

NR

2(49) DWUMIESIĘCZNIK

PRAWO I WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS



NR

49

CZASOPISMO NAUKOWE POŚWIĘCONE PRAWU I BADAANIOM SPOŁECZNYM
JOURNAL IN LEGAL AND SOCIAL STUDIES

LAW & SOCIAL BONDS



ROK XIII / NUMER 2 (49)

VOL. 13 / NO. 2 (49)

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

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

ZASTĘPCA REDAKTORA NACZELNEGO DEPUTY

EDITOR-IN-CHIEF dr Jacek Skoczek
Spółdzielczy Instytut Naukowy w Sopocie
Cooperative Research Institute in Sopot

CZŁONEK ZESPOŁU REDAKCYJNEGO MEMBER OF

THE EDITORIAL TEAM prof. Alejandra Vanney
Universidad Austral w Buenos Aires
Universidad Austral, Buenos Aires

REDAKTOR JĘZYKOWY PROOFREADING

Michał J. Czarnecki

PROJEKT TYPOGRAFICZNY I SKŁAD

LAYOUT AND TYPESETTING

Szymon Strużyński studioformat.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. Pablo An Ping Chang Ibarra

University of the Americas

prof. Przemysław Dąbrowski

Uniwersytet Pomorski w Słupsku

ks. prof. dr hab. Antoni Debiński

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

Spółdzielczy Instytut Naukowy

dr. habil. JUDr. Rastislav Funta, Ph.D., LL.M.,

Danubius University

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 Mikołaja Kopernika

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

Spółdzielczy Instytut Naukowy

prof. uam, dr hab. Justyn Piskorski

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza

prof. kul, dr hab. Jadwiga Potrzeszcz

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 Szancilo

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. Pablo An Ping Chang Ibarra

University of the Americas

prof. Przemysław Dąbrowski

Pomeranian University in Słupsk

prof. Antoni Debiński

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

Cooperative Research Institute in Sopot

dr. habil. JUDr. Rastislav Funta, Ph.D., LL.M.,

Danubius University

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

Cooperative Research Institute in Sopot

prof. uam, dr hab. Justyn Piskorski

Adam Mickiewicz University in Poznań

prof. kul, dr hab. Jadwiga Potrzeszcz

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 Szancilo

European University of Law and Administration

in Warsaw

prof. Dariusz Szpoper

Pomeranian University in Słupsk

prof. Hideki Tarumoto

Hokkaido University

prof. uksw, dr hab. Krzysztof Warchałowski

Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw

Liczba punktów do oceny parametrycznej
jednostek naukowych – 100. Wersja
pierwotna jest wersją elektroniczną
Parametric evaluation of scientific units –
100 points. The primary version is the
electronic version

WYDAWCZA

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

OBRAZ NA OKŁADCE

*A Ship on the High Seas
Caught by a Squall,
Known as 'The Gust'*
Willem van de Velde (II),
c. 1680



ŹRÓDŁO:

RIJKSMUSEUM

AMSTERDAM

Spis treści

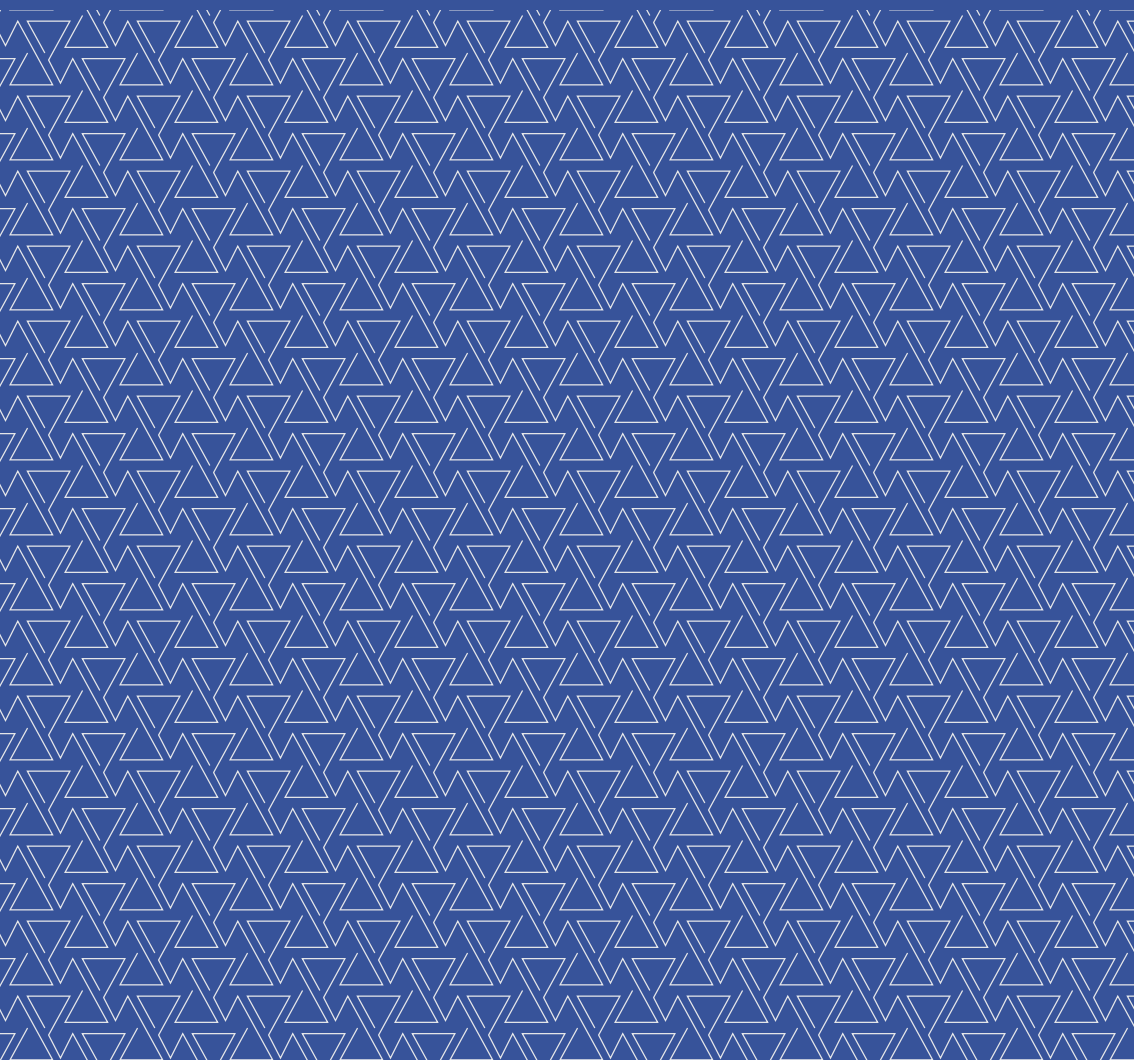
artykuły

- 7** **TOMASZ TULEJSKI**
Jamesa Madisonsa idea suwerenności podzielonej
- 27** **MICHAŁ MARIAŃSKI**
Freedom of Establishment and Freedom of Capital Movement as a Limitation to Excessive Regulation of the Financial Market
- 45** **ANDRZEJ MARIAN ŚWIĄTKOWSKI**
Unijne podejście do eksponowania przez zatrudnionych symboli religijnych w miejscu pracy
- 79** **KRZYSZTOF WIAK**
Projekty ustaw dotyczących legalizacji przerywania ciąży w Sejmie X kadencji
- 109** **AHMAD KHALIL, S. ANANDHA KRISHNA RAJ**
Challenges to the Principle of Distinction in Cyber Warfare: Navigating International Humanitarian Law Compliance
- 133** **EWELINA BADURA, PAULINA PAŁACH**
Dochodzenie należności wobec zadłużonych właścicieli lokali we wspólnocie mieszkaniowej
- 147** **FITORE MORINA**
The Rise and Popularity of Arbitration in the Banking Sector in the EU
- 163** **PIOTR ZIELIŃSKI**
Czy przywilej terapeutyczny ogranicza autonomię pacjenta?
- 185** **ZSÓFIA NAGY, ANDREA ERDŐSOVÁ**
Surrogacy in Wartime
- 209** **ANNA REDA-CISZEWSKA**
Special Rights of Employees Caring for a Child or Other Family Member with Disabilities with Regard to the Organization of Working Time and Remote Working Under the Polish Labor Code
- 223** **MINH VU CAO, THI NGOC ANH CAO**
Anti-Corruption and Conflicts Around Sanctions for Removal of their Previous Posts of Retired Civil Servants. The Case of Vietnam
- 257** **MAŁGORZATA GAŁĄŻKA**
Klonowanie człowieka w świetle polskiego prawa karnego
- 289** **SZYMON SKOWERSKI**
The Inheritance Manager as a Subject of Tax Decision: Legal Status of the Inheritance Manager
- 309** **ZBIGNIEW R. KMIĘCIK, MAGDALENA KOTULSKA-KMIĘCIK**
Doręczenie decyzji administracyjnej a jej moc prawna
- 329** **AGNIESZKA ZIÓŁKOWSKA**
Sądowoadministracyjna kontrola orzeczeń odwoławczych komisji dyscyplinarnych wydanych w postępowaniu dyscyplinarnym prowadzonym w stosunku do studentów i doktorantów
- 361** **MARTA BARANOWSKA**
Pojęcie narodu w poglądach Romana Dmowskiego. Pomiedzy moralnością, instynktami, duszą narodową a politycznym pragmatyzmem
- 395** **JOANNA BOCIANOWSKA**
The Emergence of Legal Rights in Modern Europe – the Example of Achievements of the French Revolution
- 409** **ROMAN GAWRYCH**
The Utility of the Theory of the Organizational Cycle in Managerial and Professional Work

glosy

- 435** **MAGDALENA BUDYN-KULIK**
Narazienie na niebezpieczeństwo podczas pandemii COVID-1 – glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 8 listopada 2021 r., IV K 244/20

artykuły



TOMASZ TULEJSKI

Jamesa Madisona idea suwerenności podzielonej

James Madison's Federalism and the Concept of Divided Sovereignty

James Madison, known as „the Father of the Constitution”, was one of the most sophisticated thinkers of his time. He was also a passionate defender of the Philadelphia Constitutional Compromise. One of its core elements was a conception of federalism, that Madison defended throughout his life. This was why he fought against Hamilton, who wanted to expand the power of the federal government, and later against nullifiers and radical states' rights advocates. In this paper, the author analyzes Madison's concepts of federalism and divided sovereignty, arguing that Madison was not inconsistent, but always subordinated his theory and practice to the defense of these two core values.

SŁOWA KLUCZOWE: Madison, federalizm, Konstytucja Stanów Zjednoczonych

KEYWORDS: Madison, Federalism, US Constitution

TOMASZ TULEJSKI, profesor nauk prawnych, Uniwersytet Łódzki,
ORCID – 0000-0001-9466-1173, e-mail: ttulejski@tlen.pl

„Here then is a proper object presented, both to those who are more jealously attached to the separate authority reserved to the states, and to those who may be more inclined to contemplate the people of America in the light of one nation. Let the former continue to watch against every encroachment, which might lead to a gradual consolidation of the states into one government. Let the latter employ their utmost zeal, by eradicating local prejudices and mistaken rivalships, to consolidate the affairs of the states into one harmonious interest; and let it be the patriotic study of all, to maintain the various authorities established by our complicated system, each in its respective constitutional sphere”.

James Madison for the National Gazette, 3 December 1791

Wstęp

W roku 1835 na dwa lata przed śmiercią James Madison – nazywany „ojcem Konstytucji” – napisał krótki esej *Sovereignty*. Rozpoczyna go zdaniem: „Do tej pory rozumiano, że najwyższa władza, czyli suwerenność ludu [people] Stanów, była w swej naturze podzielna; i faktycznie została podzielona, zgodnie z Konstytucją Stanów Zjednoczonych, pomiędzy Stany w ich Zjednoczeniu i Stany w ich indywidualnych zdolnościach; że tak jak Stany w ich najwyższej suwerenności były kompetentne, by zrzec się całej swojej suwerenności i uczynić z siebie skonsolidowane państwo, tak były również zdolne do zrzeczenia się części [suwerenności] i zachowania pozostałej, tworząc w ten sposób mieszany rząd z podziałem jego atrybutów, jak określono to w Konstytucji”^[1]. To kolejne podkreślenie przez czwartego prezydenta Stanów Zjednoczonych wyznawanej zawsze przez niego doktryny „suwerenności podzielonej” było reakcją na toczącą się od czasu uchwalenia przez Kongres w 1828 roku *Tariff of Abomination* kolejną odsłonę sporu o naturę Unii. Kolejną, ponieważ pod koniec poprzedniego wieku, w roku 1798, miał miejsce pierwszy wielki kryzys konstytucyjny, w którym Madison odegrał jedną z głównych ról. Sam spór sięga jednak korzeniami samych początków młodej republiki i wielkiej debaty konstytucyjnej. Stąd, celem niniejszego krótkiego z konieczności studium będzie zidentyfikowanie Madisonowskiej dualistycznej koncepcji Unii i „suwerenności dzielonej”

¹ James Madison, „Sovereignty”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. IX (London-New York: G.P.Putnam’s and Sons, 1910), 568-569.

na tle, z jednej strony koncepcji suwerenności realizowanej w praktyce przez Federalistów Hamiltona (a w czasie, gdy Madison pisał niniejszy esej przez północnych Nacjonalistów dążących do koncentracji władzy) oraz z drugiej, mającej jeszcze antyfederacyjną genezę, koncepcji „suwerenności niepodzielnej” wyznawanej przez Południowców walczących z tyranią rządu federalnego. Te dwa stanowiska zapewniły Madisonowi bodziec niezbędny do sformułowania i rozwinięcia teorii, która miała służyć walce tak ze zwolennikami centralizacji władzy, jak i (później) ze zwolennikami nullifikacji i secesji.

W tekście Konstytucji Stanów Zjednoczonych sam termin „suwerenność” nie pojawia się ani raz. Dzieje się tak nie bez przyczyny, ponieważ jej twórcy pragnęli zdystansować się od kłopotliwych Artykułów konfederacji, których Art. II stanowił, że „Každy stan zachowuje swoją suwerenność, wolność i niezależność oraz wszelką jurysdykcję i uprawnienia, które nie zostały przez niniejszą konfederację wyraźnie przekazane Stanom zjednoczonym w Kongresie”. Również w *Federaliście* kwestia ta poruszana jest w sposób wymijający, ogólnikowy i enigmatyczny. Hamilton w nr. 82 pisze o „całkowitej lub częściowej inkorporacji szeregu odrębnych suwerenności”^[2]. W nr. 32 dowodzi natomiast, że „plan konwencji ma na celu jedynie częściową unię lub konsolidację, rządy stanowe wyraźnie zachowałyby wszystkie uprawnienia suwerenności, które wcześniej posiadały i które nie zostały przez ten akt przekazane wyłącznie Stanom Zjednoczonym”^[3]. Z kolei Madison w nr. 44 przekonuje, że „stany zachowają w ramach proponowanej konstytucji bardzo rozległą część aktywnej suwerenności”^[4]. W innym miejscu stwierdził zaś, że „jurysdykcja rządu federalnego rozciąga się tylko na niektóre wymienione obiekty”, podczas gdy stany nadal posiadają „pozostałą [residuary] i nienaruszalną [inviolable] suwerenność nad wszystkimi innymi przedmiotami”^[5]. W nr. 46 Madison stwierdza jednak, równie enigmatycznie, lecz jak przystało na republikanina: „[...] ostateczna [ultimate] władza, niezależnie od tego, gdziekolwiek można znaleźć [władzę] pochodną, znajduje się wyłącznie w ludzie”^[6]. Dodatkowo, wedle zapisków Konwencji filadelfijskiej, Madison wypowiedzieć miał słowa, które jeszcze bardziej zaciemniają obraz:

² Alexander Hamilton, „Federalist Eighty-two”, [w:] *The Federalist*, red. J.R.Pole (Indianapolis-Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005), 437.

³ Hamilton, „Federalist Thirty-two”, [w:] *The Federalist*, 168-169.

⁴ James Madison, „Federalist Forty-five”, [w:] *The Federalist*, 251.

⁵ Idem, „Federalist Thirty-nine”, [w:] *The Federalist*, 210.

⁶ Idem, „Federalist Forty-six”, [w:] *The Federalist*, 255.

„Niektórzy twierdzą, że stany są suwerenne, podczas gdy w rzeczywistości są tylko społeczeństwami politycznymi. We wszystkich społeczeństwach istnieje gradacja suwerenności, od najniższej korporacji do najwyższego suwerena. Stany nigdy nie posiadały podstawowych uprawnień suwerenności. Te zawsze należały do Kongresu. Ich głosowanie jako stanów w Kongresie nie jest dowodem suwerenności”^[7].

W ten sposób kluczowa dla kształtu federalizmu kwestia pozostała nierozstrzygnięta, zwłaszcza że samo pojęcie „ludu” również pozostało nieokreślone, czemu wyraz dał podczas konwencji ratyfikacyjnej Wirginii Patrick Henry: „Mam najwyższy szacunek dla tych panów, ale proszę mi pozwolić zapytać – mówił z przekąsem – jakie mieli prawo powiedzieć *My, naród?* Moja polityczna ciekawość, oprócz mojej troski o dobro publiczne, każe mi zapytać, kto upoważnił ich do mówienia językiem *My, Lud*, zamiast *My, Stany?* Stany są istotą i duszą konfederacji. Jeżeli Stany nie są stronami tego paktu, to musi to być jeden wielki, skonsolidowany Rząd Narodowy nad ludem wszystkich Stanów”^[8]. Otwarte pozostały więc pytania o to, kto jest pierwotnym nośnikiem suwerenności – stany, Unia, cały lud Unii *in corpore* czy ludy poszczególnych stanów traktowane oddzielnie? W końcu, jakie są relacje obu poziomów władzy w federacji, a nie tylko podział kompetencji? Konstytucja wcale tych zagadnień, jak okazało się później, nie wyjaśniła wystarczająco precyzyjnie, ponieważ interpretacja Art. I, sec. 8 i X. poprawki wobec nieokreślenie pojęć podstawowych mogła iść w różnych kierunkach. Sprawa później jeszcze bardziej się skomplikowała, gdy uczestnikiem sporu stał się w XIX wieku Marshall Court (*McCulloch vs. Maryland*, *Gibbons vs. Ogden*).

Choć istotne kontrowersje dotyczące istoty Unii powołanej do życia przez Konstytucję Stanów Zjednoczonych miały miejsce już w czasie Konwencji w Filadelfii oraz procesu ratyfikacyjnego, to konkretnego, praktycznego wymiaru nabrały w czasie prezydentury George’a Washingtona, w którego gabinecie ścierały się dwie wielkie osobowości i dwie przeciwstawne wizje

⁷ „Notes of the Secret Debates of the Federal Convention of 1787, taken by the late Honorable Robert Yates, Chief Justice of the State of New York, and one of the Delegates from that State to the said Convention”, [w:] *Secret Proceedings and Debates of the Convention Assembled at Philadelphia* (Richmond: Wilbur Curtiss, 1839), 199-200.

⁸ *The Debates in the Several State Conventions: On the Adoption of the Federal Constitution, as Recommended by the General Convention at Philadelphia, in 1787*, t. II (Philadelphia: Taylor & Mury, 1845), 451.

polityczne: sekretarza skarbu – Alexandra Hamiltona oraz sekretarza stanu – Thomasa Jeffersona. Pierwsze poważne starcie pomiędzy nimi miało miejsce przy okazji powołania przez zdominowany przez Federalistów Kongres Bank of the United States (BUS). Zanim doszło do podpisania ustawy przez prezydenta zwrócił się on do członków swego gabinetu (oprócz Jeffersona i Hamiltona, również do prokuratora generalnego – Edmunda Randolpha) o opinię na temat konstytucyjności ustawy. Przedstawione przez nich opinie stały się one okazją do sformułowania przez Jeffersona i Hamiltona, koncepcji interpretacji Konstytucji i w konsekwencji zdefiniowania w praktyce treści amerykańskiego federalizmu. W kontekście niniejszego studium najważniejsza będzie opinia sekretarza skarbu, ponieważ uważana była przez Madisona za naruszenie kompromisu konstytucyjnego i spowodowała opuszczenie przez niego szeregów Federalistów.

Hamilton bowiem nieudolnie krył swoje polityczne zamiary i ambicje. Doświadczenia Artykułów konfederacji i pierwszych lat niepodległości przekonały go co do absolutnej konieczności powołania silnego rządu centralnego z dominującą rolą egzekutywy. Dla Hamiltona „zło, którego doświadczyliśmy, nie pochodzi z drobnych lub częściowych niedoskonałości, ale z zasadniczych błędów w konstrukcji budynku, których nie można poprawić inaczej, jak tylko przez zmianę w pierwszych zasadach i w głównych filarach konstrukcji”^[9]. Jego *idee fixe* było więc zabicie tego, co uważał za przekleństwo dotychczasowej unii – „politycznego monstrum, *imperium in imperio*”^[10], czyli szerokiego zakresu kompetencji stanowych. Kształt uchwalonej Konstytucji nie spełnił oczywiście jego nadziei, lecz próbował zrealizować swój cel poprzez określoną interpretację (*construction*) jej zapisów, zwłaszcza klauzuli supremacyjnej. Taki wydźwięk miała więc jego opinia w sprawie BUS, w której pozornie akceptuje zasadę suwerenności dzielonej, lecz interpretuje ją w specyficzny, służący jego celom sposób.

„Okoliczność – pisze w swojej opinii – że uprawnienia suwerenne są w tym kraju podzielone pomiędzy rząd krajowy a stanowy, nie zapewnia wymaganego rozróżnienia. Nie wynika z tego, że każda z części uprawnień przekazanych jednemu lub drugiemu nie jest suwerenna w odniesieniu do swoich właściwych celów. Wynika z tego jedynie, że każda z nich ma suwerenną władzę w odniesieniu do pewnych rzeczy, a nie w odniesieniu do innych rzeczy. Zaprzeczenie, że rząd Stanów Zjednoczonych ma suwerenną władzę

⁹ Alexander Hamilton, „Federalist Fifteen”, [w:] *The Federalist*, 77.

¹⁰ Idem, „Federalist Fifteen”, 77.

w odniesieniu do swoich zadeklarowanych celów, ponieważ jego władza nie rozciąga się na wszystkie przypadki, byłoby równoznaczne z zaprzeczeniem, że rządy stanowe mają suwerenną władzę w każdym przypadku, ponieważ ich władza nie rozciąga się na każdy przypadek. Dziesiąta sekcja pierwszego artykułu Konstytucji zawiera długą listę bardzo ważnych rzeczy, których nie mogą robić. W ten sposób Stany Zjednoczone przedstawiałyby osobliwy obraz społeczeństwa politycznego bez suwerenności lub ludzi rządzonych bez rządu”^[11].

Ten sofistyczny wywód służy Hamiltonowi do twierdzenia, że Konstytucja nie jest dokumentem, którego celem jest ograniczenie władzy rządu federalnego, lecz przede wszystkim określenie jego celów. Stąd to do niego należy wybór odpowiednich środków dla realizacji „szczęścia i dobra publicznego”. A zatem z tej perspektywy należy interpretować Art. I, Sec. 8 jako klauzulę generalną, który mówi o „niezbędnych i właściwych” („necessary and proper”) środkach, które mogą być podjęte przez rząd federalny w celu realizacji przekazanych mu przez Konstytucję uprawnień zasadniczych. W tym szerokim zakresie władza federalna jest suwerenna i to nie tylko, gdy chodzi o kompetencje „wyraźne”, lecz także „dorozumiane”. W ten sposób Hamilton uzasadnia konstytucyjność BUS uprawnieniem do nakładania podatków i regulowania handlu, które przysługuje na zasadzie suwerenności rządowi federalnemu^[12]. Uzasadnia też uprawnieniem tworzenia korporacji, które wprost nie wynika z Konstytucji (*nota bene* na Konwencji sam Madison proponował przyznanie takiego uprawnienia rządowi federalnemu), lecz, jago zdaniem zawiera się w kompetencjach dorozumianych. Ponadto, jest to tylko udogodnienie dla prowadzenia działalności handlowej, po prostu nadanie statusu prawnego dobrowolnej organizacji dla celów biznesowych^[13].

Choć więc Hamilton nie neguje wprost „suwerenności dzielonej”, to tworzy instrument do rozszerzania władzy federalnej kosztem kompetencji stanowych. W ten sposób sekretarz skarbu wyznaczył linię demarkacyjną pomiędzy Federalistami i Republikanami oraz ich wizjami federalizmu. Sprawił także, że Madison, przed 1787 rokiem zatwardziały federalista,

¹¹ Idem, „Opinion of Alexander Hamilton, on the Constitutionality of a National Bank”, [w:] *Legislative and Documentary History of the Bank of the United States*, red. M.S. Clarke, D.A. Hall (Washington: Gales and Seatow, 1832), 95.

¹² Hamilton, „Opinion of Alexander Hamilton”, 105.

¹³ Ibidem, 97.

stał się teraz orędownikiem (choć umiarkowanym) praw stanowych^[14]. W mojej opinii jednak w istocie pozostał federalistą, ponieważ bronił zasad, o których był przekonany, że legły u podstaw kompromisu w Filadelfii. Jego interpretacja Konstytucji opierała się bowiem nie na elastycznym rozumieniu jej zapisów, nie na oddzielnej interpretacji terminów zawartych w Konstytucji ani na opiniach jej twórców, lecz na sposobie, w jaki była rozumiana przez lud, kiedy wyrażał na nią zgodę na konwencjach ratyfikacyjnych^[15] (w języku współczesnej debaty wokół interpretacji Konstytucji można nazwać takie stanowisko za Robertem Borkiem „klasycznym oryginalizmem”). Zdawał sobie doskonale sprawę pod jakimi warunkami przyjęto Konstytucję i jaka wizja federalizmu towarzyszyła jej ratyfikacji. Bronił więc ściśle określonych granic władzy federalnej, którą da się pogodzić z suwerennością stanową i suwerenności stanowej, którą da się uzgodnić z istnieniem władzy federalnej, konstytucyjnego *equilibrium* pomiędzy tyranią Unii a anarchią stanów^[16]. Jeszcze podczas debaty konstytucyjnej Madisona podsunął pomysł federalizmu, który posiadał, jak sam to nazwał, swą pozytywną i negatywną stronę. Pierwsza polegać miała na tym, rząd narodowy jest „uzbrojony w pozytywną i pełną władzę we wszystkich przypadkach wymagających jednolitości; takie jak regulacje handlu, w tym prawo do opodatkowania zarówno eksportu, jak i importu, ustalanie warunków i form naturalizacji itd.”. Strona negatywna polegać miała zaś na prawie weta wobec prawodawstwa stanowego. Bez tej kompetencji stany „będą w dalszym ciągu naruszać jurysdykcję krajową, naruszać traktaty i prawo narodów oraz nękać się wzajemnie rywalizującymi i złośliwymi środkami podyktowanymi błędnymi poglądami na temat interesów”^[17]. Działo się to wtedy, gdy główne zagrożenie upatrywał w *imperium in imperio*. Dla Madisona największym problemem Artykułów konfederacji był bowiem brak realnej władzy Kongresu nad stanami^[18]. Teraz jednak zauważył, że wahadło przechyliło się w drugą stronę, dlatego

¹⁴ Neal Riemer, *James Madison: Creating the American Constitution* (Washington, DC: Congressional Quarterly, Inc., 1986), 5

¹⁵ Drew McCoy, *The Last of the Fathers: James Madison and the Republican Legacy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), 92-98.

¹⁶ Irving Brant, *James Madison: Father of the Constitution 1787-1800* (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1950), 332.

¹⁷ James Madison, „To George Washington, New York, April 16, 1787”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. II, 346.

¹⁸ James H. Read, „»Our Complicated System«: James Madison on Power and Liberty” *Political Theory*, nr 3 (1995): 461-462.

zaatakował to, czego kiedyś bronił i za czym optował – silny rząd federalny. Zwłaszcza, że sam poparł kompromis konstytucyjny i gotów był go bronić. Komentując więc *Raport on Manufactures* Hamiltona napisał: „Rząd federalny był do tej pory ograniczony do określonych uprawnień przez największych mistrzów swobody w objaśnianiu tych uprawnień. Jeśli nie tylko środki, ale i cele są nieograniczone, pergamin [Konstytucja] powinien zostać natychmiast wrzucony do ognia”^[19].

Madison bowiem doskonale dostrzegł dalekosiężne konsekwencje federalistycznej interpretacji zasady federalizmu, sprzecznej z tym, co myślał o Konstytucji w świetle X. poprawki, postrzegając ją przede wszystkim jako narzędzie ograniczające władzę federalną. Jego koncepcja „suwerenności dzielonej” zakładała bowiem wyczerpujące wyliczenie kompetencji rządu federalnego z pozostawieniem reszty stanom. Takie było rozumienie Konstytucji przez konwencje stanowe, które dokonały jej ratyfikacji. Dlatego

„[...] przeczytaj różne fragmenty debat toczących się na konwencjach w Pensylwanii, Wirginii i Północnej Karolinie, ukazujące podstawy, na których konstytucja została obroniona przez jej głównych zwolenników, przeciwko niebezpiecznej swobodzie jej uprawnień, zarzucanej jej przez jej przeciwników”^[20].

W jego zamyśle stany traktowane być powinny jako „suwerenne” w zakresie, w jakim służyły ludności lokalnej, a co za tym idzie, w większości podstawowych potrzeb wspólnot stanowych. Miały więc, jako powiernicy, zarządzać codziennymi potrzebami stanowych wspólnot politycznych. Ojcowie Założyciele w swym pierwotnym zamyśle rozumieli bowiem Konstytucję jako instrument określający władzę rządu federalnego przede wszystkim w kontekście relacji międzynarodowych, a stany miały posiadać pierwotną jurysdykcję nad prawie wszystkimi innymi sprawami krajowymi, takimi jak podatki, administracja sądowa i egzekucja prawa oraz ustawodawstwo społeczne^[21].

¹⁹ James Madison, „To Henry Lee, Philadelphia, January 1, 1792”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. VI, 81.

²⁰ Idem, „To Edmund Pendleton, Philadelphia, January 2, 1791”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. VI, 34.

²¹ John Ch. Yoo, „Federalism and Judicial Review”, [w:] *The Tenth Amendment and State Sovereignty Constitutional History and Contemporary Issues*, red. Mark R. Killenbeck (Lanham, Boulder, New York, Oxford: Rowman & Littlefields Publ. Inc, 2002), 164.

Tymczasem pójście drogą Hamiltona, jak argumentował w Kongresie, spowodowałoby, że ta

„zasadnicza cecha rządu, składającego się z ograniczonych i wyliczonych uprawnień, zostałaaby zniszczona, gdyby zamiast bezpośrednich i nieistotnych środków można było użyć jakichkolwiek środków, które w języku preambuły do ustawy »można by uznać za sprzyjające pomysłnemu prowadzeniu finansów; lub można by uznać, że mają one na celu ułatwienie uzyskania pożyczek«”^[22].

W liście do Washingtona natomiast napisał:

„Sprzeciwiam się projektowi ustawy [o BUS], ponieważ podstawową zasadą rządu jest to, że uprawnienia nieprzekazane przez konstytucję nie mogą być wykonywane zgodnie z prawem; ponieważ uprawnienia proponowane w projekcie ustawy nie są wyraźnie delegowane; i ponieważ nie mogę się upewnić, że wynikają one z jakiegokolwiek wyraźnego uprawnienia na podstawie uczciwych i bezpiecznych zasad wywodzenia”^[23].

Proponowana przez niego droga jest zatem czymś pośrednim pomiędzy skonsolidowanym rządem a Artykułami konfederacji^[24]. Konwencja odrzuciła bowiem (poprzez porzucenie pomysłu preredagowania Artykułów konfederacji) tak konfederacyjny model państwa, jak i model unitarny. Zamiast tych dwóch skrajnych i pełnych wad rozwiązań już w *Federaliście* pisał, że „Rząd federalny i stanowy są w rzeczywistości tylko różnymi agentami i powiernikami ludu powołanymi z różnymi uprawnieniami i przeznaczonymi do różnych celów”^[25]. Suwerenność oznacza zatem skuteczną kontrolę, z jednej strony nad sprawami ogólnokrajowymi, z drugiej nad sprawami oczywiście wewnętrznymi stanów. W tym świetle Konstytucja dokonała jej podziału pomiędzy stany działające w Unii

²² James Madison, „February. 2, 1791”, [w:] *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States*, t. II (Washington: Gales and Seaton, 1834), 1947-1948.

²³ James Madison, „To George Washington, February. 21, 1791”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. VI, 43.

²⁴ Vincent Ostrom, *Federalizm amerykański. Tworzenie społeczeństwa samorządowego*, tłum. Justyna Kubicka-Daab, Małgorzata Korzycka-Iwanow (Warszawa-Olsztyn: Polskie Towarzystwo Psychologiczne, 1994), 94.

²⁵ Madison, „Federalist Forty-six”, 255.

i stany jako podmioty federacji. Dlatego w liście do Edmunda Randolpha w roku 1787 wywodził:

„Uważam, że zasadniczą kwestią jest to, że indywidualna niezależność państw jest całkowicie nie do pogodzenia z ideą suwerenności zbiorowej. I uważam jednocześnie, że konsolidacja państw w jedną prostą republikę jest nie tylko nieosiągalna, ale i niecelowa”^[26].

O wiele istotniejszym jednak sporem dotyczącym interpretacji amerykańskiego federalizmu i zasady suwerenności były wydarzenia z roku 1798. Stały się one okazją do odnalezienia przez Madisona sposobu przeciwstawienia się naruszeniom przez rząd federalny wertykalnemu podziałowi władzy. Kryzys konstytucyjny wywołany przez działania władzy federalnej stały się bowiem dla Republikanów, których szeregi zasilili Madison, kwestią obrony uprawnień i wolności jednostki oraz zachowania ustroju republikańskiego i federalizmu. Efektem akcji sprzeciwu Republikanów przeciwko administracji Adamsa było uchwalenie Virginia and Kentucky Resolutions (przygotowanych anonimowo przez Madisona i Jeffersona), skierowanych przeciwko Alien and Sedition Acts. Wedle Madisona naruszyły one Konstytucję poprzez sprawowanie przez władzę federalną władzy, która nie została jej przekazana, naruszyły Bill of Rights, naruszyły wertykalną zasadę podziału władz, a przede wszystkim „zadały śmiertelną ranę suwerenności stanów”;

„Ustawa o buncie [Sedition Act] przedstawia scenę, jakiej pierwsi zwolennicy Konstytucji się nie spodziewali. Przyznano wówczas, że suwerenność stanu ograniczana była jedynie przez szczegółowo wymienione uprawnienia lub konieczne do wprowadzenia w życie określonych uprawnień. Teraz władza federalna została wyprowadzona z wniosku i istnienia prawa państwowego. Wnioskuje się, że Kongres posiada podobną [do stanowej] władzę legislacyjną, skąd Kongres będzie wyposażony we władzę ustawodawczą we wszystkich przypadkach, a Stany zostaną pozbawione wszelkich zastrzeżonych uprawnień na mocy analogicznych żądań najważniejszej legislatury”^[27].

²⁶ Idem, „To Edmund Randolph, New York, April 8, 1787”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. II, 338.

²⁷ „Extracts. From the Address to the People which accompanied the foregoing Resolutions”, [w:] *The Virginia and Kentucky Resolutions of 1798 and '99. With Jefferson's Original Draught Thereof. Also, Madison's Report, Calhoun's Address, Resolutions*

Interpretacja Konstytucji Jeffersona i Madisona w kwestii Art., I, sec. 8-9 i X. poprawki jest w istocie identyczna, obaj bowiem powtarzają argument, jakiego użyli podczas debaty nad BUS. Lecz rezolucje posługują się ponadto argumentem odwołującym się do genezy Unii. Jefferson postrzega ją jako umowę pomiędzy suwerennymi stanami, a nie akt połączenia w jeden „naród amerykański”.

„Uchwalono – czytamy w Rezolucji Kentucky – że kilka stanów tworzących Stany Zjednoczone Ameryki nie jest zjednoczonych na zasadzie nieograniczonego podporządkowania się ich Rządowi Generalnemu, ale że przez porozumienie pod nazwą i tytułem Konstytucji dla Stanów Zjednoczonych oraz poprawek do niej utworzyły one Rząd Generalny do specjalnych celów, przekazały temu Rządowi pewne określone uprawnienia, zastrzegając każdy stan dla siebie, pozostałą część w oczywisty sposób dla własnego rządu”^[28].

Rezolucja Wirginii autorstwa Madisona mówi natomiast że:

„Zgromadzenie to wyraźnie i stanowczo oświadcza, że uważa władzę rządu federalnego za wynikającą z umowy, której stany są stronami, jako ograniczoną przez zwykły sens i intencję instrumentu stanowiącego tę umowę”^[29].

Madison nie twierdzi więc, że stany zachowują swą suwerenność, zamiast tego mówi o uprawnieniach rządu federalnego wynikające z porozumienia, którego stronami są stany. Pojedynczy, choć złożony z „ludów” stanów „lud amerykański” może sporządzić „porozumienie, którego państwa są stronami” i czyniąc to autorytatywnie zdecydować, które uprawnienia zostaną przekazane poszczególnym szczeblom struktury federalnej. Taka interpretacja zamysłu Madisona współgra z jego wizją republiki i preferowanymi przez niego metodami zapobieżenia rządowi fakkji, która przejęła kontrolę nad rządem federalnym. Dlatego Madison w takiej sytuacji proponuje interpozycję (*interposition*), czyli

„uroczyście odwołuje się do podobnych dyspozycji w innych stanach, ufając, że zgodzą się one z tą wspólnotą stwierdzając, co niniejszym stwierdza, że

of the Several States in Relation to State Rights. With Other Documents in Support of the Jeffersonian Doctrines of '98 (Washington: Jonathan Elliot, 1832), 7.

²⁸ „Kentucky Resolution”, [w:] *The Virginia and Kentucky Resolutions*, 15.

²⁹ „Virginia Resolution”, [w:] *The Virginia and Kentucky Resolutions*, 5.

powyższe akty [Alien and Sedition Acts] są niezgodne z konstytucją; oraz że każdy podjęcie niezbędne i właściwe środki w celu współpracy z tym stanem w celu utrzymania w nienaruszonym stanie władz, praw i wolności, zastrzeżonych odpowiednio stanom lub ludowi”^[30].

O wiele dalej niż Rezolucja Wirginii szła jednak w tym zakresie Rezolucja Kentucky, wskazując różnice, jakie mimo wspólnej platformy politycznej dzieliły Madisona i Jeffersona. Zasadnicza rozbieżność pojawia się, gdy Jefferson szuka sposobu zniweczenia uzurpacji rządu federalnego. Dlatego w sytuacji, gdy ci: „którzy sprawują ogólny rząd pozwalają sobie na przekroczenie granic wyznaczonych przez kontrakt, przez całkowite lekceważenie zawartych w nim delegacji dla władzy, zniszczenie rządów stanowych i stworzenie na ich gruzach ogólnego skonsolidowanego rządu”, wtedy „unieważnienie [nullification] przez suwerenne stany wszystkich bezprawnych czynów [...] jest zgodne z prawem”^[31]. Jefferson wykląda więc tutaj swą ideę kontraktowego charakteru Unii, która powstała ona w wyniku dobrowolnej umowy suwerennych stanów i jest jedynie dziełem ich suwerennej woli, a nie stroną opisywanego w rezolucji kontraktu utożsamianego z Konstytucją. Władza federalna mocą tego kontraktu posiada wyraźnie i enumeratywnie określone kompetencje. Stany zrzekły się bowiem na jej rzecz części swej władzy, zachowując jednakże tę jej część, która przysługuje na mocy umowy tylko im. Odżył więc w ten sposób stary antyfederalistyczny argument, zgodnie z którym użyty w Konstytucji zwrot „We the People” nie oznacza obywateli federacji, lecz poszczególne stany, które w drodze umowy („by compact”) zdecydowały się na ukonstytuowanie Unii. Nawiązując do Locke’owskiej koncepcji politycznego powiernictwa („trust”), Jefferson dowodzi, że stany zachowały także prawo oceny, czy umowa powierzająca władzę rządowi federalnemu jest dotrzymywana. To zatem one, a nie rząd federalny decydują o konstytucyjności jego działań, w przeciwnym razie bowiem „uczyniłoby to jego osąd, a nie konstytucję miarą jego kompetencji”^[32].

Madison, mimo, że również stoi na gruncie kontraktowej genezy Unii, nie przyznaje stanom prawa przeciwstawienia się zdecydowanej większości ludu amerykańskiego, dlatego nie utrzymuje, jak Jefferson, że pojedynczy stan może nullifikować akty rządu krajowego. Interpozycja jest

³⁰ „Virginia Resolution”, 6.

³¹ „Kentucky Resolution”, 15.

³² Ibidem.

pozakonstytucyjnym (lub „ukrytym w Konstytucji”), ale nie przeciwkonstytucyjnym i rewolucyjnym sposobem działania stanów w sytuacji zagrożenia, gdy mniejszość zagraża ich prawom. Pod koniec życia w *Notes on Nullification*, tłumacząc się z wydarzeń związanych z kryzysem, pisze, że „legislatura Wirginii na późnej sesji oświadczyła niemal jednogłośnie, że nie wspierała rezolucjami z 1798 r. Karoliny Południowej w jej doktrynie nullifikacji”^[33].

Dlatego przeciwstawia się koncepcji suwerenności stanowej i wynikającemu z niej prawu nullifikacji, którego najważniejszym eksponentem pod koniec jego życia był John C. Calhoun – nawrócony przez Johna Randolpha of Roanoke na południowy sekcjonalizm, były „jastrząb wojny” i nacjonalista, wiceprezydent w administracji Jacksona, a później senator z Karoliny Południowej. Koncepcja suwerenności stanów i nullifikacji te stały się wtedy bowiem najważniejszą ideową bronią obrońców praw stanowych wykorzystaną w czasie kolejnego wielkiego kryzysu z lat 1828-1832. Doszło do niego w wyniku nałożenia w czasie prezydentury Johna Q. Adamsa protekcyjnych taryf celnych (zwanych *Tariff of Abomination*, Taryfami obrzydliwości) na produkty przemysłowe w interesie Północy i Zachodu kosztem rolniczego Południa^[34]. Wobec bierności w tej kwestii nowego prezydenta Andrew Jacksona, Karolina Południowa zdecydowała się na radykalny krok w postaci ich nullifikacji. W *Ordinance of Nullification* zwołana na tę okoliczność konwencja stwierdziła o nich, że:

„są nieważne i nie stanowią prawa ani nie są wiążące dla tego stanu, jego urzędników lub obywateli; a wszystkie obietnice, umowy i zobowiązania, które zostały lub zostaną zawarte lub mają zostać zawarte w celu zabezpieczenia obowiązków nałożonych przez te akty, oraz wszystkie postępowania sądowe, które zostaną przeprowadzone w celu ich potwierdzenia, są i zostaną uznane za całkowicie nieważne”^[35].

Teoretyczne uzasadnienie tego posunięcia znajduje się w pismach pracującego usilnie na rzecz nullifikacji Calhouna odwołującego się do „zasad roku’98”. Powołuje się więc przede wszystkim do Jeffersonowskiej teorii

³³ James Madison, „Notes on Nullification”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. IX, 573.

³⁴ Daniel W. Howe, *What Hath God Wrought. The Transformation of America, 1815-1848* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 125-163, 272-274.

³⁵ „South Carolina Ordinance of Nullification, November 24, 1832”, [w:] *State Documents on Federal Relations. The States and the United States*, red. Herman V. Ames, t. IV (Philadelphia: The Department of History, University of Pennsylvania, 1900), 171.

kontraktu, pisząc, że „Konstytucja Stanów Zjednoczonych jest faktycznie kontraktem, którego każdy Stan jest stroną”^[36]. Stąd rząd centralny „jest rządem federalnym, ponieważ jest to rząd stanów zjednoczonych w unii politycznej, a nie rząd społecznie zjednoczonych jednostek, czyli przez to, co nazywa się umową społeczną”. „By wyrazić to bardziej zwięźle – pisze dalej – rząd jest federalny, a nie narodowy, ponieważ jest to rząd wspólnoty stanów, a nie rząd jednego państwa czy narodu”^[37]. Stanów, czyli wspólnot obywatelskich, które powstały i kształtowały się od czasów kolonialnych niezależnie od siebie, tworząc podstawowy i pierwotny substrat Unii^[38].

„Stosunek zatem – pisze Calhoun – w którym stany znajdują się wobec systemu, jest stosunkiem stwórcy do stworzenia; i to kiedy oba rządy stoją obok siebie, są równorzędne i koordynujące zostało w pełni ustalone – z istotną różnicą, pod tym ostatnim względem, że oddzielne rządy stanów były pierwszymi w porządku czasu i że sprawowały aktywną i niezbędną rolę w tworzeniu wspólnego rządu wszystkich państw; lub, jak to się nazywa, rząd Stanów Zjednoczonych”^[39].

To stany zatem oceniają sposób działania władzy federalnej oraz to, czy jest on zgodny z zasadami zawartymi w Konstytucji. Mr. Nullifier idzie jednak jeszcze dalej, negując Madisonowską koncepcję „suwerenności dzielonej”. „Wielkim błędem jest – mówił – mylenie wykonywania suwerennych uprawnień z samą suwerennością lub delegowanie takich uprawnień z ich oddaniem”^[40].

„W jaki sposób – pyta gdzie indziej – sama suwerenność, czyli władza najwyższa, może być podzielona; jak lud kilku Stanów może być częściowo suwerenny, a częściowo nie suwerenny, częściowo najwyższy i częściowo nie

³⁶ John C. Calhoun, „The Fort Hill Address: On the Relations of the States and Federal Government”, [w:] *Union and Liberty. The Political Philosophy of John C. Calhoun* (Indianapolis: Liberty Found, 1992), 370.

³⁷ Idem, „A Discourse on the Constitution and Government of the United States”, [w:] *Union and Liberty*, 82.

³⁸ Jefferson Davis, „The Doctrine of State Rights” *The North American Review*, nr 399 (1890): 209.

³⁹ John C. Calhoun, „A Discourse on the Constitution and Government of the United States”, [w:] *Union and Liberty*, 119.

⁴⁰ John C. Calhoun, „Speech on The Force Bill”, [w:] *Union and Liberty*, 432-433.

najwyższy, tego nie można sobie wyobrazić. Suwerenność to całość, podzielić ją to ją zniszczyć”^[41].

Albo więc suwerenne są stany, albo Unia, *tertium non datur*. Dla Calhouna oczywiście to stany są pierwotnym piastunem suwerenności, a na Unię mocą kontraktu konstytucyjnego przekazały jedynie warunkowo część swych uprawnień. Mają więc prawo do nullifikacji i w konsekwencji nawet do opuszczenia Unii.

Właśnie reakcją na takie stanowisko południowych nullifikatorów jest cytowany na wstępie esej Madisona. Po raz kolejny uzasadnia w nim swą doktrynę suwerenności pochodzącej od ludu podzielonej pomiędzy dwa szczeble struktury federalnej. Z jednej strony neguje więc doktrynę przyznającą suwerenną władzę Unii, z drugiej tę, która mówi o suwerenności stanów delegujących jedynie na rząd federalny pewne kompetencje związane z suwerennością.

„Pewne jest – pisze – że umowa konstytucyjna Stanów Zjednoczonych przyznała najwyższe uprawnienia rządowe częściowo Stanom Zjednoczonym w drodze szczegółowych nadań, częściowo poszczególnym Stanom w drodze ogólnych zastrzeżeń, a jeśli suwerenność jest w swej naturze podzielna, prawdziwym pytaniem, które należy rozstrzygnąć, jest to, czy przydział został dokonany przez właściwą władzę. Na to pytanie odpowiada fakt, że był to akt większości ludzi w każdym Stanie w ich najwyższej suwerennej władzy, równoważny jednomyślnemu aktowi ludzi tworzących w tym charakterze stan”^[42].

Sytuacja całkowitej niezależności i suwerenności stanów miała miejsce w momencie zerwania więzów łączących je z Koroną brytyjską i nie ma miejsca w stanie ich politycznego połączenia w ramach Unii. Umowa powołująca ją do życia, czyli Konstytucja, dokonała skutecznego i trwałego podziału suwerenności poprzez częściową inkorporację i częściową rezygnację z suwerenności stanowej. W ten sposób stany podporządkowały się w ramach systemu instytucji woli większości, wyzbywając się prawa do jednostronnego wypowiedzenia kontraktu lub jednostronnego prawa zmiany jego warunków. Kończy więc swój esej słowami:

⁴¹ Calhoun, „A Disourse on the Constitution”, 268.

⁴² Madison, „Sovereignty”, 572

„Podstawą i istotą wszystkich wolnych rządów jest umowa [*compact*]; i szczęśliwie jest, że uprawnienia rządów, zarówno najwyższych, jak i podległych, mogą być tak kształtowane i rozdzielane, tak łączone i dzielone przez tych, na rzecz których mają działać, aby były najbardziej odpowiednie do ich warunków i najlepiej strzegły ich wolności oraz najlepiej zapewniały ich bezpieczeństwo i szczęście”^[43].

Ostatecznie więc nie teoria, lecz praktyka i potrzeby społeczeństwa determinują ustój, a nie odwrotnie. W tym kontekście zrozumiała wydaje się niechęć Madisona do kierowania się dogmatami przeciw konkretnej sytuacji politycznej. Ten antydogmatyzm pozwala więc Madisonowi reagować na każdą próbę zburzenia misternej struktury federalnej Stanów Zjednoczonych.

Rekapitulacja

Można więc Madisonowi zarzucać niekonsekwencję, można zarzucać celowy brak wyjaśnienia podstawowych kategorii jego argumentacji, można w końcu zarzucać mu podporządkowanie argumentów bieżącym potrzebom politycznym. Można, lecz w mojej opinii jest to wynik niezrozumienia jego konsekwencji w obronie zasad federalizmu określonych na Konwencji i przyjętych w procesie ratyfikacyjnym. Najważniejsze jest bowiem dla niego przetrwanie Unii i zachowanie w niej wolności, więc kiedy zagrażają im ambicje niepokornych stanów związanych Artykułami konfederacji sprzymierza się Federalistami. Gdy jednak ci sami Federaliści pragną sprowadzić stany do roli prowincji zarządzanej arbitralnie z centrum, staje się sojusznikiem Republikanów broniąc zapamiętałe pozycji stanów. W każdej z tych ról jest w swej opinii wierny kompromisowi konstytucyjnemu określającego najlepsze i powszechnie akceptowalne rozwiązanie odwiecznego dylematu federalizmu. Jego refleksja wyznacza zatem teoretyczną platformę tego, co nazywamy „federalizmem dualistycznym” („dual federalism”), który, mimo wojny domowej, przetrwał ponad wiek (za punkt graniczny, rozpoczynający jego erozję, uznać należy uchwalenie, mimo oporu Sądu Najwyższego, XVI. i XVII. poprawki – *Plessy v. Ferguson*,

⁴³ Ibidem, 573.

United States v. E.C. Knight, Hammer v. Dagenhart, Coyle v. Smith). Zastąpił go federalizm kooperatywny („cooperative federalism”), który poprzez bardziej swobodną interpretację X. poprawki rozszerzył władzę federalną. Śmiertelny cios koncepcjom Ojców Założycieli zadał w końcu *New Deal* Roosevelta, który spowodował zasadniczą zmianę federalistycznego paradygmatu. Odpowiedzią na państwo-Lewiatana jest dziś „nowy federalizm” pragnący przywrócić choć częściowo zachwianą równowagę pomiędzy Unią i stanami. Kolejne prezydentury Busha, Obamy, Trumpa i Bidena nie miały jednak zamiaru rezygnować z potężnej władzy, jaką rząd federalny uzyskał w ciągu ostatnich stu lat.

Pamiętać jednak musimy, że w istocie sensem federalizmu Ojców Założycieli nie jest ten, czy inny podział kompetencji, lecz obrona wolności indywidualnej, której federalizm ma służyć i w tym Jefferson, Madison i Hamilton, zgadzali się w pełni. Stąd słowa tego ostatniego zachowują również i dziś aktualność, tak samo jak w chwili, gdy wygłaszał je podczas nowojorskiej konwencji ratyfikacyjnej: „Należy poświęcić szczególną uwagę tej równowadze pomiędzy rządem krajowym a stanowym, gdyż jest ona sprawą najwyższej wagi. Stanowi podwójne zabezpieczenie dla ludzi. Jeśli jeden z nich naruszy ich prawa, w drugim znajdą potężną ochronę. Rzeczywiście, przekroczenie ich konstytucyjnych granic będzie powstrzymywane przez pewną rywalizację, która będzie między nimi zawsze istnieć”^[44].

Bibliografia

- „Extracts. From the Address to the People which accompanied the foregoing Resolutions”, [w:] *The Virginia and Kentucky Resolutions of 1798 and '99. With Jefferson's Original Draught Thereof. Also, Madison's Report, Calhoun's Address, Resolutions of the Several States in Relation to State Rights. With Other Documents in Support of the Jeffersonian Doctrines of '98.* 6-8. Washington: Jonathan Elliot, 1832.
- „Notes of the Secret Debates of the Federal Convention of 1787, taken by the late Honorable Robert Yates, Chief Justice of the State of New York, and one of the

⁴⁴ Alexander Hamilton, „Speech on the Constitution Resumed, 21 June, 1788”, [w:] *The Works of Alexander Hamilton*, t. II (New York: Haskel House Publishers, 1904), 28.

- Delegates from that State to the said Convention”, [w:] *Secret Proceedings and Debates of the Convention Assembled at Philadelphia*. 94-225. Richmond: Wilbur Curtiss, 1839.
- „South Carolina Ordinance of Nullification, November 24, 1832”, [w:] *State Documents on Federal Relations. The States and the United States*, t. IV, red. Herman V. Ames. 170-173. Philadelphia: The Department of History, University of Pennsylvania, 1900.
- Brant Irving, *James Madison: Father of the Constitution 1787-1800*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1950.
- Calhoun John C. „A Discourse on the Constitution and Government of the United States”, [w:] *Union and Liberty. The Political Philosophy of John C. Calhoun*. 79-284. Indianapolis: Liberty Found, 1992.
- Calhoun John C. „The Fort Hill Address: On the Relations of the States and Federal Government”, [w:] *Union and Liberty. The Political Philosophy of John C. Calhoun*. 367-400. Indianapolis: Liberty Found, 1992.
- Davis Jefferson, „The Doctrine of State Rights” *The North American Review*, nr 399 (1890): 205-219.
- Hamilton Alexander, „Federalist Fifteen”, [w:] *The Federalist*, red. J.R. Pole. 72-81. Indianapolis-Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005.
- Hamilton Alexander, „Opinion of Alexander Hamilton, on the Constitutionality of a National Bank”, [w:] *Legislative and Documentary History of the Bank of the United States*, red. M.St. Clarke, D.A. Hall. 95-112. Washington Gales-Seatow, 1832.
- Hamilton Alexander, „Federalist Eighty-two”, [w:] *The Federalist*, red. J.R. Pole. 435-440. Indianapolis-Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005.
- Hamilton Alexander, „Federalist Thirty-two”, [w:] *The Federalist*, red. J.R. Pole. 168-171. Indianapolis-Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005.
- Hamilton Alexander, „Speech on the Constitution Resumed, 21 June, 1788”, [w:] *The Works of Alexander Hamilton*, t. II. 18-40. New York: Haskel House Publishers, 1904.
- Howe Daniel W., *What Hath God Wrought. The Transformation of America, 1815-1848*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Calhoun John C. „Speech on The Force Bill”, [w:] *Union and Liberty. The Political Philosophy of John C. Calhoun*. Indianapolis: Liberty Found, 1992.
- Madison James, „Sovereignty”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. IX. 568-573. London: G.P. Putnam’s and Sons, 1910.
- Madison James, „February. 2, 1791”, [w:] *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States*, t. II. Washington: Gales and Seaton, 1834.
- Madison James, „Federalist Forty-five”, [w:] *The Federalist*, red. J.R. Pole. 250-254. Indianapolis-Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005.

- Madison James, „Federalist Forty-six”, [w:] *The Federalist*, red. J.R. Pole. 255-260. Indianapolis-Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005.
- Madison James, „Federalist Thirty-nine”, [w:] *The Federalist*, red. J.R. Pole. 204-211. Indianapolis-Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005.
- Madison James, „To Edmund Pendleton, Philadelphia, January 2, 1791”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. VI. 22-36. London: G.P. Putnam's and Sons, 1910.
- Madison James, „To Edmund Randolph, New York, April 8, 1787”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. II. 336-341. London: G.P. Putnam's and Sons, 1910.
- Madison James, „To George Washington, New York, April 16, 1787”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. II. 344-352. London: G.P. Putnam's and Sons, 1910.
- Madison James, „To Henry Lee, Philadelphia, January 1, 1792”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. VI. 80-81. London: G.P. Putnam's and Sons, New York, 1910.
- Madison James, „To George Washington, February. 21, 1791”, [w:] *The Writings of James Madison*, t. VI. 43. London: G.P. Putnam's and Sons, 1910.
- McCoy Drew, *The Last of the Fathers: James Madison and the Republican Legacy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- Ostrom Vincent, *Federalizm amerykański. Tworzenie społeczeństwa samorządnego*, tłum. Justyna Kubicka-Daab, Małgorzata Korzycka-Iwanow. Warszawa-Olsztyn: Polskie Towarzystwo Psychologiczne, 1994.
- Read James H., „»Our Complicated System«: James Madison on Power and Liberty” *Political Theory*, nr 3 (1995): 452-475,
- Riemer Neal, *James Madison: Creating the American Constitution*. Washington, DC: Congressional Quarterly, Inc., 1986.
- The Debates in the Several State Conventions: On the Adoption of the Federal Constitution, as Recommended by the General Convention at Philadelphia, in 1787*, t. II. Philadelphia: Taylor & Maury, 1845.
- Yoo John Ch., „Federalism and Judicial Review”, [w:] *The Tenth Amendment and State Sovereignty Constitutional History and Contemporary Issues*, red. Mark R. Killenbeck. 41-106. Lanham-Boulder-New York-Oxford: Rowman & Littlefields Publ. Inc, 2002.



MICHAŁ MARIĄSKI

Freedom of Establishment and Freedom of Capital Movement as a Limitation to Excessive Regulation of the Financial Market

Abstract

This paper aims to analyze the interconnection between the regulation of the financial market and the principles of freedom of establishment and freedom of capital movement. In particular, the author seeks to determine whether the aforementioned principles can limit the EU legislator in the way he attempts to regulate the financial sector. This question is of significant importance, as protectionist phenomena are increasingly visible in the EU, especially in times of crises such as the pandemic or the war in Ukraine. The existence of freedom of establishment and freedom of capital movement has a positive impact on the development of the internal market, as it protects cross-border investors from excessive national regulation. However, the author would like to underline that this also constitutes a regulatory challenge for the legislator who wants to introduce certain restrictions or a certain higher level of supervision on the financial market. Consequently, it can be posited that the freedoms that define the EU internal market are a further rationale for the existence of the so-called incomplete law on the financial markets, given that this specific sector cannot be fully regulated at the national and supranational level. In this context, this article may serve as a catalyst for initiating a discourse on the responsiveness of national and European legislators in times of financial crises and the efficacy of financial market regulation.

KEYWORDS: financial market, European freedoms, cross-border, regulation

MICHAŁ MARIĄSKI, associate professor, University of Warmia and Mazury in Olsztyn, ORCID – 0000-0001-6212-914X, e-mail: michal.marianski@uwm.edu.pl

1 | Introduction: the specificity of the financial market

The modern financial market is no longer only a place to exchange capital between participants. Still, it is a specific legal environment marked by technological innovation within which the norms of private law interpenetrate with the norms of public law. Additionally, the financial market is not only a place of cooperation between law and economics but also a specific platform where the regulator, when ensuring the principle of legal security and certainty, has to consider the principles of freedom of establishment and freedom of capital movement.

This article aims to analyze the interconnection between the regulation of the financial market and the principles of freedom of establishment and freedom of capital movement. Namely, the author would like to verify whether the principles mentioned above have the potential to limit the EU legislator in the way that he is trying to regulate the financial sector. This question is fairly important, as protectionist phenomena are increasingly visible in the European Union, where policies and regulations are trying to limit foreign investors' access to markets or serve to protect its economy, its interests, or internal entities^[1]. The principle of legal security and certainty is also a source of increased protection for the consumer in the financial market^[2], legal qualification and formal requirements of many contracts concluded in this market^[3], and an increased role of the national and EU supervision authorities^[4]. The creation of a supervision system at the European Union level was preceded by a long debate that started after the financial crisis that occurred in 2007 as a result of the collapse of the high-risk mortgage loan market in the United States. This crisis made us

¹ Tomasz Długosz, „Kontrola inwestycji zagranicznych w Unii Europejskiej. Podstawowe zasady i tendencje” *Prawo i Więź*, No. 2 (2022): 11.

² Edyta Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona prawna klienta na rynku usług bankowych* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2013), 197.

³ Andrzej Jakubiec, „O zasadności kodyfikacji niektórych umów zawieranych na rynku kapitałowym”, [in:] *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, red. Teresa Mróz, Mirosław Stec (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 479.

⁴ Aleksandra Nadolska, *Komisja Nadzoru Finansowego w nowej instytucjonalnej architekturze europejskiego nadzoru finansowego* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2014), 201.

realize the need for a new approach to the institutional regulation of the financial market that would take into account the cross-border aspect^[5].

However, as in the EU, we can observe some limits related to the principles of freedom of establishment and freedom of capital movement; not all of the previous ideas of higher regulation of the financial market were introduced. Assessing the effectiveness of the statutory law of the financial market is a complicated process because every financial market issue is not isolated from the international aspect and does not have only a national dimension. The gradual removal of barriers between markets, mutual recognition of entities, single passports, and other techniques serve as some kind of limitation for the projects that are trying to regulate the market very strictly. That is why the author, in one part, will analyze the interaction between financial market regulation and freedom of capital movement and, in another part, the interaction between financial market regulation and freedom of establishment.

2 | Freedom of capital movement and financial market regulation

Already in the *Casati* judgment of 1981^[6], the European Court of Justice (further as ECJ)^[7] stated that the free movement of capital, combined with other freedoms, constitutes the basis for the development of the EU and a tool for implementing other freedoms. Then, in the *Carbone* case of 1984^[8], the ECJ interpreted the concepts of movement of capital and payments, defining them as financial operations aimed at the deposit or investment of capital

⁵ Tomasz Nieborak, „Unia rynków kapitałowych UE – jako kolejny etap federalizacji rynku finansowego Unii Europejskiej?”, [in:] *Praktyczne i teoretyczne problemy prawa finansowego wobec wyzwań XXI wieku*, ed. Jolanta Gliniecka, Anna Drywa, Edward Juchniewicz, Tomasz Sowiński (Warszawa: CeDeWu, 2017), 491.

⁶ Judgement of 11.11.1981, case ref. 203/80 *Casati*.

⁷ The European Court of Justice (ECJ), is the supreme court of EU in matters of European Union law and a part of the Court of Justice of the European Union.

⁸ Combined cases: C-286/82 i 26/83 *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro* (Luisi and Carbone) 1984.

and not remuneration for a service, which are ancillary to another obligation relationship.

The influence and interaction between freedom of capital movement and financial market regulation are also related to the fact that we have the phenomenon of fragmentation of law at the supranational level, which is reinforced by the horizontal model of law-making, the mutual and consensual nature of obligations, the interactivity, diversity and informality of sources.

European law, especially after the entry into force of the Treaty of Amsterdam, also seems to notice the increasing role of conflict of law regulations. Article 10 of the EC Treaty states that the application of conflict-of-law rules should not be detached from the current state of European law and should ensure the greatest possible effectiveness of this law. It was claimed that indirectly, such conflict rules are the provisions relating to the principle of free movement of persons, goods, and services and, in the field of the financial market, the provisions relating to the free movement of capital and payments, including those resulting from the already cited *Casati* and *Carbone* judgments. Additionally, the above-described process of fragmentation and specification of norms at the supranational level is increasingly accompanied (especially in financial market law) by referring to soft law rules and customs as a source of law. This custom, a general practice recognized as law, is much more important in the common law system than in the EU continental law. However, the financial market regulations and institutions are more frequently based on the case law system than the European one. The above statement is especially visible in financial instruments, where many solutions or legal structures refer to custom^[9], which causes numerous problems related to the analysis and transposition of some Anglo-Saxon legal structures into continental law^[10]. The above issue, concerning financial market regulations, is even more interesting due to the possibility of transposing almost any undefined norm of international law into the European order in the form of secondary law to interpret them in their way. The possibility described above generates the phenomenon of „penetration” of European law by certain norms having their source in broadly understood international law.

⁹ That is also one of the sources of law in European Union, see more Elżbieta Karska, „Prawo zwyczajowe”, [w:] *Wielka Encyklopedia Prawa*, ed. Brunon Hołyst, Roman Hauser, t. III, *Prawo Unii Europejskiej*, ed. Zdzisław Brodecki (Warszawa: Fundacja „Ubi societas, ibi ius”, 2014), 186.

¹⁰ Thierry Bonneau, Thibault Verbiest, *Fintech et Droit. Quelle régulation pour les nouveaux entrants du secteur bancaire et financier?* (Paris: Revue Banque, 2017), 11.

At this point, it is worth emphasizing the impact of the MiFID directive on the freedom of investment services within the EU. Implementing this act into national regulations gave investment companies equal access to markets throughout the European Union while severely limiting the ability of states to impose restrictions in this respect. This issue was already regulated by Art. Article 56 of the Treaty of Rome and Article 63 of the Treaty on the Functioning of the EU on the free movement of capital reiterate the principle of equal access to EU markets for investment companies. However, the European Parliament and the European Commission have sought to ensure that this principle is consistently applied^[11].

The fundamental instrument for facilitating broader access to the EU market for investment companies is the extension of the single passport principle. The literature on the subject has long emphasized that the acceptance of requirements or qualifications established in another country did not imply alterations to the national order but merely entailed the acknowledgment of standards adopted in another Member State. It should be recalled that the acceptance of country of origin standards was already expressed in the ECJ judgment of 1979 in the *Cassis de Dijon* case^[12] and was also confirmed in a number of other judgments of the Court, in particular in the *Bier-Reinheitsgebot* case (178/84 *Commission v. Germany*), or in the *Dassonville* case (8/74; *Procureur du Roi v. Benoît and Gustave Dassonville*). Consequently, it is much more difficult on the financial market for Member States to impose various restrictions or additional requirements on investment companies or credit institutions. Additionally, these companies do not have to apply for a separate permit from the country's authorities in which they intend to operate.

The application of the principle of freedom of capital, based on the assumption that EU member states should act to create one economic area without national borders, has resulted in a limitation of the regulation of the financial market. This fact is particularly visible if we consider the non-discriminatory restrictions related to this principle^[13]. This type of restriction is some sort of limitation of the regulatory tendencies, especially

¹¹ Adam A. Ambroziak, „Wpływ wprowadzenia swobodnego przepływu kapitału na bezpośrednie inwestycje zagraniczne w unii europejskiej. Bilans dwudziestolecia istnienia rynku wewnętrznego UE” *Studia Europejskie*, nr 4 (2013): 133-134.

¹² Case reference 120/78 *Rewe-Central AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

¹³ Marcin Glicz, „Swoboda przepływu kapitału a zintegrowany rynek kapitałowy” *Gdańskie Studia Prawnicze*, nr 25 (2011): 126.

in the financial market field, that aim to create a detailed legal financial market law framework.

The EU member states cannot apply the principle of freedom of capital. Still, such an action is considered an exception to the public order clause. The clause mentioned above is a legal tool used to protect a given legal order against foreign legal solutions, but only when the effects of this interference are irreconcilable with the elementary legal principles of this given legal system^[14]. It may be implemented to protect participants in the financial services market, but its role would be limited. However, it is worth noting that the doctrine of financial market law has already noted the possibility of a subsidiary application of this clause as a tool to strengthen market supervision^[15].

In the financial market, the interaction or limitation of regulation by treaty freedoms is even greater because, in many segments of the financial market, these freedoms occur simultaneously and are an addition to the freedom of movement of capital and payments. For example, in the banking sector, as one of the key elements of the financial market, most credit transactions combine elements of both the freedom of services and the freedom of capital and payments. Similarly, in the case of the stock exchange market, it pertains to the trading of financial instruments^[16].

The limited regulatory possibilities in the financial market also result from the fact that the technological development and development of a digital economy additionally characterizes the modern financial market. Consequently, the changes in the traditional method of regulation appear first in this legal environment^[17], and the process of financialization, understood as the increasing impact of the financial sphere in man's

¹⁴ Bartosz Ziemblicki, „Klauzula porządku publicznego ze szczególnym uwzględnieniem instytucji *punitive damages*”, [in:] *Rządy Prawa i europejska kultura prawna*, ed. Andrzej Bator, Joanna Helios, Wioletta Jedlecka (Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, 2014), 97.

¹⁵ Michał Mariański, *Problematyka regulacji rynku finansowego w ujęciu transgranicznym. Analiza na przykładzie prawa polskiego i prawa francuskiego* (Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2020), 55-56.

¹⁶ Glicz, „Swoboda przepływu kapitału a zintegrowany rynek kapitałowy”, 130.

¹⁷ Dariusz Szostek, „Is the Traditional Method of Regulation (the Legislative Act) Sufficient to Regulate Artificial Intelligence, or Should It Also Be Regulated by an Algorithmic Code?” *Białostockie Studia Prawnicze*, No. 3 (2021): 43-44.

everyday life^[18], is also making all the regulatory activities in this area much more difficult.

3 | Freedom of establishment and financial market regulation

A set of regulations that make up the so-called freedom of establishment, next to the freedom of movement of goods, persons, provision of services, and free movement of capital, is one of the basic principles of the functioning of the internal market regulated in the Treaty on the Functioning of the European Union. According to the provisions of Art. 26 section 2 TFEU, freedom of establishment, together with other economic freedoms, creates the concept of the internal market understood as an area without internal borders and one of the most important goals of the EU^[19]. As for the interaction with the financial market regulation, it is worth noting that the internal market belongs to the so-called shared competencies between the EU and its Member States, which means that both the EU and the Member States can adopt legally binding acts in this area^[20].

It should be underlined that the literature uses various terms for the freedom described in this section by using the expressions freedom to conduct a business, freedom of entrepreneurship, or freedom to establish a business. The European Court of Justice also played an important role in shaping the scope of the described concept. This is the case of the most important judgements in this matter, including the *Daily Mail* case from

¹⁸ Tomasz Nieborak, „Human Rights in the Light of the Process of Financialisation” *Białostockie Studia Prawnicze*, No. 5 (2021): 161.

¹⁹ Tadeusz Gądkowski, „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE” *Studia Oeconomica Posnaniensia*, No. 3 (2015): 80.

²⁰ Przemysław Saganek, „Nowe reguły dotyczące podziału kompetencji między Unię Europejską a państwa członkowskie w świetle Traktatu z Lizbony” *Przegląd Sejmowy*, No. 4 (2010): 83.

1988^[21], the Centros case from 1999^[22], the Überseering case from 2002^[23], or the Inspire Art. case from 2003^[24]. These judgements gradually shaped the relationship between the company's headquarters and the freedom mentioned above of establishment and were an example of the evolution of EU law in this matter.

The effect of the European Court's rulings was to oblige each EU country to accept and tolerate a company established under the law of another Member State on its territory. Moreover, a rather broad approach to the freedom of establishment, which constitutes the basis for the free establishment of business activity within the territory of the entire European Union, also gives and emphasizes the cross-border dimension of modern commercial activity. Freedom of establishment may be a limitation for attempts to regulate entities operating, especially in the financial market, because it expresses economic freedom and qualifies EU entrepreneurs as entities protected by law against interfering actions by different national authorities. Secondly, it is a potential preventive limitation of regulatory activities because it imposes on Member States the obligation to create appropriate conditions to effectively use their freedom. Thirdly, it introduces a specific presumption of prohibition of interference, which, if it occurs, requires the action to be justified by a particularly important public interest^[25].

In the author's opinion, when we consider the changes that have occurred in the way the financial market is perceived, especially in the wake of the recent crisis, it is possible to identify an important public interest based on the security and stability of the financial system. In particular, it is emphasized that the application of European freedoms to the financial market may have the consequence of underlining the consequences related to the development of cross-border financial services by entities not covered by any form of regulation, both at the national and supranational level.

²¹ Judgement of ECJ from 27.08.1988, case ref. 81/87, *The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*.

²² Judgement of ECJ from 9.03.1999, case ref. C212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*.

²³ Judgement of ECJ from 5.11.2002, case ref. C-208/00, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*.

²⁴ Judgement of ECJ from 30.09.2003, case ref. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd*.

²⁵ Mariański, *Problematyka regulacji rynku finansowego w ujęciu transgranicznym. Analiza na przykładzie prawa polskiego i prawa francuskiego*, 208 i n.

It is worth noting, however, that in Polish literature, the cross-border nature is increasingly associated with European freedoms, where it is rightly noted that the exercise of freedom of establishment by companies must take the form of economic expansion from one Member State to another. The requirement of the cross-border nature of freedoms is therefore expressed in Art. 49 of TFEU provides the prohibition of restriction related to the exercise of freedom of establishment in the territory of another Member State^[26]. The above is consistent with the cross-border nature of the financial market, which is currently more often recognized as its key feature^[27].

The possibility of linking the specific nature of the financial market with the freedom to conduct a business is also evidenced by how Art. 54 of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union is written. The concept of a company and its nature, especially in Art. 6 section 3 TEU and Art. 16 of the Charter of Fundamental Rights^[28] is also protected under the EU law^[29]. Namely, this provision states that companies or firms' means companies or firms constituted under civil or commercial law, including cooperative societies and other legal persons governed by public or private law, save for those that are non-profit-making. It should be emphasized that the rank of the provision mentioned above is more important when financial market entities operate in an environment where the norms of private and public law interpenetrate^[30]. What is important in the context of the application of freedom of establishment to financial market entities is the fact that it can only be used by companies that were established in accordance with the legislation of one of the EU Member States. This also includes acts of national law

²⁶ Jacek Napierała, „Swoboda przedsiębiorczości”, [in:] *Prawo spółek handlowych*. Tom 2B, ed. Andrzej Szumański (Warszawa: C.H. Beck, 2019): 899-900.

²⁷ Michał Mariański, „Transgraniczność jako podstawowa cecha prawa rynków finansowych”, [in:] *Księga Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Finansowego i Prawa Podatkowego*, „Misja prawa finansowego – wyzwania współczesności”, ed. Elżbieta Feret, Paweł Majka (Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego 2023), 283 i n.

²⁸ Official Journal of the European Union – C 326/391.

²⁹ Karol Karski, Bartosz Ziemblicki, „Commercial Companies as Applicants before the European Court of Human Rights” *International Community Law Review*, No. 5 (2021): 503; Elżbieta Karska, „Drafting an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights: The Next Step towards Strengthening the Protection of Human Rights” *International Community Law Review*, No. 5 (2021): 466.

³⁰ Michał Mariański, „Rynek finansowy jako miejsce przenikania się norm prawa prywatnego i prawa publicznego” *Studia Prawno-Ekonomiczne*, No.100 (2016): 123.

enabling the establishment of cross-border companies, such as European economic interest groups, European companies, or European cooperatives.

It is worth mentioning that the requirement to establish a company in the EU is related to the obligation to have a registered office, management body, or head office in any Member State. The above means that many entities operating in the financial market should not have problems with shaping their cross-border structure to benefit from the protection guaranteed by the freedom of establishment. It also includes protection against excessive regulation of their activities by the national financial supervision authority. The above may be a very simple procedure, especially because a company is within the meaning of Art. 54 of the Treaty on European Union may also be an entity that is *de facto* a related company established in one of the Member States by a company outside the Union. It is particularly interesting if we consider the French concept of a group of companies developed based on the judgment of the French Supreme Court (Cour de Cassation) of 4 February 1985 in the Rozenblum case^[31]. The judgment mentioned above of the French Supreme Court has given the basis and conditions for recognizing a given structure as a group of companies and specifying that it should be examined each time and individually, referring to the context and specificity of a given structure^[32].

To benefit from the freedom of establishment by a given cross-border entity operating on the financial market, its activities should be carried out using the so-called durable organization. For transnational financial institutions, the way of understanding the concept of durability may be crucial, as it refers both to the location of the main decision-making center in the EU territory and, in some cases, only to a subordinated unit of the parent company having its decision-making center in another country. It is important to note that the other country in question, based on the law of which many aspects of the functioning of a given entity will be regulated, should be another EU country.

Also, the requirement of a durable organization in the mentioned other Member State is important when distinguishing the freedom of establishment from the freedom to provide services, especially when a company

³¹ Aline Atiback, *L'abus des biens sociaux dans le groupe des sociétés* (Paris: Harmattan, 2007), 73-74.

³² Michał Mariański, „The Specificity of the French Concept of a Group of Companies - Analysis Based on the Judgment of the French Supreme Court of 4th February 1985 in the Rozenblum Case” *Przeegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, No. 11 (2022): 25.

that is, for example, a financial service provider temporarily moves to the country of the recipient of the service. In this case, without prejudice to the provisions of the Chapter relating to the right of establishment, the person providing a service may, to do so, temporarily pursue his activity in the Member State where the service is provided under the same conditions that are imposed by that State on its nationals. The requirement of a durable organization also distinguishes between the freedom of entrepreneurship and the freedom of capital movement, which is especially important in the financial market. However, it is worth noting that, contrary to the conflict with the free movement of services, parallel use of both the freedom of establishment and the free movement of capital is allowed^[33], and that is why they can both cumulate their influence on the regulatory scope of the financial market.

In the author's opinion, to regulate the functioning of transnational entities on the financial market, it is noteworthy that, despite a number of judgments cited in this work, many aspects of cross-border mobility of companies remain unresolved. In particular, the situation of cross-border transformation of a company, especially in connection with a change of legal form, remains problematic because it generates a conflict between the law of the host country and the law of the country of origin^[34]. Initially, this issue was raised in the ECJ ruling in the *Cartesio* case in 2008^[35] and then developed in the ruling in the *VALE Építési Kft* case in 2010^[36]. Still, due to the development of the market, it requires future and constant adaptation. The evolution in this field is especially related to other cases and new judgements related to the concept of the cross-border conversion of a company^[37] and the possibilities for companies to carry it out under the freedom of establishment concerning the recent

³³ Napierała, „Swoboda przedsiębiorczości”, 898-999.

³⁴ Paweł Błaszczuk, „Transgraniczne przekształcenie spółki jako sposób korzystania ze swobody przedsiębiorczości. Glosa do wyroku TS z 12.07.2012 r. w sprawie C-378/10 VALE Építési kft.” *Europejski Przegląd Sądowy*, No. 11 (2012): 40.

³⁵ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16.12.2008, case ref. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt*.

³⁶ Judgment of the Court (Third Chamber), of 12.07.2012. case ref. C378/10, *VALE Építési kft*.

³⁷ Sylwia Majkowska-Szulc, Arkadiusz Wowerka, „Cross-Border Transfer of a Seat, Cross-Border Conversion or the Coming into Existence of a New Company? Doubts Against the Background of the Court of Justice's Judgment in C-106/16 *Polbud – Wykonawstwo Sp. z o.o.*” *Polish Yearbook of International Law*, No. 38 (2018): 275.

Directive 2019/2121^[38]. In the literature, it is underlined that according to this 2019/2121 Directive, Member States will have to pay particular attention to the identification of the competent authorities, and they will have to ensure a high level of competence to confirm the legality of cross-border conversion from the perspective of both national and EU regulations^[39].

The fundamental challenge still faced by European jurisprudence is to indicate whether current EU regulations, including the wording of Art. 54 TFEU gives transnational entities the right to unlimited cross-border transformation and thus to fully exercise the freedom of establishment. In this respect, the ruling in the VALE Építési Kft case already raised the issue of restrictions imposed at the national level on cross-border transformations of foreign legal entities. The Tribunal found such actions unjustified, i.e., restrictions on exercising freedom of establishment that were impossible to block through the public policy clause. What is very important in the analyzed judgment is that the Tribunal raised not only substantive legal issues but also the conflict of law issues – which is important because this is one of the important aspects of today’s financial market^[40] functioning. However, in the case in question, the judgment indicates the threats related to the possibility of refusing to recognize a given legal person under the law of the court’s country due to the law applicable to the change of country of residence. At this point, it is worth emphasizing the position of the legal scholars, which, based on the judgment in the Cartesio case, holds that the Member States’ legal systems have the competence to decide only on the effectiveness of establishing a company^[41].

Due to the supranational nature of the activities related to the financial market, it is very common in this field that a lot of companies acting in the territory of the EU internal market have to deal with the phenomenon of cross-border transfer of their residence or registered office from one to another Member State. That is why, especially in the financial market, the

³⁸ Directive (EU) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, OJ L 321, 12.12.2019.

³⁹ Katarzyna Pokryszka, „Cross-Border Conversion of a Company in the Light of the Provisions of Directive 2019/2121 as Regards Cross-Border Conversions, Mergers and Divisions — Selected Issues” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, No. 3 (2021): 25.

⁴⁰ Mariański, „Transgraniczność jako podstawowa cecha prawa rynków finansowych”, 283.

⁴¹ Błaszczyk, „Transgraniczne”, 44.

questions concerning the scope of application of the freedom of establishment and the permissibility of EU Member States to impose restrictions in this field are of significant importance. Consequently, regulation of the financial market becomes very difficult, and the national and European legislators have to find a balance between the realization of the freedoms of the internal market and market protection. In this case, the principle of proportionality of the financial market regulation means that any limitation in this area must be subjected to additional multi-level analysis. The proportionality test was also the subject of EU judgements, especially in the *Centros* and *Inspire Art* cases. This test made it possible to limit fundamental freedoms resulting from the internal regulations of a Member State if four basic conditions were met. The conditions examined under the proportionality test include lack of discrimination, justification for reasons of public interest, suitability for achieving the intended purpose, and adequacy, not going beyond what is necessary to achieve a given purpose. In this aspect, the solutions adopted in Directive 2019/2121 on cross-border company conversions also deal with the specificity of the proportionality principle. It is possible to ensure that companies enjoy economic freedom on the internal market's territory and impose restrictions justified by imperative requirements in the general interest^[42].

4 | Conclusion

The freedoms of capital, payments, and entrepreneurship were introduced to protect the overall EU market as an area free from restrictions, and this fact has many important benefits. On the other hand, which is rarely noticed in the literature, the freedoms mentioned above constitute a specific limitation to excessive financial market regulation. Exceptions to the treaty freedoms are very rare, so each time a national or European legislator wants to additionally regulate many issues on the financial market, he must

⁴² Katarzyna Pokryszka, „Economic Freedom and Imperative Requirements in the General Interest-Conflict of Coexistence of Values in European and Polish Economic Law? Remarks Against the Background of Cross-Border Business Activities of Companies in the European Union” *Review of European and Comparative Law*, No. 52 (2023): 122.

consider the above. Moreover, within the context of specific regulations included in financial market law, numerous freedoms frequently occur simultaneously within a given transaction, thereby expanding their scope of impact. One illustrative example is the ruling in the Baars case (ref. C-251/08) regarding the acquisition of shares in enterprises^[43].

The aforementioned legislation affords cross-border investors a certain degree of protection. However, it also presents a significant challenge for legislators seeking to impose restrictions or enhanced supervision on the financial market. Moreover, on the one hand, such intensified interference of European freedoms in the financial market somehow forces the elimination of differences in the standards of functioning of national markets. Still, on the other hand, it does not necessarily lead to the primacy of the most effective and most compromise model for all market participants, including its supervisory authorities. Consequently, it can be stated that under EU law, this leads to an additional reason for the existence of the so-called incomplete law of financial markets, which has already been described in international doctrine^[44].

The author's opinion, as previously stated, is of particular importance in crises, defined as those instances in which intervention, at least temporarily, by the legislator is advisable. The coronavirus pandemic and the war in Ukraine have demonstrated the necessity of temporarily freezing numerous regulations, including those pertaining to European freedoms, in times of extraordinary events. Due to the limited scope of this study, the author did not analyze the two crises mentioned above in detail. However, they served as an impetus for this publication. Given the likelihood of similar crises occurring more frequently than before, it seems prudent to initiate a discussion on the reactivity of national and European legislators in times of financial crises. Consequently, as part of a proactive approach, it is worth considering the proposition of implementing transitional mechanisms, particularly within the financial sector, that could be employed during periods of pandemic or war. It may be argued that a temporary and state-security-motivated derogation from treaty freedoms, to a very limited extent, could be deemed acceptable.

⁴³ Glicz, „Swoboda przepływu kapitału a zintegrowany rynek kapitałowy”, 131.

⁴⁴ Katharina Pistor, Chenggang Xu, “Incomplete Law”, *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, nr 35 (2003): 931.

Bibliografia

- Atiback Aline, *L'abus des biens sociaux dans le groupe des sociétés*. Paris: Harmattan, 2007.
- Ambroziak Adam A., „Wpływ wprowadzenia swobodnego przepływu kapitału na bezpośrednio inwestycje zagraniczne w unii europejskiej. Bilans dwudziestolecia istnienia rynku wewnętrznego UE” *Studia Europejskie*, No. 4 (2013): 133-147.
- Błaszczyk Paweł, „Transgraniczne przekształcenie spółki jako sposób korzystania ze swobody przedsiębiorczości. Glosa do wyroku TS z dnia 12 lipca 2012 r., C-378/10 VALE Építési kft.” *Europejski Przegląd Sądowy*, No. 11 (2012): 40-44.
- Bonneau Thierry, Thibault Verbiest, *Fintech et Droit. Quelle régulation pour les nouveaux entrants du secteur bancaire et financier?*. Paris: Revue Banque, 2017.
- Długosz Tomasz, „Kontrola inwestycji zagranicznych w Unii Europejskiej. Podstawowe zasady i tendencje” *Prawo i Więź*, No. 2 (2022): 11-29. <https://doi.org/10.36128/priw.vi40.423>.
- Gadkowski Tadeusz, „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE” *Studia Oeconomica Posnaniensia*, No. 3 (2015): 78-84.
- Glicz Marcin, „Swoboda przepływu kapitału a zintegrowany rynek kapitałowy” *Gdańskie Studia Prawnicze*, No. 25 (2011): 125-136.
- Jakubiec Andrzej, „O zasadności kodyfikacji niektórych umów zawieranych na rynku kapitałowym”, [in:] *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, ed. Teresa Mróz, Mirosław Stec. 470-480. Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.
- Karska Elżbieta, „Prawo zwyczajowe”, [in:] *Wielka Encyklopedia Prawa*, ed. Brunon Hołyst, Roman Hauser, t. III, *Prawo Unii Europejskiej*, red. Zdzisław Brodecki. 186. Warszawa: Fundacja „Ubi societas, ibi ius”, 2014.
- Karska Elżbieta, „Drafting an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights: The Next Step towards Strengthening the Protection of Human Rights” *International Community Law Review*, No. 5 (2021): 466-485. <https://doi.org/10.1163/18719732-23050004>.
- Karski Karol, Bartosz Ziemblicki, „Commercial Companies as Applicants before the European Court of Human Rights” *International Community Law Review*, No. 5 (2021): 503-525. <https://doi.org/10.1163/18719732-23050006>.
- Majkowska-Szulc Sylwia, Arkadiusz Wowerka, „Cross-Border Transfer of a Seat, Cross-Border Conversion or the Coming into Existence of a New Company? Doubts Against the Background of the Court of Justice’s Judgment in C-106/16 Polbud – Wykonawstwo Sp. z o.o.” *Polish Yearbook of International Law*, No. 38 (2018): 275-289. <https://doi.org/10.24425/pyil.2019.129616>.
- Mariański Michał, „Rynek finansowy jako miejsce przenikania się norm prawa prywatnego i prawa publicznego” *Studia Prawno-Ekonomiczne*, No. 100 (2016): 123-133.

- Mariański Michał, *Problematyka regulacji rynku finansowego w ujęciu transgranicznym. Analiza na przykładzie prawa polskiego i prawa francuskiego*. Olsztyn: Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, 2020.
- Mariański Michał, „The Specificity of the French Concept of a Group of Companies – Analysis Based on the Judgment of the French Supreme Court of 4th February 1985 in the Rozenblum Case” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, No. 11 (2022): 24-29. <http://dx.doi.org/DOI%2010.33226/0137-5490.2022.11.4>
- Mariański Michał, „Transgraniczność jako podstawowa cecha prawa rynków finansowych”, [in:] *Księga Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Finansowego i Prawa Podatkowego*, „Misja prawa finansowego – wyzwania współczesności”, red. Elżbieta Feret, Paweł Majka. 283-291. Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego 2023.
- Nadolska Aleksandra, *Komisja Nadzoru Finansowego w nowej instytucjonalnej architekturze europejskiego nadzoru finansowego*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Napierała Jacek, „Swoboda przedsiębiorczości”, [in:] *Prawo spółek handlowych*. Tom 2B, ed. Andrzej Szumański. 897-916. Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Nieborak Tomasz, „Unia rynków kapitałowych UE – jako kolejny etap federalizacji rynku finansowego Unii Europejskiej?”, [in:] *Praktyczne i teoretyczne problemy prawa finansowego wobec wyzwań XXI wieku*, ed. Jolanta Gliniecka, Anna Drywa, Edward Juchniewicz, Tomasz Sowiński. 491-500. Warszawa: CeDeWu, 2017.
- Nieborak Tomasz, „Human Rights in the Light of the Process of Financialisation” *Białostockie Studia Prawnicze*, No. 5 (2021): 161-185. <https://doi.org/10.15290/bsp.2021.26.05.10>.
- Pistor Katharina, Xu Chenggang, „Incomplete Law” *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, No. 35 (2003): 931-1013.
- Pokryszka Katarzyna, „Cross-Border Conversion of a Company in the Light of the Provisions of Directive 2019/2121 as Regards Cross-Border Conversions, Mergers and Divisions — Selected Issues” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, No. 3 (2021): 17-27. doi: 10.33226/0137-5490.2021.3.3.
- Pokryszka Katarzyna, „Economic Freedom and Imperative Requirements in the General Interest-Conflict of Coexistence of Values in European and Polish Economic Law? Remarks Against the Background of Cross-Border Business Activities of Companies in the European Union” *Review of European and Comparative Law*, No. 52 (2023): 83-126. <https://doi.org/10.31743/recl.14636>.
- Rutkowska-Tomaszewska Edyta, *Ochrona prawna klienta na rynku usług bankowych*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2013.
- Saganek Przemysław, „Nowe reguły dotyczące podziału kompetencji między Unię Europejską a państwa członkowskie w świetle Traktatu z Lizbony” *Przegląd Sejmowy*, nr 4 (2010): 83-106.

Szostek Dariusz, „Is the Traditional Method of Regulation (the Legislative Act) Sufficient to Regulate Artificial Intelligence, or Should It Also Be Regulated by an Algorithmic Code?” *Białostockie Studia Prawnicze*, No. 3 (2021): 43-60. <https://doi.org/10.15290/bsp.2021.26.03.03>.

Ziemblicki Bartosz, „Klauzula porządku publicznego ze szczególnym uwzględnieniem instytucji *punitive damages*”, [w:] *Rządy Prawa i europejska kultura prawna*, ed. Andrzej Bator, Joanna Helios, Wioletta Jedlecka. 97-108. Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, 2014.



ANDRZEJ MARIAN ŚWIĄTKOWSKI

Unijne podejście do eksponowania przez zatrudnionych symboli religijnych w miejscu pracy

EU Approach to the Display of Religious Symbols by Employees in the Workplace

The author analyzes the judgments of the Court of Justice of the European Union concerning the principle of equal treatment and the prohibition of wearing visible religious, ideological, and political symbols at work. It is established that the introduction of internal legal regulations by entrepreneurs prohibiting the wearing of visible religious, ideological, and political symbols in the workplace cannot be considered as cases of direct discrimination based on the above-mentioned criteria: religion, belief, and politics. A necessary condition for the effectiveness of company rules is that employers apply them generally and without distinction to employees. Indirect differences in treatment of employees on the basis of religion and religious beliefs are justified by the entrepreneur's intention to behave towards customers and users, which is the policy of religious, ideological and political neutrality. Indirect discrimination on the grounds of religion, belief and politics may be justified in the workplace if the prohibitions introduced by the employer prohibit all visible forms of expression of religious, ideological, and political beliefs. The employer may sanction direct discrimination based on religion, ideology, and politics if it is more conspicuous. When establishing the standards for the protection of religious freedom, the possibility of using national provisions more favorable than the EU protection rules should be taken into account.

ANDRZEJ MARIAN ŚWIĄTKOWSKI, profesor nauk prawnych, Uniwersytet Ignatianum w Krakowie, ORCID – 0000-0003-1753-781,
e-mail: andrzej.swiatkowski@ignatianum.edu.pl

SŁOWA KLUCZOWE: dopuszczalność noszenia w miejscu pracy symboli religijnych, dyskryminacja bezpośrednia i pośrednia, polityka, religia, światopogląd, polityka neutralności, symbole, wewnętrzne reguły zakładu pracy, zakazy noszenia w pracy chust islamskich

KEYWORDS: permissibility of wearing religious symbols in the workplace, direct and indirect discrimination, politics, religion, worldview, policy of neutrality, symbols, internal rules of the workplace, prohibitions on wearing Islamic headscarves

1 | Wprowadzenie

Dyrektywa nr 2000/78/WE ustanawia ogólne warunki równego ramowego traktowania ram do walki z dyskryminacją ze względu na religię lub przekonania oraz niepełnosprawność, wiek albo orientację seksualną w sprawach zatrudnienia i pracy (art.1)^[1]. W niniejszym artykule przedstawiam problemy prawne rozpatrywane w postępowaniu prejudycjalnym w dwóch połączonych sprawach C-804/18 i C-341/19 opartych na wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Wcześniej w sprawach Samira Achbita i Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding przeciwko G4S Secure Solutions NV, C-157/15^[2] oraz C-188/15 Asma Bougnaoui i Association de défense des droits de l'homme (ADDH) przeciwko Micropole SA (Bougnaoui i ADDH)^[3] powiązanych z zakazami eksponowania przez niektórych pracowników symboli religijnych lub politycznych udzielone zostały odpowiedzi na zgłoszone TSUE pytania prejudycjalne w kwestiach prawnych dotyczących bezpośrednich i pośrednich efektów dyskryminacji. Nie było jeszcze wówczas gwarancji pewności braku albo występowania zwiastunów jednej z dwóch wymienionych w art.2 dyrektywy 2000/78 dotyczących rodzajów dyskryminacji. Inicjatywy podejmowane przez niektórych zatrudnionych, ubiegających się o zgodne z prawem noszenie w czasie pracy symboli religijnych i politycznych, skłaniają przedsiębiorców do podejmowania wysiłków w celu prowadzenia polityki neutralności oraz porównywania wartości

¹ Dz.Urz. L 303 z 2.12.2000 str. 16. Wydanie Specjalne PL 05/t.4, str.57.

² Wyrok TSUE (Wielka Izba) z 14.03.2017 r., ECLI:EU:C:2017:203.

³ Wyrok TSUE (Wielka Izba) z 14.03.2017 r., ECLI:C:2017:204.

i proporcjonalności praw oraz podstawowych wolności niemal całkowicie w odrębnych sferach ludzkiej działalności, religijnej i gospodarczej. Trzecia sprawa, wymieniona we wstępie do niniejszego opracowania C-157/15 i 188/15, osądzona w 2017 r. przez Wielką Izbę TSUE, zainicjowała chęć zaopatrywania organów wymiaru sprawiedliwości państw członkowskich UE w sprawach wyłączających przypadki bezpośredniej dyskryminacji z powodu niedostosowania się zatrudnionych do rezygnacji z noszenia w miejscu pracy widocznych symboli religijnych, światopoglądowych i politycznych. TSUE natomiast nie wykluczył w tych sprawach „[...] możliwości uznania naruszenia zakazu eksponowania symboli religijnych, jeżeli zostanie wykazane, że pozornie neutralny obowiązek w rzeczywistości stawia osoby wyznające określoną religię lub mające określone przekonania w niekorzystnej sytuacji, chyba że takie postanowienie jest obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, takim jak realizowanie przez pracodawcę polityki neutralności politycznej, światopoglądowej i religijnej w relacjach z jego klientami, zaś środki mające służyć realizacji tego celu są właściwe i konieczne, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego”^[4]. Przestrzeganie zasady niedyskryminacji bezpośredniej i pośredniej zostało wzmocnione rozstrzygnięciami, które zapadły w sprawach C-804/18 i C-341/19. Sprawy te zostały połączone przez TSUE^[5] z uwagi na potrzebę wzmocnienia zapatrywań wymienionych we wcześniej sprawach C-157/17 oraz C-188/15. W szczególności chodziło o konieczność doprecyzowania, jak argumentuje RG TSUE występujący w tych połączonych sprawach, pojęcia prawnego dyskryminacja pośrednia. Zdaniem RG, TSUE powinien zmierzać do osiągnięcia „[...] równowagi pomiędzy ustanowieniem jednolitej wykładni zasady niedyskryminacji w ramach stosowania dyrektywy 2000/78 a koniecznością pozostawienia państwom członkowskim zakresu swobodnego uznania”. Wymaga tego brak jednorodności

⁴ Akapit drugi sentencji wyroku TSUE (Wielka Izba) z 14.03.2017 r., C-157/17, EU:C:2017:203. Podobnie orzekł ten sam TSUE wydając wyrok 14.03.2017 r., C-188/15, zwany wyrokiem *Bouagnaoui i ADDH*, EU:C:2017:2004. Wyrok TSUE wywołał poważną krytykę prawników europejskich. Zob. Erica Howard, „Islamic headscarves and the CJEU: Achbita and Bouagnaoui” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, t. III (2017): 348-366; Elke Cloots, „Safe harbour or open sea for corporate headscarf bans? Achbita and Bouagnaoui” *Common Market Law Review*, t. LV (2018): 589-624. Joseph H.H. Weiler, „Je sui Achbita: à propos d’un arrêt de la Cour de justice de l’ Union européenne sur le hijab mudulman (CJUE 14 mars 2017, aff. C-157/15)” *Revue trimestrielle de droit européen*, (2019): 85-104.

⁵ Połączone sprawy C-804/18 IX przeciwko WABE eV i C-341/19 MH Müller Handels przeciwko MJ Zob. opinia RG TSUE z 25.02.2021 r., C-804/18, C-441/19, pkt.2.

w dyspucie między państwami członkowskimi UE na temat „miejsca religii w społeczeństwie demokratycznym”^[6].

2 | Sytuacja faktyczna i stan prawny połączonych spraw

2.1. Sprawa X przeciwko WABE eV, C-804/14 i C-341/19

Pracownica X jest pielęgniarką i wyspecjalizowaną nauczycielką oraz specjalistką w zakresie opieki długoterminowej zatrudnioną przez stronę pozwaną WABE, stowarzyszenie pożytku publicznego. Sprawuje ono i prowadzi w Niemczech edukację i dzienną opiekę kilku tysięcy dzieci. Zatrudnia ponad 600 pracowników. Stosuje się do edukacyjnych zaleceń władz miasta Hamburg podanych do publicznej wiadomości w pierwszym kwartale 2012 roku. Według nich „Wszystkie placówki opieki dziennej dla dzieci mają za zadanie podejmować i uczynić zrozumiałymi podstawowe kwestie etyczne, jak również religijne i inne zagadnienia światopoglądowe jako część środowiska. Dlatego ośrodki opieki dziennej zapewniają dzieciom przestrzeń do zajmowania się kwestiami znaczenia radości i cierpienia, zdrowia i choroby, sprawiedliwości i niesprawiedliwości, winy i porażki, pokoju i konfliktu, a także kwestiami dotyczącymi Boga. Wspierają dzieci we wnoszeniu do dyskusji uczuć i przekonań dotyczących tych kwestii. Możliwość wnikliwego, badawczego podjęcia tych kwestii prowadzi do zaangażowania się w te zagadnienia i tradycje orientacji religijnych i kulturowych reprezentowanych w grupie dzieci. W ten sposób rozwija się szacunek i poszanowanie dla innych religii, kultur i światopoglądów. Dyskusja ta wzmacnia dziecko w pojmowaniu samego siebie i doświadczaniu funkcjonującego społeczeństwa. Obejmuje to również przeżywanie przez dzieci świąt religijnych w ciągu roku i umożliwienie im aktywnego kształtowania ich przebiegu. Poprzez spotkanie z innymi religiami dzieci doświadczają różnych form kontemplacji, wiary i duchowości”^[7]. Stowarzyszenie edukacyjne WABE reklamuje w mediach społecznościowych i w Internecie wagę różnorodności

⁶ Opinia RG TSUE, C-804/18 i C-341/19, pkt.3-4.

⁷ Ibidem, pkt. 19.

oraz zaufania rodziców i opiekunów w procesie wychowawczym. Pisze bowiem o polityce edukacyjnej, „Niezależnie od tego, czy chodzi o płeć, pochodzenie, kulturę, religię czy szczególne potrzeby – jesteśmy przekonani, że różnorodność wzbogaca. Poprzez otwartość i ciekawość uczymy się rozumieć siebie nawzajem i szanować różnice. Ponieważ witamy wszystkie dzieci i rodziców, tworzymy atmosferę, w której rozwija się bezpieczeństwo, przynależność i zaufanie – podstawa zdrowego, indywidualnego rozwoju i pokojowego współistnienia społecznego”^[8]. W marcu 2018 r. WABE przyjęło „Instrukcję administracyjną w sprawie przestrzegania wymogu neutralności” (zwaną dalej „instrukcją administracyjną”), z którą zaznajomieni zostali wszyscy pracownicy mający bezpośredni kontakt z dziećmi i ich rodzinami^[9]. Instrukcja ta stanowi, że „WABE jest neutralne z punktu widzenia przekonań religijnych i wyraźnie przyjmuje z zadowoleniem różnorodność religijną i kulturową. W celu zapewnienia indywidualnego i swobodnego rozwoju dzieci w odniesieniu do religii, światopoglądu i nauk politycznych pracownicy WABE są zobowiązani do ścisłego przestrzegania obowiązującego wymogu neutralności w odniesieniu do rodziców, dzieci i innych osób trzecich. WABE realizuje wobec nich politykę neutralności politycznej, światopoglądowej i religijnej. W tym kontekście następujące regulacje służą jako podstawowe zasady dla konkretnej zgodności z wymogiem neutralności w miejscu pracy”^[10]. Według tej instrukcji: pracownicy w miejscu pracy: 1) nie wskazują rodzicom, dzieciom lub osobom trzecim żadnych zachowań o charakterze politycznym, światopoglądowym lub religijnym; 2) nie noszą w miejscu pracy w obecności rodziców, dzieci i osób trzecich żadnych widocznych oznak politycznych, światopoglądowych czy religijnych i: 3) nie odpowiadają w obecności rodziców, dzieci i osób trzecich żadnych obrzędów religijnych.

O tym, że WABE poważnie traktuje politykę neutralności świadczy również wydana przez tę placówkę edukacyjną ulotka informacyjna odnosząca się do zasady neutralności politycznej i religijnej. Na pytanie, czy w tej placówce edukacyjnej dzieci można nosić krzyż chrześcijański, chustę islamską lub żydowską kipe udzielono negatywnej odpowiedzi uzasadniającej, że „[...] dzieci nie mogą być pod wpływem nauczycieli w odniesieniu

⁸ Ibidem, pkt.18.

⁹ Wymagania dotyczące zasady neutralności nie obowiązują pracowników WABE zatrudnionych w głównej siedzibie stowarzyszenia pożytku. Oni nie mają bowiem kontaktu z „klientami”, dziećmi i ich rodzinami.

¹⁰ Opinia RG TSUE w połączonych sprawach C-804/18 i C-341/19, pkt. 21.

do religii, nie jest to dozwolone. Świadomy wybór ubioru podyktowany względami religijnymi lub światopoglądowymi jest sprzeczny z zasadą neutralności”^[11].

Wymieniona na początku niniejszego rozdziału pracownica X stawiała się do pracy w dniu 1 czerwca 2018 r. w chuście islamskiej na głowie, całkowicie zakrywającej jej włosy. Została poproszona przez dyrektorkę placówki WABE o jej zdjęcie. Odmówiła, więc zawieszona została w świadczeniu pracy. Po kilku dniach ponownie stawiała się do pracy w identycznym ubiorze. Pracodawca udzielił jej ostrzeżenia i wezwał do wykonywania pracy bez przykrywania głowy chustą. Ponieważ ponownie odmówiła, ponownie została zwolniona z obowiązku wykonywania pracy. Dla utrzymania równowagi w stosunkach pracy pracodawca nakłonił inną pracownicę noszącą krzyż na szyi, aby go zdjęła.

Pracownica IX wszczęła przeciwko pracodawcy proces w sprawie pracowniczej przed sądem w Hamburgu. Sąd ten nie mógł uwzględnić żądania usunięcia z jej akt osobowych, ostrzeżeń i roszczeń majątkowych ze względu na uniemożliwienie świadczenia pracy z powodu wykładni Karty praw podstawowych^[12] (Kpp) przez wymienione, dwa inne składy TSUE, wcześniej orzekające w sprawach o dyskryminację zabronioną przepisami dyrektywy 2000/78. Według TSUE orzekającego w sprawach C-157/15 oraz C-188/18 chęć uwzględnienia przez pracodawcę życzeń klienta po to, aby świadczone usługi nie były wykonywane przez pracownicę noszącą chustę islamską nie może być uznany za istotny i determinujący wymóg zawodowy w świetle art.4 dyrektywy 2000/78^[13]. Natomiast inny skład TSUE nie był w stanie uwzględnić skargi powódki IX w sprawie C-804/18 ze względu na wcześniej dokonaną przez TSUE – w wyrokach Bougnaoui i ADDH (C-188/15) oraz G4S Secure Solutions (C-157/15) – wykładnię art. 16 Kpp, zgodnie z którą chęć pracodawcy, aby jego pracownicy wyrażali neutralność religijną, jest sama w sobie wystarczająca, aby obiektywnie uzasadnić różnicę w traktowaniu pośrednio opartą na religii, o ile ta różnica w traktowaniu jest właściwa i konieczna. Zdaniem tego sądu WABE nie przedstawiło w sposób wystarczający strat gospodarczych lub nie wskazało konkretnego zagrożenia dla dóbr prawnych osób trzecich, które mogłyby uzasadnić orzeczenie oddalające skargę pracownicy IX również na podstawie art. 4 konstytucji RFN.

¹¹ Ibidem., pkt. 22.

¹² Dz. Urz. UE C Nr 83, s.389.

¹³ Opinia RG TSUE w połączonych sprawach C-804/18 i C-341/19, pkt. 28.

W tych okolicznościach zewnętrznych miejski sąd pracy w Hamburgu (Arbeitsgericht Hamburg) wydał postanowienie o zawieszeniu postępowania i wystąpił do TSUE z pytaniami prejudycjalnymi.

2.2. Sprawa MH Müller Handels GmbH przeciwko MJ

W odróżnieniu od pierwszej sprawy, niniejsza sprawa została przedstawiona z pytaniami prejudycjalnymi po wyczerpaniu dwuinstancyjnego postępowania sądowego przez Niemiecki Federalny Sąd Najwyższy (Bundesarbeitsgericht). MH Müller Handels to sieć niemieckich drogerii. MJ jest tam zatrudniona jako doradczyni do spraw sprzedaży i kasjerka. Od 2014 r. nosi w pracy chustę islamską. Ponieważ nie dostosowała się do życzenia pracodawcy nienoszenia tej chusty w miejscu pracy, została przeniesiona na inne stanowisko pracy. 21 czerwca 2016 r. pracodawca nakazał jej zdjęcie chusty. Odmówiła i została odesłana do domu. W następnym miesiącu została ponownie wezwana do stawienia się w miejscu pracy bez „rzucających się w oczy politycznych, światopoglądowych lub religijnych symboli dużych rozmiarów”^[14]. Zaskarżyła pracodawcę, domagając się stwierdzenia przez sąd, że wydane przez pracodawcę nakazy zastały uznane za nieważne oraz żądała zadośćuczynienia za wyrządzoną jej przez byłego pracodawcę krzywdę, polegającą o odmowie wypłaty wynagrodzenia za czas niedopuszczenia jej do wykonywania pracy. Według niej noszenie chusty islamskiej było wyłącznie powiązane myślą o wypełnieniu bezwzględnego nakazu religijnego. Jako podstawę prawną podejmowania powyższego zadania wymieniła przepis art. 4 ust.1 konstytucji RFN z 23.05.1949 r., stanowiący, że wolność sumienia, przekonań religijnych i światopoglądu jest nienaruszalna^[15], a powołana wcześniej konstytucja gwarantuje swobodne wykonywanie praktyk religijnych^[16]. Najważniejszym zarzutem powódki było stwierdzenie, że stosowana polityka neutralności nie korzysta w świetle zasady wolności z bezwarunkowego pierwszeństwa i powinna być poddana ocenie proporcjonalności. Natomiast strona pozwana argumentowała, że od lipca 2016 r. we wszystkich jej sklepach obowiązuje zakaz noszenia w miejscu pracy rzucających się w oczy politycznych, światopoglądowych i religijnych symboli dużych

¹⁴ Ibidem., pkt. 32.

¹⁵ BGB1.1949, s. 1.

¹⁶ Art.4 ust.2 konstytucji RFN.

rozmiarów. Wprowadzenie tego zakazu umożliwia przedsiębiorcy utrzymanie neutralności w miejscu pracy po to, aby uniknąć konfliktów między pracownikami należącymi do różnych kultur i religii. Wprowadzony zakaz zapobiega potencjalnym, negatywnym skutkom gospodarczym, jakie mogłyby być poniesione przez przedsiębiorcę. Tym samym więc służy przedsiębiorcy chroniąc go przed utratą klientów^[17]. Niemieckie sądy orzekające w pierwszej i drugiej instancji przyznały rację powódce, zatem strona pozwana MH Müller Handels wniosła sprawę do federalnego niemieckiego sądu pracy (Bundesarbeitsgericht). Ten zaś, podobnie jak sąd poprzedni, orzekający w sprawie C-804/18, stwierdził na podstawie wyroków TSUE wydawanych w sprawach *Bougnaoui i ADDH* oraz *G4S Secure Solutions*, że różnica w traktowaniu nie może stanowić bezpośredniej dyskryminacji w rozumieniu art.2 ust.2 lit.a) dyrektywy 2000/78, wymieniony przepis bowiem wyraźnie definiuje bezpośrednią dyskryminację jako mniej przychylne traktowania jednej z dwóch osób znajdujących się w porównywalnej sytuacji. Zdaniem RG TSUE w niniejszej sprawie chodzi o różnicę w pośrednim traktowaniu, uregulowaną przepisem art. 2 ust.2 lit.b) analizowanej dyrektywy. Niemiecki sąd federalny mógłby wyrazić opinię, że zamiarem każdego przedsiębiorcy jest to, aby uznawano go na rynku usług za podmiot neutralny wobec producentów i klientów, i powszechnie uznawano za lidera wolności prowadzenia działalności gospodarczej. Jednakże powyższy sąd powziął wątpliwość, czy wyłącznie właściwym do realizacji celu polityki neutralności przedsiębiorstwa jest wyłącznie zakaz obejmujący wszelkie widoczne formy uzewnętrznienia religii bądź też zakaz ograniczony do rzucających się w oczy symboli religijnych^[18]. Ponadto, powyższy niemiecki sąd krajowy, występujący z pytaniami prawnymi wobec TSUE, zastanawiał się, czy w badaniach prowadzonych dla ustalenia właściwego charakteru instrumentów służących realizacji celu neutralności można dokonywać w każdym przypadku porównań konkurencyjnych interesów, za jakie mogą być uważane z jednej strony wolność myśli, sumienia i religii, z drugiej natomiast swoboda gospodarowania^[19]. Rozważał także możliwość uznania wolności religii i wyznania za bardziej korzystną w świetle przepisów krajowych na co zezwala art.8 ust.1 dyrektywy 2000/78, zawierający regulację prawną, która mogłaby być zaadoptowana przez sądy krajowe państw członkowskich. W końcu powyższe sądy zastanawiały

¹⁷ Opinia RG TSUE w połączonych sprawach C-804/18 i C-341/19, pkt. 34.

¹⁸ Ibidem, pkt. 36.

¹⁹ Ibidem, pkt. 37.

się nad możliwością wyłączenia przez prawo unijne korzystania z praw podstawowych chronionych przez prawo krajowe, stosowanych w procesie badania ważności prawa zakładowego, stanowionego przez przedsiębiorcę, regulującego stosunki prawne w ramach polityki neutralności^[20].

Aby pogłębić zrealizowaną częściowo wcześniej (w roku 2017) interpretację przepisów prawa europejskiego, Karty praw podstawowych i dyrektywy 2000/78, przez TSUE w sprawach C-157/15 oraz C-188/15, TSUE w połączonych sprawach C-804/18 i C-341/19 zaakceptował: 1) pytanie pierwsze w sprawie C-804/18; 2) pytanie drugie odnoszące się do art. 2000/78 lit.a) dyrektywy w sprawie 804/18; 3) pytanie pierwsze w sprawie C-341/19; 4) pytanie drugie dotyczące art. 2000/78 lit.b) dyrektywy postawione w obydwu sprawach, C-803/18 i C-341/19. W przedmiocie pytania drugiego i pytania trzeciego w sprawie C-341/19 TSUE stwierdził brak potrzeby udzielenia odpowiedzi^[21].

3 | Stanowisko TSUE w odpowiedzi na postawione pytania prejudycjalne

3.1. Pytanie pierwsze w sprawie C-804/18

W pytaniu pierwszym zadany TSUE sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy wewnętrzne ustanowienie w formie administracyjnej instrukcji wydanej przez pracodawcę dotyczące zakazu noszenia przez pracowników w miejscu pracy jakichkolwiek symboli religijnych, światopoglądowych albo politycznych może zostać uznane za prawnie zabronioną bezpośrednią dyskryminację. Niektórzy pracownicy bowiem stosują się w praktyce do zakazów lub nakazów religijnych wymagających przestrzegania pewnych standardów ubioru. Zasada równego traktowania i zakaz bezpośredniej wszelkiej dyskryminacji nakazują w jednakowy sposób traktować wszystkich pracowników przedsiębiorstwa. Unifikacja identycznego traktowania nakazuje zatrudnionym stosowanie się do zasady wymagającej noszenia neutralnego stroju w miejscu pracy. A zatem administracyjna instrukcja

²⁰ Ibidem, pkt.41.

²¹ Wyrok TSUE w sprawie C-341/19, pkt. 91.

wydana przez przedsiębiorcę ma zastosowanie do wszystkich zatrudnionych, mających bezpośredni kontakt z dziećmi i ich rodzinami. W sprawie C-804/18 WABE jako przedsiębiorca zwróciło uwagę na niestosowność postępowania pracownicy noszącej krzyż religijny i zażądało od niej nieekspozowania tego symbolu religijnego w miejscu pracy. Powyższą okoliczność TSUE uznał za klasyczny przypadek identycznego traktowania dwóch różnych kobiet wyznających odmienne religie, przynoszących do pracy odrębne symbole. Pierwsza z nich – IX nie dostosowała się do obowiązującej w zakładzie pracy instrukcji, natomiast druga zrozumiała swój błąd i niestosowność swojego postępowania^[22]. Na tej podstawie TSUE orzekł, że wewnętrzna regulacja zakazująca pracownikom noszenia widocznych symboli religijnych nie stanowi bezpośredniej dyskryminacji, „[...] jeżeli regulacja jest stosowana w sposób ogólny i bez rozróżnienia”^[23].

3.2. Pytanie drugie, litera a) w sprawie C-804/18

Czy różnica w pośrednim traktowaniu pracownic i pracowników oparta na religii lub przekonaniach osób zatrudnionych może być uzasadniona chęcią pracodawcy realizacji polityki neutralności politycznej, światopoglądowej i religijnej w miejscu pracy po to, aby spełnić życzenia swoich klientów? Stawiając to pytanie, sąd odsyłający starał się uzyskać odpowiedź, czy odmienne traktowanie pośrednio – ze względu na religię lub przekonania – ma miejsce wówczas, gdy zostanie udokumentowane, że pozornie neutralny obowiązek ustanowiony przez pracodawcę stwarza szczególną sytuację dla zatrudnionych, głównie kobiet noszących chusty, wyznających określoną religię lub mających odmienne przekonania światopoglądowe^[24]. Zdaniem RG TSUE pozornie neutralny obowiązek wprowadzony instrukcją administracyjną może postawić w niekorzystnej sytuacji określoną osobę, na przykład pracownicę, ze względu na wyznawaną przez nią muzułmańską religię^[25]. Z tego powodu uzasadnione jest, aby klienci

²² Uzasadnienie wyroku TSUE w sprawie C-804/18, pkt. 54.

²³ Ibidem, pkt.55. Pewne wątpliwości może budzić sformułowanie w języku polskim sposobu stosowania tej zasady – „w sposób ogólny i bez rozróżnienia”. Jednakże użyte zwroty w języku oryginału niemieckim – „allgemein und unterschiedslos” i postępowania francuski – „générale et indifférenciée” oraz w języku angielskim – „general and undifferentiated” oddają sens i istotę sprawy.

²⁴ Uzasadnienie wyroku TSUE w sprawie C-804/18, pkt. 56 i 59.

²⁵ Opinia RG TSUE w połączonych sprawach C-804/18 i C-341/19, pkt. 61.

postrzegali pracodawcę jako osobę neutralną, kierującą się wyłącznie legalnymi zasadami wolności gospodarczej. Jednakże TSUE orzekł, że sama wola pracodawcy prowadzenia polityki neutralności w stosunkach pracy nie jest w stanie obiektywnie uzasadnić odmiennego pośredniego traktowanie zatrudnionych eksponujących wartości religijne. Prawdziwie obiektywne charakter postępowania przedsiębiorcy może zostać zidentyfikowany w sytuacji „rzeczywistej konieczności”, w jakiej on się znalazł^[26]. Może się tak dzieć na przykład w przypadku zagwarantowanego art.14 Kpp uprawnienia rodziców do zapewnienia przez ośrodki edukacji nauczania dzieci zgodnie z ich przekonaniem religijnymi, światopoglądowymi oraz ich kształcenia przez nauczycieli nie wyrażających swoich przekonań religijnych^[27].

Obowiązkiem pracodawcy jest przekonanie zainteresowanych stron, że w przypadku nieprowadzenia spójnej i konsekwentnej polityki neutralności religijnej, światopoglądowej i politycznej zostałoby nadwyrężone jego podstawowe uprawnienie do nieograniczonego korzystania z wolności gospodarczej^[28]. Obiektywna weryfikacja, czy ograniczenie przez pracodawcę wolności myśli, sumienia i religii gwarantowanych art. 10 ust.1 Kpp wymaga przedstawienia potencjalnie niekorzystnych dla niego i przez niego prowadzonego przedsięwzięcia biznesowego, których tenże pracodawca usiłuje uniknąć wprowadzając zakaz eksponowania symboli religijnych^[29]. Oznacza to, że według TSUE „[...] odmienne traktowanie pośrednio ze względu na religię lub przekonania, wynikające z wewnętrznej regulacji przedsiębiorstwa, zakazującej pracownikom noszenia widocznych symboli przekonań politycznych, światopoglądowych lub religijnych w miejscu pracy, może być uzasadnione wolą prowadzenia przez pracodawcę polityki neutralności politycznej, światopoglądowej i religijnej wobec klientów lub użytkowników, o ile: po pierwsze, polityka ta odpowiada rzeczywistej konieczności po stronie tego pracodawcy, czego wykazanie jest jego zadaniem przy uwzględnieniu w szczególności uzasadnionych oczekiwań tych klientów i użytkowników, jak również niekorzystnych konsekwencji, jakie pracodawca poniósłby w braku takiej polityki, mając na uwadze charakter jego działalności lub kontekst, w jaki ona się wpisuje; po drugie, to odmienne traktowanie jest odpowiednie do zapewnienia prawidłowego stosowania polityki neutralności, co zakłada, że ta polityka jest realizowana

²⁶ Wyrok TSUE w sprawie C-804/18, pkt. 64.

²⁷ Ibidem, pkt. 65.

²⁸ Ibidem, pkt. 67.

²⁹ Ibidem, pkt. 69.

spójnie i konsekwentnie; a po trzecie, zakaz ogranicza się do tego, co ściśle konieczne w świetle rzeczywistego zakresu i wagi negatywnych konsekwencji, których pracodawca usiłuje uniknąć poprzez taki zakaz”^[30].

3.3. Pytanie pierwsze w sprawie C-341/19

W tym pytaniu sąd odsyłający stara się ustalić, czy dyskryminacja pośrednia ze względu na religie lub przekonania może być uzasadniona tylko wtedy, gdy zakaz noszenia w miejscu pracy widocznych symboli religijnych, światopoglądowych lub politycznych obejmuje wszystkie formy widocznego wyrażania takich przekonań, czy też wystarczy, aby zakaz ten ograniczał się do rzucających się w oczy symboli o dużym rozmiarze^[31]. Komisja Europejska bowiem zakazuje wyłącznie noszenia swoim pracownikom takich symboli. Stosowanie powyższej dyferencjacji symboli sprawia, że nie wszyscy pracownicy będą traktowani jednakowo. Będzie wówczas wyłowić przypadki bezpośredniego dyskryminowania na podstawie religii, przekonań oraz polityki. W razie gdy bezpośrednia dyskryminacja nie zostanie stwierdzona, niejednakowe traktowanie zatrudnionych stanowi podstawę do stwierdzenia występowania dyskryminacji pośredniej. Wyjątkiem od powyższej konkluzji jest obiektywnie uzasadnione postępowanie zasługujące na ochronę, w którym stosowane są właściwe i konieczne środki służące do osiągnięcia zamierzonego i uzasadnionego celu^[32]. Polityka neutralności może stanowić cel zasługujący na ochronę. Należy jednak zbadać, czy odpowiada ona rzeczywistym potrzebom przedsiębiorstwa i czy może być skutecznie realizowana. Zdaniem TSUE jest możliwe tylko wtedy, gdy

„[...] gdy nie zezwala się na żadne widoczne manifestowanie przekonań politycznych, światopoglądowych czy religijnych w sytuacji kontaktu pracowników z klientami albo między sobą, ponieważ noszenie jakiegokolwiek symbolu, nawet o małym rozmiarze, niweczy możliwość osiągnięcia przez dany środek zamierzonego celu i kwestionuje w ten sposób samą spójność omawianej polityki neutralności”^[33].

³⁰ Ibidem, pkt.70.

³¹ Ibidem, pkt. 71.

³² Ibidem, pkt.74.

³³ Ibidem, pkt.77.

W konkluzji odpowiedzi na pierwsze pytanie w sprawie C-341/19 TSUE orzekł, że dyskryminacja pośrednia uzasadniona ze względu na religię i inne wymienione kryteria,

„[...] wynikająca z wewnętrznej regulacji przedsiębiorstwa, zakazującej noszenia w miejscu pracy widocznych symboli przekonań politycznych, światopoglądowych lub religijnych w celu zapewnienia polityki neutralności w tym przedsiębiorstwie, może być uzasadniona tylko wtedy, gdy taki zakaz obejmuje wszelkie widoczne formy wyrażania przekonań politycznych, światopoglądowych lub religijnych. Zakaz ograniczający się do noszenia rzucających się w oczy, dużych symboli przekonań politycznych, światopoglądowych i religijnych może stanowić bezpośrednią dyskryminację ze względu na religię lub przekonania, która w każdym razie nie może być uzasadniona na podstawie tego samego przepisu”^[34].

3.4. Pytanie drugie litera b) w sprawie C-804/18 i pytanie drugie litera b) w sprawie C-341/19

Pytanie to wymaga zbadania dwóch kwestii: 1) ustalenia charakteru prawa, w a szczególności udzielenia odpowiedzi, czy krajowe konstytucyjne przepisy chroniące wolność religii mogą być stosowane jako korzystniejsze w rozumieniu art.8 ust.1 dyrektywy 2000/78 od standardów unijnych, co zezwalałoby państwom członkowskim przyjmować lub utrzymywać bardziej korzystne normy prawne w celu ochrony zasady równego traktowania; oraz 2) czy w ramach badania właściwego charakteru należy – i kiedy – wyważyć kolidujące uprawnienia i wolności regulowanych przepisami art.14 i art.16 Kpp z jednej strony, a z art.10 Kpp ze strony drugiej. Zagadnienia te zostały wcześniej rozstrzygnięte przez TSUE^[35] oraz Trybunał Praw Człowieka Rady Europy w Strasburgu^[36]. Nawiązując do wymienionych orzeczeń TSUE orzekł, że „[...] krajowe

³⁴ Ibidem, pkt. 78.

³⁵ Wyroki TSUE z: 25.04.2013 r., *Asociația Accept*, C-81/12, EU:C:2013:275, pkt. 37; 23.04.2020r., *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, C-5-7/18, EU:C:2020:289, pkt. 63.

³⁶ Wyroki ETPC z: 10.11.2005 r. w sprawie Leyla Şahin przeciwko Turcji, CE:ECHR:2005:1110JUD004477498, § 108; 10.01.2017 r. w sprawie Osmanoglu i Kocabaş przeciwko Szwajcarii, CE:ECHR:2017:0110JUD002908612, § 88.

przepisy chroniące wolność religii można brać pod uwagę jako przepisy bardziej korzystne w rozumieniu art. 8 ust. 1 tej dyrektywy w ramach badania właściwego charakteru odmiennego traktowania pośrednio ze względu na religię lub przekonania”. TSUE uwzględnił równorzędność podejścia państw członkowskich do ochrony wolności religii^[37].

4 | Wyrok

„Z powyższych względów Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Wielka Izba) orzeka, co następuje:

1. Wykładni art. 1 i art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy należy dokonywać w ten sposób, że wewnętrzna regulacja przedsiębiorstwa, zakazująca pracownikom noszenia wszelkich widocznych symboli przekonań politycznych, światopoglądowych lub religijnych w miejscu pracy, nie stanowi w odniesieniu do pracowników, którzy przestrzegają określonych zasad dotyczących ubioru zgodnie z nakazami religijnymi, bezpośredniej dyskryminacji ze względu na religię lub przekonania w rozumieniu tej dyrektywy, jeżeli regulacja ta jest stosowana w sposób ogólny i bez rozróżnienia.
2. Wykładni art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2000/78 należy dokonywać w ten sposób, że odmienne traktowanie pośrednio ze względu na religię lub przekonania, wynikające z wewnętrznej regulacji przedsiębiorstwa, zakazującej pracownikom noszenia wszelkich widocznych symboli przekonań politycznych, światopoglądowych lub religijnych w miejscu pracy, może być uzasadnione wolą prowadzenia przez pracodawcę polityki neutralności politycznej, światopoglądowej i religijnej wobec klientów lub użytkowników, o ile: po pierwsze, polityka ta odpowiada rzeczywiście

³⁷ Zob. bliżej Titia Loenen, „In search of an EU approach to headscarf bans: where to go after Achbita and Bougnaoui?” *Review of European Administrative Law*, nr 2 (2017): 47-73.

konieczności po stronie tego pracodawcy, czego wykazanie jest jego zadaniem przy uwzględnieniu w szczególności uzasadnionych oczekiwań tych klientów i użytkowników, jak również niekorzystnych konsekwencji, jakie pracodawca poniósłby w braku takiej polityki, mając na uwadze charakter jego działalności lub kontekst, w jaki ona się wpisuje; po drugie, to odmienne traktowanie jest odpowiednie do zapewnienia prawidłowego stosowania polityki neutralności, co zakłada, że ta polityka jest realizowana spójnie i konsekwentnie; a po trzecie, zakaz ogranicza się do tego, co ściśle konieczne w świetle rzeczywistego zakresu i wagi negatywnych konsekwencji, których pracodawca usiłuje uniknąć poprzez taki zakaz.

3. Wykładni art. 2 ust. 2 lit. b) ppkt (i) dyrektywy 2000/78 należy dokonywać w ten sposób, że dyskryminacja pośrednia ze względu na religię lub przekonania, wynikająca z wewnętrznej regulacji przedsiębiorstwa, zakazującej noszenia w miejscu pracy widocznych symboli przekonań politycznych, światopoglądowych lub religijnych w celu zapewnienia polityki neutralności w tym przedsiębiorstwie, może być uzasadniona tylko wtedy, gdy taki zakaz obejmuje wszelkie widoczne formy wyrażania przekonań politycznych, światopoglądowych lub religijnych. Zakaz ograniczający się do noszenia rzucających się w oczy, dużych symboli przekonań politycznych, światopoglądowych i religijnych może stanowić bezpośrednią dyskryminację ze względu na religię lub przekonania, która w każdym razie nie może być uzasadniona na podstawie tego samego przepisu.
4. Wykładni art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2000/78 należy dokonywać w ten sposób, że krajowe przepisy chroniące wolność religii mogą być brane pod uwagę jako przepisy bardziej korzystne w rozumieniu art. 8 ust. 1 tej dyrektywy w ramach badania właściwego charakteru odmiennego traktowania pośrednio ze względu na religię lub przekonania”.

5 | Polityka neutralności i wolności religijnej

Wyroki wydane w sprawach Achbita^[38] oraz Bougnaoui^[39], w których TSUE orzekł, że pracodawcy mogą zakazać pracownikom noszenia w miejscach i w czasie pracy symbole religijne w ramach polityki neutralności korporacyjnej bez naruszenia prawa antydyskryminacyjnego oczekiwali, że późniejszy wyrok wydany w połączonych sprawach WABE i Müller^[40] będzie miał podobny charakter i zostanie uznany przez TSUE za kontynuację wcześniejszych kontrowersyjnych orzeczeń. Jednakże wcześniejsze wyroki zostały skrytykowane i uznane za rozstrzygnięcia osłabiające ochronę niektórych kategorii zatrudnionych, zwłaszcza pracownic, jako osłabiające przed dyskryminacją ze względu na religię w miejscu pracy^[41]. Zdaniem wymienionego autora, TSUE odniósł się do problemów w sprawach Achbita, a także Bougnaoui, takich jak: rola praw podstawowych, ocena proporcjonalności, uprawnienie państw członkowskich UE do wykroczenia poza standardy ochrony prawnej obowiązujące w UE, definicja dyskryminacji bezpośredniej, kwestia uprzedzeń i preferencji klientów. David A. Zuther uznał, że decyzje podjęte w wymienionych sprawach stanowią ważny^[42], aczkolwiek ograniczony krok naprzód z perspektywy wolności religijnej i niedyskryminacji w miejscu i czasie pracy. Jego zdaniem wyrok w tych sprawach nie ma na celu narzucania szczególnego miejsca religii w sferze publicznej całej UE, lecz pozwala wyraźnie państwom członkowskim wytyczyć własną drogę. Sądy unijne wymagają więcej od pracodawców poprzez wprowadzenie polityki neutralności. Tematyka pluralizmu, integracji i różnorodności jest jednak nadal przyczynę sporów. Dla niektórych przedsiębiorców bowiem życzenie klienta, aby nie był obsługiwany w pracy w chuście na głowie, nie może być uznane za „prawdziwy i determinujący wymóg zawodowy”. W sprawach WABE i Müller TSUE orzekł, iż pojęcia

³⁸ C-157/15.

³⁹ C-188/15.

⁴⁰ C-804/18 i C-341/19.

⁴¹ David Antonio Zuther, „The Headscarf Debate Returns to Luxembourg. A Second Chance for Religious Freedom?” *LSE Law Review*, nr 1 (2021): 86 i nast. <https://lawreview.lse.ac.uk>. [dostęp: 21.02.2024].

⁴² Wymieniony autor wskazał, iż powyższa sprawa była prezentowana 15 marca 2017 r. w prasie amerykańskiej. Zob. Editorial „Legalizing Discrimination in Europe” *New York Times*, <https://www.nytimes.com/2017/03/15/opinion/lehelizing-discrimination-in-europe> [dostęp: 21.02.2024].

„religia” i „przekonania” należy analizować jako dwa aspekty tej samej, pojedynczej podstawy prawnej dla oceny występowania lub nie zjawiska dyskryminacji. Zdaniem TSUE taka praktyka nie stanowi bezpośredniej dyskryminacji wówczas, kiedy obejmuje bez rozróżnienia wszelkie przejawy przekonań i traktuje wszystkich pracujących w danym przedsiębiorstwie w ten sam sposób. Inni autorzy^[43] uważają, że przepisy dyrektywy 2000/78 powinny być stosowane w sposób ogólny i nieodróżnicowany wówczas, gdy zainteresowany pracodawca również zażąda od osoby u niego pracującej, noszącej krzyż religijny usunięcia tego znaku. TSUE stwierdził, iż w takich okolicznościach różnica w traktowaniu wynikająca pośrednio ze względu na religię albo przekonania może być uzasadniona wolą pracodawcy. W takim przypadku neutralność religijna, filozoficzna może zostać uznana za cel zgodny z prawem. Należy jedynie obiektywnie uzasadnić różnicę w traktowaniu pośrednio ze względu na religię lub przekonania, albowiem wystąpiła ze strony pracodawcy rzeczywista przyczyna. Inne istotne elementy pozwalające zidentyfikować potrzebę noszenia w pracy okryć głowy i innych symboli mogą być uzasadnione życzenia klientów, bądź użytkowników wynikające z potrzeb edukacji, woli rodziców lub opiekunów osób małoletnich. Przeto wyłącznie w zgodnym z prawem celu za właściwe można uważać środki służące osiągnięciu tego celu.

Najbardziej krytyczne stanowisko wokół orzeczeń wydanych w połączonych sprawach C-804/18 i C-341/19 zajął Eoin Jackson krytykujący, bardziej otwarcie od poprzednich recenzentów, błędną logikę, brak interpretacji oraz fałszywą narrację na temat religijnej^[44].

Błędna logika TSUE, zdaniem E. Jacksona, znajduje swój wyraz w antyindywidualistycznym podejściu unijnego wymiaru sprawiedliwości do wykładni następstw zakazu noszenia przez pracownice symboli religijnych w miejscu pracy. TSUE bowiem nakazał przedsiębiorcom, aby udowodnili, że zabraniając pracownikom noszenia chust lub religijnej biżuterii, mają uzasadnioną przyczynę zwolnienia ich z pracy. Wprawdzie, według TSUE pracodawca został zobowiązany do wykazania rzeczywistej potrzeby neutralności religijnej w miejscu pracy, to zdaniem Jacksona potrzeba ta nie jest równoważona pogłębionymi i bardziej szczegółowymi rozważaniami

⁴³ Frank Cranmer, „Hijabs in the CJEU again: SCRL” *Law & Religion UK*, 14 października 2022. <https://lawandreligionuk.com/2022/10/14/hijabs-in-the-cjeu-again-scr/>.

⁴⁴ TCLOnline, „The False Neutrality of Anti-Intersectional Interpretation” *Trinity College Law Review*. <https://trinitycollegelawreview.org> [dostęp: 23.02.2024].

na temat tego, czy może ona sama w sobie oraz w jakich warunkach – i kiedy – spowodować konieczność podjęcia decyzji o natychmiastowym rozwiązaniu stosunku pracy z religijną pracownicą przez pracodawcę. Według wymienionego autora TSUE „ograniczył się do stwierdzenia, że neutralność religijna może zostać utrzymana, ponieważ utrzymuje neutralność religijną”.

Interpretacja TSUE poprzez ignorancję polega według Jackson’a na niewykazaniu przez unijny organ wymiaru sprawiedliwości, że wprowadzony zakaz może uzasadnić i uruchomić system dyskryminacji ze względu na płeć osób zatrudnionych. Jak już pisałem, zakaz noszenia symboli w większości przypadków dotyczy kobiet, a nie mężczyzn. W krytycznym spojrzeniu istnieje świadomość tego. Wyraźnie bowiem uznaje się „powierzchowne podejście do równości płci” za pozytywne zjawisko^[45]. Powtarza za Christine Laborde, że w systemie zachodnioeuropejskiego feminizmu wzmacnia zawodową, społeczną, kulturalną, finansową pozycję kobiet. Umożliwia im bowiem przytłumienie ekspresji religijnej. Umożliwia im na większą swobodę niemal we wszystkich aspektach w społeczeństwach europejskich w systemie zachodniego feminizmu^[46]. Taka wykładnia równości płci nie jest akceptowana przez autora. Oznacza bowiem niemożność oceny przez mużłmanki stopnia jej wolności w jej lokalnej społeczności. Narzuca i podtrzymuje większościowe zapatrywanie na równość. Jako przykład tej ogólnikowej, bliżej nieuzasadnionej hipotezy, jaką Jackson wyprowadza ze swojej ignoranckiej interpretacji jest przypadek RFN. Przeciętny obywatel tego państwa członkowskiego UE pracuje bez obaw związanych z jego zdolnością do prezentowania swojej indywidualnej indywidualności w miejscu pracy. Tylko mniejszość religijna musi dostosować się do zakrycia albo usunięcia zakazanych symboli. Jest to warunek *sine qua non* do korzystania z takich uprawnień, jakie przysługują mężczyznom. Nie trzeba tego zjawiska szeroko uzasadniać. W większości zachodnich państw UE w stosunkach pracy i zatrudnienia mużłmanki stanowią wyraźną mniejszość^[47].

⁴⁵ M Lutfi Chakim, „The Margin of Appreciation and Freedom of Religion: Assessing Standards of the European Court of Human Rights” *The International Journal of Human Rights*, nr 6 (2020): 850.

⁴⁶ Christine Laborde, „State Paternalism and Religious Dress Code” *International Journal of Constitutional Law*, nr 2 (2012): 398.

⁴⁷ Fatima Seedat, „Islam, Feminism, and Islamic Feminism: Between Inadequacy and Inevitability” *Journal of Feminist Studies in Religion*, t. XXIX (2013): 25.

Brak „interpretacji przekrojowej” TSUE, który nie bierze pod uwagę „przekrojowego wpływu” orzeczenia wydanego w połączonej sprawie C-804/18 i C- 341/19. Chusty na głowach noszą w RFN kobiety, nie rdzenne – chociaż także obywatelki tego państwa – Niemki^[48]. Dla Jackson’a jest to sygnał pogorszenia sytuacji w stosunkach pracy z uwagi na brak dostępu na rynki pracy, drugorzędną pozycję społeczną i ekonomiczną ze względów religijnych. Tylko niektóre, odważne albo bogate muzułmanki mogą pozbywać się chust bez ujemnych następstw. Zdaniem autora efektem takie zjawiska jest wzmocnienie powiązanych ze sobą „struktur ucisku”. Jest to możliwe poprzez „niezamierzone zamknięcie dróg mobilności społecznej”^[49]. Jackson jest surowy dla unijnego wymiaru sprawiedliwości. Zarzuca TSUE, że „[...] w żadnym momencie nie przyjmuje takiego poczucia świadomości klasowej”. Nie zauważa bowiem, że „[...] powiązane struktury dyskryminacji mogą skomplikować” – poprzez wyłączną koncentrację na zjawisku neutralności, jaką *de lege lata* stwarza polityka neutralności religijnej. Nie bierze pod uwagę, że osiągnięty może zostać cel neutralności religijnej przeważającej na nieproporcjonalnym wpływie mniejszości etnicznych zamieszkujących w państwach członkowskich UE.

Zdaniem Jackson’a nieprawdziwa narracja na temat neutralności religijnej leży u podstaw analizowanego wyroku. Według niego polityka neutralności religijnej wpływa w jednakowym stopniu wyłącznie na wszystkie mniejszości. Krzyż nie jest uważany za obowiązkowy w państwach członkowskich UE, nie zajmuje zatem porównywalnej przestrzeni kulturowej co islamska chusta na głowie kobiety muzułmanki^[50]. Chrześcijaństwo w RFN ma znacznie bardziej rozwiniętą – ze względu ma długą tradycję – akceptację tej wiary w państwowej i lokalnych społecznościach. Dowodzi tego przypadek wymieniony w artykule Michaela O’Sullivana^[51]. Pracownik, chrześcijanin może zdjąć krzyż bez jawnej obawy przed izolacją kulturową. Natomiast muzułmanka niekoniecznie mogłaby znaleźć się w identycznej sytuacji. Jej odmowa może w najlepszym przypadku utrudnić jej

⁴⁸ Vasiliki Chalkiadaki, „L’Affaire du Foulard Islamique a l’Ecole: L’ecole Laique en Crise” *Freiburg Law Students Journal*, (2010): 1.

⁴⁹ Sara Salem, „Feminist Critique and Islamic Feminism: The Question of Intersectionality” *The Postcolonial Journal*, (2013): 1.

⁵⁰ Rosemary Radford Ruether, „Sexism and Misogyny in the Christian Tradition: Liberating Alternatives” *Buddhist-Christian Studies*, nr 1 (2014): 83.

⁵¹ Michael O’Sullivan, „Religion, Modernity, and Democracy in Central Europe: Toward a Gendered History of Twentieth-Century Catholicism” *Central European History*, 4 (2019): 713-730.

kontakt z innymi pracownikami o innym statusie społecznym^[52]. Byłoby to sprzeczne z ideałem pluralistycznej Europy. Według Jackson'a nie może być uznawana za odzwierciedlenie praktycznej rzeczywistości istnienia religijnej mniejszości społecznej. Zgadzam się z tą tezą, nie mogę jednak przyjąć do wiadomości konkluzji krytyki ostatniego fragmentu o nieprawdziwej narracji na temat neutralności religijnej. Całkowicie również odrzucam podsumowanie zamieszczone przez Jackson'a we wniosku omawianego artykułu na temat fałszywej neutralności. TSUE w orzeczeniu wydanym w połączonej sprawie C-804/18 i C-341/19 nie opierał się na przestarzałym i wyłącznie zachodnim postrzeganiu neutralności religijnej i równości płci. Uwzględnił sprawczość kobiet, przekrojowe następstwa zakazu noszenia chust w miejscu pracy. Był świadom istnienia barier społecznych, kulturowych i społeczno-ekonomicznych. Nie ma podstaw do uznania jako regresywnej dla oceny sytuacji na unijnym rynku pracy. O tym, że sytuacja panująca w Unii Europejskiej nie będzie mogła zostać wkrótce podważona, przekonuje późniejszy wyrok TSUE z 13.10.2022 r. wydany w podobnej sprawie C-44/20, L.F. przeciwko S.C.R.L.^[53] Piszę o tym w dalszej części niniejszego artykułu. Nie mam jednak przekonania, czy rzeczywiście podważona zostanie opinia Jackson'a, „[...] gdy zindywidualizowane interseksjonalne interpretacje równości wyjdą na pierwszy plan ruchów społecznych”^[54].

6 | Zwolnienie z zakazu dyskryminacji^[55]

Pracodawcy religijni są zwolnieni z zakazu dyskryminacji dyrektywa ramowa UE w sprawie równości zwalnia pracodawców religijnych z zakazu dyskryminacji ze względu na religię. Zakres zwolnienia ze względu na etos

⁵² Markus Thiel, *Understanding Diversity In The European Integration Project* (London: Palgrave Macmillan, 2009).

⁵³ ECLI:EU:2022:774.

⁵⁴ Anna Keuchenius, „Intersectionality on the go: The Diffusion of Black Feminist Knowledge Across Disciplinary and Geographical Borders” *British Journal of Sociology*, nr 2 (2021).

⁵⁵ Autor artykułu podkreśla, że zagadnienia prezentowane w tej części i w tych fragmentach niniejszego opracowania zostały przygotowane na wniosek pierwszego recenzenta wydawnictwa czasopisma „Prawo i Więź”. Zostały oparte na wskazanej przez tego recenzenta monografii Martijn'a van den Brink's, „When religious employers discriminate? The scope of the religious ethos exemption in EU

religijny jest kwestionowany. Jego interpretacja przez TSUE w sprawie Egenberger i IR przeciwko JQ^[56] była krytykowana za *ultra vires* i brak szacunku dla tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich UE. Zakres wyłączenia pracodawców religijnych zależy nie tylko od wymienionej dyrektywy, ale także od relacji między prawem unijnym a krajowym prawem konstytucyjnym oraz między prawem unijnym a prawem międzynarodowym.

Dyrektywa ramowa wymienia kilka wyjątków od zakazu dyskryminacji, w tym zwolnienie ze względu na etos religijny, które pracodawcy religijni mogą wykorzystać w celu usprawiedliwienia dyskryminacji ze względu na religię i przekonania. Zakres tego zwolnienia jest jednak kwestionowany. Istnieją bowiem różne interpretacje, kiedy pracodawcy religijni są zwolnieni z zakazu dyskryminacji na podstawie prawa unijnego.

Napięcia wokół zwolnienia nasiliły się po dwóch orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w sprawach Egenberger i IR przeciwko JQ. Sprawa ta dotyczyła sporu pomiędzy Kościołem protestanckim a osobą ubiegającą się o pracę polegającą na sporządzeniu raportu na temat Konwencji ONZ o dyskryminacji rasowej. Skarżąca nie została zaproszona na rozmowę kwalifikacyjną, ponieważ nie była członkiem Kościoła. Natomiast sprawa IR przeciwko JQ dotyczyła konfliktu pomiędzy IR (katolicką organizacją *non-profit* realizującą prace organizacji Caritas) a lekarzem, który pracował dla IR. Został wydalony ze względu na zawarcie małżeństwa nieważnego w świetle prawa kanonicznego.

TSUE orzekł, że zakres zwolnienia ze względu na etos religijny należy interpretować wąsko i że zasady krajowego prawa konstytucyjnego nie mogą wyłączać przestrzegania warunków określonych w dyrektywie ramowej. Dyrektywa ramowa stanowi częściowo kontynuację celu, jakim jest stworzenie równych warunków działania dla przedsiębiorstw, niezależnie od tego, na jakim rynku krajowym działają, ale służy także jako narzędzie realizacji polityki społecznej poza rynkiem wewnętrznym. Zgodnie z motywem 11 tej dyrektywy przyczynia się ona do „osiągnięcia wysokiego poziomu zatrudnienia i ochrony socjalnej, podniesienia poziomu i jakości życia, spójności i solidarności gospodarczej i społecznej oraz swobodnego przepływu osób”.

Pytanie w sprawie Egenberger i IR przeciwko JQ dotyczyło zasadniczo tego, czy pracodawcy mogą uzasadnić dyskryminację ze względu na religię jako uzasadniony wymóg zawodowy. Artykuł 4 dyrektywy ramowej

law” *European Law Open*, nr 1 (2022): 89 i nast. <https://ssrn.com.abstract=4011929> lub <http://dx.dpi.org/10.2139/ssrn.4011929> [dostęp: 25.02.2024].

⁵⁶ C-414/16.

przewiduje dwa podobne, chociaż różne wyjątki od wymogów zawodowych, które można wykorzystać w celu usprawiedliwienia dyskryminacji. Artykuł 4 ust. 1 ustanawia wyjątek od ogólnych wymagań zawodowych. Państwa członkowskie UE mogą postanowić, że odmienne traktowanie, które jest oparte na cesze związanej z którąkolwiek z przyczyn, wymienionych w art. 1 tej dyrektywy, nie stanowi dyskryminacji. Pozytywnym tego warunkiem jest wzgląd na charakter działalności zawodowej lub kontekst, w jakim jest ona wykonywana. Taka cecha stanowi rzeczywisty i determinujący wymóg zawodowy z zastrzeżeniem, że jej cel jest zgodny z prawem, a wymóg proporcjonalny. W niektórych zawodach trudno bowiem uniknąć różnicowania na podstawie cechy związanej z chronionym podłożem. Art. 4 ust. 1 może być również stosowany przez pracodawców, których etos opiera się na religii lub przekonaniach, w celu wyłączenia określonych praktyk w zakresie zatrudnienia spod zakazu dyskryminacji.

Bardziej kontrowersyjny jest wyjątek dotyczący wymogu zawodowego związanego z religią zawarty w art. 4 ust. 2 dyrektywy ramowej, szczególnie w przypadku kościołów i innych pracodawców, których etos opiera się na religii lub przekonaniach. Odmienne traktowanie ze względu na religię lub przekonania danej osoby nie stanowi dyskryminacji, jeżeli ze względu na charakter działalności lub jej kontekst, w jakim jest ona prowadzona, religia lub przekonania stanowią autentyczny, zgodny z prawem i uzasadniony wymóg zawodowy, biorąc pod uwagę etos organizacji. Ta różnica w traktowaniu powinna być realizowana z uwzględnieniem przepisów i zasad konstytucyjnych Państw Członkowskich, a także ogólnych zasad prawa wspólnotowego i nie powinna usprawiedliwiać dyskryminacji z innego powodu. Pod warunkiem przestrzegania wymienionych przepisów niniejsza dyrektywa nie narusza prawa kościołów i innych organizacji publicznych lub prywatnych. Etyka tych podmiotów opiera się na religii lub przekonaniach działających zgodnie z konstytucjami i przepisami krajowymi; zawiera wymagania nałożone na osoby pracujące, aby działali w dobrej wierze i lojalnie wobec etosu organizacji. Powyższy wyjątek został słusznie skrytykowany przez Ellisa i Watsona jako „prawdopodobnie jeden z najbardziej nieprzejrzystych, jakie można znaleźć w jakimkolwiek statucie”, stanowiący przykład kompromisu prawnego w najgorszej postaci – niechlujnie sformułowany, a nawet pozornie sprzeczny^[57]. Istnieją poważne różnice zdań co do znaczenia art. 4 ust. 2 i jego wartości dodanej

⁵⁷ Evelyn Ellis, Philippa Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd ed (Oxford: Oxford University Press, 2012), 382.

w stosunku do art. 4 ust. 1, a przepisy te są często interpretowane z perspektywy krajowej. Przeważa pogląd, że art. 4 ust. 2 „niczego nie dodaje” do art. 4 ust. ^[58]. Rivers stwierdził, że różnica między obydwoma wyjątkami jest „niemożliwa do uchwycenia”^[59]. Niemiecki prawnik, zdaniem Brink’a, najprawdopodobniej miałby odmienne zdanie – art. 4 ust. 2 zawiera znacznie szerszy wyjątek od obowiązku niedyskryminacji^[60], albowiem ten przepis dwukrotnie odwołuje się do krajowego prawa konstytucyjnego. Można go zatem interpretować zgodnie z krajowym prawem konstytucyjnym, również z zasadami konstytucyjnymi, przyznającymi pracodawcom religijnym szersze – aniżeli wymienione w art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej – wyjątki od zakazu dyskryminacji. Należy również pamiętać, że art. 17 ust. 1 TFUE wyraźnie stanowi: „Unia szanuje status kościołów i instytucji na mocy prawa krajowego oraz nie narusza ich statusu na mocy prawa krajowego stowarzyszenia lub wspólnoty religijne”^[61].

Zdaniem Brink’a przestrzeganie zasady szacunku sędziego wobec ustawodawstwa może być szkodliwe dla narodowej tożsamości konstytucyjnej, jednakże nie musi tak być. Może bowiem okazać się, że TSUE będzie bardziej skłonny do respektowania krajowego prawa konstytucyjnego w sytuacji braku przepisów harmonizujących. Wynika to z utrwalonego orzecznictwa. Przepisy prawa unijnego, „niezawierające wyraźnego odniesienia do prawa państw członkowskich w celu ustalenia jego znaczenia i zakresu, powinny [...] podlegać autonomicznej i jednolitej wykładni”^[62]. I *vice versa*, państwa członkowskie powinny być uprawnione do dokonywania wykładni prawa unijnego w świetle swojego prawa krajowego, jeżeli ustawodawstwo wyraźnie się do niego odwołuje^[63]. Systemy prawa byłyby więc niespójne i pozbawione obiektywnych zasad, gdyby TSUE miał stosować jedynie te kryteria legislacyjne, które ograniczają władzę

⁵⁸ Julian Rivers, *The Law of Organized Religions: Between Establishment and Secularism* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 133. See also, Jane Calderwood Norton, *Freedom of Religious Organizations* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 79; Ellis, Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 395.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Stefan Greiner, „Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten nach dem ‘IR’-Urteil des EuGH” *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (2018): 1289-1294; Claus Dieter Classen, „Das kirchliche Arbeitsrecht unter europäischem Druck – Anmerkungen zu den Urteilen des EuGH (jeweils GK) vom 17 April 2018 in der Rs. C-414/16 (Egenberger) und vom 11 September 2018 in der Rs. C-68/17 (IR)” *Europarecht*, (2018): 752-767.

⁶² Egenberger, pkt.57.

⁶³ Wyrok TSUE z 21.12.2016, sprawa *Remondis*, C-51/15, EU:C:2016:985, pkt 40-41.

państw członkowskich a pominą normy prawne pozostawiające miejsce na uzupełnienie odrębności krajowy.

TSUE stwierdził, że art. 17 ust. 1 TFUE nie zwalnia z przestrzegania kryteriów określonych w art. 4 ust. 2 dyrektywy ramowej, ale następnie zastosował te kryteria wybiórczo. Takiej wykładni prawa unijnego interpretacji nie da się pogodzić z innymi przesłankami wymienionym w przepisach dyrektywy ramowej. Sprawy Egenberger i IR przeciwko JQ nie zostały więc dostatecznie uzasadnione. Należy zatem rozważyć, czy w najnowszym wyroku TSUE^[64] udało się uzupełnić i naprawić usterki przedstawione w dotychczasowym analizowanym orzecznictwie europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

7 | Sprawa *L.F. przeciwko S.C.R.L.*

7.1. Przedmiot sprawy

Przedmiotem sprawy jest wyraźna, złożona przysłemu pracodawcy, odmowa powódki, starająca się o przyjęcie na staż zawodowy, nie wyraziła zgody na przestrzeganie w miejscu pracy polityki neutralności oraz ogłosiła, że nie zdejmie z głowy chusty^[65]. Poinformowała, że wyraża zgodę na noszenie innego rodzaju nakrycia głowy. Przedsiębiorca powiadomił ją, że w pomieszczeniach zakładowych „nie jest dozwolone noszenie jakiegokolwiek na krycia głowy, bez względu na to, czy jest to czapka, kapelusz, czy chusta”. Wniosła więc do belgijskiego sądu pracy w Brukseli powództwo o zaniechanie naruszeń^[66]. Zarzuciła pracodawcy odmowę zawarcia z nią umowy o staż „[...] bezpośrednio lub pośrednio motywowaną jej wyznaniem” oraz wniosła o stwierdzenie naruszenia przepisów ogólnej ustawy antydyskryminacyjnej^[67]. Sąd ten zawiesił sprawę i wystąpił do TSUE z trzema następującymi pytaniami prejudycjalnymi: 1) czy art.1 dyrektywy

⁶⁴ Wyrok TSUE z 13.10.2022 r., *L.F. przeciwko S.C.R.L.*, C-344/20, ECLI:EU:C:2022:774.

⁶⁵ Ibidem, pkt 17.

⁶⁶ Ibidem, pkt 19.

⁶⁷ Ibidem, pkt 19.

Rady 2000/78/WE należy interpretować w ten sposób, że religia i przekonania są dwoma aspektami tego samego, chronionego kryterium, czy też tworzą odrębne kryteria: z jednej strony kryterium religii wraz z przekonaniem, a z drugiej strony – kryterium przekonań, bez względu na ich charakter; 2) gdyby należało uważać, że religia i przekonania są dwoma aspektami tego samego – chronionego – kryterium, to czy powyższa okoliczność przeszkadza temu, aby na podstawie art. 8 wymienionej dyrektywy ramowej, w celu obniżenia poziomu ochrony przed dyskryminacją, sąd krajowy nadal interpretował art. 4 pkt 4 ogólnej zasady antydyskryminacyjnej w ten sposób, iż przekonania religijne, światopoglądowe i polityczne stanowią odrębne kryteria chronione?; 3) czy art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy ramowej można interpretować w ten sposób, że znajdujące się w regulaminie pracy przedsiębiorstwa postanowienie zakazujące pracownikom wyrażania w jakikolwiek sposób, przez wypowiedzi, ubiór lub w inny sposób, swoich przekonań religijnych, światopoglądowych lub politycznych, bez względu na ich charakter – stanowi bezpośrednią dyskryminację. Pytanie to sąd odsyłający ujął w sześciu punktach oznaczonych literami: a), b), c), d), e), f). Nie podaję ich treści, ponieważ TSUE orzekający w tej sprawie udzielił ogólnej odpowiedzi, która obejmuje każde z sześciu przypadków wymienionych pod literami od a)-do b). ale zaznaczam, że TSUE zmienił również kolejność odpowiedzi na zadane pytania. W pierwszej kolejności udzielił odpowiedzi na pytanie pierwsze, następnie zajął stanowisko w przedmiocie pytania trzeciego, a na końcu odpowiedział na pytanie drugie. W takiej też kolejności przedstawione zostaną TSUE odpowiedzi sądowi odsyłającemu.

7.1. Pytanie pierwsze – religia i przekonania: definicje i zakres

Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierzał do ustalenia, czy wyrażenia „religia lub przekonania”, wymienione w art.1 dyrektywy 2000/78, stanowią jedna i tę samą przyczynę dyskryminacji, czy też odnoszą się one do odrębnych przyczyn^[68]. W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy zauważyć, że art. 1 dyrektywy 2000/78 wymienia z tego samego tytułu „religię” i „przekonania”, podobnie jak ma to miejsce w przypadku różnych postanowień prawa pierwotnego Unii, a konkretnie art. 19 TFUE, zgodnie z którym prawodawca Unii może podjąć środki niezbędne w celu

⁶⁸ Ibidem, pkt 24.

zwalczania wszelkiej dyskryminacji w szczególności ze względu na „religię lub światopogląd”, lub art. 21 KPP UE, który wśród różnych przytaczanych z nim przyczyn dyskryminacji wymienia „religię lub przekonania”. Terminy „religia” i „przekonania” należy rozumieć jako dwie strony „tego samego i jedyne go powodu dyskryminacji”. Wyrażenie „bez względu na ich charakter” użyte zostało w odniesieniu do przekonań, o których mowa w regulaminie pracy przedsiębiorstwa. Dyrektywa 2000/78 nie obejmuje przekonań politycznych, związanych z przynależnością do związków zawodowych, przekonań artystycznych, sportowych, estetycznych czy innych. Ochrona tych przekonań w państwach członkowskich nie jest zatem regulowana przepisami tej dyrektywy. Wyrażenie „religia lub przekonania”, którymi artykuł 1 dyrektywy się posługuje, stanowią jedną i tę samą przyczynę dyskryminacji, obejmującą zarówno przekonania religijne, jak i przekonania światopoglądowe czy duchowe.

7.3. Pytanie trzecie – regulamin pracy a symbole religijne i dyskryminacja

Czy art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78 należy interpretować w ten sposób, że przepis regulaminu pracy przedsiębiorstwa, który zakazuje pracownikom wyrażania poprzez wypowiedzi, ubiór lub w inny sposób swoich przekonań religijnych, światopoglądowych lub politycznych, bez względu na ich charakter, można uznać przejaw bezpośredniej dyskryminacji „ze względu na religię lub przekonania”? Wewnętrzna regulacja przedsiębiorstwa, zakazująca noszenia rzucających się w oczy, dużych symboli przekonań, w szczególności religijnych lub światopoglądowych, może stanowić przejaw bezpośredniej dyskryminacji w przypadku, gdy kryterium to jest nierozzerwalnie związane z jedną lub kilkoma religiami lub jednym lub kilkoma określonymi przekonaniami. W tej sprawie skierowane do TSUE pytanie dotyczy regulacji zakazującej nie tyle noszenia rzucających się w oczy symboli o dużym rozmiarze, ile noszenia w miejscu pracy wszelkich widocznych symboli politycznych, światopoglądowych lub religijnych. Wewnętrzna regulacja przedsiębiorstwa prywatnego zakazująca noszenia w miejscu pracy wszelkich widocznych symboli przekonań politycznych, światopoglądowych lub religijnych nie stanowi przejawu dyskryminacji bezpośredniej „ze względu na religię lub przekonania” w rozumieniu tego przepisu, jeżeli dotyczy bez rozróżnienia wszelkich przejawów takich

przekonań i traktuje w ten sam sposób wszystkich pracowników przedsiębiorstwa, narzucając im w sposób ogólny i bez rozróżnienia. TSUE wyjaśnił, że skoro każda osoba może albo wyznawać religię, albo mieć przekonania religijne, polityczne czy duchowe, taka regulacja, o ile jest stosowana w sposób ogólny i bez rozróżnienia, nie wprowadza odmiennego traktowania ze względu na kryterium nierozzerwalnie związane z religią lub przekonaniami. Doszedł do tego wniosku, przypominając, że sformułowane w art. 10 ust. 1 KPP^[69] prawo do wolności sumienia i religii, które stanowi integralną część kontekstu mającego znaczenie dla wykładni dyrektywy 2000/78, odpowiada prawu zagwarantowanemu w art. 9 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności^[70]. Zgodnie z art. 52 ust. 3 KPP ma ono takie samo znaczenie i taki sam zakres jak to prawo. Sformułowane w art. 9 wspomnianej konwencji prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania „stanowi jeden z fundamentów »społeczeństwa demokratycznego« w rozumieniu [tej] konwencji” i jest „w swoim wymiarze religijnym jednym z najbardziej istotnych elementów przyczyniających się do stworzenia tożsamości wierzących i ich koncepcji życia”, jak również „cennym dobrem dla ateistów, agnostyków, sceptyków lub osób obojętnych”, przyczyniając się do „pluralizmu – z trudem zdobywanego przez wieki – właściwego takiemu społeczeństwu”^[71]. Z akt sprawy, wynika, iż S.C.R.L. nie twierdzi, że nie stosowano z regulaminu pracy w sposób ogólny i bez rozróżnienia. Nie mówiono, że powódka zostałaby potraktowana inaczej niż każdy inny pracownik, który wyrażałby swoją religię lub przekonania religijne bądź światopoglądowe poprzez widoczne noszenie symboli, stroju bądź w jakikolwiek inny sposób. Wewnętrzna regulacja może stanowić przejaw nierównego traktowania pośrednio opartego na religii lub przekonaniach w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2000/78 w razie ustalenia, że pozornie neutralny obowiązek stawia osoby wyznające określoną religię lub mające określone przekonania w niekorzystnej sytuacji^[72]. Tego rodzaju nierówne traktowanie nie stanowi przejawu dyskryminacji pośredniej w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b) tej dyrektywy, jeżeli jest ono obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne.

⁶⁹ Dz.Urz.EU, C 326/391, 26.10.12 (2012/C 326/02).

⁷⁰ 4.11.1950 r., Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284.

⁷¹ Decyzja ETPC z 15.02. 2001 r. w sprawie Dahlab przeciwko Szwajcarii, (CE: ECHR:2001:0215DEC004239398).

⁷² G4S Secure Solutions, pkt.34

Wola kierowania się przez pracodawcę polityką neutralności politycznej, światopoglądowej lub religijnej w stosunkach z klientami, zarówno publicznymi, jak i prywatnymi, zasługuje na ochronę. Chęć przedsiębiorcy, aby klienci postrzegali go jako neutralnego, stanowi bowiem wyraz swobody przedsiębiorczości uznanej w art. 16 KPP i co do zasady jest prawnie chroniona, zwłaszcza gdy w realizację tego celu zaangażowani są wyłącznie pracownicy, których zadaniem jest nawiązywanie kontaktów z klientami tego przedsiębiorcy. Zdaniem TSUE sama wola prowadzenia przez pracodawcę polityki neutralności, chociaż sama w sobie stanowi zasługujący na ochronę cel, nie wystarcza jako taka do uzasadnienia w sposób obiektywny odmiennego traktowania pośrednio opartego na religii lub przekonaniach, ponieważ obiektywny charakter takiego uzasadnienia można zidentyfikować jedynie w obliczu rzeczywistej konieczności po stronie tego pracodawcy, którą powinien on wykazać. Powyższa wykładnia jest podyktowana troską o zachęcanie do poszanowania co do zasady wzajemnej tolerancji i wzajemnego szacunku, jak również o akceptację większego stopnia różnorodności oraz uniknięcie nadużywania polityki neutralności wewnątrz przedsiębiorstwa ze szkodą dla pracowników przestrzegających nakazów religijnych dotyczących stroju.

W świetle powyższych rozważań TSUE orzekł, że na pytanie trzecie należy udzielić następującej odpowiedzi: art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78 należy interpretować w ten sposób, że postanowienie regulaminu pracy przedsiębiorstwa zakazujące pracownikom wyrażania poprzez wypowiedzi, ubiór lub w inny sposób swoich przekonań religijnych, światopoglądowych lub politycznych, bez względu na ich charakter, nie stanowi względem pracowników, którzy pragną korzystać z wolności religii i sumienia poprzez widoczne noszenie symbolu lub stroju wynikającego z nakazów religijnych, przejawu bezpośredniej dyskryminacji „ze względu na religię lub przekonania” w rozumieniu tej dyrektywy, jeżeli owo postanowienie jest stosowane w sposób ogólny i bez rozróżnienia.

7.4. Pytanie drugie – transpozycja dyrektywy 2000/78 do prawa krajowego

Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 1 dyrektywy 2000/78 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, aby przepisy krajowe – mające na celu transpozycję

tej dyrektywy do prawa krajowego – interpretowane były w ten sposób, że przekonania religijne, światopoglądowe i polityczne stanowią trzy odrębne przyczyny dyskryminacji. Można byłoby je traktować jako przepisy bardziej korzystne (w rozumieniu art.8 ust.1 dyrektywy 2000/78) w celu ochrony zasady równego traktowania. Ochrona przed dyskryminacją zagwarantowana w tej dyrektywie obejmuje wyłącznie przyczyny wyłącznie wymienione w art. 1 tej dyrektywy, z wyjątkiem przekonań politycznych. Religia lub przekonania zawarte w art. 1 dyrektywy 2000/78 należy interpretować jako stanowiące jeden i ten sam powód dyskryminacji obejmujący zarówno przekonania religijne, jak i przekonania światopoglądowe czy duchowe.

Drugie pytanie sądu odsyłającego zmierza do wyjaśnienia zakresu uznania, jakim dysponują państwa członkowskie przy przyjmowaniu lub utrzymywaniu w mocy przepisów bardziej korzystnych w celu ochrony zasady równego traktowania od przepisów ustanowionych w dyrektywie 2000/78 w rozumieniu jej art. 8 ust. 1. Krajowe przepisy rangi konstytucyjnej chroniące wolność religii można traktować jako przepisy bardziej korzystne w rozumieniu tego przepisu przy badaniu właściwego charakteru odmiennego traktowania pośrednio ze względu na religię lub przekonania^[73]. TSUE przypominał, że dyrektywa 2000/78 ustanawia ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy. Pozostawia państwom członkowskim UE pewien zakres uznania w związku z różnorodnością ich nastawienia do pozycji religii lub przekonań w ich ustroju państwowym. Przyznany w ten sposób państwom członkowskim zakres uznania musi jednak iść w parze z kontrolą wykonywaną przez unijny organ wymiaru sprawiedliwości. Polega ona między innymi na sprawdzeniu, czy środki podejmowane na szczeblu krajowym są co do zasady uzasadnione i czy są proporcjonalne. Prawodawca unijny sam nie dokonał w dyrektywie 2000/78 koniecznego pogodzenia wolności myśli, przekonań i religii z zasługującymi na ochronę celami, na które można się powołać jako na uzasadnienie nierównego traktowania w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b) ppkt (i) tej dyrektywy. Pozostawił to zadanie państwom członkowskim i ich sądom^[74]. Dyrektywa 2000/78 pozwala na uwzględnienie kontekstu każdego państwa członkowskiego i przyznanie każdemu z nich zakresu uznania w ramach koniecznego pogodzenia poszczególnych praw i interesów w celu zapewnienia odpowiedniej równowagi między tymi prawami

⁷³ WABE i MH Müller Handel, pkt 90.

⁷⁴ Ibidem, pkt 87.

i interesami^[75]. Przy badaniu koniecznego charakteru zakazu, do sądów krajowych należy uwzględnić wchodzących w grę interesów i zapewnienie, aby ograniczenia nie wykraczały poza to, co absolutnie konieczne^[76].

Z przytoczonego orzecznictwa wynika, że art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/78 nie stoi na przeszkodzie z tym – jeżeli wynika to z prawa krajowego – aby sąd tego państwa członkowskiego przyznawał w ramach wyważania rozbieżnych interesów większe znaczenie interesom związanym z religią lub przekonaniami niż interesom wynikającym w szczególności z wolności prowadzenia działalności gospodarczej, pod warunkiem że wynika to z jego prawa krajowego. W takim wypadku wolności sumienia i religii można zatem przyznać większą ochronę niż innym wolnościom, takim jak swoboda prowadzenia działalności gospodarczej zagwarantowana w art. 16 KPP, ponieważ ochrona ta wywołuje skutki na etapie oceny, czy występowanie dyskryminacji pośredniej jest uzasadnione^[77].

Taka sytuacja nie ma jednak miejsca w wypadku przepisów krajowych rozpatrywanych w sprawie C-344/20. Zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi przez sąd odsyłający, przepisy te skutkują traktowaniem „religii” i „przekonań” jako odrębnych przyczyn dyskryminacji^[78]. Według TSUE państwa członkowskie nie mogą mieć na tyle dużego zakresu uznania, żeby one same lub ich sądy krajowe mogły dokonać podziału jednej z przyczyn dyskryminacji wymienionych w sposób wyczerpujący w art. 1 dyrektywy 2000/78 na kilka przyczyn, gdyż mogłoby to podważać treść, kontekst i cel tej przyczyny oraz naruszać skuteczność (*effet utile*) ogólnych warunków ramowych równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy ustanowionych przez tę dyrektywę. Jeżeli przyczyna dyskryminacji w postaci „religii lub przekonań” dotyczy wszystkich pracowników w jednakowy sposób, to jej podział – w zależności od realizowanego celu – podzieliłby ogół pracowników na mniejsze grupy. To zaś naruszyłoby ogólne ramy równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy ustanowione w dyrektywie 2000/78^[79].

Powyższej wykładni nie podważa argument, zgodnie z którym mogłaby ona w danym wypadku doprowadzić do obniżenia poziomu ochrony przed dyskryminacją ze względu na religię lub przekonania religijne, ponieważ w przypadku takim jak rozpatrywany w sprawie C-344/20 nie ma przeszkody,

⁷⁵ Ibidem, pkt.88.

⁷⁶ Ibidem, pkt.83.

⁷⁷ L.F. przeciwko S.C.R.L, pkt 52.

⁷⁸ Ibidem, pkt 53.

⁷⁹ Ibidem, pkt 55.

żeby przekonania światopoglądowe i duchowe korzystały z tego samego poziomu ochrony przed dyskryminacją co przekonania religijne; istnienie jednego kryterium obejmującego przekonania religijne i światopoglądowe mogło by skutkować obniżeniem poziomu ochrony przed dyskryminacją bezpośrednią, utrudniało by więc dokonanie porównania między pracownikami mającymi przekonania religijne i przekonania światopoglądowe. Tego rodzaju porównywalność ma znaczenie jedynie w kontekście oceny istnienia dyskryminacji bezpośredniej. W połączonych sprawach C-804/18 i C-341/19 TSUE orzekł, że zakaz dyskryminacji nie jest ograniczony wyłącznie do odmiennego traktowania osób wyznających określoną religię lub mających dane przekonania w porównaniu z osobami niewyznającymi żadnej religii ani niemającymi żadnych przekonań. Przeto istnienie jednego kryterium, obejmującego religię i przekonania, nie stoi na przeszkodzie dokonywaniu porównania między pracownikami mającymi określone przekonania religijne a pracownikami mającymi inne przekonania, ani też porównania między pracownikami mającymi różne przekonania religijne^[80]. Cel realizowany przez dyrektywę 2000/78 nie ogranicza kręgu osób, których można porównać, dla ustalenia istnienia „dyskryminacji ze względu na religię lub przekonania”, do osób niewyznających określonej religii lub niemających określonych przekonań^[81]. Dyrektywa 2000/78 ma na celu, w sprawach zatrudnienia i pracy, walkę z wszelkimi przejawami dyskryminacji ze względu na religię lub przekonania^[82]. Dyskryminacja „ze względu na” religię lub przekonania w rozumieniu tej dyrektywy może zostać stwierdzona jedynie wtedy, gdy mniej przychylnego traktowania lub szczególnej niekorzystnej sytuacji doznaje się w związku z religią lub przekonaniami^[83].

Na pytanie drugie – zdaniem TSUE – należy udzielić następującej odpowiedzi: art. 1 dyrektywy 2000/78 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by przepisy krajowe mające na celu transpozycję tej dyrektywy do prawa krajowego, interpretowane w ten sposób, że przekonania religijne i światopoglądowe stanowią dwie odrębne przyczyny dyskryminacji, można było traktować jako „przepisy bardziej korzystne w celu ochrony zasady równego traktowania od przepisów ustanowionych w [tej dyrektywie]” w rozumieniu jej art. 8 ust. 1.

⁸⁰ WABE i MH Müller Handel, pkt 49.

⁸¹ Ibidem, pkt 50.

⁸² Wyrok TSUE z 26 01 2021 r., Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, C16/19, EU:C:2021:64, pkt 34.

⁸³ WABE i MH Müller Handel, pkt.49.

8

Sentencje wyroku w sprawie C-344/20

1. Artykuł 1 dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy należy interpretować w ten sposób, że wyrażenie „religia lub przekonania”, którymi ten artykuł się posługuje, stanowią jedną i tę samą przyczynę dyskryminacji, obejmującą zarówno przekonania religijne, jak i przekonania światopoglądowe czy duchowe.
2. Artykuł 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78 należy interpretować w ten sposób, że postanowienie regulaminu pracy przedsiębiorstwa zakazujące pracownikom wyrażania poprzez wypowiedzi, ubiór lub w inny sposób swoich przekonań religijnych, światopoglądowych lub politycznych, bez względu na ich charakter, nie stanowi względem pracowników, którzy pragną korzystać z wolności religii i sumienia poprzez widoczne noszenie symbolu lub stroju wynikającego z nakazów religijnych, przejawu bezpośredniej dyskryminacji „ze względu na religię lub przekonania” w rozumieniu tej dyrektywy, o ile owo postanowienie jest stosowane w sposób ogólny i bez rozróżnienia.
3. Artykuł 1 dyrektywy 2000/78 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by przepisy krajowe mające na celu transpozycję tej dyrektywy do prawa krajowego, interpretowane w ten sposób, że przekonania religijne i światopoglądowe stanowią dwie odrębne przyczyny dyskryminacji, można było traktować jako „przepisy bardziej korzystne w celu ochrony zasady równego traktowania od przepisów ustanowionych w [tej dyrektywie]” w rozumieniu jej art. 8 ust. 1.

9

Uwaga końcowa

Bez względu na prowadzoną politykę tolerancji lub neutralności w sferze wolności religijnej i przekonań światopoglądowych zakazy uzewnętrzniania symboli religijnych w miejscu pracy są uzasadnione, gdy ich

eksponowanie może spowodować zagrożenie zdrowia lub życia ludzkiego bądź bezpieczeństwa. W innych sytuacjach mają miejsce przypadki bezpośredniej dyskryminacji ze względu na prawnie zabronione kryteria różnicowania pracowników, jakimi są religia i przekonania. Ograniczenia wolności prezentowania tych symboli w środowisku pracy nie mogą być uznawane za dyskryminację pośrednią wówczas, gdy pozostają we właściwej proporcji ze zgodnym z prawem celem, dla osiągnięcia którego zostały zastosowane. Oznacza to, że modyfikacja orzecznictwa TSUE, polegająca na zastąpieniu nowymi, „oryginalnymi” pomysłami starszych, omówionych w niniejszym artykule rozstrzygnięć, nie odniosła zamierzonego skutku.

Bibliografia

- Calderwood Norton Jane, *Freedom of Religious Organizations*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Chakim M. Lutfi, „The Margin of Appreciation and Freedom of Religion: Assessing Standards of the European Court of Human Rights” *The International Journal of Human Rights*, nr 6 (2020): 850-867.
- Classen Claus Ditier, „Das kirchliche Arbeitsrecht unter europäischem Druck – Anmerkungen zu den Urteilen des EuGH (jeweils GK) vom 17 April 2018 in der Rs. C-414/16 (Egenberger) und vom 11 September 2018 in der Rs. C-68/17 (IR)” *Europarecht*, (2018): 752-767.
- Chalkiadaki Vasiliki, „L’Affaire du Foulard Islamique a l’Ecole: L’ecole Laique en Crise” *Freiburg Law Students Journal*, (2010).
- Cloots Elke, „Safe harbour or open sea for corporate headscarf bans? Achbita and Bougnaoui” *Common Market Law Review*, t. LV (2018): 589-624.
- Cranmer Frank, „Hijabs in the CJEU again: SCRL” *Law & Religion UK*, 14 października 2022. <https://lawandreligionuk.com/2022/10/14/hijabs-in-the-cjeu-again-scr1/>.
- Greiner Stefan, „Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten nach dem, ‘IR’-Urteil des EuGH” *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (2018): 1289-1294.
- Howard Erica, „Islamic Headscarves and the CJEU: Achbita and Bougnaoui” *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*, t. III (2017): 348-366.
- Evelyn Ellis, Philippa Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

- Keuchenius Anna, „Intersectionality on the go: The Diffusion of Black Feminist Knowledge Across Disciplinary and Geographical Borders” *British Journal of Sociology*, nr 2 (2021): 360-378.
- Laborde Christine, „State Paternalism and Religious Dress Code” *International Journal of Constitutional Law*, (2012): 398-410.
- Loenen Titia, „In search of an EU approach to headscarf bans: where to go after Achbita and Bougnaoui?” *Review of European Administrative Law*, nr 2 (2017): 47-73.
- O’Sullivan Michael, „Religion, Modernity, and Democracy in Central Europe: Toward a Gendered History of Twentieth-Century Catholicism” *Central European History*, 4 (2019): 713-730.
- Radford Reuther R., „Sexism and Misogyny in the Christian Tradition: Liberating Alternatives” *Buddhist-Christian Studies*, nr 1 (2014): 83-94.
- Rivers Julian, *The Law of Organized Religions: Between Establishment and Secularism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Ronline TCL, „The False Neutrality of Anti-Intersectional Interpretation” *Trinity College Law Review*. <https://trinitycollegelawreview.org>.
- Salem Sara, „Feminist Critique and Islamic Feminism: The Question of Intersectionality” *The Postcolonial Journal*, (2013).
- Seedat Fatima, „Islam, Feminism, and Islamic Feminism: Between Inadequacy and Inevitability” *Journal of Feminist Studies in Religion*, t. XXIX (2013): 25-45.
- Thiel Marcus, *Understanding Diversity In The European Integration Project*. London: Palgrave Macmillan, 2009.
- Weiler Joseph H.H., „Je sui Achbita: à propos d’un arrêt de la Cour de justice de l’Union européenne sur le hijab mudulman (CJUE 14 mars 2017, aff. C-157/15)” *Revue trimestrielle de droit européen*, (2019): 85-104.
- Zuther David Antonio, „The Headscarf Debate Returns to Luxembourg. A Second Chance for Religious Freedom?” *LSE Law Review*, nr 1 (2021). <https://lawreview.lse.ac.uk>.



KRZYSZTOF WIAK

Projekty ustaw dotyczących legalizacji przerwania ciąży w Sejmie X kadencji

Draft Acts Regarding the Legalization of Termination of Pregnancy in the Sejm of the 10th term

At the turn of 2023/2024, several bills were submitted to the Polish Parliament that aimed to expand the scope of legally permissible termination of pregnancy. The solutions they propose are diverse. On the one hand, they contain quite moderate proposals for restoring the so-called „abortion compromise” in Poland by introducing a eugenic ground for terminating pregnancy. Conversely, highly liberal proposals have been submitted on the assumption that a woman has the „right to abortion” in the early stages of pregnancy. The objective of this paper is to assess the solutions contained in these projects regarding the issue of criminal law protection of human life during prenatal development. This assessment will take into account constitutional standards, their systemic coherence, and the principles of correct legislation.

SŁOWA KLUCZOWE: aborcja, legalizacja przerwania ciąży, ochrona życia, dziecko poczęte

KEYWORDS: abortion, legalization of termination of pregnancy, protection of life, unborn child

KRZYSZTOF WIAK, doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, ORCID – 0000-0003-0947-570X, e-mail: wiakk@kul.pl

1 | Wprowadzenie

Problematyka legalizacji aborcji stała się jednym z istotnych zagadnień, przed jakim stanął Sejm X kadencji. Zapowiedzi formułowane przez ugrupowania polityczne w czasie kampanii wyborczej zmaterializowały się w postaci projektów, które – w różnym zakresie – zmierzają do liberalizacji regulacji dotyczących przerywania ciąży, a w konsekwencji – ograniczenia ochrony życia i zdrowia dziecka poczętego. Wśród nich znajdują się zarówno umiarkowane propozycje powrotu do tzw. kompromisu aborcyjnego i odwrócenia skutków wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22 października 2020 r. (K 1/20)^[1], jak również projekty radykalne, zakładające wprowadzenie tzw. aborcji na żądanie, a także pomysł rozwiązania tej kwestii w drodze referendum ogólnokrajowego.

Zawarte w opracowaniu analizy dotyczą projektów ustaw, które wpłynęły do Sejmu X kadencji na przełomie lat 2023/2024. Są to:

1. Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z 13 listopada 2023 r. (dalej: Proj.zm.KK.176), wraz z Autopoprawką z 20 listopada 2023 r. (Proj.autopopr.176), druk sejmowy nr 176, złożony przez Lewicę^[2];
2. Poselski projekt ustawy o bezpiecznym przerywaniu ciąży z 13 listopada 2023 r. (dalej: Proj.u.b.p.c.177), druk sejmowy nr 177, złożony przez Lewicę^[3];
3. Poselski projekt ustawy o świadomym rodzicielstwie z 24 stycznia 2024 r. (dalej: Proj.u.ś.r.224), druk sejmowy nr 224, złożony przez Koalicję Obywatelską^[4];
4. Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności

¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 października 2020 r., K 1/20, OTK ZU A/2021, poz. 4 (dalej: wyrok TK z 22 października 2020 r.).

² <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/o/4BA8846810D48387C1258AAE0065128C/%24File/176.pdf>.

³ <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/o/FCDFB2FD4380D5C4C1258AAE0062A575/%24File/177.pdf>.

⁴ <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/o/9D6FBC222A5C5B12C1258AD20036D62F/%24File/224.pdf>.

przerywania ciąży z 23 lutego 2024 r. (dalej: Proj.u.z.p.r.223), druk sejmowy nr 223, złożony przez Trzecią Drogę^[5].

Poniższa analiza ogranicza się do kwestii prawnokarnej ochrony dziecka poczętego i przewidzianych w zgłoszonych propozycjach podstaw legalizacji lub wyłączenia karalności przerywania ciąży, z uwzględnieniem standardów konstytucyjnych, spójności systemowej i zasad poprawnej legislacji. Nie obejmuje innych zagadnień zawartych w projektach, m.in. dotyczących tzw. klauzuli sumienia, obowiązków kierowników podmiotów leczniczych czy zajęć edukacyjnych w szkołach.

2 | Aktualny stan prawny

Obowiązujące w Polsce rozwiązania dotyczące prawnokarnej ochrony życia ludzkiego w okresie prenatalnym zalicza się do tzw. modelu wskazań, w którym zasadą jest ochrona życia dziecka poczętego, ale ograniczona ze względu na istnienie ustawowych przesłanek dopuszczających przerywanie ciąży, uzasadnianych potrzebą ochrony innych dóbr prawnych (np. życia lub zdrowia kobiety ciężarnej). Alternatywnym rozwiązaniem jest, obowiązujący m.in. w Austrii, Norwegii i Francji, tzw. model terminowy (inaczej „aborcja na żądanie”), który zakłada legalność przerywania ciąży w początkowym okresie jej trwania, jeżeli taką wolę wyraziła kobieta ciężarna^[6].

Szczegółowy zakres prawnokarnej ochrony dziecka poczętego w Polsce należy rekonstruować na podstawie przepisów art. 152–154 i 157a Kodeksu karnego^[7] oraz ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży^[8].

⁵ <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/o/33ABC71F4AF43F2FC1258A-D100520E69/%24File/223.pdf>.

⁶ Zob. Krzysztof Wiak, *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym* (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2001), 36-42.

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 17, dalej: KK.

⁸ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1575, dalej: ustawa z 7 stycznia 1993 r. lub u.p.r.

Zgodnie z art. 152 § 1 KK, ten, kto za zgodą kobiety przerywa jej ciążę z naruszeniem przepisów ustawy, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Sprawcą tego przestępstwa może być każdy, lecz – co istotne – z wyjątkiem samej kobiety ciężarnej, która dopuszcza się przerywania własnej ciąży lub udziela zgody albo nakłania do tego inną osobę. Jej czyn pozostaje poza zakresem kryminalizacji, gdyż swoim zachowaniem nie realizuje ona znamion typu czynu zabronionego opisanego w art. 152 § 1 KK. Podkreślić należy, że ustawodawca posługując się terminologią „przerywa ciążę” w istocie chroni życie dziecka w okresie od poczęcia do porodu⁹.

Przepis art. 152 § 1 KK stanowi „normę blankietową”, to znaczy, że nie określa on samodzielnie zakresu karalnych zachowań, ale wymaga dodatkowo stwierdzenia, że przerywanie ciąży nastąpiło „z naruszeniem przepisów ustawy”. Ten normatywny „blankiet” wypełniają przepisy ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. W aktualnym stanie prawnym art. 4a ust. 1 u.p.r. dopuszcza przerywanie ciąży przez lekarza za zgodą kobiety w dwóch przypadkach, gdy: 1) ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej (tzw. wskazania medyczne); 2) zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (tzw. wskazania kryminalne). Ustawa przewiduje również ograniczenia czasowe dla przerywania ciąży w przypadku wskazań kryminalnych – jeżeli od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni (art. 4a ust. 2 u.p.r.). Brak jest ograniczeń czasowych dla przerywania ciąży ze wskazań medycznych. Ustawa wprowadza też warunek, aby przerywanie ciąży ze wskazań medycznych zostało wykonane przez lekarza w szpitalu (art. 4a ust. 3 u.p.r.). Wystąpienie okoliczności uprawniających do przerywania ciąży ze wskazań medycznych potwierdza lekarz inny niż dokonujący aborcji (z wyjątkiem sytuacji, gdy ciąża zagraża bezpośrednio życiu kobiety), a prokurator stwierdza okoliczność, że zachodzi uzasadnione podejrzenie, iż ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (art. 4a ust. 5 u.p.r.). Ponadto, ustawa z 7 stycznia 1993 r. zwiera przepisy regulujące procedurę wyrażenia zgody przez kobietę na

⁹ Zob. Michał Królikowski, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny, Część szczególna*, t. I, *Komentarz*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki (Warszawa: C.H. Beck, 2017), 282; Leon Tyszkiewicz, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny, Komentarz*, red. Marian Filar (Warszawa: Lexis Nexis, 2010), 703; Andrzej Zoll, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, red. Andrzej Zoll (Kraków: Zakamycze, 2006), 301; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 16 października 2008 r., II AKa 255/08, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2009, Nr 1, poz. 88.

przerwanie ciąży, w tym przez małoletnią i kobietę ubezwłasnowolnioną całkowicie (art. 4a ust. 4 u.p.r.).

W pierwotnym tekście ustawy z 7 stycznia 1993 r. zakres prawnie dopuszczalnego przerywania ciąży był zdecydowanie szerszy, lecz na skutek orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego został ograniczony jedynie do dwóch powyżej opisanych przesłanek. Przepisy dające podstawę do przerywania ciąży z tzw. wskazań społecznych, określonych jako „ciężkie warunki życiowe” lub „trudna sytuacja osobista” kobiety ciężarnej, zostały uznane za sprzeczne z Konstytucją orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r. (K 26/96)^[10]. Tak samo, na skutek powołanego wcześniej wyroku TK z 22 października 2020 r., przepis zezwalający na przerywanie ciąży w sytuacji, gdy „badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu” (tzw. wskazania eugeniczne), został uznany za niezgodny z art. 38 w zw. z art. 30 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP^[11].

Osobnym przestępstwem, określonym w art. 152 § 2 KK, jest udzielnie kobiecie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży z naruszeniem przepisów ustawy oraz nakłanianie jej do tego (art. 152 § 2 KK). Kryminalizowane zachowania odpowiadają pojęciom podżegania z art. 18 § 2 KK oraz pomocnictwa z art. 18 § 3 KK. W orzecznictwie sądów powszechnych przyjmuje się, że przejawami karalnej pomocy w przerwaniu ciąży mogą być np. dostarczenie narzędzi służących do tego celu, udzielenie rady lub informacji, w tym kontaktu telefonicznego^[12], zawieszenie kobiety ciężarnej do lekarza ginekologa w celu przeprowadzenia zabiegu przerywania ciąży oraz przekazanie lekarzowi zapłaty^[13].

Surowszą sankcją jest zagrożony typ kwalifikowany przestępstwa, gdy sprawca dopuścił się przerywania ciąży z art. 152 § 1 KK albo udzielił kobiecie pomocy do przerywania ciąży lub nakłaniał ją do tego (art. 152 § 2 KK), jeżeli dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki (art. 152 § 3 KK). Przy określaniu tej granicy należy

¹⁰ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, Nr 2, poz. 19; dalej: orzeczenie TK z 28 maja 1997 r.

¹¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.; dalej: Konstytucja RP.

¹² Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 września 2008 r., II AKa 231/08, Prokuratura i Prawo – wkł. 2009, Nr 10, poz. 38.

¹³ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 9 lutego 2017 r., II AKa 294/16, Legalis.

uwzględnić możliwości współczesnej medycyny pozwalające utrzymać przy życiu dzieci, które znalazły się poza naturalnym środowiskiem rozwoju przed upływem całego okresu ciąży. Zgodnie ze wskazaniem Światowej Organizacji Zdrowia następuje to po upływie 22. tygodnia ciąży^[14].

Kodeks karny zawiera również regulacje wprowadzające karalność przerywania ciąży wbrew woli kobiety ciężarnej (art. 153 KK), a także spowodowania uszczerbku na zdrowiu dziecka poczętego (art. 157a KK). Omawiane projekty legislacyjne nie odnoszą się jednak do tych przepisów i z tego względu pozostaną poza zakresem dalszych analiz.

3 | Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z 13 listopada 2023 r. (druk sejmowy nr 176)

W pierwotnej wersji Projekt z 13 listopada 2023 r., zawarty w druku sejmowym nr 176, nie zmierzał do całkowitej dekryminalizacji przerywania, za zgodą kobiety ciężarnej, jej ciąży, z naruszeniem przepisów ustawy (art. 152 § 1 KK), ale zawierał jedynie propozycję zamiany grożącej za taki czyn sankcji – kary pozbawienia wolności do lat 3 – na kary nieizolacyjne: grzywnę albo karę ograniczenia wolności (art. 1 pkt 1 Proj.zm.KK.176). Już pobieżna analiza skutków tej zmiany świadczy o tym, że prowadziłyby ona do powstania niespójności systemowej, bowiem proponowana niska sankcja jest porównywalna z karami grożącymi np. za zniesławienie (212 KK) lub zniewagę (216 KK) i stałaby się nieadekwatna do sankcji za inne przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, w tym do typu kwalifikowanego z art. 152 § 3 KK (gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej), zagrożonego karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

Projekt zakładał również dekryminalizację udzielenia kobiecie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży z naruszeniem przepisów ustawy lub

¹⁴ Zob. Jacek Potulski, „Przestępstwo przerywania ciąży”, [w:] *System Prawa Karnego*, t. X, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. Jarosław Warylewski (Warszawa: C.H. Beck, 2012), 170; Krzysztof Wiak, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny, Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak (Warszawa: C.H. Beck, 2024), 1170; Zoll, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, 306.

nakłaniania jej do tego, będącą skutkiem uchylecia art. 152 § 2 KK (art. 1 pkt 2 – 3 Proj.zm.KK.176). W dołączonym do niego Uzasadnieniu argumentowano, że „usunięcie tych przepisów pozwoli chronić członków rodzin i bliskich kobiet, którzy próbują samodzielnie pomóc kobietom w ich decyzji o terminacji ciąży”^[15]. Pomijając oczywiste błędy występujące w dalszej części Uzasadnienia, jak np. określanie pomocnictwa mianem „sprawstwa pomocniczego” (s. 1 i 2), nie sposób nie zauważyć, iż projektodawcy zmierzali do wprowadzenia szerokiej dekryminalizacji, skutkującej legalizacją czynu każdego pomocnika i podżegacza do nielegalnego przerywania ciąży, w tym również takich osób, które nie należałyby do kręgu bliskich dla kobiety ciężarnej i z procederu pomocy w nielegalnej aborcji przykładowo uczyniły sobie źródło dochodu. W tym kontekście propozycja z całą pewnością nie była tak jednoznaczna aksjologicznie, jak ją ukazano w Uzasadnieniu.

Najistotniejsze konsekwencje normatywne dla prawnokarnej ochrony życia w okresie prenatalnego rozwoju wynikały z zawartych w art. 1 pkt 4 Proj.zm.KK.176 propozycji dodania dwóch nowych przepisów w art. 152 KK: § 4 – skutkującego całkowitą dekryminalizacją przerywania ciąży za zgodą kobiety, jeżeli od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni, oraz § 5 – wprowadzającego depenalizację przerywania ciąży za zgodą kobiety ciężarnej, jeżeli badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu.

Pierwszy z wymienionych przepisów wprowadzał nieznaną dotychczas polskiemu porządkowi prawnemu tzw. model terminowy („aborcji na żądanie”) w pierwszym trymestrze (12 tygodniach) ciąży. Drugi przywracał przesłankę eugeniczną do przerywania ciąży, która jednak nie łączyła się z legalizacją (wyłączeniem przestępności) przerywania ciąży w takich okolicznościach, lecz jedynie skutkowała obligatoryjnym niepodleganiem karze przez sprawcę. Nie zostały wyrażone wprost żadne ograniczenia temporalne dla przeprowadzenia aborcji z takich powodów, co powinno prowadzić do interpretacji, że przesłanka ta obejmuje czyny podjęte w całym okresie ciąży.

W Projekcie brak jest przepisów dostosowujących, można więc sądzić, że po jego wejściu w życie nadal obowiązywałyby dotychczasowe ustawowe przesłanki dla wykonania aborcji zawarte w ustawie z 7 stycznia

¹⁵ Uzasadnienie, 2. <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/o/4BA8846810D-48387C1258AAE0065128C/%24File/176.pdf>.

1993 r. W rzeczywistości jednak nowelizacja skutkowałaby „obejściem” tych regulacji. Do takiego wniosku prowadzi treść art. 152 § 4 KK, w którym zostały wymienione jedynie dwa warunki dla legalnego przerwania ciąży – „za zgodą kobiety” oraz „od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni”. Wypełnienie znamion tego czynu zabronionego nie wymagałoby już badania czy został on podjęty „wbrew przepisom ustawy”. Dodawanie innych przesłanek legalności, takich jak wymienione w art. 4a u.p.r.: wymóg przerwania ciąży przez lekarza w szpitalu, pisemna zgoda kobiety czy procedura potwierdzenia zgody w przypadku małoletniej lub osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie, chociaż uzasadnione ze względów medycznych i prawnych, byłoby sprzeczne z zasadą ścisłej wykładni przepisów prawa karnego (*nullum crimen sine lege stricta*), wolnej od stosowania interpretacji rozszerzającej i analogii na niekorzyść sprawcy. W efekcie dodatkowe warunki legalności przerywania ciąży, zawarte w ustawie z 7 stycznia 1993 r., na płaszczyźnie prawa karnego byłyby pozbawione skuteczności. Z tych samych względów nie można twierdzić, że przerywanie ciąży ze wskazań eugenicznych zostało ograniczone czasowo. Projektowany art. 152 § 5 KK nie wprowadzał bowiem warunku dopuszczalności przerywania ciąży do momentu osiągnięcia przez dziecko poczęte zdolności do samodzielnego życia, jaki znany był ustawie z 7 stycznia 1993 r., lecz został uchylony po wyroku TK z 22 października 2020 r.

Warto zauważyć, że argumentacja zawarta w Uzasadnieniu akcentuje dążenie do realizacji w życiu społecznym zasad wynikających z Konstytucji RP. Wskazano w niej, że „w szczególności chodzi o prawo do samostanowienia (art. 47 Konstytucji RP) i ochrony zdrowia (art. 68 Konstytucji RP) nierozzerwalnie związanego z przyrodzoną godnością ludzką (art. 30 Konstytucji)”^[16]. Co istotne jednak, projektodawcy nie uznali za zasadne odniesienie się do obowiązku zapewnienia w Rzeczypospolitej Polskiej prawnej ochrony życia każdego człowieka (art. 38 Konstytucji RP) jako ponadustawowego wzorca dla oceny dopuszczalności przedstawionych rozwiązań.

¹⁶ Ibidem, 1.

4 | Autopoprawka z 20 listopada 2023 r. do Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z 13 listopada 2023 r.

Do pierwotnej wersji Projektu zawartego w druku nr 176 w dniu 20 listopada 2023 r. został złożona Autopoprawka, która w art. 152 KK zakłada uchylenie przepisów § 1 i 2, nadanie nowego brzmienia § 3 oraz dodaje dwa nowe przepisy § 4 i 5. Tym samym zakres prawnokarnej ochrony życia dziecka poczętego został radykalnie ograniczony, jeszcze bardziej niż w oryginalnym Projekcie z 13 listopada 2023 r. Przesłanką przestępstwa pozostało tylko przerwanie ciąży za zgodą kobiety z naruszeniem przepisów ustawy, jeżeli od początku ciąży upłynęło więcej niż 24 tygodnie, zagrożone sankcją w postaci kary pozbawienia wolności do lat 5 (art. 152 § 3 KK). Wejście w życie tych regulacji oznaczałoby zatem całkowitą dekryminalizację dobrowolnej aborcji aż do 24 tygodnia ciąży, czyli do osiągnięcia przez dziecko poczęte zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki. Co więcej, nawet wobec karalności przerywania ciąży po 24 tygodniu jej trwania, przewidziano dwa wyjątki. Nie podlegałyby karze sprawca takiego przestępstwa, „jeżeli badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu” (art. 152 § 4 KK). Opisane w ten sposób wskazania eugeniczne do przerywania ciąży, funkcjonujące do momentu opublikowania wyroku TK z 22 października 2020 r. z ograniczeniem temporalnym (do osiągnięcia przez dziecko poczęte zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki), wraz z wejściem w życie rozwiązań przewidzianych w Autopoprawce do Projektu obowiązywałyby w całym trzecim (ostatnim) trymestrze ciąży, uwalniając sprawcę od kary nawet za czyn podjęty tuż przed porodem. Ponadto, na podstawie projektowanego art. 152 § 5 KK, nie podlegałyby karze „sprawca przestępstwa określonego w § 3 oraz podmiot określony w art. 18 § 2 i 3, jeżeli kobieta w ciąży jest dla niego osobą najbliższą”.

Wejście w życie powyższych przepisów oznaczałoby wprowadzenie w Polsce jednej z najbardziej liberalnych na świecie regulacji dotyczących dobrowolnej aborcji. Przyjęta w niej normatywna konstrukcja dopuszczalności przerywania ciąży budzi przy tym szereg zastrzeżeń natury aksjologicznej, karno-dogmatycznej i techniczno-legislacyjnej.

Zgodnie z motywami zawartymi w Uzasadnieniu, Projektodawcy zmierzają do ograniczenia tzw. efektu mrozącego oraz zwiększenia bezpieczeństwa „osób w ciąży”, zapewnienia spójności ze standardami międzynarodowymi, w tym europejskimi, a także postulatami Światowej Organizacji Zdrowia i innych instytucji ONZ^[17]. Powyższe zmiany uznają za niezbędne do zapewnienia osobom w ciąży realnej możliwości realizacji podstawowych praw, m.in. prawa do życia, najwyższego osiągalnego poziomu zdrowia fizycznego i psychicznego, korzystania z postępu naukowego i jego realizacji, a także prawa do samostanowienia oraz do wolności od tortur, okrutnego i poniżającego traktowania. Zmiany te mają również spowodować zwiększenie bezpieczeństwa ciężarnych, bowiem zminimalizują ryzyko śmierci i uszczerbków na zdrowiu u ciężarnych pacjentek w sytuacji zwlekania przez lekarzy z udzieleniem pomocy medycznej z uwagi na obawę poniesienia odpowiedzialności karnej^[18].

W sferze aksjologicznej Projekt nie zawiera odniesień do Konstytucji RP jako wzorca dla weryfikacji tego czy życie dziecka poczętego (płodu) stanowi wartość konstytucyjną i jest dobrem podlegającym samoistnej ochronie prawnej. Konsekwencje takiego „aksjologicznego przemilczenia” są szczególnie widoczne w tych fragmentach Uzasadnienia, w których projektodawcy dowodzą, iż aktualna regulacja art. 152 KK nie spełnia wymogów wynikających z zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Stwierdzają, że narusza ona zasadę przydatności, zasadę konieczności i zasadę proporcjonalności *sensu stricto*^[19]. Równocześnie nie przeprowadzają oni kompleksowego testu proporcjonalności dla proponowanych w Projekcie rozwiązań z uwzględnieniem rangi życia dziecka poczętego wśród wartości konstytucyjnych. Chronione w prawie międzynarodowym prawo do życia oraz prawo do zdrowia są powoływane jedynie w kontekście przysługiwania kobiecie ciężarnej uprawnienia do dobrowolnego przerwania ciąży oraz zagwarantowania dostępności do usług aborcyjnych dobrej jakości^[20]. Charakterystyczne jest przy tym stwierdzenie zawarte w Uzasadnieniu, iż „w przypadku kryminalizacji zabiegów przerwania ciąży za zgodą ciężarnej oraz udzielania ciężarnej pomocy w aborcji nie zostaje spełniony wymóg przydatności i konieczności ograniczeń.

¹⁷ Uzasadnienie do Autopoprawki, 2. <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/o/4BA8846810D48387C1258AAE0065128C/%24File/176.pdf>.

¹⁸ Ibidem, 2-3.

¹⁹ Ibidem, 4-7.

²⁰ Ibidem, 9-10.

Nie sposób jest też uznać tych działań za działania szkodliwe w stopniu uzasadniającym ich kryminalizację, ponieważ dotyczą one realizacji przez ciężarną jej podstawowych praw człowieka”^[21]. Chociaż żaden z wiążących dokumentów prawa międzynarodowego nie traktuje aborcji jako „podstawowego prawa człowieka”^[22], to teza ta stała się wiodącym argumentem dla projektodawców. W efekcie w ich polu zainteresowania nie znalazły się takie normatywne wartości, jak dziecko poczęte (embrion, płód) oraz jego prawa, w tym prawo do życia. Ich ochrona jest pośrednia i warunkowa, a aktualizuje się tylko wtedy, gdy taka jest wola kobiety ciężarnej.

Dopuszczalność (niekaralność) przerywania ciąży, gdy od początków jej upłynęło więcej niż 24 tygodnie, czyli w razie wystąpienia wskazań eugenicznych (art. 152 § 4 KK), lub przerywania ciąży bez wskazywania powodu, ale gdy sprawcą, podżegaczem lub pomocnikiem jest osoba najbliższa dla kobiety w ciąży (art. 152 § 5 KK), dotyczy trzeciego (ostatniego) trymestru ciąży, gdy dziecko poczęte osiągnęło już zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej. Dolna granica temporalna tej przesłanki (upływ więcej niż 24 tygodni od początku ciąży) wyznacza cesurę pomiędzy okresem, w jakim znajdzie zastosowanie klauzula niekaralności a okresem, w jakim przerywanie ciąży za zgodą kobiety w ogóle nie stanowi czynu zabronionego. Górna granica temporalna nie została oznaczona, a co za tym idzie, przerywanie ciąży w razie wystąpienia wskazań eugenicznych będzie niekaralne do końca jej trwania. Tak szerokie ujęcie granic czasowych obu klauzul niekaralności (art. 152 § 4 i 5 KK) wymaga rozstrzygnięcia dwóch ważnych kwestii.

Po pierwsze, konieczne jest dokładne wyznaczenie cesury, oddzielającej stosowanie przepisów dotyczących ochrony życia „dziecka poczętego” i dopuszczalności przerywania ciąży (art. 152 – 154 KK) od regulacji chroniących życie „człowieka” po urodzeniu (art. 148-151, 155, 158-162 KK). Waga problemu wynika z tego, że standard prawnokarnej ochrony życia ludzkiego w fazie prenatalnej jest wyraźnie niższy od ochrony życia człowieka urodzonego czy też dopiero rodzącego się, co ilustruje dopuszczalność przerywania ciąży we wskazanych ustawowo wypadkach w pierwszym okresie, a także kryminalizacja zamachów nieumyślnych na życie

²¹ Ibidem, 5-6.

²² Alicja Grześkowiak, „Diritto all’aborto”, [w:] *Lexicon. Termini ambigui e discussi su famiglia, vita e questioni etiche* (Bologna: Edizioni Dehoniane, 2003), 245; Tadeusz Jasudowicz, „Między sumieniem a orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka” *Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne*, nr 8 (2017): 55, 58.

oraz narażenia życia na niebezpieczeństwo dopiero w drugim okresie – w odniesieniu do „człowieka” urodzonego. Rozstrzygnięcia tego problemu poszukuje się w wykładni przepisu art. 149 KK, określającego znamiona przestępstwa dzieciobójstwa jako zabicia dziecka przez matkę „w okresie porodu”. W związku z treścią tego przepisu Sąd Najwyższy w uchwale z 26 października 2006 r. (I KZP 18/06)^[23] przyjął, że przedmiotem prawnokarnej ochrony przepisów rozdziału XIX KK *Przestępstwa przeciwko życiu*, posługujących się terminem „człowiek”, jest „życie i zdrowie człowieka od rozpoczęcia porodu (wystąpienia skurczów macicy, dających postęp porodowi), a w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu”. W innym wyroku z 27 września 2010 r. (V KK 34/10)^[24] Sąd Najwyższy dookreślił, że „ochrona dziecka nienarodzonego, zdolnego do życia poza organizmem matki, aktualizuje się także z chwilą zaistnienia medycznych wskazań do niezwłocznego zakończenia ciąży cesarskim cięciem” i wyprowadził wniosek o istnieniu obowiązku sprawowania tej ochrony przez lekarza już od „chwili wystąpienia zagrożenia płodu w stopniu uzasadniającym prawdopodobieństwo zaistnienia konieczności dokonania zabiegu, a więc w procesie diagnostycznym”. Oznacza to, że zarówno w całym okresie porodu naturalnego, jak i wcześniej – z chwilą zaistnienia medycznych wskazań do niezwłocznego zakończenia ciąży cesarskim cięciem – dziecko jest już objęte ochroną na mocy przepisów, w których ustawodawca użył terminu „człowiek”^[25].

Drugi problem, jaki wyłania się na tle niekaralności aborcji w okresie, gdy dziecko poczęte osiągnęło już zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki, to pytanie o zakres obowiązków lekarza i innych asystujących osób w trakcie zabiegu przerwania ciąży. Nie budzi żadnych zastrzeżeń obowiązek ratowania życia dziecka, które przeżyło taki zabieg, i powinno być traktowane jako „człowiek” w terminologii przepisów rozdziału XIX KK *Przestępstwa przeciwko życiu*. W dotychczasowej literaturze przedmiotu przyjmowano, że „zabieg służący ratowaniu życia lub zdrowia matki powinien również zmierzać do uratowania życia dziecka”^[26]. Tym bardziej, w analogiczny sposób należy traktować – legalne według

²³ Uchwała Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r., I KZP 18/06, Orzecznictwo Sadu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa 2006, Nr 11, poz. 97.

²⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2010 r., V KK 34/10, Orzecznictwo Sadu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa 2010, Nr 12, poz. 105.

²⁵ Zob. Wiak, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, 1131-1132.

²⁶ Zoll, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, 303.

Projekt – przerwanie ciąży bez wskazywania powodu, gdy sprawcą, podżegaczem lub pomocnikiem jest osoba najbliższa dla kobiety w ciąży (art. 152 § 5 KK). Natomiast za istnieniem obowiązku podjęcia działań ratujących życie dziecka poczętego, gdy do przerwania ciąży dochodzi ze względu na jakość życia dziecka poczętego (przesłanek eugenicznych – art. 152 § 4 KK), przemawia reguła *pro vita humana*. Stoi ona na przeszkodzie takiej interpretacji, że przerwanie ciąży ma nastąpić kosztem życia dziecka, jeżeli możliwe jest podjęcie działań ratujących. Taką wykładnię wspiera charakter normatywny klauzuli z art. 152 § 4 i 5 KK. We wszystkich sytuacjach objętych ich zakresem przerwanie ciąży nie zostało bowiem uznane za legalne. Pozostawałoby ono nadal bezprawne, a jedynie wyłączona byłaby karalność takiego czynu. Do podobnych wniosków skłania argumentacja powoływana w piśmiennictwie medycznym, którego przedstawiciele przyjmują, że osiągnięcie przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki (ang. *viability*) powinno zobowiązywać, zarówno ciężarną pacjentkę, lekarza, jak i społeczeństwo, do „szacunku dla płodu jako pacjenta”^[27].

Trzeba zauważyć, że dotychczasowe przepisy art. 152 KK mają charakter powszechny i obejmują zakresem kryminalizacji czyn każdej osoby, poza samą kobietą ciężarną. Tymczasem – w ocenie projektodawców – wystarczające są „aktualne regulacje dot. zasad wykonywania zawodu lekarza i ich ewentualnej odpowiedzialności karnej i etycznej”^[28]. Postulat karania lekarzy, a równocześnie dekryminalizacja i depenalizacja czynów innych osób, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Przerwanie ciąży wykonane przez osobę nieposiadającą wiedzy medycznej może bowiem prowadzić do groźnych konsekwencji dla zdrowia i życia samej kobiety ciężarnej, a co za tym idzie, czyn taki charakteryzuje się obiektywnie wyższym stopniem społecznej szkodliwości.

Od strony systemowo-dogmatycznej budzi wątpliwości wprowadzenie do klauzuli niepodlegania karze w art. 152 § 5 KK osobnego – obok sprawcy czynu z art. 152 § 3 KK – wyłączenia karalności podżegacza i pomocnika („podmiot określony w art. 18 § 2 i 3”). Wyniki wykładni systemowej prowadzą bowiem do wniosku, że brak takiego dookreślenia w drugiej klauzuli dotyczącej wskazań eugenicznych (art. 152 § 4 KK), w której wyłączenie

²⁷ Frank Chervenak et al., „The importance of professional responsibility and fetal viability in the management of abortion” *Journal of Perinatal Medicine*, nr 3 (2024): 250.

²⁸ Teza ta została wyrażona dwukrotnie w Uzasadnieniu do Autopoprawki, 3, 8.

karalności zostało ograniczone jedynie do czynu *expressis verbis* „sprawcy”, oznacza, że skutek ten nie dotyczy podżegacza i pomocnika, i ich zachowania nadal będą objęte karalnością. Co więcej, do takiej samej konkluzji należałoby dojść przy wykładni pozostałych klauzul niekaralności występujących w Kodeksie karnym, które posługują się słowem „sprawca”^[29] i dopuścić odpowiedzialność podżegacza i pomocnika za takie czyny na zasadzie swoistego „wyjątku od wyjątku”. Byłoby to oczywiście sprzeczne z dotychczasową wykładnią słowa „sprawca”, które – poza rozdziałem II KK *Formy popełnienia przestępstwa* – jest interpretowane w znaczeniu szerokim, jako obejmujące wszystkie postacie współdziałania przestępnego, w tym podżeganie i pomocnictwo^[30], lecz do takich niespójności prowadzą przepisy zawarte w Projekcie.

Wiele niejasności wywołuje stosunek projektowanego art. 152 § 3 KK do warunków dopuszczalności przerywania ciąży zawartych w ustawie z 7 stycznia 1993 r., w której projektodawcy nie zamierzają wprowadzić żadnych zmian dostosowujących. Przepis art. 152 § 3 KK ma nadal pozostać normą blankietową, wprowadzającą karalność przerywania ciąży „z naruszeniem przepisów ustawy”. Skoro dekryminalizacja miałaby objąć przerywanie ciąży za zgodą kobiety ciężarnej, jeżeli od jej początku nie upłynęło więcej niż 24 tygodnie, to zostanie pozbawione sankcji karnej naruszenie warunków ustawowych, np. dotyczących przerywania ciąży, jeżeli od jej początku nie upłynęło więcej niż 12 tygodni, w razie gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (art. 4a ust. 2 w zw. z ust. 1 pkt 3 u.p.r.). Tym niemniej formalnie będą one wciąż obowiązywały. Nie dojdzie natomiast do utraty mocy np. obowiązku wykonania przerwania ciąży wyłącznie przez lekarza (art. 4a ust. 1 *in principio* u.p.r.), a gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej – przez lekarza w szpitalu (art. 4a ust. 3 w zw. z ust. 1 pkt. 1 u.p.r.), wymogu potwierdzenia zagrożenia dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej przez innego lekarza niż dokonujący przerwania ciąży (art. 4a ust. 5 w zw. z ust. 1 pkt 1 u.p.r.) albo warunków dotyczących zgody w przypadku osoby małoletniej lub ubezwłasnowolnionej całkowicie (art. 4a ust. 4 u.p.r.).

²⁹ Na przykład art. 239 § 2 KK, który wyłącza karalność „sprawcy, który ukrywa osobę najbliższą”.

³⁰ Andrzej Sakowicz, Sebastian Zieliński, „Formy popełnienia przestępstwa”, [w:] *Kodeks karny*, t. I, *Część ogólna*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki (Warszawa: C.H. Beck, 2021), 487.

Wobec powyższych zastrzeżeń natury aksjologicznej i systemowej, już tylko dodać należy, że omawiany projekt ustawy ma także braki o charakterze legislacyjnym. Systematyce kodeksowej nie jest bowiem znany proponowany zakres kary pozbawienia wolności za przestępstwo z art. 152 § 3 KK („do lat 5”), a sankcja ta występuje jedynie w przedziale „od 3 miesięcy do lat 5” (np. art. 135 § 1 KK, art. 149 KK, art. 150 KK).

5 | Projekt ustawy o bezpiecznym przerywaniu ciąży z 13 listopada 2023 r. (druk sejmowy nr 177)

Rozwiązania zawarte w Projekcie ustawy o bezpiecznym przerywaniu ciąży z 13 listopada 2023 r. (druk sejmowy nr 177) mają na celu „zagwarantować osobom mieszkającym w Polsce realizację praw reprodukcyjnych, w tym prawa do ochrony zdrowia i poszanowania wolności i prywatności w zakresie rozrodczości”^[31]. Realizację tych praw, jak dowodzą projektodawcy, ma zapewnić przede wszystkim zagwarantowanie prawa do przerywania ciąży, traktowanego jako świadczenie opieki zdrowotnej, do końca 12 tygodnia jej trwania, a w określonych w Projekcie sytuacjach – również po upływie 12 tygodnia, oraz dekryminalizacja wszelkich form przerywania ciąży za zgodą kobiety ciężarnej^[32].

Dla odczytania ogólnej aksjologii rozwiązań zawartych w Projekcie kluczową rolę pełni deklaracja, iż „osoba w ciąży ma prawo do świadczenia opieki zdrowotnej w postaci przerywania ciąży do końca 12 tygodnia jej trwania” (art. 2 ust. 1 Proj.u.b.p.c.177). Takie „świadczenie” byłoby udzielane „na wniosek osoby w ciąży”, złożony w dowolnej formie (art. 2 ust. 7 Proj.u.b.p.c.177), a do przerywania ciąży byłaby wymagana „zgoda osoby w ciąży” (art. 3 ust. 1 Proj.u.b.p.c.177). Realizacja tego postulatu oznaczałaby wprowadzenie w Polsce modelu „aborcji na żądanie” w pierwszym trymestrze ciąży.

³¹ Uzasadnienie, 1. <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/o/FCDFB2FD4380D5C4C1258AAE0062A575/%24File/177.pdf>.

³² Ibidem, 1.

Po upływie 12 tygodnia trwania ciąży przewidziane zostały ograniczenia. Takie „świadczenie opieki zdrowotnej” przysługiwałoby nadal, ale tylko w razie wystąpienia jednego ze wskazań:

1. medycznego – gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia, w tym w szczególności zdrowia fizycznego lub psychicznego, osoby w ciąży;
2. eugenicznego – gdy wyniki diagnostyki prenatalnej lub inne przesłanki medyczne wskazują na to, że występują nieprawidłowości rozwojowe lub genetyczne płodu;
3. kryminalnego – gdy istnieje uzasadnione podejrzenie, że ciąża jest następstwem czynu zabronionego (art. 2 ust. 2 Proj.u.b.p.c.177).

Przerywanie ciąży ze względów medycznych nie byłoby przy tym ograniczone czasowo, natomiast względy eugeniczne oraz kryminalne byłyby uwzględniane do końca 24 tygodnia ciąży, a gdy stwierdzone u płodu nieprawidłowości uniemożliwiają późniejszą zdolność płodu do życia poza organizmem osoby w ciąży – również po 24 tygodniu ciąży (art. 2 ust. 9 Proj.u.b.p.c.177), czyli, jak należy rozumieć – aż do początku porodu.

Projekt wprowadza również procedurę dotyczącą uzyskania zgody na przerwanie ciąży w przypadku osoby małoletniej lub ubezwłasnowolnionej całkowicie (art. 3 ust. 3-6 Proj.u.b.p.c.177), nakłada na świadczeniodawcę, który zawarł umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w zakresie świadczeń opieki zdrowotnej nad osobą w ciąży, obowiązek wykonywania przerywania ciąży (art. 5 ust. 1 Proj.u.b.p.c.177), a także, w razie gdy lekarz korzysta z „klauzuli sumienia”, zobowiązuje ordynatora do wskazania innego lekarza, który wykona przerwanie ciąży (art. 5 ust. 2 Proj.u.b.p.c.177), a gdy wszyscy lekarze złożyli takie oświadczenia – zawarcia umowy z podwykonawcą (art. 5 ust. 3 Proj.u.b.p.c.177).

Z perspektywy prawa karnego najistotniejszą decyzją jest wykreślenie art. 152 KK, który aktualnie przewiduje odpowiedzialność innych osób, poza kobietą ciężarną, za przerwanie ciąży z naruszeniem przepisów ustawowych. W konsekwencji takiej dekryminalizacji życie dziecka poczętego zostałoby pozbawione samodzielnej ochrony prawnokarnej nie tylko w pierwszych 12 tygodniach ciąży, co wynika wprost z art. 2 ust. 1 Proj.u.b.p.c.177, ale również po tym okresie – w razie naruszenia ustawowych warunków dopuszczalności przerywania ciąży, określonych w treści Projektu. Na tle prawa karnego przepisy te należy uznać za *lex imperfecta*, czyli normy pozbawione sankcji kryminalnej.

Znamienne jest przy tym, że twórcy Projektu nie dostrzegają nie tylko żadnych uwarunkowań konstytucyjnych w zakresie ochrony życia w fazie prenatalnej, ale również konsekwencji systemowych wejścia w życie proponowanych rozwiązań. Nie sposób ich pogodzić np. z definicją „dziecka”, zawartą w art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka^[33], którym jest „każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności”, oraz z zawartym w tej ustawie obowiązkiem działania Rzecznika na rzecz ochrony praw dziecka, w szczególności prawa do życia (art. 3 ust. 2 pkt 1). W wewnętrznej systematyce Kodeksu karnego zastanawia pozbawienie dziecka poczętego bezpośredniej prawnokarnej ochrony życia przy pozostawieniu karalności spowodowania uszczerbku na zdrowiu dziecka poczętego (art. 157a KK).

6 | Projekt ustawy o świadomym rodzicielstwie z 24 stycznia 2024 r. (druk sejmowy nr 224)

W Projekcie ustawy o świadomym rodzicielstwie z 24 stycznia 2024 r. (druk sejmowy nr 224), tytułowe „świadome rodzicielstwo” jest rozumiane jako „swobodne decydowanie o posiadaniu dzieci oraz ich liczbie, a także planowanie ich narodzin w wybranych przez rodziców odstępach czasu, z uwzględnieniem możliwości stosowania środków zapobiegania ciąży, przerywania ciąży oraz procedur medycznie wspomaganey prokreacji” (art. 2 pkt 1 Proj.u.ś.r.224). Samo przerywanie ciąży jest uznane za „świadczanie zdrowotne” (art. 2 pkt 2 Proj.u.ś.r.224).

Projekt różni się od pozostałych omawianych propozycji legislacyjnych tym, że formalnie nie przewiduje zmian w treści przepisów karnych karykularizujących przerywanie ciąży za zgodą kobiety ciężarnej (art. 152 KK). Jak już wcześniej wskazano, mają one „blankietowy” charakter, tj. wprowadzają odpowiedzialność jedynie za takie zachowania, które zostały podjęte „z naruszeniem przepisów ustawy”. O rzeczywistym zakresie karalności nadal decydowałyby więc warunki dopuszczalności przerywania ciąży, które w projektowanej ustawie zostały ujęte bardzo szeroko. Zgodnie z art. 5

³³ Ustawa z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka, Dz. U. z 2023 r., poz. 292, dalej: ustawa z 6 stycznia 2000 r.

ust. 1 Proj.u.ś.r.224, „Każda osoba w ciąży ma prawo do świadczenia zdrowotnego w postaci przerwania ciąży w okresie pierwszych 12 tygodni jej trwania” oraz „samodzielnie podejmuje decyzję o kontynuowaniu albo o przerwaniu ciąży” (art. 5 ust. 4 Proj.u.ś.r.224). Ponadto, po upływie 12 tygodni przerywanie ciąży byłoby dopuszczalne, gdy:

1. ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia osoby w ciąży (bez ograniczeń czasowych);
2. występuje duże prawdopodobieństwo ciężkich i nieodwracalnych wad płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (do 24 tygodnia ciąży, a gdy wykryta choroba lub wada uniemożliwia płodowi samodzielne życie i nie ma możliwości jej wyleczenia – bez ograniczeń);
3. zachodzi podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (do 18 tygodnia ciąży, na podstawie samego oświadczenia złożonego przez kobietę w ciąży).

Symbolicznym dopełnieniem założeń aksjologicznych Projektu jest uchylenie definicji „dziecka” z ustawy z 6 stycznia 2000 r.

Rozwiązania te wprowadzają model „aborcji na żądanie” w pierwszym trymestrze ciąży. W zakresie wskazań eugenicznych oraz kryminalnych, będących przesłankami do przerwania ciąży po upływie 12 tygodni jej trwania, są nawet przedmiotowo szerzej określone niż w omawianym wcześniej Projekcie ustawy o bezpiecznym przerywaniu ciąży (druk nr 177). Wystarczy bowiem „duże prawdopodobieństwo” wystąpienia wad rozwojowych płodu, podczas gdy w tym drugim Projekcie wymaga się, aby nieprawidłowości rozwojowe lub genetyczne płodu potwierdzone były „wynikami diagnostyki prenatalnej lub innymi przesłankami medycznymi”. Wystarczające jest też samo „podejrzenie”, a nie jak w Projekcie zawartym w druku nr 177 – „uzasadnione podejrzenie”, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

Podsumowując, chociaż nie przewidziano uchylenia przepisów karnych (art. 152 KK) dających podstawy do odpowiedzialności za przerwanie ciąży za zgodą kobiety, to będą one miały niewielki zakres zastosowania, np. w razie naruszenia warunków dotyczących uzyskania pisemnej zgody kobiety (art. 6 Proj.u.ś.r.224) lub przekroczenia granic temporalnych – 18 miesięcy ciąży dla aborcji ze względów kryminalnych. W żadnym razie nie wpłyną one na realizację zapisanego w art. 5 ust. 1 Proj.u.ś.r.224 „prawa do świadczenia zdrowotnego w postaci przerwania ciąży w okresie

pierwszych 12 tygodni jej trwania” przez „każdą osobę w ciąży”. W pierwszym trymestrze ciąży życie dziecka poczętego zostanie więc pozbawione bezpośredniej prawnokarnej ochrony, a o dopuszczalności aborcji będzie przesądzała wola matki^[34].

7 | Projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z 23 lutego 2024 r. (druk sejmowy nr 223)

Projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z 23 lutego 2024 r. (druk sejmowy nr 223) zawiera najmniej radykalną propozycję, która nie zakłada wprowadzenia żadnych zmian w zakresie przepisów karnych, a jedynie dotyczy poszerzenia ustawowych warunków dopuszczalności przerywania ciąży. Jak wynika z dołączonego Uzasadnienia, Projektodawcy zmierzają do „odwrócenia negatywnych skutków” wyroku TK z 22 października 2020 r. Równocześnie deklarują, iż zamierzają złożyć „wniosek o przeprowadzenie referendum w sprawie dalej idącej liberalizacji prawa aborcyjnego”^[35].

Stosownie do tej zapowiedzi Projekt utrzymuje zasadę ochrony życia dziecka poczętego oraz generalny zakaz przerywania ciąży, ale dodaje – obok obowiązujących w ustawie z 7 stycznia 1993 r. wskazań zdrowotnych i kryminalnych – nową przesłankę legalizującą, gdy „wyniki badań wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkich i nieodwracalnych wad płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu” (art. 1 pkt 2 Proj.u.z.p.r.223).

³⁴ W ostatnim czasie propozycja ta spotkała się ze zdecydowaną krytyką Adama Strzembosza, który Projekt ustawy o świadomym rodzicielstwie uznał za „wysoce niemoralny, sprzeczny z wiedzą naukową oraz z prawami człowieka”; Adam Strzembosz, „Projekt ustawy o świadomym rodzicielstwie jest niezgodny z Konstytucją,” *Rzeczpospolita*, 3 marca 2024 r. <https://www.rp.pl/polityka/art-39941061-prof-adam-strzembosz-projekt-ustawy-o-swiadomym-rodzicielstwie-jest-niezgodny-z-konstytucja>.

³⁵ Uzasadnienie, 5. <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/0/33ABC71F4AF43F-2FC1258AD100520E69/%24File/223.pdf>.

Dodatkowe zmiany dotyczą opisanych w ustawie z 7 stycznia 1993 r. szczególnych warunków wykonania legalnego przerwania ciąży ze względów kryminalnych, takich jak obowiązek wydania przez prokuratora postanowienia w terminie 3 dni kalendarzowych od dnia złożenia wniosku oraz uznanie „niebudzącego wątpliwości oświadczenia kobiety” za samoistną przesłankę wydania takiego postanowienia (art. 1 pkt 2c Proj.u.z.p.r.223). Wprowadzona zostaje również zasada, iż „Świadczenia opieki zdrowotnej w postaci przerywania ciąży udziela się bez zbędnej zwłoki”, przy czym nie później niż w terminie 72 godzin od momentu wyrażenia woli przez kobietę w ciąży po stwierdzeniu zaistnienia ustawowych przesłanek (art. 1 pkt 4 Proj.u.z.p.r.223).

Propozycje zawarte w Projekcie nie podważają wprost konstytucyjnej zasady ochrony życia każdego człowieka w całym okresie jego rozwoju, jednak na nowo wywołują dyskusję na temat nieprzekraczalnych dla ustawodawcy granic tej ochrony. Na dalszych etapach prac legislacyjnych trzeba będzie odpowiedzieć na pytanie czy dopuszczalność przerywania ciąży w razie wystąpienia dużego prawdopodobieństwa wad płodu albo choroby zagrażającej jego życiu nie narusza konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Gruntownego rozważenia będą też wymagały ustawowe podstawy do zobowiązania podmiotu, który zawarł umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia, do zapewnienia udzielania świadczeń obejmujących przerywanie ciąży, a także rzeczywisty zakres pozostałych przesłanek, skoro w Uzasadnieniu Projektodawcy stwierdzają wprost, że powodem do legalnego przerwania ciąży z powodu zagrożenia dla życia lub zdrowia kobiety w ciąży (przesłanki zdrowotne) może być również zagrożenie dla „zdrowia psychicznego”^[36].

³⁶ Ibidem, 9.

8 | Rozwiązania zawarte w projektach ustaw na tle konstytucyjnego standardu ochrony życia każdego człowieka

Znamienne jest, że twórcy omawianych projektów ustaw, nawet gdy odwołują się do standardów ponadustawowych, to czynią to jedynie z perspektywy kobiety ciężarnej – jej godności, prawa do zdrowia, prawa do prywatności lub „prawa do aborcji”, a nie dostrzegają drugiego koniecznego punktu odniesienia, jakim jest podstawowe i przyrodzone prawo do życia przysługujące każdej istocie ludzkiej. Brak takiej refleksji jest zastanawiający, bowiem Konstytucja RP w art. 38 *expressis verbis* zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia, a szczegółowy zakres tej ochrony był w ostatnim czasie przedmiotem kilku wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał zarysował w nich wiążące ustawodawcę zwykłego standardy ochrony życia człowieka w okresie prenatalnego rozwoju, które każdy projektodawca powinien uwzględnić, aby nie narażać się na zarzut sprzeczności zgłoszonych propozycji z Konstytucją RP.

Fundamentalne znaczenie dla tych rozważań powinno mieć orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., w którym obowiązek prawnej ochrony życia – od początku jego powstania – został powiązany z istotą demokratycznego państwa prawnego. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że:

„podstawowym przymiotem człowieka jest jego życie. Pozbawienie życia unicestwia więc równocześnie człowieka, jako podmiot praw i obowiązków. Jeżeli treścią zasady państwa prawa jest zespół podstawowych dyrektyw wyprowadzanych z istoty demokratycznie stanowionego prawa, a gwarantujących minimum jego sprawiedliwości, to pierwszą taką dyrektywą musi być respektowanie w państwie prawa wartości, bez której wykluczona jest wszelka podmiotowość prawna, tj. życia ludzkiego od początków jego powstania. Demokratyczne państwo prawa jako naczelną wartość stawia człowieka i dobra dla niego najcenniejsze. Dobrem takim jest życie, które w demokratycznym państwie prawa musi pozostawać pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium jego rozwoju”^[37].

³⁷ Orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., pkt 3.

W orzeczeniu z 28 maja 1997 r. TK potwierdził, że do ochrony tej wartości w pierwszym rzędzie jest powołany ustawodawca zwykły, a podstawowym instrumentem służącym temu jest ustanowienie zakazów i nakazów mających na celu nienaruszalność dobra prawnego. Ustawodawca może określić wyjątkowe sytuacje, w których – ze względu na kolizję dóbr stanowiących wartości konstytucyjne, prawa lub wolności – ochrona ta może być ograniczona, a nawet wyłączona ze względu na konieczność ochrony lub realizacji innych wartości, praw czy wolności konstytucyjnych. Jednakże „swoboda ustawodawcy nie może przekraczać pewnych granic. W szczególności ustawodawca nie może całkowicie zrezygnować z ochrony określonych dóbr prawnych, lecz ma obowiązek zapewnienia im »dostatecznej ochrony«”^[38].

Istotą rozwiązań zaproponowanych w projektach ustaw zawartych w drukach sejmowych nr 176, 177 i 224 jest wyłączenie początkowej fazy życia człowieka w okresie prenatalnego rozwoju spod samoistnej ochrony prawa karnego. Projektodawcy nie przewidują przy tym innych środków prawnych, które zapewniałyby dostateczną ochronę życia dziecka poczętego. Regulacje te są więc fundamentalnie sprzeczne z nakreślonymi przez TK w orzeczeniu z 28 maja 1997 r. standardami ochrony życia ludzkiego w całym okresie jego rozwoju (od momentu powstania), która powinna być adekwatna do konstytucyjnej rangi tego dobra prawnego i niezależna od subiektywnej oceny innego podmiotu (matki). Czytelnym przykładem takiej aksjologicznej niespójności zaproponowanych rozwiązań z wartościami konstytucyjnymi jest pojęcie „świadomego rodzicielstwa”, które w projekcie zawartym w druku nr 224 jest rozumiane jako „swobodne decydowanie o posiadaniu dzieci oraz ich liczbie, a także planowanie ich narodzin w wybranych przez rodziców odstępach czasu, z uwzględnieniem możliwości [...] przerywania ciąży”. Stwierdzenie to jest nie do pogodzenia ze stanowiskiem TK wyrażonym w orzeczeniu z 28 maja 1997 r., w którym sprzeciwiono się utożsamianiu prawa do urodzenia dziecka z prawem do przerwania ciąży. Trybunał jednoznacznie stwierdził bowiem, że:

„nie można decydować o posiadaniu dziecka w sytuacji, gdy dziecko to już rozwija się w fazie prenatalnej i w tym sensie jest już »posiadane« przez rodziców. Prawo do posiadania dziecka może być interpretowane wyłącznie w aspekcie pozytywnym, a nie jako prawo do unicestwienia rozwijającego się płodu ludzkiego”^[39].

³⁸ Ibidem, pkt 4.1.

³⁹ Ibidem, pkt 4.3.

Jedynie ostatni z omawianych projektów, zawarty w druku sejmowym nr 223, nie podważa wprost generalnej zasady ochrony życia dziecka poczętego, ale wprowadza wyłączenie z jej zakresu, gdy „wyniki badań wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkich i nieodwracalnych wad płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu” (art. 1 pkt 2 Proj.u.z.p.r.223). W świetle argumentacji zawartej w orzeczeniu TK z 28 maja 1997 r. przyjęć należy, że ustawodawca może w wyjątkowych sytuacjach ograniczyć lub wyłączyć ochronę wartości konstytucyjnej – jak proponują to uczynić twórcy powyższego projektu – „nie jest wszakże uprawniony do dowolnego i arbitralnego rozstrzygnięcia takich kolizji. W szczególności zaś powinien kierować się wynikami porównania wartości kolidujących ze sobą dóbr, praw i wolności”^[40]. W konsekwencji wymaga rozważenia czy te warunki zostały w treści projektu dochowane.

Kwestię dopuszczalności przerywania ciąży w razie wystąpienia wskazań eugenicznych rozstrzygnął TK w wyroku z 22 października 2020 r., który, zgodnie z art. 190 ust. 1 Konstytucji RP, ma moc powszechnie obowiązującą i jest ostateczny. Znaczenie tego judykatu jest jednak podważane, zarówno ze względów proceduralnych (kompozycji składu orzekającego), jak i merytorycznych (nieuwzględnienia godności kobiety oraz naruszenia prawa do życia prywatnego i ochrony zdrowia)^[41]. Zastrzeżenia formalne tracą jednak na znaczeniu, jeżeli zważy się, że rozstrzygnięcie to merytorycznie wpisuje się w dotychczasową linię orzeczniczą TK^[42] oraz jest zgodne z poglądami prezentowanymi w piśmiennictwie^[43]. W wyroku tym

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Zob. Krzysztof Wiak, „Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 22 October 2020 (K 1/20) on eugenic abortion” *Teka Komisji Prawniczej PAN*, nr 2 (2021): 500.

⁴² Poza orzeczeniem TK z 28 maja 1997 r., należy wymienić również wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 września 2008 r., K 44/07, OTK ZU 7A/2008, poz. 126.

⁴³ Przykładowo Andrzej Zoll oceniając ustawowe regulacje dotyczące wskazań eugenicznych do przerwania ciąży stwierdził: „[...] nigdy tej przesłanki nie rozumiałem. Jak może być powodem do przerwania ciąży, czyli do zabicia dziecka nienarodzonego, jego ciężka nieuleczalna choroba albo wada rozwojowa, której nie da się usunąć. Mamy tu do czynienia z klasyczną eugeniką”; Andrzej Zoll, *Trzy przesłanki do śmierci*. <https://opoka.org.pl/biblioteka/F/FE/imago201103-trzyp.html>. Natomiast Włodzimierz Wróbel podkreślał, że „sam fakt upośledzenia płodu (nieuleczalnej choroby) nie może samodzielnie przesądzać o dopuszczalności zabiegu przerywania ciąży w perspektywie konstytucyjnej. Ani bowiem dbałość o jakość przekazywanego kodu genetycznego (przesłanki eugeniczne *sensu stricto*), ani взгляд na ewentualny dyskomfort życia chorego dziecka, nie może usprawiedliwić

nie zostało bowiem wyprowadzone żadne normatywne *novum*, a jedynie na podstawie wyznaczonego wcześniej w orzeczeniu TK z 28 maja 1997 r. konstytucyjnego standardu ochrony życia sformułowano logiczny wniosek o niezgodności z tym wzorcem przepisów legalizujących aborcję w razie wystąpienia wskazań eugenicznych.

W powołanym wyroku z 22 października 2020 r. TK podtrzymał stanowisko, że:

„życie ludzkie jest wartością w każdej fazie rozwoju i jako wartość, której źródłem są przepisy konstytucyjne, powinno być chronione przez ustawodawcę, nie tylko w formie przepisów gwarantujących przetrwanie człowieka jako jednostki czysto biologicznej, ale także jako bytu całościowego, dla którego egzystencji niezbędne są również odpowiednie warunki społeczne, bytowe, kulturowe, w całości składające się na istnienie jednostki.”^[44]

Trybunał wyprowadził też wniosek, że:

„Z istoty przyrodzonej i niezbywalnej godności przynależnej każdemu człowiekowi oraz jej jednakowości wynika zakaz różnicowania wartości danego człowieka, a zatem jego życia. Niedopuszczalne jest twierdzenie, że z uwagi na jakieś cechy jedna jednostka jest mniej warta od innej jako człowiek. Twierdzenie to odnosi się nie tylko do fazy postnatalnej, ale dotyczy także fazy prenatalnej życia człowieka”^[45].

Dokonując ostatecznej oceny, czy ograniczenie prawnej ochrony życia dziecka poczętego w razie wystąpienia wskazań eugenicznych jest konieczne i uzasadnione, TK stwierdził, że:

„samoistną podstawą do przerwania ciąży nie mogą być okoliczności związane ze stanem zdrowia dziecka. [...] Nie jest [...] dopuszczalne [...] przeciwstawianie zdrowia człowieka jego życiu, gdyż problemu ważenia dóbr nie

decyzji o podjęciu działań zmierzających do spowodowania jego śmierci”; Włodzimierz Wróbel, „Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji”, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia. Druk sejmowy nr 993, Przed pierwszym czytaniem*, nr 3 (Warszawa: Biuro Analiz Sejmowych, 2007), 32.

⁴⁴ Wyrok TK z 22 października 2020 r., pkt 3.4.

⁴⁵ Ibidem, pkt 3.3.2.

można rozpatrywać, gdy zarówno dobro poświęcone, jak i dobro ratowane przynależy do tego samego podmiotu”^[46].

Nie można też przyjąć, że:

„duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu ma stanowić podstawę do automatycznego domniemania naruszenia dobrostanu kobiety ciężarnej, samo zaś wskazanie na potencjalne obciążenie dziecka takimi wadami ma charakter eugeniczny”^[47].

W wyroku z 22 października 2020 r. Trybunał potwierdził wcześniejsze ustalenia poczynione w orzeczeniu z 28 maja 1997 r. i konsekwentnie zaadoptował je do oceny przesłanki eugenicznej z art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r., rozstrzygając, iż takie ograniczenie prawnej ochrony życia nie znajduje konstytucyjnego uzasadnienia.

9 | Poglądy społeczeństwa na temat legalizacji przerywania ciąży

Często powoływanym argumentem za daleko idącą liberalizacją w zakresie dopuszczalności przerywania ciąży jest odwoływanie się do woli społeczeństwa. Projektodawcy ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (druk nr 223) przywołują na przykład „masowe protesty obywaterek i obywateli Polski jesienią 2020 roku” oraz „liczne badania opinii publicznej” wyrażające dezaprobatę wobec wyroku TK z 22 października 2020 r.^[48]

Tymczasem ostatnie badania opinii publicznej z całą pewnością nie potwierdzają poparcia dla tak daleko idącej liberalizacji, jak proponuje się w większości analizowanych projektów ustaw. Wynika z nich raczej

⁴⁶ Ibidem, pkt 4.2.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Uzasadnienie, 5. <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/0/33ABC71F4AF43F-2FC1258AD100520E69/%24File/223.pdf>.

wsparcie dla powrotu do modelu określanego mianem „kompromisu aborcyjnego”, a zatem do rozwiązań funkcjonujących przed opublikowaniem uzasadnienia wyroku TK z 22 października 2020 r.

Badanie przeprowadzone w kwietniu 2023 r. przez CBOS^[49] wskazuje, że 59% ankietowanych zgadza się, że przerywanie ciąży powinno być dopuszczone przez prawo, gdy zagrożone jest życie matki, i 57% uważa, że aborcja powinna być dopuszczalna, gdy ciąża jest wynikiem czynu zabronionego. Ponadto 23% badanych akceptuje w sposób mniej zdecydowany („raczej tak”) aborcję w tych dwóch przypadkach. 49% ankietowanych zdecydowanie popiera prawną dopuszczalność aborcji w sytuacji, gdy zagrożone jest zdrowie matki, a 31% raczej popiera przerwanie ciąży w takim przypadku. 36% ankietowanych zdecydowanie akceptuje aborcję, a 26% raczej akceptuje, gdy wiadomo, że dziecko urodzi się upośledzone.

Natomiast tylko 21% Polaków łącznie („zdecydowanie” lub „raczej”) zgadza się, że przerwanie ciąży powinno być dopuszczalne, gdy kobieta jest w ciężkiej sytuacji materialnej. 34% ankietowanych raczej się temu sprzeciwia, a kolejne 31% zdecydowanie jest temu przeciwne. Opinię, że przerwanie ciąży powinno być dopuszczalne, gdy kobieta jest w trudnej sytuacji osobistej, podzieli łącznie 20% (zdecydowanie i raczej) dorosłych Polaków. 35% ankietowanych uważa, że raczej nie powinno być to dozwolone, a 30% – że zdecydowanie nie powinno być dozwolone. Największy sprzeciw Polaków budzi sytuacja, gdy kobieta po prostu nie chce mieć dziecka. Aż 47% badanych zdecydowanie nie popiera dopuszczalności aborcji w takim przypadku, a kolejne 22% – raczej nie popiera.

Ostatnie badania, przeprowadzone w marcu 2024 r.^[50], potwierdzają tę tendencję. Na pytanie „W jakich przypadkach polskie prawo powinno dopuszczać legalne przerywanie ciąży?” ankietowani odpowiedzieli twierdząco:

- gdy ciąża zagraża życiu matki – 85,4%;
- gdy ciąża zagraża zdrowiu matki – 72,8%;
- gdy dziecko urodzi się z poważnymi wadami – 71,1%;
- gdy ciąża jest wynikiem kazirodztwa – 70,1%;

⁴⁹ *Stosunek Polaków do aborcji, Komunikat z badań, COBOS, kwiecień 2023, 2-3.* https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2023/K_047_23.PDF.

⁵⁰ Badanie przeprowadzone przez United Surveys w dniach 8-10 marca 2024 r. dla RMF FM i Dziennika Gazety Prawnej. https://www.rmfm24.pl/polityka/news-zapytalismy-polakow-o-aborcje-sondaz,nId,7387609#crp_state=1

- gdy dziecko urodzi się z poważnymi wadami z wyłączeniem zespołu Downa – 61%;
- gdy matka jest niepełnoletnia – 30,7%;
- gdy matka jest w złej sytuacji materialnej – 29,5%;
- gdy matka jest w trudnej sytuacji osobistej – 28,4%;
- gdy kobieta nie chce mieć dziecka – 24,7%.

Zaprezentowane wyniki badań nie odbiegają od poglądów opinii publicznej wyrażanych w latach poprzednich i nie mogą stanowić argumentu za liberalnymi rozwiązaniami, wykraczającymi poza tzw. kompromis aborcyjny^[51].

10 | Podsumowanie

Rozwiązania zmierzające do poszerzenia zakresu legalnej aborcji, zawarte w projektach ustaw objętych pracami legislacyjnymi w Sejmie X kadencji (druki sejmowe nr 176, 177 i 224), budzą poważne zastrzeżenia o charakterze aksjologicznym. Przede wszystkim, wprowadzenie legalności przerywania ciąży „na żądanie” kobiety wprost narusza konstytucyjny obowiązek zapewnienia dostatecznej ochrony życiu ludzkiemu w całym okresie jego rozwoju. Rozwiązania, które zmierzają do normatywnego wykreowania „prawa do aborcji”, naruszają zasadę proporcjonalności przy rozstrzygnięciu kolizji różnych dóbr prawnych z prawem do życia i z tego powodu nie dają się pogodzić z konstytucyjnymi standardami. Można je wręcz porównać do postulatu poszerzenia granic obrony koniecznej w drodze całkowitego wyeliminowania z Kodeksu karnego odpowiedzialności za zabójstwo.

Ewentualne przywrócenie dopuszczalności przerywania ciąży ze wskazań eugenicznych (druk sejmowy nr 223), nawet jeżeli nie prowadzi do podważenia zasady ochrony ludzkiego życia w okresie prenatalnego rozwoju, to każe postawić fundamentalne pytanie o miejsce osób niepełnosprawnych we współczesnym społeczeństwie. Wobec tej przesłanki

⁵¹ Zob. Agnieszka Kania-Chramega, *Warunki legalności przerywania ciąży. Problemy prawnokarne i społeczne* (Zielona Góra: Oficyna Wydawnicza Uniwersytetu Zielonogórskiego, 2020), 152.

w literaturze prawniczej są formułowane zarzuty dyskryminacji i nierównego traktowania^[52].

Na koniec należy zauważyć, że argumentacja projektodawców nieraz rozmija się z istotą i rzeczywistym, obiektywnie odczytanym, zakresem zastosowania proponowanych przepisów. Uzasadniając potrzebę wprowadzenia zmian wskazuje się na ryzyko śmierci i uszczerbków na zdrowiu u ciężarnych pacjentek oraz przypadki zwlekania z udzieleniem pomocy w szpitalach skutkujące śmiercią pacjentek w zaawansowanej ciąży. Tymczasem obowiązujące przepisy w szerokim zakresie dopuszczają przerwanie ciąży przez lekarza, gdy „ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej” (art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r.).

Bibliografia

- Chervenak Frank, Renee McLeod-Sordjan, Jonathan D. Moreno, Susan Pollet, Eran Bornstein, Joachim Dudenhausen, Amos Grünebaum, „The importance of professional responsibility and fetal viability in the management of abortion” *Journal of Perinatal Medicine*, nr 3 (2024): 249-254. <https://doi.org/10.1515/jpm-2023-0503>.
- Cieplý Filip, „Aborcja eugeniczna a dyskryminacja osób niepełnosprawnych” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, z. 2 (2014): 71-87.
- Grześkowiak Alicja, „Diritto all’aborto”, [w:] *Lexicon. Termini ambigui e discussi su famiglia, vita e questioni etiche*. 239-247. Bologna: Edizioni Dehoniane, 2003.
- Jasudowicz Tadeusz, „Między sumieniem a orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka” *Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne*, nr 8 (2017): 43-62.

⁵² Podnosi się, iż „aborcja selektywna ze względu na potencjalną niepełnosprawność płodu wzmacnia nieprawdziwe założenie, że życie człowieka z niepełnosprawnością musi oznaczać życie nieszczęśliwe, a jednym z podstawowych problemów matek, rodzin i społeczeństwa jest życie osób niepełnosprawnych. To skutkuje stygmatyzacją osób niepełnosprawnych oraz utrwalaniem i pogłębianiem postaw dyskryminacyjnych i wykluczających” – Filip Cieplý, „Aborcja eugeniczna a dyskryminacja osób niepełnosprawnych” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, z. 2 (2014): 86.

- Kania-Chramega Agnieszka, *Warunki legalności przerywania ciąży. Problemy prawno-karne i społeczne*. Zielona Góra: Oficyna Wydawnicza Uniwersytetu Zielonogórskiego, 2020.
- Królikowski Michał, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, *Komentarz*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki. 230-360. Warszawa: C.H. Beck, 2017.
- Potulski, Jacek. „Przestępstwo przerywania ciąży”, [w:] *System Prawa Karnego*, t. X, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. Jarosław Warylewski. 159-203. Warszawa: C.H. Beck, 2012.
- Sakowicz Andrzej, Sebastian Zieliński, „Formy popełnienia przestępstwa”, [w:] *Kodeks karny*, t. I, *Część ogólna*, red. Michał Królikowski, Robert Zawłocki. 393-558. Warszawa: C.H. Beck, 2021.
- Stosunek Polaków do aborcji, Komunikat z badań*, COBOS, kwiecień 2023. https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2023/K_047_23.PDF
- Strzembosz Adam, „Projekt ustawy o świadomym rodzicielstwie jest niezgodny z Konstytucją” *Rzeczpospolita*, 3 marca 2024 r. <https://www.rp.pl/polityka/art39941061-prof-adam-strzembosz-projekt-ustawy-o-swwiadomym-rodzicielstwie-jest-niezgodny-z-konstytucja>.
- Tyszkiewicz Leon, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny, Komentarz*, red. Marian Filar. 688-719. Warszawa: Lexis Nexis, 2010.
- Wiak Krzysztof, *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2001.
- Wiak Krzysztof, „Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 22 October 2020 (K 1/20) on eugenic abortion” *Teka Komisji Prawniczej PAN*, nr 2 (2021): 491-501; DOI: <https://doi.org/10.32084/tekapr.2021.14.2-35>.
- Wiak Krzysztof, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny, Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak. 1123-1202. Warszawa: C.H. Beck, 2024.
- Wróbel Włodzimierz, „Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji”, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia. Druk sejmowy nr 993, Przed pierwszym czytaniem*. 29-33. Warszawa: Biuro Analiz Sejmowych, 2007.
- Zoll Andrzej, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny, Część szczególna, Komentarz*, t. II, red. Andrzej Zoll. 227-401. Kraków: Zakamycze, 2006.
- Zoll Andrzej, *Trzy przesłanki do śmierci*. <https://opoka.org.pl/biblioteka/F/FE/ima-go201103-trzyp.html>.



Challenges to the Principle of Distinction in Cyber Warfare: Navigating International Humanitarian Law Compliance

Abstract

This paper examines the profound challenges confronting the principle of distinction in cyber warfare, while considering the evolving nature of modern armed conflicts. This paper emphasizes the necessity of reaching an agreement on the classification of cyber operations during conflicts as “attacks”, regardless of their physical or nonphysical consequences, to preserve the relevance of the distinction principle. Furthermore, this paper highlights the need for comprehensive legal frameworks tailored to the nuances of cyberspace and the urgent requirement to bridge the gap between traditional international humanitarian law (IHL) and the unique difficulties posed by digital conflict. Additionally, this paper examines the compliance of Russian cyberattacks against Ukraine with the principle of distinction. Because technology continually redefines the limits of warfare, it is crucial to uphold these principles to safeguard humanity amid the challenges of modern warfare.

KEYWORDS: Cyberspace Warfare, International Humanitarian Law, Principle of Distinction, Cyberattacks, Civilian Protection

AHMAD KHALIL, PhD candidate, Vellore Institute of Technology, School of Law (VITSOL), Chennai, India, ORCID – 0009-0007-0615-9812,
e-mail: ahmad.khalil2020@vitstudent.ac.in

S. ANANDHA KRISHNA RAJ, associate professor, Vellore Institute of Technology, School of Law (VITSOL), Chennai, India, ORCID – 0009-0001-0177-1689,
e-mail: anandha.krishnaraj@vit.ac.in

1 | Introduction

The evolution of warfare has transcended traditional boundaries, spanning land, sea, air, and even space. More recently, however, a new domain has emerged as the frontline of conflict – cyberspace. Cyber warfare represents a distinct and unprecedented dimension of modern warfare, distinct from conventional kinetic warfare. While IHL attempts to provide a framework for regulating conflict, it faces profound challenges when applied to the unique characteristics of cyber warfare. This research paper delves into the complex landscape of cyber warfare and specifically examines the problematic application of the principle of distinction in this domain.

Cyber warfare poses many novel challenges due to its sui generis nature. For IHL to apply, there must be an armed attack, a concept clarified in Article 49 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions. This criterion gives rise to considerable debate and scrutiny when applied to cyberattacks^[1]. In particular, cyberattacks are often characterized by their anonymity, making it extremely difficult, if not impossible, to determine the identity of the attackers. This paper also highlights the contentious issues surrounding attribution in the cyber domain. Moreover, the core principles of IHL, including necessity, proportionality, and distinction, face profound challenges when applied to the cyber domain^[2]. The question of how these principles should be interpreted and applied in cyber warfare remains a topic of ongoing discussion and research. To this end, a report by the Secretary General of the United Nations aptly recognized that cyber warfare presents „new and unique” challenges, signifying the need for a comprehensive examination^[3].

¹ International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts*, 27 October 2022. <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-cyber-operations-during-armed-conflicts>. [assessed: 13.07.2023].

² Jack McDonald, „Blind Justice? The Role of Distinction in Electronic Attacks” *Ethics and Policies for Cyber Operations*, (2016): 17-32. https://doi.org/10.1007/978-3-319-45300-2_2.

³ Joint Inspection Unit of the United Nations System, *Cybersecurity in the United Nations System Organizations (JIU/REP/2021/3)*, 2021. <https://www.unjiu.org/news/cybersecurity-united-nations-system-organizations-jiurep20213-0>.

While the cyber domain poses a wide array of challenges^[4], this research article focuses explicitly on the limitations of applying the principle of distinction in cyber warfare, assuming the existence of an ongoing armed conflict as recognized under Article 49 of Additional Protocol I (API). The principle of distinction is one of the pillars of IHL, requiring a clear distinction between combatants and civilians and prohibiting the targeting of the latter.

This paper proposes a set of recommendations to address the intricacies and difficulties surrounding the principle of distinction in cyber warfare. These recommendations, intended for the consideration of the International Committee of the Red Cross (ICRC), aim to provide a framework that can guide the application of the principle of distinction in the unique and challenging context of cyber warfare. By doing so, this research article seeks to contribute to the ongoing dialogue on the regulation of cyber warfare under international law.

2 | The Meaning of Attacks and Armed Conflicts in Cyberspace

The distinction is a fundamental principle of IHL and is a critical framework that demarcates the boundaries of conflict. It stipulates that during times of war, enemy combatants (excluding those hors de combat, such as the wounded, sick, and those who have surrendered) and military objectives can be targeted, while enemy civilians and civilian objects must be safeguarded from attack^[5]. However, a pressing question arises: what constitutes an „attack“? API and Customary International Law define an attack as „acts of violence against the adversary, whether in offense or defense“ (API, 1977, Article 49). Although somewhat detached from the conventional notion of an offensive action, this interpretation encompasses both offensive and defensive actions. Crucially, the litmus test for an attack within

⁴ Edward Geist, „Deterrence Stability in the Cyber Age“ *Strategic Studies Quarterly*, No. 4 (2015): 44-61. <https://doi.org/https://www.jstor.org/stable/26271277>.

⁵ Nils Melzer, „The Principle of Distinction Between Civilians and Combatants“, [in:] *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, ed. Andrew Clapham, Paola Gaeta (Oxford: Oxford University Press, 2014), 296-331. <https://doi.org/10.1093/law/9780199559695.003.0012>.

the context of IHL is the commission of „acts of violence”. To qualify as an attack, an act must result in loss of life, injury to persons, or material damage to property. This definition remains agnostic as to whether the violence is directed against enemy combatants and military objectives or against enemy civilians and civilian objects.^[6]

It is worth noting that an attack does not have to be kinetic. Thus, a „Computer Network Attack” (CNA) is considered an attack under the IHL, provided it results in acts of violence. According to this, merely „hacking” an enemy computer system to obtain intelligence does not qualify as an attack under IHL and does not represent a legitimate CNA. Similarly, according to IHL standards, doing things like breaking through a computer’s firewall, inserting a worm into digital software, obtaining control over codes, retrieving secret data, or interfering with communications are not considered CNAs^[7]. These activities are not considered attacks because they lack the essential element of force.

However, a paradigm shift occurs when a hostile computer—military or civilian—takes control and causes casualties to humans or serious harm to tangible property. An example would be the permanent disablement of the target machine or the incapacitation of life-supporting software^[8].

Defining the necessary concepts related to cyber warfare is vital to understanding how IHL operates in the event of launching cyber operations during the war. These concepts include the definition of „cyber weapons”, „cyber-attacks”, and discerning the parameters of „cyber armed conflicts”, whether international or internal. Clarity in these definitions is essential, as it triggers the application of IHL, providing protection to involved actors while ensuring the protection of uninvolved civilians^[9]. Without precise definitions, there is a legal void, leaving the civilian population vulnerable

⁶ Michael Gervais, „Cyberattacks and the Laws of War” *SSRN Electronic Journal*, (2011). <https://doi.org/10.2139/ssrn.1939615>.

⁷ Giacomo Biggio, „International Humanitarian Law and the Protection of the Civilian Population in Cyberspace: Towards a Human Dignity-Oriented Interpretation of the Notion of Cyber Attack under Article 49 of Additional Protocol I” *The Military Law and the Law of War Review*, No. 1 (2021): 114-140. <https://doi.org/10.4337/mlwr.2021.01.06>.

⁸ Amit Sharma, „Cyber Wars: A Paradigm Shift from Means to Ends” *Strategic Analysis*, No. 1 (2010): 62-73. <https://doi.org/10.1080/09700160903354450>.

⁹ , Adasi Nsanawaji Igakuboon, „An Appraisal of the Legal Framework for the Protection of Civilians in Cyber-Warfare under International Humanitarian Law” *International Journal of Research and Scientific Innovation*, No. 07 (2022): 14-26. <https://doi.org/10.51244/ijrsi.2022.9702>.

during conflict, which fundamentally contradicts the primary purpose of IHL, which is safeguarding civilians.

Starting with the concept of „cyber weapons”, it is essential to note that there is no universal consensus on their definition within the international legal framework. While there is a definition for the broader term „weapon”, the specificity of „cyber weapons” remains a point of contention. The Tallinn Manual 2.0, for instance, defines cyber weapons as „cyber means of warfare that are used, designed, or intended to be used to cause injury to, or death of, persons or damage to, or destruction of, objects, that is, that result in the consequences required for qualification of a cyber operation as an attack”^[10]. However, this definition necessitates physical consequences, excluding cyber tools that cause loss of functionality. A broader definition, proposed by some experts, characterizes „cyber weapons as computer code used or designed to be used with the intent of threatening or causing physical, functional, or mental harm to structures, systems, or living beings”^[11]. This interpretation aligns with the United States Air Force’s regulation on the Legal Reviews of Weapons and Cyber Capabilities, which defines „weapons as devices designed to kill, injure, disable, or temporarily incapacitate people or destroy, damage, or temporarily incapacitate property or material”^[12]. Such a definition accommodates a range of cyber weapons, from those causing physical damage to those inducing temporary loss of functionality, without encompassing cybercrimes or cyber-espionage activities that do not escalate to acts of warfare. Balancing this definition is crucial to prevent overly broad interpretations that could hinder enforcement.

Regarding „armed conflicts” in cyberspace, there is no precise universal definition within IHL. IHL can only be applied in cases where there is an armed conflict. The Geneva Conventions (GCs) can be used for „cases of declared war or any other armed conflict that may arise between two or more parties”. It follows Common Article 2.

The use of armed force between states, or an ongoing armed conflict between government authorities and organized armed groups, or between such groups within a state, is generally considered to constitute an armed

¹⁰ Michael N. Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).

¹¹ Thomas Rid, Peter McBurney, „Cyber-Weapons” *The RUSI Journal*, No. 1 (2012): 6-13. <https://doi.org/10.1080/03071847.2012.664354>.

¹² David Stephen Alberts, John Garstka, Frederick P. Stein, *Network Centric Warfare: Developing and Leveraging Information Superiority* (CCRP Publication, 2005).

conflict. This use of armed force is the threshold that triggers the application of IHL^[13].

However, not every use of force necessarily qualifies as an armed conflict. Sporadic, isolated, or temporary events do not meet the conditions for armed conflict, known as the threshold^[14]. In such cases, other legal regimes, such as international human rights law (IHRL) or law enforcement mechanisms, govern cyber operations. While IHRL persists during armed conflict, IHRL takes precedence due to its specificity in regulating conduct during hostilities.

The ICJ, in its Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, affirmed the application of IHL principles to all forms of warfare and all types of weapons, including those of the future^[15]. Consequently, during armed conflicts, cyber operations are subject to IHL. Now, with an understanding of these crucial definitions and principles, we turn to the overarching theme of this article: the possibility of applying IHL to cyber warfare and the obstacles it encounters. This discussion aims to illuminate the intricacies of applying IHL to the ever-evolving landscape of cyber warfare and to propose recommendations for addressing these challenges.

3 | The Challenges of Implementing IHL in the Realm of Cyber Warfare

The existing framework of IHL does not explicitly prohibit cyber weapons the way that some conventional, biological, and chemical weapons have been banned. Nonetheless, Article 36 of API, sometimes known as the „weapons review” provision, emphasizes that IHL is a flexible body of law. This provision mandates states to evaluate new weapons, means, or methods of warfare from a legal standpoint to ascertain whether their use

¹³ Scott J. Shackelford, „From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyberattacks” *International Law*, No. 1 (2009): 191-250. P200. <https://doi.org/https://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/10239/SSRN-id1396375.pdf>.

¹⁴ Melzer, „The Principle of Distinction between Civilians and Combatants”, 296-331. <https://doi.org/10.1093/law/9780199559695.003.0012>.

¹⁵ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996. <https://www.icj-cij.org/case/95>. [assessed: 27.07.2023].

would breach international law. Article 36 underscores that IHL extends its purview to technologies and weapons developed after the establishment of these laws, highlighting the relevance of emerging technologies within the framework of IHL. It aligns with the stance taken by the ICJ in its Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, which affirmed that IHL's rules and principles could be applied to „all forms of warfare and to all kinds of weapons, including those of the future”. Consequently, before using any „cyber weapons” in military operations, states must comply with IHL by conducting a legal examination^[16].

The critical task is determining the scope of IHL's applicability to cyber operations, as this body of law bestows various obligations and protections during armed conflicts. Importantly, IHL pertains solely to cyber operations that transpire within or bear a connection to an armed conflict. Such conflicts are classified into International Armed Conflicts (IAC) and Non-International Armed Conflicts (NIAC). The classification of the armed conflict dictates the specific IHL rules applicable, underscoring the necessity of delineating the criteria for each to ascertain the relevant rules. In cyber operations, several challenges emerge in establishing the presence of either an IAC or a NIAC, ultimately shaping the application of IHL to these scenarios.

In the following sections, we will explore the nuances of IACs and NIACs in cyberwarfare.

3.1. IACs in Cyberspace: Criteria and Challenges

The qualification of a conflict as an IAC is based on the provisions of Common Article 2 of the GCs, which states that the Conventions apply „to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them”. This provision, which reflects customary international law, establishes that whenever hostile armed force is used between two or more states, an IAC is at play. The brevity or intensity of the use of armed force is not a determining factor; its mere occurrence triggers the application of IHL. Furthermore, there is no specific form prescribed for the use of force, which means that states may engage in cyberattacks, military operations, or a mixture of the two during wars.

¹⁶ Ibidem, paras 78-79.

Complications arise when non-state actors or private individuals engage in operations that can be assigned to a state, thus transforming the nature of the conflict from internal to international. States typically engage in cyber operations through intermediaries, such as private companies, to disguise direct responsibility. The critical determinant in these situations is the establishment of the state's „effective control” over the cyber operation. This criterion can be particularly difficult to meet in cyberspace, where the perpetrators or the point of attack may span multiple jurisdictions, making attribution and accountability even more elusive^[17].

The generally accepted criteria for qualifying a conflict as an IAC are drawn from Common Article 2(1) of the GCs, which extends the application of the Convention „to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them”. International customary law is reflected in this clause. Additionally, an IAC may only be qualified if „a resort to armed forces between states”, as stated in the Tadic case. Therefore, IHL rules emerge when the first shot is fired; an interpretation articulated in Pictet's „first shot theory”. Rule 82 of the Tallinn Manual 2.0 states, „an IAC exists whenever there are hostilities, which may include or be limited to cyber operations, between two or more states”^[18].

A significant development by the International Group of Experts (IGE) was the reference to the term „hostilities” rather than the expression „resort to armed forces” used in traditional IAC^[19]. This linguistic shift helps interpret international cyber-armed conflicts more effectively, given that attempting to prove the „use of armed forces” in cyberspace is impractical. Most academics contend that if a state is responsible for a cyber operation and produces effects akin to a kinetic attack, it meets the threshold for an armed conflict. However, equating cyber operations with kinetic attacks is problematic because the damage caused by cyber weapons often differs from that caused by traditional weapons.

¹⁷ Jeremy Richmond, „Evolving Battlefields: Does Stuxnet Demonstrate a Need for Modifications to the Law of Armed Conflict?” *Fordham International Law Journal*, No. 3 (2012): 842-894, 846. <https://doi.org/https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol35/iss3/1>.

¹⁸ Schmitt, *Supra*, 10.

¹⁹ Clara Mathonet, *Protection of Civilians in the Era of Cyber Warfare: A Critical Analysis of International Humanitarian Law Towards a Treaty Restricting the Use of Cyber Weapons* (Thesis: University of Amsterdam, 2020).

The intensity required for resorting to armed force remains a contentious issue. Some academics say hostilities must intensify to a particular degree to be considered an IAC, necessitating more than a sporadic or isolated event. In their view, situations falling below this threshold are categorized as internal disturbances and tensions. On the other hand, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), in the Mucic case, found that „the existence of armed force between states is sufficient of itself to trigger the application of IHL”^[20]. According to the ICRC, there is no stipulated minimum level of intensity for an IAC, as confirmed in the Commentary to Common Article 2 and Article 1 of API. Given that the objective of Common Article 2 is to provide the widest possible protection to the victims of war, the existence of an IAC does not require a minimum threshold of violence to ensure the applicability of the rules of IHL, thereby preventing any gaps in the protection afforded by international law.

3.2. NIAC in Cyberspace: Criteria and Challenges

A NIAC must meet certain requirements, as stated in the Tadic case. First, there must be a minimum level of intensity in the hostilities, and second, the non-governmental parties to the conflict need to be sufficiently organized.

In cyber warfare, no non-state actor cyberattack has ever been violent enough to cause a NIAC. Therefore, they don't include the kind of sustained armed violence required to achieve the threshold, and isolated cyber events like data theft or network attacks are inadequate to create a NIAC^[21].

Another critical element is that a NIAC can only exist between well-organized parties capable of continuing military actions. It requires a distinct armed group with an identifiable organizational structure that can be seen and verified. However, it is challenging to demonstrate such an organization in cyber operations, given that cyberattacks are often conducted by loosely coordinated or even disorganized groups of hackers.

The basis for recognizing the presence of a NIAC is Common Article 3 of the 1949 GCs, which addresses „armed conflict not of an international

²⁰ Prosecutor v. Zdravko Mucic aka „Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo aka „Zenga”, Zejnir Delalic (Appeal Judgement), IT-96-21-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 16 November 1998. <https://www.refworld.org/cases,ICTY,41482bde4.html>. [assessed: 3.08.2023].

²¹ Melzer, *supra*, 13.

character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties”. However, this article provides no explicit definition of „armed conflict not of an international character”. According to the ICTY, in the Tadic case^[22], a NIAC arises „whenever there is protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a state”. The term „protracted” indicates a certain degree of intensity. Therefore, unlike an IAC, a NIAC requires a minimum level of organization and intensity among the parties involved.

Regarding the required intensity level, the ICTY suggested a variety of factors, including the number, length, and ferocity of individual encounters, as well as the kinds of weapons employed, number of casualties, amount of material destroyed, and UN Security Council involvement, to assess whether protracted armed violence exists. Under these intensity criteria, IHL applies to cyber operations during an ongoing NIAC. However, it is only under exceptional circumstances that stand-alone cyber operations would trigger a NIAC^[23].

Second, there must be a minimum level of organization within the groups involved in the conflict. While state armed forces are presumed to meet this requirement, the criteria for non-state armed groups outlined by the ICTY include the existence of disciplinary rules, a command hierarchy, a headquarters, territorial control, access to weapons, military equipment, recruits, military training, a unified military strategy, military tactics, and the ability to negotiate agreements such as ceasefires or peace agreements.

In summary, there is no question that cyber operations carried out within the context of an ongoing IAC or NIAC are subject to IHL. Nevertheless, some challenges remain for standalone cyber operations. The criteria developed in case law to qualify a conflict as an IAC or a NIAC, mainly in relation to kinetic operations, are not entirely suitable for cyber operations. These criteria need to be adapted to cyberspace, especially those used to qualify a conflict as a NIAC. Existing thresholds, particularly the requirement of a minimum level of organization within groups engaged in hostilities, are inappropriate in cyberspace. The high threshold could result in stand-alone cyber operations never meeting the NIAC criteria, creating a legal vacuum

²² Prosecutor v. Dusko Tadic aka „Dule” (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), IT-94-1, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2 October 1995. <https://www.refworld.org/cases,ICTY,47fd520.html>. [accessed: 7.08.2023].

²³ Anthony Cullen, „The Concept of Non-International Armed Conflict”, [in:] *International Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).

that leaves civilians unprotected during conflict. Given the lack of state practice on cyber operations, there is an obligation to establish well-defined criteria tailored to cyberspace in a cyber treaty.

4 | Challenges to the Principle of Distinction in Cyberspace Warfare

The paramount obligation in the context of armed conflicts is to direct cyberattacks solely against military objectives and refrain from targeting civilian objects. Any object not a military objective is considered a civilian object under IHL. Military objectives are rigorously circumscribed, encompassing only objects that, by their nature, location, purpose, or use, substantially contribute to military actions, and depending on the situation, its partial or complete destruction, capture, or neutralization would result in an evident military advantage. Notably, under IHL, categorizing civilian infrastructure as ‘critical infrastructure’ bears no legal significance^[24]. In the ICT realm, civilians and the military often share the same Internet infrastructure and utilize digital communication and storage services. It is known as „dual use”. Suppose, however, that the civilian ICT infrastructure is instrumental in furthering military operations. In that case, it may become a military target. However, its use contributes significantly to military operations only under the following two conditions, and its destruction provides an obvious military advantage^[25].

In the complex and interconnected domain of cyberspace, determining military advantage and civilian harm becomes complicated. Cyber operations can take diverse forms, and their compliance with the principle of distinction can be achieved in various ways. In scenarios where operators intrude into a target to execute operations, they possess situational awareness, facilitating compliance with the principle of distinction. In other

²⁴ Mohammad Bitar, Chakka Benarji, „Drone attacks during armed conflict: quest for legality and regulation” *International Journal of Intellectual Property Management*, No. 3-4 (2023): 397-411. <https://doi.org/10.1504/IJIPM.2023.134058>.

²⁵ Paul Ducheine, Terry Gill, *From Cyber Operations to Effects: Some Targeting Issues* (Dissertation, Militair Rechtelijk Tijdschrift, 2018), 39.

cases, cyber tools and malware may be employed^[26]. These tools can be designed and programmed to exclusively target specific objects, avoiding indiscriminate harm. However, the inherent interconnectedness of cyberspace means that an operation aimed at one system may inadvertently affect others. It is essential that those planning or conducting cyber operations make reasonable efforts to determine the nature of their targets. This includes assessing the operational environment, testing cyber tools in simulated conditions, and putting technical safeguards in place like „kill switches”, „system-fencing”, and „geo-fencing” to prevent tools from spreading indiscriminately^[27].

IHL rules governing the conduct of hostilities, including those derived from the principle of distinction, apply primarily to cyber operations considered as „attacks” under IHL. In the context of cyber operations, an attack is commonly understood as actions that may lead to injury or damage to people or property. Different states have varying interpretations regarding the effects of cyber operations that qualify as „attacks”. While some countries take a broad stance, encompassing cyber operations that disrupt non-physical systems, others restrict it to physical damage. This diversity in interpretation has raised concerns, especially when non-physical cyber operations that significantly impact civilians or civilian infrastructure may go unregulated. To address this challenge, a comprehensive approach is needed to clarify the status of cyber operations under IHL, emphasizing their treatment as „attacks” regardless of the nature of the effects^[28].

Even cyber operations not classified as „attacks” under IHL are not exempt from constraints during armed conflicts. IHL rules on necessity, civilian protection, protection of medical facilities, humanitarian relief, and the directive to direct operations exclusively against military objectives apply universally. Thus, it is crucial to prevent any potential erosion

²⁶ Aaron Brantly, Max Smeets, „Military Operations in Cyberspace”, [in:] *Handbook of Military Sciences* (Cham: Springer, 2020), 1-16. https://doi.org/10.1007/978-3-030-02866-4_19-1.

²⁷ Michael N. Schmitt, „Wired Warfare 3.0: Protecting the Civilian Population During Cyber Operations” *International Review of the Red Cross*, No. 910 (2019): 333-355. <https://doi.org/10.1017/s1816383119000018>.

²⁸ Elizabeth Mavropoulou, „Targeting in the Cyber Domain: Legal Challenges Arising from the Application of the Principle of Distinction to Cyberattacks” *Journal of Law & Cyber Warfare*, No. 2 (2015): 23-93. <https://doi.org/https://www.jstor.org/stable/26441253>.

of civilian protection in cyberspace and ensure that military operations comply with distinction, necessity, and proportionality principles.

As we navigate the complex landscape of cyber warfare within the framework of IHL, the principle of distinction emerges as a linchpin in the protection of civilian lives and infrastructure. Developing a consensus on the characterization of cyber operations as „attacks”, regardless of their physical or non-physical effects, is vital. In this fast-evolving digital arena, adhering to these fundamental principles of IHL is pivotal to preserving the sanctity of human life and protecting the vital civilian infrastructure on which modern society relies. The growing importance of autonomous artificial intelligence (AI) in warfare adds another layer of complexity to upholding the principle of distinction. While AI promises to reduce human error, it requires rigorous oversight and programming to ensure compliance with the principles of IHL, underscoring the importance of human responsibility in this evolving landscape.

In conclusion, ensuring that cyber warfare complies with IHL is an ongoing challenge that requires the attention of the international community. Adherence to the principle of distinction is non-negotiable, as it is the bedrock of humanitarian protection in armed conflict, whether waged in the physical or digital realm. Cyber operations must be subject to rigorous scrutiny and regulation, encompassing the „effects-based” approach and leaving no room for ambiguity concerning what constitutes an „attack”. The principles of distinction, necessity and proportionality must remain at the forefront of discussions on cyber warfare in order to protect civilian lives and critical infrastructure. The dynamic development of AI in military operations requires careful evaluation to maintain ethical and legal standards in this ever-evolving landscape^[29].

The principle of distinction embodies the world’s commitment to preserving humanity amid the challenges of modern warfare. As technology continues to redefine the boundaries of conflict, upholding these principles is more important than ever.

²⁹ James Johnson, „The AI-Cyber Nexus: Implications for Military Escalation, Deterrence and Strategic Stability” *Journal of Cyber Policy*, No. 3 (2019): 442-460. <https://doi.org/10.1080/23738871.2019.1701693>.

5 | The Russian-Ukrainian conflict: Russian Cyberattacks and the Erosion of Distinction in Civilian Targeting

Since the onset of the armed conflict between Ukraine and Russia in February 2022, cyberattacks have become a significant component of the conflict. These cyber operations have targeted military and government networks and affected critical infrastructure and civilian entities. The consequences of such cyberattacks are far-reaching, potentially exposing the civilian population to harm and violating the fundamental principle of distinction under IHL.

5.1. Violations of the Principle of Distinction

5.1.1. DDoS Attacks on Civilian Entities

During the conflict, Distributed Denial of Service (DDoS) attacks have emerged as a prevalent cyberattack, constituting 88.8% of all incidents documented by the CyberPeace Institute. These attacks targeted various sectors, including public administration, media, ICT, finance, and transportation. Notably, civilian entities such as nonprofit organizations were not spared from these DDoS attacks, emphasizing the indiscriminate nature of these operations^[30].

5.1.2. Phishing Campaigns Targeting Civilians

Various cyberespionage campaigns have been attributed to threat actors, including the Russian state-sponsored actor APT28. Phishing emails with deceptive subject lines and contents related to the ongoing conflict were used to compromise the devices of Ukrainian civilians and public administration entities. These attacks targeted government and civilian sectors, underscoring the challenges of distinguishing between combatants and non-combatants in cyberspace.

³⁰ Government websites of Ukraine, Computer Emergency Response Team of Ukraine Cyberattack (CERT-UA), Distribution of Emails with „Instructions” on „updating the Operating System”. cert.gov.ua, 28 April 2023. <https://cert.gov.ua/article/4492467>. [accessed: 20.08.2023].

5.1.3. Pro-Russian Hactivist Collective: People's CyberArmy

During the second quarter of 2023, pro-Russian threat actors and hactivist collectives accounted for a significant portion of the recorded cyber incidents. People's CyberArmy, in particular, claimed responsibility for numerous attacks, further complicating the attribution of these operations. The involvement of such hactivist groups raises concerns about their affiliation and underscores the challenges in identifying and distinguishing between state-sponsored and non-state actors in cyberspace.

Table 1. Most sectors impacted by cyberattacks in Ukraine in 2023

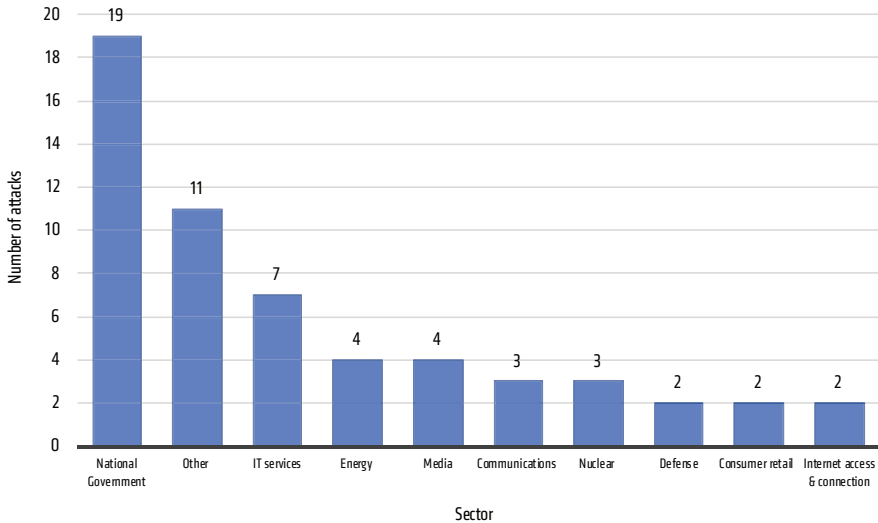
Sector	Number of Incidents	Effiction in Percentage
Public administration	31	55 %
Media	11	120%
ICT	11	10%
Financial	11	42.1%
Transportation	10	900%
Administrative/Sup	8	300%
Energy	7	40%
Trade	4	42.9%
Education	4	300%
Nonprofit	4	20%

Source: Computer Emergency Response Team of Ukraine (CERT-UA), 2023^[31]

The table presents a breakdown of cyber incidents in different sectors, demonstrating the prevalence and impact of cyberattacks on various areas during the Ukraine conflict. Notably, the public administration sector faced the highest number of incidents, accounting for 55% of all cases. In contrast, the financial sector experienced a decrease in attacks, with a decline of 42.1%, while the transportation sector saw a staggering 900% increase in incidents, highlighting the dynamic nature of cyber warfare's impact on different sectors. In addition, the table shows the significant involvement of non-profit organizations and educational institutions, both of which were affected by cyber incidents, with a 300% increase in each category, underscoring the indiscriminate reach of such attacks across civilian sectors.

³¹ Ibidem.

Chart 1: The cyberattacks that targeted Ukraine, which Russia launched following the commencement of the war, were categorized by sector.



Source: Microsoft^[32]

The chart shows the breakdown of Russia's cyberattacks on Ukraine since the start of the war, categorized by sector and number of attacks. Analyzing the data, several key observations can be made:

National Government: This sector experienced the highest number of cyber-attacks, with nineteen recorded incidents. Directly targeting the national government is a significant concern, as these attacks can disrupt government operations, compromise sensitive information, and undermine the functioning of a sovereign state.

Other: The „Other” category of eleven attacks suggests that various unspecified sectors were also targeted. It is imperative that these sectors be identified in order to understand the scope of the attacks and better assess their impact.

IT Services: With seven attacks, IT services suffered considerable cyber intrusions. Since IT services are the backbone of many critical systems, attacks in this sector can have widespread repercussions, affecting other industries as well.

³² Microsoft, *An Overview of Russia's Cyberattack Activity in Ukraine Report*, April 2022. <https://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/RE4Vwwd>.

Energy: With four attacks, the energy sector includes critical infrastructure such as power plants and utilities. Targeting this sector can lead to disruptions in energy supply, impacting civilian life and essential services.

Media: With four attacks, the media sector plays a crucial role in providing information to the public. Targeting media outlets can hamper the flow of accurate information, potentially causing misinformation and chaos.

Communications: Cyber-attacks on communication infrastructure (3 attacks) can disrupt essential communication networks, affecting the government, military, and civilian populations.

Nuclear: The nuclear sector was targeted three times. Any cyber intrusion in this sector raises serious concerns, as it can potentially impact nuclear safety and security, endangering civilians and the environment.

Defense: Although two attacks were reported in the defense sector, such attacks can have serious implications, compromising national security and the safety of civilians.

Consumer Retail: While the consumer retail sector (2 attacks) may not seem critical at first glance, targeting these areas can affect the economy and consumers' access to goods and services, indirectly impacting civilian life.

Internet Access & Connection: Cyber-attacks on internet access and connection infrastructure (2 attacks) can severely disrupt communication and connectivity for the civilian population, affecting their daily lives.

In conclusion, the data from these cyber-attacks indicates that the Russian actions have not respected the principle of distinction. By targeting a wide range of sectors, including national government, IT services, energy, media, and nuclear facilities, the attacks have breached the fundamental principle of IHL, which obligates belligerents to distinguish between civilian and military targets. The indiscriminate targeting of these sectors poses a grave risk to civilian lives, critical infrastructure, and essential services, underscoring the need to strengthen IHL to address the evolving cyber warfare landscape and enhance the protection of non-combatants.

5.2. Impacts on Civilian Population

5.2.1. Destructive Cyberattacks

Some cyberattacks led to destructive outcomes, exemplified by the deployment of wiper malware. These attacks resulted in the deletion of data and damage to systems, making recovery impossible. One notable case was the wiper attack on a border control station, which slowed the process of allowing refugees to cross into neighboring countries. These actions

directly affected civilians and critical infrastructure, highlighting the risks they face in cyber conflict.

5.2.2. Disruptive Attacks on Critical Infrastructure

Cyberattacks targeting critical infrastructure, including public administration, energy, ICT, and finance, had far-reaching implications. They disrupted the provision of essential services and connectivity, affecting the civilian population's access to vital resources. Disruption of these services illustrated the potential harm inflicted on non-combatants^[33].

5.2.3. Data Weaponization and Disinformation

The theft and leak of data, driven by data weaponization tactics, had a profound impact. Hack and leak operations expose sensitive information, potentially placing individuals at risk. Moreover, disinformation and propaganda hindered the civilian population's access to accurate information, potentially inciting misunderstandings, conflicts, and human rights violations^[34].

5.3. Concluding Remarks

The case study of cyberattacks during the conflict in Ukraine serves as a stark example of the challenges and violations of the principle of distinction in cyberspace. The indiscriminate nature of cyber operations, their potential to disrupt critical infrastructure and essential services, and the blurring of distinctions between non-state and state-sponsored actors underscore the urgent need to address these issues within the framework of IHL. Adapting IHL to the evolving landscape of cyber warfare is critical to ensuring that the principle of distinction is respected and that civilians are protected in armed conflict.

As cyberattacks increasingly become a tool of warfare, the international community must recognize the imperative of addressing the unique challenges posed by these operations and upholding the principles of IHL to protect civilians and civilian infrastructure in an interconnected and vulnerable digital world.

³³ CERT-UA supra 29.

³⁴ Schmitt, „Wired Warfare 3.0”, 333-355.

6 | Conclusion and Recommendation

The principle of distinction, deeply embedded in the fabric of IHL, serves as one of the oldest and most fundamental tenets of human civilization's endeavor to humanize the horrors of warfare. Recognized by the International Court of Justice as a „cardinal” and „intransgressible” principle, it has historically guided the conduct of warfare. In the rapidly evolving landscape of modern warfare, however, cyberspace presents complex challenges that require careful consideration. As we have explored, the application of the principle of distinction in cyber warfare encounters many complexities that the international community must confront.

Unlike traditional warfare, cyber warfare occurs within a borderless, interconnected, and often ambiguous realm. The interconnectedness and „dual-use” nature of cyberspace make it exceedingly challenging to distinguish between civilian and military objects, combatants, and non-combatants. Distinguishing between combatants and civilians in cyberspace, a crucial aspect of the principle of distinction becomes increasingly elusive due to the shared nature of information technology networks and the civilian expertise essential for their operation. The principle of „direct participation in hostilities” in cyberspace remains open to interpretation. It presents blurred lines, where actions as diverse as designing a computer program for cyberattacks and financing military operations may be considered direct participation.

The blurring of lines extends to the classification of cyber objects as civilian or military. The dynamic nature of cyberspace and the unpredictable consequences of cyber operations make the application of traditional IHL definitions of military objectives and civilian objects problematic. Cyberspace does not fit neatly into established categories, potentially putting essential civilian infrastructure at risk during armed conflict.

In light of these challenges, there is an urgent need to address several critical aspects of the principle of distinction in cyberspace warfare. The first is a comprehensive evaluation of cyber operations to determine when they should be considered 'attacks' under IHL. The principle of distinction primarily applies to „attacks” that may result in injury or damage to people or property. The diversification of cyber operations necessitates clear criteria for determining which cyber activities qualify as „attacks”, regardless of their physical or non-physical effects. This clarification would ensure that the principle of distinction is consistently applied.

In addition, the inherent interconnectedness of cyberspace requires that those planning or conducting cyber operations take appropriate measures to minimize indiscriminate harm. These measures should include an in-depth assessment of the operational environment, the simulated testing of cyber tools, and the implementation of technical mechanisms to control and confine the effects of these tools, such as „system-fencing”, „geo-fencing”, and „kill switches”.

The integration of autonomous AI systems into warfare further underscores the importance of ensuring compliance with the principle of distinction. While AI has the potential to reduce human error, the responsibility for programming and controlling AI systems in warfare should be robustly governed by ethical and legal standards.

The case study of cyberattacks in the ongoing conflict in Ukraine reveals a troubling trend. Russian cyber operations, including DDoS attacks, phishing campaigns, and destructive malware deployments, indiscriminately targeted critical civilian infrastructure and organizations. The evident blurring of lines between state-sponsored actors and hacktivist collectives further complicates the attribution of these attacks. These actions contravene the fundamental principle of distinction under IHL, as civilians and civilian objects have been directly affected. It underscores the urgent need to adapt and reinforce IHL to address the evolving landscape of cyber warfare, prioritizing the protection of non-combatants and their vital infrastructure during armed conflicts.

In conclusion, the principle of distinction remains non-negotiable in the ever-evolving landscape of modern warfare, regardless of whether it unfolds in the physical or digital realm. As technology continues to redefine the boundaries of conflict, upholding these principles becomes more crucial than ever. The international community must be responsible for adapting IHL to the intricacies of cyberspace to preserve the sacredness of human life and protect the vital civilian infrastructure upon which modern society depends. Addressing the challenges to the principle of distinction in the context of cyber warfare is a task that demands the concerted efforts of policymakers, legal experts, and the global community. The core principles of IHL, including the principle of distinction, stand as our collective commitment to preserving humanity in the face of the ever-advancing frontiers of warfare. Furthermore, enhancing cybersecurity education and awareness is a fundamental step toward strengthening the application of the principle of distinction in cyber warfare. By equipping both military and civilian stakeholders with the knowledge and tools to navigate the

complexities of cyberspace, it is possible to promote compliance with IHL, protect civilian lives and infrastructure, and adapt to the evolving nature of conflicts in the digital age. This Recommendation is consistent with the overarching goal of preserving humanity amidst the challenges of modern warfare, as the principle of distinction remains a pillar of IHL in both the physical and digital realms.

Bibliography

- Alberts David Stephen, John Garstka, Frederick P. Stein, *Network Centric Warfare: Developing and Leveraging Information Superiority*. CCRP Publication, 2005.
- Biggio Giacomo, „International Humanitarian Law and the Protection of the Civilian Population in Cyberspace: Towards a Human Dignity-Oriented Interpretation of the Notion of Cyber Attack under Article 49 of Additional Protocol I” *The Military Law and the Law of War Review*, No. 1 (2021): 114-140. <https://doi.org/10.4337/mlwr.2021.01.06>.
- Bitar Mohammad, Benarji Chakka, „Drone attacks during armed conflict: quest for legality and regulation” *International Journal of Intellectual Property Management*, No. 3-4 (2023): 397-411. <https://doi.org/10.1504/IJIPM.2023.134058>.
- Brantly Aaron, Max Smeets, „Military Operations in Cyberspace”, [in:] *Handbook of Military Sciences*. 1-16. Cham: Springer, 2020). https://doi.org/10.1007/978-3-030-02866-4_19-1.
- Cyberspace and Instability*, ed. Robert Chesney, James Shires, Max Smeets. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2023.
- Cullen Anthony, The Concept of Non-International Armed Conflict [in:] *International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Ducheine Paul, Terry Gill, *From Cyber Operations to Effects: Some Targeting Issues*. Dissertation, Militair Rechtelijk Tijdschrift, 2018.
- Geist Edward, „Deterrence Stability in the Cyber Age” *Strategic Studies Quarterly*, No. 4 (2015): 44-61. <https://doi.org/https://www.jstor.org/stable/26271277>.
- Gervais Michael, „Cyberattacks and the Laws of War” *SSRN Electronic Journal*, (2011). <https://doi.org/10.2139/ssrn.1939615>.
- Government websites of Ukraine, Computer Emergency Response Team of Ukraine Cyberattack (CERT-UA), Distribution of Emails with „Instructions” on „updating the Operating System”. cert.gov.ua, 28 April 2023. <https://cert.gov.ua/article/4492467>.

- ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996. <https://www.icj-cij.org/case/95>.
- Igakuboon Adasi Nsanawaji, „An Appraisal of the Legal Framework for the Protection of Civilians in Cyber-Warfare under International Humanitarian Law” *International Journal of Research and Scientific Innovation*, No. 7 (2022): 14-26. <https://doi.org/10.51244/ijrsi.2022.9702>.
- International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977
- International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts*, 27 October 2022. <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-cyber-operations-during-armed-conflicts>.
- Johnson James, „The AI-Cyber Nexus: Implications for Military Escalation, Deterrence and Strategic Stability” *Journal of Cyber Policy*, No. 3 (2019): 442-460. <https://doi.org/10.1080/23738871.2019.1701693>.
- Joint Inspection Unit of the United Nations System, *Cybersecurity in the United Nations System Organizations (JIU/REP/2021/3)*, 2021. <https://www.unjiu.org/news/cybersecurity-united-nations-system-organizations-jiurep20213-0>.
- Mathonet Clara, *Protection of Civilians in the Era of Cyber Warfare: A Critical Analysis of International Humanitarian Law Towards a Treaty Restricting the Use of Cyber Weapons*. Thesis, University of Amsterdam, 2020.
- Mavropoulou Elizabeth, „Targeting in the Cyber Domain: Legal Challenges Arising from the Application of the Principle of Distinction to Cyberattacks” *Journal of Law & Cyber Warfare*, No. 2 (2015): 23-93. <https://doi.org/https://www.jstor.org/stable/26441253>.
- McDonald Jack, „Blind Justice? The Role of Distinction in Electronic Attacks” *Ethics and Policies for Cyber Operations*, (2016): 17-32. https://doi.org/10.1007/978-3-319-45300-2_2.
- Melzer Nils, „The Principle of Distinction Between Civilians and Combatants”, [in:] *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, ed. Andrew Clapham, Paola Gaeta. 296-331. Oxford: Oxford University Press, 2014. <https://doi.org/10.1093/law/9780199559695.003.0012>.
- Microsoft, *An Overview of Russia’s Cyberattack Activity in Ukraine Report*, 22 April 2022. <https://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/RE4Vwwd>.
- Richmond Jeremy, „Evolving Battlefields: Does Stuxnet Demonstrate a Need for Modifications to the Law of Armed Conflict?” *Fordham International Law Journal*, No. 3 (2012): 842-894. <https://doi.org/https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol35/iss3/1>.

- Rid Thomas, Peter McBurney, „Cyber-Weapons” *The RUSI Journal*, No. 1 (2012): 6-13. <https://doi.org/10.1080/03071847.2012.664354>.
- Schmitt Michael N., „Wired Warfare 3.0: Protecting the Civilian Population During Cyber Operations” *International Review of the Red Cross*, No. 910 (2019): 333-355. <https://doi.org/10.1017/s1816383119000018>.
- Schmitt Michael N., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Shackelford Scott J., „From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyberattacks” *International Law*, No. 1 (2009): 191-250. <https://doi.org/https://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/10239/SSRN-id1396375.pdf>.
- Sharma Amit, „Cyber Wars: A Paradigm Shift from Means to Ends” *Strategic Analysis*, No. 1 (2010): 62-73. <https://doi.org/10.1080/09700160903354450>.
- Sohail Humna, „Fault Lines in the Application of International Humanitarian Law to Cyberwarfare” *Journal of Digital Forensics, Security and Law*, (2022). <https://doi.org/10.15394/jdfsl.2022.1761>.



Dochodzenie należności wobec zadłużonych właścicieli lokali we wspólnocie mieszkaniowej

Pursuing Debts Against Indebted Owners of Premises in a Housing Community

The legal problem of collecting debts from delinquent owners in a housing community arises from the fact that these individuals are both members of the community and owners of the property. This means that they must pay certain costs for the maintenance and upkeep of the common property. By law, each unit owner in a multi-unit building must pay his or her share of the costs associated with the maintenance and upkeep of the property, such as repairs, maintenance, and utilities. If an owner fails to pay, the community association has the right to collect the debt from the delinquent owner. The problem arises, however, when the debtor defaults, because the community's ability to collect the debt is limited. Delinquent owners often do not have sufficient financial resources to repay their debt to the housing community. In such situations, the only way to collect the debt is to sell the unit through a court order. Collecting debts from a community can be complicated and time-consuming, requiring close cooperation between community members and outside specialists such as bailiffs. Prospects for developing the issue of debt collection in a housing community include the development of tools and technologies that allow for more efficient management of debts, including electronic billing and innovative payment monitoring systems. Housing communities can also collaborate with external collection agencies and conduct training and education campaigns to increase members' awareness of their financial obligations and house rules.

EWELINA BADURA, doktor nauk prawnych, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, ORCID – 0000-0002-5514-6299, radca prawny, e-mail: ewe.badura@gmail.com

MGR PAULINA PAŁACH, asystent w Katedrze Prawa Nieruchomości i Prawa Podatkowego, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, ORCID: 0000-0002-5971-7052, e-mail: palachp@uek.krakow.pl

SŁOWA KLUCZOWE: wspólnota mieszkaniowa, zarządca, dług, lokal mieszkalny

KEYWORDS: residential community, administrator, debt, residential unit

1 | Wprowadzenie do problematyki dochodzenia należności we wspólnocie mieszkaniowej

Wspólnota mieszkaniowa^[1] to złożona struktura składająca się z wielu właścicieli nieruchomości, którzy łącznie odpowiadają za utrzymanie i zarządzanie wspólną przestrzenią^[2]. Jednym z największych wyzwań, z jakimi borykają się zarządcy nieruchomości i wspólnoty mieszkaniowe, jest problem rozliczania członków wspólnoty z opłat za korzystanie z nieruchomości oraz z opłat za media, utrzymanie i remonty. Niestety niejednokrotnie zdarza się, że niektórzy właściciele lokali zaniedbują swoje zobowiązania finansowe wobec wspólnoty, co prowadzi do poważnych problemów finansowych i organizacyjnych.

Wspólnota mieszkaniowa ma podstawy prawne dochodzenia należności od zadłużonych właścicieli lokali, jednakże ograniczenia wynikające z obowiązujących regulacji oraz faktyczne utrudnienia w egzekwowaniu należności sprawiają, że dochodzenie należności stanowi poważny problem dla wspólnot mieszkaniowych. Mając na uwadze powyższą tezę, w niniejszym artykule przedstawione zostały podstawowe zagadnienia związane z dochodzeniem należności we wspólnocie mieszkaniowej oraz wskazano praktyczne sposoby rozwiązywania tego problemu.

¹ Mirosław Nazar, „Status cywilnoprawny wspólnoty mieszkaniowej” *Rejent*, nr 4 (2000): 139; Adam Doliwa, „Status prawny wspólnoty mieszkaniowej” *Monitor Prawniczy*, nr 1 (2003): 41.

² Aneta Kaźmierczyk, *Nieruchomość wspólna właścicieli lokali. Problematyka prawno-rzeczowa* (Warszawa: C.H. Beck, 2015), 3-4; Iwona Szymczak, *Wspólnota mieszkaniowa* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2014), 32 i nast. wraz z powołaną tam literaturą.

2 | Podstawa prawna

2.1. Ustawa o własności lokali

Przepisy ustawy o własności lokali (dalej jako „u.w.l.”)^[3], które odnoszą się do problematyki dochodzenia należności we wspólnocie mieszkaniowej, to przede wszystkim art. 17 i 15.

Przepis art. 17 u.w.l.^[4] reguluje kwestię odpowiedzialności za zobowiązania dotyczące nieruchomości wspólnej^[5]. Zgodnie z tym przepisem za takie zobowiązania odpowiada wspólnota mieszkaniowa bez ograniczeń, co oznacza, że wszyscy właściciele^[6] lokali są solidarnie odpowiedzialni za ich realizację^[7]. Ponadto, każdy właściciel lokalu odpowiada za zobowiązania dotyczące nieruchomości wspólnej w części odpowiadającej jego udziałowi w tej nieruchomości^[8]. Oznacza to, że każdy właściciel lokalu odpowiada za koszty i zobowiązania dotyczące nieruchomości wspólnej proporcjonalnie^[9] do swojego udziału w tej nieruchomości^[10]. Przepis ten ma na celu zapewnienie właściwej organizacji i utrzymania nieruchomości wspólnej oraz ochrony interesów wszystkich właścicieli lokali.

³ Ustawa z 24.6.1994 r. o własności lokali (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 532 ze zm.).

⁴ Aneta Kaźmierczyk, *Nieruchomość wspólna właścicieli lokali. Problematyka prawno-rzeczowa* (Warszawa: C.H. Beck, 2015), rozdz. V § 1, Nb 3.

⁵ Post. SN z 14.1.2009 r., IV CSK 247/08, LEX nr 499583; uchw. SN z 9.12.2010 r., III CZP 100/10, LEX nr 622225.

⁶ Różne modele własności lokalu przedstawiają m.in. Jerzy Pisuliński w: *System Prawa Prywatnego. Prawo rzeczowe*, t. III, red. Edward Gniewek (Warszawa: C.H. Beck, 2013), 203 i nast. oraz Ryszard Strzelczyk w: *Własność lokali. Komentarz*, red. Ryszard Strzelczyk, Aleksander Turlej (Warszawa: C.H. Beck, 2013), 3-6.

⁷ Edward Gniewek w: *Kodeks cywilny*, red. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski (Warszawa: C.H. Beck, 2019), 78.

⁸ Tak np. Gerard Bieniek w: *Nieruchomości. Problematyka prawna*, red. Gerard Bieniek, Stanisław Rudnicki (Warszawa: Lexis Nexis, 2004), 302; Gerard Bieniek, Zenon Marmaj, *Własność lokali. Komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2006), 51; odmienne Roman Dziczek, który stwierdza, że: „komentowany przepis definiuje prawnorzeczową konstrukcję odrębnej własności lokalu jako prawa konstytutywnie i przymusowo (koniecznie) związanego z udziałem w nieruchomości wspólnej” – Roman Dziczek, *Własność lokali. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2003), 45. Zob. też np. wyr. SN z 16.3.2016 r., IV CSK 259/15 LEX Nr 2021227.

⁹ Jerzy Pisuliński w: *System Prawa Prywatnego*, 218.

¹⁰ Ibidem, 226.

Dzięki temu w przypadku, gdy wystąpią jakiegokolwiek problemy związane z nieruchomością wspólną, wszyscy właściciele lokali są odpowiedzialni za ich rozwiązanie, co zwiększa szanse na szybkie i skuteczne działania.

Przepis art. 15 u.w.l. dotyczy zaliczek na bieżące opłaty, które właściciele lokali są zobowiązani płacić na pokrycie kosztów zarządu nieruchomością wspólną. Przepis ten stanowi, że właściciele lokali są zobowiązani do uiszczania zaliczek na bieżące opłaty w formie płatności z góry, do dnia 10 każdego miesiąca. Oznacza to, że właściciele lokali muszą płacić zaliczki na bieżące opłaty na poczet kosztów związanych z zarządzaniem nieruchomością wspólną, takie jak koszty utrzymania budynku, remonty, koszty zużycia mediów, opłaty za wywóz śmieci, itp. Płatności te są dokonywane z góry, co oznacza, że właściciele lokali płacą za koszty związane z zarządzaniem nieruchomością wspólną przed ich faktycznym poniesieniem. Przepis ten ma na celu zapewnienie stabilnego finansowania zarządu nieruchomością wspólną i umożliwienie jej właściwego funkcjonowania. Dzięki regularnym płatnościom zaliczek, zarząd nieruchomością wspólną może uniknąć sytuacji, w której brakuje środków na pokrycie bieżących kosztów związanych z utrzymaniem budynku. Właściciele lokali mają również pewność, że ich udział w kosztach zarządu nieruchomością wspólną jest odpowiednio rozliczany i płatności są dokonywane na bieżąco^[11].

2.2. Kodeks cywilny

Kodeks cywilny (k.c.)^[12] reguluje kwestię dochodzenia należności we wspólnocie mieszkaniowej na poziomie ogólnym, nie odnosząc się bezpośrednio do sytuacji w takiej wspólnocie. Niemniej jednak w przypadku problemów związanych z dochodzeniem należności w spółdzielni mieszkaniowej stosuje się często przepisy Kodeksu cywilnego o zasadach regulujących stosunki wierzyciela z dłużnikiem. Chodzi tutaj o przepisy dotyczące opóźnienia w wykonaniu zobowiązania (art. 481–484), skutków niewykonania zobowiązania (art. 471–480), odpowiedzialności dłużnika za szkodę (art. 415–423), a także przerwania biegu przedawnienia (art. 119–123).

W kontekście wspólnot mieszkaniowych, przepisy kodeksu cywilnego dotyczące opóźnień w wykonaniu zobowiązania, skutków niewykonania

¹¹ Aleksandra Sikorska-Lewandowska, „Udział w nieruchomości wspólnej jako podstawa naliczania opłat właściciela lokalu” *Przeгляд Sądowy*, nr 6, (2017): 65.

¹² Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.).

zobowiązania, odpowiedzialności dłużnika za szkodę oraz przerwania biegu przedawnienia mają kluczowe znaczenie w dochodzeniu należności od zadłużonych właścicieli lokali.

Przepisy art. 481-484 k.c. regulują opóźnienia w wykonaniu zobowiązania, czyli sytuację, gdy dłużnik nie wywiązuje się ze swoich obowiązków wynikających z umowy w terminie. W przypadku wspólnot mieszkaniowych, odnosi się to do niepłacenia przez właściciela lokalu przypadającej na niego części kosztów związanych z utrzymaniem i zarządzaniem nieruchomością. Zgodnie z obecnie obowiązującymi regulacjami w przypadku opóźnienia w wykonaniu zobowiązania wierzyciel ma prawo dochodzić odsetek za zwłokę, a także żądać wykonania zobowiązania.

Regulacje zawarte w art. 471-480 k.c. dotyczą skutków niewykonania zobowiązania, czyli sytuacji, gdy dłużnik w ogóle nie wywiązuje się ze swojego zobowiązania. W przypadku wspólnot mieszkaniowych może to oznaczać sytuację, gdy właściciel lokalu w ogóle nie płaci swoich zobowiązań finansowych wobec wspólnoty mieszkaniowej. Zgodnie z przepisami wierzyciel ma wtedy prawo do rozwiązania umowy i dochodzenia odszkodowania za niewykonanie zobowiązania.

Przepisy art. 415-423 k.c. regulują odpowiedzialność dłużnika za szkodę, czyli sytuację, gdy niewykonanie zobowiązania spowodowało szkodę dla wierzyciela. W przypadku wspólnot mieszkaniowych może to oznaczać np. sytuację, gdy brak wpłat przez właściciela lokalu powoduje niedobory w budżecie wspólnoty, co z kolei uniemożliwia przeprowadzenie niezbędnych remontów. W takiej sytuacji, wspólnota mieszkaniowa może dochodzić odszkodowania za poniesione szkody od dłużnika.

Natomiast art. 119-123 k.c. dotyczą zagadnienia przerwania biegu przedawnienia, czyli sytuację, gdy wierzyciel podejmuje czynności mające na celu zabezpieczenie swojego roszczenia przed przedawnieniem. W przypadku wspólnot mieszkaniowych, może to oznaczać np. wystąpienie z powództwem przeciwko zadłużonemu właścicielowi lokalu w celu zabezpieczenia roszczenia przed przedawnieniem. Zgodnie z przepisami podjęcie przez wierzyciela czynności zmierzających do zabezpieczenia roszczenia przed przedawnieniem, np. w postaci wystąpienia z powództwem, przerwie bieg przedawnienia roszczenia. W ten sposób wierzyciel ma więcej czasu na dochodzenie swojego roszczenia przed sądem. Jednakże w praktyce dochodzenie należności od zadłużonych właścicieli lokali we wspólnocie mieszkaniowej może być trudne ze względu na liczne ograniczenia prawne i faktyczne utrudnienia w egzekwowaniu należności.

2.3. Ustawa o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego

Ustawa o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego^[13] nie zawiera bezpośrednich przepisów odnoszących się do problematyki dochodzenia należności wobec zadłużonych właścicieli lokali we wspólnocie mieszkaniowej. W zakresie przedmiotowym ustawa określa prawa i obowiązki każdej osoby korzystającej z lokalu mieszkalnego albo pracowni służącej do prowadzenia działalności w dziedzinie kultury i sztuki na podstawie innego niż prawo własności tytułu prawnego^[14]. Od strony przedmiotowej zakres ustawowej regulacji obejmuje przede wszystkim ochronę praw lokatorów oraz zasady gospodarowania mieszkaniowym zasobem gminy. Ustawa reguluje także uprawnienia właścicieli lokali mieszkalnych oraz obowiązki najemców, a ponadto, zawiera szereg regulacji dotyczących zarządzania nieruchomościami, w tym m.in. budynkami mieszkalnymi, które są użytkowane przez wspólnoty mieszkaniowe. Wspólnoty te są zobowiązane do utrzymywania nieruchomości w należytych stanie technicznym oraz do wykonywania wszelkich prac konserwacyjnych i remontowych. Ponadto, przedmiotowa ustawa nakłada na wspólnoty obowiązek prowadzenia dokumentacji dotyczącej zarządzania nieruchomością oraz udostępnienia jej właścicielom lokali.

Zgodnie z przepisami Ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego zadłużony właściciel lokalu może zostać pozbawiony prawa do korzystania z lokalu w drodze postępowania sądowego z powodu zaległości w opłatach za korzystanie z lokalu lub za wykonywanie czynności związanych z utrzymaniem nieruchomości. W takim przypadku, na wniosek wspólnoty mieszkaniowej, sąd może orzec o eksmisji właściciela lokalu. Zastosowanie w tym zakresie znajdują przepisy Kodeksu postępowania cywilnego (k.p.c.)^[15].

W związku z powyższym, choć ustawa ta nie reguluje bezpośrednio problematyki dochodzenia należności wobec zadłużonych właścicieli lokali we wspólnocie mieszkaniowej, to zawiera przepisy, które umożliwiają

¹³ Ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (t.j. Dz. U. 2022 r., poz. 172).

¹⁴ Marek Watrakiewicz, *Glosa do wyr. Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2010 r.* (III CSK 271/09), NPN z. 4, (2016): 64-66.

¹⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. 2021 r., poz. 1805).

wspólnocie podjęcie działań w celu odzyskania zaległych opłat od właścicieli lokali, w tym również drogą sądową.

3 | **Należności we wspólnocie mieszkaniowej (rodzaje należności, terminy płatności, sankcje za nieterminowe płatności)**

Wspólnota mieszkaniowa ma do wykonania wiele zadań, które generują różnego rodzaju koszty. Do najczęściej występujących należności we wspólnocie mieszkaniowej zalicza się składki na fundusz remontowy, utrzymanie i eksploatację nieruchomości wspólnej, opłaty za media, a także opłaty za usługi zarządcy nieruchomości.

Terminy płatności zależą od umów i regulaminów ustalonych we wspólnocie i mogą być różne w zależności od rodzaju należności. Nieterminowe płatności stanowią naruszenie umowy co może prowadzić do różnych sankcji, takich jak pobieranie odsetek za zwłokę, wezwanie do zapłaty oraz wystąpienie z pozwem sądowym. Zarządca odgrywa istotną rolę w procesie dochodzenia należności od członka wspólnoty mieszkaniowej. W ramach swoich obowiązków zarządca wspólnoty mieszkaniowej powinien przede wszystkim dbać o to, aby wszyscy członkowie wspólnoty mieszkaniowej terminowo regulowali swoje opłaty za korzystanie z nieruchomości wspólnej oraz za usługi związane z zarządzaniem nieruchomością.

W przypadku, gdy członek wspólnoty mieszkaniowej zalega z płatnościami, zarządca powinien podejmować określone kroki w celu dochodzenia tych należności. Przede wszystkim powinien przypominać dłużnikowi o zaległościach, informować go o konsekwencjach braku uregulowania zobowiązań, a także informować pozostałych członków wspólnoty o sytuacji dłużnika. Jeśli przypomnienia i wezwania do zapłaty nie przyniosą skutku, zarządca wspólnoty mieszkaniowej może podjąć dalsze kroki, takie jak wystąpienie do sądu o nakaz zapłaty, wszczęcie postępowania egzekucyjnego, a w ostateczności, skierowanie wniosku o sprzedaż lokalu na podstawie art. 16 u.w.l. Warto jednak podkreślić, że zgodnie z ustawą o własności lokali, ostateczna decyzja w sprawie żądania sprzedaży lokalu przez wspólnotę mieszkaniową zawsze należy do sądu. Zarządca wspólnoty

mieszkaniowej może jedynie inicjować procedurę sprzedaży lokalu, ale to sąd podejmuje ostateczną decyzję w tej sprawie.

4 | Sposoby dochodzenia należności

Wspólnota mieszkaniowa może dochodzić swoich należności od właścicieli lokali lub lokatorów na kilka sposobów. Po pierwsze, najczęściej wspólnoty na początku przypominają dłużnikowi o zaległych płatnościach za pomocą listów, telefonów lub e-maili. Często to wystarcza, by dłużnik uregulował swoje zobowiązania. Kolejnym krokiem jest zwykle przesłanie wezwania do zapłaty. Gdy przypomnienia nie przynoszą skutku, wspólnota może wezwać dłużnika do uregulowania swojego zadłużenia. Wezwanie powinno zawierać precyzyjne informacje o wysokości długu, terminie zapłaty i konsekwencjach braku regulacji zobowiązania. Kolejny etap to postępowanie sądowe w przypadku, gdy dłużnik nie reaguje na wezwania do zapłaty, wspólnota może wystąpić z pozwem sądowym. Postępowanie sądowe może jednak być czasochłonne i kosztowne. Skutkiem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego jest zazwyczaj egzekucja komornicza. Po uzyskaniu wyroku sądowego, możliwa jest egzekucja komornicza, czyli zajęcie należności dłużnika z jego majątku lub rachunku bankowego.

W przypadku, gdy wezwania te nie przynoszą skutku, wspólnota może wystąpić z pozwem sądowym na mocy art. 189 k.p.c. Natomiast egzekucja komornicza uregulowana jest w art. 833-845 k.p.c., który przewiduje możliwość zajęcia należności dłużnika z jego majątku lub rachunku bankowego przez komornika sądowego.

Zgodnie z art. 189 k.p.c. wierzyciel ma prawo dochodzenia swoich roszczeń w drodze sądowej poprzez złożenie pozwu do sądu. W przypadku wspólnoty mieszkaniowej pozwem takim może być pozew o zapłatę należności przez dłużnika.

Natomiast egzekucja komornicza, o której mowa w mojej poprzedniej odpowiedzi, regulowana jest przez przepisy art. 833-845 k.p.c. Zgodnie z tymi przepisami komornik sądowy ma prawo zajęcia należności dłużnika z jego majątku lub rachunku bankowego, w celu zaspokojenia roszczeń wierzyciela. Postępowanie sądowe i egzekucja komornicza to ostateczne środki, z których może skorzystać wspólnota mieszkaniowa. Należy jednak ponownie podkreślić, że wspólnota mieszkaniowa może przeprowadzić

wiele innych działań w celu zachęcenia dłużnika do uregulowania swoich zobowiązań, takich jak przypomnienia o zaległościach, wezwania do zapłaty czy też negocjacje z dłużnikiem.

W praktyce najczęstszymi problemami związanymi z dochodzeniem należności we wspólnocie mieszkaniowej są długotrwałe postępowanie sądowe, trudności w odnalezieniu majątku dłużnika, brak środków na pokrycie kosztów egzekucji komornicze. Dodatkowo pojawia się niechęć dłużnika do uregulowania swoich zobowiązań oraz błędy formalne w umowach i dokumentach, które mogą skutkować nieważnością postępowania.

5 | Zasady dochodzenia należności od właścicieli lokali

W prawie polskim i niemieckim istnieje model równoległej odpowiedzialności między wspólnotą mieszkaniową a właścicielami lokali. W relacji między wspólnotą mieszkaniową a właścicielami lokali występuje między nimi odpowiedzialność *in solidum*, co oznacza, że obie strony są odpowiedzialne za zobowiązania dotyczące nieruchomości wspólnej. W przypadku zobowiązań dotyczących zarządzania nieruchomością wspólną, nie ma odpowiedzialności solidarnej między właścicielami lokali. Wierzyciel może dochodzić zaspokojenia świadczenia od dowolnej ze stron, jednak istnieje spór czy odpowiedzialność właścicieli lokali jest pierwszorzędna (równoległa), czy też subsydiarna (pomocnicza). W przypadku subsydiarnej odpowiedzialności właściciela lokalu wierzyciel może prowadzić egzekucję bezpośrednio przeciwko niemu, ale musi wcześniej zidentyfikować stan majątku wspólnoty mieszkaniowej. Jeśli odpowiedzialność właścicieli lokali jest równoległa, to wierzyciel zależnie od preferencji, może dochodzić zaspokojenia świadczenia od dowolnej ze stron^[16].

Właściciele lokali w budynku mieszkalnym, którzy są członkami wspólnoty mieszkaniowej, zobowiązani są do opłacania składek na rzecz wspólnoty. Wysokość składek ustalana jest w uchwałach wspólnoty

¹⁶ Iwona Szymczak, „Odpowiedzialność za zobowiązania związane z nieruchomością wspólną. Analiza prawno-porównawcza”, [w:] *Własność lokali*, red. Aneta Kaźmierczyk, Ewelina Badura (Warszawa: C.H. Beck, 2020), 181-192.

mieszkaniowej. Właściciele lokali zobowiązani są do terminowego regulowania swoich należności, a w przypadku nieterminowej zapłaty obowiązani są ponosić odsetki za zwłokę. Ponadto, w przypadku zmiany właściciela lokalu nowy właściciel zobowiązany jest do poinformowania o tym fakcie zarządcę nieruchomości, co pozwoli na aktualizację danych w księgach i uniknięcie pomyłek przy wystawianiu faktur.

Jeśli wspólnota mieszkaniowa podejmuje kroki prawne w celu dochodzenia należności od właściciela lokalu, to zgodnie z zasadami postępowania cywilnego koszty sądowe ponosi strona przegrywająca postępowanie. Oznacza to, że jeśli właściciel lokalu zostanie uznany przez sąd za dłużnika, to koszty postępowania poniesie on sam. W przypadku, gdy jednak sąd oddalił pozew, to koszty postępowania poniesie wspólnota mieszkaniowa. Koszty postępowania sądowego mogą być jednak wysokie, dlatego warto przed rozpoczęciem takiego postępowania dokładnie przeanalizować sytuację i ocenić szanse na uzyskanie pozytywnego rozstrzygnięcia. W niektórych przypadkach może być korzystniejsze rozwiązanie polubowne, np. negocjacje z dłużnikiem lub mediacje.

Jednym z ważnych orzeczeń sądowych dotyczących dochodzenia należności we wspólnocie mieszkaniowej jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2006 r. (sygn. akt III CZP 71/06), w którym SN stwierdził, że spółdzielnie mieszkaniowe mają prawo do dochodzenia należności od swoich członków nawet wtedy, gdy członek jest również współwłaścicielem nieruchomości. W tym przypadku spółdzielnia może dochodzić należności jedynie od części nieruchomości, której jest właścicielem.

Innym ważnym orzeczeniem jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 lutego 2019 r. (sygn. akt II AKa 1395/18), w którym stwierdzono, że jeśli właściciel lokalu we wspólnocie mieszkaniowej zalega z opłatami, to należy w pierwszej kolejności skierować przeciwko niemu wniosek o upadłość konsumencką. Dopiero w przypadku jej stwierdzenia, można podejmować dalsze kroki, w tym żądanie sprzedaży lokalu.

Innym ważnym orzeczeniem jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2020 r. (sygn. akt I ACa 652/20), w którym stwierdzono, że w przypadku, gdy właściciel lokalu zalega z płatnościami, to wspólnota mieszkaniowa może dochodzić swoich należności wobec spadkobierców właściciela, a nie tylko wobec samego właściciela.

W powyższych orzeczeniach sądy potwierdzają prawo wspólnot mieszkaniowych do dochodzenia należności od swoich członków, w tym przez żądanie sprzedaży lokalu, ale również uznają konieczność przestrzegania

określonych procedur i zasad, np. w przypadku skierowania wniosku o upadłość konsumencką.

6 | Sprzedaż lokalu dłużnika (art. 16 u.w.l.)

Przepis art. 16 u.w.l. umożliwia wspólnocie mieszkaniowej żądanie sprzedaży lokalu przez właściciela¹⁷, który nie wywiązuje się z obowiązku dokonywania opłat lub łamie porządek domowy w sposób rażący lub uporczywy, co utrudnia korzystanie z innych lokali lub nieruchomości wspólnych. Sprzedaż odbywa się w drodze licytacji na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o egzekucji z nieruchomości, a właścicielowi, którego lokal został sprzedany, nie przysługuje prawo do lokalu zamiennego.

Powództwo w oparciu w art. 16 u.w.l., a zatem o pozbawienie właściciela prawa własności lokalu jest szczególnego rodzaju sankcją. Właściciele lokali są podmiotami legitymowanymi do wystąpienia z powództwem na podstawie uchwały wspólnoty mieszkaniowej. Polski ustawodawca różni się od niemieckiego, gdzie właściciel lokalu nie ma prawa głosu w kwestiach zarządzania nieruchomością wspólną i może być pozbawiony prawa do lokalu na wniosek innych właścicieli. Zmiana art. 16 u.w.l. w kierunku przyznania legitymacji czynnej do wystąpienia z powództwem każdemu właścicielowi lokalu, bez konieczności podjęcia uchwały przez wspólnotę mieszkaniową, jest pożądana w celu zapewnienia równego traktowania wszystkich właścicieli. Obecne wymogi formalne są zbyt surowe i uniemożliwiają wystąpienie z powództwem wobec uciążliwego właściciela, co niekorzystnie wpływa na interesy pozostałych właścicieli. Wszyscy właściciele powinni mieć legitymację do wytoczenia powództwa, jeśli zachowania jednego właściciela lokalu są uciążliwe, a negatywne skutki działań jednego z właścicieli nie muszą dotyczyć wszystkich pozostałych.

Powyższy przepis ma na celu ochronę interesów pozostałych właścicieli lokali w budynku, którzy ponoszą koszty utrzymania nieruchomości wspólnej oraz muszą przestrzegać porządku domowego. W przypadku, gdy jeden z właścicieli nie spełnia swoich obowiązków, jego zachowanie może

¹⁷ Aleksandra Sikorska-Lewandowska, „Przesłanki oraz tryb pozbawienia właściciela prawa do lokalu w prawie polskim i niemieckim” *Studia Prawnicze*, nr 2, (2014): 7.

mieć negatywny wpływ na całą wspólnotę. W takiej sytuacji artykuł 16 daje narzędzie, które umożliwia sprzedaż lokalu przez wspólnotę mieszkaniową, co pozwala na odzyskanie długów oraz usunięcie osoby, która utrudnia korzystanie z nieruchomości wspólnej. Sąd może nakazać sprzedaż lokalu na drodze licytacji zgodnie z przepisami Kodeksu postępowania cywilnego o egzekucji z nieruchomości.

Przykładowo, w sprawie o sygn. akt III CZP 91/11 Sąd Najwyższy potwierdził, że art. 16 u.w.l. stanowi o szczególnym sposobie egzekucji z lokali, która może zostać zastosowana wobec właściciela, który zalega z opłatami lub narusza porządek domowy. Sąd uznał, że wspólnota mieszkaniowa ma prawo do wytoczenia takiej sprawy i żądania sprzedaży lokalu, w którym właściciel zalega z płatnościami lub łamie porządek domowy w sposób rażący lub uporczywy.

W innej sprawie o sygn. akt III CZP 29/13, Sąd Najwyższy uznał, że art. 16 u.w.l. umożliwia wspólnocie mieszkaniowej sprzedaż lokalu, jeśli właściciel łamie porządek domowy w sposób rażący lub uporczywy, co utrudnia korzystanie z innych lokali lub nieruchomości wspólnych. Sąd zauważył, że sprzedaż lokalu jest ostatecznym krokiem^[18] i powinna być stosowana tylko w skrajnych przypadkach, gdy inne metody rozwiązania problemów z dłużnikami zawiodły.

Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 14 czerwca 2022 r.^[19] (I ACa 76/21) odniósł się do kwestii dopuszczalności zaskarżenia uchwały wspólnoty mieszkaniowej o zgodzie na wytoczenie powództwa o nakazanie sprzedaży lokalu. Zgodnie z tezą tego wyroku, „W przypadku, gdy właściciele lokali tworzący wspólnotę mieszkaniową postanawiają wystąpić na drogę sądową z przewidzianym ustawą powództwem przeciwko członkowi tej wspólnoty (art. 16 ust. 1 u.w.l.) i upoważniają w uchwale zarząd do dokonania stosownych czynności, albowiem w przypadku tego właśnie powództwa muszą zrobić w formie uchwały stosownie do art. 22 ust. 2 i 3 pkt 7 u.w.l.). Taka uchwała jeszcze nie wpływa na zakres praw i obowiązków właściciela lokalu, zatem nie może być postrzegana ani jako niezgodna interesami członka wspólnoty”.

¹⁸ Jerzy Ignatowicz, *Komentarz do ustawy o własności lokali* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1997), 69.

¹⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. I ACa 76/21, LEX nr 3397849.

7 | Podsumowanie

Problem prawny w dochodzeniu należności wobec zadłużonych właścicieli lokali we wspólnocie mieszkaniowej wynika z faktu, że osoby te są jednocześnie członkami wspólnoty mieszkaniowej i właścicielami nieruchomości. Oznacza to, że są zobowiązane do ponoszenia pewnych kosztów związanych z utrzymaniem i zarządzaniem wspólną nieruchomością.

Zgodnie z przepisami prawa, każdy właściciel lokalu w budynku wielorodzinnym jest zobowiązany do płacenia swojej części kosztów związanych z utrzymaniem i zarządzaniem nieruchomością, takimi jak koszty remontów, eksploatacji czy zużycia mediów. W przypadku braku płatności przez właściciela lokalu wspólnota mieszkaniowa ma prawo dochodzić należności od zadłużonego właściciela. Jednakże problemem jest to, że w przypadku gdy dłużnik nie wykonuje swojego zobowiązania, wspólnota mieszkaniowa ma ograniczone możliwości dochodzenia należności. Często zdarza się, że zadłużony właściciel lokalu nie posiada wystarczających środków finansowych, aby spłacić zadłużenie wobec wspólnoty mieszkaniowej. W takiej sytuacji często jedynym sposobem na odzyskanie należności jest sprzedaż lokalu na drodze egzekucji sądowej. Przepis art. 16 u.w.l. umożliwia wspólnocie mieszkaniowej żądanie sprzedaży lokalu, w którym właściciel zalega z płatnościami lub łamie porządek domowy w sposób rażący lub uporczywy. Dodatkowo, dochodzenie należności od zadłużonych właścicieli lokali we wspólnocie mieszkaniowej wymaga wiedzy i doświadczenia w zakresie prawa cywilnego i administracyjnego. Wymaga to także czasu i nakładów finansowych na prowadzenie działań egzekucyjnych, a także może prowadzić do konfliktów między członkami wspólnoty mieszkaniowej.

Dochodzenie należności we wspólnocie mieszkaniowej może być więc skomplikowane i czasochłonne, wymagając ścisłej współpracy między członkami wspólnoty oraz zewnętrznymi specjalistami, takimi jak np. komornicy. Perspektywy rozwoju tematyki dochodzenia należności we wspólnocie mieszkaniowej obejmują rozwój narzędzi i technologii umożliwiających bardziej efektywne zarządzanie należnościami, w tym elektroniczne rozliczenia i innowacyjne systemy monitorowania płatności. Wspólnoty mieszkaniowe mogą również współpracować z zewnętrznymi firmami, które zajmują się windykacją należności, a także prowadzić szkolenia i kampanie edukacyjne mające na celu zwiększenie świadomości członków wspólnoty na temat ich zobowiązań finansowych i porządku domowego.

Bibliografia

- Bieniek Gerard, Zenon Marmaj, *Własność lokali. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2006.
- Bieniek Gerard, Stanisław Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*. Warszawa: Lexis Nexis, 2004.
- Doliwa Adam, „Status prawny wspólnoty mieszkaniowej” *Monitor Prawniczy*, nr 1 (2003): 39-42.
- Dziczek Roman, *Własność lokali. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2003.
- Ignatowicz Jerzy, *Komentarz do ustawy o własności lokali*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1997.
- Kaźmierczyk Aneta, *Nieruchomość wspólna właścicieli lokali. Problematyka prawno-rzeczowa*. Warszawa: C.H. Beck, 2015.
- Kodeks cywilny*, red. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski. Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Najem lokali. Teraźniejszość i perspektywy*, red. Aneta Kaźmierczyk, Ewelina Badura. Warszawa: C.H. Beck, 2022.
- Nazar Mirosław, „Status cywilnoprawny wspólnoty mieszkaniowej” *Rejent*, nr 4 (2000): 128-150.
- Sikorska-Lewandowska Aleksandra, „Przesłanki oraz tryb pozbawienia właściciela prawa do lokalu w prawie polskim i niemieckim” *Studia Prawnicze*, nr 2 (2014): 7-38.
- Sikorska-Lewandowska Aleksandra, „Udział w nieruchomości wspólnej jako podstawa naliczania opłat właściciela lokalu” *Przeгляд Sądowy*, nr 6 (2017): 62-77.
- System Prawa Prywatnego. Prawo rzeczowe*, t. III, red. Edward Gniewek. Warszawa: C.H. Beck, 2013.
- Szymczak Iwona, *Wspólnota mieszkaniowa*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Watrakiewicz Marek, Glosa do wyr. Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2010 r. (III CSK 271/09), *NPN* z. 4, 2016.
- Własność lokali. Komentarz*, red. Ryszard Strzelczyk, Aleksander Turlej. Warszawa: C.H. Beck, 2013.
- Własność lokali. Teraźniejszość i perspektywy*, red. Aneta Kaźmierczyk, Ewelina Badura. Warszawa: C.H. Beck, 2021.



The Rise and Popularity of Arbitration in the Banking Sector in the EU

Abstract

This paper aims to explain the relationship between the court and the tribunal of arbitration. This paper examines the importance of resolving disputes in the banking sector through arbitration versus regular courts' advantages and disadvantages, especially in the banking sector of Kosovo. The paper focuses particularly on the growing popularity of arbitration in the banking sector in Kosovo, ultimately, arbitration as a dispute resolution procedure, especially disputes that are related to the obligation of the policy, extent of a loss or damage and other related issues with the terms of the insurance contract (policy). It concludes that the quick and effective resolution of disputes from the banking sector should see arbitration as the most efficient alternative for resolving disputes with greater professionalism and safety.

KEYWORDS: Arbitration, Bank, Banking Sector, Court, Insurance Company

FITORE MORINA, Assistant Professor, Faculty of Law, University of Pristina (Kosovo), ORCID – 0000-0002-3186-9564, e-mail: fitore.morina1@uni-p.edu

1 | Introduction

In the past, disputes in the financial sector were typically resolved through the regular courts of the relevant state.

However, as the financial sector has grown and diversified, tensions have arisen in each country due to the coexistence of two dispute resolution systems from the financial and banking sectors. These two systems include the regular courts and arbitration tribunals. A different logical approach suggests that the coexistence of two parallel systems is not a straightforward

proposition. It complicates the debate and simultaneously increases the tension regarding the resolution of conflicts from the financial and banking sectors, as well as regular courts or arbitration tribunals. In order to enhance the competitiveness of the banking sector in Kosovo, a number of measures have been implemented with the objective of aligning local legislation with the *acquis communautaire*. Furthermore, the institutional arbitration tribunals are encouraging the incorporation of an arbitration clause in the contracts concluded within the banking sector.

To create a common market that enables the free movement of people, goods, capital, and services, cooperation between countries is increasing in each field, especially in the financial and banking sectors.

Therefore, the need to create a legal framework that serves economic development is a prerequisite that each state must fulfil. The Balkan states, especially Kosovo, aspire to join the EU, and any negative effect should make efforts to improve and constantly improve the regulatory framework in accordance with international standards.

The opening of Kosovo's economy has brought an increase in foreign direct investments, especially in the banking sector. Foreign investments in the banking sector have influenced the growth of the deposit base and, thus, the growth of lending. The greater the degree of integration of the European banking sector, the more secure this market will be. The banking sector's functioning in the European system is ensured and regulated based on EU banking law and the Basel Accords^[1].

The creation of a suitable environment for foreign direct investments in the banking sector contributes to the possibility of resolving possible disputes between the parties in arbitration tribunals and not in permanent courts based on international investment laws.

¹ The Basel Committee, initially named the Committee of Banking Regulations and Supervisory Practices, was established by the central bank governors of the Group of Ten countries at the end of 1974. It has since expanded its membership to 45 institutions from 28 jurisdictions and has established a series of international standards for bank regulation, most notably the accords on capital adequacy. Although these standards are in and of themselves non-binding, they are issued when agreed by the BCBS and as such, its members are committed to transposing them into their own legislation in one form or another. In the EU, Basel III has been implemented by the Capital Requirements Directive IV (CRDIV) and the Capital Requirements Regulation (CRR).

Therefore, Park^[2] has emphasized that bankers sometimes must enforce judgments in their favor against assets located outside the country where the judgment was rendered. However, since few lenders had the foresight to incorporate arbitration clauses in their loan agreements, banks were in a different situation. In recent years, it appears that people have become more and more accustomed to arbitration in the international financial community.

In recent years, binding arbitration agreements have become a feature of many contracts between and with employers for consumer goods and services^[3].

The group of skeptics presents the idea that the banking sector is not attracted by arbitration, and this banking industry is somewhat immune to arbitration tribunals^[4]. Arbitration to settle disputes is now widespread and is a standard feature in business, consumer, and employment contracts^[5]. An international discussion has developed on the suitability and advisability of arbitration in this field; therefore, bankers prefer judges to arbitrators. It is supported by the fact that international arbitration procedures of international financial transactions are seldom the subject matter^[6].

The prevalence of arbitration clauses in credit contracts has undergone a notable shift. The ongoing developments within the banking sector of the EU are prompting this industry to gradually lose its previous confidence in the regular courts as a primary avenue for resolving potential disputes. Arbitration proceedings are conducted in arbitration centers such as ICSID, which aim to decentralize disputes by offering a forum for dispute resolution governed by international investment law, independent from national legal and political institutions, and before ad hoc tribunals rather than a permanent court^[7].

² William W. Park, „Arbitration in banking and finance” *Arbitration in Banking and Finance*, 17 (1998): 213.

³ Thomas J. Stipanowich, Amy J. Schmitz, *Arbitration* (Boston: Aspen Publishing, 2022), 4.

⁴ James Freeman, „The Use of Arbitration in the Financial Services Industry” *Business Law International*, 16 (2015): 77.

⁵ Joseph L. Daly, „Arbitration: The Basics” *Journal of American Arbitration*, 5 (2006): 1.

⁶ Norbert Horn, „The Development of Arbitration in International Financial Transactions” *Arbitration International*, No. 3 (2014): 279-296.

⁷ Florence Dafe, Williams Zoe, „Banking on Courts: Financialization and the Rise of Third-Party Funding in Investment Arbitration” *Review of International Political Economy*, No. 5 (2021): 1362-1384.

The absence of regular courts to adjudicate cases arising from international trade has had a profound impact on the banking industry^[8]. Consequently, the various foreign-capital banks that invest in the banking sector in different territories are interested in including an arbitration clause in their contracts, as the majority of transactions are international in nature.

The popularity of arbitration has been growing in the banking and finance sector for various reasons, as argued by Hatami Alamdari^[9]. In addition to these reasons, there are also the unique characteristics of arbitration, such as the indisputable applicability and worldwide recognition of the arbitration decision. Additionally, there is a discrepancy between the general commercial sphere and arbitration in banking and finance^[10].

Currently, the arbitration of cases from the financial sector is considered one of the challenges of globalism and is often interpreted as a tendency to „privatize” the judiciary. However, the optimists of using the alternative dispute resolution mechanism (hereinafter referred to as „ADR”) count the advantages of arbitration based on the complexity of cases from the financial sector and the necessity for expertise, the confidentiality of the process, and broad international enforceability under Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards^[11].

Arbitration’s flexibility during the review process is considered its most significant advantage. This flexibility is expressed in various ways, including determining the time and place of sessions, the involvement of actors in the process, the language used, the hearing of witnesses, and other technical matters.

The LCIA^[12] has identified several factors that have contributed to the growing popularity of arbitration. These include the increasing involvement of parties from diverse jurisdictions, the efforts of institutions, and the reduction of fear factors.

⁸ Oscar A. Ruiz del Rio, „Arbitration Clauses in International Loans” *Journal of International Arbitration*, No. 4 (1987): 45.

⁹ Bahar Hatami Alamdari, *The Emerging Popularity of International Arbitration in Banking and Financial Sector—Is this a Fashionable Trend or a Viable Replacement?* (doctoral thesis, University of London, 2016).

¹⁰ Irene Han, „Rethinking the Use of Arbitration Clauses by Financial Institutions” *Journal of International Arbitration*, No. 2 (2017): 207-237.

¹¹ Gerard J. Meijer, Richard H. Hansen, „Arbitration and Financial Services”, [in:] *Controlling Capital. Public and Private Regulation of Financial Markets*, ed. Nicholas Dorn (London: Routledge, 2016), 193-209.

¹² Paula Hodges, Hannah Ambrose, *Use of Arbitration in the Banking and Finance Sector (Part 1): Lcia Statistics Show Growth*. (Herbert Smith Freehills, 2022).

This article will address two research questions:

- R.Q. 1: How does the popularity of arbitration increase in the financial and banking sectors in the EU?
- R.Q. 2: What is the role of arbitration in the banking sector – case of Kosovo?

To answer the research questions, we will analyze and present the findings that are useful in offering some answers. Legal documents, national and international reports, and other data and documents from the EU institutions and the Central Bank of Kosova and other institutions are analyzed in combination with qualitative research methods, and desk research was used in the article.

This scientific paper employs comparative law, domestic law, and legal materials to elucidate the contours of extant doctrine pertaining to international arbitration. The article proffers an incentive for further study of the field and the resolution of the intricate relationship between regular courts *and* arbitration tribunals. Finally, the article demonstrates that the mechanisms of alternative dispute resolution (ADR) have contributed to the resolution of a considerable number of disputes pertaining to specific transactions. Moreover, it has recently gained greater recognition and is becoming increasingly popular in the banking and finance sector.

2 | Results and discussion

2.1. The rise of arbitration in the banking sector of Kosovo

The financial and banking sector in Kosovo is subject to a multitude of challenges. Kosovo is a small state in Southeast Europe that declared its independence on February 17, 2008. Prior to this, the banking industry in Kosovo operated from 1999 to 2008 without yet gaining the legal status of an independent and sovereign state. The banking sector in Kosovo in the 1990s was almost destroyed. At this time, the People's Bank of Kosovo was inactivated and functioned as a separate unit of the system of nine People's Banks (Central), which constituted a unit of the federation of former Yugoslavia.

In addition to the political path of Kosovo, its banking system has also developed, supervised UNMIK administration^[13] by the Central Banking Authority as the predecessor of the Central Bank of Kosovo^[14].

Based on the Constitution of the Republic of Kosovo^[15], CBK has public legal subjectivity based on articles 11 and 140 of the Constitution^[16] and the provisions of the law on the CBK^[17]; it also has administrative, financial, and managerial autonomy. The CBK's role and function are twofold: firstly, to ensure stability in the banking sector and, secondly, to ensure stability in the financial sector. This latter function is contingent upon economic development. The banking system of Kosovo is structured into two tiers, with the CBK occupying the first tier and commercial banks comprising the second tier.

Currently, Kosovo operates 12 commercial banks^[18], which will comprise 6.76 billion euros of banking sector assets in 2022, resulting in an increase of 13.4 percent compared to the 11.3 percent increase in the previous year^[19]. The law regulates the legal basis on which the banking system of Kosovo operates on banks, other micro-financial institutions, and non-banking financial institutions^[20]. In addition to the CBK and commercial banks, other participants in the banking sector in Kosovo include

¹³ The Security Council, by its Resolution 1244 of 10 June 1999, authorized the Secretary-General to establish an international civil presence in Kosovo – the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) – in order to provide an interim administration for Kosovo under which the people of Kosovo could enjoy substantial autonomy.

¹⁴ Central Bank of Kosovo, *Functions and Responsibilities*, 2024.

¹⁵ *Constitution of the Republic of Kosovo*. Official Gazette of the Republic of Kosovo, K-09042008. Published: 09.04.2008.

¹⁶ See: Constitution of the Republic of Kosovo: Article 11 [Currency]1. „The Republic of Kosovo uses as legal tender one single currency. 2. The Central Banking Authority of Kosovo is independent and is called the Central Bank of the Republic of Kosovo. Article 140 [Central Bank of Kosovo]1. The Central Bank of the Republic of Kosovo is an independent institution which reports to the Assembly of Kosovo. 2. The Central Bank of the Republic of Kosovo exercises its competencies and powers exclusively in accordance with this Constitution and other applicable legislative instruments”.

¹⁷ Law on Central Bank of the Republic of Kosovo. Official Gazette of the Republic of Kosovo, No. 77, 16 August 2010, Law No.03/L-209.

¹⁸ Central Bank of Kosovo, *Lists of licensed/registered financial institutions*, 2023.

¹⁹ Central Bank of Kosovo, *Annual Report 2022*, 2022.

²⁰ Law on Banks, Microfinance Institutions and Non-Bank Financial Institutions. Official Gazette of the Republic of Kosovo, No. 11, 11 May 2012, Law No. 04/L-093.

insurance companies, microfinance institutions, non-banking institutions, exchanges, and money transfer agencies.

All the above actors offer competitiveness and attractiveness in the banking sector, which enables economic development in the country. Also, they offer banking products and services released in the market; they must be in harmony with the standards and the European framework in the banking field. In the last decades, in co-existence with this system, the normative order developed by the EU is based on the principle of the effectiveness of EU law and the duty of sincere cooperation between Member States and the Union^[21].

However, the large number of unresolved legal cases in the banking sector remains worrying, which is believed to be around 7,800 cases from 2000 to 2017, translated into a value of 150,367,847.72 EUR^[22]. Therefore, the debate on the review of unresolved court cases has become a challenging topic, considering that the prolongation of the review of these cases automatically affects the blocking of these monetary means and consequently affects the economic developments in Kosovo.

In light of the development trends in the banking sector and the globalization of transactions in the banking industry, CBK has taken action intending to enable the fastest and most efficient resolution of the accounts that come from the banking industry. Therefore, in the law on CBK,^[23] the possibility of conducting a judicial review in regular courts or in an arbitration tribunal is expressly defined and is expressly regulated in Article 77^[24] which provides: „In any court or arbitration proceeding against the Central Bank, a member of the Central Bank’s decision-making bodies or its staff, or an agent of the Central Bank in carrying out their duties to the Bank; The court or arbitration panel in reaching its decision may examine whether the defendant acted unlawfully or in an arbitrary or capricious

²¹ Manuel Penades Fons, „The Effectiveness of EU Law and Private Arbitration” *Common Market Law Review*, No. 4 (2020): 1069-1106.

²² „Potential of banking sector in Kosovo: Challenges and Opportunities” *The Kosovo Banker*, No. 16 (2019): 1-52.

²³ Law on Central Bank of the Republic of Kosovo. Official Gazette of the Republic of Kosovo, No. 77, 16 August 2010, Law No. 03/L-209.

²⁴ See: Law on Central Bank of the Republic of Kosovo (Law No.03/L-209), Article 77 (Judicial review): „1.3. the action in question shall continue without restriction during the period of an appeal and any further appeal or other judicial proceedings related to the appeal; and 1.4. the court or arbitration panel shall be authorized, in appropriate cases, to award monetary damages to injured parties, but shall not enjoin, stay, suspend or set aside the actions of the Central Bank”.

manner in light of the facts and the relevant Law and regulations; A member of the Central Bank's decision-making bodies or its staff, or an agent of the Central Bank, including a person previously holding such a position, shall not be liable for damages or otherwise liable for acts or omissions performed pursuant to and in the course of the duties and responsibilities performed on behalf of the Central Bank unless it has been proven that such acts or omissions constitute intentional wrongful conduct or gross neglect"^[25]. Additionally, the CBK facilitates the examination of banking sector disputes through arbitration as an alternative dispute resolution (ADR) method, utilizing the expertise of institutional tribunals. In Kosovo, two other institutional arbitration tribunals, established under the Kosovo Chamber of Commerce and the American Chamber of Commerce, continue to advocate for the inclusion of arbitration clauses in credit contracts.

In 2017, the CBK approved the Regulation for the procedures that determine the functioning of the Arbitration Tribunal^[26]. Based on this Regulation, a dispute between the parties can be resolved through arbitration only if there is an agreement between the parties, and the arbitration agreement is valid only if it is concluded in writing. Furthermore, the Arbitration Tribunal stipulates that the jurisdiction may address all matters pertaining to the obligation set forth in a policy, including the handling and adjustment of damage and other matters related to the terms of the insurance contract (policy). This Regulation is in accordance with the Law on Arbitration in Kosovo^[27].

In this law, Article 39 (1) regulates the recognition and execution of decisions issued outside Kosovo: „Kosovo courts recognize arbitration decisions issued outside Kosovo as binding and execute them if the decisions in question have been recognized and declared enforceable”.

In accordance with the Law on Arbitration in Kosovo, the arbitration tribunal is obliged to apply Kosovo legislation in all cases where an international element is present. In the absence of such an element, the tribunal is required to apply the law designated by the parties as the competent law for the material aspects of the dispute. In the event that no such designation

²⁵ Ibidem.

²⁶ Board of the Central Bank of the Republic of Kosovo, *Regulation on Arbitration Tribunal Procedures*, 30 March 2017.

²⁷ Law on Arbitration. Official Gazette of the Republic of Kosovo, No. 37, 10 September 2008, Law No. 02/L-75.

is made, the tribunal must apply the law determined by the rules of private international law.

There are some cases that are decisively foreseen in the Law on Arbitration in Kosovo; then, when the plaintiff proves to me that the other party cannot act, there is no arbitration agreement is not valid, the appointment of the arbitrator, and other cases provided by law.

The arbitration decision is considered *res judicata*, and the lack of judicial control of the arbitration decision is considered a defect of the arbitration process in the arbitration tribunal. As a result, it is impossible to apply extraordinary legal remedies, i.e., post-award revision, which increases the uncertainty of the parties that in the event of errors occurring during the examination, they cannot be reviewed at another stage.

ICSID has prepared the module^[28] for post-award remedies and procedures in arbitration. Based on the ICSID Convention, it is provided that the arbitration tribunal's decision is final and binding. However, the convention also outlines a number of tools and procedures that can be employed to enhance the decision in terms of correction and other technical defects, as well as interpretation.

Meanwhile, revision comes into expression only when we have new facts arbitrarily unknown when the decision was issued. Referring to the ICSD module and the convention, they have listed our types of remedies after an award has been rendered; supplementation and rectification were done first, then interpretation, revision, and annulment.

The annulment of a decision may be sought on four bases: firstly, on the grounds that the tribunal was improperly constituted; secondly, on the grounds that the tribunal has manifestly exceeded its powers; thirdly, on the grounds that a member of the tribunal has been corrupt; and fourthly, on the grounds that the tribunal has seriously departed from a fundamental rule of procedure. Case no. KI 122/17^[29] illustrates the situation where the applicant requests the evaluation of the constitutionality of the decisions of the first instance court and the second instance court of appeal and execution of the award issued outside Kosovo.

²⁸ United Nations Conference on Trade and Development. *Dispute Settlement: State-State UNCTAD*. Series on issues in international investment agreements (United Nations: New York and Geneva, 2003), 6.

²⁹ Česká Exportní Banka A.S. vs. Court of Appeal and Basic Court in Pristina. Judgment in case no. KI 122/17, No. ref.: AGJ 1226/18 (Constitutional Court of Kosovo, 30 April 2018).

In light of the current circumstances, it is evident that disputes pertaining to the insurance sector have become a viable option for arbitration. Conversely, commercial bank disputes continue to be a matter of contention, with banks hesitant to address them through arbitration.

2.2. Popularity of arbitration in the banking sector in the EU

The banking sector, particularly in the EU, has been seeking to reduce the level of losses in the banking industry. For decades, the banking sector has been confronted with a dilemma: to continue with the traditional resolution of disputes or to seek an alternative solution such as arbitration. The dynamics of changing a legal system are not so fast that they always adapt in time to the economic flows of that sector^[30]. Banks, as participants in the banking sector, are distinct from insurance companies and other actors who have readily represented the alternative resolution of disputes.

The literature emphasizes that the debtor-creditor relationship has not yet decided to fully believe in arbitration. In most cases, the debtor does not fulfill the obligation to the creditor due to his inability to fulfill the debt and not because of the need to interpret the contract^[31]. After the global financial crisis of 2008, the banking sector and, in particular, the banking industry's openness to arbitration underwent a significant transformation. Over the past few decades, arbitration has emerged as the dominant method for dispute settlement on a global scale^[32].

Therefore, as stated by Hatami Alamdari^[33], the factors that may contribute to a less than optimal dispute resolution experience for parties include cultural, linguistic, legal, and business customs differences. Additionally, the complexity of conflict of laws and rules is a significant concern for disputant parties in cross-border disputes.

³⁰ Robert A. Kagan, „Should Europe Worry About Adversarial Legalism?” *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 2 (1997): 165-183.

³¹ William W. Park, „Arbitration in banking and finance” *Arbitration in Banking and Finance*, 17 (1998): 213.

³² Nicolas Ollivier, Caroline dos Santos, „Banking and Finance Disputes: to Arbitrate or not to Arbitrate, that is the Question” *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht/SZW*, 4 (2020): 449-459.

³³ Bahar Hatami Alamdari, „The emerging popularity of international arbitration in banking and financial sector-Is this a fashionable trend or a viable replacement?” (doctoral thesis, University of London, 2016).

In light of these challenges, there has been a growing trend towards the harmonization of legislation to facilitate the realization of banking transactions across borders. This has emerged as a necessity between countries. The concept of international arbitration as an alternative dispute resolution has not been readily embraced, despite the fact that it facilitates a more expeditious, efficacious, confidential, and above all, professional judicial examination. Despite the challenges inherent in the consolidation process, it is a viable option; today, there are no such impediments.

As pointed out by Budnitz^[34], financial institutions have turned to arbitration not only to avoid huge losses but also to avoid publicity of the litigation. Williams and Dafe^[35], on the other hand, argue that more than 3,000 bilateral international investment treaties (BITs) and trade agreements containing investment chapters govern investment flows and provide the legal basis for investor-state arbitration; this is considered a great achievement in increasing the use of arbitration as a dispute resolution mechanism.

In the case of *Deutsche Bank AG v Sri Lanka*^[36], a request for the institution of arbitration proceedings under the ICSID, resolution the on Financial Derivative Products, *inter alia* investment protection regime the summary: The Claimant created a specific derivative instrument allowing Sri Lanka's state-owned enterprise to hedge against oil price increases and variations. However, the state-owned enterprise failed to make the monthly payments that were required. The claimant terminated the agreement and initiated ICSID proceedings on the grounds of a breach of the Germany-Sri Lanka BIT^[37].

According to another group of authors, it highlights the skepticism of the EU's acceptance of another dispute resolution system, such as arbitration. The EU's adherence to the jurisdiction of international dispute settlement

³⁴ Mark E Budnitz, „Arbitration of Disputes Between Consumers and Financial Institutions: a Serious Threat to Consumer Protection” *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, No. 2 (1994): 267.

³⁵ Florence Dafe, Zoe Williams, „Banking on courts: financialization and the rise of third-party funding in investment arbitration” *Review of International Political Economy*, 28, No. 5 (2021): 1362-1384.

³⁶ *Deutsche Bank AG V. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, International Centre For Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/09/02, Date of Dispatch to the Parties: 31 October 2012.

³⁷ *Ibidem*.

mechanisms, the Court of Justice of the European Union (CJEU), has been very critical^[38].

The case *Slovak Republic v. Achmea B.V.*^[39] emphasizes, among other things, that: „[...] the arbitration procedure is not in itself capable of ensuring the uniform application of EU law that Article 267 Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU) aims to guarantee”. Therefore, the court insists that: „[...] prior to the enforcement of the arbitral award, a court of the State may be called on to review the compatibility of the arbitral award with EU law, and can make a reference to the Court if need be”.

In the decision of CJEU, it is emphasized that the binding agreements between the member states must be interpreted in the light of EU law. Also, the decision of CJEU it is emphasized that:

„[...] In line with the Court’s rulings on arbitral awards deciding disputes between individuals, the national courts’ power to review an arbitral award concerning a dispute between an individual and a Member State can validly be limited solely to breaches of fundamental provisions of EU law. That circumstance should not lead to an arbitration clause such as that in the main proceedings contrary to Article 267 TFEU”.

Additionally, the effect of using mechanisms for alternative dispute resolution that come from international agreements concluded by the EU is not, in principle, incompatible with Union law^[40]. Article 344 TFEU^[41] addresses this situation, specifying that EU Member States are prohibited from using other dispute settlement mechanisms to resolve disputes concerning EU law.

Decisions taken by other tribunals and not by the CJEU, it should be noted that the CJEU does not consider them because they do not produce

³⁸ Tasnim Ahmed, „The CJEU and the Introduction of International Dispute Settlement Mechanisms within the EU: Is Alternative Dispute Resolution in the EU in safe hands?” *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 22 (2022): 491.

³⁹ *Slowakische Republik v. Achmea B.V.* Case C-284/16. Judgment of the Court of Justice of the European Union („CJEU”), (Grand Chamber), 6 March 2018.

⁴⁰ Allan Rosas, „The EU and international dispute settlement” *Europe and the World: A Law Review*, No. 1 (2017): 1-29.

⁴¹ Article 344 (ex Article 292 TEC) Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein. Official Journal 115, 09/05/2008, P. 0194 – 0194.

any legal effect in the EU. Well, we are presented with another situation if we refer to Article 218 of the TFEU:

„A Member State, the European Parliament, the Council or the Commission may obtain the opinion of the Court of Justice as to whether an agreement envisaged is compatible with the Treaties. Where the opinion of the Court is adverse, the agreement envisaged may not enter into force unless it is amended or the Treaties are revised”.

In light of this article, it can be interpreted that CJEU recognizes the agreements between the parties if they are based on EU treaties and EU laws, that is, only when they are connected on the basis of EU legislation. A binding judgment of an international court used by an EU Member State might seek to avoid its obligations under EU law^[42].

There is a doubt that the arbitrators in the arbitration tribunals cannot always correctly apply the *acquis communautaire*. Therefore, the application of EU law goes outside the EU institutions, which have legal authorizations to interpret and apply EU laws.

Therefore, this „resistance” presented by the CJEU for denying arbitration decisions only in certain circumstances represents a kind of competition between the two judicial review systems. Uniformity of the EU legal order began to be viewed as a potential threat to international integrity at the time when the EU legal order expanded and developed^[43]. Despite the advantages of ADR, its flaws can be divided into two groups. Firstly, there are flaws that relate to the subjective elements of the arbitrators, and secondly, there are flaws that relate to the procedural elements. For example, the assignment of sentences based on the personal agenda may prolong the process of examining the case in arbitration. In addition, procedural defects may result from the summary procedure.

⁴² Jed Odermatt, „The Court of Justice of the European Union and International Dispute Settlement: Conflict, Cooperation and Coexistence” *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 24 (2022): 88-110.

⁴³ *Ibidem*.

3 | Conclusions

The article examined the banking industry's open-to-resolution option. Given that today, commercial banks operate in markets in different countries and are automatically confronted with the requirements of local legislation, and in the event of arising disagreements between the parties, they must be addressed to regular courts or arbitration, the possibility of resolving the type of judicial examination of the case has increased the possibility for both parties to decide by contract the use of the arbitration clause. The paper addresses the topic of arbitration and its impact on the economy, particularly in terms of the speed of dispute resolution.

The article examined the key difference between the court and arbitration: the element of time and the speed of resolving the dispute. While in regular courts, an economic-commercial dispute can last for years until the final epilogue, it is resolved relatively in arbitration. The research looked at the difference between the regular system of courts and arbitration tribunals in the case of resolving cases arising from disputes in the financial and banking sectors. The article examines the „conflict” between the two systems and their claims about which type of system is more efficient for resolving disputes in this field, explaining their impact on countries' economies. Elaborating on the lack of escalation in judicial review in arbitration.

We concluded that there is no need for significant differences in the drafting of contracts in the banking sector, but should be promoted that the arbitration clause should be incorporated into the contracts; therefore, arbitration is promoted as an alternative possibility to resolve disputes; it also represents higher security for the parties contracting that in the event of a disagreement between the parties, their rights are realized in a fast, professional and efficient process.

Nevertheless, further research is still required to ascertain the significance of arbitration in fostering economic growth and ensuring effective and impartial dispute resolution. Consequently, it can be posited that daily arbitration represents a vital instrument in resolving disputes that arise within the financial sector, particularly within the banking sector.

Bibliography

- Board of the Central Bank of the Republic of Kosovo, *Regulation on Arbitration Tribunal Procedures*, 30 March 2017. https://bqk-kos.org/repository/docs/korniza_ligjore/english/Rregullore%20per%20Procedurat%20e%20Tribunalit%20te%20Arbitrazhit-Eng.pdf.
- Budnitz Mark E., „Arbitration of Disputes Between Consumers and Financial Institutions: a Serious Threat to Consumer Protection” *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, No. 2 (1994): 267. https://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1187&context=faculty_pub.
- Central Bank of Kosovo, *Annual Report 2022*, 2022. <https://bqk-kos.org/publications/cbk-annual-report/?lang=en>.
- Central Bank of Kosovo, *Functions and Responsibilities*, 2024. <https://bqk-kos.org/?lang=en>.
- Dafe Florence, Zoe Williams, „Banking on Courts: Financialization and the Rise of Third-Party Funding in Investment Arbitration” *Review of International Political Economy*, No. 5 (2021): 1362-1384. <https://doi.org/10.1080/09692290.2020.1764378>.
- Daly Joseph L., „Arbitration: The Basics” *Journal of American Arbitration*, 5 (2006): 1. <https://ssrn.com/abstract=1947042>.
- del Rio A. Oscar Ruiz, „Arbitration Clauses in International Loans” *Journal of International Arbitration*, 4 (1987): 45. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/jia0004&div=37&id=&page=>.
- Fons Manuel Penades, „The Effectiveness of EU Law and Private Arbitration” *Common Market Law Review*, Bo. 4 (2020): 1069-1106. <https://doi.org/10.54648/cola2020716>.
- Freeman James, „The Use of Arbitration in the Financial Services Industry” *Business Law International*, 16 (2015): 77.
- Han Irene, „Rethinking the Use of Arbitration Clauses by Financial Institutions” *Journal of International Arbitration*, No. 2 (2017): 207-237. <https://doi.org/10.54648/joia2017012>.
- Hatami Alamdari Bahar, „The Emerging Popularity of International Arbitration in Banking and Financial Sector-Is this a Fashionable Trend or a Viable Replacement?”. Doctoral thesis, University of London, 2016.
- Hodges Paula, Hannah Ambrose, *Use of Arbitration in the Banking and Finance Sector (Part 1): Lcia Statistics Show Growth*. Herbert Smith Freehills, 2022. <https://hsfnotes.com/arbitration/2022/05/19/use-of-arbitration-in-the-banking-and-finance-sector-part-1-lcia-statistics-show-growth/>.

- Horn Norbert, „The Development of Arbitration in International Financial Transactions” *Arbitration International*, No. 3 (2014): 279-296. <https://doi.org/10.1023/A:1008947319883>.
- Kagan Robert A., „Should Europe Worry About Adversarial Legalism?” *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 2 (1997): 165-183. <https://doi.org/10.1093/ojls/17.2.165>.
- Meijer Gerard J., Richard H. Hansen, „Arbitration and Financial Services”, [in:] *Controlling Capital. Public and Private Regulation of Financial Markets*, ed. Nicholas Dorn. 193-209. London: Routledge, 2016.
- Odermatt Jed, „The Court of Justice of the European Union and International Dispute Settlement: Conflict, Cooperation and Coexistence” *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 24 (2022): 88-110. <https://doi.org/10.1017/cel.2022.9>.
- Ollivier Nicolas, Caroline dos Santos, „Banking and Finance Disputes: to Arbitrate or not to Arbitrate, that is the Question” *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht/SZW*, 4 (2020): 449-459. https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2020/12/06_SZW_2020_04_Ollivier_DosSantos_SZW-Link-1.pdf.
- Park William W., „Arbitration in banking and finance” *Arbitration in Banking and Finance*, 17 (1998): 213. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/annrbfl17&div=6&id=&page=>.
- „Potential of banking sector in Kosovo: Challenges and Opportunities” *The Kosovo Banker*, No. 16 (2019): 1-52. https://www.bankassoc-kos.com/uploads/files/2019/December/11/20_-_The_Kosovo_Banker_Nr._16_-_ENG_-_02_-_WEB1576077890.pdf.
- Rosas Allan, „The EU and international dispute settlement” *Europe and the World: A law review*, No. 1 (2017): 1-29. <https://doi.org/10.14324/111.444.ewlj.2017.03>.
- Stipanowich Thomas J., Amy J. Schmitz, *Arbitration*. Boston: Aspen Publishing, 2022.
- Tasnim Ahmed, „The CJEU and the Introduction of International Dispute Settlement Mechanisms within the EU: Is Alternative Dispute Resolution in the EU in safe hands?” *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 22 (2022): 491. <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1507&context=drlj>.



Czy przywilej terapeutyczny ogranicza autonomię pacjenta?

Does Therapeutic Privilege Limit Patient Autonomy?

In the article entitled *Does Therapeutic Privilege Limit Patient Autonomy?* the above-mentioned institution of medical law, which allows the physician to limit the information on the state of health and prognosis provided to the patient during the diagnostic and therapeutic process, was characterized. Since the said privilege has its source in Art. 31 par. 4 of the law of December 5, 1996, on the medical and dental professions, and its ethical dimension derives from art. 17 of the Code of Medical Ethics, both provisions have been subjected to a detailed analysis. The article also presents selected views of legal doctrine on the understanding of “patient autonomy”. Using the dogmatic-linguistic method, axiological analysis and teleological analysis, the provisions of Art. 31 par. 4 of the Act on Patients’ Rights and the Patients’ Rights Ombudsman and Art. 17 of the Code of Medical Ethics. By focusing not only on the *de lege lata* but also on the construction of *de lege ferenda* postulates, an answer was given to the question in the title of the work. The therapeutic privilege was found to limit the patient’s autonomy, but it was legitimate and aimed at protecting the patient’s well-being.

KEYWORDS: therapeutic privilege, patient’s autonomy, medical law

SŁOWA KLUCZOWE: przywilej terapeutyczny, autonomia pacjenta, prawo medyczne

PIOTR ZIELIŃSKI, doktor nauk prawnych, Uniwersytet Gdański,
ORCID – 0000-0002-2664-7203, radca prawny, e-mail: piotr.zielinski@ug.edu.pl

1 | Wstęp

Instytucja przywileju terapeutycznego została uregulowana w art. 31 ust. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Zgodnie z przedmiotowym przepisem, „W sytuacjach wyjątkowych, jeżeli rokowanie jest niepomysłne dla pacjenta, lekarz może ograniczyć informację o stanie zdrowia i o rokowaniu, jeżeli według oceny lekarza przemawia za tym dobro pacjenta. W takich przypadkach lekarz informuje przedstawiciela ustawowego pacjenta lub osobę upoważnioną przez pacjenta. Na żądanie pacjenta lekarz ma jednak obowiązek udzielić mu żądanej informacji”^[1].

Powyższe stanowi wyjątek od reguły wyrażonej w art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza, zgodnie z którym: „Lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu”. Przepis ten jest jednym z normatywnych źródeł prawa pacjenta do informacji, o którym mowa w art. 9 ust. 1-8 ustawy z dnia 6 listopada 2008 roku o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Zgodnie z drugim ustępem rzeczonoego artykułu, „Pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, lub jego przedstawiciel ustawowy mają prawo do uzyskania od osoby wykonującej zawód medyczny przystępnej informacji o stanie zdrowia pacjenta, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu, w zakresie udzielanych przez tę osobę świadczeń zdrowotnych oraz zgodnie z posiadanymi przez nią uprawnieniami”^[2].

¹ Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty z dnia 5 grudnia 1996 roku (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1731 ze zm.), dalej jako *ustawa o zawodach lekarza*.

² Ustawa z dnia 6 listopada 2008 roku o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1876 ze zm.), dalej jako *ustawa o prawach pacjenta*. Na temat prawa pacjenta do informacji powstało wiele publikacji. Niezwykle bogaty jest również dorobek judykatury, w którym zawraca się uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 9 maja 2002 roku (sygn. akt ACa 221/02), w którym sąd stwierdził, że lekarze nie dopełnili obowiązku poinformowania pacjenta. W karcie leczenia szpitalnego umieszczono niezrozumiałą dla pacjenta wpis, tj. „Antygen Hbs/H dodatni”. Powyższe oznaczało, że pacjent jest nosicielem żółtaczki zakaźnej typu B. Specjalistyczne sformułowanie nie było jednak dla

Przywilej terapeutyczny bywa uznawany za regulację nazbyt ingerującą w autonomię pacjenta, ograniczającą jego świadomy udział w procesie diagnostyczno-leczniczym, z drugiej strony jest traktowany po prostu jako prawo lekarza do ograniczania informacji przekazywanych pacjentowi, z uwagi na dobro danego chorego. W doktrynie prawa nie sposób znaleźć jednoznaczną odpowiedź na pytanie postawione w tytule niniejszej pracy, niemniej w toku poniższych rozważań zostanie podjęta próba rozstrzygnięcia przedmiotowego problemu.

Z uwagi na ograniczone ramy niniejszego artykułu zdecydowano o wyborze trzech metod badania prawa. Są nimi: analiza logiczno-językowa – wykorzystana w celu precyzacji znaczenia wyrażen językowych, a co za tym idzie rekonstrukcji norm prawnych; analiza aksjologiczna – zastosowana w celu określenia wartości stojących u podstaw instytucji przywileju terapeutycznego^[3] oraz analiza teleologiczna – przeprowadzona, aby określić cel analizowanych regulacji.

2 | Przywilej terapeutyczny – zagadnienia *de lege lata* oraz *de lege ferenda*

Należy stwierdzić, że lekarz jest – co do zasady – zobowiązany przekazywać pacjentowi niemalże wszystkie informacje związane z dotyczącym tego pacjenta procesem diagnostyczno-leczniczym. Przywilej terapeutyczny stanowi wyjątek od powyższej reguły. Lekarz korzystający z przedmiotowej instytucji może ograniczyć pacjentowi wyłącznie wiadomości „o stanie zdrowia i o rokowaniu”. Temu ograniczeniu nie mogą zatem podlegać jakiegokolwiek informacje dotyczące rozpoznania, proponowanych oraz możliwych metod diagnostycznych i leczniczych, ani dające się przewidzieć następstwa ich zastosowania albo zaniechania.

pacjenta zrozumiałe. Sąd stwierdził, że „używane pojęcia, szczególnie przedstawione w formie skrótów lub symboli wymagają zwykle przełożenia na język zrozumiały dla przeciętnego odbiorcy”. Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 9.05.2002 r., sygn. akt ACa 221/02, PiM 2004, nr 14, poz. 116.

³ Szerzej na temat metod badawczych wykorzystanych w niniejszej pracy zob. Tomasz Barankiewicz, „Współczesne metody badania prawa” *Studia Prawnicze KUL*, t. I (2010): 115-131.

Trudności sprawia jednak odróżnienie informacji dotyczących „stanu zdrowia” od tych, które dotyczą „rozpoznania”. Rafał Kubiak zauważa, że wyżej wymienione terminy są ze sobą powiązane. Podkreśla jednak, że ustawodawca nie umożliwił lekarzowi zatajenia części wiadomości o rozpoznaniu, a uczynił to wyłącznie w odniesieniu do stanu zdrowia (i rokowania)^[4]. Powyższe rozwiązanie legislacyjne może skutkować kwalifikowaniem tych samych danych dotyczących pacjenta do różnych kategorii informacji, a co za tym idzie, zróżnicowanym rozumieniem zakresu przedmiotowego przywileju terapeutycznego. Lekarz traktujący rozpoznanie jako rodzaj wiadomości dotyczącej stanu zdrowia pacjenta i stosujący przywilej terapeutyczny *de facto* zachowuje się w sposób sprzeczny z dyspozycją normy, którą zrekonstruowano z art. 31 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza.

Małgorzata Świdorska uznaje, że ścisłe rozumienie przedmiotowego przepisu – polegające na rozróżnieniu stanu zdrowia od rozpoznania – jest sprzeczne z jego *ratio legis*. W licznych przypadkach nie jest bowiem możliwe oddzielenie informacji o zdrowiu danego pacjenta od dotyczącej go diagnozy^[5].

Konstrukcja art. 31 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza może zostać uznana za niefortunną. Lekarz decydujący się na skorzystanie z przysługującego mu przywileju terapeutycznego może ograniczyć informację o stanie zdrowia i rokowaniu. Dwie wyżej wymienione kategorie wiadomości są traktowane łącznie. Wydaje się zatem, że nie może on ograniczyć tylko informacji dotyczących stanu zdrowia albo wyłącznie dotyczących rokowania. Takie rozumienie przepisu wynika *expressis verbis* z jego treści, w której posłużono się koniunkcją. Przypomina się, że koniunkcja jest prawdziwa tylko wtedy, gdy zarówno jej pierwszy, jak i drugi człon są prawdziwe. Zakładając hipotetycznie, że pacjent jest świadomy swojego stanu zdrowia, lecz nie wie jakie są rokowania, zasadne byłoby, aby lekarz mógł ograniczyć tylko wiadomości o rokowaniu. Takie uprawnienie nie wydaje się wprost wynikać z przepisu art. 31 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza, który powinien ulec modyfikacji poprzez zastąpienie spójnika koniunkcji słowem „lub”, odpowiadającym w języku naturalnym funktorowi ekstensjonalnemu alternatywy zwykłej. Alternatywa ta jest bowiem prawdziwa aż w trzech przypadkach, tj. prawdziwości obu członów alternatywy albo

⁴ Rafał Kubiak, „Przywilej terapeutyczny” *Medycyna Paliatywna*, nr 9 (2017): 15.

⁵ Małgorzata Świdorska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny* (Toruń: Dom Organizatora, 2007), 129. Definicję słowa „rokować” przedstawiono w *Słowniku Języka Polskiego PWN*. <https://sjp.pwn.pl/slowniki/rokowac.html>. [dostęp: 07.06.2021].

wyłącznie jednego (dowolnego) z nich^[6]. Zabieg polegający na zastąpieniu koniunkcji alternatywą pozwoliłby lekarzowi na większą swobodę w korzystaniu z przywileju terapeutycznego oraz sprawił, że przepis ten byłby skuteczniejszym instrumentem ochrony dobra pacjenta. Od lekarza bowiem zależałoby, czy ograniczeniu podlegałyby wyłącznie informacje o stanie zdrowia pacjenta czy o dotyczącym go rokowaniu, a może obie wyżej wymienione kategorie wiadomości^[7].

Warto również odnieść się do wniosku *a fortiori* (a ściślej *a maiori ad minus*), zgodnie z którym jeśli adresatowi normy prawnej dozwolone jest czynić więcej, to tym bardziej może on czynić mniej. Jak zauważa Oktawian Nawrot, „jeśli stwierdzimy istnienie normy N1, wyznaczającej określony,

⁶ Szerzej na temat funktorów ekstensjonalnych zob. Oktawian Nawrot, *Wprowadzenie do logiki dla prawników* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 132-134. Na temat istoty koniunkcji wypowiedział się m. in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, który stwierdził: „Zgodnie z poglądami doktryny, spójnikami koniunkcji są głównie wyrażenia »oraz«, »lecz«, »a także«, »i«, natomiast w tekstach odpowiednikiem koniunkcji jest przecinek – *Logika dla prawników*, red. Andrzej Malinowski (Warszawa: Lexis Nexis, 2002), 97. Koniunkcja nazywana jest związkiem współprawdziwości dwóch zdań, bowiem zdanie połączone za pomocą funktora koniunkcji jest tylko wtedy prawdziwe, gdy obydwa zakresy połączone funktorem koniunkcji są prawdziwe, a zatem gdy posiadane są obie kategorie uprawnień. Ponadto dla analizy właściwości logicznej wypowiedzi będącej zdaniem złożonym połączonym za pomocą takiego funktora koniunkcji nie ma znaczenia, czy pomiędzy połączonymi funktorem zdaniami występuje jakikolwiek związek logiczny, jednakże w mowie potocznej zazwyczaj wiążą się ze sobą za pomocą tego funktora zdania powiązane treściowo. Z kolei użycia spójnika »lub« w zdaniu oznacza, że mamy do czynienia z alternatywą łączną (nierozłączną), a zatem gdy jedno zdanie jest fałszywe, a jednocześnie prawdziwe. Zatem adresat tego zdania może się zachować w sposób »X«, w sposób »Y«, w sposób »X i Y«. Powyższe tezy potwierdza również stanowisko judykatury. I tak, w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2008 r. sygn. akt. III CZP 31/08 stwierdzono, że spójnik »lub« oznacza alternatywę łączną (nierozłączną) i stanowi przeciwieństwo wyrazu »albo«, właściwego dla alternatywy rozłącznej. Takie samo stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 marca 2006 r. sygn. akt I CSK 8 I/OS, a w uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2006 r. sygn. akt II UZP 10/06 stwierdzono, że »lub« wyraża »alternatywę łączną«, czyli dopuszcza możliwość współwystępowania sytuacji komunikowanych przez zdanie łączone tym spójnikiem”. Zob. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 stycznia 2019 r. (sygn. akt II SA/Wa 942/18), LEX nr 2772613.

⁷ Warto zauważyć, że w art. 31 ust. 4 ustawodawca posłużył się liczbą pojedynczą rzeczownika „informacja”. Zob. „(...) lekarz może ograniczyć informację o stanie zdrowia i o rokowaniu [...]”. Powyższe również wydaje się potwierdzać, iż „stan zdrowia” i „rokowanie” są traktowane łącznie.

cięższy obowiązek po stronie danego podmiotu, ewentualnie nadającej mu szersze uprawnienie, to istnieje także norma N2 niezawarta bezpośrednio w obowiązujących przepisach prawnych, nakładająca na wspomniany podmiot obowiązki mniej uciążliwe lub nadające mu węższe uprawnienia”^[8]. Pojawia się jednak pytanie: czy zastosowanie wnioskovania *a maiori ad minus* jest możliwe w przypadku omawianym na kartach niniejszej pracy? Nie jest przecież tak, że możliwość ograniczenia informacji dotyczącej rokowania nie została nigdzie wyrażona (innymi słowy w przepisach nie ma normy N2). Przeciwnie, takie uprawnienie lekarza wynika z analizowanej regulacji, lecz zostało niejako powiązane z koniecznością ograniczenia informacji o stanie zdrowia. Dopiero łączne traktowanie tych dwóch kategorii wiadomości umożliwia skorzystanie z instytucji przywileju terapeutycznego^[9]. Zasadnym byłoby zatem zastąpienie spójnika „i” słowem „lub”.

Szczegółowej analizy wymagają również pozostałe elementy składowe przepisu art. 31 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza. Ograniczenie informacji przekazywanej pacjentowi może nastąpić wyłącznie w sytuacjach wyjątkowych, w których rokowanie jest niepomysłne dla pacjenta. Nadto, skorzystanie z przywileju terapeutycznego będzie możliwe tylko wtedy, gdy przemawia za tym „dobro pacjenta”^[10]. Podkreśla się, że to do lekarza należy ocena czy zastosowanie przywileju terapeutycznego byłoby zgodne

⁸ Oktawian Nawrot, *Wprowadzenie do logiki dla prawników* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2020), 291-292. Zob. także. idem, „Wnioskovanie prawnicze”, [w:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa: 100 podstawowych pojęć*, red. Jerzy Zajadło (Warszawa: C.H. Beck, 2017), 360

⁹ Wnioskovania bywają przeprowadzane w sposób budzący wątpliwości, „oparty na domyślnych uzupełnieniach wypowiedzi prawodawcy”. Zob. Zygmunt Ziemiński, *Logika praktyczna* (Warszawa: PWN, 2013), 253. Na temat *Argumentum a maiori ad minus* w praktyce lekarskiej (w odniesieniu do tajemnicy zawodowej) zob. Marcin Burdzik, „Prawna skuteczność zwolnienia z tajemnicy lekarskiej przez osoby małoletnie i ubezwłasnowolnione”, [w:] idem, *Lekarz w procesie karnym jako gwarant tajemnicy lekarskiej* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021). <https://sip.lex.pl/#/monograph/369482373/387688/burdzik-marcin-lekarz-w-procesie-karnym-jako-gwarant-tajemnicy-lekarskiej?keyword=a%20amaiori%20ad%20minus&cm=SREST>. [dostęp: 08.07.2021].

¹⁰ Warto nadmienić, że pojęcie „dobro pacjenta” szczegółowo przeanalizowała Beata Janiszewska, zob. Beata Janiszewska, „Obowiązki podmiotów leczniczych”, [w:] *System prawa medycznego. Instytucje prawa medycznego*, red. Marek Safjan, Leszek Bosek (Warszawa: C.H. Beck, 2017), 1021. Odnosi się do niego również Maria Boratyńska, zob. Maria Boratyńska, „Lekarski obowiązek udzielenia pomocy”, [w:] *System Prawa Medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*, t. II, cz. 1, red. Maria Boratyńska, Przemysław Konieczniak (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019), 678-679.

z rzeczonym dobrem. Jeżeli lekarz zdecyduje się z niego skorzystać, to zobowiązany będzie udzielić pełnej informacji przedstawicielowi ustawowemu pacjenta (jeżeli taki przedstawiciel istnieje) lub osobie wskazanej przez pacjenta (jeżeli taka osoba została wskazana)^[11]. W naturalny sposób pojawia się zatem pytanie, co powinien zrobić lekarz, jeśli pacjent jest osobą pełnoletnią, posiadającą pełną zdolność do czynności prawnych, nieposiadającą przedstawiciela ustawowego, nieznajdującą się w stanie wyłączającym świadome wyrażanie woli, jak również nie wskazał on żadnej osoby uprawnionej do pozyskiwania informacji, o których mowa w art. 9 ustawy o prawach pacjenta. Czy w związku z brakiem osób, o których mowa powyżej, lekarz nie może legalnie skorzystać z instytucji przywileju terapeutycznego czy jedynie nie może spełnić drugiej części zrekonstruowanej normy prawnej, tj. przekazać pełnej informacji osobie trzeciej (przedstawicielowi ustawowemu pacjenta lub wskazanej przez niego osobie)? Odpowiedź wydaje się oczywista – nie może zastosować przywileju terapeutycznego.

Z aksjologicznego punktu widzenia trudno jednoznacznie stwierdzić czy ograniczenie informacji o stanie zdrowia lub rokowaniu powinno być dozwolone wyłącznie, jeśli pacjent posiada przedstawiciela ustawowego lub wskazał osobę, która jest uprawniona do pozyskiwania wiadomości na temat tego pacjenta. Należy bowiem rozważyć hipotetyczną sytuację, w której lekarz działając w dobrej wierze i trosce o dobro pacjenta ogranicza informację o stanie jego zdrowia i rokowaniu, jednocześnie nie przekazuje nikomu pełnej informacji w tym zakresie. *De facto* działa dla dobra chorego, lecz warto mieć na względzie, że istniałoby duże prawdopodobieństwo, iż pacjent będąc nieświadomym sytuacji, w której się znajduje, postąpi inaczej, aniżeli postąpiłby, gdyby dokładnie wiedział jaki jest stan jego zdrowia i rokowanie. Czy jednak postępowanie lekarza nie było uzasadnione i słuszne? A może lekarz powinien być uprawniony do odroczenia przekazania tymczasowo zatajonych informacji pacjentowi w takich sytuacjach?

Na lekarzu ciąży obowiązek udzielenia pacjentowi pełnej informacji na jego żądanie^[12]. Co jednak, jeżeli pacjent nie wyraził wprost swojego żądania, jest przekonany, że lekarz przekazuje mu wszystkie informacje,

¹¹ Należy podkreślić, że przywilej terapeutyczny może zostać zastosowany wyłącznie wobec pacjenta. Innymi słowy, nie jest możliwe ograniczyć informacji przekazywanych przedstawicielowi ustawowemu pacjenta, zob. Janiszewska, „Obowiązki podmiotów leczniczych”, 1020.

¹² W doktrynie wyrażono nawet pogląd, zgodnie z którym „Przywilej terapeutyczny wiąże się przede wszystkim z prawem pacjenta do żądania, by lekarz przekazał mu jego zdaniem ukrywane przed nim informacje dotyczące jego

a w rzeczywistości lekarz ten korzysta z przywileju terapeutycznego? Lekarz nie informuje przecież pacjenta, że w danym momencie działa on na podstawie i w granicach rzezonego przywileju, jednocześnie nie wspomina także, iż na wypadek żądania pacjenta przekaże mu wszystkie informacje o stanie zdrowia i rokowaniu. Ponadto, niektórzy pacjenci, nie mając przedstawicieli ustawowych, nie upoważniają nikogo do otrzymywania informacji na temat udzielanych im świadczeń zdrowotnych i nie są świadomi istnienia takiej instytucji jak przywilej terapeutyczny. W takich przypadkach nieświadomie pozbawiają się ochrony ich psychiki poprzez wykluczenie możliwości zastosowania wobec nich przywileju terapeutycznego. Niewątpliwie, fakt posiadania przedstawiciela ustawowego lub wskazania osoby uprawnionej do pozyskiwania wiadomości na temat pacjenta jest obecnie warunkiem przesądającym o możliwości zastosowania przywileju terapeutycznego.

Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 17 października 2012 roku (sygn. akt I ACa 420/12) stwierdził: „[...] lekarz zobowiązany jest do udzielania pacjentowi informacji o jego stanie zdrowia, rokowaniach i przebiegu leczenia. W sytuacjach określonych (wspomniany przywilej terapeutyczny) lekarz może od tego obowiązku się uchylić. Wtedy też w przypadku zgłoszenia żądania aktualizuje się obowiązek lekarza do udzielenia informacji osobom najbliższym. Obowiązek ten powstaje również w przypadku utraty przez pacjenta przytomności (por. art. 31 ust. 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty)”¹³. Wydaje się, że sąd albo popełnił błąd albo niewystarczająco precyzyjnie sformułował ten fragment orzeczenia. Obowiązek lekarza polegający na przekazaniu informacji „osobom najbliższym” (powinno być: „osobom bliskim”), aktualizuje się z mocy prawa, nie zaś w przypadku – jak to określił sąd – „zgłoszenia żądania”.

Czy nie jest sprzeczne z zasadą *primum non nocere* takie brzmienie art. 31 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza, które pozwala na zastosowanie przywileju terapeutycznego tylko w sytuacji istnienia przedstawiciela ustawowego pacjenta lub wskazania przez tego pacjenta konkretnej osoby upoważnionej do bycia informowaną? Zakładając w punkcie wyjścia, że „dobro pacjenta” jest najważniejsze, można uznać, że lekarz powinien być uprawniony do zastosowania przywileju terapeutycznego nawet w sytuacji, gdy pacjent nie

stanu zdrowia”, o czym zob. *Prawa pacjenta i Rzecznik Praw Pacjenta. Komentarz*, red. Dorota Karkowska (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 457.

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 17.10.2012 r., sygn. akt I ACa 420/12, LEX nr 1237226.

ma przedstawiciela ustawowego lub nie wskazał żadnej osoby uprawnionej do uzyskiwania wiadomości na swój temat. W przeciwnym wypadku, jego psychika pozostawałaby pod słabszą ochroną, aniżeli pacjenta, który upoważnił inną osobę do otrzymywania informacji, o której mowa w art. 9 ustawy o prawach pacjenta. Prawie żaden pacjent rezygnujący z upoważnienia innej osoby do bycia informowaną o jego szeroko rozumianym zdrowiu i leczeniu nie przewiduje, iż wystąpią okoliczności uzasadniające zastosowanie wobec niego przywileju terapeutycznego.

Ustawodawca decydując się na zobligowanie lekarza stosującego przywilej terapeutyczny do przekazania pełnej informacji przedstawicielowi ustawowemu pacjenta lub osobie wskazanej przez pacjenta pośrednio udzielił odpowiedzi na pytanie: czy bardziej niebezpieczne dla pacjenta będą konsekwencje natury psychicznej (cierpienie po otrzymaniu złych wiadomości na temat stanu zdrowia i rokowania) czy konsekwencje ograniczenia powyższych wiadomości. Uznał, że drugie z wymienionych będą bardziej dotkliwe.

Kolejny praktyczny aspekt związany ze stosowaniem przywileju terapeutycznego dotyczy chwili jego realizowania. Oczywiście wydaje się, że decyzję o ograniczeniu informacji na temat stanu zdrowia i rokowania lekarz zazwyczaj podejmuje *ad hoc*. Jeżeli w trakcie rozmowy z ciężko chorym pacjentem, obserwując jego reakcje, dojdzie do wniosku, że z uwagi na dobro pacjenta powinien zastosować przywilej terapeutyczny, to nie jest pożądane, aby lekarz ten przerywał rozmowę ze zrozpaczonym pacjentem i upewniał się w dokumentacji, czy pacjent ten wskazał inną osobę do uzyskiwania informacji o swoim stanie zdrowia i rokowaniu. Inaczej należy ocenić sytuację, w której lekarz przygotowuje się do „trudnej rozmowy” z pacjentem, którego rokowania są bardzo złe. Wtedy uprzednie upewnienie się przez lekarza co do możliwości zastosowania przywileju jest bez wątpienia możliwe i pożądane.

W doktrynie prawa pojawia się pytanie, czy przywilej terapeutyczny może być stosowany w przypadkach, w których wobec pacjenta ma zostać przeprowadzony zabieg o podwyższonym ryzyku. Marian Filar wyraził pogląd, zgodnie z którym w takim przypadku na lekarzu ciąży obowiązek udzielenia pacjentowi informacji w pełnym zakresie. Autor uważa, że odesłanie zawarte w art. 34 ust. 2 ustawy do art. 31 tego aktu prawnego uniemożliwia skorzystanie z instytucji przywileju terapeutycznego^[14].

¹⁴ Marian Filar, *Lekarskie prawo karne* (Kraków: Zakamycze, 2000), 264.

Wśród bogatego dorobku doktryny i judykatury wskazuje się również na wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 2 października 2003 roku (sygn. akt I ACa 369/03). W przedmiotowej sprawie pacjentce w wieku 77 lat zaproponowano zabieg gastrokopii, ale z uwagi na obawę, iż pacjentka odmówi jej przeprowadzenia (nie wyrazi zgody) postanowiono nie informować jej o potencjalnych powikłaniach, w tym o niebezpieczeństwie przebicia przełyku, którego wystąpienie u osoby w tym wieku jest wysoce prawdopodobne^[15]. Jak stwierdziła Teresa Dukiet-Nagórska, wyżej wymieniony wyrok stanowi „dobrą ilustrację tego jak nie należy pojmować przywileju terapeutycznego”^[16]. Jego istotą nie jest bowiem manipulowanie postępowaniem pacjenta, lecz uchronienie go przed potencjalnymi niebezpieczeństwami, które mogłyby pojawić się po przekazaniu pacjentowi złych wiadomości o stanie zdrowia i rokowaniu.

Odzwierciedleniem instytucji przywileju terapeutycznego jest art. 17 Kodeksu Etyki Lekarskiej. Zgodnie z jego brzmieniem: „W razie niepomyślnej dla chorego prognozy, lekarz powinien poinformować o niej chorego z taktem i ostrożnością. Wiadomość o rozpoznaniu i złym rokowaniu może nie zostać choremu przekazana tylko w przypadku, jeśli lekarz jest głęboko przekonany, iż jej ujawnienie spowoduje bardzo poważne cierpienie chorego lub inne niekorzystne dla zdrowia następstwa; jednak na wyraźne żądanie pacjenta lekarz powinien udzielić pełnej informacji”^[17].

Lekarz musi zachować swoistą powściągliwość w przekazywaniu pacjentowi złych wiadomości. Zgodnie z przedmiotową regulacją lekarz może nie tyle ograniczyć, lecz w ogóle nie przekazać pacjentowi wiadomości o rokowaniu. Ponadto, ma prawo nie przekazać informacji nie o stanie zdrowia, lecz o rozpoznaniu. Zakładając oczywiście, że stan zdrowia i rozpoznanie nie są nazwami, których denotacje pozostają ze sobą w stosunku zamienności. Kodeks Etyki Lekarskiej zawiera zatem inne regulacje aniżeli ustawa o zawodach lekarza.

W odniesieniu do normy z Kodeksu Etyki Lekarskiej warto wspomnieć, że w deontologii lekarskiej od 100 lat jest możliwe ograniczanie informacji podawanych przez lekarza pacjentowi. Poprzez powyższe rozumie się świadome ograniczanie wiadomości, które mają na celu ochronę

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 2.10.2003 r., sygn. akt I ACa 369/03, PiM 2005, nr 3, poz. 125.

¹⁶ Teresa Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2008), 37.

¹⁷ *Kodeks Etyki Lekarskiej*. https://nil.org.pl/uploaded_images/1574857770_kodeks-etyki-lekarskiej.pdf. [dostęp: 05.06.2021].

psychiki pacjenta. Jak zauważa Rafał Kubiak, już w § 3 Zasad deontologii lekarskiej, które obowiązywały na obszarze Wileńsko-Nowogrodzkiej Izby Lekarskiej z 1929 roku, uznano, że lekarze są zobowiązani informować chorego o rozpoznaniu i rokowaniu „jak najogólniej, licząc się zawsze z psychiką pacjenta”. Podobnie uregulowano tę kwestię w Zasadzie nr 12 Zbioru zasad etyczno-deontologicznych polskiego lekarza z 1997 roku. W tym dokumencie stwierdzono, że „ze względu na ochronę psychiczną chorego nie jest wskazane podawanie do jego wiadomości niepomysłnego rokowania”^[18].

Skupiając się na warstwie semantycznej ustawowego źródła przywileju terapeutycznego oraz jego deontologicznym odpowiedniku, podkreśla się, że w przepisach tych występują niedookreślone wyrażenia dające lekarzowi dużą swobodę w decydowaniu o możliwości zastosowania przywileju terapeutycznego. W ustawie o zawodach lekarza posłużono się zwrotami: „W sytuacjach wyjątkowych”, „jeżeli rokowanie jest niepomysłne dla pacjenta”, „jeśli przemawia za tym dobro pacjenta”, zaś w Kodeksie Etyki Lekarskiej mowa o: „złym rokowaniu” i sytuacji, w której lekarz jest „głęboko przekonany, iż jej (informacji – PZ) ujawnienie spowoduje poważne cierpienie lub inne niekorzystne dla zdrowia następstwa”.

Justyna Szpara uznała, że konieczne jest stworzenie obiektywnych kryteriów medycznych przesądzających o możliwości zastosowania przywileju terapeutycznego. Nie jest bowiem wystarczające – zdaniem autorki – dokonywanie subiektywnej oceny zasadności zatajenia części informacji przez lekarza. Ustalenie kryteriów, których spełnienie umożliwiłoby skorzystanie z przywileju terapeutycznego, byłoby formą przeciwdziałania potencjalnym nadużyciom. Tym samym, sprzeciwiałoby się paternalistycznemu modelowi relacji lekarz-pacjent^[19].

¹⁸ Kubiak, *Przywilej terapeutyczny*, 13.

¹⁹ Justyna Szpara, „Prawo do informacji medycznej w relacjach pacjenta z lekarzem” *Prawo i Medycyna*, nr 4 (1999): 135-137. Na temat paternalizmu w medycynie powstało wiele publikacji. Wskazuje się na rozważania Kingi Bączyk-Rozwadowskiej, która podkreśliła, że jeszcze w latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku w judykaturze „wyrażano pogląd, w myśl którego najważniejsze było nie to co chory i jego rodzina pragnęli wiedzieć o stanie zdrowia i ewentualnych następstwach zabiegu, lecz to, co zdaniem lekarza osoby te wiedzieć powinny”. Zob. Kinga Bączyk-Rozwadowska, „Prawo pacjenta do informacji według przepisów polskiego prawa medycznego” *Studia Iuridica Toruniensia*, t. IX (2011): 59. Szerzej na temat paternalizmu w relacji lekarz-pacjent oraz opinii pacjentów na ten temat zob. Konrad Wroński, Roman Bocian, Adam Depta, Jarosław Cywiński, Adam Dziki, „Opinie pacjentów na temat modelu paternalistycznego w relacji lekarz-pacjent. Prawne

Agnieszka Liszewska podkreśla natomiast, że „ocena konkretnego stanu faktycznego należy do dwóch różnych podmiotów: lekarza oraz sądu. Z jednej strony to lekarz, na podstawie swojej wiedzy i doświadczenia, ocenia w jakim zakresie i w jaki sposób może – bez obawy o pogorszenie stanu zdrowia – udzielić pacjentowi wyjaśnień, z drugiej zaś ostatecznie zachowanie lekarza podlega ocenie sądu. Ze względu na niemożność ustalenia obiektywnych kryteriów, według których dałoby się precyzyjnie wyznaczyć granice obowiązku objaśnienia, wypada zgodzić się z poglądem, że sąd, dokonując oceny postępowania lekarza, powinien w dużej mierze uwzględnić jego stanowisko”^[20].

Małgorzata Świdarska wyraża pogląd, zgodnie z którym lekarz może skorzystać z przysługującego mu przywileju wyłącznie wtedy, gdy będzie przekonany, że przekazanie niepomyślnych wiadomości wywołałoby „reakcję traumatyczną”. Instytucja uregulowana w art. 31 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza stanowi wyjątek od reguły, zgodnie z którą lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi pełnej informacji, o której mowa w art. 9 ustawy o prawach pacjenta. Z tego względu, zdaniem Świdarskiej, zastosowanie ma reguła wykładni *exceptiones non sunt extendendae*^[21].

Rafał Kubiak, który dokonał obszernego przeglądu stanowisk wyrażonych w nauce prawa, zauważa, że już w latach pięćdziesiątych ubiegłego wieku, jak i we współczesnych publikacjach stwierdza się, iż ograniczanie informacji w ramach przywileju terapeutycznego nie jest uzasadnione w przypadku zabiegów nieterapeutycznych (eksperymenty medyczne lub zabiegi medyczne wyłącznie dla celów estetycznych). Tego rodzaju interwencje nie stanowią bowiem sytuacji zagrożenia dla życia lub zdrowia pacjenta, a więc nie ma również powodu do obaw, iż pełna informacja może zaszkodzić temu pacjentowi^[22]. Należy jednak dokonać pewnego doprecyzowania. Zabiegi dla celów estetycznych mogą

aspekty autonomii pacjenta w opiece zdrowotnej” *Nowotwory. Journal of Oncology*, nr 4 (2009): 266-273.

²⁰ Agnieszka Liszewska, „Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy” *Państwo i Prawo*, z. 1 (1997): 46.

²¹ Świdarska, zgoda pacjenta, 154. Dukiet-Nagórska twierdzi natomiast: „Przepis art. 31 ust. 4 u.z.l.l.d. wyraża tzw. przywilej terapeutyczny, stanowiący wyjątek od zasady. Skoro jest to wyjątek, to nie podlega on rozszerzającej wykładni i nie może być odnoszony do innych sytuacji niż ta, którą wyrażają słowa »niepomyślne rokowanie«. W piśmiennictwie wskazuje się również, że »przepis ten zezwala jedynie na przemilczenie pewnych informacji, a nie na przekazywanie nieprawdy«. Zob. Dukiet Nagórska, *Autonomia pacjenta*, op. cit.

²² Kubiak, *Przywilej terapeutyczny*, 15-16.

stwarzać wysokie ryzyko niebezpieczeństwa dla zdrowia i życia, lecz specyfika przypadków tego rodzaju powinna wykluczać możliwość stosowania przywileju terapeutycznego. Co do zasady, zabieg mający na celu poprawę wyglądu nie jest bowiem przeprowadzany w ramach określonej terapii^[23]. Innymi słowy, nie jest on zabiegiem terapeutycznym i koniecznym. W związku z powyższym, informacje przekazywane przez lekarza powinny być podane pacjentowi w pełnym zakresie, w sposób dla niego przystępny. Jeżeli pacjent dobrowolnie decyduje się poddać określonej operacji z powodów estetycznych niewłaściwym byłoby ograniczanie informacji o jego stanie zdrowia i rokowaniu.

Teresa Dukiet-Nagórska również uznaje, że pacjent powinien otrzymywać kompletne wiadomości na swój temat. Jeżeli nie jest on świadomy swojego złego stanu zdrowia, to może nie być wystarczająco zmotywowany do poddania się inwazyjnym terapiom. Autorka dodaje, że taki pacjent może nieświadomie bagatelizować niepokojące objawy, nie zaprzestać forsowania organizmu oraz nie dbać o siebie^[24].

Podobnie twierdzi Anna Dudzińska, która uznaje, że zdrowie i życie pacjenta są najważniejsze i nie jest możliwe, aby nie był on o nich informowany. Autorka wyraża pogląd, zgodny z którym należałoby znówelizować prawo polskie, zmieniając je w kierunku zasady pełnej informacji. Będąc świadomą problemu przekazywania złych wiadomości proponuje, aby w tym procesie lekarz współpracował z psychologiem^[25]. Pogląd poparty szerokimi rozważaniami natury filozoficznej wyraził Kazimierz

²³ Słusznie stwierdziła jednak Agnieszka Sieńko: „należy podkreślić, że nie każdy zabieg z zakresu medycyny estetycznej czy chirurgii plastycznej służy wyłącznie celom estetycznym”. Zob. Agnieszka Sieńko, „Znaczenie i zakres informacji o stanie zdrowia w kontekście instytucji świadomej zgody na udzielenie świadczenia medycznego” *Pielęgniarstwo i Zdrowie Publiczne*, nr 1 (2011): 147.

²⁴ Teresa Dukiet-Nagórska, „Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim” *Prawo i Medycyna*, nr 6/7 (2000). Warto także zasygnalizować, że o możliwości ograniczania informacji przekazywanych pacjentowi mowa m. in. w wyrokach Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawach: *Canterbury v. Spence* – 150 U.S. App. D.C. 263, 464 F.2d 772 (1972). <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-canterbury-v-spence>. [dostęp: 27.05.2023] oraz *Cobbs v. Grant* – 8 Cal. 3d 229, 104 Cal. Rptr. 505, 502 P.2d 1 (1972). <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-cobbs-v-grant>. [dostęp: 27.05.2023].

²⁵ Anna Dudzińska, „Wymagana informacja udzielana pacjentowi” *Państwo i Prawo*, z. 8 (2008). <https://sip-1lex-1pl-1zeoy2usfo083.hansolo.bg.ug.edu.pl/#/publication/151085189/dudzinska-anna-wymagana-informacja-udzielana-pacjentowi?keyword=Dudzi%C5%84ska%20Anna,%20Wymagana%20informacja%20udzielana%20pacjentowi&cm=SFIRST>. [dostęp: 27.05.2023].

Szewczyk, który stwierdził: „Moim zdaniem, moralnym nakazem bioetyki jest mówienie prawdy. Z przywileju terapeutycznego lekarze powinni korzystać niezwykle rzadko, stosując się do ducha i litery art. 17 Kodeksu Etyki Lekarskiej”^[26].

Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 11 grudnia 2014 roku (sygn. akt II C 841/13), „»Przywilej terapeutyczny« nie oznacza [...], że lekarz może zaniechać informacji, której ujawnienie mogłoby skłonić pacjenta do odmowy leczenia, które zdaniem lekarza jest konieczne; a także, że – według opinii lekarza – pacjent nie jest zdolny do podjęcia racjonalnej decyzji. Pacjent ma bowiem prawo wyboru decydowania o sobie. Muszą zachodzić przypadki zupełnie wyjątkowe, gdy pełne ujawnienie informacji mogłoby wyrządzić pacjentowi poważną szkodę bądź spowodować odmowę poddania się operacji w sytuacji zagrożenia życia”^[27].

3 | Autonomia pacjenta

Po przeanalizowaniu zagadnień *de lege lata* oraz *de lege ferenda* dotyczących instytucji przywileju terapeutycznego należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czym w istocie jest autonomia pacjenta oraz czy rzeczony przywilej winien zostać uznany za jej ograniczenie. Jeśli tak, to czy było to słusznym „krokiem ustawodawcy”. Poprzez słuszość rozumie się w tym przypadku uzasadnienie rzeczywistym „dobrem pacjenta”. Nie budzi jednak wątpliwości, że kolejny raz decyzja zostanie podjęta za pacjenta. Lekarz stosujący przywilej terapeutyczny stawia się w roli wiedzącego, co dla pacjenta najlepsze. Podobnie teraz autor niniejszych słów, ważąc

²⁶ Kazimierz Szewczyk, „Kłamstwo medyczne pozostaje kłamstwem” *Internetowy Serwis Filozoficzny przy Instytucie Filozofii Uniwersytetu Jagiellońskiego*. <https://diametros.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=deb5&m=43&ii=153>. [dostęp: 08.07.2021]. Bardzo interesująco na temat prawa do bycia nieinformowanym pisze Karolina Góralczyk, zob. Karolina Góralczyk, „Prawo do żądania nieudzielenia informacji jako wyraz autonomii pacjenta” *Białostockie Studia Prawnicze*, nr 2 (2017): 107-112. https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/5878/1/BSP_22_2_K_Goralczyk_Prawo_do_zadania_nieudzielenia_informacji_jako_wyraz_autonomii_pacjenta.pdf. [dostęp: 27.05.2023].

²⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 11.12.2014 r., II C 841/13, LEX nr 1845838.

argumenty przemawiające „za” i „przeciw” przywilejowi terapeutycznemu, również za pacjenta, oceni słuszność istnienia tej instytucji.

Problematyka prawa jednostki do samostanowienia była przedmiotem rozważań wielu uczonych, reprezentujących różne dyscypliny naukowe. Liczba prac poświęconych modelom relacji lekarz-pacjent oraz ich implikacjom etycznym i prawnym jest na tyle duża, że nie sposób dokonać ich choćby zwięzłego przedstawienia. Przede wszystkim należy zatem wspomnieć o dwóch kluczowych terminach stanowiących podstawę do dalszych rozważań – paternalizmie oraz szczególnie istotnej w niniejszej pracy – autonomii pacjenta.

Paternalizm to postawa, zgodnie z którą ojciec rodziny troszcząc się o swoje małe dzieci nie uwzględnia ich zdania, gdyż uważa, że nie są one zdolne do dokonywania świadomych i uzasadnionych wyborów. W medycynie postawa paternalistyczna jest co do zasady uważana za niepożądaną, gdyż stanowi ona ograniczenie autonomii pacjenta. Jak wprost dodaje Tadeusz Biesaga, jest to „wprawdzie dobroczynne, ale autorytarne podejście do pacjenta. Przejawia się ono na przykład w działaniu lekarza, który dla dobra pacjenta podejmuje się leczenia, ale pomija przy tym lub ogranicza jego autonomię. Przekreśla przy tym partnerstwo i świadome uczestnictwo pacjenta w terapii”^[28]. W nauce dokonano licznych klasyfikacji paternalizmu, lecz kluczowym dla niniejszego wywodu wydaje się jego podział na paternalizm umiarkowany oraz radykalny.

Pierwszy z wymienionych, zgodnie z charakterystyką zaproponowaną przez Joela Feinberga, polega na uznaniu słuszności przeciwstawiania się czyjemuś szkodliwemu działaniu, wymierzonemu przeciwko samemu sobie. Innymi słowy ten rodzaj paternalizmu jest dopuszczalny przykładowo w odniesieniu do pacjentów chorych psychicznie, którzy nie postępują dobrowolnie i stwarzają zagrożenie dla własnego życia^[29]. Odmienne paternalizm umiarkowany rozumie Anna Zembala, która twierdzi, że „uwzględnia [on - PZ] potrzebę wymiany informacji między lekarzem a pacjentem. Dla lekarza przekaz ten ma być pomocą w postępowaniu diagnostycznym i ukierunkowaniu leczenia, dla pacjenta zaś mobilizacją do przestrzegania zalecanej terapii. Mamy tu do czynienia z dwustronnym przekazem informacji, który wymaga od lekarzy wiedzy z zakresu

²⁸ Tadeusz Biesaga, „Autonomia lekarza i pacjenta a cel medycyny” *Medycyna Praktyczna*, nr 6 (2005): 20.

²⁹ Ibidem.

relacyjności interpersonalnej. Komunikację charakteryzuje mniejszy dystans emocjonalny”^[30].

Paternalizm radykalny oznacza natomiast możliwość przeciwdziałania szkodliwemu postępowaniu pacjenta także wtedy, gdy pacjent dopuszcza się go dobrowolnie. Jest to zatem działanie wobec pacjenta, które jest sprzeczne z jego decyzjami^[31]. Pewnego rodzaju esencją paternalizmu radykalnego może być pogląd wyżej wymienionej Anny Zembali, zgodnie z którym „doświadczenie zawodowe i kliniczna wiedza medyczna są odpowiednim zabezpieczeniem warunkującym bezpieczeństwo pacjenta, właściwą relację z lekarzem oraz pożądany efekt leczenia. Potrzeba poszerzania wiedzy w zakresie interpersonalnych relacji lekarza z pacjentem nie jest w nim zauważana. Lekarz w tym modelu pełni rolę dominującą, pacjent – bierną, a rola rodziny [pacjenta – PZ] nie ma w nim znaczenia”^[32].

Szeroko rozumiany paternalizm, którego szczegółowa analiza wykracza poza ramy niniejszego artykułu jest przeciwstawiany autonomii (pacjenta) rozumianej jako „samodzielność i niezależność w decydowaniu o sobie”^[33]. Marian Machinek wyraża pogląd, zgodnie z którym termin „autonomia” pochodzi z greki i powstał z dwóch słów: *autos* – własny oraz *nomos* – prawo^[34]. Nieco odmiennie twierdzi Marta Soniewicka, która posługując się innym tłumaczeniem uznała, że drugi z terminów oznacza „kierować, rządzić”^[35]. Agata Wnukiewicz-Kozłowska przywołuje natomiast – jak to określiła – kluczową publikację z zakresu etyki medycznej. Jest nią praca Jamesa Childressa i Toma Beauchampa. Autorzy twierdzą, że słowo *autos* oznacza samodzielny, zaś *nomos* to reguła, rząd, prawo^[36].

Wydaje się, że postępować autonomicznie to znaczy w sposób niezależny, zgodny z własnymi decyzjami i przekonaniami. Można stwierdzić, że zasada autonomii pacjenta jest jedną z najsilniej ugruntowanych zasad bioetycznych, a co za tym idzie fundamentów współczesnego prawa

³⁰ Anna Zembala, „Modele komunikacyjne w relacjach lekarz – pacjent” *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ*, nr 11 (2005): 37-40.

³¹ Biesaga, *Autonomia lekarza i pacjenta*, 20-21.

³² Zembala, *Modele komunikacyjne*, 37.

³³ „Autonomizm”, [w:] *Słownik Języka Polskiego PWN*. <https://sjp.pwn.pl/sjp/autonomizm;25513117.html>. [dostęp: 19.06.2021].

³⁴ Marian Machinek, „Autonomia jako wartość i problem moralny w relacji lekarz-pacjent” *Medycyna Praktyczna*, nr 1 (2011): 106.

³⁵ Marta Soniewicka, „Autonomia prokreacyjna” *Pressje*, 17 (2009): 50.

³⁶ Agata Wnukiewicz-Kozłowska, *Autonomia jednostki w międzynarodowym prawie biomedycznym* (Wrocław: E-Wydawnictwo Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, 2019), 27.

medycznego (a nawet szerzej – biomedycznego lub bioprawa). Ustępuje ona pierwszeństwa kilku innym zasadom, przede wszystkim poszanowania godności ludzkiej, ochrony integralności i tożsamości człowieka oraz równego traktowania i niedyskryminacji^[37]. Zgodnie z poglądem Marii Nowackiej, wyżej wymieniona zasada oznacza, że „w sytuacji, w której pacjent jest świadomy swego stanu i zdolny do podejmowania decyzji, decyzja ta nie może być podjęta za niego. Tak rozumiana zasada autonomii pacjenta przeciwstawia się więc postawie paternalistycznej lekarza we wszystkich tych sytuacjach, w których postawa ta nie jest uzasadniona względami czysto medycznymi. Co prawda zazwyczaj nie kwestionuje się tezy, że jakaś doza paternalizmu jest wskazana a nawet niezbędna w kontaktach lekarza z pacjentem i dyskutuje się jedynie, jak duży może i powinien być stopień owego paternalizmu”^[38].

Agata Wnukiewicz-Kozłowska w monografii *Autonomia jednostki w międzynarodowym prawie biomedycznym* stwierdziła: „Przy całym uznaniu wartości, jaką jest autonomia pacjenta, nie należy zapominać, że chory udaje się do lekarza po pomoc, *remedium, panaceum* na problemy związane z jego zdrowiem. Słusznie zauważa Andrzej Szczeklik, że »chory nie powinien usłyszeć od lekarza nagle całej okrutnej prawdy. Ona oślepia, zabija nadzieję. A nadzieję wszyscy w sobie nosimy. Jest potężną siłą, która pozwala stawić czoła chorobie. Ma zresztą coraz głębsze umocowanie biologiczne. Medycyna dostarcza dowodów na ścisłe powiązania między układem nerwowym a układem immunologicznym. Zaczynamy rozumieć, dlaczego wstrząs psychiczny może załamać odporność i czemu – od wieków – ludzie padali, rażeni straszną wiadomością. Nadzieja jest wpisana w powołanie lekarskie«”^[39]. Agata Wnukiewicz-Kozłowska dodaje, że „autonomia [...] powinna być [...] pojmowana z uwzględnieniem ewolucji od postawy paternalistycznej do indywidualistycznej, w której centralnym punktem odniesienia jest świadoma zgoda pacjenta na każdą interwencję

³⁷ Zaprezentowany podział zasad oraz ich nazewnictwo zostało przyjęte przez autora niniejszego artykułu w jego monografii pt. „Deklaracje bioetyczne UNESCO jako źródło prawa biomedycznego”, Warszawa 2023, <https://www.ksiegarnia.beck.pl/21632-deklaracje-bioetyczne-unesco-jako-zrodlo-prawa-biomedycznego-piotr-zielinski>. Na temat zasad międzynarodowego bioprawa zob. Roberto Andorno, *Principles of international biolaw* (Bruxelles: Bruylant, 2013).

³⁸ Maria Nowacka, „Filozoficzne podstawy zasady autonomii pacjenta” *Problemy Higieny i Epidemiologii*, nr 3 (2008): 326-329.

³⁹ Wnukiewicz-Kozłowska, *Autonomia jednostki*, 102-103.

medyczną”^[40]. Jak twierdzi Marek Safjan, poprzez prawo do zgody „realizuje się ochrona autonomii każdej osoby w decydowaniu o samej sobie, ochrona prywatności, a także zasada poszanowania integralności cielesnej każdego człowieka”^[41] zaś „zgoda ma być aktem realizującym ochronę autonomii danej osoby w odniesieniu do podstawowych dóbr osobistych człowieka”^[42].

4 | Zakończenie

Podsumowując rozważania przedstawione w niniejszym artykule stwierdza się, że przywilej terapeutyczny jako instytucja mająca na celu ochronę dobra pacjenta stanowi rozwiązanie zarówno ustawowe, wyrażone w art. 31 ust. 4 *ustawy o zawodach lekarza*, jak i przyjęte na gruncie deontologii, a ściślej – uregulowane w art. 17 *Kodeksu Etyki Lekarskiej*. Przywilej terapeutyczny niewątpliwie stanowi formę ograniczenia autonomii pacjenta. Opiera się on bowiem na świadomym i celowym zawężaniu przez lekarza wiadomości o stanie zdrowia pacjenta i dotyczącym go rokowaniu. W niniejszej pracy nie dokonano obszernego, wielostronicowego przeglądu sposobów rozumienia autonomii pacjenta. Powyższe nie było bowiem celem artykułu. W jego treści podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, czy przywilej terapeutyczny stanowi jej ograniczenie. Sama autonomia jest bowiem wielorako rozumiana i w zależności od sposobu jej zdefiniowania można dojść do odmiennych wniosków. Przyjmując jednak, że w najprostszej postaci oznacza ona możliwość podejmowania przez pacjenta świadomych decyzji dotyczących udzielanych mu świadczeń zdrowotnych, należy stwierdzić, że przywilej terapeutyczny jest ograniczeniem autonomii pacjenta. Autonomia ta wyraża się przede wszystkim w prawie do informacji oraz prawie do zgody. Jeżeli pacjent zostaje pozbawiony świadomego udziału w procesie diagnostyczno-leczniczym z uwagi na przekonanie lekarza i zastosowania w jego następstwie przywileju terapeutycznego, to niewątpliwie instytucja ta zawęży swobodę pacjenta w samostanowieniu.

⁴⁰ Ibidem, 27.

⁴¹ Marek Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona jednostki a dylematy współczesnej medycyny* (Warszawa: Oficyna Naukowa, 1998), 34.

⁴² Ibidem, 34-36.

Czy stanowi ona jednocześnie słuszne rozwiązanie? Wydaje się, że tak, gdyż ma na celu zapobieżenie potencjalnie tragicznemu w skutkach przekazaniu pacjentowi złych wiadomości dotyczących stanu zdrowia i rokowania.

Przywilej terapeutyczny jest instrumentem, który umożliwia lekarzowi ograniczanie informacji przekazywanych pacjentowi na temat stanu zdrowia oraz rokowania. *Ratio legis* art. 31 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza niewątpliwie była ochrona psychiki pacjenta. Duża swoboda pozostawiona lekarzowi sprawia jednak, że to od jego decyzji zależy, czy pacjent będzie w pełni świadomy dotyczącego go procesu diagnostyczno-leczniczego, którego przecież jest głównym, najważniejszym uczestnikiem^[43]. Przywilej terapeutyczny ogranicza autonomię pacjenta, lecz czyni to z uzasadnionych powodów. Wydaje się, że swoistym „wentylem bezpieczeństwa” dla pacjenta jest przekazanie przez lekarza złych wiadomości przedstawicielowi ustawowemu pacjenta lub osobie wskazanej przez pacjenta. Oczywiście przy założeniu, że osoby te będą w stanie „dozować” pacjentowi niepomysłne wiadomości, przekazywać je we właściwej formie, czasie i pozytywnie wpływać na postępowanie chorego. Dyskrecjonalność decyzji lekarza związana z możliwością zastosowania wobec pacjenta przywileju terapeutycznego staje się dla niego „ciężarem”, który „zdejmuje” on z pacjenta w trosce o jego dobro. Kolejny raz dobro rozumiane jednak arbitralnie^[44].

⁴³ Podobnie twierdzi Małgorzata Szeroczyńska, która uznała: „Zgodnie z art. 31 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza lekarz może ograniczyć pacjentowi informację o jego stanie zdrowia i rokowaniu, jeśli według jego oceny za takim ograniczeniem przemawia dobro pacjenta. Lekarz takiej oceny oraz wyboru informacji, które jednak pacjentowi przekaże (gdyż na podstawie tego przepisu nie może pozbawić go całkowicie prawa do informacji), dokonuje samodzielnie, chyba że pacjent wprost żąda przekazania wszystkich informacji (art. 9 ust. 6 ustawy o prawach pacjenta)”. Zob. Małgorzata Szeroczyńska, „Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej na kanwie artykułu A. Jaskuły i K. Płończyk” *Prokuratura i Prawo*, nr 9 (2017): 13-35. <https://sip.lex.pl/#/publication/151320642/szeroczynska-malgorzata-zwolnienie-z-tajemnicy-lekarskiej-na-kanwie-artykulu-a-jaskuly-i-k-plonczyk?cm=U-RELATIONS>. [dostęp: 16.07.2021].

⁴⁴ Przywilej terapeutyczny bywa w dosadny sposób krytykowany w doktrynie prawa. Zob. K. Duszyńska, *Paternalizm czy partnerstwo? Obowiązek informacyjny lekarza kluczem do udzielenia świadomej zgody przez pacjenta*, *Lubelskie Zeszyty Prawnicze* 2015, nr 1, s. 33. Wyżej wymieniona autorka uznaje go za „jeden z nielicznych czysto paternalistycznych przepisów u.z.l.i.d, gdzie całkowitą ocenę sytuacji i zasadność udzielenia pełnej informacji pozostawia się lekarzowi”.

Bibliografia

- Andorno Roberto, *Principles of international biolaw*. Bruxelles: Bruylant, 2013.
- „Autonomizm”, [w:] *Słownik Języka Polskiego PWN*. <https://sjp.pwn.pl/sjp/autonomizm;25513117.html>.
- Barankiewicz Tomasz, „Współczesne metody badania prawa” *Studia Prawnicze KUL*, t. I (2010): 115-131.
- Bączyk-Rozwadowska Kinga, „Prawo pacjenta do informacji według przepisów polskiego prawa medycznego” *Studia Iuridica Toruniensia*, t. IX (2011): 59-100.
- Biesaga Tadeusz, „Autonomia lekarza i pacjenta a cel medycyny” *Medycyna Praktyczna*, nr 6 (2005): 20-24.
- Burdzik Marcin, „Prawna skuteczność zwolnienia z tajemnicy lekarskiej przez osoby małoletnie i ubezwłasnowolnione”, [w:] idem, *Lekarz w procesie karnym jako gwarant tajemnicy lekarskiej*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021. <https://sip.lex.pl/#/monograph/369482373/387688/burdzik-marcin-lekarz-w-procesie-karnym-jako-gwarant-tajemnicy-lekarskiej?keyword=a%20maiori%20oad%20minus&cm=SREST>.
- Dudzińska Anna, „Wymagana informacja udzielana pacjentowi” *Państwo i Prawo*, z. 8 (2008): 90-102.
- Dukiet-Nagórska Teresa, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2008. <https://sip.lex.pl/#/monograph/369189691/275366/dukiet-nagorska-teresa-autonomia-pacjenta-a-polskie-prawo-karne?cm=U-RELATIONS>.
- Dukiet-Nagórska Teresa, „Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim” *Prawo i Medycyna*, nr 6/7 (2000): 78-95.
- Kubiak Rafał, „Przywilej terapeutyczny” *Medycyna Paliatywna*, nr 1 (2017): 12-20.
- Liszewska Agnieszka, „Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy” *Państwo i Prawo*, z. 1 (1997): 36-48.
- Machinek Marian, „Autonomia jako wartość i problem moralny w relacji lekarz-pacjent” *Medycyna Praktyczna*, nr 1 (2011): 105-110.
- Nawrot Oktawian, *Wprowadzenie do logiki dla prawników*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.
- Nawrot Oktawian, *Wprowadzenie do logiki dla prawników*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.
- Nawrot Oktawian, „Wnioskowanie prawnicze”, [w:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa: 100 podstawowych pojęć*, red. Jerzy Zajadło. Warszawa: C.H. Beck, 2017.
- Nowacka Maria, „Filozoficzne podstawy zasady autonomii pacjenta” *Problemy Higieny i Epidemiologii*, nr 3 (2008): 63-66.

- „Rokować”, [w:] Słownik Języka Polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/słowniki/roko-wać.html>.
- Safjan Marek, *Prawo i medycyna. Ochrona jednostki a dylematy współczesnej medycyny*. Warszawa: Oficyna Naukowa, 1998.
- Sieńko Agnieszka, „Znaczenie i zakres informacji o stanie zdrowia w kontekście instytucji świadomej zgody na udzielenie świadczenia medycznego” *Pielęgniarstwo i Zdrowie Publiczne*, z. 1 (2011): 145-148.
- Soniewicka Marta, „Autonomia prokreacyjna” *Pressje*, nr 17 (2009): 50-66.
- Szeroczyńska Małgorzata, „Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej na kanwie artykułu A. Jaskuły i K. Płończyk” *Prokuratura i Prawo*, nr 9 (2017): 13-35. <https://sip.lex.pl/#/publication/151320642/szeroczyńska-małgorzata-zwolnienie-z-tajemnicy-lekarskiej-na-kanwie-artykułu-a-jaskuły-i-k-plonczyk?cm=URELATIONS>.
- Szewczyk Kazimierz, „Kłamstwo medyczne pozostaje kłamstwem” *Internetowy Serwis Filozoficzny przy Instytucie Filozofii Uniwersytetu Jagiellońskiego*. <https://diametros.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=deb5&m=43&ii=153>.
- Szpara Justyna, „Prawo do informacji medycznej w relacjach pacjenta z lekarzem” *Prawo i Medycyna*, nr 4 (1999): 135-139.
- Świderska Małgorzata, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*. Toruń: Dom Organizatora, 2007.
- Wnukiewicz-Kozłowska Agata, *Autonomia jednostki w międzynarodowym prawie biomedycznym*. Wrocław: Wydawnictwo Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, 2019.
- Wroński Konrad, Roman Bocian, Adam Depta, Jarosław Cywiński, Adam Dziki, „Opinie pacjentów na temat modelu paternalistycznego w relacji lekarz-pacjent. Prawne aspekty autonomii pacjenta w opiece zdrowotnej” *Nowotwory. Journal of Oncology*, nr 4 (2009): 266-273.
- Zembala Anna, „Modele komunikacyjne w relacjach lekarz-pacjent” *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ*, nr 2 (2005): 35-50.
- Ziemiński Zygmunt, *Logika praktyczna*. Warszawa: PWN, 2013.



Surrogacy in Wartime^[1]

Abstract

The role of the law is to react and keep pace with technological progress in order to ensure the protection of the subjects involved and to emphasize the enforcement of some important values in order to prevent abuses. Assisted reproductive techniques and surrogacy are no exception, as they involve many, sometimes conflicting, interests. There is no clear consensus on this issue, which often leads to the endangerment of the land and the uncertainty of the subjects involved. This lack of stability has culminated in the ongoing armed conflict in Ukraine, where the surrogacy “business” used to flourish. Even before the war, there were instances of endangered values that have only intensified. The paper examines the legal and ethical complexities of ART and surrogacy, what motivates couples to enter into surrogacy arrangements in Ukraine, and what additional obstacles the war has created for this practice.

KEYWORDS: reproductive medicine, embryo protection, commercial surrogacy, children’s rights, armed conflict

ZSÓFIA NAGY, PhD student at the Ferenc Deák Doctoral School of Faculty of Law of the University of Miskolc, Intern at the Central European Academy, ORCID – 0009-0002-9342-1965, e-mail: nagyzsafia0913@gmail.com

ANDREA ERDŐSOVÁ, PhD in law, Pan-European University, ORCID – 0000-0002-5430-5788, e-mail: andrea.erdosova@paneurouni.com

¹ This work was supported by the Slovak Research and Development Agency under the contract No. APVV-20-0567.

1 | Introduction

The ideal concept of the family can be generally described as the basic association of individuals who share goods, contribute to each other's support, and provide for the protection of its members. However, legislators have avoided defining the family precisely because it is quite impossible in modern society, where the concept of family ties is rapidly changing. The avoidance of specification is understandable, as it can be more inclusive^[2].

The same situation can be observed with regard to other concepts related to the family, such as motherhood, fatherhood, child-rearing, etc. These are also challenged by the development of Assisted Reproductive Techniques (ART), especially surrogacy, which is becoming an increasingly popular form of creating a family with a child for couples who, for various reasons, are otherwise unable to do so. On the one hand, these techniques represent a solution for infertile couples to enjoy a healthy family life. On the other hand, it introduces more diversity in family and social relations. It is precisely this development in reproductive medicine that gives rise to a large number of legal and ethical considerations.

National legislation on this issue varies from prohibition, to authorization, to partial regulation, to silence on surrogacy. The lack of European consensus understandably leads to the emergence of cross-border surrogacy arrangements between couples from a country where surrogacy is prohibited or unregulated, and a surrogate living in a country where it is legally permitted. In Europe, Ukraine offers commercial surrogacy arrangements for foreigners, thus becoming the most popular and relevant destination for couples over the years. Despite the easy access to these services, the parties face legal obstacles when returning to their home countries with their newborns^[3].

Since the outbreak of the armed conflict between Ukraine and Russia, there has been an escalation of legal risks. Surrogate mothers, babies and intended parents are exposed to both factual and legal obstacles that are more serious than in times of peace. The fact that the legal recognition of

² Zdeňka Králíčková, „On the Family and Family Law in the Czech Republic”, [in:] *Family Protection From a Legal Perspective*, ed. Tímea Barzó, Barnabás Lenkovics (Budapest–Miskolc, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law–Central European Academic Publishing, 2021), 77–110.

³ Lilla Garay, „Surrogate Motherhood – the European Legal Landscape” *Law, Identity and Values*, No. 1 (2022): 68–70.

the family relationship between the intended parents and the child varies from country to country has a growing impact on the individuals involved.

This article examines the legal and ethical frameworks of ART, the circuits of pro- and contra-arguments surrounding surrogacy, by highlighting the current situation in Ukraine and how the war has intensified not only the legal risks in cross-border surrogacy cases.

2 | In vitro fertilization and embryo protection

Law and bioethics have been dealing with the new biotechnological achievements since the 1980s, when several ethics commissions were set up to bring together legal, social, theological and medical experts to develop approaches to these issues. However, the moral, legal, medical, and ethical bases are far from each other in such a subject that touches on human existence, human dignity, human life, family formation, and parenthood^[4]. We will focus on the legal approach to this issue.

In the international context, surrogacy can be approached from the perspectives of contract law, family law, human rights law, medical law, and criminal law, to name a few. We will accept that comparable moral and legal grounds for this issue are not easy to achieve; thus, the establishment of international legal standards through unification is quite unlikely^[5].

Technological advances relativize the way we deal with human reproduction. It no longer has to take place in the most private sphere of a man and a woman, but the conception of a child can take place in a laboratory environment. However, the law has a role to play in showing that what is scientifically possible is not necessarily permissible; it must also remain vigilant against potential abuses^[6].

⁴ Zoltán Navratyil, „Az asszisztált reprodukciós eljárások a jogi szabályozás tükrében – különös tekintettel az in vitro embrió helyzetére” *Debreceni Jogi Műhely*, 2 (Különszám), No. 2 (2005): 1-3.

⁵ Piotr Mostowik, „’May You Live in Interesting Times’. General Remarks”, [in:] *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood: Global Perspective*, ed. Piotr Mostowik (Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019), 33-34.

⁶ Zoltán Navratyil, „Az asszisztált reprodukciós eljárások a jogi szabályozás tükrében – különös tekintettel az in vitro embrió helyzetére” *Debreceni Jogi Műhely*, 2 (Különszám), No. 2 (2005): 2.

In the area of biotechnological progress, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has communicated these limits in its case law. The judgment in the case of *Oliver Brüstle v. Greenpeace e.V.* (Case C-34/10) distinguished the boundaries between human dignity and the patentability of biotechnological inventions and provided an interpretation of articles in Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of biotechnological inventions. According to Art. 5 (1), the dignity and integrity of the human being can only be preserved by prohibiting the objectification of the human body throughout its formation and development. An element isolated from the human body or produced by means of a technical process may be patented, even if the content of this element is identical to that of the natural element, as provided by Art. 5, paragraph 2. An exclusion from patentability arises when the object of the invention could be exposed to an immoral commercial exploitation contrary to the public order. These articles of the Directive were emphasized by the ECJ in its ruling, which means that an „abusive” objectification of the human body through patents cannot be realized, regardless of the encouraging investment and progress in biotechnology that it brings^[7].

Drawing attention to the potential objectification of human body parts touches on the legal status of the embryo in the context of medical research. The protection of the embryo is generally argued differently depending on its location (inside or outside the woman’s body). There is a tendency to give less legal protection to an embryo created in the laboratory and existing in a „test tube”, gradually objectifying it, allowing its use only for research purposes and desensitizing its liquidation.

The judgment and the opinion of the Advocate General, which had been drafted beforehand, focused on this distinction, pointing out that embryos can be granted protection of physical integrity, except when they are created for a couple to create a family with a child. The creation of embryos for commercial purposes under the Patent Directive and the creation of embryos in the context of European Court of Human Rights rulings on abortion should not be on the same page. This narrative suggests that the legal protection of embryos does not stem from a core original right, but depends on the involvement and will of external subjects^[8].

⁷ Andrea Erdősová, *Aktuálne otázky o človeku a jeho právach v bioetike* 1st ed. (Bratislava: Wolters Kluwer, 2016), 209.

⁸ *Ibidem*, 111 and related.

In the context of surrogate motherhood, the two approaches seem to merge, since the fertilization takes place in the laboratory, but the development of the embryo takes place in the surrogate's uterus.

In general, from the beginning, assisted reproductive techniques (ART) sharpens the contrasts between the prevalence of the legal status of the subjects involved. The legal status of the embryos, the right to freely decide to have a child, and contractual freedom are all aspects that accumulate in surrogacy arrangements.

3 | Surrogacy – a solution for infertility?

The idea and practice of surrogacy appears as a new and one of the „reproductive options”, which brings to light the issue as a kind of solution to infertility problems, primarily by virtue of a gestational procedure of surrogacy (most cases stem from a medical problem with the uterus). Assisted reproductive techniques, mainly through in vitro fertilization (IVF) and in vivo fertilization, offer the possibility of giving birth to a baby of another woman, with the initial idea of helping couples to have a child genetically related to the father. The controversial background is therefore to what extent we can use these techniques, that is, what kind of social-legal relationships we can establish in this way, if these methods of ART are still possible in countries where there is a problem of acceptance of ART as a solution to infertility itself. We must remember that ART as a technique has expanded over time for different reasons, not only the uterine problems or the existing uterus of a woman in a planned couple. The medical reasons can also be different, for example, when a pregnancy is risky for a woman (heart disease or eye disease, etc.), the sterility, the removal of the uterus as a result of hysterectomy, removal of the cervix, ovaries, and other reasons of not being able to get pregnant or deliver a baby, or the so-called social infertility, which means the legislative obstacles not allowed to adopt a child, for example, the gay couple or single men, lack of age condition or marital status and so on.

For infertility „treatment” in the sense of solving childlessness, adoption was originally the answer. Nowadays, however, ART procedures have become more popular among infertile couples due to the unfavorable reality of adoption procedures (few children are available for adoption, the

procedure is demanding and takes a long time, even if the adoptive parents are willing, they may be denied adoption). Moreover, ART has made it possible for the child to have a genetic link with one or both of the intended parents, which is a great and appealing increment^[9]. However, access to ART is limited for medical and other reasons, as highlighted above.

The free choice to start a family or become a parent is part of human nature and our right to self-realization. It's everyone's private decision, so having children can be considered a legitimate goal that deserves legal recognition. This right is usually protected when individuals meet the appropriate criteria to become parents. This criterion is disturbed by infertility, which results in childlessness, a social fact. ART procedures are designed to „treat” such a disorder^[10].

Nevertheless, surrogacy offers a solution for infertile couples to become parents and have a child that can be genetically linked to them. This type of procreation seems to be popular, e.g. in the USA, commercial surrogacy has a long history and a comprehensive rule of thumb, and its legal practice is constantly evolving in certain member states^[11].

Surrogacy is quite expensive and varies depending on the country, the cost and the public insurance system. For example, in the USA, the price of surrogacy is around \$100,000. In some low-income countries, the cost is much lower than in India, Mexico or Ukraine. This could be a very important reason for so-called „reproductive tourism”. The other reason may be legal restrictions on the use of ART for infertile couples, and the procedure itself must be a motivation. At the same time, in some countries some methods are not accepted (for example, to perform sex selection of the offspring).

In European conditions, Ukraine is the main destination for couples to enter into surrogacy arrangements, partly because the cost^[12] of the procedure is more attractive than in the USA.

⁹ Zoltán Navratyil, „Az asszisztált reprodukciós eljárások a jogi szabályozás tükrében – különös tekintettel az in vitro embrió helyzetére” *Debreceni Jogi Műhely*, 2 (Különszám), No. 2 (2005): 4.

¹⁰ *Ibidem*, 5.

¹¹ Lilla Garay, „Surrogate Motherhood – the European Legal Landscape” *Law, Identity and Values*, No. 1 (2022): 68-70.

¹² The prices for surrogacy procedures start from 39000 Eur. Depending on what the package involves (priority on the waiting list, attempts at baby's sex selection...), prices go up to 64900 Euro, according to the price list of BioTexCom, a reproductive center based in Kyiv. More information is available at: <https://biotexcom.com/> [accessed: 09.09.2022].

Based on the above motivational factors, Ukraine has been considered the „epicenter” for cross-border surrogacy, as it is the most favorable option for intended parents, mostly from Western Europe, to conclude surrogacy contracts with surrogacy clinics, which would otherwise be impossible and problematic, given either restrictive or silent domestic laws on the matter. The permissive legislation allows for smooth legal procedures and creates an open and easily accessible environment for various ART procedures, thus encouraging „surrogacy tourism”, which is not necessarily unproblematic from a legal point of view.

4 | Surrogacy arrangements in Ukraine – normative framework and current challenges

The Russian invasion of Ukraine, which began on February 24, 2022, and the ongoing armed conflict forced the introduction of martial law and the military mobilization of all male Ukrainian citizens of appropriate age. The destructive events put the Ukrainian population in general at risk, including surrogate mothers and children born in clinics in the midst of the war. The war has highlighted the extreme vulnerability of the surrogacy business in Ukraine, which raises several legal issues, not to mention the safety and well-being of pregnant surrogate mothers and surrogate babies. Surrogacy arrangements, regardless of their form, are controversial. As a matter of debate in many countries, it has resulted in a disparate legal landscape. As a result, Europe is characterized by a diversity of legal systems, and cross-border surrogacy arrangements create legal ambiguities and grey areas. These characteristics are exacerbated in the current situation in Ukraine, as the international nature of surrogacy arrangements is not addressed at the international or European level. The extreme urgency and need for a comprehensive international legal solution has been confirmed by the presentation of legal and factual obstacles that have emerged since the armed conflict in Ukraine. The controversy of the „surrogacy industry”^[13] in Ukraine intensified during the war, especially in issues

¹³ Carlos Martínez de Aguirre, *International Surrogacy Arrangements: A Global ‘Handmaid’s Tale’?*, [in:] *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood: Global Perspective*, 456-457

of legal protection of all subjects involved in surrogacy arrangements, as well as the need to rethink whose choices, rights and freedoms prevail in this unique legal relationship. Now, the entire surrogacy „industry” has been pushed and rushed to make real changes in the system.

Each of the three main subjects of this unique legal relationship – the surrogate mother, the surrogate child, and the intended parents – faces different challenges, which are amplified in times of war, not to mention the role of the responsible surrogacy clinics. The common goal of all parties involved is the smooth transfer of the child to the intended parents; thus, the predetermined structure of these relationships is not endangered. This article examines the current situation of these subjects, with reference to real cases and the legal risks involved.

It is necessary to recognize that the rights of the child born through surrogacy arrangements are listed in the United Nations Convention on the Rights of the Child^[14], which means that they have the same rights as all other children. However, they are in a sensitive and often unstable situation due to the recognition of their civil status, nationality and legal parents. These issues arise mainly because of the different legislation on surrogacy in European countries. Nevertheless, under the CRC, member states have an obligation to protect the human rights of all children without discrimination, which includes a positive obligation to protect, promote and regulate their rights at the national level. However, the armed conflict in Ukraine has brought further complications.

In general, Ukrainian legislation introduced legal surrogacy practices in 1997^[15]. The Family Code of Ukraine^[16] in its Art. 123 primarily establishes maternal and paternal affiliation when the parties need medical assistance^[17].

The primary legal authorization for surrogacy comes from the Family Code. According to Art. 123 establishes maternal and parental affiliation in

¹⁴ United Nations Convention on the Rights of the Child (1989).

¹⁵ Oleg M. Reznik, Yuliia M. Yakushchenko, „Legal Considerations Surrounding Surrogacy in Ukraine” *Wiadomości Lekarskie*, No. 5 (2020): 1048-1049.

¹⁶ Family Code of Ukraine 2002, <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=8677> [accessed: 02.10.2022].

¹⁷ „1. If the wife is fertilized by artificial procreation techniques upon written consent of her husband, the latter is registered as the father of the child born by his wife. 2. If an ovum conceived by the spouses is implanted to another woman, the spouses shall be the parents of the child. 3. Whenever an ovum conceived by the husband with another woman is implanted to his wife, the child is considered to be affiliated to the spouses”.

the case of medical assistance, and additional specific rules regulate this practice in detail^[18].

The issue of birth certificate, nationality and recognition of civil status is of high importance and priority concern for the child born from the surrogacy agreement. First of all, Decree 52/5^[19] regulates the issuance of the birth certificate of the child born through surrogacy, as paragraph 11, Chapter 1, Section III states that the names of the intended parents can be listed on this document, the surrogate mother does not have parental rights over the child because she must give informed consent to the registration of the intended parents as the legal parents of the child. The intended parents have two options for obtaining a birth certificate for the child. They can obtain a birth certificate at the Ukrainian Vital Statistics Office, where they will submit a medical certificate proving their genetic link to the child and the surrogate mother's consent to officially register them as parents, or they can start the process of issuing the child's passport at the consular office of the country of origin; however, this is only effective if surrogacy is a legal practice in the country of origin^[20].

„It is necessary to explain that there are different rules usually applied to the recognition of foreign public documents and the same stands for judgments of the courts. The personal status of a child born through a cross-border surrogacy can sometimes be a question of approval of administrative bodies, by a sort of a public document. Still, it sometimes must be approved by a judgement or other kind of a court decision. In most cases, the procedure depends on the country addressed to recognize the certificate and the country where the judgment has been rendered. If the decision has been issued by a jurisdiction of a member state of the EU (European Union), which concerns a matter covered by a regulation of the EU. However, the Brussel Ibis Regulation explicitly excludes natural persons' personal status and capacity from its material scope. The Brussel II regulation excludes from the scope of parental responsibility the matters of parentage, adoption, emancipation, and the names and forenames of the child. Since the European regulation

¹⁸ Order of the Ministry of Justice of Ukraine No. 52/5 of 18 October 2000, and the Order of the Ministry of Health of Ukraine On approval of the Procedure for the Use of Assisted Reproductive Technologies in Ukraine No. 787 of 9 September 2013.

¹⁹ Order of the Ministry of Justice of Ukraine of October 18, 2000 No. 52/5 About approval of Rules of state registration of acts of civil status in Ukraine.

²⁰ Order of the Ministry of Justice of Ukraine of October 18, 2000 No. 52/5 About approval of Rules of state registration of acts of civil status in Ukraine.

cannot be applied in the cases covering the cross-border surrogacy outside the EU, the rules for recognition of foreign judgments and international treaties (bilateral and multilateral) of conflict rules of domestic law are still available”^[21].

As surrogacy is mostly prohibited, restricted or unregulated in European countries, these registration procedures of intended parents have led to legal disputes in the country of residence, some of which have been settled before the ECHR^[22].

The case of *Paradiso and Campanelli v. Italy* (no. 25358/12, ECHR 2015/12) demonstrates how each of the subjects of surrogacy arrangements obtains protection of their rights under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The case was also heard by the Grand Chamber and a substantially different judgment was delivered on January 24, 2017.

According to the facts of the case^[23], an Italian couple entered into a surrogacy agreement in Russia. The child born was allegedly biologically related to the plaintiff. When the plaintiffs returned to Italy with the child, they tried unsuccessfully to register the birth and were prosecuted, while the child was released for adoption. It was later discovered that the child had no genetic link to either of the intended parents and was placed in foster care. By the time the ECtHR became involved, the child had been adopted by a third party.

It is necessary to point out that the Chamber in its decision focused on the removal of the child and its placement under guardianship and not on the issue of the legality or illegality of surrogacy.

The intended parents contested the decision of the Italian authorities to remove the child and place him under guardianship, which violated their right to respect for private and family life. The Grand Chamber found that

²¹ For more see: Nathalie B. Wirtz, „Surrogate motherhood in France: ethical and legal issues”, [in:] *Fundamental legal problems of surrogate motherhood*, 99 and following.

²² *Paradiso and Campanelli v. Italy* (Application no. 25358/12, Judgement of 24 January 2017), *C. and E. v. France* (Application nos. 1462/18 and 17348/18, Judgement of 19 November 2019), *D v. France* (Application no. 11288/18, Judgement of 16 July 2020), *Mennesson v. France* (Application no. 65192/11, Judgement of 26 June 2014), *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland* (Application no. 71552/17, Judgement of 18 August 2021).

²³ *Paradiso and Campanelli v. Italy* Judgement of 24 January 2017.

the contested measures did not fall within the scope of family life^[24], but did affect their private life^[25]. In essence, the Grand Chamber had to assess whether a fair balance had been struck between the competing interests of the children, the intended parents and the public order.

In cases involving children, their best interests are paramount. States are therefore entitled to take far-reaching measures to pursue a legitimate aim, in this case the protection of the child, by removing him from his intended parents and placing him under guardianship. Were these measures taken by the Italian authorities proportionate and sufficiently protective of the rights of the child? The Grand Chamber found that the removal of the child was in accordance with the law, pursued a legitimate aim, namely the prevention of disorder and the protection of the rights and freedoms of the child, and was necessary in a democratic society^[26].

Overall, this case can be seen as a guideline for states in the protection of children born through surrogacy arrangements. The Chamber finds that states must consider the best interests of the child, regardless of the parental relationship, genetic or otherwise. The Chamber acknowledged that cross-border surrogacy arrangements may ultimately amount to child trafficking, and the state is free to take measures to prevent such criminal activity^[27]. In doing so, it accepts the state's motives to ensure the general legal protection of children and allows it the discretion to justify the legality or illegality of certain types of adoption or types of ART^[28].

This approach, however, somehow gives the upper hand to the states in child protection, where maintaining public order is paramount. If this particular problem were solved by analogy with the children at risk in Ukraine with their surrogate mothers, it would mean that intended parents from safe countries would have little success in getting their children out of the occupied country. This would undermine even more the interests of all parties involved (the reproductive freedom of the intended parents,

²⁴ The court noted that, in view of the lack of a biological link between the child and the parents, the short period of time they spent with the child and the unclear legal bond between them also indicated the absence of family life and de facto family life – para. 157 of the case *Paradiso and Campanelli v. Italy*. Application no. 25358/12, ECHR 2015/12, ECHR. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>. [accessed: 13.10.2022].

²⁵ *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 166.

²⁶ *Ibidem*, paras. 174. 178. 179.

²⁷ *Ibidem*, para. 202.

²⁸ *Ibidem*, para 197.

the child's right to know and be cared for by its parents, and the surrogate mother's right to self-determination by not becoming a parent), not to mention the practical danger to the health and well-being of the surrogate babies and surrogate mothers.

4.1. Legal and factual obstacles of child protection in surrogacy cases

The safety of the children is inherently in the hands of the surrogate mothers, who have been placed in a difficult situation, as the armed conflict has revealed several complexities that shed light on the most vulnerable sides of the surrogacy business in Ukraine. These include, first, the failure of media coverage to investigate and focus on the voices of surrogate mothers, which has highlighted the inequalities embedded in the structure of the surrogacy business. Second, the clash of interests was directed at the surrogates, who were faced with difficult decisions about their evacuation or relocation, where they had to consider their own safety, the babies they were carrying, and the instructions of the agencies and intended parents. The entanglement and disentanglement of relationships resulting from the interconnectedness of surrogates, intended parents and children in surrogacy procedures became extremely challenging to navigate as it had to be done in the midst of armed conflict, causing uncertainty, suffering and hardship^[29].

Moreover, the shortcomings in the protection of children in surrogate motherhood have also become very clear from a legal point of view. So what are the additional obstacles in this regard during wartime? First, from a practical point of view, obtaining the necessary travel documents and children's passports became extremely difficult, since many of the Ukrainian state offices and courts were forced to stop working, and other diplomatic councils and consulates were closed. As a result, they became stateless. In general, statelessness is a high-risk factor, regardless of pre-drafted surrogacy agreements, because Ukrainian citizenship is not automatically acquired and the surrogate mother has no parental rights and obligations

²⁹ Anika König, „Reproductive Entanglements in Times of War: Transnational Gestational Surrogacy in Ukraine and Beyond” *Medical Anthropology*, No. 5 (2023): 484-485.

to the child. Also, if surrogacy is prohibited in the country of the intended parents' citizenship, it is difficult to acquire legal parenthood in that country. The main problem is that the intended parents are required to travel to Ukraine and stay there for a sufficient period of time until the immigration issues (applying for birth certificates with themselves as the parents, applying for a passport or other travel documents) can be resolved.

In addition, the pre-arranged parental relationship is based on weak legal grounds, due to the fact that there is no genetic relationship between the child and the intended parents, or that the child was born to a surrogate mother. These indicators lead to legal uncertainty, which can be followed by criminal liability for child trafficking. It is widespread in the midst of armed conflict, as there are de facto obstacles for the intended parents to enter Ukraine. Even if the intended parents manage to take the child to a neighboring safe country, they have a „foreign” child in their custody without a court order or with only a Ukrainian birth certificate. Thus, the state authorities can investigate the child's background and start prosecution for illegal adoption or even child trafficking.

The legal inconsistencies and their impact on the child and other parties involved are detrimental when the children cannot be delivered safely and quickly to the intended parents. Many surrogates are trapped in Ukraine with their babies, waiting for the intended parents to pick them up. The need to flee the country is natural, but in reality difficult to achieve, as pregnant women and newborns are in a vulnerable position, needing extra care, and are exposed to danger in these circumstances^[30].

³⁰ Intended parents from France (Nelly and Julian Lavery) experienced the effects of war firsthand as intended parents. Their surrogate was scheduled to deliver their baby in April, but when the war broke out, she fled Odesa to give birth safely in the western part of the country. She went into labor on the run, however, and the baby was born three weeks early in Uzhhorod. The Lavery's picked up the baby safely, then traveled to Slovakia and took her to Košice Hospital for a medical checkup. The baby has since been safely with the intended parents in France. However, according to the neonatologist who examined the baby, based on the medical findings, the labor must have been complicated, stressful, and basically life-threatening. As babies are very sensitive, especially when exposed to air travel, a comprehensive medical examination is necessary before determining whether the child can continue the journey. For more see: Veronika Folentová, „Po Joy si prišli rodičia do Užhorodu. K mnohým iným deťom, ktoré porodili na Ukrajine náhradné matky, sa rodičia nedostanú” *Dennik N*, 28 March (2022). <https://dennikn.sk/2787323/po-joy-si-prisli-rodicia-do-uzhorodu-k-mnohym-inym-detom-ktore-porodili-na-ukrajine-nahradne-matky-sa-rodicia-nedostanu/>.

4.2. Risk of statelessness of children born from surrogacy arrangements

Legal safeguards are provided in the Convention on the Rights of the Child^[31], in particular Articles 7^[32] and 8^[33], which require member states to prevent children from becoming stateless. Art. 7 is clear on this obligation; however, it does not specify which nationality the child may be entitled to, nor does it guarantee the right to nationality at birth^[34].

It poses a problem in cases of cross-border surrogacy agreements between intended parents from a country where surrogacy is not permitted and the surrogate mother living in a country where surrogacy is permitted. It is contrary to the obligation of member states under these articles. The solution can be interpreted as requiring member states with permissive measures on surrogacy to restrict access to it for foreign intended parents^[35].

In the context of the Convention, which does not deal specifically with children, but under the umbrella of Art. 8 (the right to respect for private and family life). This right is interpreted quite broadly in the decisions of the ECtHR, so that the right to nationality, identity and the best interests of the child can be examined. In the case of *Menesson v. France*^[36], the right to nationality of the children born out of a cross-border surrogacy agreement arose because the French authorities refused to enter the information

³¹ United Nations Convention on the Rights of the Child (1989).

³² „1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.

2. States Parties shall ensure the implementation of these rights in accordance with their national law and their obligations under the relevant international instruments in this field, in particular where the child would otherwise be stateless”.

³³ „1. States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference.

2. Where a child is illegally deprived of some or all of the elements of his or her identity, States Parties shall provide appropriate assistance and protection, with a view to re-establishing speedily his or her identity”.

³⁴ Sanoj Rajan, „International Surrogacy Arrangements and Statelessness”, [in:] *The World's Stateless Children*, ed. Laura van Waas, Amal de Chickera (Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2017), 374-385.

³⁵ Unicef Briefing Note, *Key Considerations: Children's rights & Surrogacy*, February 2022.

³⁶ *Menesson v. France*. Application no. 65192/11, 26 June 2014, ECHR.

on the U.S. birth certificate in the French civil status register. The married heterosexual couple of French nationality entered into a surrogacy agreement in California. The ART used the sperm of the intended father and the eggs of the donor. The pregnancy resulted in the birth of a set of twins; the U.S. birth certificate listed the couple as the legal parents of the children, but made no mention of the surrogate mother; nevertheless, the twins were granted U.S. citizenship on the basis of *ius soli*^[37]. Although there was no real risk of statelessness as such, the ECtHR ruled that there had been a violation of the children's right to respect for private and family life^[38].

Moreover, the ECHR explicitly stated that the children's identity includes their right to a nationality, and the French authorities' refusal to recognize the children's nationality created many legal uncertainties regarding the children's civil status^[39].

The risk of statelessness for children born to surrogate mothers may arise, but it is worth noting that the ECtHR has introduced another legal safeguard in its jurisprudence on this issue, namely the recognition of the legal parenthood of at least one of the intended parents (usually the one to whom the child has a genetic link); thus, the possibility of acquiring the nationality of the genetic parent must be open^[40]. However, this guarantee may not be sufficient for children who do not have a genetic link with the intended parents, who cannot acquire the nationality of the surrogate mother, and where the intended parents' country prohibits surrogacy altogether.

4.3. Risk of child trafficking

The stateless „surrogate orphans” born in times of war are particularly vulnerable, both legally and de facto, as they are cared for by people to whom they have no legal ties and are trapped in their place of birth, which is under armed occupation^[41].

³⁷ In other words, birthright citizenship, is the right of anyone born in the territory of a state to nationality or citizenship.

³⁸ *Ibidem*, para. 102.

³⁹ *Ibidem*, paras 96. and 97.

⁴⁰ *Ibidem*, para. 100.

⁴¹ For more information, see: Andrew E. Kramer, Maria Varenikova, „In a Kyiv Basement, 19 Surrogate Babies Are Trapped by War but Kept Alive by Nannies” *The New York Times*, 12 March (2022). <https://www.nytimes.com/2022/03/12/world/europe/ukraine-surrogate-mothers-babies.html>.

In addition, there may be criminal liability for trafficking in human beings, particularly children. Child trafficking is defined in Art. 3 of the Palermo Protocol^[42], as the recruitment, transportation, transfer, harbouring, or receipt of children for exploitation^[43]. Illegal adoption can be considered as a distinct form of child trafficking, according to Art. 2 (a) of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child^[44]. The organization of an illegal adoption involves improperly induced consent for the child by the perpetrator, who acts as an intermediary, which may arise in the business of surrogate motherhood. Overall, child trafficking as a crime is pursued under international treaties but also relies on the national criminal law provisions to make prosecution of perpetrators possible, regardless of their nationality and whether the crime was committed or not on the territory of the state^[45].

The international legal standards for adoption procedures are set out in the Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (of May 29, 1993) and the European Convention on the Adoption of Children (of April 24, 1967). In adoption procedures, international law aims to set limits on the benefits of adoption in order to protect the welfare and best interests of the child, as well as the biological family. Finally, it is left to the national legislators on adoption how to

⁴² Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000 e Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000.

⁴³ In trafficking involving children, the means of handling the child (threat, force coercion...) and the consent of the child is irrelevant, the act itself still remains in the scope of child trafficking.

⁴⁴ This Article defines “sale of children” as a mechanism whereby a child is transferred by a person or group of persons to another person for remuneration or other consideration. The key aspect in this crime is the receipt of financial or non-financial gain by the offender, not the means of the act or the purpose of the exploitation.

⁴⁵ Agnieszka Laber, „International Police Cooperation Against Child Trafficking and Illegal Adoption”, [in:] *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood: Global Perspective*.

navigate this issue, apart from some strict obligations required by international law documents^[46].

In addition, it is worth studying the national criminal legislation of Slovakia, as it is one of the safe countries from which children born through surrogacy can flee to Ukraine with their biological mothers or other persons. According to the Slovak domestic legislation, criminal prosecution of some acts related to surrogacy may be possible if we consider some practices of surrogacy as crimes. Slovakia does not have a specific criminal law on the illegality of surrogacy. The legislator is generally silent on this issue^[47]. Still, according to the Slovak Criminal Code (Act No. 300/2005 Coll., Criminal Code), a person may be criminally liable for concluding a contract about giving the child to the contracting party for remuneration, also for handing over the child into a person's custody without a court order. Sections 180^[48] and 181^[49] stipulate criminal offences when a child is handed over for adoption or another purpose, contrary to generally binding criminal law regulation, to receive remuneration. According to Article 180, a passive form of this act is also a crime, so that the perpetrator who receives a child in this way is criminally liable. In section 181, the key feature of the crime is remuneration; moreover, the abstract phrase „handing over the child for other purposes” can be linked to surrogacy practices^[50].

The above mentioned child trafficking is domestically regulated in the Slovak Criminal Code in para. 179, paragraph 2, which is in line with

⁴⁶ Dominik Zając, „International Criminal Law Aspects of Surrogate Motherhood”, [in:] *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood: Global Perspective*, 969-971.

⁴⁷ Slovakia belongs to the group of countries with silent law on surrogacy, i.e. there is no comprehensive and explicit regulatory framework. Nevertheless, the legislator expressed its attitude towards surrogacy issues by introducing Article 82 p. 2 and 1 of the Family Code. According to paragraph 1, the mother of the child is the woman who has given birth to it, while paragraph 2 states that all agreements and contracts containing statements contrary to paragraph 1 are null and void. Although the intention of these paragraphs was to provide certainty regarding family ties, it does not respond to the fact that the woman who gave birth to the child may not be genetically related to her (in cases of gestational surrogacy).

⁴⁸ Section 1 paragraph 1 of the Slovak Criminal Code writes the act of handover of the child for the purpose of adoption, here adoption is free of charge.

⁴⁹ Section 1 paragraph 1 of the Slovak Criminal Code writes the act of handover of the child for other purpose, for remuneration.

⁵⁰ Elena Júdová, Martin Píry, „Surrogacy Motherhood in the Slovak Republic – an Illegal Immigrant?”, [in:] *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood: Global Perspective*, 790-791.

the international treaties on human trafficking in general. Surrogate motherhood and surrogacy agreements include the practices of handing over the child to the intended parents, the surrogate mother's renunciation of parental rights, and the surrogate mother's monetary compensation (in Ukraine above the medical costs related to the pregnancy), which fits within the scope of interpretation of the criminal activity of human or child trafficking in Slovakia. However, proving such criminal activity is problematic for several reasons. For example, there is a presumption of financial gain, which can be easily hidden as medical, travel and living expenses. Also, if the surrogate mother is a Ukrainian citizen, and surrogacy contracts are legal and enforceable there, proving child trafficking or illegal adoption is very limited and difficult. Surrogacy tourism in Ukraine is quite latent, so cross-border prosecution is rarely realized^[51].

Questions arise about how to ensure the safety and well-being of children born through surrogacy. Overall, the situation is harsh and legally complicated. Nevertheless, reproductive clinics and agencies are required to adapt to the war in order to help their surrogates and the babies. As most of the surrogacy clinics are based around Kyiv and Kharkiv, as is the largest surrogacy agency, BioTexCom carried out radical measures to safely continue their operations. In the early months of the war, they set up a basement nursery in Kyiv where surrogate babies and surrogate mothers were placed. However, as the situation gradually stabilized in the western part of the country, all the surrogate mothers they had connections with were released from the occupied territories and shelters. The previously captured babies were delivered to their intended parents by August^[52].

In any case, the transfer of the surrogate children to the intended parents is less complicated legally if they live in a country where surrogacy is permitted. Legal obstacles may arise in countries where the legislation is the opposite, regardless of the ongoing war conflict in Ukraine. Amidst all the legal complications, there are newborns who, immediately after birth, find themselves not only in legal uncertainty, but also in factual uncertainty due to the armed conflict. Despite the fact that legal parenthood is immediately established between them and their intended parents, those who have parental responsibility over them cannot exercise it, and

⁵¹ Ibidem, 793-794.

⁵² Maria Varenikova, Andrew E. Kramer, „How Ukraine's Surrogate Mothers Have survived the War” *New York Times*, 16 October (2022). <https://www.nytimes.com/2022/10/16/world/europe/ukraine-surrogacy-war.html>.

they are cared for by persons who are not legally related to them. In any case, a child rights-based approach is important in cases of surrogacy agreements. In the context of ongoing armed conflicts, it is necessary to prioritize the issues of expeditious ways to establish legal parentage and to provide travel documents to children in order to prevent the possibility of abuse of their situation.

4.4. Legal navigation in cross-border surrogacy cases

The risks mentioned above are just some of the many controversial aspects that surrogacy cases reveal. In general, states can take different paths to resolve these conflicts, resulting in different outcomes that are often not equally ideal for all parties involved.

The first advisory opinion on legal parenthood in cross-border surrogacy was issued on 10 April 2019 under Article 1 of Protocol No. 16 to the ECHR. The French Court of Cassation requested an Advisory Opinion as a follow-up interpretation on legal parenthood in cross-border surrogacy cases arising from the case of *Mennesson v. France* (no. 65192/11, June 26, 2014). The advisory opinion on this issue provided guidance to states on the best approach to take in a situation where the intended mother in a cross-border surrogacy arrangement does not have a biological relationship with the child. However, the intended father is genetically related to the child and has been recognized by domestic law.

The Court presented a balanced interpretation based mainly on the primary consideration of the best interests of the child, the speed and effectiveness of parental recognition procedures, and the importance of the wide margin of appreciation of States (highlighting adoption procedures as a relevant legal solution for this). However, it is important to mention that this advisory opinion is not a legally binding document for the Member State, but rather an explicit interpretation of the Convention by the ECtHR, which may serve as a starting point for States in their legal navigation of surrogacy related issues^[53].

⁵³ Andrea Erdősová, „Náhradné materstvo ako bioetický problém z pohľadu ochrany základných práv a slobôd” *Justičná Revue*, No. 4 (2020): 475-476

The answers^[54] provided in the Advisory Opinion are undoubtedly relevant for future cross-border surrogacy cases in order to safeguard the right to respect for private and family life of all persons involved. Moreover, the *Paradiso and Campanelli v. Italy* and *Mennesson v. France* cases, together with the Advisory Opinion, presented such groundbreaking arguments that they defined the pillars of the ECtHR's decision-making on cross-border surrogacy cases. This is evident in the recent decision in *K.K. and Others v. Denmark*, where the ECtHR followed the principle of the best interests of the child in holding that the non-recognition of legal parenthood between the intended mother and the children born from a surrogacy arrangement violated the rights of the children (but not of the woman) under Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union^[55].

However, the children's rights under Article 8 were violated by the failure to recognize their relationship with the intended mother. In its conclusion, the court emphasized that it was in the best interests of the children to have the relationship recognized.

The ECtHR emphasizes a „child-friendly” approach and a smooth and quick procedure for establishing legal parenthood (even if one of the parents is not genetically related). These factors are of concern in any case, especially today when surrogate mothers and their babies face real life-threatening dangers in some areas of Ukraine.

5 | Conclusion

The purpose of this article was to shed light on the double-edged sword of ART procedures. It has undoubtedly been a major step forward in reproductive medicine, making it easier for couples to build a family with a child and

⁵⁴ „1. the child's right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the European Convention on Human Rights requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the “legal mother”; 2. the child's right to respect for private life does not require such recognition to take the form of entry in the register of births, marriages and deaths of the details of the birth certificate legally established abroad; another means, such as adoption of the child by the intended mother, may be used”.

⁵⁵ *K.K. and Others v. Denmark* no. 25212/21, 06 March 2023.

achieve fulfillment in their family life. However, surrogacy in particular has entered a sensitive area of moral and ethical considerations in aspects of family life. It raises questions that go beyond legal parenthood. Not only the consequences, but also the prelude to such procedures touches on questions of embryo protection, the right to life and human dignity.

These new techniques can benefit individuals, but practice shows that they can also have the opposite effect. The diversity of legal approaches to this issue demonstrates this. Differences in national legislation force individuals to seek these techniques elsewhere if their home country does not offer a solution. Thus, couples are “forced” to engage in surrogacy programs abroad, resulting in cross-border surrogacy arrangements that are far from satisfactory. The example of the Ukrainian surrogacy „business” and the complications brought about by the armed conflict make this clear. Even before the war, legal uncertainties about the position of surrogates, intended parents, and the most vulnerable subject, the child, have arisen many times. It is true that the European Court of Human Rights, in its jurisprudence, has laid down basic principles on how to navigate the legislation of the Member States in this matter. However, it has also been reluctant to provide a clear solution.

Nevertheless, states should protect their sovereignty by enforcing their laws on surrogacy, because it is not necessarily right to force them, in general, to subsequently approve and validate acts and behaviors that circumvent their legal order. On the other hand, the real problems of couples and infertility are prevalent and the solutions are often offered beyond the borders of their home country. As a result, there is a tension between the protection of the sovereignty of the state and the obligation to protect its citizens, to guarantee their rights and legal certainty.

Unfortunately, this attitude has been demonstrated by the real-life experiences of surrogate mothers, intended parents and babies in Ukraine since the outbreak of the war. The legal risk of statelessness of the child born through surrogacy creates uncertainty in the acquisition of social rights, access to health care and education. Moreover, the possible liability of intended parents for child trafficking, which also undermines the principle of the best interests of the child (in terms of negative psychological consequences, emotional trauma, deprivation of both children and intended parents), the establishment of legal maternity between a surrogate mother and the child (even without a genetic bond between them), points to the urgent need to create a system where intended parents can take in the child as soon as possible and then safely and quickly establish legal parenthood with him or her.

Bibliography

- Erdősová Andrea, „Náhradné materstvo ako bioetický problém z pohľadu ochrany základných práv a slobôd” *Justičná Revue*, No. 4 (2020): 471-480.
- Erdősová Andrea, *Aktuálne otázky o človeku a jeho právach v bioetike*. 1st ed. Bratislava: Wolters Kluwer, 2016.
- Folentová Veronika, „Po Joy si prišli rodičia do Užhorodu. K mnohým iným deťom, ktoré porodili na Ukrajine náhradné matky, sa rodičia nedostanú” *Dennik N*, 28 March (2022). <https://dennikn.sk/2787323/po-joy-si-prisli-rodicia-do-uzhorodu-k-mnohym-inym-detom-ktore-porodili-na-ukrajine-nahradne-matky-sa-rodicia-nedostanu/>.
- Garay Lilla, „Surrogate Motherhood – the European Legal Landscape” *Law, Identity and Values*, No. 1 (2022): 65-83, <https://doi.org/10.55073/2022.1.65-83>. <https://doi.org/10.1080/01459740.2023.2201682>.
- Júdová Elena, Martin Píry, „Surrogacy Motherhood in the Slovak Republic – an Illegal Immigrant?”, [in:] *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood: Global Perspective*, ed. Piotr Mostowik. 753-794. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019.
- König Anika, „Reproductive Entanglements in Times of War: Transnational Gestational Surrogacy in Ukraine and Beyond” *Medical Anthropology*, No. 5 (2023): 479-492.
- Králíčková Zdeňka, „On the Family and Family Law in the Czech Republic”, [in:] *Family Protection From a Legal Perspective*, ed. Tímea Barzó and Barnabás Lenkovics. 77-110. Budapest-Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law-Central European Academic Publishing, 2021.
- Kramer Andrew E., Varenikova Maria, „In a Kyiv Basement, 19 Surrogate Babies Are Trapped by War but Kept Alive by Nannies” *The New York Times*, 12 March (2022). <https://www.nytimes.com/2022/03/12/world/europe/ukraine-surrogate-mothers-babies.html>.
- Laber Agnieszka, „International Police Cooperation Against Child Trafficking and Illegal Adoption”, [in:] *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood: Global Perspective*, ed. Piotr Mostowik. 955-966. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019.
- Martínez de Aguirre Carlos, „International Surrogacy Arrangements: A Global ‘Handmaid’s Tale?’”, [in:] *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood: Global Perspective*, ed. Piotr Mostowik. 451-485. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019.
- Mostowik Piotr, „‘May You Live in Interesting Times’. General Remarks”, [in:] *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood: Global Perspective*,

- ed. Piotr Mostowik. 33-42. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019.
- Navratyil Zoltán, „Az asszisztált reprodukciós eljárások a jogi szabályozás tükrében – különös tekintettel az in vitro embrió helyzetére” *Debreceni Jogi Műhely*, 2 (*Különszám*), No. 2 (2005): 1-66. <https://ojs.lib.unideb.hu/DJM/article/view/6580>.
- Rajan Sanoj, „International Surrogacy Arrangements and Statelessness”, [in:] *The World’s Stateless Children*, ed. Laura van Waas, Amal de Chickera. 374-385. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2017.
- Reznik Oleg M., Yuliia M. Yakushchenko, „Legal Considerations Surrounding Surrogacy in Ukraine” *Wiadomości Lekarskie* Aluna Publishing, No. 5 (2020): 1048-1052. DOI: 10.36740/WLek202005139.
- Varenikova Maria, Andrew E. Kramer, „How Ukraine’s Surrogate Mothers Have Survived the War” *New York Times*, 16 October (2022). <https://www.nytimes.com/2022/10/16/world/europe/ukraine-surrogacy-war.html>.
- Zajac Dominik, „International Criminal Law Aspects of Surrogate Motherhood”, [in:] *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood: Global Perspective*, ed. Piotr Mostowik. 969-980. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, 2019.



ANNA REDA-CISZEWSKA

Special Rights of Employees Caring for a Child or Other Family Member with Disabilities with Regard to the Organization of Working Time and Remote Working Under the Polish Labor Code

Abstract

This paper deals with the special rights of employees caring for children or other family members with disabilities to request to work remotely or to be covered by a flexible working arrangement. As of 2018, the Polish legislator is introducing special entitlements for this category of employees aimed at reconciling work and caring for a child or family member. The paper presents a catalog of these special rights and the application procedure.

KEYWORDS: persons with disabilities, access to work, remote work, flexible working time, employees caring for a child or family member

ANNA REDA-CISZEWSKA, PhD in law, Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, ORCID – 0000-0001-8727-2399, e-mail: a.reda@uksw.edu.pl

1 | Introductory remarks

The Labor Code includes provisions aimed at reconciling work and non-work life for employees in a challenging family situation due to caring for a child or other family member or household member with disabilities. By the Law of May 10, 2018, amending the Law on Vocational and Social Rehabilitation and Employment of Persons with Disabilities and specific other laws^[1], Article 142¹ was added to the Labor Code. The regulation became effective on June 6, 2018. This provision was the first particular solution for this category of employees in the Labor Code.

The Polish legislator has recognized the difficult situation of caregivers and is expanding the catalogue of rights to facilitate this care. In addition, Article 676⁶ of the Labor Code which dealt with telework, provides that an employer shall grant an employee's request to work in the form of telework if the employee is caring for a disabled child or a child with special educational needs. The new provisions on remote work, which replaced telework, referred to Article 67¹⁹ § 6 of the Labor Code, the employer is obliged to grant the request of an employee caring for a disabled child or a child with special educational needs, as well as a pregnant employee, an employee raising a child up to the age of four, and an employee caring for another member of the immediate family or another person in a typical household with a certificate of disability or a certificate with a significant degree of disability, to perform work at a distance, unless this is not possible due to the organization of work or the type of work performed by the employee.

As a result of the implementation of Directive 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of June 20, 2019, on the work-life balance of parents and caregivers and repealing Council Directive 2010/18/EU^[2], the Polish legislator intends to introduce further solutions regarding the rights of employees with caregiving responsibilities. The legislator has expanded the scope of flexible work arrangements that employees caring for a child or other person may request^[3]. The amendment added Article 188¹ to the Labor Code.

¹ OJ 2018, item 1076.

² OJ L 188, 12.7.2019, p. 79–93.

³ Draft law implementing Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working

It is worth noting that the issue under discussion concerns the regulation of the right to access for persons with disabilities. On July 19, 2019, the Law on Ensuring Accessibility for Persons with Special Needs, was adopted with the aim of bringing Polish law compliant with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities^[4]. It follows from Article 9 of the Convention that appropriate measures should be taken to ensure that persons with disabilities, on an equal basis with others, have access to the physical environment, means of transportation, information, and communication, including information and communication technologies and systems, and other facilities and services, generally available or universally provided, in both urban and rural areas. These measures, which include the identification and elimination of obstacles and barriers to accessibility, apply to, among other things: (a) buildings, roads, transportation, and other indoor and outdoor facilities, including schools, housing, medical care institutions, and workplaces, (b) information, communication and other services, including electronic services and emergency services. States, therefore, should ensure the right of persons with disabilities to access and create institutional, procedural, and infrastructural solutions in this regard^[5].

2 | Employees caring for a child or other family member or household member are entitled to special entitlements

Special rights regarding the organization of working time and remote work have been granted to a certain category of employees. The legislator aims to support: 1) parents in the case of a complicated pregnancy; 2) parents

conditions in the European Union (Official Journal of the EU L 186, 11.07.2019, p. 105) and Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and caregivers and repealing Council Directive 2010/18/EU (Official Journal of the EU L 188, 12.07.2019, p. 79). www.legislacja.gov.pl (No. UC118).

⁴ OJ, No. 1169 with effect from 25 October 2012.

⁵ Katarzyna Roszewska, „Komentarz do art. 2”, [in:] *Ustawa o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami. Komentarz*, ed. Katarzyna Roszewska (Lex/el. 2021).

of a child with a certificate of severe and irreversible disability or an incurable life-threatening disease, which arose during the prenatal period of the child's development or childbirth; 3) families with a child with disabilities or special educational needs.

Referring specifically to the content of Article 142¹ of the Labor Code, the employer is bound by the application if it is submitted by:

1. employee-parents of a child with a certificate referred to in Article 4, § 3 of the Law on Support for Pregnant Women and Families „For Life” (Journal of Laws of 2020, item 1329), that is, a certificate of severe and irreversible disability or incurable life-threatening disease, which arose during the prenatal period of the child's development or childbirth;
2. employee-parents of a child with a certificate of disability or a certificate of moderate or severe disability as defined in the regulations on vocational and social rehabilitation and employment of disabled persons;
3. employee-parents of a child with, respectively, an opinion on the need for early childhood development support, an evaluation on the need for special education, or an evaluation on the need for remedial classes, as referred to in the provisions of the Law of December 14, 2016. – Education Law (Journal of Laws of 2021, item 1082, and 2022, items 655, 1079 and 1116).

In the case of the persons mentioned in item 1, it should be noted that three persons may exercise this right: the mother of the child, the father of the child, and the spouse of the mother, even if he is not the father of the child^[6]. Unclear is the question of the admissibility of binding requests by employees who have adopted a child who has the characteristics mentioned in the above provision. It seems that the legislator has not granted this right to adoptive parents or to employees who have adopted a child from a non-professional foster family^[7].

An employee's request to perform remote work will, in principle, not be binding on the employer, with the exception of requests from pregnant

⁶ Krzysztof Stefański in: *Kodeks pracy. Komentarz. Tom II. Art. 94-304(5)*, 4th ed., ed. Krzysztof W. Baran (Warszawa, 2022, Lex/el.), art. 142(1).

⁷ Katarzyna Serafin in: *Zatrudnienie w epoce postindustrialnej*, ed. Barbara Godlewska-Bujok, Krzysztof Walczak (Warszawa, 2021, Lex/el).

employees, employees bringing up a child up to the age of four, and employees listed in Article 142¹ paras. 1(2) and (3) of the Labor Code. The legislator has limited the circle of persons entitled to make requests in the case of remote work by referring only to items 2 and 3 of Article 142¹ § 1 of the Labor Code, excluding the employee's spouse and the employee's parent of a child in the prenatal stage in the case of a complicated pregnancy.

In addition, a binding request to work remotely will also apply to employees caring for another member of their immediate family or another person in the typical household with a disability certificate or a certificate of significant disability. In practice, therefore, the provision will apply to persons caring for minors with a certificate of disability (since a certificate of disability is issued to a person who has not reached the age of 16) and those with a certificate of significant disability (a certificate of disability is issued to a person who has reached the age of 16). Consequently, persons caring for a person with a certificate of mild or moderate disability are not covered by this provision. Such persons could apply for teleworking in accordance with the general rules.

The right to work in the specified forms of working time organization and remote work will also be available to employees who are caring for adult children, i.e. over 18 years of age.

3 | Remote work

Remote work found its way into the Labor Code as a result of the Covid-19 pandemic^[8]. Previously, the Labor Code contained a regulation on telework^[9]. It should be noted that the code regulation on telework was an implementation of the European framework agreement on telework

⁸ Act of 2 March 2020 on special solutions related to the prevention, prevention and control of COVID-19, other infectious diseases and emergencies caused by them, OJ 2021, item 2095.

⁹ The Act of 24 August 2007 amending the Act - the Labor Code and certain other acts, Journal of Laws 2007.181.1288 of 2007.10.01, By means of the Act of 24 August 2007 amending the Act - the Labor Code and certain other acts (Journal of Laws No. 181, item 1288), Chapter I Ib was added to the second section. As of 16 October 2007.

concluded by the social partners at the EU level^[10]. However, teleworking was not a popular form of work organization in Poland. When the COVID-19 pandemic started, the legislator did not take advantage of the current telework regulation but decided to introduce a new legal regulation on remote work.

Article 3 of the Anti-Covid Law provided that in order to counteract COVID-19, an employer may instruct an employee to perform the work specified in the employment contract outside the place of its regular performance for a specified period of time (remote work). At the same time, the provision of the Labor Code on telework was in force. Subsequently, the provisions of Article 3 of the Anti-Covid Law were expanded. In several paragraphs, the legislator clarified the rules for performing remote work^[11]. However, it should be emphasized that the regulation in the Anti-Covid Law was ad hoc and can only be applied during an epidemic.

According to Article 67¹⁸ of the Labor Code, work may be performed in whole or in part at a place specified by the employee and agreed with the employer on a case-by-case basis, including the employee's home address, mainly through direct communication at a distance (remote work). This provision, which refers to total or partial remote work, is supplemented by Article 67³³ § 1, which adds that remote work may be performed occasionally, at the request of the employee submitted in paper or electronic form, for a period not exceeding 24 days per calendar year. Thus, the Labor Code provides for three types of remote work: total, partial and occasional. The dimension of occasional remote work is clearly defined by the number of days per calendar year that an employee may use for remote work. Occasional work is distinguished from other types of work by the fact that specific provisions on remote work (i.e., Articles 67¹⁹-67²⁴ and Article 67³¹ § 3 of the Labor Code) do not apply. The legislator assumes that the employee will perform occasional remote work infrequently, so it is not necessary to apply all the provisions on remote work (including the provisions on the costs of remote work).

Remote work may be performed by means of direct remote communication, or it may concern the performance of production parts or material services. The place where the remote work is to be performed is always determined by the employee and agreed with the employer (i.e. accepted

¹⁰ <https://www.etuc.org/en/framework-agreement-telework>.

¹¹ Article 3 (3) added by Article 77 (1) of the Law of June 19, 2020. (OJ 2020, item 1086) amending the present Law as of June 24, 2020.

by the employer). Remote work is to be performed at the employee's place of residence or at another location chosen by the employee and agreed to by the employer. This part of the definition is crucial in distinguishing remote work from traditional work. It also does not exclude a situation where the parties agree that remote work will be performed at different locations, which the employee will inform the employer of each time. On the other hand, the provision does not allow the employee complete freedom to choose the remote work location (i.e., without agreeing with the employer's location).

The scope of application of remote work will be broader than that of existing telework, mainly due to the absence of the requirement of regularity of work and the need to communicate the results of work to the employer, mainly by electronic means. The premise of the regularity of telework has raised many questions of interpretation due to its vagueness.

Not all types of work can be performed remotely. The Labor Code specifically excludes certain types of work from the scope of remote work. Article 67³¹ § 4 of the Labor Code provides that remote work does not include work: 1) particularly hazardous; 2) resulting in exceeding the permissible standards of physical factors set for living quarters; 3) with hazardous chemical agents as referred to in the regulations on health and safety at work related to the presence of chemical agents in the workplace; 4) related to the use or release of harmful biological agents, radioactive substances and other substances or mixtures emitting offensive odors; 5) causing intense dirtiness.

Remote work may be introduced by agreement of the parties to the employment relationship or by the employer's order. Remote work introduced by the employer's order is intended to be an exceptional situation (Article 67¹⁹ § 3 of the Labor Code). Remote work may be performed at the employer's instruction: 1) during a state of emergency, a state of epidemic emergency, or a state of epidemic emergency, and for three months after their revocation, or 2) during a period in which it is temporarily impossible for the employer to provide safe and hygienic working conditions at the employee's current workplace due to force majeure - if the employee submits a paper or electronic statement immediately before the order that he has the premises and technical conditions to perform remote work.

In addition, an employer must first obtain information from the employee he has the premises and technical conditions to perform remote work. In practice, this means the employer's obligation to get information on whether the employee has the skills mentioned above and capabilities

before issuing a remote work order. If a change in the premises and technical conditions make it impossible to perform remote work, the employee shall immediately inform the employer. In such a case, the employer shall immediately revoke the order to perform remote work (§ 5).

The employer may revoke the remote work order at any time with at least one day's notice (§ 4). The revocation of a remote work order implies, as is the case under the current regulations, that the employee performing remote work must return to work under the previous rules and at the last place of work. The employer should agree with the employee, considering the employee's prior place of remote work (e.g., remoteness from the workplace) and a date for the employee to return to their traditional work.

In principle, however, remote work must to be introduced by agreement between the parties to the employment relationship. Article 67¹⁹ § 1 provides that an agreement between the parties to the employment contract regarding the employee's remote work performance may occur (1) after the employment contract or (2) during the employment. The agreement may be made on the employer's initiative or at the employee's request made on paper or electronically. The provision of Article 29 § 4, which provides that an amendment to the terms and conditions of the employment contract must be made in writing, does not apply to remote work.

Consent means that both parties must agree to the introduction of remote working. However, the legislator has provided that certain categories of employees can make a request that obliges the employer to allow remote work. If the employer refuse to grant remote work, he or she must justify this. It should also be mentioned that the employer cannot make a binding request to stop remote work and to restore the employee's previous working conditions unless the continuation of remote work is not possible due to the organisation of work or the type of work performed by the employee (Article 67²² § 2 of the Labor Code). On the other hand, the request of the employee's superior to perform remote work cannot constitute a reason justifying the employer's termination of the employment agreement. However, the employer may withdraw its consent to the performance of remote work if, during an inspection of the remote work, the employer finds deficiencies in compliance with labor protection regulations and rules or in compliance with information security and protection requirements, including procedures for the protection of personal data. If the consent to perform remote work is withdrawn, the employee shall start working at the existing workplace on the date determined by the employer (Article 67²⁸ § 3 of the Labor Code).

4 | Work under flexible working time arrangements

Employees who are caring for a child or other family or household member, as defined in Article 142¹ of the Labor Code may request to work in the interrupted working time system (Article 139 of the Labor Code), mobile working hours (Article 140¹ of the Labor Code) or individual working schedule (Article 142 of the Labor Code). However, this catalogue will be extended by the new Article 188¹ § 1 of the Labor Code, according to which an employee may also request to work in the system of shortened workweek (Article 143 of the Labor Code) and the weekend working system (Article 144 of the Labor Code), as well as to reduce the working time.

Pursuant to Article 142 of the Labor Code, an employer may draw up an individual working time schedule upon an employee's written request. In the individual work schedule, it is possible, in particular, to determine different days and hours of work beginning and ending than for the general employees, which allows to take into account the specific needs of certain employees and facilitates the reconciliation of work with personal and family obligations. When requesting the application of an individual work schedule, the employee is not required to justify his or her request. However, in the case of the employees referred to in Article 142¹ of the Labor Code, they must prove their situation.

The Labor Code allows requesting mobile working hours (Article 140¹ § 1 of the Labor Code). This means that the work schedule may provide for different starting times on days that, according to the schedule, are working days for employees. According to Section 2, the work schedule may provide for an interval in which the employee decides the time of starting work on a day which, according to the schedule, is a working day for the employee. However, the performance of work according to this work schedule shall not violate the employee's right to rest. In such work schedules, the performance of work on the same day does not constitute overtime.

The interrupted working time system is a particular type of system. Under Article 139 § 1 of the Labor Code, if justified by the nature of the work or its organization, the interrupted working time system may be applied according to a predetermined schedule that provides for no more than one break from work per day of no more than 5 hours. The break shall not be counted as working time; however, for the duration of the break, the employee shall be entitled to remuneration equal to half of the remuneration due for the break. This system divides the daily working time into

two stages by introducing one break. This system represents a departure from the principle of continuous counting of working time. Thanks to the introduction of this system, employers have greater flexibility in adjusting working time to changing needs during the day^[12]. The fact that the legislator has included intermittent working time among the solutions facilitating the reconciliation of work and caring for a child with a disability may give rise to certain reservations^[13].

The Polish legislator has also recently recognized the need to introduce solutions to facilitate part-time work for employees caring for children, family members, etc. Therefore, their next step will be to introduce the possibility of applying for the weekend work system or the shortened working week system or to reduce the working hours^[14]. Both of these working time systems are characterized by part-time work.

At the written request of the employee, the system of shortened working week may be applied to that person. Under this system, an employee may work less than five days a week, with a daily working time not exceeding 12 hours, within a payroll period not exceeding one month (Art. 143 of the Labor Code). In addition, at the written request of the employee, a working time system may be applied to him/her, according to which work is performed only on Fridays, Saturdays, Sundays, and holidays. Under this system, the daily working time may be extended by no more than 12 hours for a reference period not exceeding one month (Art. 144 of the Labor Code).

5 | Consequences of a request to work remotely or to work in flexible hours

The employer will be able to refuse a request for remote work only if the organization of work or the nature of the work performed by the employee makes it impossible to grant the request, and the employer will be obliged to inform the employee of the reason for the refusal in paper or electronic form within seven working days of the employee's request. Thus, in the case

¹² Stefański in: *Kodeks pracy. Komentarz. Tom II. Art. 94-304(5)*, art. 139.

¹³ Serafin in: *Zatrudnienie w epoce postindustrialnej*.

¹⁴ See proposed Article 188¹ of the Labor Code, Parliamentary print 2932.

of the specified employees, the employer's obligation to grant the request to work remotely will not be absolute. Rather, the legislator has treated this category of employees separately, as the employer must demonstrate the reasons why it cannot agree to remote work.

The explanatory memorandum to the bill introducing Article 142¹ of the Labor Code states that the request is binding on the employer^[15]. It should be noted that the employer's refusal is permissible only if the organization or nature of the work makes it impossible to grant the request. Thus, the refusal cannot be arbitrary. This means that mere obstruction of the workplace is not sufficient for a lawful refusal. Its condition is to demonstrate in an appropriate form (in writing or electronically) that one of the two conditions indicated in § 2 („organization of work” or „type of work performed by the employee”) has occurred, which objectively makes it impossible to carry out the request (unreasonableness of the flexible formula for performing work in a given position)^[16].

However, as for the review of the employer's decision, the provisions of the Labor Code do not provide for an appeal procedure against the employer's decision or a review of the legitimacy of the rejection of the employee's request by the State Labor Inspectorate. There are various contradictory statements in labor law doctrine. On the one hand, it is pointed out that the possibility of judicial enforcement of the application is therefore purely theoretical, even illusory. It is difficult to imagine that the court will decide for the employer on the organization of work or specific solutions for the organization of working time^[17]. On the other hand, it is assumed that the most natural legal qualification for the above actions is to treat them as an administrative act or even an administrative decision, as indicated by their character and the obligation to justify them. The above would imply the possibility of an administrative appeal against the refusal^[18]. In conclusion, it should be noted that the legislator has not explicitly regulated this issue.

¹⁵ Parliamentary paper, Explanatory Memorandum VIII. 2215.

¹⁶ Maciej Nałęcz in: *Kodeks pracy. Komentarz*, 13th ed., ed. Wojciech Muszałski, Krzysztof Walczak (Warszawa, 2021, Legalis) komentarz do art. 142¹ k.p.

¹⁷ Grzegorz Orłowski, „Pracodawca jest obowiązany, chyba że nie może” *Monitor Prawa Pracy*, nr 8 (2018), Legalis.

¹⁸ Arkadiusz Sobczyk in: *Kodeks pracy. Komentarz*. 5th ed., ed. Arkadiusz Sobczyk (Warszawa, 2020, Lex).

6 | Summary

The Polish legislator recognizes the need to take into account the difficult family situation of employees caring for a child or other family or household member who is disabled. Although the first regulations in this area appeared in Polish law only recently, the legislator introduced further solutions in 2018.

The proposed solution is positive. However, it should be noted that Polish legislation is very chaotic. The solutions are incomplete. They are not based on a well-thought-out and comprehensive concept of regulating the status of care workers. A significant shortcoming of the regulation is that it does not provide for any means of control in the event of an employer's refusal to accept a request for remote work or flexible working hours. In practice, workers caring for a child or other family member may not differ much from other workers. Nevertheless, the legislator intended to introduce special rights for the former. An analysis of the legislation shows that this has not been fully achieved and that employees may face some obstacles in this respect.

Bibliography

Kodeks pracy. Komentarz, 13th ed., ed. Wojciech Muszalski, Krzysztof Walczak. Warszawa, 2021, Legalis.

Kodeks pracy. Komentarz, 7th ed., red. Ludwik Florek. Warszawa, 2017, Lex.

Kodeks pracy. Komentarz, 5th ed., red. Arkadiusz Sobczyk. Warszawa, 2020, Lex.

Kodeks pracy. Komentarz. Tom II. Art. 94-304(5), 4th ed., ed. Krzysztof W. Baran. Warszawa 2022, Lex/el.

Orłowski Grzegorz, „Pracodawca jest obowiązany, chyba że nie może” *Monitor Prawa Pracy*, nr 8 (2018), Legalis.

Pisarczyk Łukasz, [in:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. VII, red. L. Florek, Warszawa 2017, art. 142, Lex.

Roszevska Katarzyna, „Komentarz do art. 2”, [in:] *Ustawa o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami. Komentarz*, ed. Katarzyna Roszevska. Lex/el. 2021.

Serafin Katarzyna [w:] B. Godlewska-Bujok, K. Walczak (red.), *Zatrudnienie w epoce postindustrialnej*, Warszawa 2021, Lex.

Stefański Krzysztof [in:] *Kodeks pracy. Komentarz. Tom II. Art. 94-304(5)*, wyd. VI, red. K. W. Baran, Warszawa 2022, art. 142(1), Lex.

Zatrudnienie w epoce postindustrialnej, ed. Barbara Godlewska-Bujok, Krzysztof Walczak. Warszawa 2021, Lex/el.



Anti-Corruption and Conflicts Around Sanctions for Removal of their Previous Posts of Retired Civil Servants. The Case of Vietnam*

Abstract

The paper commences with an explication of the prevailing understanding of corruption in Vietnam, accompanied by an overview of the legal framework and anti-corruption situation in Vietnam over the years. The authors conduct in-depth research on disciplinary measures to remove the previous posts of retired officials and civil servants found to have committed violations during their working tenure. The study analyses in detail and convincingly the nature and current inconsistencies in the legal provisions of this form of disciplinary measures and proposes several recommendations for improvement. The objective of this paper is to assist in the identification and rectification of shortcomings pertaining to the handling of retired officials and civil servants who have been found to have committed violations during their tenure.

KEYWORDS: corrupt; officers; civil servants; retire; Vietnam

SŁOWA KLUCZOWE: korupcja; urzędnicy służby cywilnej; emerytura; rzucić pracę; Wietnam

MINH VU CAO, PhD in Law, University of Economics and Law, Ho Chi Minh City, Vietnam and Vietnam National University, Ho Chi Minh City, Vietnam, ORCID – 0000-0002-4923-9501, e-mail: minhcv@uel.edu.vn

THI NGOC ANH CAO, Master student, Ho Chi Minh City National Academy of Administration (Ho Chi Minh City, Vietnam), ORCID – 0009-0005-0326-1868, e-mail: caongocanhthi.law@gmail.com

* This research is funded by University of Economics and Law, Vietnam National University Ho Chi Minh City, Vietnam

1 | Introduction

According to World Bank statistics^[1], developing countries annually produce 20-40 billion USD due to corruption, bribery, and embezzlement of public funds. The consequences of corruption negatively impact economic development and political stability and deprive vulnerable people of the most basic human rights. According to estimates, if recovered, only 1% of the stolen money would be enough to vaccinate 8 million newborns, provide clean water for half a million people suffering from poverty for a whole year, or cure 1.2 million people infected with HIV. These figures illustrate the significant impact that corruption has on each country's economy.

These figures illustrate the significant impact that corruption has on each country's economy^[2]. Transparency International (2006) supports this assertion to some extent, which argues that national economies open and integrated with world markets, combined with political systems, appear to be less prone to corruption than non-open economies.

In Vietnam, the anticorruption situation has still not progressed well, as in recent years, an increasing number of shocking corruption cases have appeared at home and abroad. The city can be described as the Thu Thiem urban case, Ho Chi Minh City. According to the conclusion in Notice No. 1041/TB-TTCT dated June 26, 2019, of the Government Inspectorate, this corruption case caused a loss of approximately 26,000 billion VND (equivalent to approximately 1 billion 130 million USD)^[3]. The case of the most recent example is the corruption of Chairperson Van Thinh Phat - Truong My Lan, which caused losses of more than 433,000 billion VND, the largest corruption case in the history of Vietnamese litigation^[4]. The 2022 Corruption Perception Index of Transparency International

¹ World Bank-UNODC, *Toward and Global Architecture for Asset Recovery. Stolen Asset Recovery Initiative*. (The World Bank, 2010). <https://star.worldbank.org/publications/towards-global-architecture-asset-recovery>. [accessed: 15.01.2024].

² Arthur Goldsmith, „Democracy, property rights and economic growth” *Journal of Development Studies*, No 32 (1995): 167.

³ Government inspector. *Announcement of inspection conclusions of Thu Thiem New Urban Area*. (Electronic Newspaper, 2019). <https://baochinhphu.vn/cong-bo-ket-luan-thanh-tra-khu-do-thi-moi-thu-thiem-102257919.htm>. [accessed: 15.01.2024].

⁴ VOV. VN. *Van Thinh Phat case: How did defendant Truong My Lan withdraw hundreds of trillions of billions?*. (VOV electronic newspaper, 2023). <https://vov.vn/phap-luat/vu-an-van-thinh-phat-bi-can-truong-my-lan-rut-ca-tram-nghin-ty-the-nao-post1060494.vov>. [accessed: 16.01.2024].

indicates that corruption in Vietnam is considered to be of a very serious nature, with a score of 42/100, which places the country in 77th position out of 180 countries in terms of transparency. This score is relatively low in comparison to the standards required for the country's healthy and sustainable development.

The problem of corruption is widespread, with an increasing number of retired civil servants being discovered committing corrupt acts during their working hours. To reassure people, with the goal of not having to retire or quit work but rather „landing safely”, in 2019, the Vietnamese National Assembly issued sanctions to remove previous posts for civil servants who committed violations during the period of work and were officially implemented from the beginning of 2020. Specifically, suppose a civil servant who holds a leadership position after retirement/quit is found to have committed corrupt acts (or other violations) during his working time. In that case, he or she will be stripped of the position previously held.

By the end of November 2023, Vietnam had 30 civil servants whose positions were removed because of corrupt acts before retiring or quitting their jobs. The promulgation of this sanction has, in some ways, demonstrated the efforts of the Vietnamese State to combat corruption. However, the effectiveness of these sanctions is still a matter of contention in academic circles, and a consensus has not yet been reached. The removal of a corrupt civil servant from their position merely entails a change in the manner in which they are addressed, without any adverse legal consequences. A common occurrence in Vietnam is the situation of civil servants who, following their removal from their positions, continue to enjoy the benefits of their corrupt practices. This situation has caused considerable public outrage. It is therefore unclear whether the removal of their previous posts is intended as a sanction to punish or merely a regulation to reassure the public, providing a way out for corrupt civil servants.

In light of this situation, there is a need for in-depth research on the corruption situation in Vietnam, especially the academic debate surrounding sanctions for removing the previous posts. This study begins by presenting Vietnam's shared understanding of corruption. On this basis, the study provides an overview of Vietnam's legal framework and anti-corruption situation. Since then, researchers have focused on disciplinary measures to remove the previous posts. Analyses of this sanction's effectiveness and inconsistencies will be presented thoroughly and convincingly. Finally, the study proposes several solutions that the Vietnamese government should consider when applying this form of discipline to promote the deterrence of sanctions.

This study aims to help the Vietnamese government recognize and overcome shortcomings in developing regulations dealing with corruption. At the same time, the study also provides valuable documents for the international community to learn about the legal and anti-corruption situation in Vietnam. All work towards a common goal of helping Vietnam and other countries further improve anti-corruption regulations.

2 | Ways to understand corruption in Vietnam

Along with the birth and development of the State, corruption is a social phenomenon associated with class, a manifestation of the „corruption of State power” and an inevitable disease of regimes^[5]. Montesquieu noted, „Everyone with power tends to abuse it; the form and content of corruption change according to the economic, political and social context, depending on the relationship between the interests of society on corruption and democracy”^[6].

The anti-corruption debate has been ongoing for over three decades, yet a final and widely accepted definition of the term remains elusive^[7]. This does not imply that the general public is unaware of the issue; rather, it reflects the fact that most people have an opinion on the matter^[8]. One of the challenges in defining corruption universally is that each country will define it based on its cultural context^[9].

Currently, most definitions of corruption involve two approaches. First, being process-based, corruption is defined as somehow changing the normal state of a social process, which could be ethical or legal standards.

⁵ Nguyen Van Kim, Nguyen Huy Hoang, *Anti-corruption laws of countries around the world* (Vietnam: National culture, 2003), 32.

⁶ Montesquie, *Spirit of Law* (Vietnam: Education, 1996), 25.

⁷ Eleftherios Spyromitros, Minas Panagiotidis, „The impact of corruption on economic growth in developing countries and a comparative analysis of corruption measurement indicators” *Cogent Economics & Finance*, No. 1 (2022): 266.

⁸ Richard Recors, *Corruption, good governance and the economic development of Vietnam* (Tokyo: VDF Tokyo Conference on the Development of Vietnam, 2005), 14.

⁹ United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention. *Global Programme Against Corruption Un Anti-Corruption Policy* (Vietnam: Office of Drug Control and Crime Prevention, United Nations Office at Viennam, 2001), 31. <https://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/manual.pdf>.

However, the weakness of this approach is that it is difficult to accurately explain the scope of ethical standards. Therefore, most existing concepts adhere to the objective definition of relying on the process according to the „deviation from legal standards” approach. Typically, corruption is defined as a deviation from the formal rules that govern the allocation decisions of state agencies in response to offers of financial benefits or political support^[10]. In a different conceptualization, corruption can be defined as the occurrence of behaviors that result in the harm of public interests or the abuse of public offices for private gain. For instance, when discussing corruption in France, the interrelationship between power and money is a salient consideration. In general, corruption encompasses the exploitation of power for the purpose of material gain^[11].

In fact, there are numerous concepts about corruption in Vietnam. From a legal perspective, corruption is officially defined in the 2018 Anti-Corruption Law as the behavior of individuals in positions of authority who exploit those positions for personal gain (Clause 2, Article 1). From a linguistic perspective, the Vietnamese Dictionary defines corruption as the abuse of power to harass individuals and take property^[12]. The Vietnam Encyclopedia defines corruption as the behavior of people with positions and powers who take advantage of their positions and powers to harass, accept bribes, or intentionally violate economic and financial policies, regimes, and regulations for personal gain, causing damage to the state, collective and individual property, and violating the proper operation of state agencies and political and social organizations. From an ethical and social perspective, corruption is defined as a historical negative phenomenon that appears and exists in a class-divided society and state formation and is demonstrated by the act of taking advantage of position and power to benefit individuals or others in any form, causing damage to property in the state, collectives, or citizens or threatening the proper operation of state agencies, social organizations or the legitimate rights and interests of citizens. Although expressed differently, in general, views on corruption in Vietnam have commonalities: (i) they are illegal acts that must be committed by people with positions and powers (action or inaction), and

¹⁰ Joseph S. Nye, „Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis” *The American Political Science Review*, No. 2 (1967): 421.

¹¹ Dinh Van Minh, *Some issues of corruption and basic contents of the 2005 anti-corruption law* (Vietnam: National Politics, 2019), 148.

¹² Assembly, *Vietnamese Encyclopedia* (Vietnam: Encyclopedic dictionary, 2005), 197.

(ii) they must be used for personal gain (illegal appropriation of public authority or collective resources)^[13]. The benefit might not always be in cash. It could involve favors, holidays, sexual services, inappropriate hospitality, or advancement for oneself or one's family. One example is the admission of a child to a prestigious college when they do not meet the admission standards^[14].

3 | Factors affecting corruption in Vietnam

Corruption has been a persistent problem in Vietnam for many years and continues to pose significant challenges to the country's economic, social, and political development^[15]. According to some studies, the factors leading to corruption in Vietnam are diverse. These include a weak legal framework^[16], inadequate anticorruption enforcement measures^[17], low wages but high social costs, inequality among state officials^[18], and cultural and social norms that condone or encourage corruption^[19].

Weak legal framework: Corruption is a problem that the Vietnamese government has been concerned about since the state's establishment. The death sentence of Tran Du Chau, The Director of the Military Department in 1950, is the clearest evidence of the determination of the Vietnamese Government in preventing and combating corruption from

¹³ Gerald E. Caiden, „What truly Is Public Maladministration?” *Public Administration Review*, No. 6 (1991): 486.

¹⁴ Adam Graycar, „Corruption: Classification and analysis” *Policy and Society*, No. 2 (2017): 87.

¹⁵ Scott Fritzen, „The »misery« of implementation: Governance, institutions, and anti-corruption in Vietnam”, [w:] *Corruption and good governance in Asia*, ed. Nicholas Tarling (London: Routledge, 2005), 22.

¹⁶ Christian Bjørnskov, „Combating corruption: On the interplay between institutional quality and social trust”. *The Journal of Law and Economics*, No. 1 (2011): 135.

¹⁷ Zhe Cao, Xianwei Shi, „A systematic literature review of entrepreneurial ecosystems in advanced and emerging economies” *Small Business Economics*, No. 57 (2021): 75.

¹⁸ Jonathan P. Doh, Peter Rodriguez, Klaus Uhlenbruck, Jamie D. Collins, „Coping with corruption in foreign markets” *Academy of Management Perspectives*, No. 3 (2003): 114.

¹⁹ Alina Mungiu-Pippidi, *The quest for good governance: How societies develop control of corruption* (Newyork: Cambridge University Press, 2015), 327.

the very beginning^[20]. In the early 1990s, the Vietnamese government recognized the need for anticorruption measures and established many organizations to address this problem^[21]. However, these agencies lack the necessary independent resources to fight corruption^[22]. In 2005, the Vietnamese Government passed the Anti-Corruption Law, establishing a more comprehensive legal framework for anti-corruption efforts^[23]. The law established the legal basis for anticorruption agencies and policies. It also provides provisions for punishing corruption and protecting those who denounce corruption^[24]. In the ten years from 2012 to 2022, the Central Executive Committee, Politburo, and Secretariat issued more than 250 documents on building the Party's political system and preventing and fighting corruption. The National Assembly amended, supplemented, and promulgated more than 300 new laws, ordinances, and resolutions. The Government and Prime Minister issued more than 2,000 decrees and decisions. Ministries, branches, and localities have issued thousands of legal documents to institutionalize and promptly implement the Party's guidelines and policies on socioeconomic management and corruption prevention and combat^[25]. However, promulgating many legal documents is not a fundamental solution to fight corruption if the content of those regulations is not feasible. According to the 2021 Corruption Perception Index, Vietnam is projected to score 37/100 points, which would place it at 104th among 180 countries. In 2022, the country is anticipated to score 42/100 points, which would place it at 77th among 180 countries. These scores indicate that, despite the aforementioned reforms, corruption in

²⁰ Thai Son, *Tran Du Chau case – Valuable lesson on anti-corruption work* (People's Army Newspaper: 2012). <https://www.qdnd.vn/tap-chi-hau-can-quan-doi/nghien-cuu-kinh-nghiem-trao-doi/vu-an-tran-du-chau-bai-hoc-quy-ve-cong-tac-phong-chong-tham-nhung-463320>. [accessed: 1.01.2024].

²¹ Sooksan Kantabutra, „Toward a System Theory of Corporate Sustainability: An Interim Struggle” *Sustainability*, No. 23 (2022):159. <https://doi.org/10.3390/su142315931>.

²² Phung Van Hien, „Public Investment in Education and Training in Vietnam” *International Education Studies*, No. 7 (2018): 106.

²³ Francesca Recanatini, „Anti-Corruption Authorities: An Effective Tool to Curb Corruption?”, [in:] *International Handbook on the Economics of Corruption*, Vol. II, Chapter 19. ed. Susan Rose-Ackerman, Tina Søreide (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011).

²⁴ Edmund Malesky, Jonathan London Malesky, „The political economy of development in China and Vietnam” *Annual Review of Political Science*, No. 17 (2014): 395.

²⁵ Nguyen Van Tri, „Some legal issues on measures to detect corruption in Vietnam” *Journal of democracy and law*, 6 January (2023).

Vietnam remains at a highly problematic level. The absence of robust legal frameworks can facilitate the pervasiveness of corrupt practices, which can have a profound negative impact on society and the economy^[26].

Inadequate anticorruption enforcement measures: Inadequate anticorruption enforcement measures manifest in many different forms, including weak legal frameworks, limited institutional capacity, and lack of political will to tackle corruption^[27]. Although legal documents are issued in large numbers in Vietnam, many issues still lack regulatory regulations. For example, there is ambiguity and lack of consistency in regulations for detecting corruption through reporting and handling complaints by several agencies, organizations, and individuals^[28]. The regulations pertaining to the distraint and freezing of assets lack specificity and clarity. Furthermore, the regulations of the Criminal Procedure Code on the handling of physical evidence are inadequate, resulting in the waste and loss of evidence. Another study has also revealed that a lack of political will and enforcement capacity represent Vietnam's primary challenges to anticorruption efforts^[29].

Low salaries but high social costs: if a civil servant has a low salary, they will try to improve their financial situation by accepting bribes. Therefore, the economic situation of civil servants also affects corruption^[30]. The Vietnamese government determines the salary structure for public sector employees based on various factors, including job duties, experience, and education level^[31]. The „brain drain” situation in the public sector is very common. Still, civil servant salaries are currently too low to be enough to live on (only ensuring approximately 50-60% of needs), not enough to regenerate labor power and accumulate. According to the Ministry of Home Affairs statistics, from 2020 to the first six months of

²⁶ Michael Johnston, *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy* (New York: Cambridge University Press, 2005), 321.

²⁷ Johann Graf Lambsdorf, „Making corrupt deals: Contracting in the shadow of the law” *Journal of Economic Behavior & Organization*, No. 3 (2002): 221.

²⁸ Transparency International. *Corruption Perceptions Index*. 2022. <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>. [accessed: 11.01.2024].

²⁹ May Tan-Mullins, Peter S. Hofman, „The Shaping of Chinese Corporate Social Responsibility” *Journal of Current Chinese Affairs*, No. 4 (2014): 3.

³⁰ Franklin Allen, Jun Qian, Lin Shen, „Corruption and Competition” *SSRN Electronic Journal*, 4 September (2018): 52.

³¹ Tai Anh Vu, Geoff Plimmer, Evan Berman, Pham Ngoc Ha, „Performance management in the Vietnam public sector: The role of the institution, traditional culture, and leadership” *International Journal of Public Administration*, No. 1 (2022): 49.

2022, nearly 40,000 officials, civil servants, and public employees quit their jobs (accounting for 1.94% of the total assigned payroll). There are 7,102 people in ministries and branches, accounting for 17.96%; locally, there are 32,450 people, accounting for 80.04%. The subjective reason leading to the number of officials and civil servants changing jobs and quitting is because salary policy still has many difficulties in the public sector; compared to life's needs, it has not yet kept up^[32].

Societal culture also tolerates corruption: cultural and social norms in preventing and combating corruption refer to the role of cultural and social factors in shaping related attitudes and behaviors. to corruption, as well as strategies and policies to change these attitudes and behaviours^[33]. Sociocultural norms may include beliefs about the acceptability of corruption, the importance of loyalty and reciprocity, and the state's role in society^[34].

In Vietnam, traditional values such as filial piety, loyalty, and respect for authority have historically been highly valued, and these values continue to influence corruption. For example, giving gifts and favors, considered bribes in other contexts, is often accepted in Vietnamese culture to show gratitude and build gratitude in relationships^[35]. With the concept that „money first is money wise”, Vietnamese people think that using money to bribe is the fastest and most effective solution to solve problems. Moreover, people also use bribes and gifts as a form of friendship and investment to facilitate their future career paths and those of their relatives. This psychological behavior and level of awareness have unintentionally caused many officials and employees to be passively corrupt. This situation persists, causing the idea of making it difficult for officials and civil servants to

³² Thanh Chung. *Nearly 40,000 officials, civil servants and public employees quit their jobs in 30 months, initially determining the cause* (Tuoi Tre Newspaper online, 2022). <https://tuoitre.vn/gan-40-000-can-bo-cong-chuc-vien-chuc-nghi-viec-trong-30-thang-buoc-dau-xac-dinh-nguyen-nhan-20221001163252803.htm>. [accessed February 13, 2024].

³³ Sheheryar Banuri, Catherine Eckel, „Experiments in culture and corruption: A review” *Journal of Economic Surveys*, No. 2 (2012): 185.

³⁴ Nikolas Bagas Yudhi, „Police Strategy In Establishing Anti-Corruption Attitudes In Communities In The Legal Territory Of The East Java Regional Police” *Airlangga Development Journal*, No. 1 (2022): 18.

³⁵ Ngoc Cindy Pham, Juehui Shi, Joshua Fogel, Yuanqing Li, Huan Henry Pham., „Motivations for bribery and bribery in business: Vietnam past and present” *Asia Pacific Business Review*, No. 4 (2021): 528,

receive „envelopes” from new people to handle work, as accepting bribes is an inevitable procedure in handling work^[36].

4 | Overview of anti-corruption policies and work in Vietnam

4.1. Overview of Vietnamese law on the prevention and combat of corruption

Immediately after feudal times, the ancients considered „embezzlement” and „corruption” „national disasters”, directly affecting the prosperity and decline of each dynasty. For example, the Early Le Dynasty (1428-1527) considered corruption to be the act of „misusing the public service for private gain”, taking advantage of positions and powers to embezzle, siphon off public funds, and gain personal gain and enrich oneself unjustly^[37]. Sanctions for corrupt acts are stringent. Under King Ly Thai Tong, corrupt soldiers were beaten 100 times and punished by being tattooed with 30 words. Each word was created using sharp words to poke at bare skin and pour ink directly on it. Officials who collected more than the prescribed amount of tax would have all their fingers and toes cut off^[38].

In 1945, the Democratic Republic of Vietnam was born; however, not until 1988 was the Ordinance on Corruption Prevention and Combat promulgated. During that period, the Vietnamese State issued a series of decrees, decisions, and directives to repel corruption.

The following Documents were issued: Decree No. 64/SL dated November 23, 1945; Decree No. 223/SL dated November 27, 1946; Decree No. 138/SL dated December 18, 1949; Decree No. 267/SL dated June 15, 1956; Decree

³⁶ Department of Internal Affairs of Yen Bai province, *The true causes of corruption and the problems they pose in Vietnam* (March 22, 2015). <http://yenbai.noichinh.vn/chi-tiet/thuc-chat-nguyen-nhan-cua-tham-nhung-va-nhung-van-de-dat-ra-o-viet-nam-20>. [accessed: 15.01.2024].

³⁷ Tran Dinh Na, *Early Le Dynasty (1428-1527) with the work of fighting against the problem of people pests, water pests* (Vietnam: Summary of Ho Chi Minh City, 2016), 327.

³⁸ Truong Huu Quynh, Dinh Xuan Lam, Le Mau Han, *General history of Vietnam* (Vietnam: education publisher, 2008), 529.

No. 01/SL dated April 19, 1957; Decision No. 207/CP dated December 6, 1962; Directive No. 84-CT/TTg/3X dated September 9, 1964; Decision No. 550-QD/TTg dated February 16, 1971; Decree No. 03/SL/76 dated March 15, 1976; Decision No. 240-QD/HDBT dated June 26, 1990; Directive No. 416-CT/HDBT dated December 3, 1990; Directive No. 08-CT/TATC dated December 6, 1990; Decision No. 114-QD/TTg dated November 21, 1992; Directive No. 171-CT/TTg dated December 16, 1992; Resolution No. 176-NQ/UBTVQH19 dated March 16, 1994; Decision No. 35-QD/TTg dated January 19, 1994.

By 1997, investigation agencies discovered and prosecuted 3,856 economic cases in which corruption crimes increased significantly. In 1998, 3,546 economic cases were prosecuted, all related to corruption. Faced with that situation, on February 26, 1998, the National Assembly Standing Committee issued the Anti-Corruption Ordinance. This is the first legal document specializing in preventing and combating corruption in Vietnam. According to the Ordinance, people who commit corrupt acts can be criminally prosecuted or disciplined. With the advent of the Ordinance and other legal documents, the fight against corruption in Vietnam initially flourished. However, this Ordinance also reveals many areas for improvement in the implementation process, such as not specifying the leader's responsibilities when corruption occurs in the agency and lacking specific regulations on asset declaration and income.

In 2005, Vietnam signed the United Nations Convention against Corruption, participating in the Asia-Pacific Anti-Corruption Action Program and the Anti-Corruption Action Program within the APEC framework. In that context, at the seventh session, the 11th National Assembly approved the proposed Law on Prevention and Combat of Corruption in 2005. This Law marks a significant development in the legal thinking and awareness of the Party, State, and People of Vietnam on preventing and combating corruption.

Since its promulgation, the 2005 Anti-Corruption Law has been amended and supplemented twice—once in 2007 and once in 2012- and was replaced by the 2018 Anti-Corruption Law. The 2018 Anti-Corruption Law is an essential basis for anticorruption activities in Vietnam. In addition, the issue of handling corruption is also regulated by other legal documents, such as the Penal Code 2015, the Law on Cadres and Civil Servants 2008, and related decrees.

According to the current law, a civil servant who commits corrupt acts may be subject to two types of sanctions: (i) disciplinary responsibility and

(ii) criminal liability (the two sanctions may be applied simultaneously or not simultaneously).

Under the Law on Cadres and Civil Servants 2008 (amended and supplemented in 2019) (starting now referred to as Law 2019) and Decree No. 112/2020/ND-CP, disciplinary measures for civil servants positions are defined as follows:

Table 1: Forms of disciplinary action against nonretired civil servants

Civil servants do not hold leadership or management positions	Civil servants hold leadership and management positions
<ul style="list-style-type: none"> - Reprimand; - Caution; - Salary reduction; - Sack. 	<ul style="list-style-type: none"> - Reprimand; - Caution; - Demotion; - Removal from office; - Sack.

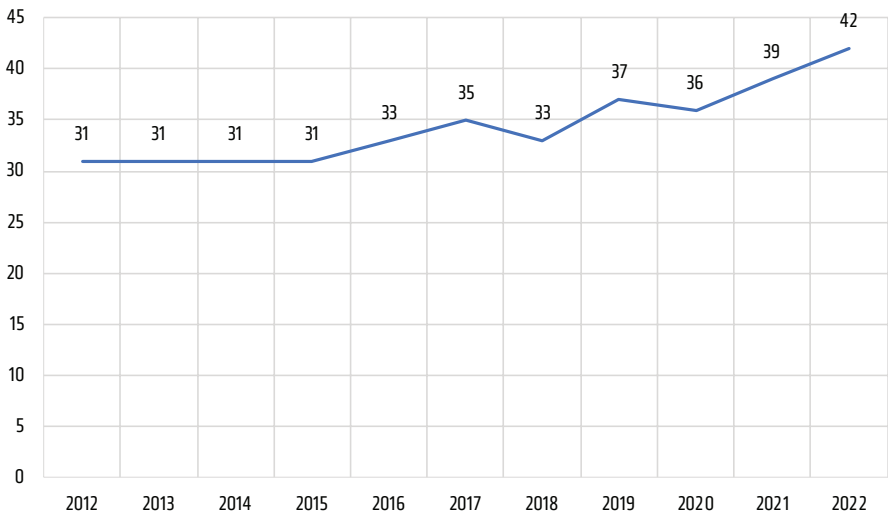
In addition, if a civil servant who has quit or retired is discovered to have committed a violation during his/her working time, he/she may be subject to the following disciplinary measures: reprimand, caution, or removal of their previous posts. In particular, the form of disciplinary action to remove their previous posts only applies to civil servants who, before quitting or retiring, held leadership or management positions.

In addition to disciplinary responsibility, corrupt people can also be prosecuted for criminal liability according to the provisions of the 2015 Penal Code (amended and supplemented in 2017). Crimes related to corruption include property embezzlement, accepting bribes, and bribery; crime of abusing position and power to appropriate property; abuse of power while performing official duties; crime of taking advantage of positions and powers to influence others for personal gain; crime of forgery at work; crime of irresponsibility causing serious consequences; crime of intentionally disclosing work secrets; crime of appropriating, trading or destroying confidential work documents; crime of unintentionally disclosing work secrets; crime of losing confidential work documents; crime of defection; and crime of taking advantage of influence over people with positions and powers for personal gain.

4.2. Results of anticorruption efforts in Vietnam in 2022

According to the 2022 Corruption Index Report, Vietnam is one of six countries in the Asia-Pacific region with outstanding progress, with 42 points, an increase of 9 points since 2018. In 2022, compared to 2021, Vietnam will increase its CPI by 3 points, from 39 to 42 points on a 100-point scale. Within ten years since 2012, Vietnam's CPI score has increased significantly, from 31 to 42 points.

Figure 1: Vietnam's corruption perception index from 2012-2022



According to the results of assessing anti-corruption work^[39] in 2022, the average score for assessing Vietnam's anti-corruption work reached 66.06/100 points, the highest average score since an assessment of anti-corruption work from 2016 to the present.

³⁹ Government Inspectorate, The results of assessment of provincial-level anti-corruption work in 2022 (Ha Noi, 2023).

Table 2: Average scores on the anticorruption assessment from 2016–2022

No		2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
1	National average score	58.34	61.28	59.57	61.78	63.86	62.12	66.06
2	Highest score	77.67	77.96	80.37	77.40	76.18	75.97	77.95
3	Lowest score	43.53	37.10	32.16	41.81	42.03	49.93	50.02
4	Satisfactory rate	58.34%	61.28%	59.57%	61.78%	63.86%	62.12%	66.06%

Part A – Evaluation of leadership and direction in preventing and combating corruption and building and perfecting legal policies on anticorruption

Most localities in Vietnam have well-implemented leadership and direction in building and perfecting legal policies for preventing and combating corruption.

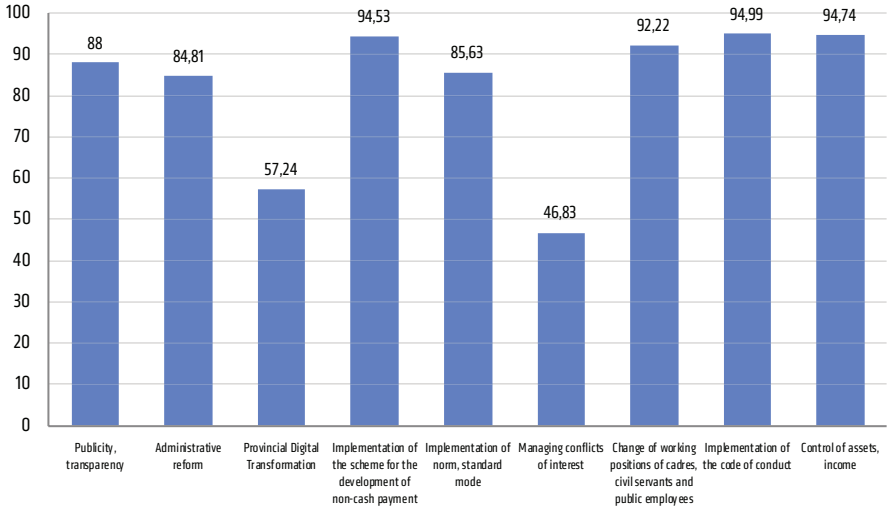
Table 3: Assessment scores for leadership, direction, building, and completing policies and laws on anticorruption in 2022

No	Criteria	Scoring scale	Lowest – highest score	National average	Response rate
1	A – Leadership and direction in preventing and combating corruption, building and perfecting legal policies on anti-corruption	20	9.44 – 20	18.61	93.05%
2	A1 – Evaluation of leadership and direction	5	0.00 – 5.00	4.90	97.94%
3	A2 – Evaluation of the implementation	15	9.31 – 15.00	13.72	91.44%

Part B – Evaluation of the Implementation of Preventive Measures

The content of the implemented anticorruption measures reached 74.06% of the requirements, an increase of 9.96% compared to 2021. However, anti-corruption work for businesses and organizations in the nonstate sector is uncommon, reaching 45.90% of the requirement.

Figure 2: Summary of corruption prevention work in agencies, organizations, units, and the state sector (unit: %)



Part C – Evaluation of detecting and handling corruption

Research on detecting corruption in the past three years (2020, 2021, 2022) has not made much progress. The most effective are investigations, prosecutions, and trials, the main channels for detecting corruption.

Table 4: Assessment of detecting coronary breaks in 2022

Criteria	Scoring scale	Average score	Response rate
C.1. Detection of corrupt acts	12	4.45	37,11%
C.1.1. Results of detecting corrupt acts through inspection and supervision	4	0.24	6%
C.1.2. Results of detecting corrupt acts through reporting and denunciation	4	0.66	16,5%
C.1.3. Results of detecting corrupt acts through investigation, prosecution, and trial	4	3.55	88,75%

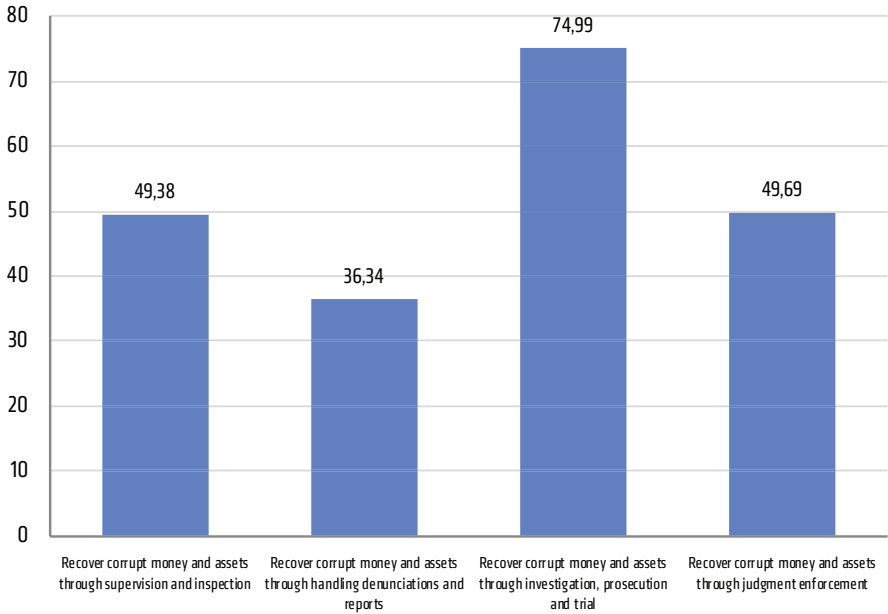
Handling corrupt acts had positive results, with a rate of up to 65.41%, nearly twice as high as detecting corrupt acts. It means that individuals who commit corrupt acts are sanctioned and that the heads and deputies of the heads of organizations and units that allow corruption to occur must also take responsibility.

Table 5: Corruption Handling Assessment Score in 2022

Criteria	Scoring scale	Average score	Response rate
C.2. The handling of corruption	20	13.08	65.41%
C.2.1. Results of disciplinary action against organizations and individuals leading to corruption	5	3.12	62.32%
C.2.1.1. Results of party disciplinary measures and administrative sanctions against organizations leading to corruption	2.5	1.05	41.83%
C.2.2.2. Results of administrative disciplinary action against individuals committing corrupt acts	2.5	2.06	82.52%
C.2.2. Results of criminal handling of people who commit corrupt acts	7.5	6.45	85.97%
C.2.2.1. Results processed through investigation	2.5	2.11	84.33%
C.2.2.2. Result of prosecution	2.5	2.30	91.07%
C.2.2.3. Results handled through trial	2.5	2.04	81.60%
C.2.3. Results of the responsibilities of heads and deputies of agencies, organizations, and units handled based on the level of corruption	7.5	3.52	46.92%
C.2.3.1. Form of reprimand	2.5	1.26	50.50%
C.2.3.2. Form of caution	2.5	1.05	42.06%
C.2.3.3. Form of demotion	2.5	1.21	48.21%

Part D – Assessing the recovery of corrupt assets

In general, measures to recover corrupt money and assets have not been very effective for many years in Vietnam. In 2022, the asset recovery result achieved an average score of only 5.33/10, equivalent to 53.30% of the requirement.

Figure 3: Assessment of the recovery of corrupt assets in 2022 (unit: %)

5 | Conflicts surrounding sanctions for removal of their previous posts for civil servants who have quit or retired and are newly discovered to have committed violations during their working time

Removal of their previous posts is a disciplinary sanction applied to officials and civil servants who, after quitting or retiring, are discovered to have committed violations during their working time. This sanction has been legalized since 2019 in the Law, amending and supplementing several articles of the Law on Cadres, Civil Servants, and Public Employees (this Law takes effect on July 1, 2020). Previously, when it was not clearly and officially stipulated in the Law, this sanction was still flexibly applied in some agencies and units with the name „remove original status”. As of November 30, 2023, Vietnam had 30 civil servants whose previous posts were removed, as follows:

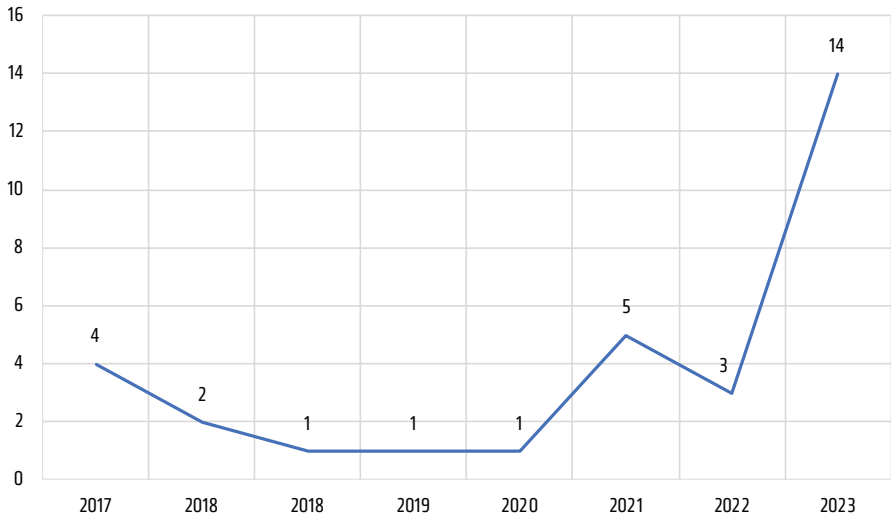
Table 6: Lists civil servants whose position status has been removed as of November 30, 2023

No	Date of removal of their previous posts	The name of the civil servant has his previous posts removed	Previous posts removed
1	November 22, 2023	Tong Duy Manh	Chairperson of People's Committee of Tien Thanh Commune for the 2014-2021 term
2	November 22, 2023	Dang Huy Hau	Vice Chairperson of the People's Committee of Quang Ninh Province for the 2015-2020 term
3	November 22, 2023	Vu Thi Thu Thuy	Vice Chairperson of the People's Committee of Quang Ninh Province for the 2015-2020 term
4	November 16, 2023	Nguyen Van Doc	Chairperson of the People's Council of Quang Ninh Province for the 2011-2016 term and the 2016-2021 term
5	November 16, 2023	Nguyen Duc Long	Chairperson of the People's Council of Quang Ninh Province for the 2011-2016 term
6	September 10, 2023	Nguyen Dinh Xung	Chairperson of People's Committee of Thanh Hoa Province for the 2015-2020 term, Vice Chairperson of People's Committee of Thanh Hoa Province for the 2012-2014 term
7	September 13, 2023	Pham Dang Quyen	Vice Chairperson of People's Committee of Thanh Hoa Province for the 2011-2020 term
8	September 13, 2023	Le Thi Thin	Vice Chairperson of People's Committee of Thanh Hoa Province for the 2015-2020 term
9	September 8, 2023	Nguyen The Nghia	Chairperson of People's Committee of Yen Phong District for the 2004-2009 term
10	July 14, 2023	Dinh Quoc Thai	Chairperson of People's Committee of Dong Nai Province for the 2011-2016 term and the 2016-2021 term
11	June 22, 2023	Nguyen Van Vinh	Chairperson of People's Committee of Lao Cai Province for the 2010-2013 term
12	June 22, 2023	Doan Van Huong	Chairperson of People's Committee of Lao Cai Province in the 2014-2015 term; Vice Chairperson of People's Committee of Lao Cai Province for the 2010-2013 term
13	June 22, 2023	Nguyen Thanh Duong	Vice Chairperson of People's Committee of Lao Cai Province for the 2011-2019 term
14	June 22, 2023	Le Ngoc Hung	Vice Chairperson of People's Committee of Lao Cai Province for the 2014-2020 term
15	October 21, 2022	Nguyen Duong Thai	Vice Chairperson of People's Committee of Hai Duong Province for the 2016-2021 term

No	Date of removal of their previous posts	The name of the civil servant has his previous posts removed	Previous posts removed
16	July 21, 2022	Le Tien Phuong	Chairperson of the People's Committee of Binh Thuan Province for the 2004-2011 term, 2011-2016 term
17	July 21, 2022	Nguyen Van Hai	Chairperson of the People's Committee of Binh Thuan Province for the 2011-2016 term, 2016-2021 term
18	October 22, 2021	Nguyen Van Son	Commander of the Coast Guard
19	October 22, 2021	Hoang Van Dong	Commissar of the Coast Guard
20	October 22, 2021	Bui Trung Dung	Deputy Commander of the Coast Guard
21	October 20, 2021	Tran Thanh Liem	Chairperson of the People's Committee of Hai Duong Province for the 2016-2021 term
22	July 21, 2021	Nguyen Van Hien	Deputy Minister of Defense
23	October 10, 2020	Lam Quang Minh	Director of Da Nang City Investment Promotion Center for the period 2006-2015
24	September 25, 2019	Nguyen Hong Truong	Deputy Minister of Transport for the term 2011-2015, 2016-2017
25	October 22, 2018	Nguyen Bac Son	Minister of Information and Communications for the 2011-2016 term
26	August 16, 2018	Bui Van Thanh	Deputy Director General of the General Department of Logistics and Technology, Ministry of Public Security
27	August 16, 2017	Nguyen Thai Lai	Deputy Minister of Natural Resources and Environment for the 2011-2015 term
28	August 16, 2017	Bui Cach Tuyen	Deputy Minister of Natural Resources and Environment for the 2011-2015 term
29	August 16, 2017	Vo Kim Cu	Vice Chairperson of the People's Committee of Ha Tinh Province for the 2005-2010 term; Chairperson of the People's Committee of Ha Tinh Province for the 2010-2015 term
30	January 23, 2017	Vu Huy Hoang	Minister of Industry and Trade for the 2011-2016 term

Source: Statistical authors

Figure 4: Fluctuations in the number of civil servants whose position status was removed from 2017–2023



Source: Statistical authors.

Before July 1, 2020, the sanctions for the removal of previous posts were not specified in legal documents. However, some agencies and organizations have arbitrarily applied this sanction to remove the original status. The application of this sanction during that time caused many problems, specifically:

On the legal basis, before July 1, 2020, the 2008 Law on Cadres and Civil Servants and Decree No. 34/2021/ND-CP—the most important legal documents regulating the issue of disciplinary action—did not stipulate any regulations on the removal of previous posts or the removal of the original status. Therefore, the imposition of sanctions is not legal because a fundamental principle to observe is non-punishment without the law^[40]. In this case, it cannot be argued that state agencies have the flexibility to apply for sanctions because citizens are allowed to do all that the law does not prohibit. In contrast, state agencies can only do what the law permits. Therefore, the lack of regulation or prohibition does not mean that state agencies can arbitrarily apply this measure, given its nature as a form of discipline^[41].

⁴⁰ Pietro Pustorino, *Introduction to International Human Rights Law* (The Hague: TMC Asser Press, 2023), 223. <https://www.asser.nl/asserpress/books/?rId=14014>.

⁴¹ Cao Vu Minh, „Disciplinary action for people who have quit their jobs or retired and have recently discovered violations during their working time” *Vietnamese Journal of Legal Science*, No. 8 (2021): 13.

About legality: The disciplinary decision to remove previous posts is different in each case. Therefore, decisions must be made based on law and specific legal provisions^[42]. It means that these decisions must have a clear legal basis (they must be legal)^[43], and when promulgating, the legal basis must be clearly defined. It must specify on what basis and in which legal documents the competent entity applies to each case^[44]. However, because the Law has not recognized the sanctions for removing previous posts held, related issues such as procedures and competence to issue have not yet provided specific guidance. The study involved decisions to remove previous posts issued before July 1, 2020, specifically cited as the legal basis of the 2013 Constitution, the 2014 Law on the Organization of the National Assembly, the 2015 Law on Government Organization, and the Party's guiding document. It is worth mentioning that these documents do not sanction the removal of previous posts. Therefore, all disciplinary decisions to remove previous posts before July 1, 2020, do not cite a clear and accurate legal basis.

To fill the above legal gaps, Law 2019 stipulated the use of a sanction to remove previous posts, which officially took effect on July 1, 2020. However, trying to "legalize" this sanction has also posed many contradictions, specifically:

Regarding the regulation's source: Sanctions for removing previous posts are prescribed in Law 2019 and are elaborately instructed in Decree No. 112/2020/ND-CP. Article 1 of the 2019 Law stipulates that the scope of regulation and the subjects of application of this law are cadres and civil servants; elections, recruitment, employment, and management of cadres and civil servants; obligations and rights of cadres and civil servants; and conditions to assure public-duty performance. Thus, the 2019 Law applies only to officials and civil servants. Moreover, civil servants who had quit or retired were once civil servants, but when they quit or retired, they were no longer civil servants. Therefore, they are no longer on the payroll and receive salaries from the state budget^[45]. Therefore, stipulating sanctions

⁴² Nguyen Cuu Viet, *Textbook of General Theory of State and Law* (Vietnam: Hanoi National University Publishing House, 2003), 501.

⁴³ Hanoi Law University, *Textbook of Theory of State and Law* (Vietnam: Justice Publishing House, 2006), 103.

⁴⁴ Hoang Thi Kim Que, *Textbook of General Theory of State and Law* (Vietnam: Hanoi National University Publishing House, 2015), 46.

⁴⁵ Cao Vu Minh, „Disciplinary action for people who have quit their jobs or retired and have recently discovered violations during their working time” *Vietnamese Journal of Legal Science*, No. 8 (2021): 13.

to remove previous posts for people no longer civil servants, according to the 2019 Law, is inappropriate.

Regarding legal consequences: In theory, any sanctions aim to force violators to fulfil their legal obligations^[46]. Therefore, if a sanction does not force the violator to suffer any legal consequences, it is unnecessary to prescribe such a sanction. The enforcement of sanctions to remove previous posts for civil servants who have quit or retired is only to erase “reputation” without entailing any loss of “benefits”. The details are as follows:

First, removing previous posts does not affect social insurance benefits. The 2014 Social Insurance Law and Decree No. 115/2015/ND-CP do not have any regulations allowing state agencies to deduct pensions and social insurance benefits of people subject to disciplinary measures to remove them from their previous posts. Even Clause 6, Article 17 of the 2014 Law on Social Insurance prohibits state agencies from obstructing or harming employees’ or employers’ lawful and legitimate rights and interests in paying pensions and social insurance benefits.

Second, removing previous posts does not mean denying achievements or revoking rewards given in that position. The 2022 Law on Emulation and Commendation stipulates that decisions on awarding emulation and commendation titles can be cancelled, and rewards and bonuses can be revoked. However, removing previous posts is not the case listed in the Law.

Third, removing previous posts does not invalidate the legal documents promulgated based on the deleted position. The Law on the Promotion of Legal Documents of 2015 (amended and supplemented in 2020) stipulates that legal documents may expire in whole or in part in cases prescribed by law. However, removing previous posts is not the case listed in the Law.

Thus, the sanction of removing previous posts does not cause any damage to the benefits associated with individuals quitting or retiring, such as pensions and social insurance benefits. Instead, this sanction only erases the name of a civil servant, which is no longer critical. This regulation of sanctions is an “innocuous” issue that is ineffective.

Research on the issue of disciplinary action against civil servants reveals two questions: (i) Do not apply disciplinary sanctions when you are no longer a public servant? As at Stormont: No public employee may be disciplined after ceasing to be a public employee. Therefore, no disciplinary action can

⁴⁶ Richard D. Schwartz, Sonya Orleanz, „On Legal Sanctions” *University of Chicago Law Review*, No. 2 (1967): 274.

be taken against any civil servant after retirement or (ii) discipline retired civil servants with specific sanctions, as in the Federal Republic of Germany.

In Germany, the disciplinary procedure for civil servants follows the Federal Disciplinary Act 2001 (most recently amended in 2020). Article 1 stipulates that the scope of this Law applies to civil servants and retired civil servants. Thus, in the first article of the Law, the Law of the Federal Republic of Germany is more lucid than the Law of Vietnam when affirming that the subjects of regulation of the Law include retired civil servants. Accordingly, disciplinary measures for retired civil servants found to have committed violations during their working hours include (i) pension reduction and (ii) deprivation of pension (clause 5, Article 5). The pension reduction is partial in the monthly pension of retired civil servants; the maximum reduction is 1/5 of the three-year salary (Article 11). Deprivation of a pension means that a retired civil servant will lose the right to receive a pension, including the pension, while the civil servant is still alive. Moreover, the deprivation of pensions also removes the right to use official titles and titles awarded in connection with the previous position (Article 12). Thus, it can be seen that the Law of the Federal Republic of Germany and the Law of Vietnam have similarities, as they both recognize that if a retired civil servant is found to have committed a violation during his/her working time, he/she can be stripped of previously held positions. However, the difference is that in Vietnam, removing the status of a position held does not entail any adverse legal consequences for the disciplined person.

Moreover, in Germany, the sanction of revocation of the position held is associated with the adverse consequence that the person subject to the application will revoke their pension. This adverse consequence causes the violator to suffer economic losses. This issue determines the effectiveness of sanctions because the core factor when applying a sanction to violators is to force them to bear adverse legal liability. The regulation becomes meaningless and impractical if the sanction does not fulfil this purpose.

In North Korea, images of some civil servants who committed serious corrupt acts can be removed from newspaper documentaries in which they appeared, typically in the case of Jang Song-Thaek in 2013. After being convicted of a series of crimes, including corruption, Jang Song-Thaek's images were removed from the websites of state news agencies and documentary videos in North Korea. This action represents the government's drastic and strict response to Jang Song-Thaek's violation. It is no longer an „innocuous” sanction to erase a „name”, as in Vietnam.

In China, civil servants who have retired, resigned, or passed away and are discovered to have committed violations while performing official duties will no longer be disciplined because they no longer have this status. However, supervisory authorities may investigate and handle them. For example, Chen Xiao—a civil servant—was retired in 2018. In 2020, the supervisory agency investigated Chen Xiao for corruption of 100,000 yuan from 2013 until his retirement. In addition, in 2017, Chen Xiao caused damage of 200,000 yuan. No disciplinary action was taken because Chen Xiao no longer had civil servant status. However, the supervisory authority confiscated his illegal profits under Article 27 of the Law on Punishment of Civil Servants.

In addition, retired civil servants who commit violations during their working hours may also have their retirement benefits canceled according to Article 52 of the Law on Sanctions of Civil Servants in Administrative Agencies. For example, Solang Qunpei is a civil servant of the Department of Transportation of the Tibet Autonomous Region who retired in November 2018. In May 2019, Solang Qunpei reviewed and investigated acts related to accepting bribes. In September 2019, he was expelled from the Party, and his pension benefits were cut.

In summary, the punishment for civil servants who have retired or quit their jobs varies between countries. However, in other countries, any sanction entails severe legal consequences for punished civil servants, causing significant material and honor losses.

Returning to the case of Vietnam, it is clear that the sanctions for removing previous posts have not been as effective as those for removing other countries. Many civil servants were involved in corruption cases that caused severe damage during working hours. However, when discovered at retirement, violating civil servants will only be removed from their previous posts instead of being subject to more severe and appropriate sanctions. For example, in the case of Formosa, a violation had severe consequences, and the marine ecosystem was seriously affected^[47]. Regarding the violation, Mr. Vo Kim Cu, a chairperson of the People's Committee of Ha Tinh Province, committed several violations, such as directly signing many documents contrary to regulations, granting investment certificates and leasing sea surfaces outside economic zones; agreeing on the policy of allowing Formosa to self-clear land to build waste discharge pipelines; and lacking responsibility for the direction, inspection, and supervision of the

⁴⁷ Johann Graf Lambsdorff, „Making corrupt deals: Contracting in the shadow of the law” *Journal of Economic Behavior & Organization*, No. 3 (2002): 221.

implementation process. With the above violations, it is clear that Mr. Vo Kim Cu needs to be investigated to determine whether he is involved in corruption because, as the chairperson of the Provincial People's Committee, Mr. Vo Kim Cu cannot justify that his violation was due to negligence but must have stemmed from some intentional move. However, no investigative decision was issued against Mr. Vo Kim Cu. Instead, he was removed only from the former chairperson of the People's Committee of Ha Tinh Province for the 2010 – 2015 term.

In addition to Mr. Vo Kim Cu, other former civil servants involved in the violation, Mr. Nguyen Thai Lai and Mr. Nguyen Cach Tuyen, were also removed from their previous posts. In fact, after being removed from office, the former civil servants mentioned above stayed unharmed without facing any legal consequences. Even more information shows that Mr. Vo Kim Cu left Vietnam to settle in Canada because Mr. Vo Kim Cu was granted a permanent resident card (Canada Permanent Resident Card – PRC) with ID No/No ID 0519 – 5719^[48]. To protect privacy, Canadian Law stipulates that government agencies cannot confirm or deny a person's status in Canada without that person's signature. Because of information limitations, the authors cannot determine whether Mr. Vo Kim Cu resides in Vietnam or Canada. However, no matter what, the above incident has caused much fury among people and shows the ineffectiveness and even meaninglessness of the sanction in removing previous posts.

When discussing the legalization of sanctions for removing previous posts, many opinions from legal researchers have stipulated that these sanctions are unnecessary and less feasible. According to Mr. Nguyen Van Hien, a National Assembly of Lam Dong Province member, this sanction is unreasonable, disrupting the unity and synchronization between legal documents^[49]. According to Dr. Cao Vu Minh, this form of discipline for retirees is meaningless. The benefit associated with them, which is their pension, is not affected, so this sanction does not have practical meaning^[50].

⁴⁸ Pham Tuan Anh, Pham Manh Hung, „Singapore's anti-corruption policy” *Internal Affairs Journal*, No. 99 (2022): 58.

⁴⁹ Dang Minh, Tran Phu, „It is not easy to ‘remove of their previous posts’ or ‘cut pension’” *Ho Chi Minh City Law Newspaper*, (2019). <https://plo.vn/khong-de-xo-a-tu-cach-chuc-vu-cat-luong-huu-post546558.html>. [accessed February 10.10.2024].

⁵⁰ Minh Vuong, „Inadequacies in disciplining officials” *Ho Chi Minh City Law Newspaper*, (2020). <https://plo.vn/bat-cap-trong-xu-ly-ky-luat-can-bo-post581638.html>. [accessed: 09.01.2024].

However, after many discussions, sanctions for the removal of previous posts are still officially prescribed, without any changes or additions to overcome or limit the problems that legal researchers have pointed out about this sanction. As a result, to date, sanctions for removing previous posts still cause much controversy and do not promote effectiveness or feasibility in the fight against corruption.

6 | Some solutions related to sanctions to remove their previous posts of retired civil servants

Since its promulgation, the sanction of removal of their previous posts has raised many debates about the effectiveness and deterrence of this sanction. In the opinion of the Institute of Legislative Research Director, the above form of discipline is unnecessary. We can agree with this view, but there is an opinion that „Why spend time on disqualification when retired? Because what’s the point of deleting?”^[51]. However, on the contrary, there is also a view that the provision of sanctions to remove their previous posts is a new step in Vietnam’s sanctions regulation system, ensuring that all violations are handled, avoiding the case of a „safe landing”. Mr. Nguyen Hanh Phuc – General Secretary of the National Assembly, said this form of discipline is also effective and meets the wishes of the majority of people^[52]. Therefore, whether to continue to apply disciplinary action to retired cadres/civil servants is a big question to be addressed in Vietnam’s anti-corruption policy.

In our opinion, in the near future, the disciplinary form of removal of their previous posts for officials/civil servants who have quit or retired should be maintained for the following reasons:

First, ensure the stability of the law. Legal theorists standardly hold that stability is one of eight necessary conditions for legal guidance^[53]. One of

⁵¹ Dang Huan, „Reader’s lens: What is the purpose of removing the status of retired officers?” *Thanh Nien Magazine*, (2019). <https://thanhvien.vn/lang-kinh-ban-doc-xoa-tu-cach-can-bo-nghi-huu-de-lam-gi-185857604.htm>. [accessed: 26.01.2024].

⁵² Huan. *Reader’s lens*.

⁵³ Adam Hill, „Stability, Assurance, and the concept of Legal Guidance” *Law and Philosophy*, No. 34 (2015): 151.

the criteria for demonstrating the stability of law is that there must be stability in the policy content pursued by the legal system, and a reasonable lifespan of legal documents must be ensured. Of course, it is difficult to determine how many years a document's lifespan is considered long^[54]. Still, careful consideration is needed when promulgating/ removing a legal document or a specific regulation.

The form of discipline to remove the previous posts of officials/civil servants who have quit/retired was only regulated in 2019 and officially took effect on July 1, 2020. Therefore, this discipline has only been implemented in practice briefly. Encountering some inadequacies and shortcomings when the regulations are not complete and comprehensive is unavoidable. However, that cannot make lawmakers rush to remove this sanction from the Vietnamese legal system. The hasty removal of this sanction also shows a change in the State's policy compared to before, when it no longer believes that all violations must be handled seriously, avoiding the case of a „safe landing”. Changing policies and methods of addressing law violations is not advisable, especially in the context of severe corruption crimes in Vietnam.

Second, this sanction still has a mental effect, helping to calm the anger among the people. Public opinion often strongly condemns cases of violations by retired civil servants/officials (especially corruption) during their working time. Most people must be more concerned about fairness in detecting and handling violations. They often resented violators and wanted violators to be punished with any sanctions. Therefore, applying disciplinary action to remove the previous posts of retired/retired cadres/civil servants is also a positive signal, valuable in terms of morale, and helps to calm the anger among the people. Thereby, it indirectly expresses the clear view of the State that it will tolerate and not accept any behavior that affects the interests of the country and the people's community.

In short, removing the previous posts of retired/retired cadres/civil servants is a somewhat useful sanction. However, for this sanction to be deployed effectively and have long-term practical application, it needs to be researched and perfected so that it is not simply a sanction with only spiritual value. On that basis, the authors propose some recommendations as follows:

⁵⁴ Nguyen Van Cuong, „Ensuring the stability of the legal system – an important requirement in developing and drafting legal documents” *Journal of Legislative Studies*, No. 18 (2018): 11.

First, officials/civil servants who have quit/retired and have their previous posts removed must suffer the legal consequences of having their pension and social insurance benefits reduced.

Currently, pensions of officials/civil servants are calculated according to the following formula^[55]:

$$\text{Monthly pension} = (\text{Monthly pension rate}) \times \text{Average monthly salary for social insurance contributions}$$

Thus, the monthly pension that cadres/civil servants enjoy will depend on the salary they have paid social insurance premiums during their working time. To be clear, the monthly pension received by retirees will be directly proportional to their salary during their employment. Currently, Vietnam is in the stage of salary reform for cadres and civil servants. But whether before or after the reform, there is still a consensus that cadres/civil servants holding leadership positions will have higher salaries than cadres/civil servants who do not hold leadership positions, and the higher the position, the higher the salary. For example, the Ho Chi Minh City People's Council Chairman's wages range from 17,460,000 VND/month to 18,540,000 VND/month. The salary of the Vice Chairman of the Ho Chi Minh City People's Council is 10,847,200 VND/month.

Therefore, to ensure fairness and promote the value of removing the previous posts, legislators should consider directly affecting the pension level of the disciplinary person. For example, a retired Chairman of the People's Council who finds a violation and is disciplined for removing the Chairman of the People's Council should only allow a pension in office before assuming the post of Chairman of the People's Council. If the pension has already been paid, the disciplined person is responsible for refunding or deducting from the pension amount in the following months.

This reform is reasonable, consistent with the nature of discipline, and, more importantly, satisfies widespread expectations for the deterrence of sanctions. The removal of their previous posts already held shows that the disciplined person does not meet the ethical criteria and capacity to assume that office. Therefore, they are also not eligible for the pension rate applied to that leadership position.

Similarly, the calculation of social insurance benefits also depends on the salary of social insurance contributions. Therefore, the author

⁵⁵ Article 7 Decree 115/2015/ND-CP detailing some articles of the social insurance law on compulsory social insurance.

recommends reducing social insurance benefits should accompany disciplinary action. The disciplined person is only entitled to an allowance calculated on the salary paid for social insurance premiums when he has yet to hold the removed position.

Second, officials/civil servants who have been removed from their previous posts will not be entitled to the privileges of the positions that have been removed. The Vietnamese State shall stipulate privileges for cadres and civil servants holding leadership positions after retirement. For example, the Chairman of the People's Council, the Chairman of the People's Committee of the province or centrally-run city, after retirement, will enjoy the privileges of health care and protection such as comprehensive health examination and examination every six months with a team of highly qualified medical staff/staff. On the one hand, this regulation expresses the gratitude of the Party, the State, and the people for the long-term contributions of cadres and civil servants to the country's development. On the other hand, it creates conditions for them to continue contributing their experience to the nation-building process. At the same time, this is also a policy to retain talents and attract people with leadership abilities.

Removing the previously held posts does not affect the enjoyment of the above privileges. It is an unreasonable point because they commit violations that affect the rights of the country and the people with whom they are disciplined. The disciplinary removal of the previous posts has expressed strong condemnation from the State and the people, who disagree and firmly expose their violations. Therefore, when disciplined, they should not enjoy privileges inherently reserved only for those devoted to their country.

Third, annulment/revocation of awards and titles awarded in connection with deleted positions. Merits, titles, and commendation decisions are expressions of personal achievements and testimony to the trust of the Party, State, and people in the rewarded individual. When disciplinary action is removed from the previous posts, it shows that the cadre/civil servant no longer has sufficient values and does not receive trust from the State and the community. Therefore, deleting and revoking titles, certificates of merit, and award decisions based on the deleted position is reasonable. Doing so creates a strong message that the State will not tolerate violations.

In short, if viewed objectively, the disciplinary form of disqualification from the position already held also has specific values. However, the legal provisions of this form of discipline have not been thoroughly studied, so

this sanction has not been effective when applied in practice. Therefore, the State must consider using the above legal consequences when enforcing the disciplinary form. This reform will help promote the deterrence of sanctions, gaining consensus from many people.

7 | Conclusion

Corruption is an affront to justice, thereby alienating citizens from the State. Corruption does not promote social consolidation. The alliance of the State, represented by officials and citizens, does not work; there is no common bond between them. When the rule of law and its meaning are devalued, national security is a real threat^[56].

However, despite many negative attitudes, corruption is difficult to fight worldwide^[57]. Certain factors can limit corruption but cannot be eliminated. After over 35 years of innovation, Vietnam has attempted to minimize corruption problems and reassure people that the law is appropriate for fighting corruption. Unfortunately, the process of promulgating Vietnam's property regime has forgotten attention to the connotations of the financial regime, leading to a situation where sanctions are meaningless and have no deterrent or punitive value. Sanctions to remove previous posts for retired civil servants discovered to have committed corruption during their working time are a typical example. To date, Vietnamese scientists have yet to perform in-depth studies or commentary on sanctions to remove previous posts of retired civil servants; therefore, the Vietnamese State has not focused on solutions to remove the barriers of these sanctions. This article addresses the issues presented, especially the contradictions and impracticality of removing previous posts, and proposes complete solutions. Furthermore, we hope neighboring countries can use Vietnam as a research model when conducting thorough research on a similar problem.

⁵⁶ A.A. Abdikalykov, S.R. Zhumagulova, „Bor'ba s korruptsiyey – glavnoye usloviye natsional'noy bezopasnosti” *Nauka i Zhizn' Kazakhstana*, No. 1. (2020): 200.

⁵⁷ Elena Mitskaya, „Fighting Corruption in Kazakhstan by Force of Criminal Law” *Cosmopolitan Civil Societies: An Interdisciplinary Journal*, No. 2 (2023): 1.

Bibliography

- Abdikalykov A.A., S.R. Zhumagulova, "Bor'ba s korruptsiyey – glavnoye usloviye natsional'noy bezopasnosti" *Nauka i Zhizn' Kazakhstana*, No. 1. (2020): 200-204. <https://www.naukaizhizn.kz/index.php/journal/article/view/73/73>.
- Allen Franklin, Jun Qian, Lin Shen, „Corruption and Competition” *SSRN Electronic Journal*, 4 September (2018): 1-55.
- Banuri Sheheryar, Catherine Eckel, „Experiments in culture and corruption: A review” *Journal of Economic Surveys*, No. 2 (2012): 185-245.
- Bjørnskov Christian, „Combating corruption: On the interplay between institutional quality and social trust” *The Journal of Law and Economics*, No. 1 (2011): 135-159. <https://doi.org/10.1086/652421>.
- Caiden Gerald E., „What truly Is Public Maladministration?” *Public Administration Review*, No. 6 (1991): 486-493. <https://doi.org/10.2307/976599>.
- Cao Vu Minh, „Disciplinary action for people who have quit their jobs or retired and have recently discovered violations during their working time” *Vietnamese Journal of Legal Science*, No. 8 (2021): 11-21.
- Dang Huan, „What is the purpose of removing the status of retired officers?” *Thanh Nien Magazine*, (2019). <https://thanhvien.vn/lang-kinh-ban-doc-xoa-tu-cach-can-bo-nghi-huu-de-lam-gi-185857604.htm>.
- Dang Minh, Tran Phu, „It is not easy to ‘remove of their previous posts’ or ‘cut pension’” *Ho Chi Minh City Law Newspaper*, 2019. <https://plo.vn/khong-de-xoa-tu-cach-chuc-vu-cat-luong-huu-post546558.html>. [accessed: 10.01.2024].
- Dinh Van Minh, *Some issues of corruption and basic contents of the 2005 anti-corruption law*. Vietnam: National Politics, 2019.
- Fritzen Scott, „The »misery« of implementation: Governance, institutions, and anti-corruption in Vietnam”, [w:] *Corruption and good governance in Asia*, ed. Nicholas Tarling. London: Routledge, 2005.
- Goldsmith Arthur, „Democracy, property rights and economic growth” *Journal of Development Studies*, No. 32 (1995): 157-174. <https://doi.org/10.1080/00220389508422409>.
- Government inspector, *Announcement of inspection conclusions of Thu Thiem New Urban Area*. Electronic Newspaper: 2019. <https://baochinhphu.vn/cong-bo-ket-luan-thanh-tra-khu-do-thi-moi-thu-thiem-102257919.htm>.
- Graycar Adam, „Corruption: Classification and analysis” *Policy and Society*, No. 2 (2017): 87-96. <https://doi.org/10.1016/j.polsoc.2015.04.001>.
- Hanoi Law University, *Textbook of Theory of State and Law*. Vietnam: Justice Publishing House, 2006.

- Hill Adam, „Stability, Assurance, and the Concept of Legal Guidance” *Law and Philosophy*, No. 34 (2015): 141-171. <https://www.jstor.org/stable/24572433>.
- Hoang Thi Kim Que, *Textbook of General Theory of State and Law*. Vietnam: Hanoi National University Publishing House, 2015.
- Johnston Michael, *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2005.
- Kantabutra Sooksan, „Toward a System Theory of Corporate Sustainability: An Interim Struggle” *Sustainability*, No. 23 (2022):157-173. <https://doi.org/10.3390/su142315931>.
- Lambsdorf Johann Graf, „Making corrupt deals: Contracting in the shadow of the law” *Journal of Economic Behavior & Organization*, No. 3 (2002): 221-241. [https://doi.org/10.1016/S0167-2681\(01\)00217-7](https://doi.org/10.1016/S0167-2681(01)00217-7).
- Le Dinh Nghia, „Asset distraint and account freeze – Problems and recommendations for completion” *Electronic People’s Court Journal*, 24 September (2020).
- Malesky Edmund, Jonathan London Malesky, „The political economy of development in China and Vietnam” *Annual Review of Political Science*, No. 17 (2014): 395-419. <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-041811-150032>.
- Mitskaya Elena, „Fighting Corruption in Kazakhstan by Force of Criminal Law” *Cosmopolitan Civil Societies: An Interdisciplinary Journal*, No. 2 (2023): 1-17. <https://doi.org/10.5130/ccs.v15.i2.8346>.
- Montesquieu, *Spirit of Law*. Vietnam: Education, 1996.
- Mungiu-Pippidi Alina, *The quest for good governance: How societies develop control of corruption*. New York: Cambridge University Press, 2015.
- Ngoc Cindy Pham, Juehui Shi, Joshua Fogel, Yuanqing Li, Huan Henry Pham, „Motivations for bribery and bribery in business: Vietnam past and present” *Asia Pacific Business Review*, No. 4 (2021): 528-558. <https://doi.org/10.1080/13602381.2020.1820721>.
- Nguyen Cuu Viet, *Textbook of General Theory of State and Law*. Vietnam: Hanoi National University Publishing House, 2003.
- Nguyen Van Cuong, „Ensuring the stability of the legal system – an important requirement in developing and drafting legal documents” *Journal of Legislative Studies*, No. 18 (2018): 11-23.
- Nguyen Van Kim, Nguyen Huy Hoang, *Anti-corruption laws of countries around the world*. Vietnam: National Culture, 2003.
- Nguyen Van Tri, „Some legal issues on measures to detect corruption in Vietnam” *Journal of Democracy and Law*, 6 January (2023).
- Nikolas Bagas Yudhi, „Police Strategy In Establishing Anti-Corruption Attitudes In Communities In The Legal Territory Of The East Java Regional Police” *Airlangga Development Journal*, No. 1 (2022): 18-26. <https://doi.org/10.20473/adj.v6i1.36990>.

- Nye Joseph S., „Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis” *The American Political Science Review*, No. 2 (1967): 417-427. <https://doi.org/10.2307/1953254>.
- Pham Tuan Anh, Pham Manh Hung, „Singapore’s anti-corruption policy” *Internal Affairs Journal*, No. 99 (2022): 58-67.
- Phung Van Hien, „Public Investment in Education and Training in Vietnam” *International Education Studies*, No. 7 (2018): 106-113.
- Pietro Pustorino, *Introduction to International Human Rights Law*. The Hague: TMC Asser Press, 2023. <https://www.asser.nl/asserpress/books/?rId=14014>.
- Recanatini Francesca, „Anti-Corruption Authorities: An Effective Tool to Curb Corruption?”, [in:] *International Handbook on the Economics of Corruption*, Vol. II, Chapter 19, ed. Susan Rose-Ackerman, Tina Søreide. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.
- Recors Richard, *Corruption, good governance and the economic development of Vietnam*. Tokyo: VDF Tokyo Conference on the Development of Vietnam, 2005.
- Schwartz Richard D., Sonya Orleanz, „On Legal Sanctions” *University of Chicago Law Review*, No. 2 (1967): 274-300. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol34/iss2/3>.
- Spyromitros Eleftherios, Minas Panagiotidis, „The impact of corruption on economic growth in developing countries and a comparative analysis of corruption measurement indicators” *Cogent Economics & Finance*, No. 1 (2022): 266-341. <https://doi.org/10.1080/23322039.2022.2129368>.
- Tai Anh Vu, Geoff Plimmer, Evan Berman, Pham Ngoc Ha, „Performance management in the Vietnam public sector: The role of the institution, traditional culture, and leadership” *International Journal of Public Administration*, No. 1 (2022): 1-15. <http://dx.doi.org/10.1080/01900692.2021.1903499>.
- Tan-Mullins May, Peter S. Hofman, „The Shaping of Chinese Corporate Social Responsibility” *Journal of Current Chinese Affairs*, No. 4 (2014): 3-18. <https://doi.org/10.1177/186810261404300401>.
- Thai Son, „Tran Du Chau case – Valuable lesson on anti-corruption work” *People’s Army Newspaper*, (2012). <https://www.qdnd.vn/tap-chi-hau-can-quan-doi/nghien-cuu-kinh-nghiem-trao-doi/vu-an-tran-du-chau-bai-hoc-quy-ve-cong-tac-phong-chong-tham-nhung-463320>.
- Thanh Chung, „Nearly 40,000 officials, civil servants, and public employees quit their jobs in 30 months, initially determining the cause” *Tuoi Tre Newspaper*, (2022). <https://tuoitre.vn/gan-40-000-can-bo-cong-chuc-vien-chuc-nghi-viec-trong-30-thang-buoc-dau-xac-dinh-nguyen-nhan-20221001163252803.htm>.
- Tran Dinh Na, *Early Le Dynasty (1428-1527) with the work of fighting against the problem of people pests, water pests*. Vietnam: Summary of Ho Chi Minh City, 2016.

- Transparency International. *Corruption Perceptions Index*, 2022. <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>.
- Truong Huu Quynh, Dinh Xuan Lam, Le Mau Han, *General History of Vietnam*. Vietnam: Education Publisher, 2008.
- United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, *Global Programme Against Corruption Un Anti-Corruption Policy*. Vietnam: Office of Drug Control and Crime Prevention, United Nations Office at Vietnam, 2001. <https://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/manual.pdf>.
- United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, *Global Programme Against Corruption Un Anti-Corruption Policy*. Vietnam: Office of Drug Control and Crime Prevention, United Nations Office at Vietnam, 2001. <https://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/manual.pdf>.
- Vietnamese Encyclopedia*. Vietnam: Encyclopedic dictionary, 2005.
- VOV. VN, „Van Thinh Phat case: How did defendant Truong My Lan withdraw hundreds of trillions of billions?” *VOV electronic newspaper*, (2023). <https://vov.vn/phap-luat/vu-an-van-thinh-phat-bi-can-truong-my-lan-rut-ca-tram-nghin-ty-the-nao-post1060494.vov>.
- Vuong Minh, *Inadequacies in disciplining officials*” *Ho Chi Minh City Law Newspaper*, (2020). <https://plo.vn/bat-cap-trong-xu-ly-ky-luat-can-bo-post581638.html>.
- World Bank–UNODC. *Toward and Global Architecture for Asset Recovery. Stolen Asset Recovery Initiative*, 2010. <https://star.worldbank.org/publications/towards-global-architecture-asset-recovery>.
- Zhe Cao, Xianwei Shi, „A systematic literature review of entrepreneurial ecosystems in advanced and emerging economies” *Small Business Economics*, No. 57 (2021): 75-96. <https://link.springer.com/article/10.1007/s11187-020-00326-y>.



Klonowanie człowieka w świetle polskiego prawa karnego

Human Cloning in Polish Criminal Law

The article discusses the issue of criminalization of human cloning, established by Article 87 of the Act of 25 June 2015 on Infertility Treatment, in an international and comparative context. The provision prohibiting cloning describes this intervention as the creation of an embryo whose genetic information in the nucleus is identical to the genetic information in the nucleus of another embryo, fetus, human corpse or remains. It follows that human cloning is criminalized regardless of the method used and the purpose of the intervention. From a comparative perspective, Polish law is thus in line with the approach that considers so-called reproductive and therapeutic cloning as the same criminal offense. The interpretation of Article 87 of the ITA poses serious difficulties due to the legal definition of an embryo (Article 1(1), p. 28 of the ITA), which assumes that an embryo is a „group of cells” created as a result of fertilization. At the same time, cloning does not involve the fusion of gametes. There are also some loopholes in the legal description of the offense, resulting from the casuistic enumeration of the sources of genetic material used for cloning.

KEYWORDS: medical law, criminal law, law and biomedicine, human cloning ban, criminalisation of human cloning

SŁOWA KLUCZOWE: prawo medyczne, prawo karne, prawo i biomedycyna, zakaz klonowania człowieka, kryminalizacja klonowania człowieka

MAŁGORZATA GAŁĄZKA, doktor habilitowany nauk prawnych, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, ORCID – 0000-0002-9433-4356, e-mail: mkinga@kul.pl

1 | Uwagi wprowadzające

Klonowanie człowieka niewątpliwie należy do najbardziej niepokojących przejawów rozwoju biomedycyny. Przypuszczalnie dlatego stosunkowo szybko napotkało na odzew ze strony prawodawców. Ocena tej interwencji z perspektywy prawa karnego stawia przed ustawodawcą dwa podstawowe problemy, częściowo ze sobą powiązane. Pierwszy ma charakter aksjologiczny, toteż angażuje system prawa jako całość, ale zarazem wpisuje się w obszar funkcji ochronnej prawa karnego. Wymaga bowiem rozstrzygnięcia, czy klonowanie należy objąć zakazem, czy zakaz ten powinien mieć charakter bezwzględny i czy należy skorzystać z kryminalizacji w celu zapewnienia jego przestrzegania. Pozytywna odpowiedź na ostatnie z tych pytań generuje drugi problem, natury legislacyjnej, który sprowadza się do właściwego zredagowania przepisów karnych zakazujących klonowania, tak aby zarazem odpowiadały intencjom prawodawcy i pozostawały w harmonii z gwarancyjną funkcją prawa karnego.

Celem dalszych rozważań jest ustalenie, jak przedstawione problemy rozstrzygnął polski ustawodawca. Jego reakcja na problem klonowania nastąpiła dopiero w ustawie z 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności^[1], toteż na tle ponadnarodowym i prawnoporównawczym jawi się jako spóźniona o co najmniej kilkanaście lat. Można zatem oczekiwać, że ustawodawca zrekompensował to opóźnienie uwzględnieniem doświadczeń legislacyjnych innych systemów prawa. Dlatego obok ujęcia dogmatycznego przestępstwo z art. 87 u.l.n. zostanie ukazane na tle przepisów przyjętych w państwach obcych oraz standardów biomedycznych wypracowanych przez społeczność międzynarodową i Unię Europejską, które – niezależnie od formalnej mocy wiążącej – stanowią wyraz wspólnych ocen, chociaż zarazem ujawniają obszary sporne.

¹ T. j. Dz. U. 2020 r., poz. 442, dalej: u.l.n.

2 | Metody i cele klonowania człowieka

Klonowanie człowieka należy do najdalej idących ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji. Nie tylko bowiem przenosi powstanie nowej istoty ludzkiej do warunków pozaustrojowych, ale jest formą poczęcia aseksualnego, czyli następującego w inny sposób, niż w wyniku połączenia się dwóch gamet – żeńskiej i męskiej^[2]. Zasadniczo może być przeprowadzone dwiema metodami. Pierwsza polega na odłączeniu jednej lub kilku komórek od wczesnego embrionu, co powoduje powstanie kolejnego embrionu o identycznych cechach genetycznych^[3]. Efekt taki nastąpi, jeśli odłączona komórka ma cechę totipotencji, co oznacza, że stanowi odrębny organizm^[4], ale możliwy jest on nawet po ustaniu tej właściwości u pojedynczych komórek embrionu i wówczas wymaga odłączenia większej liczby komórek^[5]. Wskazany proces występuje u człowieka w warunkach naturalnych, prowadząc do powstania bliźniąt jednojajowych^[6], a zainteresowanie ze strony ocen normatywnych budzi jego uruchomienie w wyniku interwencji medycznej. Druga metoda klonowania, wykonalna wyłącznie w środowisku laboratoryjnym, polega na umieszczeniu jądra komórki somatycznej w pozbawionej własnego jądra komórce jajowej, która następnie poddawana jest stymulacji elektrycznej

² Giuseppe Benagiano, Paola Bianchi, „Human Reproductive Cloning”, [w:] *Hot Topics in Human Reproduction. Ethics, Law and Society*, red. Joseph G. Schenker (Cham: Springer, 2023), 97-101.

³ Zob. Karl Illmensee, Mike Levanduski, „Embryo splitting” *Middle East Fertility Society Journal*, nr 2 (2010): 58-61.

⁴ Zob. Maureen L. Condic, „Totipotency: What It Is and What It Is Not” *Stem Cells and Development*, nr 8 (2014): 805. Totipotencja u człowieka trwa przypuszczalnie do stadium czterokomórkowego (zob. ibidem, 797, 803), a być może nawet ośmiokomórkowego [Tsunetoshi Nakatani and Maria-Elena Torres-Padilla, „Regulation of mammalian totipotency: a molecular perspective from in vivo and in vitro studies” *Current Opinion in Genetics and Development*, nr artykuł 102083 (2023), 1].

⁵ Zob. Mohaddeseh Rahbaran et al., „Cloning and Embryo Splitting in Mammals: Brief History, Methods, and Achievements” *Stem Cells International*, Article ID 2347506 (2021): 6-7 [dostęp: 10.02.2024]; Laila Noli et al., „Potential of human twin embryos generated by embryo splitting in assisted reproduction and research” *Human Reproduction Update*, nr 2 (2017): 157-158; zob. Aleona Swegen, Ruth Appeltant and Suzannah A Williams, „Cloning in action: can embryo splitting, induced pluripotency and somatic cell nuclear transfer contribute to endangered species conservation?” *Biological Reviews*, nr 4 (2023): 1228.

⁶ U człowieka bliźnięta monozygotyczne powstają w 0,4 % ciąży zainicjowanych naturalnie, zaś w przypadku prokreacji medycznie wspomagananej odsetek ten wynosi 4,9 %, zob. Swegen, Appeltant, Williams, „Cloning”, 1227.

lub chemicznej w celu uzyskania właściwości embrionu. Wyposażenie genetyczne powstałego w ten sposób organizmu jest tożsame z genotypem dawcy komórki jajowej w ponad 99,9 %. Różnica ujawnia się na poziomie genów mitochondrialnych, które przechodzą na następne pokolenie za pośrednictwem komórki jajowej^[7]. Jest to interwencja mało efektywna w przypadku ssaków; tylko ok. 10 % embrionów osiąga stadium blastocysty, odsetek żywych urodzeń nie przekracza 5%, a u potomstwa stwierdzano wady rozwojowe^[8]. Obydwie metody klonowania były już stosowane wobec człowieka, ale embriony utworzone w wyniku transferu jądra komórkowego nie przeżyły dłużej niż kilka dni^[9].

Nowe perspektywy wykorzystania metody transferu jądra komórkowego dostrzeżono wraz z odkryciem właściwości embrionalnych komórek macierzystych. Komórki macierzyste cechuje zdolność do mnożenia się i wykształcania jednego lub wielu rodzaju komórek wyspecjalizowanych, co otwiera szerokie możliwości lecznicze, zwłaszcza w dziedzinie medycyny regeneracyjnej i transplantologii. Chociaż mogą być one pozyskiwane z każdego organizmu, także dorosłego, to macierzyste komórki embrionalne mają tę przewagę, że cechują się pluripotencją, która nadaje im większą plastyczność, pozwalając na wytworzenie z nich komórek zróżnicowanych niemal każdego rodzaju^[10]. Jeśli zaś embrion, będący źródłem komórek macierzystych, powstałby w wyniku klonowania, to

⁷ Zob. Ian Wilmut, Yu Bai, Jane Taylor, „Somatic cell nuclear transfer: origins, the present position and future opportunities” *Philosophical Transactions of the Royal Society B* 370, nr 1680 (2015): 5-7 [dostęp: 10.02.2024]; Chantel Gouveia et al., „Lessons Learned from Somatic Cell Nuclear Transfer” *International Journal for Molecular Science*, nr 7 (2020): 1 [dostęp: 10.02.2024]; Swegen, Appeltant, Williams, „Cloning”, 1231-1234; Benaglio, Bianchi, „Human”, 101-103.

⁸ Zob. Gouveia et al., „Lessons”, 2-3, 13; Katarzyna Malin, Olga Witkowska-Piłaszewicz, Krzysztof Papis, „The many problems of somatic cell nuclear transfer in reproductive cloning of mammals” *Theriogenology*, 189 (2022): 246-247, 248.

⁹ Zob. Jose B. Cibelli et al., „Somatic Cell Nuclear Transfer in Humans: Pronuclear and Early Embryonic Development” *The Journal of Regenerative Medicine*, November 26, (2001): 26-28; Masahito Tachibana et al., „Human Embryonic Stem Cells Derived by Somatic Cell Nuclear Transfer” *Cell*, nr 6 (2013): 1228-1230; Illmensee, Levanduski, „Embryo”, 58-59.

¹⁰ Zob. Shinya Yamanaka, „Pluripotent stem cell-based cell therapy – promise and challenges” *Cell Stem Cell*, nr 4 (2020): 523; Aleksandra Szustka, Małgorzata Rogalińska, „Potencjalne zastosowania komórek macierzystych w medycynie regeneracyjnej i transplantologii” *Postępy Biochemii*, nr 2 (2017): 143; Józef Dulak, „Komórki macierzyste: zastosowania, perspektywy, nieporozumienia” *Nauka*, nr 1 (2020): 100-105, 107-109.

byłyby one zgodne immunologicznie z osobą potrzebującą przeszczepu^[11]. Klonowanie zastosowane w takim celu określane jest mianem terapeutycznego i odróżniane od klonowania nazywanego reprodukcyjnym^[12]. Terminologia ta – chociaż ze względu na swoje utrwalenie w literaturze będzie dalej używana – nie odzwierciedla jednak istoty przeprowadzanych interwencji. Do „reprodukcji” dochodzi bowiem w obydwu przypadkach, zaś różnica tkwi w celu, dla którego tworzony jest embrion: w przypadku tzw. klonowania reprodukcyjnego zakłada się doprowadzenie embrionu do narodzin, a w przypadku tzw. klonowania terapeutycznego – uśmiercenie go w stadium blastocysty, przy czym zarówno technika transferu jądra komórkowego, jak i lecznicze stosowanie uzyskanych tą drogą komórek embrionalnych wciąż mają charakter eksperymentalny, toteż jest to obecnie interwencja przede wszystkim badawcza^[13].

3 | Klonowanie człowieka a ponadnarodowe standardy biomedyczne

Najistotniejszy ze względu na swój status traktatu międzynarodowy akt prawny dotyczący podjętej tu tematyki – Protokół dodatkowy do Europejskiej Konwencji Biomedycznej o zakazie klonowania istot ludzkich z 12.1.1998 r.^[14] – uznaje celowe tworzenie genetycznie identycznych

¹¹ Zob. Tachibana et al., „Human”, 1228-1236; Don P. Wolf et al., „Embryonic Stem Cells Derived by Somatic Cell Nuclear Transfer: A Horse in the Race?” *Stem Cells*, nr 1 (2017): 27-29; Yamanaka, „Pluripotent”, 523. Rozwiązaniem alternatywnym są tzw. indukowane pluripotencjalne komórki macierzyste (iPSC), wytwarzane z komórek somatycznych, „reprogramowanych” do stanu pluripotencji za pomocą stymulacji genetycznej, bez przechodzenia przez etap klonowania, zob. Yamanaka, „Pluripotent”, 523; Dulak, „Komórki”, 105-106.

¹² Zob. np. Wolf et al., „Embryonic”, 33; Cibelli et al., „Somatic”, 30; Gouveia et al., „Lessons”, 2, 15.

¹³ Zob. Tachibana et al., „Human”, 1228-1236; Wolf et al., „Embryonic”, 27-29; Yamanaka, „Pluripotent”, 523-524; Dulak, „Komórki”, 111-112.

¹⁴ Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine on the Prohibition of Cloning Human Beings, „European Treaty Series” No. 168, dalej: Protokół I. Polska nie jest jego stroną, ani też stroną Europejskiej

istot ludzkich za ich instrumentalizację, sprzeczną z ludzką godnością (preambuła) i przewiduje zakaz jakiejkolwiek interwencji zmierzającej do tworzenia istoty ludzkiej identycznej genetycznie wobec innej istoty ludzkiej, żyjącej lub zmarłej (art. 1 ust. 1), przyjmując zarazem, że owa identyczność oznacza tożsamość wyposażenia genetycznego jądra komórkowego (art. 1 ust. 2). Redakcja przedstawionego zakazu nie wskazuje na zróżnicowanie klonowania pod względem metody ani celu. Dopiero Sprawozdanie wyjaśniające do Protokołu I, stwierdzając, że zdefiniowanie pojęcia „istota ludzka” pozostawia się prawu krajowemu^[15], otwiera możliwość wyłączenia spod zakazu przypadków, gdy embrion zostanie uśmiercony krótko po poczęciu. Mimo to wydaje się, że tzw. klonowanie terapeutyczne – przynajmniej na obecnym, wciąż eksperymentalnym etapie – mieściłoby się w zakazie tworzenia embrionów do celów badawczych przewidzianym w art. 18 ust. 2 EKB, który ma charakter bezwzględny^[16]. Protokół I nie wypowiada się na temat kryminalizacji jako środka zapewnającego realizację jego postanowień. Państwo-strona ma jednak obowiązek ustanowienia „odpowiednich sankcji” na wypadek ich naruszenia^[17].

Na gruncie biomedycznych standardów o charakterze powszechnym przyjęta w 1997 r. przez UNESCO Powszechna deklaracja o ludzkim genomie i prawach człowieka^[18] zalicza do niedopuszczalnych „praktyk

Konwencji Biomedycznej (Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, „European Treaty Series” No. 164, dalej: EKB), jednakże jako sygnatariusz obydwu wymienionych traktatów pozostaje zobowiązana powstrzymać się od działań, które udaremniłyby ich przedmiot i cel. Zob. art. 18 lit. a Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 23 maja 1969 r., Dz. U. 1990 r., nr 74, poz. 439.

¹⁵ Zob. Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine on the Prohibition of Cloning Human Beings, „European Treaty Series” No. 168, Explanatory Report, pkt. 6.

¹⁶ Zob. Roberto Andorno, „Réflexions sur le clonage humain dans une perspective éthico-juridique et de droit comparé” *Cahiers du droit*, nr 1 (2001): 140; Rose-Marie Lozano, *La protection européenne des droits de l’homme dans le domaine de la biomédecine* (Paris: La Documentation Française, 2001), 298-299.

¹⁷ Zob. art. 3 Protokołu I w zw. z art. 25 EKB.

¹⁸ Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, adopted by General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization at its twenty-ninth session, 11 November 1997, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-human-genome-and-human-rights>.

sprzecznych z ludzką godnością” klonowanie reprodukcyjne istot ludzkich (art. 11). Problem zróżnicowanych ocen tzw. klonowania terapeutycznego stanowił główny punkt sporny w podjętych w 2002 r. pracach ONZ nad konwencją zakazującą klonowania istot ludzkich^[19], w których rozważano zarazem nałożenie na państwa-strony obowiązku penalizacji klonowania^[20]. Wobec braku porozumienia w kwestii zakresu zakazu do przyjęcia konwencji ani nawet do wypracowania jej projektu nie doszło. Wydana została tylko Deklaracja Zgromadzenia Ogólnego NZ o ludzkim klonowaniu, która wzywa państwa członkowskie do zakazania „wszelkich form ludzkiego klonowania w zakresie, w jakim są one nie do pogodzenia z ludzką godnością i ochroną ludzkiego życia” (lit. b) oraz do niezwłocznego przyjęcia i wdrożenia krajowego ustawodawstwa umożliwiającego stosowanie powyższego zakazu (lit. e), nie wypowiadając się co do ewentualnych sankcji za jego naruszenie^[21]. Wskazanie w treści zakazu na ochronę ludzkiego życia może być odczytywane jako objęcie nim tzw. klonowania terapeutycznego, jednakże deklaracja wprost się do tej kwestii nie odnosi.

W systemie prawnym Unii Europejskiej zakaz klonowania istot ludzkich ograniczony do tzw. reprodukcyjnej odmiany tej interwencji przewiduje art. 3 ust. 2 d Karty Praw Podstawowych UE^[22], przy czym w oficjalnych Wyjaśnieniach zaznaczono, że przepis ten „nie stanowi przyzwolenia na inne formy klonowania ani ich nie zakazuje”, a zatem „nie uniemożliwia [...] ustawodawcy wprowadzenia zakazu innych form klonowania”^[23]. Dla oceny tzw. klonowania terapeutycznego istotne znaczenie ma stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE, przyjmujące, że niezapłodniona ludzka komórka jajowa, w którą wszczepiono jądro komórkowe

¹⁹ Zob. United Nations. Report of the Ad Hoc Committee on an International Convention against the Reproductive Cloning of Human Beings. 25 February-1 March 2002. General Assembly Official Records Fifty-seventh Session Supplement No. 51 (A/57/51), dalej: Report of the Ad Hoc Committee, pkt 13, 22, 24, 27; United Nations. General Assembly. International convention against the reproductive cloning of human beings Report of the Sixth Committee. 19 November 2004. A/59/516.

²⁰ Report of the Ad Hoc Committee, pkt 29.

²¹ United Nations. General Assembly. Resolution adopted by the General Assembly on 8 March 2005, 59/280. United Nations Declaration on Human Cloning, United Nations, A/RES/59/280.

²² Dz. Urz. UE z 7.6.2016, C 202/389; Janusz Roszkiewicz, *Wykładnia in favorem libertatis jako wymóg konstytucyjny w świetle orzecznictwa* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2023), 212.

²³ Zob. Wyjaśnienia dotyczące Karty Praw Podstawowych, Dz. Urz. UE z 14.12.2007 r., C 303/17.

pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej, mieści się w pojęciu embrionu^[24]. Chociaż pogląd ten został sformułowany na potrzeby wykładni dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/44/WE z 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych^[25], to jednak warte uwagi w kontekście niniejszego opracowania są założenia, na których oparł się Trybunał. Odwołał się on bowiem do medycznej kategorii totipotencji jako cechy wyróżniającej embrion, a nadto opowiedział się za szerokim rozumieniem pojęcia embrionu na gruncie powołanej dyrektywy, wywodząc ten wniosek z zasady poszanowania ludzkiej godności^[26]. Wynikałoby stąd, że ludzkie embriony wymagają takiej samej ochrony niezależnie od sposobu poczęcia, a jej standard wyznacza zasada ludzkiej godności, co daje podstawy do oceny tzw. klonowania terapeutycznego wedle kryteriów właściwych dla tworzenia przez zapłodnienie embrionów do innych celów niż urodzenie dziecka. Najbardziej rygorystyczne stanowisko w przedmiocie zakresu zakazu klonowania i jego karalności zajął Parlament Europejski UE, który w rezolucjach z l. 1989-2000 kilkakrotnie domagał się kryminalizacji tej interwencji, w odmianie zarówno reprodukcyjnej, jak i terapeutycznej^[27], definiując ją jako tworzenie ludzkich embrionów mających takie samo wyposażenie genetyczne jak inna istota ludzka, zmarła lub żyjąca, w jakimkolwiek stadium rozwoju, niezależnie od zastosowanej metody^[28].

Na podstawie dotychczasowych rozważań stwierdzić zatem można, że zakaz klonowania istoty ludzkiej niewątpliwie należy do ponadnarodowych standardów biomedycznych. Nie ma natomiast powszechnej zgody co do jego zakresu, który ograniczany jest w niektórych

²⁴ Zob. wyrok TSUE z 18 października 2011 r., C-34/10, Olivier Brüstle przeciwko Greenpeace eV (ECLI:EU:C:2011:669), pkt 36, 38 oraz z 18 grudnia 2014 r., C-364/13, International Stem Cell Corporation przeciwko Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks (ECLI:EU:C:2014:2451), pkt 26.

²⁵ Dz. Urz. UE L 213, s. 13.

²⁶ Zob. wyrok TSUE z 18 października 2011 r., pkt 34, 36; wyrok TSUE z 18 grudnia 2014 r., pkt 24, 26.

²⁷ Zob. resolution of 16 March 1989 on the ethical and legal problems of genetic engineering O.J. C 96, 17.4.1989, p. 165, pkt 41; European Parliament resolution of 12 March 1997 on cloning O.J. C 115, 14.4.1997, p. 92, lit. B, pkt 1-2; European Parliament resolution of 15 January 1998 on human cloning, O.J. C 34, 2.2.1998, p. 164, lit. C, pkt 1 i 3; European Parliament resolution of 7 September 2000 on human cloning, O.J. C 135, 7.5.2001, p. 263-264, lit. H, pkt 4.

²⁸ Zob. European Parliament resolution of 7 September 2000 on human cloning, lit. I, podobnie European Parliament resolution of 15 January 1998 on human cloning, lit. B.

instrumentach – w sposób wyraźny lub w drodze wykładni – do tzw. klonowania reprodukcyjnego. Nadużyciem byłoby jednak bezrefleksyjne wywodzenie stąd przyzwolenia na tzw. klonowanie terapeutyczne. Po pierwsze bowiem wspomniane ograniczenie jest zazwyczaj efektem przyjęcia standardu minimalnego, którego treść ogranicza się do tego, co nie budzi zastrzeżeń żadnego z państw uczestniczących w jego zredagowaniu^[29]. Interwencje nieobjęte tak ukształtowanym zakazem stanowią obszar nie tyle aprobowany, co pozostawiony do decyzji poszczególnym państwom. Po drugie natomiast, tzw. klonowanie terapeutyczne zakłada tworzenie embrionów do celów badawczych, którego niedopuszczalność wynika z art. 18 ust. 2 EKB. Niezależnie od tego, poza niewiążącymi rezolucjami Parlamentu Europejskiego, które domagają się kryminalizacji klonowania człowieka, wybór sankcji za naruszenie zakazu tej interwencji pozostawiony jest decyzji prawodawców poszczególnych państw. Skorzystanie przez nich z prawa karnego znajduje jednak mocne racje w tym, że klonowanie człowieka należy do wąskiej grupy interwencji medycznych, które spotykają się na gruncie ponadnarodowym z jednoznacznym potępieniem^[30] (pomijając jego dyskusyjny zakres), oraz w ścisłym powiązaniu zakazu klonowania z godnością i prawami człowieka. Wydaje się, iż tak właśnie ponadnarodowe zakazy są odczytywane, zważywszy że w wielu systemach prawa klonowanie człowieka jest domeną przepisów karnych. Zróżnicowania w skali porównawczej doznaje natomiast ocena klonowania w zależności od jego celu. W niektórych państwach (np. w Niemczech^[31], Szwajcarii^[32]) przewidziano zakaz wszelkich form klonowania w jednym przepisie, w innych ograniczono zakaz do klonowania reprodukcyjnego, pozostawiając możliwość klonowania terapeutycznego, które w ogóle

²⁹ Zob. Oktawian Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2011), 397; Report of the Ad Hoc Committee, pkt 24.

³⁰ Zob. też Małgorzata Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej* (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2005), 114-115.

³¹ Zob. Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG) vom 13. Dezember 1990, *Bundesgesetzblatt I*, 2746-2748 ze zm. (dalej: ESchG), § 6 ust. 1; Jochen Taupitz, „Der rechtliche Rahmen des Klonens zu therapeutischen Zwecken” *Neue Juristische Wochenschrift*, nr 47 (2001): 3434.

³² Zob. Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 18 décembre 1998, *Recueil officiel du droit fédéral* 2000, 3055-3067 ze zm. (dalej: LPMA), art. 36 ust. 1 i art. 2 lit. l; Jochen Taupitz, *Rechtliche Regelung der Embryonenforschung im internationalen Vergleich* (Berlin-Heidelberg: Springer Verlag 2003), 183.

nie podlega kryminalizacji (np. w Hiszpanii^[33]) albo podlega jej tylko w razie naruszenia warunków dopuszczalności (np. w Belgii^[34], Wielkiej Brytanii^[35]), a w jeszcze innych (np. Francja^[36]) ustanowiono odrębne zakazy dla klonowania reprodukcyjnego i terapeutycznego, zazwyczaj zagrożonego łagodniejszą karą.

³³ W doktrynie dominuje stanowisko, że przewidziany w art. 160 ust. 3 Kodeksu karnego (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal *Boletín Oficial del Estado* (dalej: BOE) núm. 281, de 24/11/1995) zakaz „tworzenia istot ludzkich identycznych przez klonowanie” dotyczy tylko klonowania reprodukcyjnego (zob. José Luis de la Cuesta, „Genética y política criminal” *International Review of Penal Law*, nr 3-4 (2007): 548-549; Carlos María Romeo Casabona, Pilar Nicolás Jiménez and Sergio Romeo Malanda, *Manual de bioderecho* (Madrid: Editorial Dykinson, 2022), 644; Dopuszczalność klonowania terapeutycznego wynika z art. 33 ust. 2 ustawy o badaniach medycznych [Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, 28826-28848, zob. Asier Urruela Mora, „La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España” *Revista Penal*, nr 21 (2008): 175-176]; Romeo Casabona, Nicolás Jiménez, Romeo Malanda, *Manual*, 645.

³⁴ Zob. art. 13 w zw. z art. 6, art. 4 § 1 i art. 2 pkt 1 Loi relative à la recherche sur les embryons in vitro. 11 mai 2003, *Moniteur Belge*, nr 198 (2003): 29287 ze zm., dalej: ustawa z 2003 r.; Guido Pennings, „New Belgian Law on Research on Human Embryos: Trust in Progress Through Medical Science” *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, nr 8 (2003): 343-344.

³⁵ Zob. art. 41 ust. 2 w zw. z art. 3 ust. 1 lit. a brytyjskiej *Human Fertilisation and Embryology Act* [1st November 1990], c. 37, *The Public General Acts and General Synod Measures*, Part. IV (1990): 1471 ze zm. (dalej: ustawa nr 37) i art. 3 A załącznika nr 2 do ustawy nr 37 oraz art. 41 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 2 lit. a w zw. z art. 3 ZA ust. 4 ustawy nr 37; Ruth Deech, „Regulation of therapeutic cloning in the UK” *Reproductive Bio-Medicine Online* 5, nr 1 (2002): 8-11; Marie Fox, „The Human Fertilisation and Embryology Act 2008: Tinkering at the Margins” *Feminist Legal Studies*, nr 3 (2009): 340.

³⁶ Klonowanie reprodukcyjne jest zbrodnią, zagrożoną karą więzienia kryminalnego do 30 lat i do 7 500 000 Euro grzywny (art. 214-2 Kodeksu karnego https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719?etat-Texte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF (dostęp 10 lutego 2024 r., dalej: c.p.)), zaś tworzenie ludzkich embrionów przez klonowanie w celach przemysłowych, handlowych, badawczych lub terapeutycznych jest występkiem, zagrożonym karą do 7 lat więzienia i do 100 000 Euro grzywny (art. 511-17, art. 511-18, art. 511-18-1 c.p.).

4 | Zakaz karny klonowania w Polsce – charakterystyka ogólna

Jak już sygnalizowano na wstępie, w polskim prawie zakaz karny klonowania człowieka pojawił się dopiero w 2015 r. Potrzeba jego ustanowienia była jednak dostrzegana znacznie wcześniej. Inicjatywa ustawodawcza z 2001 r. przewidywała wprowadzenie do Kodeksu karnego nowego art. 154A o treści o treści: „Kto tworzy istotę ludzką poprzez klonowanie podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od 5 lat albo karze 25 lat pozbawienia wolności^[37]. Następnie zaś w latach 2009-2010 przestępstwo klonowania człowieka pojawiło się w pięciu projektach ustaw zmierzających do kompleksowego uregulowania problematyki prokreacji medycznie wspomaganej. W trzech z nich proponowano zamieszczenie w takiej ustawie zakazu karnego o treści: „Tej samej karze [tj. pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 – M.G.] podlega, kto dopuszcza się klonowania”, które zostało zdefiniowane w odrębnym przepisie jako „tworzenie embrionu ludzkiego, którego informacja genetyczna jest identyczna lub zbliżona w co najmniej 99,998% do informacji genetycznej innego organizmu ludzkiego”^[38]. Dwa inne projekty wprowadzały przestępstwa klonowania do ustawy transplantacyjnej, w przepisach o treści: „Kto wykorzystuje ludzkie komórki rozrodcze lub zarodki w celu tworzenia genetycznie identycznej kopii człowieka w wyniku manipulacji ludzkim materiałem genetycznym podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 12”^[39] oraz „Kto

³⁷ Projekt z 4 grudnia 2001 r. ustawy o zmianie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Sejm IV kadencji, Druk nr 197 (dalej: projekt 197).

³⁸ Art. 62 ust. 3 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 9 Projektu z 28 sierpnia 2009 r. ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw, Sejm VI kadencji, Druk nr 3467 (dalej: projekt nr 3467); art. 63 ust. 3 w zw. z art. 3 pkt 8 Projektu z 18 grudnia 2009 r. ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego, Sejm VI kadencji, Druk nr 3466 (po autopoprawce, dalej: projekt nr 3466); art. 54 ust. 3 w zw. z art. 3 pkt 7 Projektu z 17 lutego 2010 r. ustawy o zakazie zapłodnienia pozaustrojowego i manipulacji ludzką informacją genetyczną, Sejm IV kadencji, Druk nr 3471 (dalej: projekt nr 3471).

³⁹ Art. 1 pkt 77 projektu z 29 lipca 2009 r. ustawy o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Sejm IV kadencji, Druk nr 3470, dalej: projekt nr 3470.

stosuje procedurę klonowania w celu doprowadzenia do urodzenia genetycznej kopii człowieka, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5”^[40].

Ostatecznie przepis kryminalizujący klonowanie człowieka, zamieszczony w art. 87 u.l.n., uzyskał następującą treść: „Kto tworzy zarodek, którego informacja genetyczna w jądrze komórkowym jest identyczna z informacją genetyczną w jądrze komórkowym innego zarodka, płodu, człowieka, zwłok lub szczątków ludzkich, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5”. Zakaz o treści pokrywającej się ze znamionami strony przedmiotowej przestępstwa z art. 87 u.l.n. został też przewidziany w art. 25 ust. 3 u.l.n., który brzmi: „Niedopuszczalne jest tworzenie zarodka, którego informacja genetyczna w jądrze komórkowym jest identyczna z informacją genetyczną w jądrze komórkowym innego zarodka, płodu, człowieka, zwłok lub szczątków ludzkich”. Przymierzalnie przyświecało temu założenie, aby art. 25 ust. 3 u.l.n. wyrażał zakaz ogólnoprawny, zaś art. 87 u.l.n. zakaz karny. Lokalizacja i treść zakazu karnego klonowania człowieka nasuwa dwa spostrzeżenia natury ogólnej.

Po pierwsze polski ustawodawca nie zdecydował się na zamieszczenie przestępstwa klonowania w Kodeksie karnym, lecz ulokował je w ustawie mającej za przedmiot prokreację medycznie wspomaganą. Podobne rozwiązanie przyjęto w wielu państwach obcych i wydaje się ono zasadne. Chociaż ścisły związek zakazu klonowania ze sferą praw fundamentalnych i wynikająca stąd przynależność do przestępstw uznawanych za *mala per se* dostarcza istotnych racji za umieszczeniem go w Kodeksie karnym, to jednak tematyczne powiązanie tej interwencji z wyspecjalizowanym obszarem prokreacji medycznie wspomaganą może ułatwić wykładnię systemową zakazu karnego, jeśli pozostanie on w ustawie, która ten obszar reguluje, co oczywiście wymaga jeszcze weryfikacji na gruncie art. 87 u.l.n.

Po drugie zauważyć należy, iż pod względem techniki legislacyjnej klonowanie człowieka zostało określone w treści zakazu karnego opisowo, w efekcie czego znamiona strony przedmiotowej przestępstwa pozwalają zrekonstruować definicję zabronionej interwencji. Pod tym względem odnotować można podobieństwo art. 87 u.l.n. do § 6 ust. 1 niemieckiej ESchG o treści: „Kto powoduje sztucznie powstanie ludzkiego embrionu o takiej samej informacji genetycznej jak inny embrion, płód, człowiek lub zmarły, podlega karze pozbawienia wolności do pięciu lat i grzywny”.

⁴⁰ Art. 1 pkt 32 Projektu z 29 lipca 2009 r. ustawy o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Sejm VI kadencji, Druk nr 2707, dalej: projekt nr 2707.

Jak już wynika z dotychczasowych rozważań, nie było to jedyne możliwe rozwiązanie. We wspomnianym wyżej projekcie nr 197 z 2001 r. oraz – tytułem przykładu z perspektywy porównawczej – w prawie francuskim (w zakresie tzw. klonowania terapeutycznego)^[41] zakaz karny klonowania tylko nazwowo wymienia tę interwencję, nie wyjaśniając na czym ona polega. Ze względów gwarancyjnych należy jednak oczekiwać od ustawodawcy opisowego określenia klonowania, które usuwa lub uprzedza ewentualne wątpliwości co do zakresu zakazu^[42]. W szczególności uczyni to zadość postulatowi lojalności wobec potencjalnych adresatów, nawet jeśli osoby takie rekrutują się zazwyczaj ze środowiska badawczego i w związku z tym biologiczny mechanizm klonowania jest im znany. Ma to szczególne znaczenie wobec aksjologicznego sporu na temat tzw. niereprodukcyjnych odmian klonowania. Niezależnie od tego, po której stronie owego sporu stanąć *de lege ferenda*, adresat zakazu karnego ma prawo wiedzieć, jak został on rozstrzygnięty *de lege lata*, zwłaszcza że jasna treść zakazu jest warunkiem jego oddziaływania prewencyjnego. Opisowe określenie klonowania w zakazie karnym wiąże się oczywiście z ryzykiem, że nauka wyprzedzi prawodawcę, w efekcie czego może okazać się, że przeprowadzono interwencję będącą klonowaniem, która nie mieści się już w definicji ustawowej lub że ta ostatnia nie jest wystraszająco ścisła. Dlatego istotne znaczenie ma zarazem dobra jakość ustawowego opisu przedmiotowej interwencji, w szczególności zaś jego zgodność z zamierzeniami polityczno-kryminalnymi.

Pod względem technicznym rozwiązaniem alternatywnym wobec przyjętego w polskiej ustawie jest zamieszczenie w akcie prawnym typowej definicji legalnej pojęcia „klonowanie (człowieka)” i odesłanie do niej w przepisie karnym. Takie podejście przyjęto we wspomnianych wyżej trzech projektach z lat 2009-2010^[43], a wśród państw obcych np. w Szwajcarii^[44]

⁴¹ Zob. np. art. 511-18-1 c.p. o treści: „Tworzenie przez klonowanie embrionów ludzkich do celów terapeutycznych podlega karze do 7 lat pozbawienia wolności i 100.000 Euro grzywny”.

⁴² Nt. wyższości dyspozycji opisowych nad nazwowymi lub nazwowo-opisowymi z perspektywy zasady legalizmu, zob. Joanna Długosz, *Ustawowa wyłączność i określoność w prawie karnym* (Warszawa: C.H. Beck, 2016), 426; Andrzej Marek, *Prawo karne* (Warszawa: C.H. Beck, 2011), 60.

⁴³ Zob. projekty nr 3467, 3466 i 3471.

⁴⁴ Zob. np. art. 36 ust. 1 szwajcarskiej LPMA, zatytułowany „Klonowanie, tworzenie chimer i hybryd”, który w zakresie klonowania ma treść: „Kto tworzy klon [...]”, podczas gdy klonowanie zdefiniowane jest w art. 2 lit. 1 LPMA o treści: „klonowanie: sztuczne tworzenie identycznych istot ludzkich”.

i Belgii^[45]. Definicja ustawowa wyodrębniona na początku aktu prawnego wydaje się jednak tylko wówczas celowa, gdy definiowany termin powtarza się w jego treści kilkakrotnie. Skoro zaś założeniem prawodawcy jest zakazanie klonowania człowieka, to wyczerpujący opis tej interwencji w treści zakazu wydaje się rozwiązaniem optymalnym.

5 | Skutek klonowania człowieka w rozumieniu art. 87 u.l.n.

W art. 25 ust. 3 i art. 87 u.l.n. zachowanie sprawcy zabronionej interwencji medycznej zostało opisane za pomocą sformułowania „tworzy zarodek”. Typowe dla polskich zakazów karnych użycie czasownika w czasie teraźniejszym może nasuwać w analizowanym przypadku wątpliwość, czy dla dokonania potrzebne jest powstanie zarodka o cechach opisanych w powołanych przepisach („utworzenie” go)^[46], czy wystarcza wykonanie czynności prowadzącej do tego skutku („tworzenia” zarodka)^[47]. Wydaje się, że sformułowanie „tworzy zarodek” należałoby rozumieć jako czynność skutkową, podobnie jak interpretowane są frazy: „zabija człowieka” z art. 148 § 1 k.k. lub „cudzą rzecz niszczy” z art. 288 § 1 k.k. Przesłębstwo klonowania z art. 87 u.l.n. miałoby zatem charakter materialny^[48] ze skutkiem w postaci powstania zarodka. Dostrzec tu można różnicę w stosunku do formuły przyjętej w art. 1 Protokołu I, która opisuje klonowanie jako zmierzanie do tworzenia istoty ludzkiej (o określonych cechach). Na gruncie polskiego prawa karnego zachowania bezpośrednio poprzedzające

⁴⁵ Zob. art. 6 belgijskiej ustawy z 2003 r. o treści: „Ludzkie klonowanie reprodukcyjne jest zabronione”, którego naruszenie podlega kryminalizacji w art. 13 i art. 2 pkt 7 tej ustawy o treści: „Klonowanie reprodukcyjne: tworzenie jednej lub kilku istot ludzkich, których geny są identyczne z genami organizmu, na podstawie którego przeprowadzono klonowanie”.

⁴⁶ Zob. Katarzyna Nazar, „Ustawa o leczeniu niepłodności”, [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu*, red. Marek Mozgawa (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 197; Ewelina Wojewoda, *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty medycznie wspomaganey prokreacji* (Białystok: Temida 2, 2019), 334.

⁴⁷ Zob. Joanna Haberk, *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 398.

⁴⁸ Zob. Nazar, *Ustawa*, 197; Wojewoda, *Prawnokarne*, 334.

utworzenie zarodka metodą klonowania objęte są kryminalizacją w ramach formy stadialnej usiłowania (art. 13 k.k.) i można by co najwyżej rozważać, czy treść art. 1 Protokołu I nie obejmuje czynności jeszcze bardziej oddalonych od skutku klonowania niż pozwala na to polska konstrukcja postaci stadialnych.

Zważywszy, iż pojęcie „zarodek” ma swoją definicję ustawową w art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n., dokonując ustaleń dotyczących znamienia skutku analizowanego przestępstwa, należy sięgnąć do powołanego przepisu. Zgodnie zatem z art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n. termin „zarodek” oznacza „grupę komórek powstałą wskutek pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej, od zakończenia procesu zlewania się jąder komórek rozrodczych (kariogamia) do chwili zagnieżdżenia się w śluzówce macicy”. Wynika stąd, że w świetle ustawy o leczeniu niepłodności zarodek może powstać tylko w wyniku połączenia się dwóch gamet różnych płci, czyli zapłodnienia – poczęcia seksualnego. Tymczasem istotą klonowania jest aseksualny charakter poczęcia, do którego dochodzi bez udziału dwóch gamet. Metoda podziału embrionu wyklucza udział gamet w ogóle, zaś w ramach transferu jądra komórkowego komórka jajowa zostaje wykorzystana bez własnego jądra komórkowego, którego miejsce zajmuje jądro komórki somatycznej. Treść definicji legalnej wywołuje tu więc efekt odwrotny do celu zamieszczania takich definicji w akcie prawnym, a mianowicie poważnie komplikuje wykładnię znamion analizowanego przestępstwa i nieuchronnie prowadzi do konieczności rozważenia dwóch wariantów interpretacyjnych: albo że tworzenie zarodka w rozumieniu art. 87 u.l.n. musi polegać na połączeniu gamet, albo że pojęcie zarodka, o którym mowa w tym przepisie, musi być rozumiane inaczej niż wynika to z art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n.

Pierwsza możliwość oznaczałaby, że kryminalizacji w art. 87 u.l.n. w ogóle nie podlega klonowanie, tylko doprowadzenie do poczęcia przez zapłodnienie. Z uzasadnienia projektu ustawy o leczeniu niepłodności jednoznacznie wynika, że nie taka była intencja ustawodawcy^[49]. Co jednak istotniejsze, zaproponowana tu interpretacja nie wchodzi to w rachubę w świetle pozostałych znamion strony przedmiotowej przestępstwa z art. 87 u.l.n. Zapłodnienie, czyli połączenie gamet różnych płci wpożyczonych w jądra komórkowe, o którym mowa w ustawowej definicji zarodka, nie może bowiem doprowadzić do powstania organizmu, którego

⁴⁹ Zob. Projekt z 13 marca 2015 r. ustawy o leczeniu niepłodności. Uzasadnienie, Sejm VII kadencji, Druk nr 3245 (dalej: projekt nr 3245), s. 16.

informacja genetyczna w jądrze komórkowym jest identyczna z informacją genetyczną w jądrze komórkowym innego organizmu. Ten skutek „identyczności” informacji genetycznej jest właściwy wyłącznie poczęciu aseksualnemu. Gamety pochodzące od tej samej osoby cechują się różnorodnością genetyczną, generowaną w sposób losowy^[50]. Wykluczyć zatem należy, iż art. 87 u.l.n. mógłby dotyczyć interwencji, która polega na przeprowadzeniu zapłodnienia *in vitro* z wykorzystaniem dwóch gamet identycznych genetycznie w stosunku do gamet, z których już wcześniej powstał inny organizm^[51]. Skoro zatem nie da się utworzyć zarodka w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n. w sposób określony w art. 87 u.l.n., to wykładnia tego ostatniego przepisu z uwzględnieniem legalnej definicji zarodka prowadzi do uzyskania normy sankcjonowanej o pustym zakresie normowania, co dotyczy też art. 25 ust. 3 u.l.n.

W tej sytuacji do rozważenia pozostaje odejście przy wykładni art. 87 u.l.n. od ustawowej definicji zarodka. Ku takiemu rozstrzygnięciu skłaniać może merytoryczna wadliwość owej definicji, ujawniająca się właśnie w kontekście znamion analizowanego przestępstwa. Wbrew deklaracji w uzasadnieniu projektu ustawy o leczeniu niepłodności, iż definicja zarodka z art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n. „ma charakter definicji biologicznej”^[52], niestety wiedzy biologicznej w niej nie uwzględniono, zatrzymując się na jej etapie sprzed zidentyfikowania naturalnego procesu podziału embrionu oraz przeprowadzenia pierwszych prób klonowania ssaków w warunkach laboratoryjnych. Ustawodawca w art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n. opiera definicję zarodka wyłącznie na sposobie powstania przez zapłodnienie

⁵⁰ Odpowiada za to proces mejozy, w ramach którego powstają gamety, w szczególności zaś zjawisko *crosing-over* i niezależnej segregacji chromosomów, szerzej zob. John Knight, Maria Andrade, „Genes and chromosomes 2: cell division and genetic diversity” *Nursing Times*, nr 8 (2018): 46-47; Eva Jablonka, Marion J. Lamb, „Zmiana genetyczna: ślepa, ukierunkowana, interpretatywna?” *Filozoficzne Aspekty Genezy*, t. IV/V (2007/2008): 166-167.

⁵¹ Tylko zupełnie hipotetycznie można by sobie wyobrazić sztuczne wytworzenie dwóch identycznych komórek jajowych i dwóch identycznych plemników, a następnie przeprowadzenie dwóch zapłodnień, z których drugie mogłoby spowodować efekt identyczności wyposażenia genetycznego jądra komórkowego obydwu zarodków. Dla ścisłości podkreślić jednak trzeba, że podejmowane próby tworzenia „sztucznych gamet” zakładają zachowanie procesu mejozy, zob. Pu-Yao Zhang et al., „Generation of Artificial Gamete and Embryo From Stem Cells in Reproductive Medicine” *Frontiers in Bioengineering and Biotechnology* 8, artykuł nr 781 (2020): 8 [dostęp: 10.02.2024].

⁵² Projekt nr 3245, s. 5.

i początkowym (kariogamia) oraz końcowym (implantacja) etapie rozwojowym. Nie uwzględnia możliwości powstania zarodka w inny sposób, a nazywając go „grupą komórek” – nie wiadomo nawet, czy połączonych ze sobą – pomija fakt, że embrion (jakiegokolwiek gatunku), w odróżnieniu od „zwykłych” komórek, jest odrębnym organizmem biologicznym. Wskazanych błędów w definicji zarodka można było uniknąć, uwzględniając choćby przedstawione wyżej orzecznictwo TS UE, gdzie dostrzeżono, że kryterium pozwalającym na rozpoznanie istnienia embrionu niezależnie od sposobu poczęcia jest cecha totipotencji. Na właściwości tej oparł definicję embrionu ustawodawca belgijski, który w ogóle nie odwołał się do kryterium zapłodnienia, uznając, że embrionem jest komórka lub połączony zespół komórek zdolnych do tego, aby rozwinąć się w istotę ludzką^[53], chociaż z perspektywy antropologicznej zastrzeżenia budzi wyłączenie embrionu spod pojęcia istoty ludzkiej^[54]. Uchybień, jakimi dotknięty jest art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n., uniknięto też w projektach nr 3466 i 3471, uznając za embrion „organizm ludzki powstały w chwili połączenia gamety męskiej i żeńskiej lub wytworzony w inny sposób, w szczególności przez wyizolowanie totipotentnej ludzkiej komórki embrionalnej”^[55].

Merytoryczna wadliwość art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n. nie jest jednak wystarczającym argumentem za odejściem od ustanowionej tym przepisem definicji zarodka. Przełamanie znaczenia definicji legalnej wiąże się bowiem naruszeniem jej dyrektywalnego charakteru^[56] i zasady konsekwencji terminologicznej^[57]. Co innego, gdyby przyjąć, że w art. 87 u.l.n. od definicji zarodka z art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n. odstąpił sam ustawodawca, zwalniając

⁵³ Zob. art. 2 pkt 1 belgijskiej ustawy z 2003 r.

⁵⁴ Cechę totipotencji uwzględnił też ustawodawca niemiecki, przyjmując, że embrionem jest „już zapłodniona, zdolna do rozwoju ludzka komórka jajowa od momentu połączenia jąder komórkowych, a także każda totipotentna komórka pobrana od embrionu, która przy istnieniu sprzyjających ku temu dalszych warunków jest zdolna do podziałów i do rozwoju w odrębną jednostkę” (§ 8 ust. 1 ESchG), chociaż dookreślając „totipotentną komórkę” słowami „pobrana od embrionu”, pominął klonowanie metodą transferu jądra komórkowego, a używając sformułowania o „rozwoju w odrębną jednostkę” podał w wątpliwość biologiczną odrębność embrionu jako organizmu.

⁵⁵ Art. 3 ust. 1 pkt 4 projektu nr 3466, embrion i art. 3 pkt 3 projektu nr 3471; podobnie art. 3 ust. 1 pkt 2 projektu nr 3467.

⁵⁶ Zob. Maciej Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 189-191.

⁵⁷ Szerzej zob. Grzegorz Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 757-758; Lech Morawski, *Zasady wykładni prawa* (Toruń: Dom Organizatora, 2006), 104-105.

tym samym interpretatora z obowiązku stosowania się do niej. Stanowisko takie wydaje się mieć mocne podstawy. Jak już bowiem wskazano, pozostałe znamiona strony przedmiotowej analizowanego przestępstwa jednoznacznie wskazują na to, że zarodek tworzony w warunkach art. 87 u.l.n. nie powstaje w wyniku „pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej”. Ustawowe pojęcie zarodka obejmowałoby zatem nie tylko „grupę komórek” opisaną w art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n., lecz także „efekt” interwencji opisanej w art. 87 u.l.n. Dokonane przez ustawodawcę odstępnie od definicji legalnej zarodka polegałoby więc na zakwestionowaniu wynikającej z niej reguły, że zaistnienie zarodka wymaga zapłodnienia. Na tym jednak problem się nie kończy. Chociaż bowiem nie ulega wątpliwości, że ustawodawca jest władny nadać zdefiniowanemu przez siebie pojęciu inne znaczenie, to wymaga się, aby uczynił to w sposób wyraźny. Wynika to jednoznacznie z § 147 ust. 2 Zasad techniki prawodawczej^[58]. Przy założeniu, że podstawą uznania mocy wiążącej owych Zasad jest nie tyle ich formalna ranga prawna, co raczej faktyczna funkcja zapewnienia prawidłowej legislacji^[59], z pewnością ich naruszenie świadczy o wadliwości ustawy w zakresie sposobu odstąpienia od definicji legalnej z art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n. To zaś stawia pod znakiem zapytania dopuszczalność zaproponowanej interpretacji art. 87 u.l.n. z perspektywy gwarancyjnych zasad prawa karnego, zważywszy zwłaszcza iż prowadzi ona do poszerzenia zakresu odpowiedzialności karnej w porównaniu z wykładnią zachowującą konsekwencję terminologiczną, której efektem był brak możliwości stosowania art. 87 u.l.n. Wskazane zastrzeżenia zdaje się minimalizować to, że dopatrując się w art. 87 u.l.n. odstąpienia od definicji legalnej przez ustawodawcę, pozostajemy (jeszcze) na gruncie wykładni językowej. Dalsze rozważania będą prowadzone w oparciu o założenie, że do tegoż odstąpienia doszło skutecznie, jednakże nie tyle ze względu na pełne przekonanie co do słuszności takiej interpretacji, co przede wszystkim po to, aby ocenić pozostałą treść analizowanego zakazu karnego. Niewątpliwie zaś art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n. wymaga pilnej nowelizacji, która przynajmniej uwzględniłaby możliwość powstania zarodka metodą aseksualną i uznała zarodek za ludzki organizm. Aktualna treść tego przepisu rozmija się z funkcją

⁵⁸ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, t. j. Dz. U. 2016 r., poz. 283; zob. też Sławomira Wronkowska, Maciej Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej* (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2004), 283; Wierczyński, *Redagowanie*, 757.

⁵⁹ Zob. Długosz, *Ustawowa*, 383.

definicji legalnych, mających podnosić, a nie obniżać poziom określoności przepisu karnego^[60], i z deklaracją projektodawcy, iż celem art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n. „było wykluczenie możliwości wielorakiej interpretacji tego pojęcia, co mogłoby w efekcie prowadzić do zawężającego stosowania przepisów projektowanej ustawy”^[61].

Jako źródło pochodzenia informacji genetycznej w jądrze komórkowym zarodka powstałego w wyniku klonowania ustawodawca wylicza: zarodek, płód, człowieka, zwłoki i szczątki ludzkie. Bardzo podobne wyliczenie występuje w opisie przestępstwa klonowania przewidzianym § 6 ust. 1 niemieckiej ESchG, wedle którego źródłem informacji genetycznej jest „inny embrion, płód, człowiek lub zmarły”. Rozłączność między pojęciami zarodka i płodu z jednej strony i człowieka z drugiej nie jest wolna od zastrzeżeń konstytucyjnych, szczególnie jeśli podzielić – słuszne w przekonaniu piszącej te słowa – stanowisko, że w art. 30 i 38 Konstytucji RP pojęcie człowieka występuje w znaczeniu biologicznym, toteż ma zastosowanie do wszystkich przedstawicieli gatunku ludzkiego niezależnie od stadium rozwoju^[62]. Jest to jednak kwestia wykraczająca poza wykładnię strony przedmiotowej czynu z art. 87 u.l.n. Na potrzeby owej wykładni stwierdzić natomiast trzeba, że wyliczenie zarodka, płodu i człowieka zapewne służyć miało uwzględnieniu wszystkich możliwych stadiów życia ludzkiego. Istotne jest zatem rozważenie, czy rzeczywiście cel został zrealizowany. Otóż wydaje się, że nie. Po pierwsze bowiem, termin „zarodek” zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n. ma zastosowanie wyłącznie do embriónów powstałych *in vitro*, jako że przepis ten wskazuje na pozaustrojowe

⁶⁰ Zob. tamże, s. 421; wyrok TK z 9 czerwca 2015 r., SK 47/13, OTK-A 2015, nr 6, poz. 81, pkt 4.2.

⁶¹ Projekt nr 3245, s. 5.

⁶² Zob. np. Leszek Bosek, *Gwarancje godności osoby ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne* (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2012), 165-168, 307; Andrzej Zoll, „Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP”, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia. Druk Sejmowy nr 993* (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2007), 102-103; Włodzimierz Wróbel, „Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”, [w:] *Konstytucyjna*, 20-21. Wykładnia ta koresponduje ze stwierdzoną przez TK niedopuszczalnością różnicowania wartości ludzkiego życia w zależności od fazy rozwojowej, zob. orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19; wyrok TK z 22 października 2020 r., K 1/20, OTK-A 2021, nr 1, poz. 4. Zob. też postanowienie TK z 18 kwietnia 2018 r., K 50/16, OTK-A 2018, poz. 19, w którym zastosowano art. 30 Konstytucji RP do zarodka w rozumieniu art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n.

połączenie się gamet. Poza ustawą o leczeniu niepłodności pojęcie zarodka nie jest używane w języku prawnym na określenie ludzkiego embrionu. Wynikałoby zatem stąd, że art. 87 u.l.n. nie obejmuje klonowania, do którego wykorzystano by materiał genetyczny pochodzący od ludzkiego embrionu powstałego w organizmie kobiety, który nie osiągnął jeszcze stadium płodu. Po drugie, kolejna luka wiąże się z początkiem okresu płodowego, którego polskie prawo nie określa, a który w świetle wiedzy medycznej rozpoczyna się po upływie 8 tygodni lub 60 dni rozwoju prenatalnego^[63], podczas gdy w świetle art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n. stadium zarodka kończy się z chwilą implantacji. W konsekwencji nawet jeśli embrion powstał *in vitro*, to wykorzystanie do klonowania materiału genetycznego pobranego od niego po implantacji, ale przed biologicznym początkiem okresu płodowego także nie wyczerpuje znamion przestępstwa z art. 87 u.l.n. Embrion taki nie jest już bowiem zarodkiem w rozumieniu art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n., ani nie jest jeszcze płodem w świetle kryteriów medycznych. Uznanie implantacji za końcową granicę okresu zarodkowego, rozmiijające się z medycznym rozumieniem tego okresu, wynikało prawdopodobnie z zakresu przedmiotowego ustawy o leczeniu niepłodności. Ustawodawca nie uwzględnił jednak tego założenia w opisie analizowanego przestępstwa, w efekcie czego po raz kolejny legalna definicja zarodka okazuje się wywoływać skutek odwrotny do przypisywanych jej celów.

Obecne w art. 87 u.l.n. rozróżnienie zwłok i szczątków ludzkich ma swoje podstawy w ustawie z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych^[64]. Ustawa ta nie definiuje jednak wymienionych pojęć, a czyni to dopiero rozporządzenie Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi^[65]. W świetle jego przepisów za zwłoki uważa się ciała osób zmarłych i dzieci martwo urodzonych, bez względu na czas trwania ciąży (§ 2), zaś pojęcie szczątków ludzkich obejmuje popioły powstałe w wyniku spopielenia zwłok, pozostałości zwłok, wydobyte przy kopaniu grobu lub w innych okolicznościach oraz części ciała ludzkiego, odłączone od całości (§ 8)^[66]. Pojęcia zwłok i szczątków

⁶³ Zob. Hieronim Bartel, *Embriologia* (Warszawa: Wydawnictwo Lekarskie PZWL, 2012), 186.

⁶⁴ Ustawa z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, t. jedn. Dz. U. 2023, poz. 887 ze zm.

⁶⁵ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi, t. jedn. Dz. U. 2021, poz. 1910.

⁶⁶ Wynika to z § 8 ust. 1 cyt. rozporządzenia o treści: „Do postępowania ze szczątkami ludzkimi będącymi: 1) popiołami powstałymi w wyniku spopielenia zwłok,

obejmują zatem ludzkie ciało po śmierci, niezależnie od zachowania jego fizycznej integralności. W pojęciu szczątków mieszczą się również ludzkie komórki lub tkanki, które zostały odłączone od człowieka za jego życia, o ile nie nastąpiło ich przeszczepienie innej osobie. Na gruncie znamion przestępstwa z art. 87 u.l.n. użycie pobranego z nich materiału genetycznego do klonowania stanowiłoby zarazem wykorzystanie informacji genetycznej zamieszczonej w jądrze komórkowym (żyjącego) człowieka. W efekcie źródło pochodzenia informacji genetycznej dubluje się, co – chociaż nie wpływa na zakres kryminalizacji – stanowi kolejny przejaw niestarannej techniki legislacyjnej.

Wyliczenie w art. 87 u.l.n. zarodka, płodu, człowieka, zwłok i szczątków ludzkich stanowić miało wyczerpujący zbiór wszelkich struktur biologicznych zawierających ludzkie wyposażenie genetyczne. Kazyistyka tego wyliczenia sprawia jednak, że wykazuje ono ujawnione wyżej luki w zakresie faz prenatalnych człowieka. Wydaje się, że z powodzeniem można ich było uniknąć, określając źródło informacji genetycznej jako inny organizm ludzki, żyjący lub martwy, podobnie jak uczyniono to w art. 1 Protokołu I oraz w powołanych wcześniej rezolucjach Parlamentu Europejskiego. Formuła ta objęłaby też części ludzkiego ciała odłączone od człowieka lub zwłok, skoro przed odłączeniem stanowiły one komponent ludzkiego organizmu. Dla uproszczenia wywodu będzie ona używana w dalszych rozważaniach.

W art. 87 u.l.n. identyczność informacji genetycznej zarodka powstającego w wyniku klonowania względem informacji genetycznej innego organizmu ludzkiego została zrelacjonowana do jądra komórkowego. Dostrzec tu można różnicę w stosunku do przytaczanego już § 6 ust. 1 niemieckiej ESchG, wedle którego skutkiem klonowania jest powstanie ludzkiego embrionu o takiej samej informacji genetycznej jak inny ludzki organizm. Także i francuski zakaz klonowania reprodukcyjnego zabrania podjęcia interwencji mającej na celu urodzenie dziecka identycznego genetycznie z inną osobą żyjącą lub zmarłą^[67]. W przepisie niemieckim i francuskim identyczność wyposażenia genetycznego zrelacjonowana jest zatem do całości genotypów. Tymczasem, jak już podnoszono, wyposażenie genetyczne organizmu powstałego w wyniku klonowania może się różnić

2) pozostałościami zwłok, wydobytych przy kopaniu grobu lub w innych okolicznościach, 3) częściami ciała ludzkiego, odłączonymi od całości – stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące postępowania ze zwłokami, z zastrzeżeniem ust. 2-6”.

⁶⁷ Zob. art. 214-2 fr. c.p. o treści: „Podjęcie interwencji mającej na celu narodziny dziecka genetycznie identycznego z inną osobą żyjącą lub zmarłą podlega karze [...]”.

w zakresie genów mitochondrialnych. Dlatego w literaturze niemieckiej podnosi się obawy, że zastosowanie § 6 ust. 1 ESchG do klonowania przez transfer jądra komórkowego naruszałoby zakaz analogii^[68]. „Pełna” identyczność genetyczna obydwu organizmów możliwa jest tylko wówczas, gdy zarówno jądro komórki somatycznej, jak i komórka jajowa pochodzą od tej samej osoby^[69]. Polski ustawodawca trafnie uwzględnił tę prawidłowość, podobnie jak uczyniono to w art. 1 Protokołu I. Wydaje się zarazem, że słusznie uniknięto w art. 87 u.l.n. stylizacji art. 1 Protokołu I, w którym najpierw istota ludzka poczęta w wyniku klonowania oraz dawca jądra komórkowego nazwani są identycznymi genetycznie (ust. 1), a dopiero w kolejnym przepisie wyjaśnione jest, że owa identyczność dotyczy jądra komórkowego (ust. 2). Zakaz z art. 87 u.l.n. wydaje się też w przedstawionej kwestii bardziej jednoznaczny niż procentowe (wyznaczone na 99,998%) określenie identyczności genetycznej embrionu poczętego przez klonowanie i organizmu, od którego pochodzi jądro komórkowe, proponowane w trzech projektach ustaw z l. 2009-2010^[70].

6 | Znamiona przestępstwa z art. 87 u.l.n. a metody i cele klonowania

Określenie czynności sprawczej przestępstwa z art. 87 u.l.n. słowami „tworzenie zarodka” oznacza – *lege non distinguente* – że doprowadzenie do powstania zarodka o cechach wskazanych w analizowanym zakazie może nastąpić w jakikolwiek sposób. Ustawodawca nie opisuje bowiem

⁶⁸ Zob. Ulrich Schroth, „Forschung mit embryonalen Stammzellen un Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts” *Juristen Zeitung*, nr 4 (2002), 172; Ralf Müller-Terpitz, „Fortpflanzungsmedizinrecht – quo vadis?” *Medizinrecht*, nr 10 (2022): 796; Ulrich M. Gassner, Janet Oppen, „Zur Zulässigkeit therapeutischen Klonens mittels Zellkerntransfer”, [w:] *Chancen und Risiken der Stammzellforschung*, red. Janet Oppen, Vasilija Rolfes, Phillip H. Roth (Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2020), 258-260.

⁶⁹ Wskazane uchybienie pojawia się też w opisie klonowania przewidzianym w projekcie nr 3470, który posługiwał się formułą „genetycznie identycznej kopii człowieka”. Do podobnego wniosku prowadzi pojęcie „genetycznej kopii człowieka” z projektu nr 2707, mimo braku wyraźnej wskazanej cechy identyczności.

⁷⁰ Zob. projekty nr 3467, 3466 i 3471.

przebiegu procedury medycznej, lecz jej końcowy efekt. Wynika stąd, że dla uznania danej interwencji za podlegającą zakazowi z art. 87 u.l.n. istotne są cechy nowopowstałego zarodka, nie zaś techniczny sposób jego utworzenia. W szczególności zatem kryminalizacji podlega klonowanie zarówno przez odłączenie od wczesnego embrionu komórki lub komórek, jak i przez transfer jądra komórkowego komórki somatycznej do enukleowanej komórki jajowej. Brak zróżnicowania metod klonowania człowieka w zakazie tej interwencji jest podejściem stosowanym bardzo szeroko, na gruncie zarówno międzynarodowym (w szczególności w Protokole I i w pracach nad konwencją ONZ zakazującą klonowania^[71]), jak i prawnoporównawczym^[72]. Zdefiniowanie niepożądanych procedur medycznych przez określenie ich skutku, a nie przebiegu, stanowi rozwiązanie ze wszech miar celowe. Unika się w ten sposób uzależnienia treści normy prawnej od kwestii czysto technicznych, zazwyczaj trudnych do precyzyjnego i zarazem syntetycznego ujęcia w formułę języka prawnego i, w dalszej konsekwencji, wątpliwości w subsumpcji stanu faktycznego lub nawet luki w ochronie prawnej. Zmniejsza się też w ten sposób ryzyko, że zakaz klonowania ulegnie „przeterminowaniu” w wyniku opracowania nowej procedury medycznej prowadzącej do tego samego skutku^[73].

Pewne ograniczenie kryminalizacji klonowania metodą odłączenia od embrionu komórki lub komórek zdaje się natomiast wynikać ze strony podmiotowej przestępstwa z art. 87 u.l.n. W tej kwestii stwierdzić należy, iż może być ono popełnione wyłącznie umyślnie, przy czym nie wydaje się zasadne wyłączenie możliwości wyczerpania jego znamion z zamiarem ewentualnym^[74]. Sprawca zatem musi co najmniej przewidywać możliwość, że swoim zachowaniem doprowadzi do powstania zarodka o określonej w art. 87 u.l.n. informacji genetycznej i co najmniej na to się godzić. Nie jest jednak konieczne, aby wskazany skutek był celem sprawcy. Znamiona analizowanego przestępstwa wypełni również i ten, kto chce uzyskać inny efekt niż doprowadzenie do powstania zarodka, np. pobrać

⁷¹ Report of the Ad Hoc Committee, pkt 27.

⁷² Brak takiego zróżnicowania cechuje wszystkie zakazy klonowania obowiązujące w państwach obcych, do których odwołano się w tym opracowaniu.

⁷³ Zob. Report of the Ad Hoc Committee, pkt 27.

⁷⁴ Wyłączenie takie przyjmuje Katarzyna Nazar (zob. „Ustawa”, 198), podczas gdy Ewa Plebanek (w *System prawa medycznego*, red. Eleonora Zielińska, t. III, *Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. Teresa Dukiet-Nagórska, Agnieszka Liszewska (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 731) uznaje za możliwe popełnienie omawianego przestępstwa w obydwu postaciach zamiaru.

od zarodka komórkę lub komórki do celów badawczych, nie będąc pewnym, czy zarodek ma jeszcze cechę totipotencji lub czy odłączenie kilku komórek nie spowoduje powstania odrębnego organizmu, ale dopuszczając taką możliwość i godząc się na to. Jeśli natomiast osoba taka liczy na to, że owa właściwość już ustała, to znamion przestępstwa z art. 87 u.l.n. nie wyczerpuje, nawet jeśli w efekcie odłączenia komórki lub komórek doszło do powstania zarodka. Ta ostatnia sytuacja jest klonowaniem, co więcej, jest objęta zakazem z art. 25 ust. 3 u.l.n., jednakże podstawy dla odpowiedzialności karnej nie daje ze względu na brak umyślności. Przyczyną uniemożliwiającą zakwalifikowanie wskazanej metody klonowania z art. 87 u.l.n. mogą być też obiektywne wątpliwości co do zachowania totipotencji przez konkretny zarodek, zważywszy że istnieją pewne problemy z precyzyjnym wyznaczeniem momentu jej ustania u gatunku ludzkiego^[75].

Znamiona przestępstwa z art. 87 u.l.n. nie różnicują też klonowania ze względu na cel, któremu miałyby służyć utworzenie zarodka. Analizowany zakaz karny obejmuje zatem zarówno tzw. klonowanie reprodukcyjne, jak i tzw. klonowanie terapeutyczne^[76]. Kryminalizacji podlega już „tworzenie” zarodka będącego efektem klonowania, a nie doprowadzenie do jego urodzenia^[77] lub umieszczenie go w organizmie kobiety^[78], przy czym pojęcie zarodka – przy wszelkich podniesionych wyżej zastrzeżeniach, jakie nasuwa art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n. – niewątpliwie określa najwcześniejszą formę ludzkiego organizmu. W szczególności ustawodawca nie zdecydował się na określenie organizmu powstającego w wyniku klonowania występującym na gruncie Protokołu I terminem „istota ludzka”. Chociaż na gruncie polskich standardów konstytucyjnych użycie tego określenia nie dawałoby podstaw dla wyłączenia spod zakazu tzw. klonowania terapeutycznego,

⁷⁵ Zob. przypis 4.

⁷⁶ Zob. Nazar, „Ustawa”, 196; Wojewoda, *Prawnokarne*, 334. Tak samo w odniesieniu do art. 25 ust. 3 u.l.n.: Hanna Bachowska, „Zakaz tworzenia chimer i hybryd a ksenotransplantacja – uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*,” *Forum Prawnicze*, nr 2 (2021): 77-78; Andrzej Bałaban, Ewa Michałkiewicz-Kądziela, „Prawne aspekty klonowania człowieka” *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie*, nr 1 (2019): 25; Roszkiewicz, *Wykładnia*, 212, Stanowisko ograniczające zastosowanie art. 25 ust. 3 i art. 87 u.l.n. do „klonowania reprodukcyjnego” prezentują Maria Boratyńska i Joanna Różyńska w *System prawa medycznego*, red. Eleonora Zielińska, t. II, cz. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. Maria Boratyńska, Przemysław Konieczniak (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019), 408-409.

⁷⁷ Por. np. art. 214-1 fr. c.p., a także opis klonowania w projekcie nr 2707.

⁷⁸ Por. art. 41 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 2 lit. a w zw. z art. 3 ZA ust. 4 brytyjskiej ustawy nr 37.

to jednak przypuszczalnie takie propozycje wykładnicze byłyby zgłaszane, o czym świadczy wykładnia art. 1 Protokołu I i art. 160 ust. 3 hiszpańskiego kodeksu karnego. Kryminalizacja klonowania człowieka niezależnie od celu jest spójna aksjologicznie z zakazem karnym tworzenia zarodka w celu innym niż procedura medycznie wspomaganą prokreacji (art. 85 u.l.n.).

7 | Problem dobra chronionego prawnokarnym zakazem klonowania człowieka

Po ustaleniu zakresu kryminalizacji klonowania człowieka przewidzianej w art. 87 u.l.n., warto poświęcić kilka uwag problematyce dobra chronionego tym zakazem. Uzasadnienie projektu ustawy o leczeniu niepłodności kwestii tej nie podejmuje. Odniesiono się w nim do zakazu klonowania tylko epizodycznie, wskazując na jego zgodność z Europejską Konwencją Biomedyczną^[79]. Można w tym upatrywać sygnał, że polski prawodawca wprowadzając zakaz klonowania, podziela te same wartości, co prawodawca międzynarodowy, w szczególności chronione w Protokole I, toteż postrzega klonowanie jako zamach na ludzką godność. Tak też dobro chronione w art. 87 u.l.n. określane jest w literaturze^[80]. Kwestia ta wydaje się jednak bardziej złożona już choćby z tego względu, że godność jako źródło praw człowieka może być uznawana za przedmiot ochrony większości zakazów karnych przewidujących przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym, dlatego warto byłoby podjąć próbę jej konkretyzacji na gruncie analizowanego przestępstwa. W tym celu należy uwzględnić fakt, że utworzenie istoty ludzkiej w wyniku klonowania następuje z naruszeniem właściwego dla człowieka mechanizmu konstituowania się wyposażenia genetycznego nowego organizmu^[81]. W przypadku klonowania przez transfer jądra komórkowego zostaje ono ukształtowane w wyniku

⁷⁹ Projekt nr 3245, s. 3.

⁸⁰ Zob. Haberko, *Ustawa*, 162; Nazar, „Ustawa,” 195; Plebanek, w *System* (red. Zielińska), t. III, 730-731; Wojewoda, *Prawnokarne*, 333; Roszkiewicz, *Wykładnia*, 212. Podobnie przed wprowadzeniem omawianego przepisu zob. Nawrot, *Ludzka*, 383, 387; Anna Michalska, Tomasz Twardowski, „Problemy etyczne i prawne klonowania” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 4 (2000): 15.

⁸¹ Zob. Nawrot, *Ludzka*, 385.

sztucznej ingerencji i w sposób ewidentnie obcy gatunkowi ludzkiemu. Klonowanie polegające na odłączeniu od embrionu komórki lub komórek naśladuje wprawdzie proces naturalny, ale przeprowadzenie go w laboratorium jest równoznaczne z arbitralną determinacją genotypu nowej istoty, pomijającą przypadkowość i nieprzewidywalność właściwą ludzkiej prokreacji^[82]. Ochrona przed klonowaniem koncentruje się zatem wokół ludzkiego genomu. Zasadne wydaje się przy tym upatrywanie w klonowaniu człowieka zamachu zarówno na dobro zbiorowe, jakim jest genom w wymiarze gatunkowym (skoro zakłócony zostaje właściwy dla gatunku ludzkiego sposób lub okoliczności kształtowania się genotypu nowego organizmu)^[83], jak i na dobro indywidualne w postaci genotypu istoty ludzkiej poczętej w wyniku klonowania (skoro naruszenie to stanowi zarazem determinację jej konkretnego wyposażenia genetycznego)^[84]. Z uwagi zaś na to, że wyposażenie genetyczne konkretnego człowieka składa się na jego szeroko rozumianą tożsamość, dobro indywidualne chronione przed klonowaniem można by dookreślić jak tożsamość genetyczną^[85]. Z uwagi na to, że art. 87 u.l.n. kryminalizuje klonowanie człowieka niezależnie od

⁸² Zob. Willi Rothley, „Bericht über die ethischen und rechtlichen Probleme der Genmanipulation”, [w:] *Europäisches Parlament, Ethische und rechtlichen Probleme der Genmanipulation und die humane künstliche Befruchtung* (Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 1990), 53.

⁸³ Wyrazistym przejawem takiego podejścia jest prawo francuskie, uznające tzw. klonowanie reprodukcyjne za przestępstwo przeciwko gatunkowi ludzkiemu, ułożone wśród przestępstw przeciwko ludzkości, zob. Xavier Bioy, „Le droit constitutionnel français et la bioéthique” *Annuaire international de justice constitutionnelle* 37-2021 (2022): 77; Danièle Lochak, Pénaliser les violations des droits de l’homme?” *Communications*, 104 (2019): 196-197.

⁸⁴ Nt. gatunkowego oraz indywidualnego wymiaru ludzkiego genomu szerzej zob. np. Jean-Christophe Galloux, „Les enjeux d’une déclaration universelle sur la protection du génome humain” *Le Dalloz. Chronique*, nr 17, (1996): 141-142; Juan-Ramón Lacadena, „Un code d’éthique pour la génétique humaine”, [w:] *Regard éthique: le génome humain*, red. Jean-François Mattei (Strasbourg: Editions du Conseil de l’Europe 2001), 42.

⁸⁵ Tożsamość człowieka (niekiedy również dookreślona jako genetyczna) jest często wymieniana w literaturze jako dobro chronione przed klonowaniem, zob. Michalska, Twardowski, „Problemy”, 15; Bałaban, Michałkiewicz-Kądziała, „Prawne”, 26-27; Patrick Fraisseix, „La protection de la dignité de la personne et de l’espèce humaines dans le domaine de la biomédecine: l’exemple de la Convention d’Oviedo” *Revue internationale de droit comparé*, nr 2 (2000): 410; Rothley, „Bericht”, 53; Andorno, „Réflexions”, 134-135; Carlos María Romeo Casabona, „La clonación humana: los presupuestos para la intervención penal” *Revista Galega de Administración Pública*, nr 27 (2001): 134-139, 150. Podobnie zob. European Parliament

celu, należy przyjąć, że wynikająca stąd ochrona tożsamości genetycznej rozciąga się na embrionalną fazę życia.

8 | Podsumowanie

Zakaz klonowania człowieka należy do ponadnarodowych standardów biomedycznych. Kwestią otwartą pozostaje jednak jego zakres, w szczególności w odniesieniu do tzw. klonowania terapeutycznego. Ze standardów tych nie wynika jednoznaczny obowiązek kryminalizacji klonowania, chociaż dostarczają one mocnych racji za taką decyzją. Polski art. 87 u.l.n. wpisuje się w szeroką na tle porównawczym aprobatę dla kryminalizacji tytułowej interwencji, a zarazem w kierunku rezygnujący z różnicowania ocen prawno Karnych tzw. klonowania reprodukcyjnego i terapeutycznego, który odpowiada polskiej aksjologii konstytucyjnej dotyczącej ludzkiej fazy prenatalnej.

Zakaz karny klonowania człowieka może być zredagowany w formie opisowej albo przez nazwowe wskazanie zabronionej interwencji. Polski ustawodawca wybrał pierwsze rozwiązanie, co było dobrą decyzją z perspektywy zasad gwarancyjnych prawa karnego i jest szeroko przyjęte w innych systemach prawa. Podobnie ocenić należy syntetyczny opis czynności sprawczej jako spowodowanie skutku właściwego klonowaniu, pozwalający na objęcie nią wszelkich metod tytułowej interwencji. Określając ów skutek, uniknięto w art. 87 u.l.n. spotykanej na tle porównawczym nieściśłości wynikającej ze zrelacjonowania cechy identyczności informacji genetycznej do całości genotypu, nie zaś do jądra komórkowego, która przedstawia się problematycznie w świetle zasady legalizmu.

Poważne zastrzeżenia budzi natomiast brak skorelowania znamion przestępstwa klonowania z ustawową definicją zarodka z art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n., opartą na kryterium poczęcia przez zapłodnienie. Uwzględnienie tej definicji przy wykładni art. 87 u.l.n. prowadzi do efektów ewidentnie rozbieżnych z jego celem, a wręcz do wyinterpretowania normy sankcjonowanej o pustym zakresie normowania. Utrzymanie sensu analizowanego zakazu możliwe jest dopiero przy – wcale nie do końca przekonującym

z perspektywy gwarancyjnej – założeniu, że nastąpiło w nim uzupełnienie definicji z art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n. o zarodek poczęty metodą aseksualną. Ustawodawca nie wykorzystał możliwości, jakie dawało powiązanie opisu klonowania z terminologią ustawy regulującej prokreację medycznie wspomaganą, jako że art. 1 ust. 1 pkt 28 u.l.n. nie tylko nie spełniła funkcji właściwej definicjom legalnym, ale wręcz zaburza interpretację art. 87 u.l.n. W opisie analizowanego przestępstwa pojawiają się nadto luki wynikające z kazuistycznego wyliczenia źródeł pochodzenia materiału genetycznego wykorzystanego do klonowania. Wskazanych uchybień można było uniknąć, wykorzystując doświadczenia kryminalizacyjne państw obcych i dorobek standardów ponadnarodowych.

Bibliografia

- Andorno Roberto, „Réflexions sur le clonage humain dans une perspective éthico-juridique et de droit comparé” *Cahiers du droit*, nr 1 (2001): 129-144.
- Bachowska Hanna, „Zakaz tworzenia chimer i hybryd a ksenotransplantacja – uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*” *Forum Prawnicze*, nr 2 (2021): 73-83. [https://doi.org/10.32082/fp.2\(64\).2021.461](https://doi.org/10.32082/fp.2(64).2021.461).
- Bałaban Andrzej, Ewa Michałkiewicz-Kądziela, „Prawne aspekty klonowania człowieka” *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie*, nr 1 (2019): 15-29. <https://doi.org/10.32084/tekapr.2019.12.1-2>.
- Bartel Hieronim, *Embriologia*. Warszawa: Wydawnictwo Lekarskie PZWL, 2012.
- Benagiano Giuseppe, Paola Bianchi, „Human Reproductive Cloning”, [w:] *Hot Topics in Human Reproduction. Ethics, Law and Society*, red. Joseph G. Schenker. 97-110. Cham: Springer, 2023.
- Bioy Xavier, „Le droit constitutionnel français et la bioéthique” *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 37-2021 (2022): 71-80. <https://doi.org/10.3406/aijc.2022.3013>.
- Bosek Leszek, *Gwarancje godności osoby ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2012.
- Cibelli Jose B. et al., „Somatic Cell Nuclear Transfer in Humans: Pronuclear and Early Embryonic Development” *The Journal of Regenerative Medicine*, 26 listopada (2001): 25-31.
- Condic Maureen L., „Totipotency: What It Is and What It Is Not” *Stem Cells and Development*, nr 8 (2014): 796-812. <https://doi.org/10.1089/scd.2013.0364>.

- de la Cuesta José Luis, „Genética y política criminal” *International Review of Penal Law*, nr 3-4 (2007): 523-563.
- Deech Ruth, „Regulation of therapeutic cloning in the UK” *Reproductive BioMedicine Online*, nr 1 (2002): 7-11. [https://doi.org/10.1016/S1472-6483\(10\)61589-1](https://doi.org/10.1016/S1472-6483(10)61589-1).
- Długosz Joanna, *Ustawowa wyłączność i określoność w prawie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck: 2016.
- Dulak Józef, „Komórki macierzyste: zastosowania, perspektywy, nieporozumienia” *Nauka*, nr 1 (2020): 99-123. <https://doi.org/10.24425/nauka.2020.132624>.
- Fox Marie, „The Human Fertilisation and Embryology Act 2008: Tinkering at the Margins” *Feminist Legal Studies*, nr 3 (2009): 333-344. <https://doi.org/10.1007/s10691-009-9129-2>.
- Fraisseix Patrick, „La protection de la dignité de la personne et de l’espèce humaines dans le domaine de la biomédecine: l’exemple de la Convention d’Oviedo” *Revue internationale de droit comparé*, nr 2 (2000): 371-413.
- Galloux Jean-Christophe, „Les enjeux d’une déclaration universelle sur la protection du génome humain” *Le Dalloz. Chronique*, nr 17 (1996): 141-143.
- Gałązka Małgorzata, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2005.
- Gassner Ulrich M., Janet Opper, „Zur Zulässigkeit therapeutischen Klonens mittels Zellkerntransfer”, [w:] *Chancen und Risiken der Stammzellforschung*, red. Janet Opper, Vasilija Rolfes, Phillip H. Roth. 255-278. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2020.
- Gouveia Chantel et al., „Lessons Learned from Somatic Cell Nuclear Transfer” *International Journal for Molecular Science*, nr 7 (2020): 1-24. <https://doi.org/10.3390/ijms21072314>.
- Haberko Joanna, *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Illmensee Karl, Mike Levanduski, „Embryo splitting” *Middle East Fertility Society Journal*, nr 2 (2010): 57-63. <https://doi.org/10.1016/j.mefs.2010.05.001>.
- Jablonka Eva, Marion J. Lamb, „Zmiana genetyczna: ślepa, ukierunkowana, interpretatywna?” *Filozoficzne Aspekty Genezy*, t. IV/V (2007/2008): 163-201. <https://doi.org/10.53763/fag...39>.
- Knight John, Maria Andrade, „Genes and chromosomes 2: cell division and genetic diversity” *Nursing Times*, nr 8 (2018): 44-47.
- Lacadena Juan-Ramón, „Un code d’éthique pour la génétique humaine”, [w:] *Regard éthique: le génome humain*, red. Jean-François Mattei. 33-60. Strasbourg: Editions du Conseil de l’Europe 2001.
- Lochak Danièle, „Pénaliser les violations des droits de l’homme?” *Communications*, 104 (2019): 191-203. <https://doi.org/10.3917/commu.104.0191>.

- Lozano Rose-Marie, *La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*. Paris: La Documentation Française, 2001.
- Malin Katarzyna, Olga Witkowska-Piłaszewicz, Krzysztof Papis, „The Many Problems of Somatic Cell Nuclear Transfer in Reproductive Cloning of Mammals” *Theriogenology* 189 (2022): 246-254. <https://doi.org/10.1016/j.theriogenology.2022.06.030>.
- Marek Andrzej, *Prawo karne*. Warszawa: C.H. Beck, 2011.
- Michalska Anna, Tomasz Twardowski. „Problemy etyczne i prawne klonowania” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, nr 4 (2000): 1-18.
- Morawski Lech, *Zasady wykładni prawa*. Toruń: Dom Organizatora, 2006.
- Müller-Terpitz Ralf, „Fortpflanzungsmedizinrecht - quo vadis?” *Medizinrecht*, nr 10 (2022): 794-801. <https://doi.org/10.1007/s00350-022-6311-x>.
- Nakatani Tsunetoshi, Maria-Elena Torres-Padilla, „Regulation of mammalian totipotency: a molecular perspective from in vivo and in vitro studies” *Current Opinion in Genetics and Development*, nr artykułu 102083 (2023): 1-7. <https://doi.org/10.1016/j.gde.2023.102083>.
- Nawrot Oktawian, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2011.
- Nazar Katarzyna, „Ustawa o leczeniu niepłodności”, [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu*, red. Marek Mozgawa. 111-208. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Noli Laila et al., „Potential of human twin embryos generated by embryo splitting in assisted reproduction and research” *Human Reproduction Update*, nr 2 (2017): 156-165. <https://doi.org/10.1093/humupd/dmwo41>.
- Pennings Guido, „New Belgian Law on Research on Human Embryos: Trust in Progress Through Medical Science” *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, nr 8 (2003): 343-346. <https://doi.org/10.1023/A:1024817809784>.
- Rahbaran Mohaddeseh et al., „Cloning and Embryo Splitting in Mammals: Brief History, Methods, and Achievements” *Stem Cells International*, Article ID 2347506 (2021): 1-11. <http://doi.org/10.1155/2021/2347506>.
- Romeo Casabona, Carlos María, „La clonación humana: los presupuestos para la intervención penal” *Revista Galega de Administración Pública*, nr 27 (2001): 127-167.
- Romeo Casabona, Carlos María, Pilar Nicolás Jiménez, Sergio Romeo Malanda, *Manual de bioderecho*. Madrid: Editorial Dykinson, 2022.
- Roszkiewicz Janusz, *Wykładnia in favorem libertatis jako wymóg konstytucyjny w świetle orzecznictwa*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023.
- Rothley Willi, „Bericht über die ethischen und rechtlichen Probleme der Genmanipulation”, [w:] *Europäisches Parlament, Ethische und rechtlichen Probleme der*

- Genmanipulation und die humane künstliche Befruchtung*, 27-85. Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 1990.
- Schroth Ulrich, „Forschung mit embryonalen Stammzellen un Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts” *Juristen Zeitung*, nr 4 (2002): 170-179.
- System prawa medycznego*, red. Eleonora Zielińska, t. II, cz. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. Maria Boratyńska, Przemysław Konieczniak. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- System prawa medycznego*, red. Eleonora Zielińska, t. III, *Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. Teresa Dukiet-Nagórska, Agnieszka Liszewska, Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Swegen Aleona, Ruth Appeltant, Suzannah A Williams, „Cloning in action: can embryo splitting, induced pluripotency and somatic cell nuclear transfer contribute to endangered species conservation?” *Biological Reviews*, nr 4 (2023): 1225-1249. <https://doi.org/10.1111/brv.12951>.
- Szustka Aleksandra, Małgorzata Rogalińska. „Potencjalne zastosowania komórek macierzystych w medycynie regeneracyjnej i transplantologii” *Postępy Biochemii*, nr 2 (2017): 143-150.
- Tachibana Masahito et al., „Human Embryonic Stem Cells Derived by Somatic Cell Nuclear Transfer” *Cell* 153, nr 6 (2013): 1228-1238. <https://doi.org/10.1016/j.cell.2013.05.006>.
- Taupitz Jochen, „Der rechtliche Rahmen des Klonens zu therapeutischen Zwecken” *Neue Juristische Wochenschrift*, nr 47 (2001): 3433-3440.
- Taupitz Jochen, *Rechtliche Regelung der Embryonenforschung im internationalen Vergleich*. Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 2003.
- Urruela Mora Asier, „La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España” *Revista Penal*, nr 21 (2008): 165-191.
- Yamanaka Shinya, „Pluripotent stem cell-based cell therapy – promise and challenges” *Cell Stem Cell*, nr 4 (2020): 523-531. <http://doi.org/10.1016/j.stem.2020.09.014>.
- Wierczyński Grzegorz, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Wojewoda Ewelina, *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty medycznie wspomaganey prokreacji*. Białystok: Temida 2, 2019.
- Wronkowska Sławomira, Maciej Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2004.
- Wilmut Ian, Yu Bai, Jane Taylor, „Somatic cell nuclear transfer: origins, the present position and future opportunities” *Philosophical Transactions of the Royal Society B* 370, nr 1680 (2015): 1-9. <http://doi.org/10.1098/rstb.2014.0366>.

- Wolf Don P. et al., „Embryonic Stem Cells Derived by Somatic Cell Nuclear Transfer: A Horse in the Race?” *Stem Cells*, nr 1 (2017): 26-34. <https://doi.org/10.1002/stem.2496>.
- Wróbel Włodzimierz, „Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia. Druk Sejmowy nr 993*. 20-24. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2007.
- Zhang Pu-Yao et al., „Generation of Artificial Gamete and Embryo From Stem Cells in Reproductive Medicine” *Frontiers in Bioengineering and Biotechnology*, artykuł nr 781 (2020): 1-12. <http://doi.org/10.3389/fbioe.2020.00781>.
- Zieliński Maciej, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Zoll Andrzej, „Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP”, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia. Druk Sejmowy nr 993*. 102-105. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2007.



SZYMON SKOWERSKI

The Inheritance Manager as a Subject of Tax Decision: Legal Status of the Inheritance Manager

Abstract

With the introduction of the institution of inheritance management into the Polish legal system, it became necessary for the legislator to regulate a number of private and public law regulations related to the activity of the manager after the death of the entrepreneur. The special regulation of the tax subjectivity of an inheritance business and the way of carrying out its management after the entrepreneur's death means the appearance of new, previously unknown entities in tax proceedings (i.e. inheritance business, inheritance manager, inheritance business owner, etc.). Consequently, it is necessary to determine their legal status on the basis of the provisions regulating these procedures. The problem of subjectivity of the inheritance manager is also present in the issuance of a tax decision, since, according to the substantive law, the subject of the decision was, until now, the entrepreneur. The aim of this paper is to present the substantive, legal and procedural status of an inheritance manager and, consequently, to answer whether a manager will be the subject of a tax decision.

KEYWORDS: Inheritance law,
inheritance manager, inheritance
enterprise, tax decision

SZYMON SKOWERSKI, MA in law, John Paul II Catholic University of Lublin,
ORCID – 0000-0001-7118-2436, e-mail: szymonskowerski@gmail.com

1 | Introduction

The institution of inheritance management is a kind of private law novelty in the Polish legal system. It came into being when the Act on Succession Management of an Enterprise of a Natural Person (hereinafter referred to as a.s.m.)^[1] and Other Facilitations Related to the Inheritance of Enterprises entered into force on July 5, 2018. This regulation applies to sole proprietors as natural persons who manage their businesses, enabling economic continuity after the death of the entrepreneur and ensuring inheritance^[2]. The law regulates the temporary management of the deceased's business and the continuation of economic activity using this business until the deceased's heirs inherit it.

With the introduction of inheritance management into the domestic legal order, the legislator had to regulate a number of private and public law regulations related to the manager's activity after the entrepreneur's death. In spite of many changes in the valid normative acts^[3], the enacted legislation mainly regulates the financial and legal status of the persons appointed to the management of the enterprise, the inheritance manager and the enterprise itself without any new legal acts. As M. Masternak pointed out, there is no doubt that the regulation of the tax subjectivity of the inherited enterprise and the way of its management after the death of the entrepreneur means that in the tax proceedings new, previously unknown subjects will appear (i.e. the inherited enterprise, the inherited manager, the owner of the inherited enterprise). As a result, it is necessary to define the legal situation on the basis of the rules that normalize these procedures^[4].

¹ Act of July 5, 2018 on the Succession of Management of a Natural Person (Journal of Laws, item 1629 with amendments). The title of the Act in its current wording was established by Article 66 item 1 of the Act of July 31, 2019, on the amendment of certain acts to reduce the regulatory burden (Journal of Laws, item 1495 and of 2020, items 568 and 875), which came into effect on 1 January 2020.

² See the explanatory memorandum to a draft law on the management of the succession to a natural person's enterprise, Sejm of the 7th term, print no. 2293.

³ These changes are reflected not only in the adoption of the Law on Inheritance, but also in changes in tax and procedural regulations.

⁴ Marian Masternak, „Pozycja prawna zarządcy sukcesyjnego w postępowaniu podatkowym”, [in:] *Współczesne problemy prawa podatkowego. Teoria i praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Bogumiłowi Brzezińskiemu*, Vol. I, red. Jan Głuchowski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019), 301-302.

This problem is particularly manifested in the procedure for issuing a tax decision by the National Revenue Administration, since it is difficult to define the subject to which such a decision should be addressed when it comes to inheritance enterprises. For the above reasons, they apply the solution in relation to the bankruptcy receiver, often somewhat by analogy. However, despite the similarities, there is a difference between a bankruptcy trustee and an estate administrator in the scope of their powers. The purpose of this article is to present the legal status of the administrator, the form of administration performed by him, with his procedural position, in comparison with the position of the bankruptcy trustee, with the aim of determining whether the administrator of a natural person's estate can be the subject of a tax decision in the event that the heirs are not revealed.

2 | Inheritance enterprise

The administration of the estate, in accordance with Art. 18 a.s.m., includes the obligation to manage the estate and the power to perform judicial and extrajudicial acts related to its management. Article 2 defines the inherited enterprise as the tangible and intangible assets used for the operation of a business, which are the property of the entrepreneur at the time of his death. The inherited enterprise is therefore broader in scope than the enterprise within the meaning of Art. 55 of the law of April 23, 1964 – Civil Code^[5] (hereinafter c.c). Contrary to the definition of the Code, it is not necessary to collect financial assets intended for the operation of a business, so that the inherited business includes tangible and intangible assets acquired on the basis of preventive measures, as well as those acquired by the administrator of the estate since the death of the entrepreneur or until the termination of the administration of the estate or the powers of the receiver in bankruptcy^[6]. Regardless of whether they and their spouse owned the business at the time of the entrepreneur's death or not, it is

⁵ Law of April 23, 1964 – Civil Code (Journal of Laws of 2020, item 2320 with amendments).

⁶ Kinga Kosowska, „Status prawny, w tym podatkowy, przedsiębiorstwa w spadku oraz zarządcy sukcesyjnego. Wybrane problemy” *Przegląd Podatkowy*, nr 8 (2020): 47.

fully recognized as an inherited business. According to Art. 2 a.s.m., in the event of the death of a partner in a civil partnership, the rules relating to the inherited business are applied in accordance with the entrepreneur's share in the joint property of the partners in a civil partnership.

The company, viewed in this way, did not receive subjectivity on the basis of civil law, as the law on inheritance management presents the company in a wider scope than the Civil Code. According to the Act on the Administration of Estates, these are capital assets managed by the inheritance manager, who acts on behalf of the owners. According to Art. 3 a.s.m. the owners are:

1. A person who, in accordance with a valid court decision on the determination of the acquisition of inheritance, a registered certificate of inheritance or an issued European certificate of inheritance, has acquired the enterprise, which was the property of the entrepreneur at the time of his death, in accordance with the law or a will, or has acquired the enterprise or a share in the enterprise on the basis of a specific legacy;
2. The spouse of the entrepreneur has the right to inherit the business at the time of the entrepreneur's death;
3. An acquirer of the inherited enterprise or a share in it, also as a contribution, by legal action taken after the entrepreneur's death^[7].

It should be noted that according to Art. 24 of the a.s.m., the appointment of the management of an inherited enterprise prevents subjects other than the heir from managing the enterprise^[8]. The inheritance manager does not have the right to appoint other managers of the inheritance, since it cannot be transferred to another person, in accordance with Art. 19 a.s.m.. He may, however, appoint an attorney-in-fact for some or all of the activities. The plenipotentiary will perform activities on behalf of the

⁷ Katarzyna Kopaczyńska-Pieczniak, „Status prawny zarządcy sukcesyjnego” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 12 (2018): 7.

⁸ This is indicated by the content of the cited article of the a.s.m., in which the legislator excludes the possibility of the administration of the inheritance by a curator or executor of the will, if an administration of the inheritance has been established.

administrator, and the effects of his actions will have the same effects as the effects of the manager's actions^[9].

Notwithstanding the foregoing, the inheritance enterprise constitutes the subject on the basis of the tax law. Article 49 a.s.m. gives the inheritance enterprise the status of a taxpayer as a legal entity with limited legal capacity. In the doctrine, if a legal entity with limited legal capacity is to become a taxpayer on the basis of a given tax, it is necessary to connect this subject and a tax subject, taking into account the actual tax status, which creates a tax-legal relationship^[10]. With regard to inheritance enterprise Art. 49 a.s.m. clearly states that it will be a taxpayer on the basis of a specific act because it is a continuation of the business of a deceased entrepreneur (there is a connection between a subject and an object). Assigning the legal subjectivity of the tax to the inherited enterprise ensures the continuity of the tax payment related to the activity of the inherited enterprise during the period of its management. Income tax, VAT and excise tax should be specified here. Inheritance companies will not be able to pay real estate tax or motor vehicle tax, since they don't have to pay taxes or local fees, except for stamp fees^[11]. Consequently, if the inheritance process is not completed and the successors are not known, there is no basis for taxing the company. The solution of adopting a uniform interpretation in all taxes related to an economic activity, assuming that this enterprise is a taxpayer, is very coherent. In spite of the academic disputes, it allows us to consider the inherited enterprise as the legal successor of the previous economic activity of the entrepreneur^[12]. This interpretation of the inherited business is controversial because of the question whether the party to the legal relationship can be a property (in the sense of Art. 2 a.s.m.), not a natural person, a legal person or an imperfect legal person (Art. 33 c.c.) or, finally, the manager of the inheritance who is a natural person. This construction chosen by the legislator can be explained by the fact that, after the death of the entrepreneur,

⁹ Masternak, „Pozycja prawna zarządcy sukcesyjnego w postępowaniu podatkowym”, 302.

¹⁰ See: Kosowska, „Status prawny”, 47; Marek Kalinowski, *Podmiotowość prawna podatnika* (Toruń: Dom Organizatora, 1999), 236.

¹¹ Kosowska, „Status prawny”, 47.

¹² In the literature, there are voices both in favor and in criticism of this solution. There are voices that call it absurd, especially in relation to the inheritance business as a personal income tax payer. See: Kosowska, „Status prawny”, 47; Paweł Bajer, *Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Pytania i odpowiedzi. Wzory pism. Przepisy* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019), 132.

the property that constitutes the business at the time of his death continues to exist, even though the heirs haven't entered into their rights. As a result of the inherited enterprise becoming a tax subject, the entrepreneur's TIN is transferred to the inherited enterprise. It expires at the end of the administration of the estate and, if no new administration is appointed two months after the entrepreneur's death, at the end of the period for appointing the inheritance manager^[13]. The TIN of a deceased entrepreneur may be used both in the case of the actual continuation of the deceased's business activity and in the case of its termination and liquidation.

3 | Legal status of the inheritance manager in the inheritance enterprise

Due to its structure, the legal institution of inheritance management has no equivalent in the legal institutions. Therefore, it is not easy to define the position of the inheritance manager.

According to article 21 of a.s.m., the inheritance manager acts in his own name, but on behalf of the owner of the inheritance enterprise. Therefore, his duty is to manage the company. This provision establishes the new private law institution. Consequently, the executor cannot be recognized as the representative of the owner because he acts on his behalf. In external relations, the inheritance manager acts as a legal party, but his actions have legal effects directly on the owner of the inheritance enterprise.

The institution of the administrator of the estate is most similar to the institution of the bankruptcy trustee, which is established by Art. 160 of the Act of February 28, 2003 – Bankruptcy Act (hereinafter B.L.)^[14] performs acts on behalf of the bankrupt. It is the so-called institution of the indirect representative^[15].

¹³ Krzysztof Wiśniewski in: *Planowanie sukcesyjne. Prawne i podatkowe aspekty zarządu sukcesyjnego przedsiębiorstwem osoby fizycznej*, red. Adam Mariański (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019), 199.

¹⁴ Law of February 28, 2003 – Bankruptcy Law (Journal of Laws of 2020, item 2320).

¹⁵ All acts, rights and obligations resulting from a legal act performed by an indirect representative are transferred to a third party, e.g. in the case of acts performed by a bankruptcy trustee. However, there are differences between

A person who takes the necessary actions to preserve the property and the ordinary management in accordance with Art. 15 a.s.m., acts similarly. As a result, despite the fact that they perform their duties, they do not carry out their economic activity, neither according to Art. 3 of the Commercial Code and Art. 43¹ of the Civil Code. However, it's interesting to note that in the case of the scope not regulated by the law on inheritance, the regulations on the entrepreneur's economic activity are applied to the inheritance business managed by the entrepreneur (in terms of control, administrative fine and other sanctions). Therefore, the Commercial Code and separate legal acts regulating the conduct of economic activity are applied if the subject of the activity or activities carried out within the framework of inheritance management should be applied^[16]. M. Masternak expressed the same opinion, because the law regulates only certain issues related to the management of an inherited business by an heir, and in the area not regulated therein, the relevant regulations on the management of a business by an entrepreneur apply^[17].

The inheritance manager may independently carry out ordinary management related to the management of the inheritance enterprise that exceeds the scope of ordinary management, but he should obtain the consent of all the owners of the inheritance enterprise, which may be difficult if all the owners are not disclosed. However, in the absence of such consent, the court's permission will be substituted. It should be noted that if a special form is required for the validity of exceeding the ordinary management, the consent of the co-owners of the inherited enterprise should be expressed in the same form. The inheritance management can't be limited to the effect on the third parties (according to Art. 20 a.s.m.). As stated in the literature, the scope of responsibility of the administrator of the estate towards third parties is determined by the law and is the same for each person performing this function. It relates to the legal relations between the administrator and the third parties and aims to protect the security of transactions^[18]. In the Act on the Succession Management, the legislator has introduced restrictions on the administration of property to a person

a liquidator and an indirect representative on the basis of substantive civil law, and therefore the scope of his powers differs from the typical representation of this institution.

¹⁶ Kosowska, „Status prawny”, 51.

¹⁷ Masternak, „Pozycja prawna zarządcy sukcesyjnego w postępowaniu podatkowym”, 303.

¹⁸ Kopczyńska-Pieczniak, „Status prawny zarządcy sukcesyjnego”, 9.

with limited or no legal capacity. According to Art. 23 a.s.m., a guardianship court shall impose such restrictions if it is necessary for the proper administration of the person's property. The court may determine whether the performance of certain acts is subject to the permission of the court or to the imposition of restrictions on the administrator of the estate to which the guardian is subject.

The institution of an inheritance manager is a new solution of legal representation that has no equivalent in the Polish legal system and doesn't fully correspond to any form of representation or classical indirect representation. Some remarks should be made about the form of legal representation. Direct representation, i.e. representation, was regulated as a performance on behalf of another person on the basis of a power of attorney with direct effects on the represented person. Legal acts performed by the representative within the scope of the power of attorney have legal consequences for the represented person. The subsequent appointment of the representative is not mandatory^[19]. What is important is the existence of a power of attorney to indicate the account on which the representative is acting. Representation may result from an act or a declaration of will by the represented person (power of attorney). Indirect representation is characterized by the performance of legal acts in one's own name but for the account of a represented person. In relation to third parties, an indirect representative acts on behalf of another person. The legal effects of the activities concern the representative himself (who acquires rights and incurs obligations), while the essence is their transfer to the represented person.

Art. 18 a.s.m., which regulates the basic powers of the representative, uses the term „to empower”, as in the case of representation, but it does not designate the subject on whose behalf he is to act.

According to Art. 21 of the a.s.m., the inheritance manager acts on behalf of the owner of the inheritance business. The rights acquired by him do not have to be transferred to the owner of the inheritance object. He benefits from both direct and indirect forms of representation. The construction of indirect representation is used in external relations, where actions are performed in the name of the manager.

In internal relations, i.e. between the manager and the owner of the inheritance enterprise, direct representation will be used. The form of representation adopted by the law and performed by the manager

¹⁹ Stanisław Dmowski, Seweryn Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna* (Warszawa: Lexis Nexis, 2002), 300-301.

of the inheritance is most similar to the performance of the receiver in bankruptcy.^[20]

In view of the above, both the performance of the inheritance manager and the performance of the bankruptcy trustee are a kind of indirect representation. The difference between the actions of an inheritance manager and an indirect representative is manifested in the lack of obligation to transfer the acquired rights to the owner of the inherited property. He or she does not incur any obligations to the property. His or her actions have legal consequences for the owner of the inheritance company, *ex lege*^[21].

The unique feature of inheritance management is that it is carried out in the name of the owner. The owners of the company are not revealed to third parties in the course of business. They are revealed only when the decision on the acquisition of the inheritance becomes valid or the European Certificate of Succession is issued. Since that moment, according to art. 21 a.s.m., the administrator of the estate is obliged, upon the request of the other party, to provide information about the persons on whose behalf he is acting^[22].

4 | Establishing the inheritance management

As already mentioned, the inheritance company is connected with the institution of the inheritance administration, since it is the latter that, as a rule, carries out actions related to the management of the company during the transitional period. However, according to chapter 3 a.s.m., the entitled person may take preventive measures necessary to preserve the right to property or to manage the enterprise from the death of the entrepreneur until the day of the appointment of the administrator or until the expiration of the powers of appointment. Except for preventive measures, he may, until the appointment of the administrator, carry out ordinary management activities within the framework of the economic activity, if this is necessary to maintain the continuity of the business or to prevent

²⁰ Kosowska, „Status prawny”, 52.

²¹ Masternak, „Pozycja prawna zarządcy sukcesyjnego w postępowaniu podatkowym”, 304.

²² Ibidem.

serious damage to property. The person referred to in Art. 14 a.s.m. acts in his name, but for the account of the owner of the inheritance enterprise, and performs activities under Art. 13 a.s.m. If the person does not act in bad faith and there is no doubt about his rights, any person referred to in Art. 14 a.s.m. may carry them out independently, regardless of acting in agreement with other entitled persons^[23].

Management activities are excluded from these activities. A different situation arises in the case of actions exceeding ordinary management, in which case the manager must obtain the consent of all owners of the enterprise, and in case there is no such consent – permission of the court (Art. 22 part 2 a.s.m.)^[24]. This is regulated according to Art. 98 and 199 c.c. This is regulated by Art. 98 and 199 of the c.c. The current jurisprudence and the view of legal scholars will refer to the acts of ordinary management and those that go beyond ordinary management^[25].

In Art. 13 a.s.m., the legislator has included an open catalogue of preventive measures, which may be taken by the entrepreneur's spouse, who is entitled to a share in the business, by the heir by will or by testament, or by the debtor, who is entitled to a share in the business, in accordance with Art. 14 a.s.m. Among the preventive measures to which they are entitled, the legislator has included the satisfaction of enforceable claims or the acceptance of claims arising from the obligation of the entrepreneur in connection with an economic activity carried out prior to his death; the sale of current assets, within the meaning of the Accounting Act of September 29, 1994^[26]; as well as the elimination of imminent danger or the collection of rent^[27].

In order to establish an estate administration, it is necessary to fulfill three conditions specified in the Law, i.e. to appoint a specific person, to obtain his/her consent to perform the function of an inheritance manager, and to make an entry in the Central Register and Information on Economic Activity. The bankruptcy of an entrepreneur does not preclude the establishment of an estate administration, but the suspension of economic activity does. The right to establish inheritance management, to act mortis

²³ The Supreme Court resolution of 30 October 2013, II CSK 673/12 „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2014/7-8, item 72.

²⁴ Kosowska, „Status prawny”, 49.

²⁵ Dariusz Celiński, „Stosowanie w praktyce notarialnej przepisów ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej – zagadnienia wybrane” *Rejent*, nr 5 (2019): 22-42.

²⁶ *Journal of Laws* 2019, item 351 with amendments.

²⁷ Kosowska, „Status prawny”, 49.

causa, is given first to the manager registered in the CRIEA^[28]. Within the meaning of Art. 9 part 1 a.s.m., he may appoint an administrator of the estate by appointing a specific person or on the condition that, at the time of his death, the commercial representative indicated becomes the inheritance manager. The appointment of an manager and the consent of the person appointed should be made in writing, on pain of nullity. The necessary condition is that the entrepreneur submits a request for the registration of the administrator in the CRIEA; otherwise, the appointment of the manager can only be made by the persons designated by law, pursuant to art. 10 and 12^[29].

In Art. 12 a.s.m. specifies the persons who are entitled to appoint an inheritance manager if the entrepreneur did not do so during his or her lifetime. This group includes the entrepreneur's spouse, who is entitled to a share in the inherited business; the intermarried or testamentary heir, who has accepted the inheritance; or the testamentary legatee of the entrepreneur, who has accepted the specific legacy. However, these powers expire two months after the death of the entrepreneur. The form of a notarial deed and the consent of the persons who together hold more than 85% of the inherited business are essential. Pursuant to Art. 12 a.s.m., in the absence of a valid intestacy decision, a registered inheritance contract or a European certificate of inheritance, the number of shares in the inheritance company is determined taking into account all persons known to the person appointing the executor and who are entitled to a share in the inheritance company at the time of the appointment of the executor. Pursuant to Art. 12 part 6 a.s.m., such a declaration is made before a notary under penalty of criminal liability for false testimony, which is subject to the conclusion of a protocol on the appointment of an inheritance manager. According to Art. 11 part 1 a.s.m., only one person at a time, as stated in the CRIEA, can be an inheritance manager. It is important to note that if the initially appointed manager resigns or is unable to perform his functions due to death, restriction or loss of legal capacity, is dismissed by the entrepreneur or the court decision on the scope of economic activity becomes effective, the legislator provides for the possibility of appointing

²⁸ Entrepreneurs who are not required to register with the CRIEA, as well as those who have not been registered despite submitting an appropriate application, will be deprived of this option under the Act of March 6, 2018 Entrepreneurs Law (Journal of Laws of 2019, item 1292 with amendments).

²⁹ Kosowska, „Status prawny”, 49.

a substitute manager (more)^[30]. Within the meaning of Art. 8 part 1 a.s.m., only a natural person with active legal capacity has the passive right to perform the function of an administrator of an estate. A person who has been disqualified from economic activity pursuant to Art. 373 of the Bankruptcy Act, a punitive or protective measure in the form of a ban on certain economic activity related to entrepreneurial activity or economic activity within the scope of property management, cannot become an inheritance manager. It is irrelevant whether the person who assumes the duties of an inheritance manager is related to the entrepreneur or carries out the entrepreneur's economic activity, as he/she may be, for example, an employee, a commercial agent, one of the heirs or legatees of the deceased entrepreneur, as well as a third party who is not related to the entrepreneur^[31].

The most advantageous solution seems to be the choice of a commercial representative within the meaning of Art. 109 c.c. is a natural person with full legal capacity to perform the functions of an inheritance manager. A commercial proxy participates in the management of the company, knows its character and assets, and doesn't need a license to take on the duties of an inheritance manager, unlike a bankruptcy trustee. The power of attorney of an inheritance manager results from the will of the owner of the inherited business, certified by a notarial deed.

The manager of the inheritance can be dismissed at any time, but a written form and a request to the CRIEA are required. Then, after the death of the entrepreneur, the manager can be dismissed by persons with the right to appoint him or her, but a form of notarial deed is also required. (Art. 55 a.s.m.). The court may also dismiss the manager in case of serious breach of duty (art. 56 part 1 a.s.m.). Articles 52 and 57 a.s.m. provide for the possibility of resigning from the function of an estate manager appointed during the lifetime of the entrepreneur and after his death^[32].

In accordance with Art. 59 part 1 a.s.m, inheritance management expires, *ex lege*:

- two months after the entrepreneur's death, if none of the heirs has accepted the inheritance, or a debt collector has not accepted

³⁰ It is essential to fully ensure the company's ability to continue its economic activity.

³¹ Kopaczyńska-Pieczniak, „Status prawny zarządcy sukcesyjnego”, 5.

³² Kosowska, „Status prawny”, 50.

the specific inheritance, the subject of which is an enterprise or a share in an enterprise, unless the administrator of the inheritance is acting on behalf of the entrepreneur's spouse, who is entitled to a share in the enterprise;

- on the day of the decision of the ascertaining court on the acquisition of the inheritance, the registration of the certificate of inheritance or the issuance of the European certificate of inheritance, if the heir or a debtor has acquired the inherited business as a whole;
- on the day of acquisition of the inherited business by a person through legal actions;
- at the end of the month, from the day when the administrator's registration in CREIA is cancelled, unless another manager has been appointed at that time;
- on the day of the declaration of bankruptcy;
- on the day of the division of the estate, including the enterprise;
- two years after the death of the entrepreneur.

In exceptional cases, the court may extend the period of inheritance management to five years after the entrepreneur's death^[33].

Since the establishment of the inheritance management, the administration of the estate managed by an administrator or an executor doesn't include the inheritance business, because their powers can't overlap. Consequently, after the appointment of a manager, the executor, even if appointed by the heir, cannot manage the company (art. 24 a.s.m.). The legislator has not explicitly regulated the mutual relations between the executor and the persons who perform the actions necessary to preserve the property (actions of ordinary management). It seems that they should be regulated in the will, and in the absence of regulations, Art. 988 c.c. is applied. However, these persons can have an inheritance or a share in it. On the other hand, ordinary administrative acts are carried out by an estate curator or an executor. It is important to note that the persons mentioned in Art. 14 a.s.m. can appoint a manager of the inheritance immediately after the death of the entrepreneur. The curator of the estate and the executor of the will are excluded from performing these activities (Art. 24 a.s.m.)^[34].

³³ Art. 60 a.s.m.

³⁴ Kosowska, „Status prawny”, 51.

5 | Inheritance manager in tax proceedings. Manager of the tax decision subject

Article 21, part 2 a.s.m., defines the legal status of an inheritance manager, i.e. the legal consequences of the given status. He has the right to sue and be sued in cases arising from the economic activity of the entrepreneur or from the management of the estate. He also has the right to participate in administrative, tax and administrative court proceedings. In the above-mentioned proceedings, the inheritance manager acts in his or her own name, but on behalf of the owner of the inheritance enterprise^[35]. The manager represents the inheritance company only to the extent that he can conduct the case of the inheritance company. We should assume that the legislator has given the manager the status of a party to a lawsuit; however, he is neither a party in the financial sense nor an independent subject of rights and obligations – similar to the aforementioned bankruptcy trustee^[36]. Paragraph 3 of the aforementioned law, i.e., the requirement to make all statements and serve documents arising from the conduct of business by the entrepreneur or manager of the enterprise in the estate to the administrator of the estate, correlates with Article 21(2) of the a.s.m.^[37].

Due to the lack of procedures and legitimacy of the inheritance enterprise, it is necessary to determine whether a subject fulfills the rights and obligations of the inheritance enterprise, whether it is subject to tax laws, whether it is subject to tax obligations and whether it acts as a taxpayer.

In view of the above, according to Marian Masternak^[38], the inheritance manager may appear in the tax proceedings as a subject who is jointly and severally liable for the tax obligations of the inheritance enterprise. He can also appear as a person who carries out the administration of the estate.

³⁵ The financial legal effects of the proceedings will always apply to the owners of the estate, regardless of the status of the inheritance manager.

³⁶ Masternak, „Pozycja prawna zarządcy sukcesyjnego w postępowaniu podatkowym”, 305.

³⁷ It should be noted that the manager of an inheritance is entitled to the aforementioned procedural rights only in cases resulting from the entrepreneur's economic activity prior to his death or from the management of the enterprise. However, the manager is not entitled to these rights in other cases, which are sometimes connected with the enterprise, e.g. concerning the owners of an inherited enterprise.

³⁸ See: Masternak, „Pozycja prawna zarządcy sukcesyjnego w postępowaniu podatkowym”, 306.

The question of the legal status of an inheritance manager as a subject responsible for the tax obligations of the inheritance enterprise doesn't raise any major legal doubts and is regulated by the provisions of the Tax Ordinance Act^[39] (t.o.a) of August 29, 1997, i.e. Art. 97a, 117d, 133 and others^[40]. However, this issue is of secondary importance in relation to the subject of this article, which is civil law issues and, consequently, the question of who should be listed as an entity in the tax decision. An analysis of the second situation is important.

For the determination of the status of an inheritance manager acting as a person carrying out the inheritance management of an inheritance enterprise, Art. 49 a.s.m., by which the legislator has given tax subjectivity to the managed inheritance company^[41]. It is a taxpayer, a legal entity with limited legal capacity, referred to in Art. 49 a.s.m. As a result of this solution, legal subjectivity is given to the inherited company instead of an administrator or the owners of the inherited enterprise.

In view of the above, in tax proceedings in which an enterprise is subject to a tax obligation under tax legislation, the enterprise is a party in the financial sense. Since the enterprise is a taxpayer, it should be granted a legal interest within the meaning of Art. 133 par. 1 t.o.a., there is a prerequisite for recognizing it as a party to the proceedings. However, an inheritance company cannot act independently in tax proceedings due

³⁹ Tax Ordinance Act of 29 August 1997 (Journal of Laws of 2021, item 1005 with amendments).

⁴⁰ See more: Masternak, „Pozycja prawna zarządcy sukcesyjnego w postępowaniu podatkowym”, 308; Kosowska, „Status prawny”, 53-54; Rafał Dowgier, „Komentarz do Art. 97 Ordynacji podatkowej”, [in:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, red. Leonard Etel, LEX/el. 2021.

⁴¹ According to the tax law, the only unchangeable normative characteristic of a taxpayer is the obligation to pay taxes, i.e. the legal norm determines the legal and tax subjectivity. Theoretically, the law has unlimited possibilities to create its subjects on the basis of tax acts. This issue is regulated differently in civil law, where the possession of legal personality creates a presumption of the possibility to have all rights and obligations. In order to determine that a person has the capacity to acquire a certain right, it is not necessary to determine beforehand that the person possesses special characteristics or personal qualities. The mere fact of a person's existence determines his entry into certain legal relations, under which he will have certain rights or obligations. Only an express provision of the law can limit this capacity. Thus, in the absence of statutory regulation, legal subjectivity in a civil law system is understood to be *de natura*. More on legal subjectivity in civil law. See more: Alfred Klein, „Zdolność prawna, zdolność do czynności prawnych i inne zdolności a klasyfikacja zdarzeń prawnych” *Studia Cywilistyczne*, Vol. XIII-XIV (1969): 175.

to the lack of (formal) procedural legitimacy. It doesn't have a legal entity that can perform legal actions^[42]. Therefore, it is a financial but not a procedural party. The need to define the subject's behavior within the scope of tax obligations led to granting the status of a taxpayer to an inheritance company, which is a legal entity with limited legal capacity. The legislator has regulated this issue in Art. 7a t.o.a., according to which the rights and duties of a taxpayer and a payer who is an inheritance enterprise, in the case of being subject to tax obligation, under the tax law, from the establishment to the expiration of inheritance management, are performed by an inheritance manager. From the date of the entrepreneur's death until the date of the establishment of the estate administration or until the expiration of the right to establish the estate administration, as well as from the date when the estate administrator ceases to perform this function until the date of the appointment of another estate administrator or until the expiration of the inheritance management, the rights and obligations (including court proceedings) of an enterprise as a taxpayer and payer within the scope of preventive measures are performed by entitled persons, pursuant to Art. 14 a.s.m. This means that from the day of the establishment of the estate administration until the termination of the inheritance management, the inheritance manager is entitled to act as a party in tax proceedings concerning the rights and obligations of an entrepreneur as a taxpayer. This does not mean that he becomes a party to the proceedings *ex lege*. Since he has no legal interest in the proceedings, he must exercise the rights and obligations of an inheritance company (a party in the financial-legal sense). The manager acts in his own name, but the subject of rights and obligations in the proceedings is the inheritance company. The manager is a party only in the formal-legal sense.

Since the manager of the inheritance is a party in the formal sense, he or she can submit new requests and motions to the administrative bodies, and all the formal acts performed by the tax authorities in a given case will be issued to the manager of the inheritance. Similarly, with regard to a bankruptcy trustee, we can assume that all court decisions, including tax decisions, should be delivered to the inheritance manager^[43]. However, it should be emphasized that as much as a tax decision is to be delivered to an inheritance manager as a subject in the formal sense, its decisions will

⁴² The entrepreneur is dead and his heirs have not yet entered into his rights and obligations.

⁴³ See the SAC resolution of 24 February 2015, ref. II FSK 1910/14, LEX no. 1772074.

relate to the inheritance enterprise, which is a taxpayer (a subject in the financial sense), because as a participant in the proceedings acts a subject that is actually not financially eligible, but has the opportunity to act in the proceedings on its behalf, but on the account of a right holder^[44]. Consequently, the answer to the question posed is that, despite the delivery of a tax decision to an inheritance manager, the addressee of the rights and obligations must be a particular inheritance enterprise, as a party in the financial sense. Therefore, it is pointless to address judicial decisions to an inheritance manager and what the tax authorities do, because according to the substantive law, their addressee is the company.

6 | Conclusion

The institution of an inheritance manager is a specific legal structure which, in private law, resembles the position of the receiver in bankruptcy proceedings. However, the manager acts in his own name on behalf of the owners of the estate, which is a modified form of indirect representation. Despite the fact that the manager is acting in a *de facto* manner, the legal consequences relate to the owners of the inherited enterprise or the enterprise itself. In administrative, tax and administrative court proceedings, the inheritance manager has the status of a party to the proceedings in the procedural sense, but not in the substantive sense. However, the inheritance company, as a legal entity with limited legal capacity, is not a subject of civil law (as a rule, it is an object). However, from a tax point of view, it is a subject (as a result of the link between the company and the object of taxation). A broader understanding of the concept of an inheritance company than that based on Article 55 of the Civil Code leads to its non-recognition as an imperfect legal person under civil law. Therefore, all the above-mentioned doubts of the tax authorities and the attempt to characterize the legal position of an inheritance manager by analogy with

⁴⁴ See: Jerzy Jodłowski, Zbigniew Resich, Jerzy Lapierre, Teresa Misiuk-Jodłowska, Karol Weitz, *Postępowanie cywilne* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 236; Jacek Trzewik, „Status procesowy wojewódzkiego konserwatora zabytków w postępowaniu cywilnym na tle zmian legislacyjnych” *Roczniki Nauk Pranych KUL*, No. 3 (2017): 94.

the position of a bankrupt trustee. This problem may also arise with respect to legal subjectivity under the Civil Code, where the subject may be a natural person, a legal entity or an organizational unit within the meaning of Article 33 of the Civil Code. However, the solution adopted by the legislator deserves approval, since the property is always guaranteed (inheritance company). If the heirs have not yet acquired the rights of the deceased entrepreneur, the tax due is guaranteed.

Bibliography

- Bajer Paweł, *Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Pytania i odpowiedzi. Wzory pism. Przepisy*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Celiński Dariusz, „Stosowanie w praktyce notarialnej przepisów ustawy o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej – zagadnienia wybrane” *Rejent*, nr 5 (2019): 22-42.
- Dmowski Stanisław, Seweryn Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*. Warszawa: Lexis Nexis, 2002.
- Dowgier Rafał, „Komentarz do Art. 97 Ordynacji podatkowej”, [in:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, red. Leonard Etel, LEX/el. 2021.
- Jodłowski Jerzy, Zbigniew Resich, Jerzy Lapiere, Teresa Misiuk-Jodłowska, Karol Weitz, *Postępowanie cywilne*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Kalinowski Marek, *Podmiotowość prawna podatnika*, Toruń: Dom Organizatora, 1999.
- Klein Alfred, „Zdolność prawna, zdolność do czynności prawnych i inne zdolności a klasyfikacja zdarzeń prawnych” *Studia Cywilistyczne*, t. XIII-XIV (1969): 163-178.
- Kopaczyńska-Pieczniak Katarzyna, „Status prawny zarządcy sukcesyjnego” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 12 (2018): 4-11.
- Kosowska Kinga, „Status prawny, w tym podatkowy, przedsiębiorstwa w spadku oraz zarządcy sukcesyjnego. Wybrane problemy” *Przegląd Podatkowy*, nr 8 (2020): 46-55.
- Mariański Adam, *Planowanie sukcesyjne. Prawne i podatkowe aspekty zarządu sukcesyjnego przedsiębiorstwem osoby fizycznej*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Masternak Marian, „Pozycja prawna zarządcy sukcesyjnego w postępowaniu podatkowym”, [w:] *Współczesne problemy prawa podatkowego. Teoria i praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Bogumiłowi Brzezińskiemu*, t. I, red. Jan Głuchowski. 301-311. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.

Trzewik Jacek, „Status procesowy wojewódzkiego konserwatora zabytków w postępowaniu cywilnym na tle zmian legislacyjnych” *Roczniki Nauk Pranych KUL*, No. 3 (2017): 91-107.



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>

Doręczenie decyzji administracyjnej a jej moc prawna

Delivery of an Administrative Decision and its Legal Validity

The service of the decision is generally considered in literature and jurisprudence as a condition for the decision to acquire legal existence, to „enter into legal circulation”. A decision that has not been served is treated as an apparent act („non-act”), that remains outside the realm of law and has no legal effects. It cannot be the subject of an appeal or a request for rectification (addition or correction). However, notification of the decision is not always a condition for its validity. The Code of Administrative Procedure provides, in certain situations, for the possibility of public notification of decisions and for special provisions, such as the notification of the addressees of certain decisions by means of a notice. In a situation where there are many parties to the proceedings, the question arises whether it is necessary to serve the decision on all parties for it to become valid, or whether it is sufficient to serve it on at least one of them. Separate problems are the need to serve the attachments to the decision on the parties and the legal assessment of the situation in which even the original decision is not provided with the required attachment.

KEYWORDS: administrative decision, attachments to the decision, service, public announcement, notice, multiple parties to the proceedings

SŁOWA KLUCZOWE: decyzja administracyjna, załączniki do decyzji, doręczenie, publiczne ogłoszenie, zawiadomienie wielość stron

ZBIGNIEW R. KMIECIK, profesor nauk prawnych, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, ORCID – 0000-0002-1066-0075, e-mail: zrkmicik@vp.pl

MAGDALENA KOTULSKA-KMIECIK, doktor nauk prawnych, Politechnika Świętokrzyska, ORCID – 0000-0001-6615-6778, e-mail: magdalenakotulska@vp.pl

1 | Zawiadamy stron o decyzjach w postępowaniu administracyjnym

1.1. Doręczenie decyzji

Kodeks postępowania administracyjnego dopuszcza różne środki doręczenia dokumentów (w tym decyzji), ale ich ranga nie jest jednakowa, co oznacza, że organ administracji publicznej nie ma swobody wyboru środka doręczenia dokumentu.

Preferowanym środkiem doręczenia dokumentów jest obecnie w postępowaniu administracyjnym droga elektroniczna (usługa tzw. rejestrowanego doręczenia elektronicznego), chyba że doręczenie następuje w siedzibie organu. W przypadku braku możliwości doręczenia dokumentu drogą elektroniczną organ administracji publicznej doręcza dokumenty za pokwitowaniem, przez tzw. operatora wyznaczonego (tj. operatora pocztowego obowiązującego do świadczenia usług powszechnych) z wykorzystaniem tzw. publicznej usługi hybrydowej, o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy z 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe^[1] (art. 39 k.p.a.).

Publiczna usługa hybrydowa to usługa polegająca na przesyłaniu przesyłek pocztowych przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, jeżeli na etapie przyjmowania, przemieszczania lub doręczenia przekazu informacyjnego przyjmują one fizyczną formę przesyłki listowej. Operator wyznaczony, świadcząc publiczną usługę hybrydową, przekształca dokument elektroniczny nadany przez podmiot publiczny z adresu do doręczeń elektronicznych w przesyłkę listową w celu doręczenia korespondencji do adresata. Przekształcenie odbywa się w sposób zautomatyzowany, zapewniający ochronę tajemnicy pocztowej na każdym etapie realizacji usługi (art. 46 ust. 1 ustawy z 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych^[2]). Publiczna usługa hybrydowa świadczona jest przez operatora wyznaczonego, jeżeli nadawcą przesyłki listowej jest podmiot publiczny.

Dopiero jeżeli nie jest możliwe dokonanie doręczenia ani drogą elektroniczną, ani usługą hybrydową, organ administracji publicznej doręcza decyzje przesyłką rejestrowaną, czyli przesyłką pocztową przyjmowaną za pokwitowaniem przyjęcia i doręczaną za pokwitowaniem odbioru,

¹ Dz. U. z 2022 r. poz. 896.

² Dz. U. z 2022 r., poz. 569 ze zm.; dalej: u.d.e.

ewentualnie czyni to przez swoich pracowników albo przez inne upoważnione osoby lub organy.

Podmiot będący adresatem decyzji nie zawsze jest tym, komu się ją doręcza. W sprawie wszczętej na skutek podania złożonego przez kilka stron strony mogą upoważnić jedną z nich do odbioru dokumentów, w tym decyzji. Gdy strona działa przez przedstawiciela, dokumenty doręcza się przedstawicielowi; gdy ustanowiła pełnomocnika – pełnomocnikowi^[3] (art. 40 k.p.a.). Dokumenty skierowane do osób nieznanymi z miejsca pobytu, dla których sąd nie wyznaczył przedstawiciela, doręcza się – w przypadkach niecierpiących zwłoki – przedstawicielowi ustanowionemu przez organ administracji publicznej do czasu wyznaczenia przedstawiciela przez sąd.

Miejsce doręczenia decyzji doręczanej w formie papierowej zależy od rodzaju podmiotu będącego adresatem decyzji. Osobom fizycznym pisma doręcza się zasadniczo w ich mieszkaniu, w ich miejscu pracy albo w lokalu organu administracji publicznej (w zależności od okoliczności), a w razie niemożności doręczenia pisma w powyższy sposób oraz w razie koniecznej potrzeby – w każdym miejscu, gdzie adresata się zastanie (art. 42 k.p.a.). Podmiotom zbiorowym pisma doręcza się w lokalu ich siedziby do rąk osób uprawnionych do odbioru pism (art. 45 k.p.a.).

Odbierający pismo powinien potwierdzić doręczenie mu pisma swym podpisem wraz ze wskazaniem daty doręczenia. Jeżeli odbierający pismo uchyla się od potwierdzenia doręczenia lub nie może tego uczynić, doręczający sam stwierdza datę doręczenia oraz wskazuje osobę, która odebrała pismo, i przyczynę braku jej podpisu (art. 46 k.p.a.).

Stosuje się dwa sposoby doręczania pism za pomocą tradycyjnych środków – doręczenie właściwe albo doręczenie zastępcze. Zasadniczym sposobem, który powinien być wybrany w pierwszej kolejności, jest doręczenie właściwe. Doręczenie właściwe to doręczenie do rąk własnych adresata będącego osobą fizyczną. W razie niemożności dokonania doręczenia właściwego (tj. do rąk własnych adresata będącego osobą fizyczną) stosuje się jedną z form tzw. doręczenia zastępczego (art. 43, art. 44 k.p.a.). Forma priorytetowa, której próbę zastosowania podmiot doręczający powinien podjąć w pierwszej kolejności w przypadku nieobecności adresata w mieszkaniu, to doręczenie pisma za pokwitowaniem dorosłemu domownikowi lub sąsiadowi adresata pisma, ewentualnie dozorczy domu, jeżeli osoby te podjęły się oddania pisma adresatowi. Jeżeli nie można doręczyć pisma w powyższy

³ Jeżeli ustanowiono kilku pełnomocników, pisma doręcza się tylko jednemu pełnomocnikowi. Strona może wskazać takiego pełnomocnika.

sposób, składa się je na okres 14 dni w placówce pocztowej lub w urzędzie gminy. O doręczeniu pisma sąsiadowi lub dozorczy albo o złożeniu pisma na poczcie lub w urzędzie gminy zawiadamia się adresata, umieszczając zawiadomienie w skrzynce na korespondencję lub w drzwiach mieszkania adresata (ewentualnie biura lub innego pomieszczenia, w którym pracuje adresat) albo przy wejściu na jego posesję.

Powyższe, zastępcze formy doręczenia pism rodzą domniemanie prawne, że pismo zostało doręczone adresatowi. Jednak w przypadku pozostawienia pisma na poczcie lub w urzędzie gminy domniemanie doręczenia powstaje tylko o tyle, o ile pismo nie zostanie zwrócone nadawcy. Zwrot pisma nadawcy powoduje bowiem fikcję prawną doręczenia. Jeśli natomiast podmiot doręczający naruszył reguły doręczania pism (np. nie pozostawił awiza), to nie zachodzi także fikcja prawna doręczenia. Domniemanie doręczenia pisma może zostać obalone, gdy adresat udowodni, że nie otrzymał pisma z przyczyn od niego niezależnych (jak np. zaginięcie pisma pozostawionego na poczcie albo nierzetelność osoby, która zobowiązała się przekazać mu pismo). Obalenie domniemania doręczenia pisma stanowi podstawę do usunięcia niekorzystnych dla adresata pisma konsekwencji przyjęcia takiego domniemania, np. przez uznanie prawa do dokonania określonej czynności procesowej, której termin dokonania liczy się od dnia doręczenia pisma (skoro bowiem domniemanie doręczenia zostało obalone, to znaczy, że termin nie zaczął biec), zwolnienie od kary grzywny nałożonej za niestawienie się na wezwanie, czy też wznowienie postępowania, w którym strona nie brała udziału, nie wiedząc o tym, że się toczy.

W pewnych przypadkach przyjmuje się fakt doręczenia za dokonany wraz ze wszystkimi jego skutkami prawnymi, mimo że w rzeczywistości doręczenie pisma adresatowi nie nastąpiło. Taka konstrukcja nosi nazwę fikcji prawnej. Fikcja prawna różni się od domniemania tym, że o ile w przypadku domniemania nie ma pewności co do tego, że przyjmowany za istniejący fakt nastąpił, ale istnieje prawdopodobieństwo jego nastąpienia, o tyle w sytuacji, gdy mamy do czynienia z fikcją prawną, jest oczywiste to, że przyjmowany fakt w rzeczywistości nie nastąpił. Fikcję prawną doręczenia pisma ustawodawca wiąże z następującymi zdarzeniami:

- a. próbą doręczenia pisma pod nieaktualnym adresem – jeżeli osoba upoważniona do odbioru pism (tj. strona, jej przedstawiciel lub pełnomocnik) nie zawiadomiła organu administracji publicznej o zmianie adresu (w tym adresu elektronicznego) w toku postępowania (art. 41 § 2 k.p.a.);

- b. odmową przyjęcia pisma przez adresata (art. 47 § 2 k.p.a.).
- c. włączeniem do akt sprawy pisma przeznaczonego dla do strony zamieszkałej lub mającej siedzibę za granicą, w kraju niebędącym członkiem Unii Europejskiej ani EFTA – jeżeli nie ustanowiła ona w Polsce pełnomocnika do doręczeń, a nie kontaktuje się z organem za pomocą środków komunikacji elektronicznej (art. 40 § 5 k.p.a.);
- d. niepodjęciem pisma przez adresata doręczenia zastępczego w ciągu 14 dni od dnia złożenia go na poczcie lub w urzędzie gminy (art. 44 § 4 k.p.a.).

Od niekorzystnych skutków prawnych fikcji prawnej można się uchylić, wnosząc o przywrócenie terminu do dokonania czynności związanej z doręczanym dokumentem (np. gdy adresat pisma przebywał w szpitalu i nie mógł odebrać pisma z poczty). Jeśli natomiast przy doręczaniu pisma naruszono przepisy prawa (np. organ administracji nie poinformował strony zamieszkałej za granicą o obowiązku ustanowienia pełnomocnika do doręczeń albo podmiot doręczający, nie zastawszy adresata w domu, nie pozostawił awiza), to fikcja prawna w ogóle nie zachodzi.

Dokumenty elektroniczne doręcza się na adres do doręczeń elektronicznych, o którym mowa w art. 2 pkt 1 u.d.e. Jest to adres elektroniczny podmiotu korzystającego z publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego lub publicznej usługi hybrydowej albo z kwalifikowanej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego, umożliwiający jednoznaczny identyfikację nadawcy lub adresata danych przesyłanych w ramach tych usług.

Utworzenie adresu do doręczeń elektronicznych powiązanego z publiczną usługą rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz przyporządkowanie do niego skrzynki doręczeń następuje: (a) na podstawie wniosku składanego do ministra właściwego do spraw informatyzacji⁴ lub (b) automatycznie po otrzymaniu przez ministra właściwego do spraw informatyzacji, za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, danych przekazanych w związku z wnioskiem o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego albo do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (art. 11 u.d.e.).

⁴ Wymogi formalne i tryb składania takich wniosków przez podmioty publiczne i niepubliczne regulują art. 12–15 u.d.e.

Do świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego jest obowiązany tzw. operator wyznaczony. Operator wyznaczony w ramach świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego wystawia dowody wysłania i dowody otrzymania korespondencji, zgodnie ze standardem, o którym mowa w art. 26a ustawy z 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej^[5] (art. 40 u.d.e.).

Dowód otrzymania jest wystawiany po:

- a. odebraniu korespondencji przekazanej na adres do doręczeń elektronicznych podmiotu niepublicznego;
- b. wpłynięciu korespondencji na adres do doręczeń elektronicznych podmiotu publicznego;
- c. upływie 14 dni od dnia wpłynięcia korespondencji przesłanej przez podmiot publiczny na adres do doręczeń elektronicznych podmiotu niepublicznego, jeżeli adresat nie odebrał go przed upływem tego terminu. (art. 41 ust. 1 u.d.e.).

Przez odebranie dokumentu elektronicznego rozumie się każde działanie adresata posiadającego adres do doręczeń elektronicznych, powodujące, że adresat dysponuje dokumentem, który wpłynął na ten adres, i może zapoznać się z treścią odebranego dokumentu (art. 41 ust. 2 u.d.e.). Przez wpłynięcie dokumentu elektronicznego na adres do doręczeń elektronicznych rozumie się zaistnienie warunków technicznych umożliwiających adresatowi odebranie doręczanego dokumentu (art. 41 ust. 3 u.d.e.).

Korespondencja jest uważana za doręczoną we wskazanej w dowodzie otrzymania chwili jej odebrania lub wpłynięcia. W przypadku gdy adresat niepubliczny nie odebrał korespondencji przed upływem 14 dni od dnia jej wpłynięcia, korespondencję uznaje się za doręczoną w dniu następującym po upływie 14 dni od wskazanego w dowodzie otrzymania dnia wpłynięcia korespondencji na adres do doręczeń elektronicznych podmiotu niepublicznego (art. 42 u.d.e.).

⁵ Dz. U. z 2021 r., poz. 1797.

1.2. Ogłoszenie decyzji

Zgodnie z art. 109 § 2 k.p.a. w przypadkach wymienionych w art. 14 § 2 k.p.a. decyzja może być stronom ogłoszona ustnie. Chodzi o przypadki, gdy za ustnym załatwieniem sprawy przemawia interes strony, a przepis prawny nie stoi temu na przeszkodzie. Zdaniem Waława Dawidowicza „strona jest z reguły zainteresowana tym, aby czynność procesowa znalazła swój wyraz w odpowiednim zapisie, zatem forma ustnego załatwienia może odpowiadać interesom strony tylko w zupełnie wyjątkowych sytuacjach”^[6]. Taką skrajną sytuacją może być, jak się wydaje, niepiśmienność strony. Według Dawidowicza, aby móc przyjąć, że warunek ten jest spełniony, strona musi wyrazić zgodę na ustne ogłoszenie decyzji albo wręcz zażądać tego^[7].

1.3. Zawiadomienie indywidualne

Przepisy szczególne mogą przewidywać dopuszczalność przekazywania stronom podjętych decyzji w każdy możliwy sposób zapewniający dotarcie decyzji do adresata, w tym ustnie, telefonicznie czy za pomocą telefonicznej wiadomości tekstowej (SMS). W takich przypadkach decyzje powinny następnie zostać doręczone w postaci dokumentu papierowego lub elektronicznego po ustaniu przyczyn uniemożliwiających doręczenie w ten sposób. Szczególny charakter takich decyzji polega na tym, że decyzja ma być podana do wiadomości (nie ogłoszona!) przed jej doręczeniem, a nawet przed jej wydaniem, tj. sporządzeniem i podpisaniem^[8], i od chwili powiadomienia o niej ma ona moc wiążącą (odmiennie niż w sytuacjach typowych, gdzie niedoręczenie decyzji jest równoznaczne z jej pozostawieniem poza obrotem prawnym, chyba że dopuszczalne jest poprzestanie na ogłoszeniu decyzji). Natomiast dopiero doręczenie decyzji wywołuje w takich przypadkach skutek prawny w postaci rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia od niej odwołania bądź skargi do sądu (w odniesieniu do podmiotów, których nie obowiązuje warunek wyczerpania środków zaskarżenia). Zawiadomienie o podjęciu decyzji nie jest więc ogłoszeniem

⁶ Waław Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1989), 46.

⁷ Waław Dawidowicz, *Ogólne postępowanie administracyjne* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1962), 120.

⁸ Por. Ewa Frankiewicz, „Wydanie a doręczenie decyzji administracyjnej” *Państwo i Prawo*, nr 2 (2002): 71, 79-80.

decyzji w rozumieniu art. 109 § 2 k.p.a. (ponieważ decyzja nie jest jeszcze wydana) i nie wywołuje skutków analogicznych do doręczenia w ich pełnym zakresie.

Obecnie takie rozwiązanie przewiduje art. 33 ust. 3a pkt 1 i 3 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi^[9] – odnośnie do decyzji państwowego inspektora sanitarnego nakładającej na osobę zakażoną lub chorą na chorobę zakaźną albo podejrzaną o zakażenie lub chorobę zakaźną, lub osobę, która miała styczność z osobą zakażoną albo chorą, obowiązek poddania się określonym w ustawie rygorom (np. szczepieniom ochronnym, kwarantannie, leczeniu, hospitalizacji).

Szczególne rozwiązanie w zakresie obejmowania osób kwarantanną przewidywał § 5 ust. 1 nieobowiązującego już rozporządzenia Rady Ministrów z 6 maja 2021 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii^[10]. W myśl tego przepisu w przypadku objęcia osoby kwarantanną z powodu narażenia na chorobę wywołaną wirusem SARS-CoV-2 organ inspekcji sanitarnej miał nie wydawać decyzji. Objęcie kwarantanną miało więc w takich przypadkach charakter czynności materialno-technicznej. Unormowanie tej kwestii w rozporządzeniu (w dodatku w sposób sprzeczny z postanowieniami ustawy) naruszało jednak art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, który zezwala na ustanawianie ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw wyłącznie w ustawie. Należy przy tym dodać, że wyjątku od obowiązku wydawania i doręczania *ex post* decyzji w wypadkach wymienionych w art. 33 ust. 2 u.z.z.z.ch. nie wprowadza art. 34 ust. 2 tejże ustawy, odnoszący się do nakładania kwarantanny lub nadzoru epidemiologicznego na osoby, które były narażone na chorobę zakaźną lub pozostawały w styczności ze źródłem biologicznego czynnika chorobotwórczego, a nie wykazują objawów chorobowych. Ten ostatni przepis ma rzeczywiście charakter szczególny, ale nie w zakresie formy prawnej nakładania obowiązku poddania się kwarantannie, tylko w zakresie dopuszczalnego czasu trwania takiej kwarantanny. Jest on więc przepisem szczególnym w tym sensie, że wprowadza regulacje doprecyzowujące dla określonych przypadków (stanowiących podzbiór wobec przypadków, do których odnosi się art. 33 u.z.z.z.ch.), a nie w tym sensie, że wprowadza on regulacje odmienne. Nie wyłącza on zatem stosowania art. 34 u.z.z.z.ch., lecz – odwrotnie – może i powinien być stosowany jedynie w powiązaniu

⁹ Dz. U. z 2021 r., poz. 2069 ze zm.; dalej: u.z.z.z.ch.

¹⁰ Dz. U. z 2021 r., poz. 861 ze zm.

z nim. Tak też relacja między obu przepisami jest postrzegana w doktrynie: „Zgodnie z art. 34 ust. 2 ZapobChoróbU, podleganie obowiązkowej kwarantannie lub nadzorowi epidemiologicznemu jest uwarunkowane rozstrzygnięciem organów inspekcji sanitarnej. Omawiany przepis odnosi się do decyzji wydawanej na podstawie art. 33 ust. 1 ZapobChoróbU, której nadawany jest rygor natychmiastowej wykonalności”^[11].

W innych przypadkach praktykowane w urzędach niektórych organów administracji informowanie stron postępowania administracyjnego o załatwieniu sprawy za pomocą SMS^[12] nie wywołuje skutków prawych i tym bardziej może mieć charakter jedynie subsydiarny (oprócz doręczenia decyzji), nigdy zaś substytuujący (zamiast doręczenia decyzji), oczywiście z wyjątkiem przypadków, gdy zachodzą warunki dla ustnego załatwienia sprawy (art. 14 § 2 k.p.a.) albo sprawa zgodnie z prawem załatwiana jest milcząco.

1.4. Zawiadomienie zbiorowe (publiczne)

Przepisy szczególne mogą dopuszczać publiczne zawiadamianie stron o decyzjach i innych czynnościach organów administracji publicznej. Zawiadomienie publiczne może przybierać formę:

- a. obwieszczenia;
- b. innego zwyczajowo przyjętego w danej miejscowości sposobu publicznego ogłaszania;
- c. udostępnienia dokumentu w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej właściwego organu administracji publicznej.

W tych przypadkach zawiadomienie uważa się za dokonane po upływie 14 dni od dnia publicznego ogłoszenia lub udostępnienia dokumentu.

¹¹ Katarzyna Sałbut, „Art. 34”, [w:] *Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz*, red. Leszek Bosek (Warszawa: C.H. Beck, 2021), 551. Odmiennie uzasadnienie wyroku WSA w Lublinie z 5 maja 2022 r., III SAB/Lu 3/22, niepubl.

¹² Zob. Marta Książek, „Obowiązek informowania w ogólnym postępowaniu administracyjnym”, [w:] *Biurokracja. Bureaucracy (III Międzynarodowa Konferencja Naukowa, Krynica Zdrój, 2-4.06.2006)*, red. Jan Łukasiewicz (Rzeszów: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, 2006), 352.

Takie rozwiązanie przewiduje np. art. 28 ust. 1 i 2 ustawy z 26 marca 1982 r. o scalaniu i wymianie gruntów^[13] odnośnie do decyzji wydawanych w postępowaniu scaleniowym. Decyzję o zatwierdzeniu projektu scalenia gruntów, decyzję odmawiającą wszczęcia postępowania scaleniowego, decyzję o umorzeniu postępowania scaleniowego oraz decyzję organu wyższego stopnia w tych sprawach podaje się do publicznej wiadomości przez wywieszenie na okres 14 dni na tablicy ogłoszeń urzędu gminy, na której terenie są położone grunty objęte scaleniem, oraz na tablicy ogłoszeń we wsi, której grunty tworzą obszar scalenia, i zamieszczenie w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej starostwa powiatowego, a w przypadku decyzji organu wyższego stopnia w tych sprawach – także w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej urzędu obsługującego ten organ (art. 28 ust. 1 u.s.w.g.). Z dniem upływu powyższego terminu decyzje wydane w postępowaniu scaleniowym uważa się za doręczone wszystkim uczestnikom scalenia (art. 28 ust. 2 u.s.w.g.). Analogiczne rozwiązanie przewidziane jest w odniesieniu do postanowienia o wszczęciu postępowania scaleniowego (art. 7 ust. 3 u.s.w.g.). W świetle powyższych przepisów warunkiem wejścia do obrotu prawnego decyzji o zatwierdzeniu projektu scalenia gruntów nie jest doręczenie decyzji poszczególnym uczestnikom scalenia, a warunkiem uczynienia zadość zasadzie czynnego udziału stron w postępowaniu – doręczenie każdemu uczestnikowi scalenia postanowienia o wszczęciu postępowania i zawiadomienia o terminie okazania projektu scalenia. Uczestnik postępowania scaleniowego, który bez własnej winy nie brał udziału w postępowaniu, może wystąpić z wnioskiem o wznowienie postępowania scaleniowego w ciągu miesiąca od dnia, w którym dowiedział się o wydaniu decyzji zatwierdzającej projekt (art. 145 § 1 pkt 4 w zw. z art. 148 § 2 k.p.a.).

Ponadto organ może publicznie zawiadamiać o swoich decyzjach i innych czynnościach, jeżeli w postępowaniu bierze udział więcej niż 20 stron. Jednak w takim przypadku zawiadomienie jest skuteczne tylko wobec stron, które zostały na piśmie uprzedzone o zamiarze zawiadamiania ich w taki sposób, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej.

¹³ Dz. U. z 2021 r., poz. 1912 ze zm.; dalej: u.s.w.g.

2 | Uzyskanie przez decyzję mocy prawnej i waloru ostateczności w przypadku wielości stron

Problem bytu prawnego decyzji pojawia się, gdy w postępowaniu uczestniczyło wiele stron (więcej niż jedna strona), a decyzja została doręczona tylko części z nich. Powstaje wówczas pytanie, czy dla uzyskania przez decyzję bytu prawnego niezbędne jest jej doręczenie wszystkim stronom, czy wystarczy doręczenie choćby jednej z nich.

Należy uznać, że decyzja wchodzi do obrotu prawnego z chwilą jej doręczenia choćby jednej ze stron. Taki pogląd jest konsekwencją uznawanego powszechnie stanowiska, zgodnie z którym nie ma przeszkód we wniesieniu odwołania przez stronę, która w ogóle nie brała udziału w postępowaniu i której decyzja nie została doręczona. Przy odmiennym założeniu (tj. że decyzja wchodzi do obrotu prawnego z chwilą jej doręczenia wszystkim stronom) wniesienie odwołania przez taką stronę byłoby niedopuszczalne jako przedwczesne, ponieważ nie byłoby jeszcze przedmiotu odwołania, tj. decyzji. Doręczenie decyzji wszystkim stronom biorącym udział w postępowaniu ma zatem znaczenie jedynie w kontekście uzyskania przez decyzję waloru ostateczności, nie zaś w kontekście jej bytu prawnego. Mianowicie dopóki decyzja nie zostanie doręczona wszystkim stronom uczestniczącym w postępowaniu, dopóty nie jest ostateczna, a co za tym idzie, może zostać poddana weryfikacji za pomocą zwykłego środka prawnego, jakim jest odwołanie. Termin do wniesienia odwołania przez każdą stronę otwiera się z dniem, w którym decyzja wprowadzana jest do obrotu, czyli w pierwszej dacie doręczenia którejkolwiek ze stron, a dla danej strony biorącej udział w postępowaniu upływa po 14 dniach od doręczenia decyzji tej stronie. Natomiast dla strony, która nie brała udziału w postępowaniu i której decyzja nie została doręczona, termin do wniesienia odwołania upływa wraz z upływem terminu dla tej strony, której decyzję doręczono najpóźniej^[14]. Po upływie tego terminu taka strona może skorzystać już tylko z nadzwyczajnego środka prawnego, jakim jest wniosek o wznowienie postępowania, powołując się na przesłankę wymienioną w art. 145 § 1 pkt 4 k.p.a. Oznacza to, że decyzja uzyskuje przymiot ostateczności z chwilą jej doręczenia ostatniej ze stron biorących udział w postępowaniu, nawet

¹⁴ Tak np. wyrok WSA w Krakowie z 5 czerwca 2018 r., II SA/Kr 455/18, LEX nr 2507527.

gdyby strony uczestniczące w postępowaniu nie były wszystkimi osobami mającymi w sprawie interes prawny.

3 | Kwestia doręczania stronom załączników do decyzji

Odrębnym zagadnieniem jest kwestia konieczności doręczania stronom załączników do decyzji i oceny prawnej sytuacji, w której decyzja zostaje doręczona stronie bez kopii dokumentu, którego oryginał znajduje się w aktach sprawy i został prawidłowo dołączony do oryginału decyzji jako jej załącznik.

Orzecznictwo sądowe nie zajmuje w tej kwestii jednolitego stanowiska. Część orzeczeń wyraża pogląd, że załącznik powinien być doręczony wraz z decyzją tylko wtedy, gdy ustawa szczególna wyraźnie wymienia określony załącznik jako element dodatkowy decyzji administracyjnej. Podkreśla się przy tym, że obowiązujące przepisy ogólne, w tym art. 109 § 1 k.p.a., zgodnie z którym decyzję doręcza się stronom na piśmie, nie przewidują *expressis verbis* doręczania stronom takich załączników wraz z wydanymi rozstrzygnięciami^[15]. W innych orzeczeniach przyjmuje się, że załącznik powinien być doręczony – ze względów pragmatycznych – tylko stronie głównej, tj. wnioskodawcy, zaś tzw. strony uboczne mogą zapoznać się z jego treścią, korzystając z prawa przeglądania akt sprawy^[16]. Różne stanowiska w kwestii obowiązku doręczania stronom załączników implikują różne oceny skutków prawnych braku takiego doręczenia. Oceny te różnią się także wśród zwolenników poglądu o konieczności doręczania wszystkim stronom decyzji wraz załącznikami.

Dominuje pogląd, w myśl którego decyzja doręczona bez załączników spełnia warunek doręczenia, a zatem istnieje w sensie prawnym, lecz została wydana z naruszeniem przepisów postępowania. Takie naruszenie

¹⁵ Zob. wyrok WSA w Białymstoku z 16 czerwca 2009 r., II SA/Bk 45/09, Legalis.

¹⁶ Zob. wyrok NSA z 10 września 2015 r., II OSK 1781/14, LEX nr 2091942.

bywa zaś postrzegane jako mające^[17] lub niemające wpływu na rozstrzygnięcie sprawy^[18].

Jednak w wyroku z 14 kwietnia 1999 r.^[19] NSA orzekł – w odniesieniu do decyzji zatwierdzającej projekt budowlany i stanowiącej też zezwolenie na budowę – że taka decyzja stanowi nierozzerwalną całość tylko z projektem. Co za tym idzie, doręczenie stronie decyzji bez projektu budowlanego nie może być – w ocenie Sądu – uznane za doręczenie skuteczne w znaczeniu art. 109 § 1 k.p.a., gdyż strona uzyskała tylko część decyzji. Takie doręczenie nie powoduje zatem rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia odwołania od decyzji.

Można także spotkać się z poglądem, że brak doręczenia wszystkich załączników nie powinien być oceniany jednolicie, lecz *ad casu*, uwzględniający względy praktyczne i ekonomiczne^[20]. Przychylając się do ostatniego z wymienionych stanowisk, należy jednocześnie zwrócić uwagę na nielogiczność poglądu, w myśl którego brak doręczenia załączników powinien być kwalifikowany jako uchybienie mające lub mogące mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy^[21]. Wpływ na rozstrzygnięcie sprawy może mieć bowiem najwyżej pozbawienie strony możliwości zapoznania się przed wydaniem decyzji z dokumentacją, która powinna być później dołączona do decyzji jako jej załącznik. Strona – mając taką możliwość – mogłaby bowiem zgłosić względem dokumentu zastrzeżenia czy zarzuty i w ten sposób wpłynąć na odmienne rozstrzygnięcie sprawy. Doręczenie decyzji bez załącznika może więc jedynie wskazywać na ewentualne naruszenie prawa proceduralnego mogące mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, a polegające na braku umieszczenia dokumentu w aktach sprawy, samo zaś z natury rzeczy nie może stanowić takiego naruszenia, gdyż jest czynnością następczą względem rozstrzygnięcia sprawy. O tym, czy mamy do czynienia z takim naruszeniem prawa, decyduje zatem okoliczność, czy w aktach sprawy znajduje się dokument, który powinien stanowić załącznik do decyzji, oraz czy stworzono stronom możliwość zaznajomienia się z nim (lub

¹⁷ Tak np. wyrok NSA z 24 września 1998 r., IV SA 1727/96.

¹⁸ Tak np. wyrok NSA z 18 sierpnia 2017 r., II OSK 2950/15, LEX nr 2417987; wyrok NSA z 7 kwietnia 2005 r., OSK 1401/04, Legalis.

¹⁹ Sygn. akt IV SA 175/97, Legalis.

²⁰ Tak wyrok WSA w Białymstoku z 16 czerwca 2009 r., II SA/Bk 45/09, Legalis.

²¹ Tak np. Marcin Dyl, „Art. 109”, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. Marek Wierzbowski, Aleksandra Wiktorowska (Warszawa: C.H. Beck, 2011), 603; wyrok WSA w Rzeszowie z 6 sierpnia 2013 r., II SA/Rz 323/13, LEX nr 1377107.

ze stanem w świecie rzeczywistym, który dokument odzwierciedla), a nie okoliczność, czy dokument został doręczony stronom (stronom). Doręczenie stronom decyzji organu I instancji bez załącznika (załączników) może być traktowane jedynie jako naruszenie prawa proceduralnego, które mogło mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy przez organ odwoławczy, gdyż wnosząc odwołanie od decyzji doręczonej bez załączników, strony miały ograniczoną możliwość wskazania konkretnych zarzutów czy zastrzeżeń, które – gdyby zostały podniesione w odwołaniu – mogłyby zostać następnie uwzględnione przez organ odwoławczy.

4 | Problem braku załącznika przy oryginale decyzji

Nie ulega wątpliwości, że doręczanie stronom załączników do decyzji nie jest wymagane w przypadkach, gdy sama decyzja nie podlega obowiązkowi doręczenia. W takich przypadkach rodzi się natomiast pytanie, czy akt oznaczony jako decyzja, do którego nie załączono projektu będącego przedmiotem rozstrzygnięcia, jest decyzją administracyjną. Spróbujmy ustosunkować się do przedstawionego problemu na przykładzie decyzji wydanej w sprawie zatwierdzenia projektu scalenia gruntów.

Wspomniana ustawa z 26 marca 1982 r. o scalaniu i wymianie gruntów stanowi, że projekt scalenia lub wymiany wyznacza się na gruncie i okazuje uczestnikom scalenia lub wymiany (art. 23 ust. 2). Analogiczne rozwiązanie (w art. 11 ust. 1) przewidywała dawna ustawa z 24 stycznia 1968 r. o scalaniu i wymianie gruntów^[22]. Projekt w formie papierowej powinien być dołączony do oryginału decyzji jako jej załącznik, co pośrednio wynika z art. 27 ust. 4 pkt 1 i 3. W myśl tych przepisów decyzja o zatwierdzeniu projektu scalenia lub wymiany gruntów, poza wymogami określonymi w przepisach Kodeksu postępowania administracyjnego, powinna określać: granice i powierzchnię obszaru scalenia lub wymiany gruntów oraz przebieg granic nieruchomości w wypadkach, o których mowa w ustawie – Prawo geodezyjne i kartograficzne.

Projekt dołączony do oryginału decyzji powinien być papierowym odzwierciedleniem ostatecznego projektu wyznaczonego na gruncie i okazanego stronom po naniesieniu na gruncie korekt odpowiadających

²² Dz. U. nr 3, poz. 13 ze zm.

uwzględnionym przez organ prowadzący postępowanie scaleniowe zastrzeżeń zgłoszonych przez strony względem pierwotnego projektu okazanego im na gruncie.

W odniesieniu do sytuacji, gdy projekt scalenia nie został dołączony do oryginału decyzji jako jej załącznik, trzeba wyróżnić cztery grupy okoliczności towarzyszących, które mają wpływ na ocenę prawną takiej sytuacji:

- a. projekt znajduje się w aktach sprawy i był okazany stronom na gruncie;
- b. projekt znajduje się w aktach sprawy, ale nie był okazany stronom na gruncie;
- c. projektu nie ma w aktach sprawy, ale był okazany stronom na gruncie;
- d. projektu nie ma w aktach sprawy i w ogóle nigdy nie istniał (nie został sporządzony) ani na papierze, ani na gruncie.

Ad a.

Projekt scalenia gruntów, jako przedmiot decyzji o zatwierdzeniu projektu scaleniu gruntów, stanowi integralną część tej decyzji. W orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że załącznik graficzny do decyzji stanowiący jej integralną część musi odpowiadać takim samym wymogom jak decyzja. Zgodnie z art. 107 § 1 k.p.a. załącznik do decyzji powinien zatem zawierać stosowną adnotację opatrzoną podpisem i pieczęcią oraz wskazującą datę i numer decyzji, której stanowić ma integralną część^[23]. Należy zgodzić się z tezą, że fakt umieszczenia załączników do decyzji wydanej w sprawie scalenia gruntów w oddzielnej od decyzji części akt, bez jakiegokolwiek adnotacji, że dokumenty te stanowią załącznik do decyzji, stanowi naruszenie art. 107 § 1 k.p.a.^[24]. Jeśli bowiem rozstrzygnięcie dotyczy określonego dokumentu, a dokument ten znajduje się w innej części akt sprawy niż decyzja, to oznacza to, że element treści rozstrzygnięcia, jaki powinien zawierać się w osnowie decyzji, znalazł się poza nią.

Jeżeli jednak z akt sprawy wynika, że projekt przed wydaniem decyzji został okazany stronom albo stworzono stronom inną możliwość zapoznania się z nim, to powyższe uchybienie należy traktować jako naruszenie prawa proceduralnego, które nie mogło mieć wpływu na wynik sprawy.

²³ Zob. wyrok NSA z 21 czerwca 1999 r., IV SA 1757/98, LEX nr 47867.

²⁴ Zob. wyrok WSA w Rzeszowie z 6 sierpnia 2013 r., II SA/Rz 323/13, LEX nr 1377107.

Mając możliwość wglądu w projekt, strony mogły bowiem wpłynąć na treść decyzji, wyrażając zastrzeżenia co do projektu. Wydana w takich okolicznościach decyzja nie będzie zatem podlegała uchyleniu ani na drodze administracyjnej, ani na drodze sądownoadministracyjnej.

Ad b.

Odmiennie należy ocenić sytuację, gdy projekt nie został stronom okazany przed wydaniem decyzji o jego zatwierdzeniu. Takie naruszenie prawa proceduralnego powinno być traktowane jako naruszenie, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy (gdyż strony nie mogły się z nim zaznajomić, a tym samym zgłosić do niego zastrzeżeń czy zarzutów) i powinno bezwzględnie pociągać za sobą uchylenie decyzji w wyniku rozpatrzenia odwołania albo rozpatrzenia skargi przez sąd administracyjny. Co więcej, jest to naruszenie przepisów postępowania o charakterze kwalifikowanym, w tym sensie, że umożliwia usunięcie z obrotu prawnego, na drodze administracyjnej, również takiej decyzji, która uzyskała walor ostateczności. Powyższe naruszenie wyczerpuje bowiem znamiona przesłanki wznowienia postępowania w postaci niezawinionego nieuczestnictwa stron w postępowaniu (art. 145 § 1 pkt 4 k.p.a.).

Ad c.

Sytuację, gdy projekt był okazany stronom na gruncie, ale nie ma go w aktach sprawy, można oceniać w kategoriach rażącego naruszenia prawa proceduralnego, a konkretnie art. 27 ust. 4 u.s.w.g. Rażące naruszenie prawa stanowi, jak wiadomo, jedną z okoliczności uzasadniających stwierdzenie nieważności decyzji, wymienionych w art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. Ta przesłanka stwierdzenia nieważności decyzji odnosi się wprawdzie głównie do przepisów prawa materialnego, ale w ograniczonym zakresie może być stosowana także wobec przepisów proceduralnych. Zakres ten należy ustalić, posługując się wykładnią systemową. Konsekwencją takiego zabiegu jest konieczność przyjęcia, że podstawą stwierdzenia nieważności decyzji nie może być rażące naruszenie tych przepisów proceduralnych, które regulują sam przebieg postępowania. Najcięższe – z założenia – wady postępowania, tj. takie, z których wystąpieniem wiąże się duże prawdopodobieństwo zdeterminowania treści decyzji, są bowiem wymienione w 145–145b k.p.a. jako okoliczności uzasadniające wznowienie postępowania. Gdyby więc uznać, że inne, mniej poważne wady postępowania mogą wyczerpywać znamiona „rażącego naruszenia prawa” w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 i stanowić podstawę do stwierdzenia nieważności decyzji, mielibyśmy do

czynienia z sytuacją wysoce niekonsekwentną. Przyjęcie powyższego założenia oznaczałoby bowiem, że przypadki łżejszego (niemniej podciąganego pod „rażące”, cokolwiek by rozumieć przez to określenie) naruszenia prawa proceduralnego, niemieszczące się w katalogu przesłanek wznowienia postępowania, powodują dalej idące skutki prawne niż przypadki cięższe, wymienione w art. 145–145b k.p.a.

Natomiast nie ma przeszkód do tego, aby uznać za przesłankę stwierdzenia nieważności decyzji rażące naruszenie tych przepisów proceduralnych, które normują: a) dopuszczalność (czyli warunki formalne) wszczęcia postępowania; b) sposoby jego zakończenia (tj. postaci decyzji, które mogą być wydane) oraz c) wymogi formalne dotyczące samego aktu kończącego postępowanie, w tym zwłaszcza zawartego w nim rozstrzygnięcia. Z naruszeniem należącym do tej ostatniej kategorii mamy do czynienia w analizowanym tu przypadku.

Ustawa z 24 stycznia 1968 r. o scalaniu i wymianie gruntów nie określała *expressis verbis* – w przeciwieństwie do obecnie obowiązującej ustawy – wymaganych, dodatkowych elementów decyzji. Takiego przepisu brak także w powszechnie obowiązujących aktach wykonawczych do wyżej wymienionej ustawy. Z tego względu decyzji scaleniowej wydanej na podstawie dawnej ustawy nie można zarzucić w rozważanym przypadku rażącego naruszenia prawa. W sposób rażący może być bowiem naruszony jedynie przepis, którego treść jest jednoznaczna, nie budzi żadnych wątpliwości i nie wymaga stosowania innej wykładni niż tylko gramatyczna^[25]. Brak projektu scalenia w aktach sprawy uniemożliwia jednak ustalenie rzeczywistej treści decyzji scaleniowej, zwłaszcza w sytuacji, gdy projekt wyznaczony na gruncie ma charakter prowizoryczny albo w chwili wydania decyzji już nie istnieje. Tym samym decyzja taka jest niewykonalna, a jako taka – również podlega unieważnieniu, na podstawie art. 156 § 1 pkt 5 k.p.a.

Od powyższej sytuacji należy rzecz jasna odróżnić sytuację, gdy ostateczny projekt scalenia gruntów został sporządzony w formie dokumentu i znajdował się w operacie scaleniowym dołączonym do akt sprawy, ale zaginął. W takich przypadkach wymaga on odtworzenia. Należy przy tym zaznaczyć, że obowiązek odtworzenia akt spoczywa na organie administracji publicznej, który jest aktualnie właściwy (rzeczowo, miejscowo i instancyjnie) do rozpoznania i rozstrzygnięcia (w trybie zwykłym bądź

²⁵ Zob. np. Przemysław Kledzik, *Prawne uwarunkowania stwierdzenia nieważności decyzji w ogólnym postępowaniu administracyjnym* (Wrocław: PRESSCOM, 2018), 388 i n.

nadzwyczajnym) określonej sprawy administracyjnej^[26]. Czynności odtworzenia akt indywidualnej sprawy administracyjnej znajdują wówczas swoje oparcie w przepisach dotyczących postępowania wyjaśniającego w ogólnym postępowaniu administracyjnym, zwłaszcza zawartych w rozdziale 4 k.p.a. pt. „Dowody”. Brak jest natomiast możliwości wszczęcia odrębnego postępowania w sprawie odtworzenia akt administracyjnych, analogicznego do postępowań przewidzianych dla odtwarzania akt sądowych w postępowaniu cywilnym czy sądowoadministracyjnym^[27].

Ad d.

Brak projektu scalenia gruntów w aktach sprawy – przy jednoczesnym braku okoliczności wskazujących pośrednio na jego istnienie kiedykolwiek (jak zwłaszcza protokół okazania go stronom na gruncie albo opis wniesionych przez nie zastrzeżeń) – oznacza brak przedmiotu rozstrzygnięcia, który powoduje, że rozstrzygnięcie ma charakter pozorny, a co za tym idzie – że wydany akt nie jest w istocie decyzją.

Jeśli w sprawach dotyczących rzeczy formuła wskazująca sposób załatwienia sprawy (np. „orzeka o zatwierdzeniu”) nie wskazuje istniejącego przedmiotu, do którego formuła ta się odnosi, to formuły takiej nie można uznać za rozstrzygnięcie w sensie prawnym. Nie jest np. rozstrzygnięciem formuła „orzeka o wywłaszczeniu poprzez pozbawienie prawa użytkowania wieczystego” bez określenia przedmiotu tego prawa albo ze wskazaniem przedmiotu nieistniejącego. Takiej formuły nie można uznać za rozstrzygnięcie niepełne czy niezrozumiałe, które mogłoby zostać sanowane za pomocą instytucji uzupełnienia decyzji co do rozstrzygnięcia albo za pomocą wyjaśnienia wątpliwości co do treści decyzji.

Rozstrzygnięcie zalicza się w doktrynie i orzecznictwie do tzw. elementów konstytutywnych decyzji administracyjnej, tj. elementów przesadzających o bycie prawnym decyzji, niezbędnych do tego, aby akt oznaczony jako „decyzja” mógł być uznany za decyzję w sensie prawnym. Brak rozstrzygnięcia powoduje zatem, że akt oznaczony jako „decyzja” – nawet w razie wydania go przez właściwy organ i skierowania do osoby będącej stroną (osób będących stronami) – jest aktem pozornym.

²⁶ Zob. Grzegorz Łaszczycza, „Odtwarzanie akt sprawy w ogólnym postępowaniu administracyjnym” *Samorząd Terytorialny*, nr 9 (2009): 51-55.

²⁷ Tak wyrok WSA w Krakowie z 16 stycznia 2020 r., II SA/Kr 1346/19, LEX nr 2781944.

Bibliografia

- Adamiak Barbara, „Zagadnienie decyzji nie istniejących w postępowaniu administracyjnym” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo*, nr 1022 (1990): 7-14.
- Dawidowicz Waclaw, *Ogólne postępowanie administracyjne*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1962.
- Dawidowicz Waclaw, *Zarys procesu administracyjnego*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1989.
- Dyl Marcin, „Art. 109”, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego*. Komentarz, red. Marek Wierzbowski i Aleksandra Wiktorowska. 592-603. Warszawa: C.H. Beck, 2011.
- Frankiewicz Ewa, „Wydanie a doręczenie decyzji administracyjnej” *Państwo i Prawo*, nr 2 (2002): 70-80.
- Kledzik Przemysław, *Prawne uwarunkowania stwierdzenia nieważności decyzji w ogólnym postępowaniu administracyjnym*. Wrocław: Presscom, 2018.
- Książek Marta, „Obowiązek informowania w ogólnym postępowaniu administracyjnym”, [w:] *Biurokracja. Bureaucracy (III Międzynarodowa Konferencja Naukowa, Krynica Zdrój, 2-4.06.2006)*, red. Jan Łukasiewicz. 347-353. Rzeszów: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, 2006.
- Łaszczycza Grzegorz, „Odtwarzanie akt sprawy w ogólnym postępowaniu administracyjnym” *Samorząd Terytorialny*, nr 9 (2009): 50-61.
- Sałbut Katarzyna. „Art. 34”, [w:] *Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz*, red. Leszek Bosek. 528-557. Warszawa: C.H. Beck, 2021.



AGNIESZKA ZIÓŁKOWSKA

Sądowoadministracyjna kontrola orzeczeń odwoławczych komisji dyscyplinarnych wydanych w postępowaniu dyscyplinarnym prowadzonym w stosunku do studentów i doktorantów

Review by the Administrative Court of the Decisions of Disciplinary Appeal Committees Issued in Disciplinary Proceedings Against Students and Ph.D. Students

Students and Ph.D. students are members of the academic community who are subject to disciplinary liability for behavior that violates the law in force at the university, violates the dignity of the student, or violates the dignity of the postgraduate student. A disciplinary sanction may be imposed in disciplinary proceedings based on the Law on Higher Education and Science, and the appropriate application of the Code of Criminal Procedure is in accordance with the principle of two-stage proceedings. Legally, judgments issued by the appellate disciplinary commission were subject to the jurisdiction of administrative courts. At the same time, there are doubts about the use of the term „legal judgments”, which are the subject of an appeal to court. The legislator also refrained from a separate regulation of the procedure of administrative court proceedings in the case of an appeal against such decisions, which may be a source of difficulties for the subjects of the decision and raises questions about the model of administrative court decisions.

AGNIESZKA ZIÓŁKOWSKA, doktor habilitowany nauk prawnych, profesor
Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, ORCID – 0000-0002-9933-2667,
e-mail: agnieszka.ziolkowska@us.edu.pl

KEYWORDS: disciplinary proceedings, judicial control of disciplinary decisions, finality and legality of decisions, disciplinary responsibility of a student / Ph.D. student

SŁOWA KLUCZOWE: postępowanie dyscyplinarne, sądowa kontrola orzeczeń dyscyplinarnych, ostateczność a prawomocność orzeczeń, odpowiedzialność dyscyplinarna studenta/ doktoranta

1 | Wstęp

Społeczność akademicka to kategoria zbiorcza, na którą składają się w głównej mierze pracownicy naukowcy, dydaktyczni, doktoranci oraz najlicniejsza grupa, jaką stanowią studenci. Każde z tych gremiów zobowiązane jest do zachowania w sposób zgodny zarówno z prawem powszechnie obowiązującym, jak i prawem wewnętrznym (zakładowym). Postępowanie uchybiające odpowiednio godności pracownika naukowego, czy godności studenta lub doktoranta oraz naruszenie przepisów obowiązujących w uczelni może skutkować wszczęciem i prowadzeniem postępowania dyscyplinarnego, prowadzonego przez komisje dyscyplinarne. Jednak sądownictwo dyscyplinarne nie zastępuje w sposób całkowity instytucji państwa, a to dzięki kontroli sprawowanej w odniesieniu do orzeczonych kar przez sądy. Dzieje się tak przede wszystkim dlatego, że kary dyscyplinarne stanowią ingerencję w sferę praw jednostki, kształtując w określony sposób jej sytuację, a czasem wręcz jest status administracyjnoprawny, co jest szczególnie widoczne w przypadku najsurowszych sankcji dyscyplinarnych.

Od 1 października 2018 r. zasady funkcjonowania systemu szkolnictwa wyższego i nauki, w tym przepisy normujące odpowiedzialność studentów oraz doktorantów, zostały określone w ustawie Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce z dnia 20 lipca 2018 r.^[1] Podkreślenia przy tym wymaga, że postępowanie dyscyplinarne prowadzone wobec studentów i doktorantów nie zostało jednak w znaczącym stopniu uregulowane odmiennie w porównaniu z ustawą Prawo o szkolnictwie wyższym z dnia 27 lipca 2005 r.^[2]

¹ T. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 742 ze zm. ze zm. Ustawa nazywana także Konstytucją dla nauki, dalej: p.s.w.n.

² T. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 55.

Zmiany dotyczą m.in. wyłączenia z katalogu podmiotów prowadzących postępowanie dyscyplinarne wobec studentów sądów koleżeńskich samorządu studenckiego oraz możliwości wymierzenia studentowi kary upomnienia za przewinienie mniejszej wagi przez rektora po uprzednim wysłuchaniu studenta lub jego obrońcy. W odniesieniu do prawomocnych orzeczeń odwoławczej komisji dyscyplinarnej niezmiennie przysługuje skarga do sądu administracyjnego.

Szczegółowe zasady odnoszące się do przeprowadzenia postępowania dyscyplinarnego zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego w sprawie szczegółowego trybu postępowania wyjaśniającego i dyscyplinarnego w sprawach studentów, a także sposobu wykonywania kar dyscyplinarnych i ich zatarcia z dnia 28 września 2018 r.^[3] Tryb powoływania komisji dyscyplinarnych i odwoławczych komisji dyscyplinarnych określają statuty uczelni (art. 310 p.s.w.n).

Zakresem rozważań została objęta wyłącznie kontrola rozstrzygnięć wydawanych przez odwoławcze komisje dyscyplinarne w postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów lub doktorantów sprawowana przez sądy administracyjne. Problematyka ta wymaga rozważenia kilku kwestii, mianowicie: charakteru samego postępowania dyscyplinarnego jako rodzaju procedury o charakterze represyjnym, prawa do sądu jako konsekwencji uznania postępowania o takim charakterze, problemu prawomocności (ostateczności) orzeczeń dyscyplinarnych zaskarżalnych do wojewódzkich sądów administracyjnych oraz w sprawach skarg na orzeczenie odwoławczej komisji dyscyplinarnej.

2 | Postępowanie dyscyplinarne wobec studentów i doktorantów oraz jego charakter

Odpowiedzialność dyscyplinarna to szczególny i swoisty rodzaj odpowiedzialności. Ma charakter ustawowy, ponieważ to ustawy wskazują na zakres podmiotowy i przedmiotowy odpowiedzialności, organy orzekające a nadto kary dyscyplinarne oraz sposoby zaskarżania orzeczeń wydanych w postępowaniach dyscyplinarnych. W polskim systemie prawnym

³ Dz. U. z 2018 r., poz. 1882., dalej: Rozporządzenie.

występuje wiele modeli postępowań dyscyplinarnych^[4], a różnorodność aktów normatywnych regulujących te procedury nie pozwala na ukształtowanie jednego, uniwersalnego modelu^[5]. Wspomnianą wielość potęguje sposób unormowania tych procedur. Ustawodawca bowiem zasadniczo reguluje w ustawach „materialnoprawne przesłanki odpowiedzialności dyscyplinarnej, organy właściwe do rozpoznania sprawy oraz najważniejsze zasady postępowania dyscyplinarnego”^[6], zaś w pozostałym zakresie zazwyczaj znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania karnego^[7]. Postępowania te mają charakter pozasądowy, a ich wynik może stanowić przedmiot kontroli sądowej. Niemniej, kognicja sądów właściwych do rozpoznania środków zaskarżania orzeczeń wydanych w tych postępowaniach także nie ma jednolitego charakteru, co w konsekwencji również przekłada się na zróżnicowanie procedur dyscyplinarnych. Nie inaczej jest w przypadku postępowań dyscyplinarnych prowadzonych na podstawie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. W odniesieniu do prawomocnego orzeczenia komisji dyscyplinarnej przy ministrze wydanego w stosunku do nauczyciela akademickiego stronom przysługuje odwołanie do Sądu Apelacyjnego w Warszawie - Sądu Pracy i Ubezpieczeń Społecznych. Do odwołania stosuje się przepisy kodeksu postępowania cywilnego dotyczące apelacji (art. 295 ust. 2 p.s.w.n.), zaś w stosunku do prawomocnego orzeczenia odwoławczej komisji dyscyplinarnej wydanego wobec studenta lub doktoranta służy skarga do sądu administracyjnego (art. 318 p.s.w.n.). Przyczyny tej odmienności tkwią nade wszystko w więzi prawnej łączącej adresatów tych orzeczeń w uczelnią (w przypadku studentów i doktorantów stosunek ten ma charakter administracyjnoprawny^[8]) i konsekwencji wynikających z wydanego rozstrzygnięcia.

⁴ Andrzej Wasilewski, „Prawo do sądu w sprawach dyscyplinarnych (ustawodawstwo polskie na tle standardów Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Konstytucji RP)” *Przegląd Sądowy*, nr 9 (2001): 11-25.

⁵ Paweł Czarnecki, „Model postępowania dyscyplinarnego w polskim systemie prawa”, [w:] *Postępowanie karne a inne postępowania represyjne*, red. Paweł Czarnecki (Warszawa: C. H. Beck, 2016), 253.

⁶ Anna Korzeniowska-Lasota, „Zróżnicowanie modeli postępowania dyscyplinarnego”, [w:] *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy 3*, red. Hubert Izdebski, Paweł Skuczyński (Warszawa: Lexis Nexis, 2013), 129.

⁷ Z dnia 6 czerwca 1997 r., tekst jedn. Dz. U z 2024 r., poz. 37 ze zm., dalej: k.p.k.

⁸ Szerzej na temat tego stosunku zob. Adam Szot, „Charakter stosunku prawnego łączącego studenta i uczelnię”, [w:] *Specyfika postępowań administracyjnych*

W doktrynie^[9] wskazuje się, że w obu przypadkach odpowiednio sąd cywilny i sąd administracyjny bada prawidłowość zastosowania przez organy dyscyplinarne procedury dyscyplinarnej, w której odpowiednie zastosowanie znajduje k.p.k. Rozwiązanie to pozwala formułować postulaty w zakresie potrzeby korekty tych postępowań, *ut infra*.

Dodatkowo problemy wzmacnia brak jednolitego poglądu w doktrynie prawa na temat charakteru postępowania dyscyplinarne, które bywa określane jako „szczególny rodzaj postępowania karnego sensu largo”^[10], bądź jako „postępowanie odrębne, rodzajowo zbliżone do postępowania karnego”^[11]. Podobna niejednolitość poglądów dotyczy odpowiedzialności dyscyplinarnej. Pojawiają się bowiem zarówno stanowiska zgodnie z którymi jest ona bliższa odpowiedzialności administracyjnej^[12], jak i takie, iż jest ona zbliżona do odpowiedzialności karnej^[13]. Niemniej, potencjalna bliskość odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej – wynikająca z ich represyjnego charakteru – nie oznacza ich tożsamości. Odpowiedzialność dyscyplinarna spełnia wszakże inną funkcję niż odpowiedzialność karna. Chociażby z tego powodu do postępowań dyscyplinarnych przepisy postępowania karnego stosuje się tylko odpowiednio, a nie wprost^[14].

Studenci oraz doktoranci w szkołach wyższych ponoszą odpowiedzialność dyscyplinarną jako użytkownicy zakładów administracyjnych

w sprawach z zakresu szkolnictwa wyższego i nauki, red. Jan Paweł Tarno, Adam Szot, Piotr Pokorny (Lublin: Instytut Rozwoju Szkolnictwa Wyższego, 2016), 225-233.

⁹ Korzeniowska-Lasota, „Zróżnicowanie modeli postępowania dyscyplinarnego”, 149.

¹⁰ Czarnecki, „Model postępowania dyscyplinarnego w polskim systemie prawa”, 263.

¹¹ Zbigniew Leoński, „Czy postępowanie dyscyplinarne jest szczególną procedurą administracyjną czy też postępowaniem odrębnym?”, [w:] *Procedura administracyjna wobec wyzwań współczesności. Profesorowi zwyczajnemu dr. hab. Januszowi Borkowskiemu przyjaciele i uczniowie*, red. Barbara Adamiak (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2004), 181.

¹² Paweł Skuczyński, „Granice odpowiedzialności dyscyplinarnej”, [w:] *Odpowiedzialność dyscyplinarna: podstawy, procedura i orzecznictwo w sprawach studentów UW 2000-2005*, red. Paweł Skuczyński, Piotr Zawadzki (Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, 2008), 11-14.

¹³ Zob. np. Marian Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1994), 22-23, Wyrok TK z dnia 19 marca 2007 r., K 47/05, OTK -A 2007 nr 7, poz.27, Wyrok TK z dnia 27 lutego 2001 r., K 22/00, OTK ZU 2001, nr 3, s.48.

¹⁴ Zob. np. Anna Korzeniowska-Lasota, „Odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego w postępowaniu w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów. Część 1. Zagadnienia ogólne” *Palestra*, nr 9-10 (2013): 77-81.

(destynatariusze). Dla dopuszczalności wszczęcia i prowadzenia postępowania dyscyplinarnego wobec wskazanych podmiotów warunkiem *sine qua non* jest uprzedzenie zaistnienie stosunku administracyjnego między nimi a uczelnią wyższą. Momentem miarodajnym jest przy tym chwila przyjęcia w poczet społeczności studenckiej lub doktorantów, po złożeniu ślubowania i immatrykulacji. Podkreślenia bowiem wymaga, że:

Istotę władztwa zakładowego stanowi zakres upoważnień dla organów zakładu do jednostronnego kształtowania stosunków prawnych z użytkownikami zakładu (w tym wypadku ze studentami), jak również z osobami, które znalazły się na terenie zakładu w innym charakterze. Zatem z chwilą przyjęcia danej osoby w poczet użytkowników zakładu, staje się ona podmiotem praw i obowiązków, które przysługują bądź obciążają użytkowników danego zakładu. Te prawa i obowiązki wynikają zarówno z przepisów powszechnie obowiązujących (ustaw i aktów normatywnych wykonawczych), jak i ze statutów oraz regulaminów zakładowych^[15].

Z kolei ustanie stosunku administracyjnoprawnego nie skutkuje automatycznie jego zakończeniem poprzez umorzenie postępowania dyscyplinarnego^[16]. Z tych powodów odpowiedzialność dyscyplinarna studentów i doktorantów nie wynika z „podległości organizacyjnej, która należałaby do sfery wewnętrznej administracji publicznej”^[17] lecz stanowi element władztwa zakładowego.

Student odpowiada za delikt dyscyplinarny, którym jest naruszenie przepisów obowiązujących w uczelni oraz czyn uchybiający godności studenta (art. 307 ust. 1 p.s.w.n.). Doktorant z kolei podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej za naruszenie przepisów obowiązujących w podmiocie prowadzącym szkołę doktorską oraz za czyn uchybiający godności doktoranta. Należy zatem uznać, że deliktem dyscyplinarnym w odniesieniu do tych dwóch

¹⁵ Postanowienie WSA w Kielcach z dnia 17 października 2017 r., II SA/Ke 600/17, Legalis nr 1684321.

¹⁶ Por. Tomasz Barszcz, Skreślenie obwionionego z listy studentów a umorzone postępowania dyscyplinarnego w sprawach studentów, Forum Prawnicze 2019, nr 5 (55) 88-101.

¹⁷ Agnieszka Wilczyńska, Przemysław Wilczyński, „Sankcja administracyjna w działalności szkoły wyższej”, [w:] *Sankcje administracyjne*, red. Małgorzat Sthał, Renata Lewicka, Marek Lewicki (Warszawa: Wolters Kluwer, 2011), 431. Inaczej Radosław Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna studentów* (Kraków-Legionowo: edu-Libri, 2021), 15-16.

kręgów podmiotów są przed wszystkim czyny stanowiące naruszenie przepisów prawa (tak powszechnego, jak i wewnętrznego). W szczególności chodzi o naruszenie prawa zakładowego jakim są regulaminy studiów (lub szkół doktorskich) lub statutu uczelni. Przesłanką uzasadniającą wszczęcie i prowadzenie postępowania dyscyplinarnego może być jednak nie tylko naruszenie prawa pozytywnego, ale także norm pozaprawnych, tj. czyn naruszający normy zwyczajowe, obyczajowe i moralne^[18], który w sposób refleksywny może godzić także w dobre imię uczelni.

W doktrynie prawa podkreśla się, że istotą postępowania dyscyplinarnego wobec tej grupy destinataria uczełni wyższych jest przede wszystkim pełnienie funkcji wychowawczych, które zapewniają właściwe funkcjonowanie społeczności akademickiej^[19]. Postępowanie to jest wszakże także nośnikiem kreowania norm i wzorców etycznych oraz moralnych, a także właściwych postaw w całym środowisku akademickim. Jednym z jego celów jest również ochrona ukształtowanych już wartości tej społeczności, ich pielęgnowanie i integracja wspólnoty wokół nich.

Postępowanie dyscyplinarne – prowadzone za delikt dyscyplinarny, stanowiący swoistego rodzaju refleks zachowania sprzecznego z przepisami prawa stanowionego^[20] lub przyjętymi normami zachowania – w swojej istocie jest rodzajem postępowania o charakterze represyjnym, nie zaś sądem koleżeńskim. Stwierdzenie to niesie ze sobą skutki w postaci konieczności ukształtowania tej procedury w sposób właściwy dla innych postępowań o takim charakterze, w szczególności zaś tak, jak ustawodawca uczynił to w postępowaniu karnym, co następuje poprzez „stosowanie do niego tych instytucji i zasad prawnych zawartych w k.p.k., które stwarzają możliwość pełnego zabezpieczenia praw i wolności obwinionego”^[21]. W procedurze

¹⁸ Por. Dorota Orłowska, Marta Tomkiewicz, „Materialnoprawne podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów”, [w:] *Odpowiedzialność dyscyplinarna. Podstawy, procedura i orzecznictwo w sprawach studentów Uniwersytetu Warszawskiego 2000-2005*, red. Paweł Skuczyński, Piotr Zawadzki (Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2008), 55 i n.

¹⁹ Zob. Anna Dębek, Michał Fajst, Sławomir Gózdź, Agnieszka Jasiakiewicz, Aleksandra Kowalak, Małgorzata Łojkowska, Marta Nowicka, „Sprawy dyscyplinarne studentów Uniwersytetu Warszawskiego. Przyczynek do dyskusji o postawach młodzieży akademickiej” *Studia Iuridica*, XLII (2003): 36.

²⁰ Na temat relacji między deliktem dyscyplinarnym a przestępstwem lub wykroczeniem zob. np. Katarzyna Dudka, „Odpowiedzialność dyscyplinarna oraz zakres stosowania przepisów k.p.k. w postępowaniu dyscyplinarnym wobec nauczycieli akademickich” *Studia Iuridica Lublinensia*, nr 9 (2007): 12.

²¹ Wyrok TK z dnia 4 marca 2008r., SK 3/07, OTK ZU 2A/2008, poz. 25.

w sposób odpowiedni stosuje się przepisy kodeksu postępowania karnego, co jednak nie skutkuje uznaniem postępowania dyscyplinarnego za postępowanie karne. Niemniej, „Jest to niewątpliwie postępowanie szczególne, toczące się według zasad określonych w ustawie o szkolnictwie wyższym, z posiłkowym zastosowaniem przepisów kodeksu postępowania karnego”^[22]. Celem takiej regulacji nie jest więc nadanie postępowaniu dyscyplinarnemu cech postępowania karnego, lecz zapewnienie osobie obwinionej praw i gwarancji służących zabezpieczeniu jej interesów w postępowaniu dyscyplinarnym. Przejęcie instytucji wywodzących się z prawa karnego i postępowania karnego do postępowania dyscyplinarnego służyć zatem ma celom ochronnym, bowiem ustawodawca biorąc pod uwagę represyjny charakter postępowania dyscyplinarnego uznał, że zasadne jest sięgnięcie do tych instytucji i zasad prawnych zawartych w k.p.k., które stwarzają możliwość optymalnego zabezpieczenia praw i wolności obwinionego^[23].

3 | Prawo do sądu w postępowaniu dyscyplinarnym

Prawo do sądu jest współcześnie traktowane jako element demokratycznego państwa prawnego, gwarantowany *expressis verbis* w Konstytucji RP (art. 45)^[24] lub z niej wyprowadzany. Co więcej, prawo to, będąc swoistym standardem demokratycznego państwa prawa, znajduje zastosowanie także w sprawach skarg na działania oraz bezczynność i przewlekłość

²² Ewelina Kusowska, „O postępowaniach dyscyplinarnych – uwagi na tle Uchwały Sądu Najwyższego I KZP 18/12 z dnia 24 stycznia 2013 roku” *Adam Mickiewicz University Law Review*, vol. 3 (2014): 151-165.

²³ Wyrok TK z dnia 27 lutego 2001r., K 22/00, OTK ZU 3/2001, poz. 48.

²⁴ Zob. np. Wyrok TK z dnia 31 stycznia 2005 r., SK 27/03, 29/2/A/2008, Agnieszka Wilczyńska, „Prawo do sądu w sprawach z zakresu administracji publicznej (wybrane zagadnienia)”, [w:] *O prawie administracyjnym i administracji. Refleksje*, red. Barbara Jaworska-Dębska, Zofia Duniewska, Michał Kasiński, Ewa Olejniczak-Szałowska, Ryszarda Michalska-Badziak, Piotr Korzeniowski (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego 2017): 611. Prawo do sądu zostało zawarte w art. 98 Konstytucji z 17 marca 1921 r., w art. 68 us.1 i 4 Konstytucji z dnia 23 kwietnia 1935 r., następnie ni wyprowadzone przez TK z art.1 w zw. Z art.56 Konstytucji z 1952 r. i utrzymana na mocy art.77 ustawy konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. W prawie międzynarodowym z reguły mowa jest o prawie do rzetelnego procesu sądowego (*dront a un proces equitable; right to a fair trawl*) a nie o prawie do sądu – zob. Andrzej Zieliński, „Prawo do sądu a struktura sądownictwa” *Państwo i Prawo*, z. 4 (2003): 20.

postępowania dla których właściwe są sądy administracyjne (art. 3 § 2 p.p.s.a.), sprzeciwów od decyzji kasacyjnych (art. 3 § 2a p.p.s.a.) jak i w innych sprawach, w których przepisy ustaw szczególnych przewidują sądową kontrolę sądów administracyjnych (art. 3 § 3 p.p.s.a.)^[25]. Postępowanie sądowoadministracyjne w sprawach dyscyplinarnych wszczęte na skutek wniesienia skargi dotyczy kontroli orzeczeń dyscyplinarnych bądź postanowień kończących postępowanie dyscyplinarne^[26] w zakresie odpowiedzialności za delikt dyscyplinarny a nie kontroli decyzji administracyjnej lub postanowienia, wydanych w postępowaniu administracyjnym, którego przedmiotem jest sprawa administracyjna, gdyż sprawy dyscyplinarne nie mają takiego charakteru. Kontrola sądowoadministracyjna orzeczeń dyscyplinarnych następuje zatem na mocy regulacji szczególnej (art. 318 p.p.s.a.).

Prawo do sądu jest publicznym prawem podmiotowym^[27], ma przy tym również charakter powszechny, gdyż zakres podmiotowy tego prawa należy ujmować szeroko z uwzględnieniem art.32 Konstytucji RP^[28]. Nie jest to jednak prawo o charakterze subsydiarnym, lecz przeciwnie jest autonomiczne i samoistne. Podlega ochronie „niezależnie od naruszenia innych praw podmiotowych”^[29] (prawo do sądu w ujęciu formalnym). W ujęciu zaś materialnym prawo do sądu ma charakter pomocniczy względem nich, gdyż gwarantuje ich realizację. Prawo do sądu może być realizowane „pod warunkiem, że wnoszący o sądową ochronę uprawdopodobni, że posiada interes prawny, którego ochrony się domaga”^[30]. Prawo to należy zatem traktować jak aksjomat proceduralny. Tym bardziej, że o jego właściwej realizacji decyduje sprawiedliwe, jawne rozpoznanie sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki.

Zgodnie z dyspozycją art. 45 ust.1 Konstytucji RP każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki

²⁵ Na temat definicji sprawy sądowoadministracyjnej zob. np. Marcin Kamiński, „O istocie pojęcia sprawy sądowoadministracyjnej” *Przegląd Prawa Publicznego*, nr 10 (2009): 27.

²⁶ Dorota Sylwestrzak, *Ochrona praw jednostki przed sądem administracyjnym w sprawach dyscyplinarnych* (Warszawa: C. H. Beck 2020): 307.

²⁷ Szerzej nt. praw publicznych podmiotowych zob. m.in. Wojciech Jakimowicz, „O publicznych prawach podmiotowych” *Państwo i Prawo*, z. 1 (1999): 36-50; Magdalena Maciołek, „O publicznym prawie podmiotowym” *Samorząd Terytorialny*, nr 1-2 (1992): 3-15.

²⁸ Dz. U z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

²⁹ Wojciech Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe* (Kraków: Wolters Kluwer, 2002), 413.

³⁰ *Ibidem*, 414.

przez właściwy^[31], niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. W odniesieniu do spraw sądownoadministracyjnych oraz innych, w tym orzeczeń odwoławczych komisji dyscyplinarnych, na mocy art. 3§ 3 p.p.s.a., tymi sądami są sądy administracyjne (art. 177 w zw. z art. 184 Konstytucji RP)^[32]. Z kolei przepis art. 77 ust. 2 Konstytucji RP stanowi, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej do dochodzenia naruszonych praw i wolności, przez co stanowi wzmocnienie prawa do sądu. Jak podkreśla się w orzecznictwie TK:

O ile art. 45 ust. 1 Konstytucji gwarantuje prawo do sądu w ujęciu „pozytywnym”, o tyle art. 77 ust. 2 Konstytucji wyraża jego negatywny aspekt. Adresatem normy wyrażonej w art. 77 ust. 2 Konstytucji jest bowiem ustawodawca, któremu norma ta zakazuje stanowienia przepisów zamykających sądową drogę dochodzenia naruszonych konstytucyjnych wolności i praw^[33].

Słusznie zatem podkreśla Ewa Łętowska, że „instytucjonalizacja prawa do sądu dokonywana w ramach ustaw zwykłych obejmujących rozmaite procedury nie jest i nie musi być identyczna”^[34]. Podkreślenia przy tym

³¹ W świetle przepisów określających kompetencje sądów.

³² Na marginesie warto także zwrócić uwagę na art. 58§4 p.p.s.a., który wskazuje regułę kolizyjną zgodnie z którą, sąd nie może odrzucić skargi z powodu, o którym mowa w § 1 pkt 1 art. 58, jeżeli w tej sprawie sąd powszechny uznał się za niewłaściwy. Istotą tego przepisu jest wyeliminowania negatywnych konfliktów kompetencyjnych między sądami powszechnymi, a organami administracji publicznej i sądami administracyjnymi, zabezpieczając w ten sposób sprawność postępowania – szerzej zob. Paweł Grzegorzczak, „Niedopuszczalność odrzucenia pozwu z powodu uznania się przez organ administracji publicznej za niewłaściwy (art. 199[1] KPC)” *Monitor Prawniczy*, nr 3(2017): 149-150. Wskazany przepis stanowi szczególną podstawę właściwości sądu administracyjnego, nawet w przypadku, gdy sprawa należy „de facto” do właściwości sądu powszechnego – zob. np. Postanowienie NSA z dnia 6 października 2010 r., II OSK 1912/10, *Legalis* nr 682267. Wprowadzenie tej regulacji wywołało dyskusję, o której szerzej np. Wojciech Chróścielewski, Zbigniew Kmiecik, Jan Paweł Tarno, „Reforma sądownictwa administracyjnego a standardy ochrony praw jednostki” *Państwo i Prawo*, z. 12 (2002): 33 i nast. Uzupełnieniem art. 58§4 p.p.s.a. jest art. 199[1] k.p.c. Jak podkreśla Katarzyna Celińska-Grzegorzczak, sytuacja, w której jeden sąd rozstrzyga o kompetencji drugiego jest usprawiedliwiona zagwarantowaniem stronie prawa do sądu. (Katarzyna Celińska-Grzegorzczak, „Kompetencje sądów administracyjnych”, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. X, red. Roman Hauser, Zbigniew Niewiadomski, Andrzej Wróbel (Warszawa: C. H. Beck, 2014), 146.

³³ Zob. wyrok TK z 13 maja 2002 r., sygn. SK 32/01, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 31.

³⁴ Ewa Łętowska, „Prawo do sądu – rozmaite perspektywy”, [w:] *Aurea praxis. Aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. II, red. Karol Weitz, Jacek Gudowski (Warszawa: Lexis Nexis, 2011), 2872.

wymaga, że regulacja prawa do sądu zawarta w Konstytucji RP ma znaczenie gwarancyjne. Przepis art. 77 Konstytucji RP amplifikuje zasadę prawa do sądu, które staje się prawem pełniejszym i gwarantem praworządności w aspekcie instytucjonalnym^[35].

Problematyka prawa do sądu łączy się z kwestią dostępu do sądu, ta z kolei ma charakter złożony i nie stanowi tylko kategorii juredydycznej^[36]. Prawo do sądu jest zatem pojemne treściowo^[37] i oznacza nie tylko dostęp do sądu (w tym zainicjowanie właściwego postępowania), jako warunku ochrony praw i wolności, ale także prawo do ukształtowania odpowiednio procedury, prawo do rzetelnego procesu (prowadzonego przez niezawisły, bezstronny sąd), prawo do wyroku ale także nakaz rozpatrywania spraw bez nieuzasadnionej zwłoki. Stanowi zatem konstrukcję prawną na którą składają się elementy procesowe, ustrojowe i materialne^[38]. W orzecznictwie TK podkreśla się, że na prawo do sądu składają się następujące elementy: prawo dostępu do sądu, czyli uruchomienia procedury sądowej, prawo do rzetelnej procedury sądowej zgodnej z wymogami sprawiedliwości, jawności i dwuinstancyjności (tzw. sprawiedliwość proceduralna^[39]) oraz prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia (wyroku)^[40], a także prawo do odpowiedniego

³⁵ Kazimierz Korzan, „Roszczenie procesowe jako przedmiot postępowania cywilnego w kontekście prawa do sądu i prawa do powództwa”, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Witolda Broniewicza. Symbolae Vitoldo Broniewicz dedicatae*, red. Andrzej Marciniak (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1998), 182.

³⁶ Tadeusz Ereciński, Karol Weitz, „Efektywność ochrony prawnej udzielanej przez sądy w Polsce”, *Przegląd Sądowy*, nr 3 (2005): 5. Ponadto TK w Uchwale z dnia 25 stycznia 1995 r. (W 14/94, OTK 1995, cz. I, s.219) zaznaczył, że „w państwie prawnym prawo do sądu nie może być rozumiane jedynie formalnie, jako dostępność do drogi w ogóle, lecz i materialnie, jako możliwość prawnie skutecznej ochrony praw na drodze sądowej”. Szerzej na temat dostępu do sądu zob. np. Katarzyna Flaga-Gruszyńska, „Dostęp do sądu a postulat humanizacji procesu cywilnego”, [w:] *Aurea praxis. Aurea theoria*, 2783-2806.

³⁷ Por. Wyrok TK z dnia 10 lipca 2000 r., SK 12/99, OTK 2000, nr 5, poz. 143.

³⁸ Por. Lech Garlicki, „Prawo do sądu”, [w:] *Prawa człowieka: model prawny*, red. Roman Wieruszewski (Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich-Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk 1991), 537-538, 540 i nast.

³⁹ Zbigniew Kmiecik wskazuje, że w literaturze krajowej oraz europejskiej, a także w judykaturze prawo do sądu jest zamiennie używane ze zwrotem „prawo do sprawiedliwego procesu sądowego” (*right to a fair trial*) – zob. Zbigniew Kmiecik, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne a prawo europejskie* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2010), 95.

⁴⁰ Z uzasadnienia Wyroku TK z dnia 8 kwietnia 2017 r., SK 22/11, OTK ZU4/A/2014, poz. 37.

ukształtowania ustroju organów sądowych^[41]. W zakresie postępowań dyscyplinarnych i prawa do sądu wskazuje się, że „We wszystkich postępowaniach o charakterze represyjnym prawo do sądu pełni rolę szczególną, gwarantującą kontrolę poszanowania praw i wolności obywatelskich przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”^[42]. Stąd jednym z elementów modeli postępowania dyscyplinarnego^[43] jest prawo do sądowej kontroli orzeczeń wydanych w tym postępowaniu. Podkreślenia przy tym wymaga, że kontrola sprawowana przez sądy administracyjne nie obejmuje „tzw. sfery celowości i co do zasady nie może polegać na merytorycznym rozstrzygnięciu spraw wniesionych do sądu administracyjnego w drodze skarg na decyzję administracyjną lub inny akt organu administracji”^[44].

4 | Przedmiot skargi do sądu administracyjnego, o którym mowa w art.318 p.s.w.n.

Przedmiotem skargi do sądu administracyjnego jest orzeczenie odwoławczej komisji dyscyplinarnej (art.318 p.s.w.n.), przy czym ustawodawca nie wskazał *expressis verbis* elementów orzeczenia, odsyłając do § 22 i 23 Rozporządzenia. Treść przepisu art.318 p.s.w.n. wymaga w pierwszej kolejności podkreślenia, że przedmiotem kontroli sądoadministracyjnej nie można uczynić rozstrzygnięcia komisji dyscyplinarnej orzekającej pierwszoinstancyjnie (komisji dyscyplinarnej). Po wtóre o dopuszczalności zaskarżenia orzeczenia odwoławczej komisji dyscyplinarnej przesądza jego istnienie, tzn. musi zostać wydane i doręczone. Odwoławcza komisja dyscyplinarna, rozpoznając odwołanie może wydać następujące orzeczenia: utrzymujące w mocy zaskarżone orzeczenie komisji dyscyplinarnej, uchylające zaskarżone orzeczenie komisji dyscyplinarnej w całości albo

⁴¹ Zob. Wyrok TK z dnia 16 grudnia 2008 r., P 17/07, OTK-A 2008, nr 10, poz. 179 oraz Wyrok TK z dnia 29 czerwca 2010 r., P 28/09, OTK-A 2010, nr 5, poz. 52.

⁴² Wyrok TK z dnia 19 maja 2003 r., K. 39/2003 r., OTK-A 2005, nr 3, poz. 27.

⁴³ Szerzej zob. Cezary Kulesza, „Ewolucja wybranych procedur dyscyplinarnych w świetle konwencyjnego i konstytucyjnego standardu prawa do sądu” *Białostockie Studia Prawnicze*, nr 1 (2017): 12.

⁴⁴ Leszek Leszczyński, „Praworządność jako kryterium sądowej kontroli stosowania prawa administracyjnego” *Rzeszowskie Studia Prawnicze*, nr 1 (2011): 390.

w części i w tym zakresie wydać orzeczenie co do istoty sprawy, uchylające zaskarżone orzeczenie komisji dyscyplinarnej w całości i przekazujące sprawę komisji dyscyplinarnej do ponownego rozpoznania. Natomiast jeżeli rozstrzygnięcie sprawy wymaga uzupełnienia postępowania dowodowego, odwoławcza komisja dyscyplinarna uchyla orzeczenie komisji dyscyplinarnej w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez inny skład orzekający komisji dyscyplinarnej, od której orzeczenia złożono odwołanie (§ 29 Rozporządzenia). W zakresie treści orzeczenia odwoławczej komisji dyscyplinarnej wskazać należy, że musi odnosić się konkretnie do zarzutów i wniosków odwołania wniesionego przez obwinionego studenta/ doktoranta^[45], co może mieć szczególnie istotne znaczenie dla sformułowania skargi do sądu administracyjnego. Jeśli orzeczenie zostało utrzymane w mocy albo orzeczono co do istoty sprawy, stanowi to impuls do rozpoczęcia postępowania wykonawczego. Prawomocne orzeczenie dyscyplinarne doręcza się rektorowi, który niezwłocznie po otrzymaniu prawomocnego orzeczenia komisji dyscyplinarnej zarządza wykonanie orzeczonej kary dyscyplinarnej.

Orzeczenia komisji odwoławczej nie są decyzjami administracyjnymi ani postanowieniami, ani nawet aktami administracyjnymi pomimo tego, że są wydawane w zakładzie administracyjnym, wobec destynatariuszy i ingerują w ich sferę praw i obowiązków, gdyż mogą przewidywać zastosowanie dolegliwości wskazanych ustawowo, wpływających na treść stosunku administracyjnoprawnego o charakterze zakładowym. Są wydawane przez organy pozasądowe (organy dyscyplinarne) działające w ramach zakładu administracyjnego jakim jest uczelnia wyższa, które są swoistymi organami quasi-sądowymi. Orzekają one stosując odpowiednio k.p.k, co wynika z celu postępowania dyscyplinarnego jakim jest orzekanie o winie i karze^[46]. Z uwagi na to, że w rezultacie przeprowadzenia postępowania dyscyplinarnego może zapaść rozstrzygnięcie, o konsekwencjach zbliżonych do tych, które wynikają z przeprowadzonego postępowania karnego, ustawodawca przewidział prawo do sądu, *ut supra*.

Na uwagę zasługuje także dyspozycja przepisu art. 318 p.s.w.n., wskazująca, że skarga do sądu administracyjnego przysługuje od prawomocnego orzeczenia odwoławczej komisji dyscyplinarnej. W tym kontekście w pierwszej kolejności refleksji wymaga problem prawomocności i ostateczności rozstrzygnięć. Pozornie mogłoby się wydawać – przyjmując jako

⁴⁵ Por. Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 28 lipca 2022 r., III SA/Gd 184/22, Legalis.

⁴⁶ Zob. Wyrok NSA z dnia 3 lipca 2015 r., I OSK 738/15, CBOSA.

punkt odniesienia – stanowisko NSA^[47], zgodnie z którym „zaskarżeniu do sądu administracyjnego podlegają akty zakładowe zewnętrzne, czyli rozstrzygnięcia, które mają znaczenie dla praw i obowiązków studenta, a przesądzające o nawiązaniu, odmowie nawiązania, przekształceniu bądź rozwiązaniu stosunku zakładowego” oraz w ślad za tym stanowiskiem, że skoro ustawodawca do kognicji sądów administracyjnych zaliczył sprawy kontroli orzeczeń odwoławczej komisji dyscyplinarnej, to aktualne pozostają ustalenia doktryny prawa administracyjnego w zakresie ostateczności i prawomocności. W szczególności bowiem to przedstawiciele doktryny prawa administracyjnego i postępowania administracyjnego dokonują wyraźnego rozróżnienia rozstrzygnięć ostatecznych od tych mających przymiot prawomocny, przede wszystkim z uwagi na „istotne następstwa dla określenia praw i obowiązków obywateli”^[48]. Z tego powodu podkreślenia wymaga, że instytucja ostateczności w odniesieniu do decyzji administracyjnej, jako podstawowej formy zakończenia postępowania administracyjnego, pojawiła się już w ustawie tymczasowej z dnia 2 sierpnia 1919 r. o organizacji władz administracyjnych II instancji^[49]. Następnie terminem tym posługiwał się ustawodawca w ustawie z dnia 1 sierpnia 1923 r. w sprawie środków prawnych od orzeczeń władz administracyjnych^[50] oraz Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym^[51] i w Kodeksie postępowania administracyjnego z 14 czerwca 1960 r. - pierwotnie w przepisie art. 12^[52], a później w art. 16^[53]. Należy przy tym przyjąć, że kryterium ostateczności decyzji ma charakter formalnoprawny^[54] i oznacza, że decyzja kończy postępowanie w sposób definitywny, a od niej samej nie przysługują zwykłe

⁴⁷ Postanowienie NSA z dnia 18 września 2012 r., I OSK 1583/12, Legalis nr 1107105.

⁴⁸ Tadeusz Barnat, „Ostateczność i prawomocność decyzji administracyjnych a ich wykonalność” *Państwo i Prawo*, z. 9 (1984): 81. Problem ten nie stanowi novum w nauce prawa i postępowania administracyjnego i zyskał na aktualności już na kanwie ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym z dnia 31 stycznia 1980 r., która stwarzała możliwość zaskarżania ostatecznej decyzji administracyjnych do sądu administracyjnego.

⁴⁹ Dz. Pr. P. P. 1919 r., nr 65 poz. 395.

⁵⁰ Dz. U. 1923 r., nr 91 poz. 712.

⁵¹ Dz. U. 1928 r., nr 36 poz. 341.

⁵² Dz. U. Nr 30 r., poz. 168 ze zm.

⁵³ T.j. z dnia 17 marca 1980 r. Dz. U. r., Nr 9, poz. 26.

⁵⁴ Waclaw Gelger, „Domniemanie ważności aktu administracyjnego w kodeksie postępowania administracyjnego” *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny*, z. 4 (1962): 50.

środki zaskarżenia^[55]. Przy czym „trwałość decyzji ostatecznych spełnia swe zadanie tylko wtedy, gdy decyzja nie jest dotknięta wadą [...]”^[56]. Podkreślenia wymaga, że z „przymiotem ostateczności decyzji łączy się tzw. domniemanie legalności, zgodnie z którym decyzja taka jest ważna i ma moc obowiązującą do czasu, aż nie zostanie zmieniona”^[57].

Pojęcie „prawomocności” pojawiło się w prawie administracyjnym później. Ustawodawca posłużył się nim w art.73 ust.2 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym, a następnie w pierwotnym brzmieniu k.p.a. w przepisie art. 190, zgodnie z którym decyzje określone w innych przepisach prawnych jako prawomocne uważa się za ostateczne, chyba że z przepisów tych wynika, iż dotyczą one takiej decyzji, która została utrzymana w mocy w postępowaniu sądowym bądź też nie została zaskarżona w tym postępowaniu z powodu upływu terminu do wniesienia skargi. W wyniku nowelizacji z 1980 r. ta sama treść przepisu znalazła się w art.269 k.p.a. Od 1 czerwca 2017 r. z brzmienia znowelizowanego art. 16, do którego dodano przepis § 3^[58] wynika, że decyzje ostateczne, których nie można zaskarżyć do sądu, są prawomocne. Decyzje prawomocne zatem to takie, w odniesieniu do których ustawodawca nie przewidział możliwości wniesienia środka zaskarżenia do sądu, wobec których upłynął termin do ich wniesienia lub w odniesieniu do których zostało wydane orzeczenie sądu. Należy zatem przyjąć, że decyzje prawomocne to także te decyzje ostateczne, które nie mogą stanowić przedmiotu kontroli sądów (w ogóle albo już). Prawomocność decyzji administracyjnej może mieć charakter materialny (brak możliwości zmiany aktu administracyjnego zarówno na wniosek strony, jak i przez organ z urzędu [tzw. niewzruszalność aktu^[59]]) lub formalny (akt nie może być uchylony ani zmieniony na skutek wniosku

⁵⁵ Szerzej zob. Agnieszka Ziółkowska, „Ostateczność a prawomocność decyzji administracyjnej” *Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Handlowej im. Króla Stefana Batorego Piotrków Trybunalski*, nr 5 (2008):19-34.

⁵⁶ Barbara Jaworska-Dębska, „O podstawach do wznowienia postępowania administracyjnego” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego*, seria I, z. 106 (1974): 83.

⁵⁷ Wojciech Chróścielewski, Jan Paweł Tarno, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi* (Warszawa: Wolters Kluwer 2004): 59, zob. Tadeusz Dziuk, „Klauzula ostateczności decyzji administracyjnej” *Państwo i Prawo*, nr 6 (2014): 53-65.

⁵⁸ Dz. U. z 2017 r., poz. 935.

⁵⁹ Agata Bartosiewicz, „Pojęcie ostateczności decyzji administracyjnej w świetle zastosowania wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy” *Krytyka Prawa*, nr1 (2014): 391.

strony i jest ona nią związana^[60]). Zakładając poprawność postawionej tezy oraz biorąc pod uwagę brzmienie art. 269 k.p.a., można byłoby przyjąć, że orzeczenia wydawane przez komisję dyscyplinarną wobec studenta lub doktoranta to decyzje prawomocne, przy czym prawomocność oznacza w tym przypadku synonim ostateczności. Niemniej takie rozumowanie jest niepoprawne, gdyż opiera się na fałszywym założeniu, traktującym orzeczenia komisji dyscyplinarnej jak akty wynikające z władztwa zakładowego, wydawane w oparciu o przepisy k.p.a. Tymczasem uwzględniając cel postępowania dyscyplinarnego nie można uznać tej procedury za ogólne postępowanie administracyjne prowadzone na podstawie kodeksu postępowania administracyjnego, a rozstrzygnięcia wydane w postępowaniu dyscyplinarnym prowadzonym w stosunku do studenta lub doktoranta nie można traktować jak decyzji wydanej w trybie kodeksu postępowania administracyjnego^[61]. Podkreślenia bowiem wymaga, że rozstrzygnięcie wydane przez komisję jest orzeczeniem wydawanym w procedurze określonej w p.s.w.n., w której w sposób odpowiedni stosuje się przepisy kodeksu postępowania karnego^[62], *ut supra*.

W konsekwencji powyższych ustaleń rozważania wymaga problem ostateczności i prawomocności w prawie karnym. Przedstawiciele doktryny zajmujący się procesem karnym wskazują, że „prawomocność to stan, w którym decyzja procesowa dotycząca określonej kwestii jest niepodważalna (ostateczna), co przejawia się, w zależności od przyjętego kryterium prawomocności, w niemożności jej zakwestionowania (zaskarżenia) w drodze zwyczajnych środków odwoławczych albo też w niemożności jej zmiany i uchylecia w drodze zwyczajnych środków odwoławczych”^[63]. Już Leon Schaff^[64], odrzucając tradycyjną koncepcję prawomocności formalnej i materialnej, mianem orzeczeń prawomocnych określał te, które

⁶⁰ Barbara Adamiak, Janusz Borkowski, „Ostateczność i prawomocność decyzji administracyjnej” *Państwo i Prawo*, z. 10 (1989): 49

⁶¹ Zbigniew R. Kmiecik, „Charakter prawny rozstrzygnięć organów szkół wyższych podejmowanych w sprawach studenckich”, [w:] *Specyfika postępowań administracyjnych w sprawach z zakresu szkolnictwa wyższego i nauki*, 293, Inaczej: Hubert Izdebski, Jan Michał Zieliński, *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019), 461.

⁶² Por. Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 3 lutego 2013 r., IV SA/Gl 474/10, *Legalis* nr 328553.

⁶³ Sławomir Steinborn, *Prawomocność części orzeczenia w procesie karnym* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2011), 45.

⁶⁴ Leon Schaff w: Leo Hochberg, Andrzej Murzynowski, Leon Schaff, *Komentarz do kodeksu karnego* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1955), 28.

są nieodwołalne, niewzruszalne i wykonalne. Z kolei Jan Haber, przedstawiając istotę prawomocności, wskazał, że stanowi ją „utrwalenie z mocy ustawy i to w sposób niewzruszalny, w drodze zwyczajnych środków odwoławczych, pewnych skutków prawnych, orzeczonych w rozstrzygnięciu kończącym proces na tle przyjętej w tym orzeczeniu konkluzji faktycznej”^[65]. Jej celem jest nie tylko troska o bezpieczeństwo prawne i stałość stosunków prawnych, ale także ochrona indywidualnych praw jednostki^[66]. Prawomocności w postępowaniu karnym może być analizowana w aspekcie formalnym (brak możliwości zaskarżenia decyzji procesowej za pomocą zwykłych środków zaskarżenia) i materialnym (brak możliwości wszczęcia albo przeciwko określonej osobie o ten sam czyn)^[67].

Niefortunne, jak się pozornie wydaje, brzmienie przepisu art. 318 p.s.w.n. mogłoby sugerować, że skarga do sądu administracyjnego stanowi nadzwyczajny środek prawny, jako że przysługuje od prawomocnego orzeczenia odwoławczej komisji dyscyplinarnej. Tymczasem jest to środek prawny inicjujący kontrolę sądowoadministracyjną wydanego rozstrzygnięcia odwoławczej komisji dyscyplinarnej (art. 318 p.s.w.n. z zw. art.3 §3 p.p.s.a). Komisja ta orzeka stosując odpowiednio przepisy k.p.k., w którym funkcjonuje pojęcie prawomocności, co implikuje zastosowaniem tej formuły w p.s.w.n.

5 | Postępowanie przed sądem administracyjnym w sprawach dyscyplinarnych

Jak podkreślono w Uchwale NSA z dnia 26 października 2009 r., „Prawo do sądu w sprawach administracyjnych powinno przysługiwać każdemu obywatelowi (lub innemu podmiotowi prawnemu) w takim zakresie, w jakim chce on z prawa tego skorzystać, procedura sądowoadministracyjna

⁶⁵ Jan Haber, „Istota prawomocności w prawie procesowym karnym” *Zeszyty Prawnicze Polskiej Akademii Nauk*, nr 1 (1960): 165.

⁶⁶ Jan Haber, „Prawomocność orzeczenia a jego motywy w prawie procesowym karnym” *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny*, nr 4 (1961): 56.

⁶⁷ Zob. Andrzej Murzynowski, „Prawomocność orzeczeń sądowych jako przesłanka kasacji”, [w:] *Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Zbigniewa Dody*, red. Andrzej Gaberle, Stanisław Waltoś (Kraków: Wydawnictwo Zakamycze, 2000): 193.

powinna zapewniać możliwość zaskarżenia każdego aktu administracyjnego kształtującego sferę praw i wolności danego podmiotu, zaś sąd administracyjny musi mieć możliwość rzeczywistego (niezależnego od innych czynników) wyeliminowania z obrotu prawnego zaskarżonego aktu lub czynności, gdy stwierdzi, że zostały wydane (podjęte) z naruszeniem prawa”^[68]. Uchwała ta zachowuje swoją aktualność także w innych sprawach przekazanych do kognicji sądów administracyjnych (art.3 §3 p.p.s.a), w tym do orzeczeń odwoławczych komisji dyscyplinarnych, na które w przepisie art. 318 p.s.w.n. ustawodawca *expressis verbis* przewidział dopuszczalność skargi do sądu administracyjnego.

Miernikiem kontroli sądownoadministracyjnej w tych przypadkach jest zgodność z prawem. W konsekwencji badaniu w postępowaniu sądownoadministracyjnym podlega prawidłowość zastosowania przepisów prawa w odniesieniu do istniejącego w sprawie stanu faktycznego oraz trafność wykładni przepisów zarówno materialnych, jak i procesowych, nie zaś słuszność wydanego orzeczenia. Sądowa kontrola orzeczenia dyscyplinarnego w części dotyczącej kary sprowadza się wyłącznie do oceny, czy organy przestrzegały reguł procedowania, w tym ustawowych dyrektyw wymiaru kary. Sąd nie może natomiast ingerować w uprawnienia zastrzeżone wyłącznie dla organu prowadzącego postępowanie dyscyplinarne i oceniać celowości czy słuszności zastosowanych wobec studenta/doktoranta sankcji^[69]. Brak nawet lakonicznej regulacji w p.s.w.n. w zakresie dodatkowych kryteriów kontroli oraz przepisów dotyczący wniesienia skargi do sądu administracyjnego oznacza, że kontrola sądownoadministracyjna orzeczeń wydanych w postępowaniu dyscyplinarnym wobec studenta lub doktoranta odbywa się w trybie i na zasadach określonych w ustawie Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi^[70]. Aktualne w tym zakresie zatem pozostają zarówno wymagania formalne wniesienia skargi, terminy, jak i regulacje dotyczące podmiotów legitymowanych do jej wniesienia. W konsekwencji należy przyjąć, że skarga może zostać wniesiona przez każdego, kto ma w tym interes prawny, strony (studenta/doktoranta oraz rzecznika dyscyplinarnego), prokuratora, Rzecznika Praw Obywatelskich, Rzecznik Praw Dziecka, oraz organizację społeczną

⁶⁸ Z uzasadnienia Uchwały NSA z dnia 26 października 2009 r., I OPS 10/09, ONSA i WSA 2010 nr 1, poz. 1.

⁶⁹ Por. wyrok NSA z dnia 28 lutego 2018 r., I OSK 926/16.

⁷⁰ Ustawa z 30 sierpnia 2002 r., tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1634 ze zm., dalej: p.p.s.a.

w zakresie jej statutowej działalności, w sprawach dotyczących interesów prawnych innych osób, jeżeli brała udział w postępowaniu (art. 50 § 1 p.p.s.a.). W postępowaniu sądowoadministracyjnym obowiązuje zasada kontradiktoryjności^[71], a to z uwagi na spór, w którym jeden podmiot domaga się udzielenia mu ochrony prawnej i drugi – którego działanie bądź zaniechanie stało się przyczyną poszukiwania ochrony. W praktyce najczęściej skarga do sądu administracyjnego na orzeczenia dyscyplinarne jest wnoszona przez studenta/doktoranta lub rzecznika dyscyplinarnego. Podkreślenia wymaga, że wniesienie skargi do sądu skutkuje zrównaniem pozycji procesowych^[72] w przeciwieństwie do uprzedniego postępowania dyscyplinarnego. W postępowaniu sądowoadministracyjnym w sprawach dyscyplinarnych sąd dokonuje oceny statusu skarżącego badając jego zdolność sądową (art. 25 § 1–4 p.p.s.a) oraz zdolność procesową (art. 26 § 1 i 2 p.p.s.a.). Pozostałe podmioty wymienione w art. 50 § 1 p.p.s.a., tj. prokurator, RPO, RPD i organizacja społeczna, mogą wnieść skargę w sprawach dyscyplinarnych na zasadach ogólnych^[73]. Student/doktorant może w postępowaniu samodzielnie występować lub ustanowić pełnomocnika. Należy przy tym zauważyć, że obrońca z postępowania dyscyplinarnego prowadzonego wobec studenta lub doktoranta, będący innym studentem/doktorantem, zasadniczo nie może pełnić tej roli procesowej w postępowaniu sądowoadministracyjnym, chyba że spełnia warunki, o których mowa w art. 35 p.p.s.a. i reprezentacja w postępowaniu sądowoadministracyjnym została określona w treści pełnomocnictwa (z wyjątkiem czynności, dla których ustawodawca przewidział przymus adwokacko-radcowski). Student lub doktorant może wnosić o przyznanie mu pełnomocnika z urzędu w ramach prawa pomocy i może to uczynić na każdym etapie postępowania sądowoadministracyjnego. Wniosek może dotyczyć przyznania prawa pomocy w postaci zwolnienia z kosztów sądowych oraz ustanowienia profesjonalnego pełnomocnika (art. 244 § 1 p.p.s.a.). Oba uprawnienia strony w tym zakresie mają charakter rozłączny, za czym w szczególności przemawia treść art. 245 § 3 i 4 p.p.s.a. We wniosku o przyznanie prawa pomocy w zakresie ustanowienia profesjonalnego pełnomocnika należy

⁷¹ Zob. Marta Romańska w: *Postępowanie sądowoadministracyjne*, red. Tadeusz Woś (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 194.

⁷² Marcin Dąbrowski, „Prawo o sądu administracyjnego w świetle standardów wynikających z treści art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej” *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, nr 3 (2016): 114; Dorota Sylwestrzak, *Ochrona praw jednostki przed sądem administracyjnym w sprawach dyscyplinarnych* (Warszawa: C. H. Beck, 2020), 337–338.

⁷³ Sylwestrzak, *Ochrona praw jednostki przed sądem*, 314.

nadto wskazać, o jakiego pełnomocnika wnioskujący wnosi (adwokata, radcę prawnego). Ustanowienie profesjonalnego pełnomocnika w ramach prawa pomocy w trybie art. 244 p.p.s.a jest równoznaczne z udzieleniem pełnomocnictwa. W tej sytuacji nie jest konieczne dołączenie do akt sprawy pełnomocnictwa z podpisem mocodawcy. Zgodnie z dyspozycją art. 247 p.p.s.a. prawo pomocy nie przysługuje stronie w razie oczywistej bezzasadności skargi.

Co do zasady skarga do sądu administracyjnego jest dopuszczalna po wyczerpaniu środków zaskarżenia, jeżeli służyły one skarżącemu w postępowaniu przed organem właściwym w sprawie. W odniesieniu do przedmiotowych orzeczeń oznacza to, że student lub doktorant musi wykorzystać środek prawny przewidziany w p.s.w.n., czyli odwołanie. Skarga powinna zostać wniesiona w terminie trzydziestu dni od dnia doręczenia skarżącemu rozstrzygnięcia w sprawie, przy czym prokurator i RPO mogą wnieść skargę w terminie sześciu miesięcy od dnia doręczenia stronie rozstrzygnięcia w sprawie indywidualnej (art. 53 § 3 p.p.s.a.). Uchybienie terminowi do wniesienia skargi skutkuje jej odrzuceniem w trybie art. 58§1 pkt 2 p.p.s.a. Właściwym miejscowo wojewódzkim sądem administracyjnym do rozpatrzenia skargi na prawomocne orzeczenie odwoławczej komisji dyscyplinarnej jest ten sąd, na którego obszarze właściwości ma siedzibę uczelnia, w której odwoławcza komisja dyscyplinarna wydała orzeczenie wobec studenta lub doktoranta, stanowiące przedmiot zaskarżenia.

Skargę wnosi się w formie papierowej lub elektronicznej do właściwego sądu administracyjnego za pośrednictwem organu, którego działanie jest przedmiotem skargi, czyli za pośrednictwem odwoławczej komisji dyscyplinarnej. Komisja przekazuje skargę sądowi wraz z kompletnymi i uporządkowanymi aktami sprawy i odpowiedzią na skargę, w postaci papierowej lub elektronicznej, w terminie trzydziestu dni od dnia jej otrzymania. Może także w zakresie swojej właściwości uwzględnić skargę w całości w terminie trzydziestu dni od dnia jej otrzymania (art. 54 § 3 p.p.s.a. – w ramach uprawnień autokontrolnych). Skarga powinna czynić zadość wymaganiom pisma w postępowaniu sądowym określone w art. 46 p.p.s.a. i art. 57 p.p.s.a., a ponadto powinna wskazywać zaskarżone rozstrzygnięcie, oznaczenie komisji dyscyplinarnej, której skarga dotyczy, oraz określać naruszenie prawa lub interesu prawnego, czyli wskazywać przyczyny, które uzasadniają wniesienie skargi do sądu administracyjnego. W skardze mogą znaleźć się również dodatkowe wnioski skarżącego (np. wniosek o wstrzymanie wykonania zaskarżonego rozstrzygnięcia, co pojawia się najczęściej w przypadku najsurowszych kar dyscyplinarnych)

oraz żądania strony. Wniesienie skargi do sądu administracyjnego nie wymaga od skarżącego zachowania przymusu adwokacko-radcowskiego. Skarżący ma obowiązek uiścić stały wpis od skargi^[74], chyba że jednocześnie wnosi o przyznanie prawa pomocy *ut supra*. Po wniesieniu skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego dokonuje się badania jej poprawności formalnoprawnej, a w razie uchybień uruchamia się postępowanie naprawcze (art. 49 p.p.s.a.). W przypadku nieusunięcia wad formalnych skargi w wyznaczonym terminie sąd w trybie art. 58 § 1 pkt 3 p.p.s.a. odrzuca skargę w formie postanowienia.

Wniesienie skargi w świetle art. 61 § 1 p.p.s.a. nie wstrzymuje wykonania zaskarżonego orzeczenia. Niemniej po przekazaniu sądowi skargi sąd może na wniosek skarżącego wydać postanowienie o wstrzymaniu wykonania w całości lub w części aktu, jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków (art. 61 § 3 p.p.s.a.) – tzw. tymczasowa ochrona. Sąd administracyjny powinien rozważyć zastosowanie tej instytucji zwłaszcza w przypadku orzeczenia w postępowaniu dyscyplinarnym wobec studenta lub doktoranta kary zawieszenie w określonych prawach studenta/doktoranta na okres do 1 roku albo wydalenia z uczelni (art. 308 pkt 4-5 p.s.w.n.). Skutkiem zastosowania środka tymczasowej ochrony jest bowiem jest zabezpieczenie interesów strony przez wstrzymanie wykonalności zaskarżonego orzeczenia dyscyplinarnego do czasu zakończenia postępowania przed sądem.

Przejawem zasady kontrydiktoryjności (*ut supra*) w postępowaniu sądowoadministracyjnym jest także prawo zajęcia stanowiska w odniesieniu do skargi i odpowiedzi na skargę. Doznaje jednak ona ograniczeń zakresie inicjatywy dowodowej. Pomimo zagwarantowania stronie prawa do złożenia wniosku dowodowego, zgodnie z treścią art. 106 § 3 p.p.s.a. jedynie w drodze wyjątku sąd administracyjny może przeprowadzić uzupełniające postępowanie dowodowe w razie wystąpienia istotnych wątpliwości co do zgodności z prawem zaskarżonego aktu, a nie co do prawidłowości poczynionych w postępowaniu administracyjnym ustaleń faktycznych. Postępowanie dowodowe i dokonywanie w jego trakcie ustaleń faktycznych przez sąd administracyjny jest dopuszczalne jedynie w powyższym zakresie. Możliwość ich przeprowadzenia uzależniona jest od uznania

⁷⁴ W wysokości 200 zł (§ 2 ust.6 Rozporządzenia RM w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi z dnia 16 grudnia 2003 r., t. j. Dz. U. z 2021 r., poz.535 ze zm.), dalej: Rozporządzenie.

sądu, który postępowanie takie przeprowadzić może, lecz nie musi^[75], jest to bowiem uprawnienie a nie obowiązek sądu.

W postępowaniu sadowoadministracyjnym dotyczącym spraw dyscyplinarnych rozważenia wymaga możliwość przeprowadzenia postępowania mediacyjnego, o którym mowa w przepisach art. 115-118 p.p.s.a. Celem mediacji jest przyspieszenie postępowania, gdyż działania podjęte przez mediatora powinny umożliwić stronom zdobycie niezbędnej wiedzy, wyjaśnienie i rozważenie okoliczności faktycznych i prawnych sprawy oraz przyjęcie przez strony ustaleń co do sposobu jej załatwienia w granicach obowiązującego prawa, co ma bezpośrednio przełożyć się na szybkie zakończenie postępowania sadowoadministracyjnego. Waleń ten może mieć istotne znaczenie dla studenta czy doktoranta, tym bardziej że p.s.w.n. nie przewiduje *expressis verbis* mediacji w postępowaniu przed komisją dyscyplinarną studentów. Postępowanie mediacyjne może być przeprowadzone tak na wniosek (złożony przed wyznaczeniem rozprawy), jak i z inicjatywy sądu, gdy uzna to za celowe, a żadna ze stron nie wystąpiła z wnioskiem (bez ograniczenia terminem ani innymi warunkami procesowymi). W wyniku postępowania mediacyjnego organ dyscyplinarny może uchylić lub zmienić zaskarżone rozstrzygnięcie. Jak podkreśla się jednak w doktrynie, „z uwagi na charakter spraw oraz charakter sądownictwa administracyjnego (sąd typu kasacyjnego), niemożność uzyskania wyroku uniewinniającego, ta forma rozstrzygnięcia sporu ma iluzoryczny charakter”^[76].

Sąd administracyjny nie jest związany zarzutami i wnioskami zawartymi w skardze złożonej przez legitymowany podmiot będąc jednocześnie związany przedmiotem sprawy, co wynika z przyjętego w postępowaniu sadowoadministracyjnym kryterium legalności kontroli z przewagą zasady oficjalności^[77]. Brak związania zarzutami podniesionymi w skardze oznacza, że sąd ma nie tylko prawo, ale obowiązek dokonania oceny zgodności z prawem zaskarżonego aktu administracyjnego nawet wówczas, gdy dany zarzut nie został podniesiony w skardze, np. powinien dostrzec naruszenie prawa, które nie były powołane przez skarżącego, a które sąd

⁷⁵ Wyrok NSA z dnia 22 września 2023 r., III OSK 2872/21, Legalis.

⁷⁶ Sylwestrzak, *Ochrona praw jednostki przed sądem administracyjnym*, 345.

⁷⁷ Małgorzata Jaśkowska, „Rozstrzygnięcia podejmowane w postępowaniu sadowoadministracyjnym w pierwszej instancji”, [w:] *Postępowanie sadowoadministracyjne*, red. Małgorzata Jaśkowska, Marcin Masternak, Eugeniusz Ochendowski, (Warszawa: Wolters Kluwer, 2010): 212.

pierwszej instancji zobowiązany jest uwzględnić z urzędu^[78]. Niemniej niezaskarżona część orzeczenia dyscyplinarnego nie podlega ocenie sądu administracyjnego. Ponadto „sąd administracyjny, kontrolując rozstrzygnięcia dyscyplinarne, obowiązany jest uwzględniać instytucje oraz funkcje procesu karnego, do których następuje odesłanie w poszczególnych ustawach”^[79], co ma istotne znaczenie w postępowaniu sądownoadministracyjnym, którego przedmiotem jest zaskarżone orzeczenie dyscyplinarne. Sąd administracyjny jest związany granicami sprawy. Nie może uczynić przedmiotem rozpoznania legalności innej sprawy niż ta, w której wniesiono skargę. W konsekwencji sąd nie może wkraczać w sprawę nową, w stosunku do tej, która była albo powinna być przedmiotem postępowania dyscyplinarnego^[80].

W świetle art. 134§ 2 p.p.s.a sąd nie może wydać orzeczenia na niekorzyść skarżącego, chyba że stwierdzi naruszenie prawa skutkujące stwierdzeniem nieważności zaskarżonego aktu lub czynności. W doktrynie podkreśla się, że:

mając na uwadze charakter w szczególności reguły in peius w procedurze karnej, sąd administracyjny w przypadku stwierdzenia tego rodzaju uchybień może jedynie wydać wyrok uchylający na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. b PostAdmU. Należy podzielić pogląd, że zakaz reformationis in peius nie będzie wiążący dla sądu, również w sytuacji stwierdzenia innych uchybień procesowych i uchylenia rozstrzygnięcia na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. c PostAdmU^[81].

Jeżeli sąd administracyjny uwzględni skargę to wydaje wyrok, w którym uchyla lub stwierdza bezskuteczność orzeczenia odwoławczej komisji dyscyplinarnej. Wojewódzki sąd administracyjnym natomiast nie orzeka w sprawach dyscyplinarnych w sposób merytoryczny. W razie uwzględnienia skargi na rozstrzygnięcie nie wywołuje ono skutków prawnych do chwili uprawomocnienia się wyroku, czyli do czasu upływu terminu trzydziestu dni liczonego od dnia doręczenia stronie odpisu orzeczenia z uzasadnieniem na wniesienie skargi kasacyjnej do NSA, chyba że sąd postanowi

⁷⁸ Zob. np. Wyrok NSA z dnia z dnia 8 lipca 2021 r., III FSK 3744/21, Legalis nr 2603779, Wyrok NSA z dnia 1 lipca 2021 r., II OSK 3256/18, Legalis nr 2604015.

⁷⁹ Wyrok NSA z dnia 5 grudnia 2006 r., I OSK 472/06, Legalis.

⁸⁰ Por. np. Wyrok NSA z dnia 28 lipca 2023 r. II FSK 1056/22, Legalis.

⁸¹ Sylwestrzak, *Ochrona praw jednostki przed sądem administracyjnym*, 381.

inaczej. Natomiast jeżeli sąd nie uwzględni skargi w całości albo w części to oddali skargę odpowiednio w całości albo w części (art. 151 p.p.s.a.). Oznacza to, że przeprowadzona sądowa kontrola zgodności z prawem zaskarżonego aktu nie ujawniła wad postępowania, które obligowałyby sąd do wydania innego rozstrzygnięcia w sprawie. Podkreślenia wymaga, że przepis art. 151 p.p.s.a. nie może stanowić samodzielnej podstawy kasacyjnej, ale może zostać powiązany z innymi przepisami prawa materialnego lub procesowego, których naruszenie skutkowało nieuwzględnieniem skargi w wyniku kontroli sądowoadministracyjnej^[82]. Sąd administracyjny zatem

dokonując kontroli rozstrzygnięć dyscyplinarnych, [...] jest kompetentny do badania i oceny wszystkich elementów sprawy, co sprawia, że sąd, wydając wyrok kasacyjny, również rozpoznaje istotę sprawy przez uwzględnienie skargi (art. 145 § 1 i 3 PostAdmU) bądź jej oddalenie (art. 151 PostAdmU)^[83].

W postępowaniu sądowoadministracyjnym w sprawach dyscyplinarnych nie znajduje zastosowania przepis art. 145 § 1 pkt 2 (z uwagi na brak w p.s.w.n. przepisów, które przewidujących sankcję stwierdzenia nieważności orzeczenia dyscyplinarnego wydanego w stosunku do studenta/doktoranta) ani art. 145a p.p.s.a. (dotyczący wyroku zobowiązującego).

Od wyroków wojewódzkiego sądu administracyjnego lub postanowień kończących postępowanie w sprawie, z wyłączeniem przypadków, o których mowa w art. 173§1 p.p.s.a., przysługuje skarga kasacyjna. Stanowi ona w postępowaniu sądowoadministracyjnym środek zaskarżenia oparty o model kasacyjny, gdyż jej uwzględnienie skutkuje uchyleniem zaskarżonego orzeczenia. Skarga kasacyjna może zostać wniesiona przez stronę od wyroku po doręczeniu jej odpisu wyroku wraz z uzasadnieniem, o sporządzenie którego strona złożyła wniosek, zgodnie z przepisem art. 141 § 2 p.p.s.a. Zgodnie z treścią przepisu zawartego w art. 173 § 2 p.p.s.a. skargę kasacyjną może wnieść także prokurator, Rzecznik Praw Obywatelskich po doręczeniu im odpisu orzeczenia z uzasadnieniem. Prawo do wniesienia skargi kasacyjnej przysługuje zgodnie z treścią przepisu zawartego w art. 33 p.p.s.a. (w zw. z art. 12 p.p.s.a.) także uczestnikom na prawach strony. Podmiot, który przystąpił do postępowania sądowego w sprawie ze skargi innego podmiotu, ma legitymację do wniesienia skargi kasacyjnej

⁸² Por. np. Wyrok NSA z dnia 20 maja 2021 r., I OSK 198/21, Legalis nr 2588741, Wyrok NSA z dnia 10 marca 2021 r., II OSK 376/19, Legalis nr 2616793.

⁸³ Sylwestrzak, *Ochrona praw jednostki przed sądem administracyjnym*, 401-402.

także wtedy, gdy ten inny podmiot nie korzysta z prawa do wniesienia skargi kasacyjnej^[84]. Naczelny Sąd Administracyjny, w przeciwieństwie do sądów pierwszoinstancyjnych, jest związany zarówno granicami skargi kasacyjnej (bierze jednak z urzędu pod rozwagę nieważność postępowania, a strony mogą przytaczać nowe uzasadnienie podstaw kasacyjnych – art. 183 § 1 p.p.s.a), jak i granicami orzekania (rozpoznając skargę kasacyjną uchyla wyrok także w części niezaskarżonej, jeżeli zachodzi nieważność postępowania – art. 186 p.p.s.a.). W świetle art. 174 p.p.s.a. skargę kasacyjną można oprzeć na następujących podstawach: naruszeniu prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie albo naruszeniu przepisów postępowania, jeżeli uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Skarga kasacyjna wyznacza zakres kontroli instancyjnej. Wnosi się ją do sądu, który wydał zaskarżony wyrok lub postanowienie, w terminie trzydziestu dni od dnia doręczenia odpisu orzeczenia z uzasadnieniem. Termin ten zaczyna bieg od daty doręczenia wyroku z uzasadnieniem. Wniesienie skargi kasacyjnej wyznacza początek postępowania międzyinstancyjnego w postępowaniu sądowoadministracyjnym^[85], przy czym skuteczność wniesienia, jest jednak uzależniona od uzyskania uzasadnienia orzeczenia. W świetle regulacji art. 176 p.p.s.a. skarga kasacyjna jest wysoce sformalizowanym, szczególnym, środkiem prawnym, co przekłada się na jej elementy składowe. Niemniej powinna czynić zadość także wymaganiom stawianym zwykłemu pismom w postępowaniu sądowym (wymaganiom formalnym), jak również przewidzianym dla niej wymaganiom, tzn. powinna zawierać, oprócz innych wymogów, także: oznaczenie zaskarżonego orzeczenia ze wskazaniem, czy jest ono zaskarżone w całości, czy w części; przytoczenie podstaw kasacyjnych i ich uzasadnienie (art.174 p.p.s.a. – to tzw. wymagania materialne (konstrukcyjne) skargi kasacyjnej)^[86]; wniosek o uchylenie lub zmianę orzeczenia z oznaczeniem zakresu żądanego uchylenia lub zmiany. Niespełnienie tych wymagań szczególnych, przewidzianych tylko dla skargi kasacyjnej, stanowi wadliwość w zakresie elementów konstrukcyjnych, która nie podlega sanacji i powoduje, że jest ona dotknięta jest brakiem istotnym i nienaprawialnym, a w związku z tym podlega odrzuceniu jako niedopuszczalna. Skarga kasacyjna powinna być sporządzona

⁸⁴ Wyrok NSA z dnia 4 listopada 2015 r., II GSK 1706/15, LEX nr 1990500.

⁸⁵ Szerzej zob. Agnieszka Ziółkowska, *Postępowanie międzyinstancyjne w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, Katowice 2019.

⁸⁶ Niemniej strony mogą przytaczać nowe uzasadnienie podstaw kasacyjnych.

przez adwokata lub radcę prawnego, z wyjątkami określonymi w art. 175 § 2-3 p.p.s.a. Wymóg zachowania przymusu adwokacko-radcowskiego ma gwarantować odpowiedni poziom formalny i merytoryczny skargi kasacyjnej. Także w tym przypadku student/doktorant może wnosi o przyznanie prawa pomoc, *ut supra*. Wniesienie skargi kasacyjnej jest związane z koniecznością uiszczenia wpisu (§3 Rozporządzenia). NSA rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej, bierze jednak z urzędu pod rozwagę nieważność postępowania (art. 183 §2 p.p.s.a.). Po rozpoznaniu skargi kasacyjnej wydaje wyrok oddalający skargę (art. 184 p.p.s.a.) lub ją uwzględniający (art. 185 p.p.s.a.). W razie uwzględnienia skargi kasacyjnej, NSA, uchylając zaskarżone orzeczenie, rozpoznaje skargę, jeżeli uzna, że istota sprawy jest dostatecznie wyjaśniona (rozstrzygnięcie merytoryczno-reformatoryjne – art. 188 p.p.s.a.). Od wyroku wydanego przez NSA nie przysługują dalsze środki odwoławcze.

6 | Podsumowanie

Postępowanie dyscyplinarne prowadzone wobec studentów i doktorantów oznacza reakcję uczelni wyższej na czyny naruszające przepisy obowiązujące w uczelni oraz czyny uchybiające godności studenta/doktoranta. Nie może być bowiem przyzwolenia na zachowania pozostające w sprzeczności z obowiązującym systemem prawnym (powszechnym i wewnętrznym) lub etyką akademicką. Odpowiedzialność tej najliczniejszej grupy destynatariuszy uczelni wyższych ma charakter represyjny, zbliżony do odpowiedzialności karnej.

Postępowanie dyscyplinarne prowadzone za czyny określone w art. 307 p.s.w.n. nie zostało w sposób kompleksowy uregulowane w p.s.w.n. W procedurze tej odpowiednie stosowanie znajduje kodeks postępowania karnego, co czyni ją dla podmiotów, wobec których jest prowadzone, postępowaniem trudnym, zawiłym i niejasnym. Podkreślić przy tym należy, że procedura dyscyplinarna regulowana jest nie tylko w aktach normatywnych rangi ustawowej, ale również w rozporządzeniu, co dla obwinionego, niebędącego prawnikiem, może wywoływać trudności chociażby wynikające z hierarchii tychże w systemie źródeł prawa. Obawa ta zachowuje aktualność w odniesieniu do nieprawniczego składu komisji. Problem rozeznania się w zawiłości proceduralnej jest potęgowany kontrolą sprawowaną przez

sądy administracyjne w trybie ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

Postępowanie dyscyplinarne jako procedura represyjna może wiązać się dla studenta lub doktoranta z negatywnymi konsekwencjami przejawiającymi się w orzeczeniu jednej z katalogu kar dyscyplinarnych, o których mowa w art. 308 p.s.w.n., od upomnienia, przez naganę, naganę z ostrzeżeniem, zawieszenie w określonych prawach studenta na okres do 1 roku, aż po wydalenie z uczelni. Przewidziana w postępowaniu dyscyplinarnym prowadzonym w stosunku do studenta lub doktoranta instancyjność – mająca charakter procesowy i będąca mechanizmem za pomocą którego państwo gwarantuje prawidłowość i sprawiedliwość orzeczeń, a wyrażająca się w możliwości wniesienia odwołania od orzeczenia komisji dyscyplinarnej do komisji odwoławczej – nie jest wystarczającą instytucją gwarantującą poprawność wydanego orzeczenia. Z tego powodu ustawodawca zdecydował się na wyposażenie, przede wszystkim obwinionego, w możliwość uruchomienia kontroli sądowej. Już bowiem w Wyroku TK z dnia 27 lutego 2001 r.^[87] podkreślono, że przyjęcie koncepcji procedury dyscyplinarnej, w której sąd posiada uprawnienie do kontroli poprawności postępowania dyscyplinarnego, a w konsekwencji do uchylenia wydanego orzeczenia komisji dyscyplinarnej, gwarantuje wystarczający standard ochrony konstytucyjnej. W odniesieniu do orzeczeń odwoławczej komisji dyscyplinarnej kontrolę taką sprawują właściwe wojewódzkie sądy administracyjne, orzekające w pierwszej instancji na skutek wniesienia skargi przez legitymowany podmiot. Zagwarantowanie kontroli sądowej orzeczeń odwoławczej komisji dyscyplinarnej stanowi emanację zasady prawa do sądu, wpływającej zarówno z regulacji konstytucyjnej (art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2), jak i aktów prawa międzynarodowego, w tym z art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r.^[88] Walorem przewidzianej w postępowaniu sądowoadministracyjnym ochrony prawnej studenta/doktoranta jest zarówno efektywność, jak i jej rzeczywistość, wyrażająca się w instytucjach przewidzianych w p.p.s.a. – w tym m.in. instytucja tymczasowej ochrony prawnej, pomoc prawna – oraz jego zrównanej pozycji procesowej względem rzecznika dyscyplinarnego. Z braku odrębnych przepisów w p.s.w.n. kontrola sądowoadministracyjna odbywa się na zasadach określonych w p.p.s.a.

⁸⁷ K 22/00, OTK ZU 2001/3/48.

⁸⁸ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz.284.

W świetle przyjętego systemu kontroli sądownoadministracyjnej sąd ten ocenia, czy rozstrzygnięcie organu dyscyplinarnego jest zgodne z przepisami proceduralnymi oraz materialnymi, a w przypadku stwierdzenia uchybień – wydaje wyrok uchylający rozstrzygnięcie. Z tego powodu w odniesieniu do sądów administracyjnych sprawujących kontrolę orzeczeń dyscyplinarnych wydawanych w odniesieniu do studentów i doktorantów w trybie p.s.w.n. aktualizuje się wielokrotnie podnoszona w doktrynie^[89] potrzeba zmiany modelu orzeczeń na model merytoryczny, w którym sądy administracyjne są nie tylko sądami prawa, lecz również dokonują oceny stanu faktycznego oraz ustalają czy zachodzą okoliczności egzoneracyjne. Postulat ten wydaje się ważny i wymagający pogłębionej refleksji także z powodu braku ustawowego wymogu co do wykształcenia składu komisji, w której składzie nie muszą zasiadać osoby będące prawnikami (vide art. 311 p.s.w.n.). W praktyce zdarza się, że uczelnie wyższe nieprowadzące kierunku prawo, zatrudniają radców prawnych na stanowisku nauczycieli akademickich i powołują do uczelnianych komisji dyscyplinarnych. Podkreślenia wymaga, że odpowiednie stosowanie przepisów postępowania karnego, wymaga od składu orzekającego ogromnej uwagi, a nie tylko literalnego stosowania przepisów. Z tego powodu orzekanie merytoryczne sądów administracyjnych w sprawach dyscyplinarnych, wydaje się stanowić wzmocnienie gwarancji ochrony praw studenta/doktoranta. Rzecz oczywista, zmiana modelu orzekania oznaczałaby uwzględnianie przez sądy administracyjne innych kryteriów niż legalność, np. dotkliwość orzeczonej kary czy jej celowość. Rewizja w zakresie kontroli wymierzania kar dyscyplinarnych może oznaczać także konieczność rozważenia dopuszczenia w ograniczonym zakresie prowadzenia postępowania dowodowego w postępowaniu sądownoadministracyjnym, przy jednoczesnym zachowaniu dotychczasowej regulacji dopuszczającej przeprowadzenie uzupełniającego postępowania dowodowego przez sąd administracyjny wówczas, gdy dowód pozostaje w związku z oceną legalności zaskarżonego aktu^[90]. Wydaje się to być szczególnie pilne i ważne zwłaszcza, w przypadkach orzeczenia w postępowaniu dyscyplinarnym kar najbardziej dotkliwych. W obecnym modelu kontroli

⁸⁹ Zob. Agnieszka Ziółkowska, „Sądownoadministracyjna kontrola kar administracyjnych na Słowacji – przyczynek do dyskusji o potrzebie zmian w ustawie Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi” *Zeszyty Prawnicze BAS* nr 3 (2021): 11-36.

⁹⁰ Por. Wyrok NSA z dnia 23 czerwca 2020 r., I OSK 2003/19, *Legalis* nr 2422702.

sądów administracyjnych wyłączona jest możliwość „zastąpienia organu dyscyplinarnego”, z powodu braku możliwości orzekania reformatoryjnego. W konsekwencji „sąd administracyjny nie będzie uprawniony do wydania wyroku uniewinniającego czy też zmieniającego rodzaj orzeczonej kary dyscyplinarnej^[91]”. Z uwagi na instancyjność postępowania sądownoadministracyjnego, wniesienie skargi kasacyjnej do NSA stwarza ukaranemu w postępowaniu dyscyplinarnym możliwość kontroli orzeczenia WSA i daje gwarancje rozstrzygnięcia wypełniającego standard poprawności. Choć zakres kontroli instancyjnej jest zdeterminowany podstawami skargi kasacyjnej, to jednak jej mechanizm ma istotne znaczenie dla strony, gdyż gwarantuje ochronę interesu w postępowaniu sądowym.

Bibliografia

- Barszcz Tomasz, Skreślenie obwionionego z listy studentów a umorzone postępowania dyscyplinarnego w sprawach studentów, *Forum Prawnicze* 2019, nr 5 (55) 88-101.
- Barnat Tadeusz, „Ostateczność i prawomocność decyzji administracyjnych a ich wykonalność” *Państwo i Prawo*, z. 9 (1984): 76-85.
- Celińska-Grzegorzyczek Katarzyna, „Kompetencje sądów administracyjnych”, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. X, red. Roman Hauser, Zbigniew Niewiadomski, Andrzej Wróbel. 146. Warszawa: C. H. Beck, 2014.
- Chróścielewski Wojciech, Zbigniew Kmiecik, Jan Paweł Tarno, „Reforma sądownictwa administracyjnego a standardy ochrony praw jednostki” *Państwo i Prawo*, z. 12 (2002): 32-44.
- Cieślak Marian, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*. Warszawa: PWN, 1994.
- Czarnecki Paweł, „Model postępowania dyscyplinarnego w polskim systemie prawa”, [w:] *Postępowanie karne a inne postępowania represyjne*, red. Paweł Czarnecki. 253. Warszawa: C. H. Beck, 2016.
- Dębek Anna, Michał Fajst, Sławomir Gózdź, Agnieszka Jasiakiewicz, Aleksandra Kowalak, Małgorzata Łojkowska, Marta Nowicka, „Sprawy dyscyplinarne studentów Uniwersytetu Warszawskiego. Przyczynek do dyskusji o postawach młodzieży akademickiej” *Studia Iuridica*, XLII (2003): 19-59.

⁹¹ Ochrona praw jednostki przed sądem administracyjnym, 406.

- Dudka Katarzyna, „Odpowiedzialność dyscyplinarna oraz zakres stosowania przepisów k.p.k. w postępowaniu dyscyplinarnym wobec nauczycieli akademickich” *Studia Iuridica Lublinensia*, nr 9 (2007): 9-24.
- Ereściński Tadeusz, Karol Weitz, „Efektywność ochrony prawnej udzielanej przez sądy w Polsce” *Przeгляд Sądowy*, nr 3 (2005): 3-36.
- Flaga-Gruszyńska, Katarzyna, „Dostęp do sądu a postulat humanizacji procesu cywilnego”. [w:] *Aurea praxis. Aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Ereścińskiego*, t. II, red. Karol Weitz, Jacek Gudowski. 2783-2806. Warszawa: Lexis Nexis, 2011.
- Garlicki Lech, „Prawo do sądu”, [w:] *Prawa człowieka: model prawny*, red. Roman Wieruszewski. 537-560. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich-Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, 1991.
- Gelger Waław, „Domniemanie ważności aktu administracyjnego w kodeksie postępowania administracyjnego” *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny*, z. 4 (1962): 50.
- Giętkowski Radosław, *Odpowiedzialność dyscyplinarna studentów*. Kraków-Legionowo: edu-Libri, 2021.
- Grzegorzczak Paweł, „Niedopuszczalność odrzucenia pozwu z powodu uznania się przez organ administracji publicznej za niewłaściwy (art. 199[1] KPC)” *Monitor Prawniczy*, nr 3 (2017): 149-150.
- Haber Jan, „Istota prawomocności w prawie procesowym karnym” *Zeszyty Prawnicze Polskiej Akademii Nauk*, nr 1 (1960): 165.
- Haber Jan, „Prawomocność orzeczenia a jego motywy w prawie procesowym karnym” *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny*, nr 4 (1961): 51-61.
- Hochberg Leo, Andrzej Murzynowski, Leon Schaff, *Komentarz do kodeksu karnego*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1955.
- Izdebski Hubert, Jan Michał Zieliński, *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Jakimowicz Wojciech, „O publicznych prawach podmiotowych” *Państwo i Prawo*, z. 1 (1999): 36-50.
- Jakimowicz Wojciech, *Publiczne prawa podmiotowe*. Kraków: Wolters Kluwer, 2002.
- Jaworska-Dębska Barbara, „O podstawach do wznowienia postępowania administracyjnego” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego*, seria I, z. 106 (1974): 83-90.
- Kmieciak Zbigniew, *Postępowanie administracyjne i sądowniczoadministracyjne a prawo europejskie*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2010.
- Kmieciak Zbigniew R., „Charakter prawny rozstrzygnięć organów szkół wyższych podejmowanych w sprawach studenckich”, [w:] *Specyfika postępowań administracyjnych w sprawach z zakresu szkolnictwa wyższego i nauki*, red. Jan Paweł Tarno, Adam Szot, Piotr Pokorny. 293. Lublin: Instytut Rozwoju Szkolnictwa Wyższego, 2016.

- Korzan Kazimierz, „Roszczenie procesowe jako przedmiot postępowania cywilnego w kontekście prawa do sądu i prawa do powództwa”, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Witolda Broniewicza. Symbolae Vitoldo Broniewicz dedicatae*, red. Andrzej Marciniak. 182. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1998.
- Korzeniowska-Lasota, Anna, „Zróżnicowanie modeli postępowania dyscyplinarnego”, [w:] *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy 3*, red. Hubert Izdebski, Paweł Skuczyński. 129. Warszawa: Lexis Nexis, 2013.
- Kulesza Cezary, „Ewolucja wybranych procedur dyscyplinarnych w świetle konwencyjnego i konstytucyjnego standardu prawa do sądu” *Białostockie Studia Prawnicze*, nr 1 (2017): 11-22.
- Kusowska Ewelina, „O postępowaniach dyscyplinarnych – uwagi na tle Uchwały Sądu Najwyższego I KZP 18/12 z dnia 24 stycznia 2013 roku” *Adam Mickiewicz University Law Review*, vol. 3 (2014): 151-165.
- Leoński Zbigniew, „Czy postępowanie dyscyplinarne jest szczególną procedurą administracyjną czy też postępowaniem odrębnym?”, [w:] *Procedura administracyjna wobec wyzwań współczesności, Profesorowi zwyczajnemu dr. hab. Januszowi Borkowskiemu przyjaciele i uczniowie*, red. Barbara Adamiak. 181. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2004.
- Łętowska Ewa, „Prawo do sądu – rozmaite perspektywy”, [w:] *Aurea praxis. Aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Ercińskiego*, t. II, red. Karol Weitz, Jacek Gudowski. 2872. Warszawa: Lexis Nexis, 2011.
- Maciołek Magdalena, „O publicznym prawie podmiotowym” *Samorząd Terytorialny*, nr 1-2 (1992): 3-15.
- Orłowska Dorota, Marta Tomkiewicz, „Materialnoprawne podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów”, [w:] *Odpowiedzialność dyscyplinarna. Podstawy, procedura i orzecznictwo w sprawach studentów Uniwersytetu Warszawskiego 2000-2005*, red. Paweł Skuczyński, Piotr Zawadzki. 55 i n. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2008.
- Skuczyński Paweł, „Granice odpowiedzialności dyscyplinarnej”, [w:] *Odpowiedzialność dyscyplinarna: podstawy, procedura i orzecznictwo w sprawach studentów UW 2000-2005*, red. Paweł Skuczyński, Piotr Zawadzki. 11-14. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2008.
- Steinborn Sławomir, *Prawomocność części orzeczenia w procesie karnym*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2011.
- Szot Adam, „Charakter stosunku prawnego łączącego studenta i uczelnię”, [w:] *Specyfika postępowań administracyjnych w sprawach z zakresu szkolnictwa wyższego i nauki*, red. Jan Paweł Tarno, Adam Szot, Piotr Pokorny. 225-233. Lublin: Instytut Rozwoju Szkolnictwa Wyższego, 2016.

- Wasilewski Andrzej, „Prawo do sądu w sprawach dyscyplinarnych (ustawodawstwo polskie na tle standardów Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Konstytucji RP)” *Przegląd Sądowy*, nr 9 (2001): 11-25.
- Wilczyńska Agnieszka, „Prawo do sądu w sprawach z zakresu administracji publicznej (wybrane zagadnienia)”, [w:] *O prawie administracyjnym i administracji. Refleksje*, red. Barbara Jaworska-Dębska, Zofia Duniewska, Michał Kasiński, Ewa Olejniczak-Szałowska, Ryszarda Michalska-Badziak, Piotr Korzeniowski. 609-638. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2017.
- Wilczyńska Agnieszka, Przemysław Wilczyński, „Sankcja administracyjna w działalności szkoły wyższej”, [w:] *Sankcje administracyjne*, red. Małgorzata Sthał, Renata Lewicka, Marek Lewicki. 431. Warszawa: Wolters Kluwer, 2011.
- Zieliński Andrzej, „Prawo do sądu a struktura sądownictwa” *Państwo i Prawo*, z. 4 (2003): 20-31.
- Ziółkowska Agnieszka, „Ostateczność a prawomocność decyzji administracyjnej” *Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Handlowej im. Króla Stefana Batorego Piotrków Trybunalski*, nr 5 (2008): 19-34.
- Ziółkowska Agnieszka, *Postępowanie międzyinstancyjne w postępowaniu sądowniczym*, Katowice 2019.
- Ziółkowska Agnieszka, „Sądowoadministracyjna kontrola kar administracyjnych na Słowacji – przyczynek do dyskusji o potrzebie zmian w ustawie Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi” *Zeszyty Prawnicze BAS*, nr 3 (2021): 11-36.



MARTA BARANOWSKA

Pojęcie narodu w poglądach Romana Dmowskiego. Pomiędzy moralnością, instynktami, duszą narodową a politycznym pragmatyzmem

The Concept of Nation in the Views of Roman Dmowski. Between Morality, Instincts, National Spirit, and Political Pragmatism

The subject of this paper is Dmowski's concept of the nation, which constitutes the core of his vision of socio-political reality. The research objective of the paper is to seek answers to the following questions: How did Dmowski define the nation, and did his views evolve in this regard? Which nation-building factors can be distinguished when analyzing his understanding of the nation, and which of them constituted the essence of the nation? Also, did political conditions influence his definition of the nation? The analysis of the concept of nation was presented in terms of nation-building factors. Dmowski vacillated between various determinants, referring mainly to morality, instincts, and the spirit of the nation. The lack of precision in the definition of the nation resulted from his political pragmatism and provided an opportunity to adapt this overarching concept to political needs. The answers to the research questions posed here add to the rich scholarly discourse on Dmowski as well as to research on nationalisms.

KEYWORDS: Dmowski, nation, nationalism, national spirit, morality

SŁOWA KLUCZOWE: Dmowski, naród, nacjonalizm, dusza narodowa, moralność

MARTA BARANOWSKA, doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, ORCID – 0000-0002-0365-1023, e-mail: mb1@law.umk.pl

1 | Wstęp

Pojęcie narodu jest wszechobecne zarówno w dyskursie politycznym, jak i w powszechnej świadomości. Przyczynił się do tego w dużej mierze nacjonalizm, którego intensywny rozwój miał miejsce w XIX i XX wieku. Nacjonalizm był przede wszystkim nową koncepcją legitymizacji władzy politycznej, która jako główną zasadę stawiała suwerenność narodu mającego prawo do własnej organizacji politycznej, czyli państwa narodowego. Analiza tego nurtu myśli politycznej pokazuje, że oprócz traktowania narodu jako nadrzędny i suwerenny byt, któremu jego członkowie są winni bezwzględną lojalność, jest on bardzo zróżnicowany w podstawowych kwestiach dotyczących optymalnego ustroju, organizacji społeczeństwa, gospodarki czy relacji państwo – Kościół. Należy podkreślić, że samo pojęcie narodu także przyjmuje różne znaczenia w poszczególnych koncepcjach nacjonalistów. Adam Wielomski wskazał, że nie ma jednego nacjonalizmu a on sam: „Nie będąc samodzielny bytem doktrynalnym, [...] stanowi uzupełnienie innych doktryn”^[1]. Mamy więc do czynienia z wieloma nacjonalizmami, które mają własną specyfikę i dlatego tak ważne są studia nad poglądami poszczególnych nacjonalistycznych myślicieli. Pod koniec XIX w. pojawił się nacjonalizm w polskiej myśli politycznej, a jego najważniejszymi twórcami byli Jan Ludwik Popławski, Zygmunt Balicki i Roman Dmowski. Podkreślić należy, że to przede wszystkim Dmowski (1864-1939) miał kluczowy wpływ na program kolejnych powstających w ramach tego ruchu organizacji i partii politycznych^[2]. Jego poglądy ulegały przeobrażeniom; Andrzej Micewski postawił tezę, że właśnie w tej ewolucji można dopatrywać się przyczyn późniejszych „pęknięć” w ruchu narodowym^[3].

Przedmiotem badawczym artykułu jest koncepcja narodu Dmowskiego, która stanowi rdzeń prezentowanej przez niego wizji rzeczywistości społeczno-politycznej. Oczywiście literatura naukowa na temat jego życia i poglądów jest bardzo bogata, jednak nie odnajdujemy opracowania

¹ Adam Wielomski, *Nacjonalizm francuski 1886-1940. Geneza, przemiany i istota filozofii politycznej* (Warszawa: von Borowiecky, 2007), 26.

² Całościowo te wszystkie organizacje polskich nacjonalistów określa się mianem Endecji (od skrótu ND – Narodowa Demokracja).

³ Zdaniem Micewskiego w poglądach Dmowskiego można wyróżnić trzy fazy: demokratyczno-parlamentarną; faszycyzacji; narodowo-katolicką, zob. Andrzej Micewski, *Z geografii politycznej II Rzeczypospolitej. Szkice* (Warszawa: Znak, 1964), 16.

naukowego, który skupiałby się na szerokiej analizie samego pojęcie narodu⁴. Celem badawczym artykułu jest poszukiwanie odpowiedzi na pytania: w jaki sposób Dmowski definiował naród oraz, czy jego zapatrywania w tym zakresie się zmieniały, czy wręcz przeciwnie były one niezmiennym fundamentem jego światopoglądu? Jakie poszczególne czynniki narodotwórcze można wyróżnić analizując jego pojęcie narodu oraz, które z nich stanowiły esencję narodu? Pytaniem jest też, czy polityczne uwarunkowania miały wpływ na definiowanie narodu przez Dmowskiego? Odpowiedzi na te pytania mogą pokazać kilka nowych aspektów w pojmowaniu pojęcia narodu, co będzie uzupełnieniem bogatego dyskursu naukowego dotyczącego poglądów tego myśliciela, jak również badań nad nacjonalizmami.

2 | Analiza pojęcia narodu w poglądach Romana Dmowskiego

Wprawdzie poglądy poszczególnych nacjonalistów różnią się między sobą, można jednak moim zdaniem wskazać na pewne wspólne elementy i atrybuty narodu, które najczęściej pojawiają się w ich refleksji. Przede wszystkim powtarzana jest teza, że każdy naród jest naturalną, realną, łatwo odróżnialną i dość głęboko zakorzenioną w historii grupą społeczną, która jest zdolna do kolektywnego działania. Naród jest bytem samym w sobie, ma specyficzny charakter i jest nieredukowalny do sumy jednostek. Jest to

⁴ Wśród licznych prac poświęconych tej tematyce należy wymienić artykuły: Roman Wapiński, „Idea narodu w polskiej myśli społecznej i politycznej endecji przed rokiem 1918”, [w:] *Idee i koncepcje narodu w polskiej myśli politycznej czasów porzbiworowych*, red. Janusz Goćkowski, Andrzej Walicki (Warszawa: PWN, 1977) oraz Bogumił Grott, Olgierd Grott, „Problem kondycji Polaków i Polski w myśli Romana Dmowskiego” *Politeja*, nr 3 (2019): 323-347. Nie jest to jednak analiza samego pojęcia „narodu” jako bytu samego w sobie. Ważna jest także monografia: Jerzy Kornaś, *Naród i państwo w myśli politycznej Związku Ludowo-Narodowego* (Kraków: Akademia Ekonomiczna w Krakowie, 1995), 39-44, 56-57, w której autor poświęca rozdział pojęciu narodu wśród członków Narodowej Demokracji i Związku Ludowo-Narodowego odnosząc się też do poglądów Dmowskiego. Nie wyczerpuje to jednak tematu, stąd konieczność ponownej szerszej analizy z odwołaniem się do współczesnego stanu badań, który znacząco powiększył się przez ostatnie prawie 30 lat.

najważniejsza grupa społeczna, której członkowie winni są bezwarunkową lojalność, stąd egoizm narodowy jest pożądaną postawą. Każdy człowiek przynależy do określonego narodu a tożsamość narodowa jest bądź przyrodzona (koncepcja nacjonalizmu etnicznego) bądź zależy od woli jednostek (koncepcja nacjonalizmu obywatelskiego). Chociaż życie poza narodem jest możliwe, ale taki model życia jest niedoskonały. Nacjonałści dość często bezkrytycznie oceniają przeszłość i dokonania swojego narodu, tworząc z narodu wręcz sferę *sacrum*. Naród postrzegają jako źródło władzy politycznej (idea suwerenności narodu, nie zawsze rozumiana w sposób demokratyczny), który ma prawo do swego państwa narodowego. Celem analizy pojęcia narodu w poglądach Dmowskiego będzie również skonfrontowanie go z przyjmowanymi przez dużą część nacjonalistów sposobem jego rozumienia.

W debatach o istocie narodu podnoszona jest koncepcja czynników narodotwórczych, które dzieli się na subiektywne (emocje, wola, świadomość bycia narodem) oraz obiektywne (instytucja państwa, kultura, język, religia, jedność etniczna bądź rasowa, czynniki gospodarcze^[5], wojna^[6], wspólny wróg oraz wspólne traumatyczne doświadczenia^[7]). Odwołując się do czynników narodotwórczych, szczególnie podnoszonych na płaszczyźnie socjologii narodu, dokonam analizy pojęcia narodu w twórczości Dmowskiego. Rozpoczynając analizę należy zaznaczyć, że motywem przewodnim jego rozważań było stwierdzenie, które sformułował w *Myślach nowoczesnego Polaka*: „Jestem Polakiem – więc mam obowiązki polskie: są one tym większe i tym silniej się do nich poczuwam,

⁵ Kwestie gospodarcze (industrializacja i urbanizacja) są traktowane jako pierwszoplanowe czynniki narodotwórcze w modernistycznej teorii Ernesta Gellnera, zob. Ernest Gellner, *Narody i nacjonalizmy*, tłum. Teresa Hołówna (Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy, 1991).

⁶ Wojnę za główny czynnik narodotwórczy uznawał Charles Tilly podnosząc, że podatki wprowadzane w pierw na cele wojenne, po wojnach stawały się głównym źródłem finansowania państwa i jego konsolidacji. Wojna również była czynnikiem narodotwórczym, miała bowiem funkcje mobilizującą mieszkańców państwa, wskazywała wspólnego wroga, tworzyła przeżycia zbiorowe, panteon bohaterów i symboli, które stawały się następnie treścią historii narodu. Zob. *The Formation of National States in Western Europe*, red. Charles Tilly (Princeton: Princeton University Press, 1975). Na znaczenie wojny i konfliktów jako źródła spójności grupy zwracał też uwagę Georg Simmel, *Conflict and the Web of Group Affiliations* (New York: Macmillan, 1964).

⁷ Zob. Małgorzata Budyta-Budzyńska, *Socjologia narodu i konfliktów etnicznych* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2010), 70-87.

im wyższy przedstawiam typ człowieka”^[8]. Nie chciał on określać nacjonalizmu mianem doktryny politycznej, ideologii czy filozofii, ponieważ wówczas musiałyby go umiejscowić obok innych doktryn jako konkurencyjny system myślenia. Tymczasem według niego naród, który jest najważniejszym pojęciem w nacjonalizmie, był realnym społecznym bytem, poza którym człowiek nie może żyć w pełni, dlatego dla nacjonalizmu nie ma alternatywy.

2.1. Naród a państwo

Odnosząc się do pierwszego obiektywnego czynnika narodotwórczego, jakim jest instytucja państwa, mamy do czynienia z dyskusją, co jest pierwotne: naród czy państwo oraz, w jaki sposób naród i państwo warunkują swe istnienie? Dmowski, który urodził się w czasie, gdy Polski nie było na mapie politycznej Europy, uważał naród za nadrzędny wobec państwa, dlatego w *Mysłach* pisał, że dążenie do stworzenia państwa polskiego jest środkiem do celu, jakim jest dobro narodu^[9]. Jednocześnie nierozdzielnie wiązał państwo i naród twierdząc, że narody kształtują się tylko w ramach państw, więc instytucje polityczne są pierwotne. Wprawdzie podstawy instynktów i uczuć narodowych można dopatrywać się wcześniej, to dopiero instytucje państwowe są w stanie stworzyć warunki do ich właściwego rozkwitu^[10]. Konstatawał swe rozważania stwierdzeniem, że idea państwowa równoznaczna jest z ideą narodową. Na pytanie, czy po utracie państwa nadal możliwe jest istnienie narodu, odpowiadał, że tak, jeśli wciąż istnieć będzie „nić moralnego związku z ideą państwową”^[11], w przeciwnym razie naród „stoczyłby się” do poziomu szczepu.

Warto podkreślić, że na samym początku Dmowski za realne uznawał tylko wywalczenie autonomii dla Polski^[12]. W programie Stronnictwa

⁸ Roman Dmowski, *Mysli nowoczesnego Polaka* (Wrocław: Nortom, 2012), 22. Waldemar Paruch podkreślał, że dla Dmowskiego to naród był aktorem wykorzystującym państwo jako środek do swojego rozwoju. Zob. Waldemar Paruch, „Between Political Nation and Ethnic-Cultural Nation: Nations in Central Europe in the 20th Century” *Politeja*, nr 6 (2018), 117.

⁹ Zob. Dmowski, *Mysli*, 78.

¹⁰ Zob. *ibidem*, 109.

¹¹ *Ibidem*, 112.

¹² „Dmowski pinned his hopes on diplomatic manoeuvring to secure his more limited goal of autonomy from Russia, which meant, at least initially, supporting Russia and the Western Powers against Germany and the Habsburgs”. Peter

Demokratyczno-Narodowego z 1897 zostało zapisane: „Przestrzegamy ustaw państwa, pod którego władzą żyjemy, ile są one dla nas korzystne lub przynajmniej nieszkodliwe, zwłaszcza jeżeli ustrój tego państwa umożliwia nam działalność legalną w duchu narodowym, zapewniając nam możliwość zaspokojenia w drodze prawnej tych potrzeb”^[13]. Już kilka lat później zaczął opowiadać się za niepodległością, co wyraził w programie Stronnictwa Narodowo-Demokratycznego z 1903 r., w którym za główny cel uznał rozwój materialnego i moralnego dobra całego narodu i zapewnienie mu warunków do rozwoju poprzez stworzenie niepodległego państwa polskiego^[14]. Stanowisko to było wśród Endecji już całkowicie ugruntowane w czasie I wojny światowej^[15].

Istnienie państwa i narodu nierozzerwalnie związane jest z terytorium. Dmowski stwierdził: „Jestem Polakiem – to znaczy że należę do narodu polskiego na całym jego obszarze i przez cały czas jego istnienia zarówno dziś, jak w wiekach ubiegłych i w przyszłości”^[16]. W przypadku narodu granice czasowe nie są określone, bo do narodu należą przeszłe, teraźniejsze i przyszłe pokolenia. W przypadku terytorium kwestia granic jest istotna, ale nie są one trwałe, lecz zależą „od wewnętrznej prężności narodu, o jego zdolności ekspansji”^[17]. Wyraził też nadzieję, że granice kiedyś staną się powszechnie uznane i dzięki temu stabilne. Kwestia granic była szczególnie istotna z punktu widzenia dążenia do utworzenia państwa polskiego. Po utracie państwowości wśród polskiej inteligencji zakładano odbudowanie państwa polskiego w granicach przedrozbiorowych,

Stachura, *Poland 1918-1945. An Interpretive and Documentary History of the Second Republic* (London: Routledge, 2004), 14.

¹³ „Program Stronnictwa Demokratyczno-Narodowego w zaborze rosyjskim” *Przegląd Wszepolski*, nr 11 (1897): 244.

¹⁴ „Program Stronnictwa Demokratyczno-Narodowego z roku 1903 (październikowy)” (Warszawa, 1903). <https://www.sbc.org.pl/dlibra/publication/100979/edition/96421/content>.

¹⁵ 11 listopada 1916 r. w tzw. deklaracji lozańskiej stwierdzono: „Naród polski jest jeden i niepodzielny. Jego dążenie do własnego państwa obejmuje wszystkie trzy części Polski i bez zjednoczenia ich nie może być zaspokojone”. Roman Dmowski, „Polityka polska i odbudowanie państwa”, [w:] Idem, *Wybór pism*, t. I (Poznań: Zysk i S-ka, 2014), 625. Więcej na temat działalności Dmowskiego w ramach Komitetu Narodowego Polskiego i podnoszonego przez niego postulatów terytorialnych, zob. Piotr Eberhardt, „Program terytorialny Komitetu Narodowego Polskiego i delegacji polskiej na konferencji pokojowej w Wersalu” *Studia Geohistorica*, nr 3, (2015): 127-140.

¹⁶ Dmowski, *Myśli*, 21.

¹⁷ Ibidem, 28.

natomiast w dyskursie po 1864 r., zaczęto dostrzegać, że obrona polskości możliwa jest raczej na ziemiach rdzennie polskich i należy zrezygnować z ziem litewsko-ruskich wchodzących w skład I Rzeczypospolitej^[18]. W tym kierunku szły też postulaty Dmowskiego, który podnosił, że wyznaczanie granic państwa powinno uwzględnić przede wszystkim kryterium tożsamości narodowej mieszkańców danego terytorium.

2.2. Naród a kultura, etniczność, rasa

Naród często pojmowany jest jako wspólnota kulturowa, etniczna, bądź rasowa. Kulturę narodową najogólniej pojmuje się jako całościowy materiałny i duchowy dorobek narodu, na który składają się religia^[19], język, sztuka, literatura, legendy i mitologia związana z ziemią, tradycją i historia narodu. W nauce przyjmuje się, że narody kształtowały się w różnym czasie (od średniowiecza^[20] czy od nowożytności jako efekt procesów modernizacji^[21]) na bazie istniejących wcześniej grup etnicznych^[22] definiowanych jako zbiorowości, które miały specyficzne cechy wynikające ze wspólnego pochodzenia, kultury, religii, historii. Ich istnienie warunkowane było więzią grupową, wspólnym interesem, natomiast więź polityczna nie była

¹⁸ Zob. Stanisław Koźmian, *Rzecz o roku 1863*, t. III (Kraków: Spółka Wydawnicza Polska, 1895), 333.

¹⁹ Religia oraz moralność jako czynniki narodotwórcze zostaną omówione w osobnych podrozdziałach, ze względu na ich wagę w rozważaniach Dmowskiego.

²⁰ Zob. Benedykt Zientara, *Świt narodów europejskich* (Warszawa: PIW, 1985).

²¹ Zob. Ernest Gellner, *Narody i nacjonalizmy*; Marta Baranowska, „Stworzyliśmy Włochy, teraz musimy stworzyć Włochów”. Risorgimento z perspektywy teorii modernistycznej Ernesta Gellnera”, [w:] *W kręgu doktryn politycznych i prawnych. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Maciejewskiemu*, red. Radosław Antonow et al. (Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2020) 39-51.

²² Należy też pamiętać o teorii badacza nacjonalizmu Anthony'ego Smitha, który do dyskursu naukowego wprowadził kategorię „etni” jako stanu pośredniego między grupą etniczną a rozwiniętym narodem. W jego teorii jednak, nie każdy naród ukształtował się na bazie etni. Zob. Anthony Smith, *National Identity* (London: Penguin Books, 1991). Antonina Kłoskowska odnosząc się do teorii Smitha pisała: „Naród szlachecki Pierwszej Rzeczypospolitej dobrze odpowiada jego określeniu «etni poziomej», nie obejmującej wszystkich klas czy stanów pod względem poczucia tożsamości zbiorowej, ale już znacznie ujednocionej i zmierzającej do upodobnienia pod względem języka, religii, obyczajów”. Antonina Kłoskowska, „Skąd i po co naród?” *Znak*, nr 3, (1997): 71.

konieczna^[23]. W dyskursie naukowym długo utożsamiano etniczność z kulturą, etniczność bowiem definiowano przez wykaz cech kulturowych^[24]. Zostało to zakwestionowane w publikacji pod redakcją Frederika Bartha^[25]. Podkreślano w niej, że gwałtowne zmiany w sferze kultury danej grupy, czy nawet kulturowe upodobnianie się do sąsiednich grup, wcale nie musi przekładać się na zmiany w zakresie etnicznego samookreślenia. Dlatego też stawianie znaku równości między etnicznością a kulturą jest nieuprawnione.

Analizując poglądy Dmowskiego na kulturę i etniczność, należy rozpocząć od wskazania, że jego zdaniem kultura nie jest esencją narodu^[26]. Wspólny język, kultura może wytworzyć się tylko w ramach państwa, dlatego podkreślał, że XIX-wieczne ruchy narodowościowe odwołujące się wyłącznie do odrębności językowej i „okrucichów zamierchłej tradycji” nie mają szans na realizację swych postulatów, a w zderzeniu z narodami-państwowymi zostaną asymilowane kulturalnie i politycznie^[27]. Podkreślał jednocześnie, że sprawa polska nie zrodziła się z tych ruchów.

Stanowisko Dmowskiego, który esencji narodu nie upatrywał w kulturze narodowej, jest zrozumiałe w sytuacji, gdy ziemie polskie od ponad stu lat były pod panowanie trzech różnych państw, co przyczyniało się do ugruntowywania partykularyzmów kulturowych i językowych^[28]. Dmowski w *Myślach nowoczesnego Polaka* rozpisywał się o różnych typach

²³ Piotr Radkiewicz, *Patriotyzm, etnocentryzm, nacjonalizm. Perspektywa makropsychologiczna* (Warszawa: PWN, 2019), 14. Istnieją różne definicje etniczności. Dwie wiodące teorie to: primordializm, w ramach którego pojawia się chociażby pogląd, że człowiek rodzi się z zestawem specyficznych etnicznych cech, więc naturalna jest dla niego chęć przynależności do danej grupy etnicznej; drugie to podejście społeczno-instrumentalistyczne, które w opozycji do primordializmu wskazuje na racjonalne wybory jako źródło etniczności. „Grupa etniczna to „grupa interesu”, której ideologia etniczna służy do zdobywania władzy i wpływów politycznych oraz do akumulowania dóbr ekonomicznych i kapitału”. Ibidem, 19.

²⁴ Zob. ibidem, 26.

²⁵ Frederik Barth, *Ethnic groups and boundaries. The social organization of culture difference* (Oslo: Universitetsforlaget, 1969).

²⁶ Stwierdzał wprost, że ludzie mówiący po polsku są mu duchowo bliżsi, jednak to nie język i kultura czynią z nich jeden naród. Dmowski, *Myśli*, 21.

²⁷ Roman Dmowski, „Podstawy polityki polskiej,” w Idem, *Myśli nowoczesnego Polaka*, 111.

²⁸ Z tego powodu Róża Luksemburg uważała, że niemożliwe jest powstanie niepodległego państwa polskiego. Zob. Marta Baranowska, „Polska nie jest najważniejsza. Moralny aspekt rozważań Róży Luksemburg o państwie polskim, narodzie i naturze człowieka”, [w:] *Niedokończona wojna? „Polskość” jako zadanie pokoleniowe*, red. Robert Traba (Warszawa: Instytut Studiów Politycznych Polskiej Akademii Nauk, 2020), 245-263.

osobowości Polaków ukształtowanych pod wpływem kultur państw zaborczych. Dotyczyło to zarówno inteligencji, jak i „masy ludowej”, która ze względów ekonomicznych przenosiła się do miast. Warto zwrócić uwagę, że wskazywał on czynniki ekonomiczne jako mające wpływ na osobowość Polaków: „w Królestwie przede wszystkim robotniczą, w zaborze pruskim rzemieślniczo-kupiecką, w Galicji – urzędniczą, wobec słabszego rozwoju ekonomicznego i zapotrzebowania sił przez biurokrację”^[29].

Różnorodność kulturowa ludności ziem polskich wynikała również z historycznych podziałów stanowych. Kultura służyła podkreśleniu różnic stanowych i za Polaków uznawała się tylko szlachta, zaś patriotyzm oznaczał przywiązanie i lojalność wobec władcy^[30]. Dmowski podkreślał, że zmieniło się to wraz z procesami demokratyzacji zarówno sfery politycznej, jak i szeroko pojętej kultury, dlatego naród ograniczony tylko do szlachty już się nie odtworzy^[31]. Z tego względu Endecja działała na rzecz uczynienia z chłopów Polaków. Przykładowo zaczęli wydawać „Polaka” – pismo

²⁹ Dmowski, *Myśli*, 65. Różnice prowadziły często do nieporozumień utrudniających jego zdaniem wspólną działalność Polaków: „Polacy z innych dzielnic, spotykając się z Poznańczykami, bywają nieraz przykro dotknięci ich poglądami na życie, ich odmiennymi wprost zasadami etycznymi, razi ich suchy realizm, twardość i nawet w pewnej mierze nielitościwość w pojmowaniu spraw życia. Tłumaczą to sobie zazwyczaj krótko, uważając wszystko za skutek zniemczenia, gdy tymczasem obok pewnego, znacznego, co prawda, wpływu kultury niemieckiej działa tu o wiele silniej zmiana typu życia, konieczność przystosowania się do warunków nieustannej walki”. Ibidem, 49-50.

³⁰ Zob. ibidem, 76.

³¹ Bolesław Limanowski uważał, że momentem przełomowym było powstanie styczniowe, które doprowadziło do upadku dawnej „szlacheckiej Polski” i ostatecznie wzmocniło byt narodu. Pisał, że „ponieśliśmy klęskę polityczną, ale odnieśliśmy zwycięstwo społeczne”. Bolesław Limanowski, *Historia powstania narodu polskiego w 1863 i 1864 r.* (Lwów: Wydawnictwo Polskie, 1902), 8, 482. „Pod wpływem styczniowej klęski poddano rewizji dotychczasowe wyobrażenie narodu. Rozpoczął się proces przejścia od koncepcji narodu historycznego, wieloetnicznego, wielokulturowego, do nowego postrzegania wspólnoty narodowej w sensie etnicznym”. Joanna Nowak, „Od narodu historycznego do wspólnoty etnicznej. Przemiany w polskiej refleksji nad narodem po 1864 roku” *Teksty Drugie*, nr 6 (2014): 370. Andrzej Walicki wskazywał, że konsekwencją powstania styczniowego było silniejsze akcentowanie wyznaniowych i kulturowych elementów narodowej tożsamości Polaków. Andrzej Walicki, „Ideologia narodowa powstania styczniowego” *Przegląd*, z. 4 (2003). <https://www.tygodnikprzeglad.pl/ideologia-narodowa-powstania-styczniowego-2/>. Eric Hobsbawm analizując ogólnie rozwój nacjonalizmów wskazał na przełom XIX i XX w. jako czas, gdy w definicjach narodów zaczęło podkreślać element etniczny. Eric Hobsbawm, *Nations and nationalism since 1780* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990), 102.

adresowane do środowiska wiejskiego mające na celu obudzić świadomość narodową chłopów^[32]. Już w 1902 r. Dmowski, zdając sobie sprawę, że chłopci stanowią najliczniejszą grupę i korzystne jest ich włączenie do walki o interesy narodowe, pisał:

„dzisiaj przyszedł okres inny, okres wystąpienia na widownię rdzennie polskiej masy ludowej, która sama jako masa wpływ już na myśl ogółu wywiera, a jednocześnie szybko zasila swymi synami warstwę oświeceniową. Ten ruch ludu odbił się w społeczeństwie obudzeniem śmiałej i żywotnej myśli narodowej, on też wzrastając, zapewni jej prędkie i niezawodne zwycięstwo nad wszelkimi próbami rozkładu narodowej siły”^[33].

Opisując te zmiany dodawał, że charakter narodu nie jest czymś stałym i zależy od cech dominującej grupy społecznej, a to ulega zmianom^[34]. Podsumowując te uwagi można postawić tezę, że Dmowski dostrzegał zmiany kulturowe i nie stawiał znaku równości między etnicznością i kulturą. Kulturę też mogły przenikać wpływy innych kultur narodowych, co, jego zdaniem, nie podważało tożsamości etnicznej.

³² Bogumił Grott, *Nacjonalizm chrześcijański. Narodowo-katolicka formacja ideowa w II Rzeczypospolitej na tle porównawczym* (Krzeszowice: Dom Wydawniczy „Ostoja”, 1999), 10. „In 1870, only 30–35 percent of Polish-speakers thought of themselves as members of the Polish nation, and the numbers were smallest in the countryside. That was not unusual. Smaller percentages of eighteenth-century French speakers had felt part of the French nation, but the French state inculcated in their descendants a sense of belonging through schooling. In Poland, however, underground schooling fell short of including everyone, and even the occupiers’ schools left most Polish villagers unable to read and write. For many, society was divided between manor and village, into lords and peasant subjects. The liberation of the peasants in Galicia and Prussia in 1848, and in Russia in 1864, had meant that Polish nobles were no longer feudal oppressors, yet they still seemed a foreign ethnicity. Most peasants were uninterested in Polish independence. [...] But even so, the inculcation of Polish nationalist narratives in the village was not easy. Before World War I, many peasants still uttered curses when the name Poland was mentioned because they associated Poland with the «lords»”. John Connelly, *From people into nation* (Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2020), 287–288.

³³ Roman Dmowski, „Półpolacy”, [w:] idem, *Pisma*, t. III (Częstochowa: Gmachowski Antoni i S-ka, 1938), 107–108.

³⁴ Stefan Kieniewicz zauważył, że „wiemy i bez pomocy badań historycznych, że świadomość narodowa naszego społeczeństwa zmieniała się na przestrzeni wieków, że ulegała też zmianom świadomości różnych klas społecznych”. Stefan Kieniewicz, *Historyk a świadomość narodowa* (Warszawa: Czytelnik, 1982), 124.

Warto zwrócić uwagę, że Dmowski zwracał uwagę na zmiany ekonomiczne i kulturowe w swoich wywodach o kształtowaniu się narodu, co w pewnym stopniu jest podobne do tez sformułowanych kilkadziesiąt lat później przez Ernesta Gellnera^[35]. Oczywiście Gellner stworzył rozwiniętą i nowatorską teorię, w której oparł się na wyróżnieniu dwóch typów społeczeństw: przednowoczesnego i powstałego w wyniku procesów industrializacji i urbanizacji, społeczeństwa nowoczesnego. W społeczeństwie przednowoczesnym celem kultury było podkreślanie i utrwalenie różnic stanowych, dlatego nie mogła wówczas zaistnieć wspólnota narodowa obejmująca wszystkich mieszkańców danego kraju, nawet mówiących tym samym językiem. Natomiast w społeczeństwie nowoczesnym kultura miała mieć funkcje integrujące wspólnotę, dając jej wspólny język, kod kulturowy i podstawową edukację, by ludzie przybyli do miast z różnych regionów mogli koegzystować^[36]. Odnosząc się do teorii Gellnera należy zaznaczyć, że Dmowski w większym stopniu koncentrował się na ludzie, ze względu na wolniejsze tempo urbanizacji i industrializacji ziem polskich. Specyficzna sytuacja Polski miała już miejsce przed zaborami. Podkreślał, że negatywny wpływ na rozwój kraju miało brak silnego stanu trzeciego, mieszczaństwa, które w zachodniej Europie stało się motorem zmian. W dawnej Polsce handlem zajmowali się Żydzi, którzy mieli własną kulturę i nie byli zainteresowani pracą na rzecz państwa^[37].

W tym miejscu pojawia się pytanie, czy Dmowski uważał rasę za esencję narodu? Wprawdzie używał tego pojęcia, ale nie traktował kwestii czystości rasowej za czynnik narodotwórczy. Podkreślał, że zarówno Polacy, jak i inne narody nie są jednolici rasowo, co więcej te różne pierwiastki miały wpływ na charakter narodowy^[38]. Jednak pojmował on naród jako grupę ekskluzywną, przynależność do niego jest kwestią pełnej asymilacji i wytworzenia z tych różnych czynników jednolitego charakteru narodowego^[39]. Warto zwrócić uwagę, że choć Dmowski dostrzegał pewien

³⁵ Gellner, *Narody i nacjonalizmy*.

³⁶ Poglądy Gellnera miały duży wpływ na rozwój dalszych badań nad nacjonalizmami. W polskiej literaturze naukowej wpływy jego teorii widoczne są w monografiach: Tomasz Kizwalter, *O nowoczesności narodu. Przypadek polski* (Warszawa: Semper, 1999); Nikodem Bończa-Tomaszewski, *Demokratyczna geneza nacjonalizmu. Intelktualne korzenie ruchu narodowo-demokratycznego* (Warszawa: Fronda, 2001).

³⁷ Dmowski, *Myśli*, 37.

³⁸ Ibidem, 38.

³⁹ Zob. Ibidem, 38. „Organizm narodowy powinien dążyć do wchłaniania tylko tego, co może przyswoić i obrócić na powiększenie wzrostu i siły zbiorowego ciała. Takim żywiołem nie są Żydzi. [...] w charakterze tej rasy, która nigdy nie żyła

wpływ czynnika żydowskiego na kształtowanie się polskiego charakteru narodowego, to uważał go za szkodliwy. Pisał: „Choćby Żydzi moralnie byli aniołami, a umysłowo geniuszami, choćby byli o wiele wyższego od nas gatunku, sam fakt ich istnienia wśród nas i ich bliskiego udziału w naszym życiu, jest dla społeczeństwa naszego zabójczy i trzeba się ich pozbyć”^[40]. Dmowskiego można określić jako antysemitę^[41], a nasilenie tych poglądów można zaobserwować po 1912 r. Przykładowo w broszurze *Kościół, naród, państwo* z 1927 r. widoczna jest jego obsesja na punkcie wyimaginowanej żydowsko-masońskiej konspiracji^[42]. Pytaniem stawianym w literaturze naukowej jest, czy Dmowski odwoływał się do kategorii rasy w znaczeniu biologicznym (antropologicznym), czy antysemityzm miał on u niego

życiem społeczeństw naszego typu, tyle się nagromadziło i ustaliło właściwości odrębnych, obcych naszemu ustrojowi moralnemu, wreszcie w naszym życiu szkodliwych, że zlanie się z większą ilością tego żywiołu zgubiłoby nas [...]. Pewną, niewielką ilość żywiołu żydowskiego musimy i możemy wchłonąć i przerobić bez wielkiej szkody dla siebie”. Ibidem, 98.

⁴⁰ Roman Dmowski, *Przewrót* (Warszawa: Nakładem Spółki Wydawniczej, 1934), 176. Inny fragment: „Wtargnięcie potężnej fali żydowskiej w nasze życie pociągnęło za sobą w tych sferach społecznych, które z nimi Żydami w bliższą styczność weszły, takie zniszczenie wszelkich rysów zachowawczych, taki bunt przeciw wszelkiej tradycji narodowej, rozkład poczucia religijnego i nawet elementarnego szacunku dla religii, taki wstręt do wszelkiej najbardziej uprawnionej hierarchii, że zagroziło nam w pewnym sensie wprost zdziczeniem. Gdyby cały ogół temu wpływowi uległ, zatracilibyśmy właściwie zdolność do życia społecznego, stalibyśmy się anarchiczną gromadą bez wewnętrznej organizacji moralnej, zdolną żyć tylko w karbach, nałożonych z zewnątrz”. Roman Dmowski, *Upadek myśli konserwatywnej* (Kraków: Skład główny w księgarni Gebethnera i Wolffa, 1914), 83-84.

⁴¹ Krzywiec wskazał na trzy źródła poglądów antysemitycznych: uprzedzenia wyniesione z domu, klimat intelektualny epoki a także własne przemyślenia. Zob. Grzegorz Krzywiec, *Szowinizm po polsku. Przypadek Romana Dmowskiego (1886-1905)* (Warszawa: Neriton, 2009), 86, 89-90. Krzywiec cały rozdział poświęcił analizie rozwoju poglądów rasistowskich wśród polskich intelektualistów w rozdziale III „Rasizm po polsku”.

⁴² „[...] w sferze gospodarczej wielkie finanse utożsamiał z Żydami, tak w sferze politycznej nowoczesne rządy demokratyczne zrównywał Dmowski z masonerią”. Dariusz Grzybek, „Od modernizacyjnego optymizmu ku antymodernizacyjnej utopii – zwrot w myśli politycznej Romana Dmowskiego” *Studia Historyczne*, z. 4 (2016): 457. Na temat antysemitycznej obsesji, zob. Roman Wapiński, *Roman Dmowski* (Lublin: Wydawnictwo Lubelskie, 1988), 341, 366; Micewski, *Z geografii politycznej*, 21-22.

podłoże: gospodarcze, polityczne, etniczno-kulturowe? Zwolennikiem pierwszej tezy jest Grzegorz Krzywiec^[43], natomiast drugiej Wapiński^[44].

Podsumowując te rozważania, można stwierdzić, że Dmowski był antysemitą, ale analizując jego koncepcję esencji narodu, wydaje się, iż sama rasa (z pewnością nie w znaczeniu antropologicznym) nie miała kluczowego znaczenia. Jako argument można dodatkowo przytoczyć jego mrzonkę stworzenia „społeczeństwa nowopolskiego, gdzieś nad brzegiem południowego Atlantyki, w puszczech brazylijskich”, którego siła duchowa opierałaby się z jednej strony na dziedzictwie narodowym, z drugiej na nowych i świeżych pierwiastkach^[45]. Dla Dmowskiego najważniejsze było budowanie siły narodu, korzystając z wszystkich możliwych zasobów.

2.3. Naród a moralność, instynkty i dusza narodowa

Dmowski wskazywał na moralność jako podstawowy system normatywny wiążący ludzi w naród. W *Myślach* sformułował zdanie, które jest kluczowe dla zrozumienia jego poglądów na temat narodu: „Naród jest niezbędną treścią moralną państwa, państwo zaś jest niezbędną formą polityczną narodu”^[46]. Istotą narodu jest nierozzerwalna więź moralną łączącą jednostki

⁴³ Krzywiec stwierdził: „Nawet Popławski, którego poglądy zbliżały się już wtedy do rasistowskiego antysemityzmu, nie zdobył się na całkowite zakwestionowanie asymilacji i przejście, by tak rzec, na pozycje czysto rasowe. Poglądy „głosowiczów” na kwestię żydowską utrzymane były z pewnością w tonacji nacjonalistycznej. Stricte rasistowskie jednak nie były. Kwestia rasy nie stała się też kryterium kluczowym i przesądającym przy ocenie ludności żydowskiej. Inna sprawa, że dla środowisk zasymilowanych Żydów takie subtelne rozróżnienia, prezentowane często w postaci zjadliwych opinii i krzywdzących, stereotypowych sądów [...], nie miały wielkiego znaczenia”. Krzywiec, *Szowinizm po polsku*, 92. Krzywiec wskazywał, że na samym początku w poglądach Endeków nie dominował rasizm biologiczny, co zmieniło się z czasem. Za podłoże tej zmiany Krzywiec uznał dążenie do zwalczania wrogów politycznych i polaryzację sceny politycznej. Ten zwrot następował etapami, a nasilił się po 1918 r. Zob. ibidem, 119-120. Poglądom antysemickim Dmowskiego Krzywiec poświęcił podrozdział: *Wobec Żydów i kwestii żydowskiej*, w: ibidem, 232-270. Krzywiec zaznaczał też, że sam Dmowski nigdy nie był przekonany do skutecznej asymilacji Żydów i uważał ich za element obcy i szkodliwy. Należy dodać, że sceptycyzm, co do możliwości asymilacji Dmowski wyraził już w publikacji: Roman Dmowski, *Separatyzm Żydów i jego źródła* (Warszawa: nakł. „Gazety Warszawskiej”, 1909).

⁴⁴ Zob. Wapiński, *Roman Dmowski*, 341.

⁴⁵ Dmowski, *Myśli*, 74.

⁴⁶ Idem, „Podstawy polityki polskiej”, 112.

w narodową całość. Moralność stanowiła główny przedmiot rozważań Dmowskiego, ponieważ nauka o narodzie była nauką o moralności, czyli etyką narodową. Należy podkreślić, że pojęcie patriotyzm, czyli miłość ojczyzny, u Dmowskiego uzyskuje jeszcze jedno znaczenie. Ze sfery emocji przeniósł go również do sfery moralności i zdefiniował jako „stosunek moralny jednostki do społeczeństwa”^[47]. Podkreślał, że patriotyzmu nie można traktować, jak poglądów filozoficznych, które dowolnie się wybiera i zmienia, lecz jest to obowiązek moralny wynikający ze ścisłego związku jednostki z narodem.

Dmowski doskonale zdawał sobie sprawę, że wśród Polaków, którzy w większości byli katolikami i uznawali, że normy moralne są dane przez Boga, to Kościół miał decydujący wpływ na wykładnię zasad moralnych i określenie najwyższego dobra, czyli zbawienia. Tymczasem Dmowski chciał, by w sferze politycznej to Endecja, a nie Kościół miała dominującą rolę i wyznaczała drogi działania obywateli. Jednocześnie zdawał sobie sprawę, że sekularyzacja tak religijnego społeczeństwa nie była możliwa. W związku z tym zaproponował wyraźne rozróżnienie dwóch sfer życia: indywidualnej i politycznej^[48]. W relacjach między jednostkami, uznawał za obowiązującą etykę chrześcijańską, czyli etykę miłości bliźniego, natomiast relacje między jednostkami a narodem oraz narodem a narodem, miałyby być kształtowane przez etykę narodową. Uzasadniał tę koncepcję tezą, że chrześcijaństwo kształtowało się w środowisku, który nie był narodem i dotyczyło zawsze indywidualnej moralności.

„W stosunku do cudzoziemca [...], etyka chrześcijańska tyle mnie obowiązuje, ile idzie o stosunek prywatny, o stosunek człowieka do człowieka, tam wszakże, gdzie obaj występujemy jako przedstawiciele i obrońcy spraw swych narodów, jedynie mnie obowiązuje etyka narodowa. W stosunkach osobistych nie wolno mi go krzywdzić równie dobrze, jak gdyby był moim rodakiem, bo w tych stosunkach etyka nasza, etyka chrześcijańska, nie uznaje różnic narodowych. Ale nawet zabić go mam obowiązek w walce za ojczyznę”^[49].

⁴⁷ Idem, *Myśli*, 23.

⁴⁸ Nie była to oryginalna idea, już w przeszłości sięgali do niej myśliciele polityczni, jak John Stuart Mill. Wprawdzie Dmowski krytykował liberalizm, to widać wpływ jego idei dotyczącej na podział życia na sferę publiczną i prywatną.

⁴⁹ Idem, „Podstawy polityki polskiej”, 108.

Dmowski chciał stworzyć nowy system normatywny, w którym to naród byłby najwyższym dobrem moralnym. Zgodnie z etyką narodową czyni dobre moralnie to aktywność na rzecz materialnego i duchowego rozwoju narodu. Główna zasada etyki narodowej to egoizm narodowy, co sformułował już w broszurze *Nasz patriotyzm* z 1893 r.: „każdy czyn polityczny Polaka bez względu na to, gdzie jest dokonywany i przeciw komu skierowany musi mieć na widoku interesy całego narodu”^[50]. Dmowski na początku swej twórczości uważał, że stosunek jednostki do narodu jest oparty na egoizmie. Podnosił, że wprawdzie Polacy uznają etykę chrześcijańską, ale nie jest to równoznaczne z tym, że faktycznie postępują według jej zasad. Moralność jako fakt społeczny to atawistyczny egoizm, warunkiem zaś miłości narodu jest miłość własna.

„Człowiek cywilizowany nie postępuje nikczemnie dlatego przede wszystkim, że zanadto siebie samego szanuje. To poszanowanie samego siebie wytwarza też odpowiedni stosunek do własnego narodu. [...] I sama miłość własna, niezależnie od przywiązania do ojczyzny, nakaże mu uznać obowiązki narodowe, pracować dla ojczyzny, walczyć za nią, dawać jej jak najwięcej w zamian, za to co od niej bierze”^[51].

Za podstawowy czynnik narodotwórczy uważał więc świadome poczucie obowiązku wynikające z miłości własnej, a nie czynniki obiektywne, takie jak instytucje polityczne, kulturę, język czy religię. Już trzy lat później, czyli w 1905 r. napisał, że jednak odrzuca oparcie etyki narodowej na etyce indywidualistycznej. Swoje poglądy zmienił po podróży do Tokio i w *Podstawach polityki polskiej*, który dołączył do III wydania *Myśli* pisał: „Nie przypuszczałem, że jedna wycieczka na Wschód Daleki więcej mi

⁵⁰ Idem, *Nasz patriotyzm. Podstawy programu współczesnej polityki narodowej* (Berlin: Janiszewski i Quitt, 1893), 3. Szerzej na ten temat pisał również inny twórca ruchu narodowego: Zygmunt Balicki, *Egoizm narodowy wobec etyki* (Lwów: Towarzystwo wydawnicze we Lwowie, 1902), 35. Publikacja ta jednak odegrała mniejszą rolę, ze względu na dość zawyły wywód i brak jej szerszego rozpropagowania wśród członków ruchu narodowego. Zob. Roman Wapiński, *Narodowa Demokracja 1893-1939. Ze studiów nad dziejami myśli nacjonalistycznej* (Wrocław-Warszawa, 1980), 39; Aneta Dawidowicz, „System etyczny w myśli politycznej Zygmunta Balickiego” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia XI* (2004): 177-191.

⁵¹ Dmowski, *Myśli*, 22.

powie, niż najwięksi myśliciele dzisiejszej Europy”^[52]. W ten sposób oto na nowo zdefiniował związek moralny jednostki z narodem:

„Jego [patriotyzmu – MB] główną podstawą jest niezależny od woli jednostki związek moralny z narodem, związek sprawiający, że jednostka zrośnięta przez pokolenia ze swym narodem, w pewnej, szerokiej sferze czynów, nie ma wolnej woli, ale musi być posłuszna zbiorowej woli narodu, wszystkich jego pokoleń, wyrażających się w oddziedziczonych instynktach. Instynkty te silniejsze nad wszelkie rozumowania i panujące częstokroć nad osobistym instynktem samozachowawczym, gdy nie są znieprawione lub wyrwane z korzeniami, zmuszają człowieka do działania nie tylko wbrew dekalogowi, ale wbrew sobie samemu, bo do oddania życia, do poświęcenia droższych od niego rzeczy, gdy idzie o dobro narodowej całości. [...] Na tych przede wszystkim instynktach opiera się właśnie etyka narodowa”^[53].

Za źródło związku moralnego z narodem, który jest istotą narodu, Dmowski uznał więc instynkt. Żyjąc w ramach państwa coraz większa części duszy jednostek ukierunkowuje się na działanie dla dobra całości i tak tworzy się najsilniejszy w dziejach związek moralny, czyli dusza narodu. Istotne jest to, że następnie jednostka nie może zerwać tego związku, czyli wyrzec się narodowości. W głębiach duszy zakorzeniona jest też etyka narodowa, którą mogą zrozumieć tylko przedstawiciele danego narodu silnie z nim związani. Te odziedziczone instynkty są silniejsze nad wszelkie rozumowanie i instynkt samozachowawczy, stąd możliwe jest poświęcenie nawet swojego życia dla ojczyzny.

Dla Dmowskiego siła moralna narodu to „żądza szerokiego życia, chęć pomnożenia narodowego dorobku wpływu oraz urzeczywistnienia narodowych celów”^[54]. Rozumiał przez to „rozszerzanie sfery narodowej działalności”^[55] poprzez przezwycięzenie rozbicia rozbiorowego i stworzenie życia ogólnonarodowego oraz politykę ekspansji kolonialnej^[56].

⁵² Idem, „Podstawy polityki”, 106. Zob. Michiro Yasui, „Ex oriente lux: Roman Dmowski w Japonii”, *Nowa Polityka Wschodnia*, nr 1 (2014): 241-254.

⁵³ Dmowski, „Podstawy polityki”, 107.

⁵⁴ Idem, *Myśli*, 24.

⁵⁵ Ibidem, 72.

⁵⁶ Więcej na temat poglądów Dmowskiego na politykę kolonialną, zob. Paweł Fiktus, „Roman Dmowski wobec problemów polskiego osadnictwa na terenie brazylijskiej Parany w latach 1899-1900” *Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie* (2010): 48-57.

Dla Dmowskiego etyka narodowa to etyka siły, walki, ekspansji. Postawił jasną tezę: „Narody, które przestają walczyć, wyrodnieją moralnie i rozkładają się”^[57]. Jednocześnie podkreślał, że podbój, walka z wrogami i wyzysk nie jest celem samym w sobie, lecz to wszystko ma wartość, jeśli służy celowi najwyższemu, czyli dobru narodu^[58].

Analizując, czy moralność jest esencją narodu, należy podkreślić, że według Dmowskiego człowiek w pewnej mierze nie jest wolny, ponieważ jego działania są zdeterminowane niezależnymi od jego wolnej woli instynktami. Dokonał więc negacji ludzkiej podmiotowości, czyli idei, że człowiek, dzięki swej świadomości kieruje sobą. Pisał: „Gubimy się w swej własnej duszy, nie umiemy ani określenia, ani nazwy znaleźć dla rozmaitych jej składników, nie wiedząc, że w jej głębi drzemią instynkty zdolne w odpowiedniej chwili naszym jestestwem zapanować”^[59]. Uznał działania zdeterminowane właśnie sferą instynktów za moralne, tymczasem czyny mają wartość moralną tylko wówczas, kiedy dokonywane są przez istoty wolne, a co za tym idzie odpowiedzialne za swoje postępowanie. Mamy więc tu wewnętrzną sprzeczność: moralność jest istotą więzi narodowej, narodu, gdy tymczasem koncepcja braku wolności w decydowaniu o działaniach w tej sferze nie stwarza w ogóle przestrzeni dla zaistnienia wyborów moralnych. Chciałabym również zwrócić uwagę, że choć w *Myślach* moralność narodową wyprowadzał z subiektywnego egoizmu, to zarazem pisał, że opinia publiczna jest wyrazem przymusu moralnego w zakresie obowiązków obywatelskich a „przyszłość narodu leży w silnym rozwoju przymusu moralnego, w zdrowej i niewzruszonej opinii publicznej, narzucającej obowiązki obywatelskie tym, którzy do poczucia ich nie dorośli”^[60]. Tymczasem, jeśli działania wykonane są pod przymusem, tam również nie ma miejsca na działania moralne, które przecież są rezultatem wolnych

⁵⁷ Dmowski, *Myśli*, 83. Bohdan Cywiński określił tę część etyki narodowej jako „teorię zaborczości usprawiedliwionej”. Bohdan Cywiński, *Rodowody niepokornych* (Warszawa: PWN, 2010), 313.

⁵⁸ „Ojczyzna dla nas nie będzie przede wszystkim wielkim dobrem materialnym, siebie jako narodu nie będziemy pojmowali jako spółki do wyzyskiwania innych narodów, obowiązków względem ojczyzny nie będziemy widzieli jedynie na zewnątrz, w walce z obcymi, ale nie mniej wewnątrz, w czuwaniu nad dobrem całości, w pracy i wysiłkach poświęconych dla uzdrowienia jej życia i dźwigania go na coraz wyższy poziom”. Roman Dmowski, „Zagadnienie rządu. II Poczucie narodowe podstawą bytu społecznego,” w Idem, *Pisma*, t. IX (Częstochowa: Antoni Gmachowski i S-ka, 1939), 147.

⁵⁹ Idem, „Podstawy polityki”, 106.

⁶⁰ Idem, *Myśli*, 84.

decyzji jednostek. Ta analiza prowadzi więc do wniosku, że faktycznie nie mamy tu do czynienia z moralnością jako więzią narodową^[61]. Dmowski podkreślając, że naród jako typ społeczeństwa wytworzonego przez historię, opiera się na więzach moralnych, zdawał sobie sprawę, że dla części te więzy nie są świadome, chociażby z braku wiedzy elementarnej^[62].

Nie moralność ani nie instynkty były esencją narodu, lecz rolę tę spełniała „dusza narodowa”. Pojęcie to jest znane z twórczości Ernesta Renana, który w wykładzie wygłoszonym na Sorbonie 11 marca 1882 roku, pod tytułem *Co to jest naród? (Qu'est-ce qu'une nation?)* sformułował jedną z pierwszych definicji narodu: „Naród jest duszą, zasadą duchową”^[63]. Dmowski znał jego twórczość^[64], i wykorzystał to kluczowe pojęcie w tworzeniu polskiej myśli nacjonalistycznej:

„My jesteśmy narodem jednym, niepodzielnym, bo posiadamy poczucie swej jedności, posiadamy wspólną, zbiorową świadomość, wspólną duszę narodową. Ta dusza narodowa – to wyraźne całkiem pojęcie, to wytworzone przez wielowiekowy wspólny byt państwowy poczucie jedności w walce o wspólną egzystencję, w powodzeniach i klęskach ogólnych, dążeniu do ogólnych celów, poczucie odrębności swej od obcych tradycją sąsiadów. Ta dusza narodowa, wytworzona przez długi proces dziejowy, w dziejach znajduje uzasadnienie swego bytu i swych aspiracji”^[65].

⁶¹ Zwrócił na to uwagę również Cywiński: „patriotyzm opierający się na instynktach człowieka – to swoisty determinizm, jak każdy inny determinizm zawieszający działanie wszystkich ocen etycznych”. Cywiński, *Rodowody niepokornych*, 312.

⁶² „W wypadku przyjęcia świadomości narodowej za kryterium identyfikacji jednostki z narodem R. Dmowski i jemu podobni doprowadziliby do zakwestionowania powszechności istnienia narodu polskiego. I odwrotnie, oparcie go wyłącznie na instynktach czyniłoby naród substancją etniczną lub, co najwyżej, narodowościową. Interpretacja R. Dmowskiego była zatem jednym ze sposobów przewyciężenia tej sprzeczności”. Kornaś, *Naród i państwo*, 43.

⁶³ Ernest Renan, „Coto jest naród?”, [w:] *Być w narodzie. Szkice o idej narodu, narodowej kulturze i nacjonalizmie*, red. Lech Zdybel (Lublin: Wydawnictwo UMCS, 1998), 197–212.

⁶⁴ Dmowski słuchał wykładów Renana o dziejach Izraela w Paryżu. Zob. Władysław Jabłonowski, *Z biegiem lat 1890-1939. Wspomnienia o Romanie Dmowskim* (Częstochowa: Antoni Gmachowski i S-ka, 1939), 11–12.

⁶⁵ Roman Dmowski, „Jedność narodowa,” *Przegląd Wszechpolski*, nr 6 (1895): 82.

Próbując przybliżyć, czym ona jest, wskazywał, że dusza narodowa:

„ma swoją głęboko utajoną logikę, prowadzi nas po drodze wytkniętej, zmusza do czynów utrzymujących byt społeczny, ciągłość jego rozwoju a z nim cały postęp cywilizacyjny i moralny człowieka. Dopiero wtedy, gdy głębiej myślał wejrzemy w to panowanie duszy społecznej nad duszą indywidualną, wtedy będziemy w stanie zdać sobie sprawę z tego co to jest naród”^[66].

Dusza narodowa wytworzyła się przez wieki w drodze organicznego rozwoju i posiada swój obszar panowania w duszy jednostki, nazwany wewnętrznym przymusem moralnym. Faktycznie dusza narodowa, choć stanowi esencję narodu, nie jest możliwa do ujęcia w precyzyjną definicję.

2.4. Naród a religia

Jednym z czynników, który określa tożsamość narodu jest religia, wyrażająca wspólne wartości i przekonania duchowe, choć oczywiście istnieje wiele przykładów wspólnot narodowych, w ramach których współegzystują ludzie różnych wyznań i ateści. Dmowski cenił siłę i znaczenie religii w podtrzymywaniu polskiej tożsamości w czasie zaborów i był świadomy, że ugrupowanie dążące do reprezentacji interesów ogólnonarodowych i przejęcia władzy w przyszłym niepodległym państwie nie może być antykatolickie^[67]. Jednocześnie zdawał sobie sprawę, że pozostawienie Kościołowi całej sfery życia moralnego człowieka spowoduje, że obywatele będą w pierwszej kolejności lojalni wobec tej instytucji a nie narodu. Tym bardziej, że nadal żywa była idea, że źródłem legitymizacji władzy świeckiej jest Kościół. Dmowski chcąc stworzyć „nowoczesnego Polaka”, którego wszystkie działania będą ukierunkowane na dobro narodu

⁶⁶ Idem, „Istota i geneza narodu” *Sprawa Polska*, nr 2, (1917): 229.

⁶⁷ Kościół miał szerokie poparcie społeczne w zaborze rosyjskim i niemieckim, ponieważ integrował polskie społeczeństwo przeciw polityce państw, w których katolicyzm nie był dominującą religią. „Na obu tych obszarach zaistniały korzystne warunki dla kształtowania się stereotypu «Polaka-katolika»”. Paweł Stachowiak, „Ołtarz, tron i naród. Kościoła problemy z polskością 1914-1918”, [w:] *Niedokończona wojna? „Polskość” jako zadanie pokoleniowe*, red. Robert Traba (Warszawa: Instytut Studiów Politycznych Polskiej Akademii Nauk, 2020), 226. Inaczej było na terenie zaboru austriackiego, gdzie katolicyzm był wyznaniem panującym, ale ze względu na dużą współpracę duchowieństwa z państwem, Kościół w Galicji miał najsłabszy autorytet wśród społeczeństwa. Zob. *ibidem*, 225-231.

definiowanego przez nacjonalistycznych polityków, musiał przededefiniować rolę religii i Kościoła. Stąd też podział na sferę prywatną z etyką chrześcijańską i sferę polityczną z etyką narodową. Dmowski był świadomy zarzutów, że jego poglądy są niechrześcijańskie, ale nie zgadzał się z nimi stwierdzając, że wynikają one tylko z niezrozumienia jego idei i braku poczucia przynależności narodowej^[68].

„Etyka narodowa nie tylko nie sprzeciwia się etyce chrześcijańskiej czy etyce altruizmu, [...] ale na dłuższe okresy stanowi niezbędną warunek trwałej moralności zbiorowisk ludzkich. Entuzjazm dla danych zasad, zapał religijny mas, zaciętość sekciarska czyniła ludzi na pewien czas zdolnymi do wysoce moralnego życia, [...] ale taki stan danego zbiorowiska nigdy nie był zdolny trwać przez długie czasy. Tylko silna organizacja narodowa, na głębokim poszanowaniu tradycji oparta, zdolna jest społeczności ludzkiej zapewnić zdrowie moralne na długo szereg stuleci. [...] Tak etyka narodowa jest podstawą etyki międzyludzkiej”^[69].

Argumentował więc, że tylko silne państwo i naród mogą stworzyć sferę moralnego działania, bo alternatywą jest zerwanie wszelkich więzi moralnych skutkujące spotęgowaniem wzajemnej wrogości ludzi. Także Bogumił Grott, badacz polskiego nacjonalizmu, zwrócił uwagę, że choć Dmowski podtrzymywał tezę o dwóch niezależnych etykach, to jednak etyka narodowa musiała uchylać na pewnych płaszczyznach działanie etyki chrześcijańskiej, stawała się więc faktycznie nadrzędna^[70]. To dążenie do sekularyzacji sfery politycznej wpisywało się w poglądy obozu narodowego z czasów początku jego istnienia. Szczególnie uniwersalizm chrześcijański nie wpisywał się w nacjonalistyczną politykę. Nacjoniści postulowali, by wszystkie instytucje zostały podporządkowane interesom państwa narodowego, także Kościół miał być „instytucją narodową”^[71]. Popławski na łamach „Przeglądu Wszepolskiego” ujął to tymi słowami:

„Jesteśmy społeczeństwem katolickim – ale nie jesteśmy społeczeństwem kościelnym – tylko społeczeństwem narodowym. Katolicyzm jest tylko jedną

⁶⁸ Dmowski, „Podstawy polityki”, 108.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Grott, *Nacjonalizm chrześcijański*, 15.

⁷¹ *Program Stronnictwa Demokratyczno-Narodowego w zaborze rosyjskim* (Kraków: W.L. Anczyc i Sp., 1903), 17-18; „Polityka narodowa w stosunku do religii i Kościoła” *Przegląd Wszepolski*, nr 5, (1903): 321-400.

z wartości naszego charakteru narodowego i obrona interesów Kościoła katolickiego stanowi zaledwie jedno z zadań polityki narodowej i to o tyle, o ile Kościół jest polskim”^[72].

Taka postawa była spowodowana tym, że „Kościół poczuwał się do lojalności wobec władz, nawet tam, gdzie reprezentowały one żywioły niekatolickie”^[73]. Taka była oficjalna postawa Watykanu wyrażona przez Leona XIII w skierowanej do biskupów polskich encyklice *Charitatis Providentiaeque* z 1894 r., w której zobowiązywał biskupów do lojalności i posłuszeństwa wobec władz zaborczych. Dokument ten w literaturze przedmiotu otrzymał miano „encykliki o trójlojalizmie”^[74]. Tylko nieliczni duchowni podjęli się współpracy z obozem narodowym^[75]. Dodać należy, że większość nacjonalistów, która wywodziła się z inteligencji, była bądź indyferentna religijnie, bądź byli oni ateistami^[76]. Nie było w tym nic niezwykłego, ponieważ po upadku powstania styczniowego z 1863 r. nastąpił spadek religijności wśród inteligencji, co było związane z dominującym wpływem pozytywizmu^[77]. Jędrzej Giertych pisał nawet, że w tamtych czasach student był wręcz synonimem ateisty^[78].

Odzyskanie przez Polskę niepodległości zmieniło rzeczywistość polityczną, w tym również sytuację ruchu narodowego, co miało wpływ na modyfikację niektórych poglądów. Ideowym przełomem znów była publikacja Dmowskiego z 1927 r. *Kościół, naród i państwo*, w której zadeklarował: „Państwo polskie jest państwem katolickim”^[79]. Postawił tezę, że katolicyzm

⁷² Jan Ludwik Popławski (pseud. J.L. Jastrzębiec), „Z całej Polski” *Przegląd Wszepolski*, nr 24, (1898), 381.

⁷³ Stachowiak, „Ołtarz, tron i naród”, 229.

⁷⁴ Zob. Danuta Waniek, *Orzeł czy krucyfiks. Eseje o podziałach politycznych w Polsce* (Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek, 2011).

⁷⁵ Grott, *Nacjonalizm chrześcijański*, 13.

⁷⁶ Paweł Stachowiak, *Korzenie „katolicyzmu endeckiego”: nacjonalistyczna wizja religii i Kościoła w Polsce w latach 1887-1927* (Poznań: Wydawnictwo Naukowe Wyższej Szkoły Nauk Humanistycznych i Dziennikarstwa, 1999), 36.

⁷⁷ Zob. Karol Górski, „Dzieje życia wewnętrznego w Polsce. Wiek XIX i początek XX w.” *Roczniki Teologiczno-Kanoniczne*, nr 4 (1964): 21.

⁷⁸ Jędrzej Giertych, *Mynowe pokolenie* (Poznań: Księgarnia św. Wojciecha, 1936), 6.

⁷⁹ Roman Dmowski, *Kościół, naród i państwo* (Wrocław: Nortom, 1993), 29-32. Publikację tę „uznać można umownie za cezurę, od której rozpoczyna się zauważany przez wielu badaczy proces zespalania nacjonalizmu polskiego z katolicyzmem, a tym samym tworzenia się formacji ideowej określanej mianem narodowo-katolickiej”. Rafał Łętocha, *Katolicyzm a idea narodowa. Miejsce religii w myśli obozu narodowego lat okupacji* (Lublin: Wydawnictwo „Gaudium”, 2002), 301; Roman Wapiński,

stanowi istotę polskości, a nie tylko dodatkiem. Mielibyśmy więc do czynienia ze zmianą stanowiska i uznania, że religia jest istotą narodu. Jednak analizując pisma i działalność Dmowskiego trudno utrzymać taką tezę. Nadal podkreślał, że ma to być kościół narodowy, który będzie efektywnie wspierać nacjonalistyczną politykę państwa^[80]. Rola katolicyzmu miałyby polegać na powstrzymaniu tendencji indywidualistycznych, liberalnych i materialistycznych oraz wyrabianiu „instynktów moralnych” sprzyjających karności, hierarchii i poczuciu obowiązku wobec zbiorowości, co uważał za istotę etyki narodowej i podstawę budowy silnego państwa narodowego^[81]. Dmowski *Kościół, naród i państwo* traktował jako pewną zmianę, ale nie rewolucję w swoich zapatrywaniach. Nie zrezygnował nigdy ze swej koncepcji etyki narodowej, bo od początku uważał, że nie jest ona sprzeczna z etyką chrześcijańską. Nigdy nie zdobył się też na stwierdzenie, że Bóg jest najwyższą wartością, a naród dobrem pośrednim^[82]. Największe zmiany widać w podejściu do Kościoła, którego nie chciał już podporządkować państwu jako instytucję narodową, lecz uważał, że w tym momencie historii zaistniały warunki do pełnej współpracy.

Wśród przyczyn, które spowodowały taką ewolucję poglądów Dmowskiego i Endecji, można wymienić zmiany w polityce Kościoła oraz odrodzenie religijne wśród inteligencji. Kościół oficjalnie już w 1918 r. uznał jedność narodową Polaków oraz poparł odbudowę państwa polskiego^[83]. Należy podkreślić, że publikacja Dmowskiego *Kościół, naród i państwo* spotkała się z pozytywnym przyjęciem przez kręgi katolickie,

„Niektóre problemy ewolucji ideowo-politycznej endecji w latach 1919-1939” *Kwartalnik Historyczny*, nr 4 (1966), 876; Bogumił Grott, *Religia, Kościół, etyka w ideach i koncepcjach prawicy polskiej. Narodowa Demokracja* (Kraków: Nomos, 1993), 93-95.

⁸⁰ Wapiński zwrócił uwagę, że: „Nawet wówczas, gdy na czoło wysuwa się stwierdzenia, które mają wykazać troskę endecji o sprawy Kościoła, to i tak daje o sobie znać tendencja do traktowania Kościoła jako w pewnej mierze instrumentu w walce o wpływ”. Roman Wapiński, „Wstęp”, [w:] Roman Dmowski, *Wybór pism. Wybrał, wstępem opatrzył i opracował R. Wapiński* (Warszawa: PIW, 1990), 38.

⁸¹ Grzybek, „Od modernizacyjnego optymizmu”, 455-456. Ten typ nacjonalizmu Andrzej Walicki nazwał nacjonalizmem integralnym, opartym na autorytarnej krytyce indywidualizmu jednostki i praw człowieka, a etykę narodową prowadzącym do rządów narodowej elity. Andrzej Walicki, „Narodziny i rozwój integralnego nacjonalizmu przed rokiem 1918”, [w:] idem, *Naród - Nacjonalizm - Patriotyzm* (Kraków: Universitas, 2009), 299, 318, 322. Idea Katolickiego Państwa Narodu Polskiego zaczęła dominować wśród polskich nacjonalistów. To właśnie w religii upatrywali oni siły napędowej prowadzącej naród do wielkości.

⁸² Cywiński, *Rodowody niepokornych*, 453.

⁸³ Zob. Stachowiak, „Ołtarz, tron i naród”, 238.

a ksiądz Antoni Szymański zdecydował się zaliczyć Związek Ludowo-Narodowy do partii katolickich^[84]. Należy dodać, że wpływ na zmianę jego poglądów miał z pewnością fakt, że w 1926 r. nacjonalistyczne pismo „Action Française” oraz publikacje Charlesa Maurrasa zostały potępione i znalazły się na indeksie książek zakazanych^[85]. Dmowski, by utrzymać poparcie społeczne, nie mógł konfrontować się z Kościołem, tym bardziej, że po zamachu majowym z 1926 r. przeprowadzonym przez obóz polityczny Piłsudskiego, znacznie osłabiło znaczenie ruchu narodowego^[86].

Podsumowując, Dmowski zawsze cenił znaczenie religii i choć uznawał ją za istotny element nadający charakter narodowi, nie traktował jej jako esencji narodu. Indyferentyzm religijny czy ateizm nie wykluczały z narodu. Podkreślał, że katolicyzm pełnił doniosłą rolę w życiu narodu i postrzegał go jako środek mający przyczynić się do rozszerzania wpływów i umocnienia pozycji politycznej.

2.5. Sposób narracji o narodzie

Często cechą dyskursu nacjonalistycznego jest bezkrytyczny sposób narracji o narodzie, który traktowany jest wręcz jako sfera *sacrum*^[87]. Pytaniem badawczym jest, czy Dmowski wpisywał się w ten trend? Naród był dla niego najważniejszą grupą społeczną, uznał go również za najwyższe dobro

⁸⁴ Antonii Szymański, *Religia a polityka* (Warszawa: Skład Główny w Domu Książki Polskiej, 1927), 72; Jan Urban, „Ku uzdrowieniu polskiego nacjonalizmu” *Przegląd Powszechny*, 175 (1927): 221-222. Nieufny wobec treści broszury pozostał arcybiskup Edward Ropp, który przedstawił zarzuty pod adresem jej autora. Wypomniał Dmowskiemu przemilczanie nadprzyrodzonego źródła religii katolickiej, co zdaniem Roppa, uniemożliwiało zrozumienie przez Narodową Demokrację szczególnych związków między religią i narodem. Zob. Szymon Rudnicki, *Obóz Narodowo Radykalny. Geneza i działalność* (Warszawa: „Czytelnik”, 1985), 26, 337.

⁸⁵ Zob. Antonii Szymański, „Nauki wynikające z potępienia *Action Française*”, [w:] *VI Tydzień Społeczny Stowarzyszenia Młodzieży Akademickiej „Odrodzenie” w Lublinie w sierpniu 1927 roku* (Lublin: Uniwersytet, 1928), 35-63.

⁸⁶ Jak zwrócił uwagę Kornaś, ta „kapitulacja ideowa” nie przyniosła jednak żadnych spektakularnych sukcesów obozowi narodowemu, zob. Jerzy Kornaś, „Naród i państwo w myśli politycznej Stronnictwa Narodowego (1928-1939)” *Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie*, 692 (2005): 36.

⁸⁷ Zjawisko, że grupa tworząc pojęcie „narodu” i stawiając je na piedestale bezwstydnie czci sama siebie opisał w 1912 r.: Émile Durkheim, *Les formes elementaires de la vie religieuse. Le système totémique en Australie* (Paris: Les Presses universitaires de France, 1968), 199.

moralne, jednak nie wiązało się to z brakiem krytycyzmu czy megalomanią narodową^[88]. Dmowski uważał, że: „Przywiązanie do narodu nie powinno osłabiać umysłu człowieka, jego zdolności do krytyki [...] szerzenie zaś w narodzie przyjemnych złudzeń co do własnej wartości jest tym szkodliwsze, im dalsze są one od prawdy”^[89]. Nie było to czyste teoretyzowanie, polegające na tym, że dostrzegał wady w obcych narodach a swój przedstawiał tylko w superlatywach. Pisał: „Nie można na wszystko, czym się różnimy od innych ludów, patrzeć jako na cenną odrębność narodową. Jesteśmy niewątpliwie brudniejsi i leniwi od narodów zachodnich – czyż mamy przeto nasz brud i nasze lenistwo w dalszym ciągu pielęgnować?”^[90]. Uważał, że Polacy są mało ucywilizowani, ponieważ odwołują się do mesjanizmu, patriotyzm traktują jako religię, i z tych względów nie starają się nawet poznać i zrozumieć współczesnych praw społecznych^[91]. Szczególnie krytykował bierność Polaków, którą uznał za stały przymiot polskiego charakteru, z powodu którego wołał kultywować „cierpiętnictwo”, niż podjąć aktywną pracę i walkę na rzecz dobra narodu. Dostrzegał też paradoksy, które utrudniają faktyczną ocenę polskiego charakteru narodowego. Przykładowo Polacy uznają się za indywidualistów, a jednocześnie za słabe charaktery, potrzebujące przymusu, by zmotywować ich do jakiegokolwiek działania^[92]. Dmowski dostrzegał zarówno wady, jak i zalety narodu i deklarował: „Wszystko, co polskie jest moje: niczego się wyrzec nie mogę. Wolno mi być dumnym z tego, co w Polsce wielkie, ale muszę przyjąć i upokorzenie, które spada na naród za to co jest w nim marne”^[93]. Należy podkreślić, że w podobny sposób wypowiadał się o innych nacjach: Niemcach czy Żydach. W *Myślach* jednoznacznie stwierdził: „Na głębszych podstawach oparty patriotyzm nie potrzebuje też żywić się i wspierać przekonaniem o wyższości swego

⁸⁸ Jan Stanisław Bystroń w książce opublikowanej w 1935 r. za jedną z cech ówczesnego nacjonalizmu uznał megalomanię narodową, Zob. Jan Stanisław Bystroń, *Megalomania narodowa* (Warszawa: Wydawnictwo Książka i Wiedza, 1995).

⁸⁹ Dmowski, *Myśli*, 24.

⁹⁰ Idem, „Przedmowa do wydania drugiego (1904)”, [w:] Idem, *Myśli nowoczesnego Polaka*, 10.

⁹¹ Idem, *Myśli*, 31.

⁹² Grott, Grott, „Problem kondycji Polaków i Polski”, 339. Zwrócili oni też uwagę, że krytyka Polaków przedstawiona przez Dmowskiego generalnie pokrywała się z poglądami badaczy polskiego charakteru narodowego, jak chociażby Julian Ochorowicz, który był jednym z przedstawicieli pozytywizmu. Ibidem, 329. Więcej na temat, zob. Julian Ochorowicz, *O polskim charakterze narodowym*, wstęp i wybór L. Gawor (Lublin: Krajowa Agencja Wydawnicza, 1986).

⁹³ Dmowski, *Myśli*, 22.

narodu nad innymi, a poczucie niższości własnego narodu pod jakimkolwiek względem nie może zmniejszyć jego moralnej siły”^[94].

Należy też podkreślić, że nie chciał on odcięcia polskiego narodu od obcych wpływów, co również nie jest typowe dla dyskursu nacjonalistycznego. „Naród nasz korzystał ciągle z doświadczenia, zasobów duchowych, z pracy wiekowej innych ludów, które go wyprzedziły w cywilizacji. W stosunku do tego, co wziął, dał dotychczas ludzkości bardzo mało”^[95]. Miał też świadomość zachodzących zmian, faktu, że runęły dawne instytucje i związane z nimi stosunki społeczne i gospodarcze, co związało kraj z zagranicą. Te procesy pociągnęły za sobą nieuchronne konsekwencje dla bytu narodu: „Naród zaczyna się podciągać pod ogólny typ europejski”^[96]. Może zaskakiwać, ale Dmowski nie widział w tym powodów do żmartwień, nie obawiał się anihilacji narodu polskiego poprzez utratę odrębnej tożsamości, ponieważ był przekonany o „bogatej indywidualności polskiej duszy”. Dzięki tym procesom „zostajemy powoli zdolnym do życia, zdrowym, normalnym społeczeństwem”^[97], który podda się ogólnym prawom rządzącym życiem narodów i stanie się coraz silniejszy w nowoczesnym tego słowa znaczeniu. Według Dmowskiego te przemiany już zachodzą i oznaczają umocnienie się więzów łączących członków narodu w spójną całość, uzależniając jednostkę od całości.

Ten sposób narracji o narodzie powoduje, że nieadekwatne jest używanie wobec jednego z najważniejszych twórców polskiego nacjonalizmu określeń megalomania narodowa czy upatrywania w jego poglądach kolektywnego narcyzmu^[98]. Innym pojęciem, które ściśle związane jest z nacjonalizmem i zazwyczaj wpisywane w jego istotę to etnocentryzm będące „zjawiskiem psychospołecznym polegającym na przypisywaniu szczególnej wartości własnej grupie i na wywyższaniu jej kultury. Czynnikiem spajającym najróżniejsze postawy etnocentryczne jest

⁹⁴ Ibidem, 24.

⁹⁵ Ibidem, 23.

⁹⁶ Ibidem, 33.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ We współczesnym dyskursie naukowym z zakresu psychologii społecznej poszukuje się źródeł poglądów i postaw nacjonalistycznych właśnie w kolektywnym narcyzmie, zob. Aleksandra Cichocka, Aleksandra Cislak, „Nationalism as collective narcissism” *Current Opinion in Behavioral Sciences*, t. XXXIV (2020): 69-74; Marta Marchlewska, Aleksandra Cichocka, Manana Jaworska, Agnieszka Golec de Zavala, Michał Bilewicz, „Superficial ingroup love? Collective narcissism predicts ingroup image defense, outgroup prejudice, and lower ingroup loyalty” *British Journal of Social Psychology*, t. LIX (2020): 857-875.

przekonanie o wyjątkowości «mojej» grupy”^[99]. Dmowskiemu również nie można przypisać etnocentryzmu. W literaturze naukowej natomiast został mu przypisany szowinizm^[100]. Pojęcie to może być stosowane w różnych kontekstach, w odniesieniu do myśli politycznej często łączone jest z nacjonalizmem i oznacza właśnie bezkrytyczne umiłowanie własnego narodu, któremu przypisuje się wyższość i łączy z nieuzasadnioną wrogością wobec innych^[101]. Pomimo głoszenia poglądów antyniemieckich i antyżydowskich dostrzegał jednak zalety i siłę tych nacji, więc nie była to ślepa bezkrytyczna nienawiść, a jednocześnie nie brak u niego słów bardzo krytycznych wobec polskiego narodu. Powyższa analiza wypowiedzi Dmowskiego nie pozwala mu więc przypisać szowinizmu.

Podsumowując, nacjonalizm Dmowskiego nie polegał na bezkrytycznym wywyższaniu własnej nacji powiązanej z nienawiścią do innych narodów i pragnieniem odcięcia się od zewnętrznych wpływów. Jak pisał, starał się zrozumieć współczesny mu świat i wnieść z niego do Polski to, co uważał za wartościowe. Podstawowym wyzwaniem, które stawiał w *Myślach nowoczesnego Polaka*, to „trzeba stać się narodem nowoczesnym, zdolnym do współzawodnictwa z innymi”^[102].

3 | Zakończenie

Poszukując odpowiedzi na pytanie badawcze, czym jest naród w poglądach Dmowskiego, zostały omówione czynniki narodotwórcze. Analiza pokazała, że esencji narodu Dmowski nie upatrywał w kulturze (języku), etniczności, czystości rasowej. W przypadku instytucji państwa uważał on je za niezbędne do powstania i rozwoju narodu. Jednak możliwe jest

⁹⁹ Radkiewicz, *Patriotyzm*, 21.

¹⁰⁰ Zob. Krzywiec, *Szowinizm po polsku*. Należy podkreślić i zarazem skrytykować fakt, że Krzywiec nie dał uzasadnienia, dlaczego wybrał to pojęcie dla określenia tak jednoznacznie poglądów Dmowskiego. W dodatku wydaje się, że używa jak synonimy pojęcia: rasizm/antysemityzm i szowinizm.

¹⁰¹ Zob. Jacek Bartyzel, „Szowinizm”, [w:] Jacek Bartyzel, Bohdan Szlachta, Adam Wielomski, *Encyklopedia polityczna*, t. I (Radom: Polskie Wydawnictwo Encyklopedyczne, 2007), 394-395.

¹⁰² Roman Dmowski, „Przedmowa do wydania czwartego (1933)”, [w:] idem, *Myśli nowoczesnego Polaka*, 16.

istnienie narodu bez państwa, ale tylko pod warunkiem, że żywa jest idea państwowa, więc to ona stanowi immanentny element esencji narodu. Precyzując, czym jest esencja narodu Dmowski najczęściej odwoływał się do moralności (naród jako związek moralny), instynktów i duszy narodowej. Działania instynktowne wykluczają moralność, i tej sprzeczności nigdy nie wyjaśnił, a sama „dusza narodu”, jest według niego niedefiniowalna. Wyróżniona została również religia jako czynnik narodotwórczy. Na początku Dmowski dążył do sekularyzacji sfery politycznej, ale pod wpływem czynników politycznych zmienił zdanie. Stwierdził wówczas, że katolicyzm jest istotą polskości, jednak należy pamiętać, że wielu twórców polskiego nacjonalizmu było indyferentna religijnie, a Dmowski konsekwentnie uznawał naród za najwyższe dobro moralne, nie jest więc uzasadnione uznanie religii za immanentny element jego koncepcji esencji narodu.

Odpowiadając na pytanie o zmiany w zapatrywaniach Dmowskiego na naród, można stwierdzić, że choć widoczna jest pewna ewolucja poglądów, to jednak nie zmieniał on znacząco postrzegania fundamentalnych czynników narodotwórczych. Prowadzi to do ostatniego pytania, w jaki sposób wyobrażenie narodu i jego koncepcje polityczne warunkowały się wzajemnie? Najbardziej charakterystyczne dla rozważań Dmowskiego o narodzie jest fakt, że nie podał on jednoznacznej i precyzyjnej definicji. Wprost stwierdzał, że określenie esencji narodu jest niemożliwe^[103]. Oscylował pomiędzy różnymi czynnikami kształtującymi ten byt społeczny, głównie pomiędzy moralnością, instynktami i duszą narodu^[104]. Brak precyzji w definiowaniu narodu, stworzenie luzu interpretacyjnego, było wynikiem pragmatyzmu politycznego, dawało to bowiem możliwość dostosowania tego nadrzędnego pojęcia do potrzeb politycznych. Jerzy Kornaś zwracając uwagę, że Dmowski żonglował różnymi czynnikami, szczególnie świadomością i instynktami, w definiowaniu narodu. W dodatku nie próbował rozstrzygnąć tej sprzeczności, co pozwalało mu „potencjalnie uzasadnić każdą sytuację bez potrzeby przewartościowań naczelnej idei”^[105].

¹⁰³ Idem, „Istota i geneza narodu”, 229.

¹⁰⁴ Kornaś uważał, że „można zauważyć wyraźną chęć pogodzenia świadomościowych pierwiastków z irracjonalnymi. Sprzeczności tej R. Dmowski nigdy jednak jednoznacznie nie rozstrzygnął. Rozwijając swoją teorię narodu oscylował między wiedzą a uczuciem, nie przyznając żadnemu z nich pierwszeństwa”. Kornaś, *Szowinizm po polsku*, 42.

¹⁰⁵ Kornaś, „Naród i państwo w myśli politycznej Stronnictwa Narodowego (1928-1939)”, 25. Taką samą uwagę sformułował Konstanty Grzybowski, dodając, że tak samo w zależności od sytuacji promował czynniki demokratyczne bądź

Dmowski oceniany jest jako polityk pragmatyczny, co widać nie tylko w jego rozważaniach o narodzie, ale również o ustrojach, czy innych założeniach teoretycznych. Bogumił i Olgierd Grottowie stwierdzili:

„Jego myśl [...] nie tworzyła zamkniętego systemu, w dużym stopniu była zależną od danego etapu działania i jego wymogów. W swoich pismach nie pozostawił on także śladów sprzeciwu wobec braku kontynuacji pierwotnego profilu ideowego wczesnej endecji. Jak można sądzić, przystosowywał się do opinii społecznej szerokich kręgów, które zasilaly z czasem jego obóz. W ten sposób doszło do ukształtowania się formacji ideologicznej, którą można by nazwać realistyczną, jeśli idzie o sukcesy w zakresie zdobywania rządu dusz”^[106].

Warto zaznaczyć, że takie podejście do definicji narodu na gruncie myśli nacjonalistycznej nie było czymś wyjątkowym. Trafne jest spostrzeżenie, że: „Naród jest to pojęcie nie należące do opisu świata, lecz do hierarchii wartości, wartości zaś w ramach tego światopoglądu nie poznaje się, lecz przeżywa. Naród jest to wartość najwyższa i nie wymagająca uzasadnień”^[107]. Dmowski miał bardzo dobrą intuicję, że forsowanie tezy o narodzie jako najwyższym dobru moralnym, spowoduje przywiązanie ludzi do idei narodu, a zobowiązania wobec niego będą traktowane jako najważniejsze. Do ludzi należy kierować proste i klarowne przekazy, a włączenie do języka polityki kategorii dobra i zła takie właśnie jest. W przypadku stworzonej przez niego etyki narodowej do politycy nacjonalistyczni oceniają, co jest dobre i mogą wzmacniać korzystne dla swojego interesu politycznego postawy. Wprawdzie Dmowski konsekwentnie określał swoje poglądy mianem etyki, to następnie wskazywał, że jej źródłem są nieświadome instynkty, czy odwoływał się do nieokreślonego pojęcia „duszy narodowej”. Faktycznie stworzył on moralizatorską ideologię mającą ukształtować nowoczesnego Polaka, który będzie realizował tworzoną przez polityków endecji politykę narodową. Nacjoniści przyznawali sobie wyłączne prawo do definiowania narodu i jego interesu. W *Myślach* Dmowski argumentował, że wprawdzie każdy członek narodu ma równą wartość, to jednak władzę sprawować mają nacjoniści, którzy jego zdaniem mają silniejsze

antydemokratyczne, zob. Konstanty Grzybowski, *Ojczyzna, naród, państwo* (Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy, 1977), 174-175.

¹⁰⁶ Zob. Grott, „Problem kondycji Polaków i Polski”, 344.

¹⁰⁷ Roman Zimand, „Uwagi o teorii narodu na marginesie analizy nacjonalistycznej teorii narodu” *Studia Filozoficzne*, nr 4 (1967): 13.

„narodowe instynkty”^[108]. Większa część narodu jest „zdrowa moralnie” a jego udział w polityce polegać ma na umiejętności odróżnienia dobra i zła w kontekście potrzeb kraju, natomiast tylko elita narodowa ma faktycznie przewodzić krajowi. Oprócz tego jest jeszcze „trzecia kategoria obywateli – świadomych, ale odrzucających etykę narodową. Są oni pozbawieni zdrowego instynktu narodowego, „znieprawieni”, a więc szkodliwi”^[109]. Nazywał ich nawet „Pół-Polakami”, co pokazuje, że instrumentalnie traktował pojęcia narodu, z którego na podstawie oceny nacjonalistycznych polityków można było być wykluczonym^[110]. Dodawał też, że etyka nie daje wszystkim równego prawa w narodowych sprawach, bo jej pierwszym celem nie jest zadowolenie tych, którzy dziś żyją, tylko przekazanie przyszłym pokoleniom nienaruszonych i wzmocnionych podstaw narodowego bytu. Pozwala ona również zniszczyć szczęście dzisiejszego pokolenia, by podtrzymać narodowy byt i ocalić to, co pozostawiła przeszłość, dla rozwoju narodu w przyszłości. Ten wywód pokazuje, że w zasadzie pełnię władzy przyznawał on nacjonalistycznej elicie, którą nie ograniczały opinie członków narodu czy tradycja przodków, ponieważ sami decydowali o tym, jakie działania podjąć dla dobra narodu. Dmowski stworzył więc faktycznie ideologię legitymizującą władzę nacjonalistycznej elity. Pojęcie narodu mogło być dość swobodnie interpretowane zgodnie z wymogami okoliczności, co pokazuje jego pragmatyczne podejście do polityki.

Bibliografia

- „Polityka narodowa w stosunku do religii i Kościoła” *Przegląd Wszechpolski*, nr 5 (1903): 321-400.
- „Program Stronnictwa Demokratyczno-Narodowego w zaborze rosyjskim” *Przegląd Wszechpolski*, nr 11 (1897): 241-247.
- Balicki Zygmunt, *Egoizm narodowy wobec etyki*. Lwów: Towarzystwo wydawnicze we Lwowie, 1902.
- Baranowska Marta, „Stworzyliśmy Włochy, teraz musimy stworzyć Włochów. Risorgimento z perspektywy teorii modernistycznej Ernesta Gellnera”,

¹⁰⁸ Dmowski, „Podstawy polityki”, 107.

¹⁰⁹ Cywiński, *Rodowody niepokornych*, 318.

¹¹⁰ Dmowski, „Półpolacy”, 107-108.

- [w:] *W kręgu doktryn politycznych i prawnych. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Maciejewskiemu*, red. Radosław Antonow et al. 39-51. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2020.
- Barth Frederik, *Ethnic groups and boundaries. The social organization of culture difference*. Oslo: Universitetsforlaget, 1969.
- Bartyzel Jacek, „Szowinizm”, [w:] Jacek Bartyzel, Bohdan Szlachta, Adam Wielomski. *Encyklopedia polityczna*, t. I. 394-395. Radom: Polskie Wydawnictwo Encyklopedyczne, 2007.
- Budyta-Budzyńska Małgorzata, *Socjologia narodu i konfliktów etnicznych*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2010.
- Bystron Jan Stanisław, *Megalomania narodowa*. Warszawa: Wydawnictwo Książka i Wiedza, 1995.
- Cichocka Aleksandra, Aleksandra Cislak, „Nationalism as collective narcissism” *Current Opinion in Behavioral Sciences*, 34 (2020): 69-74. <https://doi.org/10.1016/j.cobeha.2019.12.013>.
- Connelly John, *From people into nation*. Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2020.
- Cywiński Bohdan, *Rodowody niepokornych*. Warszawa: PWN, 2010.
- Dawidowicz Aneta, „System etyczny w myśli politycznej Zygmunta Balickiego” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia*, XI (2004): 177-191.
- Dmowski Roman, „Istota i geneza narodu” *Sprawa Polska*, nr 2 (1917): 229-230.
- Dmowski Roman, „Jedność narodowa” *Przegląd Wszechpolski*, nr 6 (1895): 81-83.
- Dmowski Roman, „Polityka polska i odbudowanie państwa”, [w:] idem, *Wybór pism*, t. I, Poznań: Zysk i S-ka, 2014.
- Dmowski Roman, „Półpolacy”, [w:] idem, *Pisma*, t. III. 107-108. Częstochowa: Gmachowski Antoni i S-ka, 1938.
- Dmowski Roman, „Przedmowa do wydania czwartego (1933)”, [w:] idem. *Myśli nowoczesnego Polaka*. Wrocław: Nortom, 2012.
- Dmowski Roman, „Przedmowa do wydania drugiego (1904)”, [w:] idem, *Myśli nowoczesnego Polaka*. Wrocław: Nortom, 2012.
- Dmowski Roman, „Zagadnienie rządu. II Poczucie narodowe podstawą bytu społecznego”, [w:] idem, *Pisma*, t. IX. Częstochowa: Antoni Gmachowski i S-ka, 1939.
- Dmowski Roman, *Kościół, naród i państwo*. Wrocław: Nortom, 1993.
- Dmowski Roman, *Myśli nowoczesnego Polaka*. Wrocław: Nortom, 2012.
- Dmowski Roman, *Nasz patriotyzm. Podstawy programu współczesnej polityki narodowej*. Berlin: Janiszewski i Quitt, 1893.
- Dmowski Roman, *Przewrót*. Warszawa: Nakładem Spółki Wydawniczej, 1934.
- Dmowski Roman, *Separatyzm Żydów i jego źródła*. Warszawa: nakł. „Gazety Warszawskiej”, 1909.

- Dmowski Roman, *Upadek myśli konserwatywnej*. Kraków: Skład główny w księgarni Gebethnera i Wolffa, 1914.
- Durkheim Émile, *Les formes elementaires de la vie religieuse. Le systeme totemique en Australie*. Paris: Les Presses universitaires de France, 1968.
- Eberhardt Piotr, „Program terytorialny Komitetu Narodowego Polskiego i delegacji polskiej na konferencji pokojowej w Wersalu” *Studia Geohistorica*, nr 3 (2015): 127-140.
- Fiktus Paweł, „Roman Dmowski wobec problemów polskiego osadnictwa na terenie brazylijskiej Parany w latach 1899–1900” *Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie* (2010): 48-57. <https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/publication/27862>.
- Gellner Ernest, *Narody i nacjonalizmy*. Tłumaczenie Teresa Hołówka. Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy, 1991.
- Giertych Jędrzej, *My nowe pokolenie*. Poznań: Księgarnia św. Wojciecha, 1936.
- Górski Karol, „Dzieje życia wewnętrznego w Polsce. Wiek XIX i początek XX w.” *Roczniki Teologiczno-Kanoniczne*, nr 4 (1964): 5-50.
- Grott Bogumił, Olgierd Grott, „Problem kondycji Polaków i Polski w myśli Romana Dmowskiego” *Politeja*, nr 3 (2019): 323-347. <https://doi.org/10.12797/Politeja.16.2019.60.21>.
- Grott Bogumił, *Nacjonalizm chrześcijański. Narodowo-katolicka formacja ideowa w II Rzeczypospolitej na tle porównawczym*. Krzeszowice: Dom Wydawniczy „Ostoja”, 1999.
- Grott Bogumił, *Religia, Kościół, etyka w ideach i koncepcjach prawicy polskiej. Narodowa Demokracja*. Kraków: Nomos, 1993.
- Grzybek Dariusz, „Od modernizacyjnego optymizmu ku antymodernizacyjnej utopii – zwrot w myśli politycznej Romana Dmowskiego” *Studia Historyczne*, z. 4 (2016): 441-464. <https://journals.akademicka.pl/studiahistoryczne/article/view/305>.
- Grzybowski Konstanty, *Ojczyzna, naród, państwo*. Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy, 1977.
- Hobsbawm Eric, *Nations and nationalism since 1780*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- Jabłonowski Władysław, *Z biegiem lat 1890-1939. Wspomnienia o Romanie Dmowskim*. Częstochowa: Antoni Gmachowski i S-ka. 1939.
- Kieniewicz Stefan, *Historyk a świadomość narodowa*. Warszawa: Czytelnik, 1982.
- Kizwalter Tomasz, *O nowoczesności narodu. Przypadek polski*. Warszawa: Semper, 1999.
- Bończa-Tomaszewski Nikodem, *Demokratyczna geneza nacjonalizmu. Intelktualne korzenie ruchu narodowo-demokratycznego*. Warszawa: Fronda, 2001.
- Kłoskowska Antonina, „Skąd i po co naród?” *Znak*, nr 3 (1997): 69-78.

- Kornaś Jerzy, „Naród i państwo w myśli politycznej Stronnictwa Narodowego (1928-1939)” *Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie*, 692 (2005): 21-37.
- Kornaś Jerzy, *Naród i państwo w myśli politycznej Związku Ludowo-Narodowego*. Kraków: Akademia Ekonomiczna w Krakowie, 1995.
- Koźmian Stanisław, *Rzecz o roku 1863*, t. III, Kraków: Spółka Wydawnicza Polska, 1895.
- Krzywiec Grzegorz, *Szowinizm po polsku. Przypadek Romana Dmowskiego (1886-1905)*. Warszawa: Neriton, 2009.
- Limanowski Bolesław, *Historia powstania narodu polskiego w 1863 i 1864 r.* Lwów: Wydawnictwo Polskie, 1902.
- Łętocha Rafał, *Katolicyzm a idea narodowa. Miejsce religii w myśli obozu narodowego lat okupacji*. Lublin: Wydawnictwo „Gaudium”, 2002.
- Marchlewska Marta, Aleksandra Cichocka, Manana Jaworska, Agnieszka Golec de Zavalá, Michał Bilewicz, „Superficial ingroup love? Collective narcissism predicts ingroup image defense, outgroup prejudice, and lower ingroup loyalty” *British Journal of Social Psychology*, 59 (2020): 857-875. <https://doi.org/10.1111/bjso.12367>.
- Micewski Andrzej, *Z geografii politycznej II Rzeczypospolitej. Szkice*. Warszawa: Znak, 1964.
- Nowak Joanna, „Od narodu historycznego do wspólnoty etnicznej. Przemiany w polskiej refleksji nad narodem po 1864 roku” *Teksty Drugie*, nr 6, (2014): 369-390.
- Ochorowicz Julian. *O polskim charakterze narodowym*, wstęp i wybór L. Gawor. Lublin: Krajowa Agencja Wydawnicza, 1986.
- Paruch Waldemar, „Between Political Nation and Ethnic-Cultural Nation: Nations in Central Europe in the 20th Century” *Politeja*, nr 6 (2018): 107-124. <https://doi.org/10.12797/Politeja.15.2018.57.07>.
- Popławski Jan Ludwik (pseud. J.L. Jastrzębiec), „Z całej Polski” *Przegląd Wszecpolski*, nr 24 (1898): 381.
- Program Stronnictwa Demokratyczno-Narodowego w zaborze rosyjskim*. Kraków: W.L. Anczyk i Sp., 1903.
- Program Stronnictwa Demokratyczno-Narodowego z roku 1903 (październikowy)*. Warszawa, 1903. <https://www.sbc.org.pl/dlibra/publication/100979/edition/96421/content>.
- Radkiewicz Piotr, *Patriotyzm, etnocentryzm, nacjonalizm. Perspektywa makropsycho logiczna*. Warszawa: PWN, 2019.
- Renan Ernest, „Co to jest naród?”, [w:] *Być w narodzie. Szkice o idei narodu, narodowej kulturze i nacjonalizmie*, red. Lech Zdybel. 197-212. Lublin: Wydawnictwo UMCS, 1998.
- Rudnicki Szymon, *Obóz Narodowo Radykalny. Geneza i działalność*. Warszawa: „Czytelnik”, 1985.

- Simmel Georg, *Conflict and the Web of Group Affiliations*. New York: Macmillan, 1964.
- Smith Anthony, *National Identity*. London: Penguin Books, 1991.
- Stachowiak Paweł, „Ołtarz, tron i naród. Kościoła problemy z polskością 1914-1918”, [w:] *Niedokończona wojna? „Polskość” jako zadanie pokoleniowe*, red. Robert Traba. 225-244. Warszawa: Instytut Studiów Politycznych Polskiej Akademii Nauk, 2020.
- Stachowiak Paweł, *Korzenie „katolicyzmu endeckiego”: nacjonalistyczna wizja religii i Kościoła w Polsce w latach 1887-1927*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Wyższej Szkoły Nauk Humanistycznych i Dziennikarstwa, 1999.
- Stachura Peter, *Poland 1918-1945. An Interpretive and Documentary History of the Second Republic*. London: Routledge, 2004.
- Szymański Antoni, „Nauki wynikające z potępienia Action Française”, [w:] *VI Tydzień Społeczny Stowarzyszenia Młodzieży Akademickiej „Odrodzenie” w Lublinie w sierpniu 1927 roku*. 35-63. Lublin: Uniwersytet, 1928.
- Szymański Antoni, *Religia a polityka*. Warszawa: Skład Główny w Domu Książki Polskiej, 1927.
- The Formation of National States in Western Europe*, red. Charles Tilly. Princeton: Princeton University Press, 1975.
- Urban Jan, „Ku uzdrowieniu polskiego nacjonalizmu” *Przegląd Powszechny*, 175 (1927): 221-222.
- Walicki Andrzej, „Ideologia narodowa powstania styczniowego” *Przegląd*, z. 4 (2003). <https://www.tygodnikprzeglad.pl/ideologia-narodowa-powstania-stycznio-wego-2/>.
- Walicki Andrzej, „Narodziny i rozwój integralnego nacjonalizmu przed rokiem 1918”, [w:] *Idem. Naród – Nacjonalizm – Patriotyzm*. Kraków: Universitas, 2009.
- Waniek Danuta, *Orzeł czy krucyfiks. Eseje o podziałach politycznych w Polsce*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek, 2011.
- Wapiński Roman, „Idea narodu w polskiej myśli społecznej i politycznej endecji przed rokiem 1918”, [w:] *Idee i koncepcje narodu w polskiej myśli politycznej czasów porzoborowych*, red. Janusz Goćkowski, Andrzej Walicki. 220-245. Warszawa: PWN, 1977.
- Wapiński Roman, „Niektóre problemy ewolucji ideowo-politycznej endecji w latach 1919-1939” *Kwartalnik Historyczny*, nr 4 (1966): 861-878.
- Wapiński Roman, „Wstęp”, [w:] *Roman Dmowski. Wybór pism. Wybrał, wstępem opatrzył i opracował R. Wapiński*. Warszawa: PIW, 1990.
- Wapiński Roman, *Narodowa Demokracja 1893-1939. Ze studiów nad dziejami myśli nacjonalistycznej*. Wrocław-Warszawa: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1980.
- Wapiński Roman, *Roman Dmowski*. Lublin: Wydawnictwo Lubelskie, 1988.

- Wielomski Adam, *Nacjonalizm francuski 1886-1940. Geneza, przemiany i istota filozofii politycznej*. Warszawa: von Borowiecky, 2007.
- Yasui Michiro, „Ex oriente lux: Roman Dmowski w Japonii” *Nowa Polityka Wschodnia*, nr 1 (2014): 241-254.
- Zientara Benedykt, *Świt narodów europejskich*. Warszawa: PIW, 1985.
- Zimand Roman, „Uwagi o teorii narodu na marginesie analizy nacjonalistycznej teorii narodu” *Studia Filozoficzne*, 4 (1967): 3-39.



JOANNA BOCIANOWSKA

The Emergence of Legal Rights in Modern Europe – the Example of Achievements of the French Revolution

Abstract

The paper is intended to provide a concise analysis of the origins of modern legal rights created during one of the most momentous upheavals in religious and social life – the French Revolution. It presents the processes and conditions for the creation of some of the most important legal rules of the early modern period. The paper highlights a paradox – a well-ordered legal system that emerged from a turbulent and bloody revolution. Not to mention another paradox: the revolution took place in the Age of Enlightenment and was led by people who represented that very humanistic trend. Experts in the field note that the French Revolution was an ongoing process, not a sequence of events in a particular period beginning in 1789. The expression of this process is shaping new legal rights such as abortion law, same-sex marriage law, and many others.

KEYWORDS: legal rights, the French Revolution, Code Civil, codification

JOANNA BOCIANOWSKA, PhD in law, SWPS University in Warsaw,
ORCID – 0000-0002-2228-7810, e-mail: joanna.bocianowska@gmail.com

1 | Introduction

1.1. General remarks

Much has been said about the role of the French Revolution in the constitution of modern rights. However, the subject of the rights that emerged from the Revolution, such as the human rights and freedoms that are still practiced today by most modern European nations, still seems to be an inexhaustible source of inspiration for more and more authors. The task of this article, however, is to draw attention not only to the achievement itself, but also to the complicated background from which it emerged. From both a philosophical and a social point of view, the environment in which these exalted human rights were coined was very complex and, at first glance, probably not very conducive. And yet it seems that it is thanks to these very harsh circumstances that these profound rights are still respected. At least the sacrifice of thousands of victims of the revolution was not forgotten.

It was during this difficult epoch, in a period of instability, that the first legal rights were established in France. The new perspective gave the people unprecedented freedoms and liberties. The Declarations of Rights of 1789, 1793 and 1795, according to their authors, did not introduce new regulations, but only declared the natural rights that already existed, and the role of the revolutionary legislators was to specify these rights in various domains^[1]. The legal rights analyzed in this article are those granted to citizens in other branches of law derived from this general concept of natural law. The revolutionary codification included such provisions as property rights, family law, and inheritance law – which began to treat citizens as equals.

The concepts promoted by the Revolution emphasized that equality is given by nature, not by law, and should therefore be fully respected. This model is mainly manifested in the property that is given to people by the right of birth^[2]. As history later shows, these ideas were disregarded during the Reign of Terror, but they eventually survived the difficult times and returned to later concepts included in the Napoleonic Code.

¹ Brigitte Basdevant-Gaudemet, Jean Gaudemet, *Introduction historique au droit XIIIe – XXe siècle* (Issy-les-Moulineaux Cedex, Lextenso editions, 2016), 316.

² Lech Dubel, *Historia doktryn politycznych i prawnych do schyłku XX wieku* (Warszawa: Lexis Nexis, 2012), 243.

Despite the many theories about the real effect of the French Revolution in terms of changing rights and political regime, one thing is certain: the Revolution provoked many discussions about the role and power that uprisings can bring. As Perez Zagorin noted: „This influence became powerful with the French Revolution, which, both by its actual character and by the mythologies it inspired, opened an era of profound change in human affairs”^[3].

1.2. Influences of the main predecessors – the English and the American Revolutions

Since both revolutions – the English and the American – are far-reaching issues, which is not the point of this article, only a few summary remarks will be made about their influence on French thought. In the words of Perez Zagorin: „The English Revolution, for instance, was not caused by class antagonism, was not preceded by the desertion of the intellectuals, and did not produce a reign of terror”. Similarly, a political scientist has written of the American Revolution that „we find neither victory of the extremists, nor the terror, nor the Thermidor, nor yet the »tyrant« dictator who reestablished order [...] (Carl J. Friedrich, *Revolution: Nomos*, VIII (New York, 1966), p. 6) Furthermore, neither in England nor in America did one ruling class replace another”^[4].

First, a brief note on the influence of the English Revolution of the 17th century. Although the French were not the first to execute their king and become a republic, there was no real influence of Cromwell’s actions in the France of Louis XIV.

At that time, France was dealing with the Fronde with its two versions – the parliamentarian and the princes. France’s own problems and the excesses of Cromwell’s experience, which had led to the beheading of King Charles I, only strengthened the rejection of the Republic in France. What is more, looking at the history of England, the French will be a long association of the Republic with a cruel regime^[5]. It can be said that the

³ Perez Zagorin, „Theories of Revolution in Contemporary Historiography” *Political Science Quarterly*, No. 1 (1973): 23-52. <https://doi.org/10.2307/2148647>.

⁴ Perez, „Theories of Revolution in Contemporary Historiography”, 23-52.

⁵ Jacques de Saint Victor, Thomas Branthôme, *Histoire de la république en France. Des origines a la Ve République* (Paris: Economica, 2018), 98-99.

actual influence of the English Revolution on the French was only negative, helping to postpone the change of the French regime for years to come.

As for the influence of English thinkers such as Thomas Hobbes and John Locke, the origins of French revolutionary thought are rather sought in the achievements of their native philosophers, such as those of John Jacob Rousseau, whose ideas differed from those of the English when it came to the concept, for example, of the social contract^[6]. Some examples of the differences between the two approaches to this concept will be discussed later in this article.

With regard to the American Revolution, since it is a vast and controversial subject, only a few of the most important remarks will be made. It is well known that the achievements of the American Revolution were widely discussed in France, and that the American revolutionary spirit inspired other countries to change^[7]. However, there are many differences in the approach to the main concepts and the whole social and historical background of the country where it took place – monarchical, conservative France and the New World of the American continent, where the rigid constructions of the old regime were not a problem. Above all, America lacked that: „Feudalism [that – JB] has come to include anything from the eleventh to the nineteenth centuries and to designate conditions as far apart as a full-blown seigneurial regime, absolute monarchy, and an order in which landed aristocracies merely enjoy superior social prestige and authority”^[8]. For these reasons, although the ideas of the American revolutionaries were known in France, the social and legal problems they addressed were completely different. What is important is the way the revolutions were carried out. In America, it is hard to find a violent uprising, but rather a dialogue between the representatives and the people, who knew the concepts of freedom and liberty. In France, the revolutionaries knew these ideas only in theory, because they generally did not have the opportunity to practice them in Europe. Therefore, the struggle in France was more ideological. When it came to implementing the new liberal rights, their role was not understood by the average citizen, who was not used to many freedoms in the course of France’s history.

⁶ Branthôme, de Saint Victor, *Histoire de la république en France*, 166.

⁷ Ibidem, 179.

⁸ Perez, „Theories of Revolution in Contemporary Historiography”, 23-52.

2 | The philosophy of the Enlightenment during the Revolution

First of all, when talking about the background of the Revolution, it is necessary to remember some facts. From the point of view of creating laws, the Revolution was deeply based on the ideas of the Enlightenment with a strong direct influence of such theorists as Montesquieu and John Jacob Rousseau^[9]. According to him, one of the ideas proclaimed by Rousseau was that of the social contract, which meant that all participants (the nation) were equal, and the agreement guaranteed the egalitarian way of functioning of the nation. Speaking about the concept of social contract, one cannot overlook the father of this concept, i.e. John Locke, but for the sake of the French Revolution, the main and direct source of its ideas was the social concept coined by Rousseau. Nevertheless, in order to do justice to the pioneers of the concepts that influenced the legislation of that time, we must not forget the influence of the theories of Thomas Hobbes and John Locke, coined in England, Hugo Grotius – in the Netherlands, Samuel von Pufendorf and Christian Wolff – representatives of German jurisprudence, best known for their concepts of natural law^[10]. The use of theoretical concepts in the field of law meant the creation of rules through the power of reason, which was supposed to serve and be understood by the people. It resulted from the secularization of law, as it was separated from the power of God^[11].

However, there are conflicting opinions about Rousseau's role in the formation of revolutionary rights. According to Jerzy Jellinek, Rousseau rejects the notion of a primary right that a person could retain when he became a member of society and that would limit authority^[12]. Moreover, according to his interpretation of Rousseau's concepts, no law is binding on society; even the social contract does not have this meaning. Jellinek also

⁹ Charles Louis de Montesquieu, *O duchu praw*, t. I. (Warszawa, PWN, 1957) and Jean-Jacques Rousseau, „Umowa społeczna”, [in:] Jean-Jacques Rousseau, *Umowa społeczna oraz uwagi o rządzie polskim* (Warszawa, PWN, 1966).

¹⁰ Basdevant-Gaudemet, Gaudemet, *Introduction historique au droit XIIIe – XXe siècle*, 310.

¹¹ Ibidem, 311.

¹² Jerzy Jellinek, *Deklaracja praw człowieka i obywatela* (Warszawa: Skład Główny w Księgarni Powszechnej, 1905), 20.

points out that, according to Rousseau, some laws concerning freedom are anti-state, especially those concerning religious freedom. He explains that, according to the philosopher, anyone who does not profess the civil religion established by the authority can be exiled; furthermore, anyone who has accepted it but behaves as if he had not professed it is to be punished with death. And thirdly, anyone who dares to say that there is no salvation outside the church will be banished from the state. He also expresses his interpretation of the law of associations; according to Jellinek – in Rousseau’s concepts – political associations that divide the nation prevent the true expression of the general will and therefore cannot be tolerated^[13].

We can also mention Newton and Descartes, among other influential thinkers of the era. Although Newton’s concepts do not seem to be as well known as those of John Locke and other forerunners mentioned above, it is still worth mentioning his influence when it comes to the rule of simplification of all aspects of life, including law. The creators of revolutionary ideas, transferring Newton’s physical theories, tried to simplify the rules of law by applying a simple rule such as “Do not do to others what you do not want them to do to you”^[14]. As far as it may sound, the implementation of these postulates became really complicated, because their general rule was based on a somewhat subjective perspective – different for each participant in legal transactions.

The idea of simplifying the law and reducing it to its essentials, i.e. natural rights, was naively promoted by the eulogists of this concept, such as Diderot, who urged the creation of short and transparent rules. However, these rules did not seem to be able to grasp all the complex legal relationships that citizens had to deal with. The consequences of the implementation of these ideas were, for example, the resort to arbitration with unqualified judges instead of the state courts, a total lack of respect for lawyers, and the liquidation of legal departments. To sum up, instead of a transparent and safe law, the creators developed a law that was rather totally impoverished^[15] and hardly enforceable. At that time, deaths and disappearances of creditors became very common.

¹³ Ibidem, 20.

¹⁴ Xavier Martin, „Kwestia prawa rewolucyjnego”, [in:] *Czarna księga rewolucji francuskiej*, ed. Renaud Escande (Dębogóra: Wydawnictwo Dębogóra, 2015), 363.

¹⁵ Ibidem, 364.

3 | The revolutionary legislation

3.1. Civil law

It must be emphasized that the whole idea of the realization of natural rights echoes the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of August 26, 1789, which states that „the natural and imprescriptible rights of Man”^[16]. The definition of freedom, which was introduced in Article 4 of the Declaration, stated that „freedom consists in being able to do anything which does not harm anyone else; thus the exercise of the natural rights of each man has no limits except those which ensure that all other members of society enjoy the same rights. These boundaries may be determined only by the law”^[17]. In this definition we can find a very modern approach to legal rights, which limits them only to other participants in legal relations. The last novelty, i.e. the attitude to property, is also worth mentioning. According to Article 17 of the Declaration „Property being an inviolable and sacred right, no one may be deprived of it, except when public necessity, as attested in law, manifestly requires it, and on condition of just compensation, payable in advance”^[18] which meant an absolute approach to the notion. The Declaration later served as the preamble to the first constitution of the French Revolution of 1791, and was also the source for other French constitutions of 1852, 1946, and 1958.

It is also worth mentioning that the Constitution of 1791 announced the idea of drafting a French civil code^[19]. To summarize the main ideas of the Declaration, it is necessary to mention – in the field of political rights: the sovereignty of the nation, the statue as an expression of the universal will, equality before the law, and the separation of powers. In the area of personal rights, the Declaration introduced the following ideas: freedom

¹⁶ Marcin Merkwa, *U źródeł idei praw człowieka. Kształtowanie prawnych i filozoficznych podstaw koncepcji praw człowieka* (Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2018), 323.

¹⁷ *Tolerance: The Beacon of the Enlightenment*, ed. Caroline Warman (Cambridge: Open Book Publishers, 2016), 12.

¹⁸ *Ibidem*, 13.

¹⁹ Katarzyna Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność* (Warszawa: Lexis Nexis, 2008), 48.

of conscience and of thought and opinion^[20]. The third area in which the Declaration guaranteed rights was that of justice, in which it formulated the concepts of personal inviolability, the rule *lex retro non agit* (widely violated during the Great Terror), and the formal definition of crime – *nullum crimen sine lege*, presumption of innocence, proportionality of punishment to the crime^[21]. Unfortunately, during the Revolution, these concepts were somewhat frozen for the times of terror, only to return in a much more organized form, which came with the introduction of the Napoleonic Code, described in the following part of this article.

In the Constitution of 1791, we may find this regulation in Title I – Fundamental Provisions Guaranteed by the Constitution, which states: „The Constitution guarantees the inviolability of property, or a just and previous indemnity for that of which a legally established public necessity requires the sacrifice. Property reserved for the expenses of worship and all public benefit services belongs to the nation and is at its disposal at all times. The Constitution guarantees conveyances which have been or may be made according to the forms established by law”^[22].

3.2. Family and succession law

As mentioned above, the creation of law during the French Revolution was based on the high philosophy of the time. The central values of the Revolution, such as liberty and equality, were also reflected in the regulations introduced at that time. First of all, with regard to the postulate of freedom, the leaders (it should be remembered that they were mainly lawyers^[23]) introduced personal freedom and freedom of goods and property. The first was reflected in such regulations as the right to divorce, which unintentionally included the first women’s rights, since both men and women were given the right to file for divorce^[24]. With the regulations of the 12th of Brumaire of the year II (i.e., November 2, 1793), a new law of inheritance was introduced, putting all descendants on an equal footing, regardless of whether they were legitimate or illegitimate children.

²⁰ Ibidem, 147.

²¹ Ibidem, 147.

²² <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>; accessed 26th Nov. 2023.

²³ For example, Maximilian Robespierre, Georges Danton et al.

²⁴ Martin, *Kwestia prawa rewolucyjnego*, 366.

The new regulations gave equal rights to all. The idea behind this regulation was to loosen family ties, which, according to its authors, was the way to integrate citizens into the state instead of their families and other interest groups. It was a utopian idea to make the nation more involved in the interests of the state than in their own. A consequence of this general idea of freedom was the removal of almost all restrictions on the making of contracts. The result of this idea was easy to predict. Too much legal freedom led to profound chaos in legal relations, one of the examples being the right to cancel the contract based solely on the fact that the price was unsatisfactory for the seller (*rescision pour lésion*)^[25].

During this unstable period of the revolution, a phenomenon aptly described in the literature as „legislative violence”^[26] occurred. One of its most prominent examples was the retroactivity of the law. It included almost all new regulations, especially those concerning inheritance.

In the later period, the fugitives tried to restore the importance of well-drafted agreements as a source of permanence of the estate. A new law may serve as a sign of this attempt. It was introduced on August 31, 1798, and completely eliminated the possibility of invalidating contracts. The leaders also finally found great value in family relations, which, despite the earlier condemnation, were once again favored. The other decision that had to be revised was the introduction of liberal divorces. The law introduced in the previous stage proved to be detrimental to the estate, since it also loosened the family ties on which, in the end, the nation of any country is mainly based. Therefore, from July 1795, divorce was seriously restricted. This tendency was later reinforced by Napoleon who, with the help of the re-established Catholic Church in France, had more instruments to support the idea of holy matrimony.

3.3. Penal law

According to the rules of the revolution, the law should be the same for everyone, including the crimes and the punishment. The reform of this branch was important for the revolutionary legislators. The main concepts were to punish only the crimes provided for by the law according to a legal procedure that should be clear. It also supported the rule

²⁵ Ibidem, 377.

²⁶ Ibidem, 373.

of non-retroactivity of criminal law^[27]. According to Article 7 of the Declaration of 1789 – „No man may be accused, arrested or detained except in cases determined by law, and according to the forms it has prescribed. Those who solicit, send, execute, or execute arbitrary orders must be punished. Still, every citizen called or seized under the law must obey immediately: he becomes guilty by resistance”^[28].

In the Constitution of 1791, we may find this regulation in Title I – Fundamental Provisions Guaranteed by the Constitution, which states: „The Constitution guarantees as natural and civil rights [...] That similar offences shall be punished with similar penalties, without any distinction of persons”^[29] and that „The Constitution guarantees likewise as natural and civil rights: Liberty to every man to come and go without being subject to arrest or detention, except according to the forms determined by the Constitution [...]”.

5 | The great codification

In addition, the legislator had to deal with the chaos caused by inflation in this area. In the first stage of the Directorate, the number of enacted regulations was 15,000, which later increased to 40,000^[30]. This amount of legislation involved an unreasonable number of officials who prepared regulations that radically increased the state’s expenses. In this legal environment, it was decided to organize the chaotic legislation by systematizing it. The person in charge was Jean-Jacques Cambacérès, whose goal was to prepare a codification of civil law and to systematize the existing regulations. However, it is well known that the Code was not published until ten years later and that all of Cambacérès’ earlier attempts failed. This failure

²⁷ Basdevant-Gaudemet, Gaudemet, *Introduction historique*, 319.

²⁸ „Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu’elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l’instant : il se rend coupable par la résistance”. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. [accessed: 26.11.2023].

²⁹ <https://wp.stu.ca/worldhistory/wp-content/uploads/sites/4/2015/07/French-Constitution-of-1791.pdf>.

³⁰ Martin, *Kwestia prawa rewolucyjnego*, 383.

was mainly due to the unrealistic expectations of the committee charged with drafting the code. First of all, in the first attempt in 1793, the drafters were given only one month to work on a short and transparent text. As a result, the proposed draft, which contained 719 articles drafted by enlightened jurists, was rejected by the Convention, which considered it too complicated and too „lawyerish”^[31]. The proposals of 1794 and 1796 shared the fate of the first, which led to the abandonment of the idea of a great codification. However, as history has shown, Cambacérès returned victorious as one of the great authors of the Napoleonic Code of 1804.

When we talk about the achievements of the French Revolution, we must include the Code of 1804. It reflected the collected ideas and afterthoughts of the Revolution. The Revolution itself, a long and complex process, incorporated the earlier ideas and influences of the time, such as the philosophy of natural rights, which had emerged in France in the 17th century. However, from a French perspective, the approach to this idea was very pragmatic and focused mainly on the possible systematization of rules, rather than on a more profound idea, as it was in Germany^[32]. During the era of the Enlightenment, also called the era of great codifications^[33], law became one of the main subjects of focus. Accompanied by the social unrest of the time, the changes proved to be truly revolutionary, especially in the approach to legislation.

The aforementioned general analysis of the context in which the title rights were created gives a certain picture of the very complex and revolutionary state of France at the time. However, in spite of the unrest of the period, it gave way to the emergence of quite sophisticated and highly recognized codifications. It goes without saying that the Civil Code is considered one of the most important results of the Great Revolution.

In order to summarize the legacy of the Revolution and, at the same time, its aftermath with regard to the Civil Code, we must first draw attention to the egalitarian system it establishes, which is undoubtedly one of the most revolutionary ideas put into practice. The egalitarianism of the Code can be seen especially in its approach to such rights as property. The genesis of the importance of this right lies in the influence of the French physiocrats, who postulated the concept of one and indivisible property. By property, however, they meant not only the ownership of material goods, but also

³¹ Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona*, 51.

³² *Ibidem*, 24.

³³ *Ibidem*, 27.

personal rights such as independence, autonomy, and the right to determine one's own destiny^[34]. The Civil Code was also based, as mentioned above, on the revolutionary ideas proclaimed in the Declaration of 1789, which postulated such values as personal liberty, equality before the law, and unrestricted property^[35]. These concepts were formulated by Cambacérès as early as 1794, when he declared that three things were necessary for man to find happiness: to use oneself and one's decency to satisfy one's needs, and to be able to use one's goods and one's self to one's advantage^[36].

Many of the revolutionary achievements were incorporated into the Code. To give just a few examples, it maintained the new idea of property rights for peasants, giving them the right to buy the land they cultivated (Article 530). It included the definition of property introduced by the Declaration of 1789 (Article 544). However, the right of the state to expropriate the owner was slightly modified in favor of the former. Under Article 545, the Code allowed the State to expropriate the owner's land if the land was useful to the State – in the original version announced by the Declaration, this could only be done for justified necessity. In article 1134, the Code legitimized the freedom of contract, but it was limited by the rules of public order and good morals (article 6). In the field of matrimonial law, it legalized divorce, but the grounds were limited by articles 229-233. With regard to the law of succession, however, the provisions of the Code were a retrograde step. Although it extended the heirs to a certain extent and included children born of cohabitation under certain conditions, at the same time it excluded children born of incest and adultery. It was clear that Napoleon was mainly protecting the so-called „legal family”.

For the first time in French history, the Code became a common rule for the whole country and its citizens. Thus, with the introduction of the Code, the idea of legal particularism was generally abandoned. However, some of the rules from the Revolutionary period remained, but at the same time, the newly codified rules took precedence^[37].

³⁴ Ibidem, 36.

³⁵ Ibidem, 75.

³⁶ Ibidem, 75.

³⁷ Ibidem, 75.

6 | Summary

In summary, the Napoleonic conquests spread the Code throughout the new territories of the French Empire, including Belgium, Luxembourg, parts of Italy, and Austria. It also had an impact on other continents, such as the Americas (Latin America and part of the United States), Africa (Algeria), and Canada (Quebec). It even became a source of inspiration for countries such as Israel and Japan.

In summary, Alexis de Tocqueville's words may still be apt: „For sixty years, we have been deceiving ourselves by imagining that we saw the end of the Revolution. It was supposed to be finished on the 18th Brumaire and again in 1814; I thought in 1830 that it might be over when I saw that democracy, having in its march passed over and destroyed every other privilege, had stopped before the ancient and necessary privilege of property. Like the ocean, I thought it had finally found its shore. I was wrong. It is evident that the tide is rising, and the sea is still enlarging its bed; not only have we not seen the end of the stupendous revolution that began before our day, but the infant just born will scarcely see it. Society is not in the process of modification but of transformation. Into what form? I have not the least idea, and I think that no one has”^[38]

Although much has been said about the consequences of the French Revolution, with more negative and open opinions being expressed recently, it is impossible to ignore its role in the creation of law in the modern sense. And this, despite the unnecessary bloodshed, may be one of the most outstanding achievements of the Revolution. As a process, however, the rights once secured by the Revolution continue to evolve as part of a natural process of change in the world's societies. The lesson of the revolution should be that senseless violence should be avoided while society is changing. This can be achieved by listening to the nations before it is too late.

³⁸ Alexis de Tocqueville, *Memoirs, Letters, and Remains of Alexis de Tocqueville* (London, 1861), p. 423.

Bibliography

- Brigitte Basdevant-Gaudemet, Jean Gaudemet, *Introduction historique au droit XIIIe – XXe siècle*. Issy-les-Moulineaux Cedex, Lextenso editions, 2016.
- de Montesquieu Charles Louis, *O duchu praw*, t. I. Warsaw, PWN, 1957.
- de Saint Victor Jacques, Thomas Branthôme, *Histoire de la république en France. Des origines à la Ve République*. Paris: Economica, 2018.
- de Tocqueville Alexis, *Memoirs, Letters, and Remains of Alexis de Tocqueville*. London, 1861.
- Dubel Lech, *Historia doktryn politycznych i prawnych do schyłku XX wieku*. Lexis Nexis, Warsaw, 2012.
- Dziadzio Andrzej, *Powszechna historia prawa*. Warsaw: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2008.
- Jellinek Jerzy, *Deklaracja praw człowieka i obywatela*. Warsaw: Skład Główny w Księgarni Powszechnej, 1905.
- Martin Xavier, „Kwestia prawa rewolucyjnego”, [in:] *Czarna księga rewolucji francuskiej*, ed. Renaud Escande. 359-386. Dębogóra: Wydawnictwo Dębogóra, 2015.
- Merkwa Marcin, *U źródeł idei praw człowieka. Kształtowanie prawnych i filozoficznych podstaw koncepcji praw człowieka*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2018.
- Sójka-Zielińska Katarzyna, *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*. Warsaw: Lexis Nexis, 2008.
- Tolerance: The Beacon of the Enlightenment*, ed. Caroline Warman. Cambridge: Open Book Publishers, 2016.
- Zagorin Perez, „Theories of Revolution in Contemporary Historiography” *Political Science Quarterly*, No. 1 (1973): 23-52. <https://doi.org/10.2307/2148647>.



ROMAN GAWRYCH

The Utility of the Theory of the Organizational Cycle in Managerial and Professional Work

Abstract

This paper presents a synthetic overview of the theoretical framework of the organized action cycle, which was developed by a French chemist and physicist, Henry Louis Le Chatelier. The theory was presented as a useful philosophy for efficient operation in various areas of managerial work and social life. It was observed that the theory comprises three phases: the preparation phase (which includes defining the objectives of the action, planning, and acquiring resources), and the implementation and control phases. The paper delineates the specific phases, providing a comprehensive account of their essential details, such as the types of goals, characteristics of an effective plan, the process of resource management, features of an ideal efficient organization, and types of control and its validity in management. The paper concludes with a summary that demonstrates the potential for the proper application of the assumptions of the organized action cycle theory to lead to a variety of successes in managerial and social endeavors.

KEYWORDS: organized action, goals, planning, resources, control, effective action

ROMAN GAWRYCH, PhD, The University of Social and Economics in Gdańsk,
ORCID – 0009-0000-4441-1109, e-mail: roman.gawrych@interia.pl

1 | Introduction

According to Henryk Bieniok in the book *Metody sprawnego zarządzania* [*Methods of Efficient Management*], the actions of many people and the results of their work indicate significant individual differences, expressed both in the way work is organized and in their final effects. Some people can work efficiently and thus achieve the desired results, while others, despite considerable efforts and treatments, achieve mediocre results. The secret of some people's successes and others' failures results mainly from how they act. Successful people work in an organized, thoughtful, planned, consistent way (they pursue their goals). Poorly organized people, and therefore ineffective people, improvise without deeper reflection, preparation, and proper motivation. Therefore, it can be concluded that high efficiency, and especially high effects of well-organized work, require not so much superhuman diligence but a certain mental effort, therefore devising an appropriate preparation for the entire activity^[1].

One of the most valuable elements of the achievements of praxeology and general organizational theory in this area is the so-called theory of the organized action cycle, the creator of which was a French chemist and physicist, and at the same time, the promoter Henry Louis Le Chatelier (1850-1936). This theory – the philosophy of efficient action – shows that well-organized and planned human activity should occur according to a uniform pattern.

As Władysław Kobyliński writes in the book *Fundamentals of Contemporary Management*, any well-thought-out project should be undertaken in a certain, successive manner, in a strictly defined order, and should comprise a number of stages. These stages may also be referred to as phases of performed activities or phases of organized activity. Although the number of these phases and the terminology used to define them are treated differently by different authors, the general vision of the cycle of organized action is almost identical^[2].

¹ Henryk Bieniok, *Metody sprawnego zarządzania* (Warszawa: Placet, 1997).

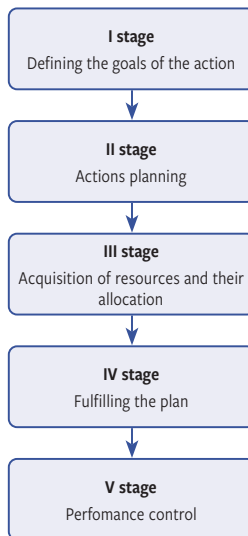
² Władysław Kobyliński, *Podstawy współczesnego zarządzania* (Łódź-Warszawa: Społeczna Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Zarządzania, 2005).

According to Jan Zieleniewski's version, a well-organized action should take into account:

1. Making yourself realize, and in the case of teamwork - also members of a given team, the actual goals of the activity and their relationship to each other;
2. planning an action, that is, devising its means and methods, which are adjusted both to the goals and the conditions or, in other words - organizing the course of action;
3. acquiring and arranging the resources needed to implement the plan, which can also be defined as organizing structures in a static sense;
4. implementing the plan;
5. control, consisting of comparing activities' results with adopted patterns and drawing conclusions from such comparisons for the future^[3].

In the aforementioned publication, Henryk Bieniok provides a brief overview of the theory of the organized action cycle.

Drawing 1. Stages of organized action



Source: Own study based on Bieniok et al., *Metody sprawnego zarządzania*.

³ Jan Zieleniewski, *Organizacja i zarządzanie* (Warszawa: PWN, 1975), 203.

In summary, it should be stated that each well-organized activity consists of the preparation phase (goal definition, planning, acquisition of resources), implementation, and control. Each phase is of significant importance and directly impacts the effectiveness of undertaken projects. These phases will be briefly characterized in the following parts of the publication.

2 | Formulating the goals in the organization process is the first stage of effective action

2.1. The meaning of a goal in the theory of organization

According to the organized action cycle theory, the first stage of any effective action is the proper formulation of the organization's goals. They are the basis for proper functioning because they define its goals and tasks. Formulating the organization's goals is important because without specifying the goals, the organization is going nowhere, making it unnecessary.

Goals, on the other hand, fulfill four crucial functions in the life of the organization:

1. They are guides and give uniform direction to the activities of the members of the organization, thanks to which they help to understand its policies.
2. They are conducive to good planning, which, in turn, helps to set goals for the future.
3. They can be a source of motivation for employees.
4. They are a practical evaluation and control mechanism. Future performance should be judged by the achievement of the goals set. The priority of the organization, i.e., the most important of the goals, is referred to as the mission. All other goals must be subordinate to it.^[4]

⁴ Przewodnik metodyczny Kursu Organizacji i Zarządzania Doskonałego, oprac. Bolesław R. Kuc (PTM: Warszawa, 2000), 28-29.

In the literature on the general theory of organization, it is assumed that the goal of an action is a state of affairs which, being in some way valuable (desirable) for the person acting, determines the direction and structure of his action. In practice, this means the last, final effect, i.e., the result of the intended tasks. At this point, it is also worth paying attention to that the Latin word *finis* means both the goal and the end. Similarly, in old Polish, „at the end” was synonymous with „for this purpose”. It should also be mentioned that other authors treat the concept of a goal much more broadly and define all future states with it, not only states of affairs in the literal sense of the term. We find such a view, for example, in the *Encyklopedia organizacji i zarządzania* [*Encyclopedia of Organization and Management*], where we read that the goal is „the future state of things or a process, and in areas such as education, health, upbringing as well as the condition of a person or a group, which is to be created or preserved in order to satisfy a specific need of people in accordance with its imagination”^[5].

2.2. Types of goals distinguished in the scientific literature

Various goals can be distinguished depending on the adopted division criteria in the total of human activities. Taking into account, for example, the source from which the goal comes, one can talk about spontaneous goals, i.e., formulated by the person who is to pursue the goals and the goals set by someone else, i.e., from outside. The last one is also described as a task commissioned by another organization or other persons. Graduated and non-graduated goals can be distinguished depending on how the goal is formulated. In the first case, you can achieve a given goal to a varying degree. In the second case, you can reach the goal. A gradual goal is, for example, to increase the level of education of the inhabitants or to improve the quality of roads. An example of a non-graduated goal may be acquiring a new regional strategic investor.

According to Władysław Kobyliński, there are also positive and negative goals in the literature on this subject. We deal with the first kind of goal when the originator causes an event and the second when he does not allow it to occur. Their nature depends on the way they are formulated. Thus, instead of stating that the government will ensure the safety of citizens, it can be assumed that the aim of the activities may be to prevent terrorist

⁵ *Encyklopedia organizacji i zarządzania* (Warszawa: PWE, 1981), 69.

attacks or to eliminate crime in the region. If, as the basis for the classification of goals, we take the number of members of a given team who accept the goal, then we can easily distinguish particular goals and goals of the institution. These last ones are the goals recognized and accepted by the team, or at least by the vast majority. On the other hand, particular goals motivate only some members of a given team (from the Latin word *pars* – a part). They can form group goals when shared by more than one person and individual goals if they are motivated by only one individual.^[6]

Another typology of goals is given, for example, by Bolesław R. Kuc. According to his opinion, the goals set on an ongoing basis and the generation of the organization's policy for a given period are divided into three types, depending on the level at which they are set. Those formulated at the highest level and for the organization's top management are strategic goals set at the middle level, and for middle-level managers, they are tactical goals. In contrast, operational goals are set at a lower level and for lower-level managers^[7].

2.3. Characteristic features of goals

There are many terms that characterize an organization's goals. Lester R. Bittel, in the book *Short Management Course*, states that from a practical point of view, goals in the organization are characterized by the following features:

- The number of the goals may vary from a few to several. Goals are generally defined in terms of revenues, profits of production volume, market share, and measurable tasks related to a specific function.
- Goals are defined in a hierarchical manner, which means that some of them will be more important than others.
- Goals have a different time horizon. The long-term goal can be extended from one year to ten years for a corporation, local government, or state. A short-term goal can relate to any period between a day or a week up to a month, a quarter, or a year.

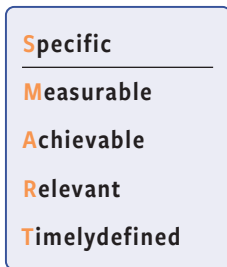
⁶ Władysław Kobyliński, *Podstawy organizacji i kierowania w oświacie* (Ostrołęka: Fundacja Oświatowa im. Profesora Władysława Kobylińskiego, 2009), 36-38.

⁷ Bolesław R. Kuc, *Doskonałe zarządzanie* (Warszawa: PTM, 2000), 95-102.

- From the point of view of a particular manager, goals are either dependent or controlled. The vast majority of goals are dependent in the sense that they are communicated to the manager; where the manager appoints them, they will be dependent by being directly related to other goals of the organization.
- Controlled goals are goals that the manager can independently set, such as the case when the manager of a repair department sets a goal of „achieving the score with less than 5 percent of claims after repairs are performer”, or when the sales manager sets a goal of „10 customers per salesperson per day”.
- Goals must always define what, where, and when: what is to be realized, where to do it, if the location is important, when - by what date the goal is to be achieved^[8].

Goals should be set in an organization in a responsible manner and according to the established rules. This is achieved, for example, by the SMART technique shown in Drawing 2.

Drawing 2. Features of an adequately formulated goal



The presented content shows that the goals of the organization constitute the basis for the proper planning of all undertakings. Hence, they should be appropriately formulated, i.e., detailed, measurable, ambitious, achievable, realistic, and timely. Their appointment should be especially carried out by people who know the mission of the organization and have knowledge and experience in the field of management.

⁸ Lester R. Bittel, *Krótki kurs zarządzania*, trans. Andrzej Dziurdzik (Warszawa-London: PWN, 1989), 88-89.

3 | Planning work as the second stage of effective action

3.1. Types of planning

Planning is one of the basic conditions that determine the management process's quality, effectiveness, and correctness. According to the organized action cycle theory, it is the second stage of necessary activities in effective management. The starting point in planning is an accurately formulated goal, as it is a process of deciding on the methods of its implementation. This, among others, differs from planning from design, which is an analysis of various possible variants of action. Still, this analysis does not include the acts of choice that constitute the plan's essence. We do not decide which variants will be implemented in the design process. This idea was accurately expressed by Jan Zieleniewski, who wrote that „devising a method of an activity – is a project of this activity. A project supplemented by an execution decision is a plan”. Similar to the concept of planning is the programming of activities. Some authors place an equal sign between it and the idea of planning, while others distinguish both of them. The view of J. Zieleniewski seems to have the most supporters, who believe that the program is „a very detailed rule on the sequence of actions”^[9]. This view, moreover, closely corresponds to the common perceptions on this subject, in which the concept of a program functions as an arrangement of events having a clearly defined sequence in time. In this sense, we are talking, for example, about the program of activities, the program of an event, etc. On the other hand, the concept of a plan is sometimes used in a more general and universal sense.

According to Władysław Kobyliński, there are many types of plans. Depending on the agreed criterion, we can distinguish between framework plans (e.g., a curriculum) and specific plans (e.g., a schedule). When we adopt the criterion of dividing the plan's role in achieving goals, we can distinguish between strategic and tactical plans. Strategic plans are always overriding tactic plans. A national property privatization plan is an example of a strategic plan. A tactical plan – on the other hand – is a way of privatizing it based on an assessment of the condition of a given enterprise. The grounds for such a division are contractual and depend on the adopted

⁹ Zieleniewski, *Organizacja i zarządzanie*, 207.

perspective. From the point of view of the interests of the company's staff, the privatization plan is a strategic plan.

In contrast, the tactical plans will be appropriate partial plans made on the scale of departments or divisions of the enterprise or plants cooperating with it, etc. Considering the time horizon (range) of plans as the basis for the division, we can distinguish long-term and short-term plans, also known as operational plans. The last ones include, for example, a plan for implementing new technology, introducing a new product to the market, etc., and a monthly, weekly, or daily schedule of activities, most often described as the so-called schedule of the day^[10].

3.2. Features of a good plan. Planning activities

In the words of Bolesław R. Kuc, plans represent “road maps” that guide organizations in the pursuit of their goals. When well structured, plans serve to guide managers and employees in an appropriate manner. Properly arranged plans are determined by at least 10 factors:

1. Resources that will be used: premises or buildings, equipment, materials, financial resources, information, and employees.
2. The methods, processes, and procedures that will be used.
3. Tasks to be performed, often each has its own standard or a result to be achieved.
4. Order or procedures to be followed.
5. People who will have to complete the task and those responsible for implementing the plan and achieving goals.
6. Redefine the plan's goal or specify or adopt a goal appropriate for the given plan.
7. Place where planned activities are to take place.
8. Binding deadlines and schedules.
9. Points where the progress will be checked.
10. Designated measures are used to evaluate progress and verify that goals have been achieved^[11].

¹⁰ Kobyliński, *Podstawy organizacji i kierowania w oświacie*, 53-34.

¹¹ Kuc, *Doskonałe zarządzanie*, 104.

3.3. Planning activities

	ACTIVITIES	Interactions	
PLANNING	Gathering information about resources, needs, opportunities, (things); diagnostic analysis	Pre-plan studies	COORDINATION
	Forecasting (studying available forecasts and compiling your own)		
	Programming (setting goals and means of achieving them)	Information and decision-making interaction	
	Balancing, coordinating and optimization of the content of plans		
	Information and methodological help in the development of plans by subordinated organizational units		

Source: own study based on Bolesław R. Kuc, *Doskonałe zarządzanie* (Warszawa: PTM, 2000), 104-105.

The main tasks of planning, not only in educational institutions, are improving the functioning of the institution, reacting to the changing environment, and implementing the concept of creative organization. Therefore, according to Kobyliński, a properly developed plan should exhibit the following characteristics: purposefulness (i.e., should ensure the achievement of the goal), feasibility (which is also referred to as plan practicability), internal compliance (the plan should not contain conflicting trends), operability (the plan should be simple to use), flexibility (the plan should make it possible to introduce necessary changes to its content), etc. In addition to these characteristics, a well-designed plan should also include: adequate long-distance (which means that a good plan should include a well-established time horizon), punctuality (what and when is to be done), completeness (do not omit anything essential for the goal), communicativeness (the plan should be understandable to all people who implement it) as well as rationality. The last feature means the cognitive grounding of the plan, i.e., that it should be based on rational foundations, proven or verifiable facts or events, and not – as sometimes happens – presumptions and assumptions, beliefs and prejudices, etc. in brief, basics which are not adequate to the contemporary methodology of management science. A well-defined plan is the basis for the proper implementation of the next stages of action^[12].

¹² Kobyliński, *Podstawy organizacji i kierowania w oświacie*, 47-50.

4 | Acquiring resources as the third stage of effective action

4.1. Resources in the understanding of organization theory and its types

According to Władysław Kobyliński (in the book *Podstawy współczesnego zarządzania [Fundamentals of contemporary management]*), in ergonomic sciences, the concept of resources is used to describe the components of productive activity useful to man, both those that are provided for free by nature and those created thanks to human's work. Thus, resources include various products, raw materials, technical devices and tools, and natural goods such as land, air, and water. These are the so-called material resources. However, resources are more commonly understood to be people who participate in work processes.

What is especially important are their qualifications and talents, hobbies and habits, attitudes towards work, and motives for action. These resources, usually human or personal, are given much attention in the literature, emphasizing their unique role and importance. There are frequent opinions from authors who claim that the secrets of success in organizational and managerial processes are, to a large extent, the ability to attract people to tasks and stimulate them to do better and more efficient work. These activities represent a continuous management process aimed at ensuring that the organization has the right people in the correct positions at the appropriate time^[13].

¹³ Władysław Kobyliński, *Podstawy współczesnego zarządzania [Fundamentals of contemporary management]* (Łódź-Warszawa: Społeczna Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Zarządzania, 2005).

4.2. Managing human resources

As presented in the book *Managing*, managing human resources is comprised of seven fundamental activities. These include the following:

1. Human resources *planning* serves the continuous and adequate satisfaction of the organization's staffing needs. As Michael Armstrong, in the book *People Management*, human resources planning is aimed at adapting employee resources to the needs of organizations, expressed in planning employee employment. It includes:
 - employing and maintaining the necessary number of employees with specific qualifications,
 - estimating qualification requirements and the possibility of satisfying them,
 - preventing the occurrence of shortages and surpluses of employees,
 - developing multiple positions,
 - improving the efficiency of the use of employee resources.
2. *Recruitment* is to gather a specific group of candidates for work in accordance with a pre-established plan.
3. *Selection* involves selecting appropriate people based on the analysis of completed forms, applications, CVs, interviews, or checking references and presenting them to the organization's management to make a final decision regarding their employment.
4. *The introduction* to work aims to help newly recruited employees adapt to the organization's mission, requirements, and culture as quickly and effectively as possible without any conflicts.
5. *Training and improvement*, under which activities are undertaken so that employees contribute more to ensuring and increasing the efficiency of the organization and their promotion.
6. *Assessment of effectiveness* consists of comparing a given employee's performance with the standards or goals set for the position held by him. Consequently, appropriate compensation for the actions is given (e.g., rewards or a change of position).
7. *Promotion, transfers, demotion, and dismissal* result from determining the further usefulness of a given employee for the needs and achievement of the organization's goals. According to M. Armstrong, all efforts are recommended to retain the best

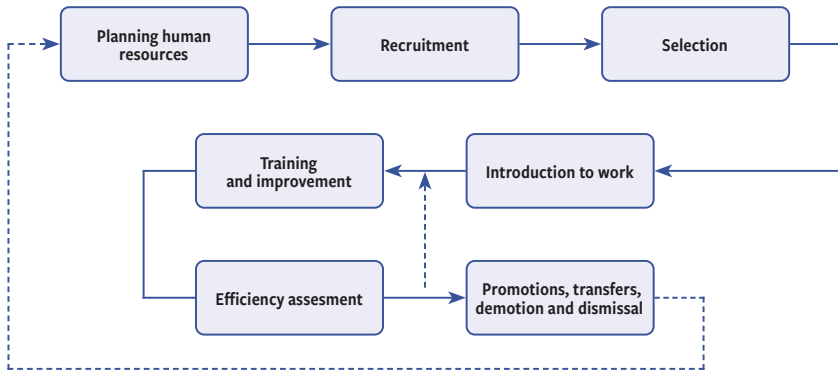
employees, who will be needed in the future. The plan for keeping these people should result from an analysis of why they leave the organization. It is useful to conduct post-interview talks to identify the reasons for the dismissal, although the information obtained may not always be reliable. When preparing an employee retention plan, what should be done is to:

- make sure the salary rates are competitive, and the pay system is fair and consistent,
- guarantee satisfaction from the performed work, which results from the use of employees' skills; creating an opportunity for employees to take responsibility for the tasks performed and providing them with opportunities for development,
- verify whether people know what the institution expects of them and whether their achievements are appreciated which meet or exceed those expectations,
- provide training that enables people to achieve the required results and professional development,
- ensure that recruitment and selection procedures indicate the people most likely to be successful and who stay in the organization^[14].

The analysis of the presented tasks reveals that human resource management should be a staff function. In practice, this implies that individuals associated with its fulfillment should provide guidance to all line managers within the institution.

¹⁴ James A.F. Stoner, R. Edward Freeman, Daniel R. Gilbert, JR., *Kierowanie*, trans. Andrzej Erlich (Warszawa: PWE,1999), 368-369.

Drawing 3. The process of managing human resources in the organization



Source: Stoner, Freeman, Gilbert, *Kierowanie*, 368.

The presented and other activities related to the acquisition and management of human resources are very important and may lead to the so-called ideal organization, which, according to Max Weber, should possess certain distinctive characteristics. These include:

- division of work and responsibilities should be clearly defined for each member of the organization,
- positions should be arranged hierarchically, which creates a ladder of power,
- members of the organization should occupy positions based on their technical or educational competencies,
- managers should be employed by the owners of the venture but should not be owners of the venture themselves,
- Everyone in the organization should be subject to strict rules and controls appropriate to the work performed. It is desirable that these rules be impersonal and universal.

The presented content shows that acquiring resources is an important stage of organized action. It particularly relates to the management of people in the organization. Hence, it seems that the view of Akio Morita – the famous originator of the success of the Sony concern – is becoming more and more correct; He asserted that the success of an organization is primarily contingent upon the individuals employed by the organization.

5 | Implementation of the plan as the fourth stage of effective action

The implementation of the plan primarily concerns the organization of activities, which entails the arrangement of activity components in a manner that facilitates the achievement of the intended goals. The literature on this subject frequently categorizes the organizing activities into two distinct categories: basic and ad hoc. The basic organization of an institution refers to the adjustment of a given unit's structure to align with its goals. The essence of this type of action is expressed, among others, by creating appropriate workplaces, cells or departments, etc., by connecting them into larger units, as well as establishing various connections and relationships between them. The basic organization also includes the preparation of activities, assignments, work plans, schedules, etc. It is also important to establish information systems and methods of communication, as well as norms and patterns of behavior. Basic organization is essentially about building an organizational model of activities^[15].

Ad hoc organizations, described as „continuous” organizations, are defined as entities that are designed to maintain the existing direction of an institution's functioning. In the basic organization phase, it is difficult to predict and resolve all the problems that each team of employees has to deal with in their daily work. Following the established guidelines, it is necessary to constantly select and combine individual parts of a given whole of activities and adapt them to the goals set for the institution. This does not mean, however, that ad hoc organizing was expressed by the manager's constant interference with the work of his employees. On the contrary, such an idea would indicate an overly superficial understanding of his role as an organizer of work processes. Similarly, as in other areas of reality, the maximum does not always coincide with the optimum, and the excess of managerial interference may turn out to be more harmful than the lack of it at all. Contemporary authors posit that a competent organizer always allows subordinates a certain degree of autonomy and intervenes only when necessary to correct their behavior^[16].

¹⁵ Kobyliński, *Podstawy współczesnego zarządzania*.

¹⁶ Ibidem.

In the book *Zarządzanie jutra: jakie jest twoje miejsce w przyszłości* [*Management of Tomorrow*], Gary Hamel and Bill Breen state that according to Frederick Winslow Taylor, who is regarded as the most influential innovator of management in the twentieth century, the empirical approach is of paramount importance for the efficacy of plan implementation. It involves, among other things, a systematic analysis of the causes of wastage of funds, poor work organization, the suitability of the introduced and applied standards, discrepancies between the requirements of the workplace and the employee's abilities, as well as the assessment of incentive systems. Taylor claimed that efficiency in the implementation of tasks comes from the exact knowledge of what is expected of people and from making sure they do their jobs as well as possible and at the lowest possible cost^[17].

Max Weber, an outstanding German sociologist contemporaneous with Taylor, believed similarly about the effectiveness of task performance. He saw bureaucratization as the main factor in the effectiveness of the organization's functioning. In his opinion, it is the best of all forms in terms of precision, stability, rigor, and reliability. Thanks to it, it enables a particularly high degree of predictability of the effects of actions for the needs of those who manage the organization and those who act in relation to it. M. Weber's concept of organization is distinguished by several unique characteristics which include:

- a clear description of the division of work and responsibilities for each employee,
- hierarchical arrangement of positions, thanks to which a clearly defined „ladder of power” is created,
- occupying job positions in accordance with technical competencies or education,
- employing people who are not related to any form of ownership with the organization for managerial positions,
- using impersonal and universal strict rules and control of employees according to the work performed.

Although bureaucratization has been complained of recently, it seems that its requirements still are the basis for the organization of all participants in the public sector and private companies. Progressive managers

¹⁷ Gary Hamel, Bill Breen, *Zarządzanie jutra: jakie jest twoje miejsce w przyszłości* (Lublin: Red Horse, 2008), 28-29.

may attempt to eliminate its more irrational manifestations, but in reality, few are able to envision an alternative that is entirely distinct from bureaucratic structures.

According to Kobyliński, there should be no difficulties in the plan's implementation phase if the action has been properly prepared. This is only the case if other conditions for the efficient implementation of the plan have been met. Above all, consistency in respecting the arrangements made is essential. Plans or intentions that are not implemented are acts of waste, so it would be better not to develop them at all. Each deviation from the plan also creates a precedent for a similar behavior next time, which leads to not considering the plan at all in the long run. An important problem in the plan implementation phase is ensuring ongoing control of its fulfillment. After all, it could turn out that despite fulfilling all conditions provided in the plan, the action did not bring the expected results. Therefore, its further continuation would more and more distract us from the adopted goal. Properly conducted, ongoing control of the implementation of the plan may, therefore, protect the organization from the danger of performing unnecessary activities that disqualify work as an organized activity^[18].

6 | Control is the last element of organized action

6.1. The concept of control and its elements

The activities presented in the four previous articles related to the theory of the organized action cycle (defining the goals of an activity, planning the activities, acquiring resources and allocating them, and implementing the plan) refer to the initial and second stages of a well-organized activity and are described as preparation (preparation of activities) and implementation. In this publication, the last element of the organized action cycle theory, control, will be presented.

According to Władysław Kobyliński, the concept of control refers to the comparison of performance with an appropriate model and drawing appropriate conclusions from this comparison for the future. Such a comparison may be the work of the performer (self-control) or another

¹⁸ Kobyliński, *Podstawy organizacji i kierowania w oświacie*, 88-91.

person. Depending on whether a given person belongs to an organization (institution) that he controls or not, we deal with internal or external control. The subject of control may be the result of an already completed process of work, i.e., the finished product, or the course of this process, so the subsequent phases of the performed activities. Many supporters of it believe that in the second case, the effectiveness of control is generally much greater. You can then notice any errors at the appropriate time, correct them, and thus achieve the intended goal as much as possible^[19].

Rafał B. Kuc gives a slightly different definition of control and its goals in the book *Perfect Management*, who claims that control is checking the compatibility of actually implemented activities and their results with the assumptions made. Through the controlling function, the manager can determine whether his actions led to achieving the set goals. Each control usually consists of three main elements, i.e.:

- defining measures of performance,
- measuring the current efficiency and comparing it with the determined measures,
- taking corrective actions if the effectiveness does not match the measures.

A well-conducted control enables the manager to maintain the proper course of action in the organization, not allowing excessive deviations from the pursued goals. This information is also the starting point for the development of a new plan and thus starting the management process anew, hence performing an adaptive function and not an initiating function^[20].

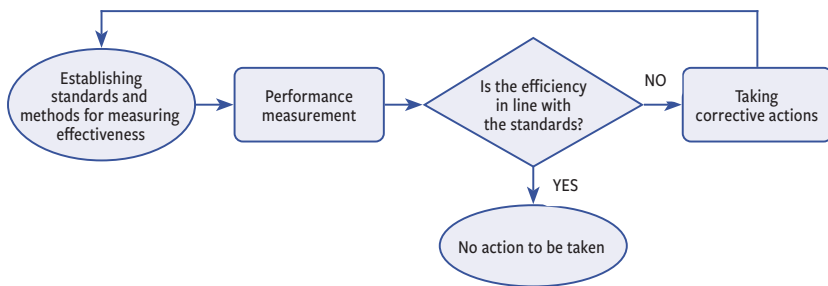
In turn, James A.F. Stoner, R. Edward Freeman, and Daniel R. Gilbert state that management control is a systematic activity aimed at establishing performance standards when planning goals, designing feedback information systems, comparing actual results with established standards, determining if there are any deviations and measuring their significance and taking all actions necessary to ensure that all resources of the organization are most effectively and efficiently used to achieve its goals. According to these authors, the control consists of four stages in drawing 4. These are:

¹⁹ Idem, *Podstawy współczesnego zarządzania*.

²⁰ Kuc, *Doskonałe zarządzanie*, 356-357.

- establishing standards and methods for measuring effectiveness consisting of clearly defining the goals of the organization in such a way that it allows for their measurement and execution deadlines (e.g., related to the time of completing the tasks),
- measurement of performance as a constant and repeatable process, the frequency of which depends on the type of activity measured (e.g., public administration units are required to report on their activities to the relevant authorities in particular periods of the year),
- determining whether the efficiency is in line with the standards, which is about comparing the measured results with the set goals or standards (if the performance meets the standards, the manager may assume that „everything is under control”),
- taking corrective actions occurs when the tasks performed do not meet the standards, and the analysis shows that you need to intervene (e.g., by increasing employment in the organization or changing the applicable standards resulting from new regulations or requirements^[21]).

Drawing 4. Basic stages of the control process



Source: Stoner, Freeman, Gilbert, *Kierowanie*, 539.

²¹ Stoner, Freeman, Gilbert, *Kierowanie*, 538-540.

6.2. Types of control

In light of the above-mentioned literature, management science usually distinguishes three basic types of managerial control: initial, current, and final, also known as the control of effects or results. Individual controls are dictated mainly by changes in the organization's environment, the increasing complexity of management processes, and the need to delegate permissions.

Initial control concerns checking the state of affairs at the beginning of an action and constitutes a „starting point” for it. Its purpose is to determine whether we have everything needed for action, particularly whether we have a correctly formulated goal, an adequate work plan, and whether we will have the necessary resources, both material and human, to achieve it. Network planning is particularly useful for initial checking, as it allows for a precise determination of the course of action in pursuit of the goal, i.e., the sequence in which individual activities are to be performed. Ongoing control consists of constantly and systematically checking progress in achieving the goal and drawing conclusions from it to improve how to organize work. Thanks to appropriate techniques, ongoing control allows you to notice any errors in time, remove them, and take the necessary preventive measures. It is worth noting, however, that the views on ongoing control in the scientific literature on this subject have radically changed in recent years. The promoted belief that an employee not under continuous control works less efficiently has been replaced by providing educational care to him based on creating appropriate conditions for work and professional advice. This belief is accompanied by efforts to broaden the scope of the employee's independence and pay more and more importance to control the results. The final control is expressed by comparing the obtained effects with the adopted goal, revealing possible unconformities, and determining the methods of counteracting their occurrence in the future. Apart from its undoubted advantages, this form of control also has numerous weaknesses, and most of all, noticing a faulty performance of a task may turn out to be late. Sometimes, a long time passes from when an error is detected to when corrective actions are proposed until improvements are made. Meanwhile – as Witold Kieżun rightly notices – „the measure of the efficiency of an organization is precisely the length of that time”^[22].

²² Kuc, *Doskonałe zarządzanie*, 365-366.

6.3. The legitimacy of control in management

In view of the fast pace of changes taking place in the environment of contemporary organizations, in recent years, control has become more and more important. The above-mentioned authors of the book *Guiding* include the main reasons for its systematic conduct:

- Pursuing to increase quality by changing employee attitudes allows, among others, the detection of faults, the avoidance of mistakes, the improvement of products, etc.
- proper introduction of changes and adaptation to them, thanks to which managers can react quickly to the resulting dangers and opportunities,
- the need to accelerate the cycles of fulfilling the tasks, as a result of which it is possible to minimize the time needed to design and implement new products and services and deliver them to recipients,
- creating added value, thanks to which it is possible to gain a competitive advantage,
- facilitating delegation of work and facilitating teamwork, resulting in better use of the creative potential of individual employees and teams^[23].

The briefly presented content of the control shows its great role and legitimacy for its application. However, in order for the goals related to it to be properly achieved, there are needed appropriately prepared people, who, apart from the knowledge of generally accepted and applicable standards and patterns associated with the subject of control, will also have knowledge and experience in the course of individual processes related to production or services. Otherwise, the control will fulfill only part of its function and may even be harmful and prevent the organization's further development.

²³ Stoner, Freeman, Gilbert, *Kierowanie*, 540-542.

7 | Summary

According to Kobyliński, the presented sequence of individual phases of organized action should not be understood as their mutual consequence in a chronological system but rather a logical system. Control, for example, which is last in the cycle theory, should be practiced in a place where it is needed. After all, it would not be useful to check the foundations' condition when the building is already finished. The same applies to the other remaining phases of the cycle, except formulating goals, which should, in principle, always start a sequence of well-organized activities. Therefore, organized action should be understood as a sequence of individual phases in their logical system. It is important not to forget any of the essential elements of the action and to understand the relationship between them^[24].

The success of organized cycle theory will likely depend on many factors. It is difficult to define them unequivocally, as they depend, *inter alia*, on the type and achievements of the organization, qualifications and experience of people involved in management processes in the institution, or their motivation to work. Nevertheless, it can be definitively stated that the ultimate impact of applying the theory is influenced by the high level of implementation of tasks in their respective phases. Those engaged in managerial roles and those who facilitate broadly understood social activities should give particular consideration to this matter. Their work has a direct impact on the effectiveness of both individuals and entire teams or communities.

Bibliography

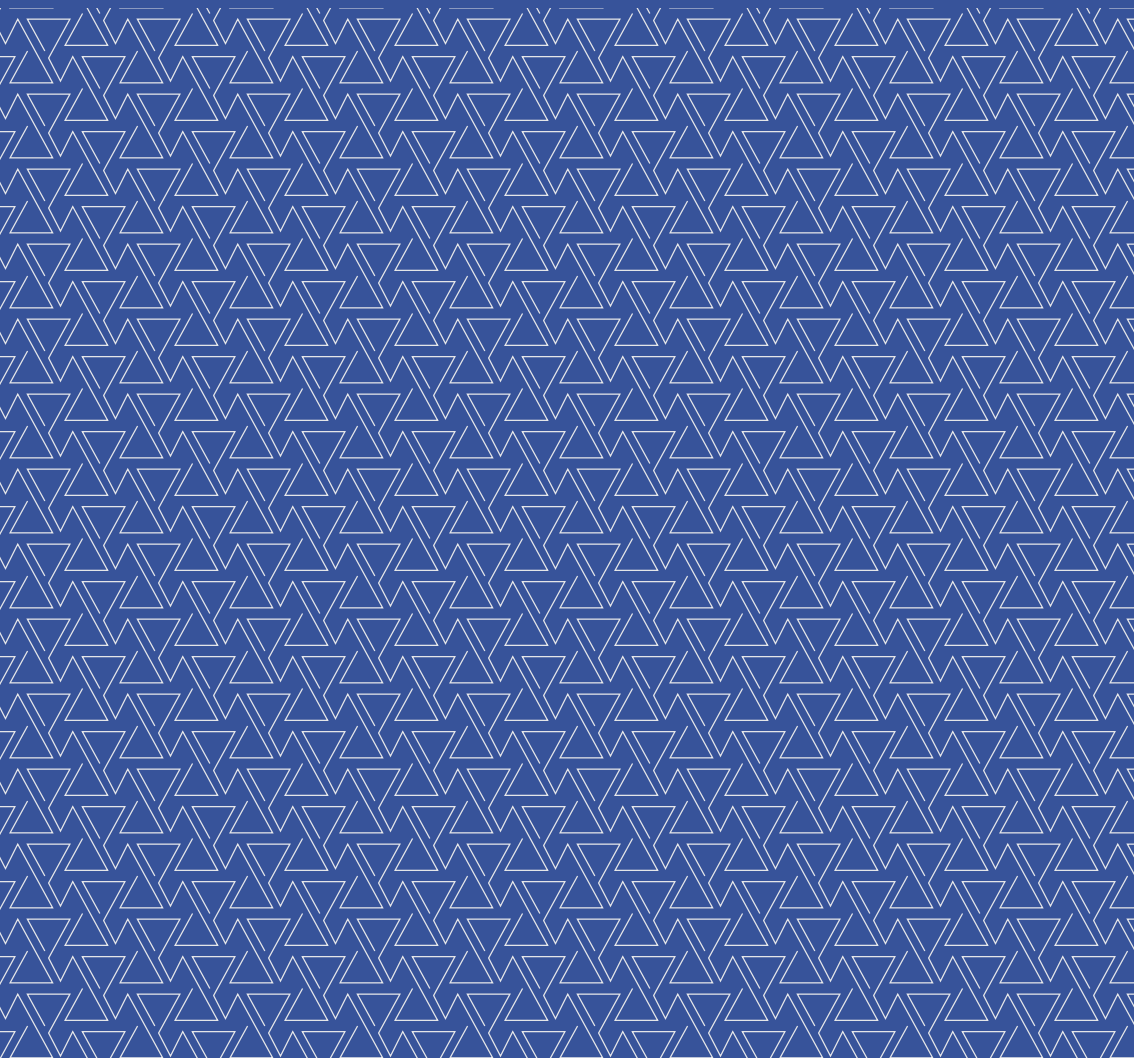
- Bieniok Henryk et al., *Metody sprawnego zarządzania* [*Methods of Efficient Management*]. Warszawa: Placet, 1997.
- Bittel Lester R., *Krótki kurs zarządzania* [*Short Management Course*]. trans. Andrzej Dziurdzik Warszawa-London: PWN, 1989.
- Encyklopedia organizacji i zarządzania* [*Encyclopedia of Organization and Management*]. Warszawa: PWE, 1981.

²⁴ Kobyliński, *Podstawy organizacji i kierowania w oświacie*, 33.

- Hamel Gary, Bill Breen, *Zarządzanie jutra: jakie jest twoje miejsce w przyszłości*, trans. Jacek Smoliński [*Management of Tomorrow*]. Lublin: Red Horse, 2008.
- Kobyliński Władysław, *Podstawy organizacji i kierowania w oświacie* [*Fundamentals of Organization and Management in Education*]. Ostrołęka: Fundacja Oświatowa im. Profesora Władysława Kobylińskiego, 2009.
- Kobyliński Władysław, *Podstawy współczesnego zarządzania* [*Fundamentals of Contemporary Management*]. Łódź-Warszawa: Społeczna Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Zarządzania 2005.
- Kuc Bolesław R., *Doskonałe zarządzanie* [*Perfect Management*]. Warszawa: PTM, 2000.
- Przewodnik metodyczny Kursu Organizacji i Zarządzania Doskonałego*, oprac. Bolesław R. Kuc, PTM: Warszawa, 2000.
- Stoner James A.F., R. Edward Freeman, Daniel R. Gilbert, JR., *Kierowanie* [*Managing*], trans. Andrzej Erlich. Warszawa: PWE, 1999.
- Zieleniewski Jan, *Organizacja i zarządzanie* [*Organization and management*]. Warszawa: PWN, 1975.



glosy



MAGDALENA BUDYN-KULIK

Narażenie na niebezpieczeństwo podczas pandemii COVID-1 – glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 8 listopada 2021 r., IV K 244/20

**Commentary on the Judgment of the District Court in Łódź
of November the 8th 2021., IV K 244/20, LEX nr 3266489**

The commentary deals with a case concerning the danger posed during the COVID-19 pandemic by the unauthorized departure of an infected person from the hospital. It criticizes the court's decision. According to the author, the court did not take into account the fact that the crime was an attempted crime or that it was a crime under Art. 165 § 2 of the Polish Penal Code.

SŁOWA KLUCZOWE: glosa, narażenie
na niebezpieczeństwo, usiłowanie,
nieumyślność

KEYWORDS: commentary, exposure to
danger, attempt, involuntarity

MAGDALENA BUDYN-KULIK, profesor nauk prawnych, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, ORCID – 0000-0002-3258-9855,
e-mail: magdalena.budyn-kulik@mail.umcs.pl

Pisanie glos do orzeczeń sądów innych niż apelacyjne czy Sąd Najwyższy uważam co do zasady za pozbawione sensu. W tym przypadku jednak pozwoliłam sobie na odstępstwo od przyjętego założenia. Chciałabym bowiem potraktować ten wyrok jako pretekst do wypowiedzi na temat możliwości stosowania art. 165 k.k. do pewnych zachowań w kontekście pandemii, a dalsze oczekiwanie na pojawienie się orzeczeń SN lub sądów

apelacyjnych jawi się jako daremne. Pretekstem do rozważań musi zatem stać się wyrok sądu okręgowego.

Stan faktyczny w sprawie, w której zapadł głosowany wyrok wyglądał następująco.

T.W. przebywał w Szpitalu Wojewódzkim w związku z pozytywnym wynikiem testu na obecność wirusa Covid-19 od 13 lipca 2020 r. Obecność wirusa Covid-19 w organizmie oskarżonego została stwierdzona dwukrotnie za pomocą testów w dniach 9 lipca 2020 r. oraz 23 lipca 2020 r. 22 lipca pracownik szpitala odkrył jego nieobecność i powiadomił policję. T.W. po samowolnym opuszczeniu szpitala kupił maseczkę i założył ją. Korzystając z komunikacji miejskiej dostał się do pobliskiej miejscowości. Podróżując w autobusach i tramwajach, w których znajdowali się także inni pasażerowie, oskarżony miał założoną na twarzy maskę. Pracownik szpitala skontaktował się z nim za pomocą telefonu komórkowego.

T.W. został około godz. 17.00 zauważony na skwerze przez szukających go policjantów. Oskarżony miał wówczas na twarzy maseczkę, która była „delikatnie zsunięta”.

Funkcjonariusze policji zachowując odpowiednie środki ostrożności, m.in. bezpieczną odległość, zatrzymali oskarżonego, który nie stawiał oporu, nie próbował uciekać i wykonywał wszystkie polecenia. Oskarżony został formalnie zatrzymany w dniu 22 lipca 2020 r. o godzinie 21:00. Pogotowie ratunkowe w asyście funkcjonariuszy policji przewiozło oskarżonego z powrotem do szpitala.

Postanowieniem z dnia 25 lipca 2020 r. wobec T.W. zastosowano środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania i tego samego dnia oskarżony został przewieziony ze szpitala do aresztu śledczego. Spośród konwojujących oskarżonego policjantów tylko jeden był wyposażony w specjalny kombinezon ochronny i jechał razem z nim w karetce. Pozostali policjanci jechali w radiowozie. Po zakończeniu konwoju funkcjonariusz, który miał kontakt z zarażonym, zdezynfekował się w areszcie śledczym i wracał do z pozostałymi funkcjonariuszami radiowozem.

Oskarżony został ponownie przebadany na obecność koronawirusa w dniach 31 lipca i 4 sierpnia 2021 r. Badania dały wynik ujemny.

T.W. został postawiony zarzut,^[1] że w okresie od 22 lipca 2020 r. do 25 lipca 2020 r. w, działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, sprowadził niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia

¹ Oskarżonemu został także postawiony zarzut posiadania substancji psychotropowej (amfetaminy) wbrew przepisom ustawy. Za ten czyn został skazany na

wielu osób w ten sposób, że mimo umieszczenia w szpitalu zakaźnym w związku z zakażeniem wirusem SARS CoV-2 samowolnie oddalił się ze szpitala, po czym udał się środkami komunikacji publicznej do Ł., powodując zagrożenie epidemiologiczne i szerzenie się choroby zakaźnej – choroby koronawirusowej COVID-19, a tym samym, wiedząc, że jest dotknięty chorobą zakaźną, bezpośrednio naraził funkcjonariuszy policji uczestniczących w jego zatrzymaniu w dniu 22 lipca 2020 r. oraz konwojowaniu w dniu 25 lipca 2020 r. na zarażenie tą chorobą, przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu kary co najmniej 6 miesięcy pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne, tj. o czyn z art. 165 § 1 pkt 1 k.k. i art. 161 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy w Łodzi wyrokiem z dnia 8 listopada 2021 r. uniewinnił oskarżonego od popełnienia tego czynu zabronionego. Wyrok nie został zaskarżony.

Zadaniem glosatora nie jest ocena głosowanego orzeczenia na płaszczyźnie dowodowo-faktycznej, a sama glosa nie powinna mieć charakteru apelacji. W tym przypadku wytknięcie sądowi orzekającemu nieprawidłowości tego rodzaju, wiąże się z krytyczną oceną wyroku na płaszczyźnie czysto prawnej.

Pierwszą kwestią, która ze względu na to, że zapadł wyrok uniewinniający, ma pozornie mniejsze znaczenie, jest sposób sformułowania zarzutu i kwalifikacja prawna czynu. Zarzut oczywiście został sformułowany na etapie postępowania przygotowawczego, ale trzeba pamiętać, że niejako wyznacza on kierunek rozpoznawania sprawy przez sąd, dlatego warto nań zwrócić uwagę. Obejmował on dwa stanowiące odrębne, zwarte w czasie i nienastępujące bezpośrednio po sobie zdarzenia: opuszczenie szpitala i narażenie funkcjonariuszy dokonujących ujęcia oskarżonego na zarażenie oraz narażenie funkcjonariuszy konwojujących oskarżonego do aresztu śledczego.

Odnosnie do drugiego z nich, należy stwierdzić, że postawienie go oskarżonemu jest absurdalne. O zastosowaniu środka zapobiegawczego w postaci aresztu tymczasowego zdecydował sąd. Trudno uznać, by oskarżony popełnił w ogóle czyn zabroniony w rozumieniu prawa karnego. Przebywanie w towarzystwie konwojujących go funkcjonariuszy nie było efektem powzięcia przez niego takiej decyzji, nie mógł w tym zakresie swobodnie ukształtować własnego postępowania. Nie miał możliwości

karę 1 miesiąca pozbawienia wolności. Nie jest to jednak przedmiotem rozważań w niniejszej glosie.

niepodporządkowania się decyzji sądu. Sąd uznał ten zarzut za niezasadny, ale z innego powodu (wątpliwości co do realności zagrożenia).

Niepoprawne było uznanie zachowania oskarżonego za popełnione w warunkach czynu ciągłego. Nie jest do końca jasne, co dokładnie miałyby się składać na owe dwa lub więcej zachowań, czy chodzi o te dwa wyodrębnione zdarzenia – z 22 lipca i 25 lipca – czy także o poszczególne etapy zachowania w dniu 22 lipca. Należy chyba przyjąć, że oskarżycielowi chodziło o tę pierwszą sytuację. Przyjęcie, że sprawca działał w warunkach czynu ciągłego było nieprawidłowe, chociażby już z tego powodu, że, jak wskazano wyżej, sytuacji z dnia 25 lipca nie można uznać za czyn zabroniony popełniony przez oskarżonego. Nawet gdyby przyjąć, że zachowanie sprawcy stanowiło czyn zabroniony, nie zostałyby spełnione przesłanki czynu ciągłego^[2]. Nie można przypisać oskarżonemu jednego z góry powziętego zamiaru co do narażenia funkcjonariuszy na bezpośrednie niebezpieczeństwo zarażenia^[3]. Oskarżony 22 lipca nie mógł spodziewać się, że 25 lipca sąd wyda postanowienie o zastosowaniu wobec niego tymczasowego aresztowania; tym samym nie mógł objąć jednym zamiarem narażenia także funkcjonariuszy, którzy będą go konwojować do aresztu śledczego. Przesłanką przyjęcia czynu ciągłego jest również tożsamość pokrzywdzonego, jeżeli przedmiotem zamachu jest dobro osobiste^[4]. W analizowanym stanie faktycznym, ponieważ w kwalifikacji pojawił się art. 161 § 2 k.k., przedmiotem zamachu było zdrowie, a może nawet życie funkcjonariuszy policji mających styczność z oskarżonym. Przesłanka tożsamości pokrzywdzonego nie została spełniona, ponieważ w pierwszym zdarzeniu 22 lipca uczestniczyli inni funkcjonariusze niż w zdarzeniu z 25 lipca.

Odnośnie do kwalifikacji wątpliwości budzą jeszcze inne kwestie. Zastosowanie przepisu art. 161 § 2 k.k. w stosunku do narażenia funkcjonariuszy nie wydaje się prawidłowe. Oskarżony nie podejmował żadnych działań konkretnie wobec nich, mogących świadczyć o zamiarze narażenia

² Marek Kulik, „Zasady odpowiedzialności karnej- art. 12”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marek Mozgawa (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 62-65.

³ Zob. Magdalena Budyn-Kulik, *Umysłność w prawie karnym i psychologii teoria i praktyka sądowa* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 508-518.

⁴ Kulik, „Zasady odpowiedzialności karnej- art. 12”, 64; Piotr Kardas, „Zasady odpowiedzialności karnej- art. 12”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, cz.1, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 237-238, Jacek Giezek, „Zasady odpowiedzialności karnej”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, red. Jacek Giezek (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012) 94; Małgorzata Gałązka, „Zasady odpowiedzialności karnej- art. 11-12”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak (Warszawa: C.H. Beck, 2018), 151-152.

ich na niebezpieczeństwo zarażenia. Kiedy został przez nich zauważony, wykonywał posłusznie ich polecenie, nie próbował zbliżyć się do nich, nie zdjął maseczki. Na pewno nie można przypisać mu zamiaru bezpośredniego, wydaje się również, że w tych okolicznościach faktycznych, także zamiar ewentualny jest mocno wątpliwy. Czyn zabroniony stypizowany w art. 161 § 2 k.k. można popełnić tylko umyślnie, w obu postaciach zamiaru⁵. Na marginesie należy zauważyć, że brak jest informacji, czy funkcjonariusze złożyli wniosek o ściganie oskarżonego (art. 161 § 4 k.k.).

W kwalifikacji prawnej czynu z aktu oskarżenia pojawił się także przepis art. 165 § 1 pkt 1 k.k. typizujący sprowadzenie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób przez spowodowanie szerzenia się choroby zakaźnej. Ten aspekt zachowania oskarżonego nie był najwyraźniej przez sąd wnikliwie analizowany. Odnośnie do możliwości zarażenia innych osób napotkanych na ulicy, w środkach komunikacji miejskiej, stwierdzono jedynie, że oskarżony twierdził, że maskę miał na twarzy w autobusie czy tramwaju. Sąd uznał te wyjaśnienia za wiarygodne, ponieważ T.W., kiedy go odnaleziono, miał na twarzy maskę, chociaż przebywał na otwartej przestrzeni. Glosa zanadto nabrałaby charakteru apelacji, gdyby tę kwestię dokładniej omawiać. Należy jedynie wskazać, że nie zostały w tej mierze poczynione odpowiednie ustalenia dowodowe.

Sąd nie zajmował się w kontekście zrealizowania znamion przestępstwa z art. 165 k.k. w ogóle dwiema kwestiami – stroną podmiotową⁶ oraz jego usiłowaniem. Za jedyne odniesienie do strony podmiotowej można uznać stwierdzenie, że w związku z tym, iż oskarżony wcześniej przebywał w szpitalu psychiatrycznym, z którego trafił do szpitala jednoimiennego, nie można mieć pewności, że na bieżąco zapoznawał się z informacjami na temat pandemii prezentowanymi w środkach masowego przekazu. W dostępnych materiałach, nie ma informacji na temat tego, jak długo oskarżony przebywał w szpitalu psychiatrycznym. Zdarzenie, będące

⁵ Andrzej Zoll, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 421-422; Magdalena Budyn-Kulik, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marek Mozgawa (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 554; Jacek Giezek, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, red. Jacek Giezek (Warszawa: Wolters Kluwer, 2014), 250-251; Rajnhardt Kokot, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Ryszard A. Stefański (Warszawa: C.H. Beck, 2015), 948.

⁶ Marek Kulik, „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marek Mozgawa (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 568.

przedmiotem postępowania, miało miejsce w lipcu. Pandemia „pojawiła się” w marcu. Być może przez cały ten okres oskarżony przebywał w szpitalu. Być może nie miał możliwości śledzenia na bieżąco rozwoju wydarzeń, trudno jednak wyobrazić sobie, aby nie docierały do niego zasadnicze informacje na temat pandemii. Jej rozwój wpłynął istotnie na funkcjonowanie szpitali, pacjenci zauważyli z pewnością zmiany (choćby w postaci zakazu odwiedzin czy zachowywania szczególnej ostrożności przez personel medyczny – dezynfekcja, maseczki, stroje ochronne). Najprawdopodobniej przebywanie oskarżonego w szpitalu psychiatrycznym związane było z nadużywaniem przez niego substancji psychotropowych. Jego stan psychiczny w czasie czynu został uznany za odpowiadający poczytalności. Założenie, że oskarżony nie zdawał sobie sprawy z istnienia zagrożenia epidemiologicznego wydaje się mało prawdopodobne.

Trzeba też pamiętać, że oskarżony opuścił samowolnie szpital jednomienny-zakaźny objęty szczególnie restrykcyjnymi zasadami bezpieczeństwa, w którym przebywał w związku z zarażeniem koronawirusem. Trudno w tym kontekście nie odnieść się do ustaleń dowodowych poczynionych przez sąd. Nie dał on wiary zeznaniom pielęgniarki, która telefonowała do zbiegłego oskarżonego, próbując go nakłonić do powrotu. Miała ona poinformować oskarżonego o tym, że stanowi potencjalne zagrożenie, co jednak nie zostało odnotowane w dokumentacji medycznej. W świetle doświadczenia życiowego i zasad zdrowego rozsądku wydaje się prawdopodobne, że starając się przekonać oskarżonego do powrotu, sięgnęła po jak najmocniejsze argumenty, a zatem także ten, iż może on stanowić zagrożenie dla innych osób. Brakowi świadomości oskarżonego w kwestii istniejącej sytuacji zdaje się przeczyć również to, że nabył on i założył na twarz maseczkę.

W odniesieniu do rozważanego przez sąd typu czynu zabronionego z art. 165 k.k. można przeanalizować dwie sytuacje. Jeżeli sprawca miał świadomość odnośnie do tego, że może zarażać, należało ustalić, czy możliwość transmisji wirusa i stworzenie zagrożenia dla wielu osób była mu obojętna (zamiar ewentualny skutkujący przyjęciem kwalifikacji z art. 165 § 1 pkt 1 k.k.). Oskarżony przebywał w szpitalu zakaźnym, wysoce prawdopodobne jest więc, że zdawał sobie sprawę z tego, że jego kontakt z innymi osobami może być dla nich niebezpieczny, a w każdym razie przewidywał (mógł to uczynić), że tak właśnie jest. Przedłożył jednak własne egoistyczne potrzeby (zaspokojenie głodu narkotykowego) nad bezpieczeństwo innych, czyli konsekwencje własnego zachowania były mu obojętne. Na marginesie należy się zastanowić, czy człowiek, w przypadku którego stwierdzono uzależnienie i który odczuwa tak silny przymus zdobycia i zażycia narkotyku,

że ucieka ze szpitala, aby na pewno jest w stanie w pełni pokierować własnym postępowaniem. Natomiast, jeśli sprawca sądził, że dzięki zastosowanym przez siebie środkom ostrożności (dystans społeczny, maseczka) uniknie spowodowania niebezpieczeństwa dla innych osób, należało mu przypisać czyn z art. 165 § 2 k.k.). Podobnie w sytuacji, gdyby przyjął, iż nie miał świadomości własnego stanu. W istniejących okolicznościach należałoby wówczas przypisać mu nieświadomą nieumyślność.

Sąd rozpoznający sprawę zdawał się również zapomnieć o istnieniu w kodeksie karnym konstrukcji usiłowania. Pojawiały się w doktrynie prawa karnego wątpliwości co do możliwości przyjęcia usiłowania przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo konkretne^[7]. Obecnie jednak dopuszcza się ją^[8]. Jeżeli oskarżony w czasie czynu mógł zarażać, byłoby to usiłowanie zwykłe z art. 13 § 1 k.k. czynu z art. 165 § 1 k.k. W przypadku przypisania mu czynu nieumyślnego, zamiar (np. ewentualny), o którym mowa w przypadku usiłowania, mógłby dotyczyć naruszenia zasad ostrożności, jednak usiłowanie przestępstw nieumyślnych jako takie nie jest możliwe na gruncie art. 13 § 1 k.k.^[9]. Ponieważ biegli nie byli pewni, czy w czasie opuszczenia szpitala oskarżony mógł faktycznie zarażać, można rozważyć zaistnienie usiłowania nieudolnego. Jego przypisanie nie byłoby możliwe tylko w przypadku działania sprawcy w nieświadomej nieumyślności. W pozostałych przypadkach należałoby przyjąć, iż oskarżony zdawał sobie sprawę, przynajmniej na ogólnym poziomie, że jego kontakt z innymi osobami jest niewskazany, ponieważ może zarażać. Subiektywnie zatem realizował znamiona czynu. To, że w rzeczywistości mogło tak nie być (*in dubio pro reo*), sprawia, że nie realizował ich obiektywnie.

Trzeba by zastanowić się nad tym, czy byłoby usiłowanie nieudolne karalne czy bezkarne (ze względu na podmiot). Z pewnością oskarżony nie zdawał sobie sprawy z tego, że dokonanie czynu jest niemożliwe, powstaje jednak wątpliwość, czy ze względu na użycie środka nienadającego

⁷ Andrzej Wąsek „Formy popełnienia przestępstwa”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Oktawia Górniok, Stanisław Hoc, Michał Kalitowski, Stanisław Maria Przyjemski, Zofia Sienkiewicz, Jerzy Szumski, Leon Tyszkiewicz, Andrzej Wąsek (Gdańsk: Arche, 2005), 210; Jacek Giezek „Formy popełnienia przestępstwa”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, red. Jacek Giezek (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 123-124.

⁸ Zoll „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, 275-276.

⁹ Wąsek „Formy popełnienia przestępstwa”, 204; Zoll „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, 281.

się do popełnienia czynu zabronionego^[10]. Wydaje się, że nie jest wykluczone przyjęcie takiego rozwiązania. Za środek do popełnienia czynu zabronionego, polegającego na spowodowaniu zagrożenia epidemiologicznego wielu osób, należy uznać dysponowanie odpowiednio zaraźliwym wirusem i stworzenie możliwości jego rozprzestrzenienia. Swobodne przemieszczanie się osoby zarażonej spełnia ten warunek. W tej sytuacji mielibyśmy do czynienia z usiłowaniem nieudolnym karalnym. Gdyby uznać, że to podmiot nie nadaje się w tym przypadku do popełnienia czynu (bo nie jest zarażony), usiłowanie nieudolne pozostawałoby bezkarne.

Trudno rzetelnie ocenić praktykę sądową w okresie pandemii dotyczącej zachowań potencjalnie niebezpiecznych, a w każdym razie za takowe uznanych w świetle obowiązujących przepisów. Należy zauważyć, że kwestia ewentualnych wątpliwości co do tego, czy przepisy dotyczące konieczności noszenia maseczek zostały wprowadzone we właściwy sposób i w związku z tym obowiązują, nie powinna wpływać na możliwość oceny zachowania osoby, która bez takiej maseczki przebywała w miejscu, w którym owe przepisy nakazywały ją nosić. Przyjmując wersję, że przepisy te nie obowiązywały ze względu na ich niewłaściwe uchwalenie, należy uznać, iż noszenie maseczki stanowiło zalecenie. Ekspertki, zarówno w Polsce, jak i w innych państwach, nieustająco podkreślali znaczenie stosowania tego środka ochrony. Osoba, która tego nie robiła, musiała liczyć się z możliwością spowodowania zagrożenia dla innych. Tym bardziej, iż powszechnie znana była informacja, że choroba może przebiegać bezobjawowo, a zatem osoba, która nie zaobserwowała u siebie objawów, mogła mimom to zakażać. Taka osoba nie nosząc maseczki w miejscach, w których przebywały inne osoby, mogła zdawać sobie sprawę z tego, że może być zakażona i w związku z tym może zarazić innych i skoro nie skłoniło jej to do założenia maseczki, możliwość spowodowania takiego skutku była jej obojętna (zamiar ewentualny, kwalifikacja z art. 165 § 1 k.k.). Możliwa jest także sytuacja, że zdawała sobie sprawę z tego, że może być zakażona, ale ze względu np. na brak objawów sądziła, że tego uniknie (świadoma nieumyślność – art. 165 § 2 k.k.) albo że takiej możliwości w ogóle nie przewidywała, chociaż w świetle zachodzących wokół niej wydarzeń, obserwacji życia codziennego, wiadomości w mediach powinna i mogła ją przewidzieć (nieświadoma nieumyślność – art. 165 § 2 k.k.).

¹⁰ Marek Mozgawa, „Formy popełnienia przestępstwa- art. 13-17”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marek Mozgawa (Warszawa: Wolters Kluwer, 2021), 75.

Oczywiście nie można wykluczyć działania w zamiarze bezpośrednim, chociaż chodzić tu może o sytuację specyficzną. Po wprowadzeniu pewnych warunków uczestnictwa w życiu publicznym, m.in. szczepienie lub przechorowanie COVID-19, osoby, które nie chciały poddać się szczepieniu, świadomie, a nawet celowo szukały kontaktu z osobami chorymi, aby się zarazić i po przechorowaniu móc uczestniczyć w życiu publicznym. Ten, kto wiedząc, iż jest zarażony spotyka się z inną osobą lub osobami (w liczbie nie większej niż 9^[11]) po to, aby ją zarazić, realizuje znamiona przestępstwa z art. 161 § 2 k.k. Powstaje tu problem, ile czynów popełnia sprawca wówczas, gdy spotyka się z grupą osób (2-9), chcąc je zarazić. W zależności od przyjętej koncepcji czynu, można bronić poglądu, że jest to jeden czyn, ale mamy do czynienia z więcej niż jednym przedmiotem czynności wykonawczej (pokrzywdzonym), co powinno być uwzględnione przy wymiarze kary. Można przyjąć, że ze względu na indywidualny charakter zagrożonego dobra obowiązuje zasada: ilu pokrzywdzonych, tyle czynów. Ze względu na jedność czasu, miejsca i zamiaru, należałoby przyjąć pierwszy z zaprezentowanych poglądów^[12].

Natomiast, jeżeli tych osób jest co najmniej 10, a sprawca, który nie musi mieć pewności co do tego, że jest zarażony, wystarczy, iż to przypuszcza, chce je wszystkie zarazić, realizuje znamiona przestępstwa z art. 165 § 1 k.k. w zamiarze pośrednim.

W chwili, kiedy oddają tę głosę do druku, pandemia COVID-19 zmienia się w endemię. Niestety, jak ostrzegają naukowcy, podobne sytuacje mogą się zdarzyć w przyszłości. Orzecznictwo sądowe ma wpływ na kształtowanie świadomości społecznej. Stworzenie u obywateli przeświadczenia, że przepisy, także o charakterze karnym, pomagające ograniczyć rozprzestrzenianie się epidemii powinny być przestrzegane, można spostrzegać jako element działań mających na celu ograniczenie jej skutków.

¹¹ Kulik, „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”, 560; Grzegorz Bogdan „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 436; Dagmara Gruszecka, „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, red. Jacek Giezek (Warszawa: Wolters Kluwer, 2014), 266; Ryszard A. Stefański „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Ryszard A. Stefański (Warszawa: C.H. Beck, 2015), 963.

¹² Na temat kryteriów określania jedności- wielości czynów zob. Marek Kulik, *Przestępstwa współukarane w polskim prawie karnym* (Lublin: Wydawnictwo UMCS, 2021), 44-69.

Bibliografia

- Bogdan Grzegorz, „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll. 432-470. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Budyn-Kulik Magdalena, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marek Mozgawa. 515- 556, Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Budyn-Kulik Magdalena, *Umysłność w prawie karnym i psychologii teoria i praktyka sądowa* Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Gałązka Małgorzata, „Zasady odpowiedzialności karnej- art. 11-12”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grzeškowiak, Krzysztof Wiak. 142-156, Warszawa: C.H. Beck, 2018.
- Giezek Jacek, „Zasady odpowiedzialności karnej”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, red. Jacek Giezek. 15-114, Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.
- Giezek Jacek, „Formy popełnienia przestępstwa”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, red. Jacek Giezek. 115-196, Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.
- Giezek Jacek, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, red. Jacek Giezek. 153-260, Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Gruszecka Dagmara, „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, red. Jacek Giezek. 261-332. Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Kardas Piotr, „Zasady odpowiedzialności karnej- art. 12”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, cz.1, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll. 205-267. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Kokot Rajnhardt, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Ryszard A. Stefański. 811-955. Warszawa: C.H. Beck, 2015.
- Kulik Marek, *Przestępstwa współkarane w polskim prawie karnym*. Lublin: Wydawnictwo UMCS, 2021.
- Kulik Marek, „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marek Mozgawa. 557- 580. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Kulik Marek, „Zasady odpowiedzialności karnej – art. 12”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marek Mozgawa. 62-69. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Mozgawa Marek, „Formy popełnienia przestępstwa – art. 13-17”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marek Mozgawa. Warszawa: Wolters Kluwer, 2021.
- Stefański Ryszard A., „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Ryszard A. Stefański. 955-982. Warszawa: C.H. Beck, 2015.

- Wąsek Andrzej, „Formy popełnienia przestępstwa”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Oktawia Górniok, Stanisław Hoc, Michał Kalitowski, Stanisław Maria Przyjemski, Zofia Sienkiewicz, Jerzy Szumski, Leon Tyszkiewicz, Andrzej Wąsek. 200- 312. Gdańsk: Arche, 2005.
- Zoll Andrzej, „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll. 247- 431, Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.



Używaj karty na co dzień



Podróżuj bez prowizji za przewalutowanie

Jak wnioskować o kartę:




w placówkach



na infolinii **801 600 100**
(koszt wg taryfy operatora)

Karta oznacza zbliżeniową, debetową kartę płatniczą.

 **KASA STEFCZYKA**

Zawsze u siebie 

Ubezpieczenie mieszkaniowe



- **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!*