. no 15670/18, 43115/18, § 199.

Similarly, in the case *Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium*, The Court stressed the extreme vulnerability of a child and the necessity of taking reasonable steps to prevent the child from ill-treatment. ECtHR noted that the children were not separated from their mother, but that did not exempt the authorities from their obligation to protect them. Children had been held for more than a month in a closed center that was not designed to house minors, but adults. The children also showed signs of PTSD^[51].

According to the ECtHR, the state's obligations concerning the protection of migrant minors may be different depending on whether they are accompanied or not^[52]. Regarding unaccompanied minor migrants, the Court also focuses on the detention conditions in such facilities. On certain occasions, it was decided that the conditions of his detention undermined the essence of human dignity and that they could be regarded in themselves, without considering the length of detention, as degrading treatment in breach of Art. 3 of the Convention^[53].

In *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, ECtHR examined an application concerning the detention of a five-year-old girl (Congolese national) detained for nearly two months at an adult transit center. The center was run by the Aliens Office near Brussels airport. The girl was traveling to Canada to join her mother, who had obtained refugee status there. After detention, the minor was returned to her country of origin. The applicants (mother and daughter) stated that the detention of the child had constituted a violation of the Art. 3 of the ECHR^[54].

The Court noted that a five-year-old applicant was in the same conditions as adults. She was detained in a center designed for adults; although she was unaccompanied by her parents, no one had been assigned to care for her. No measures were taken to ensure that she received adequate educational and counseling assistance from specially mandated qualified personnel. This situation lasted two months. The authorities have acknowledged that the place of detention was not adapted to her needs and that there were no adequate structures at the time^[55].

⁵¹ ECtHR judgment *Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium*: 19.01.2010, appl. no 41442/07, 55-63.

⁵² ECtHR judgment *Rahimi v. Greece*: 05.04.2011, appl. no. 8687/08, § 63.

⁵³ ECtHR judgment *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*: 22.11.2016, appl. no 25794/13, 28151/13, § 112.

⁵⁴ ECtHR judgment *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*: 12.10.2006, appl. no 13178/03, § 8-37.

⁵⁵ *Ibidem*, § 50.

The Belgian authorities took several measures, including informing the mother of the situation, giving her a telephone number to reach her daughter, appointing a lawyer to assist the second applicant, and liaising with the Canadian authorities and the Belgian Embassy. The ECtHR stated that these measures were insufficient to fulfill the State's obligation to provide care for the applicant and that the State had an array of means at its disposal. The conditions of the applicant's detention caused considerable distress. They demonstrated a lack of humanity to such a degree that it amounted to inhuman treatment and led to a violation of the Art. 3^[56].

The above findings stress the necessity of fulfilling preventive obligations of the States-Parties to the ECHR. It is crucial not only to prevent minor migrants from violence or any form of abuse, but also to guarantee proper conditions. The places to house minor migrants should be safe and appropriate for children, including the requirements of material conditions. The ECtHR case law, in this respect, clearly stresses the importance of the realization of substantive positive obligations and notes that inappropriate detention conditions may lead to a violation of Art. 3 and lead to psychological trauma of a child.

5 | Sexual abuse

Any form of sexual violence or abuse is particularly dangerous to its victim. Due to the exceptional vulnerability of children, the consequences of such acts are even more severe for them. Such crimes also require a domestic legal framework and particular diligence during investigations and proceedings.

In *MC v. Bulgaria*, the Court analyzed the case in which the applicant (who was 14 at the time) alleged a rape. The ECtHR noticed that the authorities could be criticized for attaching little weight to the particular vulnerability of young people and the special psychological factors involved in cases concerning rape of minors.

In respect of investigation and proceedings, the Court considered that, while in practice it may sometimes be difficult to prove lack of consent in the absence of "direct" proof of rape, the authorities must nevertheless

⁵⁶ Ibidem, § 58–59.

explore all the facts and decide based on an assessment of all the surrounding circumstances. The investigation and its conclusions must be centered on the issue of nonconsent. In the case of the applicant, the authorities failed to investigate the surrounding circumstances sufficiently. That resulted from their undue emphasis on “direct” proof of rape^[57]. The investigation was also subject to significant delays^[58].

ECTHR noted that the approach taken by the investigator and the prosecutors did not fulfill the requirements inherent in the States’ positive (substantive) obligations. In particular, the authorities failed to establish and apply effectively a criminal law system punishing all forms of rape and sexual abuse^[59]. The Court also stressed that effective protection against rape and sexual abuse requires measures of a criminal-law nature^[60].

This approach stresses the importance of positive preventive obligations regarding the sexual abuse of minors. In this sense, states should put effective criminal law provisions that align with „modern standards in comparative and international law”^[61]. It is also vital to effectively punish such crimes which requires the realization of procedural obligations and the conduct of an effective investigation. This necessity was stressed in *IC v. Romania*, where the Court stated that the investigation of the applicant’s case fell short of the requirements inherent in the State’s positive obligations to apply effectively a criminal law system punishing all forms of rape and sexual abuse^[62].

It should be added that the Court also focused on the issue of attempted child pornography. ECTHR referred to this issue within the ambit of Art. 8^[63]. Even though the Court’s case law in this regard is somewhat modest, Judge Pinto de Albuquerque stressed that, given the broad consensus and constant practice, the criminalization of child pornography is now part of international customary law, binding on all States^[64].

⁵⁷ *Ibidem*, § 181–182.

⁵⁸ *Ibidem*, § 184.

⁵⁹ *Ibidem*, § 185.

⁶⁰ *Ibidem*, § 186, 124, 148–153.

⁶¹ *Ibidem*, § 185.

⁶² ECTHR judgment *I.C. v. Romania*: 24.05.2016, appl.no 36934/08, § 60.

⁶³ ECTHR judgment *Söderman v. Sweden*: 12.11.2013, appl. no 5786/08.

⁶⁴ *Ibidem*, Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque; The issue of child pornography should also be analyzed in the context of digitalization. See: Karol Karski, Bartłomiej Oreżiak, „Selected Considerations Regarding the Digitalisation of Criminal Proceedings in Light of the Standards of the Council of Europe: Analysis Taking into Account the Experience of the Current Pandemic”

6 | Ill-treatment committed by teachers

The Court also had the opportunity to analyze the mistreatment of a child by a teacher. The case *VK v. Russia* concerned a four-year-old boy who teachers were severely ill-treated at a public nursery school. The applicant claimed in particular that his teachers had forcibly given him antibiotic eyedrops without a medical prescription or his parents' consent; had locked him in the dark in the toilets, telling him that rats would eat him; had forced him to stand in the nursery lobby in his underwear with his arms up for prolonged period; on one occasion had taped his mouth shut with sellotape. Due to this mistreatment, the child developed a neurological disorder^[65].

The ECtHR has stated that there has been a violation of Art. 3 of the Convention as regards both the young boy's ill-treatment by his teachers and the authorities' failure to effectively investigate his allegations. Concerning the substantive aspect of Art. 3, the Court noted that the ill treatment was detailed and consistent. The statements were also supported by the assistant teacher and some of the parents of other pupils, who confirmed some of the incidents^[66]. It was also stressed that the applicant was subjected to such treatment for at least several weeks and that many years later, he continues to suffer from its consequences, particularly post-traumatic neurological disorder^[67].

Concerning the state's procedural obligations under Art. 3, the Court noted that the criminal investigation was opened after a three-year delay. The most severe consequence of that fact was that the prosecution of the teachers became time-barred under domestic law. Therefore, the investigation in respect of those offenses was discontinued, even though the domestic authorities found that the teachers had subjected the applicant to violent acts that caused physical pain and cruel treatment^[68].

The Court also analyzed the issue of minors being placed in institutions. In *Scozzari and Giunta v. Italy*, the Court examined the case of two boys being placed in the "Il Forteto" children's home, where two of the principal leaders and co-founders had been convicted of sexual abuse of

Białystok Legal Studies (Białostockie Studia Prawnicze), No. 6 (2021): 61. DOI: 10.15290/bsp.2021.26.06.04.

⁶⁵ ECtHR judgment *V.K. v. Russia*: 07.03.2017, appl. no 68059/13, § 6–21.

⁶⁶ *Ibidem*, § 171.

⁶⁷ *Ibidem*, § 172.

⁶⁸ *Ibidem*, § 189.

three handicapped people in their care^[69]. The Court analyzed the alleged violation of Art. 3 and decided that complaints in substance did not raise a separate issue from the ones arising under Art. 8 of the Convention^[70]. The ECtHR generally focuses on other provisions in cases concerning minors being placed in institutions. In *Nencheva and Others v. Bulgaria*, concerning young people in homes for physically and mentally disabled people who suffered from the effects of cold and food, medicines, and necessities shortages, the ECtHR focused on the violation of Art. 2^[71].

It should be stressed that placing children in institutions for minors may also adversely affect their relation with parents and thus affect their right to respect for family life under Art. 8. In *IGD v. Bulgaria*, the Court stated that placing the applicant in the sociopedagogical boarding schools deprived him of any genuine contact with his mother and violated his right to respect his private and family life^[72].

7 | Summary

Above all, it should be stressed that the above list of forms of ill-treatment is somewhat of an exemplary character and should not be considered exhaustive. The latter would be problematic because the ECtHR's case law constantly develops, and the Court may discover new issues arising under Art. 3^[73] in respect of children. This Article presented the most widespread issues concerning the protection of minor victims of torture, inhumane or degrading treatment, or punishment within the ECHR system.

According to the Convention on the Rights of the Child, children require specific protection and assistance to fully assume their responsibilities

⁶⁹ ECtHR judgment *Scozzari and Giunta v. Italy*: 13.07.2000, appl. no 39221/98, 41963/98, § 11–46.

⁷⁰ *Ibidem*, § 237.

⁷¹ ECtHR judgment *Nencheva and Others v. Bulgaria*: 18.06.2013, appl. no 48609/06.

⁷² ECtHR judgment *I.G.D. v. Bulgaria*: 07.06.2022, appl. no 70139/14, § 82–97.

⁷³ In 2019 the Court stated a violation of Art. 3 in regard of a minor witnessing the violent arrest of a father by police: ECtHR judgment *A. v. Russia*: 12.11.2019, appl. no 37735/09, § 66–70.

within the community^[74] due to their particular vulnerability. This is why children, as particularly vulnerable individuals, are provided special protection under international human rights law. This tendency is reflected in the ECtHR case law that prohibits torture, inhuman or degrading treatment, or punishment of minors.

The Court takes this particular vulnerability into account. The cases concerning allegations of violations of Art. 3, with respect to minors, not only analyze the violation itself, but also refer to the delicate mental condition of the child and the dire mental repercussions of the violation of Art. 3 might cause^[75].

The prohibition of torture, inhuman or degrading treatment, or punishment under the ECHR provides two sets of positive obligations: substantive and procedural. Both types are applied to protect minors from various forms of ill-treatment. Substantive obligations focus mainly on the prevention of ill-treatment and the adoption of criminal law provisions. States are also required to take measures to prevent any forms of ill-treatment. These measures should provide effective protection, particularly for children and other vulnerable persons, and include reasonable steps to prevent ill-treatment that the authorities should have known^[76].

Within the procedural scope, the states should guarantee the realization of the effective official investigation of allegations of torture, inhuman or degrading treatment, and punishment. This positive obligation cannot be limited solely to cases of ill-treatment by State agents^[77]. This obligation can also require the conducting of effective proceedings in allegations of torture and ill-treatment.

The character of substantive and procedural positive obligations is paramount in protecting the right to life and the prohibition of torture. About Art. 3 of the ECHR, these are also crucial with respect to the prohibition of torture and with regard to minor victims. However, in this regard, the Court has in mind the vulnerability of the child and seems to be focusing particularly on the substantive preventive obligations (e.g., in relation to minor migrants in detention). The consequences of torture and other ill-treatment are particularly grave when they affect children, and this is

⁷⁴ Convention on the Rights of the Child, Preamble.

⁷⁵ E.g. V.K. v. Russia, § 171–172.

⁷⁶ Z. v. United Kingdom, § 73; *Mutatis mutandis* Osman v. United Kingdom, § 116.

⁷⁷ M.C. v. Bulgaria, § 151.

why implementing effective domestic regulations and preventive measures plays a crucial role in the process of protecting minor victims of torture.

Bibliography

- Costa Jean-Paul, „The European Court of Human Rights: consistency of its case-law and positive obligations. Speech at Leiden University” *Netherlands Quarterly of Human Rights*, No. 3 (2008): 452–453.
- Czepek Jakub, *Standard skutecznego śledztwa w sferze ochrony prawa do życia w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe UKSW 2021.
- Hasselbacher Lee, „State obligations regarding domestic violence: the European Court of Human Rights, due diligence, and international legal minimums of protection” *Northwestern University Journal of International Human Rights*, No. 2 (2010): 190–215.
- Karski Karol, Oręziak Bartłomiej, „Selected Considerations Regarding the Digitalisation of Criminal Proceedings in Light of the Standards of the Council of Europe: Analysis Taking into Account the Experience of the Current Pandemic” *Białostok Legal Studies (Białostockie Studia Prawnicze)*, No. 6 (2021). DOI: 10.15290/bsp.2021.26.06.04.
- Lavrysen Laurens, „European asylum law and the ECtHR: an uneasy coexistence” *Goettingen Journal of International Law*, No. 1 (2012): 217–262.
- Mowbray Alastair R., *The Development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford–Portland Oregon: Bloomsbury Publishing, 2004.



MAŁGORZATA ŁĄCZKOWSKA-PORAWSKA

Nowe przesłanki uznania spadkobiercy za niegodnego

New Grounds for Declaring the Heir Unworthy

The article analyses the new grounds for declaring an heir unworthy to succeed, which were introduced by the amendment of July 2023 to the inheritance law. The nature of the modifications raises numerous enquiries and uncertainties outlined in the study. A critical assessment of the new solution is also accompanied by *de lege ferenda* remarks.

MAŁGORZATA ŁĄCZKOWSKA-PORAWSKA

doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Polskiej Akademii Nauk

ORCID – 0000-0002-0875-3598 / e-mail: m.laczowska-porawska@inp.pan.pl

SŁOWA KLUCZOWE: dziedziczenie,
niegodność, wydziedziczenie,
niealimentacja, testament

KEYWORDS: inheritance,
unworthiness, disinheritance,
non-alimony

1 | Wprowadzenie

Podstawowym celem prawa spadkowego jest zapewnienie ciągłości majątkowych praw oraz obowiązków niezwiązanych ściśle z osobą i mogących trwać dłużej niż ludzkie życie, a przysługujących osobie fizycznej, która zmarła. Z jednej strony chodzi zatem o kontynuację korzystania z dóbr majątkowych wypracowanych przez człowieka, z drugiej – regulacja dziedziczenia ma także gwarantować możliwość zaspokojenia wierzycieli zmarłego.

Polskie prawo spadkowe w kwestii ustalenia, kto ma zostać spadkobiercą, przewiduje pierwszeństwo woli spadkodawcy. To osoba, która wypracowała dany majątek, ma prawo zdecydować, kogo widzi w roli następcy. Decyzję taką wyraża przede wszystkim rozrządzeniami testamentowymi o określonej treści, poprzez które dysponuje swoim majątkiem. Także brak testamentu może stanowić przejaw jego woli. Spadkodawca może w ten sposób okazać aprobatę dla rozwiązań ustawowych, które satysfakcjonują go w jego sytuacji życiowej, albo nie interesuje go na jakiej podstawie dojdzie do dziedziczenia po nim. Brak sporządzenia ostatniej woli może być jednak wynikiem także innych okoliczności, dlatego ostrożnie należy podchodzić do stwierdzenia, że niesporządzenie testamentu jest działaniem celowym ze świadomością konsekwencji, choć oczywiście jest to zachowanie wywołujące skutki prawne w postaci dziedziczenia ustawowego.

Dokonany przez spadkodawcę w testamencie wybór spadkobiercy nie podlega ocenie w świetle zasad słuszności, na przykład w kontekście pominięcia małżonka i zstępnych, a powołania osoby „obcej”^[1]. Interes najbliższej rodziny w takiej sytuacji chroniony jest uprawnieniem do żądania świadczenia pieniężnego od spadkobierców (art. 991 i n. kodeksu

¹ Chodzi w tym miejscu o ocenę pod względem etycznym i moralnym decyzji spadkodawcy o wyborze spadkobiercy, a nie faktu dziedziczenia wskazanej przez niego osoby.

cywilnego^[2]), którego pozbawić można tylko w określonych przepisami okolicznościach.

Osoba sporządzająca testament może dojść do wniosku, że w gronie jego najbliższych są osoby, co do których nie tylko nie chce, żeby po nim dziedziczyły, ale zasłużyły one na to, by zostać pozbawione także prawa do zachowku. Szanując wolę spadkodawcy, prawo wyposaża go w instytucję wydziedziczenia – możliwość całkowitego wykluczenia członka rodziny z udziału w jakichkolwiek korzyściach po śmierci testatora. Nie pozostawiono mu jednak zupełnej swobody, określając przesłanki uzasadniające skorzystanie z tej możliwości (art. 1008 k.c.). Nie jest to zatem w pełni arbitralna decyzja spadkodawcy. Ponadto, do wydziedziczenia może dojść tylko wtedy, gdy w treści testamentu zostanie wskazane, że uprawniony do zachowku wypełnił swoim zachowaniem jedną z opisanych w ustawie podstaw (art. 1008 k.c.).

Gdy spadkodawca nie skorzysta ze swojego uprawnienia do wskazania spadkobierców w testamencie, w grę wchodzi dziedziczenie ustawowe. Regulacja w tym zakresie jest refleksem prawa rodzinnego, ustawodawca uznał bowiem, że to osoby z kręgu rodzinnego osoby zmarłej powinny stać się kontynuatorami jej sytuacji majątkowej. Należy jednak mieć na względzie, że głównym celem prawa spadkowego jest zapewnienie ciągłości prawnej majątku, a nie ochrona rodziny. Na straży interesów najbliższego kręgu rodzinnego (małżonka, dzieci i rodziców) stoi wspomniana już instytucja zachowku oraz inne szczegółowe rozwiązania jak tzw. zapis naddziałowy (art. 939 k.c.) czy prawo do korzystania z mieszkania przez określony czas po śmierci spadkodawcy (art. 923 k.c.). Wskazany przez ustawodawcę krąg spadkobierców wyznaczony jest relacjami rodzinnymi (małżeństwem, pokrewieństwem, powinowactwem), co wynika z przekonania o tym, że spuścizna zmarłego w braku jego odmiennej woli należy się jego najbliższemu. Przyjęcie takiego rozwiązania, w którym podstawą dziedziczenia jest istniejący stosunek prawny o formalnym charakterze, ułatwia weryfikację^[3] oraz jednoznaczne ustalenie podmiotów przejmujących spadek. Regulacja ta w pewnym stopniu ma służyć także wzmocnieniu więzi rodzinnych.

² Ustawa z dnia 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm. Dalej jako k.c.

³ Hanna Witczak, „O potrzebie reformy instytucji niegodności dziedziczenia w świetle zmian proponowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości” *Prawo i Więzy*, nr 3 (2022): 30–31. Autorka uważa jednak, że relacje rodzinne uzasadniające dziedziczenie powinny mieć nie tylko formalny, ale także faktyczny charakter.

Prawo spadkowe reguluje nie tylko samą sukcesję, lecz wprowadza rozwiązania umożliwiające wyeliminowanie dziedziczenia, które w konkretnym przypadku byłoby sprzeczne z zasadami słuszości^[4]. W pewnej mierze cel ten realizuje zasada swobody testowania wyrażająca się w tym, że spadkodawca sam może zadecydować, kto będzie jego spadkobiercą, kogo wykluczy z grona powołanych do spadku, a nawet pozbawi zachowku. Motywacje spadkodawcy sporządzającego testament mogą być w tym przypadku różne. Jedną z opcji jest wyrażenie dezaprobaty dla obranej drogi życia i zachowania potencjalnego spadkobiercy – w tym sposobu, w jaki traktował on spadkodawcę, także w kontekście ciążących na nim obowiązków rodzinnych. Nie wszystkie okoliczności uzasadniające wykluczenie z grona dziedziczących będą jednak zawsze znane testatorowi w chwili sporządzania jego ostatniej woli, a niektóre z nich mogą mieć miejsce już po jego śmierci. Ponadto, na ochronę przed niesłusznym dziedziczeniem zasługują także te sytuacje, gdy podstawą sukcesji jest ustawa, szczególnie wówczas, gdy spadkodawcą była osoba, która nie miała zdolności do sporządzenia testamentu. Z tego względu ustawodawca może wprowadzić takie instrumenty prawne, które umożliwią także innym podmiotom reakcję, gdy dziedziczenie przez konkretną osobę wzbudzałoby sprzeciw moralny. Taka ingerencja w porządek dziedziczenia powinna być jednak ostrożna, wyważona i uzasadniona, a regulacja prawna sformułowana w sposób na tyle precyzyjny, aby z jednej strony nie budzić wątpliwości, z drugiej – pozostawiać sądowi pewien luz decyzyjny^[5].

Analiza prawa spadkowego uprawnia do wniosku, że na to, aby zostać spadkobiercą nie trzeba sobie specjalnie zasłużyć^[6]. Wystarczy decyzja

⁴ Hanna Witczak, *Wyłączenie od dziedziczenia na mocy orzeczenia sądu* (Warszawa: Lexis Nexis, 2013): 61; Adrianna Tomczyk, *Skutki cywilnoprawne naruszenia norm moralnych między osobami bliskimi* (Warszawa: C.H. Beck, 2020): 211; Mariusz Zelek, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, red. Maciej Gutowski (Warszawa: C.H. Beck, 2022), 1250; Mariusz Załucki, „art. 928” [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Mariusz Załucki (Legalis: C.H. Beck, 2023), Nb. 1; Maksymilian Pazdan, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Art. 450–1088, red. Krzysztof Pietrzykowski (Legalis: C.H. Beck, 2021), Nb. 1; Witold Borysiak, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Witold Borysiak (Legalis: C.H. Beck, 2022), teza 1; Joanna Kuźmicka-Sulikowska, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski (Legalis: C.H. Beck, 2021), Nb. 1.

⁵ Tak też Witczak, *Wyłączenie*, 291.

⁶ W literaturze zwrócono uwagę, że dziedziczenia nie należy traktować jako nagrody za dobre zachowanie Joanna Haberko, „Uwagi *de lege ferenda* w związku z projektowanym rozszerzeniem przesłanek niegodności” *Rejent*, nr 7 (2022): 46.

spadkodawcy lub przynależność do kręgu podmiotów określonego przez ustawodawcę. Pojawia się w tym kontekście pytanie o trafność koncepcji tzw. godności dziedziczenia jako jednej z przesłanek spadkobrania^[7]. Prawo przewiduje okoliczności uzasadniające wykluczenie pewnych osób z grona spadkobierców z tego powodu, że ich dziedziczenie byłoby sprzeczne z zasadami słuszności. Nie przesądza to jednak jeszcze o „godności” osób dziedziczących, którym na przykład spadkodawca przebaczył, albo takich, wobec których nie wszczęto odpowiedniego postępowania przed sądem (art. 928 i art. 940 k.c.) chociażby ze względu na upływ terminu do wytoczenia powództwa (art. 929, art. 940 § 2 k.c.). Przepisy regulujące dziedziczenie nie wymagają także, aby spadkobierca wykazał się właściwą postawą wobec spadkodawcy ani nie nakładają na sąd obowiązku ustalenia, czy osoby, które mają dziedziczyć, nie dopuściły się działań dających podstawę ich wykluczenia^[8].

Prawo spadkowe konstruuje jednak szczególne instytucje, które pozwalają na wyeliminowanie tych spadkobierców, których dziedziczenie budziłoby moralny sprzeciw. Jedną z nich jest uznanie za niegodnego (art. 928 k.c.), które przewiduje, że spadkobierca może w drodze orzeczenia sądu zostać wykluczony od dziedziczenia, jeżeli zaistniały ku temu określone ustawowo przesłanki. Podzielić należy dominujące stanowisko doktryny i judykatury, że katalog podstaw uznania za niegodnego wskazany w art. 928 k.c. jest zamknięty^[9]. Oznacza to, że nie ma możliwości zastoso-

⁷ Zob. np. Jerzy Kremis, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski (Legalis: C. H Beck, 2014), Nb 1–2 i przywołani tam: Jacek Zralek, „Niegodność dziedziczenia – uwagi *de lege ferenda*” *Rejent*, nr 2 (2006); Barbara Rystwej-Markiewicz, „Niegodność dziedziczenia” *Przegląd Sądowy*, nr 9 (2006).

⁸ Taką sytuację przewidują te systemy prawne, w których niegodność następuje *ex lege*. W ten sposób art. 7 dekretu o prawie spadkowym z 8.10.1946 r. O różnicach, wadach i zaletach skutków niegodności następujących z mocy prawa, jak i wynikających z sądowego uznania za niegodnego zob. Zralek, „Niegodność”, 203–205.

⁹ Józef Stanisław Piątowski, Hanna Witczak, Agnieszka Kawałko, „§ 14. Niegodność”, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo spadkowe*, t. x, red. Bogudard Kordasiewicz (Warszawa C.H. Beck, 2013), 176–177; Andrzej Kidyba, Elżbieta Niezbecka, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. iv, *Spadki*, red. Andrzej Kidyba (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 59; Witczak, *Wyłączenie*, 136; eadem, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. iv, *Spadki*, red. Magdalena Habdas, Mariusz Fras (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019), 134–135; Elżbieta Skowrońska-Bocian, Jacek Wierciński, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. vi, *Spadki*, red. Jacek Gudowski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 65; Pazdan, „art. 928”, Nb 4; Załucki, „art. 928”, Nb 2; Kuźmicka-Sulikowska, „art. 928”, Nb. 2. Odmiennie Borysiak, „art. 928”, tezy 28–30.

wania rozwiązania przyjętego w omawianym przepisie do innych stanów faktycznych na zasadzie analogii. Od pewnego czasu zgłaszano w związku z tym potrzebę uwzględnienia także innych okoliczności, w których dziedziczenia konkretnej osoby nie można pogodzić z zasadami słuszności^[10]. Wśród nich na uwagę zasługuje przede wszystkim kwestia nierealizowania obowiązków rodzinnych polegających na nieutrzymywaniu kontaktów czy braku troski o najbliższych, w tym także uchylanie się od świadczenia alimentów^[11]. W świetle obowiązującej do niedawna regulacji mogły one bowiem stanowić podstawę do wydziedziczenia, co obejmowało tylko te sytuacje, gdy spadkodawca miał świadomość niewłaściwego zachowania spadkobiercy i był zdolny do sporządzenia testamentu.

Potrzebę uzupełnienia przesłanek uznania za niegodnego dostrzegło także Ministerstwo Sprawiedliwości i uwzględniło to zagadnienie w projekcie zmian kodeksu cywilnego^[12]. Pierwotnie zaproponowano w nim, aby niegodność mogła zostać orzeczona także wobec osoby, która uporczywie nie wykonywała obowiązku alimentacyjnego wobec spadkodawcy lub uporczywie uchylała się od sprawowania opieki nad spadkodawcą^[13]. Ostatecznie w wersji przedłożonej do Sejmu przesłanki te uzupełniono oraz doprecyzowano i w takim kształcie zostały one przyjęte w drodze ustawy nowelizującej kodeks cywilny^[14]. Warto zatem przyjrzeć się bliżej nowym przyczynom uznania za niegodnego wskazanym w art. 928 § 1 pkt 4 i 5 k.c. oraz sposobowi ich skonstruowania.

¹⁰ Np. Zrałek, „Niegodność”, 429–37; Borysiak, „art. 928”, teza 55.1–55.3.

¹¹ Zob. np. Albert Meszorer w: *Materiały dyskusyjne do Projektu Kodeksu Cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej: materiały sesji naukowej 8–10 grudnia 1954 r.*, red. Jan Wasilkowski (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1955), 258. Przywołuję za Tomczyk, „Skutki cywilnoprawne”, 215. Zob. także Borysiak, „art. 928”, tezy 27–27.3 oraz Jacek Wierciński, „O przestępstwie jako przyczynie niegodności dziedziczenia” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, nr 2 (2010): 569.

¹² Projekt ustawy – o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw z dnia 20 stycznia 2023, Druk nr 2977 IX kadencja.

¹³ Projekt ustawy – o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw z dnia 15 grudnia 2021 r. (w wykazie prac legislacyjnych UD 222). Więcej na temat zob. Tomasz Justyński, Ewa Kabza, „Uwagi na marginesie projektowanych zmian w prawie spadkowym” *Krakowski Przegląd Notarialny*, nr 1 (2022): 15–28; eadem, „O potrzebie zmian w prawie spadkowym w kontekście projektu ustawy z dnia 15 grudnia 2021 r.”, *Przegląd Legislacyjny*, nr 1 (2022): 11–31; Haberko, „Uwagi”, 44–62.

¹⁴ Ustawa z dnia 28.07.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2023 r. poz. 1615. Regulacja wchodzi w życie 15.11.2023 roku.

2 | Uporczywe uchylanie się od wykonywania wobec spadkodawcy obowiązku alimentacyjnego

Pierwszą z nowych sytuacji, która będzie umożliwiała uznanie spadkobiercy za niegodnego, jest uporczywe uchylanie się od „wykonywania wobec spadkodawcy obowiązku alimentacyjnego określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem albo innym organem albo inną umową”.

W porównaniu do pierwotnej wersji projektu ministerialnego, w której zaproponowano „uporczywe niewykonywanie” obowiązku alimentacyjnego, zmianę na „uchylanie się od wykonywania” w ostatecznym tekście ustawy przyjąć należy z aprobatą. Niewykonywanie obowiązku wynikać może bowiem z różnych powodów, także tych o charakterze obiektywnym, niezależnych od zobowiązanego. Uchylanie się jest natomiast działaniem świadomym i celowym^[15].

Zachowanie spadkobiercy musi mieć ponadto, zgodnie z art. 928 § 1 pkt 4 k.c., charakter uporczywy. Ustalenie „uporczywości” w odniesieniu do niealimentacji stanowiło wyzwanie dla sądów karnych orzekających o popełnieniu przestępstwa z art. 209 kodeksu karnego^[16] w jego dawnym brzmieniu. W wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie prawnokarnej ochrony rodziny wskazano, że znamię uporczywości łączy w sobie dwa elementy. Jeden ma charakter subiektywny i „polega na szczególnym nastawieniu psychicznym wyrażającym się w nieustępliwości, chęci postawienia na swoim (obojętne z jakich pobudek), podtrzymywaniu własnego stanowiska na przekór ewentualnym próbom jego zmiany (np. mimo wszczęcia egzekucji cywilnej)”^[17]. Drugi – obiektywny – przejawia się w „trwaniu takiego stanu rzeczy przez pewien dłuższy czas”^[18].

¹⁵ W uchwale całej Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 9.06.1976 r. VI KZP 13/75, OSNKW 1976, nr 7–8, poz. 86 zwrócono uwagę, że „sam fakt niewykonania określonego obowiązku nie jest równoznaczny z uchylaniem się od niego. W pojęciu bowiem uchylania się zawarty jest negatywny stosunek psychiczny osoby zobowiązanej do nałożonego na nią obowiązku, sprawiający, że nie dopełnia ona tego obowiązku, mimo że ma obiektywną możliwość jego wykonania”.

¹⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm. Dalej jako k.k.

¹⁷ Uchwała całej Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 9.06.1976 r. VI KZP 13/75, OSNKW 1976, nr 7–8, poz. 86.

¹⁸ Ibidem.

Ze względu na trudności interpretacyjne w 2017 r. dokonano nowelizacji kodeksu karnego i zrezygnowano z przesłanki uporczywości zaniechania alimentacji na rzecz określenia w art. 209 k.k. konkretnego okresu niewykonywania obowiązku alimentacyjnego lub wartości zaległych świadczeń. Prawo karne wymaga jednak bardziej precyzyjnego i niebudzącego wątpliwości określenia znamion czynu zabronionego, z którego popełnieniem wiąże się odpowiedzialność karna.

Wykładnia „uporczywości” wydaje się nieco łatwiejsza na gruncie prawa cywilnego, ponieważ dziedzina ta, posługując się klauzulami generalnymi, pozwala na większą swobodę dokonywania oceny z odwołaniem do doświadczenia życiowego czy norm obyczajowych i moralnych obowiązujących w społeczeństwie. Pojęcie to funkcjonuje już na gruncie kodeksu cywilnego właśnie w obszarze prawa spadkowego w przesłankach wydziedziczenia (art. 1008 k.c.), pojawia się także w innym miejscu, charakteryzując powód wcześniejszego wypowiedzenia umowy najmu lokalu (art. 685 k.c.). Niestety nie oznacza to jeszcze braku problemów związanych z interpretacją nowej przesłanki niegodności.

Zgodnie z definicjami słownikowymi słowo „uporczywy” oznacza „utrzymujący się długo lub ciągle powtarzający się”^[19], chodzi również o określenie sytuacji nie tylko o charakterze długotrwałym, ale ocenianej ponadto jako nieprzyjemna lub szkodliwa^[20]. Z językowego punktu widzenia jako uporczywe dla zobowiązanego można by zatem określić dopominanie się alimentów przez zdeterminowanego uprawnionego, choć jego działania w żadnej mierze nie będzie można przecież uznać za naganne.

Autorzy projektu nowelizacji odwołują się w uzasadnieniu do stanowiska doktryny oraz orzecznictwa, wskazując, że przez „uporczywość” rozumie się zachowanie długotrwałe, powtarzalne, nacechowane złą wolą i nieustępliwością. Podkreślają oni, że uporczywość występuje wówczas, gdy dochodzi do permanentnego niewykonywania przez zobowiązanego świadczeń alimentacyjnych, mimo iż ma on obiektywną możliwość ich spełnienia^[21]. Przyjęta interpretacja słowa „uporczywie”, oparta przede wszystkim na dorobku doktryny i judykatury prawa karnego, ma zatem subiektywno-obiektywny charakter, uwzględnia bowiem, wbrew wykładni językowej,

¹⁹ Słownik języka polskiego PWN. <https://sjp.pwn.pl/szukaj/uporczywie.html>. [dostęp: 29.11.2022].

²⁰ Wielki słownik języka polskiego PAN. <https://wsjp.pl/haslo/podglad/4987/uporczywy>. [dostęp: 29.11.2022].

²¹ Uzasadnienie projektu z 15.12.2021, 3.

motywację sprawcy działającego świadomie i celowo. Odwołuje się zarówno do sposobu postępowania (wielokrotność, długotrwałość, nieustanność), jak i do nastawienia psychicznego podmiotu (upór, zatwardziałość, zła wola)^[22].

Stanowisko doktryny cywilistycznej co do znaczenia terminu „uporczywie” jest podzielone. Część autorów, podobnie jak specjaliści prawa karnego, wskazuje dwa aspekty tego pojęcia: czasowy, polegający na trwałości, i psychiczny, przejawiający się w negatywnej postawie zobowiązanego^[23]. Inni natomiast nadają uporczywości znaczenie bardziej odpowiadające słownikowemu, przywiązując wagę do powtarzalności oraz trwałości zachowania^[24].

Pojawia się zatem pytanie, czy dla dokonania negatywnej oceny zachowania spadkobiercy nie byłoby lepiej posłużyć się funkcjonującym w prawie cywilnym sformułowaniem „rażący”^[25], interpretowanym jako „poważny”

²² Uchwała Sądu Najwyższego z 9.06.1976 r., VI KZP 13/75, Lexis Nexis nr 305608; wyrok Sądu Najwyższego z 3.07.2003 r., II KK 125/03, Lexis Nexis nr 371270; wyrok Sądu Najwyższego z 3.07.2007 r., III KK 144/07, LEX nr 307769; Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5.04.2018 r., I Aca 1095/17, Legalis.

²³ Tomasz Sokołowski, Karol Szadkowski, „art. 1008”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, red. Maciej Gutowski (Warszawa: C.H. Beck, 2022), 1661; Julian Jezioro, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Edward Gniewek (Legalis: C.H. Beck, 2021), Nb 2; Mariusz Załucki, „art. 1008”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. VI, *Spadki (art. 922–1087)*, red. Mariusz Fras, Magdalena Habdas (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019), 520; Jacek Górecki, Grzegorz Matusik, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii Konrad Osajda, red. tomu Witold Borysiak (Legalis: C.H. Beck, 2022), teza 2. Aprobata dla stosowania prawnokarnej interpretacji „uporczywości” wyraziła Witczak, „O potrzebie”, 45–46.

²⁴ Adam Doliwa, „art. 1008”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Mariusz Załucki (Legalis: C.H. Beck, 2023), Nb 4; Aneta Biały, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IV, *Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–7649)*, red. Mariusz Fras, Magdalena Habdas (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 466; Grzegorz Koziół, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania – część szczególna*, wyd. 2, red. Andrzej Kidyba (Warszawa: Wolters Kluwer, 2014), 534; Jerzy Ciszewski, Jakub Knabe, „art. 1008”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. Piotr Nazaruk (LEX 2022), teza 5; Elżbieta Skowrońska-Bocian, Jacek Wierciński, „art. 1008”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. VI, *Spadki*, wyd. 2, red. Jacek Gudowski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 296; Andrzej Kidyba, Elżbieta Niezbecka, „art. 1008”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IV, *Spadki*, wyd. 4, red. Andrzej Kidyba, Elżbieta Niezbecka (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 291 i 293; Marek Salamonowicz, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Mariusz Załucki (Legalis: C.H. Beck, 2023), Nb 1 i 2; Janina Pano-wicz-Lipska, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, red. Maciej Gutowski (Legalis: C.H. Beck, 2022), Nb 1. Podobnie wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie V Wydział Cywilny z dnia 22.09.2020 r. V Aca 174/20, Legalis nr 2503714.

²⁵ Zob. np. art. 685, 898 § 1 k.c. i art. 111 § 1 k.r.o.

i „zawiniony” „z nasileniem złej woli”^[26]. Sami autorzy projektu podkreślają przecież, że proponowana przesłanka niegodności obejmować ma właśnie rażące przypadki zaniechań, wynikające ze złej woli zobowiązanego^[27]. Odwołują się jednak do „zbliżonego aksjologicznie unormowania art. 1008 pkt 1 i 3 k.c.”, twierdząc, że „nie powinno pozostawiać wątpliwości, że zachowanie danej osoby jest uporczywe tylko wówczas, gdy jest nie tylko umyślne, ale i świadome oraz *ukierunkowane* na osiągnięcie skutku negatywnego dla uprawnionego”^[28].

Za uzupełnieniem nowej przesłanki niegodności o określenie „rażące” przemawiałby jednak jeszcze jeden argument. Prawo przewiduje bowiem dla zobowiązanego do świadczenia alimentów możliwość uchylenia się od realizacji ciążącego na nim obowiązku we wskazanych w ustawie przypadkach – takich jak sprzeczność żądania z zasadami współżycia społecznego (art. 1441 kodeks rodzinny i opiekuńczy^[29]) czy też nadmierny uszczerbek dla rodziców pełnoletniego dziecka, a także brak starań w dążeniu do samodzielności ze strony pełnoletniego dziecka (art. 133 § 3 k.r.o.). Nie każde zatem uchylanie się, nawet jeżeli dla uprawnionego uporczywe, będzie bezprawne. W tym przypadku użycie słowa „rażące” wskazywałoby, że chodzi tylko o te przypadki, które nie mają ustawowego uzasadnienia.

W świetle powyższych uwag wydaje się, że sformułowanie przesłanki niegodności jako „uchylanie się w sposób rażący i uporczywy od wykonywania obowiązku alimentacyjnego” dokładniej charakteryzowałoby zachowanie spadkobiercy.

Pierwotna wersja nowej przyczyny uznania za niegodnego przygotowana przez ministerstwo wywołała także wątpliwość, czy o uporczywym niewykonywaniu obowiązku alimentacyjnego można mówić dopiero wtedy, gdy uprawniony domagał się realizacji świadczenia na drodze sądowej, nie doszło jednak do wyegzekwowania należności; czy też uporczywa niealimentacja ma miejsce także wówczas, gdy zobowiązany po prostu nie świadczył alimentów, w ogóle nie interesując się losem uprawnionego,

²⁶ Salamonowicz, „art. 685”, Nb 1; Panowicz-Lipska, „art. 685”, Nb 1; Górecki, Matusik, „art. 685”, teza 2; Jezioro, „art. 685”, Nb 2; Krzysztof Pietrzykowski, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Krzysztof Pietrzykowski, (Legalis: C.H. Beck, 2021), Nb 2. Zob. też wyrok Sądu Najwyższego z 7.5.2003 r., IV CKN 115/01, Legalis; wyrok Sądu Najwyższego z 23.3.2000 r., II CKN 810/98, Legalis.

²⁷ Uzasadnienie projektu z 20.01.2023, 3.

²⁸ Ibidem, 4.

²⁹ Ustawa z dnia 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, t. jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm. Dalej jako k.r.o.

który z różnych względów nie korzystał z dochodzenia przysługujących mu uprawnień. W tym kontekście pojawiła się również kwestia zaspokajania potrzeb uprawnionego przez inną osobę albo współzobowiązana, albo zobowiązana w dalszej kolejności. Dokonując oceny na gruncie prawa rodzinnego, należy stwierdzić, że istotne znaczenie ma sam fakt istnienia obowiązku alimentacyjnego, bez konieczności jego dookreślenia w drodze orzeczenia czy umowy, gdyż powstaje on *ex lege*. Dochodzenie jednak swoich praw przed sądem i brak ich wyegzekwowania po uzyskaniu przez uprawnionego prawomocnego wyroku przesądzałyby z pewnością o uporczywości i bezprawności uchylania się od świadczeń przez zobowiązanego.

Przyjęta przez parlament zmiana art. 928 k.c. rozwiewa te wątpliwości, ponieważ uzupełniono w niej, że uchylanie się od alimentów dotyczyć ma obowiązku „określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem albo innym organem albo inną umową”. Zmiana ta nie zasługuje jednak na akceptację z dwóch powodów. Po pierwsze dlatego, że w zasadzie pokrywa się z przesłanką umyślnego, ciężkiego przestępstwa przeciwko spadkodawcy (art. 928 § 1 pkt 1 k.c.), którym może być przestępstwo niealimentacji z art. 209 k.k.^[30] Po drugie, takie ujęcie przesłanki niegodności uniemożliwia uznanie za niegodnego osoby, która w ogóle nie interesowała się losem swojego krewnego, wobec którego miała obowiązek alimentacyjny. W sposób szczególny rozwiązanie to dotyczy małoletnich, na przykład w sytuacji, gdy rodzic, sprawujący bieżącą pieczę nad dzieckiem nie wystąpił w imieniu dziecka o alimenty od drugiego rodzica. Warto zwrócić uwagę, że uprawnienie dziecka nie jest uwarunkowane pozostawaniem przez nie w niedostatku, co więcej dziecko ma prawo do podobnej stopy życiowej co jego rodzice. Brak zainteresowania rodzica losem dziecka, w tym zaspokajaniem jego potrzeb, powinien być uwzględniony także wówczas, gdy nie doszło do sądowego czy umownego określenia wysokości alimentów. W przeciwnym razie trudno podzielić przekonanie autorów projektu o uzupełniającym wobec art. 928 § 1 pkt 1 k.c. charakterze nowej przesłanki^[31].

³⁰ W ten sposób orzekł w wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 14.06.2000 r., 428 I Aca 262/00, LEX nr 51706. Za możliwością uznania niealimentacji za przestępstwo, o którym mowa w art. 928 § 1 pkt 1 k.c. Piątowski, Kawalko, Witczak, „§ 14. Niegodność”, 180; Witczak, „art. 928”, 145, też, „O potrzebie”, 45; Haberko, „Uwagi”, 55 i 58, która z tego powodu poddała w wątpliwość konieczność ustanawiania nowej przesłanki niegodności. Krytycznie odnośnie do tej koncepcji Wierciński, „O przestępstwie”, 568.

³¹ Uzasadnienie z 20.01.2023, 4.

3 | Uporczywe uchylanie się od sprawowania pieczy nad spadkodawcą

Druga z nowych przesłanek z art. 928 § 1 pkt 5 k.c. przewiduje, że uznany za niegodnego może zostać spadkobierca uporczywie uchylający się „od wykonywania obowiązku pieczy nad spadkodawcą, w szczególności wynikającego z władzy rodzicielskiej, opieki, sprawowania funkcji rodzica zastępczego, małżeńskiego obowiązku wzajemnej pomocy albo obowiązku wzajemnego szacunku i wspierania się rodzica i dziecka”. W pierwotnej wersji projektu posłużono się jedynie określeniem „uchylanie się od sprawowania opieki nad spadkodawcą”, które wzbudzało poważne wątpliwości i spotkało się z trafną krytyką^[32]. Słusznie zrezygnowano zatem z tej treści w nowej regulacji. Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie nadal nie jest jednak wolne od wad i pozostaje trudne do zaakceptowania z następujących powodów.

Po pierwsze, pojęcie pieczy nad osobą w prawie rodzinnym stanowi przede wszystkim element władzy rodzicielskiej (art. 95 § 1 k.r.o.) oraz opieki prawnej (art. 155 § 1 k.r.o.), wiąże się zatem z niesamodzielnnością osoby – małoletniej lub ubezwłasnowolnionej – i przejawia się, najogólniej rzecz ujmując, faktyczną troską oraz dbałością o zaspokajanie jej codziennych potrzeb. Sformułowanie to występuje także jako „piecza zastępcza”, która jest organizowana przez państwo i przybiera postać systemu obejmującego „zespół osób, instytucji i działań mających na celu zapewnienie czasowej opieki i wychowania dzieciom w przypadkach niemożności sprawowania opieki i wychowania przez rodziców” (art. 2 ust. 2 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej^[33]). Niekiedy ustawodawca posługuje się tym określeniem dla opisanego zjawiska faktycznego (art. 961, 1136, 1201 § 2 k.r.o.). Czasem dookreśla, że chodzi o „bieżącą pieczę nad dzieckiem” (art. 96 § 2, art. 158 k.ro.). W odniesieniu do osoby dorosłej piecza jest elementem jedynie opieki prawnej, nie ma zatem obowiązku pieczy pomiędzy małżonkami, rodzeństwem czy między rodzicami a dorosłym dzieckiem. Nie oznacza to oczywiście, że z relacji tych nie wynika obowiązek udzielania wsparcia i pomocy.

³² Zob. Justyński, Kabza, „O potrzebie”, 21; Haberko, „Uwagi” 58–59; Zelek, „art. 928”, 1270.

³³ Ustawa z dnia 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 447, ze zm. Dalej jako w.r.s.p.z.u.

Po drugie, zarówno opieka prawna, jak i rodzina zastępcza jest ustanawiana i nadzorowana przez sąd. Kandydaci na osoby sprawujące tę funkcję muszą, poza wieloma innymi wymaganiami, dawać rękojmię jej należytego sprawowania (art. 42 ust 1 pkt 1 w.r.s.p.z.u., art. 148 § 2 k.r.o.). Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w sytuacjach, gdy jest to konieczne, piecza zastępcza i opieka prawna powierzana jest tej samej rodzinie zastępczej. Zadaniem opiekuna jest sprawowanie pieczy nad osobą i majątkiem podopiecznego oraz jego reprezentacja, przy czym, jak już wspomniano, realizacja tych zadań podlega nadzorowi sądu opiekuńczego. Opiekun jest także zobowiązany wykonywać swe czynności z należytą starannością, jak tego wymaga dobro pozostającego pod opieką i interes społeczny (art. 154 k.r.o.). Jeżeli opiekun dopuszcza się czynów lub zaniechań, które naruszają dobro podopiecznego, sąd opiekuńczy zwalnia opiekuna (art. 169 § 2 k.r.o.)^[34]. Prawidłowo dokonany wybór osoby opiekuna oraz właściwie sprawowany nadzór sądowy nad jego funkcjonowaniem powinny zatem skutecznie zapobiegać sytuacji, w której doszłoby do „uporczywego uchylania się od wykonywania obowiązku pieczy nad spadkodawcą”.

Po trzecie, ze sprawowania opieki prawnej czy pełnienia funkcji rodziny zastępczej nie wynikają żadne uprawnienia do dziedziczenia, choć przepisy przewidują, że zarówno opiekunem, jak i rodziną zastępczą można ustanowić członków rodziny (art. 1125 § 1, art. 149 § 1 i 2 k.r.o. oraz art. 176 k.r.o.). Wybór taki uwarunkowany jest zawsze przede wszystkim dobrem małoletniego lub podopiecznego oraz spełnieniem przez kandydata na opiekuna wymagań określonych ustawowo. Osoby te podlegają także na zasadach ogólnych nadzorowi sądu. Dziedziczenie ustawowe opiekuna lub osoby pełniącej funkcję rodziny zastępczej możliwe jest zatem tylko wówczas, gdy ma umocowanie w więziach rodzinnych. W przypadku rodziny zastępczej i opieki prawnej wykluczyć natomiast należy dziedziczenie testamentowe, gdyż ani małoletni, ani ubezwłasnowolniony nie mają zdolności do sporządzenia ostatniej woli.

Po trzecie, w uzasadnieniu do projektu ustawy wskazuje się, że proponowana „zmiana ma na celu umożliwienie osobie, mającej w tym interes prawny (np. pozostałym spadkobiercom), przeciwstawienie się możliwości uzyskania korzyści ze spadku przez osobę niewykonyującą obowiązków wynikających z prawa rodzinnego i zasad współżycia społecznego w stosunku do spadkodawcy, mimo realnej możliwości ich spełnienia”^[35].

³⁴ Zob. także Justyński, Kabza, „O potrzebie”, 21.

³⁵ Uzasadnienie projektu z dnia 20.01.2023 r., 6.

Argument ten byłby przekonujący, gdyby źródło obowiązku – stosunek małżeństwa czy pokrewieństwa i zasady słuszności – traktować łącznie (np. dorosłe dziecko ma zarówno prawny, jak i moralny obowiązek troski o starszych rodziców). Autorzy projektu w innym miejscu sugerują jednak, że regulacja ta miałaby na celu „ocenę dbałości spadkobiercy o spadkodawcę, przede wszystkim w odniesieniu do osób niespokrewnionych”, przywołując jako przykład „częste przypadki powoływania do dziedziczenia faktycznych opiekunów”^[36]. Taka interpretacja art. 928 § 1 pkt 4 k.c. wydaje się jednak wątpliwa, chociażby dlatego że trudno wskazać źródło obowiązku sprawowania pieczy nad spadkodawcą przez niespokrewnionego opiekuna faktycznego, od którego miałby się on uporczywie uchylać. Istotna jest także kwestia, na jakiej podstawie miałyby dochodzić do spadkobrania. Należy w tym wypadku wykluczyć dziedziczenie ustawowe, gdyż dotyczy ono wyłącznie członków rodziny spadkodawcy. Powołanie przez spadkodawcę w testamencie faktycznego opiekuna uporczywie uchylającego się od wykonywania obowiązku pieczy nad spadkodawcą, które wydaje się mało prawdopodobne, może natomiast prowadzić do podważenia ważności testamentu ze względu na wystąpienie jednej z wad oświadczenia woli (art. 945 k.r.o.) albo jego autentyczności, co umożliwiłoby uznanie za niegodnego na podstawie art. 928 § 1 pkt 2 lub 3 k.c. Pojawia się również pytanie, dlaczego osoba (np. spokrewniony spadkobierca ustawowy) mająca interes w uznaniu za niegodnego nie podjęła za życia spadkodawcy odpowiedniej ingerencji odnośnie do zachowania faktycznego opiekuna.

Analiza pierwotnej wersji projektu nowelizacji, w której podstawą do uznania za niegodnego miało być uporczywe uchylanie się od wykonywania obowiązku opieki nad spadkodawcą, przy pominięciu treści uzasadnienia^[37], mogła prowadzić do wniosku, że autorzy projektu mieli na myśli zaniedbania w relacjach rodzinnych szczególnie wobec osób, które potrzebują wsparcia (małoletnich, niesamodzielnych, starszych). Wydaje się, że sytuacja ta odpowiadała przesłance wydziedziczenia, jaką jest uporczywe niedopełnianie obowiązków rodzinnych wobec spadkodawcy. Pojawia się zatem pytanie, czy nie byłoby celowe skorzystanie z tej samej

³⁶ Ibidem, 3.

³⁷ W uzasadnieniu do projektu z 15.12.2021 wprost odwołano się, że chodzi o opiekę, „która opisana została w Tytule III Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (art. 145 i n. k.r.o.)”, 3.

konstrukcji przy określaniu nowej podstawy uznania za niegodnego^[38]. Obecne brzmienie art. 928 § 1 pkt 5 k.c. powoduje poważne trudności interpretacyjne, a treść uzasadnienia nie wyjaśnia intencji projektodawców.

4 | Ograniczenie nowych przesłanek uznania za niegodnego do spadkodawców pozbawionych zdolności testowania

To jednak nie koniec wątpliwości odnośnie do zmian w zakresie regulacji instytucji uznania spadkobiercy za niegodnego. Pojawia się bowiem pytanie, czy rzeczywiście zasadne jest wyposażanie osób trzecich w kompetencje do żądania wyłączenia spadkobiercy z udziału w spadku, jeżeli spadkodawca miał za życia możliwość dokonania z tych powodów wydziedziczenia^[39]? Dotychczasowe przesłanki uznania za niegodnego wymienione w art. 928 § 1 pkt 1–3 k.c. dotyczą bowiem okoliczności, o których spadkodawca często nie wiedział albo nawet nie mógł wiedzieć, bo na przykład miały miejsce po jego śmierci, w związku z czym wykluczona była jego osobista reakcja. Tymczasem brak realizacji obowiązków rodzinnych, także tych alimentacyjnych, jest dla spadkodawcy odczuwalny, zauważalny. Stanowi ponadto podstawę do wydziedziczenia.

W uzasadnieniu projektu trafnie zwrócono uwagę, że „wydziedziczenie jest możliwe jedynie w stosunku do ściśle określonego kręgu osób wskazanych w art. 1008 k.c.”^[40], chodzi bowiem o podmioty uprawnione do zachowku. Nie oznacza to jednak, że spadkodawca nie ma możliwości wykluczenia innych potencjalnych spadkobierców, takich jak na przykład rodzeństwo. Może to uczynić poprzez tzw. testament negatywny^[41],

³⁸ Podobnie Haberko, „Uwagi”, 59, 61–62.

³⁹ Tak też Załucki, „art. 928”, Nb 3.

⁴⁰ Uzasadnienie do projektu z 23.01.2023, 2.

⁴¹ Konrad Osajda, „art. 941”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Witold Borysiak (Legalis: C.H. Beck, 2022), teza 46; Mariusz Załucki, „art. 941”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Mariusz Załucki (Legalis: C.H. Beck, 2023), Nb. 12; Elżbieta Niezbecka, „Skutki prawne testamentu negatywnego i wydziedziczenia” *Rejent*, nr 7–8 (1992): 16–27; Anna Rojek, „Wydziedziczenie i testament negatywny” *Przegląd Sądowy*, nr 9(2006): 105–116.

wskazując, kto z grona spadkobierców ustawowych nie ma po nim dziedziczyć. Co więcej, taka decyzja spadkodawcy nie wymaga wykazania żadnych przesłanek ustawowych i nie podlega weryfikacji sądowej. Nieistotne są także powody jej podjęcia, nie muszą to być nawet zaniedbania w realizowaniu obowiązków rodzinnych. W sposób szczególny chroniona przez prawo przed negatywnymi konsekwencjami swobody testowania, poprzez instytucję zachowku, jest bowiem jedynie najbliższa rodzina spadkodawcy (małżonek, zstępni i rodzice).

Możliwość samodzielnego wyciągnięcia konsekwencji z naganego zachowania spadkobiercy nie dotyczy jedynie tych osób, które nie mają zdolności do sporządzenia testamentu – małoletnich, ubezwłasnowolnionych oraz znajdujących się w stanie uniemożliwiającym im wyrażenie ostatniej woli^[42]. I tu ponownie należy sięgnąć do treści uzasadnienia, w którym autorzy podkreślają, że właśnie ta niemożność sporządzenia testamentu przez niektóre osoby przemawia za poszerzeniem przesłanek uznania za niegodnego^[43]. Ponadto sugerują oni, że proponowane przez nich rozwiązanie jest zbliżone do przyjętego w § 541 pkt 3 ABGB^[44], umożliwiającego „uznanie za niegodną dziedziczenia osoby, która szczególnie ciężko zaniedbała wobec spadkodawcy obowiązki wynikające ze stosunku prawnego między rodzicami a dziećmi, jeżeli spadkodawca nie był w stanie sporządzić testamentu lub z innych przyczyn nie był w stanie wydziedziczyć tej osoby, a okoliczności nie wskazują, że przebaczył jej przed śmiercią”^[45]. Trudno jednak dostrzec to podobieństwo, gdyż art. 928 § 1 pkt 5 k.c. nie uwzględnia szczególnej sytuacji braku zdolności do sporządzenia testamentu, przewiduje szerszy zakres zastosowania odnośnie do wszystkich spadkobierców (a nie tylko rodziców lub dzieci) oraz dość kazuistycznie i mało precyzyjnie określa podstawy uzasadniające zastosowanie tej instytucji.

Z tego względu należałoby rozważyć, czy nowa przyczyna niegodności nie powinna zostać zawężona do wspomnianej kategorii spadkodawców i zostać bardziej elastycznie uregulowana co do sposobu sformułowania przesłanek. Regulacja mogłaby zatem brzmieć w sposób następujący:

Art. 928 § 1a k.c.: „Jeżeli spadkodawca ze względu na brak zdolności do czynności prawnych, stan zdrowia lub zaburzenia psychiczne nie mógł

⁴² Zob. także Hanna Witczak, „O potrzebie”, 32.

⁴³ Uzasadnienie projektu z 23.01.2023 r., 3.

⁴⁴ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch BGBI. I Nr. 175/2021.

⁴⁵ Uzasadnienie projektu z 20.01.2023 r., 5.

sporządzić testamentu, uznania za niegodnego można żądać także wówczas, gdy spadkobierca w sposób rażący i uporczywy uchylał się od wykonywania wobec spadkodawcy obowiązków rodzinnych, w szczególności od ciężącego na nim obowiązku alimentacyjnego”.

Wydaje się, że takie ujęcie precyzyjniej i w sposób uzasadniony dawałoby podstawę do uznania spadkobiercy za niegodnego wówczas, gdyby dziedziczenie przez niego budziło sprzeciw moralny.

Bibliografia

- Biały Aneta, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. iv, *Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-7649)*, red. Mariusz Frasz, Magdalena Habdas. 466-467. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- Borysiak Witold, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Witold Borysiak. Legalis: C.H. Beck, 2022.
- Ciszewski Jerzy, Jakub Knabe, „art. 1008”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. Piotr Nazaruk. LEX 2022.
- Doliwa Adam, „art. 1008”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Mariusz Załucki. Legalis: C.H. Beck, 2023.
- Górecki Jacek, Grzegorz Matusik, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Witold Borysiak. Legalis: C.H. Beck, 2022.
- Haberko Joanna, „Uwagi de lege ferenda w związku z projektowanym rozszerzeniem przesłanek niegodności” *Rejent*, nr 7 (2022): 44-2.
- Jezioro Julian, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Edward Gniewek. Legalis: C.H. Beck, 2021.
- Justyński Tomasz, Ewa Kabza, „O potrzebie zmian w prawie spadkowym w kontekście projektu ustawy z dnia 15 grudnia 2021 r.” *Przegląd Legislacyjny*, nr 1 (2022): 10-31.
- Justyński Tomasz, Ewa Kabza, „Uwagi na marginesie projektowanych zmian w prawie spadkowym” *Krakowski Przegląd Notarialny*, nr 1 (2022): 15-27.
- Kidyba Andrzej, Elżbieta Niezbecka, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. iv, *Spadki*, red. Andrzej Kidyba. 58-64. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Kidyba Andrzej, Elżbieta Niezbecka, „art. 1008”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. iv, *Spadki*, wyd. iv, red. Andrzej Kidyba, Elżbieta Niezbecka. 288-295. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.

- Kozieł Grzegorz, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania – część szczególna*, wyd. 2, red. Andrzej Kidyba. 533–538. Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Kremis Jerzy, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski. Legalis: C.H. Beck, 2014.
- Kuźmicka-Sulikowska Joanna, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski. Legalis: C.H. Beck, 2021.
- Niezbecka Elżbieta, „Skutki prawne testamentu negatywnego i wydziedziczenia” *Rejent*, nr 7–8 (1992): 173–182.
- Osajda Konrad, „art. 941”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Witold Borysiak. Legalis: C.H. Beck, 2022.
- Panowicz-Lipska Janina, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, red. Maciej Gutowski. Legalis: C.H. Beck, 2022.
- Pazdan Maksymilian, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, *Art. 450–1088*, red. Krzysztof Pietrzykowski. Legalis: C.H. Beck, 2021.
- Piątowski Józef Stanisław, Hanna Witczak, Agnieszka Kawałko, „§ 14. Niegodność”, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo spadkowe*, t. x, red. Bogudar Kordasiewicz. 175–211. Warszawa: C.H. Beck, 2013.
- Pietrzykowski Krzysztof, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Krzysztof Pietrzykowski. Legalis: C.H. Beck, 2021.
- Rojek Anna, „Wydziedziczenie i testament negatywny” *Przeegląd Sądowy*, nr 9 (2006): 105–117.
- Rystwej-Markiewicz Barbara, „Niegodność dziedziczenia” *Przeegląd Sądowy*, nr 9 (2006): 91–104.
- Salamonowicz Marek, „art. 685”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Mariusz Załucki. Legalis: C.H. Beck, 2023.
- Skowrońska-Bocian Elżbieta, Jacek Wierciński, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. VI, *Spadki*, red. Jacek Gudowski. 62–73. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Skowrońska-Bocian Elżbieta, Jacek Wierciński, „art. 1008”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. VI, *Spadki*, wyd. 2, red. Jacek Gudowski. 293–298. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Sokołowski Tomasz, Karol Szadkowski, „art. 1008”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, red. Maciej Gutowski. 1657–1666. Warszawa: C.H. Beck 2022.
- Tomczyk Adrianna, *Skutki cywilnoprawne naruszenia norm moralnych między osobami bliskimi*. Warszawa: C.H. Beck, 2020.
- Wierciński Jacek, „O przestępstwie jako przyczynie niegodności dziedziczenia” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, nr 2 (2010): 555–569.

- Witczak Hanna, „O potrzebie reformy instytucji niegodności dziedziczenia w świetle zmian proponowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości” *Prawo i Więzy*, nr 3 (2022): 30–31.
- Witczak Hanna, *Wyłączenie od dziedziczenia na mocy orzeczenia sądu*. Warszawa: Lexis Nexis, 2013.
- Witczak Hanna, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IV, *Spadki*, red. Magdalena Habdas, Mariusz Fras. 128–173. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Załucki Mariusz, „art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Mariusz Załucki. Legalis: C.H. Beck, 2023.
- Załucki Mariusz, „art. 941”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Mariusz Załucki. Legalis: C.H. Beck, 2023.
- Załucki Mariusz, „art. 1008”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. VI, *Spadki (art. 922–1087)*, red. Mariusz Fras, Magdalena Habdas. 517–524. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Zełek Mariusz, art. 928”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, red. Maciej Gutowski. 1248–1270. Warszawa: C.H. Beck, 2022.
- Zrałek Jacek, „Niegodność dziedziczenia – uwagi de lege ferenda” *Rejent*, nr 2 (2006): 203–217.



PAWEŁ KSIĘŻAK

Sztuczna inteligencja jako wychowawca, opiekun i reprezentant W poszukiwaniu definicji rodziny^[1]

Artificial Intelligence as Educator, Caregiver, and Representative. In Search of a Definition of Family

Artificial intelligence (AI) is becoming a significant factor in family life. Increasingly sophisticated autonomous systems and robots controlled by artificial intelligence will allow some of the parental duties related to custody, upbringing, and even representation of the child to be carried out. This phenomenon is forcing the search for legal qualifications for parents to entrust certain decisions to machines. The author argues that the solution is to grant AI residual partial subjectivity to the extent needed to link it to its social function. A condition for such subjectivity would be registration in a public register, preceded by specific certification. It means that in the long term, AI will become an integral part of family life.

PAWEŁ KSIĘŻAK doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Uniwersytetu Łódzkiego
ORCID – 0000-0002-1224-9183 / e-mail: pksiezak@wpia.uni.lodz.pl

SŁOWA KLUCZOWE: sztuczna inteligencja, podmiotowość, rodzina, władza rodzicielska
KEYWORDS: artificial intelligence, subjectivity, family, parental authority

¹ Artykuł powstał dzięki wsparciu Narodowego Centrum Nauki, grant nr UMO-2018/29/B/HS5/00421.

Władza rodzicielska obejmuje w szczególności obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka, z poszanowaniem jego godności i praw (art. 95 § 1 k.r.o.). Rodzice są przedstawicielami ustawowymi dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską. (art. 98 § 1 k.r.o.). Zakres władzy rodzicielskiej obejmuje zatem całe spektrum czynności faktycznych i prawnych, które mają różnorodny charakter^[2].

Nie ulega wątpliwości, że przy obecnym rozwoju sztucznej inteligencji może ona – technicznie rzecz biorąc – realizować niektóre ze wskazanych obowiązków rodzicielskich. Jest bardzo prawdopodobne, że stale będzie się zwiększać ilość i jakość systemów AI wykorzystywanych (lub potencjalnie mogących być wykorzystywanych) do pielęgnowania, wychowania i reprezentowania dziecka. Z jednej strony może chodzić np. o roboty opiekuńcze (analogicznie jak w odniesieniu do robotów zajmujących się osobami starszymi)^[3], z drugiej o całą gamę algorytmów, realizujących różnego rodzaju potrzeby dziecka (np. sterujących smart domem, kontrolujących funkcje życiowe, ale też dostarczających informacji – w tym mieszczą się np. inteligentne programy edukacyjne czy modele językowe). Niektóre systemy mogą potencjalnie zaspokajać określone potrzeby emocjonalne i fizyczne. Każdy rok przynosi wiele nowych wynalazków, udoskonaleń i nowych zastosowań AI, więc nawet przykładowe wyliczenie jest w tym miejscu zbyteczne.

Oczywiście samo stwierdzenie, że pewne czynności mogą być w przyszłości wykonywane (a nawet, że są już obecnie) przez maszynę, nie oznacza jeszcze, że po jej stronie znajduje się władza rodzicielska czy jakkolwiek jej część. Zmusza to jednak do analizy kwalifikacji prawnej takich sytuacji. Skoro AI w określonym zakresie sama podejmuje decyzje, to z istoty rzeczy (tzn. charakterystyki tego systemu AI) nie przenosi jedynie woli osób, które sprawują władzę rodzicielską. To spostrzeżenie z trudem przebija się jednak do świadomości prawników, którzy nadal w większości kwalifikują działanie AI w obrocie (dodajmy: całym obrocie prawnym, więc również na gruncie prawa rodzinnego) jako narzędzie w rękach człowieka,

² Szeroko na temat elementów składających się na władzę rodzicielską Jerzy Strzebinczyk w *System Prawa Prywatnego*, t. XII, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smoczyński, Elżbieta Holewińska-Łapińska, Wanda Stojanowska, Marek Andrzejewski, wyd. 2 (Warszawa: C.H. Beck, 2011), 268 i nast.

³ Katarzyna Pfeifer-Chomiczewska, „Intelligent service robots for elderly or disabled people and human dignity: legal point of view” *AI & Soc*, nr 1 (2022). <https://doi.org/10.1007/s00146-022-01477-0>.

niezdolne do wyrażania woli. Taka kwalifikacja jest kontrfaktyczna a co najmniej niepełna, bo pomija autonomiczne działanie maszyny w ramach jej luzu decyzyjnego, stanowiącego istotę sztucznej inteligencji. Dla przykładu, jeśli maszyna kontrolująca pokój i funkcje życiowe dziecka decyduje (biorąc pod uwagę m.in. parametry oddechu, krwi, temperaturę ciała i wiele innych elementów) o optymalnej temperaturze w pokoju albo jeśli system AI analizujący funkcje organizmu dziecka wskazuje o potrzebie dostarczenia określonych produktów żywnościowych (a nawet sama je zamawia poprzez internet a następnie przygotowuje i podaje posiłki), albo jeśli AI monitorująca stan zdrowia dziecka wzywa lekarza albo aplikuje określone leki, gdy z analizy wynika taka potrzeba, to nie przenosi woli rodziców, lecz podejmuje własną, autonomiczną decyzję^[4]. Rola rodziców może polegać na ustaleniu ogólnych parametrów, jednak sama decyzja *in concreto* nie jest już ani określona, ani nawet możliwa do przewidzenia. Tego rodzaju zachowanie (np. decydowanie o kaloryczności posiłku czy temperaturze w pokoju) z pewnością mieści się już w pojęciu pieczy nad dzieckiem. Rodzice korzystający z takiego urządzenia *de facto* przenoszą swą kompetencję do sprawowania pieczy na nieludzki byt – system AI. Ocena prawna nie powinna w takim wypadku pozostawać w oczywistej sprzeczności z faktami: uznanie, że nadal to rodzice w pełni sprawują władzę rodzicielską (pieczę) nie odpowiada rzeczywistości. Konsekwencje tej rozbieżności i niedostrzeżenie przez prawo pewnych zjawisk związanych z wykonywaniem władzy rodzicielskiej nie są w interesie dziecka.

Tak powszechne, że wręcz niedostrzegalne stało się również to, że algorytmy decydują o tym, jakie treści, w jakim kontekście i kolejności pokazać użytkownikowi – w tym dziecku, które w najmniejszym stopniu jest przy tym przygotowane do weryfikowania tych mechanizmów podsuwania treści. Nowe systemy wyszukiwania informacji (jak chat GPT czy algorytmy sterujące wyświetleniami w serwisach społecznościowych) uwidaczniają to w sposób wyjątkowo jaskrawy. Informacja przekazywana dziecku (a zatem wpływająca na jego wiedzę, rozwój umysłowy) jest kształtowana przez systemy sztucznej inteligencji. To nie rodzice, ale maszyny w coraz większym zakresie wychowują dziecko. Przepisy prawa rodzinnego w żaden sposób nie dostrzegają tego jaskrawego fenomenu.

⁴ Podobnie jak faktyczny opiekun, gdy rodzice są poza domem, podejmuje tego rodzaju decyzje, obejmujące nie tylko decyzję co do tego, co dać dziecku na kolację, ale niekiedy nawet, czy wezwać karetkę pogotowia.

Skomplikowana prawnie sytuacja powstaje również w odniesieniu do możliwości reprezentowania dziecka przez AI, ewentualnie reprezentowania rodzica, który działa w imieniu dziecka. Kluczowe wydają się tu dwa elementy: po pierwsze, normatywna dopuszczalność przeniesienia w jakimkolwiek zakresie prawa do reprezentowania dziecka na kogoś innego niż osoby sprawujące władzę rodzicielską oraz, po drugie, możliwość uznania AI za przedstawiciela.

W odniesieniu do pierwszej kwestii jako pewne można przyjąć chyba tylko to, że kodeks rodzinny i opiekuńczy milczy na ten temat. W uchwale z 13 maja 2015 r., III CZP 19/15 Sąd Najwyższy przyjął, że przedstawiciel ustawowy małoletniego dziecka może udzielić pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody przewidzianej w art. 34 ust. 3 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 464). Z uzasadnienia uchwały wynika, że zdaniem Sądu Najwyższego również w innych (w istocie wszelkich) sytuacjach udzielenie pełnomocnictwa szczególnego do reprezentowania dziecka jest możliwe. Zarazem wskazano, że nie jest możliwe udzielenie pełnomocnictwa ogólnego. Kwestia jest bardzo kontrowersyjna^[5], jednakże roboczo można przyjąć, że przekazanie kompetencji do reprezentowania dziecka w jakimś zakresie (najpewniej bardzo wąskim) nie jest w orzecznictwie i nauce prawa odrzucane. Nie da się również nie dostrzec praktycznego aspektu tej kwestii: takie pełnomocnictwa funkcjonują w obrocie i życie codzienne, zwłaszcza w drobnych sprawach, jest ich pełne. Nikogo nie dziwi przecież, że faktyczny, czasowy opiekun dziecka (np. dziadkowie w czasie wyjazdu wakacyjnego z wnukami), w pewnym zakresie dokonują również czynności prawnych w imieniu dziecka czy też reprezentują go tam, gdzie powinni reprezentować rodzice (np. podpisują zgodę na zabawę na sali zabaw czy w wesołym miasteczku albo zezwalają na zabieg medyczny).

Takie ostrożne nawet i ograniczone dopuszczenie przeniesienia ustawowo przyznanej kompetencji do reprezentowania dziecka otwiera drogę do rozważania drugiej kwestii. Sprawa silnie powiązana jest z aksjomatem

⁵ Glosy krytyczne opracowali m.in. Michał Derek, „Pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na zabieg medyczny małoletniego. Glosa do uchwały SN z dnia 13 maja 2015 r., III CZP 19/15” *Glosa*, nr 1 (2019): 109–115; Leszek Bosek, Albert Pielak, „Cywilne prawo, rodzinne i opiekuńcze prawo, pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na zabieg medyczny. Glosa do uchwały SN z dnia 13 maja 2015 r., III CZP 19/15” *Orzecznictwo Sądów Polskich*, nr 6 (2018): poz. 59; Andrzej Kallaus, „Glosa do uchwały SN z dnia 13 maja 2015 r., III CZP 19/15” *Prawo i Medycyna*, nr 4 (2015): 124–131; Tamara Zimna, „Glosa do uchwały SN z dnia 13 maja 2015 r., III CZP 19/15” (LEX 2015).

o podmiotowym uwarunkowaniu pełnomocnictwa: w obrocie działać mogą jedynie ludzie i ich prawne struktury (osoby prawne), natomiast nie mogą tego czynić inne byty. Wprawdzie z przepisów kodeksu cywilnego nie wynika, by pełnomocnikiem mógł być jedynie podmiot, to jednak przyjmuje się to jako oczywiste z uwagi na fakt, że pełnomocnik składa własne oświadczenie woli. Sprawa jawi się jednak jako bardziej skomplikowana – skoro pełnomocnik składa oświadczenie woli w cudzym imieniu i na rzecz innej osoby, to z całą pewnością musi mieć zdolność do czynności prawnych, ale wcale nie musi mieć zdolności prawnej – zdolność ta jest mu przecież do niczego niepotrzebna, skoro stroną stosunku cywilnoprawnego jest mocodawca. Zatem aksjomat, że pełnomocnik musi mieć podmiotowość wynika z innego założenia, które wcale nie jest konieczne: że zdolność do czynności prawnych może mieć jedynie ten, kto ma zdolność prawną. W kontekście bytów autonomicznych, które z powodzeniem mogą działać w obrocie, to założenie jawi się jako anachroniczne.

Istotniejsze jest jednak to, że również paradygmat, zgodnie z którym podmiotami mogą być jedynie osoby (tzn. ludzie lub ludzkie sztuczne twory jakimi są osoby prawne), a zarazem podmiotowość występuje zawsze w jednej, najpełniejszej postaci (tzn. obejmuje całość zdolności prawnej i umożliwia wchodzenie w każdą relację cywilnoprawną) jest także dyskusyjny. Jak wykazaliśmy z Sylwią Wojtczak podmiotowość nie jest jednopostaciowa ani niepodzielna^[6]. Okoliczność, że najpełniejszą podmiotowość ma człowiek, nie przesądza, że nie jest możliwe przyznanie innej postaci podmiotowości bytom nieludzkim, takim jak sztuczna inteligencja. Zakres podmiotowości AI można dostosować do praktycznych potrzeb, przyznając jej prawa i obowiązki tylko wtedy, gdy jest to akceptowalne, użyteczne i bezpieczne. Podmiotowość prawna AI nie musi być podobna do podmiotowości ludzkiej ani do podmiotowości osób prawnych. Powinna być punktowa, kontekstowa, ograniczona jedynie do tych sfer działania AI, gdzie przyznanie takiej właściwości prawnej jest uzasadnione jej rolą społeczną^[7]. Przykładem, gdy AI pełni określoną rolę społeczną może być sprawowanie wycinka władzy rodzicielskiej.

Konstytutywnym warunkiem upodmiotowienia AI musi być przy tym rejestracja w jawnym, publicznym rejestrze, z którego wynikałyby ramy przyznanej zdolności do działania w obrocie. Z kolei warunkiem takiej

⁶ Paweł Księżak, Sylwia Wojtczak, *Toward a Conceptual Network for the Private Law of Artificial Intelligence* (Cham: Springer, 2023), 13 i nast.

⁷ Księżak, Wojtczak, *Toward*, 31.

rejestracji byłaby certyfikacja oparta na ściśle określonych kryteriach ustawowych. W ten sposób podmiotowość stawałaby się narzędziem do sprawowania rzeczywistej kontroli nad systemami dopuszczonymi do działania w obrocie. Podmiotowość nie zabezpieczałaby interesów samej AI (bo takowych nie ma), ale interesy tych ludzi, którzy wchodzą w relacje z AI. W kontekście maszyn przejmujących wykonywanie władzy rodzicielskiej chodziłoby oczywiście o interes dziecka i – pośrednio – rodziców.

Przyznanie punktowej, kontekstowej podmiotowości AI na gruncie prawnorodzinnym mogłoby to oznaczać stworzenie prawnego mechanizmu przeniesienia jakiegoś wycinka kompetencji na maszynę. W takim ujęciu AI nie byłaby już narzędziem w rękach rodziców i przedmiotem ich woli, ale podmiotem stosunków prawnych (nie wszystkich, lecz jedynie tych, które mają tu znaczenie) i samoistnym nośnikiem woli. Wbrew pozorom, nie chodzi jednak o jakieś nieludzkie przesunięcie aksjologiczne i dopuszczenie kierowania ludzkim życiem przez maszyny, a jedynie inne prawne zakwalifikowanie zjawiska, które się dzieje w rzeczywistości społecznej, co miałoby na celu zabezpieczenie interesów dziecka. Obecnie generowane przez maszynę wyniki mogłyby być opisane jedynie jako zaawansowany nośnik woli rodziców. Mieszcząc się w ramach tradycyjnych struktur prawnych taka kwalifikacja jest jednak fasadą, za którą kryje się zupełnie inna rzeczywistość, tzn. samodzielność maszyny w podejmowaniu określonych decyzji. Konstrukcje prawne powinny raczej wyjaśniać rzeczywistość społeczną niż ją fałszować. Rozumienie systemów autonomicznych jako transmitentów woli rodziców prowadzi do pominięcia istotnego zdarzenia, jakim jest właśnie faktyczne przesunięcie woli z rodziców na maszynę (w jakimś, ściśle określonym zakresie) i podejmowanie określonych decyzji istotnych z punktu widzenia dziecka przez AI. W konsekwencji – skoro prawo „nie widzi” tego, co rzeczywiście się dzieje, nie zawiera mechanizmów, które pozwalałyby sprawować efektywną kontrolę nad tym wycinkiem władzy rodzicielskiej, który wymyka się woli rodziców.

Upodmiotowienie AI w zakresie reprezentacji dziecka może jawić się jako niebezpieczne, jako zagrożenie dla podmiotowości, wolności i godności człowieka. Niebezpieczeństw tych nie można bagatelizować – przeciwnie, rozwój AI może właśnie doprowadzić do skrajnego zagrożenia praw podstawowych. Tym bardziej zatem należy tworzyć takie rozwiązania prawne, które pozwolą – albo będą przynajmniej próbowały – ująć AI w bezpieczne ramy. Pozostawienie fikcji, że AI jest jedynie narzędziem w rękach ludzi (w tym rodziców sprawujących władzę rodzicielską) jest drogą do

faktycznego przejęcia władzy przez maszyny (w tym władzy rodzicielskiej) bez jakiegokolwiek kontroli prawnej. Skoro bowiem konsensus przyjmować będzie, że władzę sprawują rodzice, to nie ma przy takim aksjomacie miejsca na refleksję, że władza ta jest jednak już *de facto* sprawowana przez kogoś (coś) innego. W konsekwencji system AI – jako formalnie kontrolowany przez rodziców – nie podlega żadnym ograniczeniom, gdyż, rzeczko, nie ma go w czym ograniczać. W ten sposób rzeczywistość rozmija się z normami, które regulują nieistniejący świat. Dlatego konceptualnie lepsze jest ujęcie AI jako ograniczonego w swej zdolności podmiotu, który pełni czynną rolę w sprawowaniu władzy rodzicielskiej, a co za tym idzie może być regulowany normami prawnorodzinnymi. Możliwe wtedy staje się określenie ram, w jakich dozwolone jest przekazanie kompetencji na rzecz AI oraz wskazanie mechanizmów kontroli zarówno samego systemu (*in abstracto*), jak i jego działania w odniesieniu do konkretnego dziecka i konkretnych czynności (kontrola *in concreto*). W takim ujęciu system certyfikacji i rejestracji pozwalałby sprawować efektywną kontrolę nad systemem, a zarazem przyznanie szczątkowej podmiotowości pozwalałoby od strony normatywnej wyjaśnić przeniesienie uprawnień na mechanicznego pełnomocnika.

Ostatecznie prawo rodzinne musi zmierzyć się z procesami dalej idącymi niż tylko przeniesienie określonych elementów władzy rodzicielskiej na maszyny. Sztuczna inteligencja (zwłaszcza, ale nie tylko ucieleśniona w robocie) coraz częściej będzie traktowana przez członków rodziny jako istotny jej element. Taki proces od dawna jest obserwowany w odniesieniu do zwierząt domowych. Psy, koty a niekiedy również inne zwierzęta domowe nie tylko nie są już od dawna traktowane jako rzeczy, ale ich status wyraźnie przesuwa się w kierunku podmiotowości. Nie wchodząc w dyskusję na ten temat można zauważyć, że coraz częściej dostrzega się to przesunięcie kategoriale właśnie na płaszczyźnie prawnorodzinnej. W sporach między członkami rodziny (np. rozwodowymi czy dotyczącymi podziału majątku) zwierzęta uzyskują inny status niż rzeczy. Ich rola w rodzinie nie daje się sprowadzić do funkcji utylitarnej; chodzi raczej o szereg złożonych więzi emocjonalnych, które należy widzieć w kategoriach dóbr osobistych (a w każdym razie wartości niemajątkowych)^[8].

⁸ Pomijam w tym miejscu spór o to, czy przywiązanie do zwierzęcia może być uznane za dobro osobiste – por. przede wszystkim Krzysztof Kurosz, „Czy w prawie polskim dopuszczalne jest zadośćuczynienie pieniężne za śmierć zwierzęcia?” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*,

Ostatecznie coraz częściej zwierzęta po prostu określane są jako członkowie rodziny^[9], co przyczynia się do lepszego samopoczucia zainteresowanych^[10]. Tego rodzaju kwalifikacja nie jest tylko metaforą. Prawo (w tym Konstytucja RP) nie definiuje rodziny. Rzeczywiście, zwykliśmy przyjmować jako oczywiste, że bez względu na zakres podmiotowy chodzi tu o grupę ludzi. Nie jest to jednak jakieś niepodważalne prawo natury (jak prawo zachowania energii), ale pewna interpretacja normy zakorzeniona w tradycji. Społeczeństwo się jednak zmienia, zmieniają się także funkcje społeczne i znaczenie poszczególnych pojęć. Również udział AI w życiu rodziny może już wkrótce przybrać taką postać, że zarówno dla zewnętrznego obserwatora, jak i – a może przede wszystkim – samych członków rodziny stanie się niekiedy ważnym jej składnikiem. Można domniemywać, że szybciej procesy takie będą odnosiły się do niektórych rodzajów ucieleśnionej AI (np. zantropomorfizowanych robotów opiekuńczych zajmujących się osobami starszymi i samotnymi), ale być może sięgną dalej i obejmować będą nawet zindywidualizowanych asystentów, którzy traktowani będą (i tak będą projektowani) jako najbliżsi przyjaciele i powiernicy^[11]. Pozycja takich systemów autonomicznych i robotów będzie oczywiście inna niż ludzi jako konstytutywnych członków rodziny, ale podobnie jak w odniesieniu do zwierząt domowych, będą już czymś więcej niż przedmiotami gospodarstwa domowego. Co najmniej niektóre AI będą mogły realizować różne potrzeby emocjonalne członków rodziny, co w konsekwencji spowoduje, że nie będą mogły być postrzegane jako zwykłe przedmioty podlegające wyłącznie zasadom prawa rzeczowego. Realizacja funkcji członka rodziny będzie skutkowało tak daleko antropomorfizacją AI, że będzie to rzutowało na postrzeganie praw majątkowych. Właściciel może np. być ograniczony w swym prawie do wyłączenia czy

nr 1 (2017): 131–160. Jednak sama koncepcja uznania przywiązania do zwierząt za dobro osobiste jest z pewnością elementem szerszego zjawiska, o którym mówię, tzn. przedefiniowania tego, czym są wartości niemajątkowe, więzy społeczne i rodzina.

⁹ Allen R. McConnell, E. Paige Lloyd, Brandon T. Humphrey, „We are family: Viewing pets as family members improves well-being” *Anthrozoös*, 32 (2019): 459–470.

¹⁰ Tonya M. Buchanan, Allen R. McConnell (2017), „Family as a source of support under stress: Benefits of greater breadth of family inclusion” *Self and Identity*, 16 (2017): 97–122.

¹¹ Szeroko na ten temat przede wszystkim Katarzyna Pfeifer-Chomiczewska, „O wpływie sztucznej inteligencji na relacje międzyludzkie i prawo małżeńskie” *Głos Prawa. Przegląd Prawniczy Allerhanda*, nr 1 (2022): 12–38.

modyfikacji takiego systemu, jeśli groziłoby to naruszeniem dóbr osobistych czy innych wartości niemajątkowych członków rodziny. Dalszy rozwój AI będzie zatem wymuszał przemodelowanie regulacji odnoszących się do relacji rodzinnych, w których AI jest używane^[12].

Nie oznacza to, że rola w rodzinie i kwalifikacja prawna AI i zwierząt powinna być czy nawet może być taka sama lub podobna: analogie w tym wypadku są zawodne. Chodzi raczej o dostrzeżenie, że rodzina obejmować może – oprócz ludzi – również inne byty. Ich włączenie w rolę członków rodziny będzie skutkiem decyzji ludzi i pochodną ich uczuć a rola, którą będą pełnić, będzie zawsze inna niż rola ludzi. Dostrzeżenie tych zjawisk pozwoli jednak wypracować odpowiednie mechanizmy prawne, zmierzające do innego traktowania niektórych systemów AI (podobnie jak niektórych zwierząt) w sporach z zakresu prawa rodzinnego.

Bibliografia

- Bosek Leszek, Albert Pielak, „Cywilne prawo, rodzinne i opiekuńcze prawo, pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na zabieg medyczny. Glosa do uchwały SN z dnia 13 maja 2015 r., III CZP 19/15” *Orzecznictwo Sądów Polskich*, nr 6 (2018): poz. 59.
- Buchanan Tonya M., Allen R McConnell, „Family as a source of support under stress: Benefits of greater breadth of family inclusion” *Self and Identity*, 16 (2017): 97–122. <https://doi.org/10.1080/15298868.2016.1226194>.
- Derek Michał, „Pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na zabieg medyczny małoletniego. Glosa do uchwały SN z dnia 13 maja 2015 r., III CZP 19/15”, *Glosa*, nr 1 (2019): 109–115.
- Kallaus Andrzej, „Glosa do uchwały SN z dnia 13 maja 2015 r., III CZP 19/15” *Prawo i Medycyna*, nr 4 (2015): 124–131.
- Księżak Paweł, Sylwia Wojtczak, *Toward a Conceptual Network for the Private Law of Artificial Intelligence*. Cham: Springer, 2023.
- Kurosz Krzysztof, „Czy w prawie polskim dopuszczalne jest zadośćuczynienie pieniężne za śmierć zwierzęcia?” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, nr 1 (2017): 131–160.
- McConnell Allen R., E. Paige Lloyd, Brandon T. Humphrey, „We are family: Viewing pets as family members improves well-being” *Anthrozoös*, 32 (2019): 459–470. <https://doi.org/10.1080/08927936.2019.1621516>.

¹² Paweł Księżak, Sylwia Wojtczak, *Toward*, 180.

Pfeifer-Chomiczewska Katarzyna, „Intelligent service robots for elderly or disabled people and human dignity: legal point of view” *AI & Soc*, nr 1 (2022). <https://doi.org/10.1007/s00146-022-01477-0>.

Pfeifer-Chomiczewska Katarzyna, „O wpływie sztucznej inteligencji na relacje międzyludzkie i prawo małżeńskie” *Głos Praw. Przegląd Prawniczy Allerhanda*, nr 1 (2022): 12–38.

System Prawa Prywatnego, t. XII, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. Tadeusz Smyczynski, Elżbieta Holewińska-Łapińska, Wanda Stojanowska, Marek Andrzejewski, wyd. 2. Warszawa: C.H. Beck, 2011.

Zimna Tamara, „Głosa do uchwały SN z dnia 13 maja 2015 r., III CZP 19/15”. LEX 2015.



ŁUKASZ HAWRYŁAK, MIROŚŁAW PAWEŁCZYK

Prowadzenie egzekucji na podstawie dalszego bankowego tytułu egzekucyjnego na mocy przepisów przejściowych

Enforcement Based on a Further Bank Enforcement Order Under Intertemporal Provisions

The privilege of bank enforcement orders allowed banks to pursue claims in a simplified manner, since the bank could issue an enforcement order without court proceedings. Banks could also issue additional bank enforcement orders in cases of enforcement against several persons or from several components of the debtor's assets. Despite the derogation of the provisions on bank enforcement orders from the law system, this institution functions to a limited extent under intertemporal provisions. The authors want to answer whether issuing more bank enforcement orders under current legal status is possible.

ŁUKASZ HAWRYŁAK magister prawa, Uniwersytet Śląski w Katowicach
ORCID – 0000-0002-9588-4392 / e-mail: lukaszhawrylak1@gmail.com

MIROŚŁAW PAWEŁCZYK doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach
ORCID – 0000-0003-1344-8026 / e-mail: pawelczyk@pawelczyk.pl

SŁOWA KLUCZOWE: dalszy bankowy
tytuł egzekucyjny, prawo bankowe,
przepisy przejściowe

KEYWORDS: further bank
enforcement order, banking law,
intertemporal provisions

1 | Wstęp

Instytucja bankowego tytułu egzekucyjnego^[1] stanowiła wyjątkowe uprawnienie banków wyrażające się w możliwości wystawienia przez bank tytułu egzekucyjnego z pominięciem postępowania rozpoznawczego, co znacznie upraszczało bankom dochodzenie roszczeń. Bank wystawiał b.t.e. na podstawie ksiąg banku lub innych dokumentów związanych z dokonywaniem czynności bankowych^[2]. Bankowy tytuł egzekucyjny podlegał jedynie formalnej kontroli sądowej w postępowaniu klauzulowym. Po zaopatrzeniu tytułu przez sąd w klauzulę wykonalności, b.t.e. mógł stanowić podstawę egzekucji jako tytuł wykonawczy^[3].

Banki były również uprawnione do wystawiania dalszych bankowych tytułów egzekucyjnych w przypadku egzekucji przeciwko kilku osobom lub z kilku części składowych majątku dłużnika^[4]. Instytucja dalszego b.t.e., pomimo jej złożonego charakteru prawnego, nie budziła jednak tak dużego zainteresowania doktryny jak bankowe tytuły egzekucyjne. Wskazując na węzłowe problemy wiążące się z wystawianiem dalszych b.t.e., należy podkreślić, że nie tylko względy teoretycznoprawne przemawiają za przeprowadzeniem kompleksowej analizy doktrynalnej dalszego b.t.e., lecz również występowanie w obrocie dalszych b.t.e. z uwagi na ograniczone funkcjonowanie tej instytucji w obrocie prawnym po uchyleniu przepisów o bankowych tytułach egzekucyjnych^[5].

Podnoszone w literaturze wątpliwości dotyczące zgodności z ustawą zasadniczą jednego z najbardziej kontrowersyjnych przywilejów

¹ Zwany dalej również: b.t.e.

² Art. 96 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 128, dalej: pr. bank.). Powołanie się na przepisy pr. bank. bez bliższego określenia, oznacza odwołanie do powołanego wyżej tekstu jednolitego ustawy bezpośrednio poprzedzającej uchylenie przepisów o b.t.e., a nie do aktualnego brzmienia ustawy.

³ Zob. art. 776 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1805 z późn. zm.), zwanej dalej również: k.p.c. lub Kodeksem postępowania cywilnego.

⁴ Art. 96 ust. 3 pr. bank.

⁵ Regulujące instytucję b.t.e. przepisy art. 96–98 pr. bank. zostały uchylone z dniem 27 listopada 2015 r. na podstawie ustawy z dnia 25 września 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1854, zwanej dalej również: ustawa nowelizująca).

bankowych^[6], jakim był b.t.e., zostały rozstrzygnięte przez Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził niekonstytucyjność wybranych przepisów regulujących instytucję b.t.e.^[7]. Trybunał odroczył utratę mocy obowiązującej uchylonych przepisów (art. 96 ust. 1 oraz art. 97 ust. 1 pr. bank.), jednakże ustawodawca uchylił w całości przepisy regulujące instytucję b.t.e. przed upływem okresu odroczenia utraty mocy obowiązującej oraz ustanowił przepisy przejściowe. Przedmiotem dalszych rozważań będzie wykładnia przepisów przejściowych oraz próba rozwiązania problemów interpretacyjnych ujawniających się w związku z ograniczonym funkcjonowaniem instytucji dalszego b.t.e. w obecnym stanie prawnym. Omawiana problematyka ma doniosłe znaczenie praktyczne, gdyż na mocy przepisów przejściowych również obecnie prowadzone są postępowania egzekucyjne na podstawie b.t.e.

2 | Dopuszczalność wystawienia dalszego b.t.e. w obecnym stanie prawnym. Charakter prawny dalszego b.t.e.

2.1. Przesłanki wystawienia dalszego b.t.e.

Instytucja dalszego bankowego tytułu egzekucyjnego została statutowana w art. 96 ust. 3 pr. bank., który głosił: „W przypadku egzekucji przeciwko kilku osobom lub z kilku części składowych majątku dłużnika można wystawić dalsze tytuły egzekucyjne”.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do warstwy językowej tego przepisu, należy zauważyć, że konstrukcja użyta przez ustawodawcę („W przypadku egzekucji [...]”) jest nieprecyzyjna i może powodować wątpliwości, czy wystąpiła przesłanka uzasadniająca wystawienie dalszego b.t.e. Otóż,

⁶ Zob. szerzej: Ryszard Zelwianiński, „Bankowe tytuły egzekucyjne (potrzeba nowelizacji)” *Państwo i Prawo*, nr 9 (2011): 99–104; Zbigniew Ofiarski, *Prawo bankowe. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2013), 604–605.

⁷ Wyrok TK z 14.04.2015 r., P 45/12, OTK-A 2015, nr 4, poz. 46. Na marginesie warto zauważyć, że orzeczenie Trybunału nie dotyczyło przepisu normującego wystawianie dalszych b.t.e. – zob. zwłaszcza pkt 1.3.1. uzasadnienia wyroku.

dosłowne rozumienie tego zwrotu prowadzi do wniosku, że wystawienie dalszego b.t.e. jest możliwe w każdym wypadku, gdy egzekucja jest prowadzona przeciwko kilku osobom lub z kilku części składowych majątku dłużnika. Hipoteza przepisu jest sformułowana bowiem w sposób bezwarunkowy.

Ratio legis instytucji dalszego b.t.e. wyraża się w konieczności rozszerzenia zakresu już toczącej się egzekucji^[8]. W polskim prawie egzekucyjnym obowiązuje natomiast zasada jedności tytułu wykonawczego^[9], określana również jako zasada dopuszczalności wydania wierzycielowi jednego tytułu wykonawczego^[10]. Choć zasada ta nie została wprost wyrażona w przepisach k.p.c., to jest uznawana w doktrynie za jedno z najbardziej rudymenarnych pryncypiów polskiego prawa egzekucyjnego^[11]. Istotą zasady jedności tytułu wykonawczego jest wydawanie wierzycielowi jednego tytułu wykonawczego i prowadzenie egzekucji na jego podstawie^[12], z czego wynika zakaz wydawania nowych tytułów wykonawczych tożsamej treści^[13]. Zakaz jest uzasadniany potrzebą zagwarantowania ochrony praw dłużnika^[14], lecz nie ma charakteru bezwzględny. Warto zaznaczyć, że celem wymogu nadania na dalszy b.t.e. klauzuli wykonalności jest również realizacja zasady jedności tytułu wykonawczego oraz zabezpieczenie przed niekontrolowanym obiegiem wielu tytułów wykonawczych, co stanowi zarazem argument na rzecz podobieństwa prawnego dalszego b.t.e. oraz dalszego tytułu wykonawczego, o którym mowa w art. 793 k.p.c.

⁸ Tak w odniesieniu do dalszego tytułu wykonawczego, o którym mowa w art. 793 k.p.c.: Marcin Uliasz, „Tytuł wykonawczy i klauzula wykonalności”, [w:] *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. System Postępowania Cywilnego*, t. VIII, red. Kinga Flaga-Gieruszyńska (Warszawa: C.H. Beck, 2020): 556; Paweł Sławicki, Piotr Sławicki, *Postępowanie klauzulowe. Art. 776–795 k.p.c. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2020), 334–335.

⁹ Sławicki, Sławicki, *Postępowanie klauzulowe*, 334.

¹⁰ Uliasz, „Tytuł wykonawczy i klauzula wykonalności”, 555; Andrzej Marciniak [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. IV, *Komentarz: art. 730–1095¹*, red. Andrzej Marciniak (Warszawa: C.H. Beck, 2020), 509.

¹¹ Marciniak, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. IV *Komentarz: art. 730–1095¹*, 509.

¹² Sławicki, Sławicki, *Postępowanie klauzulowe*, 334. Zob. również: Henryk Pietrzakowski w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. V, *Postępowanie egzekucyjne*, red. Tadeusz Ereciński (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 220.

¹³ Zob. Uliasz „Tytuł wykonawczy i klauzula wykonalności”, 555.

¹⁴ Zob.: postanowienie SN z 6.11.2013 r., IV CSK 22/13, LEX nr 1555738; Marciniak, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. IV, *Komentarz: art. 730–1095¹*, 510; Uliasz, „Tytuł wykonawczy i klauzula wykonalności”, 555; Sławicki, Sławicki, *Postępowanie klauzulowe*, 335.

Na gruncie k.p.c. istnieją dwa wyjątki od zasady jedności tytułu wykonawczego: (i) wspomnianego już wydawania dalszych tytułów wykonawczych, o których mowa w art. 793 k.p.c.^[15], oraz (ii) tytułu wykonawczego wydawanego zamiast utraconego (art. 794 k.p.c.)^[16]. Przełamanie zasady jedności tytułu wykonawczego jest uzasadniane potrzebą podjęcia dodatkowych czynności zmierzających do prowadzenia egzekucji (np. z kilku składowych części majątku dłużnika), gdy skonsumowanie pierwotnego tytułu nie prowadzi do zaspokojenia zobowiązania^[17]. W takim bowiem wypadku, „sąd nie nadaje klauzuli wykonalności na rzecz dalszych osób lub przeciwko nim, ale wydaje kolejne tytuły wykonawcze”^[18].

Cel nadania klauzuli wykonalności dalszemu b.t.e. w omawianym zakresie pokrywa się z *ratio legis* art. 793 k.p.c., jakim jest ochrona praw dłużnika poprzez przeciwdziałanie niekontrolowanemu obiegowi tytułów wykonawczych^[19]. Art. 793 k.p.c. wykazuje podobieństwo prawne do art. 96 ust. 3 k.p.c.^[20], co uzasadnia systemowe porównanie tych instytucji. W pierwszej kolejności należy zatem podkreślić, że podobnie jak w przypadku dalszych tytułów wykonawczych, o których mowa w art. 793 k.p.c., wystawienie dalszego b.t.e. jest dopuszczalne w przypadku spełnienia kryterium konieczności, czyli gdy „wydany tytuł wykonawczy nie wystarcza do przeprowadzenia egzekucji na rzecz wierzycieli lub dłużników lub ze wszystkich części składowych majątku dłużnika”^[21]. Co więcej, wydanie przez sąd dalszego tytułu wykonawczego na podstawie art. 793 k.p.c. jest obligatoryjne, a nie fakultatywne, co mogłaby sugerować treść tego przepisu („sąd może”)^[22].

¹⁵ Zgodnie z powołanym art. 793 k.p.c.: „W razie potrzeby prowadzenia egzekucji na rzecz kilku osób lub przeciwko kilku osobom albo z kilku składowych części majątku tego samego dłużnika, sąd oprócz pierwszego tytułu wykonawczego może wydawać dalsze tytuły, oznaczając cel, do którego mają służyć, i ich liczbę porządkową”.

¹⁶ Uliasz, „Tytuł wykonawczy i klauzula wykonalności”, 555; Marciniak, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. IV, *Komentarz: art. 730–1095*¹, 510.

¹⁷ Sławicki, Sławicki, *Postępowanie klauzulowe*, 334–335.

¹⁸ *Ibidem*, 334. Tak również: Marta Romańska, Olga Leśniak, *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne: komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2016), 262.

¹⁹ Zob. postanowienie SN z 6.11.2013 r., IV CSK 22/13, LEX nr 1555738.

²⁰ Dariusz Zawistowski w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. IV, *Artykuły 730–1088*, red. Tadeusz Wiśniewski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 290. Tak również Bernard Smykła, który stwierdza, że art. 793 k.p.c. „odpowiada w swej treści” art. 96 ust. 3 pr. bank. – zob. Smykła, *Prawo bankowe. Komentarz*, 386.

²¹ Uliasz, „Tytuł wykonawczy i klauzula wykonalności”, 556.

²² Postanowienie SN z 1.12.1962 r., III CR 137/62, OSNC 1964, nr 2, poz. 29.

Wydaje się zatem, że właściwym zwrotem przy formułowaniu przesłanek dopuszczalności wystawienia dalszego b.t.e. posłużył się projektodawca („Jeżeli zachodzi potrzeba”)^[23]. Tym samym zwrotem ustawodawca posłużył się przy formułowaniu przesłanek wszczęcia postępowania sprawdzającego, o którym mowa w art. 307 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego^[24]. W doktrynie uznano, że użyty w art. 307 k.p.k. „normatywny zwrot »jeżeli zachodzi potrzeba« zawiera w sobie jednocześnie warunek i przyczynę wszczęcia tytułowego postępowania. W języku polskim nazwa »zachodzić« oznacza: istnieć, powstawać, zdarzyć się, zachodzić w czymś, mieć miejsce. Nazwa zaś »potrzeba« oznacza coś, co jest potrzebne, konieczne, niezbędne, coś, bez czego trudno się obejść, czego brakuje do czegoś. [...] Przez użyty w wymienionym przepisie wyraz »można« należy zatem rozumieć powinność przeprowadzenia wymienionego w nim postępowania jeżeli istnieje (zachodzi) podstawa faktyczna do jego przeprowadzenia”^[25]. Warto również zauważyć, że wydanie dalszych tytułów wykonawczych, o których mowa w art. 793 k.p.c. następuje także „w razie potrzeby prowadzenia egzekucji [...]”. Tożsamym zwrotem posługiwał się również prawodawca międzywojenny^[26], co świadczy o ciągłości techniki legislacyjnej przyjętej dla określania przesłanek wydawania przez sąd dalszych tytułów wykonawczych w postępowaniu regulowanym przepisami postępowania cywilnego.

Konieczne jest zatem odstępianie od rezultatów wykładni językowej, co jest uzasadnione sprzecznością rozumienia literalnego tekstu prawnego z intencją prawodawcy. Ustawodawca limituje bowiem wystawianie dalszych b.t.e. zwłaszcza ze względu na ochronę praw dłużnika. Wydanie kolejnego tytułu wykonawczego o tożsamej treści jest zatem niedopuszczalne w wypadku, gdy nie istnieje podstawa faktyczna uzasadniająca

²³ Zob. projektowany art. 91 ust. 3 rządowego projektu ustawy – Prawo bankowe (Sejm II kadencji, druk nr 2350), w brzmieniu: „Jeżeli zachodzi potrzeba egzekucji przeciwko kilku osobom lub z kilku części składowych majątku dłużnika, to można wystawić dalsze tytuły egzekucyjne”.

²⁴ T.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1375 z późn. zm., zwany dalej również: k.p.k.

²⁵ Jarosław Łupiński, „Czas trwania postępowania sprawdzającego” *Prokuratura i Prawo*, nr 10 (2011): 94.

²⁶ Zob. art. 543 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. – Kodeks Postępowania Cywilnego (Dz.U. z 1930 r. nr 83, poz. 651 z późn. zm.), zgodnie z którym: „W razie potrzeby prowadzenia egzekucji na rzecz kilku osób lub przeciwko kilku osobom albo z kilku części składowych majątku tego samego dłużnika sąd oprócz pierwszego tytułu wykonawczego może wydać dalsze tytuły oznaczając cel, do którego mają służyć, i ich liczbę porządkową”.

rozszerzenie egzekucji w przypadkach określonych w art. 96 ust. 3 pr. bank. Wystawienie dalszego b.t.e. z samej swej istoty jest zatem związane z kryterium konieczności, czego nie obejmują rezultaty wykładni językowej jako sprzecznej z zasadą racjonalnego prawodawcy. Wskazując, że wykładnia językowa nie determinuje wyników zadania interpretacyjnego, lecz dopiero rozpoczyna proces ustalania znaczenia tekstu prawnego, stanowiąc sugestią co do sposobu rozumienia tego tekstu^[27], należy skonstatować, że powinno się przyjąć, iż wystawienie dalszego b.t.e. jest dopuszczalne wyłącznie, gdy jest to konieczne dla prowadzenia egzekucji przeciwko kilku osobom lub z kilku części składowych majątku dłużnika.

2.2. Zachowanie mocy przez dalsze b.t.e. wystawione przed wejściem w życie ustawy nowelizującej

Zasadniczą kwestią budzącą wątpliwości interpretacyjne jest dopuszczalność wystawienia dalszego b.t.e. w przypadku, gdy bankowy tytuł egzekucyjny został zaopatrzony w klauzulę wykonalności przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, która uchyliła przepisy o b.t.e. (tj. 27 listopada 2015 r.).

Według art. 11 ust. 3 ustawy nowelizującej, b.t.e. wystawiony na podstawie przepisów dotychczasowych zachowuje moc tytułu wykonawczego. Oznacza to, że jest możliwe dalsze prowadzenie egzekucji na podstawie tego tytułu. Według Sądu Najwyższego intencją ustawodawcy „było zachowanie w mocy bankowych tytułów egzekucyjnych powstałych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej, także takich, na podstawie których banki jako wierzyciele po uzyskaniu klauzuli wykonalności prowadziły postępowania egzekucyjne przeciwko swoim dłużnikom. O pozbawieniu wykonalności takich tytułów mogą zatem zadecydować okoliczności merytoryczne dotyczące samej stwierdzonej nimi wierzytelności, nie zaś formalne, odnoszące się do ich statusu jako tytułów egzekucyjnych”^[28].

²⁷ Zbigniew Radwański, „Uwagi o wykładni prawa cywilnego” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, z. 1 (2009): 16. Na temat roli wykładni językowej i „przełamania dogmatu koncepcji klaryfikacyjnej” w wykładni prawa cywilnego zob. szerzej: Radwański, „Uwagi o wykładni prawa cywilnego”, 13–16.

²⁸ Postanowienie SN z 25.11.2020 r., III CSK 289/19, LEX nr 3087099. Powołany pogląd został następnie powtórzony w postanowieniu SN z 25.11.2020 r., III CSK 289/19, LEX nr 3087099.

W przepisach przejściowych postanowiono również: „Jeżeli przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy wydano postanowienie o nadaniu klauzuli wykonalności bankowemu tytułowi egzekucyjnemu, dalsze postępowanie w sprawie o nadanie klauzuli wykonalności toczy się według przepisów dotychczasowych”^[29]. Nie uregulowano jednak wprost, czy dalsze b.t.e., na które została nadana klauzula wykonalności przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, zachowują moc ani czy dopuszczalne jest wystawienie dalszego b.t.e. po wejściu w życie ustawy nowelizującej.

Sąd Najwyższy nakazuje rozumieć „utrzymanie w mocy” b.t.e. wystawionych przed uchyleniem art. 96–98 pr. bank. w ten sposób, że nie jest dopuszczalne podważanie tych tytułów w drodze powództwa przeciwegzekucyjnego lub wznowienia postępowania o nadanie im klauzuli wykonalności tylko z powodu stwierdzenia niekonstytucyjności przepisów regulujących instytucję b.t.e.^[30] Jeżeli klauzula wykonalności została nadana przed uchyleniem przepisów o b.t.e., to tytuł ten zachowuje moc na podstawie art. 11 ust. 3 ustawy nowelizującej^[31]. W takim wypadku, wierzyciel może kontynuować egzekucję prowadzoną na podstawie b.t.e.^[32] Judykatura oceniła również krytycznie wytoczenie powództwa przeciwegzekucyjnego przeciwko b.t.e. w istocie tylko z powodu uchylenia przepisów regulujących instytucję b.t.e.^[33]

Przechodząc do analizy charakteru prawnego instytucji dalszego b.t.e, należy wskazać, że *ratio legis* jej ustanowienia wyraża się w usprawnieniu egzekucji toczącej się na podstawie pierwotnego b.t.e.^[34] W orzecznictwie przyjmuje się ponadto, że dłużnik nie może żądać uchylenia dalszego tytułu wykonawczego tylko ze względu na dolegliwość skutków egzekucji

²⁹ Art. 11 ust. 2 ustawy nowelizującej.

³⁰ Postanowienie SN z 12.10.2018 r., V CSK 183/18, LEX nr 2579532 oraz powołane tam orzecznictwo. Zob. również: Uliasz, „Tytuł wykonawczy i klauzula wykonalności”, 535 oraz postanowienie SN z 9.09.2022 r., I CSK 914/22, LEX nr 3485160 oraz powołane tam orzecznictwo.

³¹ Zob. wyrok SN z 11.05.2017 r., II CSK 440/16, LEX nr 2333028, a także: Małgorzata Sieńko w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, Art. 478–1217, red. Małgorzata Manowska (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 990, wyrok SA w Warszawie z 24.04.2019 r., VI ACA 53/18, LEX nr 2704203. Tak również: wyrok SA w Łodzi z 28.01.2016 r., I ACA 736/15, LEX nr 2000515, wydany przed powołanym wyrokiem Sądu Najwyższego.

³² Postanowienie so w Gliwicach z 22.03.2016 r., III Cz 261/16, LEX nr 2070837.

³³ Wyrok SA w Warszawie z 29.06.2021 r., VI ACA 64/21, LEX nr 3263148.

³⁴ Zob. Mirosław Bączyk w: *Prawo bankowe. Komentarz*, red. Eugenia Fojcik-Mastalska (Warszawa: Lexis Nexis, 2005), 461.

prowadzonej na jego podstawie^[35]. Racjonalny ustawodawca natomiast nie dopuszcza kontynuowania egzekucji prowadzonej na podstawie b.t.e., zakazując równocześnie wystawiania dalszych b.t.e., gdyż w ten sposób bezzasadnie ogranicza uprawnienie wierzyciela do decydowania o zakresie prowadzonej egzekucji. Wystawienie dalszego b.t.e. nie stwarza bowiem dodatkowego przywileju dla wierzyciela, lecz jest jedynie konsekwencją konieczności rozszerzenia zakresu prowadzonej egzekucji.

Postępowanie o nadanie klauzuli wykonalności dalszemu b.t.e. ma charakter następczy w stosunku do postępowania pierwotnego, w którym zaopatrzone w klauzulę wykonalności b.t.e.^[36]. Wskazując na pochodny charakter dalszego b.t.e. względem pierwotnego b.t.e., uznać należy, że dalsze b.t.e. zaopatrzone w klauzulę wykonalności przed wejściem w życie ustawy nowelizującej również zachowują moc tytułu wykonawczego, pomimo tego, że ustawodawca *expressis verbis* nie uregulował tej kwestii w przepisach przejściowych. Przyjęcie przeciwnej wykładni byłoby nie tylko sprzeczne z zasadą racjonalnego prawodawcy, ale mogłoby także prowadzić do faktycznego uniemożliwienia zaspokojenia roszczenia wierzyciela w postępowaniu egzekucyjnym, gdy skonsumowanie b.t.e. będącego tytułem wykonawczym nie doprowadzi do wyegzekwowania całości świadczenia stwierdzonego w tym tytule. Odwołując się do względów systemowych, należy mieć na uwadze, że wydanie dalszego tytułu wykonawczego określonego w art. 793 k.p.c. ma na celu konieczność „zapewnienia skutecznej egzekucji”^[37].

Przyjęcie, że w postępowaniu egzekucyjnym prowadzonym na podstawie przepisów przejściowych wierzyciel nie może korzystać z dalszych b.t.e. prowadzi *de facto* do uznania bezwzględnego obowiązywania zasady jedności tytułu wykonawczego (czyli prowadzenia egzekucji wyłącznie na podstawie jednego, oryginalnego tytułu wykonawczego), co wobec braku wyraźnego przepisu szczególnego wyłączonego dopuszczalność wystawiania dalszych b.t.e. należy uznać za wykładnię *contra legem*. Co więcej, nieustanowienie wyjątków od zasady jedności tytułu wykonawczego jest niedopuszczalne, gdyż, jak wywodzi się w doktrynie, takie założenie „ograniczałoby uprawnienia wierzyciela, a jednocześnie mogłoby być okazją do wyprowadzenia majątku przez dłużnika. Interes wierzyciela wymaga

³⁵ Zob. postanowienie SA w Szczecinie z 15.05.2015 r., I ACz 330/15, LEX nr 1770862.

³⁶ Zob. Piotr Turski, „BTE – o swoistości stosowania w nowych realiach prawnych” *Monitor Prawa Bankowego*, nr 6 (2017): 64.

³⁷ Uliasz, „Tytuł wykonawczy i klauzula wykonalności”, 555.

bowiem niekiedy podejmowania równoległych czynności przed różnymi organami egzekucyjnymi (ze względu na położenie składników majątkowych dłużnika) i innymi organami, np. sądami wieczystoksięgowymi (w celu ustanowienia hipoteki przymusowej). We wszystkich tych sytuacjach konieczne jest zaś przedstawienie tytułu wykonawczego, co wobec zasady jego jedności obligowałoby zawsze wierzyciela do podejmowania określonych czynności jedynie przed wybranym przez niego organem^[38]. Należy także zaakcentować, że w odniesieniu do wydawania dalszych tytułów wykonawczych na gruncie art. 793 k.p.c. trafnie przyjęto, że *ratio legis* tej instytucji nie jest tylko ochrona interesu wierzyciela, ale także gwarantowanie wystarczającego poziomu ochrony dłużnika z uwagi na formalne ograniczania uzyskania dalszego tytułu wykonawczego^[39].

Stworzenie jedynie pozornej możliwości wyegzekwowania świadczenia w oparciu o instytucję b.t.e. oraz dalszego b.t.e., naruszałoby normy proveniencji konstytucyjnej. Trybunał Konstytucyjny podkreślił bowiem w swoim orzecznictwie, że zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa zakazuje prawodawcy kreowania „takich konstrukcji normatywnych, które są niewykonalne, stanowią złudzenie prawa i w konsekwencji jedynie pozór ochrony tych interesów majątkowych, które są funkcjonalnie związane z treścią ustanowionego prawa podmiotowego”^[40]. Zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa powinna być natomiast uwzględniana w sposób szczególny w razie zmiany przepisów kształtujących sytuację prawną obywateli^[41], co ma miejsce w omawianym przypadku, z uwagi na ustanowienie przepisów przejściowych w art. 11 ustawy nowelizującej.

Wykładnia prokonstytucyjna nakazuje zatem w omawianej sytuacji interpretacyjnej przyjęcie zgodnego z Konstytucją RP znaczenia ustawy nowelizującej^[42] poprzez uznanie, że zachowanie w mocy b.t.e. zaopatrzonych w klauzulę wykonalności przed wejściem w życie ustawy nowelizującej

38 Sławicki, Sławicki, *Postępowanie klauzulowe*, 340.

39 Zob. *ibidem*, 335.

40 *Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zagadnień związanych z procesem legislacyjnym* (Warszawa: Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2015), 15. Zob. wyrok TK z 7.03.2012 r., K 3/10, OTK-A 2012, nr 3, poz. 25.

41 *Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, 15–16.

42 Na temat wykładni prokonstytucyjnej zob. szerzej: Marek Safjan w: *Konstytucja RP, t. I, Komentarz do art. 1–86*, red. Marek Safjan, Leszek Bosek (Warszawa: C.H. Beck, 2016), 86 i nast.

wyraża intencję ustawodawcy kontynuowania postępowania egzekucyjnego na podstawie b.t.e. W skład kompleksu uprawnień banku nabytych na podstawie uchylonych przepisów wchodzi natomiast nie tylko korzystanie z b.t.e., ale również z dalszych b.t.e., co implikuje zachowanie mocy również przez dalsze b.t.e. i umożliwi faktyczną realizację praw podmiotowych banku jako wierzyciela poprzez urzeczywistnienie wyjątków od zasady jedności tytułu wykonawczego. Ponownie wskazując na wykładnię *per analogiam* i podobieństwo dalszego b.t.e. do dalszego tytułu wykonawczego, o którym mowa w art. 793 k.p.c.^[43], należy wskazać, że w doktrynie postępowania cywilnego uznano: „Odmowa wydania wierzycielowi dalszego tytułu wykonawczego pomimo występowania jednej z okoliczności wskazanych w komentowanym przepisie narusza prawa wierzyciela i uzasadnia wniesienie zażalenia na podstawie art. 795 k.p.c. [...]”^[44]. Uniemożliwienie wierzycielowi wystawienia dalszego b.t.e. przeczy zatem celowi ustawy nowelizującej, jakim jest „zezwoleń na dokończenie «egzekucji» tym wierzycielom, którzy dysponowali już pierwotnym BTE”^[45].

2.3. Dopuszczalność wystawienia dalszego b.t.e. na podstawie przepisów przejściowych

Intencją ustawodawcy, wyrażoną w przepisach przejściowych, jest „wygaszanie” instytucji b.t.e., z czym łączy się zakaz wystawiania nowych b.t.e. i wszczynania postępowań o nadanie klauzuli wykonalności tym tytułom, a nie ograniczanie wierzyciela w egzekwowaniu wierzytelności już stwierdzonej w tytule wykonawczym, czyli b.t.e. zaopatrzonym w klauzulę wykonalności przed wejściem w życie ustawy nowelizującej. W tym miejscu należy jednak zadać pytanie, czy możliwe jest wystawienie dalszego b.t.e. na podstawie przepisów przejściowych po usunięciu z systemu przepisów art. 96–98 pr. bank. Rozważenie podniesionego zagadnienia wymaga w pierwszej kolejności odniesienia się do charakteru prawnego dalszego b.t.e.

⁴³ Zob. przypis nr 19.

⁴⁴ Dagmara Olczak-Dąbrowska w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, Art. 506–1217, red. Tomasz Szanciło (Warszawa: C.H. Beck, 2019), 677. Zob. również: Marciniak, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. IV, *Komentarz: art. 730–1095*¹, 511.

⁴⁵ Turski, „BTE – o swoistości stosowania w nowych realiach prawnych”, 71.

Dalszy b.t.e. ma charakter pochodny względem pierwotnego b.t.e. zaopartego w klauzulę wykonalności i może zostać wystawiony, gdy skonsurowanie tytułu wykonawczego nie prowadzi do zaspokojenia roszczenia z uwagi na konieczność prowadzenia egzekucji przeciwko kilku osobom lub z kilku składowych części majątku dłużnika. Oznacza to, że dalszy b.t.e. nie kreuje nowej wierzytelności banku ani jej nie modyfikuje, lecz jedynie usprawnia prowadzenie egzekucji w wypadku skonsumowania pierwotnego tytułu wykonawczego.

Wystawienie dalszego b.t.e. nie wypełnia również celu wystawienia pierwotnego tytułu. W piśmiennictwie uznano, że wystawiony bankowy tytuł egzekucyjny spełnia co najmniej trzy podstawowe funkcje: „Po pierwsze, bank stwierdza, że objęte tytułem roszczenie stało się już wymagalne i dłużnik powinien uczynić mu zadość. Po drugie, stwierdzony zostaje także fakt braku dobrowolnego wykonania zobowiązania przez dłużnika wobec banku. Po trzecie, bank jako wierzyciel objawia wolę uzyskania zaspokojenia należności ujętych w tytule egzekucji sądowej”^[46]. Jak z tego wynika, cel wystawienia dalszego b.t.e. nie pokrywa się z celem wystawienia pierwotnego b.t.e., co jest przede wszystkim skutkiem pochodnego charakteru dalszego b.t.e.

Instytucja dalszego tytułu egzekucyjnego (wykonawczego) nie jest znana tylko postępowaniu egzekucyjnemu normowanemu przepisami Kodeksu postępowania cywilnego. W postępowaniu egzekucyjnym w administracji możliwe jest bowiem wystawienie dalszego tytułu wykonawczego, uregulowanego w przepisie art. 26c ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji^[47]. Dalszy tytuł wykonawczy w postępowaniu egzekucyjnym w administracji, dla uniknięcia sytuacji wielości tytułów wykonawczych w obrocie prawnym^[48] powinien w szczególności zawierać numer porządkowy dalszego tytułu wykonawczego oraz oznaczenie celu, dla którego został wydany^[49]. W związku z powyższym zachodzi pewnego rodzaju podobieństwo prawne pomiędzy instytucją dalszego tytułu wykonawczego, o którym mowa w przepisach u.p.e.a, a dalszymi tytułami wykonawczymi regulowanymi przepisami procedury cywilnej^[50].

⁴⁶ Bączyk, *Prawo bankowe. Komentarz*, 453.

⁴⁷ T.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 479 z późn. zm., zwana dalej również: u.p.e.a.

⁴⁸ Zob. Piotr Przybysz, *Postępowanie egzekucyjne w administracji. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 229.

⁴⁹ Art. 26c § 2 zd. 1 u.p.e.a.

⁵⁰ Zob. Cezary Kulesza w: *Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Komentarz*, red. Dariusz Kijowski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 384.

Podkreślenia zwłaszcza wymaga, że dalszy tytuł wykonawczy jest pochodny względem pierwotnego tytułu wykonawczego, gdyż jego wystawienie jest możliwe dopiero po wystąpieniu w toku egzekucji administracyjnej przesłanek określonych w art. 26c § 1 u.p.e.a. W orzecznictwie uznano zatem, że wystawienie dalszego tytułu wykonawczego jest kontynuacją toczącej się egzekucji, a wystawienia dalszego tytułu „nie można traktować jako wystawienia nowego tytułu wykonawczego z pełnią konsekwencji prawnych stąd wypływających [...]”^[51]. Oznacza to, że dalszy tytuł wykonawczy jest tytułem niesamoistnym, gdyż jest wydawany w związku z toczącą się egzekucją i dla jej usprawnienia. Analogiczna zależność występująca pomiędzy b.t.e. oraz dalszym b.t.e. pozwala sądzić, że wystawienie dalszego b.t.e. również stanowi kontynuację egzekucji w jej dotychczasowych granicach. Wykładnia systemowa potwierdza zatem pochodny charakter dalszego b.t.e. Tytułem uzupełnienia warto jednak zaznaczyć, że postępowanie w przedmiocie wydania dalszego tytułu wykonawczego, o którym mowa w art. 793 k.p.c., nie jest uznawane w doktrynie za postępowanie klauzulowe, gdyż kwestia nadania klauzuli wykonalności została już rozstrzygnięta podczas zaopatrzenia w klauzulę wykonalności oryginalnego (pierwszego, podstawowego) tytułu wykonawczego^[52]. Postępowania w przedmiocie wydania dalszego tytułu wykonawczego stanowią bowiem „postępowania incydentalne, o charakterze pomocniczym, ponieważ są ściśle związane z celem głównego postępowania, czyli postępowania egzekucyjnego”, a postanowienia wydane w tych postępowaniach nie korzystają z prawomocności materialnej (*res iudicata*)^[53].

Istotną strukturalną odmiennością dalszych b.t.e. jest konstruowanie tej instytucji jako tzw. pozasądowego tytułu egzekucyjnego, gdyż tytuł jest wystawiany przez bank, a nie przez sąd. B.t.e. nie jest zatem tytułem wykonawczym, a zatem bank musi wystąpić do sądu z wnioskiem o nadanie dalszemu b.t.e. klauzuli wykonalności. Jednakże pomimo formalnego wyodrębnienia postępowania o nadanie klauzuli wykonalności bankowemu tytułowi egzekucyjnemu w przepisach k.p.c.^[54], pod względem materialnym to postępowanie jest postępowaniem incydentalnym analogicznie do postępowania w przedmiocie wydania dalszego tytułu wykonawczego,

⁵¹ Wyrok wsa w Warszawie z 23.04.2020 r., III SA/Wa 2469/19, LEX nr 3099299.

⁵² Zob. Uliasz, „Tytuł wykonawczy i klauzula wykonalności”, 554.

⁵³ Ibidem, 555.

⁵⁴ Postępowanie to było unormowane w art. 7862 k.p.c., który został uchylony na mocy ustawy nowelizującej.

o którym mowa w art. 793 k.p.c. W toku postępowania w przedmiocie wydania dalszego tytułu wykonawczego sąd bada jedynie, czy istnieje jedna z dwóch podstaw do wydania dalszego tytułu wykonawczego, natomiast wierzyciel obowiązany jest wykazać jedynie, że zachodzi konieczność wydania tytułu^[55] (nie jest możliwe prowadzenie egzekucji we wnioskowanych wypadkach na podstawie tytułu pierwotnego, np. wobec odmiennej właściwości miejscowej komorników sądowych).

Przy uwzględnieniu powyższych uwag głównym postępowaniem w omawianym wypadku powinno być postępowanie egzekucyjne prowadzone na podstawie pierwotnego b.t.e., z którym bezpośrednio związane jest wystawienie dalszego b.t.e., natomiast postępowanie o nadanie klauzuli wykonalności dalszemu b.t.e. powinno zostać uznane za postępowanie incydentalne^[56]. W orzecznictwie przyjmuje się również, że b.t.e. zaopatrzony w klauzulę wykonalności, który zachował moc po uchyleniu art. 96–98 pr. bank., nie korzysta ani z prawomocności, ani z powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*)^[57]. Nie mamy również do czynienia ze stanem zawisłości sporu (*lis pendens*)^[58]. Pomimo więc tego, że b.t.e. jest podstawą do prowadzenia egzekucji w zakresie roszczeń w nim ujętych, to „w istocie dotyczy on roszczeń stale jeszcze dochodzonych w tym sensie, że nie zostały one osądzone”^[59].

Reasumując, przywilej wystawiania b.t.e. ma charakter jednorazowy i odnosi się do b.t.e., który po zaopatrzeniu w klauzulę wykonalności stanowi podstawę wszczęcia postępowania egzekucyjnego i jako tytuł wykonawczy jest „centralną osią postępowania egzekucyjnego”^[60].

⁵⁵ Postanowienie SA w Poznaniu z 11.10.2012 r., I ACz 1631/12, LEX nr 1220600.

⁵⁶ Zob. w odniesieniu do dalszych tytułów wykonawczych wydawanych na podstawie art. 793 k.p.c.: Uliasz, „Tytuł wykonawczy i klauzula wykonalności”, 555.

⁵⁷ Zob. postanowienie SN z 15.01.2019 r., III CSK 180/18, LEX nr 2610306 oraz powołane tam orzecznictwo. Tak również: wyrok SN z 24.05.2023 r., II NSNC 127/23, LEX nr 3569582; wyrok SA w Warszawie z 30.01.2013 r., I Aca 916/12, LEX nr 1322795; wyrok SA w Poznaniu z 22.02.2018 r., I Aca 871/17, LEX nr 2553167. Tak również: Turcki, „BTE – o swoistości stosowania w nowych realiach prawnych”, 64. Identycznie przyjmowano również przed uchyleniem instytucji b.t.e. – zob. Marcin Kozaczek, „Wybrane zagadnienia dotyczące bankowego tytułu egzekucyjnego w orzecznictwie TK i SN” *Prawo Bankowe*, nr 11 (2006): 62.

⁵⁸ Wyrok SA w Warszawie z 30.01.2013 r., I Aca 916/12, LEX nr 1322795; wyrok SA w Szczecinie z 26.02.2014 r., I Aca 840/13, LEX nr 1459053.

⁵⁹ Wyrok SN z 15.11.2002 r., II CKN 986/00, LEX nr 77044. Tak również: wyrok SA w Łodzi z 11.07.2014 r., I Aca 116/14, LEX nr 1504391.

⁶⁰ *Ibidem*, 440.

Obowiązująca w polskim prawie zasada jedności tytułu wykonawczego może być przełamana potrzebą rozszerzenia egzekucji, gdy skonsumowanie pierwotnego tytułu nie prowadzi do zaspokojenia zobowiązania^[61]. Prawo wierzyciela do wyegzekwowania świadczenia na dotychczasowych zasadach powinno również obejmować uprawnienie do skorzystania z dalszego b.t.e. jako gwarantującego wyegzekwowanie całości świadczenia.

Zakaz wystawiania nowych b.t.e. powinien być zatem rozumiany w ten sposób, że niedopuszczalne jest wystawianie nowych b.t.e. w odniesieniu do innych zobowiązań niż stwierdzonych w pierwotnym b.t.e. lub tego samego zobowiązania, lecz odmiennej materialnoprawnej treści tej należności. Wystawienie dalszego b.t.e. oraz nadanie klauzuli wykonalności na ten tytuł stanowi kontynuację postępowania egzekucyjnego prowadzonego w oparciu o pierwotny b.t.e., gdyż dalszy b.t.e. ucieleśnia w sobie wiarytelność stwierdzoną w pierwotnym tytule. Z tych względów dopuszczalne jest wystawienie dalszego b.t.e. po wejściu w życie ustawy nowelizującej na podstawie art. 11 ust. 2 tej ustawy. Natomiast przyjęcie wykładni przepisów intertemporalnych, w myśl której wystawienie dalszego b.t.e. jest niedopuszczalne, zostało ocenione w orzecznictwie jako „zbyt restrykcyjna, gdyż prowadziłaby do ograniczenia możliwości zaspokojenia się wierzyciela jedynie ze składników majątku pozostających w obrębie własności konkretnego Komornika Sądowego, prowadzącego dotychczas postępowanie egzekucyjne”^[62].

3 | Podsumowanie

Przeprowadzona analiza dogmatycznoprawna instytucji dalszego b.t.e. pozwoliła na zidentyfikowanie szeregu problemów, które ujawniły się w związku z jej stosowaniem na podstawie przepisów przejściowych. Szczególną uwagę poświęcono charakterowi prawnemu dalszego b.t.e., wskazując na jego podobieństwa do dalszych tytułów wykonawczych, o których mowa w art. 793 k.p.c. oraz w przepisach u.p.e.a. Tożsamość pierwotnego b.t.e. oraz dalszych bankowych tytułów egzekucyjnych determinuje określony kształt normatywny tej instytucji przyjęty przez

⁶¹ Sławicki, Sławicki, *Postępowanie klauzulowe*, 334.

⁶² Postanowienie SO w Kaliszu z 24.01.2017 r., II Cz 805/16, LEX nr 2202788.

ustawodawcę. Dalszy b.t.e. ma bowiem jedynie pochodny charakter względem pierwotnego tytułu, gdyż jest wydawany w związku z koniecznością rozszerzenia zakresu egzekucji prowadzonej na podstawie pierwotnego b.t.e. Uprawnienie wierzyciela do prowadzenia egzekucji na podstawie b.t.e. zaopatrzonego w klauzulę wykonalności przed wejściem w życie ustawy nowelizującej obejmuje zatem także korzystanie z instytucji dalszego b.t.e. Normy proweniencji konstytucyjnej zakazują bowiem tworzenia pozornych rozwiązań normatywnych, które *de facto* uniemożliwiają realizację praw podmiotowych. Skoro bowiem ustawodawca dopuścił prowadzenie egzekucji na podstawie b.t.e., to sprzeczne z zasadą ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa byłoby uznanie niedopuszczalności rozszerzenia zakresu postępowania egzekucyjnego na podstawie dalszego b.t.e.

Bibliografia

- Kodeks postępowania cywilnego*, t. IV, *Komentarz: art. 730–1095¹*, red. Andrzej Marciniak. Warszawa: C.H. Beck, 2020.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, *Art. 478–1217*, red. Małgorzata Manowska. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, *Art. 506–1217*, red. Tomasz Szanciło. Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. IV, *Artykuły 730–1088*, red. Tadeusz Wiśniewski. 289–290. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. V, *Postępowanie egzekucyjne*, red. Tadeusz Ereciński. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. Marek Safjan, Leszek Bosek. Warszawa: C.H. Beck, 2016.
- Kozaczek Marcin, „Wybrane zagadnienia dotyczące bankowego tytułu egzekucyjnego w orzecznictwie TK i SN” *Prawo Bankowe*, nr 11 (2006): 49–64.
- Łupiński Jarosław, „Czas trwania postępowania sprawdzającego” *Prokuratura i Prawo*, nr 10 (2011): 83–112.
- Ofiarski Zbigniew, *Prawo bankowe. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2013.
- Prawo bankowe. Komentarz*, red. Eugenia Fojcik-Mastalska. Warszawa: Lexis Nexis, 2005.

- Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zagadnień związanych z procesem legislacyjnym.* Warszawa: Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2015.
- Przybysz Piotr, *Postępowanie egzekucyjne w administracji. Komentarz.* Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Radwański Zbigniew, „Uwagi o wykładni prawa cywilnego” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, z. 1 (2009): 9–16.
- Romańska Marta, Olga Leśniak, *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne: komentarz.* Warszawa: C.H. Beck, 2016.
- Sławicki Paweł, Piotr Sławicki, *Postępowanie klauzulowe. Art. 776–795 k.p.c. Komentarz.* Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.
- Smykla Bernard, *Prawo bankowe. Komentarz.* Warszawa: C.H. Beck, 2011.
- Turski Piotr, „BTE – o swoistości stosowania w nowych realiach prawnych” *Monitor Prawa Bankowego*, nr 6 (2017): 59–73.
- Uliasz Marcin, „Tytuł wykonawczy i klauzula wykonalności”, [w:] *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. System Postępowania Cywilnego*, t. VIII, red. Kinga Flaga-Gieruszyńska. 435–561. Warszawa: C.H. Beck, 2020.
- Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Komentarz*, red. Dariusz Kijowski. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Zelwiański Ryszard, „Bankowe tytuły egzekucyjne (potrzeba nowelizacji)” *Państwo i Prawo*, nr 9 (2011): 99–104.



PAULINA CHEŁMOWSKA

Systemy alokacji narządów, tkanek i komórek na tle prawnoporównawczym

Systems of Allocation of Organs, Tissues, and Cells in the Context of Comparative Law

The availability of transplant medicine in individual countries is influenced by several factors, among which one should mention, for example, the death rate in road accidents, the amount of the Gross Domestic Product per capita, the amount transferred to the health service, the general public attitude to this method of treatment, the adopted legislation, in particular the model of giving consent to post-mortem organ donation, the number of active transplant centers and active transplant coordinators, and statistics on the conduct of procedures with the participation of living donors. Unfortunately, attempts made to increase the availability of transplant material so far have not led to a visible shortening of waiting lists. The global, chronic shortage of organs, tissues, and cells that could be transplanted forces us to look for new solutions to reduce the list of patients waiting for transplantation. In this paper, the author considers whether an increase in the pool of available transplants could occur due to the introduction of priority rules in the organ allocation procedure.

PAULINA CHEŁMOWSKA doktor nauk prawnych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika
ORCID – 0000-0003-0976-4499 / e-mail: chelmowskapaulina@gmail.com

SŁOWA KLUCZOWE: transplantacja,
zasady alokacji, kryteria doboru
potencjalnego biorcy, reguły
pierwszeństwa, model motywacyjny

KEYWORDS: transplantation,
allocation rules, criteria for selecting
a potential recipient, priority rules,
motivational model

1 | Uwagi wstępne

Znaczna dysproporcja pomiędzy ilością pozostających do dyspozycji transplantologów narządów, tkanek i komórek, a zapotrzebowaniem na nie powoduje, że koniecznym jest przyjęcie i stosowanie określonych zasad rozdzielania (alokacji), zapewniających maksymalizację użyteczności pozyskanych z trudem przeszczepów. Owa maksymalizacja użyteczności, przy uwzględnieniu wskazań aktualnej wiedzy medycznej, wymaga częstokroć dokonywania niezwykle trudnych wyborów, stawiając coraz to nowe wyzwania w toku aktualizacji wytycznych doboru odpowiedniego biorcy. Jak trafnie wskazuje bowiem Ewa M. Guzik-Makaruk: „alokacja dóbr w obszarze medycyny transplantacyjnej jest zagadnieniem szeroko dyskutowanym, budzącym wiele wątpliwości, spornym nie tyle co do samej istoty alokacji, ale modelu i metod podejmowania decyzji alokacyjnych”^[1].

Obecnie wyróżnia się co najmniej kilka modeli typowania pacjentów do przeszczepiania. Model utylitarny, nazwany również efektywnym, zakłada, że w pierwszej kolejności pobrany narząd, tkanki lub komórki powinien otrzymać chory posiadający najwyższe szanse na przeżycie^[2]. Kierując się zasadą utylitaryzmu bierze się pod uwagę takie czynniki, jak przeżycie pacjenta, przeżycie przeszczepu, jakość życia po przeszczepie oraz dostępność alternatywnych metod leczenia. Kolejny model, nazywany sprawiedliwościowym lub egalitarnym, zakłada, że pierwszeństwo otrzymania przeszczepu będzie posiadał chory, który bądź najdłużej oczekuje na zabieg, bądź który zaklasyfikowany został jako tak zwany pacjent „pilny”^[3]. Czynniki, które uwzględnia się przy zastosowaniu zasady sprawiedliwości to pilność przeszczepienia, prawdopodobieństwo znalezienia odpowiedniego transplantatu w przyszłości oraz czas oczekiwania na liście oczekujących na przeszczepienie. Model nazywany motywacyjnym zakłada z kolei przyznanie w toku procedury alokacji pierwszeństwa pacjentom, którzy sami zarejestrowali się jako dawcy bądź którzy wyrazili zgodę na pośmiertne pobranie narządów, tkanek lub komórek od zmarłego członka

¹ Ewa M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym. Studium prawno porównawcze* (Białystok: Temida 2, 2008), 48.

² Ibidem, 241.

³ Ibidem.

rodziny^[4]. Model ten obowiązuje obecnie jedynie w Izraelu^[5], Singapurze^[6], Chile^[7] i Japonii^[8].

Na mocy art. 3 Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie^[9] Państwa – Strony zobowiązane zostały do zapewnienia sprawiedliwego dostępu do opieki zdrowotnej o właściwej jakości. Zapewnienie sprawiedliwego dostępu do transplantacji, a co za tym idzie, skonstruowanie przejrzystych, obiektywnych i zarazem efektywnych zasad alokacji jest bardzo złożone. Tworząc reguły wyboru odpowiedniego biorcy, bierze się pod uwagę przede wszystkim takie czynniki, jak maksymalizacja wykorzystania pobranych transplantatów przy jednoczesnej minimalizacji ich marnotrawstwa, oparcie kryteriów wyszukiwania biorców na przesłankach medycznych z pominięciem jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na rasę, płeć, wyznanie, poglądy polityczne itd., konieczność zapewnienia równowagi pomiędzy zasadą utilitaryzmu (przeżycie pacjenta i przeszczepu) a zasadą sprawiedliwości (czas oczekiwania na przeszczep), okresowa kontrola funkcjonowania wprowadzonych zasad i w razie potrzeby dokonywanie ich zmian, a także prostota przyjętych rozwiązań, która pozwalałaby pacjentom stosunkowo łatwo oszacować ich szanse na przeszczep^[10].

W większości państw „kryteria wyboru biorcy (alokacji) są przejrzyste, obowiązują w skali całego kraju, oparte są na przesłankach medycznych, zorientowane na dobro konkretnego chorego, ale respektujące dobro

⁴ Katrina A. Bramstedt, „Is it ethical to prioritize patients for organ allocation according to their values about organ donation?” *Progress in transplantation*, nr 2 (2006): 170.

⁵ Jacob Lavee, et. al., „A New Law for Allocation of Donor Organs in Israel” *The Lancet*, nr 375 (2010): 1131–1133.

⁶ Volker H. Schmidt, Chee H. Lim, „Organ Transplantation in Singapore: History, Problems, and Policies” *Social Science & Medicine*, nr 59 (2004): 2173–2182.

⁷ Alejandra Zúñiga-Fajuri, „Increasing Organ Donation by Presumed Consent and Allocation Priority: Chile”, *Bulletin of the World Health Organization*, nr 3 (2015): 199–202.

⁸ Kaoruko Aita, „New Organ Transplant Policies in Japan, Including the Family-Oriented Priority Donation Clause” *Transplantation*, nr 91 (2011): 489–491.

⁹ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 19 listopada 1996 r. http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf.

¹⁰ Dimitris Bertsimas, Vivek F. Farias, Nikolaos Trichakis, „Fairness, Efficiency and Flexibility in Organ Allocation for Kidney Transplantation” *Operations Research*, nr 1 (2011): 79.

pozostałych na liście chorych (sprawiedliwość i równość dostępu do leczenia przeszczepieniem), uwzględniają ryzyko zgonu bez przeszczepienia oraz przewidywane wyniki przeszczepienia należycie uzasadnione kryteriami medycznymi”^[11]. Ponadto, w ślad za treścią art. 3 Protokołu dodatkowego do Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie dotyczącego transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego^[12], by zapewnić pacjentom równy i sprawiedliwy dostęp do usług transplantacyjnych, powołuje się osoby albo organy podejmujące decyzje o przydziale. Zapobiegać ma to wszelkim nieprawidłowościom polegającym choćby na przydzieleniu pobranego transplantatu z pominięciem zastosowania kryteriów medycznych.

Dostosowując wytyczne krajowych systemów alokacji do wskazań aktualnej wiedzy medycznej, ustawodawcy zmuszeni są brać pod uwagę szereg rozmaitych czynników, których wzajemne zestawienie umożliwi optymalne ulokowanie pobranego narządu, tkanek lub komórek. Z uwagi na pogłębiający się w większości państw problem niedoboru materiału transplantacyjnego, przyjęte przez władze kryteria powinny zmierzać przede wszystkim do maksymalizacji wykorzystania pobranych przeszczepów przy jednoczesnej minimalizacji ich marnotrawstwa. W poszczególnych systemach typowania pacjentów do zabiegu przewidziano odmienne rozwiązania dotyczące wskazanych wyżej kwestii. Dokonując ich pogłębionej analizy i porównując wyniki, jakie wybrane państwa uzyskują w dziedzinie transplantologii, można wysunąć propozycje zmian, które zwiększyłyby efektywność systemu polskiego.

¹¹ Jarosław Czerwiński, Roman Danielewicz, „Prawo i organizacja pobierania i przeszczepiania narządów w Polsce”. http://klinikamedycynytransplantacyjnej.wum.edu.pl/sites/klinikamedycynytransplantacyjnej.wum.edu.pl/files/prawo_i_organizacja_pobierania_i_przeszczepiania_narzadow_w_polsce_j._czerwinski_r_danielewicz.pdf, 19.

¹² Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin (ETS No. 186). <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=186>.

2 | Polski system typowania pacjentów do przeszczepiania

W znakomitej większości państw, narządy, tkanki i komórki mogą być przydzielane wyłącznie pacjentom wpisanym na urzędową listę osób oczekujących na przeszczepienie. W Polsce listę taką prowadzi Centrum Organizacyjno-Koordynacyjne do Spraw Transplantacji „Poltransplant”, będące państwową jednostką budżetową podlegającą pod Ministerstwo Zdrowia. Administrowana przez Poltransplant krajowa lista oczekujących na przeszczepienie to oficjalny, państwowy rejestr działający w oparciu o przepisy Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 4 grudnia 2009 r. w sprawie krajowej listy osób oczekujących na przeszczepienie^[13], obejmujący potencjalnych biorców zakwalifikowanych do przeszczepienia takich narządów i komórek, jak nerki, nerki i trzustki, trzustki, wątroby, serca, płuca, komórki krwiotwórcze szpiku, krwi obwodowej i krwi pępowinowej oraz regenerujące się komórki, inne niż szpik, komórki krwiotwórcze krwi obwodowej i krwi pępowinowej, w szczególności: oka, trzustki, przytarczyc, wątroby, chrząstki stawowej, mięśniowych i naskórka.

By umieścić potencjalnego biorcę na liście konieczne jest jego uprzednie zakwalifikowanie do przeszczepienia. W Polsce kwalifikacja taka należy do zadań ośrodków kwalifikujących i odbywa się zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 12 marca 2010 r. w sprawie sposobu działania ośrodków kwalifikujących do przeszczepienia oraz sposobu kwalifikacji potencjalnego biorcy^[14]. W ramach kwalifikacji zespół lekarski dokonuje oceny stanu zdrowia potencjalnego biorcy na podstawie przeglądu otrzymanej w ramach zgłoszenia dokumentacji medycznej. Po przeprowadzeniu kwalifikacji ośrodek zawiadamia podmiot leczniczy lub stację dializ, które zgłosiły potencjalnego biorcę, o zakwalifikowaniu albo niezakwalifikowaniu do zabiegu. Każda kwalifikacja dokonywana jest z określeniem pilności przeszczepienia. I tak też wyróżnia się tak zwaną zwykłą lub planową pilność, w przypadku której biorca oczekuje na przeprowadzenie zabiegu według kolejności zgłoszenia na listę oraz tak

¹³ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 4 grudnia 2009 r. w sprawie krajowej listy osób oczekujących na przeszczepienie (Dz.U. Nr 213, poz. 1655).

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 marca 2010 r. w sprawie sposobu działania ośrodków kwalifikujących do przeszczepienia oraz sposobu kwalifikacji potencjalnego biorcy (Dz.U. Nr 54, poz. 331).

zwaną „pilną”, w przypadku której biorca otrzyma przeszczep z pominięciem kolejności zgłoszenia. Określenie pilności przeszczepienia wymaga uzasadnienia, zaś jej zmiana może nastąpić w każdym czasie na wniosek lekarza opiekującego się potencjalnym biorcą.

Po dokonaniu kwalifikacji potencjalnego biorcę umieszcza się na liście oczekujących na przeszczepienie. W celu umieszczenia pacjenta na liście lekarz kierujący zespołem dokonuje odpowiedniego zgłoszenia. W następnej kolejności, niezwłocznie po otrzymaniu zgłoszenia, Poltransplant wpisuje potencjalnego biorcę na listę w odniesieniu do danego rodzaju komórek, tkanek lub narządów, do których przeszczepienia został on zakwalifikowany. O dokonaniu wpisu oraz o jego kolejności powiadamia się lekarza, który dokonał zgłoszenia oraz potencjalnego biorcę. Wpisu nie dokonuje się, jeśli potencjalny biorca zakwalifikowany do przeszczepienia został już uprzednio wpisany na listę w odniesieniu do tego samego rodzaju komórek, tkanek lub narządów, o czym niezwłocznie powiadamia się lekarza, który dokonał zgłoszenia. Wpisu danych na listę dokonuje się pod kolejnym numerem. Wpisu nie można usunąć, zaś w przypadku, gdy potencjalnemu biorcy wykonano już zabieg, jego dane wykreśla się z listy i przenosi się do archiwum. Wszelkie dane zgromadzone w archiwum listy przechowuje się przez okres 30 lat od dnia wykonania przeszczepienia, w sposób zabezpieczający przed dostępem osób nieuprawnionych.

Wyborem potencjalnego biorcy z listy koordynuje Poltransplant poprzez przyjmowanie z podmiotów leczniczych informacji o możliwości pobrania narządów, tkanek lub komórek w celu ich przeszczepienia; niezwłoczne informowanie podmiotów leczniczych dokonujących przeszczepień o każdym przypadku możliwości pobrania narządów, tkanek lub komórek w celu ich przeszczepienia oraz poprzez przekazywanie podmiotom leczniczym dokonującym przeszczepień danych osobowych i informacji medycznych o potencjalnym dawcy. Wyboru potencjalnego biorcy z listy, według kolejności wpisu, dokonuje, w porozumieniu z Poltransplantem, lekarz wyznaczony przez kierownika podmiotu leczniczego dokonującego przeszczepień. Jeśli potencjalny biorca jest w stanie bezpośredniego zagrożenia życia, wyboru dokonuje się z pominięciem kolejności wpisu na listę. Obecnie „nadzór nad prawidłowością wyboru biorcy (...) prowadzi Zespół ds. Koordynacji Pobierania i Przeszczepiania Narządów przy Poltransplancie”^[15].

¹⁵ Poltransplant, „Nowe zasady dystrybucji i alokacji narządów”. <http://www.poltransplant.pl/Download/Biuletyn2012/003.pdf>, 7.

Wybór potencjalnego biorcy następuje w oparciu o takie kryteria medyczne, jak pilność przeszczepienia, wykluczenie albo dopuszczenie niezgodności immunologicznej między potencjalnym dawcą a potencjalnym biorcą, dobór anatomiczny potencjalnego dawcy i potencjalnego biorcy, wiek potencjalnego dawcy i potencjalnego biorcy, przewidywane efekty przeszczepienia, czas oczekiwania na przeszczepienie oraz aktualny stan zdrowia potencjalnego biorcy. W każdej kategorii potencjalnemu biorcy przyznaje się punkty preferencyjne. Zgodnie z obowiązującymi zasadami alokacji, o wyborze konkretnego biorcy decyduje większa liczba punktów preferencyjnych, które uzyskał on w toku postępowania kwalifikacyjnego^[16], z zastrzeżeniem, że wybór ten ma być dokonany z zapewnieniem „sprawiedliwego dostępu biorców do pozyskiwania narządów z jednoczesnym spełnieniem warunku jak najlepszego doboru dawca–biorca i uwzględnieniem czynników mogących wpływać na wczesną czynność przeszczepu oraz odległy wynik przeszczepienia”^[17].

Po przeprowadzeniu zabiegu podmiot leczniczy, który dokonał przeszczepienia, przesyła niezwłocznie do ośrodka kwalifikującego oraz do Poltransplantu szczegółowy protokół wyboru biorcy z listy wraz z uzasadnieniem. W celu należytego monitorowania dokonywanych przeszczepień, a także stanu zdrowia biorcy, po przeprowadzeniu zabiegu jego dane umieszczone zostają w krajowym rejestrze przeszczepień prowadzonym w oparciu o przepisy Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 25 kwietnia 2006 r. w sprawie prowadzenia krajowego rejestru przeszczepień^[18]. W rejestrze tym zamieszcza się takie informacje, jak dane osobowe i kontaktowe biorcy, datę przeszczepienia, rodzaj przeszczepionych komórek, tkanek lub narządów, firmę i adres podmiotu leczniczego, w którym dokonano przeszczepienia oraz informacje dotyczące przeżycia biorcy oraz przeszczepu w okresie 3 i 12 miesięcy, po przeszczepieniu, a następnie w odstępach co 12 miesięcy, aż do utraty przeszczepu lub zgonu biorcy przeszczepu. Prowadzenie krajowego rejestru przeszczepień służy nie tylko monitorowaniu stanu zdrowia biorcy, lecz również „pozyskaniu wiedzy na temat stanu i rozwoju transplantologii. Ujawnienie danych

¹⁶ Ibidem, 6.

¹⁷ Magdalena Durlik, Marian Klinger, „Chory dializowany jako biorca przeszczepu” *Forum Nefrologiczne*, nr 3 (2010): 202.

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 25 kwietnia 2006 r. w sprawie prowadzenia krajowego rejestru przeszczepień (Dz.U. Nr 76, poz. 542).

w rejestrze stwarza bowiem możliwość powzięcia informacji na temat stanu wiedzy medycznej i rozwoju medycyny transplantacyjnej”^[19].

Przeprowadzona w latach 2018–2021 kontrola wykazała, że „obowiązujący [w Polsce – P.C.] system organizacyjny typowania pacjentów do przeszczepiania narządów jest skuteczny, ponieważ nie stwierdzono przypadków przeprowadzania procedury przeszczepowej u osób niezgłoszonych do krajowej listy osób oczekujących oraz wpływu czynników pozamedycznych na ustalenia kolejności jej przeprowadzenia”^[20]. Zarzuty sformułowane w ustaleniach pokontrolnych dotyczyły głównie funkcjonujących obecnie rejestrów, które to rejestry „nie spełniały (...) wymagań związanych ze stałym rozwojem medycyny transplantacyjnej i obsługą wszystkich procesów, np. dotyczących ilości przetwarzanych danych”^[21].

3 | Amerykański system typowania pacjentów do przeszczepiania

W Stanach Zjednoczonych procedura doboru odpowiedniego biorcy jest zbliżona do tej obowiązującej obecnie w Polsce. Zasady alokacji pobranych narządów, tkanek i komórek zawiera kilkakrotnie do tej pory nowelizowany National Organ Transplant Act z 19 października 1984 r.^[22], powołujący do życia Organizacje ds. Pozyskiwania Narządów (ang. Organ Procurement Organizations), których głównym zadaniem jest koordynacja całego procesu transplantacyjnego, w szczególności kwalifikowanie potencjalnych biorców do zabiegu^[23]. Decyzje o przydziale pobranych transplantatów podej-

¹⁹ Joanna Haberko, Izabela Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2014), 210.

²⁰ Najwyższa Izba Kontroli, Organizacja i finansowanie przeszczepiania narządów. Informacja o wynikach kontroli, KZD.430.007.2021, Nr ewid.153/2021/P/21/056/KZD, 27.

²¹ Ibidem, 12.

²² National Organ Transplant Act of 1984, Pub L. 98–507, 98 Stat. 2339–2348 (Oct. 19, 1984), <https://www.congress.gov/bill/98th-congress/senate-bill/2048/text>.

²³ The Centers for Medicare & Medicaid Services, „Organ Procurement Organization (OPO) Conditions for Coverage Final Rule: Revisions to Outcome Measures for OPOs CMS-3380-F”, <https://www.cms.gov/newsroom/fact-sheets/organ-procurement-organization-opo-conditions-coverage-final-rule-revisions-outcome-measures-opos>.

muje Sieć Zarządzania Transplantacją Narządów (ang. Organ Procurement Transplantation Network), będąca zrzeszającą wszystkie ośrodki transplantacyjne działające na terytorium Stanów Zjednoczonych organizacją non-profit, zarządzaną przez Zjednoczoną Sieć Pobierania i Przeszczepiania Narządów (ang. United Network for Organ Sharing)^[24]. Zjednoczona Sieć Pobierania i Przeszczepiania Narządów jest odpowiedzialna za zapewnienie przestrzegania zasad redystrybucji, przede wszystkim poprzez kontrolę i monitorowanie ośrodków transplantacyjnych i organizacji zajmujących się pozyskiwaniem narządów, tkanek i komórek^[25].

W Stanach Zjednoczonych, podobnie jak w Polsce, by otrzymać przeszczep potencjalny biorca musi być wpisany na krajową listę oczekujących (ang. National Patient Waiting List). Po śmierci potencjalnego dawcy przedstawiciel Organizacji ds. Pozyskiwania Narządów wprowadza jego dane do specjalnie w tym celu utworzonego systemu komputerowego^[26]. W toku procedury alokacji system poszukuje najbardziej zgodnego pod względem grupy krwi, wzrostu, wagi, wieku, czasu oczekiwania na przeszczep, odległości między dawcą i biorcą oraz wielu innych czynników biorcy^[27]. W stosunku do każdego potencjalnego dawcy system osobno określa kolejność, którą otrzymają na liście kandydaci na biorców^[28]. W rzeczywistości więc lista osób oczekujących na przeszczepienie nie jest dosłownie listą, ponieważ pacjenci nie zajmują na niej raz przypisanego, stałego miejsca, lecz w zależności od danych konkretnego dawcy ich pozycja może ulegać zmianie. Ujmując to bardziej precyzyjnie, mamy do czynienia z pulą potencjalnych biorców, zaś wynik przeszukiwania bazy każdorazowo jest wynikiem kombinacji danych medycznych konkretnego biorcy i dawcy.

Po przeprowadzeniu wyszukiwania system komputerowy sporządza listę potencjalnych biorców, których cechy dają największe szanse na powodzenie zabiegu. W następnej kolejności koordynator transplantacyjny kontaktuje się z lekarzem wytypowanego pacjenta, by określić, czy jego aktualny stan zdrowia i dotychczasowy przebieg choroby nie będzie

²⁴ Organ Donation and Transplantation Alliance, „Organ Procurement and Transplantation Network”. <https://www.organdonationalliance.org/glossary/organ-procurement-and-transplantation-network/>.

²⁵ Lara Duda, „National Organ Allocation Policy: The Final Rule” *Virtual Mentor*, nr 9 (2005): 606.

²⁶ Ibidem, 605.

²⁷ American Kidney Fund, „Transplant waiting list”. <https://www.kidneyfund.org/kidney-donation-and-transplant/transplant-waiting-list>.

²⁸ Ibidem.

stanowił przeszkody dla przeszczepienia. Jeżeli wytypowany biorca zostanie z jakichś względów odrzucony, koordynator kontaktuje się z lekarzem kolejnej osoby na liście i tak dalej, do czasu, kiedy pobrany narząd, tkanki lub komórki zostaną ostatecznie przydzielone^[29].

Powszechnie wiadomo, że niezwykle istotnym czynnikiem, decydującym o powodzeniu zabiegu przeszczepienia, jest okres przechowywania transplantatu, nazywany czasem zimnego niedokrwienia. Im więcej czasu upłynie od momentu pobrania do chwili przeszczepienia, tym mniejsza szansa na sukces. Z tego względu amerykański system redystrybucji zakłada pierwszeństwo biorców zlokalizowanych najbliżej ośrodka, w którym przebywa dawca, co ograniczyć ma prawdopodobieństwo utraty transplantatu podczas jego czasochłonnego transportu. W pierwszej kolejności zatem poszukuje się potencjalnego biorcy w regionie odpowiadającym potencjalnemu dawcy (dystrybucja lokalna). Jeśli na poziomie lokalnym nie dojdzie do wyłonienia odpowiedniego biorcy, kierując się zasadą maksymalizacji użyteczności, pobrany narząd, tkanki lub komórki przekazywane są do dystrybucji regionalnej i następnie krajowej^[30]. Po dopasowaniu dawcy i biorcy ustala się dalsze warunki przeprowadzenia zabiegu.

Rozwiązanie przyjęte w Stanach Zjednoczonych mogłoby stać się punktem odniesienia dla polskiego ustawodawcy. Wprowadzenie całodobowego systemu komputerowego, przy pomocy którego sporządzano by listę potencjalnych biorców, których cechy dają największe szanse na powodzenie zabiegu, mogłoby bowiem przyczynić się do usprawnienia procedury alokacji, a w efekcie, zwiększenia efektywności systemu transplantacyjnego. Zgromadzone w systemie, na bieżąco aktualizowane dane pomogłyby wstępnie zawęzić liczbę potencjalnie zgodnych biorców. Przyjęcie takiego rozwiązania pomogłoby oszczędzić niezwykle cenny czas pomiędzy kwalifikacją dawcy a ostateczną alokacją pobranego transplantatu. Stosunek kosztów wdrożenia całodobowego systemu wyszukiwania do efektów, jakie można by dzięki niemu uzyskać, wydaje się być podstawowym argumentem przemawiającym za rozważeniem jego wprowadzenia. Niezależnie od powyższego, ostateczna decyzja o przydziale powinna należeć do lekarza prowadzącego, który przesądzałby, czy aktualny stan zdrowia potencjalnego biorcy lub inne czynniki medyczne nie będą stanowiły przeszkody dla

²⁹ OneLegacy, *Organ Donation Step by Step*. https://www.onelegacy.org/newsroom/presskit/organ_stepbystep.html.

³⁰ Jodi M. Smith, et. al., „Pancreas and Liver Allocation and Distribution in the United States” *American Journal of Transplantation*, nr 12 (2012): 3195.

przeprowadzenia zabiegu. Jeżeli wytypowany przez system komputerowy biorca z jakichś względów musiałby zostać pominięty, wskazane byłoby przydzielenie pobranego materiału kolejnej osobie.

Wartym rozważenia byłoby również wprowadzenie w polskim systemie typowania pacjentów do przeszczepiania kryterium geograficznego. Przyznanie priorytetu potencjalnym biorcom zlokalizowanym najbliżej ośrodka, w którym przebywa potencjalny dawca, mogłoby nie tylko ograniczyć prawdopodobieństwo utraty transplantu, lecz także zwiększyć efektywność systemu transplantacyjnego. Jako że ludzie są bardziej skłonni do dawstwa, jeśli wiedzą, że bezpośrednią korzyść odniosą członkowie ich własnej społeczności, ustanowienie lokalnych priorytetów i preferencji w zakresie przydzielania pobranych narządów, tkanek i komórek mogłoby stanowić dodatkową zachętę do pośmiertnego dawstwa^[31], wpływając pozytywnie na proces pozyskiwania przeszczepów, a tym samym przyczyniając się do zmniejszenia niezwykle dotkliwego niedoboru materiału transplantacyjnego.

4 | Singapurski system typowania pacjentów do przeszczepiania

Zarówno w Polsce, jak i w Stanach Zjednoczonych kryteria doboru potencjalnego biorcy oparte są na przesłankach medycznych. Model alokacji, w którym czynnikiem decydującym o przydziale pobranego transplantu są kryteria medyczne jest na świecie zasadą. Niemniej jednak w praktyce można wyróżnić również systemy, w których istotne znaczenie przypisywane jest innym jeszcze czynnikom. W niektórych państwach bowiem pierwszeństwo otrzymania przeszczepu przyznawane jest chorym, którzy sami zarejestrowali się jako dawcy bądź członkom rodzin, którzy wyrazili zgodę na pośmiertne pobranie narządów, tkanek lub komórek od osoby najbliższej. System typowania pacjentów do przeszczepienia, w którym o przydziale decydują inne jeszcze kryteria poza medycznymi, nazywany jest najczęściej

³¹ Daniel F. Davis, „The Ethics of Organ Allocation: Policy Questions Concerning Geography, Age, and Net Benefit”. https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/background/ethics_of_organ_allocation.html.

systemem pierwszeństwa lub modelem motywacyjnym^[32]. Przykładem państwa, w którym wprowadzono takie rozwiązanie jest Singapur.

W Singapurze problematykę pobierania i przeszczepiania narządów, tkanek i komórek pochodzenia ludzkiego normuje wielokrotnie nowelizowana ustawa transplantacyjna z 16 lipca 1987 r. (ang. Human Organ Transplant Act 1987)^[33]. Do czasu uchwalenia tego aktu, w Singapurze, podobnie jak w pozostałych państwach azjatyckich, obowiązywał model zgody rzeczywistej na pobranie *post mortem* (system *opt-in*)^[34]. Z uwagi jednak na skrajnie niski wskaźnik przeszczepień z udziałem dawców zmarłych w 1987 r. zdecydowano się przyjąć nowy model wyrażania zgody na pośmiertne dawstwo (system *opt-out*). I tak też obecnie w Singapurze obowiązuje domniemanie, zgodnie z którym wszyscy obywatele i stali mieszkańcy, którzy ukończyli 21. rok życia, są uznawani za potencjalnych dawców, dopóki nie zgłoszą sprzeciwu w przepisanej formie^[35]. Sprzeciw może dotyczyć wszystkich możliwych do pobrania po śmierci narządów lub jedynie wybranych przez potencjalnego dawcę^[36]. Podobnie jak ma to miejsce w Polsce, sprzeciw taki może zostać odwołany^[37].

Uchwalona w 1987 r. ustawa transplantacyjna, poza zmianą obowiązującego modelu wyrażania zgody na pośmiertne dawstwo, wprowadziła regułę pierwszeństwa w toku alokacji pobranych narządów, tkanek i komórek. Zgodnie z przyjętym rozwiązaniem, w procedurze doboru potencjalnego biorcy osoba, która nie zgłosiła sprzeciwu wobec transplantacji *post mortem*, ma pierwszeństwo uzyskania przeszczepu przed osobą, która zgłosiła taki sprzeciw. Osoba, która zgłosiła sprzeciw, lecz później go wycofała, uzyskuje taki sam priorytet, jak osoba, która nie zarejestrowała sprzeciwu, pod warunkiem jednak, że od momentu złożenia oświadczenia o odwołaniu sprzeciwu do chwili ewentualnego pobrania upłynęły przynajmniej 2 lata.

Jako że wprowadzone ustawą z 1987 r. zmiany zaowocowały wyraźnym wzrostem wskaźnika przeszczepialności w Singapurze, istnieje wysokie

³² Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów*, 55–56.

³³ Human Organ Transplant Act 1987, <https://sso.agc.gov.sg/Act/HOTA1987>.

³⁴ Przed uchwaleniem Human Organ Transplant Act 1987, pod rządami Medical (Therapy, Education and Research) Act z 1972 w Singapurze każda osoba, która zdecydowała się przekazać swoje narządy, tkanki lub komórki dla celów transplantacji *post mortem* musiała za życia wyrazić na to formalną zgodę – Medical (Therapy, Education and Research) 1972. <https://sso.agc.gov.sg/Act/MTERA1972>.

³⁵ Human Organ Transplant Act, Part II, sec. 5 (2).

³⁶ Singapore Legal Advice, *Organ Donation in Singapore (under HOTA, or For Science)*. <https://singaporelegaladvice.com/law-articles/organ-donation-in-singapore/>.

³⁷ Human Organ Transplant Act, Part II, sec. 11 (1).

prawdopodobieństwo, że również w Polsce przyjęcie reguły pierwszeństwa wpłynęłoby pozytywnie na liczbę przeprowadzanych corocznie zabiegów. System typowania pacjentów do przeszczepienia powinien być jednak oparty nie tylko na zasadzie pierwszeństwa, lecz przede wszystkim na kryteriach medycznych. Dobierając odpowiedniego biorcę należałoby zatem w pierwszej kolejności brać pod uwagę czynniki medyczne, które pozwoliłyby optymalnie przydzielić przeszczep. Dopiero w sytuacji, gdy na tej podstawie dwóch lub więcej pacjentów zajmowałoby tą samą pozycję na liście, należałoby kierować się zasadą pierwszeństwa. Ostatecznie pobrany narząd, tkanki lub komórki powinna otrzymać osoba, która sama zdecydowała się zostać pośmiertnym dawcą.

Połączenie obowiązującego w Polsce systemu *opt-out* z regułami pierwszeństwa mogłoby stanowić etyczne uzasadnienie domniemania zgody. W tym wypadku bowiem zasadnym byłoby przyjęcie, że potencjalny dawca nie sprzeciwił się pobraniu *post mortem*, ponieważ nie chciał stracić możliwości otrzymania przeszczepu, gdy sam będzie go potrzebował. By uniknąć sytuacji, w których pozbawieni priorytetu byłiby pacjenci niemogący zrealizować warunków uzyskania pierwszeństwa (np. osoby, które nie mogą zostać dawcą lub osoby, które nie posiadają bliskich mogących zarejestrować się jako potencjalni dawcy), koniecznym byłoby równoczesne wprowadzenie rozwiązań umożliwiających alternatywną drogę do uzyskania statusu priorytetowego. Status priorytetowy bezwzględnie powinny zachować również podmioty niezdolne do wyrażenia zgody na pośmiertne dawstwo.

5 | Izraelski system typowania pacjentów do przeszczepiania

Poza Singapurem, Chile i Japonią, jednym z nielicznych państw na świecie, które zdecydowało się wprowadzić reguły pierwszeństwa w procedurze alokacji jest Izrael. Do 2008 r. Izrael miał jeden z najniższych wskaźników przeszczepialności spośród państw zachodnich^[38]. Wymieniano trzy główne przyczyny takiego stanu rzeczy. Po pierwsze, większość

³⁸ Jacob Lavee, Dan W. Brock, „Prioritizing registered donors in organ allocation: an ethical appraisal of the Israeli organ transplant law” *Current Opinion in Critical Care*, nr 6 (2012): 707.

ortodoksyjnych wyznawców judaizmu odrzuca koncepcję śmierci mózgo-
wej tym samym sprzeciwiając się pośmiertnemu dawstwu^[39]. Drugą przy-
czyną był tak zwany efekt gapowicza (ang. *free-riding*)^[40]. „Gapowicz” to
osoba, która chce otrzymać przeszczep w sytuacji, gdyby sama go potrze-
bowała, lecz jednocześnie nie godzi się na pośmiertne pobranie swoich
narządów, tkanek i komórek^[41]. Po trzecie, niska liczba transplantacji była
wynikiem „hojności” firm ubezpieczeniowych i funduszy chorych, które
w całości zwracały koszty przeprowadzanych poza granicami kraju zabie-
gów, co stanowiło zachętę do uprawiania przez Izraelczyków tak zwanej
„turystyki transplantacyjnej”^[42].

W 2008 r. władze Izraela zdecydowały się przyjąć nowe ustawodawstwo
mające na celu zwiększenie liczby przeprowadzanych corocznie zabiegów.
W efekcie izraelski parlament uchwalił dwie ustawy dotyczące odpowied-
nio procedury stwierdzenia śmierci mózgu (ang. Brain Respiratory Death
Law) oraz pobierania i przeszczepiania narządów, tkanek i komórek pocho-
dzenia ludzkiego (ang. Organ Transplant Law)^[43]. Uchwalona w 2008 r.
ustawa transplantacyjna wprowadziła wymóg, by przy opracowywaniu
wytycznych doboru potencjalnego biorcy Komitet Sterujący Narodowego
Centrum Transplantacji (ang. The Steering Committee for the National
Transplant Center) wziął pod uwagę wyrażoną przez potencjalnego dawcę
zgoda na pobranie *post mortem*^[44]. I tak też obecnie w Izraelu pierwszeństwo
otrzymania przeszczepu przysługuje określonym grupom pacjentów^[45].

Izraelskie prawo wyróżnia trzy stopnie uprzywilejowania potencjalnych
biorców. Grupę posiadającą najwyższy priorytet w procedurze alokacji
stanowią osoby, których krewni pierwszego stopnia oddali narządy po
śmierci lub które same są żywymi dawcami narządów (ang. *maximum
priority*). Druga grupa obejmuje osoby zarejestrowane przynajmniej od
trzech lat jako potencjalni dawcy (ang. *regular priority*), trzecia zaś osoby,

³⁹ Jacob Lavee, *et. al.*, „Preliminary Marked Increase in the National Organ Donation Rate in Israel Following Implementation of a New Organ Transplantation Law” *American Journal of Transplantation*, nr 13 (2013): 780.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Antonina J. Cronin, „Points mean prizes: priority points, preferential status and directed organ donation in Israel” *Israel Journal of Health Policy Research*, nr 8 (2014).

⁴² Laveea, *et. al.*, „Preliminary Marked Increase”, 780.

⁴³ *Ibidem*, 781.

⁴⁴ Muireann Quigley, Linda Wright, Vardit Ravitsky, „Organ Donation and Priority Points in Israel: An Ethical Analysis” *Transplantation*, nr 10 (2012): 971.

⁴⁵ Laveea, *et. al.*, „Preliminary Marked Increase”, 780.

których krewni pierwszego stopnia zarejestrowali się jako potencjalni dawcy (ang. *second priority*)^[46]. Wymóg posiadania karty dawcy od co najmniej trzech lat wprowadzono, by zapobiec manipulowaniu systemem poprzez zarejestrowanie się jako potencjalny dawca dopiero po rozpoznaniu własnego zapotrzebowania na przeszczep, a co za tym idzie, wyłącznie w celu uzyskania priorytetu^[47]. Osoby, które nie ukończyły 18. roku życia oraz osoby, które nie są uprawnione do wyrobienia karty dawcy, zachowują status priorytetowy^[48]. W przypadku osoby, która spełnia więcej niż jedno kryterium nie sumuje się przyznanych punktów^[49].

Poza planem priorytetów obowiązujący w Izraelu system typowania pacjentów do przeszczepienia opiera się na zasadach zbliżonych do tych obowiązujących w Polsce i Stanach Zjednoczonych. Centralnym organem, którego zadaniem jest zarządzanie procedurą alokacji i prowadzenie listy osób oczekujących na przeszczepienie, jest Izraelskie Krajowe Centrum Transplantacyjne (ang. *Israel National Transplant Center*)^[50]. Jednym z podstawowych warunków otrzymania przeszczepu jest wpisanie potencjalnego biorcy na urzędową listę osób oczekujących. W przypadku śmierci potencjalnego dawcy specjalnie w tym celu utworzony system komputerowy przeszukuje bazę zgłoszonych kandydatów w celu optymalnego ułożenia możliwych do pobrania przeszczepów^[51]. Po dopasowaniu dawcy i biorcy ustala się dalsze szczegóły związane z przeprowadzeniem zabiegu.

Przyjęcie modelu motywacyjnego skutkowało kilkukrotnym wzrostem liczby zarejestrowanych potencjalnych dawców oraz wzrostem liczby wyrażonych przez najbliższych członków rodziny zgód^[52] na pobranie narządów,

46 Zúñiga-Fajuri, „Increasing organ donation”, 199.

47 Lavee, Brock, „Prioritizing registered donors”, 709.

48 Judd Kessler, Al Roth, *Deceased Organ Donation and Allocation: 3 Experiments in Market Design*. <http://web.stanford.edu/~niederle/Deceased%20Organ%20Donation%20Experiments.Kessler%20Roth.pdf>, 37.

49 Quigley, Wright, Ravitsky, „Organ Donation”, 971.

50 Tamar Ashkenazi, Jacob Lavee, Eytan Mor, „Organ Donation in Israel-Achievements and Challenges”, *Transplantation Journal*, nr 2 (2015): 265.

51 National Transplant Center, „Policy of Allocation of Organs from Deceased Donors”. <https://www.adi.gov.il/en/allocation-of-organs/>.

52 Pomimo tego, że w Izraelu obowiązuje model zgody rzeczywistej, w którym potencjalny dawca, by ofiarować swoje narządy, tkanki lub komórki dla celów transplantacji *post mortem*, jeszcze za życia powinien wyrazić uprzednią, wyraźną zgodę i wyrobić kartę dawcy, w każdym przypadku przed przeprowadzeniem zabiegu zespół medyczny zwraca się do członków rodziny zmarłego o wyrażenie zgody na pobranie. W sytuacji, gdy rodzina stanowczo sprzeciwi się pobraniu, zespół odstępuje od eksplantacji – Jacob Lavee, Avraham Stolerp, „Reciprocal

tkanek i komórek *post mortem*^[53]. Co więcej, w latach 2011–2013 w Izraelu liczba żywych dawców wzrosła o 67% w porównaniu do poprzednich trzech lat^[54]. Ze względu na ogromny sukces przyjętego rozwiązania, wiele państw, które na co dzień zmagają się z problemem niedoboru materiału transplacyjnego, zaczęło rozważać wprowadzenie reguł pierwszeństwa.

6 | Alokacja narządów, tkanek i komórek z uwzględnieniem reguł pierwszeństwa – próba oceny

Zdecydowana większość krajowych systemów typowania pacjentów do przeszczepienia skonstruowana jest w oparciu o kompromis pomiędzy zasadą utilitaryzmu i zasadą sprawiedliwości. Najczęściej wyboru potencjalnego biorcy dokonuje się wyłącznie w oparciu o przesłanki medyczne, co wyklucza kierowanie się takimi kryteriami jak płeć, rasa, niepełnosprawność, wyznawana religia czy poglądy polityczne. W celu zapewnienia równego i sprawiedliwego dostępu do transplantacji, a także kontroli funkcjonowania przyjętego systemu alokacji powołuje się odpowiednie organy, których zadaniem jest czuwanie nad prawidłowością wyboru potencjalnego biorcy z listy.

Pomimo iż ten modelowy system alokacji jest oceniany jako skuteczny, na przykładzie państw, w których wprowadzono reguły pierwszeństwa, uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że ich wdrożenie mogłoby wpłynąć pozytywnie na wskaźniki przeszczepialności również w innych krajach. Gdy model motywacyjny opiera się nie tylko na systemie priorytetów, lecz również na innych kryteriach doboru odpowiedniego biorcy (przede wszystkim medycznych) znajduje szerokie poparcie. Zwolennicy systemu pierwszeństwa wskazują, że jest on najbardziej sprawiedliwy, albowiem umożliwia alokację niezwykle ograniczonych dóbr, jakimi są narządy przy uwzględnieniu zasady wzajemności. W ślad za tym poglądem, osoba, która

altruism – the impact of resurrecting an old moral imperative on the national organ donation rate in Israel” *Law and Contemporary Problems*, nr 3 (2014): 327.

⁵³ Lavee, Stolerp, „Reciprocal altruism”, 328.

⁵⁴ Centre for Public Impact, *Legislating to encourage organ donation in Israel*. <https://www.centreforpublicimpact.org/case-study/organ-donation-israel/>.

nie chce czynnie uczestniczyć w wymianie, nie powinna co do zasady mieć możliwości korzystania z darów ofiarowanych przez inne osoby^[55]. W tym rozumieniu zrównanie pozycji darczyńców i „gapowiczów” narusza zasadę wzajemności i w efekcie jest rażąco niesprawiedliwe^[56].

Według protagonistów przyjęcie modelu motywacyjnego nie jest równoznaczne z całkowitym pozbawieniem osób niezarejestrowanych jako dawcy możliwości otrzymania przeszczepu, albowiem w razie potrzeby nadal kwalifikowane są one do zabiegu, jednakże wyłącznie na podstawie kryteriów medycznych (nie posiadają pierwszeństwa)^[57]. Wdrożenie planu priorytetów znacząco poprawia sytuację takich osób, albowiem umożliwia zwiększenie podaży materiału transplantacyjnego, na czym *suma summarum* korzystają wszyscy chorzy (nawet ci nieposiadający pierwszeństwa), ponieważ w rezultacie jego wprowadzenia pula dostępnych transplantatów zwiększa się, co przekłada się bezpośrednio na szansę otrzymania przeszczepu nawet w przypadku pacjentów nieposiadających priorytetu^[58].

Apologeci opisywanego modelu wskazują również, że jego wprowadzenie może wywołać pożądane zmiany kulturowe, które zmierzać miałyby do zbudowania bardziej odpowiedzialnego społeczeństwa. Wzajemny altruizm, który cechuje ten model alokacji uznawany jest za pochodną bardziej ogólnego ciężaru moralnego zwanego obowiązkiem wzajemnej pomocy. W tym rozumieniu pośmiertne dawstwo jest moralnym obowiązkiem, a każdy, kto ma taką możliwość, obowiązany jest pomóc bliźniemu, narażonemu na utratę życia lub zdrowia, zwłaszcza wówczas, gdy wzajemna pomoc nie niesie za sobą niebezpieczeństwa ani ryzyka dla dawcy^[59].

Przeciwnicy modelu motywacyjnego argumentują, że pozbawia on dawstwo cechy dobrowolności. W sytuacji zaś, gdy akt dawstwa nie jest całkowicie dobrowolny, cała idea transplantacji staje się zagrożona, ponieważ poprawa jakości życia lub zdrowia biorcy przestaje być głównym i jedynym celem. Jako że pośmiertne dawstwo zawsze powinno stanowić akt altruizmu, niedopuszczalne jest wprowadzanie jakichkolwiek rozwiązań, które mogłyby wpłynąć na podejmowaną przez potencjalnego dawcę decyzję. Co więcej, skoro warunkiem dopuszczalności przeprowadzenia

⁵⁵ Zúñiga-Fajuri, „Increasing organ donation”, 200.

⁵⁶ Corinne Berzon, „Israel’s 2008 Organ Transplant Law: continued ethical challenges to the priority points model” *Israel Journal of Health Policy Research*, nr 11 (2018): 5.

⁵⁷ Lavee, Brock, „Prioritizing registered donors”, 709.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Zúñiga-Fajuri, „Increasing organ donation”, 200.

transplantacji jest bezwzględnie altruistyczna postawa ofiarodawcy, podjęcie określonej decyzji nie powinno wiązać się z „karą” lub „nagrodą” – dostępność opieki medycznej w oparciu o zindywidualizowane potrzeby jest bowiem podstawowym prawem człowieka, a co za tym idzie nie powinna być uzależniona od partycypacji jednostki w systemie^[60].

Oponenci wdrożenia reguł pierwszeństwa wskazują także, że dopóki w danym państwie uwzględnia się sprzeciw najbliższych wobec pobrania *post motrem*, model motywacyjny nie jest w pełni skuteczny^[61]. W takim wypadku bowiem potencjalny biorca może uzyskać priorytet w procedurze alokacji, pomimo że w rzeczywistości nie stanie się nigdy dawcą, co poddaje w wątpliwość rzeczywistą efektywność tego modelu. W końcu, poważnym zarzutem wobec modelu motywacyjnego może być również ryzyko dyskryminacji określonych grup społecznych. Chodzi tu przede wszystkim o osoby, które z uwagi na wyznawaną religię lub tradycję nie godzą się na pośmiertne dawstwo, jak również o osoby upośledzone, mniej zamożne, słabo wykształcone, które mają ograniczony dostęp do informacji medycznych.

Zdaniem autorki, wprowadzenie reguł pierwszeństwa w toku alokacji pobranych narządów, tkanek i komórek nie musi wcale oznaczać przełamania zasad sprawiedliwości. Wręcz przeciwnie, przyjęcie opisywanego rozwiązania może wpływać na umocnienie międzyludzkiej solidarności i zwiększenie poczucia odpowiedzialności nie tylko za samego siebie, lecz również za innego człowieka. Odpowiednio skonstruowany system priorytetów mógłby stanowić motywację dla osób, które pierwotnie odmówiły pośmiertnego ofiarowania swych narządów, do ponownego przemyślenia podjętej przez siebie decyzji, a w efekcie, podobnie jak stało się to w państwach, które przyjęły model motywacyjny, doprowadzić do zwiększenia ogólnej puli narządów, na czym ostatecznie skorzystaliby wszyscy obywatele (nawet ci nieposiadający pierwszeństwa).

W większości państw, które przyjęły model zgody domniemanej, krewni zmarłego informowani są o zamiarze przeprowadzenia zabiegu pobrania. Choć nie wszędzie opinia najbliższych ma walor prawny, zazwyczaj, pomimo domniemanej zgody potencjalnego dawcy, personel medyczny obawiając się, że postępowanie wbrew woli zrozpaczonej po śmierci bliskiego rodziny wpłynie negatywnie na społeczny odbiór transplantacji,

⁶⁰ Berzon, „Israel’s 2008 Organ Transplant Law”, 5.

⁶¹ Lavee, Brock, „Prioritizing registered donors”, 709.

odstępuje od pobrania w przypadku braku autoryzacji. Faktem pozostaje, że lekarze, informujący krewnych zmarłego o zamiarze przeprowadzenia zabiegu pobrania, nadal stosunkowo często spotykają się ze stanowczym sprzeciwem. Nieprzychylna postawa najbliższych potencjalnego dawcy jest problemem, z którym zmagają się obecnie wiele państw. Przykładowo, w Zjednoczonym Królestwie aż 45% rodzin zmarłych, którzy nie zarejestrowali się za życia w rejestrze dawców, odmawia wyrażenia zgody na pobranie^[62]. W ocenie autorki ustanowienie priorytetu dla osób, których krewni pierwszego stopnia oddali narządy po śmierci, mogłoby wpłynąć pozytywnie na liczbę wyrażanych przez członków rodziny (nieformalnych) zgód na transplantację *post mortem*, a co za tym idzie, istotnie zwiększyć liczbę corocznie przeprowadzanych zabiegów.

W sytuacji, gdy dwóch pacjentów spełniających te same warunki kwalifikacji uzyskałoby status priorytetowy, ostatecznie przeszczep powinien otrzymać biorca znajdujący się możliwie najbliżej ośrodka, w którym przebywa potencjalny dawca. Wprowadzenie takiego rozwiązania ograniczyłoby ryzyko utraty pobranego transplantatu podczas jego transportu, a w konsekwencji wzmacniałoby zasadę użyteczności, zakładającą uwzględnienie w toku alokacji takich kryteriów, jak szansa na przeżycie pacjenta i przeszczepu.

Niemniej jednak, jeśli analizowany model spełniać ma kryterium sprawiedliwościowe by zabezpieczyć interesy osób, które z różnych względów nie mogą zarejestrować się jako dawcy, konieczne wydaje się równoczesne wprowadzenie rozwiązań umożliwiających alternatywną drogę do uzyskania statusu priorytetowego (np. promowanie idei dawstwa, udział w kampaniach społecznych). Z kolei, by zminimalizować ryzyko, że osoby o niższym statusie społeczno-ekonomicznym, do których nie dotarła informacja o istnieniu systemu priorytetowego, nie miały szansy do niego przystąpić, konieczne byłoby wprowadzenie systemu aktywnej/czynnej rejestracji dawców (ang. The Active Donor Registration System, ADR^[63])^[64].

⁶² Zara Aziz, *We must work with families to reduce organ donation refusal rates*. <http://www.theguardian.com/society/2013/apr/09/families-reduce-organ-donation-refusal>.

⁶³ Piotr G. Nowak, „Ograniczenie niedoboru narządów. System aktywnej rejestracji dawców jako alternatywa dla polskiej regulacji sprzeciwu” *Diametros*, nr 44 (2015): 58.

⁶⁴ Jennifer A. Chandler, „Priority Systems in the Allocation of Organs for Transplant: Should We Reward Those Who Have Previously Agreed to Donate?” *Health Law Journal*, nr 13 (2015): 137–138.

System aktywnej rejestracji dawców łączy w sobie zalety modelu zgody rzeczywistej i modelu zgody domniemanej. Nazywa się go „aktywnym”, ponieważ zgodnie z jego założeniami każda osoba wraz z osiągnięciem pełnoletności otrzymuje listownie formularz, przesłany przez wyznaczony organ państwowy. Za pomocą formularza potencjalny dawca może wyrazić zgodę lub sprzeciw na pobranie *post mortem* albo też przekazać kompetencje w tej kwestii swoim bliskim. Jeśli respondent nie podejmie żadnej aktywności, uznany zostanie za potencjalnego dawcę, bowiem „nieodesłanie formularza traktowane będzie jako ciche przyzwolenie na przekazanie narządów”^[65], o czym oczywiście informuje się w samym formularzu. Dodatkowo, w systemie tym „każdy z obywateli [byłby – P.C.] informowany, że osoby, które wyrażają zgodę na pośmiertne przekazanie narządów, czy to poprzez zaznaczenie w formularzu odpowiedniej rubryki, czy też nie odsyłając formularza w ogóle, mogą liczyć na preferencyjny dostęp do przeszczepów na wypadek, gdyby zaszła taka potrzeba”^[66].

Choć na całym świecie na różnych szczeblach podejmowane są liczne próby zwiększenia liczby potencjalnych dawców, w dalszym ciągu gros pacjentów umiera w wyniku chronicznego niedoboru materiału transplantacyjnego. Na krajowe systemy transplantacji wpływ mają nie tylko przyjęte przez poszczególne państwa rozwiązania legislacyjne, lecz również (a może przede wszystkim) czynniki natury gospodarczej, administracyjnej, kulturowej i społecznej. Pośmiertne dawstwo to niewątpliwie kwestia delikatna i złożona, która wymaga pełnego zaangażowania nie tylko ze strony władz państwowych, lecz również społeczeństwa.

W większości państw postawa społeczna wobec transplantacji jest raczej przychylna. Przykładowo w Polsce „ośmiu na dziesięciu dorosłych (80%) zgadza się, by po śmierci pobrano z ich ciała narządy do przeszczepów, natomiast co dziewiąty (11%) jest temu przeciwny”^[67]. Niestety, pomimo tych deklaracji pula dostępnych transplantatów jest wciąż niewystarczająca. Podobnie jak w wielu innych państwach, które zdecydowały się na przyjęcie modelu zgody domniemanej, w Polsce „nadal zauważalny odsetek odstąpień od pobrania narządów związany jest z tzw. brakiem autoryzacji, na który składa się przede wszystkim sprzeciw rodziny osoby zmarłej,

⁶⁵ Nowak, „Ograniczenie niedoboru narządów”, 58.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ CBOS, Komunikat z badań nr 119/2016, „Postawy wobec transplantacji narządów” (Warszawa 2016), 2.

przekazywany jako nieformalny wyraz woli zmarłego lub po prostu wola jego bliskich”^[68].

Pomimo stosunkowo wysokiego poziomu gotowości do oddania własnych narządów po śmierci wciąż zdarzają się przypadki wyrażenia sprzeciwu wobec pobrania od zmarłej osoby bliskiej. Do widocznego skrócenia list oczekujących przyczynić mogą się zatem nie tylko ewentualne zmiany legislacyjne, mające na celu wprowadzenie w toku procedury pozyskiwania materiału transplantacyjnego mechanizmów, które zmierzają do nakłonienia potencjalnych dawców lub ich najbliższych do wyrażenia zgody na pobranie pośmiertne, lecz również (a może przede wszystkim) stworzenie prawdziwie pozytywnej społecznej atmosfery wokół transplantacji. Promocja nieodpłatnego, świadomego, altruistycznego dawstwa, obok zachęcania do wyrażania swojej opinii na ten temat i oznajmiania swoich życzeń krewnym (istnieje bowiem ważna pozytywna korelacja między przedyskutowaniem kwestii dawstwa w rodzinie a rzeczywistą chęcią zostania dawcą), mogłaby bowiem przyczynić się do widocznego wzrostu dostępności przeszczepów.

Bibliografia

- Aita Kaoruko, „New Organ Transplant Policies in Japan, Including the Family-Oriented Priority Donation Clause” *Transplantation*, nr 91 (2011): 489–491. DOI: 10.1097/TP.0b013e318205b3ab.
- Ashkenazi Tamar, Gabriel Gurman, Jacob Lavee, David Steinberg, „A New Law for Allocation of Donor Organs in Israel” *The Lancet*, nr 375 (2010): 1131–1133. DOI: 10.1016/S0140-6736(09)61795-5.
- Ashkenazi Tamar, Jacob Lavee, Eytan Mor, „Organ Donation in Israel-Achievements and Challenges” *Transplantation Journal*, nr 2 (2015): 265–266. DOI: 10.1097/TP.0000000000000591.
- Ashkenazia Tamar, R. Beyara, Jonathan Cohen, Jacob Lavee, A. Stoler, „Preliminary Marked Increase in the National Organ Donation Rate in Israel Following Implementation of a New Organ Transplantation Law” *American Journal of Transplantation*, nr 13 (2013): 780–785. DOI: 10.1111/ajt.12001.
- Aziz Zara, *We must work with families to reduce organ donation refusal rates*. <http://www.theguardian.com/society/2013/apr/09/families-reduce-organ-donation-refusal>.

⁶⁸ Ibidem, 1.

- Bertsimas Dimitris, Vivek F. Farias, Nikolaos Trichakis, „Fairness, Efficiency and Flexibility in Organ Allocation for Kidney Transplantation” *Operations Research*, nr 1 (2011): 73–87. <https://doi.org/10.1287/opre.1120.1138>.
- Berzon Corinne, „Israel’s 2008 Organ Transplant Law: continued ethical challenges to the priority points model” *Israel Journal of Health Policy Research*, nr 11 (2018): 1–12. DOI 10.1186/s13584-018-0203-6.
- Biggins Scott W., Danielle G. Haselby, et. al., „Pancreas and Liver Allocation and Distribution in the United States” *American Journal of Transplantation*, nr 12 (2012): 3191–3212. DOI: 10.1111/j.1600-6143.2012.04259.x.
- Bramstedt Katrina A., „Is it ethical to prioritize patients for organ allocation according to their values about organ donation?” *Progress in Transplantation*, nr 2 (2006): 170–174. DOI: 10.1177/152692480601600214.
- Brock Dan W., Jacob Lavee, „Prioritizing registered donors in organ allocation: an ethical appraisal of the Israeli organ transplant law” *Current Opinion in Critical Care*, nr 6 (2012): 707–711. DOI: 10.1097/MCC.0bo13e328357a2e2.
- Chandler Jennifer A., „Priority Systems in the Allocation of Organs for Transplant: Should We Reward Those Who Have Previously Agreed to Donate?” *Health Law Journal*, nr 13 (2015): 99–138.
- Cronin Antonina J., „Points mean prizes: priority points, preferential status and directed organ donation in Israel” *Israel Journal of Health Policy Research*, nr 8 (2014). <https://doi.org/10.1186/2045-4015-3-8>.
- Czerwiński Jarosław, Roman Danielewicz, *Prawo i organizacja pobierania i przeszczepiania narządów w Polsce*. http://klinikamedycynytransplantacyjnej.wum.edu.pl/sites/klinikamedycynytransplantacyjnej.wum.edu.pl/files/prawo_i_organizacja_pobierania_i_przeszczepiania_narzadów_w_polsce_j_czerwinski_r_danielewicz.pdf.
- Davis Daniel F., *The Ethics of Organ Allocation: Policy Questions Concerning Geography, Age, and Net Benefit*. https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/background/ethics_of_organ_allocation.html.
- Duda Lara, „National Organ Allocation Policy: The Final Rule” *Virtual Mentor*, nr 9 (2005): 604–607. DOI: 10.1001/virtualmentor.2005.7.9.hlaw1-0509.
- Durlik Magdalena, Marian Klinger, „Chory dializowany jako biorca przeszczepu” *Forum Nefrologiczne*, nr 3 (2010): 201–211.
- Guzik-Makaruk Ewa M., *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym. Studium prawnoporównawcze*. Białystok: Temida 2, 2008.
- Haberko Joanna, Izabela Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.

- Kessler Judd, Al Roth, *Deceased Organ Donation and Allocation: 3 Experiments in Market Design*. <http://web.stanford.edu/~niederle/Deceased%20Organ%20Donation%20Experiments.Kessler%20Roth.pdf>.
- Lavee Jacob, Avraham Stolerp, „Reciprocal altruism – the impact of resurrecting an old moral imperative on the national organ donation rate in Israel” *Law and Contemporary Problems*, nr 3 (2014): 323–336.
- Nowak Piotr G., „Ograniczenie niedoboru narządów. System aktywnej rejestracji dawców jako alternatywa dla polskiej regulacji sprzeciwu” *Diametros*, nr 44 (2015): 56–77.
- Quigley Muireann, Vardit Ravitsky, Linda Wright, „Organ Donation and Priority Points in Israel: An Ethical Analysis” *Transplantation*, nr 10 (2012): 970–973. DOI: 10.1097/TP.0b013e31824e3d95.
- Zúñiga-Fajuri Alejandra, „Increasing Organ Donation by Presumed Consent and Allocation Priority: Chile” *Bulletin of the World Health Organization*, nr 3 (2015): 199–202. DOI: 10.2471/BLT.14.139535.



MAGDALENA BŁASZCZAK

Krytycznie o małżeństwie człowieka z robotem

Marriage Between the Person and the Robot: Critical Remarks

The author discusses issues of sexual and emotional human relations with a humanoid robot. This phenomenon heralds impressive technological progress but raises several doubts. As the problem has been of interest to mainly foreign researchers, it was also regarded as important to present the Polish legal perspective. First, the author presents the traditional model of family (marriage). Second, the author presents the genesis and characteristics of human-robotic relationships. The paper also presents the formulation of potential legal problems and an attempt to consider the possible prospects of the legislator. Finally, the author emphasized the arguments for the rightness of treating human intercourse with humanoid critically, and thus not underestimating the risks that may occur as a result of the implementation of revolutionary demands on the subjectivity of robots, the legality of sexual services, or even marriages with their participation.

MAGDALENA BŁASZCZAK magister prawa

Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu

ORCID – 0000-0002-6167-096X / e-mail: magdalena.blaszczak@amu.edu.pl

SŁOWA KLUCZOWE: małżeństwo, roboty humanoidalne (androidy, humanoidy), roboty seksualne, osoby elektroniczne, prawo nowych technologii

KEYWORDS: marriage, humanoid robots (androids, humanoids), sex robots, electronic persons, new technologies law

1 | Uwagi wstępne

Zdradzenie krytycznej opinii już w samym tytule – i to w tak wymownym sporze ideologicznym jakim jest hierarchizowanie ludzi ze względu na ich preferencje seksualne – może prosić się o przypisanie miana nieostrożności. Tym bardziej w obliczu nastrojów, jakie narastają wokół dyskusji nad współczesną definicją i istotą małżeństwa^[1]. Należałoby jednak zrezygnować z eufemizmów, tj. przyznać, że instytucja małżeństwa dotknięta jest kryzysem. Właściwie już od początku rewolucji seksualnej obserwujemy tzw. pęd ku wolności, czyli dążenie przez społeczeństwo do nieograniczonej (prawnie) wolności wyboru drogi życiowej, m.in. preferowanie przez młode pokolenia niedozgonnej kohabitacji, deklarowanie bezdzietności czy swobody w wyborze własnej płci^[2]. W Polsce newralgiczny punkt stanowi poddanie się ujednoliceniu standardów unijnych w zakresie równouprawnienia małżeństw jednopłciowych^[3]. Niemal pewne jest, że te

¹ O niebezpiecznym trendzie poszukiwania wartości o poziomie ponadnarodowym, który charakteryzuje stale forsowana granica swobody, zob. Chantal Delsol, *Kamienie węgielne. Na czym nam zależy?*, przeł. Małgorzata Kowalska (Kraków: Znak, 2018), 14; Por. R.P. George w: Krzysztof Motyka, „O nowej teorii prawa naturalnego, małżeństwie i wolności religii. W związku z książką Sherifa Girgisa, Ryana Thomasa Andersona i Roberta Petera George’a Czym jest małżeństwo?” *Studia z Prawa Wyznaniowego*, t. xxiv (2021): 39. doi.org – „Niektóre zmiany prawne „nie rozszerzają prawa do małżeństwa (...), raczej redefiniują instytucję i, mówiąc ściśle, znoszą ją”.

² Piotr Szukalski, „Rodzina przyszłości w perspektywie demograficznej,” [w:] *Nowy ład? Dynamika struktur społecznych we współczesnych społeczeństwach*, red. Ewa Rokicka, Jolanta Grotowska-Leder (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2013), 411 i n., 417, 421; O fali kryzysu rodziny już w poprzednim stuleciu, zob. Tadeusz Smoczyński, „Prawa człowieka a prawa rodziny (Watykan, 22–24 x 1998)” *Państwo i Prawo*, nr 5 (1999): 96; O genezie procesu „i widocznej do dziś obsesji (...) na punkcie seksu” – zob. Motyka, „O nowej teorii prawa naturalnego, małżeństwie i wolności religii. W związku z książką Sherifa Girgisa, Ryana Thomasa Andersona i Roberta Petera George’a Czym jest małżeństwo?”, 32.

³ Rodzima eskalacja sporu dotyczy normy wyrażonej przez przepis art. 18 ustawy zasadniczej, zgodnie z którym „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej” – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), dalej Konstytucja RP; Por. opinię prawną, która charakteryzuje przedmiot debaty, np. Instytut na Rzecz Kultury Prawnej *Ordo Iuris*, *Opinia amici curiae* Fundacji Instytut na Rzecz Kultury Prawnej *Ordo Iuris* w sprawie połączonych skarg konstytucyjnych [sygn. akt. sk 12/17,

dalsze wzbraniane się przed (r)ewolucją w obrębie relacji międzyludzkich w końcu odnotuje swój kres^[4]. W następstwie zwiększającego się poziomu akceptacji i tolerancji wobec tego, jaką konfigurację jednostek można uznać w świetle prawa za pozostające we wspólnym pożyciu imitującym małżeństwo, propagowane mogą być postulaty jeszcze dalej ingerujących zmian prawnych^[5]: (1) rozszerzenia małżeństwa na więcej niż dwa podmioty, tzw. małżeństwa poliamoryczne^[6]; (2) dopuszczenia małżeństw człowieka z nie-człowiekiem, np. zwierzęciem^[7] bądź robotem.

13/17, 14/17 i 15/17 – przyp. MB] kwestionujących zgodność art. 1 § 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy z Konstytucją RP, ordoiuris.pl; Aktualnie wśród krajów UE, które nie uznają nawet zarejestrowanych związków partnerskich wymienia się: Bułgarię, Łotwę, Litwę, Polskę, Rumunię i Słowację, zob. *Zarejestrowane związki partnerskie*, europa.eu; A brak modelu małżeństwa akceptowanego przez wszystkie państwa stanowi przeszkodę w wypracowaniu europejskiego prawa, tak chociażby E. Caracciolo di Torella, A. Masselot w: Tomasz Sokołowski, „Europejskie prawo rodzinne – pojęcie, zakres, źródła oraz wykładnia” *Europejski Przegląd Sądowy*, nr 5 (2006): 4.

⁴ Piotr Szukalski, „Rejestrowane związki osób tej samej płci we współczesnej Europie” *Dysfunkcje Rodziny. Roczniki Socjologii Rodziny*, t. XXI (2011): 183, repozytorium.amu.edu.pl.

⁵ O nietradycyjnych konfiguracjach małżeństw jako „kompletnej fantastyce prawnej” w Polsce, zob. Rafał Mizerski, „Prawa człowieka a poligamia” *Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego*, nr 7 (2016): 190, polona.pl; Por. skrajny przykład kobiety (Angela Marie Vogel), która zawarła związek małżeński z korporacją – zob. Mark Goldfeder, Yosef Razin, „Robotic Marriage and the Law” *Journal of Law and Social Deviance*, nr 10 (2015): 149, przyp. 40. heinonline.org.

⁶ „Z liberalnego punktu widzenia, nie ma powodów, dla których trzech lub więcej ludzi nie miałyby żyć razem i być związanych małżeństwem” – B. van der Sloot w: Mizerski, *Prawa człowieka a poligamia*, 190; O tym, że ewolucja małżeństwa zmierza ku poliamorii lub chociażby niemonogamicznych form aktywności seksualnej – zob. Christian Klesse, „Polyamory: Intimate practice, identity or sexual orientation?” *Sexualities*, nr 1–2 (2014): 81–99. doi.org. Por. odosobniony przypadek „przyzwolenia” na praktykę poligamii w gałęzi chrześcijańskiej – Fundamentalistyczny Kościół Jezusa Chrystusa Świętych w Dniach Ostatnich, zob. Paul South, „Fundamentalist Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Wisan” *The Urban Lawyer*, nr 3 (2011): 912 i n.

⁷ Pomimo tego, że związek człowieka ze zwierzęciem występuje w kulturze raczej jako przejaw fantastyki, zdarzają się zagraniczne „małżeństwa” z psem, kotem, koniem, kozą, krową, delfinem czy nawet żabą. Zob. opracowanie archetypu/motywu związku lub małżeństwa między człowiekiem a zwierzęciem, które nierzadko magicznie przemienia się w istotę ludzką i realizuje przy tym cel moralizatorski, Carole G. Silver, „Animal Brides and Grooms: Marriage of Person to Animal” [w:] *Archetypes and Motifs in Folklore and Literature*, red. Jane Garry i Hasan El-Shamy (Armonk-London: M.E. Sharpe, 2005), 93 i n.; Por. powyższe

Współcześnie emocjonalny lub seksualny związek człowieka z robotem wydaje się zbyt abstrakcyjny, a nawet wręcz wynaturzony. Fałszem byłoby jednak ignorować możliwości robotyki, w tym stopniowo wzrastającej dostępności usług seksualnych z udziałem robotów. Dlatego na łamach niniejszego artykułu przedstawiono refleksje, które mogą pełnić funkcję co najwyżej prewencyjną wobec futurystycznych stanów faktycznych^[8]. Pokłosiem tego są wyrażone w dalszej części problemy oraz postulaty prawne, które zostały wyraźnie określone jako potencjalne (i przez to niewykluczone). Ponadto, sformułowano je w formie pytań otwartych na potrzeby dyskusji akademickiej. Bowiem akurat instytucja małżeństwa, jak trafnie zauważa Jacek Gołaczyński, „stanowi tę sferę życia ludzkiego, którą niechętnie poddaje się jakimkolwiek zewnętrznym ingerencjom, w szczególności zaś regulacjom prawnym”^[9]. Finalne stanowisko od zawsze wykazuje silnie powiązanie z aktualnością konwenansów – te zaś w odległej przyszłości mogą wynikać z *terra ignota* pod postacią ery relacji ludzko-robotycznych.

z (1.1) *Man in India Marries Dog to Atone for Stoning to Death Mating Canines*. foxnews.com; (1.2) *Girl weds dog to break 'evil spell'*. news.bbc.co.uk; (2) *German man 'marries' his dying cat*. news.bbc.com.uk; (3) Alan L. Miller, „The Woman Who Married a Horse: Five Ways of Looking at a Chinese Folktale” *Asian Folklore Studies*, nr 2 (1995): 275–305. doi.org; (4) *'Man marries goat' captivates millions*. telegraph.co.uk; (5) *Bali Teenager Passes Out Marrying Cow He Had Sex With*. jakartaglobe.id; (6) *British Woman Marries Dolphin*. foxnews.com; (7) Dean Nelson, *Seven-year-old Indian girls »marry« frogs*. telegraph.co.uk.

⁸ Podobnie jako o „eksperymentcie myślowym”, zob. Margaret Ryznar, „Robot Love” *Seton Hall Law Review*, nr 2 (2019): 353. ssrn.com. Niedostateczne upowszechnienia zjawiska relacji ludzko-robotycznych nie powinno stanowić bariery dla zajęcia stanowiska prawnego, ibidem, 355 i n.; Powołanie się na zapobiegawczą rolę nauki, zob. także (1) Budi Yulianto, Shidarta, „Philosophy of Information Technology: Sex Robot and Its Ethical Issues”, [w:] *Rapid Automation: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*, red. Management Association, Information Resources (Hershey: IGI Global 2019), 1148 i n. doi.org; (2) Yusuff Jelili Amuda, Ismaila B. Tijani, „Ethical and Legal Implications of Sex Robot: An Islamic Perspective” *OIDA International Journal of Sustainable Development*, nr 6 (2012): 20. ssrn.com.

⁹ Cyt. za: Jacek Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe* (Warszawa: C.H. Beck, 2017), 309.

2 | Problematyka związków ludzko-robotycznych

Rozwój robotów o przeznaczeniu seksualnym jako czynnika potęgującym zagrożenia społeczne dostrzegł już w 2013 r. Piotr Szukalski: „(...) już dzisiaj Internet zaspokaja potrzebę kontaktu z innymi, zaś niektóre środki psychotropowe zaspokajają emocje. Czy zatem w przyszłości nie pojawią się swoiste *sex-machines*, zaspokajające w pełni zindywidualizowane, wyrafinowane potrzeby erotyczne, eliminując »społecznie realizowane« potrzeby seksualne? Czy stworzenie człekokształtnych, posłusznych cyborgów nie zachęci wielu do ograniczenia do nich codziennych kontaktów (wszak już dziś często zwierzęta są najważniejszymi domownikami, dla których przeznaczone są najcieplejsze uczucia)?”^[10]. Natomiast David Levy powiązał tendencję do uosabiania zwierząt z uosobieniem robotów, które jego zdaniem zapewniają o wiele większe możliwości^[11]. Autor ten w 2007 roku postawił wizjonerską tezę, że o ile prawo do małżeństwa z robotem będzie postulowane przez mniejszość, tak praktyka seksualna pomiędzy ludźmi a robotami stanie się codziennością do 2050 roku^[12]. I pozornie pozostające w domenie *science-fiction* małżeństwo człowieka z robotem stało się faktem, kiedy w 2017 roku w Chinach doszło do zawarcia

¹⁰ Cyt. za: Szukalski, „Rodzina przyszłości w perspektywie demograficznej”, 422 i n.

¹¹ David Levy, *Love and Sex with Robots* (United States: Harper Perennial, 2007), 46 i n., 90 i n.; Choć zwierzęta raczej odgrywają rolę dzieci niż partnerów, więc uczucia te nie są nacechowane romantyzmem lub pociągami seksualnym. Poza tym na rynku dostępne są już elektroniczne zwierzęta domowe, np. robot-pies Sony, które póki co nie wyparły istot żywych, zob. Seth Lloyd, *Wired for romance*. latimes.com. Por. za Justynem Piskorskim, że „upodmiotowienie, polegające nawet na zmianie prawnej pozycji zwierząt może dowodzić zmiany wrażliwości współczesnej kultury”, co jednak ma celu oczywiście ochronę zwierząt, a nie ich antropomorfizację, Justyn Piskorski, „Zwierzęta i prawo karne – perspektywa antropologiczna” *Humanistyczne Zeszyty Naukowe Prawa Człowieka*, nr 18 (2015): 155. humanrights.com.pl.

¹² (1) Levy, *Love and Sex with Robots*, 151 i n. oraz (2) David Levy, „Why Not Marry a Robot?”, [w:] *Love and Sex with Robots*, red. Adrian David Cheok, Kate Devlin, David Levy (London: Springer, 2017), 3 i n.; Prawdopodobieństwo woli człowieka do poślubienia robota wyraża również Ryznar, „Robot Love”, 353; O zawieraniu tychże małżeństw „z błogosławieństwem prawa”, zob. Goldfeder, Razin, „Robotic Marriage and the Law” 140 i n.; Odmienne zdanie, iż związki ludzko-robotyczne są przedwczesne, przesadzone i niesubtelne, nawet w porównaniu do filmów *science-fiction* – zob. Lloyd, *Wired for romance*, el.

pierwszego formalnego związku pomiędzy człowiekiem a robotem^[13]. Rok później w Houston w Teksasie mieszkańcy zaniepokojeni zagrożeniem dla lokalnej społeczności skierowali do władz sprzeciw przeciwko otwarciu domu publicznego oferującego usługi świadczone wyłącznie przez roboty seksualne^[14]. Jednakże tożsama inwestycja powstała w Barcelonie^[15]. Jak można więc zauważyć, popyt na robotyczne usługi seksualne wzrasta nie tylko na rynkach azjatyckich i amerykańskich, ale również europejskim^[16]. Przykładowo w niemieckim badaniu niemal połowa z ponad 250 ankietowanych mężczyzn wyraziła zainteresowanie zakupem robota seksualnego, niezależnie od faktu pozostawania w związku z człowiekiem^[17]. Tak optymistyczne dla branży statystyki zapewniają wzrost kapitału inwestycyjnego, a tym samym dążenie przez producentów do innowacyjnej maksymalizacji realności doznań seksualnych z robotami^[18].

¹³ *Notabene* naukowcem (sic!). Mowa o Zheng Jiajia – chińskim inżynierze, który postanowił poślubić „żeńskiego” humanoida, zob. Kristin Huang, *Chinese engineer ‘marries’ robot after failing to find a human wife*. scmp.com; *Vide* także małżeński związek ludzko-robotyczny zawarty w 2021 r. przez Yuri Tolochko – kazachstańskiego influencera, działacza na rzecz praw LGBTQIA+ – zob. Shamani Joshi, *Man Who Married His Sex Doll Opens up About His Marriage*. vice.com.

¹⁴ Ostatecznie działalność została zakazana przez jednogłośnie decyzję Rady Miasta Houston – zob. Nicholas J. Walter, „You May Kiss the AI: An Analysis of Whether Rationales for Legalizing Some Nontraditional Marriages Also Justify Legalizing Human-Robot Marriage” *Jurimetrics*, nr 3 (2020): 353. proquest.com.

¹⁵ *Europe’s First Sex Doll Brothel*. vice.com.

¹⁶ O zaimportowaniu powszechnie znanego modelu prostytucji do relacji między człowiekiem a robotem, zob. Kathleen Richardson, „The asymmetrical »relationship«: parallels between prostitution and the development of sex robots” *SIGCAS Computers and Society*, nr 3 (2015): 290 i n. doi.org; Za zastąpieniem osób prostytuujących się robotem seksualnym przemawia głównie zwiększanie zysków ekonomicznych, ale też ograniczenie rozprzestrzeniania się chorób wenerycznych, tak chociażby Amuda, Tijani, „Ethical and Legal Implications of Sex Robot: An Islamic Perspective”, 20.

¹⁷ Jessica M. Szczuka, Nicole C. Krämer, „Influences on the Intention to Buy a Sex Robot”, [w:] *Love and Sex with Robots*, red. Adrian David Cheok, Kate Devlin, David Levy (London: Springer, 2017), 77–83.

¹⁸ Levy, *Love and Sex with Robots*, 288 i n.; Jonathan Coopersmith, „Pornography, videotape, and the Internet” *IEEE Technology and Society Magazine*, nr 1 (2000): 27–34. doi.org; Uzupełniająco zob. dokument filmowy z 2017 r. *The Sex Robots Are Coming* (reż. Nick Sweeney) o producencie *RealDoll* – Rebecca Nicholson, *The Sex Robots Are Coming review – Who’d have thought they’d have a soft Scottish accent?*. theguardian.com.

Koncentracja na powyższych aspektach bliższa jest jednak traktowaniu ich jako zaledwie kolejnego gadżetu erotycznego. Natomiast oś dla rozważań o robotach jako istotach humanoidalnych to wyjście poza zakres robotów przemysłowych, usługowych, towarzyszących lub opiekuńczych. Zjawisko można w skrócie opatrzeć ewoluowaniem robotów od pracowników fizycznych do umysłowych, czyli posiadających cechy ludzkie, tj. różnicujące je od pozostawiania rzeczą^[19]. Zaawansowane projekty robotów humanoidalnych zakładają m.in. pozyskiwanie sztucznej skóry za użyciem elastycznych polimerów oraz wykazywanie aż 77 wzorców zachowań ludzkich^[20]. Nie dziwi zatem, że roboty generują coraz to liczniejsze przypadki „samodzielnosci”, które zaskakują nawet samych twórców. W 1997 roku szachowa maszyna Deep Blue pokonała ówczesnego mistrza świata w szachach Garry’ego Kasparowa^[21]. Zachowania zbliżone do działania umysłu ludzkiego przejawiał także wyposażony w sztuczną inteligencję robot Grace (Uniwersytet Carnegie-Mellon), który samodzielnie zarejestrował się na konferencję naukową^[22]. Z kolei pejoratywny charakter niekontrolowanych działań to przede wszystkim kazus chatbota Tay (Microsoft), który zamieścił wpisy podważające istnienie Holocaustu, gloryfikujące Hitlera, będące przejawem rasizmu wobec obywateli Meksyku i Żydów oraz nazywające feminizm rakiem^[23]. Zaś kierunek dla wizerunku humanoida oddaje wynalazek z Hongkongu – Sophie (Hanson Robotics), która już od kilku lat jest obywatelką Arabii Saudyjskiej, a tym samym pierwszym robotem o takim statusie prawnym^[24].

Na tej podstawie wyróżnia się dwie kategorie robotów, z którymi człowiek może chcieć zawrzeć związek: (1) android (robot humanoid) – robot wygląda i zachowuje się na wzór podobieństwa człowieka; (2) cyborg

¹⁹ Podobnie Goldfeder, Razin, „Robotic Marriage and the Law”, 138.

²⁰ Joel Achenbach, *Programmed for Love*. washingtonpost.com; Por. z dowolnym robotem o wykorzystaniu *strictie* przemysłowym, np. składającym krzesło z IKEA – zob. Francisco Suárez-Ruiz et al., „Can robots assemble an IKEA chair?” *Science Robotics*, nr 17 (2018), el. doi.org.

²¹ Murray Campbell et al., „Deep Blue” *Artificial Intelligence*, nr 1-2 (2002): 57-83. doi.org.

²² Achenbach, *Programmed for Love*, el.

²³ Kamil Mamak, *Prawo karne przyszłości* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 81 i n.

²⁴ Szerzej o „ludzkich” dokonaniach Sofi – zob. Ryznar, „Robot Love”, 354; Twórcy zapowiedzieli dalszą produkcję tożsamyh robotów – zob. Jesus Retto, *Sophia, first citizen robot of the world* (Lima: ResearchGate, 2017). researchgate.net.

(cybernetyczny organizm) – sztuczna inteligencja zastępuje ludzki mózg, ale reszta organizmu (ciała) pozostaje względnie normalna^[25].

Przedmiot artykułu opiera się na pierwszej kategorii oraz zawęża ją do androidów o alternatywnych funkcjach, tj. robota erotycznego lub humanoida jako partnera życiowego (małżonka)^[26].

3 | Potencjalne perspektywy prawne

Wskutek prognoz w obszarze relacji z robotami humanoidalnymi można założyć trzy odmienne scenariusze. Zaprezentowana kolejność uzależniona jest od prawdopodobieństwa ich materializacji: (1) w drodze stosowania obowiązujących już norm nastąpi jedynie adekwatne rozszerzenie wykładni prawa na relacje ludzko-robotyczne; (2) wymagane będzie znowelizowanie poszczególnych przepisów o wzmianki odnoszące się bezpośrednio do relacji ludzko-robotycznych, w szczególności w gałęzi prawnokarnej; (3) ustanowiony zostanie odrębny aktu prawny regulujący relacje ludzko-robotyczne^[27]. Spełnienie któregośkolwiek z powyższych wariantów legislacyjnych jest ściśle powiązane z faktycznym stopniem upowszechnienia zjawiska emocjonalnych i seksualnych relacji ludzko-robotycznych.

Badając bieżący stan prawny z myślą o humanoidach, należy zwrócić uwagę na opracowaną przez Parlament Europejski w 2017 roku rezolucję w zakresie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki^[28], w której

²⁵ Podział za Goldfeder, Razin, „Robotic Marriage and the Law”, 151 i n.; „Android” w: *Online Etymology Dictionary*. etymonline.com; „Cyborg” [w:] *Online Etymology Dictionary*, etymonline.com.

²⁶ Podział pomocniczy Amuda, Tijani, „Ethical and Legal Implications of Sex Robot: An Islamic Perspective”, 20 i n.; Por. szczególnie opis hipotetycznego 40-letniego związku partnerskiego człowieka z robotem, zaproponowany przez Kamil Mamak. „Should criminal law protect love relation with robots?” *AI & Society* (2022): 1 i n. doi.org.

²⁷ O podobnym rozwiązaniu dyskutowano już w 2006 r. w Korei Południowej – zob. Amuda, Tijani, „Ethical and Legal Implications of Sex Robot: An Islamic Perspective”, 20.

²⁸ Uzasadnienie do Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 16 lutego 2017 r. zawierające zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki (2015/2103(INL)), dalej: Rezolucja PE.

uwzględniono pojęcie statusu osoby elektronicznej – docelowo przyznanego najbardziej rozwiniętym androidom^[29]. W dokumencie dokonano również zdefiniowania i sklasyfikowania inteligentnych robotów^[30], m.in. robotów do opieki czy robotów medycznych^[31]. W treści dokumentu wielokrotnie pada odwołanie do zasad i standardów etycznych, nie tylko w fazie użytkowej, ale już projektowej, przez co zalecane jest powołanie Komitetu etycznego ds. badań w przedmiocie robotyki^[32].

Natomiast skupiając się na instytucji małżeństwa oraz porządku prawnym o szczeblu krajowym – zgodnie z normami wyrażonymi przez przepisy art. 18 Konstytucji RP oraz art. 1 par. 1 k.r.o.^[33] – nie jest możliwe zawarcie prawnie wiążącego małżeństwa między człowiekiem a robotem, ponieważ instytucja małżeństwa zarezerwowana jest dla ludzi oraz par zróżnicowanych płciowo^[34]. Wykładnia ta nie przeczy jednak prawu człowieka do stosunków seksualnych z robotem, a nawet prawu człowieka do pozostawania z robotem w związku kohabitacyjnym. Zjawisko korzysta z uprawnienia prawnej ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz uprawnienia do decydowania o swoim życiu

²⁹ Odpowiedzialność, ust. 59, lit. f Rezolucji PE.

³⁰ Szerzej o wymaganych cechach, zob. Zasady ogólne dotyczące rozwoju robotyki i sztucznej inteligencji do celów cywilnych, ust. 1 Rezolucji PE.

³¹ O funkcji terapeutycznej (rehabilitacyjnej) robotów, z myślą o pacjentach borykających się z medycznie zdiagnozowanymi trudnościami w aktywności seksualnej, zob. (1) Oliver Bendel, „Sex Robots from the Perspective of Machine Ethics”, [w:] *Love and Sex with Robots*, red. Adrian David Cheok, Kate Devlin, David Levy (London: Springer, 2017), 17 i n.; (2) Nancy S. Jecker, „Nothing to be ashamed of: sex robots for older adults with disabilities” *Journal of Medical Ethics*, nr 47 (2021): 26–32. doi.org.

³² Być może organ kierowałby się m.in. zasadami Asimova, o których wspomina większość badaczy robotyki, zob. np. Mamak, *Prawo karne przyszłości*, 70. O tym, że Europa pręźnie rozwija linie produkcyjne (sprzedażowe) robotyki, a tym samym dąży do pozycji lidera wobec ram etycznych i prawnych, zob. lit. D, Wprowadzenie Rezolucji PE.

³³ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1359), dalej: k.r.o.

³⁴ Szerzej o heteroseksualności i monogamiczności instytucji małżeństwa oraz poddawaniu tych instytucjonalnych cech dyskusji doktrynalnej, zob. Lech Garlicki, „art. 18”, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, wyd. 2, red. Marek Zubik (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2016), pkt 5, LEX/el.; zaś o charakterystyce małżeństwa według k.r.o. – zob. Tomasz Sokołowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu* (Poznań: Ars Boni et Aequi, 2013), 30 i n.

osobistym – na mocy art. 47 Konstytucji RP, analogicznie do związków jednopłciowych czy prostytucji etc.^[35]

Relacje ludzko-robotyczne w demokratycznym państwie interpretowane będą zatem jako raczej legalne. Przeszkodą dla odmiennego stanowiska jest konstytucyjne ograniczenie w regulowaniu tak intymnych spraw, pozornie prywatnych, jak właśnie wolność seksualna i obyczajność^[36]. Chociaż kwestie karnoprawne rzadko kiedy nie zachęcają do polemiki – każdorazowe odejście od utartego wzorca zachowania społecznego można odbierać z jednej strony jako postęp, zaś z drugiej strony jako dewiację^[37]. Jednakże prawo karne jako *ultima ratio* jest bezpośrednim wyrazem negatywnej oceny prawodawcy wobec poszczególnych czynów, traktowanych jako zabronionych^[38]. Odnosząc się do relacji seksualnych człowieka z robotem, za wystarczające byłoby przyjęcie kwalifikacji na wzór praktyk BDSM i innych fetyszy seksualnych. Nawet potraktowanie obcowania płciowego z androidem jako perwersji nie implikuje postulowania o kryminalizacji, tak jak ma to miejsce w przypadku gerontofilii, dendrofilii, agalmatofilii i innych zaburzeń preferencji seksualnych. Z kolei ze względu na fakt pozostawiania przez robota rzeczą, trudno porównywać czynności seksualne z jego wykorzystaniem do częściowo penalizowanej zoofilii (art. 202 par. 3 k.k.) albo penalizowanej pedofilii (art. 200 k.k.).

³⁵ Podobnie zakłada nawet restrykcyjne prawo islamskie (szariat) – zob. Amuda, Tijani, „Ethical and Legal Implications of Sex Robot: An Islamic Perspective”, 25.

³⁶ Stąd przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (rozdział xxv, Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2345 z późn. zm.), dalej: k.k.) spotykają się z takim dylematem, tak chociażby Kaja Ptak, „Granice racjonalnego prawotwórstwa. Prawo i moralność wobec perwersji seksualnych” *Przegląd Prawa Publicznego*, nr 12 (2017): 27 i n., rozdz. 4 i 5. sip.lex.pl.

³⁷ Zasadniczo wyróżniamy dwa skrajne podejścia do seksualności człowieka – o ile etyka restrykcyjna zakłada istnienie jednego właściwego moralnie wzorca zachowań seksualnych, o tyle etyka permissywna uważa, że każda relacja oparta na dobrowolnej zgodzie partnerów nie jest sprzeczna z zasadami moralnymi, zob. J. Stelmach et al. w: Ptak, „Granice racjonalnego prawotwórstwa. Prawo i moralność wobec perwersji seksualnych”, 25.

³⁸ Lech Garlicki, „Prawo karne jako *ultima ratio*. Zasada i praktyka jej stosowania”, [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga Jubileuszowa profesor Eleonory Zielińskiej*, red. Barbara Namysłowska-Gabrysiak, Katarzyna Syroka-Marczewska, Anna Walczak-Żochowska (Warszawa: C.H. Beck, 2016), 81 i n. Aczkolwiek ocena ta ulega wpływom procesów społecznych, co doskonale obrazuje, np. narastająca dekryminalizacja przestępstwa bigamii (art. 206 k.k.) – zob. Lech Gardocki, *Prawo karne* (Warszawa: C.H. Beck, 2021), 288.

Zważywszy na względy etyczne^[39], na ewentualną kryminalizację zastraszyć może skrajny przykład robotów seksualnych z wizerunkiem dzieci, docelowo przeznaczonych jako substytut dla ujęcia przestępczych popełnień seksualnych o charakterze pedofilskim^[40]. Zaś z zamiarem ochrony małoletnich, wymagane byłoby traktowanie dostępu do robotów seksualnych z tożsamym ograniczeniem wiekowym, jak to ma miejsce przy okazji produktów erotycznych czy pornograficznych. Niemniej zrzeczenie usług robotów seksualnych w ramach domów publicznych i czerpanie korzyści finansowych z „nierządu” robotów nie wypełni znamion przestępstwa sutenerstwa (art. 204 k.k.). Człowiek jako właściciel humanoida poniesie jednak odpowiedzialność karną za naruszenia dóbr prawnie chronionych, które mogą wystąpić w toku użytku robota o przeznaczeniu seksualnym. W zależności od stanu faktycznego przypisanie sprawstwa może objąć zarówno użytkownika, jak i podmioty związane z dostępnością androidów (programiści, producenci i sprzedawcy)^[41]. Obecnie najbardziej realne zagrożenie to narażenie na naruszenie danych przetwarzanych i gromadzonych przez roboty seksualne, co wynikać może z oprogramowania rejestrującego obraz lub dźwięk, a przy tym tożsamość użytkowników w celach tzw. profilowania^[42].

³⁹ Szerzej o etyce ram prawnych dla robotów seksualnych, zob. (1) Yulianto, Shidarta, „Philosophy of Information Technology: Sex Robot and Its Ethical Issues”, 1148 i n.; (2) Amuda, Tijani, „Ethical and Legal Implications of Sex Robot: An Islamic Perspective” 20; (3) Ryznar, „Robot Love”, 355 i n.

⁴⁰ Zob. wypowiedź R. Arkin w: Charles Q. Choi, *Sex and marriage with robots? It could happen*. nbcnews.com; Por. publikację feministycznej Kampanii Przeciwko Sex Robotom, która postuluje nawet o zakazie robotów seksualnych z wykorzystaniem wizerunku kobiet – *Man-Made Women. The Sexual Politics of Sex Dolls and Sex Robots*, red. Kathleen Richardson, Charlotta Odland (Cham: Palgrave Macmillan, 2022).

⁴¹ Mamak, *Prawo karne przyszłości*, 93 i n., 98 i n. – porównuje to do stanu prawnego wobec przypisywania odpowiedzialności kierowcy-sprawcy wypadku, który nie zachowuje należytej ostrożności przy korzystaniu z systemów wspomagających, np. asystenta parkowania czy tempomatu. Wina może wynikać z umyślności sprawcy, np. hakowania samochodów autonomicznych, ale i nieumyślności, np. błędach w oprogramowaniu.

⁴² Dane algorytmiczne mogą nawet odpowiadać za dopasowanie do człowieka poszczególnego robota, zob. (1) Yulianto, Shidarta, „Philosophy of Information Technology: Sex Robot and Its Ethical Issues”, 1148 i n.; (2) Lynne Hall, „Sex with Robots for Love Free Encounters”, [w:] *Love and Sex with Robots*, red. Adrian David Cheok, Kate Devlin, David Levy (London: Springer, 2017), 128 i n.

Zakładając bardziej rewolucyjny wariant, tj. odpowiedzialności karnej po stronie humanoidów, w wyniku przyznania robotom podmiotowości (elektronicznej) nie dziwiłoby przekonanie, że robot mógłby nawet podżegać do popełnienia przestępstwa czy zagrażać zdrowiu lub życiu człowieka, tak samo jak drugi człowiek^[43]. Wśród robotów seksualnych pierwszorzędnie kojarzonym zdarzeniem zdaje się zgwałcenie (art. 197 k.k.) bądź doprowadzanie do śmierci człowieka w trakcie obcowania płciowego (art. 148 k.k.). Wówczas niewątpliwym wyzwaniem byłoby dostosowanie środków karnych do specyfiki sprawców-robotów^[44]. W drugiej kolejności nasuwa się możliwość popełnienia przestępstwa bigamii (art. 206 k.k.), jeżeli jedna ze stron w aktualnie rozumianym małżeństwie zawarłaby również formalny związek z robotem. Aczkolwiek czy za występki odpowiadałyby tylko człowiek, czy także humanoid, który posłubił więcej niż jednego człowieka tudzież równocześnie człowieka i robota?

Hipotetycznie zmianie może ulec też cywilnoprawny status androidów. Wówczas punkt zapalny stanowiłoby rozstrzygnięcie, czy godne byłoby niejako zrównanie człowieka z humanoidem poprzez traktowanie obu jako osób fizycznych?^[45] Czy wobec tego złotym środkiem okaże się stworzenie przez prawo dodatkowego określenia – osoby elektronicznej? Czy przyznanie statusu, ewentualnie nadanie ważności oświadczeniom woli robota, warunkowałyby test Turinga?^[46] Jak rzutowałyby to na rozumienie

⁴³ Ryznar, „Robot Love”, 353 – charakteryzuje roboty jako „wyrafinowanie humanoidalne”; O stosowaniu w przyszłości prawa karnego także wobec robotów, m.in. o odpowiedzialności za słowa, zob. Mamak, *Prawo karne przyszłości*, 89, 81 i n.; Zaś o odpowiedzialności za zawierane kontrakty i popełnione czyny zabronione, zob. Goldfeder, Razin, „Robotic Marriage and the Law”, 144.

⁴⁴ Por. P. Asaro w: Mamak, *Prawo karne przyszłości*, 89. Z kolei Kamil Mamak wymienia: zresetowanie (lub trwale wyłączenie) jako substytut kary śmierci; czasowe wyłączenie robota, co odpowiadałoby karze pozbawienia wolności oraz odkręcenie części, ażeby uniemożliwić poruszanie i przemieszczenie się. Najsukuczniejsze mogą okazać się jednak kary ograniczenia wolności (prace społeczne), tak chociażby G. Hallevy w: *ibidem*, 90.

⁴⁵ Por. Delsol, *Kamienie węgielne. Na czym nam zależy?*, 70 – „(...) na porządku dziennym stoi problem statusu osoby. Aby uratować nienaruszalną godność człowieka [art. 30 Konstytucji RP – przyp. MB], trzeba bronić wiary w to, że ludzka jednostka jest osobą”.

⁴⁶ Twierdząco odpowiada Ryznar, „Robot Love”, 367; co słusznie kwestionują Goldfeder, Razin, „Robotic Marriage and the Law”, 172 – zob. fragment o słynnym eksperymencie myślowym „Chinese Room” Johna Searle’a – zob. *ibidem*, 163 i n. Por. Kamil Mamak, „Źródła statusu moralnego robotów”, [w:] *Blade Runner. O prawach quasi-człowieka*, red. Kamil Zaidler (Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu

zdolności prawnej oraz zdolności do czynności prawnych? Czy robota również należałoby kategoryzować ze względu na jego wiek? Czy odpowiadałby on ludzkiemu, więc zastosowanie znalazłby np. przepis dotyczący przeszkody wieku przy zawarciu małżeństwa? Czy płęć androida różniana byłaby poprzez odpowiednio żeńskie albo męskie sztuczne genitalia? Jak inaczej określić, czy robot zajmuje stronę kobiety albo mężczyzny w formalnym związku? A gdyby już do zawarcia małżeństwa doszło, to czy analogicznie stosowane byłyby małżeńskie ustroje majątkowe? Z kolei, czy w przypadku potomstwa robot posiadałby prawa do opieki nad dziećmi? Czy robot byłby uznany za ojca dziecka z racji małżeńskiego domniemania ojcostwa? Co jeżeli robot zostałby jedynie wykorzystywany przy sztucznym wspomaganiu prokreacji?^[47] Nie można również wykluczyć ustania małżeństwa w wyniku śmierci małżonka albo rozwodu. Czy robot mógłby wtedy sklonować dziecko, ażeby móc opiekować się robotyczny klonem? Myśląc jeszcze szerzej, kto jest słabszą stroną, podlegającą ochronie w małżeństwie człowieka z robotem? Zakładając, że istniałyby związki ludzko-robotyczne, to czy stanowi to jednocześnie furtkę wobec prawa robotów do poślubiania siebie nawzajem i tworzenia w pełni robotycznych rodzin? Jak wówczas interpretować zdradę małżeńską?^[48] Pomimo, że „małżeństwo

Gdańskiego, 2021), 144 – „Nie mamy dostępu do umysłu innych ludzi, a co dopiero do wewnętrznego życia robotów”. Stąd postępowanie zgodnie z wyuczonymi instrukcjami nie może równać się ze zrozumieniem, tj. intencjonalnością. Zwolennicy decyzyjności robotów bronią, że człowiek również jest programowany przez system edukacji, która przekłada się na wartości społeczne. Abstrahując od tego niefortunnego porównania, ujednoznacznic należy, że test Turinga nie rozstrzygnie, czy roboty są zdolne do wyboru partnera, w tym do generowania uczuć, na czele z poczuciem odpowiedzialności – podobnie Goldfeder, Razin, „*Robotic Marriage and the Law*”, 152.

⁴⁷ Spełnianie przez humanoidy funkcji reprodukcyjnej oznacza postrzeganie robotów jako inkubatory sztucznie modyfikujące życie ludzkie, a więc stojące w sprzeczności z rozumieniem prokreacji w małżeństwie. Szerzej o stanowisku Augustyńskiego – zob. Robert Peter George, *Zderzenie ortodoksji. Kryzys prawa, religii i moralności*, przeł. Michał J. Czarnecki (Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019), 114 i n.

⁴⁸ Por. całość za regulacjami (1) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1740 z późn. zm.); (2) k.r.o. Por. całość także za dyskursem (1) Ryznar, „*Robot Love*”, 357 i n. – zestawienie zagadnienia z ramami prawa rodzinnego w Stanach Zjednoczonych; (2) Goldfeder, Razin, „*Robotic Marriage and the Law*”, 139 i n.; (3) Rachel Maines, „*Love + Sex With Robots: The Evolution of Human-Robot Relationships* (Levy, D.; 2007) [Book Review]” *IEEE Technology and Society Magazine*, nr 4 (2008): 10 i n. doi.org; (4) Amuda, Tijani, „*Ethical and Legal Implications of Sex Robot: An Islamic Perspective*”, 19 i n.

roboty z człowiekiem nie dotyczy [i długo jeszcze nie będzie dotyczyć – MB] praw robota, ale prawa człowieka do wyboru poślubienia robota^[49], tak odległa dyskusja o prawach robotów może być następstwem przyzwolenia na związki (małżeństwa) ludzko-robotyczne oraz równoległe upodmiotowienie prawnego statusu robota^[50].

4 | Uwagi końcowe

Relacjom pomiędzy człowiekiem a robotem towarzyszy zdecydowana złożoność. Inaczej należy postrzegać okazjonalne albo nawet trwające permanentnie kontakty seksualne z androidem niż ludzko-robotyczną zażyłość na miarę kohabitacji albo wręcz substytutu małżeństwa. Jeżeli trend społecznej fascynacji obejmie czynności seksualne z udziałem humanoidów, to w następstwie może zrodzić ludzką potrzebę więzi emocjonalnej z robotem, z którym człowiek będzie pozostawał we wspólnym pożyciu. Nieformalne związki ludzko-robotyczne umiejscawia się w sferze wolności seksualnej i obyczajnej człowieka. Z kolei argumentowanie za pozostawieniem przywilejów instytucji małżeństwa wyłącznie dla ludzi (z wykluczeniem humanoidów) wynika z przeświadczeń socjologicznych. Jak konstatuje Marek Rymśa – „małżeństwo nie jest sprawą prywatną”^[51]. Ponadto, pomimo wrażliwości prawa na zmiany „zdrowe prawo (...) nie chce być moralnie neutralne”^[52]. Z jednej strony działania prawodawcze stanowią wyraz odpowiedzi na zastaną rzeczywistość. Zaś z drugiej strony ustanowione normy kształtują przekonania, które przecież determinują zachowania społeczne^[53]. W imię przeświadczenia, że jednym z podstawowych zadań państwa jest umiejętne wyważenie interesów ogółu społeczeń-

⁴⁹ Cyt. za: G. Marchant w: Goldfeder, Razin, „Robotic Marriage and the Law”, 140.

⁵⁰ Zob. szczególnie (1) Mamak, *Źródła statusu moralnego robotów*, 139–154 oraz (2) Mamak, „Should criminal law protect love relation with robots?”, 1–10.

⁵¹ Cyt. za: Marek Rymśa, „Małżeństwo nie jest sprawą prywatną” *Więź*, nr 11–12 (2009/17), el. wiesz.pl. „Państwo nie zaprojektowało instytucji małżeństwa. Nie jest ono też wytworem religii. (...) Kulturowo osłabiona, a ważna społecznie, instytucja małżeństwa powinna otrzymać od państwa ochronę i opiekę” (ibidem).

⁵² Cyt. za: George, *Zderzenie ortodoksji. Kryzys prawa, religii i moralności*, 126.

⁵³ Podobnie Sherif Girgis et al., *Czym jest małżeństwo? W obronie związku mężczyzny i kobiety*, przeł. Michał Filipczuk (Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019), 95.

stwa z interesami indywidualnymi, należy jednoznacznie opowiedzieć się za krytyką małżeństwa człowieka z robotem. W związku małżeńskim jako doniosłej instytucji prawnej nie ma miejsca na instrumentalizację stosunku seksualnego, która stanowi prymarną cechę związków niemałżeńskich^[54], w tym także związku człowieka z robotem.

Antropomorfizacja androidów wykazuje cechy wspólne z przykładami quasi-małżeństw uchodzących za nihilistyczne – w odniesieniu do tradycyjnego rozumienia tejże instytucji^[55]. Różnicą pozostają fakt, że proces „oswajania” nieheteroseksualnych i niemonogamicznych związków wciąż ograniczony jest do czynnika ludzkiego. Propozycję relacji z robotem cechuje o wiele znaczniejsza atrakcyjność, która może jeszcze gwałtowniej wyzwolić nowy ruch – roboseksualizm. Mowa nie tylko o ludzkiej ciekawości wobec nowych doznań, lecz przede wszystkim o zaprogramowaniu partnera seksualnego, a nawet życiowego. Wskazane możliwości technologiczne, które oferowałyby zaspokojenie oczekiwań (i to nie tylko seksualnych) nie mogą równać się z doświadczeniem pojedynczego człowieka^[56]. Ta poniekąd inżynieria rodziny (małżeństwa) tylko wzmaga trudność z oszacowaniem dalekosiężnych konsekwencji społecznych, w tym prawnych. W oparciu o literaturę antropologiczną dostrzec można nawet zapowiedź nieodwracalnych zmian w cywilizacji^[57]. Demonizacja humanoidów związana jest z wizją postępującej dehumanizacji, która zatrze zdolności rozróżniania relacji międzyludzkich od międzyrobotycznych oraz skutkować będzie utratą kontroli nad humanoidami^[58]. Stanowisko to słusznie racjonalizuje Kamil Mamak, podkreślając, że większym zagrożeniem wydają się nie same roboty, lecz sposób ich wykorzystania przez człowieka^[59].

Chociaż przedstawiona koncepcja nie przesądza, że małżeństwo z robotem zdominuje tudzież wyprze tradycyjny model, to poczynione

⁵⁴ George, *Zderzenie ortodoksji. Kryzys prawa, religii i moralności*, 117 i n.

⁵⁵ *Ibidem*, 112. Te same przesłanki legalizacji niektórych nietradycyjnych małżeństw, np. homoseksualnych, logicznie uzasadniają również legalizację małżeństwa ludzko-robotycznego, zob. np. Walter, „You May Kiss the AI: An Analysis of Whether Rationales for Legalizing Some Nontraditional Marriages Also Justify Legalizing Human-Robot Marriage”, 353.

⁵⁶ Choi, *Sex and marriage with robots? It could happen*, el.

⁵⁷ Richardson, „The asymmetrical »relationship«: parallels between prostitution and the development of sex robots”, 290 i n.; zob. także wypowiedź R. Arkin, cyt. za: Choi, *Sex and marriage with robots? It could happen*, el.

⁵⁸ Achenbach, *Programmed for Love*, el.

⁵⁹ Mamak, *Prawo karne przyszłości*, 71.

porównania mogą spotkać się z zarzutem hiperbolizacji. Jednak, jak dowodzi historia, granica tolerancji społecznej określonych zjawisk ulega stalemu przesunięciu wskutek presji poszczególnych środowisk^[60]. Zdaniem autora niniejszego artykułu, dyskusja o potrzebie ochrony (nie tylko instytucji małżeństwa) przed wpływem humanoidów ma szansę na upowszechnienie jeszcze w XXI wieku. Finalna refleksja nie sprowadza się zatem do pytania, czy czeka nas kolejne życie – *homo roboticus*, lecz jak możemy się na *homo roboticus* przygotować?^[61]

Bibliografia

Achenbach Joel, *Programmed for Love*. washingtonpost.com.

Amuda Yusuff Jelili, Ismaila B. Tijani, „*Ethical and Legal Implications of Sex Robot: An Islamic Perspective*” *OIDA International Journal of Sustainable Development*, nr 6 (2012): 19–28. ssrn.com.

Bali *Teenager Passes Out Marrying Cow He Had Sex With*. jakartaglobe.id.

Bendel Oliver, „*Sex Robots from the Perspective of Machine Ethics*”, [w:] *Love and Sex with Robots*, red. Adrian David Cheok, Kate Devlin, David Levy. 17–26. London: Springer, 2017.

British Woman Marries Dolphin. foxnews.com.

Campbell Murray, A. Joseph Hoane Jr., Feng-hsiung Hsu, „*Deep Blue*” *Artificial Intelligence*, nr 1–2 (2002): 57–83. doi.org.

Choi Charles Q., *Sex and marriage with robots? It could happen*. nbcnews.com.

⁶⁰ O „wzmózonej” presji regulacyjnej już u schyłku XX w., zob. Smyczyński, „Prawa człowieka a prawa rodziny (Watykan, 22–24 X 1998)”, 96; Uzupełniając zob. Jakub Pawliczak, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2014), 29 i n.; Por. *kazus Szwecji, którą w wyniku fali rejestrowania zawartych za granicą małżeństw poligamicznych, podjęła zmiany prawne, celem zapobiegania ich dalszego uznawania*, zob. Ministry of Justice, *New rules against foreign polygamous marriages*. government.se.

⁶¹ O tym, że *homo sapiens* nie jest ostatnim gatunkiem, zob. Yulianto, Shidarta, „*Philosophy of Information Technology: Sex Robot and Its Ethical Issues*”, 1149. Konkluzję wobec świadomego dążenia ludzkości do *homo roboticus* wystarczy zamknąć w uwadze francuskiej filozof Chantal Delsol – „*Nowoczesny racjonalny człowiek to (...) ktoś powierzchowny, oddający się rozrywce (...) Zastanawiam się, czy ten sapiens jest naprawdę sapiens sapiens?*”, cyt. za: Delsol, *Kamienie węgielne. Na czym nam zależy?*, 295.

- Coopersmith Jonathan, „Pornography, videotape, and the Internet” *IEEE Technology and Society Magazine*, nr 1 (2000): 27–34. doi.org.
- Delsol Chantal, *Kamienie węgielne. Na czym nam zależy?*, przeł. Małgorzata Kowalska. Kraków: Znak, 2018.
- Europe’s First Sex Doll Brothel*. vice.com.
- Gardocki Lech, *Prawo karne*. Warszawa: C.H. Beck, 2021.
- Garlicki Lech, „art. 18”, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, wyd. 2, red. Marek Zubik. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2016, LEX/el.
- Garlicki Lech, „Prawo karne jako ultima ratio. Zasada i praktyka jej stosowania”, [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga Jubileuszowa profesor Eleonory Zielińskiej*, red. Barbara Namysłowska-Gabrysiak, Katarzyna Syroka-Marczewska, Anna Walczak-Żochowska. 81–88. Warszawa: C.H. Beck, 2016.
- George Robert Peter, *Zderzenie ortodoksji. Kryzys prawa, religii i moralności*, przeł. Michał J. Czarnecki. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019.
- German man ‘marries’ his dying cat*. news.bbc.com.uk.
- Girgis Sherif, Ryan Timothy Anderson, Robert Peter George. *Czym jest małżeństwo? W obronie związku mężczyzny i kobiety*, przeł. Michał Filipczuk. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019.
- Girl weds dog to break ‘evil spell’*. news.bbc.co.uk.
- Goldfeder Mark, Yosef Razin, „Robotic Marriage and the Law” *Journal of Law and Social Deviance*, nr 10 (2015): 137–176. heinonline.org.
- Gołaczyński Jacek, *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa: C.H. Beck, 2017.
- Hall Lynne, „Sex with Robots for Love Free Encounters”, [w:] *Love and Sex with Robots*, red. Adrian David Cheok, Kate Devlin, David Levy. 128–136. London: Springer, 2017.
- Huang Kristin, *Chinese engineer ‘marries’ robot after failing to find a human wife*. scmp.com.
- Jecker Nancy S. „Nothing to be ashamed of: sex robots for older adults with disabilities” *Journal of Medical Ethics*, nr 47 (2021): 26–32. doi.org.
- Joshi Shamani, *Man Who Married His Sex Doll Opens up About His Marriage*, vice.com.
- Klesse Christian, „Polyamory: Intimate practice, identity or sexual orientation?” *Sexualities*, nr 1–2 (2014): 81–99. doi.org.
- Levy David, „Why Not Marry a Robot?”, [w:] *Love and Sex with Robots*, red. Adrian David Cheok, Kate Devlin, David Levy. 3–13. London: Springer, 2017.
- Levy David, *Love and Sex with Robots*. United States: Harper Perennial, 2007.
- Lloyd Seth, *Wired for romance*. latimes.com.
- „Man marries goat” *captivates millions*. telegraph.co.uk.

- Maines Rachel, „Love + Sex With Robots: The Evolution of Human-Robot Relationships (Levy, D.; 2007) [Book Review]” *IEEE Technology and Society Magazine*, nr 4 (2008): 10–12. doi.org.
- Mamak Kamil, „Should criminal law protect love relation with robots?” *AI & Society* (2022): 1–10. doi.org.
- Mamak Kamil, „Źródła statusu moralnego robotów”, [w:] *Blade Runner. O prawach quasi-człowieka*, red. Kamil Zaidler. 139–154. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 2021.
- Mamak Kamil, *Prawo karne przyszłości*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Man in India Marries Dog to Aton for Stoning to Death Mating Canines*. foxnews.com.
- Man-Made Women. The Sexual Politics of Sex Dolls and Sex Robots*, red. Richardson, Kathleen, Odland, Charlotta. Cham: Palgrave Macmillan, 2022.
- Miller Alan L., „The Woman Who Married a Horse: Five Ways of Looking at a Chinese Folktale” *Asian Folklore Studies*, nr 2 (1995): 275–305. doi.org.
- Mizerski Rafał, „Prawa człowieka a poligamia” *Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego*, nr 7 (2016): 181–202. polona.pl.
- Motyka Krzysztof, „O nowej teorii prawa naturalnego, małżeństwie i wolności religii. W związku z książką Sherifa Girgisa, Ryana Thomasa Andersona i Roberta Petera George’a Czym jest małżeństwo?” *Studia z Prawa Wyznaniowego*, t. xxiv (2021): 25–66. doi.org.
- Nelson Dean, *Seven-year-old Indian girls »marry« frogs*. telegraph.co.uk.
- Nicholson, Rebecca, *The Sex Robots Are Coming review – Who’d have thought they’d have a soft Scottish accent?*. theguardian.com.
- Pawliczak Jakub, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Piskorski Justyn, „Zwierzęta i prawo karne – perspektywa antropologiczna” *Humanistyczne Zeszyty Naukowe Prawa Człowieka*, nr 18 (2015): 153–162. humanrights.com.pl.
- Ptak Kaja, „Granice racjonalnego prawotwórstwa. Prawo i moralność wobec perwersji seksualnych” *Przegląd Prawa Publicznego*, nr 12 (2017): 23–33. sip.lex.pl.
- Retto Jesus, *Sophia, first citizen robot of the world*. Lima: ResearchGate, 2017. researchgate.net.
- Richardson Kathleen, „The asymmetrical »relationship«: parallels between prostitution and the development of sex robots” *SIGCAS Computers and Society*, nr 3 (2015): 290–293. doi.org.
- Rymsza Marek, „Małżeństwo nie jest sprawą prywatną” *Więź*, nr 11–12 (2009), el. wiez.pl.
- Ryznar Margaret, „Robot Love” *Seton Hall Law Review*, nr 2 (2019): 353–374. ssrn.com.

- Silver Carole G., „Animal Brides and Grooms: Marriage of Person to Animal”, [w:] *Archetypes and Motifs in Folklore and Literature*, red. Jane Garry i Hasan El-Shamy. 93–101. Armonk-London: M.E. Sharpe, 2005.
- Smyczyński Tadeusz, „Prawa człowieka a prawa rodziny (Watykan, 22–24 X 1998)” *Państwo i Prawo*, nr 5 (1999).
- Sokołowski Tomasz, „Europejskie prawo rodzinne – pojęcie, zakres, źródła oraz wykładnia” *Europejski Przegląd Sądowy*, nr 5 (2006): 4–13.
- Sokołowski Tomasz, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*. Poznań: Ars Boni et Aequi, 2013.
- South Paul, „Fundamentalist Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Wisan” *The Urban Lawyer*, nr 3 (2011): 912–913.
- Suárez-Ruiz Francisco, Zhou Xian, Pham Quang-Coung, „Can robots assemble an IKEA chair?” *Science Robotics*, nr 17 (2018), el. doi.org.
- Szczuka Jessica M., Nicole C. Krämer, „Influences on the Intention to Buy a Sex Robot”, [w:] *Love and Sex with Robots*, red. Adrian David Cheok, Kate Devlin, David Levy. 77–83. London: Springer, 2017.
- Szukalski Piotr, „Rejestrowane związki osób tej samej płci we współczesnej Europie” *Dysfunkcje Rodziny. Roczniki Socjologii Rodziny*, t. XXI (2011): 169–184. repozytorium.amu.edu.pl.
- Szukalski Piotr, „Rodzina przyszłości w perspektywie demograficznej”, [w:] *Nowy ład? Dynamika struktur społecznych we współczesnych społeczeństwach*, red. Ewa Rokicka, Jolanta Grotowska-Leder. 411–427. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego 2013.
- Walter Nicholas J., „You May Kiss the AI: An Analysis of Whether Rationales for Legalizing Some Nontraditional Marriages Also Justify Legalizing Human-Robot Marriage” *Jurimetrics*, nr 3 (2020): 353–380. proquest.com.
- Yulianto Budi Shidarta, „Philosophy of Information Technology: Sex Robot and Its Ethical Issues”, [w:] *Rapid Automation: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*, red. Management Association, Information Resources. 1458–1467. Hershey: IGI Global 2019. doi.org.
- Zarejestrowane związki partnerskie. europa.eu.



KRZYSZTOF W. BARAN

General Clauses and the Abuse of Subjective Right in the Polish Labor Code

The article is devoted to general clauses regulating abuse of law in the Polish Labor Code. The author defined the meaning of the concept of a general clause and its functions. He also discussed the legal mechanism of the functioning of the socioeconomic abuse of law category and principles of social coexistence in individual and collective labor law.

KRZYSZTOF W. BARAN full professor, Jagiellonian University
ORCID – 0000-0001-5165-8265 / e-mail: krzysztof.w.baran@gmail.com

KEYWORDS: general clauses, abuse of subjective right, Polish Labor Code

The issue of subjective right abuse in the Polish labor law system is of a very complex nature. The essence of the problem is whether a legal action taken by the employer or the employee, which formally falls within the objective scope of the given legal norm, is effective if it violates the *ratio laws* of a specific legal norm. In Polish law, this issue is regulated by the provisions of Art. 8 of the Labor Code, which stipulates that no right may be exercised in a manner that would be contrary to its social and economic purpose or social norms^[1]. Any such action or omission by an entitled person is not deemed an exercise of that right and is not protected by law. In its wording, this provision fully corresponds to the content of Art. 5 of the Civil Code^[2]. However, it is worth noting that its interpretation in labor law differs from that in civil law^[3].

The question of to what extent general clauses determine the application of this provision in practice is of vital importance. The starting point for further deliberations will be a closer analysis of the problems of general clauses in the Polish legal system. The views on this matter are strongly polarized. Two central positions may be distinguished here. According to the first one, these are legal provisions characterized by „the property of unclarity” and exist in legal regulations^[4], such as labor law. According to the second view, these are imprecise statutory formulations that refer to extralegal (usually ethical and moral) standards and assessments. They are often classified as formulas that generate so-called room for decision-making in applying the law^[5]. The latter concept seems more accurate about Art. 8 of the Labor Code, so that it will become the basis for further discussion here.

Ab initio, the axiological origins of Article 8 refer to the universal legal maxim formulated in *Institutions* by the Roman jurist Gaius: *male nostro*

¹ Cf. Alina Wypych-Żywicka in: *System prawa pracy*, vol. I, *Część ogólna*, ed. Krzysztof W. Baran (Warsaw: Wolters Kluwer, 2014), 1349 ff. and referenced literature, Krzysztof W. Baran in: *Kodeks pracy. Komentarz*, ed. Krzysztof W. Baran (Warsaw: Wolters Kluwer, 2022), 75 ff.

² Due to the fact that it is literally identical to art. 5 of the Civil Code, *de lege lata* the application of this provision in labor law has no justification.

³ Cf. e.g. Adam Szpunar, *Nadużycie prawa podmiotowego* (Krakow: Polska Akademia Umiejętności, 1947), *passim*; Piotr Machnikowski in: *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Edward Gniewek (Warsaw: C.H. Beck, 2008), 14 ff.

⁴ Cf. e.g. Aleksander Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej* (Warsaw: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1972), 71

⁵ Cf. e.g. Tadeusz Zieliński, *Klauzule generalne w prawie pracy* (Warsaw: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1988), 36 ff.

iure uti non debemus (we ought not to abuse our legal rights). In widely understood employment relationships, Article 8 of the Labor Code provides a specific “safety valve” in employment relationships^[6], aiming to protect the participating entities from actions performed in *fraudem honestatis* (in fraud of honesty). Thus, in practice, it may be a tool that mitigates pathologies in the work environment by applying the structure of law abuse that refers to ancient wisdom – *summum ius summa iniuria*. Hence, the norm constitutes a deviation from the classical principle *neminem laedit, qui suo iure utitur* (He who exercises his legal right inflicts upon no one any injury). In practice, Article 8 means that the given entity is deprived of the right to which it is entitled according to the provisions of subjective law. Generally, it is assumed that the person entitled exercises their rights in a lawful manner. As a result, applying the institution of law abuse weakens the principle of law certainty. It interferes with the assumption that rights are exercised in a manner consistent with their social and economic purpose and social norms. Therefore, the application of the construction of law abuse is, in principle, acceptable only as an exception and must be supported by a detailed and clear substantive justification^[7]. In particular, it has to be supported by rules that are as specific as possible, primarily referring to ethical, moral, and social issues. Due to the exceptional nature of its application, this provision authorizes the court to assess to what extent the action or omission of the entitled party is not considered to be exercising their rights and is thus not protected by law, only in an inseparable connection with all the circumstances of the analyzed case. Therefore, the Labor Court, considering the action of the given entity to abuse the law, has to demonstrate that in the given, individual, and specific situation, the typical behavior of the entity exercising their right determined by the binding legal norms cannot be accepted due to moral considerations (which determine the principles of social coexistence) because, in the specific, atypical circumstances, it threatens the fundamental values on which social order is based and which the law should serve.

Since Art. 8 was placed in the general section of the Labor Code; the entitled parties believe, based on the *rubric* argument, that this provision applies to all rights stipulated by the provisions of labor law, both individual and collective. It applies to all entities actively participating in employment

⁶ Cf. verdict of the Supreme Court of the 7.06.2017, I PK 178/16, LEX No. 2319693.

⁷ Cf. verdict of the Supreme Court of the 20.12.2013, II PK 91/13, LEX No. 1448329, thesis 1.

relationships and collective ones, such as trade unions, associations of employers, or participation organs. Moreover, I believe that it is applicable even if the entitled entity does not act personally, but a trade union or association of employers is working on their behalf. This type of interpretation option considers the principle of harmonizing normative contexts.

The hypothesis of the norm expressed in Art. 8 of the Labor Code covers instances of law abuse. This structure includes precisely those cases in which the behavior of a specific entity (such as the employee or employer) meets all formal requirements foreseen by law, yet, due to other non-legal considerations, this behavior is not worthy of legal protection. Here, it is worth referencing the statement of the Polish Supreme Court^[8], which stated that the content of the general clause provided in Art. 8 of the Labor Code is interpreted objectively, not subjectively. It does not shape subjective rights, nor does it change or modify the rights resulting from other legal provisions. This regulation authorizes the labor court to assess to what extent the entitled entity's action or omission is not considered exercising its rights and is not subject to legal protection in the given factual state.

In the objective aspect, Art. 8 of the Labor Code refers both to property and nonproperty rights of the parties to the employment relationship, regardless of the stage of their realization. In practice, exercising a specific right can constitute both a factual and a legal action. Among the latter, those that play an essential role in employment relationships are shaping rights (e.g., termination of the work and/or remuneration conditions). In light of the provisions of Art. 8 of the Labor Code, the question arises of whether it applies to procedural actions in labor law cases. Due to the substantive nature of the norm, one should adopt a heterogeneous interpretation, i.e., that it is possible only then if the procedural action aims to exercise a substantive law claim (e.g., filing a claim for the payment of remuneration). This means that it is not applied to petitions for determination in employment cases.

Article 8 of the Labor Code states explicitly that one must not use their rights in a way that would be contrary to its social and economic purpose or social norms. This provision introduces two autonomous prerequisites that restrict the exercise of rights in employment relationships. Both are of the nature of general clauses, i.e., statutory phrases without a precisely defined scope, whose meaning is determined, at least partially, based on

⁸ Cf. verdict of the Supreme Court of the 22.9.2020, I PK 197/19, LEX 3106219.

norms and assessments of a non-legal nature^[9]. In practice, this means that attempts to define them for specific circumstances are *a priori* doomed due to their semantic properties. As a result, both prerequisites allow the legal protection authorities that function in employment relationships to adapt their verdicts and decisions to specific, real-life situations^[10], and thus to treat the problem on a case-by-case basis. The assessment of whether the provisions of Art. 8 of the Labor Code are applicable in each case falls into the limits of free judicial discretion^[11], having considered the whole case^[12]. This provision introduces the necessary element of equity and flexibility in employment relationships. According to the Supreme Court^[13], Art. 8 of the Labor Code forces to make a balanced assessment. The interests and attitude of the employer are equally important. This provision moves the deliberations to extralegal territory (morality, equity, and decency).

The aim of the general clause on the social and economic purpose of a right is to protect the general social and economic interest in employment relationships. Hence, it should be interpreted in the context of the standards of social market economy. In the normative aspect, it constitutes a mechanism that restricts the abuse of rights and freedoms, also in the collective dimension, so that it may also be applied in situations of abuse of the right to strike or to protest (e.g., mass use of the “holiday on demand” by employees). Art. 8 of the Labor Code also applies to abuse related to employee participation or social dialogue. In this context, it is worth quoting the position of the Supreme Court^[14], which stated that a claim of an employee being a representative of the employer, based on the provisions of a collective agreement concluded by that employee, is not subject to protection.

⁹ Cf. Zieliński, *Klauzule generalne w prawie pracy*, passim and referenced literature. Baran in: *Kodeks pracy. Komentarz*, 75 ff.

¹⁰ Cf. decision of the Supreme Court of the 11.04.2003, I PK 558/02, OSNP 2004/16, item 283.

¹¹ Cf. verdict of the Supreme Court of the 25.04.2014, II PK 193/13, LEX No. 1495939, thesis 2; see also: verdict of the Supreme Court of the 31.05.2017, II.

¹² Cf. verdict of the Supreme Court of the 26.06.2012, II PK 275/11, MPP 2012/11, p. 584–587 and the verdict of the Administrative Court in Katowice of the 19.10.2018, III APA 56/17, LEX No. 2612145.

¹³ Cf. verdict of the Supreme Court of the 22.10.2020, II PK 93/19, LEX 3096745.

¹⁴ Cf. verdict of the Supreme Court of the 26.04.2011, II PK 271/10, LEX No. 858744.

In practice, the mechanism of the general clause of abuse of the law is fundamental in the sphere of the rights and freedoms of trade unions^[15]. In particular, it may be applied when a trade union is established only to obtain special protection of the durability of the employment relationship for its members. In this light, the view formulated in the jurisprudence of the Supreme Court states that appointing an employee as a member of the governing bodies of the trade union organization only to protect them from the termination already made by the employer may be considered contrary to the social and economic purpose of the right^[16]. Other manifestations of the so-called collegiate immunity in employment relationships (e.g., the refusal to grant consent for termination of employment without notice if an employee under special protection committed an apparent violation of the important interest of the employer) should be classified similarly. Using statutory release from work by employee representatives (Art. 31, item 3 of the Act on Trade Unions) for private purposes also enables the application of Art. 8 of the Labor Code.

The general clause of the abuse of law also fully applies to the individual rights and claims of the parties to an employment relationship. For example, it is justified to consider the situation where an employee demands a severance payment for the termination of employment in an amount that is disproportionately high to their contribution, as an abuse of the social and economic purpose of the right. The Supreme Court spoke in this vein^[17], considering the claim of an employee for the payment of additional severance payment for termination of employment before the expiry of the period specified in the employment contract or the internal documents of the company to be contrary to the social and economic purpose of the right if the employer has provided the durability of the employment guaranteed in the employment contract for the agreed period. The lump sum compensation due under the social contract for the termination of an employment contract in the period of guaranteed employment may also be considered in gross excess and subject to limitations^[18].

¹⁵ Cf. Krzysztof W. Baran, *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz* (Warsaw: Wolters Kluwer, 2010), 291.

¹⁶ Similarly: the Supreme Court in the verdict of the 30.01.2008, I PK 198/07, MPP 2008/6, p. 316.

¹⁷ Cf. verdict of the Supreme Court of the 4.06.2002, I PKN 371/01, OSNP 2004/7, item 119.

¹⁸ Cf. verdict of the Supreme Court of the 16.11.2017, I PK 274/16, LEX No. 2435670.

In practice, the abuse of the social and economic purpose of law is often directly correlated with the infringement of the rights of others or even the violation of its status. In this aspect, Art. 8 of the Labor Code realizes the universal principle *ex iniuria non oritur ius* (the law does not arise from injustice) in industrial relations. This means that a party to the employment relationship cannot effectively pursue the claims to which it is entitled if it has significantly violated its duties. In this light, the view of the Supreme Court expressed in the verdict of 17.11.1999, I PKN 366/99^[19], deserves approval. According to the judgment, the demand to return to work a member of the workplace trade union organization who, by his behavior consisting of causing an unjustified inspection and notifying the law enforcement authorities about actually nonexistent irregularities, interferes with the proper course of the work may be considered as contrary to the social and economic purpose of the right. I believe that claims of employees who have committed offenses or torts against the employer's or their coworkers' interests should be qualified similarly.

Another type of general clause decreed in Art. 8 of the Labor Code is the principles of social co-existence^[20]. In this aspect, the related issues raise doubts about the law doctrine. J. Nowacki thinks that legal norms also fall within their objective scope. However, this view did not gain complete support. The dominant opinion is that the principles of social co-existence differ from the binding legal standards. It is emphasized that the category of principles of social co-existence includes all standards except legal ones.

In the Polish labor law system, the principles of social co-existence^[21] are understood as ethical and moral standards approved by the society as part of the existing dominant system of values. However, in industrial relations, their nature is not universal. In employment relationships, these social norms may be violated both on the individual and collective level. In the second case, this occurs, especially if social partners violate the fundamental principles of honesty. An example may be when the body of a trade union or participation entity uses sensitive information obtained from the employer to benefit a competitive entity. Taking actions aimed at taking over a company's management by a group of disloyal employees may also be

¹⁹ OSNP 2002/7, item 220. More on this issue: see also: verdict of the Supreme Court of the 8.03.2013, II PK 208/12, OSNP 2013/21-22.

²⁰ Cf. Wypych-Żywicka in: *Zarys systemu prawa pracy*, 786 ff.

²¹ Ibidem.

qualified as a violation of the principles of social coexistence. According to the Supreme Court^[22], the situation where the actions of an employee are contrary to the important interest of the employer or even detrimental to the employer results in a violation of the principles of social coexistence.

In practice, regarding the violation of social norms, the provisions of Art. 8 of the Labor Code apply, first of all, to the individual (also non-contractual) employment relationship. In this context, it is worth referring to the anti-nepotism verdict of the Supreme Court of the 7.08.2001, I PKN 578/00^[23]. According to the judgment, the acceptability of pursuing claims for the protection of the durability of the employment relationship by an employee who received the appointment from the mayor, who was at the same time his father, without meeting the conditions for applying for the position, may be subject to assessment.

The violation of the principles of social coexistence on the employer's part^[24] happens very often if the employer's actions harm the employee. Thus, it seems that the Supreme Court rightfully^[25] considered the termination of the employment contract of an employee who, after many years of service, lost his health due to performing work in conditions that grossly violated the principles of occupational health and safety to be contrary to these norms. The refusal of the employer to agree to terminate an employment contract upon mutual consent may be treated similarly.

Here, it should be emphasized that not every case of lack of cooperation by the employer can be considered a violation of social norms. Here, it is worth noting that the Polish labor law system does not foresee a social norm that would oblige the employer to offer the employee work in a different position before terminating the employment contract. It is also unjustified to identify the violation of the principles of social co-existence by the employer with the deterioration of an employee's family or property situation that results from the lawful performance of legal actions. For many years, jurisprudence has emphasized that an employer who terminates the

²² Cf. verdict of the Supreme Court of the 8.03.2018, II PK 8/17, OSP 2019/1, item 7, thesis 2.

²³ OSNP 2002/4, item 91.

²⁴ Cf. Andrzej Malanowski, *Nadużycie prawa w pracowniczym stosunku pracy* (Warsaw: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1972), 201; Baran in: *Kodeks pracy. Komentarz*, 75 ff. See also: verdict of the Supreme Court of the 29.04.2005, III PK 2/05, OSNP 2005/23, item 372, thesis 2.

²⁵ Verdict of the Supreme Court of the 28.10.1998, I PKN 398/98, OSNP 1999/23, item 751.

employment contract due to the employee's unavailability (understood as the possibility to count on the employee's presence at work at the designated time) does not violate social norms. The opposite of availability understood as defined above is frequent absences of the employee that are caused by the poor health of themselves or their children, as well as other cases of justified absence, which not only lead to the need to organize ad-hoc substitutions but do not allow the employer to expect that the employee will be able to substitute another worker if necessary.

The actions of employees may also violate the principles of social co-existence. In particular, this happens if the employee demands rights or pursues disproportionate or excessive claims compared to the contribution or abuses social benefits^[26]. For example, one may state that the amount of compensation for unlawful termination of employment defined in the employment contract and pursued by the employee should not be inadequate for the damages suffered by the employee due to such wrongful termination. In my opinion, other situations where the employee demands the employing entity to pay unreasonably high compensation, e.g., for violating the principle of equal treatment, should be treated similarly^[27].

The exercise of rights in employment relationships is evaluated by the labor court in terms of the principles of social co-existence. Moreover, even the court of the second instance may analyze the compliance of the demands in the claim with social norms, even if the appeal has not raised the charges of violation of Art. 8 of the Labor Code^[28]. The assessment of whether exercising rights is contrary to social norms should be objective, as the application of the discussed regulation does not depend on the existence of fault or on its extent.

Article 8 of the Labor Code does not shape subjective rights, nor does it change or modify the rights resulting from other labor law provisions. However, it authorizes the labor court to assess to what extent, in the given factual state, the entitled party's action or omission is not considered exercising their rights and is not protected by law^[29].

Analyzing the provisions of Art. 8 of the Labor Code, it is worth reflecting on the relations between the general clause on the social and economic

²⁶ Baran in: *Kodeks pracy. Komentarz*, 75 ff.

²⁷ Cf. e.g. verdict of the Supreme Court of the 22.01.2004, I PK 203/03, OSNP 2004/22, item 386.

²⁸ Verdict of the Supreme Court of the 25.08.2004, I PK 22/03, OSNP 2005/6, item 80.

²⁹ Cf. verdict of the Supreme Court of the 22.07.2009, I PK 48/09, LEX No. 529757.

purpose of the right and the social norms clause. *De lege lata*, it is doubtless that these clauses are autonomous. However, they should always serve the purpose of satisfying claims in compliance with the ethical and moral standards that are generally binding in the work environment. In practice, this refers, in particular, to the protection of the justified interest of the employee. This interest is usually of an economic or social nature. However, a situation where there is a threat to the rights or dignity of the employee cannot be excluded. The general clauses discussed here may also be applied to the benefit of the employer in situations where the employee grossly violates their fundamental rights, for example, by obtaining unjustified property benefits. A similar violation of the law will occur if the employee interferes with the proper working process.

In the logical aspect, there is a cross-over relation between these notions. In practice, this means that certain situations may be classified only as contrary to the social and economic purpose of the right. On the contrary, others are only contrary to social norms, but some may also be considered to violate both of these clauses. This happens when the abuse of a right in employment relationships has social, economic, ethical, and moral aspects. An example of the coexistence of both prerequisites under Art. 8 of the Labor Code is when an employment contract for a probationary period is terminated immediately after conclusion, without a possibility to start the work offered.

In conclusion of the deliberations, I wish to state that general clauses play a decisive role in shaping the mechanisms of abuse of law in the Polish legal system. They directly foster the realization of the principle *iure suo utendo nemini fiat iniuria* (nobody should suffer when exercising one's right). To conclude, it is worth recalling that the Polish labor law system is also based on the universal principle *a iure nemo recedere praesumitur* (surrender of a right cannot be simply presumed). These two classical principles should remain in homeostasis in employment relationships. As a result, a person who does not perform their duties or, by their behavior (actions or omissions), violates the standards of performing tasks in labor relationships or the social norms cannot refer to their statutory or specific rights. In its consequences, the application of general clauses under Art. 8 of the Labor Code weakens the fundamental principle of the certainty of law, their application may be acceptable only in exceptional situations and requires exact substantive and formal justification.

Bibliografia

- Baran Krzysztof W., *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz* [Collective Labor Law. Commentary]. Warsaw: Wolters Kluwer, 2010.
- Kodeks cywilny. Komentarz* [Civil Code. Commentary], ed. Edward E. Gniewek. Warsaw: C.H. Beck, 2008.
- Kodeks pracy. Komentarz* [The Labor Code. Commentary], ed. K.W. Baran. Warsaw: Wolters Kluwer, 2022.
- Malanowski Andrzej, *Nadużycie prawa w pracowniczym stosunku pracy* [Abuse of the Law in Workers' Employment Relationship]. Warsaw: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1972.
- System prawa pracy* [The Labor Law System], vol. V, *Zbiorowe prawo pracy* [Collective Labor Law], ed. Krzysztof W. Baran. Warsaw: Wolters Kluwer, 2014.
- Szpunar Adam, *Nadużycie prawa podmiotowego* [Abuse of Subjective Right]. Krakow: Polska Akademia Umiejętności, 1947.
- Wolter Aleksander, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej* [Civil Law. An Outline of the General Part]. Warsaw: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1972.
- Zarys systemu prawa pracy* [The Outline of the Labor Law System], vol. I, *Część ogólna prawa pracy* [General Part of Labor Law], ed. Krzysztof. W. Baran. Warsaw: Wolters Kluwer 2010.
- Zieliński Tadeusz, *Klauzule generalne w prawie pracy* [General Clauses in Labor Law]. Warsaw: Państwowe wydawnictwo Naukowe, 1988.



KRYSTYNA SZCZECHOWICZ

Realizacja celów kary mieszanej (sekwencyjnej) w aspekcie odbywania kary w systemie dozoru elektronicznego

Implementation of the Objectives of a Mixed (Sequential) Penalty in the Aspect of Serving a Sentence in the Electronic Supervision System

A mixed (sequential) penalty, introduced by the amendment to the Penal Code of February 20, 2015, is intended to fulfil an important function in the system of reaction measures to a crime. The problem of achieving the objectives of a mixed penalty arises when the convict is serving an imprisonment sentence imposed as part of a sequential penalty in the electronic monitoring system. Undoubtedly, this problem is noticed both by the courts in their judicial decisions and by representatives of the doctrine. The author aims to make an in-depth analysis of this controversial issue of great practical importance and to formulate conclusions on the law as it should be based on it.

KRYSTYNA SZCZECHOWICZ doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
ORCID – 0000-0002-7251-4962 / e-mail: krystyna.szczechowicz@uwm.edu.pl

SŁOWA KLUCZOWE: kara mieszana, cele kary mieszanej, wykonanie kary mieszanej, system dozoru elektronicznego

KEYWORDS: mixed penalty (sequential), objectives of mixed penalty, execution of a mixed penalty, electronic monitoring system

1 | Wprowadzenie i uwagi ogólne

Opracowanie zostało poświęcone problematyce realizacji celów kary mieszanej w przypadku odbywania przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Niewątpliwie problem ten dostrzegany jest przez sądy w praktyce orzeczniczej oraz przedstawiciele doktryny^[1]. Powyższa okoliczność świadczy o tym, że kwestia ta wymaga pogłębionych rozważań, a zagadnienie to należy do kategorii kontrowersyjnych i ma również dużą doniosłość praktyczną.

Rozważania mają na celu rozstrzygnięcie problemu, czy cele kary mieszanej mogą być zrealizowane w przypadku odbywania przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego.

Przed przystąpieniem do rozważań w tym zakresie należy jednak parę uwag poświęcić karze mieszanej. Bez tej podbudowy nie da się bowiem właściwie ocenić, z perspektywy istoty tej kary realizacji jej celów.

Kara mieszana (określana również jako kara sekwencyjna)^[2], będąca jednym ze sposobów współkształtujących sankcje przypisane do poszcze-

¹ Zob. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 10.10.2018 r., II AKZW 1345/18, *Legalis/el.*; Alicja Grześkowiak, „Komentarz do art. 37(b)”, [w:] *Kodeks karny w Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak, *Legalis/el.*; Elżbieta Hryniewicz-Lach, „Komentarz do art. 37(b)”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki, *Legalis/el.*

² Zob. szerzej o wątpliwościach terminologicznych: Violetta Konarska-Wrzosek, „Szczegółne dyrektywy sądowego wymiaru kary”, [w:] *System Prawa Karnego*, t. v, *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, red. Tomasz Kaczmarek (Warszawa: C.H. Beck, 2015) 300; Ryszard Andrzej Stefański w *Kodeks karny. Komentarz*, red. Ryszard Andrzej Stefański (Warszawa: C.H. Beck, 2015) 308; Marek Mozgawa, „Komentarz do art. 37(b)”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marek Mozgawa (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 123; Elżbieta Hryniewicz, Arkadiusz Lach w *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32–116*, t. II, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki (Warszawa: C.H. Beck, 2015), 44; Michał Królikowski, Robert Zawłocki, *Prawo karne* (Warszawa: C.H. Beck, 2015) 345; Teodor Szymanowski, „Reforma prawa karnego w Polsce” *Palestra*, nr 9 (2014): 115; Alicja Grześkowiak, „Model ustawowej polityki karnej na tle projektów zmian kodeksu karnego”, [w:] *Reforma prawa karnego materialnego i procesowego z 2015 roku. Wybrane zagadnienia*, red. Dariusz Kala, Igor Zgoliński (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 45–46; Michał Królikowski, „Wymiar kary po 1 lipca 2015 r.”, [w:] *Obrońca i pełnomocnik w procesie karny po 1 lipca 2015 r.*, red. Paweł Wiliński (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 390; Andrzej Jezusek, „Sekwencja kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności jako reakcja na popełnienie przestępstwa (art. 37b k.k.)” *Państwo i Prawo*, nr 5 (2017): 80–94.

gólnych typów czynów zabronionych na etapie sądowego wymiaru kary^[3], została wprowadzona z dniem 1 lipca 2015 r. do Kodeksu karnego ustawą z dnia z 20 lutego 2015 r.^[4]. Został wówczas dodany art. 37b, który przewiduje, że sąd w sprawie o występki zagrożony karą pozbawienia wolności, niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn, może orzec jednocześnie karę pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym trzech miesięcy, a jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia wynosi przynajmniej dziesięć lat – sześciu miesięcy, oraz karę ograniczenia wolności do lat dwóch.

Ideą przyświecającą ustawodawcy przy wprowadzeniu kary mieszanej, jak wynika z uzasadnienia projektu rządowego nowelizacji, było przyjęcie koncepcji, że dla niektórych skazanych, wykonanie nawet krótkiej kary pozbawienia wolności może mieć potężny efekt odstraszący i zniechęcający do popełniania kolejnych przestępstw^[5]. Uzupełnieniem oddziaływania penalnego w takim wypadku stanowić ma kara ograniczenia wolności, która skierowana byłaby ku ugruntowaniu społecznie pożądanym zachowań skazanego. Ze względu na konieczność zachowania niezbędnej gradacji oddziaływania sankcji penalnych zastrzeżono, że w pierwszej kolejności wykonuje się wówczas karę pozbawienia wolności, chyba że ustawa stanowi inaczej. Regulację w tym zakresie wprowadzono na gruncie prawa karnego wykonawczego poprzez dodanie do Kodeksu karnego wykonawczego art. 17a, przewidującego skierowanie do wykonania kary ograniczenia wolności w pierwszej kolejności tylko wówczas, gdy zachodzą przeszkody prawne do niezwłocznego wykonania kary pozbawienia wolności. W konsekwencji przyjęcia tego założenia w wypadku ustania tych przeszkód sąd – niezależnie od tego, czy kara ograniczenia wolności została już w całości wykonana – niezwłocznie winien kierować do wykonania karę pozbawienia wolności^[6].

³ Zob. szerzej: Jarosław Majewski, „Komentarz do art. 37(b)”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, wyd. 5, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll, LEX.; Mikołaj Małecki, „Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary”, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. Włodzimierz Wróbel (Kraków: Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, 2015), 296–298; Jezusek, „Sekwencja kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności jako reakcja na popełnienie przestępstwa (art. 37b k.k.)”, 80–94.

⁴ Ustawa z dnia 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r., poz. 396.

⁵ Por. Maria Szewczyk, „Czy i jaka alternatywa dla kary pozbawienia wolności” *Przegląd Prawa Karnego*, nr 7 (1992): 104; Alicja Grześkowiak, „Kara mieszana w polskim prawie karnym” *Studia Prawnicze KUL*, nr 3 (2015): 14–15.

⁶ Zob. Uzasadnienie, druk sejmowy Nr 2393, VII kadencja, s. 12–14.

Na tle nowej regulacji zrodził się problem, czy dopuszczalne było po wejściu w życie z dniem 1 lipca 2015 r. noweli warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej w ramach kary mieszanej.

Pojawiły się w tym zakresie dwa przeciwstawne poglądy. Większość przedstawicieli nauki stanęła na stanowisku, że kara krótkoterminowego pozbawienia wolności wymierzana w sekwencji kar mogła być warunkowo zawieszona na okres próby. Taką możliwość dopuszczała Alicja Grześkowiak, wskazując, że brak ustawowego zakazu zastosowania tej instytucji decyduje o jej dopuszczalności^[7]. Pogląd ten podzieliło szereg przedstawicieli doktryny przytaczając analogiczne jego uzasadnienie^[8]. Część jednak wykluczała dopuszczalność warunkowego zawieszania sekwencyjnej kary pozbawienia wolności, uznając, że z treści art. 37b k.k. można wyprowadzić informację normatywną wykluczającą taką możliwość^[9].

Powyższe stało się powodem nowelizacji art. 37b ustawą z dnia 11 marca 2016 r.^[10], co wynika jasno z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej, w którym wskazano, że: „Istota reakcji karnej w postaci kary mieszanej sprowadza się zatem do krótkoterminowego pobytu w zakładzie karnym, a następnie dłuższej okresowo kary ograniczenia wolności. Tym samym pobyt w zakładzie karnym ma pełnić funkcję odstrasżającą, stanowiąc pewien rodzaj realnego ostrzeżenia skazanego. Skuteczność kary mieszanej jest jednak znacznie obniżona, jeżeli krótkoterminowa kara pozbawienia wolności podlegać może warunkowemu zawieszeniu jej wykonania. Ponieważ kara mieszana jest zestawem dwóch kar, w rozumieniu obecnie obowiązujących przepisów można stosować wobec niej instytucję warunkowego zawieszenia. W opinii projektodawcy taka możliwość znacząco osłabia funkcje kary mieszanej, stwarzając ryzyko konserwacji wadliwej struktury kar z nadmiernym udziałem kar warunkowo zawieszonych”^[11].

⁷ Zob. Alicja Grześkowiak, „Komentarz do art. 37(b)”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak (Warszawa: C.H. Beck, 2015), 331.

⁸ Por. Mozgawa, „Komentarz do art. 37(b)”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, 123; Krzysztof Janczukowicz, „Kodeks karny. Omówienie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396)”, LEX; Jarosław Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 100.

⁹ Zob. szerzej: Mikołaj Małecki, „Co zmienia nowelizacja art. 37b k.k.?” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, z. 2 (2016): 27–44.

¹⁰ Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r., poz. 437.

¹¹ Uzasadnienie, druk sejmowy Nr 207, VIII kadencja.

Z tych też względów treść art. 37b k.k. uległa zmianie (z dniem 15 kwietnia 2016 r.) poprzez dodanie po zdaniu pierwszym dodatkowego zapisu wykluczającego stosowanie art. 69–75 k.k., czyli warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. W obecnym brzmieniu art. 37b stanowi: „W sprawie o występki zagrożony karą pozbawienia wolności, niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn, sąd może orzec jednocześnie karę pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym 3 miesięcy, a jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia wynosi przynajmniej 10 lat – 6 miesięcy, oraz karę ograniczenia wolności do lat 2. Przepisów art. 69–75 nie stosuje się. W pierwszej kolejności wykonuje się wówczas karę pozbawienia wolności, chyba że ustawa stanowi inaczej”.

Zmienione zostało także wskazaną powyżej nowelą brzmienie art. 17a k.k.w. Ustawodawca przyjął, że w wypadku ustania przeszkód, które uniemożliwiały wykonanie w pierwszej kolejności kary pozbawienia wolności, sąd – niezależnie od tego, czy kara ograniczenia wolności została już w całości wykonana – zawiesza postępowanie wykonawcze dotyczące kary ograniczenia wolności i niezwłocznie kieruje do wykonania karę pozbawienia wolności.

2 | Cele kary mieszanej (sekwencyjnej)

Kombinacja dwóch rodzajów kar w jednej karze mieszanej i sekwencja ich wykonania tworzy z jednej strony nową jedność prawną kary o nowej treści, a z drugiej jako całość ma realizować cele prewencji tak indywidualnej, jak i ogólnej. Jest to czynnik decydujący o własnej, odrębnej istocie tego rodzaju kary^[12].

Sąd orzekając karę mieszana wobec konkretnego skazanego i oceniając jaki cel ma wobec niego ona osiągnąć ma na uwadze jej całościową dolegliwość, ustaloną sumarycznie. Ocenia jednoczesną dolegliwość krótkoterminowej bezwzględnej kary pozbawienia wolności i ograniczenia wolności.

¹² Zob. Alicja Grześkowiak, „Kara mieszana w polskim prawie karnym” *Studia Prawnicze KUL*, nr 3 (2015): 13–23; Andrzej Zoll, „Zmiany w zakresie środków probacyjnych (ustawa nowelizująca Kodeks karny z 11 marca 2016 r.)” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, z. 2 (2016): 12–13.

Nie ocenia dolegliwości każdego z elementów kary mieszanej z osobna. Właśnie dzięki tej wymierzonej *in concreto* karze mieszanej – składającej się z dwóch kar w określonych rozmiarach chciałby doprowadzić do realizacji celów kary.

Normatywne cele kary wywodzone są z art. 53 k.k., określającego dyrektywy wymiaru kary, natomiast na etapie postępowania wykonawczego, to jakie cele mają być osiągnięte określają przepisy Kodeksu karnego wykonawczego.

Dyrektywy wymiaru kary zawarte w art. 53 k.k. dzielą się na ogólne (§ 1) i szczególne (§ 2). Dyrektywy ogólne to: stopień winy, stopień społecznej szkodliwości, cele kary w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa oraz cele zapobiegawcze i wychowawcze w stosunku do skazanego. „Dyrektywy szczególne z art. 53 § 2 k.k. można podzielić na dwie grupy. W pierwszej mieszczą się okoliczności rozwijające dyrektywę współmierności kary do stopnia społecznej szkodliwości, w drugiej natomiast okoliczności konkretyzujące dyrektywę prewencji szczególnej. Katalog okoliczności w art. 53 § 2 k.k. nie jest zamknięty, ponieważ ustawodawca posłużył się określeniem »w szczególności«. Sąd może zatem uwzględnić także inne okoliczności mające jego zdaniem znaczenie dla wymiaru kary w konkretnej sprawie”^[13].

Jeżeli spojrzymy na cele kary w fazie orzekania, a więc cele, którym ma służyć wymiar kary, to sąd rozważając nad wyborem kary może dojść do wniosku, że w odniesieniu do danego sprawcy z uwzględnieniem charakteru i rodzaju czynu, a także w aspekcie społecznego oddziaływania zostaną one spełnione przez orzeczenie krótkoterminowej kary izolacyjnej połączonej z karą ograniczenia wolności. Realizacja celu kary mieszanej następuje w dwóch następujących po sobie okresach czasu – krótkiego czasu pozbawienia wolności i kilkakrotnie dłuższego ograniczenia wolności.

Obie z kar sekwencyjnych mają sukcesywnie oddziaływać na skazanego. Umieszczenie w zakładzie karnym ma być dla niego doświadczeniem tego, w jakich warunkach i w jaki sposób może wyglądać jego życie i kara już w znacznie większym wymiarze w razie ponownego popełnienia przestępstwa. Kolejny okres ograniczenia wolności po opuszczeniu zakładu karnego ma być czasem weryfikacji, czy skazany będzie w stanie sam kontrolować

¹³ Magdalena Budyn-Kulik, „Dyrektywy wymiaru kary w państwach członkowskich Unii Europejskiej” *Prawo w Działaniu*, nr 30 (2017): 40–41.

się na wolności i przestrzegać porządku prawnego, wykonać nałożone na niego obowiązki^[14].

Jeżeli chodzi o postępowanie wykonawcze to cele wykonania kary pozbawienia wolności wskazuje art. 67 § 1 k.k.w., a cele kary ograniczenia wolności określone zostały w 53 § 1 k.k.w.

Kodeks karny wykonawczy przewiduje znacznie węższy zakres celów wykonywania kary pozbawienia wolności niż dyrektywy wymiaru kary wymienione w art. 53 § 1 k.k., a więc celów, którym ma służyć wymiar kary. Nie odwołuje się do stopnia winy, stopnia społecznej szkodliwości czynu, a także społecznego oddziaływania kary. Podstawowym celem wykonywania kary pozbawienia wolności pozostaje jedynie cel zapobiegawczy i wychowawczy, a więc prewencja indywidualna i ona jest podstawowym celem^[15]. Celem wykonania kary pozbawienia wolności jest wzbudzenie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanym postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa. Powyższy cel odnosi się również do kary ograniczenia wolności, o czym przesądza treść art. 53 k.k.w., w nim również wskazano, że celem kary ograniczenia wolności jest także wzbudzenie w skazanym woli kształtowania jego społecznie pożądanym postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego.

Cele wykonania obu kar określono kodeksowo, chociaż osiągnane przy pomocy różnorodnych kar, są co do zasady tożsame, choć z jedną różnicą. Rysuje się ona wyraźnie przez podkreślony przez prawodawcę w art. 67 k.k.w. jako priorytetowy cel wykonania kary pozbawienia wolności polegający na wzbudzeniu w skazanym woli powstrzymania się od powrotu do przestępstwa, czego brak w przy określeniu celów kary ograniczenia wolności w art. 53 k.k.w. Oczywiście taki cel mieści się również w karze ograniczenia wolności tyle tylko, że nie został wyeksponowany w przepisie.

W przypadku długoterminowej kary pozbawienia wolności słusznie w literaturze przedmiotu zauważono, że prewencja indywidualna musi jednak ustąpić miejsca celowi izolacyjno-zabezpieczającemu w stosunku do skazanych za najgroźniejsze przestępstwa, uznanych za całkowicie

¹⁴ Por. Małecki, „Co zmienia nowelizacja art. 37b k.k.?” 27–44.

¹⁵ Kazimierz Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 4 (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), art. 67, LEX.

zdemoralizowanych, stanowiących jednocześnie najpoważniejsze zagrożenie dla społeczeństwa, a także dla współwięźniów^[16].

W świetle celów, jakie ma do spełnienia sekwencyjna kara pozbawienia wolności orzekana na podstawie art. 37b k.k., rodzi się pytanie, czy dopuszczalne i celowe jest udzielenie zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności wymierzonej jako składnik kary mieszanej w systemie dozoru elektronicznego?

Art. 43lb § 1 k.k.w. stanowi o dopuszczalności stosowania wykonania kar pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego w stosunku do sprawców czynów karalnych, wobec których wymierzono jednocześnie karę pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym trzech miesięcy, a jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia wynosi przynajmniej sześć lat – sześciu miesięcy, oraz karę ograniczenia wolności do lat dwóch (art. 37b k.k.), a także w przypadku wskazanym w art. 87 § 2 k.k., który określa, że jeżeli za zbiegające się przestępstwa wymierzono kary pozbawienia wolności oraz ograniczenia wolności i kara łączna pozbawienia wolności nie przekroczyłaby sześciu miesięcy, a kara łączna ograniczenia wolności – dwóch lat, sąd może orzec te kary łączne jednocześnie, jeżeli cele kary zostaną w ten sposób spełnione^[17].

Słusznie zauważa się jednak w doktrynie, że dopuszczenie takiej możliwości zaburza cele kary mieszanej w zakresie prewencji indywidualnej, jakie w czasie orzekania sąd brał pod uwagę i do którego osiągnięcia dostosował poszczególne jej składniki^[18]. Eliminacja pobytu skazanego w zakładzie karnym pozbawia karę mieszaną efektu odstrasżającego i zniechęcającego do popełniania kolejnych przestęp, który legł u podstaw jej wprowadzenia.

Decyzję o zezwoleniu na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego podejmuje się w trakcie postępowania wykonawczego przed rozpoczęciem lub na początku wykonywania orzeczonej kary pozbawienia wolności, bowiem zgodnie z regulacją art. 37b k.k. i art. 17a k.k.w. w pierwszej kolejności wykonuje się właśnie tą karę.

Problem ten dostrzeżono także w judykaturze. Sąd Apelacyjny w Szczecinie w uzasadnieniu postanowienia z dnia 10 października 2018 r.

¹⁶ Leszek Bogunia, Tomasz Kalisz, „W sprawie interpretacji art. 67 k.k.w. Rozważania o celach wykonywania kary pozbawienia wolności i kierunkach współczesnej polityki penitencjarnej” *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. xxvi (2010): 130.

¹⁷ Krzysztof Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, art. 43(lb) (LEX).

¹⁸ Zob. Grześkowiak, „Komentarz do art. 37(b)”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz* (Legalis); Małecki, „Co zmienia nowelizacja art. 37b k.k.?” , 42-43.

wskazał, że: „Orzeczenie kary pozbawienia wolności w połączeniu z inną rodzajowo karą oznacza, że w ocenie sądu orzekającego tylko taka kara, przy spełnieniu warunku jej wykonania, może spełnić zakładane cele kary. Tym samym orzeczenie w przedmiocie udzielenia zezwolenia na odbywanie kary pozbawienia wolności w innej formie, tj. w systemie dozoru elektronicznego, pozostawałoby w sprzeczności z prawomocnym wyrokiem skazującym i stanowiłoby niedopuszczalną ingerencję w treść wyroku, także w zakresie zakładanych przez sąd celów kary [...] W przypadku bowiem zastosowania tzw. kary mieszanej z art. 37b KK, rozumianej jako kombinowana forma represji prawnokarnej, należy uwzględnić cele tak ukształtowanej kary, jak również cele, jakie miał na uwadze Sąd orzekający”^[19].

Na uwadze należy mieć przede wszystkim różnicę w zakresie dolegliwości dla skazanego odbywania kary pozbawienia wolności w zakładzie karnym, a kary odbywanej w systemie dozoru elektronicznego. W tym ostatnim wypadku można nawet uznać, że wykonywanie kary ograniczenia wolności będzie dla skazanego bardziej dolegliwe niż kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego.

W ramach kary wykonywanej w systemie stacjonarnego dozoru elektronicznego skazany musi w określonych przedziałach czasowych przebywać w miejscu stałego pobytu (zazwyczaj jest to minimalne dwanaście godzin), natomiast w ramach kary ograniczenia wolności polegającej na wykonywaniu pracy na cele społeczne skazany nie tylko jest zobowiązany do przebywania w określonym miejscu pracy w wyznaczonym czasie, ale musi również w miejscu tym świadczyć nieodpłatnie pracę. Nie może bez zgody sądu zmieniać miejsca stałego pobytu i ma obowiązek udzielania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary (art. 34 § 2 k.k.). W przypadku wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego skazany z powodzeniem może uczestniczyć w życiu rodzinnym, towarzyskim, wykonywać pracę, za którą otrzymuje wynagrodzenie czy korzystać z szeroko rozumianych dóbr kultury. Niejednokrotnie zatem dolegliwości wynikające z kary wykonywanej w tym systemie będą łagodniejszego rodzaju niż obowiązek świadczenia pracy na cele społeczne w ramach kary ograniczenia wolności.

Przyjęcie takiego rozwiązania nie wydaje się zasadne. Ustawodawca wprowadzając karę mieszaną założył, że kara pozbawienia wolności orzekana w jej ramach ma być karą bezwzględną by był to szok dla skazanego,

¹⁹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 10.10.2018 r., II AKZW 1345/18, Legalis.

który spowoduje, że nie powróci on na drogę przestępstwa, stąd wyłączył warunkowe zawieszenie wykonania kary. W opozycji do zakładanych celów jakie ma spełnić ta krótkoterminowa kara pozbawienia wolności, wprowadził możliwość jej wolnościowego wykonywania w systemie dozoru elektronicznego.

Dodatkowo należy zauważyć, że na tle nowelizacji Kodeksu karnego wykonawczego z 2022 r. pojawiają się kolejne wątpliwości. Ustawa z 5 sierpnia 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw^[20] wprowadza z dniem 1 stycznia 2023 r. nie tylko rozszerzenie możliwości stosowania systemu dozoru elektronicznego, ale także przyznaje uprawnienia orzecznicze w tym zakresie komisjom penitencjarnym.

System dozoru elektronicznego będzie mógł być stosowany nie tylko w stosunku do skazanego, wobec którego orzeczono karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą jednego roku i sześciu miesięcy, ale także skazanego, wobec którego orzeczono karę pozbawienia wolności w wymiarze niższym niż trzy lata, i któremu do odbycia w zakładzie karnym pozostała część tej kary w wymiarze nie większym niż sześć miesięcy, a nie zachodzą warunki przewidziane w art. 64 § 2 Kodeksu karnego.

Zgodnie zaś z dodanym art. 43lla k.k.w. komisja penitencjarna będzie mogła udzielić skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, jeżeli zostały spełnione łącznie następujące warunki:

1. wobec skazanego orzeczono karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą czterech miesięcy, a nie zachodzą warunki przewidziane w art. 64 § 2 Kodeksu karnego;
2. skazany rozpoczął już odbywanie kary w zakładzie karnym;
3. odbywaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie stoją na przeszkodzie szczególne względy wskazujące, że w razie odbycia kary w tym systemie nie zostaną osiągnięte cele kary;
4. za udzieleniem zezwolenia przemawiają dotychczasowa postawa i zachowanie skazanego w trakcie odbywania kary pozbawienia wolności;
5. skazany posiada określone miejsce stałego pobytu;
6. osoby pełnoletnie zamieszkujące wspólnie ze skazanym wyraziły zgodę, o której mowa w art. 43h § 3.

²⁰ Dz.U. z 2022 r., poz. 1855.

Tryb postępowania będzie analogiczny jak przy orzekaniu przez sąd penitencjarny w przedmiocie udzielenia skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w SDE, z uwzględnieniem w szczególności tożsamesgo katalogu podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku, tożsamych wymogów formalnych wniosku, obowiązkowego udziału prokuratora w posiedzeniu komisji penitencjarnej, analogicznej procedury sprawdzania warunków technicznych oraz obowiązkowych elementów decyzji w przedmiocie udzielenia zezwolenia na odbycie kary w SDE. Decyzja komisji penitencjarnej o udzieleniu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w SDE będzie wykonalna z chwilą wydania za wyjątkiem sytuacji, w której prokurator przed zakończeniem posiedzenia komisji penitencjarnej oświadczy, że sprzeciwia się udzieleniu skazanemu takiego zezwolenia. Analogiczne rozwiązanie wprowadzono zresztą w stosunku do rozstrzygnięć w zakresie stosowania SDE podejmowanych przez sąd penitencjarny.

Decyzja komisji penitencjarnej w przedmiocie udzielenia zezwolenia na odbycie kary w SDE będzie zaskarżalna w trybie skargi określonej w art. 7 k.k.w. Podobnie osobie pełnoletniej zamieszkałej wspólnie ze skazanym, która nie wyraziła zgody na wykonywanie przez skazanego we wspólnie zamieszkałym lokalu kary, obejmującej także umożliwienie podmiotowi dozorułającemu przeprowadzanie czynności kontrolnych przysługiwać będzie skarga.

Ustawodawca uzasadnił wskazane zmiany tym, że wpłyną one na odciążenie jednostek penitencjarnych, efektywne zredukowanie populacji więziennej oraz przyspieszenie procedur związanych z rozpoznawaniem wniosków o udzielenie zezwolenia na odbycie kary w SDE^[21].

Na tle powyższej regulacji rodzi się szereg wątpliwości. Komisja penitencjarna jest kolegialnym organem postępowania wykonawczego, działającym w zakładach karnych. W skład komisji penitencjarnej dyrektor zakładu karnego powołuje funkcjonariuszy i pracowników tego zakładu. Do udziału w pracach komisji, z głosem doradczym, dyrektor może zapraszać także inne osoby godne zaufania, zwłaszcza przedstawiciele stowarzyszeń, fundacji, organizacji i instytucji, o których mowa w art. 38 § 1 k.k.w., oraz kościołów i innych związków wyznaniowych.

²¹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw, 25. <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2376> [dostęp: 18.09.2022].

Przyznanie jej uprawnień orzeczniczych w zakresie orzekania o formie wykonywania kary pozbawienia wolności godzi w konstytucyjną zasadę sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy (art. 175 ust. 1 Konstytucji RP). Wymiar sprawiedliwości stanowi działalność państwa polegającą na sądzeniu, czyli wiążącym rozstrzygnięciu sporów o prawo, w których przynajmniej jedną ze stron jest jednostka lub inny podmiot podobny^[22]. Elementem wymierzenia sprawiedliwości w konkretnej sprawie karnej jest nie tylko rozstrzygnięcie o winie i karze sprawcy przestępstwa, lecz także rozstrzygnięcie o sposobie wykonania tej kary.

Orzekanie w przedmiocie udzielenia skazanemu zezwolenia na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego będzie niewątpliwie korektą indywidualnej treści orzeczonej przez sąd kary. Dokonywał będzie tego organ w żadnej mierze niesprawujący wymiaru sprawiedliwości. Zwrócić należy uwagę, że w sytuacji, gdy w oparciu o art. 62 k.k. sąd orzekając karę pozbawienia wolności określił rodzaj i typ zakładu karnego, w którym skazany ma odbywać karę, bądź system terapeutyczny jej wykonania, to zmiana określonego w wyroku rodzaju i typu zakładu karnego oraz systemu penitencjarnego może nastąpić wyłącznie na podstawie postanowienia wydanego przez sąd penitencjarny^[23].

Ponadto, w przypadku braku zgody osoby pełnoletniej zamieszkałej wspólnie ze skazanym na wykonywanie przez skazanego kary we wspólnie zamieszkałym lokalu, orzeczenie komisji będzie wkraczało w podstawowe prawa jednostki (niebędącej sprawcą czynu zabronionego) zagwarantowane konstytucyjnie. Taka decyzja będzie natychmiast wykonalna, o ile nie sprzeciwi się temu prokurator; kontrola sądu będzie zaś przebiegać w ramach skargi z art. 7 k.k.w., której już sam charakter jest sporny^[24].

²² Por. wyrok TK z 1 grudnia 2008 r., P. 54/2007, OTK-A 2008, nr 10, poz. 171; Leszek Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2022), 374; Zbigniew Czeszejko-Sochacki, „O wymiarze sprawiedliwości w świetle Konstytucji, międzynarodowych standardów i praktyki” *Państwo i Prawo*, nr 9 (1999): 3.

²³ Zob. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, art. 74, LEX. Szerzej o klasyfikacji skazanych zob. Leszek Bogunia, Adam Kwieciński, „Kierowanie skazanych do właściwych zakładów karnych. Uwagi na tle zmian w zakresie regulacji prawnej klasyfikacji penitencjarnej”, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, red. Andrzej Rzepliński, Irena Rzeplińska, Maria Niełacznna, Paulina Wiktorska (Warszawa: Wolter Kluwer, 2013), 686–688.

²⁴ W literaturze przedmiotu prezentowane są dwa odmienne stanowiska odnoszące się do wskazanego zagadnienia. W pierwszym utrzymuje się, że skarga nie

Przyjęte zmiany ustawą z 5 sierpnia 2022 r. w zakresie rozszerzenia kompetencji komisji penitencjarnych o orzekanie o udzieleniu zezwolenia na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego w dużej mierze będą odnosiły się do kary pozbawienia wolności orzekanej w ramach kary mieszanej. Kara pozbawienia wolności w wymiarze do czterech miesięcy jest bardzo rzadko orzekana.

3 | Podsumowanie i proponowane zmiany

Ustawodawca, wprowadzając karę mieszaną, założył, że kara pozbawienia wolności orzekana w jej ramach ma być karą bezwzględną, by był to szok dla skazanego, który spowoduje, iż nie powróci on na drogę przestępstwa; stąd też ustawodawca wyłączył warunkowe zawieszenie wykonania kary. Niejako zaś w opozycji do zakładanych celów, jakie ma spełnić ta krótkoterminowa kara pozbawienia wolności, wprowadził możliwość jej wolnościowego wykonywania z pewnymi ograniczeniami swobody skazanego w systemie dozoru elektronicznego.

Nie wydaje się to zasadne z uwagi na to, że odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego nie będzie wystarczające do osiągnięcia celów kary pozbawienia wolności orzeczonej w sekwencji kar na podstawie art. 37b k.k. Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, że *de lege ferenda* należałoby postulować dokonanie nowelizacji przepisu art. 37b, tak aby wykluczyć

jest środkiem odwoławczym, a swoistym środkiem zaskarżenia: Zbigniew Hołda, Kazimierz Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz* (Gdańsk: Wydawnictwo Arche, 2007), teza 3 do art. 7; Kazimierz Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 91; Krzysztof Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 7–78; Stefan Lelental, „Skarga skazanego na decyzję organu postępowania wykonawczego w polskim prawie karnym wykonawczym”, [w:] *Rzeczny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, red. Jerzy Skorupka (Warszawa: Wolters Kluwer, 2009), 673–674. W drugim wywodzi się natomiast, że skargę zaliczyć należy do środków odwoławczych: Jan Śpiewak, „Środki odwoławcze według Kodeksu karnego wykonawczego” *Przegląd Więziennictwa Polskiego*, nr 19 (1998): 3; Jerzy Lachowski, Tomasz Oczkowski, „Skarga skazanego w postępowaniu wykonawczym (art. 7 k.k.w.)” *Przegląd Więziennictwa Polskiego*, nr 61 (2008): 6–10; Szymon Tarapata, „Podstawy skargi z art. 7 § 1 k.k.w. na decyzje organów wykonujących orzeczenia (zagadnienia wybrane)” *e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, nr 3 (2019): 2–3.

możliwość stosowania regulacji o wykonywaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego w odniesieniu do kary pozbawienia wolności orzeczonej w jego oparciu i uchylenie art. 431a k.k.w. Wydaje się, że w świetle funkcji, jakie ma do spełnienia sekwencyjna kara pozbawienia wolności orzekana na podstawie art. 37b k.k., byłoby to ze wszech miar pożądane i czyniło tak ukształtowane rozwiązania logicznym i spójnym z punktu widzenia polityki karnej.

Dodatkowo zauważyć należy, że aby wyeliminować uzasadnione wątpliwości co do zgodności z Konstytucją RP, przyznanie uprawnień orzeczniczych komisjom penitencjarnym ustawodawca winien wprowadzić proste i praktyczne rozwiązania, które rysują się na tle omawianych zagadnień.

Obecnie sąd wymierzający krótkoterminową karę pozbawienia wolności, a w szczególności karę mieszaną, nie wie w jakim systemie kara ta będzie wykonana. To sąd penitencjarny, a po nowelizacji także komisja penitencjarna, dokona w nowym postępowaniu oceny w zakresie spełnienia, czy też nie przesłanek udzielenia zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego.

Większość przesłanek ma charakter obiektywny, zaś wymagającą oceny jest przesłanka polegająca na stwierdzeniu, że odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego pozwoli na osiągnięcie jej celów określonych w art. 67 § 1 k.k.

Wydaje się, że najbardziej pożądane będzie wprowadzenie regulacji, która przewidywałaby, że tak jak sąd wymierzający karę pozbawiania wolności w oparciu o art. 62 k.k. w wyroku może określić rodzaj i typ zakładu karnego, w którym skazany ma odbywać karę, a także orzec system terapeutyczny jej wykonania, tak też będzie mógł określić, że kara pozbawienia wolności będzie wykonywana w systemie dozoru elektronicznego.

Pomiędzy orzeczeniem przez sąd kary pozbawienia wolności a rozstrzygnięciem przez sąd penitencjarny w przedmiocie odbywania kary pozbawienia wolności w SDE często upływa niewielki odstęp czasu. Sąd penitencjarny nie dysponuje większą wiedzą niż sąd wymierzający karę, czy odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego będzie wystarczające do osiągnięcia jej celów.

Dostrzegając zalety wskazanego rozwiązania można pójść dalej, stwierdzając, że sytuacja przypomina odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności oraz przerwy w karze, i wprowadzić regulację, mówiącą, że wobec osób, które nie rozpoczęły jeszcze odbywania kary pozbawienia wolności w przedmiocie systemu dozoru elektronicznego orzekał będzie sąd, który wydał wyrok w pierwszej instancji, zaś wobec osób pozbawionych

wolności sąd penitencjarny. W przypadku, gdyby skazany starał się o system dozoru elektronicznego z sumy kar – czyli gdy wymierzono mu dwie lub więcej niepodlegające łączeniu kary pozbawienia wolności, które ma odbyć kolejno, których suma nie przekracza jednego roku i sześciu miesięcy, i które orzeczono wyrokami różnych sądów – można byłoby przyjęć analogiczne rozwiązanie jak przy wydawaniu wyroków łącznych. Właściwy do wydania postanowienia byłby sąd, który wydał ostatni wyrok skazujący w pierwszej instancji, orzekający kary, co do których orzekany byłby system dozoru elektronicznego.

Takie zmiany przyspieszyłyby postępowanie o udzielenie zezwolenia przez sąd na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego i jednocześnie zabezpieczyłyby uprawnienia stron postępowania.

Bibliografia

- Bogunia Leszek, Adam Kwieciński, „Kierowanie skazanych do właściwych zakładów karnych. Uwagi na tle zmian w zakresie regulacji prawnej klasyfikacji penitencjarnej”, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, red. Andrzej Rzepliński, Irena Rzeplińska, Maria Niełaczná, Paulina Wiktorska. 686–688. Warszawa: Wolters Kluwer, 2013.
- Bogunia Leszek, Tomasz Kalisz, „W sprawie interpretacji art. 67 k.k.w. Rozważania o celach wykonywania kary pozbawienia wolności i kierunkach współczesnej polityki penitencjarnej” *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. xxvi (2010): 123–136.
- Budyn-Kulik Magdalena, „Dyrektywy wymiaru kary w państwach członkowskich Unii Europejskiej” *Prawo w Działaniu*, nr 30 (2017): 37–138.
- Czeszejko-Sochacki Zbigniew, „O wymiarze sprawiedliwości w świetle Konstytucji, międzynarodowych standardów i praktyki” *Państwo i Prawo*, nr 9 (1999): 3–11.
- Dąbkiewicz Krzysztof, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, art. 43(1b). LEX.
- Dąbkiewicz Krzysztof, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- Garlicki Leszek, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2022.
- Grześkowiak Alicja, „Kara mieszana w polskim prawie karnym” *Studia Prawnicze KUL*, nr 3 (2015): 9–25.

- Grzeškowiak Alicja, „Komentarz do art. 37(b)”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grzeškowiak, Krzysztof Wiak. 331. Warszawa: C.H. Beck, 2015.
- Grzeškowiak Alicja, „Model ustawowej polityki karnej na tle projektów zmian kodeksu karnego”, [w:] *Reforma prawa karnego materialnego i procesowego z 2015 roku. Wybrane zagadnienia*, red. Dariusz Kala, Igor Zgoliński. 45-46. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Hołda Zbigniew, Kazimierz Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*. Gdańsk: Wydawnictwo Arche, 2007.
- Hryniewicz-Lach Elżbieta, „Komentarz do art. 37(b)”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1-116*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki. Legalis/el.
- Janczukowicz Krzysztof, „Kodeks karny. Omówienie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396)”. LEX.
- Jezusek Andrzej, „Sekwencja kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności jako reakcja na popełnienie przestępstwa (art. 37b k.k.)” *Państwo i Prawo*, nr 5 (2017): 80-94.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32-116*, t. II, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki. Warszawa: C.H. Beck, 2015.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. Ryszard Andrzej Stefański. Warszawa: C.H. Beck, 2015.
- Konarska-Wrzosek Violetta, „Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary”, [w:] *System Prawa Karnego*, t. v, *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, red. Tomasz Kaczmarek. 300. Warszawa: C.H. Beck, 2015.
- Królikowski Michał, „Wymiar kary po 1 lipca 2015 r.”, [w:] *Obrońca i pełnomocnik w procesie karny po 1 lipca 2015 r.*, red. Paweł Wiliński. 390. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Królikowski Michał, Robert Zawłocki, *Prawo karne*. Warszawa: C.H. Beck, 2015.
- Lachowski Jerzy, Tomasz Oczkowski, „Skarga skazanego w postępowaniu wykonawczym (art. 7 k.k.w.)” *Przegląd Więziennictwa Polskiego*, nr 61 (2008): 5-27.
- Lelental Stefan, „Skarga skazanego na decyzję organu postępowania wykonawczego w polskim prawie karnym wykonawczym”, [w:] *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, red. Jerzy Skorupka. 673-674. Warszawa: Wolters Kluwer, 2009.
- Majewski Jarosław, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Małecki Mikołaj, „Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary”, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. Włodzimierz Wróbel. 296-298. Kraków: Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, 2015.

- Małecki, Mikołaj, „Co zmienia nowelizacja art. 37b k.k.?” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, z. 2 (2016): 27–44.
- Mozgawa Marek, „Komentarz do art. 37(b)”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marek Mozgawa. 123. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Postulski Kazimierz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 4. Warszawa: Wolters Kluwer 2017.
- Szewczyk Maria, „Czy i jaka alternatywa dla kary pozbawienia wolności” *Przegląd Prawa Karnego*, nr 7 (1992): 10.
- Szymanowski Teodor, „Reforma prawa karnego w Polsce” *Palestra*, nr 9 (2014): 107–118.
- Śpiewak Jan, „Środki odwoławcze według Kodeksu karnego wykonawczego” *Przegląd Więziennictwa Polskiego*, nr 19 (1998): 3.
- Tarapata Szymon, „Podstawy skargi z art. 7 § 1 k.k.w. na decyzje organów wykonujących orzeczenia (zagadnienia wybrane)” *e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, nr 3 (2019): 27–42.
- Zoll Andrzej, „Zmiany w zakresie środków probacyjnych (ustawa nowelizująca Kodeks karny z 11 marca 2016 r.)” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, z. 2 (2016): 12–13.



KAROLINA KLACZAK

Wykonywanie wolnościowego środka zabezpieczającego wobec sprawcy umieszczonego w zakładzie psychiatrycznym na podstawie orzeczenia w odrębnej sprawie

Performing of Non-Custodial Protective Measure Against a Perpetrator Placed in Psychiatric Facility on the Basis of Judgment in a Separate Case

The author deals with the possibility of cumulative performance of non-custodial and custodial protective measures adjudicated in separate cases concerning various prohibited acts committed by the same perpetrator. The regulation does not allow the cumulative imposing of measures from Article 93a § 1 points 1–3 of the Penal Code and measures from Article 93a § 1 point 4 of the Penal Code. It should also apply to their performance. Imposing psychiatric detention in one case necessitates performing non-custodial measures in other proceedings. It should entail revoking non-custodial measures (Article 93b § 2 of the Penal Code). In this regard, discontinuing or suspending the enforcement proceeding would be insufficient (art. 15 § 2 of the Executive Penal Code).

KAROLINA KLACZAK adwokat, magister prawa, Akademia Humanitas
ORCID – 0000-0003-4538-8603 / e-mail: karolinaklaczak@gmail.com

SŁOWA KLUCZOWE: prawo karne, środki zabezpieczające, zakład psychiatryczny, terapia, terapia uzależnień

KEYWORDS: penal law, protective measures, psychiatric facility, therapy, addiction therapy

Zgodnie z art. 93b § 4 k.k. wobec tego samego sprawcy można orzec więcej niż jeden środek zabezpieczający; sąd powinien mieć wtedy na względzie zasadę konieczności, *ultima ratio* środków zabezpieczających (art. 93b § 1 k.k.) i proporcjonalności (art. 93b § 3 k.k.), biorąc pod uwagę wszystkie orzekane środki zabezpieczające. W doktrynie przyjmuje się, że z uwagi na art. 93d § 2 k.k. nie jest dopuszczalne jednoczesne orzeczenie umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym (art. 93a § 1 pkt 4 k.k.) i wolnościowego środka zabezpieczającego (art. 93a § 1 pkt 1–3 k.k.). Skoro ustawodawca zezwala na orzeczenie nieizolacyjnego środka zabezpieczającego po uchyleniu izolacyjnego środka, to *a contrario* oznacza to, że nie jest dopuszczalne kumulatywne ich orzeczenie^[1].

Powyższa regulacja nie odnosi się wprost do kwestii jednoczesnego wykonywania pobytu w zakładzie psychiatrycznym i wolnościowego środka. Sytuacja taka może wystąpić, gdy sprawca popełnia czyn zabroniony, który stał się podstawą wykonywania wobec niego jednego ze środków określonych w art. 93a § 1 pkt 1–3 k.k.^[2], a następnie popełnia kolejny czyn zabroniony, który jest podstawą umieszczenia go w zakładzie psychiatrycznym. Przepisy nie precyzują jaką decyzję należy podjąć w stosunku do uprzednio wykonywanego wolnościowego środka zabezpieczającego, gdy sprawca znajdzie się w zakładzie zamkniętym ani jaki powinien być dalszy tok postępowania wykonawczego w tym przedmiocie. Nie jest jasne, czy środek nieizolacyjny powinien podlegać kumulatywnemu wykonaniu wraz ze środkiem izolacyjnym, czy też powinien zostać zmieniony bądź uchylony.

W przypadku sprawcy skazanego na karę pozbawienia wolności środek zabezpieczający stosuje się co do zasady po odbyciu kary lub warunkowym zwolnieniu (art. 93d § 5 k.k.). Wyjątek od tej reguły przewiduje art. 202a § 1 k.k.w., który nakazuje wykonanie izolacyjnego środka

¹ Zob. Agnieszka Barczak-Oplustil, „Komentarz do artykułu 93b Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll (LEX, 2016), teza 23; Piotr Zakrzewski, „Środki zabezpieczające o charakterze wolnościowym”, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. Włodzimierz Wróbel (Kraków: Krakowski Instytut Prawa Karnego, 2015), teza 14.98; Konrad Lipiński, „Komentarz do artykułu 93b Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. Jacek Giezek (LEX, 2021), teza 17.

² Jest to możliwe zarówno wtedy, gdy sąd orzekł taki środek w postępowaniu jurysdykcyjnym, jak również gdy organ podjął taką decyzję w postępowaniu wykonawczym stosując art. 93d § 2 k.k.

zabezpieczającego orzeczonego wobec sprawcy z art. 93c pkt 2 k.k. przed wykonaniem kary pozbawienia wolności, podczas przerwy w wykonywaniu tej kary lub po jej wykonaniu.

Funkcjonowanie w obrocie prawnym wcześniej wydanej decyzji procesowej o zastosowaniu środka zabezpieczającego z art. 93a § 1 pkt 1–3 k.k. i toczące się postępowanie wykonawcze w tym zakresie nie stanowi żadnej przeszkody dla orzeczenia detencji psychiatrycznej za nowy czyn tej samej osoby i wdrożenia tej decyzji do wykonania.

Powstaje pytanie, na ile możliwe jest pogodzenie ze sobą wykonywania wolnościowych środków zabezpieczających (elektroniczna kontrola miejsca pobytu, terapia, terapia uzależnień) i pobytu w zakładzie psychiatrycznym. Rozpocząć należy od ustalenia, co jest materialną treścią poszczególnych środków zabezpieczających.

Elektroniczna kontrola miejsca pobytu polega na obowiązku poddania się nieprzerwanej kontroli miejsca swojego pobytu sprawowanej za pomocą urządzeń technicznych, w tym noszonego nadajnika (art. 93e k.k.)^[3]. Wykonywanie tego środka w warunkach detencji jest pozbawione sensu, ponieważ sprawca, przebywając w izolacji, jest poddawany stałemu nadzorowi ze strony personelu zakładu psychiatrycznego, w którym został umieszczony. Jego miejsce pobytu jest zatem znane i nie musi być dodatkowo monitorowane w ramach środka z art. 93a § 1 pkt 1 k.k. Z tych powodów w dalszych rozważaniach pominę kwestie odnoszące się bezpośrednio do elektronicznej kontroli miejsca pobytu sprawcy.

Sprawca, wobec którego orzeczono terapię, ma obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce w terminach wyznaczonych przez lekarza psychiatrę, seksuologa lub terapeutę i poddania się terapii farmakologicznej zmierzającej do osłabienia popędu seksualnego, psychoterapii lub psychoedukacji w celu poprawy jego funkcjonowania w społeczeństwie (art. 93f § 1 k.k.)^[4]. Językowe brzmienie art. 93f § 1 k.k. nie pozostawia wątpliwości, że terapia farmakologiczna nie może być stosowana w celach

³ Zob. też Zakrzewski, „Środki”, teza 14.61.

⁴ Omówienie poszczególnych form oddziaływania na sprawcę w ramach terapii – zob. Małgorzata Pyrcak-Górowska, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll (LEX, 2016), tezy 6–12.

innych niż osłabienie popędu seksualnego u sprawcy^[5] pomimo tego, że ogólnie może być przydatna również w zaburzeniach innego rodzaju^[6].

Sprawca, wobec którego orzeczono terapię uzależnień, ma obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce leczenia odwykowego w terminach wyznaczonych przez lekarza i poddania się leczeniu uzależnienia od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka (art. 93f § 2 k.k.)^[7]. Jedynym możliwym miejscem wykonywania tego środka zabezpieczającego jest placówka leczenia odwykowego. Wykluczone jest wykonywanie terapii uzależnień u lekarza prowadzącego indywidualną praktykę lekarską lub u specjalisty uzależnień^[8].

Nie jest do końca jasne, czy terapię lub terapię uzależnień można wykonywać wyłącznie w trybie ambulatoryjnym czy również w placówce stacjonarnej. Wykładnia językowa art. 93f § 1 i 2 k.k. przemawia za niedopuszczalnością wykorzystywania trybu stacjonarnego, ponieważ istotą tych środków jest obowiązek regularnego stawiennictwa, a nie np. obowiązek stałego przebywania w konkretnej placówce^[9]. Według Piotra

⁵ Z tego powodu farmakoterapia z art. 93f § 1 k.k. jest nazywana kastracją chemiczną; zob. Marek Mozgawa, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. Marek Mozgawa (LEX, 2022), tezy 3 i 4, co jest krytykowane z uwagi na odwracalność skutków farmakoterapii w przeciwieństwie do kastracji; zob. Filip Ciepły, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak (Legalis, 2021), teza 7; Joanna Długosz-Jóźwiak, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1-116*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki (Legalis, 2021), nb 11.

⁶ Piotr Góralski, „Terapia sprawców czynów zabronionych jako forma środka zabezpieczającego (art. 93a § 1 pkt 2 k.k.)” *Prokuratura i Prawo*, nr 2 (2019): 18; Konrad Lipiński, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek (LEX, 2021), teza 2; Zakrzewski, „Środki”, teza 14.71. Ostatni z autorów uważa, że farmakoterapia może być stosowana również w innych celach, o ile sprawca wyrazi na to zgodę (Zakrzewski, „Środki”, teza 14.75).

⁷ Zob. Pyrcak-Górowska, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, teza 13.

⁸ Piotr Góralski, „Podstawowe problemy wykładni przepisów poświęconych środkowi zabezpieczającemu w postaci terapii uzależnień (art. 93a § 1 pkt 3 k.k.)” *Przegląd Sądowy*, nr 7-8 (2018): 51; Krzysztof Krajewski, „Środki zabezpieczające o charakterze leczniczym stosowane wobec sprawców przestępstw uzależnionych od alkoholu, środków odurzających i substancji psychotropowych”, [w:] *System Prawa Karnego*, t. VII, red. Lech K. Paprzycki (Legalis, 2015), 343-344.

⁹ Zob. Pyrcak-Górowska, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, tezy 1 i 2; Jarosław Majewski, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, LEX 2015, teza 2; Magdalena Niewiadomska-Krawczyk, „Ewolucja środków zabezpieczających w polskim prawie karnym” *Nowa*

Zakrzewskiego wykonywanie terapii i terapii uzależnień w warunkach stacjonarnych jest dopuszczalne, o ile sprawca wyraził na to zgodę, co może wynikać np. z chęci szybszego osiągnięcia pozytywnych wyników terapeutycznych i skrócenia okresu wykonywania środka zabezpieczającego^[10]. Powyższe wnioski nie są do końca spójne z art. 201 § 5 k.k.w. i wydanym na jego podstawie obwieszczeniem Ministra Zdrowia z dnia 30 sierpnia 2020 r. w sprawie wykazów zakładów psychiatrycznych przeznaczonych do wykonywania środka zabezpieczającego określonego w art. 93c pkt 1–3 Kodeksu karnego oraz podmiotów leczniczych przeznaczonych do wykonywania terapii wobec sprawców określonych w art. 93c Kodeksu karnego w zakresie działalności stacjonarnej^[11], które wyraźnie wymieniają placówki lecznicze przeznaczone do wykonywania terapii w trybie stacjonarnym. To skłania niektórych autorów, w tym np. Piotra Góralskiego, do przyjmowania poglądu, iż terapia może być realizowana zarówno w warunkach ambulatoryjnych, jak i stacjonarnych, pod warunkiem, że placówka, w której zostanie umieszczony sprawca, nie będzie miała charakteru zamkniętego. Przemawia za tym również okoliczność, iż np. psychoterapia czy psychoedukacja mogą odnieść lepszy efekt, jeżeli będą przeprowadzane w ramach zajęć grupowych, które łatwiej zorganizować w warunkach stacjonarnych^[12]. Zbliżone stanowisko w odniesieniu do terapii uzależnień prezentuje Krzysztof Krajewski, przyjmując, że środek ten nieodłącznie powiązany jest z leczeniem w warunkach wolnościowych, co jest możliwe zarówno w trybie ambulatoryjnym, jak i stacjonarnym^[13]. Inaczej uważa

Kodyfikacja Prawa Karnego, t. L (2018): 59–60; Długosz-Jóźwiak, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, nb 8 i 16. Przesyłając odpis orzeczenia o zastosowaniu terapii lub terapii uzależnień, sąd poucza kierownika podmiotu leczniczego, w którym wykonywany jest ten środek zabezpieczający, o obowiązku niezwłocznego poinformowania sądu o niestawiennictwie sprawcy na terapię lub terapię uzależnień (§ 421 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2019 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych, Dz.U. z 2021 r., poz. 2046).

¹⁰ Zakrzewski, „Środki”, teza 14.74; podobnie Lipiński, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, teza 1; Piotr Hofmański, Lech K. Paprzycki, Andrzej Sakowicz, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marian Filar (LEX, 2016), teza 2. Podobny pogląd wyrażany jest w orzecznictwie w odniesieniu do terapii uzależnień (zob. postanowienie SA w Krakowie z dnia 14 marca 2016 r., II AKZ 53/16, LEX nr 2229232).

¹¹ Dz.U. z 2020 r., poz. 794.

¹² Góralski, „Terapia”, 18–20.

¹³ Krajewski, „Środki”, 344–345; zob. też Anna Muszyńska, „O zmianach w zakresie leczniczych środków zabezpieczających na tle nowelizacji kodeksu karnego z 2015 roku” *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. XLIII (2017): 446.

Maciej Tygielski, który twierdzi, że terapia uzależnień może być prowadzona w warunkach ambulatoryjnych i w zakładach zamkniętych^[14], pomijając jednak dość jednoznaczną treść art. 93f § 2 k.k. Względy celowościowe nie powinny prowadzić do rozszerzającej wykładni art. 93f § 1 k.k. Brak koherencji pomiędzy art. 93f § 1 k.k. a przepisami prawa karnego wykonawczego nakazuje postulować dokonanie stosownej korekty ustawowej w tym zakresie poprzez np. dopuszczenie wprost w art. 93f § 1 i 2 k.k. trybu stacjonarnego lub eliminację takiej formy z art. 201 § 5 k.k.w.

Wykonywanie terapii i terapii uzależnień jest teoretycznie możliwe również w warunkach izolacji, w tym sensie, że w zakładach psychiatrycznych (z uwagi na ich przystosowanie^[15] i kwalifikacje personelu) niewykluczone jest stosowanie oddziaływań opisanych w art. 93f § 1 i 2 k.k. Jednoznacznie świadczy o tym również, przynajmniej w odniesieniu do terapii, ustawowe zezwolenie na wykonywanie terapii w warunkach stacjonarnych poprzez wymienienie placówek leczniczych, w których może to mieć miejsce.

Przy tym warto zauważyć, że w przeciwieństwie do terapii żaden akt prawny nie określa placówek leczniczych przeznaczonych do wykonywania terapii uzależnień jako środka zabezpieczającego w trybie stacjonarnym^[16], a przesłanki orzekania detencji psychiatrycznej i terapii uzależnień raczej rzadko będą się krzyżować. Jak wynika z art. 93f § 2 k.k., podstawą orzeczenia terapii uzależnień powinno być stwierdzenie uzależnienia od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka. Z kolei art. 93g § 1-3 k.k. nakazuje orzeczenie pobytu w zakładzie psychiatrycznym, o ile zachodzi prawdopodobieństwo ponownego popełnienia czynu zabronionego w związku z chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym lub zaburzeniem preferencji seksualnych. Uzależnienie od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka nie mieści się w zakresie wymienionych w art. 93g § 1-3 k.k. zaburzeń, lecz sta-

¹⁴ Maciej Tygielski, „Środki zabezpieczające dla sprawców przestępstw popełnionych w związku z uzależnieniem w świetle ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw - »Noweli lutowej«” *Studia Iuridica*, t. LXXVIII (2018): 486-490.

¹⁵ Nawet w ramach wykonywania kary pozbawienia wolności sąd może orzec jej wykonywanie w systemie terapeutycznym (art. 62 k.k., art. 96 k.k.w.). Kara ta jest wykonywana w zakładach karnych (art. 69 i 70 k.k.w.), które przecież mają mniejsze możliwości prowadzenia terapii leczniczej, terapii uzależnień itp. niż zakłady psychiatryczne.

¹⁶ Dlatego także niektórzy zwolennicy możliwości wykonywania terapii w trybie stacjonarnym uznają, że terapia uzależnień może być wykonywana wyłącznie ambulatoryjnie (zob. np. Góralski, „Podstawowe”, 50-51).

nowi inne zakłócenie czynności psychicznych w rozumieniu art. 31 § 1 k.k. Tym samym popełnienie czynu zabronionego w związku ze wspomnianymi uzależnieniami nie może stanowić podstawy zastosowania detencji psychiatrycznej^[17]. Możliwa jest jednak sytuacja, w której sprawca popełnia czyn zabroniony w związku z chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym lub zaburzeniem preferencji seksualnych, a jednocześnie jest uzależniony od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka. Wtedy może pojawić się kwestia wyboru właściwego środka zabezpieczającego pomiędzy umieszczeniem w zakładzie psychiatrycznym a terapią uzależnień.

Wykonywanie środka zabezpieczającego z art. 93a § 1 pkt 2 k.k. polega na poddaniu się terapii farmakologicznej zmierzającej do osłabienia popędu seksualnego, psychoterapii lub psychoedukacji w celu poprawy jego funkcjonowania w społeczeństwie. Z kolei terapia uzależnień zakłada leczenie uzależnienia od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka. Jeżeli sprawca w innej sprawie zostaje osadzony w zakładzie psychiatrycznym w celu wykonywania izolacyjnego środka zabezpieczającego, to nie zachodzą praktyczne przeszkody do stosowania oddziaływań opisanych w art. 93f § 1 i 2 k.k.

Wspólnym celem wykonywania wszystkich środków zabezpieczających jest doprowadzenie sprawcy do stanu, w którym nie stwarza zagrożenia porządku prawnego. Opisuje to art. 202 k.k.w.: „Sprawcę, wobec którego wykonywany jest środek zabezpieczający, obejmuje się odpowiednim postępowaniem leczniczym, psychoterapeutycznym, rehabilitacyjnym lub resocjalizacyjnym, którego celem jest poprawa stanu jego zdrowia i zachowania w stopniu umożliwiającym funkcjonowanie w społeczeństwie w sposób niestwarzający zagrożenia porządku prawnego, a w wypadku sprawcy umieszczonego w zakładzie psychiatrycznym – również dalsze leczenie w warunkach poza tym zakładem”^[18].

Nie istnieje jakakolwiek szczególna regulacja dotycząca postępowania leczniczego wobec sprawców umieszczonych w zakładach psychiatrycznych w trybie środka zabezpieczającego^[19]. W kontekście terapii Małgorzata Pyrcak-Górowska uważa, że „Do kompetencji sądu orzekają-

¹⁷ Postanowienie SN z dnia 7 maja 2019 r., V KK 74/19, LEX nr 2685535.

¹⁸ Por. uwagi Góralskiego, „Terapia”, 20–21, dotyczące spójności art. 202 k.k.w. z formami terapii wynikającymi z art. 93f § 1 k.k.

¹⁹ Małgorzata Pyrcak-Górowska, *Detencja psychiatryczna orzekana jako środek zabezpieczający w świetle badań aktowych* (Kraków: Krakowski Instytut Prawa Karnego 2015), 174–178.

cego w sprawie nie należy ani określenie rodzaju oddziaływań o charakterze terapeutycznym, którym w czasie terapii będzie poddawany sprawca, ani terminów i częstotliwości stawiennictwa w placówce leczniczej. Wybór form terapii (farmakoterapia, psychoterapia lub psychoedukacja), a także wybór konkretnych rodzajów terapii w ramach tych form (np. rodzaj psychoterapii, podawanych leków) należy wyłącznie do osób prowadzących terapię. [...] Próby nadmiernej sądowej ingerencji w proces terapeutyczny mogłyby doprowadzić do zatracenia możliwości, jakie daje realizacja tego środka zabezpieczającego. Zbyt szczegółowe doprecyzowanie form terapii w orzeczeniu sądu mogłoby naruszać autonomię osób prowadzących terapię w wyborze skutecznych form terapii oraz skutkować tym, że osoby te (psychiatra, seksuolog, terapeuta) nie miałyby możliwości szybkiego dostosowywania podejmowanych działań do aktualnych potrzeb i stanu zdrowia sprawcy, gdyż każda zmiana metody postępowania terapeutycznego wymagałaby zmiany postanowienia sądu”^[20]. Do sądu należy wybór środka zabezpieczającego, natomiast poza jego kompetencją leży wybór odpowiedniej formy terapii i określenie jej szczegółowych elementów. W tym zakresie decyduje lekarz prowadzący^[21]. Analogiczne uwagi należy odnieść do wykonywania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, w ramach którego lekarze stykają się z najtrudniejszymi przypadkami wymagającymi najwyższej wiedzy i staranności.

Odnotować przy tym należy stanowisko Piotra Góralskiego, który uważa, że względy gwarancyjne i ochronne nakazują zdefiniowanie terapii, która stanowi sankcję karną, więc powinna być określona w ustawie i nie może być pozostawiona wyłącznie specjalistom z zakresu medycyny, psychiatrii itp.^[22]

Pewną korzyścią jaką sprawca odnosi z umieszczenia w zakładzie zamkniętym, w porównaniu do wykonywania terapii na wolności, jest

²⁰ Pyrcak-Górowska, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, teza 5; zob. też Józef K. Gierowski, Lech K. Paprzycki, „Terapia”, [w:] *System Prawa Karnego*, t. VII, red. Lech K. Paprzycki (Legalis, 2015), 155-156.

²¹ Niewiadomska-Krawczyk, „Ewolucja”, 60; Igor Zgoliński, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Violetta Konarska-Wrzošek (LEX, 2020), teza 4; Zakrzewski, „Środki”, tezy 14.69, 14.135-14.137. Taki był również zamysł towarzyszący wprowadzeniu art. 93f § 1 i 2 k.k. (uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych, Sejm VII kadencji, druk nr 2393, cz. 1. <https://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/39FD209B7AC6C45AC1257CDE0042D631/%-24File/2393%20cz%201.pdf>, 37).

²² Góralski, „Terapia”, 14-18.

paradoksalnie łatwiejszy dostęp do usług medycznych. Wykonując wolnościowe środki zabezpieczające, sprawca co do zasady ma status zwykłego pacjenta, którego obowiązują zasady związane z kolejnością dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej^[23]. Brak przyjmowania sprawcy poza kolejnością automatycznie nasuwa wątpliwości co do skuteczności środka zabezpieczającego w jego przypadku. Natomiast wadą detencji psychiatrycznej jest niemożność równoległego uczęszczania do kilku specjalistycznych placówek leczniczych, co mogłoby zapewnić terapię^[24].

W wymiarze faktycznym nie zachodzą zatem istotne przeszkody, by w ramach wykonywania środka zabezpieczającego z art. 93a § 1 pkt 4 k.k. równolegle wykorzystywać metody lecznicze opisane w art. 93f § 1 i 2 k.k. Zachodzi pytanie jak należy postąpić w postępowaniu wykonawczym dotyczącym wykonywania terapii lub terapii uzależnień, gdy w odrębnej sprawie zastosowano wobec sprawcy środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym. Można przedstawić co najmniej cztery warianty rozwiązania tej sytuacji:

1. dalsze wykonywanie wolnościowego środka zabezpieczającego w warunkach detencji (brak konkretnej decyzji procesowej),
2. umorzenie postępowania wykonawczego w zakresie wolnościowego środka z uwagi na inną przyczynę wyłączającą postępowanie (art. 15 § 1 k.k.w.),
3. zawieszenie postępowania wykonawczego w zakresie terapii lub terapii uzależnień, ze względu na długotrwałą przeszkodę uniemożliwiającą postępowanie wykonawcze w postaci umieszczenia sprawcy w zakładzie psychiatrycznym w celu wykonywania środka z art. 93a § 1 pkt 4 k.k. (art. 15 § 2 k.k.w.),
4. uchylenie wolnościowego środka zabezpieczającego wobec tego, że odpadła konieczność jego stosowania (art. 93b § 2 k.k.).

Oceniając poszczególne możliwości, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że, jak już wspomniano, art. 93d § 2 k.k. wyklucza kumulatywne orzeczenie pobytu w zakładzie psychiatrycznym i wolnościowego środka zabezpieczającego. Skoro nie jest dopuszczalne orzeczenie tych środków, to logiczną konsekwencją tego stanu rzeczy jest brak możliwości ich łącznego wykonywania. Trafne jest zdanie Konrada Lipińskiego,

²³ Pyrcak-Górowska, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, teza 3.

²⁴ Góralski, „Terapia”, 22.

że z art. 93b § 2 k.k. wynika, że „Konieczność stosowania środka zabezpieczającego staje się przeto determinantą nie tylko jego orzeczenia, lecz także wykonywania”^[25]. Gdyby taka regulacja nie obowiązywała, to można byłoby rozważać możliwość kumulatywnego wykonywania obu rodzajów środków, ze względu na to, że w praktyce detencję psychiatryczną od terapii i terapii uzależnień odróżnia jedynie konieczność pozostawiania przez sprawcę w warunkach izolacji w tym pierwszym przypadku. Stosowane oddziaływania o charakterze psychiatrycznym mogą być natomiast w dużej części zbieżne lub wręcz identyczne.

W doktrynie wskazuje się, że stosowanie środka zabezpieczającego nie jest konieczne, gdy odpadły jego materialne podstawy, np. nastąpienie takiej zmiany w osobowości, która pozwala przyjąć, że sprawca nie popełni czynu zabronionego^[26]. W rozważanym przypadku należy ustalić, czy orzeczenie pobytu w zakładzie psychiatrycznym powoduje, że dezaktualizują się materialne przesłanki stosowania nieizolacyjnego środka zabezpieczającego. Odpowiedź na to pytanie powinna być twierdząca.

Środki zabezpieczające mają charakter prewencyjny, a nie represyjny^[27]. Innymi słowy, stosowanie ich powinno mieć na celu uchylenie zagrożenia dla porządku prawnego, które generuje sprawca. Jeżeli wobec tej samej osoby zapadło orzeczenie o zastosowaniu surowszego środka zabezpieczającego niż dotychczas stosowany, to odpada uzasadnienie dla jednoczesnego wykonywania środka wolnościowego, który ma ten sam cel co środek izolacyjny, a odróżnia się jedynie warunkami w jakich sprawcach się znajduje podczas jego wykonywania oraz węższe przesłanki orzekania pobytu w zakładzie psychiatrycznym (art. 93b § 1 zd. 2 i § 5, art. 93g § 1–3 k.k.). Jak uważa Agnieszka Barczak-Oplustil: „Zakład psychiatryczny jest jedynym środkiem izolacyjnym o charakterze zabezpieczającym, którego istota sprowadza się do umieszczenia sprawcy w zamkniętym zakładzie w celu wdrożenia odpowiedniej terapii [pogrubienie – K.K.]”^[28]. Zdaniem

²⁵ Lipiński, „Komentarz do artykułu 93b Kodeksu karnego”, teza 8.

²⁶ Barczak-Oplustil, „Komentarz do artykułu 93b Kodeksu karnego”, teza 7.

²⁷ Zob. m.in. postanowienie SA w Krakowie z dnia 16 listopada 2007 r., II AKZW 770/07, LEX nr 365627; postanowienie SN z dnia 28 września 2006 r., I KZP 23/06, LEX nr 201051; Zakrzewski, „Środki”, teza 14.81.

²⁸ Agnieszka Barczak-Oplustil, „Katalog środków zabezpieczających w ustawie nowelizującej”, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. Włodzimierz Wróbel (Kraków: Krakowski Instytut Prawa Karnego, 2015), teza 14.5. Podobnie Krzysztof Eichstaedt, „Środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, wątpliwości związane z orzekaniem” *Prokuratura i Prawo*, nr 12 (2016): 77.

Kazimierza Postulskiego, „Potrzeba zapewnienia skuteczności oddziaływań terapeutycznych wymaga, aby leczenie w zakładzie zamkniętym odbywało się w warunkach jak najbardziej zbliżonych do wolnościowych”^[29]. Niewątpliwie słuszny jest pogląd Konrada Lipińskiego, iż „Uchylenie terapeutycznych środków zabezpieczających nastąpić powinno – jak w przypadku pozostałych środków z rozdziału X Kodeksu karnego – wówczas, gdy ich stosowanie nie jest już konieczne. Mimo terapeutycznego ich charakteru nie oznacza to konieczności wyleczenia sprawcy, lecz zniwelowanie zagrożenia pochodzącego z jego strony. Funkcją terapii i terapii uzależnień jest bowiem zabezpieczenie społeczeństwa przed niebezpieczeństwem pochodzącym od sprawcy, a nie udzielenie mu pomocy o charakterze zdrowotnym”^[30]. Z punktu widzenia art. 93b § 2 k.k. obojętne jest przy tym czy do zniwelowania tego zagrożenia dochodzi skutek poprawy stanu zdrowia sprawcy, czy np. dzięki zastosowaniu innych (także surowszych) środków przewidzianych w obowiązujących przepisach prawa.

Zachodzi w tym przypadku pewne podobieństwo do środków zapobiegawczych. Wszystkie z nich mają wspólny cel w postaci zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, a wyjątkowo także zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa (art. 249 § 1 k.p.k.). Tymczasowe aresztowanie stanowi środek *ultima ratio* (art. 257 § 1 k.p.k.). Jeśli dojdzie do zastosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego, to konsumuje on pozostałe zastosowane dotychczas środki wolnościowe (np. poręczenie majątkowe)^[31]. Jak uważa Sąd Najwyższy, „Zastosowanie tymczasowego aresztowania w stopniu najwyższym zapewnia ochronę porządku publicznego. Stosowanie wobec oskarżonego poręczenia majątkowego staje się wówczas zbędne w świetle testu proporcjonalności, bo (1) nie prowadzi do zamierzonego przez ustawodawcę skutku (zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania), albowiem cel ten dostatecznie realizuje zastosowane tymczasowe aresztowanie (tymczasowe aresztowanie »«pochłania» cel, którego realizacji miałyby służyć poręczenie majątkowe) i – co się ściśle z tym wiąże – (2) regulacja nie jest niezbędna do ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; interes ten jest właściwie zabezpieczony przez pozbawienie

²⁹ Kazimierz Postulski, „Wykonywanie środków zabezpieczających o charakterze terapeutycznym”, [w:] *System Prawa Karnego*, t. VII, red. Lech K. Paprzycki (Legalis, 2015), 434.

³⁰ Lipiński, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, teza 6.

³¹ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 9 marca 2016 r., II AKZ 95/16, LEX nr 2023137.

oskarżonego wolności. A zatem (3), z chwilą pozbawienia oskarżonego wolności w wyniku wykonania postanowienia o tymczasowym aresztowaniu, poręczenie majątkowe staje się ingerencją w sferę konstytucyjnych wolności i praw w stopniu wyższym niż jest niezbędny do osiągnięcia założonego celu^[32]. W odróżnieniu od środków zabezpieczających, nie jest wykluczone jednoczesne stosowanie tymczasowego aresztowania i wolnościowego środka zapobiegawczego w dwóch odrębnych postępowaniach. Zwykle jednak wykonywanie środka wolnościowego będzie niemożliwe z uwagi na osadzenie podejrzanego w areszcie śledczym (np. dozór Policji polegający na obowiązku zgłaszania się do określonej jednostki).

Zasada proporcjonalności (art. 93b § 3 k.k.) zakłada adekwatność środka i sposobu jego wykonywania m.in. do stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia^[33]. Skoro w trakcie wykonywania terapii lub terapii uzależnień wobec sprawcy zapadło orzeczenie o umieszczeniu w zakładzie psychiatrycznym, to znaczy, iż stwierdzono w przypadku tego sprawcy wysokie prawdopodobieństwo ponownego popełnienia czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości (art. 93g § 1–3 k.k.). Wolnościowy środek zabezpieczający może być więc w tych warunkach niewspółmiernie łagodny do stopnia zagrożenia, które tworzy sprawca (a nie do popełnionego przez niego czynu).

Jeżeli wobec sprawcy uprzednio stosowano elektroniczną kontrolę pobytu, a następnie orzeczono umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym, to nie powinno budzić wątpliwości, że utrzymywanie w obrocie prawnym wolnościowego środka z art. 93a § 1 pkt 1 k.k. pozbawione jest sensu i nie miałyby żadnych szans na praktyczne wykonanie, skoro zakłada pozostawanie sprawcy na wolności. Przemawia to za podobnym potraktowaniem uprzednio wykonywanych środków z art. 93a § 1 pkt 2 i 3 k.k.

Przeciwko wariantowi nr 4 może świadczyć art. 90 § 1 k.k., który wyraża zasadę kumulatywnego stosowania środków karnych, przepadku, środków kompensacyjnych oraz środków zabezpieczających i dozoru. Pomijając umiejscowienie tego przepisu, które świadczy o tym, że ma on zastosowanie wyłącznie w przypadku kary łącznej^[34], należy zauważyć, że w żąd-

³² Uchwała SN z dnia 22 stycznia 2003 r., I KZP 36/02, LEX nr 57083.

³³ W tym kontekście nie ma znaczenia społeczna szkodliwość czynu już popełnionego (tak np. Lipiński, „Komentarz do artykułu 93b Kodeksu karnego”, teza 12).

³⁴ Tym samym art. 90 § 1 k.k. nie może być brany pod uwagę, gdy oba czyny zabronione (pierwszy będący podstawą orzeczenia wolnościowego środka zabezpieczającego i drugi stanowiący podstawę detencji psychiatrycznej) zostały

nym razie nie podważa on powyższych rozważań. Rolą art. 90 § 1 k.k. jest podkreślenie, że orzeczenie kary łącznej nie wpływa na obowiązywanie środków zabezpieczających orzeczonych obok kar jednostkowych za poszczególne przestępstwa. Fakt, iż stosują się określone środki zabezpieczające, nie wyklucza ustalenia, że orzeczenie jednego ze środków zabezpieczających dezaktualizuje konieczność wykonywania innych. Jak pisze Izabela Kosierb: „w przypadku orzeczenia np. kilku leczniczych środków zabezpieczających za przestępstwa pozostające w realnym zbiegu ich wykonanie będzie uzależnione od stanu zdrowia osoby, wobec której będą stosowane. Zatem, w przypadku uznania, że dalsze stosowanie środka zabezpieczającego nie jest już konieczne, odpadną również przesłanki do wykonania kolejnego z orzeczonych środków. Przy czym należy mieć na uwadze, iż z reguły środki te będą pokrywały się treściowo, co już z istoty wyklucza ich multiplikację”^[35]. Przepis art. 90 § 1 k.k. nie stoi więc na przeszkodzie następczemu uznaniu, że np. terapia, która została orzeczona obok jednej z kar jednostkowych, nie musi być już wykonywana, ze względu na to, że obok innej kary podlegającej łączeniu orzeczono izolacyjny środek zabezpieczający.

Akceptacja wariantu nr 4 dezaktualizuje potrzebę szczegółowego rozważania opcji nr 2 i 3. W szczególności nie można rozważanego układu procesowego traktować jako podstawy do zawieszenia postępowania wykonawczego. Wprawdzie wydaje się, że umieszczenie sprawcy w zakładzie psychiatrycznym w odrębnej sprawie spełnia przesłankę długotrwałej przeszkody uniemożliwiającej postępowanie (art. 15 § 2 k.k.w.) rozumianej jako taką przeszkodę, której termin ustania bądź w ogóle jest niemożliwy do ustalenia, bądź tak odległy w czasie, że przekracza możliwość racjonalnego ustalenia, kiedy postępowanie wykonawcze będzie można kontynuować^[36]. W doktrynie uznaje się, że zachodzi podstawa do zawieszenia postępowania wykonawczego w przedmiocie wykonania kary ograniczenia wolności, jeżeli sprawca został skazany na długoterminową karę pozbawienia wolności^[37]. Jednak podjęcie takiej decyzji procesowej w przypadku umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym sprawcy, wobec którego uprzednio wykony-

popelnione przez sprawcę w stanie niepoczytalności, ponieważ nie dojdzie wówczas do wymierzenia jakiejkolwiek kary, która podlegałaby łączeniu.

³⁵ Izabela Kosierb, „Łączny środek karny” *Prokuratura i Prawo*, nr 4 (2015): 140.

³⁶ Kazimierz Postulski, „Komentarz do art. 15 Kodeksu karnego wykonawczego”, [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, LEX 2017, teza 44.

³⁷ Robert Seweryn, „O niektórych aspektach zawieszenia postępowania wykonawczego” *Prokuratura i Prawo*, nr 9 (2021): 81-82.

wano wolnościowy środek zabezpieczający, prowadziłyby do pominięcia art. 93b § 2 k.k., odzwierciedlającego *ultima ratio* środków zabezpieczających. Nie ma wątpliwości, iż wykonywanie środka wolnościowego nie jest konieczne, gdy wdrożono do wykonania środek izolacyjny. Uchylenie wolnościowego środka zabezpieczającego nie prowadzi do zwiększenia zagrożenia dla porządku prawnego, skoro wobec sprawcy będzie stosowany środek izolacyjny. Jednocześnie nie wyklucza to stosowania terapii w przyszłości, do czego podstawą może być choćby art. 93d § 2 lub § 6 k.k. Skoro odpada uzasadnienie stosowania terapii lub terapii uzależnień, to nie można jednocześnie zakładać, że w sprawie występuje przeszkoda o charakterze czasowym dla ich wykonywania. Traktowanie zaistniałego układu procesowego jako podstawy do zawieszenia postępowania wykonawczego jest tym bardziej niezasadne, jeśli przyjąć pogląd, iż przesłanką zawieszenia może być jedynie przeszkoda faktyczna, a nie procesowa^[38]. Zawieszenie postępowania wykonawczego nie byłoby uzasadnione także wtedy, gdyby uzasadnić je koniecznością wykonania wolnościowego środka po uchyleniu izolacyjnego środka zabezpieczającego, jak ma to miejsce w przypadku zawieszenia postępowania wykonawczego w przedmiocie kary ograniczenia wolności z uwagi na osadzenie skazanego w zakładzie karnym celem odbycia kary pozbawienia wolności. Wykonanie wolnościowego środka zabezpieczającego nie ma na celu stanowić represji dla sprawcy. Jest to instrument mający zapewnić dobro i bezpieczeństwo społeczeństwa.

Z kolei o umorzeniu postępowania wykonawczego na mocy art. 15 § 1 k.k.w. można byłoby mówić tylko wtedy, gdy zachodzi przyczyna uniemożliwiająca dalszy tok postępowania wykonawczego, która ma charakter trwały^[39] i prowadzi do wniosku, że postępowanie wykonawcze jest niedopuszczalne^[40]. Traktowanie umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym jako takiej przeszkody miałyby rację bytu co najwyżej w sytuacji, w której izolacyjny środek zabezpieczający byłby orzekany dożywotnio. Takie sta-

³⁸ Kazimierz Postulski, „Umorzenie i zawieszenie postępowania wykonawczego” *Prokuratura i Prawo*, nr 7–8 (2011): 105; por. R. Seweryn, „O niektórych aspektach”, 72–74.

³⁹ Zob. Postulski, „Umorzenie”, 92–93.

⁴⁰ Poza wyeksponowanymi wprost w art. 15 § 1 k.k.w. przyczynami (przedawnienie wykonania kary, śmierć skazanego) w doktrynie jako takie przyczyny podaje się np. abolicję, amnestię, ułaskawienie, depenalizację prowadząca do zatarcia skazania z urzędu (art. 4 § 4 k.k.), *lis pendens*, *res iudicata* – Igor Zgoliński, „Komentarz do artykułu 15 Kodeksu karnego wykonawczego”, [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. Jerzy Lachowski (Legalis 2021), nb 6.

nowisko nie wytrzymuje krytyki, ponieważ środki zabezpieczające nie są stosowane dożywotnio, lecz bezterminowo (art. 93d § 1 k.k.), a ich uchylenie zależy np. od skuteczności stosowanych wobec sprawcy metod terapeutycznych i stwarzanego przez niego zagrożenia dla porządku prawnego. Orzeczenie w innej sprawie detencji psychiatrycznej wobec sprawcy, wobec którego wykonywany jest środek wolnościowy, nie wpływa na formalną dopuszczalność postępowania wykonawczego w tym przedmiocie, lecz czyni wykonywanie tego środka merytorycznie bezzasadnym.

Reasumując, przedstawione argumenty prowadzą do wniosku, iż w razie umieszczenia sprawcy w zakładzie psychiatrycznym tytułem środka zabezpieczającego uprzednio stosowane wobec niego wolnościowe środki zabezpieczające powinny zostać uchylone (art. 93b § 2 k.k.), z uwagi na to, że nie są konieczne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego (art. 93b § 1 k.k.). Nie jest prawidłowym umorzenie bądź zawieszenie postępowania wykonawczego w zakresie środka wolnościowego, ponieważ orzeczenie detencji dezaktualizuje materialną zasadność jego stosowania. Jednocześnie obowiązujące przepisy (art. 93d § 2 i 6 k.k.) pozwalają na zastosowanie nieizolacyjnych środków zabezpieczających również po uchyleniu pobytu w zakładzie psychiatrycznym.

Bibliografia

- Barczak-Oplustil Agnieszka, „Katalog środków zabezpieczających w ustawie nowelizującej”, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. Włodzimierz Wróbel. Kraków: Krakowski Instytut Prawa Karnego, 2015.
- Barczak-Oplustil Agnieszka, „Komentarz do artykułu 93b Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll. LEX 2016.
- Ciepiły Filip, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak, Legalis 2021.
- Długosz-Jóźwiak Joanna, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1-116*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki. Legalis 2021.
- Eichstaedt Krzysztof, „Środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, wątpliwości związane z orzekaniem” *Prokuratura i Prawo*, nr 12 (2016): 75-94.

- Gierowski Krzysztof Józef, Lech Krzysztof Paprzycki, „Terapia”, [w:] *System Prawa Karnego*, t. VII, red. Lech K. Paprzycki. Legalis 2015.
- Góralski Piotr, „Podstawowe problemy wykładni przepisów poświęconych środkowi zabezpieczającemu w postaci terapii uzależnień (art. 93a § 1 pkt 3 k.k.)” *Przeгляд Sądowy*, nr 7–8 (2018): 50–62.
- Góralski Piotr, „Terapia sprawców czynów zabronionych jako forma środka zabezpieczającego (art. 93a § 1 pkt 2 k.k.)” *Prokuratura i Prawo*, nr 2 (2019): 5–23. <https://www.gov.pl/web/prokuratura-krajowa/numer-2-2019>.
- Hofmański Piotr, Lech Krzysztof Paprzycki, Andrzej Sakowicz, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marian Filar. LEX 2016.
- Kosierb Izabela, „Łączny środek karny” *Prokuratura i Prawo*, nr 4 (2015): 139–152. <https://www.gov.pl/web/prokuratura-krajowa/numer-4-2015>.
- Krajewski Krzysztof, „Środki zabezpieczające o charakterze leczniczym stosowane wobec sprawców przestępstw uzależnionych od alkoholu, środków odurzających i substancji psychotropowych”, [w:] *System Prawa Karnego*, t. VII, red. Lech K. Paprzycki. Legalis 2015.
- Lipiński Konrad, „Komentarz do artykułu 93b Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. Jacek Giezek. LEX 2021.
- Lipiński Konrad, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. Jacek Giezek. LEX 2021.
- Majewski Jarosław, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*. LEX 2015.
- Mozgawa Marek, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. Marek Mozgawa. LEX 2022.
- Muszyńska Anna, „O zmianach w zakresie leczniczych środków zabezpieczających na tle nowelizacji kodeksu karnego z 2015 roku” *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. XLIII (2017): 441–449. http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/118407/PDF/24_Muszynska_A_O_zmianach_w_zakresie_leczniczych_srodkow_zabezpieczajacych_na_tle_nowelizacji_kodeksu_karnego_z_2015_roku.pdf.
- Niewiadomska-Krawczyk Magdalena, „Ewolucja środków zabezpieczających w polskim prawie karnym” *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. L (2018): 39–66. <https://wuwr.pl/nkp/article/download/8235/7868/>.
- Postulski Kazimierz, „Komentarz do artykułu 15 Kodeksu karnego wykonawczego”, [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*. LEX 2017.
- Postulski Kazimierz, „Umorzenie i zawieszenie postępowania wykonawczego” *Prokuratura i Prawo*, nr 7–8 (2011): 92–117. <https://www.gov.pl/web/prokuratura-krajowa/numer-7-8-2011>.

- Postulski Kazimierz, „Wykonywanie środków zabezpieczających o charakterze terapeutycznym”, [w:] *System Prawa Karnego*, t. VII, red. Lech K. Paprzycki. Legalis 2015.
- Pyrcał-Górowska Małgorzata, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll. LEX 2016.
- Pyrcał-Górowska Małgorzata, *Detencja psychiatryczna orzekana jako środek zabezpieczający w świetle badań aktowych*. Kraków: Krakowski Instytut Prawa Karnego 2015.
- Seweryn Robert, „O niektórych aspektach zawieszenia postępowania wykonawczego” *Prokuratura i Prawo*, nr 9 (2021): 70–89. <https://www.gov.pl/web/prokuratura-krajowa/numer-9>.
- Tygielski Maciej, „Środki zabezpieczające dla sprawców przestępstw popełnionych w związku z uzależnieniem w świetle ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw – „Noweli lutowej” *Studia Iuridica*, t. LXXVIII (2018): 474–496. <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.ceon.element-21a5638a-8a47-3d00-93b5-edcb7972c577/c/pdf-01.3001.0013.2328.pdf>.
- Zakrzewski Piotr, „Środki zabezpieczające o charakterze wolnościowym”, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. Włodzimierz Wróbel. Kraków: Krakowski Instytut Prawa Karnego, 2015.
- Zgoliński Igor, „Komentarz do artykułu 93f Kodeksu karnego”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Violetta Konarska-Wrzosek. LEX 2020.
- Zgoliński Igor, „Komentarz do artykułu 15 Kodeksu karnego wykonawczego”, [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. Jerzy Lachowski. Legalis 2021.



The Development of the Right of Access as a Part of Human Rights

Research on accessibility has been intensified due to CRPD. Sometimes, even a new discipline of accessibility studies, separate from disability studies, is distinguished. It is a broad field at the intersection of all disciplines whose theory and practice concern various aspects and areas of accessibility. It needs to be defined as its discipline, with its unique set of methods, ideas, and models.^[1] There is undoubtedly a lack of in-depth consideration of accessibility in legal studies. Accessibility has not yet received such considerations as Disability Law or Disability Legal Studies.^[2] Accessibility Law awaits similar discussion on its place in the legal studies and legal system. Undeniably, the legal standards of accessibility included in the CRPD are part of human rights law. What is missing, however, is an in-depth consideration of how far Disability Law should be seen as a subdiscipline of human rights law, in which the CRPD has played a crucial role, and in how far it is already becoming a separate discipline. In the development of the accessibility law, issues related to identifying other sources and the place of accessibility in the legal system, its role, its legal nature and the scope of accessibility standards can be distinguished. Attempts are made to assess the content of the Convention concerning accessibility, to analyze General Comment No. 2 (2014) „Article 9 Accessibility”,^[3] and to review the subject literature on accessibility law.^[4] Detailed legal solutions

¹ Gian Maria Greco *The need for accessibility studies*, 2015 (unpublished), cited in: Gian Maria Greco, „On Accessibility as a Human Right, with an Application to Media Accessibility”, [in:] Anna Matamala, Pilar Orero, *Researching Audio Description. New Approaches* (Barcelona: Palgrave, 2016), 18; Gian Maria Greco, „The Nature of Accessibility Studies” *Journal of Audiovisual Translation*, 1 (2018).

² Anna Lawson, „Disability Law as an Academic Discipline: Towards Cohesion and Mainstreaming?” *Journal of Law and Society*, No. 4 (2020): 560–570. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jols.12258>.

³ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility, Committee on the Rights of Persons with Disabilities CRPD/C/GC/2.

⁴ Katarzyna Roszewska, „Accessibility – One of the Human Rights or the Means of Their Implementation” *Law and Social Bonds*, No. 3 (2021): 163–167.

within the different areas of accessibility are slowly emerging. Lawyers may struggle with the relationship between the normative and technical content of accessibility. Thus, it becomes important to provide not only legal guarantees but also guarantees of complementary technical standards. Finally, although accessibility is considered in the context of an international human rights standard, its assessment is not insignificant from a regional or national perspective, including the role of soft law and governance in promoting the rights of persons with disabilities at the EU level^[5].

KATARZYNA ROSZEWSKA associate professor

Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

ORCID – 0000-0002-1452-2497 / e-mail: katarzyna.roszewska@gmail.com

KEYWORDS: the right of access, accessibility, persons with disabilities, human rights

⁵ Dalia Ferri, „The role of soft law in advancing the rights of persons with disabilities in the EU: A ‘hybridity’ approach to EU disability law” *European Law Journal*, (2023): 1-20. [accessed: 8.04.2023].

1 | Accessibility in the work on the draft UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities

The work on the draft Convention sheds light on the difficulties in defining the legal nature of accessibility. The idea of adopting a convention on this subject first emerged in 1987 when Italy presented a draft to the General Assembly. Subsequently, it appeared regularly on the agenda of meetings of various UN institutions supported by international organizations. From the outset, it was seen as complementary to, rather than opposed to, existing international treaties and instruments^[6].

In 2000, a study of previous UN human rights treaties was commissioned regarding their implementation with respect to persons with disabilities. The results were included in the study *The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*. It was intended to present the experience and potential of international treaty bodies in monitoring and promoting protection. In the author's opinion, there was no urgent need to increase the use of existing instruments and no absolute necessity to adopt a specific or thematic treaty on disability rights. Moreover, several recommendations to UN institutions and specialized bodies were made, including close monitoring of the implementation of the rights of persons with disabilities under the existing treaties and preparation of general commentaries dedicated to disability issues^[7].

However, Resolution 56/168 of 19 December 2001, adopted by the General Assembly, established an Ad Hoc Committee^[8] to consider proposals for a comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities based on the holistic approach in the work done in the fields of social development, human rights, and nondiscrimination. Drafting the CRPD was arduous and fraught with regular informal plenary meetings. What distinguished it was the inclusion of other stakeholders, notably a coalition of dozens of various organizations of people with disabilities (the International Disability

⁶ Gerard Quinn, Theresia Degener et al., *The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability* (New York-Geneva: United Nations, 2002), 32, 293–294.

⁷ Quinn, Degener et al., *The Current*, 288–289, 297.

⁸ Comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities [A/RES/56/168].

Caucus). The Working Group prepared the draft for this purpose and then considered and adopted it by the Ad Hoc Committee. The difficulty was, on the one hand, to consider many proposals in such a democratic mode of work and, on the other hand, to take a completely novel and comprehensive view of rights without rigidly distinguishing between civil and political rights and economic, social, and cultural rights, and without creating the appearance of a hierarchy of rights; many articles were given a „hybrid” character. Furthermore, the final product was the result of capturing multiple perspectives from such a wide range of writers.

A key issue was to impose the obligation to act towards accessibility. However, the distribution, character, and content of accessibility changed while drafting the Convention. It was a period when the UN „discovered” the significance and place of accessibility among human rights. It traced its relations to other international treaties^[9]. Through trial and error, parts of a provision on accessibility were merged with other stipulations or placed near nondiscrimination and general provisions. Furthermore, it was planned to include it in the list of specific rights (Article 19). The International Disability Caucus proposed a coherent content of Article 19^[10]. However, accessibility was not initially considered as a principle. The drafters planned to define it in the glossary of the Convention, making the final decision on introducing a definition and its content contingent on the outcome of the discussions in the Ad Hoc Committee on the draft of Article 19 on accessibility^[11].

Ultimately, Thailand proposed to adopt the principle of accessibility in the Convention, which gained the support of Japan and South Africa^[12].

⁹ Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, *Accessibility to Information and Communication: perspectives of the visually impaired Background conference document prepared by the Department of Economic and Social Affairs* Seventh session, New York, 16 January – 3 February 2006, A/AC.265/2006/CRP.3, 11 January 2006. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7bkgrndaccess.htm>.

¹⁰ Comments, proposals and amendments submitted electronically Sixth Session 3 August 2005. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata9sscomments.htm>.

¹¹ Report of the third session of the Ad Hoc Committee 2004.

¹² Article 3 – General Principles, Third Session, Compilation of proposed revisions and amendments made by the members of the Ad Hoc Committee to the draft text presented by the Working Group as a basis for negotiations by Member States and Observers in the Ad Hoc Committee (updated after the completion of

At the same time, the need to include accessibility as a principle was likewise pointed out by the National Human Rights Institutions. Originally, a proposal was made to call it Accessibility, Accessibility and Universal Design, or Realization of a barrier-free environment. Although some states voiced concerns about their ability to meet the obligations under Article 9, eventually, all agreed that without the right to accessibility, the other stipulations of the Convention would be worthless^[13].

Compared to other principles, accessibility was completely novel. In general, however, it was maintained at the convention's drafting stage that it would not create any new human rights. The work was carried out with respect to and invoking the comprehensive nature of the Universal Declaration of Human Rights (1948), the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), the International Bill of Human Rights (1966), and six other human rights treaties. The rights of persons with disabilities were found to be enshrined in earlier treaties but had not been exercised or enforced with respect to this group of people^[14]. The adoption of the Convention resulted from the lack of effective implementation of rights guaranteed by other conventions concerning persons with disabilities. It aimed to adapt existing rights to persons with disabilities by changing the paradigm of disability. The CRPD was even referred to as an „implementing convention”^[15].

the first reading at the Fourth Session, 26 August 2004). <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata3tscmpilation.htm>. [accessed: 10.02.2023].

¹³ Francesco Seatzu, „Article 9 [Accessibility]”, [in:] *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*. ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano. 225–242. (Switzerland: Springer, 2017), 231.

¹⁴ Press conference on convention protecting rights of persons with disabilities, 4 lutego 2005. https://www.un.org/press/en/2005/Disabilities_Press_Cfc_050204.doc.htm. [accessed: 18.02.2021]; Einat Albin, „Universalizing the Right to Work of Person with Disabilities: An Equality and Dignity Based Approach”, [in:] *The Right to Work*, ed. Virginia Mantouvalou (Oxford-Portland: Hart Publishing, 2017); *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, No. 15–9 (2015): 7. Convention on the Rights of Persons with Disabilities Advocay Toolkit. Professional Training Series No. 15, New York/Geneva, 2008, p. 10. https://www.ohchr.org/documents/publications/advocacytool_en.pdf. [accessed: 17/02/2021].

¹⁵ Don MacKay, *Chairman of the Ad Hoc Committee on Convention on Persons with Disabilities, Committee negotiating convention on rights of disabled persons concludes current session*, 12.08.2005. <https://www.un.org/press/en/2005/soc4680.doc.htm>. [accessed:17/02/2021].

2 | Understanding accessibility by the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities

After the Convention on the Rights of Persons with Disabilities had been adopted, it was consistently emphasized in working, promotional and information documents that the act did not create “new rights” but only recognized and expressed existing human rights (civil, cultural, economic, political, and social) rights, but in a way that was relevant to the needs and situation of persons with disabilities, and that it clarified what these rights meant in the context of disability. It imposed obligations on governments, sometimes also on private actors, to realize the human rights of persons with disabilities. It strengthened the position of the human rights of this group of people in the mainstream human rights discourse^[16].

The solution adopted in the Convention had its consequences in the general comment. The Committee gave no clear answer on the legal qualification of accessibility. General Comment No. 2 (2014) Article 9 Accessibility faced criticism for lacking a clear, consistent interpretation of accessibility that would foster its application^[17]. At this point, we cannot ignore general criticism concerning the lack of consistency in the Convention’s stipulations and that none of its provisions are sufficiently clear, precise, and unconditional to grant rights to individuals^[18].

It can be inferred from the content of the comment that the Committee recognizes accessibility – depending on the context – as a basic principle that underlies the implementation of the remaining provisions (paragraph 1), a precondition for persons with disabilities to participate fully and equally in society and to enjoy all human rights and fundamental

¹⁶ Arlene S. Kanter, *The Development of Disability Rights Under International Law: From Charity to Human Rights*. (London–New York: Routledge, 2015), 291.

¹⁷ Greco, „On Accessibility as a Human Right, with an Application to Media Accessibility”, 18–19.

¹⁸ Delia Ferri, *The UNCRPD within the EU legal system* – Conference „Human Rights of Persons with Disabilities in International and EU Law” organized by the EUI Human Rights Working Group and the EUI Academy of European Law (European University Institute, Florence, 27 April 2012), 76. https://www.academia.edu/26653617/_The_UNCRPD_within_the_EU_legal_system_2012_Conference_Human_Rights_of_Persons_with_Disabilities_in_International_and_EU_Law_organized_by_the_EUI_Human_Rights_Working_Group_and_the_EUI_Academy_of_European_Law_European_University_Institute_Florence_27_April_2012_.

freedoms without limitations, (2) as a principle, (3) as a measure, but also (4) as an independent human right – the right to access^[19]. At the same time, the Committee, like the authors of the Convention, attempts to prove that, without establishing new rights, the Convention redefines and develops existing rights from the perspective of a new paradigm of disability. To this end, it cites examples of access regulations in earlier international treaties. In the view of the Committee, international human rights law established a precedent involving the classification of the right to access as a right *per se* (paragraph 3) years ago. The Committee saw accessibility origins in earlier treaties and therefore “embedded” accessibility in earlier treaty law. Furthermore, it confirmed the existence of the right to access under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Accessibility is a right yet by no means a new one^[20].

3 | Discussion on the scope of rights in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities

The position expressed by the UN itself determined the first discussions on the CRPD. Although the Convention on the Rights of Persons with Disabilities introduced a new paradigm of disability, a new concept of equality, a new definition of non-discrimination, and new instruments of protection, it was claimed that it created no new or special rights for persons with disabilities^[21]. The view that it created new obligations was more readily accepted^[22]. As for rights, the Convention was mainly supposed to provide certain rights with an additional semantic structure in

¹⁹ *General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility*, Committee on the Rights of Persons with Disabilities CRPD/C/GC/2, para 2, 3, 14. See also the preceding *General comment No 2: The Day of General Discussion on Accessibility*, 7 October 2010, Committee on The Rights of Persons with Disabilities, Outline p. 1 with submissions. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGD7102010.aspx>. [accessed: 19.02.2021].

²⁰ Katarzyna Roszewska, *Accessibility – One of the Human Rights*, 162.

²¹ Theresia Degener, „Disability in a Human Rights Context” *Laws*, No. 3 (2016): 15.

²² Degener, „Disability in a Human Rights Context”, 19–20; Andrea Broderick, „Of Rights and Obligations: the Birth of Accessibility” *The International Journal of Human Rights*, No. 4 (2020): 407.

that it explained how they should be applied regarding persons with disabilities. It would outline a range of key properties of the rights it listed that had not been defined in previous human rights treaties and redefine and expand the content of existing rights^[23]. This view was initially shared by Polish legal scholars, as well^[24].

However, the position was not consistent. Another time, it was pointed out somewhat less tenaciously that the Convention „mainly” did not create new rights but determined a detailed implementation code and explained how individual rights should be exercised in practice^[25]. It was cautiously argued that it was the first legally binding international treaty that provided a comprehensive range of rights for persons with disabilities and had the potential to make a fundamental change in the way disability policy was worded and implemented^[26]. Even if it did not create new rights, it emphasized the accessibility and inclusion aspect of all human rights. Accessibility itself could become one of the fundamental principles of human rights^[27].

²³ Frederic Megret, „The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?” *Human Rights Quarterly*, No. 2 (2008): 498, 503, 515.

²⁴ Cf. Anna Błaszczak, „Zastrzeżenia i oświadczenia interpretacyjne Polski do Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami”, [in:] *Prawa osób z niepełnosprawnościami intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, ed. Dorota Pudzianowska (Warszawa: Wolters Kluwer, 2014), 25; Joanna Połatyńska, Ewa Staszewska, „5.4. Prawo do pracy szczególnych grup społecznych w świetle prawa międzynarodowego”, [in:] *System Prawa Pracy*, t. IX, *Międzynarodowe publiczne prawo pracy. Standardy globalne*, ed. Krzysztof Wojciech Baran (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019), LEX [accessed: 17.02.2021]; Julia Kapelańska-Pręgowska, „Wdrażanie, stosowanie i kontrola wykonywania Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych”, [in:] *Zatrudnianie osób niepełnosprawnych. Regulacje prawne*, ed. Aneta Giedrewicz-Niwińska, Marzena Szablowska-Juckiewicz (Warszawa: Difin, 2014), 26.

²⁵ Don MacKay (Chairman of the Ad Hoc Committee on Convention on Persons with Disabilities), *Committee negotiating convention on rights of disabled persons concludes current session*, 12.08.2005. <https://www.un.org/press/en/2005/soc4680.doc.htm>. [accessed: 20.01.2023].

²⁶ Raymond Lang, Maria Kett, Nora Groce, Jean-Francois Trani, „Implementing the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Principles, Implications, Practice and Limitations” *European Journal of Disability Research*, 5 (2011): 208. 206–220.

²⁷ Marianne Schulze, *Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A Handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities* (New York, 2010), 45. https://www.internationaldisabilityalliance.org/sites/default/files/documents/hi_crp_d_manual2010.pdf.

Over time, questions were raised as to whether the CRPD actually merely codified existing rights established by the UN human rights treaties from the perspective of persons with disabilities into a single legally binding international instrument or whether it nevertheless created a new portfolio of rights. Several scholars noted that it changed the broader framework within which human rights were conceptualized^[28]. It was suggested that the normative character of accessibility be reviewed. A proposal was made to establish by elimination what obligations and rights were created by the accessibility provisions of the Convention, to what extent accessibility could constitute a negative or positive right, whether it was an individual or a group right, and to what generation of rights it should be classified^[29].

Yet some scholars expressed a further-reaching view that a simple redefinition of rights would sometimes be insufficient and leave them without protection^[30]. Ultimately, attempts were made to assess the broader framework for conceptualizing human rights. It was noted that some rights (Article 19) had no equivalents in earlier treaties^[31]. Next, efforts were made to include the accessibility standard in the canon of human rights. Accessibility was proposed to be viewed as a socio-economic right. This interpretation of its nature was inferred from Article 3 and Article 21, even though the Convention omits to mention this right directly in these or other stipulations^[32]. It is not always the case that seeking to adapt „preexisting” human rights to the situation of persons with disabilities means merely reaffirming existing rights, possibly redefining and expanding them. Even if the legal basis for a separate right of access to international human rights is questionable, the States’ obligations may materialize in certain circumstances even before human rights materialize^[33]. In the case of Article 9, the Convention results in the emergence of a new human right – the right to accessibility^[34]; incidentally, it crystallizes alongside other new rights singled out in the CRPD, e.g. the right to full and effective participation

²⁸ Lang, Kett, Groce, Trani, *Implementing the United Nations Convention*, 211.

²⁹ Greco, „On Accessibility as a Human Right, with an Application to Media Accessibility”, 14–15.

³⁰ Frederic Megret, *The Disabilities Convention: Human Rights*, 503.

³¹ Degener, „Disability in a Human Rights Context”, 5–6; Cf. Kanter, *The Development of Disability*, 2–9.

³² Francesco Seatzu, „Article 9 [Accessibility]”, [in:] *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano (Cham: Springer, 2017), 225.

³³ Broderick, „Of Rights and Obligations”, 398, 407.

³⁴ Broderick, „Of Rights and Obligations”, 406.

and inclusion in society, the right to live in the community, and the right to be free from forced institutionalization on the grounds of disability^[35].

The validity of accessibility as a human right was also noted by the international community^[36]. The European Economic and Social Committee (EESC), in turn, put forward the idea to view accessibility as a human right in two ways: as a human right *per se* referring to the possibility to participate, act, communicate, and be informed independently and securely, and as a human right that is crucial for the implementation of other human rights, which renders it a fundamental stimulus facilitating their implementation^[37].

4 | The usefulness of the concept of the dynamic nature of human rights

Interpretations of the legal rule of accessibility in the UN Convention reveal divergent views, particularly on its legal nature. These divergences often accompany the emergence of „new” human rights. Therefore, the paths of development of the right to access must be sought in the very nature of these rights. Human rights are dynamic by nature, and each generation contributes to their evolution in line with the aspirations and values of a given period^[38]. Sometimes, new human rights emerge as a result of changing circumstances that require strengthened protection, changes in the economic situation, or technological developments that make it possible to meet needs that were previously impossible, too difficult, or too costly. Moreover, each society and each age has its important points of reference

³⁵ Kanter, *The Development of Disability*, 2–3, 5.

³⁶ European Economic and Social Committee Hearing: *Accessibility as a Human Right*, 4 June 2013. <https://www.eud.eu/news/accessibility-human-right/>. [accessed: 10/01/2023].

³⁷ Opinion of the European Economic and Social Committee on ‘Accessibility as a human right for persons with disabilities’ (own-initiative opinion), OJ EU 2014/C/177/15.

³⁸ *Promotion and protection of all human rights, civil, Political, economic, social and cultural rights, including the right to development, Human rights and international solidarity*, Note by the United Nations High Commissioner for Human Rights, HRC 12th Session, Report of the Independent Expert on International Solidarity, UN Doc A./HRC/12/27, 22 July 2009, para. 11.

and paradigms that it seeks to place within a larger unity characterized by a certain constancy^[39]. Therefore, new concepts of human rights are incorporated into fundamental, universal, constant, and inalienable human rights. These human rights are extended or filled with new content, redefined, or provided with new control and enforcement mechanisms. New rights have often been perceived as a normative instrument or a prerequisite for implementing existing rights, a synthesis of various rights of earlier dates^[40]. As a result, however, human rights evolve, sometimes so strongly that new rights are formally identified^[41]. When studying the status of the right to access, it is well-founded to cite the right to equality and non-discrimination, which, as established human rights, do not in themselves constitute rights to specific goods but are meant to guarantee the enjoyment of rights without discrimination and on equal terms^[42]. At the same time, the right to access may be associated with the right to equal treatment and nondiscrimination. Another example of the operation of a human right that guarantees the exercise of other rights, apart from the right to equal treatment and non-discrimination, is the indisputable right to justice.

The adopted form of accessibility regulations is not only due to the specific vision of this new legal institution. Accessibility is strongly correlated with the new understanding of disability, reflecting the paradigm shift in disability contained in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. It can potentially become one of the horizontal, fundamental human rights principles, emphasizing the multiple dimensions of accessibility. And since we are talking about a new paradigm of disability, in this context, one must wonder whether it is at all possible that we have the same rights when the scope of meaning varies, and the legal perspective is different. The content of these rights must be changed, at the very least. These questions are particularly relevant in the context of accessibility. Defining accessibility is crucial (extremely important) for properly

³⁹ James Roland Pennock, „Rights, Natural Rights, and Human Rights—a General View” *Human Rights*, vol. XXIII (1981): 7, 22.

⁴⁰ Piotr Kowalski, „»Nowe prawa człowieka«. Perspektywy i zagrożenia [»New Human Rights«. Prospects and Threats]” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, No. 2 (1988): 69–71.

⁴¹ Wiktor Osiatyński, *Prawa człowieka i ich granice*, translated by Sergiusz Kowalski (Kraków: Znak, 2011); original title: *Human Rights and Their Limits* (Cambridge–New York, 2009), 314.

⁴² Broderick, *Of Rights and Obligations*, 400.

implementing Article 9 by the States Parties. A new understanding of disability significantly impacts the differences found in various legal systems that implement even universal human rights for persons with disabilities.

5 | Conclusions

The dilemma faced by the drafters of the Convention was serious. It would have been pointless to designate this institution as one of the specific rights in the catalog, as originally contemplated. The drafters of the Convention rightly decided to place it among the treaty principles. The prominence of accessibility as a general principle means that it has to be applied to all rights enshrined in the Convention.

Thus, accessibility has become a normative principle of international law, which does not yet amount to a right. Furthermore, neither the stipulation of Article 9, which describes the purpose of accessibility, its scope, the means of achieving it and the persons to whom the rule is addressed, nor the specific rights included in the Convention explicitly refer to the right of access. In none of the provisions is accessibility directly equated with a „right of access” *per se*. The Committee took a somewhat euphemistic stand, maintaining that it discovered a right already existing. After all, the right of access *per se* had not fully crystallized in international law. Following, in turn, the views of the subject literature on the right of access as a human right, it should be noted that the greatest confusion arose from firm declarations that the Convention created no new rights. Meanwhile, highly disability-specific interpretations of existing human rights have transformed previously essentially noninterventionist rights (or „negative” rights) into positive obligations of the state. The Convention combines civil and political rights with economic, social, and cultural rights within its overall structure and within individual articles. This implies rejecting the traditional distinction between rights subject to immediate and progressive realization^[43]. And even if the drafters of the Convention did not

⁴³ Rosemary Kayess, Philip French, „Out of Darkness in to Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities” *Human Rights Law Review*, No. 8 (2008): 32–33; Kanter, *The Development of Disability*, 3.

intend to create any new human rights, they ultimately did. And the right to accessibility is just one of them^[44].

Its binding force is not only to set the direction of the states or to interpret the specific rights contained in the Convention. It also contains specific obligations. It makes accessibility not just a principle but a general right affecting others, without which the other rights guaranteed by the Convention become worthless^[45] and an unenforceable right.

Accessibility was predicted to become one of the more powerful drivers of change in the rights of people with disabilities^[46]. Article 9 is undeniably one of the most discussed provisions of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. It is also one of the most significant and „radical” provisions. The radicalism of Article 9 lies in its recognition that all persons with disabilities have a right to accessibility and are entitled to enjoy it on an equal basis^[47].

The Convention can potentially influence the development and expansion of national law and international rules, although the CRPD cannot solve all the world’s problems^[48].

⁴⁴ Kanter, *The Development of Disability*, 5; Arlene S. Kanter, „Do Human Rights Treaties Matter: The Case for the United Nations Convention on the Rights of People with Disabilities” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, No. 3 (2019): 601–602; Simo Vehmas, Nick Watson, „Chapter 6. Disability and human rights”, [in:] *Routledge Handbook of Disability Studies*, ed. Nick Watson, Alan Roulstone, Carol Thomas. 2nd ed. (London–New York: Routledge, 2020), 78.

⁴⁵ *Seatzu Article 9 [Accessibility]*, 231.

⁴⁶ *Ibidem*, 239–240.

⁴⁷ *Ibidem*, 229.

⁴⁸ Kayess, French, *Out of Darkness in to Light?*, 32; Kanter, „Do Human Rights Treaties Matter”, 608.

Bibliography

- Błaszczak Anna, „Zastrzeżenia i oświadczenia interpretacyjne Polski do Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami” [*Poland’s Reservations and Interpretative Statements to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*], [in:] *Prawa osób z niepełnosprawnościami intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka* [*Rights of Persons with Intellectual or Mental Disabilities in the Light of International Human Rights Instruments*], ed. Dorota Pudzianowska. 25. Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Broderick Andrea, „Of Rights and Obligations: the Birth of Accessibility” *The International Journal of Human Rights*, No. 4 (2020): 393–413.
- Einat Albin, „Universalizing the Right to Work of Person with Disabilities: An Equality and Dignity Based Approach”, [in:] *The Right to Work*, ed. Virginia Mantouvalou. 61–86. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2017.
- Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, No. 15–9 (2015): 7.
- Ferri Delia, *The UNCRPD within the EU legal system*; Conference „Human Rights of Persons with Disabilities in International and EU Law” organized by the EU Human Rights Working Group and the EU Academy of European Law (European University Institute, Florence, 27 April 2012), 76. https://www.academia.edu/26653617/_The_UNCRPD_within_the_EU_legal_system_2012_Conference_Human_Rights_of_Persons_with_Disabilities_in_International_and_EU_Law_organized_by_the_EU_Human_Rights_Working_Group_and_the_EU_Academy_of_European_Law_European_University_Institute_Florence_27_April_2012_.
- Greco Gian Maria, „On Accessibility as a Human Right, with an Application to Media Accessibility”, [in:] Anna Matamala, Pilar Orero, *Researching Audio Description. New Approaches*. 18–19. Barcelona: Palgrave, 2016.
- Greco Gian Maria, „The Nature of Accessibility Studies” *Journal of Audiovisual Translation*, No. 1 (2018): 205–232.
- Kanter Arlene S., „Do Human Rights Treaties Matter: The Case for the United Nations Convention on the Rights of People with Disabilities” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, No. 3 (2019): 577–609.
- Kanter Arlene S., *The Development of Disability Rights Under International Law: From Charity to Human Rights*. London–New York: Routledge, 2015.
- Kapelańska-Pregowska Julia, „Wdrażanie, stosowanie i kontrola wykonywania Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych” [*Implementation, Application and Follow-up of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*] [in:] *Zatrudnianie osób niepełnosprawnych. Regulacje prawne* [*Employment of Persons with Disabilities. Legal Regulations*],

- ed. Aneta Giedrewicz-Niwińska, Marzena Szablowska-Juckiewicz. 26. Warszawa: Difin, 2014.
- Kayess Rosemary, Pillip French, „Out of Darkness in to Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities” *Human Rights Law Review*, No. 8 (2008): 1–34.
- Kowalski Piotr, „»Nowe prawa człowieka«. Perspektywy i zagrożenia [»New Human Rights«. Prospects and Threats]” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, No. 2 (1988): 69–71.
- Lang Raymond, Maria Kett, Nora Groce, Jean-Francois Trani, „Implementing the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Principles, Implications, Practice and Limitations” *European Journal of Disability Research*, No. 5 (2011): 206–220.
- Lawson Anna, „Disability Law as an Academic Discipline: Towards Cohesion and Mainstreaming?” *Journal of Law and Society*, No. 4 (2020): 560–570. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jols.12258>.
- MacKay Don (Chairman of the Ad Hoc Committee on Convention on Persons with Disabilities), *Committee negotiating convention on rights of disabled persons concludes current session*, 12.08.2005. <https://www.un.org/press/en/2005/soc4680.doc.htm>.
- Osiatyński Wiktor, *Prawa człowieka i ich granice*, translated by Sergiusz Kowalski. Kraków: Znak, 2011.
- Pennock James Roland, „Rights, Natural Rights, and Human Rights – a General View” *Human Rights*, vol. xxiii (1981): 1–28.
- Perlin Michael L., „Human Rights Law for Persons With Disabilities in Asia and the Pacific: The Need for a Disability Rights Tribunal” *Journal of Policy and Practice in Intellectual Disabilities*, No. 2 (2013): 96–98.
- Połatyńska Joanna, Ewa Staszewska, „5.4. Prawo do pracy szczególnych grup społecznych w świetle prawa międzynarodowego” [*The Right to Work of Special Social Groups under International Law*], [in:] *System Prawa Pracy*, t. ix, *Międzynarodowe publiczne prawo pracy. Standardy globalne* [*The System of Labour Law. Volume ix. International Public Labour Law. Global Standards*], ed. Krzysztof Wojciech Baran. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019. LEX
- Quinn Gerard, Theresia Degener et al., *The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*. New York–Geneva: United Nations, 2002.
- Roszewska Katarzyna, „Accessibility – One of the Human Rights or the Means of Their Implementation” *Law and Social Bonds*, No. 3 (2021): 158–176.
- Schulze Marianne, *Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A Handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities*. New

York, 2010. https://www.internationaldisabilityalliance.org/sites/default/files/documents/hi_crpd_manual2010.pdf.

Seatzu Francesco, „Article 9 [Accessibility]”, [in:] *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano. 225–242. Switzerland: Springer, 2017.

Szwed Marcin, „Relacje między Europejską konwencją praw człowieka a Konwencją o prawach osób niepełnosprawnych” [Relations between the European Convention on Human Rights and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities] *Państwo i Prawo*, No. 2 (2023): 132–147.

Vehmas Simo, Nick Watson, „Chapter 6. Disability and human rights”, [in:] *Routledge Handbook of Disability Studies*, ed. Nick Watson, Alan Roulstone, Carol Thomas. 2nd ed. 72–88. London–New York: Routledge, 2020.



MAGDALENA PALUSZKIEWICZ

Reasonable Accommodation as a Means of Ensuring Access to Work for Persons with Disabilities in the Polish Legal System

This paper describes the obligation to provide reasonable accommodation in the Polish legal system to remove barriers experienced by persons with disabilities in accessing work. The presentation of this issue will be made in the context of how the standards of the CRPD (United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities) and the Employment Equality Directive are implemented in the Polish labour legislation. The concept of reasonable accommodation and the scope of entities obliged to provide it to persons with disabilities who are just seeking employment and those already in employment will be analysed. It will be followed by characterising the limits of implementing this obligation, which allows for considering the resources at the disposal of the entities obliged to provide reasonable accommodation. Finally, the author discusses the legal consequences of failure to provide reasonable accommodation and the legal remedies available to persons with disabilities in such a situation. The analysis, taking into account the body of doctrine and jurisprudence, will make it possible to indicate practical difficulties in the application of the legal regulation of reasonable accommodation and, as a result, to formulate *de lege ferenda* postulates.

MAGDALENA PALUSZKIEWICZ associate professor, University of Lodz
ORCID – 0000-0002-7454-927X / e-mail: mpaluszkievicz@wpia.uni.lodz.pl

KEYWORDS: persons with disabilities, access to work, reasonable accommodation, universal design

1 | Normative sources of reasonable accommodation in the Polish legal system

The Constitution of the Republic of Poland^[1], the most important act in the hierarchy of the Polish legal system, establishes regulations providing the basis for introducing reasonable accommodation. Restricting to those most important, it should be noted that labour is under the protection of the Republic of Poland (Article 24), and as a result, everyone is guaranteed the freedom to choose and pursue an occupation and to choose the place of work (Article 65, paragraph 1). In doing so, freedom means not only the absence of coercion but also the absence of barriers to free access to work^[2]. Public authorities are, therefore, obliged to pursue an active policy aimed at full, productive employment by implementing programmes to combat unemployment (Article 65(5)). Although public authorities are the addressees of this obligation, other public entities, including those private, also participate in its implementation, particularly employers who fulfil certain obligations towards employees. The principle of equal treatment (Article 32) should be regarded as an important guarantee of free access to work. It ensures equal opportunity to realise freedoms and rights by prescribing that the legal situation of entities considered similar according to an established criterion (the so-called relevant characteristic) is shaped equally^[3].

Furthermore, equality before the law is also the legitimacy of choosing such, and not another, criterion for differentiating between subjects of the law^[4]. Undoubtedly, disability is such a criterion, which, by accumulating many barriers, weakens a person's social position and possibilities to independently satisfy needs through gainful employment. In turn, the realisation of the principles of social justice (Article 2) requires that everyone, i.e. also a person with a disability, has an equal opportunity to enjoy the rights guaranteed to him/her, including the right to freely chosen work, which requires the establishment of certain additional measures. This is

¹ Journal of Laws of 1997, No. 78, item 483 as amended.

² Paluszkiwicz Magdalena, „Wolność pracy osób z niepełnosprawnościami jako wartość prawnie chroniona” (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2019), 249 and literature cited therein.

³ Judgment of the Constitutional Court of 15.07.2010, K 63/07, OTK-A 2010/6/60.

⁴ Judgment of the Constitutional Court of 27.09.1997, K 15/97, OTK 1997/3-4/37, Judgment of the Constitutional Court of 6.05.1998, K 37/97, OTK 1998/3/33.

confirmed in Article 69 of the Constitution, which implies the obligation of public authorities to provide these persons with, among other things, increased protection to equalise their opportunities in competition for jobs^[5]. This provision provides the basis for adopting additional equalisation measures in the form of a law. The main regulation in this respect is the Act of 27 August 1997 on social and vocational rehabilitation and employment of disabled persons^[6], which introduces the obligation to provide reasonable accommodation. In turn, the limits of activities undertaken for the benefit of persons with disabilities within the framework of equalisation of opportunities are set primarily by the constitutional principle of proportionality (Article 31), which, by protecting the interests of other entities, such as employers, prevents the creation of unjustified privileges^[7]. Thus, the introduction of reasonable accommodation is permissible under the Polish Constitution and necessary to enable persons with disabilities to exercise their rights, including the right to employment, to the extent that others enjoy it.

The regulation of reasonable accommodation was introduced into Polish legislation in 2011^[8] as Article 23a of the Rehabilitation Act, through which Article 5 of Directive 2000/78/EC^[9] was implemented. Due to this Directive's limited scope of regulation, reasonable accommodation became a means of ensuring the principle of equal treatment in employment. Subsequently, in 2012, Poland ratified the UN Convention of 13.12.2006 on the Rights of Persons with Disabilities^[10]. As is well known, reasonable accommodation is the cornerstone of this act and a prerequisite for persons with disabilities to enjoy all human rights equally with others^[11]. They play an important

⁵ Teresa Liszcz, „Charakter, zakres obowiązywania i treść art. 24 Konstytucji”, [in:] *Prawo pracy. Refleksje i poszukiwania. Księga Jubileuszowa Profesora Jerzego Wrątnego*, ed. Gertruda Uścińska (Warszawa: Instytut Pracy i Spraw Socjalnych, 2016), 45.

⁶ Consolidated text Journal of Laws 2023, item 100 as amended, hereinafter: the Rehabilitation Act.

⁷ See more extensively Paluszkiwicz, „Wolność”, 254 and the literature cited therein.

⁸ Act of 3.12.2010 on the implementation of certain provisions of the European Union on equal treatment, Journal of Laws No. 254, item 1700 as amended.

⁹ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (OJ L 303, p. 16–22).

¹⁰ Journal of Laws No. 1169 with effect from 25 October 2012. Hereinafter: CRPD.

¹¹ Rosemary Kayess, Phillip French, „Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities” *Human Rights Law Review*, No. 8 (2008): 10.

role not only for the right to employment (Article 27(1)(i) of the CRPD) but also for other rights conditioning the effective performance of work, such as the right to education (Article 24(2)(c) of the CRPD) or the right to freedom of movement (Article 20 in conjunction with Article 2 of the CRPD). As a result of the ratification of this Convention, the definition of reasonable accommodation standardised in Article 2, paragraph 4 of the CRPD became part of the Polish legal system^[12].

Another regulation of reasonable accommodation in Poland appeared with the Act of 19 July 2019 on Ensuring Accessibility for Persons with Special Needs^[13]. This act is implementing the Government Accessibility Plus Programme 2018–2025^[14]. It should also be regarded as the implementation of the obligation to ensure accessibility arising from Article 9 of the CRPD and the fulfilment of the constitutional obligation expressed in Article 69 of the Constitution of the Republic of Poland. One of the assumptions of this government programme was the adoption of accessibility as a horizontal principle for the implementation of all public policies, i.e. employment policy, including the creation of a systemic accessibility law^[15]. The assumption of its systemic scope of influence has not been achieved, as the regulation of accessibility is still contained in other legal acts^[16]. The obligation to ensure accessibility arising from this law concerns the public sphere, so it may not only support the independent handling of various administrative matters related to employment but also employment itself in entities operating in this sphere^[17].

¹² Pursuant to the provision of Article 91 of the Constitution of the Republic of Poland, a ratified international agreement, once promulgated in the Journal of Laws of the Republic of Poland, constitutes part of the domestic legal order and is directly applicable, unless its application depends on the enactment of a law.

¹³ Journal of Laws, item 696, as amended; hereinafter: Accessibility Act.

¹⁴ Resolution of the Council of Ministers No. 102/2018 on the establishment of the Government Accessibility Plus Programme. However, it has not been published in any promulgation body.

¹⁵ Explanatory Memorandum to the Bill on Ensuring Accessibility for Persons with Special Needs, 8th term of Sejm, Sejm print no. 3579, 2, 4.

¹⁶ Specifically, the Act of 4.04.2019 on the digital accessibility of the websites and mobile applications of public sector bodies (Journal of Laws 848 as amended, hereinafter: UDC), which implements Directive (EU) 2016/2102 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on the accessibility of the websites and mobile applications of public sector bodies (OJ L 327 of 02.12.2016, p. 1–15).

¹⁷ Explanatory Memorandum to the Draft Law on Ensuring Accessibility for Persons with Special Needs, 8th term of Sejm, Sejm print no. 3579 – Economic effects of the introduced regulation, p. 9.

Thus, we currently have four reasonable accommodation regulations in the Polish legal system – two arising from international law and two from national legislation. Although there are differences in the definitions of reasonable accommodation under Article 5 of Directive 2000/78 and Article 2 of the CRPD, the Convention is binding on the European Union^[18]. Therefore, the provisions of the Directive should be interpreted, where possible, in accordance with the Convention^[19]. On the other hand, national laws should be in line with binding international standards^[20] or at least interpreted in accordance with them. In case of irreconcilable contradictions, the relevant self-executing international or EU norms should apply, disregarding national laws. Despite these rather clear interpretative principles, applying reasonable accommodation regulations gives rise to numerous interpretative doubts in practice.

2 | Reasonable accommodation in the Rehabilitation Act

2.1. The notion of necessary reasonable accommodation

The analysis should begin with terminological remarks. Article 23a of the Rehabilitation Act uses the term „necessary” reasonable accommodation (plural in Polish). This is a formulation that deviates from international standards – the Convention and the Directive use the term „reasonable accommodation” (singular). Moreover, as aptly pointed out in the doctrine, this is an unjustified and restrictive treatment of reasonable accommodation^[21]. The Directive in Article 5 refers to „appropriate measures” (i.e., according to recital 20 of its preamble, effective and practical).

¹⁸ Council Decision of 26 November 2009 concerning the conclusion, by the European Community, of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, (OJ L 23 of 27.01.2010, p. 35-36).

¹⁹ Recitals 31-32 in CJEU judgement of 11 April 2013, case C335/11 and C337/11, EU:C:2013:222.

²⁰ Article 91 of the Constitution of the Republic of Poland.

²¹ Katarzyna Roszewska, „Komentarz do art. 2”, [in:] *Ustawa o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami. Komentarz*, ed. Katarzyna Roszewska (LEX 2021).

In contrast, the Convention refers to „necessary and appropriate modifications and adjustments” (Article 2 CRPD). If one additionally considers the CJEU case law^[22], appropriate measures taken as reasonable accommodations should be interpreted as broadly as possible^[23].

The accommodation is supposed to be „reasonable”, but doubts arise about how this wording should be understood. According to Article 23a(1), the second sentence of the Rehabilitation Act, necessary reasonable accommodation is a modification or adaptation necessary in a specific situation to meet the particular needs resulting from a person’s disability, provided that its implementation would not result in the imposition of a disproportionate burden on the employer. It has so far been rather unanimously accepted in the doctrine that the reasonableness of the accommodation should relate to the interests of both parties to the employment relationship and include both the effectiveness for the person with a disability and the proportionality of the burden for the employer^[24]. This issue has not yet been analysed in Polish jurisprudence. In contrast, the CJEU, in one of its rulings issued based on the Directive, held that the accommodation is reasonable because it must not constitute a disproportionate burden for the employer^[25]. Meanwhile, considering the interpretation of Article 2 in conjunction with Article 5 of the CRPD by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, it should be assumed that reasonableness refers only to the appropriateness and effectiveness of the accommodation for the person with a disability. On the other hand, the assessment of the cost of adaptation or availability of resources is made later, under the category of „disproportionate or excessive burden”, which simultaneously sets

²² See e.g. recitals 49 and 53 of CJEU judgement in case C335/11 and C337/11, EU:C:2013:222; recital 50 in CJEU judgement of 10 February 2022 in case C-485/20, LEX No. 3304096.

²³ This is also the case of the Polish Supreme Court in its judgment of 12.11.2014, I PK 74/14, LEX no. 1567458.

²⁴ Magdalena Paluszkiwicz, „Obowiązek pracodawcy zapewnienia niezbędnych racjonalnych usprawnień”, [in:] *Współczesne problemy prawa emerytalnego*, ed. Teresa Bińczycka-Majewska, Mirosław Włodarczyk (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 320; Marcin Wujczyk, „Obowiązek pracodawcy zapewnienia niezbędnych racjonalnych usprawnień dla pracownika niepełnosprawnego”, [in:] *Bariery w otoczeniu osób z niepełnosprawnościami – zagadnienia wybrane*, ed. Maciej Borski (Sosnowiec: Wyższa Szkoła Humanitas, 2017), 27.

²⁵ Recital 58 in CJEU judgement in case C335/11 and C337/11, EU:C:2013:222.

the limit of the obligation to provide reasonable accommodation^[26]. This means that the Polish legislator incorrectly combined in one sentence the proportionality of the burden with the reasonableness of the improvement instead of the obligation to provide it.

Reasonable accommodation includes changes or adaptations necessary in a specific situation to meet the particular needs arising from the person's disability. Therefore, the literature indicates that it should remove barriers that a person with a disability may face in the work environment^[27]. It entails specific actions taken on a one-off or long-term basis in response to the needs of a specific person with a disability^[28]. These improvements usually consist of adapting the procedures, processes or infrastructure operating in the workplace to the needs of a person with a disability^[29]. Examples of the interpretation of reasonable accommodation can also be found in some court rulings. In a judgment of 12 November 2014, the Supreme Court explained that the notion of reasonable accommodation should include material and organisational measures^[30]. In its judgment of 12 May 2011^[31], this court assumed that Article 23a of the Rehabilitation Act should be understood as the adaptation of premises or equipment, working time, and the division of duties. Furthermore, this court clarified that Article 5 of the Directive does not guarantee special protection to disabled employees against termination of employment. Instead, it provides for reasonable accommodation which takes into account the needs of such persons in the workplace to compensate for disadvantages suffered by them in terms of access to and performance of work (recital 16 of the Directive) and, at the same time, does not require that, where the duty of reasonable accommodation is properly implemented, a person who is not competent, capable or available to perform the essential functions of the job should be taken on, promoted or further employed (recital 17), in turn, according to the judgment of the Supreme Court of 7 December 2017, reasonable

²⁶ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, pt 26d.

²⁷ Wujczyk, „Obowiązek”, 23.

²⁸ Anna Śledzińska-Simon, „Obowiązek dokonania racjonalnych usprawnień – uwagi na tle wyroku TSUE Jetta Ring i Lone Skouboe Werge (C-335/11 i C-337/11)” *Studia Prawnicze*, no. 2 (2013): 32.

²⁹ *Ibidem*, 35.

³⁰ I PK 74/14, LEX No. 1567458.

³¹ II PK 276/10, OSNP 2012, no. 13-14, item 164.

accommodation consists in taking measures that enable a disabled employee to continue to occupy a given position, and not in creating a new position for him or her by eliminating from the scope of activities the duties essential to the position previously occupied^[32].

2.2. Obligated and entitled entities

According to Article 23a(1) of the Rehabilitation Act, the employer must provide reasonable accommodation^[33]. It follows that this obligation's scope is narrower than the Directive^[34], which covers not so much the employment relationship as broadly defined employment (e.g., relationship based on civil law) or self-employment^[35]. This affects the scope of persons entitled to reasonable accommodation under the Rehabilitation Act. The Rehabilitation Act obliges the provision of reasonable accommodation to those persons with disabilities who are in an employment relationship with an employer, who participate in the recruitment process or undergo training, internship, vocational preparation or graduate traineeship. However, the legislator did not provide for such an entitlement for former employees with disabilities, which could have made it easier for them, for example, to pursue unsatisfied claims from the employment relationship and has met with justified criticism in the doctrine^[36].

It is also worth noting that the Rehabilitation Act uses the term „disabled person” rather than „person with disability”. This is a consequence of building the definition of disability^[37] on the now archaic medical model with elements of the social model^[38]. Moreover, according to Article 1 of

³² I PK 334/16, LEX No. 2433079.

³³ Pursuant to Article 3 of the Act of 26.06.1974 of the Polish Labour Code (consolidated text, Journal of Laws of 2023, item 1465, hereinafter: the Labour Code) in connection with Article 66 of the Rehabilitation Act, an employer is an organisational unit, even if it does not have legal personality, as well as a natural person, if they employ employees.

³⁴ Cf. Kędzióra Karolina, Jabłońska Zofia, „Komentarz do art. 27”, [in:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, ed. Karolina Kędzióra, Krzysztof Śmiszek (LEX 2017).

³⁵ See, for example, Article 3(1) of Directive 2000/78/EC.

³⁶ Wujczyk, „Obowiązek”, 21.

³⁷ See Article 2(10) of the Rehabilitation Act.

³⁸ See more extensively Paluszkiwicz Magdalena, „Prawne pojęcie niepełnosprawności” *Studia Prawno-Ekonomiczne*, t. xciv (2015): 77–98.

the Rehabilitation Act, a person with a disability is a person whose disability has been confirmed by one of the certificates listed therein, which narrows the scope of entities entitled to reasonable accommodation in a manner inconsistent with the standards arising from the Convention and the Directive. It is rightly pointed out in the doctrine that Polish legislation lacks a definition that considers the broad, biopsychosocial (functional) context of disability to implement the principle of equal treatment in employment^[39]. Nonetheless, national courts are obliged to consider the existing acquits of the CJEU, according to which the concept of disability has autonomous meaning based on the Directive^[40]. On the other hand, protection against discrimination on the grounds of disability in employment is also available to those persons who, under national law, do not have a disability certificate^[41], including, among other things, carers of persons with disabilities^[42] (protected against discrimination by association), as the principle of equal treatment does not apply to persons but to the grounds listed in Article 1 of the Directive (here: „on the grounds of disability”)^[43].

According to Article 23a(1), the second sentence of the Rehabilitation Act, the implementation of the obligation to provide reasonable accommodation is conditional on the employer being notified of the needs arising from the disability. However, this is an overly narrow approach compared to the standards under the CRPD and the Directive. In their light, the obligation arises in response to a need. It thus updates not only when the person with a disability requests the provision of reasonable accommodation but also when the employer realises that the person with a disability needs such

³⁹ Śledzińska-Simon, „Obowiązek”, 44; Julia Kapelańska-Pregowska, „Prawo osób niepełnosprawnych do racjonalnych usprawnień oraz obowiązek zapewnienia dostępności przestrzeni publicznej” *Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego*, 6 (2015): 111.

⁴⁰ See e.g. recital 38 in CJEU judgement in case C-335/11 and C-337/11, LEX no. 1297091; recital 76 in CJEU judgement of 18 March 2014, C-363/12, LEX no. 1436116; recital 53 in CJEU judgement of 18 December 2014, C-354/13, LEX no. 1560257; recital 42 in CJEU judgement of 1 December 2016 in case C-395/15, LEX no. 2162832; recital 36 in CJEU judgement of 9 March 2017, case C-406/15, LEX no. 2240486; recital 28 in CJEU judgement of 18 January 2018, case C-270/16, LEX no. 2427047; recital 34 in CJEU judgement of 10 February 2022, case C-485/20, LEX no. 3304096.

⁴¹ But they are included, for example, in the category of workers „particularly vulnerable to work-related risks” under national law – see recital 51 in CJEU judgement of 11 September 2019, case C-397/18, ECLI:EU:C:2019:703.

⁴² See CJEU judgement of 17 July 2008, case C-303/06, LEX no. 420939.

⁴³ See recital 34 in CJEU judgement of 26 January 2021, case C-16/19, LEX no. 3112386.

accommodation to exercise his or her rights on an equal basis with others^[44]. It is important, however, that reasonable accommodation is established in the interests of the person with disabilities and cannot become a source of obligations for him/her. As the Supreme Court aptly pointed out in its judgment of 15 September 2015, for this reason, a disabled person cannot be coerced into exercising a right granted to him or her, especially if this is to be at the expense of greater physical and mental exertion than that accompanying the work of a non-disabled employee under 'normal' conditions^[45].

2.3. Limits of the duty to provide reasonable accommodation

The employer is obliged to provide reasonable accommodation, provided that carrying out such changes or adjustments would not result in a disproportionate burden being imposed on it. According to Article 23a(2) of the Rehabilitation Act, these burdens are not disproportionate if sufficiently compensated from public funds. The forms and principles of financial support for employers are regulated in particular by the Rehabilitation Act, providing, for example, for reimbursement of the costs of adaptation of the premises of the workplace to the needs of disabled persons, adaptation or acquisition of equipment facilitating the performance of work or functioning in the workplace, purchase and authorisation of software for the use of disabled employees and assistive technology devices or adapted to the needs resulting from their disability (Art. 26), employment of an employee assisting a disabled employee and training of the assisting employee (Art. 26d), and equipment of the workplace (Art. 26e).

As rightly pointed out in the doctrine, „disproportionately high burden” is a general clause, which means that its content should be read considering the circumstances of the specific case. When assessing the proportionality of the burden, the costs of the improvement introduced should be considered concerning factors such as, in particular, the employer’s profit, its turnover, the funds spent on adapting the workplaces to its operations or its creditworthiness^[46]. However, it is rightly pointed out in the doctrine

⁴⁴ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, pt 24b.

⁴⁵ III KRS 49/15, LEX No. 2288956.

⁴⁶ Wujczyk, „Obowiązek”, 28.

that the reference to „compensating” costs presupposes that they are first covered by one’s resources, which may constitute a serious financial burden, especially for smaller employers, but does not yet constitute grounds for assuming that they are disproportionate^[47]. This is confirmed by the judgment of the Supreme Court on 12 November 2014^[48]. Indeed, it still has to be assessed whether these burdens are sufficiently compensated from public funds, which requires taking into account, on the one hand, the amount of reimbursement from public funds and, on the other hand, the situation of the employer after obtaining it^[49].

The assessment of the proportionality of the burden interpreted by Articles 2 and 5 of the CRPD, as it follows from the findings of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, must not, however, be limited to financial aspects, but also take into account factors such as the size of the entity obliged to make reasonable accommodation, the impact of the accommodation on the functioning of the institution or enterprise concerned, the potential benefits for third parties, the negative impact on other persons, including employees, and the legitimate health and safety requirements^[50]. To assess the proportionality of the burden, the length of the relationship between the entity entitled and obliged to make reasonable improvements is also not insignificant^[51]. In this context, it is worth emphasising that, according to the position of the CJEU, the Directive, and therefore also the obligation to provide reasonable accommodation arising from its Article 5, may apply to employees employed under a probationary employment contract^[52].

⁴⁷ See Maliszewska-Nienartowicz Joanna, „Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w świetle wyroków w sprawach Coleman i Chacon Navas” *Europejski Przegląd Sądowy*, No. 8 (2011): 34; Wujczyk, „Obowiązek”, 29.

⁴⁸ I PK 74/14, LEX No. 1567458.

⁴⁹ Paluszkiewicz, „Obowiązek”, 321.

⁵⁰ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, pt 26e.

⁵¹ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, pt 27.

⁵² Recitals 31–32 in CJEU judgement of 10 February 2022, case C-485/20, LEX No. 3304096.

2.4. Consequences of failure to provide reasonable accommodation

According to Article 23a(3) of the Rehabilitation Act, failure to make necessary reasonable accommodation shall be considered a violation of the principle of equal treatment in employment within the meaning of Article 183a § 2–5 of the Labour Code. It is worth noting that the legislator does not prejudice whether the refusal to make reasonable accommodation is a manifestation of direct discrimination, indirect discrimination or harassment. The provisions of the Directive do not explicitly resolve this, either. However, considering the standards from Article 2 of the CRPD^[53], it should be assumed that refusal of reasonable accommodation is a separate form of disability discrimination.

A person for whom an employer has violated the principle of equal treatment in employment is entitled to compensation in an amount not lower than the minimum remuneration for work established based on separate regulations (Article 18^{3d} of the Labour Code). In proceedings for compensation, the distribution of the burden of proof will be modified – the person with a disability will have to substantiate that the failure to provide reasonable accommodation was in breach of the law. On the other hand, the employer will have to prove that it did not act unlawfully in failing to provide these improvements.

The doctrine correctly assesses that a compensation claim will not always be satisfactory for a person with a disability^[54], as it does not remove the barrier to equal treatment. Therefore, there are postulates to broaden the claims catalogue by ordering certain changes or adjustments^[55]. These are partly addressed by the solutions adopted in the Act on Ensuring Accessibility for Persons with Special Needs.

⁵³ The duty to provide reasonable accommodation is an integral part of the immediately applicable non-discrimination obligation.

⁵⁴ Wujczyk, „Obowiązek”, 32.

⁵⁵ *Ibidem*.

3 | Reasonable accommodation in the Accessibility Act

3.1. The notion of reasonable accommodation

In the Accessibility Act, reasonable accommodation (singular in Polish) is, alongside universal design, one of the means of ensuring accessibility (Article 4(1)). The definition of reasonable accommodation (Article 2(5)) was created by referencing the universal legal definition in Article 2 of the CRPD. In addition, it was supplemented by the statement that reasonable accommodation is used to meet the minimum requirements set out in the Act (Article 6^[56]) for ensuring accessibility for persons with special needs. These minimum requirements relate to three areas of accessibility: architectural, digital, information and communication. Compared to the standards under Article 9 of the CRPD, the area of transport accessibility, which is to be regulated by other legislation, has been omitted^[57].

The reference to minimum requirements in the definition of reasonable accommodation only indicates how „in particular” it should be done. It should not be read as an obligation to achieve accessibility at a minimum level using it. Indeed, accessibility is achieved systemically, primarily through the gradual and consistent implementation of standards and the universal design of new products and services, technologies and facilities^[58]. Reasonable accommodation, on the other hand, serves another purpose – to counteract discrimination and to implement the principle of equal treatment in a specific case, such as employment. However, it can be used as a means of ensuring accessibility for persons with disabilities in specific cases if any accessibility standard does not cover such persons or, despite existing standards, cannot exercise their rights because of their specific, individualised needs and because they do not make use of available modes, methods, means (e.g. due to lack of knowledge of Braille)^[59].

⁵⁶ Concerning digital accessibility, the requirements are set out in the Act of Digital Accessibility.

⁵⁷ Roszewska Katarzyna, „Komentarz do art. 2”.

⁵⁸ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2, pt 15.

⁵⁹ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2, pt 25.

Therefore, as rightly emphasised in the doctrine, the minimum requirements do not exclude the taking of more far-reaching measures within the framework of reasonable accommodation that serve to meet special needs optimally^[60], as long as they are necessary and appropriate in the specific case and do not cause a disproportionate and excessive burden (Article 2 CRPD).

3.2. Obligated and entitled entities

The limitation of the obligation of accessibility to public spaces implies that reasonable accommodation will be provided primarily by public entities (Article 3). In addition, entities other than public entities may be contractually obliged to provide accessibility if they carry out a public task financed with public funds or if they are awarded public contracts (Article 5(2)). The personal scope of the accessibility obligation will be extended to commercial operators in certain sectors of the economy^[61] in connection with the prospective implementation of^[62] Directive 2019/882^[63] (European Accessibility Act).

The doctrine points out that this limited personal scope of the Accessibility Act does not exclude the obligation of other actors to apply reasonable accommodation based on the Convention itself. It explicitly articulates an obligation to respect the rights of persons with disabilities by entities different from the State (Article 4(1)(e) CRPD). In the context of accessibility, this obligation translates, among other things, into ensuring that private institutions that offer facilities or services that are generally accessible or universally guaranteed take into account all aspects of their accessibility for persons with disabilities (Article 9(2)(b) CRPD). Responsibility for the

⁶⁰ Roszewska, „Komentarz do art. 2”.

⁶¹ Where, for example, computer hardware systems including operating systems, selected electronic terminals, electronic book readers, or services such as electronic communications, retail banking, e-commerce or elements of air, bus, rail and water passenger transport services are provided.

⁶² The draft law on ensuring that economic operators meet the accessibility requirements for certain products and services (draft of 22 March 2022, UC119) was only at the opinion stage of public institutions and social partners on 15 July 2022, even though the implementation deadline was 28 June 2022.

⁶³ Directive (EU) 2019/882 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the accessibility requirements for products and services, OJ L 151, p. 70–115.

lack of accessibility of these facilities and services provided by a private body is borne by the State^[64].

Thus, from the perspective of the realisation of the right to free access to employment by persons with disabilities, the entities obliged to provide reasonable accommodation may be, for example, public and non-public schools already at the recruitment stage and then in the course of providing educational services to children, young people and adults^[65]. In addition, it will be public employment services providing vocational guidance, job placement or training services, and private entities such as employment agencies or training institutions carrying out a public task with public funds (e.g., leading an unemployed person into employment). Various other public administrations or healthcare institutions may also be obliged to provide reasonable accommodation when dealing with formalities related to entering employment. Finally, it should be noted that public entities are themselves employing entities, with the result that, thanks to the proper implementation of the obligation to provide accessibility, persons with disabilities will be able to take up employment in them^[66].

Under the Act, accessibility is provided to „persons with special needs” (Article 2(3)). This definition refers to functional limitations^[67] but does not refer directly to disabilities^[68]. Indeed, the legislator does not strictly link these special needs to impairments of a long-term nature. Persons with special needs, due to their external or internal characteristics or the circumstances in which they find themselves, need to take additional measures or apply additional means to overcome the barrier to participate in various spheres of life on an equal basis with others. It is, therefore,

⁶⁴ Roszewska, „Komentarz do art. 2”.

⁶⁵ Article 24(5) of the CRPD reaffirms the right to access, without any discrimination and on an equal basis with other individuals, to universal higher education, vocational training, education and lifelong learning opportunities, which requires States to ensure that reasonable accommodation for persons with disabilities is provided.

⁶⁶ See Magdalena Paluszkiwicz, „Wpływ obowiązku zapewniania dostępności na poszerzanie zakresu wolności pracy osób z niepełnosprawnościami”, [in:] *Między ideowością a pragmatyzmem – tworzenie, wykładnia i stosowanie prawa. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Małgorzacie Gersdorf*, ed. Krzysztof Rączka, Barbara Godlewska-Bujok, Eliza Maniewska et al. (Warszawa: Wolters Kluwer, 2022), 489–505.

⁶⁷ A legal definition of persons with functional limitations is provided, for example, in Directive 2019/882.

⁶⁸ Roszewska, „Komentarz do art. 2”.

a broader category that can include persons with disabilities if they face a barrier that needs to be addressed in a particular situation. Moreover, the provision of reasonable accommodation in such a case is also not dependent on formal confirmation of the disability by a relevant certificate.

Given the broad obligation of public entities to ensure accessibility, both in their planned and carried out activities and by removing and preventing barriers (Article 4(2)), it should be assumed that reasonable accommodation can be made on their initiative as well as at the request of a person with special needs or their legal representative (Article 30(1))^[69]. The legislator makes the right to submit a request for accessibility conditional on the person demonstrating only a factual interest. The requesting person, therefore, does not have to be in any legal relationship with the entity obliged to provide it (e.g. as an applicant for employment). In addition, a request may be made by someone already employed in that entity who has encountered a barrier to effectively exercising the rights attached to that employment. Indeed, accessibility, in the light of Article 3(f) of the CRPD, is a fundamental principle that must be applied to all substantive rights contained in that act. As a result, the right to work for persons with disabilities on an equal basis with others includes in Article 27 of the CRPD, among other things, the possibility of earning a living in an accessible work environment. Furthermore, States, in properly implementing the accessibility obligation of Article 9(1)(a) of the CRPD, should also eliminate obstacles and barriers to accessing workplaces. It is worth noting that employed persons with special needs, including disabilities, may not only be employees but also, for example, contractors of civil law contracts and self-employed persons who cooperate with the entity obliged to provide accessibility. Such a broad construction of the accessibility obligation thus indirectly extends the legal protection of persons providing work on grounds other than the employment relationships (a non-employee basis). If they encounter an employment-related barrier, they can enforce reasonable accommodation using an accessibility request^[70]. This also applies to employees employed by entities obliged to provide accessibility.

⁶⁹ In the area of digital accessibility, anyone has the right to request its provision from the obliged entity – see Article 18 of the Act of Digital Accessibility.

⁷⁰ Demands to ensure digital accessibility.

3.3. Consequences of not ensuring accessibility using reasonable accommodation

The failure to provide reasonable accommodation in the Accessibility Act, unlike the Rehabilitation Act, is not treated as prohibited discrimination. This is incompatible with the standards under the CRPD and has received justified criticism in the doctrine^[71]. In such a case, it is also not possible to claim damages in court, while the possibility to file a complaint is provided for (Article 32). Instead, properly implementing the CRPD standards would require the possibility of going to court for all persons who have experienced discrimination^[72]. It is, therefore, rightly assessed in the doctrine that the rights of persons who will not be granted accessibility by the law^[73] have not been adequately safeguarded. If, as a result of a complaint, it is established that the failure to provide accessibility was unlawful^[74], then the public entity can obtain an order to provide accessibility, together with a determination of how and when it will be provided (Article 32(5)). If the order is not complied with within the specified time limit, a fine may still be imposed on the public body (Article 34).

However, failure to provide accessibility is not always an unlawful act. In particular, the legislator has identified technical or legal reasons (Article 31(3))^[75] as circumstances that make it impossible or difficult to provide accessibility to the extent indicated in the request. As these circumstances are listed by example, they also appear to include the disproportionate or undue burden that a reasonable accommodation would entail. In assessing the proportionality or excessiveness of the burden setting the boundaries for the obligation to introduce it, the findings made earlier, taking into account the standards of the Convention, remain valid. Only for completeness can it be pointed out that additional possibilities for financing

⁷¹ Katarzyna Roszewska, „Komentarz do art. 1”, [in:] *Ustawa o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami. Komentarz*, ed. Katarzyna Roszewska (LEX 2021).

⁷² Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, pt 31b.

⁷³ Roszewska, „Komentarz do art. 1”.

⁷⁴ In the case of unjustified and persistent failure to ensure the accessibility of a digital website or mobile application, the obliged entity is subject to a fine – see Article 19 of the Act of Digital Accessibility.

⁷⁵ Section 18(5) of the Act of Digital Accessibility identifies the risk of compromising the integrity or reliability of the information provided as a legitimate reason for refusal.

reasonable accommodation are provided by the Accessibility Fund^[76], established to support the implementation of the accessibility obligation.

However, the occurrence of obstacles to providing accessibility does not exempt the obliged entity from the obligation to guarantee alternative access (Article 7)^[77]. This involves, for example, providing support from another person, technical support, including the use of modern technology, and putting in place an organisation of the obliged entity that enables the needs of the person with a disability to be met to the extent necessary. Alternative access thus enables the absolute minimum functioning of the individual in an environment that is still inaccessible. It is not considered a fulfilment of the accessibility obligation, so the persons concerned have the right to complain about the lack of accessibility.

4 | Summary

The analysis aimed to characterise the obligation to provide reasonable accommodation in the context of standards stemming from the CRPD and the Employment Equality Directive and to signal the more important interpretative doubts related to the application of the legal regulation. The overall conclusion is that despite the formal guarantee of reasonable accommodation to persons with disabilities in Polish legislation, using such accommodation as a means of access to work may face serious barriers, which the legislator unnecessarily creates as an individual.

National regulation in this area is scattered between two legal acts pursuing different goals, the scopes of which, however, may overlap to some extent, e.g. concerning the exercise of the right to work by persons with disabilities. The differences in the legal regulations of reasonable accommodation may cause interpretation difficulties, especially for employing entities obliged to ensure accessibility. Indeed, it is not sufficiently clear from the two laws analysed which persons with disabilities should be

⁷⁶ See Chapter 5 of the Accessibility Act.

⁷⁷ A specific equivalent in terms of digital inaccessibility is the alternative means of access provided for in Article 7 in conjunction with Article 18(6) of the Act of Digital Accessibility.

provided with reasonable accommodation and when and to what extent this should be done. Entities obliged to provide reasonable accommodation under only one of the Acts are not in a much better situation. This is because both the Rehabilitation Act and the Accessibility Act are, in many provisions, incompatible with the standards arising from both the Directive and the Convention. Doubts in this respect are not fully dispelled by national court jurisprudence on reasonable accommodation, whose rather modest record to date may reflect low awareness in Poland of the rights to which persons with disabilities are entitled concerning a breach of the principle of equal treatment by denial of reasonable accommodation. The current, correct implementation of the obligation to provide reasonable accommodation to persons with disabilities in employment, therefore, requires employers to have very good knowledge of the laws, conventions, and directives together with the extensive CJEU case law issued on their basis and the principles of resolving conflicts between them.

Applying the provisions on reasonable accommodation may also pose a challenge for Polish jurisprudence. As mentioned, in principle, the provisions of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities can be directly applied in Poland. This means, in particular, that the definition of reasonable accommodation contained in Article 2 of the CRPD could find direct application in the practice of both public authorities and private entities. However, contrary to Article 4(2) of the CRPD, the Polish legislation does not specify which of the rights established in the Convention are implemented gradually and which with immediate effect. Suppose one considers the Supreme Court's position regarding the impossibility of directly applying the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights^[78]. In that case, the direct application of the provisions of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the courts may encounter serious difficulties^[79]. The small number of rulings on the lack of reasonable accommodation directly referencing the Convention confirms this^[80]. Poland has also not ratified the Optional Protocol to the

⁷⁸ Judgment of the Supreme Court of 8.02.2000, II UKN 374/99, OSNP 2001/13/452.

⁷⁹ Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, *Realizacja przez Polskę zobowiązań wynikających z Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych. Sprawozdanie Rzecznika Praw Obywatelskich* (Warszawa 2015), 20.

⁸⁰ Judgment of the Constitutional Court of 8.06.2016, K 37/13, LEX No. 2051565; judgment of the Province Administrative Court in Warsaw of 6.09.2016, VI SA/Wa 439/16, LEX No. 2148931.

Convention^[81], which results, among other things, that individuals cannot file individual complaints.

The above justifies the formulation of a demand to the legislator to make the necessary changes to the provisions concerning the obligation to provide reasonable accommodation. In the Rehabilitation Act, it seems necessary to harmonise the terminology of reasonable accommodation with the standards resulting from the Convention, to introduce a definition of a disability taking into account the Convention's biopsychosocial model and the EU regulations on equal treatment, and to extend the scope of persons entitled to reasonable accommodation to former employees and persons earning in non-employment forms, correctly defining the relationship between the reasonableness of the accommodation and the proportionality of the burden, clarifying the obligation to make reasonable accommodation also on the employer's initiative and considering abandoning the use of the term 'reimbursement' when assessing the proportionality of the costs, which could increase the possibilities for smaller employers to make reasonable accommodation in practice.

Some of these demands are to be considered in the proposed Act on Equalisation of Opportunities for Persons with Disabilities, the enactment of which has been announced in the government document Strategy for Persons with Disabilities 2021-2030^[82]. In the Act mentioned above, the following are to be introduced, among others: a coherent and Convention-compliant terminology on disability is to be proposed^[83], support mechanisms in line with the Convention are to be provided^[84], while persons with disabilities are to gain full protection against unequal treatment in all areas of life, i.e. in social, professional and cultural life^[85].

In the Accessibility Act, conversely, it is necessary to make clear that the denial of reasonable accommodation is a form of *sui generis* discrimination and grant those who have experienced it legal remedies to seek redress in court. The relationship between reasonable accommodation and universal design has also been established in the Accessibility Act in a manner

⁸¹ UN, Treaty Collection, *Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, UNTC [accessed: 21.11.2022].

⁸² Resolution No. 27 of the Council of Ministers of 16.02.2021, Official Gazette of the Republic of Poland Monitor Polski, item 218.

⁸³ Strategia na rzecz Osób z Niepełnosprawnościami 2021-2030, 257.

⁸⁴ Ibidem, p. 261.

⁸⁵ Ibidem, p. 267.

inconsistent with international standards. Reasonable accommodation should not become the rule in ensuring accessibility but rather a necessary complement to consistently implementing and applying accessibility and universal design standards^[86]. However, given the unsatisfactory state of accessibility in Poland^[87] and the lack of definition of strategic priorities to gradually achieve^[88], it is highly likely that reasonable accommodation will be the main means of ensuring accessibility, also in the sphere of employment, for a long time to come.

In this context, it is worth emphasising that the Accessibility Act provides the possibility for persons with disabilities employed on a basis other than employment relationship in entities obliged to provide accessibility to benefit from reasonable accommodation and provides for legal means to enforce it by employees and non-employees. On the other hand, where the obligation of reasonable accommodation does not materialise due to disproportionate burdens, alternative access is a measure that supports, to some extent, the exercise of employment-related rights by persons with disabilities.

Bibliography

- Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, *Realizacja przez Polskę zobowiązań wynikających z Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych. Sprawozdanie Rzecznika Praw Obywatelskich*. Warszawa: 2015.
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination*, CRPD/C/GC/6.
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *General Comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility*, CRPD/C/GC/2.
- Kapelańska-Pręgowska Julia, „Prawo osób niepełnosprawnych do racjonalnych usprawnień oraz obowiązek zapewniania dostępności przestrzeni publicznej” *Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne*, No. 6 (2015): 91–112.

⁸⁶ Katarzyna Roszewska, „Komentarz do art. 4”, [in:] *Ustawa o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami. Komentarz*, ed. Katarzyna Roszewska (LEX 2021).

⁸⁷ Explanatory Memorandum..., Sejm print no. 3579, pp. 7 and 9.

⁸⁸ As part of States' progressive implementation of their accessibility obligation under Article 9 of the CRPD.

- Kayess Rosemary, Phillip French, „Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities” *Human Rights Law Review*, No. 8 (2008): 1–34.
- Kędziora Karolina, Zofia Jabłońska, „Komentarz do art. 27”, [in:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, ed. Karolina Kędziora, Krzysztof Śmiszek. LEX 2017.
- Liszcz Teresa, „Charakter, zakres obowiązywania i treść art. 24 Konstytucji”, [in:] *Prawo pracy. Refleksje i poszukiwania. Księga Jubileuszowa Profesora Jerzego Wrątnego*, ed. Gertruda Uścińska. 34–45. Warszawa: Instytut Pracy i Spraw Socjalnych, 2016.
- Maliszewska-Nienartowicz Joanna, „Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w świetle wyroków w sprawach Coleman i Chacon Navas” *Europejski Przegląd Sądowy*, No. 8 (2011): 30–34.
- Paluszkiewicz Magdalena, „Wpływ obowiązku zapewniania dostępności na poszerzanie zakresu wolności pracy osób z niepełnosprawnościami”, [in:] *Między ideowością a pragmatyzmem – tworzenie, wykładnia i stosowanie prawa. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Małgorzacie Gersdorf*, ed. Krzysztof Rączka, Barbara Godlewska-Bujok, Eliza Maniewska et al. 489–505. Warszawa: Wolters Kluwer, 2022.
- Paluszkiewicz Magdalena, *Wolność pracy osób z niepełnosprawnościami jako wartość prawnie chroniona*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2019.
- Paluszkiewicz Magdalena, „Obowiązek pracodawcy zapewnienia niezbędnych racjonalnych usprawnień”, [in:] *Współczesne problemy prawa emerytalnego*, ed. Teresa Bińczycka-Majewska, Mirosław Włodarczyk. 309–328. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Paluszkiewicz Magdalena, „Prawne pojęcie niepełnosprawności” *Studia Prawno-Ekonomiczne*, vol. xcv (2015): 77–98.
- Roszevska Katarzyna, „Komentarz do art. 1” [in:] *Ustawa o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami. Komentarz*, ed. Katarzyna Roszevska. LEX 2021.
- Roszevska Katarzyna, „Komentarz do art. 2” [in:] *Ustawa o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami. Komentarz*, ed. Katarzyna Roszevska. LEX 2021.
- Roszevska Katarzyna, „Komentarz do art. 4” [in:] *Ustawa o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami. Komentarz*, ed. Katarzyna Roszevska. LEX 2021.

Śledzińska-Simon Anna, „Obowiązek dokonania racjonalnych usprawnień – uwagi na tle wyroku TSUE Jetta Ring i Lone Skouboe Werge (C-335/11 I C-337/11)” *Studia Prawnicze*, No. 2 (2013): 23–46.

Wujczyk Marcin, „Obowiązek pracodawcy zapewnienia niezbędnych racjonalnych usprawnień dla pracownika niepełnosprawnego”, [in:] *Bariery w otoczeniu osób z niepełnosprawnościami – zagadnienia wybrane*, ed. Maciej Borski. 17–32. Sosnowiec: Wyższa Szkoła Humanitas, 2017.



Accessibility for Persons with Special Needs from an Administrative Law Perspective

The purpose of the author is to consider accessibility from an administrative law perspective. The author explains that the law should imply the concept „administering entity” instead of „public entity” to encompass all bodies obliged to provide accessibility to persons with special needs, including non-public entities performing tasks financed with public funds. Moreover, the activities of entities from the public finance sector related to ensuring accessibility must be considered as a part of management control provided for in the regulations of the Public Finance Act. To enforce the right to access, the APSNA introduced the accessibility complaint procedure. It includes the possibility of informing a public entity about the lack of accessibility and the request for accessibility. If accessibility is not provided upon request because of a breach of the law, the entitled person can file a complaint about the lack of accessibility. In such a case, it can be ordered through an administrative decision of the President of the State Fund for the Rehabilitation of Disabled Persons (PFRON). In the event of failure to comply with the order within the deadline, the provisions on administrative enforcement proceedings regarding fines for coercion apply accordingly. It is a significant reinforcement compared to the obligations to provide reasonable accommodation under The Equality Framework Directive 2000/78/EC and relevant Polish law.

URSZULA TORBUS PhD in law, University of Silesia in Katowice
ORCID – 0000-0002-4454-9885 / e-mail: urszula.torbus@us.edu.pl

MAGDALENA MAŁECKA-ŁYSZCZEK associate professor
Krakow University of Economics
ORCID – 0000-0002-8361-5064 / e-mail: maleckam@uek.krakow.pl

KEYWORDS: accessibility, public entity, administering entity, management control, complaints procedure, right to access

1 | Introduction

The obligation to ensure accessibility is particularly significant to persons with special needs. It arises from both the 2006 UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)^[1], which was ratified by Poland in 2012^[2], and the 2019 Act on Ensuring Accessibility for Persons with Special Needs (The Accessibility Act, APSNA)^[3]. The APSNA specifies the measures to ensure accessibility for persons with special needs and the obligations of public entities in this respect. However, digital accessibility is regulated by the 2019 Act on Digital Accessibility of Websites and Mobile Applications of Public Entities (DAWMA)^[4]. APSNA is a key element of the government's „Accessibility Plus” programme, which was adopted on 17 July 2018, among other things, to implement the provisions of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)^[5].

The CRPD is fertile terrain for disability scholarship both theoretical and empirical and critical^[6]. The Convention formulates „accessibility” as a general principle and an overarching obligation, referring to the inclusive practice of removing barriers to ensure equal access for persons with disabilities, among other things, to build environments, goods and services, and facilities^[7]. Accessibility is one of the pillars on which the CRPD (Article 3) is based, but it does not explicitly constitute a right to accessibility *per se*. The emphasis placed on accessibility as a general principle means that

¹ The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 13 December 2006 (hereinafter: CRPD, The Convention), resolution A/RES/61/106, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2115:3.

² Ratified by Poland on 25 September 2012, Journal of Laws of 2012, item 1169.

³ The Act on ensuring accessibility for persons with special needs of 19 July 2019 (hereinafter: Accessibility Act, APSNA), Journal of Laws of 2019, item 1696, as amended Journal of Laws of 2022, item 2240.

⁴ The Act on digital accessibility of websites and mobile applications of public entities of 4 April 2019 (consolidated text, Journal of Laws of 2023, item 82).

⁵ The Government Programme ‘Accessibility plus 2018–2025’, adopted by a resolution of the Council of Ministers on 17 July 2018.

⁶ Lucy Series, „Disability and Human Right”, [in:] *Routledge Handbook of Disability Studies*, ed. Nick Watson, Alan Roulstone, Carol Thomas, 2 ed. (London–New York: Routledge, 2022), 72. https://tandfbis.s3-us-west-2.amazonaws.com/rt-files/docs/Open+Access+Chapters/9781138365308_oachapter6.pdf.

⁷ Andrea Broderick, „Of Rights and Obligations: The Birth of Accessibility” *The International Journal of Human Rights*, 24:4 (2020): 393. <https://doi.org/10.1080/13642987.2019.1634556>.

it has to be applied to all rights enshrined in the Convention^[8]. The principle of accessibility is broadly developed in Article 9 of the CRPD and General Comment No. 2 (2014)^[9]. It is a prerequisite for persons with disabilities to live independently, participate fully, and equally in society and have unrestricted enjoyment of all their human rights and fundamental freedoms on an equal basis with others (point 14). Article 9 of the CRPD gives rise to various obligations that require resources and extensive systemic change^[10].

Similarly, the term „accessibility” is understood in the APSNA as architectural, digital, and information/communication accessibility, at least to the extent specified by the minimum requirements referred to in Article 6, which results from the application of the universal design or the reasonable accommodation. It refers to the definitions and requirements in Article 2 of the CRPD.

It follows from the definition presented in the APSNA that under Polish law, the concept of accessibility refers not only to persons with disabilities but is broader. Simultaneously, persons with disabilities constitute a significant group of persons with special needs. It is persons with disabilities are usually confronted with multiple discrimination and inequalities in accessing their most fundamental rights^[11]. According to the definition given in Article 2, para. 2 APSNA, a person with special needs is a person who needs to take additional steps or apply additional measures to overcome a barrier to participate in various spheres of life on an equal basis with others, because of his external or internal characteristics or because of the circumstances in which he finds himself. Therefore, special needs may or may not be related to disability. They can arise from various circumstances, such as age or the person’s living or health situation. They include a broad range of persons and apply to everyone with permanent or temporary limitations in mobility or perception, persons with hearing impairments, visual impairments, manual or cognitive difficulties,

⁸ Katarzyna Roszewska, „Accessibility – one of the human rights or the means of their implementation” *Prawo i Więź*, No. 3 (2021): 158. <http://dx.doi.org/10.36128/priw.vi37.291>.

⁹ UN. Committee on the Rights of Persons with Disabilities (11th sess.: 2014, Geneva), General comment No. 2 (2014), Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2. <https://digitallibrary.un.org/record/812025>. [accessed: 02.01.2023].

¹⁰ Broderick, „Of Rights and Obligations”, 394.

¹¹ *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Commentary*, ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano (Cham: Springer, 2017), 225.

pregnant women, persons moving with a pram or luggage, and frail persons with mobility difficulties. Such a broad list also considers the ageing of the Polish population^[12].

The APSNA introduces three types of accessibility – architectural accessibility, digital accessibility, and information/communication accessibility (Article 2) and specifies the minimum requirements to provide accessibility to persons with special needs (Article 6). Additionally, in an individual case, if a public entity is unable to provide architectural or information/communication accessibility to a person with special needs, in particular for technical or legal reasons, the APSNA introduces the obligation to provide alternative access (Article 7).

Therefore, the issue of accessibility is complex and multidimensional. It is an important matter, not only from a theoretical point of view but especially from a practical point of view. This article considers accessibility from an administrative law perspective, which, as we shall point out, also develops several references and problems to be discussed. Given the scope of the issue, a selection of the problems to be addressed had to be made. Therefore, issues that have not been of particular interest to the doctrine so far have been analysed, which, we hope, will enable the question of accessibility for persons with special needs to be viewed from an entirely new research perspective.

The objective of this article is to demonstrate that:

- a more helpful term than „public entity” for the national legislator’s statutory regulation of accessibility for persons with special needs is ‘administering entity’;
- the obligation to ensure accessibility by public entities can be linked to the issue of management control, which has not yet been discussed in the doctrine;
- the obligation to ensure accessibility by public entities is associated with the right of persons with special needs to demand the provision of such accessibility (right to access), of which the complaint regarding the lack of accessibility is the legal instrument. This issue is particularly strongly related to administrative law

¹² ‘Jak wdrażać ustawę o zapewnianiu dostępności?’ [Eng.: How to implement the Accessibility Act?] guide produced for the Ministry of Funds and Regional Policy. https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0023/45716/Dostepnosc-plus-material-informacyjny.pdf. [accessed: 02.01.2023].

regulations because it requires reference to the provisions of the Administrative Procedures Code of 14 June 1960 (APC)^[13] and the Act on enforcement proceedings in the administration of 17 June 1966 (EPA)^[14].

The dogmatic law method was fundamentally applied in the study.

2 | Range of administrative entities required to provide accessibility to persons with special needs

The regulations of the APSNA specify the measures for providing *accessibility* for persons with special needs and the obligations of public entities in this respect. Similarly, the legislator primarily needed to clarify these obligations and the notion of a public entity. Among these public entities, the legislator includes (based on the regulation of Article 3):

1. public finance sector entities in the meaning of Article 9 of the Public Finance Act of 27 August 2009 (PFA)^[15];
2. other state organizational units without legal personality;
3. other legal persons established for the specific purpose of satisfying needs of a general nature, which are not of an industrial or commercial nature, if the entities referred to in this provision and points 1 and 2, individually or jointly, directly or indirectly through another entity: 1. finance them to a level of more than 50%, or 2. hold more than half of the stocks or shares, or 3. supervise the management body, or 4. have the right to appoint more than half of the members of the supervisory or management body.
4. this scope also encompasses associations of the public entities listed in points 1–3.

¹³ The Administrative Procedures Code of 14 June 1960 (consolidated text Journal of Laws of 2022, item 2000, as amended).

¹⁴ The Act of 17 June 1966 on enforcement proceedings in administration (consolidated text Journal of Laws of 2022, item 479, as amended).

¹⁵ The Public Finance Act of 27 August 2009 (consolidated text Journal of Laws of 2022, item 1634, as amended).

It encompasses a wide and diverse pool of public entities on which statutory obligations are imposed to provide accessibility to persons with special needs. The extensive scope of entities is an advantage, as in a democratic state governed by the rule of law, all public authority structures should be orientated towards appropriately supporting persons with special needs. More specifically, for the study, all public administration structures must be orientated toward fulfilling the obligations of providing accessibility to persons with special needs. Furthermore, it is possible even to go back to the root of the term „administrate”, which means to serve, including serving, to provide accessibility to persons who need it.

We assume that, in the case of matters of accessibility related to administrative law, a broader term than just „public entity” should be used, namely the term „administering entity”^[16]. This is related to the structure of Article 5 of the APSNA, according to which, if an entity other than a public entity performs a task financed with public funds based on a contract concluded with a public entity, it is obliged to provide *accessibility* to persons with special needs to the extent specified in that contract. Similarly, the obligations to provide accessibility also extend to non-public entities. The term „administering entity” helps analyse this issue, encompassing public and non-public entities performing public administration functions.

The doctrine states that two types of *administering entity* should be distinguished: public and non-public. The first is public *administering entities*: bodies of public administration, state and local government organizational units and public institutions, which are connected through various ties and subject to various legal regulations^[17]. For the APSNA, these will be the entities that are subject to Article 3. The second type is that of non-public entities performing public administration functions to a certain extent. Because they perform administrative tasks jointly with or alongside public *administration entities*, they are combined in a functional whole called the „public administration system”. This notion encompasses public

¹⁶ For a detailed discussion of the structure of „administering entity” see: Jacek Jagielski, „Podmioty administracji i podmioty administrujące”, [in:] *Prawo administracyjne*, ed. Jacek Jagielski, Marek Wierzbowski (Warsaw: Wolters Kluwer, 2022), 183–184; Magdalena Małecka-Łyszczek, „Podmioty ekonomii społecznej jako podmioty administrujące” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego*, No. 917 (2013): 73–87.

¹⁷ Michał Kasiński, „Podmioty administrujące”, [in:] *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, ed. Małgorzata Stahl (Warsaw: Wolters Kluwer, 2019), 321.

administration bodies, public establishments, enterprises, foundations, social organizations and other non-public entities to the extent to which they perform public administration functions. It is debatable whether individuals who perform public administration functions can also be included in the functionally understood public administration system^[18]. In the case of the Act under review, these entities correspond to the regulation of Article 5 of the APSNA.

3 | Accessibility perceived from the perspective of management control

The pool of public entities encompasses entities from the public finance sector listed in Article 9 of the Public Finance Act (PFA)^[19]. In practise, it means that the activities of these entities related to ensuring accessibility to persons with special needs must be part of a broader issue related to implementing the concept of management control provided for in the regulations of the PFA^[20]. This gives an additional research perspective that needs to be up-to-date in the academic dispute.

Management control is a concept implemented in public finance sector entities. It focusses on the legal, effective, economical, and punctual achievement of the objectives and performance of the tasks of these entities. Since the APSNA has introduced new obligations for public entities (including, as we point out, those belonging to the public finance sector pool) to ensure accessibility for persons with special needs, this translates into the setting and implementing related goals and objectives that will lead to the highest possible degree of accessibility provision.

Furthermore, one of the key standards in management control is the observance of ethical values in the activities of the entities obliged to implement the concept^[21]. There should be no doubt that an ethical activity

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Article 9 of the Public Finance Act of 27 August 2009 (consolidated text Journal of Laws of 2022, item 1634, as amended).

²⁰ Articles 68–71 of the Public Finance Act of 27 August 2009 (consolidated text Journal of Laws of 2022, item 1634, as amended).

²¹ Communication no. 23 of the Minister of Finance of 16 December 2009 on standards of management control for the public finance sector (Official Journal of the

(with an additional strong axiological foundation) is orientated towards providing accessibility for persons who require such activity because of various dysfunctions and needs. The accessibility issue must be included in a broader discourse related to counteracting social exclusion and supporting social inclusion through appropriate activities of public entities^[22].

The correct performance of tasks to ensure accessibility requires the structures of those obliged to do this to be adapted to these tasks. Likewise, of the management control standards, the alignment of the organizational structure to the entity's objectives and tasks is strongly emphasized^[23]. This problem can also be seen within the framework of the regulations of the APSNA that form a whole elaborate structure concerning the specification of entities and the competencies assigned to them, which is ultimately expected to translate into the achievement of the objectives set by the legislator. In the structural sense, this procedure should be assessed positively, especially as an explicitly specified body coordinates these activities undertaken by various structures, i.e., the Minister of Funds and Regional Policy. The legislator specifies examples of activities falling within the scope of coordination (Article 9), whereby this is not an exhaustive list, additionally supplemented by the regulations of Article 10 (initiation and implementation of government programmes). The coordination regulation is complemented by Article 12, which enables the Minister to demand reports on the provision of *accessibility* for persons with special needs regarding the activities of individual public entities. Another standard of management control, which should be mentioned when analysing the issue of accessibility for persons with special needs, is external communication, which requires an effective system for exchanging information with external entities which contribute to achieving the objectives and the performance of the tasks^[24]. The regulations of Article 29 (informing a public entity about the lack of architectural

Ministry of Finance of 2009, No. 15, item 84). More: Magdalena Małecka-Łyszczek, „Przestrzeganie wartości etycznych”, [in:] *Kontrola zarządcza w jednostkach samorządu terytorialnego* ed. Bogdan Dolnicki (Warsaw: Wolters Kluwer, 2019), 154–159.

²² With regard to the concept of exclusion: Magdalena Małecka-Łyszczek, Radosław Mędrzycki, *Osoby ubogie, niepełnosprawne i bezdomne w systemie pomocy społecznej* (Warsaw: Wolters Kluwer, 2021), 17–28.

²³ Marek Mączyński, „Struktura organizacyjna”, [in:] *Kontrola zarządcza w jednostkach samorządu terytorialnego* ed. Bogdan Dolnicki (Warsaw: Wolters Kluwer, 2019), 165–174.

²⁴ Magdalena Małecka-Łyszczek, „Komunikacja zewnętrzna”, [in:] *Kontrola zarządcza w jednostkach samorządu terytorialnego* ed. Bogdan Dolnicki (Warsaw: Wolters Kluwer, 2019), 233–246.

or information/communication accessibility), Article 30 (accessibility request) and even Article 32 of the APSNA should refer to this standard because a complaint can also be considered a communication tool.

4 | Accessibility complaint procedure

The above regulations of Article 29 – Article 32 were introduced into the APSNA to enforce the right to access. Chapter IV Complaint Procedure, which has been in effect since September 6, 2021, provides specific mechanisms primarily related to the possibility to file a complaint and stipulates the penalty for lack of accessibility. However, in the first instance, Article 29 allows anyone to inform a public body of its lack of architectural or information/communication accessibility without demonstrating a legal or factual interest. The notification of the public entity is not considered an information obligation, but rather the possibility of indicating a lack of accessibility to draw the public entity's attention to its obligations arising from the APSNA. The justification of the draft Act underlines that this instrument has a general public function, improving information flow and simultaneously being a tool for public control over the implementation of the APSNA. However, it is not part of the complaint process^[25]. The information can apply to a lack of architectural accessibility, information/communication accessibility, or both. Everyone, namely every natural person, regardless of their personal and legal attributes (e.g. a Polish citizen, a foreigner, a person with or without disabilities), has this right. Legal persons and entities without legal personality, e.g. non-governmental organizations, the statutory objectives include addressing the interests of persons with disabilities, can also exercise this right^[26]. It is not limited in time.

Furthermore, having demonstrated a legal interest (e.g. a real need to use the services of the given entity's services), a person with special needs or his/her statutory representative (e.g. concerning minors or incapacitated persons) is entitled to request accessibility of architectural or

²⁵ Justification to the draft Accessibility Act, Form no. 3579, Sejm of the Republic of Poland of the 8th term, PM-10-87-19, 21.

²⁶ Radosław Mędrzycki in: *Ustawa o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami. Komentarz*, ed. Katarzyna Roszewska (LEX 2021), Article 29.

information / communication (accessibility request). These enable a person with special needs to participate actively in ensuring the quality of public services. However, the possibility of submitting an accessibility request is independent of the obligations imposed by law on public entities to provide accessibility. Therefore, it is only a supplement to the accessibility process and is intended as a kind of enforcement of accessibility when the solutions adopted by the public entity are not universal and do not serve everyone equally. In the longer term, it is intended to encourage public entities to implement accessibility and consider universal design principles when performing public tasks^[27]. In particular, the accessibility request indicates, among other things, the barrier that hinders or prevents accessibility in architectural or information/communication terms, as well as the preferred method of providing accessibility (Article 32, para. 3), allowing the individual needs of the person filing the request to be taken into account.

The APSNA introduces the obligation to provide accessibility without undue delay. Still, no later than within 14 days from the date of submission of the request (Article 31, para. 1). If accessibility cannot be provided to the extent presented in the request within the specified deadline, the public entity must notify the person submitting the request of the reasons for the delay and give a new deadline for providing accessibility of no longer than two months from the date of submission of the request. Let us consider the time needed for accessibility and the required resources.

In exceptional situations dictated, in particular, by legal or technical causes, a public entity can refuse to provide accessibility to the extent or in the manner stated in the request, notifying the person requesting it and giving the reasons for its position (Article 33, para. 3). However, this does not mean a release from the obligation to provide alternative access involving, in particular, the provision of support or technical support to the person with special needs by another person, including through the use of modern technology, or the introduction of such an organization of the public entity which will ensure that the needs of persons with special needs are met to the extent necessary for them (Article 7). It is postulated that the justification should meet the easy-to-read (EtR) language standards, which always includes the communicability requirement with the person who submitted the request^[28].

²⁷ Justification to the draft Accessibility Act, Form no. 3579, Sejm of the Republic of Poland of the 8th term, PM-10-87-19, p. 21.

²⁸ Radosław Mędrzycki in: *Ustawa o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami. Komentarz*, ed. Katarzyna Roszewska (LEX 2021), Article 31.

Suppose a public entity fails to provide accessibility to a person requesting accessibility according to the principles presented; such a person is entitled to file a complaint about the lack of accessibility (Article 32). The complaint is filed with the president of the State Fund for the Rehabilitation of Disabled Persons (PFRON) within 30 days. A complaint may be filed if an accessibility request is submitted earlier. Complaints cannot be filed if the entitled person has only informed the public entity of the lack of accessibility and the latter has not provided it or has provided it in a manner inconsistent with the expectations of the informant. However, the informant has not submitted an accessibility request^[29].

If accessibility is found to be not provided to the extent requested by the complainant because of a breach of the provisions of the APSNA, the president of the State Fund for the Rehabilitation of the Disabled Persons (PFRON) orders the public entity to provide accessibility by way of an administrative decision specifying the method of providing accessibility to the complainant and the deadline for fulfilling the order, which shall not be shorter than 30 days, and, in particularly complicated cases, within no less than 60 days from the date of service of the decision. Proceedings before the president of PFRON are single-instance proceedings, meaning no appeal may be filed with a higher instance authority against the decision. The provisions of the Administrative Procedures Code (APC) apply to complaint proceedings.

In the event of failure to comply with the order within the specified deadline, the provisions on administrative enforcement proceedings regarding fines for coercion apply accordingly, which means moving to the 1966 Act on Enforcement Proceedings in Administration (EPA) provisions. The enforcement authority concerning the fines for coercion is the head of the tax office with territorial jurisdiction over the seat of the entity to which the order was issued^[30]. Funds obtained from fines are allocated to the account of the Accessibility Fund, which is a special purpose state fund within the meaning of the Public Finance Act of 2009 (PFA). The fund's resources are allocated to carry out support activities tasks to ensure or improve accessibility for persons with special needs, in particular, in public buildings and multi-family housing^[31].

²⁹ Ibidem, Article 32.

³⁰ Article 34 of the APSNA.

³¹ Article 35 of the APSNA.

5 | Conclusions

The Accessibility Act (APSNA) is the first systemic solution that identifies sources of measures to improve the accessibility of public space that is broadly understood, which implements the conclusions of the Supreme Audit Office 2018 audit on the accessibility of public space for older persons and persons with disabilities^[32]. Introduce a broad category of persons with special needs, including not only persons with disabilities but also all persons who various barriers may hinder them from participating in many spheres of social life on an equal basis with others.

A major advantage of the APSNA is the introduction of the possibility of asserting the right to access administratively by filing a complaint about lack of accessibility if an accessibility request from a person with special needs is not granted. An accessibility order may be issued if the complaint is upheld, reinforced by a specific sanction, a fine for coercion. It is a significant reinforcement compared to the obligation to provide necessary reasonable accommodation to an employee with a disability under Article 23a of the Act on vocational and social rehabilitation and employment of persons with disabilities of 1997 (VSRA)^[33], as well as Article 5 of The Equality Framework Directive 2000/78/EC.^[34] According to VSRA (Article 23a, para. 3), the employer's failure to provide reasonable accommodation is considered a breach of the principle of equal treatment in employment within the meaning of the provisions of Article 18(3a) § 2-5 of the Labour Code (LC)^[35], as well as the CRPD (Article 27)^[36]. However, it

³² Justification to the draft Accessibility Act, Form no. 3579, Sejm of the Republic of Poland of the 8th term, PM-10-87-19, p. 4.

³³ The Act on vocational and social rehabilitation and the employment of persons with disabilities of 27 August 1997, consolidated text Journal of Laws of 2023, item 100.

³⁴ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, O.J. L 303, 02/12/2000, pp. 0016-0022.

³⁵ More: Urszula Torbus, „Równe traktowanie osób niepełnosprawnych w zatrudnieniu”, [in:] *Prawo a niepełnosprawność. Wybrane aspekty*, ed. Maria Bosak (Warsaw: C.H. Beck, 2015), 59-66.

³⁶ See also: Katarzyna Roszewska, „The implementation of the rights of persons with disabilities to employment on the basis of the convention on the rights of persons with disabilities (CRPD)” *Białostockie Studia Prawnicze*, No. 2 (2019): 91-100. DOI:10.15290/bsp.2019.24.02.04.

requires the enforcement of this obligation of the employer by the entitled person individually before a court^[37]. The adoption of the solution presented in the Accessibility Act (APSNA) arose precisely from the fact that the legislative solutions to date and the practice of their application showed that the provisions of the law (VSRA and PLC) had not been very effective, as they had no real or direct sanctions for non-compliance. This was also a postulate of the community of persons with disabilities, which was consulted on the draft Accessibility Act^[38]. However, since the presented regulations of APSNA have been in force since September 2021, it is still too early to assess their effectiveness in practice^[39].

Finally, it is worth drawing attention to the title of the APSNA itself: ensuring accessibility for persons with special needs. The term „ensuring accessibility” indicates that this is a never-ending process that can never be considered complete. This is a complex process given the number and diversity of persons with special needs. It is simultaneously extremely important in its practical dimension, and therefore, the discussion on accessibility from various research perspectives is extremely valuable, necessary, and constantly relevant.

Bibliography

Broderick Andrea, „Of rights and obligations: the birth of accessibility” *The International Journal of Human Rights*, 24:4 (2020): 393-414. <https://doi.org/10.1080/13642987.2019.1634556>.

Bugowski Łukasz, Czech Marta, „Zapewnianie dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami w urzędach gmin w województwie podlaskim – aspekty finansowe i prawne” [Assurance of accessibility for persons with special needs

³⁷ Cf. judgment of the Supreme Court of 7 December 2017, I PK 334/16, OSNP 2018, no. 9, item 119, judgment of the Voivodship Administrative Court in Gorzów Wlkp. of 9 November 2017, II SA/Go 536/12, Legalis no. 1692315, judgment of the Supreme Court of 12 November 2014, I PK 74/14, OSNP 2016/8/101.

³⁸ Justification to the draft Accessibility Act, Form no. 3579, Sejm of the Republic of Poland of the 8th term, PM-10-87-19, p. 22.

³⁹ Cf. Łukasz Bugowski, Marta Czech, „Zapewnianie dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami w urzędach gmin w województwie podlaskim – aspekty finansowe i prawne” *Samorząd Terytorialny*, No. 11 (2022): 60.

- in municipalities of the Podlaskie voivodship – financial and legal aspects] *Samorząd Terytorialny*, No. 11 (2022): 60–71.
- Jagielski Jacek „Podmioty administracji i podmioty administrujące”, [w:] *Prawo administracyjne*, ed. Jacek Jagielski, Marek Wierzbowski. 183–184. Warszawa: Wolters Kluwer, 2022.
- Kasiński Michał „Podmioty administrujące”, [w:] *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, ed. Małgorzata Stahl. 321–361. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Mączyński Marek „Struktura organizacyjna”, [w:] *Kontrola zarządcza w jednostkach samorządu terytorialnego*, ed. Bogdan Dolnicki. 151–261. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Małecka-Łyszczek Magdalena „Komunikacja zewnętrzna”, [w:] *Kontrola zarządcza w jednostkach samorządu terytorialnego*, ed. Bogdan Dolnicki. 151–261. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Małecka-Łyszczek Magdalena „Podmioty ekonomii społecznej jako podmioty administrujące” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego*, nr 917 (2013): 73–87.
- Małecka-Łyszczek Magdalena „Przestrzeganie wartości etycznych”, [w:] *Kontrola zarządcza w jednostkach samorządu terytorialnego*, ed. Bogdan Dolnicki. 151–261. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Małecka-Łyszczek Magdalena, Radosław Mędrzycki, *Osoby ubogie, niepełnosprawne i bezdomne w systemie pomocy społecznej*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Roszevska Katarzyna „Accessibility – one of the human rights or the means of their implementation” *Prawo i Więź*, No. 3 (2021): 158–176. <http://dx.doi.org/10.36128/priw.vi37.291>.
- Roszevska Katarzyna „The implementation of the rights of persons with disabilities to employment on the basis of the convention on the rights of persons with disabilities (CRPD)” *Białostockie Studia Prawnicze*, No. 2 (2019): 91–100. DOI:10.15290/bsp.2019.24.02.04.
- Series Lucy „Disability and Human Rights”, [in:] *Routledge Handbook of Disability Studies*, ed. Nick Watson, Alan Roulstone, Carol Thomas, 2 ed. 72–88. New York–London: Routledge, 2022. https://tandfbis.s3-us-west-2.amazonaws.com/rt-files/docs/Open+Access+Chapters/9781138365308_oachapter6.pdf.
- The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Commentary, ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano (Cham: Springer, 2017), 225. DOI:10.1007/978-3-319-43790-3.
- Torbus Urszula „Równe traktowanie osób niepełnosprawnych w zatrudnieniu” [Equal treatment of persons with disabilities in employment], [in:] *Prawo*

a niepełnosprawność. Wybrane aspekty, ed. Maria Bosak. 59–66. Warsaw: C.H. Beck, 2015.

Ustawa o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami. Komentarz, ed. Katarzyna Roszewska. Warszawa: Wolters Kluwer: LEX 2021.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.
For guidelines on the permitted uses refer to
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

KATEŘINA FRUMAROVÁ

The Rights and Status of Persons with Disabilities in Administrative Proceedings in the Czech Republic

The author deals with the position of persons with disabilities in proceedings before administrative authorities in the Czech Republic. The legislation here is fragmented, and the author examines the basic principles that govern this area. At the same time, attention is focused on the question of the use of public and private institutes to support persons with disabilities in administrative proceedings. Finally, a significant transition trend from the „substitute decision-making system” to the „Supported or Assisted decision-making” concept is analyzed.

KATEŘINA FRUMAROVÁ PhD in law, Palacký University in Olomouc
ORCID – 0000-0001-5886-1645 / e-mail: katerina.frumarova@upol.cz

KEYWORDS: persons with disabilities, public administration, administrative proceedings, discrimination, legal capacity, assisted decision-making, guardian, assisting person, representation by a member of the household

1 | Introduction

Czech legislation dealing with the status, rights and protection of persons with disabilities is considerably fragmented. There is no codification; everything is regulated by partially separate laws, which are devoted to, for example, social security, employment, education, healthcare and other areas of society's life. That is why there is no uniform definition of „disability” in the Czech Republic or „persons with disabilities”. Disability is defined differently in Czech laws, depending on each legal regulation's specific focus and purpose. In particular, the medical model^[1] is used (e.g. when assessing the state of health within the social security system) in combination with the social model^[2] (e.g. the school law)^[3]. Therefore, the legal regulation in the Czech Republic for persons with disabilities is confusing and complicated.

The article identifies the fundamental principles of the Czech public administration concerning persons with disabilities. These principles must be derived in particular from international legal and constitutional documents, as well as from the goals of the state's policy in this area, including civil society activities related to the support of people with disabilities. These principles reflect not only legal documents but also moral and ethical standards in society. Specifically, the article is devoted to the status and protection of the rights of persons with disabilities within the framework of administrative proceedings. In particular, the author tries to answer whether the Czech legislation reflects the need to protect the status and rights of persons with disabilities and what institutes it contains. At the same time, attention is also paid to whether this protection is provided by public law institutes or, at the same time, by private law

¹ Lenka Krhutová, „Teorie a modely zdravotního postižení” *Sociální Práce*, No. 4 (2010): 49–59.

² Michigan Disability Rights Coalition, *Models of Disability*. http://www.bahastudies.net/neurelitism/library/models_of_disability.pdf. See also Lenka Krhutová, *Argumentační základna pro prosazování a realizaci antidiskriminačních opatření ve vztahu k lidem se zdravotním postižením* (Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci-Výzkumné centrum integrace zdravotně postižených, 2005), 32.

³ For different models of understanding disability – see Deborah Kaplan, „The Definition of Disability: Perspective of the Disability Community” *Journal of Health Care Law & Policy*, No. 2 (2000). <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/jhclp/vol3/iss2/5>.

institutes. Following this, the means of protecting the rights of persons with disabilities are analyzed, possible shortcomings are identified, and, in the end, *de lege ferenda* solutions are proposed.

2 | Basic principles of protection and support of persons with disabilities within the Czech public administration

The basic principle promoted in the Czech Republic (not only) in public administration is the principle of „accessibility”. Accessibility is intertwined with almost all areas of life for people with disabilities. It can be defined as a degree of accessibility in which a device, service, product or environment is available to as many people as possible or to all people without any distinction. In the field of public administration, this principle is reflected in the promotion of so-called „governance accessibility”^[4]. It is a set of principles that must be followed in order for public services to be created as accessible and which must be taken into account at all levels of public administration (national, regional and local). The basic rule is not to exclude persons with disabilities but to integrate them. In the case of public administration services and activities, the correct procedure is therefore not to create special services for these clients but, in contrast, to adapt standard services so that they are usable and accessible to all persons. This also applies, without exception, to the conduct of administrative proceedings before the Czech administrative bodies.

The basic general legal principles, which are critical in relation to access to public administration and administrative proceedings, are primarily the prohibition of discrimination, the principle of equal treatment, the principle of equality before the law, and the principle of ensuring equal access to justice.

⁴ National Plan for the Promotion of Equal Opportunities for Persons with Disabilities for the period 2021–2025, approved by the Government of the Czech Republic on July 20, 2020. https://www.vlada.cz/assets/ppov/vvozp/dokumenty/National-Plan-for-the-Promotion-of-Equal-Opportunities-for-Persons-with-Disabilities-2021_2025.pdf. See also Rada Michal, *Governance Accessibility je nový směr pro Evropu i pro nás*. Office of the Government of the Czech Republic. <https://www.helpnet.cz/sites/default/files/soubory/Rada.pdf>.

The right to equal treatment is enshrined directly in Article 1 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms, which is part of the constitutional order of the Czech Republic. The article states: „All people are free and equal in their dignity and rights. Their fundamental rights and freedoms are inherent, inalienable, non-prescriptible, and irrevocable”. Therefore, society cannot limit the rights of some people based on gender, skin colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, belonging to a national minority or even „health disability” (Article 3 of the Charter). The right to equal treatment and the prohibition of discrimination (direct and indirect) are regulated in the Anti-discrimination Act, where disability is mentioned as one of the reasons for both types of discrimination^[5]. At the same time, it should be added that equal treatment does not mean only the same approach and behaviour towards persons with disabilities but also enabling and providing an equivalent background, using the „universal design”, the aim of which is to make objects, technologies, buildings and the environment accessible to all people without restrictions^[6].

Equality before the law imposes the obligation to recognize persons with disabilities as subjects of law and their legal capacity in all areas of life on an equal basis with others. Therefore, when imposing measures related to the legal capacity, it is necessary to respect the rights, will and preferences of persons with disabilities. The positive change in this area was the adoption of the new Civil Code^[7], which enshrined fundamental changes regarding the legal capacity of a person and revised the rules for possible restrictions. It is no longer possible to completely deprive a person of a legal capacity, but only to limit it. At the same time, the law is based on „the concept of supported or assisted decision-making”^[8], meaning that each person can make their own decisions but may need a greater or lesser degree of support^[9]. Therefore, the legal system regulates the use of

⁵ Pavla Boučková et al, *Antidiskriminační zákon. Komentář* (Praha: C. H. Beck, 2016), 172–180, 218–230.

⁶ Sheryl Burgstahler, *Universal Design: Process, Principles, and Applications* (USA: University of Washington, 2009). <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED506550.pdf>.

⁷ Act No. 89/2012 Coll., Civil Code.

⁸ Rosie Harding, Ezgi Taşcıoğlu, „Supported Decision-Making from Theory to Practice: Implementing the Right to Enjoy Legal Capacity” *Societies*, No. 2 (2018): 25. <https://doi.org/10.3390/soc8020025>.

⁹ This is a change compared to the previously applied concept of so-called substitute decision-making (when a guardian made decisions for a person with a disability and as a result the person was often excluded from life in society).

so-called „support measures” (the representation by a guardian, by a member of the household or by an „assisting person”) instead of restrictions of a legal capacity.

Although the principle of ensuring equal access to justice is primarily related to the judiciary, I think it is also fully applicable to public administration decision-making. After all, in this respect, the Charter provides in Article 36 that everyone can claim their right in an independent and impartial court and, in certain cases, in another body (by which we mean mainly the administrative bodies). In this regard, the procedural legal regulations, therefore, try to ensure equal access for all persons in terms of their administrative procedures, the realization of procedural rights, and technical measures (barrier-free offices and buildings of administrative authorities^[10]).

It is also important for persons with disabilities that public services provided and regulated by public administration are accessible and usable equally with others. The electronization of public administration (eGovernment) or the standardization of the performance of administrative agendas and activities contributes to this. An Easy-to-read methodology^[11] was prepared to create easy-to-read and comprehensible texts, which should ensure that public administration documents are understandable and accessible to people with impaired comprehension. The significant step was also adopting the Act on the Accessibility of Websites and Mobile Applications. This Act incorporates Directive (EU) 2016/2102 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on the accessibility of websites and mobile applications of public sector entities. It is intended to ensure the accessibility of websites and mobile applications of state bodies and public institutions to all their users, especially persons with disabilities^[12]. To ensure accessibility of public administration services, the importance of continuous education of public administration

¹⁰ Act No. 183/2006 Coll., Building Act. Decree of the Ministry of Regional Development of the Czech Republic No. 398/2009 Coll., on general technical requirements ensuring barrier-free use of buildings.

¹¹ Government of the Czech Republic: „Easy to read” methodology. <https://www.vlada.cz/cz/ppov/vvozp/dokumenty/metodika-easy-to-read-174932/>.

¹² Kristiina Nurmela, Antti Pirhonen, Airi Salminen, „Accessibility of Public Web Services: A Distant Dream?”, [in:] *Human-Computer Interaction - INTERACT 2013. INTERACT 2013. Lecture Notes in Computer Science*, vol. 8117, ed. Paula Kotzé, Gary Marsden, Gitte Lindgaard; Janet Wesson; Marco Winkler (Berlin-Heidelberg: Springer, 2013). https://doi.org/10.1007/978-3-642-40483-2_40; https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-3-642-40483-2_40.pdf?pdf=inline%20link.

officials on disability topics and the development of knowledge and skills related to the appropriate way of communicating with persons with certain types of disabilities cannot be overlooked.

3 | Status and rights of persons with disabilities in proceedings conducted by public administration bodies

The essential procedural regulation for decision-making procedures of administrative bodies is the Code of Administrative Procedure. The Code contains the „basic principles of activities of administrative bodies” (from Section 2 to Section 8). These principles represent a set of basic assumptions and conditions for the proper performance of public administration in every democratic legal state. On the basis of these principles, the administrative authorities must create conditions that allow all persons concerned to exercise their procedural rights effectively. This also applies to persons with disabilities. Section 7 of the Code states, „the persons concerned have an equal position in applying their procedural rights. Where the equality of the persons concerned could be prejudiced, the administrative authority will take the necessary measures to ensure it”. This imperative is especially aimed at the position of persons with disabilities within the procedures and activities of the public administrative authorities.

From the point of view of the specific institutes protecting the rights of persons with disabilities in administrative proceedings, it is necessary first to explain their procedural position and acting within the administrative proceedings. Section 29 of the Code states, „everyone is competent to act independently in administrative proceedings to the extent that the law grants them the legal capacity”^[13]. According to the Civil Code, the legal capacity is the capacity to acquire rights and assume duties for oneself by making juridical acts. Legal capacity may only be limited in the interests of the individual concerned after he has been seen by a court and with full recognition of his rights and his uniqueness. In so doing, the extent and

¹³ „Considerable prudence is always in order when assessing the relationship between self-determination and legal capacity” – Judgment of the Supreme Administrative Court of the Czech Republic, 26 July 2018, 8 As 147/2017.

degree of the individual's inability to care for his matters must be carefully considered. An individual's legal capacity can only be limited if threatened with serious harm unless milder and less restrictive measures suffice to protect his interests. An individual's legal capacity may only be limited by a court. In its decision to limit the legal capacity of an individual, „a court shall appoint a guardian for the individual”. When choosing a guardian (often a relative or other close person), the court shall consider the wishes, his needs, and the suggestions of close persons of the ward.

Therefore, if the court limits the legal capacity of a person with a disability, „this person must be represented in administrative proceedings by a guardian appointed by the court to the extent specified”. This ensures the protection and full realisation of all procedural rights of a person who cannot act independently to the full extent due to disability. If the court cannot find any suitable person to perform the function of a guardian, it will appoint a so-called „public guardian”. This is the municipality (city) where the ward is located. In such a case, the person with limited legal capacity is represented in the administrative proceedings by the public guardian (by the municipality).

However, the Czech legal regulation of administrative proceedings also remembers situations when, for certain reasons, a person with limited legal capacity does not have a guardian or cannot be represented by this guardian at the given moment. In such a case, the administrative authority must appoint „a procedural guardian” for this person. Another situation in which the administrative body is obliged to appoint a procedural guardian is a situation where it is a person who has full legal capacity but who is suddenly affected by a temporary mental disorder, which prevents the person from acting independently in the proceedings. Until the procedural guardian is appointed, it is advisable for the administrative body to suspend the proceedings.

The appointment of a guardian is therefore intended to ensure maximum support and protection of participants with disabilities^[14]. As the Municipal Court in Prague aptly states, „It is about achieving the constitutional maximum of equality between the parties to the proceedings”^[15]. The guardian thus protects the position and rights of a person with a disability who would otherwise be disadvantaged in the proceedings (com-

¹⁴ Jan Vedral, *Správní řád. Komentář* (Praha: Bova Polygon, 2012), 366–367.

¹⁵ The judgment of the Municipal Court in Prague, 7 November 2018, 10 A 102/2015.

pared to other participants). The guardian must actively represent this person in administrative proceedings, perform procedural actions on his behalf and properly defend his interests in the proceedings. Thus, the procedural guardian cannot act only as a formal representative of a party to the proceedings. It is, therefore, crucial to appoint a „suitable” *person* to act as a guardian^[16]. The concept of appropriateness was emphasised, for example, in the Constitutional Court decision dated 8 November 2011, no. IV. ús 1433/11: „When choosing a guardian, the Constitutional Court emphasizes the guardian being a person who can truly represent the interests of the participant”^[17]. The problem with the current Czech regulation is that the Code does not require the guardian’s consent to be appointed to this position. The administrative body can, therefore, appoint a certain person as a procedural guardian without obtaining their consent in advance. This can, of course, endanger the quality of the performance of this function and the representation of a person with a disability in administrative proceedings^[18].

The guardian appointed by the court or the procedural guardian appointed by the administrative authority acts in administrative proceedings on behalf of the represented person with disabilities. The guardian’s acts give rise to rights and obligations directly to the person represented. Also, except for cases where the representative has to personally perform something in the proceedings, all documents are delivered only to the representative (the guardian).

¹⁶ Zdeněk Fiala, Kateřina Frumarová et al., *Správní řád. Praktický komentář* (Praha: Wolters Kluwer, 2020), 129–130; Luboš Jemelka, Klára Pondělíčková, David Bohadlo, *Správní řád. Komentář* (Praha: C.H. Beck, 2016), 182–183.

¹⁷ In the judgment of the Supreme Administrative Court of the Czech Republic (23 August 2012, 9 As 109/2011) states that: „[...] when selecting [...] a person to be appointed as a guardian [...] the administrative authority should take care above all that the appointed person has the prerequisites to properly defend the interests of the ward”.

¹⁸ Martin Škurek, „Osoba procesního opatrovníka ve správním řízení”, [in:] *Naděje právní vědy 2020: Právní věda v praxi: sborník příspěvků ze stejnojmenné mezinárodní konference pořádané Fakultou právnickou Západočeské univerzity v Plzni on-line dne 27. listopadu 2020*, ed. Vilém Knoll, Jakub Hablovič, Vladislav Vnenk (Plzeň: Západočeská univerzita v Plzni, 2022), 668–678.

4 | The concept of „Supported or Assisted decision-making” and administrative proceedings

However, in recent years, Czech law has tried to be based more on the concept of „supported or assisted decision-making”, which is based on the fact that „each person is capable of making their own decisions, but may need a greater or lesser degree of support to do so”. The task of legislation is to ensure that a disabled person has a sufficient degree of ability to act freely according to his will and abilities. Until 2014, the legal regulation was based exclusively on the „substitute decision-making system”, where the guardian decides about the person instead of him. The current Civil Code is based on the concept of supported decision-making. According to this concept, in certain cases, the assistance of another person (in a function formalized to a certain extent) will suffice. This person will participate in the legal proceedings of the supported person without the need to interfere with his legal capacity.^[19] Since 2014, the „the assisting person” institute has been used in the Czech Republic.

Unlike a guardian, „the assisting person does not act instead of a person with a disability but acts with this person”. This regulation of decision-making support is mainly based on Article 12 of the Convention, according to which the States Parties shall take appropriate measures to provide access for persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity. The legal solution to support decision-making was adjusted after 1990 in the Canadian provinces, then also in Europe in Norway, Denmark, and Sweden, in Great Britain and France (during the reform of the guardianship system in 2007). Article 12 of the Convention requires, among other things, to adopt adequate and effective measures to prevent assistance abuse. In the Czech Republic, therefore, a contract for the provision of support (assistance) is concluded between the two parties,

¹⁹ Glen Kristin Booth, „Supported decision-making and the human right of legal capacity” *Inclusion*, No. 1 (2015): 2-16. <https://supporteddecisionmaking.com.au/wp-content/uploads/sites/4/2021/10/AAIDD-article-Glen-SDM-Human-Right-Legal-Capacity.pdf>. See also Gerard Quinn, „Personhood & Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD”, [in:] *Proceedings of the HPOD Conference* (Harvard Law School, Cambridge, Mass., 20 February 2010). http://www.fedvol.ie/_fileupload/Research/NDE%20Reading%20Lists/Harvard%20Legal%20Capacity%20ogq%20draft%202%20Gerard%20Quinn%20Feb%202010.pdf.

which must be approved by the court, which will, of course, review all the circumstances of the concluded contract and its content.

Therefore, even if the assisting person is essentially a private law institute, a person with a disability can also use it in public administration and as part of their participation in administrative proceedings. Section 36 of the Code explicitly stipulates that „the participant has the right to consult with the assisting person when dealing with the administrative body”; if there are more such persons, the participant chooses one of them. Furthermore, the Code „allows the assisting person to inspect the file together with the participant and to participate in closed hearings before the administrative body”.

The institute of the assisting person can undoubtedly be welcomed; however, it is also necessary to draw attention to some relatively fundamental „shortcomings” of its current legal regulation. The assisting person is not, *de lege lata*, a party to the administrative proceedings, nor is he the legal representative (i.e. guardian) or an agent based on a power of attorney. This conclusion was also confirmed in the opinion of the Advisory Board of the Minister of the Interior of the Czech Republic when it stated that the assisting person „is not a representative of a participant in the proceedings and in the proceedings he has rights only to the extent defined by the Code of Administrative Procedure. The supported participant in the proceedings acts independently, with the help of his chosen assisting person”^[20]. Therefore, the assisting person is not responsible for the support provided in the administrative proceedings. That’s the first problem. Only on the application of the person receiving assistance or the assisting person can a court remove the assisting person; the court shall also remove him, even of its motion, if the assisting person commits a substantial breach of his duties. The second problem is the relatively narrow range of competencies of the assisting person (only consultation, inspection of the file in the presence of the participant and participation in closed hearings). I think it will be necessary to strengthen and extend the competence of the assisting person. Undoubtedly, it would be appropriate for the administrative body to have, for example, the obligation to deliver all relevant documents to the assisting person and to inform the assisting person of all procedural acts in the proceedings.

²⁰ Conclusion No. 131of the Advisory Board of the Minister of the Interior on the Administrative Code of 14 February 2014. <https://docplayer.cz/24901124-Zaver-c-131-ze-zasedani-poradniho-sboru-ministra-vnitra-ke-spravnimu-radu-ze-dne-napomoc-pri-rozhodovani-a-zastupovani-clenem-domacnosti.html>.

In addition to the possibility of having an assisting person, the Civil Code also regulates the possibility of „a person being represented by a member of the household”. Suppose a mental disorder prevents an adult with no other representative from doing juridical acts. In that case, he may be represented by his descendant, ancestor, sibling, spouse or partner, or someone who had lived with the person in a common household before the creation of representation for at least three years. The representative shall inform the person represented that he will represent him and clearly explain the nature and consequences of the representation. If the person to be represented refuses that, the representation is not created. A court must approve the creation of representation. Before making any decision, the court shall make the necessary effort to obtain the opinion of the person represented, also using the way of communication chosen by the person represented. With this institute, the Czech legislation fulfils, among other things, the requirement of Article 19 of the Convention and the recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe No. R (99) 4 regarding the principles of legally protecting incompetent adults. It can be considered that „in relation to administrative proceedings, this form of assistance to persons with disabilities is subsidiary and only of limited use, for the following reasons”.

The institute of the representation by a household member „was not reflected in the Code in any way” (unlike the assisting person). A household member can only represent a natural person in the usual matters related to everyday life. It is a substantive legal institute regulated in the Civil Code, and the procedural representation cannot be automatically derived from it. The representation of a household member cannot be considered representation within the meaning of Section 31 of the Code. This institute is not a kind of full legal representation, nor is it an agent or a guardian. From the point of view of the Code, it is rather a special type of acting regulated by a special law for the benefit of the participant. The list of cases where a household member represents a party to the proceedings „must be determined by a special law” (since the Code, as a general procedural regulation, is silent in this regard). Thus, a participant in administrative proceedings with a disability can be represented by a member of the household only in such administrative proceedings in which a special law permits the representation of the participant by a member of the household.

Last but not least, attention must be paid to „persons with sensory disabilities and their position in proceedings before administrative authorities”. In this regard, the Code regulates the right to

- a. appointment of a Czech sign language interpreter for deaf users of Czech sign language,
- b. appointment of a mediator for deaf-blind persons,
- c. appointment of a guardian for particularly severely disabled persons who cannot be communicated with even through an interpreter or mediator and
- d. ensuring access to the contents of the file for persons with visual impairments.

The regulation of these procedural rights of persons with sensory disabilities can be found mainly in the Code and *the Act on Communication Systems of Deaf and Deaf-Blind Persons*. The basic principle is that deaf and deaf-blind people have „the right to freely choose from the communication systems mentioned in this Act the one that meets their needs”. Their choice must be respected to the maximum extent possible. The basic communication system of deaf people is the Czech sign language. Other communication systems are signed Czech, finger alphabet, visualization of spoken Czech, written record of spoken speech, Lorma’s alphabet, typing, Braille, tactile reading and the Tadoma vibration method.

The Code respects the right to free choice of communication of these persons and stipulates that the administrative body appoints a Czech sign language interpreter for deaf users. A deaf person who prefers the Czech language, as well as a deaf-blind person, will then be assigned a mediator who can communicate with them using one of the communication mentioned above systems. Suppose a particularly severely disabled person appears in the proceedings, with whom the administrative body cannot act through an interpreter or a med. In that case, ator. In that case, it must appoint a procedural guardian for such a person (see above for more details). Also, concerning blind persons, the Code strives for maximum protection of their rights. About this type of sensory disability, their protection is mainly reflected in the modification of access to the file. The Code stipulates that the content of the administrative file will be read to blind persons. On a request, the administrative authority will allow a blind person to make an audio recording. The administrative authority shall also allow the blind person to consult the file with his guide.

5 | Conclusion

It can be stated that the Czech legal regulation of administrative proceedings reflects the requirements for the protection of the rights of persons with disabilities which arise from the international legal obligations of the Czech Republic, as well as from modern global trends in access to persons with disabilities. Instead of a „substitute decision-making system”, the „Supported or Assisted decision-making” concept is increasingly being promoted. This concept means that each person can make their own decisions but may need a greater or lesser degree of support. Therefore, the Czech legal system regulates the various „support measures” instead of restrictions of a legal capacity.

The very interesting fact is that in the Czech Republic, public and private institutes protect the status and rights of persons with disabilities in administrative proceedings. They consider this trend of linking public and private law to be desirable because both private and public law instruments serve essentially the same purpose: to support the independent action of a person with a disability as much as possible and, at the same time, to protect their position and rights in legal proceedings (administrative and judicial) but also within the framework of private law acting.

The traditional institutes of a guardian appointed by a court or by an administrative body were supplemented by modern institutes of „assisting person” and the possibility of representation by a household member. In particular, „assisting person” appears to be a very suitable form of assistance for persons with disabilities, including administrative proceedings. Unlike a guardian, the assisting person does not act instead as a person with a disability, but acts with this person. The only problem is the relatively narrow range of competencies of the assisting person (only consultation, inspection of the file in the presence of the participant and participation in closed hearings). I think it will be necessary to strengthen and extend the competence of the assisting person. Undoubtedly, it would be appropriate for the administrative body to have, for example, the obligation to deliver all relevant documents to the assisting person and to inform the assisting person of all procedural acts in the proceedings.

Bibliography

- Boučková Pavla et al., *Antidiskriminační zákon. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2016.
- Burgstahler Sheryl, *Universal Design: Process, Principles, and Applications*. USA: University of Washington, 2009. <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED506550.pdf>.
- Fiala Zdeněk, Frumarová Kateřina et al., *Správní řád. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2020.
- Booth Glen Kristin, „Supported decision-making and the human right of legal capacity” *Inclusion*, No. 1 (2015): 2-16. <https://supporteddecisionmaking.com.au/wp-content/uploads/sites/4/2021/10/AAIDD-article-Glen-SDM-Human-Right-Legal-Capacity.pdf>.
- Harding Rosie, Ezgi Taşcıoğlu, „Supported Decision-Making from Theory to Practice: Implementing the Right to Enjoy Legal Capacity” *Societies*, No. 2 (2018): 25. <https://doi.org/10.3390/soc8020025>.
- Jemelka Luboš, Klára Pondělíčková, David Bohadlo, *Správní řád. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2016.
- Kaplan Deborah, „The Definition of Disability: Perspective of the Disability Community” *Journal of Health Care Law & Policy*, No. 2 (2000). <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/jhclp/vol3/iss2/5>.
- Krhutová Lenka, „Teorie a modely zdravotního postižení” *Sociální Práce*, No. 4 (2010): 49-59.
- Krhutová Lenka, *Argumentační základna pro prosazování a realizaci antidiskriminačních opatření ve vztahu k lidem se zdravotním postižením*. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci-Výzkumné centrum integrace zdravotně postižených, 2005.
- Michigan Disability Rights Coalition, *Models of Disability*. http://www.bahaistudies.net/neurelism/library/models_of_disability.pdf.
- Nurmela Kristiina, Antti Pirhonen, Airi Salminen, „Accessibility of Public Web Services: A Distant Dream?”, [in:] *Human-Computer Interaction – INTERACT 2013. INTERACT 2013. Lecture Notes in Computer Science*, vol 8117, ed. Paula Kotzé, Gary Marsden, Gitte Lindgaard; Janet Wesson; Marco Winkler. 56-578. Berlin-Heidelberg: Springer, 2013, https://doi.org/10.1007/978-3-642-40483-2_40; https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-3-642-40483-2_40.pdf?pdf=inline%20link.
- Rada Michal, *Governance Accessibility je nový směr pro Evropu i pro nás*. Office of the Government of the Czech Republic. <https://www.helpnet.cz/sites/default/files/soubory/Rada.pdf>.
- Škurek Martin, „Institut podpůrce ve správním řízení” *Acta Iuridica Olomucensia. Supplementum*, No. 5 (2014): 77-87.

Škurek Martin, „Osoba procesního opatrovníka ve správním řízení“, [in:] *Naděje právní vědy 2020: Právní věda v praxi: sborník příspěvků ze stejnojmenné mezinárodní konference pořádané Fakultou právnickou Západočeské univerzity v Plzni on-line dne 27. listopadu 2020*, ed. Vilém Knoll, Jakub Hablovič, Vladislav Vnenk. 668–678. Plzeň: Západočeská univerzita v Plzni, 2022.

Quinn Gerard, „Personhood & legal capacity: Perspectives on the paradigm shift of article 12 CRPD“, [in:] *Proceedings of the HPOD Conference*. Harvard Law School, Cambridge, Mass., 20 February 2010. http://www.fedvol.ie/_fileupload/Research/NDE%20Reading%20Lists/Harvard%20Legal%20Capacity%20ogq%20draft%202%20Gerard%20Quinn%20Feb%202010.pdf.

Vedral Jan, *Správní řád. Komentář*. Praha: Bova Polygon, 2012.



LINA GULBINĖ

Information Accessibility for Persons with Disabilities in Lithuania Regulation, Monitoring and Economic Aspects

The author analyses information accessibility for persons with disabilities in three scopes: Lithuanian legislation on information accessibility, the main criteria for monitoring information accessibility in Lithuania, and the economic value of information accessibility for Lithuanian citizens with reduced mobility and business.

LINA GULBINĖ

ORCID 0009-0004-4831-2107 / e-mail: lina.gulbine@ndt.lt

KEYWORDS: information accessibility, persons with disabilities, Lithuania, access to information

1 | International regulation

In 2010 The Republic of Lithuania ratified the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (hereinafter – Convention). The purpose of the Convention is to promote, protect, and ensure the full and equal use of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, as well as to promote respect for the inherent dignity of these persons. Article 4(1)(a) of the Convention stipulates that states must take all legislative, administrative, and other measures to implement the rights set forth. According to the provisions of Article 21 of the Convention, the states that have ratified the Convention, as well as the Republic of Lithuania, take all appropriate measures to ensure that persons with disabilities can enjoy freedom of expression, including the freedom to seek, receive, and disseminate information and ideas on an equal basis with other persons, by using all selected means of communication defined in Article 2 of the Convention.

The Convention is the main international document establishing and justifying the necessity of information accessibility, and the Directive (EU) 2016/2102 of the European Parliament and of the Council of October 26, 2016, on the accessibility of websites and mobile applications of public sector bodies (hereinafter – E-Accessibility directive) provides specific obligations regarding the accessibility of websites and mobile applications. The level of accessibility of the digital space is very diverse in the EU countries. Countries are guided by different standards. Therefore, the purpose of the E-Accessibility Directive is to harmonize the laws of the member states, and thus ensure at least a minimum level of accessibility of websites and mobile apps of public sector institutions. The E-Accessibility Directive obliges member states to comply with a uniform accessibility standard, ensure a monitoring mechanism, and educate the public about the benefits and necessity of accessibility.

Disability Strategy 2010–2020 aims to achieve equality, dignity, and equal opportunities for persons with disabilities in specific areas to which the Council of Europe can contribute. The purpose of the strategy is to guide and support the activities and measures aimed at implementing the Convention and carried out by the Council of Europe, its member states, and other stakeholders at both national and local levels. According to the 2017–2023 Council of Europe strategy, one of the most important priority areas in which the Council of Europe will operate will provide added value

to work in other regional and international contexts, accessibility, the most important component of which is access to information.

The Council of Europe, in its 2017–2023 disability strategy, asserts that different opportunities for individuals to receive and disseminate information and use information and communication technologies are knowledge gaps that lead to inequality. Accessibility can help close knowledge as a tool to promote media and information literacy, inclusion, and participation, and ultimately enable the enjoyment of other human rights. Human rights cannot be realized without information and opportunities to use them. For this reason, institutions of the Council of Europe, Member States and other relevant stakeholders must aim to promote the use of accessible and user-friendly means, methods, and forms of communication, including sign language, Braille, plain text, and other alternative and enhanced communication methods, throughout Europe. It is important to support the provision of information to persons with disabilities, to support their learning opportunities and safeguards through accessible means, methods, and forms of communication in Council communications, media reports, and online services, as well as at national and local levels, including parliaments, local and regional authorities, and private sector stakeholders, to use new information and communication technologies (ICT) safely and responsibly and to avoid their harmful side effects. Such side effects include, but are not limited to, cyberbullying, fraud, and sexual abuse or exploitation through social networking sites, especially against children with disabilities.

2021 International Telecommunications Union (a subsidiary organization of the United Nations) prepared a report on the ICT accessibility assessment for the European region^[1], in which all European Union members, as well as the Republic of Lithuania, are encouraged to set strategic goals for increasing the accessibility of information for people with disabilities and to create a mechanism for the organization and provision of accessible information for persons with disabilities and to regulate accessible information for persons with disabilities disability organization since the availability of information is one of the conditions for ensuring the independence, equality and dignified life of people with disabilities.

¹ https://www.itu.int/en/ITU-D/Regional-Presence/Europe/Documents/Events/2020/AE20/event/D-PHCB-ICT_ACCESS_EUR.01-2021-PDF-E.pdf.

2 | National regulation

On November 28, 1991, the Law of the Republic of Lithuania on the Social Integration of the Disabled (hereinafter referred to as the Law) was adopted. According to Article 5, Part 1 of the Law, the system of social integration of persons with disabilities consists of the provision of medical, professional and social rehabilitation services, satisfaction of special needs with special assistance measures, supported employment for persons with disabilities, provision of social support, State Social Insurance Fund pensions and allocation and payment of benefits, allocation and payment of Mandatory Health Insurance Fund benefits, provision of educational services, ensuring equal opportunities to participate in culture, sports and other areas of public life.

The third article of the Law outlines the main principles of social integration of the disabled, at least two of which are directly related to the availability of information, i.e. the principle of equal opportunities, which states that „disabled people, like other members of society, are given the same opportunities for education, work, leisure time, participation in public, political and community life”, and the principle of accessibility, which states that „persons with disabilities are provided with conditions for activities in all areas of life and are provided with access to resources”^[2].

On January 11, 2000, the Law of the Republic of Lithuania on the Right to Receive Information from State and Municipal Institutions and Bodies^[3] was adopted. Article 5 states that „Information about the institution’s activities is public and is published on the institution’s website, as well as in a mobile application, if the institution has one, following the procedure established by the Government of the Republic of Lithuania. The institution’s website and mobile application must comply with the accessibility requirements established by the Government, except for the cases established by the Government when there are no automated or efficient and

² Law of the Republic of Lithuania on Social Integration of the Disabled (1991). <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.199156E4E004/OzxwpqisAN>.

³ Law of the Republic of Lithuania on the right to receive information from state and municipal institutions and bodies (2000). <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.FA13E28615F6/QwcywkrpeY>. It is important to mention that the Law of the Republic of Lithuania on the Right to Receive Information from State and Municipal Institutions and Bodies No. VIII-1524 Law on Amendment of Articles 1, 2, 3, 5, 6, 7, 12, 22 and Appendix of 2018 October 25 No. XIII-1590.

easily implemented ways to ensure access to certain information or when the institution does not control the content or accessibility requirements of websites and mobile applications, compliance with the requirements for accessibility of websites and mobile applications will result in the institution disproportionate burden”. Article 6 stipulates that applicants must be assisted in exercising the right to receive documents. Accessibility is named as one of the principles of providing documents, which means that „favourable conditions must be created for applicants to use documents regardless of their activity goals and legal form, and if necessary, only the most necessary legal, technical and/or financial conditions for providing documents to applicants are established”.

On June 7, 2002 Resolution of the Government of the Republic of Lithuania No. 850 „On the approval of the National Program for Social Integration of People with Disabilities 2003–2012”^[4] (prolonged until 2015) and November 21, 2012 Resolution of the Government of the Republic of Lithuania No. 1408 „On the approval of the National Program for Social Integration of People with Disabilities 2013–2019”^[5], (prolonged until 2020). In both programs mentioned above, accessibility was considered as adaptation of the physical and informational environment for people with disabilities. Action plan for deaf persons and persons with hearing impairment 2018–2020 was implemented in the framework of this National Program. It was aimed to ensure information accessibility for deaf persons and persons with hearing impairments.

On July 11, 2006, Law on Amendments to the Public Information Law of the Republic of Lithuania was adopted^[6]. Article 34 of this Law stipulates that public information is prepared and distributed in the state or other language according to this and the Law on the State Language and the resolutions of the State Lithuanian Language Commission. The information distributed must be accessible to people with disabilities.

⁴ Resolution of the Government of the Republic of Lithuania No. 850 „On the approval of the National Program for Social Integration of People with Disabilities 2003–2012” (2002). <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.168312>.

⁵ Resolution of the Government of the Republic of Lithuania No. 1408 „On the approval of the National Program for Social Integration of People with Disabilities 2013–2019” (2012). <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.437985>.

⁶ Law on Amendments to the Public Information Law of the Republic of Lithuania (2006). <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.280580>.

It is important to mention that on October 11, 2018, a proposal for changes to the Lithuanian National Radio and Television Law No. I-1571^[7] was registered in the Seimas (i.e., Lithuanian Parliament). By this proposal, Article 5 obliges that the TV programs broadcast by Lithuanian radio and television should be:

1. to be shown with Lithuanian subtitles – at least 50 % of the total broadcast time;
2. to be translated into Lithuanian sign language – at least 20 % of the total broadcasting time;
3. to be adapted to visually impaired persons – at least 10 % of the total broadcasting time.

The Seimas of the Republic of Lithuania approved the amendments to the law. The legal act was adopted on March 21, 2019 (Law No. XIII-2008 of the Republic of Lithuania amending Article 5 of the Law of the National Radio and Television of Lithuania No. I-1571) and entered into force from January 1, 2020.

According to data from the Lithuanian National Radio and Television, in 2019, the ratio between the broadcast time of subtitled TV programs and films shown on LRT programs and the total broadcast time was 9.67%. Therefore, not even one-fifth of the planned ratio according to the law of the Lithuanian National Radio and Television was reached (at least 50% of the total monthly broadcast time). In 2019, 721 hours of television information and other programs were translated into sign language. The ratio to the total broadcast time is 4.12 % (must be at least 20 % of the total monthly broadcast time). According to the Lithuanian National Radio and Television Law, the monthly volume of the broadcast of programs with Lithuanian subtitles, compared to the monthly volume of the LRT television programs with Lithuanian subtitles in 2019, must be increased by at least 5 % of the total broadcast time every year. For programs translated into sign language, the broadcasting volume must be increased every year by at least 1 % of the total broadcasting time. In this way, the volumes set in Lithuania's Law of the National Radio and Television should be reached, respectively, in 205 and 2178 years.

⁷ Law of the Republic of Lithuania on Lithuanian National Radio and Television (1996). <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActEditions/lt/TAD/TAIS.31934>.

On May 23, 2013 the order of the Director of the Information Society Development Committee under the Ministry of Transport „Regarding the Amendments of the Order No T-40” On Approval of Methodological Recommendations for the Development, Testing and Evaluation of Websites Adapted to the Disabled „was issued by the Director of the Information Society Development Committee under the Government of the Republic of Lithuania on March 31, 2004”^[8] and changed Methodological Recommendations for the Development, Testing and Evaluation of Websites Adapted to the Disabled (hereinafter – the Order). This Order confirms the recommendations, which determine how disabled-friendly websites of state and municipal institutions and bodies should be developed, tested, and evaluated. The methodology is also approved, which determines how it is appropriate to evaluate the websites of already created and operating state and municipal institutions and bodies and determine their compliance with the Web Content Accessibility Guidelines 2.0 prepared by the W3 consortium.

In 2019, the Braille application standard „Accessible Design. The use of Braille on signs, equipment, and devices (ISO 17049:2013)” and its national supplement „The use of Braille in Lithuania” (signs written in literary Braille, mathematics, physics, chemistry, computer Braille, musical Braille, chess, and checkers Braille) was adopted. However, public information producers publishing publications and public information in Braille do not implement the provisions of the above-mentioned standard, and no institution responsible for supervising the implementation of the standard has been appointed^[9].

A developmental program for developing an environment suitable for disabled people in all areas of life^[10] was adopted in 2021. According to this program, three means for progress were developed and adopted: physical

⁸ The order of the Director of the Information Society Development Committee under the Ministry of Transport Regarding the Amendments of the Order No T-40 „On Approval of Methodological Recommendations for the Development, Testing and Evaluation of Websites Adapted to the Disabled” issued by the Director of the Information Society Development Committee under the Government of the Republic of Lithuania in 31st of March 2004 (2013). <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.450397>.

⁹ Lithuanian Library for Blind People. Major Braille Publishers Call for the Highest Quality Standards (2021). <https://www.labiblioteka.lt/naujienos/didziausi-leidejai-brailio-rastu-ragina-laikytiis-auksciausiu-kokybes-standartu/605>.

¹⁰ Developmental program for the development of an environment suitable for disabled people in all areas of life (2021).

environment accessibility, informational environment accessibility and accessibility of products and services. These means of progress aim to raise awareness in society, provide training for stakeholders, and establish a Knowledge Center with a poll of experts in the specific field.

In summary, accessibility can be said to be established in the country by legal acts. Any legal act does not describe an information provision in easy-to-read language. Obligations to provide information in an accessible manner are understood as information provision for visually and hearing-impaired persons. However, no legal act sets certain restrictions if the state institution or body does not comply with the provisions of those legal acts. Therefore, the accessibility of information in the country is still treated very negligently and we do not pay adequate attention to it.

3 | **Monitoring of information accessibility for persons with disabilities**

It should be mentioned that the Information Society Development Committee of the Ministry of Economic and Innovation of the Republic of Lithuania annually evaluates the compliance of the websites of state and municipal institutions and institutions with the general requirements, which also includes the accessibility criteria for the disabled. On its basis, it is assessed whether the Institution's website is adapted for use by the disabled, in accordance with the methodological recommendations for the development, testing and evaluation of the websites of state and municipal institutions and institutions adapted for the disabled, approved on March 31, 2004, by the Information Society Development Committee under the Director of the Ministry of Communications by order No. T-40. „On The Approval of Methodological Recommendations for the Development, Testing and Evaluation of Websites of State and Municipal Institutions and Bodies Accessible for the Disabled” (hereinafter referred to as the Description).

The Department annually collects information on various criteria for the implementation of the Convention. The criteria for information accessibility are:

- Number and ratio of websites in the public sector accessible to persons with disabilities.
- Sign language interpretation services for persons with disabilities.
- The broadcast time of subtitled television programs, movies, and the ratio of all the broadcasting time.
- Broadcast time of signed TV programs and films and ratio from all the broadcasting time.
- Broadcast time with audiovisual dubbing and ratio from all broadcast time.
- Informational articles provided on easy-to-read public sector websites and ratio of all articles on public websites.
- Movies and performances with audiovisual dubbing and % from all.

The information has been collected from 2017, so it allowed us to say that accessibility for deaf persons or persons with hearing impairments slowly increases in some areas, which could not be said about the accessibility of web pages and mobile applications. Whereas only three governmental and Presidency pages provide information that is easy to read, and one performance per year is provided for blind persons with audiovisual dubbing.

The results of the three-year research on the compliance of the websites of state and municipal institutions and bodies with the general requirements conducted by the Information Society Development Committee show that accessibility of websites in the country also decreased in 2019. They accounted for only 3.4 %. (Corresponded to AA level^[11]) (Table 1). In 2017–2019, there were only six websites were rated accessible throughout this period. In 2019, 2.2 % of the websites of government management institutions that publish information on their activities on the „My Government” portal were adapted for persons with disabilities.

¹¹ The set minimum contrast ratio is maintained, and the content continues to adjust when the screen orientation changes is rendered correctly, subtitles are synchronously displayed for live audio broadcasts, etc.

Table 1. Accessibility of websites of institutions and bodies evaluated in the public sector (corresponding to AA level)

	2017	2018	2019
The number of websites evaluated	1385	1098	1248
The number of accessible websites	68	38	42
Share of accessible websites (%)	5	3,5	3,4
Testing equipment	„Sort site by PowerMapper Software Version 3.03”, „Vamola a Checker validator Version 2.0”, „Checker by Inclusive Design Research Centre”	Vamola Validator	Vamola Validator

Source: Information Society Development Committee

4 | Evaluation of compliance with the General Requirements of the Websites of State and Municipal Institutions and Bodies 2018

For the evaluation in 2018, a list of 1098 institutions' websites, which are subject to the requirements of the Description, was compiled. During the analysis, it was found that the institutions met the requirements of the general provisions by up to 84 % (for comparison, in 2017 - 75.6%). When assessing accessibility for the disabled, the labelling of institutions' websites was checked. All addresses on the research list were also scanned by the Vamola Validator tool, which automatically determines whether the institution's website meets the requirements for disabled people. Although the percentage of compliance of all websites included in the evaluation with the requirements of the general provisions is quite high, a completely different situation emerged when the same websites were evaluated with respect to accessibility. Only 62 websites were found to meet the A requirement and only 38 institutions met the A requirement. This means that most websites are not accessible to people with disabilities, and only a small proportion meet the lowest (A) or average (AA) level of

accessibility. In the publication „Internet for all: a guide to preparing accessible digital information”, it is stated that these results of the evaluation carried out annually by the Information Society Development Committee under the Ministry of Communications of the Republic of Lithuania (now the Committee acts under the Ministry of Economic and Innovations of the Republic of Lithuania) do not reveal the real situation „because the testing is automatic, users are not included in the study” evaluated sites that were reported as compliant with target groups and turned out to be inaccessible to people with disabilities.

To determine the real situation of the accessibility of Lithuanian public sector websites for persons with disabilities, it was decided to conduct a separate study. A list of state and municipal institutions and bodies (hereinafter – Institutions) was compiled for this purpose. The institution’s web pages for accessibility analysis were selected according to the information provided on the contact and useful information website of state institutions of the Republic of Lithuania (see <http://www.lrvalstybe.lt>). A total of 80 websites of state and municipal institutions and bodies were evaluated. Institution’s websites were primarily evaluated by direct observation, that is, by reviewing the accessibility labelling of the Institution’s website for persons with disabilities. All website addresses were scanned using the Web Accessibility website accessibility testing tool, which automatically determines whether the Institution’s website meets accessibility requirements for the disabled. This tool was chosen under the 23 May 2013 guidance of the Information Society Development Committee under the Director of the Ministry of Transport in order No. T-72 On March 31, 2004, order No. T-40 of Information Society Development Committee under the Director of the Government of the Republic of Lithuania „Approval of Methodological Recommendations for Developing, Testing, and Evaluating Websites Adapted to the Disabled” – link provided in the amendment – www.w3.org/WAI/ER/tools. The Web Accessibility tool of choice is available at <https://www.webaccessibility.com/test>.

The results of the study showed that out of all 80 evaluated websites, only four (that is the Chancellery of the President of the Republic of Lithuania, Seimas of the Republic of Lithuania, Kaunas City Municipality and Šiauliai District Municipality) did not indicate any mistakes in accessibility of the website for the disabled. Most of the sites checked had a tag indicating an alternate version of the site. However, it should be noted that the labelling for disabled people was very different. In total, 16 different ways of labelling accessibility for the disabled have been identified. The most

common web accessibility marks were verbal (e.g. „disabled version” (22 cases), „disabled” (12 cases)) or symbolic (e.g. wheelchair icon (14 cases), glasses icon (9 cases)). It should be noted that many of the symbolic signs were orientated toward the visually impaired (e.g. glasses, a person with glasses, combinations of letters and words), and no sign reflecting the hearing disability was indicated on any of the websites. Since most web pages use markup to select different languages, such as English, Russian and others, and no Lithuanian Sign Language, which since May 4, 1995, by the resolution of the Government of the Republic of Lithuania No. 630 „Regarding the recognition of deaf sign language as a native language” is officially recognized as the native language of the deaf of the Republic of Lithuania. The Lithuanian Society of Deaf Persons suggests using a symbol of two hands, meaning sign language, for translation into Lithuanian Sign Language, and this label should be placed next to the signs of other languages. Such labelling is already used on the website of the Kaunas Artists’ House (see <http://kmmn.lt>).

It should also be noted that the marking of the sites evaluated in the analysis differed in the location and size of the mark. Although most sites placed their markup in the right corner of the site window, some placed the link in the centre or left side of the site. Such unequal positioning of markings makes it difficult for a disabled person to navigate the website, making it difficult to search for information or determine where it is located on the website. In addition, cases of labelling with extremely small sizes and insufficient contrast due to inappropriate colour selection have also been observed. One link to an accessible website version was found by selecting the other subsection in the website’s main menu topic list. This disparate and confusing labelling of website accessibility makes it difficult to access the necessary information by forcing a visitor with disabilities to search through separate links for information that would be accessed much more quickly and efficiently with a proper layout. It should be noted that the Order draws attention to uniform identification and states that „components that have the same functionality as other web pages of the website are identified in the same way”. The websites of state institutions and bodies (11 cases) used an analogous format for designing and managing web pages, so they had the same marking. On the contrary, the websites of municipal institutions and bodies were different, so the marking of the accessibility of information for the disabled was more varied. However, consistent and uniform markup in the same place would optimise website management and make access to information for people with disabilities more effective.

In the next stage of the analysis, using the Web Accessibility automatic website accessibility testing tool, the compliance of all 80 institutions' websites with ITTPR 2.0 was scanned and the following data were obtained: The compliance of the websites of state institutions and bodies is on average 78.1%, the websites of municipal institutions and institutions 76.15%, and the overall match for all sites is an average of 76.63%. Although these percentages are high, they only partially reflect the real accessibility of the websites of the institutions mentioned. On the one hand, this test covers only general information accessibility requirements without distinguishing the needs of the specific disability groups. On the other hand, the testing results may also be conditioned by the varying amount of digital content provided on the websites (for example, only one article was placed on some websites).

In the previously mentioned „Internet for all: the manual for the preparation of accessible digital information”, the automatic evaluation of websites was criticized when the opinion of users of target groups was not taken into account, and the Order also indicates that „the inclusion of disabled people in the evaluation procedure can help identify those aspects of website accessibility that the evaluator cannot notice”. Therefore, it was decided to use a target group of users with hearing disabilities to evaluate part of the automatically checked.

After the target group checked the accessibility of part of the content of the Institutions' websites for the deaf and hard of hearing, it became clear that the adaptability for these groups of users is rather weak: although the websites indicate an alternative version for the disabled, the textual information provided in them is more adapted for the visually impaired, i.e. the option to choose the font size, contrast strength, or text format that could be read to the user by an electronic text reader. However, none of the websites contained information presented to hearing-impaired users in Lithuanian sign language. It is important to note that people with hearing impairment face difficulties when they need to understand complex textual information. Understanding this information would be facilitated by a text presented in simple and uncomplicated syntactic constructions without elaborate expressions or complex terms. In other words, the third principle of comprehensibility specified in the guidelines for the accessibility of the content of Internet web pages must be followed, which states that the information presented on the web pages and the use of the user interface must be understandable. The European standards that can be used to present information in an easy-to-read and understandable manner can be found on this page: <https://easy-to-read.eu/lt/europeanstandards/>

Equally important is the principle of perception, according to which information should be presented to users in ways they perceive, and the presentation method most understood by users with hearing impairment is the Lithuanian sign language. It has statutory mother tongue status for deaf and hard-of-hearing people, for whom it is the primary language of communication. Therefore, a text presented in Lithuanian is equivalent to information presented in a foreign language, which requires quite a lot of effort. Since presenting all the information on the websites in Lithuanian sign language would be difficult, members of the target group expressed their needs. They submitted recommendations to translate only the most important, unchanging information into sign language: introduce the content of the website by presenting the main website menu or website structure in sign language, and thus provide instructions on how to navigate the website; translate information related to the priority areas of persons with disabilities, which are specified in the aforementioned UN Convention; translate important announcements, invitations to events, and frequently asked questions area. An excellent example of presenting information in sign language is available on the Kaunas Artists' House website. To translate the information on the website into Lithuanian sign language, you should contact the Lithuanian Sign Language Translation Center. It is also important to use a conventional sign for information presented in sign language to deaf and hard-of-hearing. An example of such labelling can be seen on the Kaunas Artists' House website. The focus group members stated that understanding the media or the soundtrack was the cause of the difficulty. The sites that were analyzed did not provide any media or soundtrack alternatives and did not provide clear captions describing the video. The target group recommended accurately naming media or audio track titles and providing audio information on the website with subtitles for the deaf and hard of hearing (hereinafter *skn*) or transcripts of dialogues. The focus group emphasized the software's functionality and the *skn*'s quality. According to them, increasing the screen size in video players is often impossible, making it difficult to read *skn*. A proposal was made to use the YouTube platform for video material. It has also been observed that the video audio track plays automatically, which disturbs the hearing-impaired user. It is desirable to give the user the ability to turn on, reduce, or turn off the sound of the video content. Meanwhile, *skn* should be presented in accordance with text compression, synchronization, and positioning requirements. The focus group emphasized that the *skn* should include not only dialogues

but also music and significant background sounds; they should indicate the speakers or the language of different speakers should be clearly distinguished by colours, and the colour of the SKN should not blend with the background colours of the video material, the font size should be readable. A good example of SKN can be found in the video reports provided on the Vilnius University website.

5 | Report of Monitoring on the websites and mobile applications of Lithuanian public sector accessibility 2021

In 2021, the Monitoring of the public sector websites was implemented by the Information Society Development Committee under the Ministry of Economic and Innovation of the Republic of Lithuania (hereinafter – IVPK). The Monitoring report provides detailed information on the October 26, 2016 European Parliament and methods and their correlation with the standards referred to in Article 6 of Directive (EU) 2016/2102 and accessibility of websites and mobile applications. The prepared document defines the ongoing websites and mobile applications (hereinafter referred to as institutions or public sector institutions).

The sample size of the websites to be evaluated during the specified observation period was calculated according to Annex I 2.1 of the Commission Implementing Decision (EU) 2018/1524 point, considering the number of the country's population, which, based on the data provided by the Lithuanian Statistics Department in 2021. According to the data, there were 2,783,4631 inhabitants in 2021. By dividing the country's population to 2,800,000 inhabitants, a total of 148 were evaluated. One hundred and thirty-one websites were evaluated using a simplified monitoring method, and 17 websites/electronic service portals were evaluated using a comprehensive monitoring method. The sample size of websites is more than 13% and complies with the Commission's implementation decision (EU) 2018/1524 for setting a minimum monitoring sample.

A sampling of websites. It aimed at diverse, representative, and geographically balanced websites during the selection of the sample of websites. A sample of websites included different levels of administrative structures in the country. In the selection of the sample, defined websites

of priority groups, related to various services provided by public sector institutions of the country, in particular: social security, healthcare, transport, education, employment and taxation, environment, security, recreation and culture, housing and communal amenities, public order and security, and other websites of relevant services were included. The websites of priority groups were evaluated the majority, i.e. they made up 62 % of the entire selected evaluation sample.

Figure 1. Distribution of the research sample according to priority groups

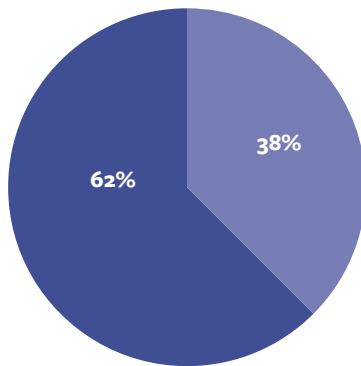
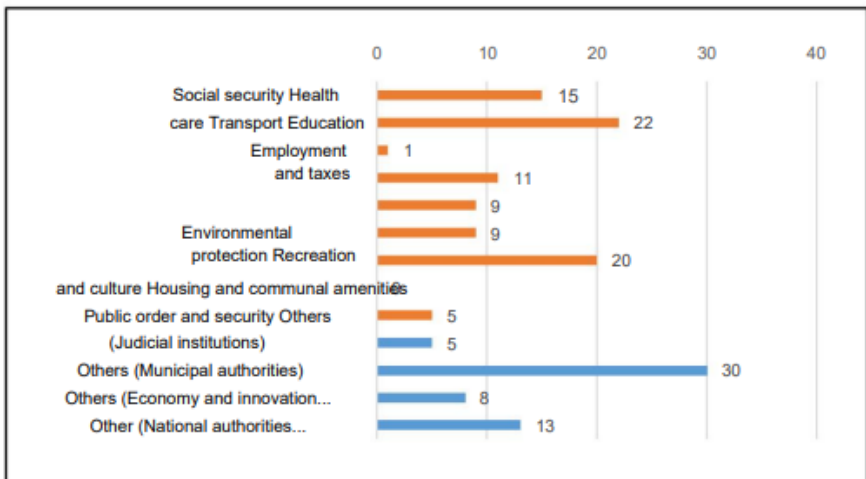


Figure 2. Distribution of the sample according to the areas of services provided by the institutions



A sampling of mobile applications. The mobile application sampling was designed to be diverse and representative. The selection of mobile applications to be evaluated was carried out by expert selection, and priority was given to the most popular of them, considering the purpose of the programs and the services provided. The selection of mobile applications also considered their different operating systems. The scope of the evaluation evaluated ten mobile applications for Android software and eight mobile applications for iOS software.

The simplified monitoring method was used to determine the non-compliance of websites with the Recommendations for the internet web page content accessibility (hereinafter – ITTPR 2.1) cases. Evaluation using the simplified monitoring method was carried out using and combining automated tools recommended by the W3C Web Accessibility Initiative:

- ARC Toolkit plugin for Chrome;
- Chrome plugin and/or Wave web service <https://wave.webaim.org/>;
- Colour Contrast Analyzer (CCA).

In the scope of the study, 131 subjects were evaluated using the method of simplified monitoring of the sampled website. Deficiencies in accessibility assessment were identified on 128 websites and no deficiencies were found on three websites. During the second evaluation stage, only those websites that informed that after the first phase of the study until the first term of October 2021, corrected identified deficiencies on websites were monitored repeatedly, i.e. 57 websites. Other websites were not repeatedly evaluated because they informed us that the work to ensure accessibility would take longer than the first monitoring period.

After summarizing the results obtained from the first stage of the research, on average, almost half of all websites had identified deficiencies as warnings. These discrepancies should be removed to conform to WCAG-EM good practice but are not critical. A third of the flaws consist of contrast errors: insufficient contrast ratio of text, buttons, links, headings, and other graphical user interface elements, and main and background colour is used. These errors must be removed because they affect the accessibility of websites and their content.

Figure 3. Structure of errors detected by automatic assessment tools

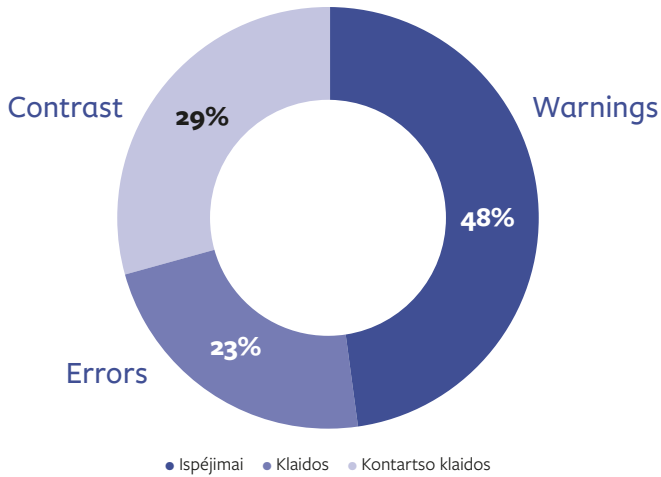
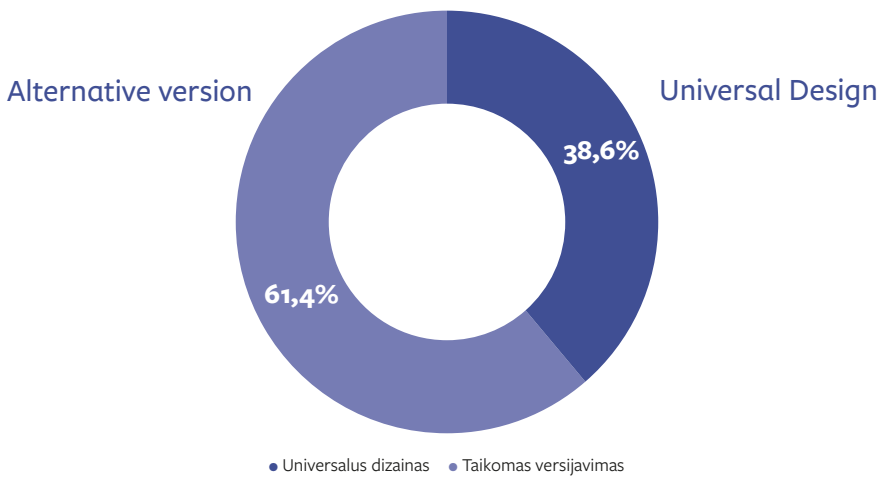


Figure 4. The way websites and content are customized

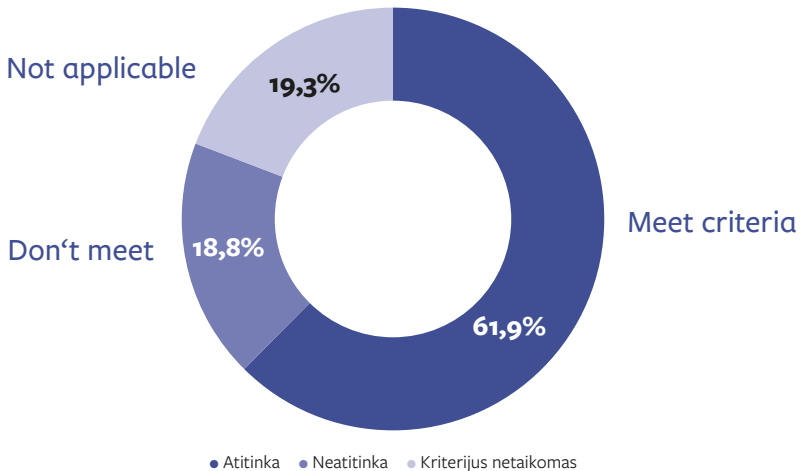


The Comprehensive monitoring approach applied to websites included the following stages: web definition of the scope of the website, analysis of the website, determination of the sample to be checked, selected sample testing and preparation of a report of evaluation findings. The detailed monitoring method was used to verify that the website meets all the requirements of the ITTPR 2.1 assessment criteria.

In the scope of the study carried out using the detailed monitoring method, 17 electronic service portals included in the research sample were evaluated. It should be noted that the detailed evaluation was used for the most important public portals for administrative electronic services. During the first round of evaluation, all portals were evaluated and had deficiencies in accessibility requirements. Only three portals were informed about correcting inconsistencies for reassessing during the second evaluation stage by the set deadline – October 1, 2021.

The aggregated data collected by the detailed monitoring evaluation method reveal that sites typically meet more than half of the ITTPR 2.1 success criteria, and less than a quarter of them are dissatisfied.

Figure 5. ITTPR 2.1 Compliance with success criteria



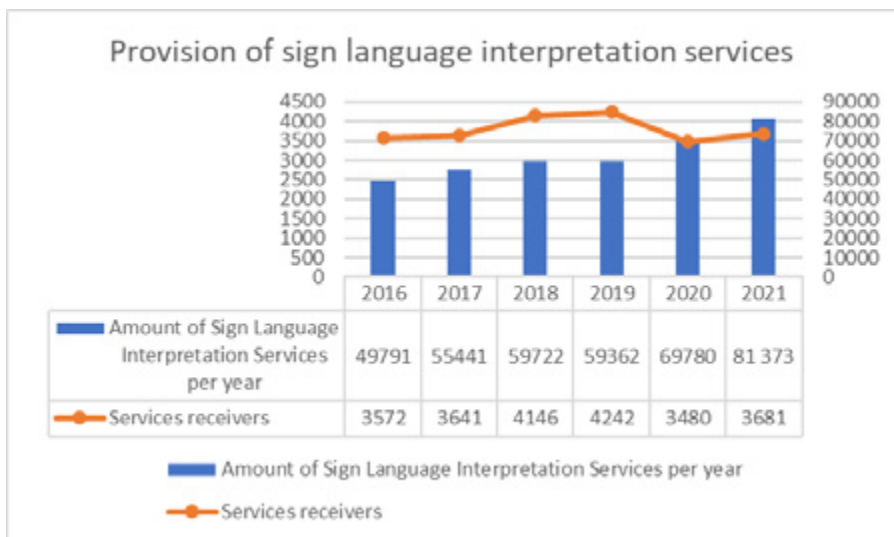
Although the monitoring methodology has been changed, it could be stated that the situation of internet accessibility is improving compared to the situation in 2018.

The Department of Persons with Disabilities Affairs under the Ministry of Social Security and Labour of The Republic of Lithuania (hereinafter – the Department) is responsible for the participation in the monitoring process of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (hereinafter – the Convention). The Department collects annual data for each Convention article, including data on information accessibility.

6 | Accessibility of information for deaf persons and persons with hearing impairments

Sign language interpretation services are free of charge and are provided by the governmental institution Lithuanian Sign Language Interpretation Center. From 2016 to 2021^[12], you can see that the COVID-19 pandemic significantly impacted sign language interpretation services because the main part of the interpretation services (76 %)^[13] was provided remotely by ICT technologies.

Figure 6. Provision of sign language interpretation services 2016–2021



¹² The Department of the Affairs of Persons with Disabilities under the Ministry of Social Security and Labour of The Republic of Lithuania, Report of the Convention of the Rights of Persons with Disabilities, 2021. <https://www.ndt.lt/wp-content/uploads/zTSI-Stebesenos-Ataskaita-9.pdf>.

¹³ The Department of the Affairs of Persons with Disabilities under the Ministry of Social Security and Labour of The Republic of Lithuania, Activity Report 2021. https://www.ndt.lt/wp-content/uploads/2021_NRD_veiklos_ataskaita_tikslinta.pdf.

Table 2. Broadcast time (in hours) of subtitled television programs and films shown on Lithuanian national radio and television programs

	2018	2019	2020	2021
Broadcast time of subtitled television programs, films	1210	1695	1816	610,1
Percent of all the time.	6,9	10,49	10,33	9,63
Broadcast time of signed tv programs and films			786	503,5
Percent of all the time.			4,8	7,95
Broadcast time with audiovisual dubbing		24	51	25
Percent of all the time.		0,15	0,29	0,39

The Pandemic increased the supply of sign language interpretation, whereas the time of subtitled programs and films decreased.

7 | Accessibility of information for persons with intellectual disability or cognitive disorders

In particular, Lithuania has no legal definitions regarding the provision of information in the „easy-to-read” language, which is particularly necessary for persons with intellectual disabilities.

Although there are requirements (in the Code of Criminal Procedure, the Law on Patients’ Rights and Compensation for Health Damages) regarding the understandable presentation of information, the opportunity to exercise freedom of expression, and freedom to express their opinions, including the freedom to seek, receive, and impart information and ideas on an equal basis with other persons with all selected means of communication defined in Article 2 of the Convention. Persons with intellectual disabilities cannot use legal information due to the lack of adapted content and publications in an easily readable language.

This year (2022), the Ministry of Social Security and Labour of The Republic of Lithuania submitted a new version of the Law of Social Integration of Persons with Disabilities (called – Law on Protection of Rights of Persons with Disabilities) to the Lithuanian Parliament for consideration and adoption. The new law stipulates the obligation for state and municipal institutions to provide information to persons with disabilities

in formats accessible to them and will enter into force in 2024. Bylaws are being prepared to ensure information availability and approve the methodology for preparing information in an easy-to-understand language.

8 | The economic value of information accessibility

Sociologists note that people with disabilities experience the greatest digital divide, undermining their opportunities to engage in public life and the labour market, pursue education and participate in public management processes^[14]. Public broadcaster subtitles or translates shows and films into sign language, but since Lithuanian sign language is recognized as the native language of the deaf, adaptation for the hearing impaired is low (17.58% of total broadcast time), especially compared to other countries (New Zealand – 98%, Republic of Latvia – 25%, Republic of Poland – 50%). The only theatre in the Republic of Lithuania with the necessary audio commentary equipment is the Kaunas National Drama Theatre (in 2018, during the preparation of the seventh performance with audio commentary in the same theatre, the demand had increased to 450 people with visual disabilities. Thus, one performance was no longer enough and is being shown twice). According to the research, more than 65 % of disabled people want to go to the movies because they want to spend their free time with friends or family members (65.2%), want to participate in society (33%), and are interested in professional art (20.7%). However, even 33 % of respondents say that they do not visit cinemas as often as they would like due to the inaccessibility of films^[15].

Rapid and continuous changes in the information technology and communication sectors are changing the way people interact, do business, use goods, services, and information, and communicate in general, so it is vital that all people benefit from technological advances and that no one is left behind, including individuals with complex disability and individual

¹⁴ Jolita Viluckienė, „Negalią turinčių IT vartotojų skaitmeninė atskirtis kaip socialinės nelygybės forma” *Filosofija. Sociologija*, nr 4 (2015): 314–321.

¹⁵ Increasing the accessibility of cultural services for people with disabilities: analysis of the current situation, 2018. <http://kurkl.lt/projektai/kulturos-prieinamumo-zmonems-su-negalia-didinimas/>.

needs. Currently, many disabled people still have practically no access to information and communication, so paying attention to appropriate and alternative ways, means, and forms of communication, conditions for using the printed word, and copyright issues is necessary. Taking this into account, people with visual, hearing, and intellectual disabilities need alternative information presentation methods. The study^[16] highlighted the contrast between consumers and producers – that consumers, regardless of the type of disability and functional capabilities, are looking for information about services and products on the Internet. In contrast, most of the participants in the service providers and product manufacturers group are convinced that disabled and elderly people cannot use information technology. As the main means of providing information to them, service providers use service and product presentations and presentations during gatherings of disabled and/or elderly communities.

According to the Ministry of Social Security and Labor data, 229 thousand people with disabilities lived in Lithuania in 2020. This is 8 % of the entire population of the country. It is noticeable that a significant part of them (67%) were persons of working age. Among them – 3 % of persons with hearing impairment, and 4 % with visual impairment.

However, the availability of information would serve an even larger number of Lithuanian residents: According to data from the Lithuanian Disability Forum and the Society for Persons with Intellectual Disability and Their Family Members 'Viltis', more than 420 thousand people would benefit from the availability of information. The information presented in the appropriate format is universally useful not only for individuals with disabilities but also for older persons, possibly with signs of dementia, experiencing functional disorders or temporary injuries, persons with lower literacy and representatives of national minorities experiencing language challenges, for whom Lithuanian is not their native language (The Ministry of Social Security and Labor, 2021).

Research conducted abroad shows that businesses in various fields invest in the availability of the information they provide to various target groups. It has been found to bring measurable added value to businesses.

¹⁶ The Department of the Affairs of Persons with Disabilities under the Ministry of Social Security and Labour of The Republic of Lithuania, Analysis of the availability of services and suitability of products for all users living in Lithuania on the widest possible scale, 2019. <https://www.ndt.lt/wp-content/uploads/UD-tyrimas-ataskaita-2020-01-24-galutine.pdf>.

For example, world-famous companies like Barclays, Apple, and Microsoft (according to www.w3.org) are already intensively taking care of this. A British company Click-Away Pound survey showed that up to 69% of respondents leave websites due to inaccessibility. Naturally, information about the company and goods and services provided online is becoming one of the first aspects that businesses care about (2019).

A concrete example of the company's profits and increased statistics is the radio program *This American Life*, which is broadcast by National Public Radio (NPR) in the United States. This show is heard by about 2.1 million people across the country every week. In 2011, in response to new media accessibility regulations announced by the US Federal Communications Commission (FCC), the broadcaster committed to transcribing all recorded radio broadcasts. A study lasting several months (2011) showed that transcribed texts brought visible benefits:

1. the rate of internet searches for radio shows increased by 6.86%;
2. easier understanding of information for non-native speakers for whom English is a second language;
3. visitors could use the transcribed texts in noisy or quiet environments;
4. it became possible to translate radio broadcasts into other languages more easily;
5. it became possible to search for a specific part of the text by associating it with a section of the audio recording.

Google Analytics showed that 7.23% of visitors viewed at least one transcribed text from the radio show, 4.18% of listeners, and a 3.89% of the number of links to the radio show online.

Businesses are convinced to take care of information availability by existing statistics and hypothetical studies that allow strategizing for the future and creating company marketing plans. In 2018, an article published by the American Institute of Research stated that the estimated total income of working-age people with disabilities in the United States is about \$500 billion. The article states that this target group is most likely to spend their money on online shopping and on the platforms that will be the most convenient for them and the most adapted to their needs. According to Forbes, 70% of Generation Y (Millennials) claim that they consider the values the manufacturer or supplier declares before buying a product.

So each brand will likely gain more customers by promoting an ethical approach. 86% of respondents said they would spend more if online stores were accessible to various society groups.

Such statistics from foreign countries and the developing strategic approach allow us to ask how the personal purchasing habits and experiences of consumers with disorders and disabilities change in Lithuania. What would be the priority directions of market changes and what benefits would this bring to the country's businesses?

The business sector in Lithuania usually takes care of the availability of information on the initiative and with the assistance of state institutions. For example, Lietuvos Geležinkeliai (Lithuanian Railways), a joint-stock company closely related to the state, has committed to adapting its infrastructure and training more appropriately for people with disabilities by 2024. December (Ministry of Transport, 2019). The joint-stock company undertakes to increase the accessibility of its services: providing accessible travel information and assistance to persons with disabilities on trains and railway stations.

In Lithuania, no studies have yet been conducted showing how improved access to information affects private institutions and companies. In preparation for fulfilling the obligations of new laws, the availability of information in those companies that are directly related to the state of Lithuania was started to be investigated. However, it is important to anticipate the benefits for all businesses that a voluntary decision to ensure the availability of their services and products would bring and what positive changes it would bring to everyday life and buying habits of people with individual needs.

The Department of the Affairs of Persons with Disabilities under the Ministry of Social Security and Labour of The Republic of Lithuania started a study to reveal possible changes in purchasing habits (behaviour) of target groups, various categories of goods and services if the hypothetical condition of full availability of information on purchased goods and services is ensured. The study was started in 2022 and will be finished in 2023. The target group consists of the following persons:

- With intellectual disability.
- With psychosocial disability.
- Persons with hearing impairments.
- Persons with vision impairments.
- Elderly persons.

The methodology: survey and focus groups. The initial result of the survey shows that:

- Most respondents agree that it is more likely that they will leave the inaccessible or uncomfortable online shop if they know that similar goods or services can be obtained in another, at least more accessible, online shop.
- More than half of the respondents prefer online shops to obtain inexpensive or everyday goods. More than half of them prefer to shop to in person and look at expensive goods, but buy them from online stores.
- Respondents spend from 50 to 300 euros per month by using online stores.
- Online stores are mostly popular among persons with vision impairments.
- Persons with intellectual disabilities have trouble using online stores to select goods and have an uneasy payment process, so they prefer ordinary stores.
- Persons with hearing impairments feel uncomfortable attending ordinary stores and communicating with the seller or shop/wo/man.
- People in the elderly age used online stores more actively than two years before.
- People of older age face difficulties in finding and reading descriptions of goods.
- This study (survey) will be the first in Lithuania to investigate such a niche – topic.

9 | Findings

The legislative basis of the Republic of Lithuania is appropriate for persons with hearing and visual disabilities. There is no legislation or obligation to provide information in easy-to-read language to people with intellectual disabilities or cognitive disorders. The common level and awareness of informational accessibility is increasing every year. Lithuanian businesses are unwilling to invest in information accessibility. At the same time, accessibility has ROI and pays off.

Bibliography

- The Department of the Affairs of Persons with Disabilities under the Ministry of Social Security and Labour of The Republic of Lithuania, Report of the Convention of the Rights of Persons with Disabilities, 2021. <https://www.ndt.lt/wp-content/uploads/zTSI-Stebešenos-Ataskaita-9.pdf>.
- The Department of the Affairs of Persons with Disabilities under the Ministry of Social Security and Labour of The Republic of Lithuania, Activity Report 2021. https://www.ndt.lt/wp-content/uploads/2021_NRD_veiklos_ataskaita_tikslinta.pdf.
- The Department of the Affairs of Persons with Disabilities under the Ministry of Social Security and Labor of The Republic of Lithuania, Analysis of the availability of services and suitability of products for all users living in Lithuania on the widest possible scale, 2019. <https://www.ndt.lt/wp-content/uploads/UD-tyrimas-ataskaita-2020-01-24-galutine.pdf>.
- Developmental Program for the Development of an Environment Suitable for Disabled People in all Areas of Life (2021).
- Increasing the accessibility of cultural services for people with disabilities: analysis of the current situation, 2018. <http://kurkl.lt/projektai/kulturos-prieinamumo-zmonems-su-negalia-didinimas/>.
- The Internet for All: A Guide to Making Digital Information Accessible (Full Version) (2018). <https://www.lygybe.lt/data/public/uploads/2018/12/internetas-visiems.pdf>.
- Law of the Republic of Lithuania on the right to receive information from state and municipal institutions and bodies (2000). <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.FA13E28615F6/QWCYWKrpEY>.
- Law of the Republic of Lithuania on Lithuanian National Radio and Television (1996). <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActEditions/lt/TAD/TAIS.31934>.
- Law of the Republic of Lithuania on Social Integration of the Disabled (1991). <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.199156E4E004/OzxwpqisAN>.
- Law on Amendments to the Public Information Law of the Republic of Lithuania (2006). <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.280580>.
- Lithuanian Library for Blind People. Major Braille Publishers Call for the Highest Quality Standards (2021). <https://www.labiblioteka.lt/naujienos/didziausileidejai-brailio-rastu-ragina-laikytis-auksciausiu-kokybes-standartu/605>.
- The Order of the Director of the Information Society Development Committee under the Ministry of Transport Regarding the Amendments of the Order No T-40 „On Approval of Methodological Recommendations for the Development, Testing and Evaluation of Websites Adapted to the Disabled” issued by

the Director of the Information Society Development Committee under the Government of the Republic of Lithuania in March 31 2004 (2013). <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.450397>.

The Report Indicates that the Testing Tool was Chosen in Accordance with the Development of the Information Society of the Committee Under the Director of the Ministry of Transport in 2013. May 23 in order No. T-72.

Report on the Assessment on the Compliance with the General Requirements of the Websites of State and Municipal Institutions and Bodies (2018). <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/f228ffc0438411ec992fe4cdfceb5666>.

Resolution of the Government of the Republic of Lithuania No. 850 „On the Approval of the National Program for Social Integration of People with Disabilities 2003-2012” (2002). <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.168312>.

Resolution of the Government of the Republic of Lithuania No. 1408 „On the Approval of the National Program for Social Integration of People with Disabilities 2013-2019” (2012). <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.437985>.

Resolution of the Government of the Republic of Lithuania no. 630 „On the recognition of deaf sign language as a native language”. <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.17838?jfwid=-fxdp7rct>.

Viluckienė Jolita, „Negalią turinčių IT vartotojų skaitmeninė atskirtis kaip socialinės nelygybės forma” *Filosofija. Sociologija*, No. 4 (2015): 314-321.

https://www.itu.int/en/ITU-D/Regional_Presence/Europe/Documents/Events/2020/AE20/event/D-PHCB-ICT_ACCESS_EUR.01-2021-PDF-E.pdf.

https://ivpk.lrv.lt/uploads/ivpk/documents/files/Veikla/Veiklos_sritys/Reikalavimai_interneto_svetainems/2018_m_tyrimas/Ataskaita.pdf.



ERYK KOSIŃSKI, ANNA TRELA

Nowe instrumenty gospodarcze w Ukrainie W stronę pełniejszej gwarancji sprawiedliwości społecznej w sektorze rolnym

New Economic Instruments in Ukraine. Toward a Fuller Guarantee of Social Justice in the Agricultural Sector

Recent events in Ukraine and Poland related to the influx of Ukrainian agricultural products into the European Union, including Poland, prompt the question of agricultural ownership in Ukraine. Specifically, the authors emphasize that it is important to know who owns the farmland in Ukraine and thus benefits from the duty-free import of farm products into the Member States of the European Union. The answer to this question leads to the resolution of an even more important problem concerning the access of the Ukrainian nation to the ownership of agricultural land in Ukraine after independence and thus the answer to the question as to the degree of social justice in this respect, consisting in the possibility of purchasing and possessing agricultural land by ordinary people. All legal instruments relating to farmland turnover are subject to analysis, especially recent ones.

ERYK KOSIŃSKI profesor nauk prawnych

Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu, Fulbright Fellow, Rice University

ORCID – 0000-0002-2899-5228 / e-mail: eryk.kosinski@rice.edu

ANNA TRELA doktor nauk prawnych, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu

ORCID – 0000-0002-2014-5579 / e-mail: atrela@amu.edu.pl

SŁOWA KLUCZOWE: sprawiedliwość społeczna, struktura własności rolnej w Ukrainie, grunty rolne, oligarchowie Ukrainy, ograniczenia nabywania gruntów rolnych w Ukrainie

KEYWORDS: social justice, the structure of agricultural property in Ukraine, agricultural land, Ukrainian oligarchs, restrictions on the acquisition of agricultural land in Ukraine

1 | Wstęp

W związku z polityką Unii Europejskiej, mającą na celu przynieść pomoc walczącej Ukrainie, w dniu 30 maja 2022 r. zniesione zostały na okres jednego roku cła i inne ograniczenia importowe na zboża i inne produkty rolne z Ukrainy.

W następstwie powyższego tak zboże, rzepak, kukurydza, jak i inne produkty rolne zaczęły napływać szerokim strumieniem do Unii Europejskiej (dalej: UE albo Unia), w tym poprzez Polskę, powodując istotne zaburzenia na rynkach rolnych Unii, także w Polsce.

W konsekwencji, z dniem 2 maja 2023 r. UE wprowadziła embargo na niektóre produkty rolne z Ukrainy (konkretnie pszenicę i meslin; kukurydzę; nasiona rzepaku lub rzepiku; oraz nasiona słonecznika), obowiązujące początkowo do dnia 5 czerwca 2023, i następnie przedłużone do dnia 15 września 2023 r.

W kontekście powyższych problemów gospodarczych i społecznych, wywołanych na rynkach rolnych państw Europy Środkowej i Wschodniej powstaje interesujące pytanie, kto w Ukrainie jest właścicielem ziemi rolnej, do kogo należą największe gospodarstwa rolne oraz generalnie ziemia rolna, czyli, innymi słowy, kto jest beneficjentem indywidualnym otwarcia granic unijnych, poza (co nie budzi żadnego sprzeciwu) państwem i narodem ukraińskim w ogóle.

Jednocześnie powstaje niezwykle istotne pytanie o realizację koncepcji sprawiedliwości społecznej w Ukrainie w kontekście struktury własności ziemi rolnej. Należy bowiem stwierdzić, że dostęp narodu ukraińskiego do własności ziemi rolnej w Ukrainie po uzyskaniu niepodległości i przemianach ustrojowych stanowi bezsprzecznie element świadczący o stopniu realizacji sprawiedliwości społecznej w tym zakresie.

2 | Przemiany polityczne, społeczne i gospodarcze w Ukrainie w latach 2004–2014

W dniu 21 listopada 2004 r. rozpoczęła się w Ukrainie przełomowa w historii tego kraju prodemokratyczna i prozachodnia Pomarańczowa Rewolucja (ukr. *Pomarancheva revolyutsiya*). W wielu miejscach Ukrainy miały miejsce wielotysięczne protesty i manifestacje^[1].

Opisane wydarzenia były odpowiedzią Ukraińców na ewidentne fałszerstwa wyborcze mające miejsce w trakcie wyborów prezydenckich w Ukrainie. Pierwsza tura tych wyborów odbyła się w dniu 31 października 2004 r. Jej wyniki ogłoszono 9 listopada 2004 r. Zgodnie z oficjalnymi danymi pierwszą turę wygrał lider opozycji i przedstawiciel tzw. pomarańczowej koalicji, wcześniej ofiara próby zabójstwa ze strony prawdopodobnie służb specjalnych Federacji Rosyjskiej (w trakcie kolacji 5 września 2004 r.), Wiktor Juszczenko (w latach 1993–1999 Prezes Narodowego Banku Ukrainy, a w latach 1999–2001 premier Ukrainy), zdobywając 39,87% głosów. Kontrkandydat Juszczenko, Wiktor Janukowycz, przedstawiciel prorosyjskiej Partii Regionów, od 2002 r. premier Ukrainy, wcześniej przewodniczący Donieckiej Obwodowej Administracji Państwowej (1997–2002), zdobył 39,32% głosów. W konsekwencji to oni stanęli do rywalizacji o stanowisko Prezydenta Ukrainy w drugiej turze wyborów. Odbyła się ona 21 listopada 2004 r., i tego samego dnia, po przeliczeniu 99,6% oddanych głosów, zakomunikowano wygraną Wiktor Janukowycza. Miał on uzyskać 49,46% głosów, a Wiktor Juszczenko – 46,61% głosów.

Rozpoczęły się zakrojone na niespotykaną wcześniej skalę protesty społeczne. W kolejnym dniu, tj. 22 listopada 2004 r., w Kijowie zebrało się ok. 200 tysięcy, a 26 listopada już blisko pół miliona osób domagało się powtórzenia głosowania. Na skutek protestów i manifestacji oraz rozmów pomiędzy przeciwnymi stronami sceny politycznej, w dniu 8 grudnia 2004 r. ukraiński parlament – Rada Najwyższa Ukrainy – przyjęła pakiet ustaw nowelizujących Konstytucję Ukrainy oraz zatwierdzającą nowy skład Centralnej Komisji Wyborczej. Następnie ukraiński Sąd Najwyższy unieważnił wyniki wyborów prezydenckich i nakazał powtórzenie drugiej

¹ Patrz obszernie: Eryk Kosiński, „Aktualne problemy energetyki Ukrainy. Perspektywy w warunkach rosyjskiej agresji”, [w:] *Ukrainian Economy in the Aftermath of the Russian Aggression – Selected Issues*, red. Monika Dobska, Eryk Kosiński (Poznań: Wydawnictwo PTE, 2022), 21 i n.

tury wyborów prezydenckich. Wybory odbyły się w dniu 26 grudnia 2004 r., a ich wyniki ogłoszono w dniu 10 stycznia 2005 r. Tym razem zdecydowanym zwycięzcą okazał się Wiktor Juszczenko, zdobywając 51,99% głosów. Z kolei Wiktor Janukowycz otrzymał 44,20% głosów. W dniu 10 stycznia 2005 r. Centralna Komisja Wyborcza Ukrainy ogłosiła zwycięstwo Wiktora Juszczenki, którego uroczyste zaprzysiężenie na Prezydenta Ukrainy odbyło się w dniu 23 stycznia 2005 r.^[2]

Sytuacja po wygranej wyborów prezydenckich niestety była bardzo skomplikowana. Kłótnie w obrębie nowych elit władzy, rosnące bogactwo grupy oligarchów, nierówności społeczne, bieda, wszechobecna korupcja doprowadziły do dramatycznego spadku popularności Prezydenta Wiktora Juszczenki. Kolejne wybory prezydenckie w 2010 r. wygrał Wiktor Janukowycz. Początkowo stwarzał on pozory kontynuacji polityki swojego poprzednika co do dążenia do zbliżenia z Zachodem, w tym NATO oraz Unią Europejską^[3]. Wkrótce okazało się, że w istocie zmierza on do wycofania Ukrainy z integracji z Unią Europejską, a kierunkiem jego działań jest zacieśnienie relacji z Federacją Rosyjską. We wrześniu 2006 r. w trakcie pobytu w Brukseli zapowiedział on wycofanie się Ukrainy z Planu Działań na Rzecz Członkostwa w NATO (*Membership Action Plan, MAP*), o które Ukraina mogła się starać na szczycie NATO w Rydze w listopadzie 2006 r. Wreszcie w dniu 21 listopada 2013 r. złożył oficjalne oświadczenie o odroczeniu terminu podpisania układu stowarzyszeniowego z Unią Europejską na bliżej nieokreśloną przyszłość^[4]. Ukraiński naród poczuł się oszukany po raz

² Patrz: Joanna Konieczna, „Pomarańczowa rewolucja na Ukrainie. Próba zrozumienia przyczyn” *Prace Ośrodka Studiów Wschodnich im. Marka Karpia*, 2005, 5 i n. <https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/prace-osw/2005-07-13/pomarańczowa-rewolucja-na-ukrainie-proba-zrozumienia-przyczyn>. [dostęp: 11.05.2023]. Patrz nadto: Adam Eberhardt, „Rewolucja, której nie było. Bilans pięciolecia »pomarańczowej« Ukrainy” *Prace Ośrodka Studiów Wschodnich im. Marka Karpia*, 2009, 5 i n. <https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/punkt-widzenia/2009-11-30/rewolucja-ktorej-nie-bylo-bilans-pieciolecia-pomarańczowej>. [dostęp: 11.05.2023].

³ Eberhardt, „Rewolucja, której nie było. Bilans pięciolecia „pomarańczowej” Ukrainy”, 38–39; Katarzyna Wolczyk, „Adjectival Europeanisation? The Impact of EU Conditionality on Ukraine under the European Neighbourhood Policy” *European Research Institute, European Research Working Paper Series Number 18* (2007), 13 i n. <https://is.cuni.cz/studium/predmety/index.php?do=download&did=30506&zkod=JPM522> [dostęp: 11.05.2023].

⁴ Patrz: Paulina Woźniczka, „O co tak naprawdę chodzi z tym Majdanem, czyli o ukraińskiej sytuacji politycznej i umowie o partnerstwie słów kilka” *Kulturozofia.pl*, 2013. <https://kulturozofia.pl/o-co-tak-naprawde-chodzi-z-tym-majdanem/>. [dostęp: 11.05.2023].

kolejny. Nastąpiła eksplozja niezadowolenia społecznego, w tym masowe demonstracje trwające nieprzerwanie do lutego 2014 r. Wskazane protesty uliczne początkowo miały miejsce przede wszystkim na centralnym placu Kijowa, tj. Placu Niepodległości (ukr. *Maydan Nezalezhnosti*). Z czasem zapłonęła cała Ukraina, w tym takie miasta jak Odessa, Lwów, Charków, Ługańsk, Dniepr, Żytomierz, Kropywnycki, Chmielnicki, Czerniowce, Winnica. W samym Kijowie liczba demonstrantów jednorazowo dochodziła do ponad miliona. Według danych ukraińskiej milicji Berkut 1 grudnia 2013 r. na Placu Niepodległości w Kijowie zebrało się 1.200.000 osób, a tydzień później – półtora miliona^[5]. Demonstrujący Ukraińcy zaczęli ścierać się z funkcjonariuszami bezpieczeństwa, w tym wspomnianą milicją Berkut. Sięgnięto do broni palnej, granatów hukowych i tzw. koktajli mołotowa. Liczba ofiar zaczęła gwałtownie rosnąć. Manifestacje, demonstracje i starcia uliczne przeistoczyły się w narodową rewolucję przeciwko władzy Wiktora Janukowycza. Plac Niepodległości w Kijowie okrzyknięty został „Euromajdanem”, określeniem przypisanym później także całej rewolucji, nazywanej też „Eurorewolucją” (ukr. *Jevrorevolucija*), czy „Rewolucją Godności” (ukr. *Revoljutsiia hidnosti*). W dniu 22 lutego 2014 ukraiński parlament, tj. Rada Najwyższa Ukrainy, pozbawiła prezydenta Wiktora Janukowycza urzędu. Następnego dnia, tj. 23 lutego 2014 r., Przewodniczący Rady Najwyższej Ukrainy Ołeksandr Turczynow został wybrany na stanowisko pełniącego obowiązki Prezydenta Ukrainy. Przedterminowe wybory prezydenckie wyznaczone zostały na dzień 25 maja 2014 r. Wiktor Janukowycz uciekł do Rosji, gdzie przebywa do dzisiaj. Kolejne wybory prezydenckie wygrał Petro Poroszenko.

Prounijne nastawienie Ukrainy i narodu ukraińskiego, zapoczątkowane w 2004 r. wraz z wyborem Wiktora Juszczunki na Prezydenta Ukrainy, umocnione w trakcie rewolucji 2013–2014 r., zaowocowało podpisaniem w dniu 21 marca 2014 r. w Brukseli Układu o stowarzyszeniu między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Ukrainą, z drugiej strony^[6] (dalej: Układ Stowarzyszeniowy).

Najnowsze postępy w integracji Ukrainą z Unią Europejską mają miejsce już w trakcie wojny Rosyjsko-Ukraińskiej. Prezydent Wołodymyr Zełenski (Prezydent Ukrainy od 2019 r.) w dniu 28 lutego 2022 r., sześć dni po ataku Federacji Rosyjskiej na Ukrainę, złożył oficjalny wniosek o członkostwo w Unii Europejskiej. Przewodnicząca Komisji Europejskiej Ursula von der

⁵ Ibidem.

⁶ Dz. Urz. UE L. 161, 29.05.2014, 3.

Leyen w trakcie swego pobytu w stolicy walczącej Ukrainy w dniu 8 kwietnia 2022 r. przekazała Wołodomyrowi Zełenskiemu kwestionariusz aplikacyjny, na który Ukraina odpowiedziała w dniu 9 maja 2022 r. Następnie 17 czerwca 2022 r. Komisja Europejska zaleciła Radzie Europejskiej przyznanie Ukrainie statusu kandydata do członkostwa w Unii Europejskiej. Status ten Ukraina oficjalnie otrzymała w dniu 23 czerwca 2022 r. Aktualnie trwają przygotowania do negocjacji pomiędzy Unią Europejską a Ukrainą w sprawie jej członkostwa w Unii, naturalnie w tle krwawej i wyniszczającej wojny z Rosją^[7].

3 | Układ Stowarzyszeniowy pomiędzy Unią Europejską i Ukrainą

Układ Stowarzyszeniowy milczy odnośnie do zagadnień sprawiedliwości społecznej, natomiast co do pewnych problemów sektora rolnego nie jest zupełnie obojętny. Brakuje niemniej wskazań dotyczących szczegółowych rozwiązań w zakresie ustroju rolnego i własności ziemi rolnej.

Zgodnie z art. 403 Układu Stowarzyszeniowego strony współpracują w celu promowania rozwoju rolnictwa i obszarów wiejskich, w szczególności poprzez stopniowe zbliżenie polityk i prawodawstwa.

Zgodnie z art. 404 współpraca Ukrainy i Unii Europejskiej w dziedzinie rolnictwa i rozwoju obszarów wiejskich obejmuje, między innymi, sprzyjanie wzajemnemu zrozumieniu polityki rolnej i rozwoju obszarów wiejskich; zwiększanie zdolności administracyjnych na poziomie centralnym i lokalnym w zakresie planowania, oceny i realizacji polityki; promowanie nowoczesnej i zrównoważonej produkcji rolnej z poszanowaniem środowiska i dobrostanu zwierząt, w tym wzrost stosowania ekologicznych metod produkcji oraz stosowania biotechnologii, między innymi poprzez

⁷ Patrz: „European Parliament Chief Says Talks On Ukraine’s EU Membership Should Start ‘This Year’” *RFE/RL’s Ukrainian Service*, 4 marca 2023. <https://www.rferl.org/a/ukraine-european-union-membership-talks-metsola/32299247.html>. [dostęp: 11.05.2023]. Patrz nadto: Sergiy Sydorenko, „Seven EU Requirements for Ukraine: Accession Negotiations Getting Closer” *European Pravda*, 4 maja 2023. <https://www.euointegration.com.ua/eng/articles/2023/05/4/7161006>. [dostęp: 14.05.2023].

wdrażanie najlepszych praktyk w tych dziedzinach; wymianę wiedzy i najlepszych praktyk w zakresie polityki rozwoju obszarów wiejskich w celu promowania dobrobytu ekonomicznego społeczności wiejskich; poprawę konkurencyjności sektora rolnego oraz efektywności i przejrzystości rynków, a także warunków do inwestycji; rozpowszechnianie wiedzy poprzez szkolenia i wydarzenia o charakterze informacyjnym; sprzyjanie innowacjom poprzez badania oraz promowanie usług upowszechniania wiedzy wśród producentów rolnych; zwiększenie harmonizacji kwestii poruszanych w ramach organizacji międzynarodowych; wymianę najlepszych praktyk w zakresie mechanizmów wsparcia polityki rolnej i obszarów wiejskich; promowanie polityki jakości produktów rolnych w zakresie norm produktów, wymogów produkcji i programów jakości.

W ramach wskazanej współpracy Ukraina i Unia zobowiązały się do wspierania stopniowego zbliżenia do odnośnego prawa i ram regulacyjnych Unii (art. 405 Układu Stowarzyszeniowego).

Układ Stowarzyszeniowy podkreśla nadto obowiązywanie w sektorze rolnym reguł Światowej Organizacji Handlu (WTO) i Układu Ogólnego w Sprawie Ceł i Handlu (GATT).

W zakresie badań, hodowli, obrotu produktami stanowiącymi organizmy modyfikowane genetycznie, w tym w rolnictwie, Układ Stowarzyszeniowy przewiduje współpracę zmierzającą „[...] do zachowania, ochrony, poprawy i przywracania jakości środowiska, ochrony zdrowia ludzi, rozważnego i racjonalnego korzystania z zasobów naturalnych oraz promowania środków na szczeblu międzynarodowym w zakresie rozwiązywania regionalnych lub globalnych problemów środowiska” (art. 361 lit. i Układu Stowarzyszeniowego).

Jak widać, wskazane postanowienia w istocie mają charakter nieostrej, miękkiej i postulatycznej, bez konkretnych i precyzyjnych mechanizmów wymuszających wdrażanie określonych regulacji Unijnych do porządku prawnego Ukrainy^[8].

⁸ Odmienny stan rzeczy ma miejsce w sektorze energetycznym, gdzie obowiązek wdrażania unijnego *acquis communautaire* w sferze regulacji sektora energetycznego wynika z Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Energetyczną (*Energy Community*), do którego Ukraina przystąpiła z dniem 1 lutego 2011 r. Patrz Kosiński, „Aktualne problemy energetyki Ukrainy. Perspektywy w warunkach rosyjskiej agresji”, 27-28.

4 | Konstytucja Ukrainy

Konstytucja Ukrainy (*Konstytutsiya Ukrayiny*; dalej: Konstytucja) z 28 czerwca 1996 r.^[9] w swym art. 1 podkreśla, że Ukraina stanowi suwerenne, niepodległe, demokratyczne, ale też i socjalne państwo prawa („[...] sotsialna, pravova derzhava”). Dalej, Konstytucja gwarantuje ochronę życia, zdrowia, honoru, godności, nietykalności i bezpieczeństwa człowieka, które stanowią „najwyższe wartości społeczne na Ukrainie” („nayvys-hchoyu sotsialnoyu tsinnisty”); art. 3 Konstytucji)^[10].

W art. 13 Konstytucja stanowi, że „[Z]iemia, jej bogactwa naturalne, powietrze, woda i inne zasoby naturalne znajdujące się w granicach terytorium Ukrainy, zasoby naturalne szelfu kontynentalnego, wyłącznej (morskiej) strefy ekonomicznej stanowią własność narodu ukraińskiego [...] Prawo własności wiąże się z odpowiedzialnością. Prawo własności nie może być wykorzystywane ze szkodą dla człowieka ani społeczeństwa”. W ostatnim akapicie art. 13 Konstytucja podkreśla, że „Państwo zapewnia ochronę praw wszystkich właścicieli i użytkowników oraz społeczny charakter gospodarki („sotsialnu spryamovanist ekonomiky”). Wszystkie podmioty prawa własności są równe wobec prawa”.

Co więcej, w kolejnym art. 14 czytamy: „Ziemia jest podstawowym bogactwem narodowym podlegającym szczególnej ochronie państwa („Zemlya ye osnovnym natsionalnym bahatstvom, shcho perebuvaye pidosoblyvoyu okhoronoyu derzhavy”). Prawo własności ziemi jest gwarantowane. Prawo to jest nabywane i wykonywane przez obywateli, osoby prawne i państwo wyłącznie zgodnie z obowiązującym prawem”.

Szczegółowa regulacja wolności i praw jednostki znajdują się w Rozdziale II Konstytucji zatytułowanym *Prawa, wolności i obowiązki człowieka i obywatela* (art. 27–28 Konstytucji). Art. 27 Konstytucji gwarantuje ochronę prawa do życia i zdrowia, z kolei art. 28 Konstytucji zapewnia ochronę godności człowieka.

⁹ Biuletyn Rady Najwyższej Ukrainy [Vidimosti Verkhovnoi Rady Ukrainy], nr 30 (1996): 141. Patrz tekst Konstytucji Ukrainy w tłumaczeniu na język polski w: Eryk Kosiński, „Prawo energetyczne Ukrainy. Wybór źródeł” (Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2018), 290–298.

¹⁰ Patrz obszernie w: Eryk Kosiński, „Regulacja sektora energetycznego w Unii Europejskiej oraz na Ukrainie. Cele i prawne środki regulacji sektora energetycznego” (Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2019), 204–205.

W art. 41 Konstytucji gwarantuje się ochronę prawa do własności, w tym w akapicie trzecim tego przepisu stanowi się, że „[O]bywatele mogą korzystać z dóbr stanowiących własność państwową bądź komunalną w celu zaspokojenia swych potrzeb zgodnie z ustawą”. W akapicie siódmym Konstytucja stanowi, że „[K]orzystanie z prawa własności nie może powodować szkody dla praw, wolności i godności obywateli, interesu społeczeństwa, pogarszać stanu środowiska i naturalnej jakości ziemi”.

Zgodnie z art. 48 Konstytucji każdy człowiek ma prawo do „godnego życia dla siebie i swojej rodziny”, w tym Konstytucja bezpośrednio wskazuje na odpowiednie wyżywienie.

Art. 50 Konstytucji gwarantuje prawo do środowiska naturalnego, bezpiecznego dla życia i zdrowia („bezpieczne dla życia i zdrowia”), jak i prawo dostępu do informacji o stanie środowiska, jakości produktów spożywczych oraz przedmiotów użytku domowego, oraz do ich rozpowszechniania. W art. 66 Konstytucja nakazuje powstrzymanie się od działań na szkodę środowiska naturalnego.

Warto nadto zwrócić uwagę na regulację art. 42 trzeciego akapitu Konstytucji, który to przepis nakłada na państwo obowiązek w zakresie ochrony konkurencji rynkowej, zakazując nadużywania pozycji dominującej na rynku, niezgodnego z prawem ograniczania konkurencji oraz nieuczynowej konkurencji, dopuszczając jednak istnienie monopolu (pozostawiając je regulacji ustawowej). W czwartym akapicie art. 42 Konstytucja nakazuje chronić konsumentów, nadzorować jakość i bezpieczeństwo produkcji oraz wszystkich usług i robot, i wspierać działalność organizacji społecznych na rzecz konsumentów.

Przegląd powyższych przepisów Konstytucji, mających wpływ na relacje państwo-jednostka, szczególnie w sektorze rolno-spożywczym, prowadzi do wniosku, że Ukraina jest „państwem socjalnym” (art. 1 Konstytucji; tak także w Preambule do Konstytucji). Nie używa się co prawda pojęcia „sprawiedliwości społecznej”, niemniej określenie „państwo socjalne” bezpośrednio sugeruje realizację zasady sprawiedliwości społecznej (takie określenie jest w art. 2 Konstytucji RP).

Ponadto, powyższa treść art. 13 oraz art. 14 Konstytucji wskazuje, że ziemia stanowi niezwykle istotne zagadnienie dla Ukrainy. Tym bardziej więc korzystanie z ziemi, obrót nią oraz własność nie pozostaje obojętna tak w świetle Konstytucji, jak i politycznie dla władz i społeczeństwa Ukrainy.

5 | Ukraińscy „oligarchowie” a własność ziemi rolnej

Jak wynika z raportu Instytutu Leibniza (Leibniz Institute for Cultural Development in Transition Economies) miliony hektarów ziemi rolnej znajdują się w posiadaniu oligarchów ukraińskich oraz zagranicznych podmiotów (bądź jako dzierżawa ziemi państwowej, bądź też jako własność). I tak, największym posiadaczem ziemskim jest Andriy Verevskiy (510.000 ha; spółka Kernel z siedzibą w Luksemburgu). Następnie Oleg Bakhmatyuk (475.000 ha; spółka UkrLandFarming z siedzibą w Nikozji, Cypr), Yuriy Kosiuk (370.000 ha; spółka МНР z siedzibą w Nikozji, Cypr), George Rohr i Maurice Tabasinik (300.000 ha; spółka Agroprosperis / New Century Holding z siedzibą w Nowym Jorku, USA), Viktor Ivanchyk (243.000 ha; spółka Astarta-Kyiv z siedzibą w Amsterdamie, Holandia), fundusz inwestycyjny Continental Farmers Group / SALIC (195.000 ha; spółka z siedzibą w Kijowie, Ukraina; kapitał pochodzący z Arabii Saudyjskiej), Oleksandr Gerega i Galyna Gerega (160.000 ha; spółka Epicentr Agro z siedzibą w Kijowie, Ukraina), Dmytro i Tetiana Kolesnyk (150.000 ha; spółka Agrarian System Technologies z siedzibą w Kijowie, Ukraina), Rinat Akhmetov i Vadym Novynskiy (127.000 ha; spółka HarvEast Holding z siedzibą w Doniecku i Kijowie, Ukraina) oraz Oleksandr Petrov (120.000 ha; IMC/ Innovations.Management.Commitment, z siedzibą w Luksemburgu)^[11]. Ponad powyższe kolejne miliony hektarów ziemi rolnej jest w posiadaniu kolejnych setek spółek, w których inwestorami są głównie ukraińscy oligarchowie i milionerzy^[12].

Szacuje się, że ziemia rolna w rękach głównie oligarchów ukraińskich, kapitału amerykańskiego (Agroprosperis / New Century Holding) oraz saudyjskiego (Continental Farmers Group / SALIC) sięga około 4 mln hektarów.

Ogólnie co do ziemi rolnej na Ukrainie wymaga podkreślenia, po pierwsze, że dane dotyczące powierzchni ziemi, własności itd. są nieaktualne,

¹¹ Dane na 2021 r. „Top 10 Agricultural Land Users 2021”, *LaScala Large Scale Agriculture, Leibniz Institute for Cultural Development in Transition Economies*, 2021. <https://www.largescaleagriculture.com/home/news-details/top-10-ukrainian-agricultural-land-users-2021/>. [dostęp: 17.05.2023]. Patrz nadto: „100 bogateyshikh ukrayintsev 2021” *Forbes*, 06 travnya 2021. <https://forbes.ua/ratings/100-bogateyshikh-ukrayintsev-2021-06052021-1536>. [dostęp: 17.05.2023].

¹² Patrz szczegółowo: „Top 100 latyfundystiv Ukrainy”, *LATIFUNDIST.COM*, 14.01.2014, <https://latifundist.com/rating/top100#296>. [dostęp: 17.05.2023].

niekompletne i często nie oddające rzeczywistości^[13]. Po drugie, można wskazać, że Ukraina w przybliżeniu ma ponad 60 milionów hektarów ziemi. Spośród nich 42,7 mln hektarów (ponad 70% ogółu ziemi) to grunty rolne. Ziemia na Ukrainie jest bardzo wysokiej klasy. Około 40% gruntów rolnych stanowią czarnoziemy. Ponad 41 mln hektarów objętych było moratorium na kupno i sprzedaż gruntów, z wyłączeniem gruntów rolnych przeznaczonych pod prowadzenie chłopskiego rolnictwa pomocniczego i osobistego, ogrodnictwa i ogrodnictwa. Spośród nich ponad 31 milionów hektarów to grunty prywatne, z czego prawie 28 milionów hektarów to tzw. udziały (przyznane w latach dziewięćdziesiątych xx w. głównie byłym pracownikom kolchozów; udziałów tych nie można zbywać). Ponad 10 milionów hektarów jest własnością państwową i komunalną^[14]. Jednakże dane te obejmują okupowane przez Federację Rosyjską terytoria, w tym Krym oraz ziemie na wschodzie Ukrainy.

Poza oligarchami i zagranicznymi inwestorami na rynku ziemi rolnej właścicielami ziemi rolnej są drobni rolnicy. Szacuje się, że jest ich około 7 mln. Z kolei sumując właścicieli i użytkowników ziemi rolnej pod każdym tytułem prawnych, szacuje się, że liczba ta sięga 25 mln^[15] czy nawet 32,2 mln^[16]. Są to jednak właściciele i użytkownicy (dzierżawcy itp.) bardzo niewielkich powierzchniowo gospodarstw.

Jak wynika z powyższej zwięzłej analizy, struktura własności ziemi rolnej na Ukrainie prawdopodobnie bliska jest strukturze feudalnej, gdzie wielka własność ziemską skupiona jest w nielicznych rękach potężnych i możnych właścicieli. Z pewnością taki stan rzeczy z koncepcją sprawiedliwości społecznej nie ma nic wspólnego.

¹³ Patrz Anastasiya Zanuda, „Zemlya Ukrayiny: skil'ky yiyi, komu nalezhyt i khto na niy pratsyuye” *BBC News News Ukrayina*, 11 listopada 2019, <https://www.bbc.com/ukrainian/features=50223336-#:~:text=D0%9F%D1%96%D0%B4%20%D0%B4%D1%96%D1%94%D1%8E%20%Do%BC%Do%BE%D1%80%Do%Bo%D1%82%Do%BE%D1%80%D1%96%D1%8E%20%Do%BD%Do%Bo%20%Do%BA%D1%83%Do%BF%D1%96%Do%B2%Do%BB%D1%8E,28%20%Do%BC%Do%BB%Do%BD%20%Do%B3%Do%Bo%20%2D%20%Do%BF%D1%80%Do%B8%Do%B2%Do%Bo%D1%82%Do%BD%D1%96%20%Do%BF%Do%Bo%D1%97>. [dostęp: 17.05.2023].

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Patrz Yulia Zolotnytska, Stanisław Kowalczyk, „Ukraina na światowym rynku rolnym” *Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie*, nr 3 (2022), 9.

6 | Przepisy „antyoligarchiczne”

Jeszcze przed atakiem Federacji Rosyjskiej na Ukrainę ustawodawca ukraiński przyjął Ustawę Ukrainy nr 1780-IX z dnia 23 września 2021 r. w sprawie przeciwdziałania zagrożeniom bezpieczeństwa narodowego związanym z nadmiernym wpływem osób mających istotne znaczenie gospodarcze i polityczne w życiu publicznym (oligarchów)^[17]. Ustawa ta weszła w życie z dniem 7 listopada 2021 r. W czasie trwającej już wojny była wielokrotnie nowelizowana (w 2022 i 2023 r.).

Zgodnie z preambułą do tej ustawy, jej celem jest „przewyciężenie konfliktu interesów spowodowanego związkami pomiędzy politykami, mediami i wielkim biznesem („[...] vyklykanooho zlyttyam politykiv, media ta velykoho biznesu”), zapobieżenie wykorzystywaniu władzy politycznej do powiększenia swego kapitału, zapewnienie bezpieczeństwa narodowego Ukrainy w sferze gospodarczej, politycznej i informacyjnej, ochrony konstytucyjnych praw i wolności obywateli, ochrony demokracji, zapewnienia suwerenności państwa i unikania przypadków manipulacji świadomością obywateli poprzez celowe zniekształcanie informacji w celu uzyskania dostępu do zasobów stanowiących własność narodu ukraińskiego”^[18].

Oligarchowie zostali zdefiniowani jako osoby fizyczne mające istotne znaczenie gospodarcze i polityczne w życiu publicznym, które spełniają jednocześnie co najmniej trzy z następujących kryteriów: uczestniczą w życiu politycznym; mają istotny wpływ na środki masowego przekazu; są ostatecznymi beneficjentami rzeczywistymi przedsiębiorców, stanowiących monopole naturalne lub zajmujących monopolistyczną (dominującą) pozycję na rynku zgodnie z właściwymi przepisami o ochronie konkurencji gospodarczej (w dacie wejścia w życie ustawy i przez kolejny rok od tej daty); oraz potwierdzona wartość ich majątku oraz majątku przedsiębiorców, których są beneficjentami, przekracza wartość równą 1 milion razy tzw. minimum egzystencji, ustalone dla osób pełnosprawnych na dzień 1 stycznia każdego roku^[19] (art. 2 ust. 1 ustawy w sprawie przeciwdziałania zagrożeniom bezpieczeństwa narodowego związanym

¹⁷ Głos Ukrainy [Holos Ukrayiny], 6.11.2021, nr 210, ze zm. Biuletyn Rady Najwyższej Ukrainy [Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny], 2021, nr 51, 7, ze zm.

¹⁸ Tłumaczenie własne (E.K.).

¹⁹ Aktualnie daje to 2.589.000.000 hrywien, równe 64.370.959 euro.

z nadmiernym wpływem osób mających istotne znaczenie gospodarcze i polityczne w życiu publicznym [oligarchów]).

Oligarchom nie wolno, zgodnie z przedmiotową ustawą, wspierać w żaden sposób partii politycznych ani kandydatów tych partii (poza ewentualnym wspieraniem własnej kandydatury politycznej); nabywać mienie państwowe w procesie prywatyzacji; ani też wspierać finansowo jakąkolwiek kampanię polityczną, spotkania polityczne bądź demonstracje (art. 7 ust. 1 pkt. 1–3 ustawy).

Oligarchowie mają być wpisywani do specjalnego rejestru oligarchów (art. 6 ust. 1–5 ustawy). Przepis ten jednakże nie jest jeszcze stosowany i są co do niego wątpliwości natury konstytucyjnej (trwa oczekiwanie na raport Komisji Weneckiej)^[20].

Jak wynika z analizy powyższych przepisów, osoby spełniające opisane kryteria (oligarchowie) nie mogą nabywać ziemi od państwa. Jednakże, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy, oligarcha musi spełniać kryteria oraz zostać wpisany do rejestru w celu objęcia go zakazami z art. 7 ust. 1 pkt 1–3 ustawy. Stąd aktualnie żadnego z oligarchów zakazy te nie obowiązują.

7 | Nowe regulacje w zakresie obrotu ziemią rolną. W stronę zwiększenia poziomu sprawiedliwości społecznej

Nowe zasady obrotu ziemią rolną w Ukrainie jeszcze przez agresją Federacji Rosyjskiej zostały wprowadzone na podstawie Ustawy Ukrainy nr 552-IX z dnia 31 marca 2020 r. O wprowadzeniu zmian do niektórych aktów prawnych Ukrainy dotyczących warunków obrotu gruntami rolnymi^[21], publicznie określonej ustawą „o otwarciu rynku ziemi rolnej” („zakon pro vidkryttya rynku zemli”; dalej tak ustawa ta będzie nazywana)^[22]. Ustawa ta weszła w życie dniem 1 lipca 2021 r. (część II ustawy zatytułowana

²⁰ Patrz: Ukrayina vidkladaye zminy do zakonu pro oliharkhiv, shcho byly vymohoyu ES, Yevropeyska Pravda, 10 bereznya 2023 [dostęp: 14.05.2023].

²¹ Biuletyn Rady Najwyższej Ukrainy [Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy], nr 20 (2020): 142.

²² Patrz: „Rynek zemli v Ukrayini: osnovni dosyahnennya ta provaly za rik” AgroPolit.Com, 5 lipca 2022, <https://agropolit.com/spetsproekty/980-rinok-zemli-v-ukrayini-osnovni-dosyagnennya-ta-provali-za-rik>. [dostęp: 17.05.2023].

„Postanowienia końcowe”, ust. 1). Do tej daty obowiązywało ogólne moratorium na obrót ziemią rolną, oznaczające zakaz zbywania ziemi rolnej (poza szczególnymi przypadkami). Jak wynika z analizy stanu posiadania ziemi przez oligarchów oraz zagraniczne podmioty, zakaz ten nie przeszkadzał im w dokonywaniu obrotu ziemią rolną^[23].

Zasadniczo powyższa ustawa wprowadziła przedmiotową regulację poprzez nowelizację tzw. Kodeksu Ziemskiego (Zemel'nyy Kodeks Ukrainy, na angielski tłumaczony jako „Land Code”)^[24], regulującego obrót nieruchomości gruntowymi na Ukrainie. Na marginesie zauważyć można, że przez nieruchomości gruntowe (ustawowo „ziemię”) Kodeks Ziemski rozumie zarówno ziemię rolną, działki budowlane, grunty pod wodami, grunty rekreacyjne, grunty zalesione, grunty zabudowane, itd. (art. 19 ust. 1 Kodeksu Ziemskiego).

Najistotniejsza zmiana wprowadzona w 2021 r. dotyczy nowelizacji art. 130–131 Kodeksu Ziemskiego, regulujących obrót ziemią rolną w Ukrainie. Zgodnie z art. 130 Kodeksu Ziemskiego po nowelizacji prawo do nabycia gruntów rolnych mają wyłącznie obywatele Ukrainy, którzy uzyskali wykształcenie rolnicze lub doświadczenie zawodowe w rolnictwie lub zajmują się towarową produkcją rolną, oraz osoby prawne zarejestrowane w Ukrainie których przedmiotem działalności jest produkcja rolna (art. 130 ust. 1 pkt. a i b Kodeksu Ziemskiego). Tym samym wskazane przepisy wprowadziły zakaz nabywania nieruchomości przez cudzoziemców i przez zagraniczne osoby prawne. Ewentualne przyznanie cudzoziemcom prawa do nabywania gruntów rolnych ma zostać rozstrzygnięte w ogólnoukraińskim referendum (art. I ust. 1 pkt 2 ustawy o otwarciu rynku ziemi rolnej).

Ponad powyższe, grunty rolne mogą być nabywana przez banki tylko w celu zajęcia ich jako zabezpieczenie.

Cudzoziemcom, bezpieczeństwaom i osobom prawnym zabrania się nabywania akcji i udziałów (bądź innych form członkostwa) w osobach prawnych (z wyjątkiem banków), które są właścicielami gruntów rolnych.

Nabycie prawa własności gruntów rolnych przez osoby prawne utworzone i zarejestrowane zgodnie z ustawodawstwem Ukrainy, których założycielami (udziałowcami) lub ostatecznymi beneficjentami rzeczywistymi

²³ Patrz „Top 10 Agricultural Land Users 2021” oraz „Top 100 latyfundystiv”.

²⁴ Ustawa Ukrainy nr 2768-III z dnia 25 października 2001 r. Kurier Rządowy (Uryadovyy kur'yer) z 15 listopada 2001 r., nr 211. Biuletyn Rady Najwyższej Ukrainy [Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy], nr 3 (2002): art. 27.

są osoby niebędące obywatelami Ukrainy, może nastąpić od daty wspomnianego wyżej referendum (o ile jego wynik będzie na korzyść nabywania nieruchomości przez cudzoziemców).

Co do zasady, w tym w przypadku podjęcia decyzji w referendum co do przyzwolenia na nabywanie gruntów rolnych przez cudzoziemców, zabrania się nabywania własności gruntów rolnych przez osoby prawne, których udziałowcy (członkowie) bądź ostateczni beneficjenci są osobami niebędącymi obywatelami Ukrainy w przypadku gruntów rolnych stanowiących własność państwową lub komunalną oraz gruntów rolnych przyznanych w naturze położonych bliżej niż 50 kilometrów od granicy państwowej Ukrainy (z wyjątkiem granicy morskiej); osoby prawne, których udziałowcy (członkowie) bądź ostateczni beneficjenci są obywatelami państwa uznanego przez Ukrainę za państwo agresora lub państwo okupacyjne; osoby fizyczne, które należą lub należały do organizacji terrorystycznych; osoby prawne, których uczestnikami (udziałowcami, współnikami) lub ostatecznymi beneficjentami rzeczywistymi są państwa obce; osoby prawne, w których nie jest możliwe ustalenie ostatecznych beneficjentów rzeczywistych; osoby prawne, których ostateczni beneficjenci są zarejestrowani w obszarach morskich znajdujących się na wykazie obszarów morskich zatwierdzonym przez Radę Ministrów Ukrainy; osoby fizyczne i prawne, w stosunku do których orzeczono zakaz nabywania własności nieruchomości, a także osoby z nimi związane; osoby prawne utworzone zgodnie z ustawodawstwem Ukrainy, które znajdują się pod kontrolą osób fizycznych i prawnych zarejestrowanych w krajach umieszczonych przez Międzynarodową Grupę ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy (FATF) na liście krajów, które nie współpracują w zakresie zwalczania pranie brudnych pieniędzy (art. 130 ust. 1 Kodeksu Ziemińskiego).

Dalej, zgodnie z art. 130 ust. 2 Kodeksu Ziemińskiego łączna powierzchnia gruntów rolnych należących do jednego obywatela Ukrainy nie może przekraczać dziesięciu tysięcy hektarów. Całkowita powierzchnia gruntów rolnych należących do osoby prawnej (z wyjątkiem banków) nie może przekraczać łącznej powierzchni gruntów rolnych należących do wszystkich jej udziałowców (akcjonariuszy, członków), ale nie więcej niż dziesięć tysięcy hektarów.

Nabycie nieruchomości wbrew powyższym zakazom i ograniczeniom stanowi podstawę do unieważnienia aktu nabycia własności nieruchomości, a także do jej konfiskaty (art. 30 ust. 3 Kodeksu Ziemińskiego). Następuje to na podstawie wyroku sądowego (art. 131 ust. 3 i ust. 4 Kodeksu Ziemińskiego). Skonfiskowany grunt rolny podlega sprzedaży na licytacji,

a cena po odliczeniu kosztów postępowania przekazywana jest zbywcy gruntu (art. 131 ust. 5 Kodeksu Ziemskiego).

Wszelkie płatności z tytułu nabycia gruntów rolnych winny być przeprowadzane w formie bezgotówkowej. Zakazane jest nabywanie prawa własności działek rolnych na podstawie umów kompensacyjnych, jeżeli nabywca prawa własności nie posiada dokumentów potwierdzających pochodzenie środków finansowych lub innych składników majątkowych, z których nabycie jest finansowane (art. 130 ust. 5 i ust. 6 Kodeksu Ziemskiego).

Sprzedaż gruntów rolnych stanowiących własność państwa bądź samorządu terytorialnego jest zakazana (art. 130 ust. 7 Kodeksu Ziemskiego).

Ponad powyższe zwrócić uwagę należy na przepisy przejściowe, obowiązujące pomiędzy 1 lipca 2021 r. a 1 stycznia 2024 r. Od daty wejścia w życie ustawy o otwarciu rynku ziemi rolnej do dnia 1 stycznia 2024 r. łączna powierzchnia gruntów rolnych należących do obywatela Ukrainy nie może przekraczać stu hektarów. Wskazane ograniczenie nie dotyczy działek nabytych przed wejściem w życie niniejszego przepisu (pkt 15 lit. a, Dział x zatytułowany *Przepisy przejściowe* Kodeksu Ziemskiego). Po dniu 1 stycznia 2024 r. limit ten zostanie podniesiony do 10.000 hektarów ziemi rolnej (zgodnie z art. 130 ust. 2 Kodeksu Ziemskiego, j.w.). Ponadto do 1 stycznia 2024 r. obowiązuje całkowity zakaz nabywania gruntów rolnych przez osoby prawne (pkt 15 lit. b, Dział x zatytułowany *Przepisy przejściowe* Kodeksu Ziemskiego). Tak więc do tej daty nabywanie nieruchomości rolnych zastrzeżone jest wyłącznie dla osób fizycznych, z uwzględnieniem wszystkich wyżej opisanych ograniczeń.

Warto także nadmienić, że ustawa o otwarciu rynku ziemi rolnej wprowadziła ułatwienia dla nabywania państwowych i komunalnych gruntów rolnych przez ich dotychczasowych dzierżawców, użytkowników itp. (opcja wykupu na raty rozłożone na okres 10 lat; pkt 6.1. Dział x zatytułowany *Przepisy przejściowe* Kodeksu Ziemskiego).

8 | Wnioski końcowe

Duża część ziemi rolnej w Ukrainie stanowi własność bądź jest w posiadaniu (dzierżawa) oligarchów ukraińskich oraz zagranicznych podmiotów. Niemniej nadal przeważająca część ziemi rolnej stanowi własność państwa

oraz samorządu terytorialnego. Całkowita powierzchnia gruntów rolnych na Ukrainie według jednych źródeł to ok. 42,7 mln hektarów, według innych 41 mln czy 32,3 mln hektarów. Z tego oficjalnie 32% należy do wielkich podmiotów (agroholdingów, oligarchów). Faktycznie może ta wielkość sięgać nawet 47%^[25]. Podkreślenia wymaga, że dane te zależnie od źródła diametralnie różnią się od siebie.

W konsekwencji zachodziła już przed atakiem Federacji Rosyjskiej na Ukrainę konieczność wprowadzenia mechanizmów powszechnego udostępnienia własności ziemi rolnej dla narodu ukraińskiego, na kształt reformy rolnej.

Powyższemu celowi ma służyć po pierwsze ograniczenie prawa oligarchów do nabywania ziemi rolnej na podstawie Ustawy Ukrainy nr 1780-IX z dnia 23 września 2021 r. w sprawie przeciwdziałania zagrożeniom bezpieczeństwa narodowego związanym z nadmiernym wpływem osób mających istotne znaczenie gospodarcze i polityczne w życiu publicznym (oligarchów). Zgodnie z wymienionym aktem prawnym oligarchom nie wolno co do zasady nabywać mienia państwowego w procesie prywatyzacji.

Po drugie, co jeszcze istotniejsze, Ustawa Ukrainy nr 552-IX z dnia 31 marca 2020 r. O wprowadzeniu zmian do niektórych aktów prawnych Ukrainy dotyczących warunków obrotu gruntami rolnymi (nazywana „ustawą o otwarciu rynku ziemi rolnej”) wprowadziła szereg kluczowych zmian do Kodeksu Ziemskiego (art. 130–131). Przepisy te zagwarantowały dostęp do ziemi dla dotychczasowych drobnych i mniejszych dzierżawców. Ograniczyły możliwość posiadania ziemi ponad 100 hektarów łącznie, a od dnia 1 stycznia 2024 r. – 10.000 hektarów. Zakazano nabywania gruntów rolnych przez osoby prawne (także do 1.01.2024 r.). Po 1 stycznia 2024 r. nabywanie nieruchomości przez osoby prawne podlegać będzie określonej reglamentacji i kontroli. Co więcej, zakazano nabywania nieruchomości przez cudzoziemców i zagraniczne jednostki organizacyjne, niemniej po debacie ustawodawca zdecydował przeprowadzić w tym zakresie ogólnoukraińskie referendum (bez wskazania jego terminu).

Efekty przedstawionych rozwiązań prawnych będzie można poddać analizie w przyszłości. Z pewnością nie będzie to możliwe przez zakończeniem

²⁵ Małgorzata Tyszka, „Ile gruntów rolnych w Ukrainie należy do agroholdingów? Wywiad z Mładanowiczem”, *Farmer.pl*, 24 czerwca 2022. <https://www.farmer.pl/produkcja-roslinna/zboza/ile-gruntow-rolnych-w-ukrainie-nalezy-do-agroholdingow-wywiad-z-mladanowiczem,120561.html>. [dostęp: 28.05.2023].

wojny z Federacją Rosyjską. Wydaje się, że okres powojenny tym bardziej będzie wymagał zmian w podejściu do własności ziemi rolnej w Ukrainie, i zapewnienia realizacji sprawiedliwości społecznej dla przeciętnego mieszkańca Ukrainy, która najbardziej cierpi na skutek wojny, i która często z bronią w ręku walczy o wolność Ukrainy. Utrzymanie *status quo ante* w zakresie struktury własności ziemi rolnej wydaje się już po prostu niemożliwe.

Bibliografia

- Eberhardt Adam, „Rewolucja, której nie było. Bilans pięciolecia »pomarańczowej« Ukrainy”, *Prace Ośrodka Studiów Wschodnich im. Marka Karpia* (2009). <https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/punkt-widzenia/2009-11-30/rewolucja-kto-rej-nie-bylo-bilans-piecioletnia-pomaranzczowej>.
- „European Parliament Chief Says Talks On Ukraine’s EU Membership Should Start ‘This Year’” *RFE/RL’s Ukrainian Service*, 4 marca 2023. <https://www.rferl.org/a/ukraine-european-union-membership-talks-metsola/32299247.html>. [dostęp: 11.05.2023].
- Konieczna Joanna, „Pomarańczowa rewolucja na Ukrainie. Próba zrozumienia przyczyn”, *Prace Ośrodka Studiów Wschodnich im. Marka Karpia*, 2005. <https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/prace-osw/2005-07-13/pomaranzczowa-rewolucja-na-ukrainie-proba-zrozumienia-przyczyn>.
- Kosiński Eryk, „Aktualne problemy energetyki Ukrainy. Perspektywy w warunkach rosyjskiej agresji”, [w:] *Ukrainian Economy in the Aftermath of the Russian Aggression – Selected Issues*, red. Monika Dobska, Eryk Kosiński. 21–36. Poznań: Wydawnictwo PTE, 2022.
- Kosiński Eryk, „Regulacja sektora energetycznego w Unii Europejskiej oraz na Ukrainie. Cele i prawne środki regulacji sektora energetycznego”. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2019.
- Kosiński Eryk, *Prawo energetyczne Ukrainy. Wybór źródeł*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2018.
- „Rynek zemli v Ukrayini: osnovni dosyahnennya ta provaly za rik” *AgroPolit.Com*, 5 липня 2022. <https://agropolit.com/spetsproekty/980-rinok-zemli-v-ukrayini-osnovni-dosyagnennya-ta-provali-za-rik>.

- Sydorenko Sergiy, „Seven EU Requirements for Ukraine: Accession Negotiations Getting Closer” *European Pravda*, 4 maja 2023. <https://www.eurointegration.com.ua/eng/articles/2023/05/4/7161006>.
- „Top 10 Agricultural Land Users 2021”, *LaScaIA Large Scale Agruiculture. Leibniz Institute for Cultural Development in Transition Economies*, 2021.
- „Top 100 latyfundystiv Ukrainy”, *LATIFUNDIST.COM*, 14 stycznia 2014. <https://latifundist.com/rating/top100#296>.
- Tyszka Małgorzata, „Ile gruntów rolnych w Ukrainie należy do agroholdingów? Wywiad z Mładanowiczem” *Farmer.pl*, 24 czerwca 2022. <https://www.farmer.pl/produkcja-roslinna/zboza/ile-gruntow-rolnych-w-ukrainie-nalezy-do-agroholdingow-wywiad-z-mladanowiczem,120561.html>.
- „Ukrayina vidkladaye zminy do zakonu pro oliharkhiv, shcho byly vymohoyu es”, *Yevropeyska Pravda*, 10 bereznya 2023.
- Wolczyk Kataryna, „Adjectival Europeanisation? The Impact of EU Conditionality on Ukraine under the European Neighbourhood Policy” *European Research Institute, European Research Working Paper Series Number 18*, (2007). <https://is.cuni.cz/studium/predmety/index.php?do=download&did=30506&kod=JPM522>.
- Woźniczka Paulina, „O co tak naprawdę chodzi z tym Majdanem, czyli o ukraińskiej sytuacji politycznej i umowie o partnerstwie słów kilka” *Kulturozofia.pl*, (2013). <https://kulturozofia.pl/o-co-tak-naprawde-chodzi-z-tym-majdanem/>.
- Zanuda Anastasiya, „Zemlya Ukrainy: skil'ky yiyi, komu nalezhyt i khto na niy pratsyuye”, *Anastasiya BBC News Ukrayina*, 11 lystopada 2019, <https://www.bbc.com/ukrainian/features=50223336-#:~:text=%D0%9F%D1%96%D0%B4%20%D0%B4%D1%96%D1%94%D1%8E%20%D0%B-%D0%BE%D1%80%D0%B0%D1%82%D0%BE%D1%80%D1%96%D1%8E%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%BA%D1%83%D0%BF%D1%96%D0%B2%D0%BB%D1%8E,28%20%D0%BC%D0%BB%D0%BD%20%D0%B3%D0%B0%20%2D%20%D0%BF%D1%80%D0%B8%D0%B2%D0%B0%D1%82%D0%BD%D1%96%20%D0%BF%D0%B0%D1%97>.
- Zolotnytska Yulia, Stanisław Kowalczyk, „Ukraina na światowym rynku rolnym” *Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie*, nr 3 (2022): 5–25.
- „100 bogateyshikh ukrajintsev 2021” *Forbes*, 06 maja 2021. <https://forbes.ua/ratings/100-bogateyshikh-ukrajintsev-2021-06052021-1536>.



TERESA ASTRAMOWICZ-LEYK, TETYANA NAGORNYAK,
NATALIIA NATALINA, ANNA OSMOLOVSKA, VOLODYMYR YURKOVSKYI

Anti-Corruption Policy in Ukraine During the War with Russia

Anti-corruption policy indicates the maturity of the political system in conditions of uncertainty. In times of war, anti-corruption principles and mechanisms become decisive for achieving victory over the enemy and successfully reviving the state. According to the authors, Ukraine should urgently resolve corruption issues in such sectors (institutions) as health care, judiciary, prosecutor's office and law enforcement agencies, customs and tax service, state regulation of the economy and interaction between the state and the private sector, and activities of political parties. Moreover, in conditions of Russia's armed aggression against Ukraine, solving corruption issues in the defence sector and preventing corruption in state-owned enterprises, considering the significant damage caused by corruption in this sector, is of primary importance.

TERESA ASTRAMOWICZ-LEYK associate professor

University of Warmia and Mazury in Olsztyn

ORCID – 0000-0001-5881-2325 / e-mail: teresa.astramowicz@uwm.edu.pl

TETYANA NAGORNYAK associate professor, National University of Kyiv Mohyla Academy

ORCID – 0000-0002-6416-5774 / e-mail: t.nagornyak@ukma.edu.pl

NATALIIA NATALINA PhD in political science, Vasyl' Stus Donetsk National University

ORCID – 0000-0003-2951-6425 / e-mail: n.natalina@donnu.edu.ua

ANNA OSMOLOVSKA PhD in political science, Educational Academy „UAdvise”

ORCID – 0000-0002-8795-8910 / e-mail: a.osmolovska@uadvise.com.ua

VOLODYMYR YURKOVSKYI postgraduate student

Vasyl' Stus Donetsk National University

ORCID – 0009-0007-6121-9259 / e-mail: v.iurkovskiy@donnu.edu.ua

KEYWORDS: anti-corruption policy in Ukraine, a war in Ukraine, Russia's armed aggression against Ukraine, constitutional state, subjects and subjectlessness of Ukraine's anti-corruption policy, world politics and international relations

1 | Introduction

Their vulnerability ensures the maturity of modern political systems due to political development factors such as transparency of the electoral process, legitimacy of state power, publicity of decisions in the territorial communities management, and level of corruption, migration, or poverty. In 2022, Ukraine received 33 points out of a possible 100 in the Corruption Perceptions Index (CPI)^[1]. In conditions of war and post-war reconstruction of Ukraine, the anti-corruption policy becomes one of the priorities of state administration. Effective implementation of anti-corruption mechanisms and practices in all areas of the state's life will determine the success of Ukraine's restoration after the victory. It will become a guarantee of the trust of investors, partners, and those Ukrainians who were forced to leave the country due to the war and those who have defended the national sovereignty and European security for nine years of war in the fields of brutal battles and their workplaces.

The article aims to present legal norms and institutions for combating corruption in Ukraine, particularly emphasising the wartime period. The author's research hypothesis is as follows: due to severe corruption before the war, Ukrainian society and state authorities will intensify the fight against it. Being aware of the threats in domestic and foreign policy, it will also take measures to strengthen the trust of partners who are ready to act as donors during the war and in the process of post-war restoration. The main research problems are:

- What does corruption stand for?
- In which areas does Ukraine take anti-corruption measures?
- Does Ukrainian legislation rely on international law in defining corruption?
- In which spheres does Ukrainian society experience corruption?
- What is the role of civil society and mass media in the fight against corruption?
- What actions do anti-corruption institutions in Ukraine take?
- What role does the political elite of Ukraine play in the fight against corruption?

¹ Transparency International, *Corruption Perceptions Index*. 2022. <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>. [accessed: 06.03.2023].

- What is the importance of combating corruption by the Ukrainian state and society in relations with international partners?

The primary research method used in the article is the institutional-legal method.

2 | Methodological framework

The fight against corruption in Ukraine during a full-scale war can be considered a process in which none of the actors has a decisive influence on its dynamics and sporadic transformations under the influence of interests among individual subjects and external circumstances. In this article, „a political subject” is an agent of effective political decisions and actions, which can transform the political space, forming collective meanings and values, institutionalizing processes, and constructing social reality. The main criteria of political subjectness are not only the intention for political action and availability of appropriate resources but also the effectiveness of such actions and their ability to cause political changes. With the availability of certain political subjects in Ukraine and outside its borders who are interested in developing an anti-corruption policy, their actions must be consistent with the internal properties of the system itself, and transformations will be random and unpredictable. Accordingly, an anti-corruption policy can be considered as „subjectless”. In political science, the subjectlessness of order is contrasted with the subjectness of social changes^[2].

As per Article 1 of the Law of Ukraine On the Prevention of Corruption^[3], „corruption” is defined as the misuse of official powers or related opportunities to gain an unlawful benefit for oneself or others. Corruption also involves accepting or promising to accept such a benefit or its offering. The intention is to encourage them to use their official powers or related

² Tetyana Nagornyak, Nataliia Natalina, Mykola Polovyi, „Political Subjectivity in the Conditions of New World Order Formation” *Politology Bulletin*, No. 87 (2021): 218–240. <https://doi.org/10.17721/2415-881x.2021.87.218-240>.

³ Law of Ukraine On the prevention of corruption, Verkhovna Rada of Ukraine. October 10, 2014. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>.

opportunities illegally or, at their request, to other individuals or legal entities. In turn, the first part of Article 3 of the Law outlines a broad spectrum of individuals to whom this law applies. These include persons authorized to execute state or local self-government functions, as well as candidates for the presidency or People's Deputies of Ukraine, who are registered in compliance with the law.

Additionally, individuals equivalent to those authorized to perform state or local self-government functions fall under the scope of this law. This encompasses people who serve on supervisory boards of state-owned banks, enterprises, or organizations to make a profit, business partnerships with over 50 per cent of their shares (parts) owned by the state, individuals who are not government employees or local government officials but provide public services, representatives of public associations, scientific and educational institutions, qualified experts, and individuals with significant economic and political influence in public life (oligarchs). Moreover, individuals who hold positions that involve organizational, managerial, administrative, or financial responsibilities or are explicitly authorized to undertake such duties in private legal entities, regardless of their legal and organizational form, are also included.

Although the concept of „corruption” is defined by the norms of national law, its definition is also reflected in international legal documents. Thus, the UN Convention against Corruption, dated October 31, 2003^[4], and ratified by Ukraine in 2006^[5], defines corruption indirectly by defining socially dangerous forms of activity and establishing them as criminally punishable. Such forms of activity, in particular, include bribery of national public officials (Article 15) or foreign public officials and officials of intergovernmental organizations (Article 16), embezzlement, misappropriation or other inappropriate use of the property by a public official (Article 17), abuse of influence (Article 18) or official position (Article 19), unjust enrichment (Article 20), bribery in the private sector (Article 21), obstruction of justice (Article 25).

⁴ United Nations: Office on Drugs and Crime, *United Nations Convention Against Corruption*, October 31, 2003. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>.

⁵ Verkhovna Rada of Ukraine, *Law of Ukraine On Ratification of the United Nations Convention Against Corruption*. October 18, 2006. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/251-16#Text>.

Furthermore, the Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption (1999)^[6], ratified by Ukraine in 2006^[7], contains explicit norms to establish features of the above-mentioned legal category in a generalized form. Thus, according to the definition of the Convention, corruption is the receipt by officials, directly or indirectly, of any unlawful advantage, for them personally or for any other persons, or acceptance of an offer or promise to provide such an advantage to fulfil or not fulfil their official duties.

In the Code of Conduct for Law Enforcement Officials, adopted by the UN General Assembly in 1979^[8], corruption is interpreted as the commission or failure to commit any act by an official in the performance of duties or because of these duties as a result of required or accepted gifts, promises or inducements, or their unlawful receipt whenever such act or omission occurs. The expression „act of corruption” mentioned in the international legal act is understood as an attempt at bribery. According to the provisions of Article 8 of the UN Convention against Transnational Organized Crime (2000)^[9], ratified by Ukraine in 2004^[10], corruption is defined as a person’s use of their official position to receive an illegal benefit.

The definition of corruption in international legal acts may differ depending on their context and purpose. However, overall, corruption is considered an illegal and morally wrongful use of power or official authority for personal gain. At the same time, all these documents aim to fight corruption and place responsibility on the states for its prevention and eradication.

By analyzing the above provisions of national legislation and international legal acts related to preventing and countering corruption, it becomes apparent that corruption is a criminal act committed by individuals who misuse their power, official authority, or other resources to benefit themselves, often at the cost of public interests. Corruption can manifest

⁶ Council of Europe, *Criminal Law Convention on Corruption*, European Treaty Series – No. 173, January 27, 1999. <https://rm.coe.int/168007f3f5>.

⁷ Verkhovna Rada of Ukraine, *Law of Ukraine On ratification of the Criminal Law Convention on Corruption*, October 18, 2006. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/252-16#Text>.

⁸ United Nations General Assembly, *Code of Conduct for Law Enforcement Officials*, resolution 34/169, December 17, 1979.

⁹ United Nations, *United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*, 2225 UNTS 209. November 15, 2000.

¹⁰ Verkhovna Rada of Ukraine, *Law of Ukraine On the ratification of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*, February 4, 2004. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1433-15#Text>.

in several forms, such as bribery, money laundering, conflicts of interest, abuse of power, and more. Nevertheless, a crucial characteristic of corruption is that any illegal behaviour performed by civil servants or other individuals authorized to perform state functions or individuals under the purview of the law is only regarded as corruption when it is motivated by self-interest or the interest of third parties.

3 | Results and Discussion

Corruption in any of its manifestations damages individual interests and the economy, democracy, legal system, and public trust in the state. Violating the fundamental principles of a democratic state, corruption leads to inequality, a crisis of confidence, failure to make decisions in the interests of citizens, and the alienation of foreign investors, which, in general, threatens the stability and legitimacy of the political system (especially for young democracies)^[11]. Therefore, the fight against corruption and its causes is an essential task for any country. The need to tackle corruption is reflected in national legislation and numerous international documents and agreements, particularly since corruption practices often have a global impact. The most relevant results of research on corruption in Ukraine^[12] indicate that:

- Citizens are most affected by corruption when accessing medical and educational services or interacting with law enforcement agencies, the prosecutor's office, the judicial system, and the patrol police.
- Businesses that interact with public institutions face the most corruption when dealing with law enforcement agencies, the prosecutor's office, energy companies, state authorities, local self-government bodies, executing court decisions, and dealing with the judicial system.

¹¹ Wayne Sandholtz, Rein Taagepera, „Corruption, Culture, and Communism” *International Review of Sociology*, No. 15:1 (2005): 109–131. <https://doi.org/10.1080/03906700500038678>.

¹² For instance, World Bank Group, *Enterprise Surveys Indicators Data. Ukraine 2019 Country Profile*. <https://www.enterprisesurveys.org/en/enterprisesurveys>. [accessed: 6.03.2023].

- Businesses face corruption in various areas, such as connecting to communication services, obtaining licenses and permits, interacting with the tax service, and securing government contracts.
- According to citizens, businesses, and experts, the most corrupt institutions in Ukraine include customs, courts, parliament, the prosecutor's office, and the police (excluding the patrol police).
- Businesses and experts consider the following areas to be the most corrupted: land relations, urban planning, construction of extensive infrastructure facilities, energy sector, privatization of enterprises, and public procurement.

Within the framework of the study of the anti-corruption policy in Ukraine during the war, the subjectness of the following actors will be reviewed (Table 1):

Table 1. The main subjects of anti-corruption policy in Ukraine as of 2022*

Main actors	Factors of influence	Limiting factors
Broad layers of the population	<ul style="list-style-type: none"> - Public opinion on corruption; - Having trust in the political regime (legitimization) 	<ul style="list-style-type: none"> - Temporary absence of elections; - Prohibition of political rallies and protests during the war to put pressure on the authorities to investigate corruption cases; - The problem of corruption recedes into the background compared to personal security.
Active public groups and media representatives	<ul style="list-style-type: none"> - Articulating the problem and bringing it to the general public; - Drawing the attention of the elite and the international community to corruption cases by announcing investigations. 	<ul style="list-style-type: none"> - Opposition from the political elite (state apparatus); - Closure of registries because of the war and limitation of public control; - Self-censorship regarding the disclosure of corruption cases during the war.
Business	<ul style="list-style-type: none"> - Interaction with the authorities at various levels and in various forms (work in public councils, consultations on the development of legislation and participation in dialogues with the government); - Sponsorship and charity (growth of the economy and social well-being); - Transparency and openness of one's activities (publication of financial reports and declarations, open tenders and property details); - Growth of competition 	<ul style="list-style-type: none"> - High risks: speaking against corruption, business risking its interests, in particular, contracts, licenses, land lots, etc.; - High costs (investment in control systems to ensure compliance with legislation and prevent corruption); - Lack of support and, in some cases, pressure from state authorities; - Imperfect legislation

Main actors	Factors of influence	Limiting factors
Anti-corruption institutions	<ul style="list-style-type: none"> – Legislative powers and infrastructure to fight corruption; – Support of international partners 	<ul style="list-style-type: none"> – Slow progress in appointing heads of institutions and approving necessary legislation; – Political pressure from the elite and “shadow” arrangements
Political elite (state apparatus)	<ul style="list-style-type: none"> – The political will to investigate high-profile corruption cases; – Means of facilitating the systematic and unhindered work of anti-corruption institutions; 	<ul style="list-style-type: none"> – No need for mandatory declaration of income during the war – Relatively low transaction costs from corruption practices compared to expected benefits.
International partners (elite)	<ul style="list-style-type: none"> – Macro-financial assistance and arms supply – Ukraine’s declared desire to join NATO and the EU 	<ul style="list-style-type: none"> – Lack of direct levers of influence and the need to exercise remote control and pressure through tools of public diplomacy and civil activists

* Compiled by the authors

3.1. Ukrainian society (broad layers of the population)

In martial law conditions imposed on Ukraine’s territory on February 24, 2022, society has instead limited levers of influence on the political field, including developing and implementing anti-corruption policy. Citizens can temporarily not express their political position by participating in elections or organizing protests. They are partially restricted in their freedom of movement and other constitutional rights. On the other hand, high levels of public trust in the authorities are critically important for the organization of effective resistance to Russia and the functioning of the state in wartime. That is why the political elite seeks to avoid any emotional triggers that can cause public discontent, such as high-profile corruption scandals and inadequate responses to them by the authorities.

The latest research results indicate that the problem of corruption, as before, remains one of the most pressing challenges for the population of Ukraine. According to the study conducted in the spring of 2020 using the Methodology of a standard survey on corruption in Ukraine, 91.2% of the Ukrainian population considers corruption very serious (69%) or a rather serious problem (22.2%). On the same level as this challenge, only the war in Donbas can be singled out, as evidenced by the corresponding survey

indicator – 72.7% of respondents considered this problem very serious, and another 17.1% – rather serious^[13].

The results of various sociological studies for 2021–2022 similarly indicate that while Ukrainians perceive corruption as one of the most pressing problems, they primarily do not consider it a personal problem. Thus, according to a poll by the Rating Group in November 2021^[14], only 25% of respondents mentioned corruption in state bodies as a personal problem. Furthermore, only 19% indicated that during the last two years, they or their acquaintances had to make gifts, give, or pay bribes to representatives of local authorities to receive some services or documents from the latter. 79% answered that they had not encountered such a problem. In part, such results can be explained by the success of the digitalization of several state and administrative services through the «Diya» portal and other online applications during 2019–2022, reducing citizens' need to deal with the bureaucratic apparatus and decreasing household corruption.

After the start of a full-scale war, protection against corruption and smuggling remained important from the point of view of personal security for only 18% of respondents, according to the results of a Rating Group survey in May 2022^[15]. Safety of life and protection from terrorism and military threats came first for Ukrainians (52% of respondents), and social protection came second (20%). The largest group of respondents, for whom protection against corruption remains an important issue of personal security, are men, mainly from the western regions of Ukraine. Such results might be partially explained by mobilization and border crossing bans for Ukrainian men during the war, which corrupt practices can potentially resolve.

At the same time, the fight against corruption remains part of most Ukrainians' long-term vision of the future. Thus, in June 2022^[16], 48% of respondents indicated it as the most important goal of Ukraine for the next ten years. Overcoming corruption is the second most important task

¹³ National Agency on Corruption Prevention, *Corruption in Ukraine 2020: Understanding, Perception [in Ukr.], Prevalence*. <https://bit.ly/405wcV8>. [accessed: 06.03.2023].

¹⁴ Rating Group, *Socio-political attitudes in Ukraine: an IRI survey [In Ukr.]*, December 12, 2021. <http://bit.ly/3Lmkrp2>.

¹⁵ Rating Group, *Eleventh National Survey: Personal Freedom, Security and the Issue of Weapons [In Ukr.]*, May 23, 2022. <http://bit.ly/3ldrvgw>.

¹⁶ Rating Group, *IRI survey: Socio-political attitudes in Ukraine (June 2022) [In Ukr.]*, August 15, 2022. <http://bit.ly/3zJ0duY>.

after restoring territorial integrity (49%) and even ahead of strengthening the country's defence capabilities (35%) and joining the European Union (EU) (33%).

Such a perception of corruption by Ukrainian society is facilitated mainly by the formed media discourse and anti-corruption activists. Thus, in the Ukrainian segment of Google from February 2022 to February 2023, the word "corruption" was mentioned in 348,000 online sources on the „News” tab. At the same time, the number of searches for the word “corruption” in the Ukrainian segment of Google varies from 25 to 100 per day, according to data from the Serpstat.com service. That is, users' interest in searching for information about corruption is almost ten times lower than the attention that news media and other online sources pay to its coverage. More than half (54%) of all searches by users of the Ukrainian segment of Google in the year since the start of the full-scale war were related to anti-corruption legislation and another 20% – with reference searches for the definition of the categorical apparatus. As for search queries about the word “corruption”, most were related to manifestations of administrative or academic corruption, bribery of voters, etc.

3.2. Active public groups and media representatives

The function of active public groups and journalists in the anti-corruption system is to form public opinion and articulate the position of broader layers of society regarding corruption. At the beginning of the full-scale invasion, there was some self-censorship on the part of journalists in exposing facts of corruption in the state apparatus so as not to contribute to enemy propaganda and not to weaken the country's defence capabilities. However, at the end of the first year of the war, journalists exposed the most high-profile corruption scandals, which impeded relevant staff decisions and criminal cases.

At the same time, to make noticeable changes in the system, such journalistic revelations, as a rule, should coincide with the interests of other subjects and favourable circumstances. Notably, during the entire war, the most noticeable reaction of the authorities to corruption was recorded on the eve of the Ukraine-EU Summit in Kyiv on February 3, 2023, and the adoption of important decisions regarding the start of European integration negotiations. For example, K. Tymoshenko, the deputy head of the Office of the President, wrote a resignation letter only on January 24, 2023.

However, a corruption scandal surrounding his name arose as early as October 2022 after journalists discovered that the official drives an expensive off-road vehicle given to Ukraine as charitable aid for transporting citizens from the war zone and humanitarian missions^[17]. On the eve of the Summit, the National Agency on Corruption Prevention (NACP) announced the beginning of an investigation into the signs of illegal enrichment of P. Halimon, People's Deputy from the pro-presidential party „Servant of the People”. An investigation into his purchase of luxury real estate during the war was previously made public^[18].

In January 2023, the Ministry of Defense of Ukraine's leadership was embroiled in a scandal following the release of documents confirming the procurement of food supplies for military units at prices higher than market rates^[19]. After the significant spread of this news in the Ukrainian and international media, the authorities were forced to initiate a series of high-profile resignations. Law enforcement agencies searched several high-ranking officials, including oligarch I. Kolomoiskyi and a former minister A. Avakov. In addition, the government dismissed the management staff of the State Customs Service, and searches were conducted in several regional tax offices.

It is possible that, in some instances, drawing public attention to individual corruption cases may be an element of internal political struggle between different interest groups among political and law enforcement incumbents. However, it is the publicity and comprehensive disclosure of corrupt practices that, according to Ukrainian practice, is probably the only effective mechanism for starting investigations.

The war also strains the ability to carry out public control of corruption risks. After the start of the full-scale invasion, public access to important registers and databases, including the Unified State Register of State Property, which records more than one million objects of state property, was closed or partially restricted. In addition, the Cabinet of Ministers allowed the conclusion of direct contracts for public procurement and

¹⁷ „Why Yermak's deputy drives a humanitarian car from General Motors [In Ukr.]” *Bihus info*, (2022). <https://www.youtube.com/watch?v=P7gi4Hq-iNQ>.

¹⁸ Mykhailo Tkach. „A servant at a house on the Pechersk Hill. As deputy head of the SN faction, he bought a mansion in the centre of Kyiv” [In Ukr.] *Pravda.com.ua*. January 23, 2023. <https://www.pravda.com.ua/articles/2023/01/23/7386031/>.

¹⁹ Yuriy Nikolov, „Defence Ministry's rear rats make more money on food for the Armed Forces during the war than in peace” *zn.ua.*, January 23, 2023. <http://bit.ly/3ycBP1n>.

limited their publication. According to Transparency International^[20], the number of published contracts decreased by 2.6 times compared to 2021, and the number of auctions – decreased by four times.

In addition, due to restrictions on the operation of open data portals, websites of local self-government bodies and their divisions, the amount of available information about the operation of city councils decreases. At issue are lease agreements, residential premises provision, land cadasters' functioning, purchases, etc. On the other hand, restricting those open channels of information available to the general public before the full-scale invasion of Russia is also connected with objective reasons – national security, the vulnerability of electronic systems to cyber-attacks, and the need to protect the country's strategic communications.

3.3. Ukrainian and international businesses

A 2019 World Bank survey of Ukrainian entrepreneurs^[21] found that corruption was the biggest obstacle to doing business, with 74% of business entities citing it as a major issue – ranking behind only political instability at 25.4% and significant restrictions at 56%. Additionally, 32.3% of business representatives identified the state of the country's judicial system as a “significant limitation”. These figures are high compared to the regional and global averages of 12.7% and 15.4%, respectively.

In a separate survey conducted by the American Chamber of Commerce in Ukraine in October 2019^[22], 41% of business representatives reported experiencing corruption in the past year. Furthermore, 42% of respondents believed that corruption in Ukraine had increased in 2019 compared to 2017. Respondents identified implementing effective judicial reform (85%) and fighting corruption (54%) as the most important steps for improving the business climate and attracting foreign investment. These measures were also deemed necessary by business leaders, the government, the business ombudsman, business associations and international partners.

²⁰ Transparency International Ukraine, *Trust and Corruption during Full-Scale War*, December 09, 2022. <https://ti-ukraine.org/en/blogs/trust-and-corruption-during-full-scale-war/>.

²¹ World Bank Group, *Enterprise Surveys Indicators Data. Ukraine 2019 Country Profile*.

²² American Chamber of Commerce in Ukraine, *Results of the business climate survey. October 2019* [in Ukr.]. <https://bit.ly/3fbrdnG>. [accessed: 06.03.2023].

Given the information mentioned above, it is essential to consider the results of annual surveys conducted among foreign investors in Ukraine, which reveal the following key aspects:

- The most significant obstacles to foreign investment in Ukraine are widespread corruption and mistrust of the judicial system. These two obstacles are far ahead of all other problems.
- The severity of corruption and mistrust of the judicial system has not changed significantly. In surveys conducted between 2016 and 2019, the importance of these issues ranged from 7 to 8.5 points on a 10-point scale.
- When asked about necessary steps the authorities should take, investors primarily pointed to the need to evaluate incumbent judges and appoint new ones, prosecute high-ranking officials and judges for corruption, and ensure law enforcement agencies comply with the rule of law.
- In 2018, the survey showed that demonstrating effective anti-corruption efforts and changing the judicial system significantly impacted investment decisions.
- In 2019, investors noted that the newly elected President of Ukraine should take adequate measures to fight corruption to positively impact investment and business decisions.

In 2021, a sociological survey conducted by Info Sapiens among the population and businesses in Ukraine^[23] revealed that 85.4% of the population and 84.2% of businesses consider corruption prevalent in the country. The corruption prevalence index on a 5-point scale was 4.39 for the population (a slight increase from 4.46 in 2020) and 4.34 for businesses (a slight decrease from 4.26 in 2020). However, the index was lower at 2.25 on a 5-point scale in the specific field where the surveyed businesses operate. The population identified the judicial system, customs, and land relations as the top three areas with high levels of corruption. Businesses reported that permitting, mining, and customs were the most corrupt areas, followed by the privatization of enterprises, forestry, public procurement,

²³ National Agency on Corruption, *Prevention Corruption in Ukraine 2021: Understanding, Perception, Prevalence* [In Ukr.]. <https://bit.ly/3FnmNAs>. [accessed: 06.03.2023].

and land relations. These areas received a corruption prevalence index above four on a 5-point scale.

As one of the main subjects of anti-corruption policy in Ukraine as of 2022, businesses should focus on developing and implementing anti-corruption strategies containing clear rules and procedures to prevent corruption and identify cases of its manifestation. Ukrainian business has vast potential, which can become an essential source of income for the state budget and job creation. Because the war creates uncertainty, entrepreneurs must adhere to the rules of compliance control and ethical business conduct to avoid problems with remedial restrictions and law violations. In these challenging times, adherence to ethical principles and responsible behaviour is vital to ensure the success of Ukrainian businesses and their contribution to the country's development.

Restoration of Ukraine does not mean a return to its condition before the war. Instead, it is crucial to build an integrated and sustainable economy within the framework of the European community, paying attention to the principles of sustainable development and fair business. The private sector should play an essential role in ensuring these principles, which will contribute to a faster transformation of the country on the way to European integration. The recovery and reform process must be transparent, mutually accountable, and occur under national legislation and European standards. Modernization and transparency are critical components of a set of changes that will allow the country to develop and reach the next level of development.

3.4. Anti-corruption institutions

As a member state of the UN Convention against Corruption (2003)^[24], Ukraine is obliged to develop and implement an effective and coordinated anti-corruption policy, which will promote public participation and reflect the principles of law and order, proper management of state affairs and state property, honesty and incorruptibility, transparency and responsibility. A key anti-corruption infrastructure began to take shape in Ukraine during 2015–2016 and was still in its infancy at the start of the full-scale war. With direct functions and tools to fight corruption, these new institutions

²⁴ United Nations: Office on Drugs and Crime, *United Nations Convention Against Corruption*.

remain vulnerable primarily to political pressure from various interest groups in the state apparatus, law enforcement agencies, and large businesses. It is reflected, for example, in procrastination regarding legislative support for the activities and measures of anti-corruption institutions.

An anti-corruption policy of a state usually comprises legal, economic, educational, organizational, and other measures aimed at establishing an effective system to prevent and counter corruption and address its root causes. An anti-corruption strategy, a strategic document, is a key tool to ensure balance, efficiency, and coordination among state authorities, local self-government bodies, and other public institutions in preventing and countering corruption. Developing and implementing a corresponding state program for the anti-corruption strategy is also crucial. By approving an effective anti-corruption strategy, a country can address corruption and significantly increase its socio-economic growth. Many countries, including Great Britain, Singapore, Vietnam, Jordan, Romania, Egypt, and Armenia, have anti-corruption strategies that facilitate coordinated efforts of all authorities to combat corruption, making it a widespread tool for ensuring coordination.

According to Article 18 of the Law of Ukraine, On Prevention of Corruption, the Verkhovna Rada of Ukraine is responsible for establishing the principles of state anti-corruption policy for a given period in the Anti-Corruption Strategy, which is approved by law. The Anti-Corruption Strategy of Ukraine for 2021–2025^[25] was initially approved by parliament in November 2020 in the first reading, but it was only adopted in the second reading on June 20, 2022^[26]. The Strategy's main objective is to make significant progress in preventing and countering corruption while ensuring coherence and a systematic approach to anti-corruption efforts among all state authorities and local self-government bodies. Successful implementation of the Strategy is crucial to achieving this goal.

²⁵ National Agency on Corruption Prevention, *Anti-corruption strategy for 2021–2025 [In Ukr.]*. <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2022/08/Antykoryuptsijna-strategiya-na-2021-2025-rr.pdf>. [accessed: 06.03.2023].

²⁶ Verkhovna Rada of Ukraine, *Law of Ukraine On the Principles of State Anti-Corruption Policy for 2021–2025*, June 20, 2022. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2322-20#Text>.

The Strategy is based on five main principles:

1. Optimization of the state and local self-government functions, in particular, by depriving authorities of excessive powers and eliminating duplication of their functions;
2. Reducing the „human factor” and increasing transparency and efficiency in the state’s relations with citizens and organizations (introduction of general administrative procedure rules and digitization of most processes and services);
3. Creation of convenient and legal alternatives to corrupt practices;
4. Ensuring effective state control over compliance with the rules of ethical behaviour and the requirements of anti-corruption legislation by public officials;
5. Establishing the inevitability of liability for corruption and other offences directly related to corruption.

The Strategy covers the functioning of the general corruption prevention system, defines priorities for corruption prevention in specific public administration sectors, and pays great attention to the liability for corruption. Based on the analysis of the research (surveys) on the level of corruption in Ukraine, the Strategy defines the following priority sectors of public administration: court, prosecutor’s office, police; state regulation of the economy; public and private sectors; defence sector; taxes and customs; construction, land and infrastructure; health care and social protection; system of preventing and countering corruption.

The approval and proper implementation of the Strategy can lead to a reduction in corruption in Ukraine. This can be achieved by minimizing corruption risks, decreasing the number of corruption and corruption-related offences, eliminating corruption experiences of citizens and businesses, and increasing the willingness of public officials, citizens, and businesses to report known corruption cases. Moreover, it can reduce the tolerance of corruption among public officials, citizens, and businesses. These changes will indirectly enhance the protection of rights and interests of citizens, businesses, and the state, accelerate economic growth, strengthen institutional capacity, and improve the efficiency of state authorities and local self-government bodies.

However, according to the Public Analytical Center Institute of Legislative Ideas^[27] estimates, People's Deputies removed several important amendments during the adoption of the Strategy, thereby weakening the anti-corruption influence on law enforcement. Moreover, the government delayed the State Anti-Corruption Program for implementing the Strategy for a long time and was adopted only on March 04, 2023^[28]. The Program is supposed to regulate coordination and monitor the effectiveness of the Strategy and the state program for its implementation.

Delay in appointing directors of anti-corruption institutions is another factor that weakens the fight against corruption in wartime in Ukraine. The Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office of Ukraine did not have a chief for almost two years (from August 2020 to July 2022), and the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine – from April 2022 to March 2023. The chairperson of the High Anti-Corruption Court of Ukraine, which was formed following the judicial reform of 2016 and began its operation in September 2019, could not be appointed for almost ten months. As of March 2023, the Asset Recovery and Management Agency (ARMA) director has not been appointed since December 2019.

3.5. Political elite (state apparatus)

Since the first years of his presidency, Volodymyr Zelenskiy has been trying to create a discourse of zero tolerance for corruption („get out of here, you robber”), maximum distancing from oligarchs. He is taking demonstrative steps to „clean up” his team. As examples can be provided, the resignation of A. Bohdan, First Head of the Office of the President, in February 2020 or K. Tymoshenko, Deputy Head of the Office of the President, in January 2023. For the current Ukrainian political elite, the fight against corruption is important from the point of view of maintaining the credit of trust on the part of the general population and international partners and allies during the war. Anti-corruption policy is considered necessary, first of all, for Ukraine's preparation for joining the European Union and NATO. There

²⁷ „The Anti-Corruption Strategy has been Adopted: What was Missing Before the Vote?” *Pravda.com.ua*. June 21, 2022. <https://www.pravda.com.ua/columns/2022/06/21/7353744/>.

²⁸ Cabinet of Ministers of Ukraine, *Resolution On approval of the State Anti-Corruption Program for 2023–2025*, March 4, 2023. <https://bit.ly/3FMQJGV>.

is an understanding among Ukrainian officials that maintaining the trust of our partners and receiving financial and military aid depends on this. It causes a certain inconstancy in adopting important anti-corruption bills and prosecution of high-ranking officials whose corrupt activities have been exposed by civil society.

Due to high expectations regarding the fight against corruption by society, the general results of the anti-corruption policy are extrapolated to the evaluations of the government's activities. According to the survey of the sociological group „Rating” conducted in November 2022^[29], the assessment index of the fight against corruption in the country (3.1) is the highest for the last five years: it was 1.9 in 2018, increasing to 2.9 in 2019 (the year of the victory of President Zelenskiy in the elections), then it remained at the level of 2.5 in 2020–2021.

However, for Ukrainian officials, the transaction costs and potential criminal liability associated with corrupt practices are still not as high as the expected benefits. The analysis of prosecution statistics^[30] shows that in 2019, almost 4,000 corruption and corruption-related criminal offences were submitted for trial (similar figures were in 2017–2018). At the same time, the number of cases in this category that the courts considered in 2019 is almost 1,000 less than the number of those received. This state of court proceedings is unacceptable, especially considering that many proceedings of this category have been pending since previous years. As of the end of 2019, about 9,000 cases were pending in court regarding relevant criminal offences. Among the criminal proceedings under trial in 2018 and 2019, verdicts were passed in only 53% and 57% of cases.

In previous years, the speed of judicial review of criminal proceedings, the pre-trial investigation performed by detectives of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine (NABU), remained particularly unsatisfactory^[31]. As of 2019, the NABU referred 245 criminal proceedings to court,

²⁹ Rating Group, *The 19th National Survey. Results of the Year. Expectations for the Future (20-21 November 2022)* [In Ukr.], December 12, 2022. <http://bit.ly/3FmKPM2>.

³⁰ National Agency on Corruption Prevention, *National Report on the Implementation of the Anti-Corruption Policy Framework for 2019* [In Ukr.]. <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2020/05/Proyekt-Natsdopovidi-2019.pdf>. [accessed: 06.03.2023].

³¹ Centre of Policy and Legal Reform, *Report on the Results of Monitoring Court Proceedings in Cases Where a Pre-trial Investigation was Completed by NABU Detectives*, September 02, 2019. <https://www.slideshare.net/CentrePravo/ss-168396947>.

but only 38 people were sentenced. At the same time, most of them were plea agreements. This state of affairs is intended to be corrected by the High Anti-Corruption Court, which began functioning in September 2019.

It is worth noting that individuals are usually given a relatively mild punishment for the commission of corruption or corruption-related criminal offences. For example, imprisonment was applied to only 45 people among 1,032 convicted of relevant crimes nationwide in 2018^[32].

As for bringing people to administrative responsibility for corruption-related offences, 11,970 cases were brought to the court for consideration in 2019, which is 14% more compared to the previous year. Most administrative offences are related to violations of financial control requirements (Article 172–6 of the Code of Administrative Offences). At the same time, 11% of cases were returned for proper processing. Penalties were imposed in only 45% of the considered cases. Analysis of the reasons to close respective cases shows that in more than 50% of instances, the cases were closed due to the expiration of the penalty terms, in 33% – due to the absence of the event or composition of the offence, in another 12% – in connection with the exemption from responsibility in the case of minor offences. Only 2 cases were closed concerning transferring the case to the prosecutor or pre-trial investigation body^[33].

Analysis of judicial practice in cases of administrative offences related to corruption shows that both the bodies authorized to draw up protocols on such offences and the courts often misinterpret the provisions of anti-corruption legislation^[34]. Analysis of judicial practice regarding corruption and corruption-related criminal offences also testified to problems in law enforcement^[35].

Starting in 2020, the National Agency on Corruption Prevention (NAPC) began to analyze the information in the Unified State Register of persons who have committed corruption or corruption-related offences. Thus, in

³² „Alternative report on the assessment of the effectiveness of the state anti-corruption policy”. Reanimation package of reforms 11 March 2021. <http://bit.ly/3YHxeW9>.

³³ National Agency on Corruption Prevention, *National Report on the Implementation of the Anti-Corruption Policy Framework for 2019*.

³⁴ Oleksandr Dudorov, „Generalization of judicial practice in cases of administrative offences related to corruption (Articles 172–4–172–9 of the Code of Administrative Offences)” [In Ukr.] *Centre of Policy and Legal Reform*, 2019. <http://bit.ly/42cw343>. [accessed: 06.03.2023].

³⁵ *Corruption schemes: Their criminal law and legal qualification and pre-trial investigation*, ed. Mykola Khavroniuk (Kyiv, 2019). <https://bit.ly/401fN3S>.

the first half of 2020, the most significant number of persons from among the officials of the National Police (175 persons) and the State Criminal Enforcement Service (102 persons) were included in this Register, while 2018 persons in total were prosecuted for relevant offences during this time. Most often, officials of these bodies were prosecuted for untimely submitting property declarations^[36].

Between January 1, 2021, and February 1, 2023, the Register of Corruption Perpetrators received 10,505 entries related to individuals prosecuted for corruption offences. Of these, 2,908 were for criminal offences, 7,255 were for administrative liability, and 342 were for disciplinary offences. According to the NAPC website's interactive graphics^[37], in 2022, court decisions regarding 1,370 people who committed corruption offences became legally binding. This number is similar to the previous year. Of the 1,370 individuals, 1,107 were convicted (80.8%), 29 were acquitted, and 234 criminal proceedings were closed. The majority of guilty verdicts (851, or 76.8%) were found under Article 369 of the Criminal Code of Ukraine (ccu), which concerns the offering, promising, or providing unlawful benefits to officials. The second-highest convictions (87, or 7.8%) were related to Article 369-2 of the ccu, which pertains to the abuse of influence. Article 368 of the ccu, which deals with accepting an offer, promise, or receipt of an illegal benefit by an official, only accounted for 65 convictions (5.8%). Therefore, according to judicial practice, the likelihood of punishment for corruption is at least five times higher for those who offer a bribe than those who accept it.

It is impossible to establish what real punishments those convicted for "corruption" received since, as representatives of public organizations discovered, since the beginning of the war, almost all sentences for criminal offences in the past three years disappeared from the Unified Register of Court Decisions. As it turned out, data was removed from cases where the names of military units were mentioned and those related to the corruption of officials, including verdicts that were found even before the war. When focusing on the results of the analysis of court decisions in criminal cases related to corruption in 2014-2018 conducted by USAID^[38], the primary

³⁶ Press release of National Agency on Corruption Prevention. July 24, 2020. <http://bit.ly/406NFWj>.

³⁷ National Agency on Corruption Prevention, *Interactive graphics: Criminal prosecution of persons for corruption offences (court decisions that entered into force in 2016-2022)* [in Ukr.]. <http://bit.ly/3zK1hhi>. [accessed 06.03.2023].

³⁸ Ukrainian Centre for Public Data, *Statistical Analysis of Court Decisions in Criminal Cases Related to Corruption 2014-2018* [in Ukr.]. <https://bit.ly/3YN15WV>.

punishment in court decisions for bribery (Article 368 of the CCU) was fine, which was issued in almost 51% of cases. Imprisonment accounted for 20% of all final decisions, but at the same time, real terms of imprisonment appeared in 9.7% of verdicts; the rest – were conditional imprisonments. Fines were also issued in 68% of convictions for offering illegal benefits to officials (Article 369 of the CCU).

It is also worth noting that the number of court cases regarding corruption-related administrative offences decreased significantly after the full-scale war. According to the data from the NACP website^[39], in 2022, only 2,773 cases regarding administrative offences were submitted to the courts, and 3,783 were pending (against 9,878 and 10,774 in 2021, respectively). The pending cases decreased to 2,602 in 2022 compared to 8,620 in 2021. The majority of cases were considered under Article 172–6 of The Criminal Procedural Code of Ukraine (CPCU), „Violation of Financial Control Requirements” (1,702 cases), and Article 172–7 of the CPCU, „Violation of Requirements for the Prevention and Settlement of Conflict of Interest” (702 cases).

Abolishing the mandatory declaration during the war also contributes to the growing feeling of impunity for corruption among the elite and officials. This anti-corruption procedure started in Ukraine only in August 2016, with the following significant restriction in October 2020. Then, by its decision, the Constitutional Court of Ukraine was exempted from responsibility for the unreliable declaration of high-level state officials, other officials, and judges^[40]. After February 24, 2022, the Register of Electronic Declarations suspended its public operation, and reporting income is no longer mandatory for officials. According to the NACP^[41], as of February 2023, 67.6% of approximately 700,000 declarants reported their income for 2021. Mainly, declarations were submitted voluntarily by category „B” civil servants. Of the documents submitted to the Register of Declarations, only 33,000 are officials holding responsible and mainly responsible positions.

[accessed: 06.03.2023].

³⁹ National Agency on Corruption Prevention, *Interactive Graphics: Court Proceedings for Administrative Offences Related to Corruption (2018–2022)* [In Ukr.]. <http://bit.ly/3YOH6xm>. [accessed: 06.03.2023].

⁴⁰ The decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 13 – r/2020. October 27, 2020. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-20#Text>.

⁴¹ Press release of National Agency on Corruption Prevention. February 16, 2023. <https://bit.ly/3FMTPKD>.

Although the public insists on restoring financial control, and the petition to the President in just a few days gained the necessary 25,000 votes, the corresponding bill, registered by parliamentarians in the fall of 2022, was not considered in the parliament as of March 2023.

3.6. International partners and allies of Ukraine

Anti-corruption policy and strict control over corrupt practices in Ukraine are essential for Western elites from the point of view of preserving their political capital. Thus, according to the Ukrainian government, since the beginning of the war, the state budget managed to attract macro-financial assistance from international partners of more than \$32 billion, of which \$14 billion was in the form of grants. In 2023, it is planned to attract macro-financial assistance of at least \$39,5 billion to finance expenses. In addition, the state needs \$17 billion to implement reconstruction projects^[42].

The biggest motivation for the active implementation of an anti-corruption policy in Ukraine for high-ranking officials of the EU, the USA and other international partners is the socio-political attitudes of their citizens. Thus, according to the Eurobarometer survey (winter 2022/2023)^[43], EU citizens continue showing unwavering solidarity with Ukraine. 91% of respondents agree with providing humanitarian support, and providing financial support to Ukraine is approved by 77%. Europeans also continue to largely favour the EU financing the purchase and supply of military equipment to Ukraine (65%). However, EU citizens consider rising prices/inflation/cost of living as one of the two most important issues facing the EU at the moment (32%), followed by the international situation (28%) and energy supply (26%). Almost half of EU citizens (46%) have already faced a decrease in their standard of living and find it difficult to live on their current income (45%), having difficulty paying their bills (39%). Thus, EU public opinion toward Ukraine may change in case of high-profile corruption scandals involving Ukrainian officials or investigations into allocating support misuse.

⁴² Vitaliy Nabok, „Money that Ukraine is waiting for in 2023” *zn.ua*. January 10, 2023. <https://zn.ua/ukr/macrolevel/hroshi-na-jaki-chekaje-ukrajina-u-2023-mu.html>.

⁴³ European Commission, *Standard Eurobarometer 98 – Winter 2022–2023*. <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2932>. [accessed: 06.03.2023].

In addition, taking into account the experience of military actions in Afghanistan and Iraq, the opinion prevails in NATO's internal policy and media discourse that it is corruption in countless cases that underlies the inability of states to respond to danger and the inability of international actors to provide them with assistance^[44]. Thus, widespread corruption and „privatization” of the state by criminal networks undermined the legitimacy of the Afghan government, reduced its effectiveness, and created a source of discontent among the country's population. It contributed to increasing the influence of the Taliban, which made it much more difficult for the NATO-led International Security Assistance Force (ISAF) (2003–2014) to provide security and effective governance. Back in 2016, former US Secretary of State John Kerry called on governments to make corruption a „top national security priority”, calling it a „social danger”, a „radicalizer”, and a „destroyer of opportunities”^[45].

As noted by Transparency International^[46], seven of the ten countries with the lowest scores in the 2016 Corruption Perceptions Index were also among the ten least peaceful countries in the 2017 Global Peacefulness Index. The Institute of Economics and Peace (IEP) claims that there is a „tipping point” during which any (even slight) increase in the level of corruption leads to an increase in the risk of internal conflict and violence^[47]. The World Bank also concluded that corruption could fuel conflicts^[48]. Therefore, considering this experience and research, international partners and allies consider the fight against corruption in Ukraine as part of efforts to strengthen its military potential and is of fundamental importance, including for world security.

⁴⁴ Karolina MacLachlan, „The Fifth Column. Understanding the Relationship Between Corruption and Conflict”. *Transparency International UK*. July 2017. https://ti-defence.org/wp-content/uploads/2017/09/The_Fifth_Column_Web.pdf.

⁴⁵ John Kerry, „Remarks at the World Economic Forum” *us Department of State*, January 22, 2016. <https://2009-2017.state.gov/secretary/remarks/2016/01/251663.htm>.

⁴⁶ MacLachlan, „The Fifth Column”.

⁴⁷ Institute for Economics & Peace, *Peace and Corruption 2015 (Report)*. <http://www.economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2015/06/Peace-and-Corruption.pdf>. [accessed: 06.03.2023].

⁴⁸ World Bank, *World Development Report 2011: Conflict, Security, and Development – Overview*. <http://documents.worldbank.org/curated/en/806531468161369474/World-development-report-2011-conflict-security-and-development-overview>. [accessed: 06.03.2023].

4 | Conclusions

The analysis proved the scientific hypothesis the authors put forward at the beginning of the article. The institutional and legal dimension of the study of the anti-corruption policy of Ukraine allowed to provide answers to questions about the content of the category „corruption”, directions of anti-corruption measures of Ukraine during the war, correlation of Ukrainian and international legislation, participation of the public, government institutions and partner institutions in the mentioned field. The key conclusions were the following:

1. Anti-corruption policy in Ukraine can be seen as a subjectless political process, as its planning and implementation (as well as its counteraction) are influenced by diverse and multi-level actors. However, none of them has a decisive influence on the outcome. Adopting necessary legislation or the public exposure of high-profile corruption cases is most often the result of a combination of the interests of several actors and external circumstances.
2. The full-scale war in Ukraine has somewhat overshadowed the importance of anti-corruption policy in the general population and political elites' perception. On the other hand, the state of war makes elites react more decisively to corruption cases and implement necessary anti-corruption measures to maintain the support of the population and international partners.
3. Activist groups and media representatives, despite restrictions on public access due to martial law and inevitable self-censorship observed at the beginning of the war, remain one of the main drivers of corruption exposure and contribute to the non-tolerance of corruption in Ukrainian society.
4. Due to the uncertainty created by the war, entrepreneurs must abide by compliance controls and ethical business practices to avoid problems with remedial restrictions and legal violations. The recovery and reform process should be transparent, mutually accountable, and adhere to national legislation and European standards. Modernization and transparency are vital components of a comprehensive plan of changes that will enable the country to develop and reach new levels of progress.

5. Despite some movement towards developing an anti-corruption infrastructure and adopting the Anti-Corruption Strategy of Ukraine for 2021–2025, the activities of the leading anti-corruption institutions remain constrained by the existing legal system and political pressure from various political interest groups and oligarchs. Strengthening institutional capacity is quite a challenge in times of full-scale war, but with political will, the state can move forward.

The European and international community support for Ukraine towards strengthening its anti-corruption fight and defeating the Russian aggressor is critical. Best practices and institutional support for Ukrainian authorities and civil society in their anti-corruption efforts should be provided.

Bibliography

- Corruption Schemes: Their Criminal Law and Legal Qualification and Pre-trial Investigation*, ed. Mykola Khavroniuk. Kyiv, 2019. <https://bit.ly/4o1fN3S>.
- Dudorov Oleksandr, „Generalization of judicial practice in cases of administrative offences related to corruption (Articles 172–4–172–9 of the Code of Administrative Offences)” [In Ukr.] *Centre of Policy and Legal Reform*, 2019. <http://bit.ly/42cw343>.
- Institute for Economics & Peace, *Peace and Corruption 2015 (Report)*, 2023. <https://bit.ly/4oalgMe>.
- MacLachlan Karolina, „The Fifth Column. Understanding the relationship between corruption and conflict” *Transparency International UK*, July 2017. https://ti-defence.org/wp-content/uploads/2017/09/The_Fifth_Column_Web.pdf.
- Nagornyak Tetyana, Nataliia Natalina, Mykola Polovyi, „Political Subjectivity in the Conditions of New World Order Formation” *Politology bulletin*, No. 87 (2021): 218–240. <https://doi.org/10.17721/2415-881x.2021.87.218-240>.
- Sandholtz Wayne, Rein Taagepera, „Corruption, Culture, and Communism” *International Review of Sociology*, No. 15:1 (2005): 109–131. <https://doi.org/10.1080/03906700500038678>.
- World Bank, *World Development Report 2011: Conflict, Security, and Development*. <https://bit.ly/3zQ3Jh>.



MICHAŁ MARIĄSKI

Podatek od wywozu śmieci z gospodarstw domowych jako przykład innego fakultatywnego podatku gminnego we Francji

A Tax on the Collection of Household Waste as an Example of Another Optional Municipal Tax in France

The French tax system is one of the most developed in Europe, mainly in terms of local contributions. The regulations of the General Tax Code (Code général des impôts) contain a special Section VII entitled Other municipal taxes (Section VII: Autres taxes communales), divided at the municipal level into obligatory taxes and optional taxes. Thus, under the so-called other municipal optional taxes, the French legislator mentioned the tax on household waste disposal (Taxe d'enlèvement des ordures ménagères), which is the subject of the analysis in this study. The author of this paper believes that the analysis of the contribution mentioned above is significant due to changes in the method of calculating and collecting the fee for municipal waste management in Poland, which raised several discussions on the validity of the adopted model. In this context, one of the elements of the substantive debate may be the reference to comparative legal studies and, thus, the analysis of the relevant regulations of French law.

MICHAŁ MARIĄSKI doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie
ORCID – 0000-0001-6212-914X / e-mail: michal.marianski@uwm.edu.pl

SŁOWA KLUCZOWE: prawo francuskie, podatki lokalne, gmina, fakultatywne podatki gminne, podatek od wywozu śmieci z gospodarstw domowych

KEYWORDS: French law, local taxes, commune, optional commune taxes, tax on the collection of household waste

1 | Wprowadzenie do francuskiego systemu podatkowego

Francuski system podatkowy należy do jednych z najbardziej rozbudowanych w Europie zarówno w zakresie podatków pośrednich, bezpośrednich, jak i lokalnych. W ramach finansów jednostek samorządu terytorialnego^[1] kluczową rolę odgrywają obecnie dyspozycje Generalnego kodeksu podatków (*Code général des impôts*), natomiast doktryna francuska wskazuje, iż podstawy dla lokalnego prawa podatkowego zostały zapoczątkowane już ustawami z lat 1790–1791. Mowa tutaj o ustawach z 23 listopada i 1 grudnia 1790 roku dotyczących tworzenia podatku gruntowego, wpływającego na dochód z nieruchomości^[2], ustawach z 13 stycznia i 18 lutego 1791 roku dotyczących utworzenia podatku od ruchomości, na który składały się cztery podatki, w tym jeden oparty na wartości czynszu głównego mieszkania^[3]. Na uwagę zasługuje również ustawa z 8 sierpnia 1890 roku^[4] o podziale podatku gruntowego na dwie kontrybucje – podatek gruntowy od nieruchomości zabudowanych i podatek gruntowy od nieruchomości niezabudowanych^[5]. Powyższe regulacje stały się podstawą dla utworzenia systemu opodatkowania nieruchomości we Francji^[6], do którego odwołuje się wiele innych podatków lokalnych, w tym również opisywany w ramach niniejszej pracy podatek od wywozu śmieci z gospodarstw domowych.

Wspomniane przepisy Generalnego kodeksu podatków w art. od 1519 do art. 1530 bis zawierają specjalną Sekcję VII zatytułowaną *Inne podatki gminne* (*Section VII: Autres taxes communales*). Podatki te dzielą się na

¹ Aleksandra Machowska, Krzysztof Wojtyczek, *Prawo francuskie*, t. II (Kraków: Zakamycze, 2005), 198 i n.

² *Lois des 23 novembre et 1 décembre 1790 sur la création de la contribution foncière qui frappait le revenue de la propriété.*

³ *Lois des 13 janvier et 18 février 1791 sur la création de contribution mobilière qui se composait de 4 taxes dont celle qui reposait sur la valeur locative de l'habitation principale.*

⁴ *Loi de 8 août 1890 sur division de l'impôt foncier en deux contributions – contribution foncière sur des propriétés bâties et contribution foncière sur les propriétés non bâties.*

⁵ Jean-Claude Zarka, *Fiscalité locale. Une présentation rigoureuse des impôts locaux* (Paryż: Gualino, 2020), 7.

⁶ Grzegorz Nowecki, „Charakterystyka systemu katastralnego oraz systemu opodatkowania nieruchomości we Francji”, [w:] *Europejskie systemy opodatkowania nieruchomości*, red. Leonard Etel (Warszawa: Biuro Studiów i Ekspertyz, Kancelaria Sejmu, 2003), 25–26.

poziomie gminy na podatki obligatoryjne^[7] oraz podatki fakultatywne^[8]. Ich wspólną cechą jest fakt, że stanowią one dochód jednostek samorządu lokalnego różnych szczebli jak również związków gminnych oraz, w pewnych przypadkach, niektórych innych podmiotów o charakterze publicznym, jak np. izby rolnicze czy izby przemysłowo-handlowe^[9].

W ramach innych gminnych podatków obowiązkowych francuski ustawodawca wymienił pięć zasadniczych kontrybucji: gminny podatek górniczy (art. 1519 – *Redevance communale des mines*); zryczałtowany podatek od pylonów (art. 1519 A – *Imposition forfaitaire sur les pylônes*); podatek od morskich turbin wiatrowych (art. od 1519 B do 1519 C – *Taxe sur les éoliennes maritimes*); zryczałtowany podatek od spółek sieciowych (art. 1519 D do 1519 HB – *Imposition forfaitaire sur les entreprises de réseaux*) oraz podatek dodatkowy do podatku od nieruchomości niezabudowanych (art. 1519 I – *Taxe additionnelle à la taxe foncière sur les propriétés non bâties*).

W ramach innych gminnych fakultatywnych podatków francuski ustawodawca wymienił: podatek od wywozu śmieci z gospodarstw domowych (art. 1520–1526 – *Taxe d'enlèvement des ordures ménagères*); podatek od przekazania gruntu, który stał się możliwy do zabudowania (art. 1529 – *Taxe sur la cession de terrains devenus constructibles*); podatek od nieużytków handlowych (art. 1530 – *Taxe sur les friches commerciales*) oraz podatek od zarządzania środowiskiem wodnym i zapobiegania powodziom (art. 1530 bis – *Taxe pour la gestion des milieux aquatiques et la prévention des inondations*).

Powyższe kontrybucje stanowiły jednak już przedmiot odrębnych opracowań bądź to w zakresie poszczególnych typów podatków^[10], bądź też w zakresie większej ich grupy^[11]. Co istotne, wspólnym elementem dla wszystkich tych konstrukcji jest przekazanie większości kompetencji

⁷ Michał Mariański, „Inne obowiązkowe podatki gminne we Francji według francuskiego Generalnego Kodeksu Podatków” *Studia Iuridica Toruniensia*, t. XXIX (2021): 193 i n.

⁸ Michał Mariański, „Formy innych fakultatywnych podatków gminnych w świetle regulacji francuskiego Generalnego kodeksu podatków” *Studia Prawnoustrojowe*, nr 55 (2022): 225 i n.

⁹ Machowska, Wojtyczek, *Prawo francuskie*, 265 i n.

¹⁰ Adam Kałużny, *Opodatkowanie infrastruktury podatkiem od nieruchomości* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2020), 302–303.

¹¹ Mariański, „Inne obowiązkowe podatki gminne we Francji według francuskiego Generalnego Kodeksu Podatków”, 194 oraz Mariański, „Formy innych fakultatywnych podatków gminnych w świetle regulacji francuskiego Generalnego kodeksu podatków”, 226.

z nimi związanych na rzecz gminy (*commune*), które co prawda posiadają we Francji jednolity status prawny, jednak są bardzo zróżnicowane w zakresie zajmowanego obszaru oraz ludności^[12].

Uczynienie przedmiotem analizy w ramach niniejszego opracowania francuskiego podatku od wywozu śmieci z gospodarstw domowych wynika również z faktu, że uprzednie nowelizacje polskiej ustawy z dnia 13 września 1996 o utrzymaniu czystości i porządku w gminach^[13] miały na celu ograniczenie wzrostu kosztów gospodarowania odpadami komunalnymi^[14]. W tym zakresie wstępna analiza sposobu regulacji przedmiotowego obciążenia fiskalnego we Francji może dać asumpt do refleksji nad efektywnością i istniejących w Polsce rozwiązań podatkowych. W prawie polskim wprowadzono bowiem możliwość ustalenia wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi na podstawie ilości zużytej wody oraz odejście od zasady zbiorowej odpowiedzialności za niesegregowanie odpadów w budynkach wielorodzinnych. Przy czym podczas gdy w Polsce od 1 stycznia 2020 r. segregacja odpadów komunalnych jest obowiązkowa, we Francji obowiązek ten (*fr. tri des déchets*) został wprowadzony w latach 2015–2016^[15].

2

Podstawowe informacje w zakresie podatku od wywozu śmieci z gospodarstw domowych (*Taxe d'enlèvement des ordures ménagères*)

Jednym z podstawowych fakultatywnych podatków gminnych, jest podatek od wywozu śmieci z gospodarstw domowych (*Taxe d'enlèvement des*

¹² Michał Mariański, „Formy realizacji zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego we Francji ze szczególnym uwzględnieniem spółek handlowych” *Prawo i Więź*, nr 35 (2021): 130.

¹³ Ustawą z dnia 15 kwietnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r., poz. 888).

¹⁴ Szerzej Magdalena Budziarek, Aneta Szymczak, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 15 i n. oraz Agnieszka Jezierska-Markocka, Michał Markocki, *Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2021), 3 i n.

¹⁵ Na mocy ustawy *Loi relative à la transition énergétique et pour la croissance verte* z 17 sierpnia 2015 oraz dekretu nr 2016-288 z 10 marca 2016 roku.

ordures ménagères, tzw. TEOM) uregulowany w art. od 1521 do 1526 generalnego kodeksu podatków (Code général des impôts – dalej jako CGI).

Najbardziej rozbudowanym i zarazem pierwszym artykułem regulującym kwestie związane z przedmiotowym podatkiem jest art. 1520 CGI. Artykuł ten już w swoim pierwszym punkcie precyzuje, że gminy, które zapewniają co najmniej zbieranie odpadów z gospodarstw domowych, mogą wprowadzić podatek przeznaczony na pokrycie kosztów usługi zbierania i przetwarzania odpadów z gospodarstw domowych oraz odpadów, o których mowa w art. L. 2224-14 generalnego kodeksu jednostek samorządu terytorialnego (Code général des collectivités territoriales)^[16] oraz na pokrycie wydatków bezpośrednio związanych z definicją i oceną lokalnego programu zapobiegania powstawaniu odpadów z gospodarstw domowych i podobnych, o których mowa w art. L. 541-15-1 Kodeksu ochrony środowiska (Code de l'environnement), o ile te wydatki i koszty nie są pokryte zwykłymi wpływami nie mającymi charakteru fiskalnego.

Bardzo ważne jest, że francuski ustawodawca precyzuje, iż koszty usługi odbioru i przetwarzania odpadów, o których mowa w pierwszym akapicie niniejszego, obejmują trzy zasadnicze kategorie. Pierwszą kategorią są rzeczywiste koszty operacyjne; drugą – koszty operacyjne amortyzacji środków trwałych, gdy dla inwestycji podatek nie przewiduje odpowiednich rzeczywistych wydatków inwestycyjnych za ten sam rok lub za rok poprzedni; z kolei trzecią kategorię stanowią rzeczywiste wydatki inwestycyjne, gdy w przypadku inwestycji podatek nie przewiduje wydatków operacyjnych w postaci odpisów amortyzacyjnych dla odpowiednich środków trwałych za ten sam rok lub za rok poprzedni.

Uregulowano również sytuację, w której gmina zapewnia co najmniej pobór, a pozostałą część uprawnień do rozporządzania przekazuje na publiczną instytucję współpracy międzygminnej^[17] z własnym systemem podatkowym. W takiej sytuacji gmina może, w drodze uzgodnień zgodnych z tym ostatnim, ustalić częściowy zwrot wpływów z podatku od odbioru odpadów z gospodarstw domowych na rzecz tych ostatnich.

¹⁶ Zgodnie z tym artykułem gminy, o których mowa w art. L. 2224-13 generalnego kodeksu jednostek samorządu terytorialnego zapewniają zbieranie i przetwarzanie innych odpadów określonych dekretem, które mogą, ze względu na ich cechy i wyprodukowane ilości, zbierać i przetwarzać bez szczególnych ograniczeń technicznych. Co istotne do podmiotów uprawnionych do poboru innych odpadów, art. L. 2224-13 zalicza gminy, obszar metropolitalny Lyonu lub publiczne instytucje współpracy międzygminnej.

¹⁷ Fr. *établissement public de coopération intercommunale*.

Prócz tego, zgodnie z pkt. III art. 1520 CGI w przypadku ustanowienia przez gminy opłaty, o której mowa w art. L. 2333-77 ogólnego kodeksu samorządu terytorialnego^[18], podatek od wywozu nieczystości z gospodarstw domowych nie ma zastosowania do pól namiotowych lub terenów zabudowanych dla miejsc parkingowych lub obiektów zbiorowego użytku zlokalizowanych na tych terenach.

Co bardzo istotne, francuski ustawodawca wprowadził również regulacje zapobiegające dublowaniu się danych podatków z opłatami. Tak też zgodnie z pkt. III art. 1520 CGI instytucja opłaty, o której mowa w art. L. 2333-76 ogólnego kodeksu jednostek samorządu terytorialnego^[19], pociąga za sobą zniesienie podatku od wywozu odpadów z gospodarstw domowych oraz opłaty przewidzianej w art. L. 2333-77. Powyższe zniesienie zaczyna obowiązywać bądź to od 1 stycznia roku, w którym podjęto decyzję, jeżeli decyzja ta została podjęta przed 1 marca, bądź od 1 stycznia następnego roku w pozostałych przypadkach.

Ponadto, zgodnie z art. 23 ustawy z 28 grudnia 2018 roku^[20], od 1 stycznia 2019 – po stwierdzeniu prawomocnym orzeczeniem sądu niezgodności z prawem decyzji podjętych przez gminę lub publiczną instytucję współpracy międzygminnej, w oparciu o okoliczność, że dochody z podatku, a w konsekwencji jego stawka, są nieproporcjonalne do kwoty wydatków, o których mowa w pierwszym akapicie I niniejszego artykułu i nie są objęte zwykłymi dochodami niepodatkowymi, jak można oszacować na dzień głosowania ustalającego stawki podatku – obniżenie podatku jest obowiązkiem tej gminy lub tego publicznego ustanowienia współpracy międzygminnej^[21]. Administracja podatkowa przekazuje również

¹⁸ Artykuł L. 2333-77 ogólnego kodeksu samorządu terytorialnego daje możliwość gminom bądź jednostkom publicznym, zapewniającym odbiór odpadów z terenów kampingów lub terenów na których stacjonują karawany, nałożenia opłaty na może nałożyć na operatorów tych terenów, obliczonej na podstawie liczby miejsc dostępnych na tych terenach (fr. *une redevance calculée en fonction du nombre des places disponibles sur ces terrains*).

¹⁹ W przedmiotowym artykule mowa o opłacie za wywóz odpadów, śmieci i pozostałości, opłacie za wywóz nieczystości domowych na polach namiotowych oraz opłacie specjalnej (fr. *Redevance pour l'enlèvement des déchets, ordures et résidus, redevance d'enlèvement des ordures ménagères sur les terrains de camping et redevance spéciale*).

²⁰ Article 23 de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019.

²¹ Powyższe wynika pośrednio z kompetencji wymienionych w artykułach L. 2332-2, L. 3662-2 i L. 5219-8-1 ogólnego kodeksu jednostek samorządu terytorialnego.

zainteresowanym gminom lub publicznym instytucjom współpracy międzygminnej, w terminie dwóch miesięcy od daty zawiadomienia o obniżeniu podatku (fr. *dégrévement d'impôt*) w związku z pkt. iv niniejszego artykułu, kwotę podatku po potrąceniu, kwotę początkową podatku która jest kwestionowana, jak również odniesienie do wyroku, z którego wynika orzeczenie o obniżeniu opodatkowania.

Kolejnym artykułem regulującym przedmiotowy podatek jest art. 1521 CGI, który w pkt. I stanowi, iż podatek ten dotyczy wszystkich nieruchomości podlegających opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości zabudowanych (fr. *taxe foncière sur les propriétés bâties*)^[22] lub tymczasowo z niego zwolnionych, a także nieruchomości służących do zakwaterowania urzędników lub pracowników cywilnych i wojskowych, o których mowa w art. 1523 CGI^[23].

W punkcie II art. 1521 CGI wprowadza dwie zasadnicze kategorie zwolnień od podatku od wywozu śmieci. Zwolnienia te dotyczą z jednej strony fabryk, a z drugiej lokali nieposiadających charakteru przemysłowego lub handlowego dzierżawionych przez państwo, urzędy, gminy i placówki publiczne, naukowe, oświatowe i pomocowe, przeznaczonych na cele użyteczności publicznej.

Dodatkowo, w art. 1521 CGI w pkt. III ust. 1 znajdujemy kompetencję rad gmin (fr. *conseils municipaux*) do corocznego dookreślania przypadków, w których lokale o przeznaczeniu przemysłowym lub handlowym mogą być zwolnione z podatku, natomiast lista zakładów zwolnionych z podatku jest wywieszona na drzwiach ratusza. Ustęp 2 punktu III przedmiotowego artykułu dodaje, iż rady gmin mają również możliwość udzielenia zwolnienia z podatku lub zadecydowania o zmniejszeniu jego wysokości o ułamek nieprzekraczający trzech czwartych w przypadku budynków wyposażonych w urządzenia/instalacje do spopielenia odpadów zgodnych z dekretem burmistrza lub przepisami higienicznymi gminy^[24]. Warto również zaznaczyć, iż w świetle ustęp 2bis punktu III przedmiotowego

²² Nowecki, „Charakterystyka systemu katastralnego oraz systemu opodatkowania nieruchomości we Francji”, 30–31.

²³ Podatkowi temu podlegają również nieruchomości zwolnione z podatku od nieruchomości wybudowanych zgodnie z art. 1382E generalnego kodeksu podatków.

²⁴ Ponadto, budynki korzystające z tego zwolnienia lub obniżenia podatku są wyznaczane przez służbę podatkową na wniosek właściciela skierowany do burmistrza. Lista tych budynków znajduje się na drzwiach ratusza. Zwolnienie lub obniżenia podatku mają zastosowanie od 1 stycznia roku następującego po złożeniu wniosku.

artykułu rady gminne mogą zwolnić z podatku lokale udostępniane osobom podlegającym opłacie specjalnej przewidzianej w art. L. 2333–78 ogólnego kodeksu jednostek samorządu terytorialnego^[25].

Co istotne, o zwolnieniach, o których mowa w ust. 1–2 bis, decydują organy orzekające zgrupowań gmin (fr. *groupements de communes*)^[26], jeżeli te ostatnie zastępują gminy w ustanowieniu podatku od wywozów odpadów z gospodarstw domowych. Ostatni ustęp 4 punktu III art. 1521 precyzuje, iż o ile gminy lub organy orzekające ich zgrupowań nie uzgodniły inaczej, zwolnione z podatku są lokale znajdujące się w części gminy, w której nie prowadzi się działalności wywozu śmieci.

3 | Podstawa opodatkowania podatku od wywozu śmieci z gospodarstw domowych

W zakresie podstawy opodatkowania zastosowanie znajdują dyspozycje art. 1522 CGI. W swoim punkcie I artykuł ten wskazuje, iż podatek ten ustala się według dochodu netto stanowiącego podstawę podatku od nieruchomości, określonego w art. 1388 CGI^[27]. Dodatkowo precyzując, że podstawa opodatkowania lokali mieszkalnych zajmowanych przez urzędników i pracowników cywilnych lub wojskowych, o których mowa w art. 1523 CGI, jest równa ich wartości czynszowej ustalonej na warunkach przewidzianych w art. 1494 CGI^[28] i pomniejszona o 50%.

²⁵ W tym przypadku, chodzi o opłatę specjalną w przypadku braku podatku od wywozu śmieci, a decyzję w tym zakresie burmistrz przekazuje administracji podatkowej przed 1 stycznia roku podatkowego wykaz przedmiotowych lokali.

²⁶ Szerzej François Benchendikh, *Droit de la coopération intercommunale* (Paryż: Le Moniteur, 2013), 9 i n. oraz Clément Rouillier *L'intérêt communautaire des établissements publics de coopération intercommunale* (Paryż: Harmattan, 2013), 27 i n.

²⁷ Z kolei artykuł 1388 CGI odwołuje się do katastralnej wartości czynszowej (fr. *valeur locative cadastrale*) podatku od nieruchomości zabudowanych (fr. *taxe foncière sur les propriétés bâties*).

²⁸ Artykuł ten stanowi, iż wartość czynszowa dóbr pasywnych (fr. *biens passibles*) podlegających opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości zabudowanych, podatkiem mieszkaniowym lub dodatkowym podatkiem ustanowionym na tych samych podstawach jest ustalana zgodnie z zasadami określonymi w artykułach 1495 do 1508 CGI, dla każdej nieruchomości lub części nieruchomości przeznaczonej zwykle do odrębnego użytku.

Warto również nadmienić, iż zgodnie z pkt. II art. 1522 CGI gminy i ich publiczne zakłady współpracy międzygminnej, a także związki mieszane mogą zdecydować, w drodze uchwały podjętej na warunkach przewidzianych w ust. 1 pkt. II artykułu 1639 A bis, o ograniczeniu wartości czynszowych każdego lokalu do użytku mieszkalnego oraz każdego z ich budynków gospodarczych do kwoty, która nie może być niższa niż dwukrotność średniej wartości czynszu komunalnego lokali mieszkalnych^[29].

O ostatnim III punkcie cytowany wyżej przepis dodaje wyjątek od opisanego uprzednio pkt. II, w którym precyzuje się, iż w przypadku, gdy z wspomnianego ograniczenia wartości czynszowej korzysta publiczny zakład kooperacji międzygminnej z własną administracją podatkową, średnią wartość czynszową lokalu mieszkalnego można obliczyć na poziomie publicznego zakładu kooperacji międzygminnej lub związku. Określa się ją dzieląc łączną wartość czynszową lokali mieszkaniowych gmin wchodzących w skład publicznego zakładu współpracy międzygminnej z własną administracją podatkową lub związku (z wyłączeniem tzw. lokali wyjątkowych) przez liczbę odpowiadających tej wartości lokali.

Warto również zwrócić uwagę na zmienioną ustawą z 29 grudnia 2020, art. 1522 bis, nadający w swoich czterech punktach dodatkowe uprawnienia na rzecz gmin bądź publicznych zakładów kooperacji międzygminnej. Tak też pkt. I art. 1522 bis stanowi, że gminy i ich publiczne zakłady współpracy międzygminnej mogą ustanowić, na warunkach przewidzianych w ust. 1 części II artykułu 1639 A bis, tzw. część motywacyjną podatku (*fr. une part incitative*), w oparciu o ilość i ewentualnie rodzaj wytwarzanych odpadów, wyrażoną w objętości, wadze i liczbie wywozów. Część motywacyjna jest dodawana do części stałej ustalonej zgodnie z warunkami określonymi w artykułach 1521, 1522 i 1636 B undecies^[30].

Stawki części motywacyjnej są ustalane corocznie w drodze uchwały na warunkach przewidzianych w artykule 1639 A CGI, tak aby dochód z niej wynikający wynosił od 10% do 45% całkowitego dochodu z podatku^[31].

²⁹ Przeciętną wartość czynszu ustala się na warunkach przewidzianych w art. 1411 ust. 4 pkt. II i IV. Limit ten, pomniejszony o 50%, dotyczy dochodu netto określonego w art. 1388 CGI.

³⁰ Część motywacyjną ustala się poprzez pomnożenie ilości odpadów wytworzonych dla każdego lokalu podlegającego opodatkowaniu w roku poprzedzającym opodatkowanie przez jedną lub więcej taryf na jednostkę ilości wytworzonych odpadów.

³¹ Kwoty tych taryf mogą się różnić w zależności od rodzaju odpadów lub metody ich odbioru. Co istotne, gmina lub publiczny zakład współpracy międzygminnej

Ponadto, gdy ilość wytworzonych odpadów jest znana globalnie dla zbioru lokali, ale nie jest znana indywidualnie dla poszczególnych lokali tego zbioru, jest ona rozdzielana między nimi przez gminę proporcjonalnie do ich wartości czynszowej gruntu użytej do ustalenia podatku od odpadów z gospodarstw domowych^[32].

Z punktu widzenia techniki legislacyjnej warto zwrócić uwagę na ustanowienie w art. 1522bis punktu I bis, który stanowi wyjątek od dyspozycji przewidzianych w punkcie I tego artykułu. Stanowi on, iż w drodze odstępstwa gminy i ich publiczne zakłady współpracy międzygminnej mogą ustanowić motywacyjną część podatku w jednej lub więcej części ich terytorium, na warunkach przewidzianych w 1 części II artykułu 1639 A bis i na okres maksymalnie siedmiu lat^[33]. Dodatkowo, francuski ustawodawca precyzuje w art. 1522 bis pkt. II, że gminy i publiczne zakłady współpracy międzygminnej, na rzecz których pobierana jest część motywacyjna podatku, informują służby podatkowe, przed 15 kwietnia roku podatkowego, o wysokości wartości bezwzględnej części motywacyjnej podatku przypadającej na dany lokal w okresie za zeszły rok^[34]. Warto również zaznaczyć, że w przypadku zastosowania dyspozycji zawartych w art. 1522 bis artykuł 1524 CGI ma zastosowanie tylko do stałej części podatku, natomiast art. 1525 CGI w ogóle nie znajduje zastosowania.

Warto również nadmienić, że zgodnie z pkt. IV art. 1522 bis ewentualny spór dotyczący podstawy części motywacyjnej rozpoznaje beneficjent tego podatku^[35].

może, w drodze uchwały podjętej na warunkach przewidzianych w ust.1 pkt. II art. 1639 A bis, zwolnić nowe budowle i przebudowy z części motywacyjnej na okres roku przypadający po dacie ich ukończenia.

³² W tym wypadku również znajduje zastosowanie zasada, iż część motywacyjna jest dodawana do części stałej ustalonej zgodnie z warunkami określonymi w artykułach 1521, 1522 i 1636 B undecies.

³³ Po upływie tego okresu część motywacyjna zostaje rozszerzona na całe terytorium, chyba że gmina lub publiczny zakład współpracy międzygminnej odwoła ją w drodze narady podjętej na tych samych warunkach.

³⁴ W przypadku braku przekazania tych organom podatkowym przed 15 kwietnia, elementy i dane użyte do ustalenia podatku za poprzedni rok zostają ponownie wykorzystane.

³⁵ W przypadku nieprawidłowego opodatkowania, wynikające z tego zmniejszenie podatku jest regulowane przez gminę lub publiczny zakład współpracy międzygminnej zgodnie z art. L. 2332-2 i L. 3332-1-1 ogólnego kodeksu jednostek samorządu terytorialnego.

W kolejnym artykule 1523 CGI doprecyzowano, że podatek jest nakładany w imieniu właścicieli lub użytkowników i płatny w stosunku do nich oraz głównych najemców tych budynków. Urzędnicy służby cywilnej oraz pracownicy cywilni lub wojskowi zakwaterowani w budynkach należących do państwa, departamentów, gmin lub jednostek publicznych, naukowych, oświatowych lub pomocowych, i zwolnieni z podatku od nieruchomości zabudowanych, podlegają imiennemu opodatkowaniu. To samo dotyczy mieszkańców budynków tymczasowych wzniesionych na mocy Zarządzenia Nr 45-609 z dnia 10.04.1945 r. w sprawie prac przygotowawczych do odbudowy.

Ponadto, zgodnie z art. 1524 CGI, w przypadku wakatu (braku odpowiedzi) trwającego dłużej niż trzy miesiące, na zgłoszoną skargę na warunkach przewidzianych w takim przypadku, w zakresie podatku od nieruchomości, może być udzielone zwolnienie lub obniżenie podatku. Natomiast w myśl art. 1525 CGI w gminach, w których łączna liczba mieszkańców nie przekracza 5 000 mieszkańców, obrady rad gmin dotyczące podatku od wywożenia odpadów z gospodarstw domowych mogą przewidywać, że łączne wpływy z tego podatku zostaną rozdzielone między właścicieli budynków podlegających opodatkowaniu zgodnie ze skalą uwzględniającą rzeczywistą wartość czynszową tych budynków i warunki ich użytkowania^[36]. Ostatni z artykułów generalnego kodeksu podatków odnoszący się do podatku od wywozu śmieci, tzn. art. 1525 CGI, stanowi, że dodatkowe tytuły do pobory podatku^[37] mogą być ustalone na podstawie stanu faktycznego na dzień 1 stycznia roku podatkowego.

³⁶ Dekret ministra do spraw wewnętrznych oraz ministrów gospodarki i finansów określa sposób ustalenia tej skali oraz relacje, jakie należy ustalić między wysokością składek w odniesieniu do różnych kategorii budynków.

³⁷ *Fr. rôles* – tzn. tytuły, pod którymi księgowi publiczni prowadzą i dążą do poboru podatku dochodowego, lokalnych podatków bezpośrednich i podobnych podatków. Jest to wykaz podatników podlegających opodatkowaniu, obejmujący dla każdego z nich podstawę opodatkowania, rodzaj składek i podatków, stawkę podatku oraz wysokość składek.

4 | Opłata od wywozu śmieci z gospodarstw domowych

Co istotne, obok opisanego wyżej podatku (fr. *taxe*, tzw. TEOM) od wywozu śmieci z gospodarstw domowych istnieje również opłata z tego tytułu (fr. *redevance*, tzw. REOM). Co prawda zgodnie z raportem z 2014 roku^[38], sporządzonym na zlecenie Senatu Republiki francuskiej, 97% gmin pobierało opisany wyżej podatek lub opłatę, jednak 90% populacji francuskiej jest dotknięta tylko i wyłącznie podatkiem a nie opłatą. Owa opłata (*redevance d'enlèvement des ordures ménagères*) jest obciążeniem podatkowym, którą pobierają zasadniczo wspólnoty gmin, w ramach których gromadzą się gminy słabo zaludnione. REOM została wprowadzona ustawą z 1975 roku i uregulowana w art. L. 2333–76 Generalnego kodeksu jednostek samorządu terytorialnego (*Code général des collectivités territoriales*).

Zgodnie z wyżej wymienionym artykułem gminy i publiczne instytucje współpracy międzygminnej, które korzystają z kompetencji przewidzianych w art. L. 2224–13, mogą wprowadzić opłatę za zbieranie odpadów z gospodarstw domowych naliczaną na podstawie świadczonej usługi, o ile zapewniają co najmniej zbieranie odpadów z gospodarstw domowych; gdy gminy zapewniają przynajmniej pobór, a resztę kompetencji do likwidacji przekazują publicznemu instytucjom współpracy międzygminnej.

Opłatę ustala właściwe zgromadzenie organu samorządu terytorialnego lub instytucji publicznej, która ustala jej stawkę. Stawka ta może, ze względu na specyfikę siedliska, obejmować część stałą, która nie przekracza kosztów nieproporcjonalnych. Ta stała część może również obejmować koszty odpowiadające minimalnej liczbie zbiórek lub minimalnej ilości odpadów z gospodarstw domowych i podobnych. Taryfa ta może przewidywać, w przypadku domów składających się z zabudowy pionowej lub podmiejskiej, opłatę ogólną obliczaną na podstawie liczby mieszkańców lub masy wytwarzanych odpadów wyrażonej objętością lub wagą. Osoba prawna lub fizyczna odpowiedzialna za zarządzanie miejscem zamieszkania jest wówczas uznawana za użytkownika usługi publicznej i dzieli całkowitą opłatę między gospodarstwami domowymi. Tak wyznaczona opłata jest pobierana przez jednostkę samorządu terytorialnego lub zakład

³⁸ Rapport d'information n° 323 (2013–2014) de Jean Germain et Pierre Jarlier, fait au nom de la commission des finances, déposé le 29 janvier 2014.

współpracy międzygminnej, lub w drodze specjalnego upoważnienia właściwego zgromadzenia organu samorządu terytorialnego, przez sprzedawcę tych usług.

5 | Podsumowanie

Zmiany w sposobie naliczania oraz poboru opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi w Polsce wzbudziło szereg dyskusji nad zasadnością przyjętego modelu. W tym kontekście jednym z elementów merytorycznej i naukowej dyskusji może być odwołanie się do komparatystyki prawniczej^[39] i tym samym analiza stosownych regulacji prawa francuskiego w tym zakresie. *Comparative law*, często określane w nauce polskiej mianem prawa porównawczego, stanowi zarówno naukę, metodę badawczą oraz efekty badań uzyskanych z zastosowania metody komparatystycznej^[40].

Reforma jaka została wprowadzona w 2021 roku w Polsce miała na celu ograniczenie wzrostu kosztów gospodarowania odpadami komunalnymi, dlatego też ukazanie rozwiązań jakie istnieją we Francji, a które zostały znacznie wcześniej wprowadzone, może przyczynić się do wyprowadzenia dalszych argumentów w procesie oceny zasadności i skuteczności regulacji w Polsce wprowadzonych. Dość powiedzieć, że obowiązkowa segregacja odpadów komunalnych została wprowadzona we Francji co najmniej pięć lat wcześniej niż w Polsce, zatem wiele regulacji zostało już od tego czasu poddanych weryfikacji w praktyce.

Istotną różnicą między regulacjami polskimi a francuskimi jest fakt, że ustawodawca nad Sekwaną pozostał przy klasycznej konstrukcji podatku od wywozu śmieci z gospodarstw domowych (*Taxe d'enlèvement des ordures ménagères*, tzw. TEOM), którego sposób wyliczenia nie jest uzależniony od poziomu zużywanej wody. Otwartym pozostaje pytanie, czy ten niewątpliwie bardziej skomplikowany system nie jest jednak bardziej sprawiedliwy dla podatników, mając na względzie fakt, że nie zawsze ilość zużywanej

³⁹ Roman Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2008), 25 i n.

⁴⁰ Iwona Szymczak, „Metoda nauki o porównywaniu systemów prawnych” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 3 (2014): 37–38.

wody jest bezpośrednio powiązana z ilością generowanych przez dane gospodarstwo domowe odpadów komunalnych. Warto jednak odnotować, że poza wspomnianym podatkiem francuski ustawodawca zachował dodatkowo instytucję opłaty od wywozu śmieci z gospodarstw domowych (*redevance d'enlèvement des ordures ménagères*, tzw. REOM), co z punktu widzenia przejrzystości danego systemu podatkowego jest trudne do zrozumienia. Co prawda rola tej opłaty jest marginalna w stosunku do podatku, niemniej jednak brak jasnego rozgraniczenia między tymi kontrybucjami i pozostawienie swoistego wyboru jednostkom samorządu terytorialnego w tym zakresie oceniane jest przez autora niniejszego opracowanie negatywnie. Odnotować należy jednak, że powyższy zabieg w doktrynie francuskiej tłumaczony jest zaufaniem do autonomii jednostek samorządu terytorialnego oraz postulatem personalizacji opodatkowania lokalnego, którego najlepszym wyrazem są opisane we wstępie niniejszej pracy konstrukcje innych fakultatywnych i obowiązkowych podatków gminnych, do których we Francji zalicza się wywozu śmieci z gospodarstw domowych.

Bibliografia

- Benchendikh François, *Droit de la coopération intercommunale*. Paryż: Le Moniteur, 2013.
- Budziarek Magdalena, Aneta Szymczak, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Jezierska-Markocka Agnieszka, Michał Markocki, *Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck 2021.
- Kałużny Adam, *Opodatkowanie infrastruktury podatkiem od nieruchomości*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.
- Machowska Aleksandra, Krzysztof Wojtyczek, *Prawo francuskie*, t. II. Kraków: Zakamycze, 2005.
- Mariański Michał, „Formy innych fakultatywnych podatków gminnych w świetle regulacji francuskiego Generalnego kodeksu podatków” *Studia Prawnoustrojowe* nr 55 (2022): 225–235. <https://doi.org/10.31648/sp.7497>.
- Mariański Michał, „Formy realizacji zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego we Francji ze szczególnym uwzględnieniem spółek handlowych” *Prawo i Więź*, nr 35 (2021): 128–139. <https://doi.org/10.36128/priw.vi35.249>.

- Mariański Michał, „Inne obowiązkowe podatki gminne we Francji według francuskiego Generalnego Kodeksu Podatków” *Studia Iuridica Toruniensia*, t. XXIX (2021): 193–211. <https://doi.org/10.12775/SIT.2021.029>.
- Nowecki Grzegorz, „Charakterystyka systemu katastralnego oraz systemu opodatkowania nieruchomości we Francji”, [w:] *Europejskie systemy opodatkowania nieruchomości*, red. Leonard Etel. 25–56. Warszawa: Biuro Studiów i Ekspertyz, Kancelaria Sejmu, 2003.
- Rouillier Clément, *L'intérêt communautaire des établissements publics de coopération intercommunale*. Paryż: Harmattan, 2013.
- Szymczak Iwona, „Metoda nauki o porównywaniu systemów prawnych” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 3 (2014): 37–50. <https://doi.org/10.14746/rpeis.2014.76.3.3>.
- Tokarczyk Roman, *Komparatystyka prawnicza*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2008.
- Zarka Jean-Claude, *Fiscalité locale. Une présentation rigoureuse des impôts locaux*. Paryż: Gualino, 2020.



KATARZYNA BANASIK

Kontratyp stanu wyższej konieczności w kontekście działań związanych z przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19

State of Necessity as a Justification for Activities Related to Preventing and Combating the COVID-19 Pandemic

The COVID-19 pandemic posed a global challenge, significantly affecting the citizens' way of life in Poland and *worldwide*. The Polish authorities, fearing the spread of the infectious disease, made rapid and chaotic changes to curb the threat. The fear caused by the coronavirus in the early stages of the epidemic and the vast amount of legislation changes made it much more difficult to analyse what was changing at any given time and whether it was related to the pandemic. As part of measures *aimed at combating COVID-19*, many amendments were added to the Criminal, Criminal Procedural, or Misdemeanor Laws. The author seeks to determine whether the exemption of government officials from criminal liability for their actions related to combating COVID-19 was justified because of the already existing institution of the state of necessity as provided for in Article 26 of the Criminal Code.

KATARZYNA BANASIK magister prawa
e-mail: kbanasik.passa@o2.pl

SŁOWA KLUCZOWE: stan wyższej konieczności, wyłączenie odpowiedzialności, kontratyp, pandemia, Covid-19, nadużycie władzy, nadużycie zaufania, interes społeczny

KEYWORDS: state of necessity, exemption from responsibility, justification, Covid-19 pandemic, abuse of power, breach of faith, public interest

1 | Wprowadzenie

Pandemia COVID-19 zmieniła rzeczywistość w Polsce i na świecie w sposób, którego trudno nie odczuć niemal w każdej dziedzinie życia. Koronawirus dla wielu państw okazał się jednym z największych wyzwań od czasów II wojny światowej. Polskie władze w obawie przed rozprzestrzenianiem się choroby wprowadzały szereg działań ograniczających funkcjonowanie społeczeństwa niemal w każdym wymiarze, m.in. w kulturowym, społecznym, gospodarczym, handlowym czy ochrony zdrowia. W Polsce nie ogłoszono nadzwyczajnego stanu państwa, jednak w gruncie rzeczy został on wprowadzony^[1]. Ogłoszono stan epidemii^[2], aczkolwiek sposób jego regulacji prawnych i wprowadzanych ograniczeń wywoływał emocje, kontrowersje i niezrozumienie zarówno w doktrynie^[3], judykaturze^[4], jak i w samym społeczeństwie.

¹ Ograniczone zostały chronione konstytucyjnie prawa i wolności obywateli – zakaz prowadzenia działalności gospodarczej określonego rodzaju, obowiązek poddania się kwarantannie, zakaz przebywania w określonych miejscach i na określonych obszarach, zakaz organizowania i przeprowadzania imprez masowych, nakaz lub zakaz określonego sposobu przemieszczania się, odpowiedzialność karna za złamanie obostrzeń, a także wstrzymany ruch lotniczy i morski, zamknięte szkoły, przepełnione szpitale. Wypełniła się zatem dyspozycja art. 232 Konstytucji RP (t.j. Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 z późn. zm.), w którego świetle Rada Ministrów może wprowadzić stan klęski żywiołowej.

² Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1535 z późn. zm.), zwana dalej U-COVID-19 stała się prawną podstawą do zwalczania stanu epidemii koronawirusa.

³ Tak m.in. Mateusz Radajewski, „Prawa i wolności człowieka i obywatela w dobie pandemii”, [w:] *Monografie Prawnicze „Pandemia Covid-19 a prawa i wolności obywatela*, red. Teresa Gardocka, Dariusz Jagiełło (Warszawa: C.H. Beck, 2021), 77 i nast.; Piotr Tuleja, *Wprowadzenie stanu nadzwyczajnego nie uniemożliwi ani nie utrudni walki z epidemią (w odpowiedzi Tymonowi Nowinie Konopce)*. <https://konstytucyjny.pl/piotr-tuleja-wprowadzenie-stanu-nadzwyczajnego-nie-uniemozliwi-ani-nie-utrudni-walki-z-epidemia> [dostęp: 04.06.2021].

⁴ Nie budzi wątpliwości sądów niekonstytucyjność wprowadzanych ograniczeń. Tak m.in. przełomowy wyrok wSA w Opolu z dnia 27 października 2020 r., II SA /Op 219/20, Lex nr 3093916, wyrok wSA w Warszawie z dnia 26 listopada 2020 r., VIII SA/Wa 491/20, Lex nr 3103904 czy wyrok SN z dnia 16 marca 2021 r., II KK 64/21, Lex nr 3147759.

Koronawirus wymusił na organach władzy wprowadzenie szybkich (niejednokrotnie chaotycznych) zmian w zakresie hamowania zagrożenia epidemicznego. Niestety często pośpiech burzy zasady i proces tworzenia dobrego prawa. Strach wywołany koronawirusem w początkowej fazie epidemii, a także ogromna ilość modyfikowanych przepisów, znacznie utrudniła analizę tego, co w danym momencie się zmienia, i czy w ogóle ma to związek z pandemią. W ramach pakietów ustaw dotyczących walki z COVID-19 wprowadzono m.in. szereg zmian w zakresie prawa karnego, karnego procesowego czy wykroczeń. Pomimo tego, że pandemia koronawirusa bezsprzecznie generowała sytuacje, które nie występowały w czasie „normalnego” funkcjonowania państwa (także w zakresie prawa karnego), trudno wyzbyć się przekonania, iż znaczną część wprowadzonych regulacji poczyniono „pod pretekstem zwalczania” choroby zakaźnej implementując je na stałe do polskiego porządku prawnego^[5].

Zmiany są szczególnie niepokojące, jeśli dotyczą norm prawa karnego i to zwłaszcza w odniesieniu do przedstawicieli władzy, od których w tym niespotykanym dotąd „stanie nadzwyczajnym” oczekiwać należy zachowania najwyższych standardów w zakresie stanowienia i stosowania prawa. W dniu 31 marca 2020 r. w dwóch ustawach wprowadzony został przepis zwalniający od odpowiedzialności za działania przedstawicieli władzy publicznej, za które w „codziennych” okolicznościach odpowiedzialność ponieść by musieli^[6]. Wspomniane zagadnienie, zwane potocznie „bezkarnością urzędników”, jest niezwykle kontrowersyjne i wywołuje wiele burzliwych dyskusji oraz negatywnych nastrojów społecznych. Pragmatyczny ustawodawca winien wprowadzać zmiany konieczne do aktualnie panującej rzeczywistości. Przy czym zmian tych należy dokonywać racjonalnie

⁵ Tytułem przykładu: art. 258a k.p.k. – wprowadzenie obligatoryjnego zastosowania środka zapobiegawczego (surowszego niż stosowany do tej pory); art. 85 k.k. – zmiana przepisów dotyczących kary łącznej; art. 190a § 1 k.k. – dodanie dwóch nowych znamion w postaci wzbudzenia u innej osoby zachowaniem sprawcy poczucia „poniżenia” lub „udręczenia”; art. 65a k.w. – wprowadzenie całkowicie nieproporcjonalnej kary ograniczenia wolności lub aresztu za niestosowanie się do poleceń funkcjonariusza Policji lub Straży Granicznej.

⁶ Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie systemu ochrony zdrowia związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 567 z późn. zm.) oraz ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1535 z późn. zm.).

w sposób wzbudzający zaufanie społeczne. W przekonaniu autora niniejszego artykułu wybuch epidemii koronawirusa spowodował wdrożenie do polskiego porządku prawnego zbędnych i nieprecyzyjnych rozwiązań o szerokim zakresie zastosowania, które mogą prowadzić do nadużyć ze strony potencjalnych adresatów. Celem niniejszego opracowania jest zbadanie zasadności wprowadzonych rozwiązań wobec istniejącej już instytucji stanu wyższej konieczności uregulowanej w art. 26 k.k.^[7] Podstawową metodą badawczą wykorzystaną w pracy jest metoda porównawcza istniejących i wprowadzonych przepisów w kontekście działań związanych z przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19.

2 | Pojęcie stanu wyższej konieczności na gruncie kodeksu karnego

Punktem wyjścia w zakresie rozważań objętych w tym opracowaniu jest analiza pojęcia stanu wyższej konieczności. Kontratyp ten reguluje art. 26 k.k. Zgodnie z brzmieniem art. 26 § 1 k.k. nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uniknięcia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem, jeśli niebezpieczeństwa tego nie można było uniknąć inaczej, a poświęcone dobro przedstawia niższą wartość od dobra ratowanego (okoliczność wyłączająca bezprawność czynu). Z kolei § 2 tego przepisu stanowi, że nie popełnia przestępstwa, kto ratując dobro chronione prawem, w warunkach określonych w § 1, poświęca dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego (okoliczność wyłączająca winę). Postępowanie w ramach stanu wyższej konieczności obejmuje zarówno działanie, jak i zaniechanie^[8].

Podstawą kontratypu stanu wyższej konieczności jest istniejąca kolizja pomiędzy dobrami podlegającymi ochronie prawnej. W ramach tej instytucji uratować można jedno dobro kosztem drugiego^[9]. Prawo karne, dzięki jasno sprecyzowanym przesłankom i granicom określającym ramy stanu

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1023 z późn. zm.).

⁸ Alicja Grześkowiak, „komentarz do art. 26 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak (Legalis, 2021), Nb 12.

⁹ Uzasadnienie orzeczenia SN z dnia 22 lutego 1918 r., 59/1917, OSN(K) 1918/1/1.

wyższej konieczności, zezwala na poświęcenie jednego z kolidujących dóbr. Przesłanki te mają charakter gwarancyjny. Ich zaistnienie wpływa bowiem na ocenę zachowania osoby powołującej się na działanie w ramach omawianego kontratypu, a więc ewentualne wyłączenie przestępności czynu z tytułu bezprawności lub niemożność przypisania sprawcy winy. Odwołanie się sprawcy do działania w ramach stanu wyższej konieczności wymaga spełnienia następujących przesłanek: zarówno dobro ratowane, jak i poświęcone muszą podlegać ochronie prawnej (bez znaczenia, czy jest to dobro indywidualne, wspólnotowe, a także jakiego jest rodzaju^[10]), a chronionemu dobru musi zagrażać bezpośrednio niebezpieczeństwo (obiektywnie grożące uszkodzenie lub zniszczenie^[11] oraz prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnego skutku^[12]). Stan wyższej konieczności określany jest także przez zasadę subsydiarności (na działanie w ramach kontratypu można się powołać, jeśli w danym momencie, celem ratowania jednego dobra, nie ma możliwości uniknięcia poświęcenia innego dobra prawnego – jest to jedyne rozwiązanie sytuacji w jakiej znalazł się sprawca^[13]) oraz zasadę proporcjonalności (poświęcone dobro winno przedstawiać wartość niższą od ratowanego). Druga z zasad ma fundamentalne znaczenie, gdyż decyduje nie tylko o uzasadnieniu zastosowania kontratypu, ale wskazuje także na granicę odróżnienia okoliczności wyłączających bezprawność czynu lub winę^[14].

Działanie w ramach stanu wyższej konieczności musi mieścić się w granicach określonych w art. 26 k.k., których przekroczenie oznacza

¹⁰ Jednak w doktrynie podnosi się, że nie można ratować cudzego dobra bez woli właściciela tego dobra. Powyższe nie dotyczy jednak dobra, którym człowiek nie może swobodnie dysponować – tak Jerzy Lachowski, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym* (Warszawa: C.H. Beck, 2005), 101.

¹¹ Obiektywizm oznacza realność istnienia zagrożenia, niebezpieczeństwo musi być prawdziwe – nie może stanowić wymyślanego obrazu rzeczywistości. Mylne wyobrażenie niebezpieczeństwa może natomiast stanowić podstawę do zastosowania art. 29 k.k.

¹² Andrzej Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym* (Warszawa: Wydawnictwo PWN, 1990), 270; wyrok SN z dnia 5 czerwca 2019 r., IV K 230/18, LEX nr 2714699; wyrok SN z dnia 21 stycznia 1937 r., 2 K. 1444/36, OSN(K) 1937, Nr 8, poz. 219; wyrok SN z dnia 30 maja 1973 r., III KR 6/73, Legalis [dostęp: 16.06.2023].

¹³ Zasada ta zobowiązuje do wyboru takiego działania, który prowadzi do wyrządzenia jak najmniejszych szkód na poświęconych i ratowanych dobrach – tak, m.in.: Marcin Berent, Marian Filar w: *Kodeks Karny. Komentarz*, red. Marian Filar (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 137.

¹⁴ Grześkowiak, „Kodeks karny. Komentarz”, Nb 15; Genowefa Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej* (Warszawa: C.H. Beck, 2009), 545 i nast.

popętnienie czynu zabronionego i pociąga za sobą odpowiedzialność karną. Przepisy kodeksu karnego nie określają wprost, na czym ma polegać przekroczenie granic tego kontraktynu. Przyjmuje się jednak, że aby do tego doszło, sprawca musi działać w stanie wyższej konieczności (chronionemu dobru winno grozić bezpośrednio niebezpieczeństwo) oraz przekroczyć wyznaczone w art. 26 k.k. przesłanki uchylające bezprawność czynu lub winę^[15]. Jeden z ekscesów związany jest z naruszeniem zasady bezpośredniości (eksces ekstensywny). Drugi z nich (tzw. intensywny), polega na naruszeniu zasady subsydiarności lub proporcjonalności. Konsekwencją przekroczenia granic stanu wyższej konieczności jest popełnienie przestępstwa polegającego na naruszeniu cudzego dobra chronionego prawem. Jednak zgodnie z treścią art. 26 § 3 k.k. w przypadku wystąpienia szczególnych okoliczności, w których działał sprawca, sąd może zastosować wobec niego nadzwyczajne złagodzenie kary lub nawet odstąpić od jej wymierzenia.

Analizując stan wyższej konieczności nie można pominąć zasady wyłączenia stosowania kontraktynu uregulowanej w art. 26 § 4 k.k., z której wynika, iż wobec sprawcy poświęcającego dobro, które ma szczególny obowiązek chronić nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste, nie ma zastosowania art. 26 § 2 k.k. Artykuł 26 § 5 k.k. odwołuje się natomiast do kolizji obowiązków. Należy ją rozumieć jako sytuację, w której na sprawcy ciąży jednocześnie kilka obowiązków, z których nie każdy może być spełniony^[16]. O następstwie dokonanego przez niego wyboru decyduje zarówno wartość poszczególnych dóbr, stopień ryzyka ich zniszczenia, a także charakter istniejącego obowiązku. Ocena tych okoliczności zdeterminuje, czy w odniesieniu do sprawcy zastosowana zostanie bezprawność czynu, wyłączenie winy, złagodzenie kary albo żadne z powyższych nie będzie możliwe i sprawca poniesie odpowiedzialność karną^[17].

Reasumując tę część opracowania należy podkreślić, że stan wyższej konieczności nie jest kontraktynem bezwzględny, gdyż sprawca czynu zabronionego, działający w warunkach określonych w art. 26 § 1 k.k.,

¹⁵ Grześkowiak, „Kodeks karny. Komentarz”, Nb 25.

¹⁶ Przepis ten krytyce poddał J. Majewski, który twierdzi, że nie jest możliwe, aby na jakiegokolwiek osobie ciążyły równocześnie kolidujące ze sobą obowiązki prawne; Jarosław Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym* (Warszawa: Wydawnictwo UKSW, 2002), 89 i nast.

¹⁷ Jacek Giezek, Zofia Sienkiewicz, Marek Bojarski, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. Marek Bojarski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2020), 191-192; Berent, Filar, „Kodeks Karny”, 142.

może ponosić odpowiedzialność cywilną za skutki swojego zachowania^[18]. Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą za działania w ramach tego kontratypu winno się uznać działanie w celu uchylecia bezpośredniego niebezpieczeństwa, którego nie można inaczej uniknąć niż przez realizację znamion czynu zabronionego^[19]. Mając na uwadze poczynione uprzednio uwagi, należy poddać analizie przepisy wyłączające odpowiedzialność karną w odniesieniu do działań związanych z zapobieganiem i zwalczaniem COVID-19.

3 | Stan wyższej konieczności w kontekście działań związanych z przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19

Punktem wyjścia w zakresie rozważań dotyczących stanu wyższej konieczności w odniesieniu do epidemii COVID-19 jest analiza procesu legislacyjnego związanego z wprowadzeniem do obowiązującego porządku prawnego przepisów wyłączających odpowiedzialność karną za przestępstwa stygizowane w art. 231 k.k. oraz 296 k.k., a także za delikt dyscyplinarny i naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Powyższe zmiany zostały wprowadzone w dwóch ustawach z dnia 31 marca 2020 r.^[20]. W obydwu wprowadzono przepisy o bez mała jednakowym brzmieniu. W pierwszej z przytoczonych ustaw art. 15 zmienił ustawę U-COVID-19 m.in. poprzez wprowadzenie do niej art. 10c o treści: „Nie popełnia przestępstwa określonego w art. 231 kk lub art. 296 kk (...), deliktu dyscyplinarnego ani czynu, o którym mowa w art. 1 ustawy DyscypFinPub^[21] (...) kto w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, nabywając towary lub usługi niezbędne dla zwalczania tej choroby zakaźnej, narusza obowiązki służbowe lub obowiązujące w tym

¹⁸ Jarosław Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Cz. II. *Nauka o czynie zabronionym. Kontratypy stanu wyższej konieczności* (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2020), LEX [dostęp: 25.08.2021].

¹⁹ Tak m.in.: wyrok SN z dnia 2 lutego 2016 r., V KK 310/15, LEX nr 1970395.

²⁰ Patrz przypis 6.

²¹ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1440, 1495, 2020 i 2473 oraz z 2020 r. poz. 284), zwana w dalszej części artykułu DyscypFinPub.

zakresie przepisy, jeżeli działa w interesie społecznym, zaś bez dopuszczenia się tych naruszeń nabycie tych towarów lub usług nie mogłoby zostać zrealizowane albo byłoby istotnie zagrożone”. W drugiej ustawie powyższą materię uregulowano niemal identycznie w art. 15w. Różnicy można dopatrywać się w tym, iż art. 10c prowadził do wyłączenia odpowiedzialności w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii, zaś art. 15w umożliwiał wyłączenie odpowiedzialności jedynie w okresie stanu epidemii. Unormowanie zawarte w art. 15w obowiązywało w okresie od 31 marca 2020 r. do 16 kwietnia 2020 r.^[22], zaś przepis art. 10c w terminie od 1 kwietnia 2020 r. do 5 września 2020 r.^[23]. Próżno jest szukać uzasadnienia równoczesnego wprowadzenia tych analogicznie brzmiących przepisów. Stan zagrożenia epidemicznego został wprowadzony 14 marca 2020 r.^[24], natomiast stan epidemii 20 marca 2020 r.^[25], w związku z tym w dniu wejścia w życie wspomnianych ustaw obowiązywał już stan epidemii. Jak zauważają przedstawiciele doktryny, celem wprowadzenia przez ustawodawcę tożsamyh przepisów mogło być wyłączenie odpowiedzialności za konkretne działania wyczerpujące znamiona przestępstw stypizowanych m.in. w art. 231 k.k. czy 296 k.k. i wyłączenie odpowiedzialności karnej sprawców *ex post*, co wynika bezpośrednio z samego uzasadnienia projektu ustawy^[26].

²² Artykuł 15w został uchylony przepisem art. 73 ustawy z dnia 16 kwietnia 2020 o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (t.j., Dz.U. z 2022 r., poz. 376 z późn. zm.), zwana dalej UInstrWsparsARSCoV2.

²³ Czasokres obowiązywania art. 10c regulował art. 36 ustawy U-COVID-19, zgodnie z którym określone przepisy, w tym art. 10c, tracą moc po upływie 180 dni od dnia wejścia w życie teŹ ustawy.

²⁴ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 433 z późn. zm.).

²⁵ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 491 z późn. zm.).

²⁶ Jacek Giezek, Piotr Kardas, „Wyłączenie odpowiedzialności karnej za nadużycie zaufania i nadużycie władzy publicznej w okresie epidemii – kilka uwag o osobiwościach epizodycznych regulacji prawnych” *Prokuratura i Prawo*, nr 7–8 (2020): 10. Autorzy poddają pod wątpliwość skuteczność takiego wyłączenia, gdyż sprawcy działający w okolicznościach art. 10c ustawy U-COVID-19 we wcześniejszym okresie nie mogli być przecież świadomi, że ich zachowania zostaną objęte później wprowadzoną klauzulą wyłączenia za przestępczy charakter czynu.

Rezygnując z analizy motywów ustawodawcy i podłoża wprowadzenia regulacji prawnych będących przedmiotem niniejszych rozważań należy przejść do interpretacji przesłanek wyłączających odpowiedzialność karną za przestępstwa stypizowane w art. 231 k.k. oraz 296 k.k. oraz za delikt dyscyplinarny i czyn, o którym mowa w art. 1 ustawy *Dyscyplina Publiczności*. Interpretacji poddany zostanie przede wszystkim art. 10c ustawy U-COVID-19, ponieważ jest tożsamy (w zakresie przesłanek) ze wspomnianym uprzednio art. 15w oraz obowiązywał przez dłuższy okres czasu. Ocenę należy rozpocząć od wyjaśnienia charakteru normatywnego zawartej w nim instytucji. Stwierdzenie „nie popełnia przestępstwa określonego w art. 231 k.k. lub art. 296 k.k. (w przypadku spełnienia określonych przesłanek) nawiązuje niewątpliwie do instytucji wyłączającej bezprawność czynu lub winę z art. 26 k.k. Można zatem przyjąć, że jeżeli nie popełnia przestępstwa sprawca, który nabywając towary lub usługi niezbędne dla zwalczania choroby zakaźnej naruszy obowiązki służbowe lub obowiązujące przepisy, a jednocześnie działa w interesie społecznym stanowiącym wartość wyższą niż dobra przez te przepisy chronione, to w stosunku do sprawcy czynu należy zastosować wyłączenie bezprawności. Natomiast, analogicznie do art. 26 § 2 k.k., w przypadku realizacji interesu społecznego o wartości niższej od poświęconego dobra (naruszonych obowiązków służbowych lub obowiązujących przepisów prawa) w sytuacji, w której stosunek poświęconego i ratowanego dobra nie pozwalałby przyjąć, iż naruszone dobro przedstawiałoby wartość oczywiście wyższą, uznać należy, iż w stosunku do sprawcy ma zastosowanie wyłączenie winy.

Przesłanki wyłączenia odpowiedzialności karnej zostały ujęte w sposób dość klarowny w art. 10c ustawy U-COVID-19 w następujący sposób:

1. nabywanie towarów lub usług medycznych niezbędnych do zwalczania choroby zakaźnej (w tym przypadku COVID-19);
2. naruszenie obowiązków służbowych lub obowiązujących przepisów prawa (w związku z nabywaniem towarów lub usług medycznych niezbędnych do zwalczania koronawirusa);
3. działanie w interesie społecznym;
4. niemożność nabycia towarów lub usług lub istotne zagrożenie ich nabycia w przypadku, gdyby zrezygnowano z naruszenia obowiązków służbowych lub obowiązujących przepisów prawa.

Ich analiza pozwoli odpowiedzieć na pytania dotyczące zasadności wprowadzenia art. 10c ustawy U-COVID-19, problemów interpretacyjnych,

podmiotów, do których się odnosiły oraz czynności objętych niniejszym kontratypem. Należy pamiętać, że ocena tych przesłanek, stanowiąca podstawę wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy, powinna być dokonana w odniesieniu do zachowań stypizowanych w art. 231 k.k. oraz 296 k.k. Podstawę odpowiedzialności na podstawie przepisu art. 231 k.k. stanowi przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków^[27] przez funkcjonariusza publicznego, działającego na szkodę dobra ogółu lub określonej osoby czy grupy osób, a czynność sprawcza może polegać zarówno na działaniu, jak i zaniechaniu. W związku z powyższym, jeśli zachowanie funkcjonariusza nie doprowadziło do powstania szkody, takie działanie może stanowić wyłącznie podstawę odpowiedzialności służbowej czy dyscyplinarnej^[28]. Przesłanką nadużycia władzy publicznej ma charakter materialny znamieny skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody^[29]. Czyn z art. 231 k.k. sprawca może popełnić z winy umyślnej z zamiarem pośrednim lub bezpośrednim (§ 2). Przepis przewiduje również odpowiedzialność za nieumyślny typ przestępstwa (§ 3), który warunkuje dodatkowo powstanie istotnej szkody^[30]. Wskazać należy, że § 4 zawiera tzw. klauzulę subsydiarności, zgodnie z którą sprawca ponosi odpowiedzialność za czyn określony w § 2 tylko wtedy, jeśli

²⁷ Przekroczenie uprawnień oznacza m.in. zachowanie się niezgodne z prawem, wyjście poza granice wyznaczone przepisami prawa, działanie w ramach uprawnień, lecz niezgodne z prawnymi warunkami czynności funkcjonariusza publicznego – Emil W. Pływaczewski, Ewa M. Guzik-Makaruk w: „Kodeks Karny. Komentarz”, red. Marian Filar (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 1388 oraz wyrok SN z dnia 31 maja 1933 r., II K 285/33, OSN 1933, Nr 8, poz. 157, wyrok SN z dnia 28 listopada 2006 r., III KK 152/06, OSN(K) 2007, Nr 2, poz. 15. Natomiast niedopełnienie obowiązku stanowi m.in. nie podjęcie przez funkcjonariusza określonej czynności, do której był zobowiązany lub dokonanie jej w sposób wadliwy, całkowite lub częściowe niewykonanie obowiązku służbowego, co do którego miał świadomość wykonania – tak m.in.: wyrok SN z dnia 4 maja 2016 r., V KK 388/15, Legalis [dostęp: 16.06.2023 r.]; Blanka Stefańska, „komentarz do art. 231 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz 2021*, red. Ryszard A. Stefański (Legalis, 2021), Nb 15.

²⁸ Wyrok SN z dnia 11 maja 2007 r., WA 22/07, OSNWSK 2007/1/1045.

²⁹ Uchwała SN z dnia 24 stycznia 2013 r., i KPZ 24/12, niepubl. Pogląd wyrażony w niniejszej uchwale spotkał się z krytyką doktryny, m.in.: Andrzej Zoll, „Glosa do uchwały SN z dnia 24 stycznia 2013 r. (sygn. akt i KPZ 24/12)” *Orzecznictwo Sądów Polskich*, nr 7/8 (2013): 592–594.

³⁰ Obok faktycznej szkody materialnej o jej istocie mogą decydować dodatkowe względy, stanowiące znaczną dolegliwość dla strony pokrzywdzonej – uchwała SN z 29.1.2004 r., I KZP 38/03, OSNKW 2004, Nr 2, poz. 14.

nie ponosi odpowiedzialności za łapownictwo bierne. Klauzula nakazuje, aby w przypadku zbiegu przepisów stosować wyłącznie art. 228 k.k.^[31].

W odniesieniu do art. 296 k.k. przesłanką odpowiedzialności jest wyrządzenie szkody majątkowej osobie fizycznej, prawnej lub jednostce organizacyjnej niemającej osobowości prawnej poprzez nadużycie udzielonych uprawnień lub niedopełnienie obowiązku w związku z zajmowaniem się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą tych osób^[32] na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy. Podmiotem przestępstwa nadużycia zaufania jest każda osoba zobowiązana do prowadzenia spraw majątkowych lub działalności gospodarczej osób wskazanych powyżej. Czyn z art. 296 § 1 k.k. ma charakter skutkowy, który przejawia się w wyrządzeniu pokrzywdzonemu znacznej szkody majątkowej. Znamię skutku posiada również czynność sprawczą na podstawie art. 296 § 1a k.k., rozumiana jako bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej^[33]. Typ podstawowy przestępstwa nadużycia zaufania jest przestępstwem umyślnym. Ustawodawca wyodrębnił dwa umyślne typy kwalifikowane. Pierwszy z nich, zawarty w art. 296 § 2 k.k., wiąże się z ukierunkowanym działaniem sprawcy, jakim jest chęć osiągnięcia korzyści majątkowej, natomiast drugi, zawarty w § 3, odnosi się do wartości wyrządzonej szkody majątkowej, która musi być w wielkich rozmiarach^[34]. Z kolei § 4 obejmuje typ nieumyślny przestępstwa, dotyczący znacznej szkody majątkowej^[35]. Analizowany przepis zawiera także klauzulę niekaralności opartą na konstrukcji czynnego żalu, która ma zastosowanie po dokonaniu czynu zabronionego i naprawieniu szkody przed wszczęciem postępowania w sprawie (§ 5).

³¹ Istotę instytucji klauzuli subsydiarności określono szczegółowo w postanowieniu SN z dnia 29 stycznia 2015 r., II KK 215/14, Legalis [dostęp: 16.06.2023].

³² wyrok SN z dnia 3 listopada 2004 r., IV KK 173/04, OSNWSK 2004, Nr 1, poz. 1981; wyrok SN z dnia 7 lipca 2009 r., V KK 82/09, OSNWSK 2009, Nr 1, poz. 1455.

³³ Wysokie prawdopodobieństwo naruszenia, niebezpieczeństwo aktualizujące się bez ingerencji innego podmiotu, graniczące z pewnością – Małgorzata Gałązka, „komentarz do art. 296 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak (Legalis, 2021), Nb 10.

³⁴ Robert Zawłocki, „komentarz do art. 296 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do artykułów 222–316*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki (Legalis, 2017), Nb 128–133.

³⁵ W przypadku ustalenia umyślności tylko co do niedopełnienia obowiązków, a nieumyślności co do wartości szkody majątkowej, za podstawę odpowiedzialności należy uznać art. 296 § 4 KK – tak wyrok SN z dnia 27 czerwca 2001 r., V KKN 49/99, LEX nr 51678.

Wykładnia art. 231 k.k. oraz art. 296 k.k. pozwala przyjąć, że przesłanki wyłączenia odpowiedzialności karnej zawarte w art. 10c ustawy U-COVID-19 nawiązują do zawartych w tych przepisach znamion. Po pierwsze, art. 10c precyzuje sposób zachowania się sprawcy, określając go jako „nabywanie towarów lub usług medycznych niezbędnych do zwalczania choroby zakaźnej oraz naruszenia w związku z tym obowiązków służbowych lub obowiązujących przepisów prawa”. Wobec tego wyłączeniu odpowiedzialności karnej, na gruncie przepisu art. 231 k.k. i art. 296 k.k., podlegają tylko takie działania na szkodę interesu prywatnego lub publicznego czy wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, które związane są ściśle z nabyciem towarów lub usług medycznych niezbędnych do zwalczania koronawirusa^[36]. Należy przyjąć, że przesłanki wyłączające przestępność zawarte w analizowanym art. 10c nie mają zastosowania do nabywania towarów lub usług, które nie prowadzą do wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, bezpośredniego niebezpieczeństwa jej wyrządzenia lub do działania na szkodę interesu prywatnego czy publicznego. Słownik PWN definiuje słowo „nabywać” jako: „otrzymać coś na własność, płacąc za to” lub „zyskać coś lub zdobyć”^[37]. Ustawodawca nie sprecyzował listy konkretnych towarów lub usług służących do zwalczania epidemii COVID-19, ich katalog jest zatem otwarty. Nie ulega jednak wątpliwości, iż zakres tych towarów czy usług zawęży się do takich, które są niezbędne dla zwalczania koronawirusa. Jak można zauważyć, podczas procesu legislacyjnego pominięto działania mające na celu przeciwdziałanie COVID-19. W konsekwencji prowadzi to do wniosku, że wobec działań polegających na nabywaniu towarów i usług niezbędnych dla przeciwdziałania koronawirusa (na gruncie art. 231 k.k. i 296 k.k.) nie ma zastosowania wyłączenie przestępności na podstawie analizowanego przepisu. Ustawodawca dokonuje wartościowania towarów, usług oraz czynności związanych z ich nabyciem na niezbędne dla zwalczania SARS-CoV-2 i na takie, które waloru tego nie posiadają. Analizowane wyłączenie ma zastosowanie tylko wtedy, kiedy podczas nabywania towarów czy usług medycznych dojdzie do „naruszenia obowiązków służbowych lub obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa”. Ustawodawca nie precyzuje rodzaju i sposobu tych naruszeń. Artykuł 10c ustawy U-COVID-19 wyraźnie jednak stanowi, że naruszenie obowiązków czy przepisów prawa dotyczy wyłącznie tych odnoszących się do zwalczania choroby zakaźnej. Prowadzi to do konkluzji, że jeżeli

³⁶ Giezek, Kardas, „Wyłączenie”, 17.

³⁷ Sjp.pwn.pl [dostęp: 25.08.2021].

funkcjonariusz publiczny, podczas nabywania towarów czy usług niezbędnych dla zwalczania COVID-19, naruszy obowiązki lub inne niż mające związek z tą chorobą przepisy prawa, wówczas nie znajduje w stosunku do niego zastosowanie wyłączenia z art. 10c ustawy U-COVID-19.

Poszukując wskazówek interpretacyjnych przesłanki „interesu społecznego” na gruncie art. 10c ustawy U-COVID-19, należy mieć na uwadze, że pojęcie to nie ma w polskim systemie prawnym definicji legalnej. Jest zaczerpnięte z języka potocznego i często utożsamiane z interesem publicznym^[38]. Interes społeczny rozumiany jest jako interes ogółu społeczeństwa lub jego części, pozostających we wzajemnych stosunkach wynikających m.in. z podobnych warunków życia, pracy, norm postępowania^[39]. Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanych zagadnień należy zastanowić się w pierwszej kolejności czy nabywanie towarów lub usług medycznych niezbędnych do zwalczania COVID-19, skutkujące przekroczeniem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązku, bez których ich nabycie byłoby niemożliwe lub istotnie zagrożone, leży w interesie społecznym. Trudno jest udzielić klarownej odpowiedzi w tym zakresie. Jakkolwiek wydawać by się mogło, że samo nabycie towarów i usług w celu zwalczania epidemii uzasadniałoby działanie w interesie społecznym, to jednak nie można analizować tej przesłanki w oderwaniu od materialnego charakteru przestępstw z art. 231 k.k. i 296 k.k. Przestępstwo nadużycia władzy prowadzić może do działania na szkodę interesu publicznego, trudno więc uznać, iż będzie ono jednocześnie dokonywane w interesie społecznym. Za realizowane w interesie społecznym uznać można by w moim przekonaniu działanie na szkodę interesu prywatnego, rozumianego jako poświęcenie interesu jednostki dla dobra ogółu, jeśli sprawca nie działałby w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Dylematy o możliwości działania na rzecz interesu społecznego pojawiają się również w odniesieniu do art. 296 k.k. Sprzeczne z interesem społecznym wydaje się być wyrządzenie szkody majątkowej wielkich rozmiarów, będące następstwem postępowania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej^[40]. Trudne zatem

³⁸ Tak m.in. Adam Szot, *Swoboda decyzyjna w stosowaniu prawa przez administrację publiczną* (Lublin: Wydawnictwo Episteme, 2016), 269–273.

³⁹ Mirosław Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym* (Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, 1986), 127.

⁴⁰ Giezek, Kardas, „Wyłączenie”, 24. Autorzy trafnie wskazują, że za działanie w interesie społecznym tym bardziej byłoby wykluczone, jeśli sprawca przy wydatkowaniu środków czy nabywaniu usług niezbędnych dla zwalczania choroby zakaźnej działałby w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

do obrony jest twierdzenie, że czynności sprawcze z art. 296 k.k. i 231 k.k. takie jak „wyrządzenie znacznej szkody majątkowej”, „działanie na szkodę interesu publicznego czy prywatnego” traktować można jako działanie w interesie społecznym na gruncie art. 10c ustawy U-COVID-19, bo czy za działanie w takim interesie można uznać umyślne wyrządzenie szkody majątkowej wielkich rozmiarów związane z nabyciem towarów czy usług niezbędnych dla zwalczania choroby zakaźnej? Wydaje się, że nie. Należy nadmienić, iż literalne brzmienie omawianej przesłanki nawiązuje wprost do świadomości sprawcy czynu. Instytucja wyłączenia odpowiedzialności karnej z art. 10c ustawy U-COVID-19 wymaga od sprawcy świadomości przedsiębranego działania. Powinien on zdawać sobie sprawę, że nabywając towary lub usługi niezbędne dla zwalczania choroby zakaźnej, nie dopełnia obowiązku, narusza uprawnienia lub obowiązujące przepisy prawa, a jednocześnie działa w celu zapewnienia interesu społecznego. Takie ujęcie przesłanki wyklucza *per se* nieumyślne działanie sprawcy na gruncie omawianego przepisu^[41]. Jak pojmowany może być zatem interes społeczny w dobie koronawirusa? Można przyjąć, że interes społeczny objawia się w konieczności zapewnienia należytej ochrony zdrowia i życia ludzkiego, osób postronnych przed zakażeniem się wirusem SARS-CoV-2^[42].

W dalszej kolejności należy poddać analizie ostatnią przesłankę regulującą wyłączenie odpowiedzialności karnej z art. 10c ustawy U-COVID-19. Ustawodawca w tym przepisie wyraźnie wskazał, że bez dopuszczenia się naruszeń, tj. przekroczenia uprawnień lub obowiązujących przepisów prawa czy niedopełnienia obowiązku służbowego, nabycie towarów lub usług niezbędnych do zwalczania COVID-19 nie mogłoby zostać zrealizowane albo byłoby istotnie zagrożone. Przesłanka ta nawiązuje wprost do zasady subsydiarności w świetle art. 26 k.k., do czego odnosi się projektodawcy w uzasadnieniu omawianej ustawy. Tym samym dla skorzystania z klauzuli wyłączenia z art. 10c ustawy U-COVID-19 nie wystarczy tylko wykazanie, że w związku z nabyciem towarów czy usług niezbędnych dla zwalczania choroby zakaźnej doszło do naruszenia obowiązków służbowych czy przekroczenia uprawnień lub obowiązujących przepisów. Obligatoryjnie trzeba udowodnić, że bez dokonania naruszeń nabycie tych towarów czy usług byłoby niemożliwe lub istotnie zagrożone – w przeciwnym razie sprawca nie będzie mógł skorzystać z klauzuli

⁴¹ Ibidem, 25.

⁴² Tak. m.in. SA w Warszawie w wyroku z dnia 26 lutego 2021 r., VII SA /Wa 1705/20, LEX nr 3156503.

wyłączenia z art. 10c ustawy U-COVID-19^[43]. Przesłanka ta ma niewątpliwie wartościujący charakter, jednak, ze względu na swoją niedookreśloność uniemożliwia zdefiniowanie okoliczności, które uzasadniałyby naruszenie przepisów prawa lub obowiązków służbowych w celu nabycia towarów lub usług niezbędnych dla zwalczania epidemii, a bez dokonania owych naruszeń nabycie towarów i usług byłoby „istotnie zagrożone”. Treść przepisu nie pozwala ustalić zakresu jego zastosowania. Można domniemywać, iż chodzi o zagrożenie poważne, nieuchronne, nieodwracalne i niezbędne dla zwalczania choroby zakaźnej. Wydaje się, iż interpretację istotnego zagrożenia na kanwie art. 10c analizowanej ustawy można porównać do stanu niebezpieczeństwa i jego źródła z art. 26 k.k. Ponadto, ustawodawca nie określił, czy omawiany istotny stan zagrożenia odnosi się tylko do samego procesu związanego z nabywaniem towarów lub usług czy też dotyczy negatywnych konsekwencji związanych z niedokonaniem ich nabycia. Można przyjąć, że stan zagrożenia dotyczy również ujemnych następstw dla życia lub zdrowia ludzkiego, jakie powstałyby w przypadku tego zaniechania^[44]. Nie budzi natomiast większych wątpliwości brak możliwości nabycia towarów i usług niezbędnych do zwalczania epidemii bez naruszania obowiązków służbowych czy obowiązujących przepisów prawa. W tym przypadku, sprawca albo naruszy obowiązki służbowe lub wiążące go przepisy prawa i dokona nabycia towarów lub usług niezbędnych do zwalczania choroby zakaźnej albo zaniecha owych naruszeń, a nabycie tych towarów i usług będzie niemożliwe.

Nie może ująć uwadze, że art. 10c ustawy U-COVID-19 odnosi się również do deliktu dyscyplinarnego oraz czynu, o którym mowa w art. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Charakter prawny DyscpFinPub nie jest zdefiniowany jednoznacznie. Przyjmuje się, że czyn z art. 1 tej ustawy, zwany tzw. deliktem finansowym, polega na naruszeniu ładu finansów publicznych, którego negatywnym skutkiem jest wystąpienie konkretnej szkody, a konsekwencją kara za naruszenie dyscypliny finansów publicznych^[45]. Obok odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny budżetowej urzędnik

⁴³ Giezek, Kardas, „Wyłączenie”, 26.

⁴⁴ Ibidem, 27.

⁴⁵ Wojciech Bożek, *et. al.*, „Odpowiedzialność dyscyplinarna pracowników urzędów państwowych a odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz kary związane z ich ponoszeniem” *Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu*, nr 2 (2013): 63.

państwowy ponosi także odpowiedzialność dyscyplinarną^[46]. Wskazać trzeba, że dokonane naruszenie musi być ściśle powiązane z nabyciem towarów lub usług medycznych niezbędnych do zwalczania COVID-19. Trudno zweryfikować zasadność wprowadzenia wyłączenia odpowiedzialności karnej z art. 10c ustawy U-COVID-19 w odniesieniu do deliktu dyscyplinarnego i naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Jednym z uzasadnień wprowadzenia do systemu prawnego szczególnego reżimu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych była jednak konieczność zagwarantowania, że urzędnicy państwowi, gospodarując środkami publicznymi, będą kierować się wyznaczonymi normami i zasadami, m.in. zasadą celowości, jawności i efektywności finansów publicznych czy legalności. Dyscyplina finansów publicznych polega na obowiązku przestrzegania tych zasad w toku publicznej gospodarki finansowej^[47]. Nieprecyzyjny art. 10c ustawy U-COVID-19 w stosunku do rygorystycznie traktowanej dyscypliny finansów publicznych może prowadzić do nadużyć ze strony funkcjonariuszy publicznych oraz wywołać wiele nieprawidłowości czy problemów interpretacyjnych przy ustalaniu stanów faktycznych w konkretnym przypadku.

Reasumując analizę art. 10c ustawy U-COVID-19 stwierdzić należy, że zakres stosowania zawartego w nim kontratypu jest bardzo szeroki, a sformułowane w nim przesłanki niedookreślone, w związku z czym instytucja ta może prowadzić do nadużyć i generowania sytuacji skutkujących wyrządzeniem szkody majątkowej. Przeprowadzenie każdorazowo szczegółowego postępowania dowodowego jest niezwykle istotne. Szczególnie w zakresie wyłączenia odpowiedzialności za przestępstwo z art. 231 k.k., gdyż przestępstwo nadużycia władzy dotyczy zniesienia ochrony prawnokarnej interesów majątkowych podmiotów (zarówno prywatnych, jak i publicznych), którym sprawca wyrządzić może znaczną szkodę majątkową lub spowodować niebezpieczeństwo jej wystąpienia i którym, poza okolicznościami objętymi przez art. 10c, przysługiwałby status pokrzywdzonych^[48]. Wprowadzone przepisy mogły narazić budżet państwa na znaczne uszczuplenie, zasadnym jest zatem odniesienie zawartych w niniejszym opracowaniu rozważań do sposobów walki z wirusem

⁴⁶ Którą określa ustawa z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 537 z późn. zm.).

⁴⁷ Zgodnie z konstytucyjną zasadą praworządności, która stanowi, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa – art. 7 Konstytucji RP.

⁴⁸ Giezek, Kardas, „Wyłączenie”, 28.

SARS-CoV-2 jakie zastosował polski rząd w roku 2020. Bez wątplenia nagła i niespodziewana sytuacja z początkowego okresu epidemii wiązała się z potrzebą zapewnienia placówkom medycznym na niespotykaną dotąd skalę środków sanitarnych czy odpowiedniego sprzętu przez instytucje państwowe i samorządowe. Można przyjąć, że w owym czasie każda zwłoka w nabywaniu towarów czy usług niezbędnych dla zwalczania epidemii (m.in. maseczek, respiratorów, tlenu) skutkowałaby narażeniem na utratę zdrowia i życia wielu obywateli. Uzasadnione w tym przypadku było uelastycznienie i ułatwienie przez organy władzy publicznej procedur związanych z nabywaniem tych towarów i usług w początkowym okresie pandemii, co niewątpliwie uznać można za działanie w interesie społecznym. Należy jednak pamiętać, że w celu skorzystania z wyłączenia z art. 10c ustawy U-COVID-19, sprawca czynu będzie musiał udowodnić, że bez dopuszczenia się dokonanych naruszeń (w konkretnym przypadku) nabycie tych towarów lub usług nie mogłoby zostać zrealizowane albo byłoby istotnie zagrożone. Trudne jednak do obrony wydaje się stanowisko, iż z nagłą i niespodziewaną sytuacją wywołaną przez koronawirusa, uzasadniająca stosowanie ponadstandardowych rozwiązań, mieliśmy do czynienia w późniejszym okresie epidemii, np. od lipca 2020 roku. Wydaje się, że w tym przypadku ostatnia przesłanka z art. 10c ustawy U-COVID-19 nie miałaby zastosowania. Druga fala koronawirusa, która wystąpiła jesienią 2020 roku, jak i kolejne, nie była bowiem zaskoczeniem. Rządzący informowali o jej spodziewanym nadejściu i przygotowywali na nią społeczeństwo. Było bardzo dużo czasu na dostosowanie odpowiednich procedur, zakup sprzętu czy środków ochrony indywidualnej, dobór kontrahentów w tym zakresie, a także na przeszkolenie personelu medycznego w wymaganym obszarze, np. do obsługi respiratorów. Trzeba mieć ponadto na uwadze, że kontratyp ten odnosi się wyłącznie do działań związanych ze zwalczaniem skutków wirusa SARS-CoV-2. Za takie nie można uznać w moim przekonaniu np. organizację tzw. „wyborów kopertowych”^[49], które wywołały ogromną falę krytyki w środowiskach prawniczych^[50].

⁴⁹ Działania podjęte przez organy i wyznaczone podmioty państwowe w związku z przygotowaniem wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej zarządzonych na dzień 10 maja 2020 r. z wykorzystaniem głosowania korespondencyjnego.

⁵⁰ Rażąco naruszenie prawa w tym zakresie stwierdził NIK w raporcie z kontroli nr ewid. 79/2021/D/20/502/KAP oraz WSA w Warszawie w wyroku z dnia 15 września 2020 r., VII SA/Wa 992/20, LEX nr 3057728. Negatywne stanowisko na temat przeprowadzenia wyborów w trybie korespondencyjnym zostało również

W tym przypadku rozważano ważność dóbr w relacji: sytuacja finansowa Poczty Polskiej i procedury gospodarowania jej majątkiem a organizacja wyborów parlamentarnych (finalnie nie odbytych) i zapewnienie ciągłości władzy państwowej. Nie ma chyba wątpliwości, że osoby odpowiedzialne za organizację tych wyborów nie będą mogły w przyszłości powołać się na wyłączenie z art. 10c ustawy U-COVID-19, gdyż żadna z jego przesłanek nie ma w tym przypadku zastosowania^[51].

Wyłączenie odpowiedzialności karnej z art. 10c ustawy U-COVID-19 wzbudziło szeroką krytykę w środowisku prawnym, politycznym, biznesowym czy w opinii społecznej w ogóle. Być może wywołał ją pośpieszny proces legislacyjny, chaos, brak dostatecznego uzasadnienia czy krążące w przestrzeni publicznej spekulacje dotyczące potencjalnych nadużyć funkcjonariuszy publicznych, którzy pod pozorem walki z pandemią mogli naruszać obowiązki służbowe czy aktualne przepisy prawa. Nie można jednak zapominać, że osoba chcąc powołać się na działanie w ramach analizowanego art. 10c będzie każdorazowo musiała precyzyjnie wykazać kumulatywne spełnienie zawartych w tym przepisie przesłanek, co wbrew pozorom nie jest proste do udowodnienia. Na koniec trzeba podkreślić, że kontraty typy odnoszące się do działań związanych z rozprzestrzenieniem się koronawirusa zawarte są także w innych, nadal obowiązujących ustawach, tj. ustawie UInstrWsparsARscoV2 (art. 76 ust. 1) oraz ustawie U-COVID-19 (art. 15t, art. 15zzzzzd, art. 15zzzzzb). Dotyczą przede wszystkim funkcjonariuszy publicznych, ale pośrednio wpływają także na sytuację m.in. organizacji pozarządowych, wykonawców zamówień publicznych czy przedsiębiorców^[52].

wyrażone przez RPO oraz SN w opiniach dla Senatu RP. <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/wg%20do%20Senatu%2C%2022.04.2020.pdf>; <http://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/AllItems/2020.04.27%20-%20PP%20I-0131-1416-20%20%20Uwagi%20SN%20do%20specustawy%20wyborczej%20-%20druk%20senacki%20nr%2099.pdf>. [dostęp: 16.06.2023].

⁵¹ Podkreślenia wymaga, iż w dniu 1 grudnia 2022 r. wprowadzono ustawę o zaniechaniu ścigania za niektóre czyny związane z organizacją wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, zarządzonych na dzień 10 maja 2020 r. (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 2698 z późn. zm.).

⁵² Ustawodawca zwiększył ilość rozwiązań wyłączających odpowiedzialność karną za działania związane ze zwalczaniem wirusa SARS-CoV-2. Patrz szerzej: Natalia Krej, *COVID-19. Ustawy antykryzysowe. Zbiór przepisów z omówieniem* (Warszawa: C.H. Beck, 2020), 82-97.

4 | Próby nowelizacji kontratypu wyłączenia bezprawności, a w konsekwencji przestępności, czynu polegającego na naruszeniu obowiązków służbowych lub innych przepisów prawa przez osobę działającą na rzecz zapobiegania oraz zwalczania choroby zakaźnej COVID-19

W dniu 12 sierpnia 2020 r. podjęto próbę zmiany przepisów w omawianym zakresie. Zgłoszono projekt ustawy o zmianie ustawy U-COVID-19^[53]. Projekt sprowadzał się do dodania do tej ustawy art. 10d o brzmieniu: „Nie popełnia przestępstwa, kto w celu przeciwdziałania COVID-19 narusza obowiązki służbowe lub obowiązujące przepisy, jeżeli działa w interesie społecznym i bez naruszenia tych obowiązków lub przepisów podjęte działanie nie byłoby możliwe lub byłoby istotnie utrudnione”^[54]. W uzasadnieniu proponowanych zmian powielono argumenty podnoszone przy wprowadzeniu do porządku prawnego analizowanego art. 10c^[55]. Ze względu na protesty i sprzeciwy w stosunku do zbyt ogólnie postulowanego przepisu projektodawcy wnieśli autopoprawkę modyfikując zaproponowany art. 10d, który był właściwie powieleniem art. 76 ustawy uInstrWsparsARscoV2 z jedną istotną różnicą. Należy mieć na uwadze, że projektowany art. 10d zawierał w swojej treści wyłączenie odpowiedzialności karnej za naruszenie obowiązków służbowych lub innych przepisów prawa dokonanych w celu przeciwdziałania COVID-19, gdy wcześniej omawiane kontratypy przewidują taką instytucję w stosunku do działań niezbędnych dla zwalczania epidemii. W związku z tym projektowany kontratyp nie objąłby swoim zakresem działań zmierzających do zwalczania koronawirusa. Proponowane rozwiązanie spotkało się z szeroką krytyką opinii społecznej, środowisk prawniczych czy związków zawodowych^[56]. Wobec braku

⁵³ Projekt ustawy grupy posłów na Sejm RP IX kadencji – druk sejmowy z dnia 12.08.2020 r. nr 539.

⁵⁴ Druk sejmowy nr 539 z dnia 12.08.2020 r.

⁵⁵ Wskazano, iż pomimo tego, że wiedza o COVID-19 jest coraz większa, to nadal nie jest na tyle dostateczna, aby zapewnić skuteczną walkę o zdrowie i życie zakażonych.

⁵⁶ M.in. opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka z dnia 17.08.2020 r. <https://www.hfhr.pl/licencja-na-bezkarnosc/>. [dostęp: 26.08.2021 r.], opinia Business Centre Club z dnia 14.08.2020 r. (druk sejmowy nr 539–003), opinia Naczelnej

wymaganej aprobaty władzy ustawodawczej projekt zmiany ustawy usunięto z dziennego porządku obrad Sejmu RP^[57].

W dniu 13 października 2020 r. grupa posłów skierowała do Trybunału Konstytucyjnego wnioski o zbadanie zgodności z Konstytucją RP art. 231 § 1 i § 3 k.k. oraz art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k. z art. 45 ust. 1 w związku z art. 2, art. 38 i art. 68 Konstytucji RP^[58]. W uzasadnieniu podkreślono między innymi, że celem wniosku jest zakwestionowanie konstytucyjności przepisów art. 231 k.k. oraz 296 k.k. jedynie w zakresie, w jakim wywieziona z nich norma nie przewiduje możliwości wyłączenia odpowiedzialności karnej funkcjonariuszy publicznych działających w celu ochrony życia lub zdrowia publicznego, w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr. Nadmieniono, że obowiązująca w polskim porządku prawnym instytucja wyłączająca odpowiedzialność karną na gruncie art. 26 k.k. nie jest wystarczająca w zakresie zwalczania nagłych i nieprzewidywalnych zjawisk wywołanych chorobą zakaźną. Do chwili obecnej brak jest jakichkolwiek rozstrzygnięć TK w sprawie.

5 | Podsumowanie

Podsumowując zawarte w niniejszym opracowaniu rozważania należy odpowiedzieć na pytanie, czy dokonane zmiany były zasadne i w ogóle potrzebne. Nie sposób oczywiście kontestować sytuacji nadzwyczajnej państwa, z jaką mieliśmy do czynienia wraz z wybuchem epidemii COVID-19. Taka sytuacja wymuszała na organach władzy podejmowanie trudnych i dynamicznych decyzji mających na celu ograniczenie rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej oraz minimalizowanie jej ujemnych skutków. Stan epidemii wpływa na funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości także w sprawach karnych generując sytuacje, których nie było w okresie „normalnego” funkcjonowania państwa. Należy jednak stanowczo stwierdzić,

Rady Adwokackiej z dnia 19.08.2020 r. (druk sejmowy nr 539-005), opinia Ogólnopolskiego Porozumienia Związków Zawodowych z dnia 19.08.2020 r. (druk sejmowy nr 539-006).

⁵⁷ Sprawozdanie stenograficzne z 17 posiedzenia Sejmu RP w dniu 17.09.2020 r., Warszawa 2020, 256.

⁵⁸ Wniosek grupy posłów na Sejm IX Kadencji z dnia 13.10.2020 r. Sprawa objęta wnioskiem toczy się w Trybunale Konstytucyjnym pod sygnaturą K 23/20.

że implementacja do porządku prawnego kolejnych nieprecyzyjnych i bliźniaczo brzmiących rozwiązań wyłączających odpowiedzialność karną była całkowicie zbędna. Kodeks karny wyposażony jest bowiem w instytucję stanu wyższej konieczności, która z pewnością mogła by objąć sytuacje nadzwyczajne, które wystąpiły szczególnie w początkowej fazie COVID-19. Wprowadzenie nowych regulacji w obowiązujących przepisach prawa musi być dobrze przemyślane, aby mogły należycie spełniać swoją rolę, tym bardziej jeśli dotyczą fundamentalnych instytucji prawa karnego. Proces legislacyjny w omawianym zakresie cechował pośpiech i chaos skutkujący powielaniem analogicznych przepisów w jednym czasie, a w tak doniosłej materii, jak ta objęta regulacją kodeksową, nie może o tym być mowy. Wdrażane zmiany nie były *nota bene* dostatecznie uzasadnione. Analiza przesłanek z art. 10c ustawy U-COVID-19 zobrazowała, że zawierają one pojęcia niedookreślone, mogące prowadzić do nadużyć ze strony funkcjonariuszy publicznych. Konstrukcja kontratypu pozostaje w sprzeczności z konstytucyjną zasadą określoności przepisów prawa oraz zasadą państwa prawa. Poczucie bezkarności w dłuższym okresie czasu może rodzić zbyt częste podejmowanie niestandardowych działań do jakich upoważnia wprowadzona instytucja, co w konsekwencji może prowadzić do podejmowania nieprzemyślanych i niekorzystnych decyzji z punktu widzenia interesu Skarbu Państwa jak interesu prywatnego. Nie można zapominać, że sytuacja nagła i nadzwyczajna (uzasadniająca podejmowanie wyjątkowych rozwiązań) występowała przede wszystkim w początkowej fazie koronawirusa. Do takiej trudno zaliczyć drugą, trzecią czy też czwartą falę COVID-19. Z dniem 16 maja 2022 r. zniesiono stan epidemii wprowadzając na terenie RP stan zagrożenia epidemicznego^[59], który obowiązywał do 30 czerwca 2023 r.^[60] Zmiana ta nie miała wpływu na rozważaną w niniejszym opracowaniu problematykę. Nie może jednak ujść uwadze, jak nadmieniono uprzednio, że kontratypy dotyczące działań związanych ze zwalczaniem skutków SARS-CoV-2 nadal obowiązują w art. 76 ust. 1 ustawy UInstrWsparsARSCoV2.

⁵⁹ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 maja 2022 r. w sprawie odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2022 r., poz. 1027 ze zm.); rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 maja 2022 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2022 r., poz. 1025 ze zm.).

⁶⁰ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 14 czerwca 2023 r. w sprawie odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz. U. z 2023 r. poz. 1118 ze zm.).

Omówione w niniejszym opracowaniu instytucje wyłączające odpowiedzialność karną wpłyną na osłabienie funkcji ochronnej prawa karnego. Ustawodawca *de lege ferenda* winien w tej kwestii konstruować precyzyjne normy prawne, niewykluczające się wzajemnie oraz odnoszące się zarówno do działań związanych z przeciwdziałaniem, jak i zwalczaniem skutków choroby zakaźnej, czego zabrakło w analizowanych w analizowanych przepisach. Należy dodać, iż poczynione rozważania mają zastosowanie nie tylko do „stanu nadzwyczajnego” państwa wywołanego chorobą zakaźną, ale także do innych sytuacji kryzysowych występujących na terenie Rzeczypospolitej, które według ustawodawcy uzasadniają wprowadzanie kolejnych instytucji wyłączających odpowiedzialność karną funkcjonariuszy publicznych (m.in. pomoc obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terenie tego kraju)^[61].

Bibliografia

- Bojarski Marek, Jacek Giezek, Zofia Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. Marek Bojarski. Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.
- Bożek Wojciech, Zdyb Przemysław, „Odpowiedzialność dyscyplinarna pracowników urzędów państwowych a odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz kary związane z ich ponoszeniem” *Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu*, nr 2 (2013): 61-84.
- Gałązka Małgorzata, „komentarz do art. 296 k.k.” [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak. Legalis. 2021.
- Giezek Jacek, Kardas Piotr, „Wyłączenie odpowiedzialności karnej za nadużycie zaufania i nadużycie władzy publicznej w okresie epidemii – kilka uwag o osobliwościach epizodycznych regulacji prawnych” *Prokuratura i Prawo*, nr 7-8 (2020): 5-33. <https://pk.gov.pl/bez-kategorii/numer-7-8-2020/>.
- Grześkowiak Alicja, „komentarz do art. 26 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak. Legalis/el. 2021.
- Kodeks Karny. Komentarz*, red. Marian Filar. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Krej Natalia, *COVID-19. Ustawy antykryzysowe. Zbiór przepisów z omówieniem*. Warszawa: C.H. Beck, 2020. Legalis. 2021.

⁶¹ Artykuły 71 i 82 rządowego projektu ustawy o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa z dnia 07.03.2022 – druk sejmowy nr 2069 (które ostatecznie nie zostały uchwalone).

- Lachowski Jerzy, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*. Warszawa: C.H. Beck, 2005.
- Majewski Jarosław, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo UKSW, 2002.
- Opinia Business Centre Club z dnia 14.08.2020 r. (druk sejmowy nr 539-003). <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=539>.
- Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka z dnia 17.08.2020 r. <https://www.hfhr.pl/licencja-na-bezkarnosc/>.
- Opinia Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 19.08.2020 r. (druk sejmowy nr 539-005). <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=539>.
- Opinia Ogólnopolskiego Porozumienia Związków Zawodowych z dnia 19.08.2020 r. (druk sejmowy nr 539-006), <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=539>.
- Radajewski Mateusz, „Prawa i wolności człowieka i obywatela w dobie pandemii”, [w:] *Pandemia Covid-19 a prawa i wolności obywatela*, red. Teresa Gardocka, Dariusz Jagiełło. 77–91. Warszawa: C.H. Beck, 2021.
- Rejman Genowefa, *Zasady odpowiedzialności karnej*. Warszawa: C.H. Beck, 2009.
- Spotowski Andrzej, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo PWN, 1990.
- Stefańska Blanka, „komentarz do art. 231 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz 2021*, red. Ryszard A. Stefański. Legalis. 2021.
- Szot Adam, *Swoboda decyzyjna w stosowaniu prawa przez administrację publiczną*. Lublin: Wydawnictwo Episteme, 2016.
- Tuleja Piotr, *Wprowadzenie stanu nadzwyczajnego nie uniemożliwi ani nie utrudni walki z epidemią (w odpowiedzi Tymonowi Nowinie Konopce)*. <https://konstytucyjny.pl/piotr-tuleja-wprowadzenie-stanu-nadzwyczajnego-nie-uniemozliwi-ani-nie-utrudni-walki-z-epidemia>.
- Warylewski Jarosław, *Prawo karne. Część ogólna. Nauka o czynie zabronionym. Kontratypy stanu wyższej konieczności*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2020. LEX.
- Wyrzykowski Mirosław, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*. Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, 1986.
- Zawłocki Robert, „komentarz do art. 296 k.k.” [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do artykułów 222–316*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki. Legalis. 2017.
- Zoll Andrzej, „Głosa do uchwały SN z dnia 24 stycznia 2013 r. (sygn. akt i KPZ 24/12)” *Orzecznictwo Sądów Polskich*, nr 7/8 (2013): 592–594.



MARTA LUTY-MICHALAK

Uwarunkowania demograficzne a solidarność między pokoleniami w repartycyjnym systemie emerytalnym w Polsce

Demographic Conditions and the Principle of Solidarity in Pay-As-You-Go Pension System in Poland

The paper's main objective is to show that in the context of the aging population, the problem of recovery of claims and pension savings arises, which may undermine the principle of solidarity on which the pay-as-you-go system is based. The fully funded pension system is based on the individual foresight of the insured person, and vertical redistribution is limited in favor of horizontal redistribution, and thus the principle of solidarity has been limited to a minimum. The Polish pension system is predominantly financed by the pay-as-you-go method, which means that it is closely linked to the demographic factor, and the relationship between generations is a highly important aspect. Pension benefits are founded on the contributions of the working generation. Thus, the next generations will finance their benefits in the future. The state guarantees the contract between generations. However, the problem of recovering the claims arises in an aging population. Therefore, it is necessary to look for solutions that will guarantee the future payment of benefits while maintaining the principle of solidarity.

MARTA LUTY-MICHALAK doktor nauk humanistycznych
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie
ORCID – 0000-0003-1575-8757 / e-mail: m.luty@uksw.edu.pl

SŁOWA KLUCZOWE: repartycyjny system emerytalny, zasada solidarności, starzenie się społeczeństw

KEYWORDS: pay-as-you-go pension system, the principle of solidarity, aging

1 | Wstęp

„Zabezpieczenie emerytalne stanowi część, szerzej ujmowanego, zorganizowanego przez państwo systemu zabezpieczenia społecznego, który ma zapewnić obywatelom pewien ustalony standard bezpieczeństwa socjalnego”^[1]. Z tego też względu analizy przemian systemów emerytalnych podejmowane są zarówno przez prawników, socjologów, ekonomistów, polityków społecznych, politologów, a nawet psychologów. Adam Podgórecki wskazywał, że socjologia prawa koncentruje się na dwojakiego rodzaju analizach. Po pierwsze, są to rozważania na temat tego, jak zmiana prawa wpływa na zmianę innego czynnika, po drugie zaś, jak zmiana jakiegoś czynnika wpływa na zmianę prawa. Takie rozumienie przedmiotu socjologii prawa powoduje, że do jej zadań należy m.in. stawianie i testowanie hipotez odnoszących się do czynników, które zmieniają prawo bądź czynników zmienianych przez prawo^[2]. Poniższy artykuł, osadzony w nurcie tak rozumianej socjologii prawa, ma na celu pokazanie, że uwarunkowania demograficzne, które będą obserwowane w ciągu kilku najbliższych dekad w Polsce, będą miały wpływ na osłabienie zasady solidarności między pokoleniami, a w dalszej kolejności na prawne podstawy funkcjonowania repartycyjnej części polskiego systemu prawnego. Podkreślić należy przy tym, że system emerytalny w naszym kraju finansowany jest głównie metodą repartycyjną, która zasada się właśnie na istnieniu solidarności między pokoleniami, a metoda kapitałowa, w której akumulowanie wkładu prowadzi do ograniczenia solidarności międzypokoleniowej^[3], stanowi jego niewielką część.

Ryzyko starości jest szczególnym rodzajem ryzyka społecznego, które wyznacza zakres przedmiotowy zabezpieczenia emerytalnego. Tadeusz Szumlicz wskazał, że zabezpieczenie emerytalne stanowi część systemu zabezpieczenia społecznego, a jego zadaniem jest zapewnienie bezpieczeństwa finansowego na okres starości^[4].

¹ Tadeusz Szumlicz, „Zabezpieczenie emerytalne w systemach zabezpieczenia społecznego”, [w:] *Systemy emerytalne w krajach Unii Europejskiej*, red. Tadeusz Szumlicz, Maciej Żukowski (Warszawa: Twigger, 2004), 9.

² Adam Podgórecki, *Socjologia prawa* (Warszawa: Wiedza Powszechna, 1962), 11.

³ Marek Rymśa, „Solidaryzm w ubezpieczeniach społecznych”, [w:] *Społeczne aspekty ubezpieczenia*, red. Tadeusz Szumlicz (Warszawa: Szkoła Główna Handlowa, 2005), 54.

⁴ Szumlicz, „Zabezpieczenie emerytalne w systemach zabezpieczenia społecznego”, 9.

Nicholas Adrian Barr z kolei opisał podział systemów emerytalnych ze względu na metodę ich tworzenia. Uważa on, że przeniesienie konsumpcji w czasie z okresu aktywności zawodowej ku okresowi emerytalnemu odbywać się może na dwa sposoby. Po pierwsze przez indywidualne oszczędności, a po drugie poprzez obietnicę, że otrzymamy swoją część dóbr, ale wyprodukowanych przez następne pokolenia pracujące. Są to dwa najbardziej powszechne sposoby budowania systemów emerytalnych: model kapitałowy (*fully funded system*) i model repartycyjny, w którym emerytury bieżące wypłacane są ze składek pokolenia pracujących (PAYG od angielskiego *pay-as-you-go*, czyli płacisz, kiedy idziesz). Większość systemów zakładowych i indywidualnych finansowana jest metodą kapitałową, natomiast większość systemów społecznych metodą repartycyjną z bieżących składek ludności czynnej zawodowo lub z podatków^[5].

Metoda repartycyjna polega na finansowaniu świadczeń emerytalnych z bieżących składek ludności czynnej zawodowo, co oznacza, że pokolenie pracujące opłaca świadczenia pokolenia w wieku emerytalnym. Wynika stąd, że metoda ta oparta jest na pewnego rodzaju umowie międzygeneracyjnej, ponieważ pokolenie obecnie pracujące i opłacające składki wierzy, iż w przyszłości kolejne pokolenia zachowają się tak samo, w związku z czym będzie miało ono w przyszłości prawo do własnych świadczeń. Umowa polega na zaufaniu, że następne pokolenia będą finansować emerytury osób aktywnych zawodowo dzisiaj. Tak więc zasada solidarności w repartycyjnych systemach emerytalnych wynika niejako z istniejącej umowy pomiędzy pokoleniami. Oczywiście istnieje również gwarant tej umowy, którym jest państwo. To właśnie państwo musi zagwarantować wypłatę przyszłych świadczeń emerytalnych.

ONZ wprowadziło nawet pojęcie „społeczeństwa dla każdego pokolenia”, w którym każda generacja inwestuje w siebie, by następnie korzystać z efektów tych inwestycji, ale korzystanie to oparte jest na zasadzie wzajemności i solidarności. Oznacza to, że każde pokolenie w pierwszej fazie swojego życia (dzieciństwo, dorastanie) zabezpieczane jest przez starszą generację, a następnie, gdy jest aktywne zawodowo, wypracowuje wartości, dzięki którym zabezpieczane są pokolenia młodsze i starsze. Po czym pokolenie to wchodzi w fazę trzecią (emerytura lub inaczej mówiąc wiek poprodukcyjny) i nabiera prawa do otrzymywania emerytury, która wypracowywana jest przez pokolenie następne.

⁵ Nicholas Barr, *Ekonomika polityki społecznej* (Poznań: Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, 1993), 232.

Systemy repartycyjne mają tę zaletę, że są odporne na wysoką inflację, ponieważ środki nie są tu akumulowane, przez co nie są narażone na utratę realnej wartości. W związku z tym są one również odporne na załamanie rynku finansowego. Nie są one jednak wolne od słabości. Przede wszystkim uzależnione są od czynników demograficznych, a szczególne zagrożenie w tym zakresie stwarza proces starzenia się ludności. Obniżony przyrost naturalny, wzrost wartości współczynników obciążeń, a także wydłużanie się okresu nauki oraz wcześniejsze przechodzenie na emeryturę powodują zmniejszenie liczebne populacji w wieku produkcyjnym. W systemie tym istnieje ścisła zależność świadczeniobiorców od przyszłych pokoleń, ponieważ opiera się on na roszczeniach wobec pokolenia pracującego. Dlatego też zachwianie proporcji pomiędzy liczbą emerytów a liczbą pracujących, które polega na zwiększeniu liczebnym tych pierwszych i zmniejszeniu liczebności grupy drugiej budzi niepokój. Prowadzi to do szukania rozwiązań, które mają zapewnić ciągłość systemu. Wśród nich wymienia się takie opcje jak: podwyższenie składek emerytalnych, co prowadzi do uszczuplenia dochodów netto pokolenia pracującego, podwyższenie wieku emerytalnego lub obniżenie świadczeń emerytalnych. Rozwiązania te napotykać na opór społeczny i podważają podstawową zasadę tego systemu emerytalnego jaką jest solidarność, która stanowi wskazanie by wybierać takie rozwiązania prawne, które będą opierały się na zasadzie sprawiedliwości społecznej^[6].

2 | Zasada solidarności w repartycyjnych systemach emerytalnych

Z zasadą solidarności wiąże się pytanie, kto powinien ponosić odpowiedzialność za utrzymanie osób niezdolnych do pracy z powodu choroby, niepełnosprawności czy starości. To pytanie odnoszące się do problematyki solidarnej odpowiedzialności w społeczeństwie stawiane było od początku rozważań nad zasadami zabezpieczenia społecznego. Zasada solidarności obecna jest w ustawodawstwie dotyczącym zabezpieczenia społecznego

⁶ Sławomir Maciejewski, „Zasada solidarności między pokoleniami w repartycyjnych systemach emerytalnych w dobie przemian społecznych” *Studia Ekonomiczne*, nr 179 (2014): 163. https://www.ue.katowice.pl/fileadmin/_migrated/content_uploads/15_S.Maciejewski_Zasada_solidarnosci_miedzy....pdf.

wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej. W związku z postępującym procesem starzenia się społeczeństw europejskich w dokumentach organów i instytucji unijnych wiele miejsca poświęcono problematyce solidarności między pokoleniami^[7].

Solidarność to postawa moralna, która definiowana bywa jako współlistnienie z innymi i dla innych^[8]. Jest ona zasadą powinnościową, co oznacza, że jednostki mają pewne zobowiązania wobec społeczeństwa, a społeczeństwo wobec jednostek. Wskazuje ona na wzajemną odpowiedzialność wszystkich obywateli za siebie oraz na wzajemne zobowiązania w pewnych sytuacjach społecznych^[9]. Stanowi jedną z kluczowych wartości oraz zasad, na których budowane są ubezpieczenia społeczne, w tym emerytalne. Co więcej obok sprawiedliwości i wolności jest to jedna z trwałych zasad^[10]. Polega ona na wsparciu osób słabszych i wymagających pomocy oraz opiera się na wzajemnym poczuciu odpowiedzialności. „Solidarność to postawa człowieka wobec drugiego człowieka związana z wartością wolności, w której jest realizowana. Jednak człowiek, który jest zarówno skłonny do dobra jak i do zła, nie zawsze działa w sposób solidarny. Dlatego solidarność przyjmuje także wymiar prawny i jest zapisywana w ustawach by wymuszać jej powszechne funkcjonowanie”^[11]. Akty prawne wyznaczają zakres podmiotowy i przedmiotowy funkcjonowania systemu zabezpieczenia społecznego, określają zasady jego funkcjonowania, sposób organizacji jego podmiotów, jak również ustalają katalog i zakres ochrony skutków zajścia ryzyka socjalnego^[12].

⁷ Gertruda Uścińska, „Solidarność międzypokoleniowa w polskiej i unijnej polityce społecznej,” *Polityka społeczna*, nr 4 (2012): 1. <https://polityka-spoleczna.ipiss.com.pl/resources/html/article/details?id=200451>.

⁸ Hans F. Zacher, „Uwagi o solidarności międzypokoleniowej” *Prawo*, nr 307 (2009): 251. <https://wuwr.pl/prawo/article/view/10060>.

⁹ Sławomir Maciejewski, „Zasada solidarności między pokoleniami na przykładzie systemu emerytalnego” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio I. Philosophia-Sociologia*, nr 2 (2016): 79. <https://journals.umcs.pl/i/article/view/4676>.

¹⁰ Józefina Hryniewicz, „Wartości, cele i zasady ubezpieczenia społecznego. Perspektywa historyczna i współczesna”, [w:] *Ubezpieczenia społeczne w Polsce. 10 lat reformowania*, red. Józefina Hryniewicz (Warszawa: Instytut Stosowanych Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego, 2011), 203.

¹¹ Robert Rogowski, „Aksjologiczne podstawy ubezpieczeń społecznych” *Annales. Etyka w życiu gospodarczym*, nr 1 (2009): 147. <https://dspace.uni.lodz.pl/xmlui/handle/11089/1613>.

¹² Uścińska, „Solidarność międzypokoleniowa w polskiej i unijnej polityce społecznej”, 2.

Prawo do zabezpieczenia społecznego gwarantowane jest przez art. 67 Konstytucji RP w trzech przypadkach: w razie niezdolności do pracy ze względu na chorobę lub inwalidztwo, po osiągnięciu wieku emerytalnego oraz w sytuacji pozostawania bez pracy nie z własnej woli i bez innych środków utrzymania. „Konstytucja jako umowa społeczna ma być gwarantem, że porozumienie repartycyjnego finansowania świadczeń zawarte między pokoleniami nie ulegnie w pewnym czasie delegalizacji. Jest to o tyle ważne, że solidarność między pokoleniami jest związana z redystrybucyjną funkcją państwa, co z kolei implikuje uwzględnienie interesów wszystkich obywateli w sytuacji konieczności podziału dóbr i narzucania obciążeń publicznoprawnych”^[13].

Walerian Sanetra twierdzi, że „po to, by możliwe było zabezpieczenie (w sensie funkcjonalnym) społeczne, konieczne jest ukształtowanie prawa zabezpieczenia społecznego (ubezpieczeń społecznych) przy zastosowaniu zasady solidarności, ale solidarności pojętej w sposób szczególny. Prawo ubezpieczenia społecznego bez solidarności – pojętej w sposób szczególny – traci swój „społeczny” przymiot i sens. Nie idzie w tym przypadku o solidarność ogólnoludzką ani też o solidarność w znaczeniu techniczno-prawnym (solidarność dłużników – art. 366 k.c., solidarność wierzycieli – art. 367 k.c.), jak również o solidarność wynikającą po prostu ze wspólnoty ryzyka pojętej w sposób ukształtowany w prawie cywilnym (prywatnym), tak jak jest to w przypadku ubezpieczeń majątkowych i osobowych. W ubezpieczeniu społecznym słabsi ekonomicznie są relatywnie lepiej chronieni niż osoby zamożniejsze”^[14]. Natomiast Krzysztof Prokop uważa, że to społeczny charakter ubezpieczeń powoduje, że podstawową ich zasadą jest solidaryzm. Podkreśla również, że ciężar świadczeń, których beneficjentem jest osoba, która doświadczyła ryzyka socjalnego, rozłożony jest na pozostałych członków tego systemu^[15].

¹³ Maciejewski, „Zasada solidarności między pokoleniami w repartycyjnych systemach emerytalnych w dobie przemian społecznych”, 164.

¹⁴ Walerian Sanetra, „Aksjologiczne podstawy prawa ubezpieczeń społecznych”, [w:] *Ubezpieczenia społeczne w procesie zmian. 80 lat Zakładu Ubezpieczeń Społecznych*, red. Kazimierz W. Frieske, Edward Przychodaj (Warszawa: Instytut Pracy i Spraw Socjalnych, Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 2014), 36. https://www.zus.pl/documents/10182/167609/Monografia_Ubezpieczenia_spoeczne_w_procesie_zmian.pdf/33488d9e-78e0-4fbc-81aa-eb1a92c884fa.

¹⁵ Krzysztof Prokop, „Ubezpieczenia społeczne a konstytucyjna idea sprawiedliwości społecznej”, [w:] *Prawo ubezpieczeń społecznych. Wybrane problemy*, red. Małgorzata Czuryk, Kamila Naumowicz (Olsztyn: Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie, 2016), 14-15.

Do podobnych wniosków dochodzi Józefina Hrynkiewicz, która podkreśla, że zasada ta jest fundamentalna zarówno w systemach, w których świadczenia finansowane są ze składek, jak również w tych, w których finansowane są z podatków. „Zobowiązany do opłacania składek płaci (powinien płacić) kwotę proporcjonalną do jego dochodów (określoną procentem jego wynagrodzenia). Solidarność wyraża się w tym, że nie wszyscy obowiązkowo opłacający składkę otrzymają świadczenia; dostaje je tylko ten, kto stanie się „ofiara” skutków zdarzenia losowego (ryzyka socjalnego). Zobowiązany prawem do płacenia składki płaci ją, ale świadczenie otrzyma ten, kogo spotka „zły los” (...)”^[16].

To właśnie zasada solidarności zapewnia, że osoby, które doświadczyły zdarzenia losowego wskutek którego utraciły środki utrzymania mogą liczyć na otrzymanie świadczenia, które będzie je rekompensowało. Pozostaje jednak pytanie, czy świadczenie to będzie ekwiwalentne do utraconych dochodów oraz możliwości zarobkowych? W przypadku emerytury należy wziąć pod uwagę tzw. stopę zastąpienia oraz rozważyć czy otrzymywane świadczenie zapewnia emerytowi akceptowany społecznie poziom życia^[17].

W niektórych krajach solidarność systemu przejawia się również w tym, że wyliczając świadczenie uwzględnia się także takie okresy jak ciąża, opieka nad dzieckiem czy choroba. Są to oczywiście okresy, gdy osoba ubezpieczona nie wykonywała pracy, w związku z czym nie opłacała składek. Takie rozwiązanie podkreśla solidarną odpowiedzialność ogółu ubezpieczonych^[18].

Marek Rymśza wskazuje, że zasada solidarności w systemie ubezpieczeń społecznych, w tym także w systemie emerytalnym ujmowana jest jako wzajemność ubezpieczeniowa, solidaryzm obywatelski i solidaryzm pokoleniowy. Wzajemność ubezpieczeniowa, określana także jako solidarność pozioma, polega na tym, że ryzyka socjalne rozłożone są na ogół ubezpieczonych, co oznacza, że wszyscy ubezpieczeni płacą składki, ale świadczenia przysługują jedynie tym, którzy utracili zdolność zarobkowania. Solidaryzm obywatelski, czyli inaczej solidarność pionowa, odnosi się do zapewnienia ochrony socjalnej oraz wyrównania poziomu życia wszystkich obywateli. W niektórych przypadkach prawo do świadczenia

¹⁶ Hrynkiewicz, „Wartości, cele i zasady ubezpieczenia społecznego. Perspektywa historyczna i współczesna”, 203.

¹⁷ Ibidem, 204.

¹⁸ Ibidem, 204–205.

emerytalnego przysługuje także tym osobom, które nie płaciły składek. Jest ono przyznawane bezwarunkowo po przekroczeniu określonego wieku. Opłacanie składek wpływa jedynie na podniesienie jego wymiaru^[19]. Natomiast „solidaryzm pokoleniowy to zasada legitymizująca repartycyjny sposób wypłacania świadczeń. Chodzi o finansowanie bieżących świadczeń emerytalno-rentowych z bieżących składek”^[20].

Jak podkreślono we wstępie w repartycyjnych systemach emerytalnych istnieje umowa między pokoleniami, która nakazuje płacenie składek w okresie aktywności zawodowej, co pozwoli na skorzystanie z prawa do pobierania świadczenia emerytalnego w przyszłości. W związku z tym „solidarność między pokoleniami będzie oznaczać zgodność w postępowaniu i dążeniach oraz wzajemne wspieranie ogółu ludności, czyli pokolenia starszego i pokolenia młodszego poprzez wzajemne prawa i obowiązki do wypełniania ich ról społecznych”^[21].

Z powyższych rozważań wynika, że zasada solidarności społecznej, która stanowi podstawę ubezpieczeń emerytalnych, prowadzi do tworzenia pewnych wspólnych zasobów, które wykorzystywane są do zabezpieczenia środków utrzymania na wypadek starości. Zasoby te są rozdzielane w sposób solidarny. Tak więc łączy się tu zasadę solidarnego tworzenia funduszy społecznych, których zadaniem jest zastąpienie utraconych dochodów (wskutek utraty zdolności zarobkowania), z zasadą solidarności w przyznawaniu świadczeń. Prowadzi to do wniosku, że zasada solidarności odnosi się do redystrybucji w ramach systemu emerytalnego. Co więcej, jest ona zasadą, która legitymizuje repartycję jako sposób finansowania świadczeń emerytalnych^[22].

¹⁹ Rymsza, „Solidaryzm w ubezpieczeniach społecznych”, 46-47.

²⁰ Ibidem, 47.

²¹ Maciejewski, „Zasada solidarności między pokoleniami w repartycyjnych systemach emerytalnych w dobie przemian społecznych”, 164.

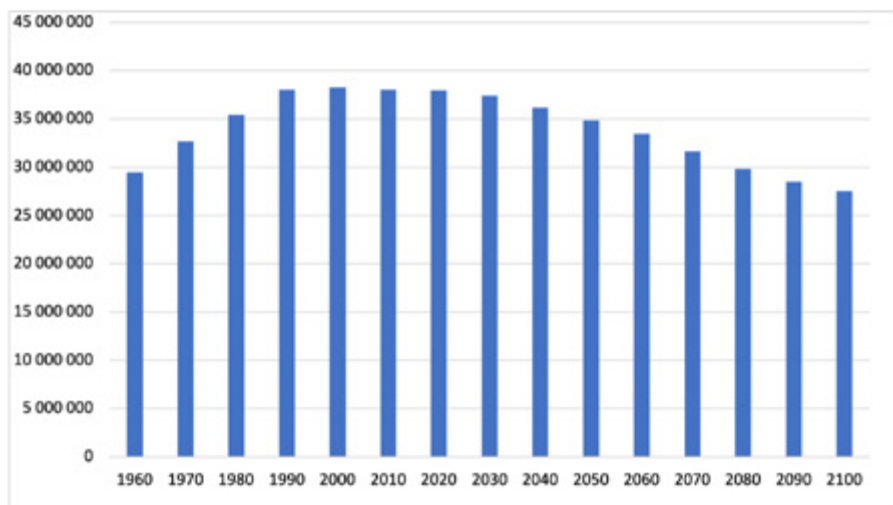
²² Ibidem, 166.

3 | Uwarunkowania demograficzne repartycyjnego systemu emerytalnego w Polsce

Zgodnie z tym, co zasygnalizowano we wstępie, artykułu procesy demograficzne wpływają na system ubezpieczeń społecznych, zwłaszcza na system emerytalny, kształtując przy tym wpływy i wydatki z funduszu emerytalnego. Dlatego też niezwykle istotne jest dokonanie analizy procesu starzenia się społeczeństwa polskiego pod tym kątem. Przedstawiona poniżej perspektywa demograficzna dla Polski wykonana została w oparciu o dane zawarte w bazie danych Eurostatu oraz dane publikowane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych.

Do roku 2000 odnotowywano systematyczny wzrost populacji naszego kraju. W roku tym w porównaniu z rokiem 1960 liczba Polaków wzrosła o niespełna 8,8 mln (prawie 30%). Okazuje się jednak, że w przyszłości spadek liczby ludności Polski jest nieuchronny. Proces ten stał się już faktem, ponieważ rozpoczął się od roku 2010, kiedy to w stosunku do roku 2000 ubyło ponad 240 tys. Polaków. Każda kolejna dekada będzie przynosiła dalsze zmniejszanie populacji Polski, tak że w roku 2100 liczba ludności naszego kraju wyniesie nieco ponad 27,5 mln (spadek o ponad 28% w porównaniu do roku 2000).

Wykres 1. Liczba ludności Polski w latach 1960–2100



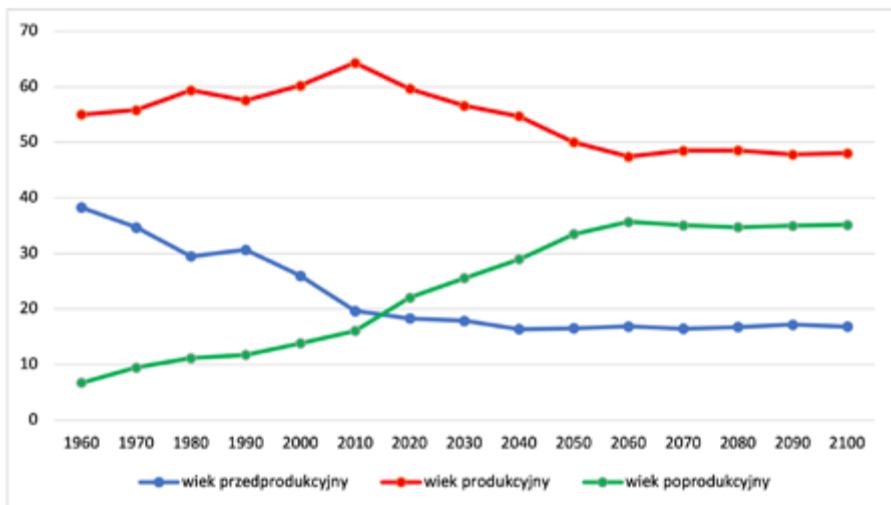
ŹRÓDŁO: opracowanie własne na podstawie Eurostat database: population (demo_pop) oraz population projections (proj). [dostęp: 11.06.2023]

Jak się okazuje zmieni się nie tylko liczba Polaków, ale także struktura ludności Polski według ekonomicznych grup wieku. Na wykresie 2 przedstawiono odsetki dla poszczególnych grup w latach 1960–2100. Osoby w wieku przedprodukcyjnym to dzieci i młodzież do 17 roku życia. Wiek produkcyjny w przypadku kobiet oznacza 18–59 lat, a w przypadku mężczyzn 18–64 lata, natomiast wiek poprodukcyjny odpowiednio 60 lat i więcej oraz 65 lat i więcej. Z punktu widzenia repartycyjnego systemu emerytalnego najbardziej korzystna sytuacja występuje wtedy, gdy odsetek osób w wieku produkcyjnym jest wysoki, a w wieku poprodukcyjnym niski. Sytuacja taka oznacza, że liczba ubezpieczonych znacznie przewyższa liczbę świadczeniobiorców.

Od początku analizowanego okresu odsetek dzieci i młodzieży w społeczeństwie polskim spadał (z 38,3% w roku 1960 do 18,3% w roku 2020), natomiast odsetek osób w wieku poprodukcyjnym wzrastał (z 6,7% do 22%), podobnie jak udział osób w wieku produkcyjnym (z 55% do 59,6%). W przyszłości udział procentowy najmłodszej części Polaków będzie spadał do roku 2040, po czym będzie się utrzymywał na stałym poziomie 16,5%–17% do końca analizowanego okresu. W przypadku osób w wieku poprodukcyjnym wzrost ich udziału w populacji ogółem będzie odnotowywany do roku 2060 po czym odsetek ten ustabilizuje się na stałym poziomie ok. 35%. Jeśli chodzi o osoby w wieku produkcyjnym to do roku 2060 odnotowywać będziemy spadek ich liczebności do poziomu 47,5%. W kolejnych dziesięcioleciach udział procentowy tej części populacji będzie utrzymywał się na stałym poziomie ok. 48%.

Tak niekorzystna sytuacja demograficzna powodowana jest kilkoma czynnikami. Pierwszy z nich to niski poziom płodności i spadek liczby urodzeń, co wpływa na niski udział osób w wieku przedprodukcyjnym w populacji ogółem. Kolejnym czynnikiem jest tzw. falowanie wyżów i niżów urodzeń, które miały miejsce w przeszłości, jak również wzrost przeciętnego trwania życia noworodka.

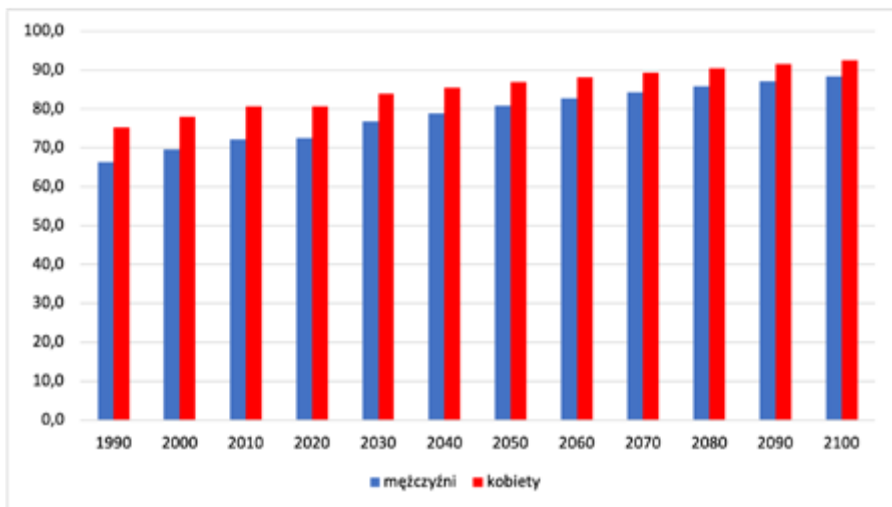
Wykres 2. Struktura ludności Polski wg ekonomicznych grup wieku w latach 1960–2100 (w%)



ŹRÓDŁO: opracowanie własne na podstawie Eurostat database: population (demo_pop) oraz population projections (proj) [dostęp: 11.06.2023]

Wydłużanie się przeciętnego trwania życia bezsprzecznie jest zjawiskiem pozytywnym z punktu widzenia każdej jednostki. Jednakże oznacza ono również niższe świadczenia emerytalne, gdyż wydłuża się hipotetyczny okres ich pobierania. Zwiększa się również liczba świadczeniobiorców, ponieważ żyją oni dłużej. Systematyczne wydłużanie się wartości tego parametru obserwowane jest zarówno w przypadku mężczyzn, jak i kobiet. W roku 1990 w przypadku mężczyzn wynosiło ono 66,3 lat, natomiast w przypadku kobiet 75,3 lat. W roku 2020 trwanie życia noworodka płci męskiej wzrosło do 72,5 lat, a płci żeńskiej do 80,7 lat. Jednocześnie należy zauważyć, że wzrost wartości w przypadku mężczyzn jest większy, wskutek czego zmniejsza się różnica w trwaniu życia pomiędzy kobietami a mężczyznami. W roku 2100 kobiety będą miały szansę przeżyć 92,5 lat, a mężczyźni 88,4 lat.

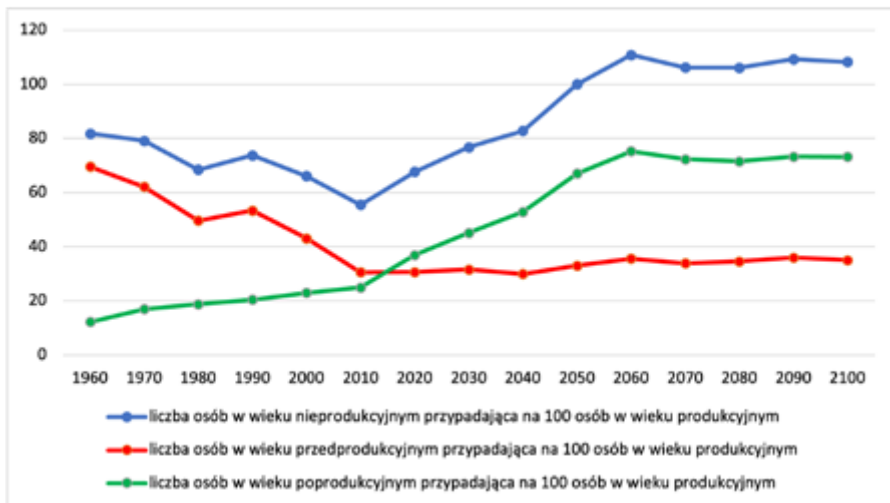
Wykres 3. Przeciętne trwanie życia noworodka w Polsce w latach 1960–2100 (w%)



ŹRÓDŁO: opracowanie własne na podstawie Eurostat database: population (demo_pop) oraz population projections (proj) [dostęp: 11.06.2023]

Na wykresie 4 przedstawiono dane dotyczące obciążenia ludności w wieku produkcyjnym (18–59/64 lata) ludnością w wieku przedprodukcyjnym (0–17 lat), poprodukcyjnym (60/65 lat i więcej) oraz nieprodukcyjnym łącznie. Do roku 2010 na obciążenie ludności w wieku produkcyjnym wpływ miało obciążenie zarówno najmłodszą częścią populacji, jak i jej najstarszą częścią. Systematycznie malała liczba dzieci i młodzieży przypadająca na 100 osób w wieku produkcyjnym, natomiast rosła liczba osób starszych. Zgodnie z najnowszą projekcją Eurostatu liczba osób w wieku przedprodukcyjnym przypadająca na 100 osób w wieku produkcyjnym w latach 2020–2040 będzie oscylowała wokół 30, natomiast później nieznacznie będzie rosła do poziomu 35 w roku 2100. Jeśli chodzi o obciążenie osobami w wieku emerytalnym to będzie ono wzrastało aż do roku 2060, gdy na 100 osób w wieku produkcyjnym przypadac będzie ponad 75 osób w wieku emerytalnym. Następnie, wskutek wymierania osób pochodzących w wyżu demograficznego z lat osiemdziesiątych xx wieku, liczba osób najstarszych przypadająca na 100 osób w wieku 18–59/64 lata spadnie do 73 w roku 2100.

Wykres 4. Liczba osób w wieku nieprodukcyjnym, przedprodukcyjnym i poprodukcyjnym przypadająca na 100 osób w wieku produkcyjnym w Polsce w latach 1960–2100 (w%)



ŹRÓDŁO: opracowanie własne na podstawie Eurostat database: population (demo_pop) oraz population projections (proj) [dostęp: 11.06.2023]

Powyższe procesy demograficzne brane są pod uwagę przez ZUS przy sporządzaniu co trzy lata długoterminowej prognozy wpływów i wydatków funduszu emerytalnego. Ostatnia taka prognoza została opublikowana w maju 2019 roku. Opracowano w niej trzy warianty, które zależą od prognozy demograficznej zasilającej model oraz od parametrów scenariusza o charakterze ekonomicznym i technicznym^[23]. Jak wynika z poniższej tabeli, do roku 2060 saldo funduszu emerytalnego w każdym z trzech wariantów będzie ujemne. Jedynie w wariantcie 3 prognozowane jest dodatnie saldo od roku 2065. W dwóch pierwszych wariantach pozostanie ono ujemne aż do 2080 roku. Ponadto w wariantcie 1 bilans ujemny będzie rósł aż do 2060 roku, w wariantcie 2 do końca okresu prognozy, natomiast w wariantcie 3 do 2055 roku. W związku z powyższym każdy z wariantów przedstawia niekorzystny scenariusz i wskazuje na nieuchronne problemy związane z wypłatą nagromadzonych wierzytelności emerytalnych.

²³ Zob. ZUS, *Prognoza wpływów i wydatków Funduszu Emerytalnego do 2080 roku* (Warszawa: ZUS, 2019), 9. https://bip.zus.pl/documents/493361/494125/Prognoza_Fundusz_Emerytalny_2020-2080.pdf/6adcc789-79bf-bo8e-4261-8fc5184a4e95.

Tabela 1. Saldo roczne funduszu emerytalnego – kwoty nominalne (w mln zł)

Rok	wariant nr 1	wariant nr 2	wariant nr 3
2020	-47 963	-53 801	-45 535
2025	-71 908	-90 116	-61 605
2030	-84 829	-112 689	-66 739
2035	-92 622	-131 526	-64 221
2040	-108 674	-157 525	-68 960
2045	-132 205	-190 139	-80 124
2050	-158 745	-222 960	-92 811
2055	-178 164	-250 877	-92 002
2060	-183 536	-270 956	-65 100
2065	-159 908	-276 587	14 325
2070	-133 564	-286 609	115 595
2075	-130 061	-318 206	206 736
2080	-141 980	-364 301	301 451

ŹRÓDŁO: ZUS, *Prognoza wpływów i wydatków Funduszu Emerytalnego do 2080 roku*, 23

Z przytoczonych danych wynika, że zmiany struktury demograficznej społeczeństwa polskiego w istotny sposób wpływają i nadal będą wpływać na kształtowanie dochodów i wydatków funduszu emerytalnego. Maciej Żukowski podkreśla, że procesy demograficzne wpływają na rynek pracy, dlatego też jego zdaniem to nie same procesy demograficzne stanowią wyzwanie dla systemu emerytalnego, a ich konsekwencje dla wielkości zatrudnienia^[24]. Otóż niski przyrost naturalny spowoduje, że populacja osób w wieku przedprodukcyjnym i produkcyjnym będzie stanowiła coraz mniejszy odsetek populacji ogółem, natomiast populacja osób w wieku emerytalnym będzie coraz bardziej liczna, co wpłynie na wzrost ilości wypłacanych świadczeń emerytalnych. Ponadto, wskutek wzrostu wartości przeciętnego dalszego trwania życia, wydłuży się również okres pobierania

²⁴ Maciej Żukowski, „Demograficzne i ekonomiczne uwarunkowania funkcjonowania ubezpieczenia społecznego”, [w:] *Ubezpieczenie społeczne – dawniej i dziś. W 80-lecie uchwalenia ustawy o ubezpieczeniu społecznym*, red. Łucja Kucharczyk-Rok, Olaf Rawski, Anna Żoła (Wrocław: Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 2013), 176.

emerytur. Wydłużanie się wartości tego parametru jest obok niskiej dzietności kluczowym czynnikiem starzenia się społeczeństw.

Jak podkreślono na początku artykułu, starzenie się społeczeństw wpływa niekorzystnie na repartycyjny system emerytalny, powodując zachwianie jego stabilności. Aby pozostał on stabilny, proporcja pomiędzy liczbą osób pracujących, a tym samym płacących składki, a liczbą osób pobierających świadczenia emerytalne powinna zostać niezmienna. Korzystny wpływ miałyby również zwiększenie liczebności populacji w wieku produkcyjnym. Niestety prognozy demograficzne zakładają odwrotny scenariusz.

4 | Konieczny konsensus

Należy przypuszczać, że zasada solidarności może ulec osłabieniu, ponieważ aby ograniczać zagrożenia wynikające z opisanej, niekorzystnej sytuacji demograficznej, wzorem lat poprzednich podejmowane będą dalsze próby wprowadzania reform w zakresie funkcjonowania systemu repartycyjnego w Polsce. Jest to nieuniknione, gdyż wraz ze starzeniem się ludności powstaje problem możliwości ekonomicznych zrealizowania nagromadzonych wierzytelności i oszczędności emerytalnych na skutek nienadążania produktywności osób pracujących w gospodarce narodowej za dynamiką populacji emerytów, zwłaszcza w sytuacji stagnacji lub ubytku zasobów pracy. Zależności te warunkują przebieg finansowych transferów międzypokoleniowych w postaci gromadzenia funduszy emerytalnych i wypłat emerytur. Aby temu zapobiec należy podjąć odpowiednie działania, które nie mogą prowadzić do osłabienia zasady solidarności, a wręcz przeciwnie powinny ją wzmacniać, a jednocześnie zapewnią stabilność repartycyjnego systemu emerytalnego w Polsce.

Aby doprowadzić do równowagi finansowej systemów repartycyjnych najczęściej wprowadza się zmiany w zakresie parametrów. Tego typu reformy są łatwiejsze niż zmiany systemowe. Maciej Żukowski podsumował, że w państwach europejskich na przełomie XX i XXI wieku wprowadzono następujące reformy parametrów w systemach repartycyjnych: 1) obniżenie stopy zastąpienia; 2) podniesienie składek od emerytur; 3) podwyższenie ustawowego wieku emerytalnego; 4) likwidacja lub ograniczenie możliwości wcześniejszego przejścia na emeryturę; 5) wydłużenie okresu

wymaganego do emerytury; 6) wydłużenie okresu, z którego zarobki stanowią podstawę obliczenia emerytury; 7) zmiany zasad waloryzacji przyszłych wynagrodzeń, od których obliczane są emerytury; 8) zmiany zasad waloryzacji emerytur; 9) ujednoczenie zasad, równanie do systemu powszechnego; 9) zmiany formuły emerytalnej; 10) poprawa ściągłości składek. W jego opinii z powyższych rozwiązań jedynie podniesienie wieku emerytalnego jest w stanie zagwarantować równowagę repartycyjnego systemu emerytalnego, ponieważ z jednej strony prowadzi do zwiększenia populacji pracującej, a z drugiej strony zmniejsza populację emerytów. Takie rozwiązanie znajduje także swoje uzasadnienie w wydłużaniu się życia ludzkiego^[25]. Niestety prowadzi ono do osłabienia solidarności między pokoleniami.

Sławomir Maciejewski zwracając uwagę na fakt, że podwyższanie wieku emerytalnego będzie prowadziło do niezadowolenia tych grup społecznych, których będzie dotyczyło, podkreśla, że wydłużanie okresu pozostawania na rynku pracy powinno odbywać się poprzez stwarzanie odpowiednich zachęt, takich jak korzystniejsze zasady naliczania świadczenia za okres po uzyskaniu uprawnień emerytalnych. Ciekawa z demograficznego punktu widzenia wydaje się propozycja wprowadzenia tzw. kredytu emerytalnego w zależności od ilości posiadanych dzieci. Jest to rozwiązanie istotne z punktu widzenia funkcjonowania systemu repartycyjnego, w którym bieżące świadczenia wypłacane są ze składek pokolenia aktywnego zawodowo. U podstaw tej propozycji leży założenie, że dzieci będą w przyszłości płatnikami składek^[26]. Podobne rozwiązanie wprowadzono już w Polsce, gwarantując świadczenie emerytalne dla matek, które urodziły co najmniej 4 dzieci (mama 4 plus).

Należy również zlikwidować przywileje emerytalne dla wielu grup zawodowych oraz wprowadzić ostrzejsze kryteria przechodzenia na emeryturę, a także wprowadzić jednolity i powszechny system, bez przywilejów i podziałów na ZUS, KRUS, osoby prowadzące działalność gospodarczą, służby mundurowe itp.^[27] „Jednolitość systemu powinna wyrażać się w tym, że wszystkie osoby uzyskujące dochody lub wynagrodzenia z pracy powinny być w jednym systemie, w którym od pobieranego wynagrodzenia

²⁵ Maciej Żukowski, *Reformy emerytalne w Europie* (Poznań: Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej, 2006), 67–70.

²⁶ Maciejewski, „Zasada solidarności między pokoleniami w repartycyjnych systemach emerytalnych w dobie przemian społecznych”, 86–87.

²⁷ Ibidem, 87.

byłaby odprowadzana składka na ubezpieczenia społeczne, bez konieczności finansowania emerytur wyłącznie z budżetu państwa dla niektórych grup zawodowych”^[28].

Komisja Europejska i Bank Światowy wskazują, że nie ma jednego, uniwersalnego systemu emerytalnego, dlatego też każde państwo powinno dostosować rozwiązania w tym zakresie do czynników ekonomicznych, społecznych i kulturowych. Komisja Europejska zaleca wprowadzenie takich rozwiązań jak: 1) zmiana wieku emerytalnego adekwatnie do wydłużania się dalszego trwania życia; 2) likwidacja wcześniejszych emerytur; 3) wspieranie aktywności zawodowej m.in. poprzez promocję idei całożyciowego uczenia się, dostosowanie miejsc pracy do potrzeb i możliwości osób starszych; 4) wspieranie aktywnego starzenia się; 5) promocję i tworzenie zachęt do zatrudniania starszych pracowników; 6) zrównanie wieku emerytalnego kobiet i mężczyzn; 7) promocję dodatkowego oszczędzania na emeryturę^[29].

Niestety większość z tych rozwiązań narusza zasadę solidarności między pokoleniami i napotyka na opór społeczny. Wprowadzanie kolejnych reform, które powodują zmianę zasad konstrukcji repartycyjnego systemu emerytalnego powoduje, że staje się on coraz bardziej skomplikowany i niezrozumiały, co prowadzi do rosnącego niezadowolenia społeczeństwa. Podważają one zaufanie do systemu. W skrajnej sytuacji może się okazać, że w przyszłości, populacja pracująca uzna, że zasada solidarności obowiązująca w systemie repartycyjnym jest niekorzystna i będzie dążyć do wycofania się z niego. Z kolei niepodejmowanie działań mających przywrócić stabilność systemu może skutkować jego niewypłacalnością.

5 | Podsumowanie

Celem niniejszego opracowania było ukazanie, że sytuacja demograficzna Polski jest niekorzystna, wskutek czego w przyszłości powstanie problem

²⁸ Ibidem, 87.

²⁹ Krystyna Kietlińska, „Przyczyny kryzysu ubezpieczeń emerytalnych we współczesnym świecie na przykładzie Polski” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio H. Oeconomia*, nr 1 (2018): 94. <https://journals.umcs.pl/h/article/view/5199/5101>.

odzyskiwania wierzytelności oraz oszczędności emerytalnych, które to w dalszej kolejności mogą spowodować podważenie zasady solidarności, na której opiera się repartycyjny system emerytalny.

Sytuacja demograficzna Polski będzie charakteryzowała się niekorzystnymi zmianami w najbliższych kilku dekadach. Proces starzenia się społeczeństwa, którego głównymi przyczynami jest niska dzietność oraz wydłużanie się przeciętnego dalszego trwania życia, spowoduje zmianę relacji między poszczególnymi grupami wieku. Populacja osób w wieku produkcyjnym zmniejszy się znacznie, natomiast odsetek osób w wieku poprodukcyjnym wzrośnie. Skutki tych przemian dla repartycyjnego systemu emerytalnego spowodują w przyszłości wzrost liczby osób pobierających emerytury. Wydłuży się również okres pobierania świadczeń, co zgodnie z prognozą ZUS pogłębi istniejący już deficyt systemu. Czy w związku z tym będziemy mieli do czynienia z jego załamaniem? Konstytucja gwarantuje prawo do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego, w związku z czym, aby zapobiec niestabilności, systemowi należy dokonać niezbędnych reform. Jednakże nie powinny one podważać zasady solidarności międzypokoleniowej, która stanowi podstawę repartycyjnego systemu emerytalnego.

Najważniejsze jest zrozumienie, że wszelkie proponowane rozwiązania muszą być kompleksowe, w związku z czym nie powinny ograniczać się jedynie do zasad konstruowania systemu emerytalnego. Hans Zacher uważa na przykład, że jednym z kluczowych czynników, które decydują o zaistnieniu w społeczeństwie zasady solidarności, jest gotowość jednostek do posiadania dzieci^[30]. Z pewnością jest to czynnik niezbędny, aby zapewnić ciągłość systemu repartycyjnego. Zwłaszcza, że niska dzietność jest jedną z dwóch głównych przyczyn procesu starzenia się społeczeństw. Ponadto wysoka dzietność może równoważyć wpływ wydłużania się życia i tym samym ograniczyć proces starzenia się społeczeństwa polskiego. Dlatego też rozwiązania, które wpływać mogą na zwiększenie dzietności i płodności kobiet, stanowią również próbę utrzymania kluczowej pozycji zasady solidarności w repartycyjnym systemie emerytalnym.

³⁰ Zacher, „Uwagi o solidarności międzypokoleniowej”, 272.

Bibliografia

- Barr Nicholas, *Ekonomika polityki społecznej*. Poznań: Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, 1993.
- Hrynkiewicz Józefina, „Wartości, cele i zasady ubezpieczenia społecznego. Perspektywa historyczna i współczesna”, [w:] *Ubezpieczenia społeczne w Polsce. 10 lat reformowania*, red. Józefina Hrynkiewicz. 199–229. Warszawa: Instytut Stosowanych Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego, 2011.
- Kietlińska Krystyna, „Przyczyny kryzysu ubezpieczeń emerytalnych we współczesnym świecie na przykładzie Polski” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio H. Oeconomia*, nr 1 (2018): 83–95. <https://journals.umcs.pl/h/article/view/5199/5101>.
- Maciejewski Sławomir, „Zasada solidarności między pokoleniami w repartycyjnych systemach emerytalnych w dobie przemian społecznych” *Studia Ekonomiczne*, nr 179 (2014): 163–171. https://www.ue.katowice.pl/fileadmin/_migrated/content_uploads/15_S.Maciejewski_Zasada_solidarnosci_miedzy...pdf.
- Maciejewski Sławomir, „Zasada solidarności między pokoleniami na przykładzie systemu emerytalnego” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio I. Philosophia-Sociologia*, nr 2 (2016): 77–89. <http://dx.doi.org/10.17951/i.2016.41.2.77>; <https://journals.umcs.pl/i/article/view/4676>.
- Prokop Krzysztof, „Ubezpieczenia społeczne a konstytucyjna idea sprawiedliwości społecznej”, [w:] *Prawo ubezpieczeń społecznych. Wybrane problemy*, red. Małgorzata Czuryk, Kamila Naumowicz. 11–20. Olsztyn: Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie, 2016.
- Podgórecki Adam, *Socjologia prawa*. Warszawa: Wiedza Powszechna, 1962.
- Rogowski Robert, „Aksjologiczne podstawy ubezpieczeń społecznych” *Annales. Etyka w życiu gospodarczym*, nr 1 (2009): 141–151. <https://dspace.uni.lodz.pl/xmlui/handle/11089/1613>.
- Rymsza Marek, „Solidaryzm w ubezpieczeniach społecznych”, [w:] *Społeczne aspekty ubezpieczenia*, red. Tadeusz Szumlicz. 43–58. Warszawa: Szkoła Główna Handlowa, 2005.
- Sanetra Walerian, „Aksjologiczne podstawy prawa ubezpieczeń społecznych”, [w:] *Ubezpieczenia społeczne w procesie zmian. 80 lat Zakładu Ubezpieczeń Społecznych*, red. Kazimierz W. Frieske, Edward Przychodaj. 27–41. Warszawa: Instytut Pracy i Spraw Socjalnych, Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 2014. https://www.zus.pl/documents/10182/167609/Monografia_Ubezpieczenia_spoeczne_w_procesie_zmian.pdf/33488d9e-78e0-4fbc-81aa-eb1a92c884fa.

- Szumlicz Tadeusz, „Zabezpieczenie emerytalne w systemach zabezpieczenia społecznego”, [w:] *Systemy emerytalne w krajach Unii Europejskiej*, red. Tadeusz Szumlicz, Maciej Żukowski. 9-27. Warszawa: Twigger, 2004.
- Uścińska Gertruda, „Solidarność międzypokoleniowa w polskiej i unijnej polityce społecznej” *Polityka społeczna*, nr 4 (2012): 1-5. <https://polityka-spoeczna.ipiss.com.pl/resources/html/article/details?id=200451>.
- Zacher Hans F., „Uwagi o solidarności międzypokoleniowej” *Prawo*, nr 307 (2009): 251-272. <https://wuwr.pl/prawo/article/view/10060>.
- ZUS, *Prognoza wpływów i wydatków Funduszu Emerytalnego do 2080 roku*. Warszawa: ZUS, 2019. https://bip.zus.pl/documents/493361/494125/Prognoza_Fundusz_Emerytalny_2020-2080.pdf/6adcc789-79bf-b08e-4261-8fc5184a4e95.
- Żukowski Maciej, „Demograficzne i ekonomiczne uwarunkowania funkcjonowania ubezpieczenia społecznego”, [w:] *Ubezpieczenie społeczne – dawniej i dziś. W 80-lecie uchwalenia ustawy o ubezpieczeniu społecznym*, red. Łucja Kucharczyk-Rok, Olaf Rawski, Anna Żoła. 169-179. Wrocław: Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 2013.
- Żukowski Maciej, *Reformy emerytalne w Europie*. Poznań: Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej, 2006.



DAMIAN CZUDEK, JAN KUBÍČEK, WOJCIECH MORAWSKI,
MARTYNA WILMANOWICZ-SŁUPCZEWSKA

Sugar-Dating (Sponsoring) Income Tax Consequences of Sexual Relations in Polish and Czech Law

Sugar-dating (sponsorship) is a term used to describe a mutually beneficial relationship, most often with a sexual element, between a so-called „sugar daddy/mommy” („sponsor”) and the so-called „sugar baby” („sponsored”). Sugar-dating is not a new phenomenon, but, notably, the current literature has not analysed the phenomenon of sugar-dating from the perspective of income tax consequences. The author analyses Polish and Czech regulations regarding personal income taxes against illegal and immoral activities and attempts to classify the discussed issue correctly. In addition, the paper provides an answer to whether there are legal grounds for concluding a sugar-dating contract, which is the starting point for the analysis of taxation. The author also tries to answer whether cultural differences in the context of sugar dating in Poland and the Czech Republic are reflected in the contents of the laws.

DAMIAN CZUDEK PhD in law, Masaryk University

ORCID – 0000-0002-8169-2023 / e-mail: damian.czudek@law.muni.cz

JAN KUBÍČEK master of law, Masaryk University

ORCID – 0000-0002-2703-3051 / e-mail: honza.kubicek.99@gmail.com

WOJCIECH MORAWSKI associate profesor, Nicolaus Copernicus University

ORCID – 0000-0002-2396-9434 / e-mail: wmoraw@umk.pl

MARTYNA WILMANOWICZ-SŁUPCZEWSKA master of law, Nicolaus Copernicus University

ORCID – 0000-0003-1847-99// e-mail: mws@umk.pl

KEYWORDS: taxes, tax law, income tax, sugar-dating, sponsorship, prostitution, Czech Republic, Poland

1 | Introduction

Although Poland and the Czech Republic are linguistically and geographically close nations, they are quite different culturally, especially when we remain at the level of mutual stereotypes. The much more significant influence of religion on Polish^[1] society than on Czech society^[2] is an important feature that has resulted in a more restrictive approach to the human sexual sphere in Poland. For example, as an expression of differences in customs, sexual support for persons with disabilities (cz: sexuální asistence – sociální asistence osob s postižením) has been in place in the Czech Republic since 2015, a solution that in Poland is surprising. The question then arises of whether these cultural differences are reflected in the content of the laws of the respective societies. To answer this question, the problem associated with the taxation of the so-called sugar dating^[3] was chosen as the subject of this study.

Furthermore, the analysis was mainly limited to the regulation of income taxes^[4]. In value-added tax, we deal with national regulations based on European Union (EU) regulations which means that external factors can determine national regulations. Due to the connection between income taxes and the taxation of certain gratuitous benefits, this study also considered it necessary to analyse the regulations surrounding the Polish Inheritance and Gift Tax Act^[5] and the Czech Income Tax Act^[6].

¹ Central Statistical Office, *Religious denominations in Poland 2015–2018* (Warszawa, 2019). https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/en/defaultaktualnosci/3632/1/2/1/religious_denominations_in_poland_2015-2018.pdf. [accessed 20.10.2022].

² The issue of the compatibility of stereotypes about „atheist” Czechs functioning in Poland and reality is analysed: Aniela Różańska, „(A)religijność po czesku – ateizm, analfabetyzm religijny czy coś więcej?” *Edukacja Międzykulturowa*, No. 1 (2019): 39–54. See also: Jana Furstova, Klara Malinakova, Dagmar Sigmundova, Peter Tavel, „Czech Out the Atheists: A Representative Study of Religiosity in the Czech Republic” *The International Journal for the Psychology of Religion*, 4 (2021): 288–306.

³ The term used in Polish is „sponsoring”. This will be explained in the article.

⁴ In Poland: Personal Income Tax Act of 26 July 1991 (Journal of Laws 2021, item 1128, as amended; hereinafter: ‘P.I.T.A.’).

⁵ Act of 28 July 1983 on inheritance and gift tax (Journal of Laws 2021, item 1043 as amended).

⁶ Income tax, Act No. 586/1992 Coll.

2 | An attempt to define a social phenomenon

„Sugar dating” is a term used to describe the relationship between a so-called „sugar daddy/mommy” (depending on the gender of the subject, also referred to as „sponsor”^[7]) and a so-called „sugar baby” (also referred to as „sponsored”). The sponsor is usually an older, wealthy man who buys expensive gifts or directly transfers funds to the sponsored, usually a much younger and charming woman, in exchange for spending time together, making public appearances, or offering sexual gratification^[8]. The Polish Regional Administrative Court in Gliwice, in its judgment of 21 October 2010^[9], defined sugar dating (in Polish: sponsoring) as follows:

” In the literature, the so-called ‘sponsoring’ is also distinguished as a form of prostitution, which consists in tying oneself in a longer, informal relationship with one person, often with a certain emotional commitment, in which one of the parties offers sex primarily in exchange for financial or material benefits received^[10].

Sugar dating, of course, is not a new phenomenon. Throughout history, many people (formerly women) have used their charms and sometimes their intellect to their advantage by obtaining benefits from relationships with famous, rich, and powerful people (formerly usually men)^[11]. The sexual element is sometimes treated as an inherent feature of this relationship,

⁷ In Polish, sugar dating is referred to by the term „sponsoring” – see Renata Gardian-Miałkowska, *Zjawisko sponsoringu jako forma prostytucji kobiecej* (Kraków: Oficyna Wydawnicza Impuls, 2010). It is also used in the media, and there have even been feature films about this phenomenon under the title *Sponsoring* (<https://www.filmweb.pl/film/Sponsoring-2011-509760>). However, this film produced in Poland is concerned with the French reality. The terms „sponsoring” and consequently „sponsor” and „sponsored” will be used to simplify the presentation of the article’s subject matter. They also have the additional advantage of not referring to the genders of the parties involved in the relationship.

⁸ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/sugar-daddy>.

⁹ I SA/GI 476/10.

¹⁰ Cf. Renata Gardian-Miałkowska, *Zjawisko sponsoringu jako forma prostytucji kobiecej* (Kraków: Oficyna Wydawnicza Impuls, 2010).

¹¹ For a broader discussion, see Alex Miller, „Sugar Dating: A New Take on an Old Issue” *Buffalo Journal of Gender, Law and Social Policy*, 20 (2011/2012).

and sugar dating has been explicitly linked to prostitution^[12]. However, these relationships do not always need to have sexual components; the parties' obligations depend entirely on the subjects' preferences when entering a contract. There is no single legal definition of this phenomenon. However, the general public's perception is that sugar dating is associated with sex and prostitution. Therefore, this study will generally refer to this type of sugar-dating relationship, only pointing out the consequences of the absence of a sexual element.

Therefore, sugar dating is usually considered a specific form of prostitution based on a money-for-sex transaction. However, typical prostitution is a simpler event that involves a single transaction. Prostitution is „a sexual activity provided by women, men, and transsexuals in exchange for payment”^[13]. Repeat transactions may occur, but these successive transactions are not linked. A distinguishing feature of sugar dating is the long-term nature of the relationship, which can complicate the assessment of its tax consequences. Among other things, long-term relationships can create additional relationships that do not fit the typical pattern of prostitution.

Sugar dating is referred to in Poland by a somewhat ambiguous term, „sponsorship”, emphasising the financial nature of the relationship. The provisions given by a sugar daddy/sugar mommy (sponsor) to a sugar baby (sponsored) may only have a monetary dimension. Still, they may also consist of certain benefits in kind (e.g., provision of accommodation or holiday trips), which may further complicate the problem of taxation of such behaviour.

The Polish terminology for sugar dating emphasises that a feature of sugar dating is the economic inequality of the parties involved. Only one of the parties bears the costs of operating the relationship (sponsors the other party), ensuring the maintenance of the sugar baby/sponsored.

Monogamy is not a necessary feature of such relationships (indeed, sponsors may request such an „add-on” to a relationship of a primary nature, meaning marriage or an informal relationship of a similar nature). However, due to the permanence and nature of these economic relationships, this form of prostitution can tend toward a kind of monogamy. Therefore, sugar dating can be assumed to be a form of prostitution that

¹² Miller, „Sugar Dating: A New Take on an Old Issue”, 33.

¹³ Łukasz Dylewski, Pavol Prokop, „Prostitution”, [in:] *Encyclopedia of Evolutionary Psychological Science*, ed. Todd K. Shackelford, Viviana A. Weekes-Shackelford (Berlin: Springer, 2019), 1. https://doi.org/10.1007/978-3-319-16999-6_270-1.

is less „brutal” from a moral point of view, thanks to the permanence of the relationship, and could be condemned less than typical prostitution. Its boundaries are less clear-cut, and thus, its legal qualifications may be more questionable.

However, while sugar dating fits the definition of prostitution, „some forms of sponsorship resemble stable marriage. These forms can intermingle. Until the 19th century, a woman was given in marriage, and it was marital prostitution because the interests of families were more important than love”^[14]. Phenomena such as prostitution, sugar dating, sponsorship, and arranged marriage contain standard features due to the sexual context.

3 | Prostitution, sugar dating, and related behaviour. Different countries, different legal approaches

Black’s Law Dictionary defines prostitution as „1. The act of practice of engaging in sexual activity for money or its equivalent; commercialized sex; 2. The act of debasing”^[15]. There is no single model in the world for defining prostitution as an act in particular due to cultural and social differences that affect people’s assessment of the issue in a given country. In fact, in European countries, the days when a prostitute risked being stoned are a matter of the past. Some countries take a liberal approach to prostitution, where it is allowed, and sex workers receive all the benefits of legal work (e.g., Germany and the Netherlands)^[16]. Therefore, people engaged in prostitution usually pay taxes through their employer or under the licence of self-employed people. Prostitution has also been partially legalised in some countries, with protections applying only to female sex workers but not

¹⁴ Maria Świetlik, „Sponsoring – między małżeństwem a prostytutką” *Przekrój*, No. 9 (2012): 12–15 – interviewed by Andrzej Depko, Anna Grzywacz, Agnieszka Kościańska, Ewa Majewska. https://pl.wikipedia.org/wiki/Prostytucja_w_Polsce#cite_note-23. [accessed: 20.10.2022].

¹⁵ *Black’s Law Dictionary*. 10th ed. ed. Bryan A. Garner (St. Paul: Thomson Reuters, 2014), 1417.

¹⁶ Nomi Levenkron, *The Legalization of Prostitution: Myth and Reality. A Comparative Study of Four Countries*. (Heinrich Böll Foundation, 2007), 14–15.

entities organising prostitution or clients^[17]. The sex worker approach is another form of legalisation, where a woman's decision about her choice of profession is indicated and accepted, and emphasis is placed on protecting her rights^[18]. There is also the religious or conservative approach, where no form of prostitution is legal; Israel takes such an approach^[19].

In Poland and the Czech Republic, prostitution is not legal. Labour laws do not regulate prostitutes; it is not possible to create an employment contract involving the provision of sexual services. Furthermore, prostitution is not punishable. As a rule, neither the prostitute nor the client is subject to liability. There are, of course, exceptions to the principle of the legality of prostitution. In the Czech Republic, prostitution near schools and other places designed for children is punishable by law^[20]. This legislation shows that this phenomenon is also not overlooked in the legislation. In addition, medical and other assistance is provided to prostitutes. Another example of a pragmatic attitude towards prostitution is the newly introduced institution of „sexual assistance” (cz. *sexuální asistence*)^[21].

However, in both Poland and the Czech Republic, certain behaviours related to prostitution can be subject to criminal liability. In these countries, only prostitution in the strict sense of the term is decriminalised as an act involving the provision of sexual services. Inducing another person to engage in prostitution (procuring^[22]) is punishable in Poland^[23]. Inducement may take various forms, particularly convincing parties of the necessity of this type of action, presenting its positive sides, encouraging, requests, etc.^[24]. Facilitation of prostitution (known as pandering^[25]) is also subject to criminal liability^[26], which can involve, in particular, providing premises or acting as an intermediary to contact or solicit customers,

¹⁷ For the Swedish context, see Nomi Levenkron, *The Legalization of Prostitution*, 14–15.

¹⁸ Nomi Levenkron, *The Legalization of Prostitution*, 13.

¹⁹ *Ibidem*, 9.

²⁰ § 190 of the Czech Criminal Code.

²¹ <http://www.sexualni-asistentka.cz/>. [accessed: 20.10.2022].

²² In Polish: „stręczycielstwo”.

²³ Article 204 § 1 of the Polish Criminal Code.

²⁴ Konrad Lipiński, „Art. 204”, [in:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, ed. Jacek Giezek (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021).

²⁵ In Polish: „kuplerstwo”.

²⁶ Article 204 § 1 of the Polish Criminal Code.

including via the Internet^[27]. Moreover, profiting from prostitution by another person (known as pimping^[28]) is also punishable^[29].

In the Czech Republic, prostitution criminal laws are similar, although the legal terminology is slightly different. According to § 189 of the Czech Criminal Code, anyone who induces, persuades, or employs another person to engage in prostitution or benefits from prostitution practised by another person is criminally liable^[30]. However, under § 190 of the Czech Criminal Code, engaging in prostitution near schools and similar facilities for children is prohibited. The Polish and Czech laws provide specific regulations against the sexual exploitation of children. Human trafficking, or any situation where bodily harm to a prostitute occurs, is also punished.

Sometimes, administrative law provisions may be used to combat prostitution. For example, in the Czech Republic, municipalities may regulate public order in their generally applicable ordinances under Article 14 of Act No. 128/2000 Coll. on Municipalities. In these ordinances, a municipality can combat prostitution in the context of advertisements or solicitation in a public place (i.e., within the framework of public order) but may not prohibit prostitution itself. Prohibition of prostitution can only be regulated by legislation.

From a Polish point of view, it is surprising that in the Czech Republic, there has been a social assistance service for mentally and physically disabled people (cz. *sexuální asistence*) since 2015. This service, contrary to appearance, does not have to be related to prostitution at all. However, there are no provisions for sexual assistance. Sexual assistance is divided into passive and active categories. Passive assistance involves mediating the purchase of sexual aids, preventive medical examinations, or awareness and education activities in the intimate and sexual sphere. This cannot be considered prostitution (i.e., paid sexual intercourse). Active sexual assistance consists of prostitution (technically, it is prostitution). Still, in its spirit, it is not just an exchange of financial resources and intimate services, but a social service for people who cannot satisfy themselves intimately

²⁷ Piotr Kosmaty, „Kuplerstwo w sieci. Czy można ułatwić uprawianie prostytutki za pomocą Internetu?” *Prokurator*, No. 3-4 (2007): 127 et seq.

²⁸ In Polish: „sutenerstwo”.

²⁹ Article 204 § 2 of the Polish Criminal Code.

³⁰ This offence is called „Kuplířství” in the Czech Republic but covers a much broader range of activities than the offence of ‘kuplerstwo’ in Polish criminal law.

in other ways. In its opinion, the Ministry of the Interior stated^[31] that if a sex agency does not want to commit an offence under Article 189 of the Criminal Code, it must cumulatively meet five conditions:

1. The sex agency will not actively mediate relationships and meetings between active sex workers and clients.
2. Relationships between the agency and active sex workers must occur exclusively at the outreach, education, and training level and processing of necessary personal data.
3. On the initiative of the client or the client's guardian or legal representative, the sex agency must provide the personal data of all persons on the list of persons trained in sexual assistance rather than the data of a single person under Act No. 101/2000 Coll. on the protection of personal data (i.e., with the informed prior consent of the active sexual assistance worker). In this respect, the Ministry of Interior disagreed with the Supreme State Prosecutor's Office, which sees in employee data provision a potential fulfilment of the offence of facilitation of prostitution under Article 189 of the Criminal Code, namely the element of solicitation, which is explicitly mentioned in this provision. In the opinion of the Supreme State Prosecutor's Office, these agencies could therefore be in the position of perpetrators of the crime of facilitation of prostitution, as mentioned above.
4. Agencies will not ask for any remuneration for providing clients with personal information about sex workers, nor will they ask for feedback from both clients and sex workers.
5. The educational and training activities of the agencies should be conducted so that they cannot arouse the active interest of the participants in prostitution so that the grooming act is not performed.

These personnel are not employees of the organisations where these people reside or their households therefore it is an external service. It follows

³¹ Michal Šmid. *Projekt intimní a sexuální asistence z pohledu trestního práva – není tento projekt v rozporu s trestným činem kuplířství?*, 2015. <http://www.sexualniasistence.cz/projekt-intimni-a-sexualni-asistence-z-pohledu-trestniho-prava-nejeni-tento-projekt-v-rozporu-s-trestnym-cinem-kuplirstvi/>. [accessed: 6.06.2022]. [accessed: 20.10.2022].

that they are self-employed for tax purposes. Theoretically, it is possible to bring these assistants together under the auspices of a company or association/foundation and make them employees. However, the term „sexual assistant” (cz. *sexuální assistant*) must be distinguished from „sexual confidant” (cz. *sexuální důvěrník*), which refers to employees of social or health institutions who provide counseling or education on sexuality and relationships to the target group with which they work. Unlike these personnel, a sexual assistant may touch the client, caress them, hug them tightly, or engage in sexual interactions. A sexual confidant cannot do this in any case. They must operate as someone who provides counselling, consultation, and education^[32].

Both types of income are subject to the Income Tax Act and are taxed as dependent or self-employment income.

It seems that analogous actions undertaken by agencies in Poland would not be subject to criminal liability either, as long as they do not induce prostitution. However, the actions of the assistants themselves would be treated as prostitution. These issues, however, go beyond the typical case of sugar dating, and their presentation in this article is intended only to show the legal background behind the taxation issue.

4 | Polish and Czech personal income tax in the face of illegal and immoral activities – regulatory overview

In Poland, the principle of legalism is constitutional^[33]. Therefore, the actions of public authorities must be based on legal provisions. Public authorities must therefore always indicate the legal basis for their actions. Therefore, even in the case of individuals, it may be assumed that everything not expressly prohibited by law is legal.

The principle of legalism does not easily translate into matters of taxation. No general norm prohibits taxing a taxpayer’s illegal or at least immoral actions. The prohibition of illegal actions refers to the actions

³² More about sexual assistance: <https://www.freya.live/cs/sexualni-asistence/o-sexualni-asistence#co%20je%20sa>. [accessed: 20.10.2022].

³³ Article 7 of the Polish Constitution.

of tax authorities in imposing taxes. The tax authority must therefore act legally, but its actions will not necessarily be concerned with the legal actions of the taxpayer.

This does not mean that such actions always lead to tax consequences. It depends on the regulations in the specific act regulating the tax. According to Article 2(1)(4) of the Act of 26 July 1991 on Personal Income Tax, „The provisions of the Act shall not apply to: (...) 4) income arising from activities that cannot be the subject of a legally effective contract”.

The jurisprudence of Polish administrative courts uniformly accepts that this refers to acts that cannot be the subject of a legally effective contract at all. The Provincial Administrative Court in Poznań, in its judgment of 12 March 2014^[34], stated:

” The subject of a legally effective contract, within the meaning of Article 2(1)(4) of the P.I.T.A., cannot be behaviour which, by its very nature, is contrary to the laws of nature, the law or the principles of social coexistence and, consequently, cannot be specified at all in the content of a valid contract that produces the intended effects. The fact that a contract that is invalid under civil law has been concluded does not mean that any income arising from it is not subject to the law. This is because if the reason for the invalidity of the contract does not lie in the essence of the taxpayer’s conduct (activity) from which the revenue arises, and the benefit received as a result of the performance of the invalid contract can be considered revenue within the meaning of the Income Tax Act, then the revenue is subject to the Act.

This opinion means that, for example, revenue derived from activities undertaken without the required authorisation (or concession) is taxable, as they are not activities that cannot be the subject of a legally effective contract^[35].

Even when a taxpayer’s action may be a criminal offence, this means that some things that result from the offence are taxable:

” The party purchased fuel of unknown origin and, to document this transaction, used invoices that did not reflect the actual course of economic events, with the result that the tax authorities did not recognise

³⁴ I SA/Po 773/13.

³⁵ Judgment of the Supreme Administrative Court of 12 April 2011. II FSK 2022/09.

the amounts indicated in them as deductible costs. However, the act of purchasing fuel is neither an act contrary to the law, as the law does not prohibit the purchase of fuel, nor an act contrary to good morals”^[36].

However, it is possible that the taxpayer purchased the fuel illegally, but the sale of the fuel itself may be the subject of an agreement. As a result, the fruits of the crime may be subject to income taxes. If the taxpayer sells the stolen goods, they must pay a tax on them^[37]. In the same way, income obtained from the illegal sale of drugs for sexual potency is subject to income tax, as such drugs could be traded^[38].

However, in the real estate tax, which is regulated by the Act of 12 January 1991 on Local Taxes and Fees^[39], the question of the legality of taxpayer’s actions is of no relevance. Every building is subject to taxation, regardless of whether it was legally erected. The taxpayer is the owner but also the sole possessor and sometimes the dependent possessor. According to Article 336 of the Civil Code,^[40] „The possessor of a thing is both the one who wields it like an owner (spontaneous possessor) and the one who wields it like a usufructuary, pledgee, lessee, hirer or having any other right with which specific authority over another’s thing is connected (dependent possessor)”. The fact that the possessor is in bad faith (i.e., knows or should have known that they are not entitled to ownership or any other right) is irrelevant to the taxation of that property. This means that even someone breaking the law will be a property taxpayer. In the Czech Republic, the rules described above also apply.

However, from a criminal law perspective, in the Czech Republic, illegal income is not subject to income tax; this includes income from criminal activities. This does not mean that illegally obtained funds are considered illegal in this way. The subject does not carry out any activity but only pretends to do so to a large extent and issues receipts or income documents (e.g., for sales in a diner, the chosen method of proving costs by a flat rate on income). Of course, the state will confiscate the proceeds or benefits of

³⁶ Judgment of the Regional Administrative Court in Gorzów Wielkopolski of 4 April 2012. I SA/Go 77/12.

³⁷ Provided, of course, that they gain a benefit (i.e. there is no forfeiture of such gain under criminal law).

³⁸ Judgment of the Supreme Administrative Court of 22 October 2019, II FSK 3795/17.

³⁹ Journal of Laws 2022, item 1452 as amended.

⁴⁰ Act of 23 April 1964, Journal of Laws 2022, item 1360, as amended.

a crime in pending criminal proceedings, either through the institution of seizure under section 79a of Act No. 141/1961 Coll. Criminal Procedure Code or as a separate penalty of asset forfeiture under section 52(1)(d) of Act No. 40/2009 Coll. Criminal Code. Impunity of the offender for any reason (expiry of the criminal record due to pardon, the statute of limitations, etc.), except decriminalisation, does not legalise the proceeds of the offence, so seizure of property and seizure of surrogate value under Sections 101 and 102 of the Criminal Code may still occur. These are measures that are not time-barred. The state must not allow a systemic loophole that would allow the offender to get off scot-free and still be able to legally enjoy and benefit from the fruits of their criminal activity.

By not declaring the proceeds of crime in their tax return and paying according taxes, the offender cannot commit the offence of tax evasion, as they would violate the prohibition against self-incrimination arising from judgements of the Czechoslovakian Supreme Court (Rt 28/1957 and Rt 53/1974). Therefore, this view is a completely established approach to decision-making practices.

Taxing illegal income does not necessarily mean legalising it. This issue is closely related to a fundamental rule and not only a procedural principle of tax administration (i.e., non-publicity and confidentiality). This principle is not absolute in the Czech Republic. Typically, data from tax administration are provided to other public administration bodies exempted from the Tax Code. In addition to social security authorities, health insurance institutions, the Financial Analysis Office and courts, tax administration authorities have an information obligation towards law enforcement authorities. Thus, if one of the offences listed in the provisions of Article 52(2) of the Tax Code is involved, or if someone pays or wants to pay tax from such criminal activity, they would be convicted, and the property would be confiscated, but not necessarily. The question is what will be proven and whether it would be appropriate to at least tax this income because of the obligation to prove the origin of the property. The impossibility mentioned above when taxing certain illegal sources of income is thus rather of a procedural nature, and the possibility of paying tax on income from criminal activities would lead to criminal prosecution of the tax subject since, as mentioned above, the tax administrator has a reporting obligation.

5 | Is it possible to enter into a sugar-dating agreement?

Regarding whether it is possible to enter into a sugar dating agreement, the solution adopted in the Polish Personal Income Tax Act refers to civil law through the possibility of concluding an agreement concerning a given activity because an agreement usually means a civil law agreement. Such a link between tax law and civil law is not unusual. Tax law usually relies on civil law when forming taxable facts. A specific exception is the regulation of value-added tax due to both the specificity of the legal constructions of this tax and the fact that the tax regulation must fit into the legal systems of the 27 EU member states. Meanwhile, civil law is subject to limited harmonisation at the EU level. Therefore, the fundamental question arises: Is establishing a legal sugar dating contract in Poland and the Czech Republic possible?

Article 58 § 2 of the Civil Code is of key importance in the Polish legal system, according to which „A legal act contrary to the principles of social coexistence is invalid”. This general clause ensures that legal regulation is consistent with society’s principles. Interestingly, it was inspired by Soviet laws of the communist era in place of the traditional clauses of equity, good faith, and honesty in trade^[41]. There was an undelying connection with the belief that „the clause of principles of comity was directed at the transformation and improvement of reality, its adaptation to new ideological and political requirements”^[42]. However, in practice, after the political changes in Poland after 1989, the principles of co-existence continued to perform their function as specific principles of equity, especially in the context of Article 5 of the Civil Code^[43].

Given the diversity of beliefs in society, a difficult question arises: How can these rules of social co-existence be determined? The literature points, inter alia, to the possibility of referring to constitutional regulation:

⁴¹ Marcin Sala-Szczypiński, „Znaczenie zasad współżycia społecznego w prawie polskim” *Państwo i Społeczeństwo*, No. 1 (2005): 56.

⁴² Marek Safjan, „Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)” *Państwo i Prawo*, No. 11 (1990): 49.

⁴³ Art. 5 Polish Civil Code: One may not make use of one’s rights in a manner that would be contrary to the social and economic purpose of that right or to the principles of social coexistence. Such an act or omission by the right holder shall not be considered an exercise of the right and shall not be protected.

” Of primary importance in this regard is Article 30 of the Constitution of the Republic of Poland, which states that inherent (and therefore primary concerning the system of state law) human dignity is inalienable (first sentence) and inviolable (second sentence). The prohibition of violating human dignity arising from the second sentence of Article 30 of the Constitution of the Republic of Poland is universal and also applies to civil law entities (see L. Bosek, *Gwarancje godności ludzkiej*, Warszawa 2012, 121 et seq. and views cited therein). Also, any legal action must respect this dignity, which applies to the dignity of the people performing the legal action and the dignity of third parties. The first aspect is worth highlighting. In light of Article 30 of the Constitution of the Republic of Poland, it must be stated that a person’s freedom and autonomy do not go so far as to allow him to surrender his dignity or give effective consent to its infringement, including infringement of human rights and freedoms that are an emanation of that dignity (cf. the first sentence of Article 30 of the Constitution of the Republic of Poland), even if the relevant declaration of will is fully correct (cf. L. Bosek, *Gwarancje godności*, p. 203: the author points out that the prohibition to violate human dignity and the prohibition to dispose of human dignity imply an intrinsic limit to freedom and self-determination)^[44].

Prostitution can, in principle, be regarded as violating the sphere of human dignity. In Poland, there seems to be a widespread conviction that it is evil, even though it is not criminalised. There is little doubt in jurisprudential practice that it is not possible to establish such a contract^[45].

Of course, the natural question arises as to whether these principles of social co-existence are immutable or can be modified as society’s views change. The jurisprudence of the Constitutional Court^[46] has considered^[47] whether the principles of social coexistence are instruments of law-making by the courts. In its judgment of 17 October 2000, the Constitutional Court stated the following:

” [The Court] is of the opinion that a breach of the requirement of foreseeability of the court’s decision when applying the general clause may occur in three situations: first, if the prerequisites for the

⁴⁴ Roman Trzaskowski, „Art. 58”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Vol. I, Część ogólna (art. 56–125), ed. Jacek Gudowski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021).

⁴⁵ Judgment of Supreme Administrative Court of October 23, 2018, II FSK/16.

⁴⁶ Judgment of the Constitutional Tribunal of 17 October 2000, SK 5/99.

⁴⁷ Against the background of Article 5 of the Polish Civil Code.

understanding of this general clause were not only objective but also subjective in nature; second, if the wording of the general clause did not provide sufficient guarantees that its interpretation in case law would become uniform and precise so that the possibility of predicting a specific outcome would be ensured; and third, if from the wording of this general clause it would be possible to derive the law-making powers of the courts, expressed in particular in the right of the court to give new content to Article 5 of the Civil Code on its own”.

In resolving the issue, the Constitutional Tribunal expressed itself in favour of the objective nature of the concept of the principles of social co-existence. It held that the jurisprudence of the courts is generally predictable. The Court’s position seems to be an oversimplification. In most cases, courts apply the principles of social co-existence to property disputes, where changes in customs are of little importance. However, in the case of the intimate sphere of a person, changes in social beliefs regarding what is acceptable seem to be much more dynamic. The Constitutional Court treats the principles of social co-existence as an objective criterion. However, this does not necessarily mean that they are immutable. They are, after all, applied in practice by a judge who is part of society. Therefore, the judge will naturally apply that society’s standards during adjudication. If the rules of society change, the evolution of the rules of comity as a legal institution will follow. Of course, previously decided case law will provide considerable stabilising potential, as courts tend to follow their previous views.

Of course, it is currently difficult to imagine that there will be social acceptance of prostitution. However, sugar dating is a specific form of prostitution governed by rather fluid boundaries that will sometimes be difficult to draw in relation to a consensual partnership; this is called cohabitation in the traditional Polish legal language^[48]. Obviously, at first glance, there is a clear difference in the financial statuses of the parties and the lack of an emotional bonding element in the case of sugar dating.

⁴⁸ We also use the traditional term „concubinate”, even though the literature points out the inadequacy of this term derived from Roman law, where it was an extramarital union and not a family (see Witold Śmigielski, *Modele życia rodzinnego. Studium demograficzno-społeczne na przykładzie łódzkiej młodzieży akademickiej* (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego 2014), 80.

With regard to financial issues, it is important to remember that marital property agreements are completely legal in Poland^[49]. There is no doubt that cohabiting spouses can also agree to share the costs of living together as one household. Furthermore, there is no doubt that both spouses and co-habitants do not have to co-habit permanently without interruption. In particular, cohabitation, which is not regulated by law in Poland, can take various forms. It would be difficult to deny married or cohabiting couples the right to establish an agreement regulating the costs of living together, especially when only one will bear the costs of financing the relationship. Even in the case of marriage, the belief that both spouses should work professionally is a concept that started to find steam in the social consciousness of European culture in the last century. The difference thus turns out to be quite illusory. Paradoxically, this criterion brings sugar dating closer to the traditional 19th century marriage, where the man worked professionally and supported the family^[50].

The element of emotional connection is difficult to capture, especially when there is a dispute about the legal qualification of behaviour before a tax authority or an administrative court. How would a court determine this? Would it be just as contrary to the principles of comity to have a marriage without affection between spouses? The important point is that changes in customs are moving in the direction of loosening the emotional bond of the partners, which is expressed, among other things, in the low stability of relationships^[51].

If sugar dating has no sexual context, it would be difficult to accuse this relationship of a breach of social mores. As a result, the income derived from it is subject to Czech law, and jurisprudence operates with a vague concept of „good morals”. Interestingly, the Czech civil law approach to the possibility of a sugar dating agreement is similar. According to the decision of the Constitutional Court, ref. no. II ÚS 2883/21 of 19 April 2022,

⁴⁹ They are in fact regulated in Article 47 et seq. of the Family and Guardianship Code of 25 February 1964, Journal of Laws of 2020, item 1359 as amended.

⁵⁰ Of course, we are not equating sugar dating with marriage in the nineteenth century here but merely demonstrating the flawed criterion of economic dominance.

⁵¹ Interestingly, in Poland, it is difficult to speak of a clear tendency in the change of the breakdown of the traditional concept of family – CBOS, „Preferowane i realizowane modele życia rodzinnego” *Komunikat z badań*, No. 46, (2019): 2–3. https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2019/K_046_19.PDF.

” The concept of »good morals« must not be interpreted merely as a set of moral principles used as a complementary content factor in the exercise of subjective rights and obligations but as an injunction for the judge to decide according to a sense of fairness; this in its consequences implies the establishment of a path to seek justice. The principle of compatibility of the exercise of rights with good morals is an important equaliser to mitigate the severity of the law in justified cases and to give the judge room to apply the rules of decency. The concept of decency must, therefore, also be interpreted as an injunction for the judge to rule *praeter legem*, and exceptionally, even *contra legem*”^[52].

However, Czech tax law does not use this concept and does not distinguish income obtained according to good morals. In the Czech Republic, a country that originated from a Judeo-Christian cultural heritage, prostitution, or similar services involving sexual or intimate services for a fee are viewed negatively and pejoratively. However, even this view is gradually shifting.

Therefore, if we are discussing the assessment of a contract between a provider of funds and a paid sex worker, we would inevitably encounter the provisions of Article 588 of Act No. 89/2012 Coll., Civil Code, which regulates absolute nullity. According to Vladimír Beran’s commentary on the Civil Code, the court may consider absolute nullity *ex officio*; „Thus, a legal act is either manifestly contrary to morality and is void, or it is in accordance with morality and is valid”^[53]. Consequently, „sugar dating” is contrary to good morals as an act that occurs without explicit legal regulation and therefore cannot be the subject of any valid contract in the Czech legal environment. However, the boundaries of sugar dating are not obvious at all.

⁵² Judgment of the Constitutional Court of the Czech Republic of 19 April 2022, II. ús 2883/21, Brno: AutoCont CZ, a.s., 2006 [accessed: 6.10.2022]. <https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=119882&pos=1&cnt=1&typ=result>.

⁵³ Jan Petrov, Michal Vytisk, Vladimír Beran, *Občanský zákoník. Commentary*, 2nd ed. (1st update) (Prague: C.H. Beck, 2022), § 588.

6 | Taxation of sugar baby income according to Czech income tax laws

The key to determining the scope of taxation in the Czech Republic (i.e., the subject of the tax) is governed by the provisions of Section 3 of the Income Tax Act. It includes both a positive and negative definition of tax, and the law further regulates income that is subject to tax but exempt. These are the following forms of income governed:

- a. Income from employment,
- b. Income from self-employment,
- c. Income from capital assets,
- d. Rental income,
- e. Other income.

Furthermore, the law explicitly states that monetary and exchange revenues are considered revenues. In 2016, an amendment to the Income Tax Act came into force, addressing the so-called proof of income, or generally the increase in assets and tracking their movements.

According to the Supreme Court of the Czech Republic's judgment of 2006, No. 2 Afs 42/2005-136, any increase in the taxpayer's assets should be considered income subject to income tax. It must be real income, not apparent income. Under the provision mentioned above in Section 3(2), noncash income is also taxable. This income may be a gift (i.e., unpaid income). In the words of Vladimír Pelc in his commentary on the Income Tax Act 2021, „it is unpaid income (...) which, after taking into account gift tax in income taxes, is defined for tax purposes as income subject to income tax”^[54].

Since the sugar dating relationship cannot be the subject of a contract, but we also know that income from sugar dating is not negligible and should, therefore, be taxable, it would be considered non-cash income under Czech law. Therefore, one might think that the sugar dating relationship would have the characteristics of a contractual relationship and that the income (cash or non-cash) of the sponsored could be considered business income. However, since it cannot be considered a contractual

⁵⁴ Vladimír Pelc, *Daně z příjmů, zákon s poznámkami a judikaturou*, 1st ed. (Prague: C.H. Beck, 2021), 153-166.

formalised relationship (and there is a problem of a lack of evidence in Czech law since this activity is not carried out based on some formalised permit or authorisation), in the case of the sponsored, it must be considered noncash income.

Similar reasoning is accepted in Polish tax law. As noted above (leaving aside the issue of the difference in taxation rules for unpaid benefits), the sponsor's service is chargeable as he receives a sexual service for it.

However, unlike in Poland, in the Czech Republic, the gift tax falls under income tax, which is considered a way of increasing a person's wealth. Therefore, consideration must be given as to whether exceptions to taxation in the form of, for example, tax exemptions would apply.

The exemption provided for in Section 10(3)(c)(1) of the Income Tax Act („tax-free income is an unpaid income coming from a relative in the direct line and in the collateral line if the relative is a sibling, uncle, aunt, nephew or niece, spouse, child of a spouse, parent of a spouse or spouse of parents”) does not appear to be applicable. There may be more doubt about the exemption under Article 10(3)(c)(2) of the Income Tax Act („free of tax is [...] unpaid income [...] from a person with whom the taxpayer, immediately before receiving the unpaid income, lived in a jointly run household for at least one year and for that reason took care of the household or was dependent on that person”). However, proving that the parties involved in a sugar-dating relationship formed a household could be difficult. This is not the case in typical sugar dating relationships, where money-for-sex transactions occur.

Instead, the provision of Section 10(3)(c)(5) of the Income Tax Act may be applicable („tax-free is [...] unpaid income [...] acquired occasionally, provided that their total from the same taxpayer in the tax year does not exceed CZK 15,000”^[55]).^[56] In addition, income, even in cash, is also exempt from tax if the total for the taxpayer does not exceed CZK 30,000 in the tax period^[57].

These tax exemptions ensure that no entity in the Czech Republic has to tax ordinary small gifts (such as birthday presents), transfers of family wealth from parent to child or from husband to wife (and vice versa) or between partners. In the case of a typical sugar dating relationship in the Czech Republic, there is more business exchange income than gift income

⁵⁵ Around €610.

⁵⁶ Pelc, *Daně z příjmů, zákon s poznámkami a judikaturou*, 153–166.

⁵⁷ See § 10 (3) (a) Income tax, Act No. 586/1992 Coll.

because there is reciprocity. Therefore, the sponsor's and sponsored income is subject to income tax under the Income Tax Act.

7 | If not income tax, what about gift tax?

The exclusion of taxing income derived from sugar dating in Poland makes one wonder whether it should be taxed on gratuitous benefits. In Poland, gratuitous donations are generally subject to inheritance and donation taxes, regulated by the Act of 28 July 1983^[58]. According to Article 1, the tax on inheritance and donations is subject to the acquisition by natural persons of the ownership of things located on the territory of the Republic of Poland or property rights exercised on the territory of the Republic of Poland by way of the following:

” 1) Inheritance, simple bequest, further bequest, legacy, testamentary disposition; 2) donations, donor instructions; 3) free disposal of co-ownership; 4) a reserved share if the beneficiary has not obtained it by way of a gift made by the testator or by inheritance or bequest; 5) unpaid: annuities, usufruct and easements”.

The subject of inheritance and gift tax is not every gratuitous acquisition of property, but only acquisitions that occur through civil law transactions or by inheritance. In most cases, civil law contracts are involved. As indicated above, in the case of sugar dating, there is no possibility of a valid contract due to a conflict of interest which limits the ways to tax inheritance and gift taxes given by sugar daddies/mommies.

Even if this circumstance were to be disregarded, such a consideration would often not fall within the scope of the contract in question. First, it cannot be considered that a donation contract is being concluded here. According to Article 888 of the Civil Code, by a donation contract, the donor undertakes to provide a gratuitous service to the recipient at the expense of his estate.

However, in the case of sugar dating, as in the case of ordinary prostitution, the service provided by the sponsor cannot be considered free. On the

⁵⁸ Journal of Laws 2021, item 1043 as amended.

contrary, the transaction (admittedly contrary to the principles of social coexistence) presupposes full reciprocity of benefits between the parties, as the financial benefit of the sugar daddy/sugar mommy is a payment for the sexual services provided by the sponsored person. A donation can be made to the partner, even if it is a mere lover when the donor is married to another person^[59], but not to the sponsored person. This is because, in the case of an affair, there is no transaction where there is mutual benefit between the parties.

Unlike Poland, in the Czech Republic, as mentioned above, donations are subject to income tax, as they are also income (i.e., a way to increase a person's wealth).

8 | Benefits of the sponsored person to the sponsor beyond the sexual sphere

The relationship between a sugar baby and a sugar daddy/sugar mommy may yield benefits beyond the standard benefits covered by this rather specific contract. The sponsor can, for example, become involved in supporting the sponsor's business, accompanying the sponsor to meetings and organising them. Such activities, although to some extent a consequence of sugar dating, go beyond the scope of this contract. There are no grounds to consider such activities contrary to the principles of social co-existence under Polish law. It is worth recalling that Polish law recognises only such actions as not subjects of a legally effective agreement, which, in kind, cannot be the subject of any agreement in other factual circumstances. Since support in running a business, organising meetings and accompanying others during them may be the subject of normal transactions, the fact that the sponsored person provides these services does not automatically mean that the income derived is not taxed. Of course, the division of the income of the sponsored person between that derived from sugar dating and that tax can be a problem.

Business cooperation between the sugar daddy/sugar mommy and sugar baby can raise questions about the tax liability of the sponsored person. Persons responsible for the tax liabilities of taxpayers in Poland include

⁵⁹ Judgment of the Regional Court in Poznań of 8 February 2018, XII C 989/17.

the so-called third parties. These persons are indicated directly in the provisions of the Tax Ordinance as being responsible for the taxpayer's tax liabilities. The administrative courts take a restrictive approach to this enumeration, and applying reasoning per analogism here is impossible. According to Article 111 § 1 of the Tax Ordinance:

” A member of the taxpayer's family shall be jointly and severally liable with the taxpayer carrying out business activities for tax arrears arising from those activities and arising during the period in which the member of the family continuously cooperated with the taxpayer in the performance of those activities, deriving benefits from the activities carried out by the taxpayer”.

The Tax Ordinance contains a legal definition of „family member”. According to Article 111 § 3 of the Tax Ordinance, „Members of the taxpayer's family shall be considered as descendants, ascendants, siblings, spouses of descendants, a person in an adoption relationship and a person in actual cohabitation with the taxpayer”^[60]. The key term here is „in actual cohabitation”. It refers to a situation in which two people form an informal relationship that is nevertheless similar to marriage. Therefore, in Polish, the word „cohabitation” should be treated as related not only to the sexual domain but also to living together, forming some kind of emotional connection. Therefore, the above provision would not cover the sponsored person. As indicated above, if sugar dating does not have a sexual context, it would be subject to income tax on a general basis. In the case of Czech tax law, this problem does not exist as income from sugar dating should be taxed.

9 | Why are Polish administrative courts interested in prostitution in the context of tax law?

It may be surprising to an outside observer that Polish administrative courts deal relatively frequently with the issue of taxing prostitution according to personal income tax laws. In the Central Database of Administrative Court

⁶⁰ The fact that the taxpayer's spouse is not a family member is due to the fact that the spouse's liability is governed by different and much less favourable rules.

Jurisprudence^[61], as many as 121 judgments relating to personal income tax in which the term „prostytycja” (Eng. „prostitution”) appears and 143 judgments in which there is a slightly more archaic synonym for prostitution, namely „nierząd” (Eng. „harlotry”). This is the case even if we take into account that, in some of the judgments, the reference to prostitution is only used to explain the problem of taxing services that cannot be the subject of a legally effective contract.

The reasons lie in a sanctioning (as much as 75%)^[62] income tax rate in Polish income tax law, which applies to undisclosed income^[63]. In short, this is the taxation of expenses not covered by sources disclosed by the taxpayer. Tax authorities usually apply this regulation when a taxpayer incurs large expenditures despite a lack of corresponding income. Income is taxed in an amount corresponding to the excess of the expense over taxed income (revenue) or non-taxed income (revenue) obtained before the expense is incurred^[64]. A taxpayer can avoid the tax if they can prove that although they had income that was not taxed, the non-taxation was due to the tax law. One source of untaxed income is income from activities that cannot be the subject of a legally valid contract, such as prostitution. It is quite safe for a taxpayer to demonstrate income from prostitution, as prostitution is not a criminalised activity under Polish law. Therefore, in the jurisprudential practice of Polish administrative courts, taxpayers try to convince the court that they have earned income from prostitution. At the same time, the tax authorities negate this by pointing to a lack of evidence^[65].

The paradox is that not only is prostitution not subject to income tax in Poland, but it is also a tool that taxpayers use to reduce their tax burden. It is, of course, difficult to assess how many cases taxpayers claim are true. Still, these claims are often attempts to conceal income earned from illegally conducted (and, as a result, untaxed) economic activity. In most cases, the assertions are not credible enough to convince the administrative

⁶¹ <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/cbo/query>.

⁶² The standard progressive tax scale in Polish personal income tax contains two rates: 12% and 32%.

⁶³ The official title of the chapter of the Personal Income Tax Act governing this issue is “Taxation of income not covered by disclosed sources or from undisclosed sources”.

⁶⁴ Article 25b(1) P.I.T.A.

⁶⁵ Judgment of the Supreme Administrative Court of 24 August 2021, II FSK 624/21; Judgment of the Regional Administrative Court in Gliwice of 19 January 2021, I SA/Gl 1031/20; and Judgment of the Supreme Administrative Court of 23 October 2018, II FSK 3069/16.

courts, and the courts do not give credence to taxpayers' assurances that they are deriving income from unlawfulness^[66].

The Czech legal system also contains regulations regarding „proof of income” and other facts related to increased wealth, consumption or other expenditures^[67]. The tax administrator may call upon a taxpayer to prove their income if the income stated in the tax returns does not correspond to the increase in wealth or consumption and if the difference between the stated income and the increase in wealth exceeds CZK 5 million. The notice may only relate to a period for which the period for the tax assessment, normally three years, has not yet expired. An asset increase is obtained after deducting the debts associated with asset growth. On being challenged, the taxpayer proves that duly taxed sources have financed their assets.

If the taxpayer cannot prove the origin of their income, the tax authority will proceed to assess the tax according to „special” means. This means it will estimate the amount of concealed income the taxpayer has by comparing it with the increase in assets and assessing taxes paid. At the same time, the authority will impose a penalty of up to 100 per cent of the tax so assessed^[68].

10 | Conclusions

Sugar dating related to the provision of sexual services remains outside the sphere regulated by civil law in Poland. Since such relationships cannot be the subject of a legally valid contract, any income earned from such transactions is not taxable. The distance from which Polish civil law approaches contracts in a sexual context leads paradoxically to tax privileging. In fact, income derived from prostitution is not taxed. The result is that it is relatively common for taxpayers to claim that they engaged in paid sexual activities and derived income from this source. However, when

⁶⁶ Nevertheless, it is possible to indicate a few judgments in which taxpayers have won, such as the judgment of the Regional Administrative Court in Gliwice of 21 October 2010, I SA/Gl 476/10.

⁶⁷ See §§ 38x–38ze Income tax, Act No. 586/1992 Coll.

⁶⁸ Zákon o prokazování původu majetku dnes vstoupil v účinnost. <https://www.mfcr.cz/cs/aktualne/tiskove-zpravy/2016/zakon-o-prokazovani-puvodu-majetku-dnes-26765>. [accessed: 21.10.2022].

the sexual aspect disappears from the relationship between sugar daddies/sugar mommies and sugar babies, we are again dealing with an activity from which related income is subject to normal taxation rules.

As the article demonstrates, the Czech tax law is less formalistic. As a result, sugar babies' incomes are taxed. The question remains: Is income tax paid? Alternatively, are supposed payers of prostitution-related taxes simply „hiding” other activities? A comparison of legal regulations led to the rather surprising conclusion that, from a tax point of view, it is better to engage in sugar dating in Poland, which is regarded as a country of religious people, than in the Czech Republic, which is regarded as a country of atheists^[69]. This is the result of Polish legal solutions, which exclude the taxation of many illegal events or contrary to morality. It is difficult to assess whether the differentiation in taxation rules regarding income from sugar dating has its roots in the differences in customs between the two countries. This seems to be an accidental effect of the legal constructions adopted.

Bibliography

- Black's Law Dictionary*. 10th ed. ed. Bryan A. Garner. St. Paul: Thomson Reuters, 2014.
- Central Statistical Office, *Religious denominations in Poland 2015–2018*. Warszawa, 2019. https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/en/defaultaktualnosci/3632/1/2/1/religious_denominations_in_poland_2015-2018.pdf.
- Dylewski Łukasz, Pavol Prokop, „Prostitution”, [in:] *Encyclopedia of Evolutionary Psychological Science*, ed. Todd K. Shackelford, Viviana A. Weekes-Shackelford. 1–4. Berlin: Springer, 2019. https://doi.org/10.1007/978-3-319-16999-6_270-1.
- Furstova Jana, Klara Malinakova, Dagmar Sigmundova, Peter Tavel, „Czech Out the Atheists: A Representative Study of Religiosity in the Czech Republic” *The International Journal for the Psychology of Religion*, 4 (2021): 288–306. doi 10.1080/10508619.2020.1844967.
- Gardian-Miałkowska Renata, *Zjawisko sponsoringu jako forma prostytucji kobiecej [The Phenomenon of Sponsorship as a Form of Female Prostitution]*. Kraków: Oficyna Wydawnicza Impuls, 2010.
- Kosmaty Piotr, „Kuplerstwo w sieci. Czy można ułatwić uprawianie prostytucji za pomocą Internetu?” [Online Pandering. Can Prostitution be Facilitated Through the Internet?], *Prokurator*, No. 3–4 (2007): 127–132.

⁶⁹ The authors refer to stereotypes.

- Levenkron Nomi, *The Legalization of Prostitution. Myth and Reality. A Comparative Study of Four Countries*. Heinrich Böll Foundation, 2007.
- Lipiński Konrad, „Art. 204”, [in:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz [Criminal Code. Particular. Commentary]*, ed. Jacek Giezek. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Miller Alex, „Sugar Dating: A New Take on an Old Issue” *Buffalo Journal of Gender Law and Social Policy*, No. 20 (2011/2012): 33–68.
- Pelc Vladimír, *Daně z příjmů, zákon s poznámkami a judikaturou*. [Income Taxes, Law with Notes and Case Law], 1st ed. Prague: C.H. Beck, 2021.
- Petrov Jan, Michal Vytisk, Vladimír Beran, *Občanský zákoník*. [Civil Code], 2nd ed. (1st update). Prague: C.H. Beck, 2022.
- Różańska Aniela, „(A)religijność po czesku – ateizm, analfabetyzm religijny czy coś więcej?” [(Ir)religiosity in Czech – Atheism, Religious Illiteracy or Something More?] *Edukacja Międzykulturowa*, No. 1 (2019): 39–54. DOI: 10.15804/em.2019.01.02.
- Safjan Marek, „Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)” [General Clauses in Civil Law (Contribution to the Discussion)] *Państwo i Prawo*, No. 11 (1990): 48–59.
- Sala-Szczypiński Marcin, „Znaczenie zasad współżycia społecznego w prawie polskim” [The Importance of Principles of Social Intercourse in Polish Law] *Państwo i Społeczeństwo*, No. 1 (2005): 51–60.
- Šmid Michal, *Projekt intimní a sexuální asistence z pohledu trestního práva – není tento projekt v rozporu s trestným činem kuplířství?* [Intimate and Sexual Assistance Project from the Perspective of Criminal Law – is this Project not Contrary to the Crime of Pimping?], 2015. <http://www.sexualniasistence.cz/projekt-intimni-a-sexualni-asistence-z-pohledu-trestniho-prava-neni-tento-projekt-v-rozporu-s-trestnym-cinem-kuplirstvi/>.
- Śmigielski Witold, *Modele życia rodzinnego. Studium demograficzno-społeczne na przykładzie łódzkiej młodzieży akademickiej* [Models of Family life. A Demographic and Social Study on the Example of Lodz Academic Youth]. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2014.
- Świetlik Maria, „Sponsoring – między małżeństwem a prostytutką” [Sponsorship – Between Marriage and Prostitution] *Przekrój*, No. 9 (2012).
- Trzaskowski Roman, „Art. 58”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz, Vol. I, Część ogólna* [Civil Code. Commentary, Vol. I, General Part] (art. 56–125), ed. Jacek Gudowski. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.





Jesteśmy razem już od 30 lat!

30 LAT

MILIONY SPEŁNIONYCH MARZEŃ

Przez ten czas zaufało nam już ponad milion Polaków.
To dla Was wciąż rozwijamy jakość oferowanych przez nas usług.

- Rachunki i debetowe karty płatnicze
- Pożyczki
- Ubezpieczenia
- Kredyty
- Kredyty konsolidacyjne
- Lokaty i konta oszczędnościowe
- Kredyty i pożyczki hipoteczne

Dziękujemy!

kasastefczyka.pl
801 600 100
(koszt wg taryfy operatora)



 **KASA STEFCZYKA**
MILIONY SPEŁNIONYCH MARZEŃ

Ubezpieczenie mieszkańcwoe



- **Szeroki zakres ochrony gwarantuje** wypłatę odszkodowania w sytuacji pożaru, zalania, kradzieży z włamaniem, przepięcia i innych zdarzeń losowych
- **Ubezpieczenie domków letniskowych** i nagrobków
- **OC** w życiu prywatnym

**Oferta dostępna w placówkach
Spółdzielczych Kas.**

*W ofercie również
ubezpieczenia:
zdrowotne, NNW,
podróżne i na życie!*