

Ius Novum

ISSN 1897-5577

4
—
2007

WYŻSZA
SSZKOŁA
HHANDLU
iPRAWA
im. Ryszarda Łazarzkiego
w WARSZAWIE

WARSZAWA 2007

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Marek Chmaj, Teresa Gardocka (przewodnicząca), Bogudar Kordasiewicz,
Maria Kruk-Jarosz, Franciszek Longchamps de Bérrier,
Andrzej Marek, Jerzy Menkes, Henryk Olszewski,
Jacek Sobczak (zastępca przewodniczącego)

REDAKCJA

Ryszard A. Stefański (redaktor naczelny),
Andrzej Szlęzak (zastępca redaktora naczelnego),
Jacek Kosonoga (sekretarz redakcji)

Copyright © by Wyższa Szkoła Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego w Warszawie
Warszawa 2007

ISSN 1897-5577

Oficyna Wydawnicza
Wyższej Szkoły Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel. 0-22 54 35 450, 0-22 54 35 410
www.lazarski.pl
wydawnictwo@lazarski.edu.pl



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:
Dom Wydawniczy ELIPSA
ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa
tel./fax 0-22 635 03 01, 0-22 635 17 85,
e-mail: elipsa@elipsa.pl, www.elipsa.pl



SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

Prof. dr hab. Jacek Sobczak, WSHiP Swoboda wypowiedzi w orzecznictwie Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Część II	5
Dr hab. Katarzyna Dudka, Katedra Postępowania Karnego, Instytut Prawa Karnego, UMCS w Lublinie Formy udziału organizacji społecznej w procesie karnym.	44
Dr Zbigniew Jędrzejewski, adiunkt UW Powstanie i rozwój trójelementowej definicji przestępstwa	54
Dr Jerzy Kowalski, WSHiP Klauzula państwa świeckiego w konstytucjach ZSRR i Federacji Rosyjskiej a państwo świeckie w europejskiej tradycji konstytucyjnej (Część I)	74
Mgr Janusz Cabaj, WSHiP Herberta L.A. Harta uwagi o moralności i sprawiedliwości (Część I)	97

GLOS Y

Dr hab. Ryszard A. Stefański, prof. WSHiP Glosa do wyroku SN z dnia 19 września 2007 r. – III KK 130/0*	119
---	-----

R E C E N Z J E

Michał Bartoszewicz, *Nadzór nad partiami politycznymi w polskim porządku konstytucyjnym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006, s. 230, rec. Jerzy Jaskiernia, Akademia Świętokrzyska w Kielcach 127

Z ŻYCIA UCZELNI

Mgr Ewelina Milan, WSHiP

Kalejdoskop wydarzeń 133

JACEK SOB CZAK



SWOBODA WYPOWIEDZI W ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA W STRASBURGU CZĘŚĆ II

1. Sankcje za przekroczenie swobody wypowiedzi

Trybunał w Strasburgu wypowiadający się jednoznacznie przeciwko stosowaniu wobec dziennikarzy sankcji karnych w przypadku zniesławienia i wskazujący, iż właściwą drogą szukania satysfakcji przez pokrzywdzonych powinna być droga procesu cywilnego, dopuszcza jednak możliwość odpowiedzialności karnej, a nawet wymierzenie kary pozbawienia wolności, jeżeli dziennikarska wypowiedź poważnie narusza inne podstawowe prawa, np. podburza do nienawiści bądź przemocy. Zdaniem Trybunału, w takiej sytuacji mamy do czynienia z zarzutem pewnego zachowania, a więc stwierdzenia o faktach. Gdy prasa bezpośrednio oskarża konkretne osoby ujawniając ich nazwiska i funkcje, jest zobowiązana – jak zauważa Trybunał – wskazać dostateczną podstawę faktyczną dla swoich twierdzeń, zwłaszcza wtedy gdy oskarżenia czynią opisywaną osobę odpowiedzialną na gruncie prawa karnego¹. Jakkolwiek w przywołanej sprawie (Cumpănă i Măzare przeciwko Rumunii, orzeczenie z 17 grudnia 2004 r.) Trybunał uznał, że wymierzone kara dodatkowa była surowa i nieproporcjonalna, to jednak wyraźnie i jednoznacznie stwierdził, że kara pozbawienia wolności za przestępstwo prasowe da się pogodzić ze swobodą wypowiedzi dziennikarzy zagwarantowaną w art. 10. „Klasyczne” zniesławienie w sprawie wywołującej publiczne zainteresowanie nie usprawiedliwia kary więzienia. Można się nią jednak posłużyć w razie poważnego naruszenia wypowiedzią dziennikarską innych podstawowych praw. Trybunał zauważył, że groźba wymierzenia kary pozbawienia wolności może powstrzymać dziennikarzy śledczych od informowania o sprawach publicznie ważnych. Dodał, że prewencyjne ograniczenia stosowane przez dzien-

¹ Zob. Cumpănă i Măzare przeciwko Rumunii, orzeczenie z 17 grudnia 2004 r., skarga nr 33348/96; M.A. Nowicki, *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999–2004*, Zakamycze 2005, s. 1122–1125; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału w Strasburgu*, wyd. III, Kraków 2006, s. 289–301.

nikarzy, np. w formie zakazu wykonywania zawodu, nie są wykluczone, ale wymagają najbardziej starannej krytyki i są usprawiedliwione jedynie wyjątkowo.

Zauważyć należy, że powyżej zrelacjonowane stanowisko jest stanowiskiem Wielkiej Izby. Natomiast w postępowaniu przed Izbą (sekcja I), od której orzeczenia zainteresowani dziennikarze się odwołali, wnosząc o ponowne rozpoznanie sprawy, uznano, że orzeczone kary nie były nieproporcjonalne w stosunku do celu, a miała być nim – ochrona praw innych osób, życia prywatnego, powagi wymiaru sprawiedliwości.

2. Standardy moralne a swoboda wypowiedzi

Istotną i ważną sprawą w orzecznictwie Trybunału okazuje się być sprawa standardów moralnych. Trybunał wielokrotnie podkreślał, że brak jest jednego wspólnego dla wszystkich państw Rady Europy, standardu moralności – uznając, że sądy krajowe w ocenie tej sfery są bardziej kompetentne od Trybunału. Rozpoznając skargę na wprowadzony przez Sąd Najwyższy Irlandii zakaz informowania kobiet ciężarnych o możliwości dokonania aborcji za granicą, Trybunał stwierdził, iż swoboda państwa w zakresie ochrony moralności nie jest nieograniczona i podlega kontroli. Władze krajowe korzystają z szerokiego marginesu swobody oceny w sferze moralności, szczególnie w sprawach dotyczących natury życia człowieka, mogą także wprowadzać ograniczenia. Ograniczenia te muszą pozostawać w rozsądnej proporcji do celu, który chce się przy ich pomocy osiągnąć. Zdaniem Trybunału, władze mogą podejmować takie działania, jakie uważają za konieczne dla zapewnienia rządów prawa i możliwości korzystania z praw konstytucyjnych. Muszą to jednak czynić w sposób zgodny z ich zobowiązaniami wynikającymi z Konwencji i pod kontrolą organów Konwencji².

3. Wolność sumienia i wyznania

Zdaniem Trybunału, swoboda myśli, sumienia i wyznania, chroniona w art. 9 Konwencji, jest jedną z podstaw demokratycznego społeczeństwa. Korzystający ze swobody wyznawania religii muszą tolerować i akceptować negowanie ich przekonań religijnych, a nawet propagowanie zasad wrogich ich wierze. Państwo może być odpowiedzialne za sposób, w jaki przekonania religijne, doktryny są sobie przeciwstawiane, może też uznać za konieczne podjęcie środków represjonujących niektóre formy zachowania łącznie z przekazywaniem informacji i idei,

² Zob. *Open Door i Dublin Well Women przeciwko Irlandii*; orzeczenie z 29 października 1992 r.; A. 246; M.A. Nowicki, *Kamienie milowe. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 1997, s. 358 i n.

jeśli uważa je za niezgodne z poszanowaniem swobody myśli, sumienia i wyznania innych. Opinie w społeczeństwie demokratycznym o stosunkach między państwem a religią mogą się w sposób uzasadniony znacznie różnić.

W Europie nie można doszukać się jednolitej koncepcji znaczenia religii w społeczeństwie. Znaczenie lub wpływ publicznego wyrażania wiary różni się w zależności od tradycji narodowych i warunków wymuszonych potrzebą ochrony praw i wolności innych ludzi oraz utrzymania porządku publicznego. Dotyczy to także regulacji dotyczących noszenia symboli religijnych w instytucjach edukacyjnych. Wybór stopnia i formy regulacji ze względu na jego uzależnienie od miejscowych warunków należy nieuchronnie – jak stwierdził Trybunał – zainteresowanemu państwu³.

Podkreślając, że w państwach europejskich nie ma jednakowego podejścia do ochrony praw osób narażonych na ataki z powodu ich przekonań religijnych, Trybunał zauważył, że pozwala to państwom Rady Europy na szerszą swobodę regulacji wolności wypowiedzi w obronie przed zamachami na przekonania w sferze moralności i religii. Regulacje te, będąc ingerencją w chronioną art. 10 wolność wypowiedzi, muszą odpowiadać pilnej potrzebie społecznej i mieć charakter proporcjonalny. Swoboda wypowiedzi pociąga za sobą obowiązki i odpowiedzialność, wśród których w odniesieniu do przekonań religijnych mieści się unikanie wypowiedzi obrażających bez powodu i będących w rezultacie zamachami na prawa innych osób. Trybunał podkreślił, że wypowiedzi takie nie przyczyniają się w żadnej formie do ważnej dla ludzi debaty publicznej⁴.

Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazał, że wolność myśli, sumienia i wyznania stanowi jedną z podstaw demokratycznego społeczeństwa w rozumieniu Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Jest ona także jedną z podstaw ochrony tożsamości wierzących i sposobów patrzenia przez nie na życie. Ma ona także duże znaczenie dla ateistów, agnostyków, sceptyków oraz osób religijnie obojętnych. Istnienie pluralizmu, drogo – jak stwierdził Trybunał – okupionego przez wieki, jest uzależnione od poszanowania wolności, o której mowa w art. 9 *Europejskiej Konwencji*. Wolność religijna należy do sfery świadomości jednostki, ale wynika z niej również m.in. wolność uzewnętrzniania swojego wyznania. Wolność ta może polegać na manifestowaniu swojej religii wspólnie z innymi, publicznie, w kręgu współwyznawców. Religia może być także przeżywana indywidualnie i w sposób intymny. Z wolności religii wynika również prawo do podejmowania prób przekonania do swojej wiary

³ Zob. Leyla Şahin przeciwko Turcji, orzeczenie Wielkiej Izby z 10 listopada 2005 r., skarga nr 44794/98, M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu – przegląd orzecznictwa (październik–grudzień 2005 r.)*, „Palestra” 2006, nr 3–4, s. 179; Kurtulmus przeciwko Turcji, decyzja Izby z 24 stycznia 2006 r., skarga nr 65500/01, M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu – przegląd orzecznictwa (styczeń–marzec 2006 r.)*, „Palestra” 2006, nr 5–6, s. 255.

⁴ Zob. Giniewski przeciwko Francji, orzeczenie z 31 stycznia 2006 r., skarga nr 64016/00, M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu – przegląd orzecznictwa (styczeń–marzec 2006 r.)*, „Palestra” 2006, nr 7–8, s. 241–242.

sąsiada i innych ludzi, np. przez nauczanie. Art. 9 ust. 1 Konwencji pozwala zachować niezależność w sferze duchowej. Wolność ta nie może podlegać żadnym ograniczeniom. Nie oznacza to jednak, że tak samo jest chronione uzewnętrznianie wyznania lub przekonań. W art. 9 ust. 2 Konwencji określono warunki, w jakich jest możliwa ingerencja państwa, ponieważ w społeczeństwie demokratycznym, w którym współżyją ludzie będący wyznawcami różnych religii, może się okazać konieczne wprowadzenie pewnych ograniczeń, aby pogodzić w ten sposób interesy różnych grup i zapewnić poszanowanie przekonań każdej osoby.

Wychodząc z tych założeń, Trybunał uznał, w sprawie Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii, dotyczącej decyzji o konfiskacie filmu atakującego religię chrześcijańską, a zwłaszcza Kościoł rzymskokatolicki, iż obowiązkiem władz w społeczeństwie demokratycznym jest ochrona, w granicach ich kompetencji, interesów społeczeństwa jako całości. Zdaniem Trybunału, państwo może uznać za konieczne podjęcie środków represjonujących niektóre formy zachowania łącznie z przekazywaniem informacji i idei. Trybunał podkreślił, że każda osoba korzystająca z praw i wolności zawartych w art. 10 Europejskiej Konwencji bierze na siebie „obowiązki i odpowiedzialność”. Do nich w sferze opinii i przekonań religijnych należy unikanie, w miarę możliwości, wyrażań, które niepotrzebnie obrażają innych, naruszając ich prawa.

We wspomnianym orzeczeniu zauważono także, iż w niektórych społeczeństwach demokratycznych jest konieczne karanie lub nawet zapobieganie niestosownym atakom na przedmioty czci religijnej, zawsze jednak z zastrzeżeniem, że zastosowane środki będą proporcjonalne do uprawnionego celu. Trybunał podkreślił, że w Europie nie da się odnaleźć jednolitego poglądu na społeczne znaczenie religii. Zauważył, że nawet w jednym kraju mogą występować różne podejścia do tego problemu. W tej sytuacji nie da się stworzyć jednej, satysfakcjonującej definicji, która określiłaby, co stanowi dopuszczalną ingerencję w wolność słowa, gdy wypowiedzi są skierowane przeciwko poglądom religijnym, podzielanym przez inne osoby. W takich sprawach kompetentne są przede wszystkim władze krajowe, dysponujące marginesem swobody ocen, przy czym oceny te podlegają kontroli Trybunału z punktu widzenia zasad Konwencji. W złożonych zdaniach odrębnych trzech sędziowie Trybunału wskazali, że rozwiązując konflikt dwóch wolności chronionych przez Konwencję, a mianowicie wolności wypowiedzi i wolności sumienia i wyznania, należało odnieść się do dwóch zasad, a mianowicie tych, że z mocy art. 10 Konwencji ochronie podlegają wypowiedzi szokujące i obraźliwe, przy czym możliwość ingerencji w wolność słowa musi być wąsko interpretowana oraz zasady, że Konwencja nie daje ludziom wierzącym prawa domagania się, aby inni nie atakowali ich przekonań religijnych. Taki atak jest możliwy, byle nie przybierał gwałtownych lub ponizających form. Zauważono, że swoboda przekonań obejmuje również możliwość wyrażania krytycznych opinii o poglądach religijnych innych osób. Składający zdanie odrębne stwierdzili, że konieczność ingerencji władz w przekaz jego konfiskatę musi być przekonująco

uzasadniona. Istnieje bowiem niebezpieczeństwo, że takie ograniczenie będzie stosowane do ochrony silnej grupy, szkodząc tolerancji⁵. Warto dodać, iż teza, że w niektórych społeczeństwach demokratycznych może się okazać dopuszczalne karanie lub zapobieganie niestosownym atakom na przedmioty czci religijnej, zawsze jednak z zastrzeżeniem proporcjonalności środków, została po raz pierwszy sformułowana w decyzji o odrzuceniu – z powodu niewyczerpania drogi krajowej – skargi w sprawie *Dubowska i Skup przeciwko Polsce* (okładka „Wprost” z Matką Boską Częstochowską i Dzieciątkiem w maskach gazowych).

Podobne do stanowiska wyrażonego w wyroku z 20 września 1994 r. w sprawie *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii* zajął Europejski Trybunał w orzeczeniu z 25 listopada 1996 r. (*Wingrove przeciwko Wielkiej Brytanii*)⁶, które dotyczyło odmowy wydania przez Brytyjską Radę ds. Klasyfikacji certyfikatu klasyfikacyjnego, pozwalającego na legalną dystrybucję filmu „Wizje ekstazy”, zainspirowanego, według reżysera, życiem i twórczością św. Teresy z Avilla. Uznając, że odmową wydania certyfikatu nie pogwałcono art. 10 Konwencji, Trybunał stwierdził, że w przypadku ograniczeń dotyczących wypowiedzi politycznych margines swobody ocen pozostawiony krajom członkowskim jest bardzo wąski, natomiast szerszy dotyczy spraw wiążących się z ochroną moralności oraz przekonań religijnych. Dzieje się tak, ponieważ wobec braku europejskiego standardu i zmienności ocen, jakie współcześnie istnieją, władze krajowe są w lepszej sytuacji, aby stwierdzić, czy ingerencja jest potrzebna i jaką formę powinna przyjąć. Ostateczna opinia o zgodności ograniczeń z Europejską Konwencją należy jednak do Trybunału z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W zdaniu odrębnym zgłoszonym do tego orzeczenia sędzia J. de Meyere stwierdził, że w przedmiotowej sprawie doszło do zastosowania ze strony władz państwa prewencyjnej cenzury wypowiedzi, co jest niedopuszczalne w demokratycznym społeczeństwie. Jego zdaniem, film powinien znaleźć się na rynku, a dopiero potem byłoby możliwe ściganie twórców z racji ewentualnego naruszenia prawa. Inny sędzia, V. Löhmus, zauważył, iż decyzja o odmowie udzielenia certyfikatu została podjęta, mimo że nie domagały się tego osoby, które mogły się poczuć obrażone w swoich uczuciach religijnych. W końcu sędzia Louis-Edmond Pettiti podkreślił, iż art. 10 ust. 2 Europejskiej Konwencji daje podstawy do „wydobycia z niego obowiązku” nieobrażania innych ludzi przez prymitywne atakowanie poglądów, do których są przywiązani.

Rozpoznając sprawę *Müslüm Gündüz*, lidera jednego z religijnych odłamów islamu (skazanego przez sąd turecki za to, że jako podczas czterogodzinnego

⁵ Zob. *Kokkinakis przeciwko Grecji*; orzeczenie z 25 maja 1993 r.; A. 260-A; *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii* orzeczenie z 20 września 1994 r.; A. 295; M.A. Nowicki, *Kamienie...*, op. cit., s. 269 i n.; *Europejski Trybunał*, t. 2, s. 918, 925–935, 940–941, 955, 1056–1063; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 453–471.

⁶ Zob. *Wingrove przeciwko Wielkiej Brytanii*, orzeczenie z 25 listopada 1996 r., RJD 1996-VI; zob. *Europejski Trybunał Praw Człowieka*, t. 2, s. 1112–1118.

programu telewizyjnego „na żywo” ironicznie wyrażał się o współczesnych instytucjach świeckich, gwałtownie krytykował zasady świeckości i demokracji oraz otwarcie nawoływał do wprowadzenia szariatu), Trybunał stwierdził, że konkretne wypowiedzi, będące sianiem nienawiści, mogące obrażać jednostki lub grupy, propagujące nietolerancję religijną, nie korzystają z ochrony art. 10 Konwencji. Jednak w opinii Trybunału sama tylko obrona szariatu, bez odwoływania się do przemocy dla jego wprowadzenia nie mogła być jednak uznana za sianie nienawiści. Trybunał podkreślił, że swoboda wypowiedzi jest jedną z podstaw społeczeństwa demokratycznego. Z korzystaniem z tej swobody wiążą się obowiązki i odpowiedzialność. Można do nich zaliczyć – w związku z opiniami i przekonaniami religijnymi – obowiązek unikania w miarę możliwości wypowiedzi niepotrzebnie obrażające innych i ich prawa. Nie wzbogacają one debaty publicznej i nie prowadzą do postępu rodzaju ludzkiego. Państwa mają zwykle pewien margines swobody w regulowaniu wolności wypowiedzi w razie obrazy osobistych przekonań w sferze moralności, zwłaszcza religii. Tolerancja i poszanowanie godności ludzkiej jest – jak stwierdził Trybunał – podstawą społeczeństwa demokratycznego i pluralistycznego. Wynika z tego, że w zasadzie w społeczeństwach takich można uznać za konieczną zgodę na wysiłki mające zapobiegać wszelkim wypowiedziom propagującym, podżegającym, promującym lub usprawiedliwiającym nienawiść opartą na nietolerancji, także religijnej. Trybunał podkreślił, że konieczne jest jednak, aby reakcje prawne niedopuszczające do siania nienawiści były proporcjonalne do celu, który zamierzają osiągnąć. Niejako w uzupełnieniu tych stwierdzeń, Trybunał zauważył, że szariat różni się wyraźnie od wartości preferowanych w konwencji, zwłaszcza na płaszczyźnie prawa karnego, procedury karnej, miejsca kobiet w porządku prawnym itd. Uznając, że skazanie Gündüza naruszało art. 10 *Konwencji*, Trybunał zaakcentował, że równowaga interesów związanych ze swobodą wypowiedzi i ochroną praw innych osób wymaga uwzględnienia faktu, że osoba z niej korzystająca uczestniczy aktywnie w dyskusji publicznej „na żywo”. Dodał ponadto, że poglądy Gündüza były publicznie znane i dyskutowane, a w programie zrównoważone udziałem innych uczestników w pluralistycznej debacie⁷.

4. Swoboda różnych ekspresji

Europejski Trybunał wielokrotnie podkreślił, że ochroną swobody wypowiedzi, wynikającą z art. 10 Konwencji, są objęte wszystkie rodzaje ekspresji wyrażające opinie, idee lub informacje niezależnie od ich treści oraz sposobu komunikowania. Tak więc ochrona ta obejmuje także przekazy o charakterze arty-

⁷ Zob. Müslüm Gündüz przeciwko Turcji, orzeczenie z 4 grudnia 2003 r., skarga nr 35071/97; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1102–1107.

stycznym, informacje handlowe, muzykę rozrywkową, a nawet reklamy nadawane w sieciach kablowych.

Rozpoznając skargę na sądy szwajcarskie, które orzekły konfiskatę obrazów eksponowanych i malowanych jednocześnie podczas wystawy w jednym z miast szwajcarskich, Europejski Trybunał stwierdził, że sądy szwajcarskie, dokonując konfiskaty, nie naruszyły art. 10 Konwencji, ale jednocześnie stwierdził bardzo stanowczo, iż osoby, które tworzą, odtwarzają lub rozpowszechniają, lub wystawiają prace artystyczne, uczestniczą w wymianie idei i opinii mającej podstawowe znaczenie w demokratycznym społeczeństwie i z tego względu państwo nie może bez potrzeby wkraczać w swobodę ich wypowiedzi. Podkreślono, że art. 10 Konwencji nie różnicuje form wypowiedzi i obejmuje swobodę wypowiedzi artystycznych, zwłaszcza jako fragmentu wolności, otrzymywania i przekazywania idei. Zaznaczono jednak, że artyści oraz osoby, które promują ich prace, z pewnością nie są zwolnione z możliwości zastosowania wobec nich ograniczeń wynikających z art. 10 ust. 2 Konwencji, każda bowiem osoba, która korzysta ze swobody wypowiedzi, bierze na siebie, zgodnie z wyraźnym brzmieniem tego ustępu, obowiązki i odpowiedzialność. Zakres ich jest uzależniony od sytuacji i użytych środków⁸.

Zdaniem Trybunału, w pewnych okolicznościach zakaz reklamy politycznej jest zgodny z wymaganiami art. 10 Konwencji. Muszą jednak przemawiać za nim odpowiednie i wystarczające racje. Trybunał poszukiwał odpowiedzi na pytanie, kiedy reklama ma charakter polityczny, wskazując że skoro, opierając się na kryterium „polityczności”, można by odmówić jej zamieszczenia na podstawie przepisów prawa krajowego, to jasne być musi jak należy ten termin rozumieć. W ocenie władz Szwajcarii, które zgodziły się z racjami radia i telewizji co do tego, iż możliwa jest odmowa reklamy wzywającej do ograniczenia spożycia mięsa i wyrażającej troskę o ochronę zwierząt, reklamą polityczną jest właśnie taka reklama. Trybunał zgodził się ze stanowiskiem, że wspomniana reklama miała charakter reklamy politycznej, stwierdził jednak, że od zasady swobody wypowiedzi mogą być wyjątki. Muszą być one jednak ściślej sformułowane, zwłaszcza w sytuacji gdy takowe wypowiedzi mają charakter bardziej polityczny niż handlowy. Zdaniem Trybunału, władze krajowe nie wyjaśniły, dlaczego uznały odmowę nadania wspomnianej reklamy za dopuszczalną. Silne grupy finansowe mogą czerpać konkurencyjne korzyści z reklamy handlowej i w ten sposób wywierać presję na stacje handlowe i telewizyjne nadające reklamy, powściągając swobodę ich oddziaływania. Ogranicza to – jak zauważył Trybunał – fundamentalną rolę swobody wypowiedzi w demokratycznym społeczeństwie, zwłaszcza w przypadku informacji i idei wzbudzających ogólne zainteresowanie, do których otrzymywania społeczeństwo jest uprawnione. Obowiązek ten można spełnić tylko

⁸ Zob. Müller i inni przeciwko Szwajcarii, orzeczenie z 24 maja 1988 r., A. 133; *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 994–999.

z zachowaniem pluralizmu, którego państwo jest głównym gwarantem. Istnienie jego „odnosi się szczególnie do mediów audiowizualnych, których programy są często szeroko emitowane”⁹.

Rozpoznając skargę wydawcy biuletynów, adresowanych do wyspecjalizowanych sektorów handlu z wiadomościami o sytuacji na rynku i o praktykach wielkich firm, na wyrok niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, zakazującego powstrzymania się od publikowania w biuletynach tekstów przestrzegających przed kontaktami z jednym z przedsiębiorstw, Europejski Trybunał – stosunkiem głosów 10 do 10 przy rozstrzygającym głosie prezesa Trybunału – stwierdził wprawdzie, że wyrok Federalnego Trybunału Sprawiedliwości nie naruszył art. 10 Konwencji, to jednak informacje o charakterze handlowym nie mogą pozostać poza granicami art. 10 Konwencji, gdyż gwarancje zawarte w treści tego artykułu nie mają zastosowania tylko do niektórych rodzajów informacji, idei lub form wypowiedzi. Zdaniem Europejskiego Trybunału, margines swobody państw ma istotne znaczenie w sprawach handlowych, zwłaszcza w sferze tak skomplikowanej i zmiennej jak nieuczciwa konkurencja. Gdyby było inaczej, Trybunał musiałby – jak stwierdzono – ponownie badać fakty i wszelkie okoliczności każdej sprawy zamiast ograniczać kontakty do ustalenia, czy podjęte środki można uznać za zasadniczo usprawiedliwione. Podkreślono, że nawet publikacja materiałów zgodnych z prawdą i opisujących rzeczywiste zdarzenia może być w pewnych okolicznościach zakazana. Przykładem jest obowiązek poszanowania prywatności innych osób lub poufności określonych informacji handlowych. Poza tym zdarza się, jak wywiódł Trybunał, że prawdziwa wypowiedź zmienia zabarwienie przez dodatkowe uwagi, oceny, domniemania i insynuacje. Izolowany incydent może wymagać ściślejszego zbadania przed podaniem do publicznej wiadomości. Zgodny z prawdą opis jednego zdarzenia może wywołać przekonanie, iż jest przykładem powszechnej praktyki¹⁰. W zdaniu odrębnym 7 sędziów Europejskiego Trybunału podkreśliło, że ochrona określonego interesu ekonomicznego lub każdego innego nie może pozbawić korzystania ze swobody wypowiedzi. W celu zapewnienia otwartości działalności gospodarczej należy umożliwić swobodne przekazywanie informacji i idei o produktach i usługach oferowanych konsumentom. Stwierdzili także, że skarżący realizowali w całości normalny sposób podstawowe prawo do swobody wypowiedzi. Jeszcze dalej szedł w swoim zdaniu odrębnym sędzia Pettiti, który stwierdził, iż tylko wyjątkowo można zaakceptować cenzurę lub zakaz publikacji, zwłaszcza w sprawach reklamy handlowej lub problemów polityki gospodarczej, w odniesieniu do których państwo nie może powoływać się na ochronę interesu ogólnego, jeśli w grę wchodzi interesy konsumentów. Podkreślił także, że ochrona interesów użytkowników i konsumenten-

⁹ Zob. VGT (Verein gegen Tierfabriken) przeciwko Szwajcarii, orzeczenie z 28 czerwca 2001 r., skarga nr 24699/94; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1047–1052.

¹⁰ Zob. Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom, orzeczenie z 20 listopada 1989 r., A. 165; *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1003–1010.

tów przed wykorzystywaniem przez potentatów ich dominującej pozycji na rynku jest uzależniona od swobody publikacji nawet najostrzejszej krytyki produktów. Swoboda ta musi być niemal całkowita (z wyjątkiem przestępstw lub w razie sprawy o nieuczciwą konkurencję). Ograniczenie swobody wypowiedzi na rzecz marginesu swobody państwa, który to margines przeważa nad obroną podstawowych praw, nie jest zgodne – jak powiedział sędzia Pettiti – ani z orzecznictwem Trybunału, ani z jego misją.

Wolność wypowiedzi, chroniona treścią art. 10 Konwencji, odnosi się – jak wskazał Europejski Trybunał – także do reklam, które z natury rzeczy są jednym ze sposobów uzyskiwania informacji o oferowanych na rynku towarach bądź usługach. Jakkolwiek w tym zakresie istnieje wolność ekspresji, to jednak w pewnych sytuacjach jest możliwe jej ograniczenie z uwagi na konieczność przeciwdziałania nieuczciwej konkurencji bądź ze względu na podawanie nieprawdziwych wiadomości. Wolność wypowiedzi reklamowej może zostać także ograniczona z racji potrzeby zapewnienia poszanowania praw innych osób lub ze względu na szczególnie charakter jakiejś działalności lub zawodu¹¹.

Europejski Trybunał zwrócił uwagę, iż wypowiedzi o charakterze handlowym mieszczą się w granicach ochrony wynikającej z art. 10 Konwencji „stopień tej ochrony musi być jednak niższy niż w wypadku szeroko rozumianych wypowiedzi politycznych ściśle związanych z wartościami leżącymi u podstaw pojęcia swoboda wypowiedzi”. Podkreślano przy tej okazji, iż margines swobody państwa przy ocenie, czy istniała pilna potrzeba społeczna wydania zakazu publicznych wypowiedzi określonej treści, jest szczególnie ważny w sprawach handlowych, zwłaszcza w odniesieniu do nieuczciwej konkurencji. Jego zakres musi być jednak ograniczony, gdy w grę wchodzi nie czysto handlowa wypowiedź danej osoby, ale jej udział w publicznej dyskusji mającej wpływ na interes ogólny, na przykład dotyczący zdrowia publicznego¹².

Rozpoznając sprawę dotyczącą opublikowania reklamy porównującej wysokość miesięcznej subskrypcji dwóch gazet regionalnych Trybunał uznał, że zakaz takiej reklamy jest bezpodstawny i w istocie przyznaje pierwszeństwo ochronie dobrego imienia jednego z konkurentów. Trybunał zauważył, że reklama służy społeczeństwu, które za jej pośrednictwem poznaje oferowane usługi i produkty. Mimo to czasami może być ograniczana, zwłaszcza w celu zapobiegania nieuczciwej konkurencji oraz nieprawdziwej lub wprowadzającej w błąd reklamie. W pewnych okolicznościach publikacja nawet obiektywnego, prawdziwego ogłoszenia może być ograniczona w celu zapewnienia poszanowania praw innych lub

¹¹ Zob. Casado Coca przeciwko Hiszpanii, orzeczenie z 24 lutego 1994 r., A. 285; *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1049–1051.

¹² Zob. Hertel przeciwko Szwajcarii, orzeczenie z 25 sierpnia 1998 r., RJD 1998-VI§47; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 506–517; zob. także, Church of Scientology przeciwko Szwecji, orzeczenie z 5 maja 1979 r., skarga nr 7805/77DR 16/68; M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1999, wyd. 2, s. 419.

ze względu na szczególne uwarunkowania danych sfer prowadzenia działalności gospodarczej lub wykonywania danych zawodów. Każde takie ograniczenie jednakże musi być dokładnie zbadane przez Trybunał, który musi zważyć wymogi stawiane przez te konkretne wskazania względem przedmiotowej reklamy. W tym celu Trybunał musi ocenić zaskarżoną karę w świetle wszystkich okoliczności sprawy. Państwa strony Konwencji dysponują pewnym marginesem uznania, dokonując oceny niezbędności ingerencji (art. 10 Konwencji), lecz margines ten jest przedmiotem kontroli europejskiej w odniesieniu zarówno do odpowiednich zasad, jak i decyzji je stosujących. Taki margines uznania jest szczególnie istotny w złożonej i zmiennej sferze walki z nieuczciwą konkurencją. Powyższe ma zastosowanie także do reklamy. Zadanie Trybunału było w tej sytuacji ograniczone do oceny, czy środki przyjęte na szczeblu krajowym są co do zasady uzasadnione i proporcjonalne. Zastosowany środek w postaci zakazu reklamy ma – jak stwierdził Trybunał – daleko idące konsekwencje w odniesieniu do przyszłego reklamowania się skarżącej firmy związanego z porównywaniem cen. Według Trybunału, musiałaby ona dostarczać także informacji na temat sposobu, w jaki reporterski styl takiej reklamy różni się od przedstawiania spraw polityki zagranicznej i wewnętrznej, ekonomii, kultury, nauki, zdrowia, ochrony środowiska i prawa. Zakaz taki Trybunał uznał za zbyt daleko idący, naruszający samą istotę reklamy porównawczej. Co więcej, zastosowanie się do zakazu w praktyce – choć ogólnie rzecz biorąc nie niemożliwe – wydaje się wysoce utrudnione dla skarżącej firmy¹³.

Opowiadając się za objęciem ochroną każdego sposobu komunikowania oraz wszelkich przekazów niezależnie od formy, Europejski Trybunał stwierdził, że zarówno przekaz radiowy drogą powietrzną, jak i retransmisja techniką kablową są objęte prawem zapisanym w dwóch pierwszych zdaniach art. 10 ust. 1 Konwencji bez żadnej potrzeby ich różnicowania ze względu na zawartość programów. Dodano, że zezwala się państwom na kontrolę w drodze systemu licencji, sposobu organizowania nadawania na ich terytorium, zwłaszcza jego aspekty techniczne. Zauważono jednak, że nie oznacza to, iż licencje nie muszą odpowiadać wymaganiom wynikającym z art. 10 ust. 2 Konwencji, akcentując, iż gdyby było inaczej, to prowadziłyby to do rezultatów sprzecznych z przedmiotem art. 10 jako całości. Niezależnie od powyższych stwierdzeń Europejski Trybunał uznał jednak, że państwo ma prawo wprowadzenia zakazu retransmisji, w sytuacji gdy stacja nadająca za granicą i retransmitująca swoje programy na obszar konkretnego państwa czyni to w celu obejścia i uchylecia się od jego skutków¹⁴.

Problemu przekazu niekodowanych programów telewizyjnych, odbieranych za pomocą domowej talerzowej anteny satelitarnej, dotyczyło kolejne orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który stwierdził przy tej okazji, że

¹³ Zob. Krone Verlag GmbH & Co KG przeciwko Austrii (nr 3), orzeczenie z 11 grudnia 2003 r., skarga nr 39069/97, LEX nr 100270.

¹⁴ Zob. Groppera Radio i inni przeciwko Szwajcarii, orzeczenie z 28 marca 1990 r., A. 173; *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1010–1016.

art. 10 Konwencji odnosi się do każdej osoby fizycznej i prawnej. Ma zastosowanie również do osób prawnych działających dla zysku. Odnosi się nie tylko do treści informacji, ale również do środków ich przekazywania lub odbioru. Wszelkie nałożone na nie ograniczenia są ingerencją w prawo do otrzymywania i przekazywania informacji¹⁵.

Europejski Trybunał wyraźnie podkreślił, że państwa mogą regulować za pomocą licencji organizację sieci radiowej na swoim terytorium, zwłaszcza aspekty techniczne. Zauważył także, że jeżeli państwo jest uprawnione do wprowadzenia przepisów wymagających od przedsiębiorstw nadawczych zezwolenia, musi mieć również możliwość regulacji zapewniających zgodność tych działań z zezwoleniem, w szczególności zapobiegających obchodzeniu warunków określonych w zezwoleniu. W sytuacji gdy państwo może wymagać, aby nadawca posiadał zezwolenie na prowadzenie stacji radiowej bądź telewizyjnej, jest ono oczywiście także uprawnione do ścigania tych, którzy nadają bez zezwolenia. Odmowa wydania zezwolenia na nadawanie nie jest przy tym sprzeczna z treścią art. 10 Konwencji, jeśli wynika z ograniczeń dotyczących dostępnych częstotliwości oraz ogólnej sytuacji politycznej w państwie. Bezsporne jest natomiast, iż prawo do nadawania zasadza się na wolnej od ingerencji odbioru przekazu radiowego bądź telewizyjnego¹⁶.

Udzielenie licencji na nadawanie może być uwarunkowane, jak wskazał Europejski Trybunał, oprócz aspektów technicznych także innymi względami, takimi jak: istota i cele stacji, potencjalny krąg słuchaczy w kraju, regionie i w skali lokalnej, prawa i potrzeby specyficznych grup słuchaczy oraz zobowiązania wynikające z umów międzynarodowych. W praktyce może to oznaczać dopuszczalność ingerencji, której cel nie jest wymieniony – jako uprawniony – na podstawie art. 10 ust. 2 Konwencji. Podkreślono przy tym, iż swoboda wypowiedzi odgrywa szczególną rolę, zwłaszcza gdy wykorzystuje się ją do rozpowszechniania w interesie ogółu informacji i idei, do których odbioru społeczeństwo jest uprawnione¹⁷.

Przy okazji należy zauważyć, że w rozumieniu Europejskiego Trybunału ochrona wynikająca z art. 10 Konwencji rozciąga się nie tylko na wszelkie rodzaje wypowiedzi (ekspresji), ale także zachowania. Za chroniony dyspozycją art. 10 Konwencji uznał Trybunał protest przeciwko polowaniu na głuszka lub rozbudowie autostrady, nawet gdy przybrał on formę fizycznego przeszkadzania¹⁸.

¹⁵ Zob. *Autronic AG przeciwko Szwajcarii*, orzeczenie z 22 maja 1990 r., A. 178; *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1017–1020.

¹⁶ Zob. *Radio X.S., W&A przeciwko Szwajcarii*, decyzja z 17 maja 1984 r., skarga w 10799/84, DR 37/236; *X przeciwko Wielkiej Brytanii*, decyzja z 4 grudnia 1978 r., skarga nr 8266/78, DR 16/190; *Verein Alternatives Lokalradio Bern i inni przeciwko Szwajcarii*, decyzja z 16 października 1986 r., skarga nr 10746/84, DR 49/126; cyt. za M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 420.

¹⁷ Zob. *Informationsverein Lentia i inni przeciwko Austrii*, orzeczenie z 24 listopada 1993 r., A. 276; M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 421–422.

¹⁸ Zob. *Steel i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, orzeczenie z 23 września 1998 r., RJD1998-VII; *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1182–1188.

Zdaniem Europejskiego Trybunału, wolność słowa jest atrybutem każdej osoby fizycznej bądź prawnej także stowarzyszeń i podmiotów świadczących usługi. Reklama, jak zauważył Europejski Trybunał, jest dla obywateli sposobem uzyskiwania informacji o oferowanych usługach i dobrach. W pewnych sytuacjach można ją jednak ograniczać, aby przeciwdziałać nieuczciwej konkurencji lub podawaniu nieprawdziwych wiadomości. W pewnych okolicznościach nawet obiektywnie prawdziwe reklamy mogą zostać zabronione, jeśli ma to zapewnić poszanowanie jakiegś działania lub zawodu. Rozpoznając skargę hiszpańskiego adwokata na oddalenie przez Sąd Najwyższy jego odwołania od decyzji Naczelnej Rady Adwokackiej, utrzymujące w mocy karę wymierzoną przez Radę Adwokacką za zamieszczenie reklamy, Europejski Trybunał stwierdził, że adwokatura zajmuje szczególnie ważne jako organ wymiaru sprawiedliwości pełniący rolę pośrednika między społeczeństwem i sądami, co usprawiedliwia ograniczenia adwokatów i kontrolę sprawowaną przez rady adwokackie. Zasady wykonywania zawodu adwokackiego – dodał Europejski Trybunał – szczególnie w zakresie możliwości reklamowania się, są – zgodnie z miejscową tradycją – w każdym kraju inne, jednak w ostatnich latach jest widoczna tendencja do łagodzenia restrykcji pod wpływem przemian społecznych i rosnącej roli środków przekazu¹⁹.

5. Swoboda wypowiedzi a wymogi co do pracy dziennikarskiej

W licznych orzeczeniach Europejski Trybunał zajął się dość szczegółowo kwestiami dotyczącymi warsztatu dziennikarskiego. Rozpoznając skargę dziennikarza i wydawcy na wyrok sądu austriackiego skazującego ich za zniesławienie sędziów, Trybunał uznał wprawdzie, iż zaskarżone orzeczenie nie naruszało art. 10 Konwencji, lecz przy okazji stwierdził, że prasa jest jednym ze środków, za pomocą których politycy i opinia publiczna mogą kontrolować, czy sędziowie spełniają swoją funkcję zgodnie z celami powierzonego im zadania. Przypomniano, iż swoboda wypowiedzi nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie lub obojętnie, lecz odnosi się w równym stopniu do takich, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub w części społeczeństwa. Podkreślono także, że swoboda dziennikarska obejmuje także możliwość posługiwania się pewną przesadą lub nawet prowokacją”. Na to ostatnie stwierdzenie zwykle powołuje się publicystyka, zapominając o kontekście sprawy, wrywając to zdanie z szerszego kontekstu i nie informując, iż w końcowym rozrachunku dziennikarz i wydawca „przeegrali” sprawę przed Trybunałem, który uznał, że ingerencja organów państwa była usprawiedliwiona, proporcjonalna do uprawnionego, realizowanego celu i „konieczna w demokratycznym

¹⁹ Zob. Casado Coca przeciwko Hiszpanii, orzeczenie z 24 lutego 1994 r., A. 285; *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1049–1051.

społeczeństwie”. Europejski Trybunał zauważył przy tej okazji, że dziennikarze winni brać pod uwagę szczególną rolę sądownictwa w społeczeństwie, szczególnie zaś to, że jako gwarant sprawiedliwości, podstawowej wartości w państwie prawa, musi cieszyć się publicznym zaufaniem, jeśli ma pomyślnie wykonywać swoje zadania. Może być więc konieczna ochrona tego zaufania przeciw niszczącym, bezpodstawnym atakom, zwłaszcza gdy krytykowani sędziowie mieli obowiązek dyskrecji, co nie pozwalało im na replikę²⁰. Wspomniane orzeczenie nie zapadło jednogłośnie, a większością pięciu do czterech głosów. Trzech sędziów uznało, że sąd austriacki nie wziął pod uwagę kontekstu artykułu, skupiając się na wybranych fragmentach, podkreślając, że niewłaściwie oceniono stopień staranności dziennikarskiej i zamiar; w rezultacie skazanie dziennikarza było poważną ingerencją w prawo do swobody wypowiedzi. Czwarty z przegłosowanych sędziów stwierdził w zdaniu odrębnym, że badanie przez dziennikarzy sposobu działania systemu sądownictwa jest nieodzowne do zapewnienia kontroli sposobu ochrony praw jednostki w demokratycznym państwie. Kontrola ta jest rozszerzeniem zasady publicznego postępowania, będącego istotną częścią rzetelnego procesu sądowego. Sędziowie, wyposażeni w immunitet i – w większości państw członków Konwencji – chronieni przed odpowiedzialnością cywilną, muszą w zamian zaakceptować nieograniczoną krytykę, ale taką, która jest podejmowana w dobrej wierze. Muszą – jego zdaniem – być chronieni przed zniesławieniem, ale jeśli chcą wszcząć postępowanie przeciw sprawcy ataku, powinni raczej wybrać drogę cywilną niż proces karny.

Orzekając w sprawie *Jersild przeciwko Danii* (orzeczenie z 23 września 1994 r.), Europejski Trybunał uznał, że dziennikarstwo informacyjne oparte na wywiadach, poddane obróbce redakcyjnej – lub też nie – stanowi jeden z najważniejszych środków umożliwiających prasie odgrywanie roli publicznego obserwatora. Karanie dziennikarza za rozpowszechnianie wypowiedzi osoby udzielającej wywiadu utrudniłoby – według Trybunału – w znaczny sposób udział prasy w dyskusji o sprawach publicznych. Usprawiedliwiać je mogą jedynie szczególnie ważne względy. Zauważono przy tym, że ani Trybunał, ani sądy krajowe nie mogą zastępować środków przekazu w decyzjach, jakiego rodzaju technikę dziennikarską należy zastosować, jednak art. 10 Konwencji chroni nie tylko treść idei i informacji, ale – co szczególnie ważne – formy, w jakiej jest ona przekazywana. Podkreślono także, że przy rozważaniu obowiązków i odpowiedzialności dziennikarza ważną rolę odgrywa potencjalny wpływ danego środka przekazu, podnosząc, iż powszechnie przyjmuje się, że „media audiowizualne” mają często znacznie głębszą siłę oddziaływania niż prasa drukowana, gdyż posiadają środki do przenoszenia znaczeń za pomocą obrazów, których prasa drukowana nie jest w stanie przekazać. Jednocześnie skonstatowano, że metody obiektywnego i zrównoważonego dzien-

²⁰ Zob. *Prager i Oberschlick przeciwko Austrii*, orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., A. 313; *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1077–1082.

nikarstwa mogą się bardzo różnić w zależności od wchodzącego w grę środka przekazu Trybunał wskazał, że wywiad bardzo dobrze służy wiernemu relacjonowaniu poglądów innych osób. Gdy takowy wywiad staje się elementem dyskusji politycznej oraz debaty wokół spraw budzących publiczne zainteresowanie, tylko bardzo poważne powody mogą usprawiedliwiać ingerencję. Trybunał podkreślił, że dotyczy to każdej formy wywiadu i nie tylko udzielanego „na żywo”, kiedy możliwość kontrolowania rozmówcy, a tym samym treści materiału, jest ograniczona. Zwraca na to uwagę I.C. Kamiński stwierdzając, że stanowisko Trybunału odnosi się także do przytaczania i cytowania słów innych osób. Ewentualnej odpowiedzialności mogą podlegać w tej sytuacji tylko autorzy kwestionowanej wypowiedzi. Uzupełnić ten pogląd trzeba stwierdzeniem, że dziennikarz przytaczający cudzą wypowiedź o charakterze zniesławiającym bądź znieważającym bez odpowiedniego dystansującego komentarza, albo decydujący się na emisję bądź nadanie takich wcześniej utrwalonych wypowiedzi będzie podlegał odpowiedzialności karnej za zniesławienie bądź zniewagę ewentualnie cywilnej w razie naruszenia dóbr osobistych. Oczywiście dotyczy to jedynie tych sytuacji, w których dziennikarz nie mógł zapobiec przekazowi wypowiedzi²¹. Orzeczenie nie zapadło jednomyślnie. Przegłosowani sędziowie Trybunału podnieśli, że dobre intencje dziennikarza nie są wystarczające, w sytuacji gdy sam sprowokował rasistowskie wypowiedzi. Zauważyli też, że ochrona mniejszości rasowych nie może być słabsza od prawa przekazywania informacji.

Relacje z procesów sądowych zawsze cieszyły się i cieszą nadal olbrzymim zainteresowaniem czytelników. Jest to jednak bardzo newralgiczna strona zawodu dziennikarskiego, gdyż przy ich okazji może łatwo dojść do przekroczenia przez dziennikarzy granic wolności słowa, a nawet do zniesławienia stron, ich pełnomocników, a także sądów i sędziów. Dlatego też nie może dziwić, że znacząca grupa orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, poza wspomnianym już orzeczeniem w sprawie Prager i Oberschlick przeciwko Austrii, dotyczy właśnie tej problematyki.

Szczególnie istotnym problemem okazała się kwestia ograniczenia wolności wypowiedzi z uwagi na potrzebę „zagwarantowania powagi i bezstronności władzy sądowej”. Podstawa takiego ograniczenia, przewidziana w treści art. 10 ust. 2 *in fine*, została wprowadzona podczas prac nad tekstem Konwencji na wyraźne żądanie przedstawicieli Wielkiej Brytanii, którzy przekonywali, że w Europie – odmiennie niż w tradycji angielskiej – brak jest jednolitego standardu ochrony powagi i bezstronności wymiaru sprawiedliwości. W krajach *common law* prawo jest tworzone także przez sędziów, w związku z czym sądy podlegają szczególnej ochronie. Służyć jej ma instytucja obrazy sądu (*contempt of court*). W toku stosowania *Konwencji* Trybunał podkreślił kilkakrotnie, że potrzeba zagwarantowania

²¹ Zob. Jersild przeciwko Danii, orzeczenie z 23 września 1994 r., skarga nr 15890/ 89; *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1064–1070; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 274–289.

powagi i bezstronności władzy sądowej może stać się podstawą ograniczenia wolności słowa, to jednak dość jednoznacznie wskazywał, iż mimo odmienności anglosaskiej tradycji prawnej, w Europie kontynentalnej istnieje wyraźny i wspólny dla członków Konwencji standard.

Do problemu warsztatu dziennikarskiego, w szczególności telewizyjnego i radiowego, Trybunał wrócił po kilku latach, rozpoznając sprawę dziennikarza, który w trakcie programu dotyczącego problemu zalesień zacytował fragment opublikowanego w prasie artykułu innego żurnalisty, który miał obrazić urzędników Komisji Leśnej w Luksemburgu. Trybunał podkreślił, że niedopuszczalne jest żądanie, aby dziennikarze odcinali się od treści cytowanych wypowiedzi mogących obrazić inne osoby. Zdaniem Trybunału, tego rodzaju żądań nie da się pogodzić z rolą prasy, która ma informować o aktualnych opiniach i może się posługiwać – do pewnego stopnia – przesadą i prowokacją. Przy tej okazji Trybunał zauważył, że dotkniętymi treścią zacytowanego artykułu byli funkcjonariusze publiczni wykonujący swoje oficjalne obowiązki, i przypomniał, że funkcjonariuszy publicznych, podobnie jak osoby pełniące funkcje publiczne, można krytykować bardziej niż osoby prywatne. Raz jeszcze stwierdził jednak, przypominając wcześniejsze orzeczenia, że nie można uznać, iż funkcjonariusze wystawiają się świadomie na szczegółową kontrolę w taki sam sposób, jak to czynią politycy oraz odrzucił możliwość krytykowania ich na tych samych zasadach co polityków. Zdaniem Trybunału, ukaranie dziennikarza za pomoc w rozpowszechnianie wypowiedzi innej osoby ma poważny i to negatywny wpływ na udział prasy w dyskusjach o sprawach budzących publiczne zainteresowanie. Dlatego też nie można takiego karanie zaakceptować bez zaistnienia wyjątkowo poważnych racji. W dużej mierze na ocenę Trybunału miało niewątpliwie to, że dziennikarz informował, w jakim momencie rozpoczynał się cytat, który określił słowem dość pejoratywnym, pytając przy okazji gościa programu, czy cytowana treść odpowiada prawdzie²².

Stanowisko Trybunału w tej ostatniej sprawie jest mało przekonujące i nie daje pokrzywdzonym możliwości należytej ochrony naruszonych dóbr. W państwach środkowowschodniej Europy, pozbawionych częstokroć tradycji demokratycznego funkcjonowania środków społecznego przekazu, w których dziennikarze (aczkolwiek nie wszyscy) z różnych przyczyn gotowi są posłużyć się manipulacją, orzeczenie to może stać się orężem dalszych bezkarnych zniesławień i naruszeń dóbr osobistych. Dokonujący takich czynów dziennikarze – w szczególności zatrudnieni w radiu i telewizji ewentualnie w pismach wielkonakładowych – żonglując cytatami z pism niszowych, rozpowszechniać będą całkowicie bezkarnie plotki i pomówienia, a powszechnie znane opory przed zamieszczaniem sprostowań i odpowiedzi nie pozwolą zainteresowanemu na skuteczniejszą obronę bez uciekania się do drogi procesu sądowego.

²² Zob. Thoma przeciwko Luksemburgowi, orzeczenie z 29 marca 2001 r., skarga nr 38432/97; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1042–1043.

Stanowisko Trybunału w przedmiocie zniesławienia za pośrednictwem cytatów z cudzych wypowiedzi ulega dość znamienym wahaniom. W późniejszym o równo 3 lata orzeczeniu Trybunał stwierdził, że wprawdzie nie da się pogodzić z rolą środków przekazu ogólnego wymagania, aby dziennikarze dystansowali się systematycznie i formalnie od treści cytowanych wypowiedzi mogących obrazić innych, prowokować lub atakować ich honor, to jednak niedopuszczalne jest rozpowszechnianie w taki sposób informacji nieprawdziwych, w szczególności przez takie środki przekazu, które swoim zasięgiem obejmują cały kraj. Zmieniając wyraźnie dotychczasowe stanowisko, Trybunał obudował je znanymi i wielokrotnie powtarzanymi treściami, m.in. stwierdzając, że wolność dziennikarska obejmuje także możliwość posługiwania się w pewnej mierze przesadą, a nawet prowokacją. Podkreślił także po raz kolejny, że jeśli w grę wchodzi wolność prasy, władze publiczne mają wąski margines swobody oceny, czy istnieje pilna społeczna potrzeba podjęcia środków dla ochrony dobrego imienia i praw innych osób gwarantowanych w art. 10 ust. 2 *Konwencji*. Pewnym *novum* było wyraźniejsze zaakcentowanie, że wspomniane prawo ochrony dobrego imienia jest jednym z praw gwarantowanych w art. 8 *Konwencji* i częścią składową prawa do poszanowania życia prywatnego²³.

W kilka lat później Trybunał wrócił do wcześniejszego stanowiska w orzeczeniu z 2005 r., w którym stwierdził, że ukaranie dziennikarza za pomoc w rozpowszechnianiu wypowiedzi innej osoby, wyrażonych w wywiadzie, utrudniałoby poważnie udział prasy w debacie będącej przedmiotem zainteresowania publicznego i nie powinno być brane pod uwagę poza przypadkami zaistnienia szczególnie ważnych powodów za tym przemawiających (art. 10 ust. 2 *Konwencji*). Trybunał wywiódł, że do oceny zamiaru dziennikarza – w szczególności zbadania, czy miał on na celu zniesławienie – może być pomocna analiza językowa wypowiedzi. Stanowisko to wydaje się grzeszyć naiwnością. W każdym razie, w konkretnie rozpatrywanej sprawie Trybunał stwierdził, że stonowany język użyty przez dziennikarkę domagającą się ochrony przez Trybunał oraz to, że „nie wydaje się, by działała ona w złej wierze i w celu zniesławienia” wskazuje, iż nie zachodziły szczególnie ważne powody uzasadniające jej ukaranie. Powodów, dla których Trybunał uznał, że „nie wydaje się, by działała ona w złej wierze i w celu zniesławienia”, nie sposób dociec²⁴.

²³ Zob. Radio France przeciwko Francji, orzeczenie z 30 marca 2004 r., skarga nr 53984/00; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1109–1114.

²⁴ Zob. Savitchi przeciwko Mołdawi, orzeczenie z 11 października 2005 r., skarga nr 11039/02, LEX nr 157853.

6. Swoboda wypowiedzi a wymiar sprawiedliwości

Standardy dotyczące wolności słowa w odniesieniu do relacji prasowych z działaniami wymiaru sprawiedliwości wypracował Trybunał w pierwszym rzędzie na tle sprawy Barfod przeciwko Danii stwierdzając, że krytyka orzeczenia, w której zarzucono sędziom stronniczość, nie zasługuje na ochronę, zwłaszcza gdy można ją było sformułować w sposób bardziej rzeczowy i odpowiedzialny. Warto zauważyć, że sprawa dotyczyła autora tekstu prasowego w jednym z grenlandzkich magazynów, z zawodu szlifierza kamieni szlachetnych, niebędącego profesjonalnym dziennikarzem. Autor ten został skazany wyrokiem sądu pierwszej instancji Grenlandii, utrzymanym w mocy przez Sąd Wyższy Grenlandii, za zniesławienie ławników orzekających w sprawie podatkowej. Europejski Trybunał stwierdził, nie dopatrując się naruszenia wolności słowa przez sądy Grenlandii, że wypowiedź będąca podstawą skazania dotyczyła działania wymiaru sprawiedliwości, a więc zagadnień, które budzą uzasadnione zainteresowanie społeczeństwa. Jest rzeczą oczywistą, że głos w ważnej sprawie publicznej podlega szczególnej ochronie. Na taką jednak ochronę nie zasługuje krytyka, w której prawnikom orzekającym w konkretnej sprawie zarzucono stronniczość. Zdaniem Europejskiego Trybunału, artykułu będącego przedmiotem oceny nie można uznać za głos przyczyniający się do dyskusji, która kształtuje godny ochrony pogląd opinii publicznej. Krytykę orzeczenia i nieprawidłowości w składzie sądu można było podjąć w takiej formie, która nie byłaby osobistym atakiem na ławników i gwarantowałaby zachowanie równowagi między potrzebą ochrony wymiaru sprawiedliwości a prawem do zabrania głosu w publicznej dyskusji. Trybunał stwierdził, że zarzuty wobec ławników nie zostały sformułowane w ramach debaty publicznej – przy tej okazji granice krytyki powinny być szersze – i nie miały charakteru merytorycznego, lecz sprowadziły się do zniesławiających osobistych twierdzeń. Krytyka orzeczenia zarzucająca sędziom stronniczość nie zasługuje na ochronę, zwłaszcza gdy możliwości w tym zakresie można było wyrazić w inny bardziej odpowiedzialny i rzeczowy sposób.

Komentujący wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, I.C. Kamiński podkreślił, że „orzeczenie to jest jednym z pierwszych wyroków – krytykowanych mocno przez wielu komentatorów – w których Trybunał położył znaczny nacisk na potrzebę ochrony powagi wymiaru sprawiedliwości”. W konsekwencji – jak dodał – „osoby zabierające głos w dyskusji o działalności sądów powinny zachowywać się szczególnie odpowiedzialnie i nie formułować pochopnych ataków”. Komentatorzy poddali to orzeczenie krytyce, podnosząc – wbrew treści uzasadnienia orzeczenia – iż Trybunał nie wziął pod uwagę publicznie ważnych powodów krytyki Barfoda. Zauważyli także, że dyskusja nad treścią orzeczeń powinna dopuszczać pewien stopień przesady i prowokacji²⁵.

²⁵ Zob. Barfod przeciwko Danii, orzeczenie z 22 lutego 1989 r.; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 337–341.

Zdaniem Trybunału, dziennikarze, którzy piszą artykuły na temat toczącego się postępowania, nie powinni przekraczać granic ustalonych dla ochrony prawidłowego wymiaru sprawiedliwości i szanować prawo oskarżonego do domniemania niewinności. Zakaz publikacji informacji o toczącym się procesie, także z powodztwa cywilnego w sprawie karnej, pozbawia prasę prawa do informowania opinii publicznej o sprawach, które mogą wzbudzać publiczne zainteresowanie²⁶.

Trybunał wywiódł, iż sądy nie mogą działać w społecznej próżni. To, że stanowią forum rozwiązywania sporów, nie oznacza, że nie jest możliwa żadna wcześniejsza dyskusja na temat przedmiotu sporu. Zauważono, że środki przekazu, jakkolwiek nie mogą przekroczyć granic swobody wyznaczonych w interesie prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, mają obowiązek przekazywać informacje i idee dotyczące spraw trafiających na wokandy sądów, tak samo jak robią to w odniesieniu do innych sfer życia budzących zainteresowanie. Stwierdzono, iż nie tylko prasa ma obowiązek rozpowszechniania informacji i idei, ale także społeczeństwo ma prawo je otrzymywać. Wezwano do rzetelnego przedstawiania przedmiotu procesu, wywodząc, iż jeśli o sprawie dyskutuje się tak, iż opinia publiczna niejako „z góry” wyrabia sobie pogląd o niej, to sądy mogą stracić zaufanie i szacunek obywateli. „Nie można bowiem wykluczyć, iż przyzwyczajenie społeczeństwa do regularnych spektakli pseudoprocessów w mediach może utrudnić akceptację sądów jako właściwego forum rozstrzygania sporów prawnych”²⁷.

Trybunał zauważył, że prasa odgrywa pierwszoplanową rolę w państwie, którego podstawą są zasady prawa. Jakkolwiek nie może ona przekroczyć granic wyznaczonych m.in. dla ochrony dobrego imienia innych, to jednak ciąży na niej obowiązek przekazywania – w sposób odpowiadający jej obowiązkowi i odpowiedzialności – informacji i idei dotyczących problemów politycznych oraz innych spraw budzących publiczne zainteresowanie. Do spraw tych należą niewątpliwie kwestie dotyczące działania systemu sądownictwa – instytucji ważnej w każdym demokratycznym społeczeństwie. Jakkolwiek bowiem prasa jest jednym ze środków, za pomocą których politycy i opinia publiczna mogą kontrolować, czy sędziowie spełniają swoją funkcję zgodnie z celami powierzonego im zadania, to jednak należy brać pod uwagę szczególną rolę sądownictwa w społeczeństwie.

Trybunał podkreślił, że sąd jest gwarantem sprawiedliwości – podstawowej wartości w państwie prawa. Z tego tytułu musi się cieszyć publicznym zaufaniem, jeśli ma pomyślnie wykonywać swoje zadania. „Ochrona tego zaufania przed destrukcyjnymi, pozbawionymi podstaw, niszczącymi atakami może więc okazać

²⁶ Zob. Du Roy i Malaurie przeciwko Francji, orzeczenie z 3 października 2000 r., skarga nr 34000/96, *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1033–1035. Nie oznacza to jednak, że Trybunał sprzeciwił się funkcjonowaniu instytucji zabezpieczenia powództwa przez zakaz publikacji.

²⁷ Zob. „The Sunday Times” przeciwko Wielkiej Brytanii orzeczenie z 26 kwietnia 1979 r.; A. 30; M.A. Nowicki, *Kamienie...*, op. cit., s. 330 i n.; M.A. Nowicki (oprac.), *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. 2, *Prawo do życia i inne prawa*, Kraków 2002, s. 968 i n. Cytowane wyżej stwierdzenie zostało następnie raz jeszcze powtórzone w uzasadnieniu w prawie Worm przeciwko Austrii, zob. Worm przeciwko Austrii, orzeczenie z 29 sierpnia 1997 r., I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 350–359.

się konieczna, zwłaszcza dlatego że krytykowani sędziowie muszą zachować powściągliwość, która nie pozwala na udzielenie odpowiedzi”. Trybunał w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie Prager i Oberschlick przeciwko Austrii (orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r.) stwierdził, że dziennikarz, zgłaszając zarzuty pod adresem sędziów, nie wykazał, że jego twierdzenia były prawdziwe, a sądy wartościujące, dotyczące pracy sędziów, stanowiły uzasadniony komentarz. Ponadto zauważono, że dziennikarz nie wykazał działania w dobrej wierze i w zgodzie z etyką dziennikarską²⁸. Przy tej okazji Trybunał przypomniał, że swoboda dziennikarska obejmuje także możliwość posługiwania się pewną przesadą, a nawet prowokacją.

Wspomniane orzeczenie nie zapadło jednomyślnie. Sędzia Pettiti w zdaniu odrębnym stwierdził, że badanie przez dziennikarzy sposobu działania sądownictwa jest nieodzowne do zapewnienia kontroli praw jednostki w demokratycznym społeczeństwie. Kontrola ta jest rozszerzeniem zasady publicznego postępowania, będącej istotną częścią rzetelnego procesu sądowego. Podkreślił także, że sędziowie wyposażeni w immunitet w większości państw członkowskich Rady Europy, chronieni przed odpowiedzialnością cywilną, muszą zaakceptować nieograniczoną krytykę, ale zgłaszaną w dobrej wierze. Otwarta dyskusja wokół wymiaru sprawiedliwości przyczynia się – w opinii zgłaszającego zdanie odrębne – do zbudowania autorytetu tego wymiaru. Sędziowie muszą być chronieni przed zniesławieniem, ale jeśli chcą wszcząć postępowanie przeciwko sprawcy ataku, powinni raczej wybrać drogę cywilną niż proces karny. W zupełnym oderwaniu od stanu faktycznego przedmiotowej sprawy sędzia Pettiti stwierdził, że państwa, które pozwalają na transmisje telewizyjne z procesów sądowych w sposób dorozumiany, zgadzają się, że sędziowie będą wystawieni na krytykę opinii publicznej.

Rozpoznając sprawę dziennikarza skazanego prawomocnie przez sądy austriackie za przestępstwo wywierania zabronionego wpływu na toczące się postępowanie, Europejski Trybunał stwierdził, że swoboda wypowiedzi jest szczególnie istotna w tych przypadkach, kiedy dotyczy prasy. Ingerencje wymagane ze względu na utrzymanie powagi wymiaru sprawiedliwości oraz jego bezstronności nie upoważniają jednak do ograniczenia każdej formy publicznej dyskusji, która dotyczy spraw objętych toczącym się postępowaniem sądowym. Podkreślono wyraźnie, że sądy nie działają w próżni, i dodano, że sala sądowa jest właściwym miejscem rozstrzygnięcia o winie lub jej braku. Nie oznacza to jednak, że dyskusja o przedmiocie postępowania karnego nie może się toczyć w innym miejscu – w specjalnym periodyku, w szeroko dostępnej prasie czy wreszcie między ludźmi. Europejski Trybunał zauważył, że jeśli dyskusja nie przekracza granic ustanowionych w celu ochrony właściwego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, a sprawozdania oraz komentarze na temat aktualnych spraw sądowych przyczyniają się do ich upublicznienia, to współbrzmi to z wymogiem zawartym w art. 6 ust. 1 Konwencji,

²⁸ Zob. Prager i Oberschlick przeciwko Austrii, orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., A. 313, skarga nr 15974/90; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 341–350.

aby posiedzenia sądowe były publiczne. Podkreślono także, że nie tylko na środkach przekazu spoczywa zadanie polegające na dostarczaniu informacji i opinii, ale także społeczeństwo ma prawo do ich otrzymywania. Reguła ta ma szczególne znaczenie, gdy sprawa sądowa dotyczy osoby publicznej. Wystawia się ona świadomie na oceny dziennikarzy oraz innych ludzi. Jednak również osobom publicznym należy zagwarantować możliwość sprawiedliwego procesu przed bezstronnym sądem. Fakt ten są zobowiązani uwzględnić dziennikarze piszący na temat toczących się postępowań przed bezstronnym sądem. Trybunał wskazał, iż artykuł może poddawać krytycznej ocenie zachowanie polityka, ale nie może rozstrzygać o jego winie, gdyż może to mieć wpływ na tok postępowania i rozstrzygnięcie w sprawie. Podkreślono także, że „przyzwyczajenie społeczeństwa do regularnych spektakli pseudoprocusów w mediach może w dłuższej perspektywie utrudnić akceptację sądów jako właściwego forum do rozstrzygnięcia o winie i niewinności w sprawach karnych”. Interes dziennikarza w dostarczaniu informacji oraz prezentowania poglądów nie może przeważać nad argumentami związanymi z potrzebą ochrony wymiaru sprawiedliwości. Zdaniem Trybunału, jedno z zagrożeń dla wymiaru sprawiedliwości wynika z wypowiedzianiu się przez dziennikarzy o winie strony postępowania, co w pewnych okolicznościach może wpłynąć na osoby orzekające w sprawie. W tej sytuacji publikacje przesądzające o winie i niewinności mogą naruszać dyspozycję art. 10 *Konwencji*. Warto zauważyć, iż zdaniem Trybunału nie jest konieczne wykazanie, że publikacja rzeczywiście wywarła wpływ na rezultat postępowania. Wystarczy stwierdzenie, że taki wpływ mógł mieć miejsce. Omawiający orzeczenie Trybunału I.C. Kamiński zauważył, że wywołało ono krytykę z tej racji, iż niebezpieczeństwo, że artykuł wpłynął na tok postępowania było tylko hipotetyczne. Ingerencja taka – zdaniem krytyków – byłaby usprawiedliwiona jedynie wówczas, gdyby materiały prasowe rzeczywiście groziły powadze i bezstronności wymiaru sprawiedliwości²⁹.

Do Europejskiego Trybunału wnieśli skargę belgijski wydawca oraz dziennikarz, uznani przez belgijskie sądy pierwszej i drugiej instancji za sprawców zniesławienia belgijskich sędziów apelacyjnych. Dziennikarz napisał, a wydawca opublikował cykl pięciu artykułów, w których szczegółowo i złośliwie krytykowali orzeczenie tych sędziów. Europejski Trybunał Praw Człowieka większością głosów stwierdził: uznając, iż wydawca i dziennikarz dopuścili się zniesławienia, belgijskie sądy naruszyły dyspozycję art. 10 *Konwencji*. Trybunał akcentował, że artykuły, które stały się przedmiotem orzeczenia w sprawie o zniesławienie, były głosem w publicznej debacie, a ta objęła wiele gazet i dotyczyła kaziroduktwa we Flandrii oraz traktowania tego zjawiska przez tamtejsze sądy. Podkreślił także, że publikacje powstały po przeprowadzeniu badania i uzyskaniu opinii wielu ekspertów. Przypomnił, że do prasy należy przekazywanie informacji i poglądów

²⁹ Zob. Worm przeciwko Austrii, orzeczenie z 29 sierpnia 1997 r.; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 350–359.

o wszystkich sprawach budzących publiczne zainteresowanie. Zdaniem Trybunału, do kategorii tych spraw należy niewątpliwie funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Równocześnie jednak sądy, które odgrywają podstawową rolę w państwie prawa, muszą cieszyć się publicznym zaufaniem i należy je chronić przed destrukcyjnymi i pozbawionymi podstaw atakami.

Zarzut, który postawiono wydawcy i dziennikarzowi, sprowadzał się do posłuszenia obraźliwymi zwrotami. Sędziowie zostali bowiem pomówieni o brak niezależności, tchórzostwo oraz o to, że są powiązani ze skrajnie pravicowymi ugrupowaniami, z którymi miała sympatyzować jedna z osób, w której sprawie przyszło im orzekać. Trybunał podkreślił, że nawet gdyby wszystkie sformułowane pod adresem sędziów przez dziennikarza i opublikowane przez wydawcę oskarżenia okazały się prawdziwe – czego jednak dziennikarz i wydawca nie dowiedli – to i tak doszłoby do złamania prawa ze strony dziennikarza i wydawcy. Dziennikarzy nie skazano jednak za ujawnienie faktów, ale za komentarz. Określenia, które stały się podstawą uznania, iż dziennikarz i wydawca dopuścili się zniesławienia, miały charakter opinii, były – jak zauważył Europejski Trybunał – sądami wartościującymi, których prawdziwości nie można wykazać. Sąd wartościujący musi jednak posiadać dostateczne faktyczne podstawy, inaczej jest nieuzasadniony lub stanowi nadużycie wolności słowa. Sąd wartościujący może jednak – zdaniem Europejskiego Trybunału – zostać uznany za nieumiarkowany, w szczególności gdy brakuje mu faktycznych podstaw (opinia nieuzasadniona stanowi jednak nadużycie wolności słowa). Według Europejskiego Trybunału, w tej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca. Wypowiedzi, które zostały uznane za zniesławienie, były niezmiernie krytyczne, zostały sformułowane w niesłychanie agresywnym tonie, mimo to jednak w ocenie Trybunału wydają się proporcjonalne w zestawieniu z poruszeniem i oburzeniem, jakie powodowały opisane wydarzenia.

Europejski Trybunał stwierdził, że nie sposób aprobować agresywnego i polemicznego tonu artykułów, jednak przypomniał, że Konwencja chroni nie tylko treść wypowiedzi, lecz także jej formę³⁰. Trybunał uznał, że nałożenie na dziennikarzy pozwanych w sprawie o zniesławienie obowiązku udowodnienia prawdziwości zniesławiających oświadczeń jest w zasadzie zgodne z art. 10 Konwencji. Tylko wyjątkowo – niestety, Trybunał nie wskazał, w jakich sytuacjach – można zwolnić prasę od zwykłego obowiązku weryfikacji wypowiedzi o faktach. Trybunał nie zgodził się z tezą, że wielka firma międzynarodowa powinna być w zasadzie pozbawiona prawa do obrony przed zniesławiającymi zarzutami lub że od pozwanych dziennikarzy nie powinno się wtedy wymagać udowodnienia złożoności złożonych oświadczeń. Stanowisko Trybunału wydaje się rozsądne i zgodne z zasadą kontrydiktoryjności. Niemniej niepokoić musi użycie terminu *w zasadzie*. Wielkie firmy – jak stwierdził Trybunał – świadomie poddają się kontroli swoich

³⁰ Zob. De Hayes i Gijssels przeciwko Belgii, orzeczenie z 24 lutego 1997 r., RJD 1997-I, *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1118–1123; zob. także I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 269–283.

działań i granice dopuszczalnej krytyki wobec nich oraz kadry zarządzającej nimi są szersze niż wobec zwykłych ludzi. W otwartej debacie dotyczącej praktyk biznesowych istnieje – jak zauważył Trybunał – oprócz interesu publicznego, konkurencyjny interes ochrony sukcesu handlowego oraz pozycji firmy, jej udziałowców i pracowników. Trybunał stwierdził, że państwo może swobodnie podejmować środki mogące umożliwić spółce (wielkiej firmie) kwestionowanie prawdziwości zarzutów, ograniczenie szkód, jeśli zarzuty narażają ją na utratę dobrego imienia. Trybunał wskazał, że ochrona dziennikarzy informujących o kwestiach interesu ogólnego jest gwarantowana przez art. 10 Konwencji pod warunkiem, że działają oni w dobrej wierze, zgodnie z etyką dziennikarską, aby zapewnić dokładną i wiarygodną informację. Zasada ta ma zastosowanie także do innych, którzy angażują się w debatę publiczną. Przy tym Trybunał podkreślił raz jeszcze, że dziennikarze są uprawnieni do przesady, a nawet prowokacji, co powinno się tolerować w ulotkach związanych z jakimiś kampaniami³¹.

Rozpoznając skargę Giancarlo Perny, dziennikarza włoskiej gazety „Il Giornale”, skazanego prawomocnym wyrokiem sądu pierwszej instancji, utrzymanym w mocy przez sąd apelacyjny za zniesławienie prokuratora, któremu przypisał w artykule brak bezstronności i obiektywizmu, z racji związania z jedną z partii politycznych oraz wykorzystywanie stanowiska do celów politycznych i planowanie uzyskania kontroli nad prokuraturą, Europejski Trybunał stwierdził, że silne polityczne zaangażowanie urzędnika wystawia na niebezpieczeństwo obraz bezstronności i niezależności, jakimi powinien zawsze cechować się wymiar sprawiedliwości. Skoro prokurator aktywnie działał w partii politycznej, to – zdaniem Europejskiego Trybunału – trudno zaakceptować potrzebę bezwzględnej ochrony przed atakami prasy w celu podtrzymania publicznego zaufania do sądów. Instytucje wymiaru sprawiedliwości i osoby sprawujące w ich ramach określone funkcje muszą podlegać wzmoczonej ochronie przed pochopnymi atakami, jeśli ma zostać zachowane społeczne zaufanie potrzebne im do wykonywania zadań. Jednak aktywność polityczna podważa takowe zaufanie i wystawia urzędnika wymiaru sprawiedliwości w nieuchronny sposób na krytykę prasy, która może zasadnie widzieć w bezstronności służby publicznej sprawę budzącą powszechne zatroskanie. Związki sędziów i prokuratorów z partiami politycznymi stwarzają niebezpieczeństwo dla wizerunku bezstronnego i niezależnego wymiaru sprawiedliwości. Trybunał zauważył, że władze tolerujące takie związki nie mogą łatwo powoływać się na potrzebę ochrony powagi sądownictwa lub innych instytucji prawnych jako usprawiedliwienia dla ingerencji w swobodę wypowiedzi. Jednak nawet w takich okolicznościach krytyka funkcjonariusza wymiaru sprawiedliwości podjęta przez prasę musi zostać poparta faktycznymi podstawami.

³¹ M.A. Nowicki (oprac.), *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2005*, Zakamycze 2006, s. 161–165.

Trybunał zauważył, że wypowiedzi o istnieniu w szeregach partii planu zdobycia kontroli nad prokuraturą po to, aby zniszczyć przy jej pomocy kariery przeciwników politycznych oraz twierdzenia o udziale w tym planie konkretnego prokuratora, są twierdzeniami o faktach, a jako takie podlegają dowodzeniu. W orzeczeniu podkreślono, że Europejski Trybunał nie aprobeuje polemicznego lub agresywnego tonu używanego przez dziennikarzy, ale przyznaje, że art. 10 Konwencji chroni nie tylko treść wypowiedzi, ale także jej formę. Trybunał wyraźnie rozdzielił zarzuty sformułowane w artykule na dwie grupy. Do pierwszej zaliczył te, które podnosiły brak obiektywizmu prokuratora z racji związania z jedną z partii politycznych; do drugiej – zarzuty dotyczące przejęcia kontroli nad prokuraturą. Zdaniem Trybunału, w zakresie objętym pierwszą grupą zarzutów komentarz dziennikarza nie może być uznany za przesadny. Dlatego też skazanie dziennikarza było naruszeniem Konwencji. W odniesieniu do zarzutów z drugiej grupy, według Trybunału, dziennikarz przekroczył granice dozwolonej krytyki, a postawione przez niego zarzuty o bardzo poważnym charakterze nie zostały poparte faktami. Dlatego też w tym zakresie stanowisko sądów włoskich było słuszne i nie doszło do złamania Konwencji. Żałować należy, iż Europejski Trybunał nie odniósł się w uzasadnieniu do stanowiska, jakie zaprezentowały w postępowaniu przed nim władze włoskie, które podnosiły, że urzędnik wymiaru sprawiedliwości nie może czasami odpowiedzieć na krytykę ze względu na wiążący go nakaz powściągliwości³².

Problem powściągliwości w słowach funkcjonariuszy wymiaru sprawiedliwości pojawił się na tle innej sprawy, w której austriacki sędzia został ukarany dyscyplinarnie za naruszenie obowiązków zawodowych z powodu wypowiedzi sformułowanej w rozmowie z dziennikarzem, opisującej w nieparlamentarnych słowach stan sądownictwa i obrażającej innego z sędziów. Zdaniem Europejskiego Trybunału, wspomniane orzeczenie dyscyplinarne nie może być uznane za arbitralne, a ingerencja była przewidziana przez prawo i konieczna w społeczeństwie demokratycznym³³.

Rozpoznając skargę obywatela Islandii na orzeczenie sądu najwyższego tego państwa, w którym odmówiono mu ponownego rozpoznania sprawy między nim a bankiem, mimo że zgłosił taki wniosek, dowodząc, że mąż jednej z sędziów rozpoznających sprawę był gwarantem długów wobec tego banku, trybunał stwierdził, że ocena, czy przy rozpatrywaniu sprawy został zachowany warunek bezstronności, jest ustalana według kryterium subiektywnego i obiektywnego. Kryterium subiektywne to osobiste przekonanie sędziego w konkretnej sprawie. Kryterium obiektywne sprowadza się do żądania, aby sędzia dawał gwarancje wykluczające wszelkie uprawnione wątpliwości w tym zakresie. Osobistą bezstronność sędziego

³² Zob. Perna przeciwko Włochom, orzeczenie z 25 lipca 2001 r., *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1077–1080; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 374–382.

³³ Zob. Leiningen-Westerburg przeciwko Austrii, orzeczenie z 20 stycznia 1997 r., skarga nr 26601/95, DR 88-A/85, cyt. za M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 944.

należy domniemywać aż do momentu, kiedy pojawią się dowody przeciwne. Kryterium obiektywne polega na tym, aby sędzia dawał gwarancje wykluczające wszelkie uprawnione wątpliwości w tym zakresie. Kryterium obiektywne wymaga ustalenia, czy niezależnie od osobistego zachowania sędziego istnieją dające się potwierdzić fakty rodzące wątpliwości co do jego bezstronności. Europejski Trybunał podkreślił, że nawet znamiona zewnętrzne mogą mieć w związku z tym pewne znaczenie. W grę wchodzi bowiem zaufanie, jakim muszą cieszyć się sądy w demokratycznym społeczeństwie. Tak więc każdy sędzia, wobec którego istnieje uzasadniona podstawa do obaw o brak bezstronności, powinien zostać wyłączony z rozpatrywania sprawy. Przy ocenie, czy istnieją uzasadnione podstawy do obaw, iż konkretny sędzia nie jest bezstronny, pogląd strony jest ważny, ale nie ma charakteru rozstrzygającego. Obawy muszą być obiektywnie usprawiedliwione³⁴.

Rozpoznając sprawę adwokata skazanego przez komisję dyscyplinarną, której orzeczenie zostało następnie utrzymane przez sąd, za to, że zwołał konferencję prasową, w trakcie której powiadomił dziennikarzy, że żonę jego klienta odwiedzili urzędnicy policji i sugerowali, by jej mąż zmienił obrońcę, jeśli chce wyjść z aresztu, Europejski Trybunał musiał zająć się problemem możliwości informowania prasy przez prawników, a ściślej rzecz biorąc – przez adwokatów. Zachowanie adwokata komisja dyscyplinarna zakwalifikowała jako ukrytą reklamę i pogoń za tanimi efektami, co miało dowodzić, że zależy mu na rozgłosie. Rozpoznający odwołanie adwokata sąd stwierdził, że prawnicy zachowują prawo do krytykowania władz sądowych pod warunkiem, że czynią to w zgodzie z wymaganiami proceduralnymi, a jeśli odwołują się do opinii publicznej, muszą powstrzymać się od działań niesprzyjających właściwemu sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Europejski Trybunał podkreślił, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do złamania Konwencji, że ukaranie adwokata nastąpiło przede wszystkim za odwołanie się do prasy przed skorzystaniem z dostępnych mu środków prawnych. Zdaniem Trybunału, szczególny status prawników czyni z nich centralne postaci wymiaru sprawiedliwości, pośredników między opinią publiczną a sądami. Okoliczność ta uzasadnia nałożenie pewnych ograniczeń na sposób zachowania się adwokatów. Sądy są gwarantami sprawiedliwości i muszą się cieszyć społecznym zaufaniem, a prawnicy, w tym także adwokaci, powinni przyczyniać się do właściwego sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Adwokat w przedmiotowej sprawie nie sprostował temu wymogowi, gdyż najpierw dokonał krytyki wymiaru sprawiedliwości, a dopiero później skorzystał z istniejących środków prawnych. Najpierw zwołał konferencję prasową, a dopiero potem złożył odwołanie. Według Europejskiego Trybunału, postanowienia Konwencji mają zastosowanie także do prawników, mają oni prawo do publicznych komentarzy na temat funkcjono-

³⁴ Zob. Sigursson przeciwko Islandii, orzeczenie z 10 kwietnia 2003 r., Izba (sekcja) III, skarga nr 39731/98.

wania wymiaru sprawiedliwości, ale nie mogą przekraczać pewnych granic. Konieczne jest bowiem, jak podkreślono, ustalenie równowagi między różnymi interesami: prawem opinii publicznej do uzyskania informacji w sprawach związanych z decyzjami sądowymi, wymogiem zagwarantowania prawidłowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości oraz nakazem zachowania godności zawodów prawniczych³⁵.

Trybunał wypowiedział się także w sprawie wolności słowa w wystąpieniach stron przed sądem, oceniając sprawę obrońcy, który miał w postępowaniu przed sądem zniesławić prokuratora. Zdaniem Trybunału, zarzuty podnoszone przez stronę procesową wobec przeciwnika, formułowane na sali sądowej, należy odróżnić od krytykowania sądów i prokuratorów za pomocą środków przekazu. W uzasadnieniu zauważono, że wprawdzie wypowiedzi obrońcy formułowane w trakcie postępowania sądowego nie są objęte całkowitym immunitetem, to jednak korzystają z szerokiej gwarancji wolności słowa. Bez takich gwarancji obrońca mógłby obawiać się zabierać głos i wskazywać niedostatki materiału procesowego zgromadzonego przez prokuratora. Adwokaci odgrywają kluczową rolę w wymiarze sprawiedliwości, dlatego jest uzasadnione oczekiwanie, że będą oni przyczyniać się do jego właściwego funkcjonowania, a w rezultacie budować zaufanie, jakim winien się cieszyć. Są pośrednikami między społeczeństwem a sądami. Adwokaci i obrońcy w sprawach karnych, z całą pewnością – jak zauważył Trybunał – są uprawnieni do publicznego komentowania działań wymiaru sprawiedliwości. Krytyka z ich strony nie może jednak przekroczyć pewnych granic. Badając jej dopuszczalność, należy mieć na względzie potrzebę zachowania równowagi różnych interesów, w szczególności prawa społeczeństwa do informacji w kwestiach związanych z wyrokami sądów, prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, godności prawników. „Równość broni” i inne względy rzetelności przemawiają na rzecz swobodnej, a nawet ostrej wymiany argumentów między stronami. Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona. Trybunał wywiódł, że prokurator jest naturalnym przeciwnikiem procesowym obrońcy i winien tolerować krytykę, nawet ostrą, pod swoim adresem. Oczywiście, obrońca winien powstrzymać się od obelg bądź poniżających, nacechowanych osobiście uszczypliwości. W uzasadnieniu wskazano, że rolą sądu, zwłaszcza przewodniczącego składu orzekającego, jest zadbanie o to, aby strony zachowywały się właściwie oraz by proces był rzetelny. Trybunał podkreślił, że raczej w trakcie trwania procesu strony winny zwracać się do przewodniczącego składu, aby reagował na treść krytycznych wypowiedzi przeciwników. Trybunał nie wykluczył jednak, że w pewnych sytuacjach ingerencja w swobodę wypowiedzi obrońcy może rodzić obawę naruszenia art. 6 *Konwencji*, a więc prawa do sprawiedliwego i rzetelnego procesu. Wyraźnie wska-

³⁵ Zob. Schöpfer przeciwko Szwajcarii, orzeczenie z 20 maja 1998 r., RJD 1998-III, skarga nr 25405/94; *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, s. 1153–1156; także I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 394–400.

zано w uzasadnieniu orzeczenia, że granice dopuszczalnej krytyki mogą być w pewnych okolicznościach szersze, w odniesieniu do urzędników publicznych, wykonujących swoje funkcje, niż w stosunku do osób prywatnych. Istnieją jednak poważne różnice między urzędnikami a politykami. Ci ostatni świadomie wystawiają każde swoje słowo i każde działanie pod publiczny osąd. Urzędnicy – przeciwnie, jeśli mają skutecznie wykonywać swoje zadania, muszą się cieszyć publicznym zaufaniem. Trybunał podkreślił, że większe wymagania wobec prawników wypadnie sformułować, gdy komentują posunięcia swych procesowych adwersarzy.

Na marginesie wypada zwrócić uwagę na rolę, jaką Trybunał przypisał korporacjom zawodowym. Zauważając, że obrońca w sprawie, w której przyszło Trybunałowi orzekać, nie była członkiem palestry, co w postępowaniu przed sądami fińskimi było możliwe, nie mogła zatem odpowiadać przed organami samorządu zawodowego. Trybunał podkreślił, że dolegliwości pochodzące ze strony własnej korporacji mogą mieć poważne konsekwencje i w efekcie powstrzymać przed pochopnym zabieraniem głosu oraz formułowaniem bezpodstawnej krytyki. Zauważył także, choć korporacja adwokacka jest formą samorządnego organizowania się grupy zawodowej, to jej kompetencje wynikają z upoważnienia władzy państwowej³⁶.

Pogląd, że specjalne obowiązki adwokatów powodują, iż w pewnych okolicznościach ingerencja w ich swobodę wypowiedzi może rodzić problemy z punktu widzenia prawa do rzetelnego procesu oskarżonego będącego klientem adwokata powtórzył Trybunał, rozpoznając sprawę *Steur przeciwko Holandii*. Dotyczyła ona adwokata, który – występując w sprawie cywilnej jako pełnomocnik klienta, który miał wyłudzić świadczenia z ubezpieczenia społecznego – stwierdził, iż klient ten w toczącej się równolegle sprawie karnej, dlatego przyznał się do wyłudzenia, ponieważ oficer dochodzeniowy ubezpieczeń społecznych wywarł na niego niedozwoloną presję. Za wypowiedź tę – w wyniku skargi tegoż oficera – adwokat odpowiadał przed komisją dyscyplinarną, która nie wymierzyła mu żadnej kary, ale uznała go winnego przewinienia polegającego na naruszeniu standardów zawodowych. Na tle wspomnianej sprawy Trybunał stwierdził, że „członkowie palestry, służący sądom są nie tylko poddani restrykcjom dotyczącym zachowania, ale korzystają z praw i przywilejów, a wśród nich zwykle z pewnej swobody argumentacji, używanej w sądzie”. Trybunał dodał, że zachowanie adwokatów powinno być jednak dyskretne i godne. Oświadczenie adwokata mogło dotknąć wrażliwego oficera, ale pamiętać należy, iż miało to miejsce na sali sądowej oraz nie było podyktowane chęcią osobistej obrazy. Dlatego też Trybunał uznał, iż stanowisko komisji dyscyplinarnej było błędne, gdyż jakkolwiek nie wymierzono wspomnianemu adwokatowi żadnej kary, to jednak mógł on później,

³⁶ Zob. Nikula przeciwko Finlandii, orzeczenie z 21 marca 2002 r., skarga nr 31611/96; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1060–1062; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 382–394.

broniąc swoich klientów, czuć się ograniczony w wyborze argumentów³⁷. Trybunał skonstatował, że adwokaci są z całą pewnością uprawnieni do publicznego komentowania wymiaru sprawiedliwości. Krytyka taka, zawarta w ich wypowiedziach, nie może jednak przekroczyć pewnych granic. Nawet swoboda wypowiedzi adwokata na sali sądowej nie jest zupełna i może być ograniczona ze względu na pewne interesy, w tym chociażby z uwagi na autorytet wymiaru sprawiedliwości. Trybunał podkreślił, że adwokaci broniąc przed sądem swoich klientów, zwłaszcza w kontekście kontradiktoryjnych procesów karnych, mogą się znaleźć w delikatnej sytuacji, w której muszą zdecydować – biorąc pod uwagę najlepszy interes klientów – czy powinni sprzeciwić się lub zaskarżyć zachowanie sądu. Wymierzenie z tego powodu kary wiążącej się z pozbawieniem wolności miałyby nieuchronnie, ze względu na swoją naturę, skutek zniechęcający nie tylko konkretnego adwokata, ale całe środowisko adwokackie³⁸.

Rozpoznając sprawę dotyczącą zniewagi prokuratora w liście do jego zwierzchnika, Trybunał raz jeszcze przypomniał, że granice dopuszczalnej krytyki urzędników publicznych wykonujących swoje obowiązki mogą być w niektórych okolicznościach szersze niż w odniesieniu do osób prywatnych. Nie oznacza to jednak, że urzędnicy tak samo jak politycy, w sposób świadomy i nieunikniony wystawiają każde swoje słowo i każde działanie pod ścisłą kontrolę i że powinni być traktowani tak samo jak politycy. Urzędnicy muszą cieszyć się publicznym zaufaniem, jeśli przyjąć, że mają z powodzeniem wykonywać swoje obowiązki i spełniać wyznaczone im zadania (*ergo* prowadzi to do paradoksalnego wniosku, że w opinii Trybunału politycy nie muszą cieszyć się publicznym zaufaniem i że to zaufanie nie jest im koniecznie potrzebne do wypełniania ich zadań). Trybunał zauważył, że urzędnicy powinni być wolni od bezprawnych ataków i niepotrzebnych kłopotów. Dlatego też konieczna jest ich ochrona przed napastliwymi i obraźliwymi atakami. Trybunał podkreślił, że prokuratorzy to urzędnicy publiczni, którzy mają przyczyniać się do właściwego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, stanowiąc jeden z trybów szeroko rozumianego mechanizmu sądowego. W tej sytuacji w interesie ogólnym leży to, aby podobnie jak sędziowie, mogli się cieszyć publicznym zaufaniem. To uzasadnia potrzebę ich ochrony przed bezpodstawnymi oskarżeniami. Trybunał wywiódł, że nie ma wątpliwości, iż w demokratycznym społeczeństwie każdy jest uprawniony do krytykowania wymiaru sprawiedliwości i jego funkcjonariuszy. Krytyka ta nie może jednak przekroczyć pewnych granic. W razie jej zaistnienia, jak podkreśla Trybunał, władze krajowe są najbardziej uprawnione do tego, aby w granicach przysługującego im marginesu swobody ocen zapewnić stosowną równowagę między różnymi interesami. Trybunał pod-

³⁷ Zob. Steur przeciwko Holandii, orzeczenie z 29 października 2003 r., skarga nr 39657/98, *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1099–1102.

³⁸ Zob. Kyprianou przeciwko Cyprowi, orzeczenie Wielkiej Izby z 15 grudnia z 2005 r., skarga nr 73797/01; M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu – przegląd orzecznictwa (październik–grudzień 2005 r.)*, op. cit., s. 179–180.

kreślił, że prawo do krytyki nie upoważnia do pozbawionej podstaw obrazy urzędnika, zauważając, że formułujący swoje zastrzeżenia mógł je wyrazić w inny wyważony sposób bez uciekania się do zniesławiających zarzutów. Raz jeszcze wskazał przy tym Trybunał na różnice, jakie istnieją między faktami, których prawdziwości trzeba dociec a ocenami, które mają charakter subiektywny. Warto zauważyć, że takowe oceny nie mogą być gołosłowne, a muszą znajdować podbudowę w faktach³⁹.

Rozpoznając sprawę dotyczącą odbywającego karę pozbawienia wolności, który został skazany za zniewagę sądu i jednego z sędziów, w liście skierowanym do prezesa sądu Trybunał stwierdził, że sądy, podobnie jak wszystkie inne instytucje publiczne, nie są wolne od krytyki i kontroli. Zauważył, że osoby pozbawione wolności korzystają w tej sferze z tych samych praw, co pozostali członkowie społeczeństwa. Podkreślił jednak bardzo stanowczo, iż jest konieczne odróżnianie krytyki od zniewagi. Podniósł, że skoro wyłącznym zamiarem wypowiedzi jest obraza sądu lub sędziów, to odpowiednio surowa kara, proporcjonalna do stopnia winy i wagi przestępstwa, nie narusza art. 10 ust. 2 Konwencji⁴⁰.

Rozpoznając sprawę z wniosku spółki austriackiej News Verlag GmbH CoKG, wydającej magazyn „News”, któremu to magazynowi sąd austriacki zakazał publikacji zdjęć prawnicowego radykała w związku z relacjonowaniem procesu karnego toczącego się przeciwko niemu, Europejski Trybunał stwierdził, że wprowadzenie takowego zakazu naruszyło Konwencję. W treści orzeczenia podkreślono, że jakkolwiek prasa nie może przekraczać granic ustanowionych dla ochrony imienia i praw innych osób, to jednak podstawowe jej zadanie polega na dostarczaniu informacji i poglądów we wszystkich sprawach budzących publiczne zainteresowanie. Obowiązek informowania rozciąga się na relacjonowanie i komentowanie postępowań sądowych, co doskonale współgra z wymogiem, aby sprawy sądowe były jawne i publiczne. Trybunał podkreślił, iż nie tylko prasa ma przekazywać informacje i poglądy, lecz także opinia publiczna ma prawo do ich otrzymywania. Dzieje się tak szczególnie wtedy, gdy osoba wyrażająca skrajne poglądy świadomie wystawia się na publiczną kontrolę. W granicach dopuszczalnego komentowania toczących się spraw sądowych nie znajdują się jednak twierdzenia, które w sposób zamierzony przez redakcję lub pośrednio mogą wpłynąć na szansę oskarżonego do bezstronnego osądzenia lub podważyć zaufanie do wymiaru sprawiedliwości. Zdaniem Trybunału, w pewnych okolicznościach istnieją racje uzasadniające zakaz publikacji zdjęć osoby podejrzanej, bowiem wydrukowanie fotografii, której towarzyszy prawidłowy opis faktów, może czasem naruszać usprawiedliwione interesy. W każdym przypadku jest konieczne rozważenie interesów podejrzanego

³⁹ Zob. Leśniak przeciwko Słowacji, orzeczenie z 11 marca 2003 r., skarga nr 35640/97; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1072–1074; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 401–408.

⁴⁰ Zob. Skalka przeciwko Polsce, orzeczenie z 27 maja 2003 r., skarga nr 43425/98; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1080–1082; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 408–415.

do ochrony wizerunku w zestawieniu z interesem związanym z publikacją. Bardzo mocno podkreślono, że granice dopuszczalnych komentarzy na temat toczącego się właśnie postępowanie nie mogą obejmować wypowiedzi mogących osłabić – nawet nieumyślnie – szanse na rzetelny proces ani zaufania do sądów⁴¹.

7. Tajemnica dziennikarska

Niezwykle ważne wydaje się stanowisko zajęte przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w kwestii tajemnicy dziennikarskiej. Rozpoznając skargę dziennikarza na orzeczenie sądu nakazujące mu ujawnienie źródeł informacji, Trybunał stwierdził, że ochrona dziennikarskich źródeł informacji jest jednym z podstawowych warunków wolności prasy. Znajduje też ona odbicie w prawie i kodeksach etycznych wielu państw Konwencji oraz dokumentach międzynarodowych. Podkreślił także, że bez takiej ochrony źródła osobowe mogą zrezygnować z pomocy prasie w informowaniu opinii publicznej o sprawach wzbudzających publiczne zainteresowanie. W rezultacie ważna funkcja prasy, jaką jest obserwacja życia publicznego, może być osłabiona, a jej zdolność do przekazywania dokładnych i wiarygodnych informacji – ograniczona. Europejski Trybunał zaakcentował, że ze względu na ważność ochrony źródeł dla wolności prasy w demokratycznym państwie oraz potencjalnie negatywny wpływ nakazu ujawnienia źródła taki nakaz jest niezgodny z art. 10 Europejskiej Konwencji, jeśli nie jest uzasadniony wymogami przeważającego interesu publicznego. Tak więc ochrona dziennikarskich źródeł informacji jest jednym z podstawowych warunków wolności prasy, nie jest ona jednak nieograniczona i winna być w każdej sprawie skrupulatnie badana. Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślił, że gdyby dziennikarzy zmuszano do ujawniania źródeł, byłoby im znacznie trudniej docierać do faktów i w rezultacie informować społeczeństwo o sprawach publicznie ważnych⁴².

Orzekając w sprawie Ernst i inni przeciwko Belgii, która w pierwszym rzędzie dotyczyła ochrony tajemnicy dziennikarskiej, Trybunał odniósł się do kwestii zakresu immunitetu sędziowskiego. Zdaniem Trybunału, immunitet sędziów ma gwarantować im bezstronny wymiar sprawiedliwości, a szczegółowe regulacje jego dotyczące mają uniemożliwić, oczywiście, nieuzasadnione ścigania sędziów oraz zapewnienie, by nie byli oni traktowani zbyt surowo ani zbyt łagodnie. Immunitet ma chronić sędziów przed niepotrzebnym ściganiem oraz umożliwić im orzekanie z pełnym spokojem i niezależnie. Zauważył, że z punktu widzenia Konwencji przy ocenie dopuszczalności powołania się na immunitet należy ustalić, czy skarżący

⁴¹ Zob. News Verlag GmbH & coKG przeciwko Austrii, orzeczenie z 11 stycznia 2000 r., skarga nr 31457/96; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1005–1008; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi*, op. cit., s. 238–246.

⁴² Zob. Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii, orzeczenie z 27 marca 1996 r., RJD 1996-II; *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1102–1107.

dysponowali innymi rozsądnymi sposobami skutecznej ochrony ich praw zagwarantowanych w Konwencji. Uznanie przez sądy krajowe, że powództwo cywilne skierowane przeciwko sędziemu śledczemu chronionemu przez immunitet jest niedopuszczalne⁴³.

Trybunał, rozpoznając skargę związaną z poleceniem przekazania policji dziennikarskich nagrań dotyczących osób podejrzanych o pedofilię, stwierdził, że ochrona dziennikarskich źródeł informacji jest jednym z filarów wolności prasy. Ograniczenia tajemnicy źródeł dziennikarskich wymagają najbardziej skrupulatnej kontroli, a w sytuacji gdy nie są uzasadnione przeważającymi wymaganiami interesu publicznego, nie można ich uznać za zgodne z art. 10. Z inną sytuacją mamy jednak do czynienia wówczas, gdy dziennikarz nie ujawnia swojej roli, a osoby z nim rozmawiające nie wiedzą, że jest dziennikarzem i że są np. filmowane ukrytą kamerą. Takie osoby nie pomagają dobrowolnie prasie w informowaniu społeczeństwa o sprawach budzących publiczne zainteresowanie. Nie można więc uznać, że takie osoby są osobowymi źródłami informacji w tradycyjnym sensie. Ochrona dotycząca dziennikarskich źródeł informacji jest podwójna: dotyczy nie tylko dziennikarza, lecz także źródła, które zgodziło się pomóc prasie w informowaniu społeczeństwa o sprawach wzbudzających publiczne zainteresowanie. Osoba taka musi wiedzieć, że jest informatorem dziennikarza i musi chcieć przekazać dziennikarzowi wiadomości (zob. Nordisk Film & TV A/S przeciwko Danii, decyzja Izby z 8 grudnia 2005 r., skarga nr 40485/02⁴⁴).

Rozpoznając skargę dziennikarza na bezprawne przeszukanie przez policję jego mieszkania oraz mieszkania reprezentującego go adwokata w poszukiwaniu materiałów mogących zidentyfikować sprawcę „przecieku” z urzędu skarbowego” w związku z toczącym się przeciwko dziennikarzowi postępowaniem o popełnienie przestępstwa polegającego na naruszeniu tajemnicy zawodowej, Trybunał stwierdził, że sprawa ta różni się od sprawy Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii, w której chodziło o sądowe polecenie nakazujące dziennikarzowi ujawnienia nazwiska informatora. Przeszukania dokonane w mieszkaniu dziennikarza zmierzały do ustalenia tożsamości źródeł dziennikarskich. W ocenie Trybunału stanowiły one poważniejsze naruszenie art. 10 *Konwencji*, mimo że nie znaleziono poszukiwanych materiałów. Trybunał wyraził zdumienie niezwykle szerokim zakresem przeszukania, który umożliwił dostęp do wszelkiej dokumentacji oraz zajęcie tej dokumentacji. W orzeczeniu podkreślono, że kroki podjęte przez władze krajowe były nieproporcjonalne i nie zachowały wymaganej równowagi pomiędzy ochroną dziennikarskich źródeł informacji z jednej strony i zwalczaniem oraz zapobieganiem popełnianiu przestępstw z drugiej strony. Trybunał stanowczo potępił przeszukanie w kancelarii adwokata reprezentującego dzien-

⁴³ Zob. Ernst i inni przeciwko Belgii, orzeczenie z 15 lipca 2003 r., skarga nr 33400/96, *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1091–1099.

⁴⁴ M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu – przegląd orzecznictwa (październik–grudzień 2005 r.)*, op. cit., s. 180.

nikarza, stwierdzając, że doszło w trakcie niego do złamania prawa do prywatności. Zgodzić się należy z komentującym wspomniane orzeczenie I.C. Kamińskim, który wskazuje, że dziennikarze oraz osoby przekazujące im wiadomości muszą mieć gwarancje, że „prokuratura i sądy nie zarządzą pochopnie czynności zmierzających do wykrycia nazwiska informatora poprzez przeszukanie redakcji, mieszkania dziennikarza, zajęcie komputerów, notatek itd.” Generalnie, Trybunał dopuszcza jednak działania mające na celu poznanie tożsamości informatora dziennikarza, ale tylko wówczas, gdy działanie informatora stanowi bardzo groźne naruszenie prawa, a sprawcy nie można wykryć w inny sposób. W każdym razie nie można zarządzać przeszukania każdego pomieszczenia i zajmowania każdej dokumentacji⁴⁵.

Na marginesie wypada zauważyć, iż w Polsce obowiązuje w odniesieniu do tajemnicy dziennikarskiej znacznie wyższy standard, gdyż w myśl art. 180 § 3 k.p.k. nie jest możliwe zwolnienie przez organy procesowe, także przez sąd i prokuratora, dziennikarza od obowiązku zachowania w tajemnicy danych umożliwiających identyfikację osoby udzielającej informacji o publikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie swoich danych. Treść przywołanego przepisu jest identyczna z dyspozycją art. 15 ust. 2 pkt 1 pr. pr. Jako sprzeczne z tymi zakazami, zmierzające do obejścia prawa, niezgodne z literą i duchem orzeczeń Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu wypada uznać głosy pojawiające się w publicystyce prawniczej i wspomniane zakazy nie stoją na przeszkodzie zarządzaniu przeszukań mieszkań prywatnych i redakcji, kontroli korespondencji, w tym także prób wydobywania informacji o informatorach poprzez analizę tzw. billingów telefonicznych.

Sprawa dopuszczalności przeszukań w mieszkaniach i redakcjach oraz żądań władz publicznych zmierzających do tego, aby dziennikarze ujawnili swoich informatorów, była jeszcze kilkakrotnie przedmiotem analiz Trybunału. Znamienne jest stanowisko wyrażone przez Trybunał w sprawie Ernst i inni przeciwko Belgii na tle skargi dziennikarzy, wobec których (z racji podejrzeń, że korzystają z „przecieków” informacyjnych ze środowiska prokuratorów) zarządzono takie kompleksowe przeszukanie. Trybunał, uznając, że władze publiczne dopuściły się naruszenia art. 10 i 8 *Konwencji* stwierdził, że ochrona źródeł dziennikarskich jest jednym z kamieni węgielnych wolności prasy. Brak takiej ochrony mógłby zniechęcić osoby informujące dziennikarzy do udzielania pomocy prasie w przekazywaniu społeczeństwu wiadomości o sprawach publicznie ważnych. W rezultacie – jak zauważył Trybunał – prasa miałaby gorsze warunki do wypełniania swej niezastąpionej roli „psa łańcuchowego” (sic!!! – przyp. J.S., ang. *watchdog*), a jej możliwość przekazywania informacji precyzyjnych i wiarygodnych byłaby bardzo

⁴⁵ Roemen i Schmit przeciwko Luksemburgowi, orzeczenie z 25 lutego 2003 r., skarga nr 51722/99; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 659–666; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1068–1072.

osłabiona. Trybunał dodał, że ze względu na znaczenie ochrony źródeł informacji dziennikarskiej dla wolności prasy w społeczeństwie demokratycznym środek ograniczający w zakresie tajemnicy źródła dziennikarskiego może być uznany za zgodny z art. 10 *Konwencji*, jeśli jest usprawiedliwiony ważniejszymi od wolności prasy względami interesu publicznego.

Przypominając, iż w Polsce tajemnica dziennikarska w zakresie osobowego źródła informacji ma charakter bezwzględny (co oznacza, iż żadna z władz nie jest władna zwolnić dziennikarza od takowej tajemnicy), należy uznać obowiązujący w Polsce standard za bardziej odpowiadający wymogom wolności wypowiedzi, gdyż możliwości uchylecia tej tajemnicy zawsze sprowadzałyby się do subiektywnych ocen i miałyby charakter woluntarystyczny. Trybunał zauważył, że w walce z naruszeniami tajemnicy śledztwa organa publiczne zawsze napotykać będą trudności z ustaleniem „miejsca przecieku” i zebraniem dowodów. Dlatego też może się okazać konieczne sięganie po określone środki, takie jak przeszukanie mieszkań i zajęcia przedmiotów dla ustalenia materialnych dowodów przestępstwa.

Przepisy i praktyka muszą jednak zapewniać odpowiednie i wystarczające gwarancje zapobiegające nadużyciom. Nie mogą one się sprowadzać tylko do gwarancji proceduralnych. Szeroko zredagowane nakazy przeszukań w sprawie Ernst i inni przeciwko Belgii, brak precyzyjnego określenia w nich miejsca przeszukania i przedmiotów, które miały być ujawnione, dawały zbyt szerokie uprawnienia, tym bardziej że zajęto wiele materiałów – dysków, dyskietek, z których część skopiowano. Taki zakres przeszukania uznał Trybunał za naruszający art. 8 *Konwencji* i nieproporcjonalny do założonych celów. Trybunał zauważył, że władze publiczne przy wykonywaniu funkcji kontrolnej w sferze ograniczeń wynikających z art. 10 ust. 2 *Konwencji* mają obowiązek rozważać równowagę interesów zawsze na korzyść wolności prasy w społeczeństwie demokratycznym.

Niezmiernie ciekawa jest jedna z ostatnich konstatacji, zawarta w uzasadnieniu orzeczenia, a mianowicie, że miejsce zamieszkania w rozumieniu art. 8 *Konwencji* to nie tylko dom, mieszkanie, lecz także biuro bądź kancelaria osoby wykonującej wolny zawód. Są nim także również biura spółki kontrolowanej przez osobę fizyczną, w tym również siedziby oddziałów i inne pomieszczenia służbowe⁴⁶.

8. Swoboda wypowiedzi a wydarzenia historyczne

Europejski Trybunał, rozpoznając skargę na sądy francuskie, które dopatrzyły się przestępstwa pochwalania zbrodni kolaboracji w ogłoszeniu, w którym przedstawiono w chronologicznym porządku główne etapy działalności publicznej marszałka Pétaina w latach 1916–1945, z podkreśleniem, że była ona korzystna

⁴⁶ Zob. Ernst i inni przeciwko Belgii, orzeczenie z 15 lipca 2003 r., skarga nr 33400/96; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1091–1099.

dla Francji, również w okresie rządów Vichy, a którego autorzy przyznali w toku procesu, iż chcą rehabilitacji marszałka i rewizji wyroku z 1945 r., stwierdził, że publiczna debata o wydarzeniach historycznych jest chroniona art. 10 Europejskiej Konwencji. Podkreślił także, że nawet jeśli wypowiedzi w takiej debacie prowadzą do ponownego otwarcia sporu i powrotu pamięcią do cierpień z przeszłości, to jednak „upływ czasu nie pozwala tak samo surowo oceniać ich po czterdziestu latach, jak po dziesięciu lub dwudziestu”. Jest to – zdaniem Europejskiego Trybunału – część wysiłku, „który każdy kraj musi podjąć, aby umożliwić otwartą i pozbawioną emocji dyskusję na temat własnej historii”. Dodał jednak, że usprawiedliwienie polityki pronazistowskiej nie mogłoby korzystać z ochrony przewidzianej art. 10 Europejskiej Konwencji⁴⁷.

9. Swoboda rejestracji czasopism

Bardzo ważne z polskiego punktu widzenia było stanowisko Trybunału w sprawie odmowy rejestracji przez sąd czasopism: „Miesięcznik społeczno-polityczny »Europejski Sąd Moralny«” oraz „Niemcy – Polski Wróg Tysiąclecia”. Jako powód odmowy wskazano mijanie się w tytule z prawdą, a więc niezgodny z rzeczywistością stan rzeczy. Na tle tej sprawy Trybunał wyraził niezwykle istotny pogląd, że sądowy charakter rejestracji tytułów prasowych jest ważnym zabezpieczeniem wolności prasy. Przeczy to w tej sytuacji pojawiającym się w publicystyce prawniczej poglądom, że konieczność rejestracji narusza wolność prasy. Trybunał zauważył jednak, że decyzje sądów w zakresie rejestracji muszą być zgodne z zasadami *Konwencji*. Rozwijając to sformułowanie, stwierdzono, że art. 10 *Konwencji* nie zakazuje nakładania wstępnych ograniczeń na publikacje. Jednakże zagrożenia związane ze wstępnymi ograniczeniami są na tyle poważne, że wymagają skrupulatnej kontroli ze strony Trybunału. Jednym z wymagań wynikających z pojęcia *przewidziany przez prawo* jest przewidywalność środka, który organy państwowe mogą zastosować w danej sytuacji. Norma nie może być uważana za prawo, jeśli nie została sformułowana na tyle precyzyjnie, aby umożliwić obywatelowi uregulowanie swojego postępowania. Obywatel powinien być w stanie, korzystając w razie konieczności z odpowiedniej porady, przewidzieć w stopniu uzasadnionym okolicznościami konsekwencje, które może pociągać za sobą określone zachowanie. Chociaż art. 10 *Konwencji* nie zakazuje nakładania wstępnych ograniczeń na publikacje, prawo właściwe w danej sprawie powinno w sposób jasny wskazywać okoliczności, w których takie ograniczenia są dopuszczalne, a tym bardziej takie okoliczności, których następstwem konkretnego ograniczenia jest całkowite zablokowanie opublikowania czasopisma. Dzieje się tak ze względu

⁴⁷ Zob. Lehideux i Isorni przeciwko Francji, orzeczenie z 23 września 1998 r., RDJ 1998-VII; *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1176–1181.

na potencjalne zagrożenie, jakie z natury rzeczy owe wstępne ograniczenia stanowią dla swobody wypowiedzi gwarantowanej przez art. 10.

Zdaniem Trybunału, odmawiając w tej sytuacji rejestracji, sądy wprowadziły nowe, niewynikające z przepisów kryterium odmowy rejestracji w postaci żądania, aby tytuł zawierał prawdziwą informację. Trybunał podkreślił, że tytuł czasopisma nie jest oświadczeniem, a jego funkcja polega na identyfikacji czasopisma na rynku prasowym. Trybunał stwierdził, że przepisy, na które powołał się sąd, były niejasne (zob. Gawęda przeciwko Polsce, orzeczenie z 14 marca 2002 r., skarga nr 26229/95; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1057–1060⁴⁸). Stanowisko Trybunału spotkało się z aprobatą doktryny.⁴⁹ Warto zauważyć, że w literaturze jeszcze przed zajęciem stanowiska przez Trybunał wskazano, iż odmowa rejestracji była bezpodstawna.⁵⁰ Wydaje się, że sądy polskie, odmawiając rejestracji pisma pod prowokującym tytułem, w którym zaakcentowano, iż Niemcy to wróg Polski, kierowały się zbyt dużą – jak się okazało – poprawnością polityczną, starając się nie dotknąć zachodniego sąsiada, i dlatego wykreowały pozaustawowy wymóg prawny, jakim miałyby być § 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie rejestru dzienników i czasopism⁵¹. W paragrafie tym stwierdzono, że sąd nie może zarządzić wpisu do rejestru, jeżeli wpis ten byłby niezgodny z przepisami prawa lub istniejącym stanem rzeczy. Pojęcie *istniejący stan rzeczy* sądy polskie interpretowały jako stan dotyczący nie kwestii związanych z istnieniem tytułu prasowego, lecz z wypadkami historycznymi, o których ten tytuł mówi, dokonując w ten sposób pewnej oceny procesu dziejowego. Była to niewątpliwie nieuprawniona, rozszerzona wykładnia § 5 wspomnianego rozporządzenia, w dodatku naruszająca swobodę wypowiedzi gwarantowaną przez art. 10 Konwencji.

10. Swoboda wypowiedzi w sprawach budzących publiczne zainteresowanie

Wśród spraw relacjonowanych przez prasę, co do których pojawiły się kontrowersje dotyczące zakresu wolności słowa, Trybunał – oprócz spraw w debacie politycznej, spraw związanych z działalnością wymiaru sprawiedliwości, odnoszących się do ochrony dóbr osobistych przed groźbą zniewagi – wyróżnił grupę spraw budzących publiczne zainteresowanie i zatroskanie. Kryteria wydzielenia tej grupy wydają się dość niejasne. Trudno oddzielić te sprawy od wypowiedzi w debacie politycznej. Trybunał usiłował sprecyzować takowe kryteria w sprawach Thorgeir Thorgeirson przeciwko Islandii oraz Nilsen i Johnsen prze-

⁴⁸ I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 702–707.

⁴⁹ Zob. A. Wiśniewski, glosa aprobuująca, „Przegląd Sejmowy” 2002, nr 6, s. 94–99.

⁵⁰ J. Sobczak, *Ustawa prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 287–288.

⁵¹ Dz.U. Nr 46, poz. 275 ze zm.

ciwko Norwegii (zob. niżej), aczkolwiek wywody jego w tym zakresie trudno uznać za jasne i całkowicie precyzyjne.

Do orzeczeń wydanych w tego typu sporach należy wyrok w sprawie *Bładet Tramsø A/s i Stensaas przeciwko Norwegii*. W uzasadnieniu Trybunał stwierdził, że rola prasy polega na pobudzaniu dyskusji i udziale w debatach wokół spraw, które rodzą publiczne zatroskanie. Jakkolwiek środki przekazu nie mogą przekroczyć granic określonych interesem ochrony dobrego imienia osób prywatnych, to jednak mają obowiązek przekazywania informacji dotyczących spraw wzbudzających publiczne zainteresowanie. Z jednej strony prasa ma obowiązek przekazywania informacji, z drugiej – społeczeństwo ma prawo je otrzymywać. W tej działalności prasa jest uprawniona na opieraniu się na treści urzędowych raportów bez konieczności weryfikowania ich treści i dokonywania niezależnych ustaleń. Trybunał podkreślił, że prasa relacjonując sprawy, które budzą publiczne zatroskanie, może się opierać na tego typu raportach. Ochrona zagwarantowana w art. 10 *Konwencji* w związku z takimi relacjami jest oparta – jak podkreślono – na uznaniu, że dziennikarze działają w dobrej wierze, zgodnie z dziennikarską etyką.

Nakładanie w przypadku relacji o sprawach budzących publiczne zainteresowanie i zatroskanie zbyt daleko idących wymagań powoduje, że dziennikarze nie są w stanie wypełniać swych zadań. Może to też zniechęcać prasę do uczestniczenia w dyskusjach o sprawach stanowiących przedmiot uzasadnionego zatroskania opinii publicznej. Swoboda prasy nie jest jednak nieograniczona, piszący muszą pamiętać o ciężących na nich obowiązkach oraz odpowiedzialności. Jest to szczególnie ważne, gdy dochodzi do ataku na dobre imię jednostki. Zasadą umożliwiającą prasie udział w publicznych dyskusjach wokół spraw rodzących publiczne zatroskanie jest uznanie, że dziennikarze mogą polegać na urzędowych materiałach i dokumentach powstałych na oficjalne zamówienie. Takich dokumentów prasa nie musi samodzielnie weryfikować, chyba że istnieją poważne podstawy do podważenia ich wiarygodności. Kryterium oceny, czy dziennikarz wypełnił swoje obowiązki, jest zachowanie profesjonalnej rzetelności⁵².

Rozpoznając sprawę z wniosku pisarza skazanego za opublikowanie dwóch artykułów, w których zarzucił niektórym policjantom brutalne postępowanie, Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że nie ma podstaw, aby – opierając się na jego orzecznictwie – rozróżniać dyskusję polityczną i debatę w innych prawach budzących publiczne zainteresowanie. W polskiej literaturze I.C. Kamiński zwrócił uwagę, że termin *sprawy budzące publiczne zainteresowanie* powinien być tłumaczony jako: „sprawy rodzące publiczne zainteresowanie i mające publiczne znaczenie”, gdyż – jak stwierdził – nie chodzi o „empiryczne»

⁵² Zob. *Bładet Tramsø A/s i Stensaas przeciwko Norwegii*, orzeczenie z 20 maja 1999 r., skarga nr 21980/93; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 972–976; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 228–241.

rzeczywiste zainteresowanie społeczeństwa jakimiś sprawami, lecz o zainteresowanie «normatywne», to znaczy dyktowane przez rangę zagadnień wynikającą z ich związku z pojęciem demokratycznego społeczeństwa, a więc centralną konstrukcją konwencji»⁵³. Trybunał przy tej okazji podkreślił, że chociaż art. 10 wiąże z wolnością wypowiedzi obowiązki i odpowiedzialność, to jednak korzystanie z tej swobody może podlegać jedynie ograniczeniom przewidzianym w art. 10 ust. 2. Zauważył także, że orzecznictwo Trybunału nie daje podstaw do twierdzenia, iż szczególnej ochronie podlega jedynie debata polityczna zakładająca bezpośredni lub pośredni udział obywateli w procesie podejmowania decyzji. Zdaniem Trybunału, debata dotycząca spraw budzących szczególne zainteresowanie odgrywa w demokratycznym społeczeństwie równie ważną rolę, jak dyskusja polityczna. W tej sytuacji musi korzystać z identycznej ochrony⁵⁴.

Trybunał rozpoznawał skargę z wniosku „Burgens Tidende”, największego dziennika regionalnego, wydawanego na zachodnim wybrzeżu Norwegii, na orzeczenie norweskiego Sądu Najwyższego, który zasądził zapłacenie jednemu z lekarzy, specjalście chirurgii plastycznej, odszkodowania z tytułu opublikowania artykułu o naturze i zaletach operacji plastycznych, w którym przedstawiono negatywne skutki wykonywanych przez tego lekarza operacji. Zdaniem Europejskiego Trybunału, art. 10 Konwencji nie gwarantuje nieograniczonej swobody wypowiedzi, nawet gdy prasa porusza zagadnienia rodzące poważne zatroskanie publiczne. Także w takiej sytuacji korzystanie z wolności słowa niesie ze sobą „obowiązki i odpowiedzialność”, co ma znaczenie szczególnie wówczas, gdy w grę wchodzi obrona dobrego imienia. Dlatego też dziennikarze muszą postępować zgodnie z zawodową etyką i działając w dobrej wierze, przekazywać dokładne i wiarygodne informacje. W dalszej części orzeczenia Europejski Trybunał zawarł interesujące stwierdzenia dotyczące warsztatu dziennikarskiego. Podkreślił, że technika wywiadu jest jednym z najważniejszych środków, dzięki którym prasa może pełnić rolę „publicznego kontrolera”. Trybunał, podobnie jak sądy krajowe, nie powinien zastępować swoimi poglądami ocen dziennikarzy co do wyboru technik relacji. Jakkolwiek – zdaniem Europejskiego Trybunału – wypowiedź grupy pacjentów o prywatnej klinice może mieć publiczne znaczenie, gdyż czytelnicy, jako potencjalni klienci, mają prawo wiedzieć, jak wygląda ryzyko zawodowe towarzyszące wykonywanej pracy. Komentujący orzeczenie na gruncie polskim I.C. Kamiński stwierdził, że nie można narzucać środkom przekazu, aby „zobiektywizowały” przekaz i „oderwały” go od konkretnych wydarzeń, czy też posłużyły się „spokojnymi” technikami przekazu⁵⁵.

⁵³ Zob. I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 219–227.

⁵⁴ Zob. Thorgeir Thorgeirson przeciwko Islandii, orzeczenie z 25 czerwca 1992 r., A. 239-A; *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1035–1037.

⁵⁵ Zob. Bergens Tidende i inni przeciwko Norwegii, orzeczenie z 2 maja 2000 r., skarga nr 26132/95; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1022–1028; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 309–321.

Trybunał stwierdził, że osoby, które uczestniczą w debacie publicznej, ale nie mającej charakteru politycznego, muszą akceptować fakt, że swoimi wypowiedziami narażą się na krytykę innych uczestników debaty. Nie zaakceptował natomiast – mimo pewnych wahań, które poświadcza stanowisko Komisji – poglądu, że sytuacja polityków i osób uczestniczących w debacie publicznej niczym się nie różni. Odrzucając tego typu supozycję, Trybunał zwrócił uwagę na podobieństwa sytuacji prawnej uczestników debaty publicznej i polityków, które sprowadzają się do tego, że uczestnik debaty musi wykazać większą tolerancję na krytykę niż zwykły obywatel. Analiza orzeczeń Trybunału nie pozwala jednak na jasne stwierdzenie, na czym miałyby polegać różnice między politykami a uczestnikami debat publicznych. Tak więc, wskazując podobieństwa, Trybunał pominął różnice, mimo że wyraźnie stwierdził, że sytuacja polityków i uczestników debaty publicznej nie jest identyczna⁵⁶. Przy okazji wspomnianej sprawy Trybunał stwierdził, że art. 10 ust. 2 *Konwencji* pozostawia dużo swobody nie tylko wypowiedziom politycznym, lecz także dyskusjom o sprawach publicznie ważnych. Jedne i drugie jednakże poważnie ogranicza. W tego typu dyskusjach pewna przesada powinna być – zdaniem Trybunału – tolerowana, zwłaszcza gdy gorąca i przedłużająca się debata dotyczy spraw budzących publiczne zainteresowanie, a w grę wchodzi zawodowa reputacja. Ograniczenia prawa do przekazywania i otrzymywania informacji dotyczących – dających się uzasadnić – zarzutów podlegają w tym samym stopniu kontroli co wypowiedzi służące ich odparciu, gdyż są częścią jednej i tej samej debaty publicznej.

Przy okazji przywoływanej już sprawy Jersild przeciwko Danii Trybunał zwrócił uwagę, iż wolność wypowiedzi pozwala na podejmowanie także w programach telewizyjnych, w formie wywiadów problemowych tak kontrowersyjnych, jak kwestia rasizmu i jego przyczyn. Wywołuje ona bowiem publiczne zatroskanie i zainteresowanie. Jakkolwiek nie może być mowy, iż rasistowskie poglądy nie są objęte ochroną *Konwencji*, to zaprezentowanie ich w formie szokującego wywiadu należało uznać za uzasadnione. Trybunał nie podzielił poglądów, że tego typu materiał powinien być opatrzony równoważącym bądź krytycznym komentarzem. Takiego komentarza domagali się członkowie składu występujący ze zdaniem odrębnymi. Nie podzielając tych stanowisk, Trybunał w uzasadnieniu wskazywał, że program, w którym prezentowano rasistowskie wypowiedzi, był adresowany do „wytrobionego” widza, a negatywny stosunek dziennikarza do tych treści nie budził wątpliwości⁵⁷.

⁵⁶ Nilsen i Johnsen przeciwko Norwegii, orzeczenie z 25 listopada 1999 r., skarga nr 23118/93; *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1001–1005; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, op. cit., s. 261–273.

⁵⁷ Zob. Jersild przeciwko Danii, orzeczenie z 23 września 1994 r.

11. Swoboda wypowiedzi a odpowiedzi na krytykę prasową

Trybunał w orzecznictwie swoim praktycznie nie podejmował problemu odpowiedzi na krytykę prasową zarówno w formie sprostowania, jak i repliki. Ton uzasadnień licznych orzeczeń pozwalał wnioskować, że Trybunał uznaje tego rodzaju prawo za jedną z gwarancji swobody wypowiedzi. Dlatego też z pewnym zdziwieniem należy odnotować stanowisko zawarte w decyzji z 2005 r., w której stwierdza, że prawo do repliki jest ważnym elementem wolności wypowiedzi chronionej dyspozycją art. 10 Konwencji, z tym jednak, że prawo to – zdaniem Trybunału – nie przyznaje nieograniczonej swobody w dostępie do środków przekazu. Teza ta jest godna aprobaty. Zazwyczaj, tak jak w systemie prawa polskiego, prawo do sprostowania bądź odpowiedzi jest dość ściśle reglamentowane. Trybunał jednak uzupełnił tę tezę stwierdzeniem, że prywatne środki przekazu powinny w zasadzie korzystać ze swobody redakcyjnej, decydując o publikacji listów prywatnych. Dodał przy tym, że w wyjątkowych okolicznościach można jednak w sposób uprawniony wymagać opublikowania *a retraction* lub przeprosin⁵⁸. Stanowisko Trybunału w tym względzie budzi sprzeciw. Po pierwsze, jest niezrozumiałe oddzielenie prywatnych środków przekazu od pozostałych. Niewiadomo, według jakiego kryterium miałyby to nastąpić, i dlaczego Trybunał zdecydował się uprzywilejować właśnie te środki. Wydaje się, że w dzisiejszych czasach większość środków przekazu ma charakter „prywatny”, należąc do rozmaitego rodzaju spółek, korporacji itd. Po drugie, czym innym jest publikacja listów, które wyrażają pogląd jakiejś osoby na mniej lub bardziej ważne przejawy życia publicznego, a czym innym prawo do zamieszczenia sprostowania lub odpowiedzi. Po trzecie, nie sposób dociec, jakie to „wyjątkowe okoliczności miał na względzie Trybunał wtedy, gdy do nich tylko ograniczał możliwość zamieszczenia sprostowań.

12. Wnioski

Dokonany przegląd orzeczeń Europejskiego Trybunału w Strasburgu, z konieczności na pewno niepełny, ale uwzględniający najważniejsze orzeczenia dotyczące swobody wypowiedzi i wszystkie problemy, które w toku pracy Trybunału przyszło w tej płaszczyźnie rozstrzygnąć, prowadzi raczej do pesymistycznych wniosków. Nie dotyczą one meritum zagadnienia, gdyż w tym zakresie generalnie nie sposób nie podzielić stanowisk wyrażonych w omawianych orzeczeniach. Wątpliwości i kwestie dyskusyjne, wynikające w dużej mierze – jak się przynajmniej wydaje – z faktu, iż większość sędziów Trybunału to osoby głęboko osa-

⁵⁸ Zob. Mylnuchuk przeciwko Ukrainie, decyzja Izby z 5 lipca 2005 r., skarga nr 28743/03; M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (lipiec–wrzesień 2005)*, „Palestra” 2006, nr 1–2, s. 166.

dzone w innej niż polska kulturze i tradycji prawnej, zostały podniesione wyżej, w tekście. Można przypuszczać, że na stanowisko Trybunału miała wpływ nie tylko konwencja prawa rodzimego poszczególnych sędziów, co szczególnie dobitnie dało się zaobserwować wtedy, kiedy do głosu dochodziły konstrukcje prawne *common law*, lecz także – co wydaje się niebagatelne w odniesieniu do wolności wypowiedzi – przyzwyczajenie do innych standardów dziennikarstwa (zarówno w sferze rzetelności warsztatowej, jak i poszanowania praw innych osób). Wspomniany pesymizm wynika z faktu, że mimo istniejących w Polsce zbiorów orzeczeń Europejskiego Trybunału w Strasburgu opracowanych jak dotąd w kilku tomach przez M.A. Nowickiego, przeglądów orzeczeń dokonywanych przez niego na łamach „Palestry”, osobnego zbioru I.C. Kamińskiego, orzeczenia te są w praktyce słabo znane, a cytowane bywają najczęściej niedokładnie, tak że wyrwa się z tekstu uzasadnienia część, która ma służyć poparciu wygodnej dla kogoś tezy. Postępują tak najczęściej dziennikarze, częstokroć zmuszani do modnego obecnie kondensowania tekstów, dzięki któremu przekaz ma być łatwiejszy w odbiorze. Jednak nie tylko oni są sprawcami takich manipulacji. Zapomina się często, że stanowisko Trybunału bywa bardzo kontrowersyjne. Kto z polskich dziennikarzy, a nawet uczonych chce wiedzieć i pamiętać, że Europejski Trybunał w Strasburgu jest gotów zaakceptować istnienie cenzury prewencyjnej, że godzi się i aprobejuje zabezpieczenie powództwa przez zakaz publikacji, że nie jest wcale zwolennikiem bezwzględnej tajemnicy dziennikarskiej.

Godzi się zauważyć, że w Polsce cenzura prewencyjna jest zakazana przez konstytucję, że zabezpieczenie powództwa w formie zakazu publikacji może być orzekane tylko wyjątkowo, a nie ma władzy publicznej, która byłaby władna zwolnić dziennikarza od tajemnicy dziennikarskiej co do osobowego źródła informacji. Z drugiej strony, dziennikarze – w praktyce bezkarnie opluwający sądy i sędziów, szydzący z orzeczeń, wiedzący zawsze lepiej od składów orzekających, jaki powinien zapaść wyrok – na pewno ze zdziwieniem przyjmą standardy, jakie formułuje Trybunał wobec tzw. sprawozdawczości sądowej. Mnożące się orzeczenia Trybunału zawierają w treści swych uzasadnień myśli ważne i głębokie. Ale wielowątkowość spraw powoduje, że tylko niektóre z nich są szerzej znane. Czas najwyższy, aby opracować jakiś system pozwalający w sposób szybki dotrzeć do odpowiednich haseł, słów kluczowych w poszczególnych orzeczeniach. Szukanie podstawowych treści takich haseł, jak „swoboda wypowiedzi”, „tajemnica dziennikarska”, jest dalece niewystarczająca. Model kształcenia na wydziałach prawa polskich szkół wyższych zasada się na egzekwowaniu treści aktu prawnego. W jego zrozumieniu służą mają podręczniki, a pomocą dla bardziej zaawansowanych – komentarze. Okazuje się to daleko niewystarczające, gdyż orzeczenia Trybunału dowodzą, iż system *common law* wdarł się „tylnymi drzwiami” na kontynent. Dziś sędziowie nie mogą nie znać orzeczeń Europejskiego Trybunału w Strasburgu. Muszą pamiętać o nich adwokaci i prokuratorzy. Kształcić się na nich winni także studenci.

KATARZYNA DUDKA

FORMY UDZIAŁU ORGANIZACJI SPOŁECZNEJ
W PROCESIE KARNYM**1. Wprowadzenie**

Kiedy mowa o udziale organizacji społecznej w procesie karnym, przede wszystkim mamy na myśli jej udział w charakterze przedstawiciela społecznego. Instytucja ta, niestety, nie cieszy się zainteresowaniem społecznym, a aktywność organizacji społecznych w tej właśnie roli jest znikoma¹. Na gruncie poprzedniego stanu prawnego uzasadniano ten stan rzeczy przede wszystkim ograniczeniem praw przedstawiciela społecznego i jego bezstronną pozycją w procesie karnym². Wydaje się jednak, że przyczyn należy szukać przede wszystkim w panującym ówczesnie ustroju i systemie społeczno-gospodarczym, braku demokracji życia społecznego oraz istniejącym w różnym stopniu uzależnieniu organizacji społecznych od władzy państwowej, a także w samym rodowodzie tej instytucji, wprowadzonej do polskiego procesu karnego kodeksem postępowania karnego z 1969 r. Tymczasem udział organizacji społecznej w procesie karnym ma swoje głębokie uzasadnienie. Stanowi formę swoistej kontroli nad działalnością organów wymiaru sprawiedliwości, jest jedną z gwarancji bezstronności sądu w procesie karnym, zapewnia lepszą ochronę praw człowieka w postępowaniu karnym, a także stanowi miernik demokracji życia społecznego.

Zapomina się przy tym, że zakres udziału organizacji społecznej w procesie karnym jest znacznie szerszy niż tylko rola przedstawiciela społecznego. Obejmuje pięć ról procesowych: pokrzywdzonego, poręczyciela społecznego, przedstawiciela społecznego, zawiadamiającego o przestępstwie oraz podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo, działającego na podstawie art. 416 k.p.k. Niektóre z tych ról (pokrzywdzonego i podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo) organizacja społeczna sprawuje we własnym interesie, pozostałe są realizowane w celu ochrony interesu społecznego lub ważnego interesu indywidualnego.

¹ W. Daszkiewicz, *Społeczni uczestnicy procesu karnego (uwagi de lege ferenda)*, „PiP” 1990, z. 5.

² W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, tom I, Poznań 1999, s. 288.

2. Organizacja społeczna jako rzecznik interesu społecznego lub indywidualnego

Zgodnie z art. 90 § 1 k.p.k., jeżeli istnieje potrzeba ochrony interesu społecznego lub ważnego interesu indywidualnego, w postępowaniu sądowym ma prawo wystąpić przedstawiciel społeczny. Jest to reprezentant organizacji społecznej, której statutowym celem jest ochrona tych właśnie dóbr, a w szczególności ochrona wolności i praw człowieka. Przedstawiciel społeczny nie musi, w przeciwieństwie do poręczyciela społecznego, występować w celu ochrony interesu indywidualnego osoby, która jest członkiem tej organizacji, nie jest on bowiem reprezentantem strony procesowej, a jego działania są niezależne od działań stron³. Nie ulega jednak wątpliwości, że może on wspierać jedną ze stron, jeśli uzna, że wymaga tego interes społeczny lub ważny interes indywidualny tej strony.

Zgłoszenie się przedstawiciela społecznego jest możliwe zarówno przed sądem I, jak i II instancji, przy czym musi ono nastąpić przed rozpoczęciem przewodu sądowego. Zgłoszenie powinno zawierać wskazanie przedstawiciela, który będzie reprezentował organizację społeczną, a przedstawiciel jest zobowiązany do przedstawienia pisemnego upoważnienia. Za poważne ograniczenie praw organizacji społecznej należy uznać uzależnienie jej wystąpienia w procesie karnym w roli przedstawiciela społecznego od decyzji sądu. W myśl art. 90 § 3 k.p.k. sąd dopuszcza przedstawiciela organizacji społecznej, jeżeli leży to w interesie wymiaru sprawiedliwości. Uzależnienie dopuszczenia organizacji społecznej do udziału w sprawie od interesu wymiaru sprawiedliwości oznacza, że decydujące znaczenie o tym, czy w procesie będzie działał przedstawiciel społeczny, ma kryterium nieostre, w dodatku nie poddane żadnej weryfikacji, bowiem na postanowienie o niedopuszczeniu organizacji społecznej do udziału w postępowaniu nie przysługuje zażalenie.

Zdaniem Sądu Najwyższego, z interesem wymiaru sprawiedliwości mamy do czynienia wtedy, gdy chodzi o osiągnięcie optymalnych warunków mających na celu wydanie słusznego orzeczenia. Dopuszczenie przedstawiciela społecznego do udziału w sprawie leży w interesie sprawiedliwości, w sytuacji gdy organ procesowy może od niego oczekiwać pomocy w osiągnięciu tych optymalnych warunków⁴. Ze względu na ocenny charakter przesłanek dopuszczenia organizacji społecznej do udziału w sprawie w roli przedstawiciela społecznego należy *de lege ferenda* postulować wprowadzenie do kodeksu postępowania karnego kontroli zażaleniowej decyzji o odmowie dopuszczenia organizacji społecznej do udziału w sprawie.

Zakres uprawnień przedstawiciela społecznego w procesie karnym jest określony bardzo ogólnikowo w art. 91 k.p.k. Przepis ten stanowi, że może on uczestniczyć w rozprawie, wypowiadać się i składać oświadczenia na piśmie. Nie ma

³ Tak też A. Wierciński, *Przedstawiciel społeczny w polskim procesie karnym*, Poznań 1978, s. 33.

⁴ Uchwała SN z dnia 27 września 1980 r. – U 1/80, OSNKW 1980, Nr 10–11, poz. 79.

żadnych wskazówek odnośnie do tego, co miałyby być treścią wypowiedzi zarówno ustnych, jak i pisemnych. Wydaje się, że zakres wystąpień przedstawiciela społecznego wyznacza cel jego działania, którym jest ochrona interesu społecznego lub ważnego interesu indywidualnego⁵. Może on zatem przedstawić pogląd istotny dla sprawy, a także wypowiadać się co do przebiegu postępowania. Jeśli sąd uzna to za potrzebne, przedstawiciel społeczny może również wziąć udział w postępowaniu wywodowym, przemawiając przed obrońcą oskarżonego i samym oskarżonym. Co prawda art. 91 k.p.k. nie przewiduje dostępu do akt sprawy przedstawiciela społecznego, ale powinny mu być one udostępnione w celu efektywniejszego przygotowania się do udziału w sprawie. Podstawę do dostępu do akt sprawy można obecnie wywodzić z art. 156 § 1 k.p.k., zgodnie z którym prezes sądu może wyrazić zgodę na udostępnienie akt sprawy osobom innym niż strony i ich przedstawiciele, podmiot określony w art. 416 k.p.k. oraz przedstawiciele ustawowi. Jest zasadne, aby umożliwić dostęp przedstawicielowi społecznemu do akt sprawy na tych samych zasadach, jakie przysługują podmiotom, o których była mowa wyżej. Swobodny dostęp do akt pozwoli bowiem organizacji społecznej na lepsze przygotowanie się do sprawy i ocenę, czy rzeczywiście istnieje interes społeczny lub ważny interes indywidualny uzasadniający jej udział w postępowaniu.

3. Organizacja społeczna jako pokrzywdzony

Najszerze prawa w procesie karnym daje organizacji społecznej status pokrzywdzonego. Pokrzywdzonym w procesie karnym organizacja społeczna staje się, zgodnie z art. 49 § 1 k.p.k., z chwilą bezpośredniego naruszenia lub zagrożenia przez przestępstwo jej dobra prawnego. O naruszeniu dobra prawnego można mówić przede wszystkim w przypadku dokonania przestępstwa, natomiast usiłowanie i karalne przygotowanie przestępstwa skutkuje jego zagrożeniem⁶. Z bezpośredniością mamy do czynienia, gdy sprawca realizuje czynność określoną czasownikowo w konkretnym przepisie, np. „podrabia lub przerabia” (art. 310 k.k.), „znieważa” (art. 216 k.k.)⁷. Przez *bezpośredniość* należy zatem rozumieć sytuację, gdy pomiędzy zachowaniem sprawcy a naruszeniem lub zagrożeniem dobra prawnego nie ma żadnych ogniów pośrednich⁸. Zaakceptować wypada pogląd Sądu Najwyższego, zgodnie z którym o bezpośredniości naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego można mówić również w sytuacji, gdy przedmiotem ochrony jest nie dobro indywidualne, lecz bardziej ogólne, ale czyn zabroniony

⁵ Por. J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, tom. 1, Warszawa 1998, s. 354.

⁶ S. Śliwiński, *Proces karny. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 357.

⁷ Uchwała połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z 26 listopada 1976 r., VI KZP 11/75, OSNKW 1977, Nr 1-2, poz. 1.

⁸ W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2000, s. 212.

jednocześnie powoduje bezpośrednie pokrzywdzenie osoby, o której mowa w art. 49 § 1 i 2 k.p.k.⁹

W niektórych przypadkach organizacja społeczna, na mocy przepisów szczególnych, jest uprawniona do wykonywania praw pokrzywdzonego, nawet jeśli jej dobro prawne nie zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Art. 39 ust. 1 ustawy o ochronie zwierząt¹⁰ zezwala organizacji społecznej, której statutowym celem działania jest ochrona zwierząt, na wykonywanie praw pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa określone w art. 35 ust. 1 i 2 tej ustawy. Prawa te organizacja społeczna może realizować jednak wyłącznie wtedy, gdy nie działa pokrzywdzony. W tym przypadku organizacja społeczna nie jest pokrzywdzonym w znaczeniu materialnym, lecz jedynie wykonuje prawa niedziałającego lub nieistniejącego pokrzywdzonego.

Jako pokrzywdzony organizacja społeczna jest stroną postępowania przygotowawczego *eo ipso* (art. 299 § 1 k.p.k.), a w postępowaniu sądowym może uzyskać status strony, przyjmując jedną z trzech ról procesowych, tj. oskarżyciela posiłkowego, oskarżyciela prywatnego lub powoda cywilnego. Realizując prawa strony w postępowaniu przygotowawczym, organizacja społeczna może składać zawiadomienie o przestępstwie i wniosek o ściganie, który jednocześnie warunkuje dopuszczalność procesu karnego. Ma prawo cofnięcia wniosku o ściganie, przy czym może uczynić to w sprawie o każde przestępstwo wnioskowe, co do którego taki wniosek złożyła, ponieważ z istoty przestępstwa określonego w art. 197 k.k. wynika, że nie jest możliwe występowanie przez nią w charakterze pokrzywdzonego w sprawie o to właśnie przestępstwo. Do uprawnień pokrzywdzonej organizacji społecznej w postępowaniu przygotowawczym zaliczyć należy: uczestnictwo w czynnościach sprawdzających (art. 307 k.p.k.), udział w postępowaniu w niezbędnym zakresie (art. 308 k.p.k.), zaskarżanie postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego (art. 306 § 1 k.p.k.), zażalenie na „bezczyność” organu procesowego (art. 306 § 3 k.p.k.), prawo do składania wniosków o dokonanie czynności w toku postępowania przygotowawczego (art. 315 k.p.k.), udział pokrzywdzonego w czynnościach niepowtarzalnych i innych czynnościach (art. art. 316, 317, 318 k.p.k.), prawo żądania przesłuchania świadka przez sąd w przypadku niebezpieczeństwa niemożności przesłuchania świadka na rozprawie (art. 316 § 3 k.p.k.), prawo do przeglądania akt oraz sporządzania odpisów protokołów czynności i dokumentów (art. 156 § 5 k.p.k. i art. 157 § 3 k.p.k.), złożenie wniosku o przeprowadzenie mediacji (art. 23a § 1 k.p.k.), prawo do zaskarżania decyzji procesowych wydawanych w czasie trwania postępowania przygotowawczego (np. na postanowienie w przedmiocie uchylecia lub zmiany środka zapobiegawczego, o ile posiada gravamen), prawo do złożenia powództwa cywilnego (art. 62 k.p.k.),

⁹ Uchwała połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z 26 listopada 1976 r., VI KZP 11/75, OSNKW 1977, Nr 1-2, poz. 1, por. K. Dudka, *Skuteczność instrumentów ochrony praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w świetle badań empirycznych*, Lublin 2006, s. 21.

¹⁰ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt, t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 106, poz. 1002.

żądania zabezpieczenia roszczeń majątkowych (art. 69 § 2 i 3 k.p.k.), złożenia wniosku o zasądzenie obowiązku naprawienia szkody z urzędu w trybie art. 46 k.k., prawo do żądania uzupełnienia postępowania przygotowawczego (art. 321 § 5 k.p.k.), zażalenie na postanowienie o umorzeniu śledztwa lub dochodzenia (art. 306 § 1 k.p.k.) oraz na postanowienie o zawieszeniu postępowania przygotowawczego (art. 22 § 2 k.p.k.), prawo do zaskarżania decyzji w przedmiocie dowodów rzeczowych (art. 323 § 2 k.p.k.), prawo do złożenia subsydiarnego aktu oskarżenia (art. 55 § 1 i 330 § 2 k.p.k.) oraz żądania przekazania powództwa cywilnego sądowi cywilnemu (art. 69 § 4 k.p.k.), prawo do informacji o przestaniu aktu oskarżenia do sądu (art. 334 § 2 k.p.k.). W postępowaniu jurysdykcyjnym poza uprawnieniami, które przysługują stronom w obu etapach postępowania karnego (jak prawo do zaskarżania decyzji procesowych czy prawo do informacji), organizacja społeczna, jeżeli uzyska status strony na skutek przyjęcia funkcji oskarżyciela posiłkowego, oskarżyciela prywatnego lub powoda cywilnego, może uczestniczyć w rozprawie oraz w posiedzeniach wskazanych w art. 339 § 1 oraz § 3 pkt 1,2 i 6 k.p.k., a także w posiedzeniu w przedmiocie warunkowego umorzenia postępowania (art. 341 § 1 k.p.k.¹¹), składać wnioski o zezwolenie na utrwalanie przebiegu rozprawy za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk (art. 358 k.p.k.), zadawać pytania osobowym źródłom dowodowym na rozprawie (art. 370 k.p.k.), wypowiadać się co do każdej kwestii wymagającej rozstrzygnięcia (art. 367 k.p.k.), a także w fazie przemówień stron (art. 406 k.p.k.).

Z treści art. 49 § 2 k.p.k. wynika, że organizacja społeczna może występować w procesie karnym w charakterze pokrzywdzonego nawet jeśli nie posiada osobowości prawnej, ponieważ o możliwości występowania w charakterze pokrzywdzonego decyduje nie zdolność do czynności prawnych, lecz zdolność prawna.¹² W imieniu organizacji społecznej w procesie karnym występuje organ uprawniony do działania w jej imieniu (art. 51 § 1 k.p.k.). Jednak w przypadku gdy postępowanie karne toczy się o czyn, którym wyrządzona została szkoda w mieniu instytucji społecznej, jeśli nie działa organ tej instytucji, jej prawa jako pokrzywdzonego w procesie karnym mogą realizować organy kontroli państwowej, które w zakresie swego działania ujawniły przestępstwo lub wystąpiły o wszczęcie postępowania (art. 49 § 4 k.p.k.). Pojęcie *niedziałania* organu pokrzywdzonej organizacji społecznej należy traktować szerzej niż wynika to z potocznego znaczenia tego słowa, a oznaczającego całkowity brak aktywności ze strony podmiotu uprawnionego do występowania w imieniu właściwego podmiotu. Należy podzielić pogląd J. Grajewskiego, że zakres pojęcia *nie działa* obejmuje sytuacje, gdy określona

¹¹ Prawo do udziału pokrzywdzonego w posiedzeniu w przedmiocie warunkowego umorzenia postępowania jest niezależne od tego, czy uzyskał on status strony w postępowaniu jurysdykcyjnym, co wynika wprost z treści art. 341 § 1 k.p.k. To samo dotyczy udziału pokrzywdzonego w posiedzeniu w przedmiocie skazania bez przeprowadzenia rozprawy na podstawie art. 335 k.p.k. (art. 343 § 5 k.p.k.).

¹² P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, tom 1, *Komentarz do art. 1 – 296*, (red.) P. Hofmański, Warszawa 2004, s. 280.

jednostka organizacyjna nie daje dostatecznych gwarancji czuwania nad interesami danej instytucji, np. ze względu na nieudolność kierownictwa, braki organizacyjne lub powiązania ze sprawcami przestępstwa, o które toczy się postępowanie. Ocena, czy organ pokrzywdzonej instytucji daje gwarancje należytej ochrony praw pokrzywdzonego, należy do organu procesowego¹³. W tym więc znaczeniu „niedziałanie” obejmie nie tylko brak jakiejkolwiek aktywności ze strony organu reprezentującego pokrzywdzoną organizację społeczną, lecz również podejmowanie czynności niewystarczających do ochrony jej praw albo ze zbędną zwłoką, która w rzeczywistości powoduje, że interesy pokrzywdzonego nie są realizowane.

4. Organizacja społeczna jako podmiot odpowiedzialny posiłkowo

W procesie karnym organizacja społeczna może we własnym interesie pełnić również funkcję podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo, o którym mowa w art. 416 k.p.k. Artykuł 52 k.k. przewiduje, że w wypadku skazania za przestępstwo przynoszące korzyść majątkową osobie fizycznej, prawnej lub jednostce organizacyjnej nie posiadającej osobowości prawnej, a popełnione przez sprawcę działającego w jej imieniu lub interesie, sąd zobowiązuje tę osobę lub jednostkę do zwrotu korzyści w całości lub w części na rzecz Skarbu Państwa. Nie dotyczy to sytuacji, gdy obowiązek zwrotu korzyści dotyczy zwrotu jej innemu podmiotowi. Z tak szerokiego zakreslenia w ustawie kręgu podmiotów zobowiązanych do zwrotu korzyści majątkowej wynika, że podmiotem tym może być również organizacja społeczna. Orzeczenie zwrotu korzyści majątkowej stanowi swego rodzaju *quasi* reakcję karną wobec podmiotu uzyskującego taką korzyść z przestępstwa popełnionego na jego rzecz albo w jego imieniu, zasadne było więc wyposażenie go w instrumenty, które pozwoliłyby mu na ochronę jego praw w procesie karnym.

Zgodnie z art. 167 k.p.k. podmiotowi odpowiedzialnemu posiłkowo przysługuje inicjatywa dowodowa, przy czym może on wyłącznie dowodzić okoliczności mających wpływ na zakres jego odpowiedzialności, w szczególności że sprawca nie działał w jego imieniu lub w jego interesie. Wydaje się jednak, że podmiot, o którym mowa, może również przedstawiać dowody świadczące o tym, że oskarżony nie popełnił przestępstwa, bowiem zobowiązanie przez sąd do zwrotu korzyści majątkowej będzie możliwe wyłącznie w przypadku wydania wyroku skazującego wobec oskarżonego. Jest on więc zainteresowany w tym, aby oskarżony został uniewinniony albo przynajmniej, by zapadło inne rozstrzygnięcie niż skazanie oskarżonego.

Podmiot odpowiedzialny posiłkowo ma prawo do udziału w rozprawie, w tym także tej, której jawność została wyłączona (*argumentum ex art. 361 § 1 k.p.k.*),

¹³ J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarze*, tom I, Komentarz do art. 1 – 424 k.p.k., Kraków 2003, s. 182.

do zadawania pytań osobom przesłuchiwanym (art. 171 § 2 k.p.k.) oraz zabrania głosu w toku postępowania wywodowego (art. 406 k.p.k.), do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza (art. 72 k.p.k.). Najważniejszym prawem podmiotu, o którym mowa w art. 416 k.p.k., jest uprawnienie do zaskarżenia wyroku sądu I instancji na podstawie art. 425 § 1 k.p.k., bowiem umożliwiałoby ono kontrolę przez sąd odwoławczy, a w konsekwencji zmianę niekorzystnej decyzji zobowiązującej go do zwrotu korzyści majątkowej.

Zgodnie z art. 416 § 4 k.p.k. do podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo stosuje się odpowiednio przepis art. 87 k.p.k. Problem w tym, że przepis ten przewiduje dwa odmienne uregulowania. Art. 87 § 1 k.p.k. zezwala stronie niebędącej oskarżonym na ustanowienie pełnomocnika, którym co do zasady jest adwokat, a w przypadkach określonych w art. 88 § 2 i 3 k.p.k. również radca prawny. Uprawnienie to nie doznaje żadnych ograniczeń, jedynie od woli strony zależy, czy będzie korzystała z pomocy pełnomocnika czy nie.¹⁴ Inaczej sprawa wygląda, gdy chodzi o ustanowienie pełnomocnika przez osobę niebędącą stroną. Art. 87 § 2 k.p.k. zezwala takiej osobie na ustanowienie pełnomocnika jedynie wtedy, gdy wymagają tego jej interesy w toczącym się postępowaniu. W dodatku zgodnie z art. 87 § 3 k.p.k. sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator może odmówić dopuszczenia do udziału w postępowaniu pełnomocnika, jeżeli uzna, że nie wymaga tego obrona interesów osoby niebędącej stroną. Na postanowienie w tym przedmiocie nie przysługuje zażalenie. Odwołanie się do wykładni językowej prowadziłoby do jednoznacznego wniosku, że korzystanie przez podmiot odpowiedzialny posiłkowo z pomocy pełnomocnika będzie możliwe tylko wtedy, gdy sąd lub prokurator nie sprzeciwią się temu, nie dopuszczając go do udziału w sprawie. Pogląd taki byłby jednak całkowicie nieuprawniony. Co prawda podmiot odpowiedzialny posiłkowo nie jest stroną w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania karnego, jednak fakt, że sąd rozstrzyga w przedmiocie jego interesów majątkowych, zbliża go – na co zwracał uwagę L.K. Paprzycki – do pozycji strony¹⁵. Wykładnia celowościowa pozwala na przyjęcie, że do podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo będzie miała zastosowanie regulacja zawarta w art. 87 § 1 a nie § 2 k.p.k., a ustanowienie pełnomocnika przez ten podmiot nie podlega weryfikacji przez organ procesowy.¹⁶

Występowanie w roli podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo wiąże się z koniecznością wypełniania kilku obowiązków. Na podstawie art. 416 § 4 w zw. z art.

¹⁴ Chociaż art. 416 § 4 k.p.k. nie daje bezpośredniego odwołania do art. 88 k.p.k., w rzeczywistości przepis ten będzie miał zastosowanie w stosunku do podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo. Reguluje on bowiem zakres uprawnień pełnomocnika w procesie karnym poprzez odpowiednie stosowanie regulacji dotyczących obrońcy. Uznać zatem należy, że podmiot odpowiedzialny posiłkowo ma prawo do żądania wyznaczenia mu pełnomocnika z urzędu, jeśli wykaże, że nie jest w stanie pokryć kosztów pełnomocnictwa bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i swojej rodziny.

¹⁵ J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Plachta, *Kodeks postępowania...*, op. cit., s. 1060.

¹⁶ Podobny pogląd reprezentuje R.A. Stefański, *Wniosek prokuratora o zwrot korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa*, „Prok. i Pr.” 1998, nr 3, s. 123 i n.

75 k.p.k. osoba reprezentująca organizację społeczną ma obowiązek stawiennictwa na wezwanie organu procesowego oraz informowania o zmianie siedziby organizacji. Zgodnie z art. 416 § 2 k.p.k. osoba ta jest przesłuchiwana przez sąd w charakterze świadka przed zakończeniem przewodu sądowego. Spoczywają zatem na niej wszystkie obowiązki świadka zarówno w zakresie stawiennictwa i pozostawania do dyspozycji organu procesowego, jak i w zakresie składania zeznań, mówienia prawdy i złożenia przyrzeczenia. Co prawda art. 416 § 3 k.p.k. przewiduje prawo tego świadka do odmowy składania zeznań, co sugeruje, że jako przepis szczególny wyłącza możliwość zastosowania do niego przepisów rozdziału 21 k.p.k. regulującego uprawnienia świadka (m.in. art. 182, 183, 185 k.p.k.), jednak brak podstaw do przyjęcia, że podmiot odpowiedzialny posiłkowo zeznający jako świadek nie ma prawa do uchylenia się od odpowiedzi na pytanie, jeśli odpowiedź naraziłaby jego lub osobę dla niego najbliższą na odpowiedzialność karną za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe (art. 183 § 1 k.p.k.), czy też, że nie może żądać wyłączenia jawności przesłuchania, jeśli treść jego zeznań mogłaby narazić jego lub osobę dla niego najbliższą na hańbę. Przepis art. 416 § 3 k.p.k. jest jedynie uzupełnieniem uprawnień świadka przewidzianych w rozdz. 21 k.p.k., bowiem art. 182 k.p.k. zezwala na odmowę składania zeznań jedynie osobie najbliższej dla oskarżonego, a art. 185 k.p.k. takie samo uprawnienie daje świadkowi, który pozostaje z oskarżonym w szczególnie bliskim stosunku osobistym¹⁷.

5. Organizacja społeczna jako poręczyciel społeczny

Organizacja społeczna ma prawo do wystąpienia w procesie karnym w charakterze poręczyciela społecznego. Art. 271 k.p.k. przewiduje m.in., że od organizacji społecznej, której oskarżony jest członkiem, można, na jej wniosek, przyjąć poręczenie, że oskarżony będzie się stawał na wezwanie organu procesowego i nie będzie w bezprawny sposób utrudniał postępowania karnego. Organizacja społeczna ma prawo złożenia poręczenia wyłącznie w stosunku do członka własnej organizacji. Powód takiego unormowania jest jasny. Tylko w przypadku gdy oskarżony jest członkiem danej organizacji, ma ona realny wpływ na zachowanie się oskarżonego i możliwości jego wymuszenia przez zastosowanie wobec niego środków dyscyplinujących, np. odpowiedzialność przed sądem koleżeńskim, zagrożenie wykluczeniem z organizacji, pozbawienie uprawnień związanych z członkostwem.

Z art. 271 § 1 k.p.k. wynika, że organ procesowy nie może z własnej inicjatywy zastosować środka zapobiegawczego w postaci poręczenia społecznego. Nie ma jednak przeszkód, by prokurator lub sąd, widząc zasadność jego zastosowania,

¹⁷ Por. D. Kaczorkiewicz, *Podmiot określony w art. 52 kodeksu karnego w roli świadka w procesie karnym*, „PS” 2006, nr 4, s. 11 i n.

zwrócił się do organizacji społecznej z pytaniem, czy nie chciałaby udzielić oskarżonemu takiego poręczenia. W takim przypadku jest konieczne, by organ procesowy poinformował organizację społeczną o treści stawianych oskarżonemu zarzutów, wynikających z poręczenia obowiązków oraz skutkach bezprawnego utrudniania postępowania przez oskarżonego, o których mowa w art. 273 i 274 k.p.k. Jeśli organizacja społeczna wyrazi wolę udzielenia oskarżonemu poręczenia, musi wystąpić z formalnym wnioskiem, podpisanym przez którykolwiek z podmiotów uprawnionych do reprezentowania tej organizacji na zewnątrz. Wniosek taki powinien spełniać wymogi pisma procesowego określonego w art. 119 k.p.k. oraz wskazywać osobę, która ma wykonywać obowiązki poręczyciela. Do wniosku należy dołączyć wyciąg z protokołu zawierającego uchwałę o podjęciu się poręczenia (art. 271 § 2 k.p.k.). Przyjęcie poręczenia wymaga sporządzenia protokołu zawierającego wskazanie treści zarzutów stawianych oskarżonemu, zakresu obowiązków poręczyciela, pouczenie o skutkach niewykonywania obowiązków poręczyciela oraz bezprawnego utrudniania postępowania przez oskarżonego, a także oświadczenie osoby wykonującej obowiązki poręczyciela w imieniu organizacji o podjęciu się obowiązków poręczającego (art. 271 § 3, 273 i 274 k.p.k.). Ten ostatni wymóg jest uzasadniony tym, że niewykonanie obowiązków poręczyciela skutkuje nałożeniem na niego kary porządkowej, o której mowa w art. 287 § 1 k.p.k. Na mocy art. 16 § 1 k.p.k. niepouczenie uczestnika procesu karnego o ciążących na nim obowiązkach lub mylne pouczenie nie może wywoływać dla niego negatywnych konsekwencji procesowych.

Poręczyciel społeczny w każdym przypadku, gdy poweźmie wiadomość o podejmowaniu przez oskarżonego czynności zmierzających do uchylecia się od stawiennictwa lub w inny sposób utrudniania postępowania, jest obowiązany niezwłocznie powiadomić o tym sąd lub prokuratora (art. 273 § 1 i 2 k.p.k.). Z kolei organ procesowy powinien poinformować poręczyciela o fakcie uchylania się oskarżonego od obowiązków procesowych, np. o niestawiennictwie na wezwanie, a w miarę potrzeby powiadomić organ nadrzędny nad poręczycielem o niewłaściwym wykonywaniu przez niego obowiązków poręczającego.

6. Organizacja społeczna jako podmiot składający zawiadomienie o przestępstwie

Stosunkowo najwęższy zakres uprawnień posiada organizacja społeczna, która składa do organów ścigania zawiadomienie o przestępstwie. Przez zawiadomienie o przestępstwie należy rozumieć oświadczenie wiedzy podmiotu, który je składa, o fakcie popełnienia przestępstwa. Zawiadomienie o przestępstwie może pochodzić od pokrzywdzonego oraz innych podmiotów, które powzięły uzasadnioną wiadomość o popełnieniu przestępstwa. Najczęściej jest to świadek zdarzenia, ale może być to również osoba trzecia, która dowiedziała się o popełnieniu

przestępstwa w inny sposób, np. od świadka naocznego (świadek *ex auditu*) albo przy okazji dokonywania czynności służbowych. Z punktu widzenia skutków złożenia zawiadomienia o przestępstwie nie ma znaczenia, czy doniesienie to pochodzi od pokrzywdzonego, czy od osoby trzeciej. W każdym wypadku organ procesowy zobligowany jest do podjęcia czynności prowadzących do wszczęcia postępowania karnego lub wydania postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia.

Chociaż zawiadomienie o przestępstwie jest oświadczeniem wiedzy, nie ulega wątpliwości, że zawiera zarazem co najmniej domniemaną wolę ścigania sprawcy przestępstwa wyrażoną przez składający je podmiot. Świadczą o tym chociażby uregulowania art. 306 § 1 i 3 k.p.k., które uprawniają podmiot zawiadamiający o popełnieniu przestępstwa do wniesienia zażalenia na postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego oraz zażalenia na bezczynność organu procesowego, jeśli w ciągu 6 tygodni od złożenia zawiadomienia nie uzyska on informacji o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania.

Organizacja społeczna ma społeczny obowiązek (nie wymuszony żadną sankcją karną ani administracyjną) zawiadomienia o przestępstwie ściganym z urzędu (art. 304 k.p.k.). W stosunku do zawiadamiających będących osobami fizycznymi, o ile nie są one pokrzywdzonymi, można dostrzec jej wyraźne uprzywilejowanie. Zgodnie bowiem z art. 306 § 1 k.p.k. instytucji społecznej przysługuje prawo do złożenia zażalenia na postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego, którego to prawa jest pozbawiona zawiadamiająca osoba fizyczna. Podmiotem uprawnionym do rozpoznania zażalenia jest sąd właściwy do rozpoznania sprawy (art. 465 § 2 k.p.k.). Tę nierówność podmiotów uprawnionych do złożenia zawiadomienia o przestępstwie można uzasadnić szczególną rolą, jaką organizacja społeczna pełni w procesie karnym. Skoro jej zadaniem jest ochrona interesu społecznego lub ważnego interesu indywidualnego, zasadne jest, by posiadała szersze uprawnienia niż osoby fizyczne składające zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa. Prawo do zaskarżenia postanowienia o odmowie postępowania przygotowawczego przysługuje organizacji społecznej, która złożyła zawiadomienie, tylko w odniesieniu do pierwszej decyzji o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego. Jeżeli sąd na podstawie art. 330 § 1 k.p.k. uchylił postanowienie o odmowie wszczęcia, a prokurator ponownie wyda decyzję odmawiającą wszczęcia śledztwa lub dochodzenia, organizacja społeczna nie może decyzji tej zaskarżyć. Zgodnie bowiem z art. 330 § 2 k.p.k. w opisanej sytuacji jedynie pokrzywdzony ma prawo, jako oskarżyciel posiłkowy, wystąpić do sądu z subsydiarnym aktem oskarżenia i to o ile wykorzystał uprawnienia wskazane w art. 306 § 1 k.p.k.

ZBIGNIEW JĘDRZEJEWSKI

POWSTANIE I ROZWÓJ
TRÓJELEMENTOWEJ DEFINICJI PRZESTĘPSTWA

Zgodność zachowania z ustawową istotą czynu (niem. *Tatbestandsmäßigkeit*), jego bezprawność (niem. *Rechtswidrigkeit*) oraz wina (niem. *Schuld*) są w nauce prawa karnego uznawane za elementy tzw. systematyki (systemu) przestępstwa. Pojęcia te w znaczeniu ściśle systemowym są jednak relatywnie młodymi „zdobycami” dogmatyki prawa karnego¹. Filarami systemu prawa karnego stały się dopiero bądź w ostatnich dekadach XIX, bądź na początku XX w. Do tej pory rozwijała się raczej nauka o tzw. przypisaniu czynu (*Zurechnungslehre* bądź *Imputationslehre*)². W XIX w. była reprezentowana szczególnie mocno przez heglowską naukę prawa karnego, ale w „systemie” heglistów całą naukę o przypisaniu wchłaniała nauka o czynie, w związku z tym raczej nie było tam miejsca dla oddzielnych kategorii bezprawności i winy³. W drugiej połowie XIX w. (lata siedemdziesiąte) wraz z nadejściem pozytywizmu i naturalizmu heglowska doktryna i metodologia ustępuje miejsca systematyce i doktrynie pojęciowej, klasyfikacyjnej i dedukcyjnej⁴.

G. Radbruch wyróżniał pięć znaczeń słowa *system*⁵. W pierwszym rzędzie logika formalna zna dwojaką systematykę. Po pierwsze, w drodze systemowej dedukcji dochodzi się do coraz nowszych konkluzji zgodnie z kierunkiem wynikania logicznego; rozumowanie dedukcyjne polega na udowodnieniu przypadku jednostkowego, wychodząc od zasady ogólnej (przykład: *Etyka* Spinozy). Istnieje również systemowa klasyfikacja, która poprzez dodawanie cech charakterystycznych schodzi od nadrzędnych do coraz to węższych pojęć podrzędnych (przykład: systematyka roślin Linneusza). Jednak oprócz logiki myślenia i systemów

¹ Na temat winy jako pojęcia systemowego zob. H. Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin 1974, s. 19 i n.

² Jej podstawy wypracował w szczególności S. Pufendorf. Zob. J. Hruschka, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1984, Bd. 96, s. 661 i n.; H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., Berlin 1996, s. 200.

³ H. Achenbach, *Historische und dogmatische...*, op. cit., s. 20.

⁴ H. Achenbach, *Historische und dogmatische...*, op. cit., s. 22.

⁵ G. Radbruch, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, (w:) *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16 August 1930*, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930, Aalen 1969, s. 158.

formalnologicznych, jest jeszcze logika rzeczy i systematyka rzeczowo-logiczna, która rzecz samą rozkłada na formę i materiał. Nazywana jest systematyką kategorialną (przykład: *Krytyki* Kanta). Oprócz tych systemów w sensie logicznym jest możliwa systematyka teleologiczna, porządkująca według celów i środków⁶. Wreszcie każdy z tych systemów może wystąpić w pewnej odmianie ułatwiającej zrozumienie problemu, służącej celom dydaktycznym. Zachowany w naszej tradycji prawnej pierwszy opracowany system, *Institutiones* Gaiusa (ok. 160 r.), był podręcznikiem, elementarnym wykładem prawa prywatnego, który w swoich czasach nie wywarł żadnego wpływu na praktykę⁷. Podczas gdy system dydaktyczny jest tylko formą prezentacji, systemy naukowe posiadają wartość poznawczą: dopiero w nich są osiągnięte jednolitość i niesprzeczność płaszczyzn myślenia oraz przedmiotu, cel całej nauki, i dopiero w nich jest pojmowane prawdziwe znaczenie każdego szczegółu w ramach całości. System może też odpowiadać jednocześnie większej liczbie tych typów, np. może być to jednocześnie system klasyfikacyjny i kategorialny albo jednocześnie dedukcyjny i teleologiczny. W obydwu wypadkach występować może w formie jakiegoś systemu dydaktycznego. Niejednokrotnie elementy klasyfikacyjno-kategorialne i dedukcyjno-teleologiczne znajdują się obok siebie w jednym procesie rozumowania.

Zdaniem Radbrucha, praca właściwej, dogmatycznej i systematyzującej nauki o prawie rozwija się w trzech stopniach⁸. Jest to interpretacja, konstrukcja i systematyzacja. Po ustaleniu sensu przepisów prawnych powinno nastąpić dalsze rozwinięcie kategorialne i teleologiczne⁹. Opracowanie kategorialne przedstawia prawo jako realizację pojęcia prawa i zawartych w nich kategorii prawnych, natomiast opracowanie teleologiczne jako próbę zrealizowania idei prawa. Takie podwójne opracowanie nazywa się konstrukcją, gdy zaś dotyczy ono nie poszczególnej instytucji prawnej, lecz układu prawnego, nazywa się wtedy systemem. Np. w prawie procesowym teleologiczną konstrukcją (systemem) jest sprawdzenie przepisów postępowania sądowego do pewnych określonych zasad, natomiast konstrukcją (systemem) kategorialną w tej samej dziedzinie będzie ujęcie postępowania sądowego jako stosunku prawnego (np. nauka o roszczeniu prawnym).¹⁰ Prawo administracyjne opracowano kiedyś metodą czysto teleologiczną prawa publicznego. Kategorialny charakter ma rozróżnienie prawa publicznego i prywatnego, dyscypliną czysto kategorialną jest ogólna nauka o prawie (teoria prawa), natomiast prawo pracy i prawo gospodarcze to pojęcia teleologiczne.

⁶ G. Radbruch, *Zur Systematik...*, op. cit., s. 159.

⁷ H. Coing, *Juristische Methodenlehre*, Berlin-New York 1972, s. 56; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1976, s. 25, 54. Układ systematyczny z podziałem na ogólne pojęcia nadrzędne: *personae, res, actiones*. Zdaniem W. Osuchowskiego (*Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1967, s. 100), system przyjęty przez Gaiusa w jego *Instytucjach* jest pierwszym znanym systemem opartym na zasadach rzeczowo-logicznych.

⁸ G. Radbruch, *Zarys filozofii prawa*, przeł. Cz. Znamierowski, Warszawa-Kraków 1938, s. 160.

⁹ G. Radbruch, *Zarys filozofii...*, op. cit., s. 170–171.

¹⁰ G. Radbruch, *Zur Systematik...*, op. cit., s. 159; tenże, *Zarys filozofii...*, op. cit., s. 170.

Zależnie od tego, czy akcent kładziono na zadaniach kategorialnych czy też teleologicznych prawoznawstwa, powstawały i nieustannie się zmieniały formalistyczne i teleologiczne epoki, epoki jurysprudencki pojęciowej (*Begriffsjurisprudenz*) i jurysprudencki celowościowej (*Zweckjurisprudenz*)¹¹.

Według Radbrucha, w prawie karnym nauka o celu kary jest konstrukcją teleologiczną, zaś teoria norm – kategorialną¹². Zwłaszcza pojęcie przestępstwa może mieć charakter zarówno kategorialny, jak i teleologiczny. Jest budowane klasyfikacyjno-kategorialnie, gdy np. jednolite ujęcie bezprawia ogólnej nauki prawa jest ograniczane przez coraz bliższe stopniowe określanie pojęcia bezprawia karnego. Do dedukcyjno-teleologicznej konstrukcji przestępstwa dojść można zaś wtedy, gdy bez drogi okrężnej poprzez ogólne pojęcie bezprawia wnioskuje się natychmiast pojęcie bezprawia karnego z celu kary. Kategorialna systematyka przestępstwa będzie również wychodzić z pojęcia czynu jako pojęcia nadrzędnego w stosunku do wszystkich rodzajów deliktowego bezprawia. Teleologiczna systematyka wybiera natomiast jako punkt wyjścia właśnie znamię specyficzne karalnego bezprawia: istotę czynu zabronionego (*Tatbestand*), a więc nie wywodzi przestępstwa z ogólnego pojęcia (deliktowego) bezprawia, lecz od razu konstrukcję takiego przestępstwa od ogólnego pojęcia bezprawia separuje¹³.

Systematyki nauki klasycznej i finalizmu, pomijając różnice występujące u wielu autorów, opierają się na ontologiczno-kategorialnych ustaleniach w przedmiocie pojęcia czynu. W pierwszym przypadku jest to koncepcja kauzalno-skutkowa, w drugim – finalna, w obydwu zaś *czyn* jest znamieniem ogólnym przestępstwa, do którego dochodzą atrybuty czynu jako znamiona szczególne: „jego zgodność z istotą czynu”, „jego bezprawność” oraz „jego zawinienie”¹⁴. Funkcja czynu jako podstawowego elementu, fundamentu systematyki przestępstwa (*Funktion als Grundelement*, logiczne znaczenie pojęcia czynu), do którego są „dokładane” dalsze predykaty i atrybuty jako ustalenia lub wartościowania wchodzące w rachubę w ramach już prawnokarnej oceny, jest uznawana przez zwolenników rozmaitych koncepcji czynu, także socjologicznego¹⁵. Czyn ma być więc logicznym

¹¹ G. Radbruch, *Zur Systematik...*, op. cit., s. 160; tenże, *Zarys filozofii...*, op. cit., s. 170–171.

¹² G. Radbruch, *Zur Systematik...*, op. cit., s. 160; tenże, *Zarys filozofii...*, op. cit., s. 170.

¹³ Zob. też E. Schmidhäuser, *Zur Systematik der Verbrechenlehre. Ein Grundthema Radbruchs aus der Sicht der neueren Strafrechtsdogmatik*, (w:) *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen 1968, s. 268 i n.

¹⁴ Zob. np. H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin 1969, 11. Aufl., s. 48. Na temat naturalistycznego ujęcia czynu u Liszta, Bellinga i Radbrucha zob. E. v. Bubnoff, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg 1966, s. 134 i n.; H.-H. Jescheck, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, (w:) *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1961, s. 142 i n.

¹⁵ W. Maihofer, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen 1953, s. 7. Na ten temat K. Otter, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenbau*, Bonn 1973, s. 41 (szczegółowa literatura zob. s. 41, przyp. 95). Znaczenie czynu kwestionowali przedstawiciele tzw. symptomatycznego ujęcia przestępstwa (H. Kollman, *Der symptomatische Verbrechenbegriff*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1908, Bd. 28, s. 455; O. Tesar, *Der symptomatische Verbrechenbegriff*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1909, Bd. 29, s. 87) oraz przedstawiciele szkoły kilońskiej (F. Schaffstein, G. Dahm). Wynikało to ze specyfiki ich poglądów. W pierwszym przypadku odrzucenie odpowiedzialności

prius dla swoich predykatów. Obrazowo ujął to G. Radbruch: karalny z reguły jest tylko zawiniony bezprawny czyn, zawinionym może być tylko bezprawny czyn, a bezprawnym tylko czyn¹⁶. Tak więc już wedle praw logiki pojęcie czynu otrzymuje swoją wybitną pozycję¹⁷ jako systemowe pojęcie nadrzędne, z którego jako *genus proximum* muszą dedukcyjnie wynikać wszystkie *differentiae specifica*¹⁸. Według Liszta, czyn jest punktem wyjścia i podstawą całej nauki o przestępstwie¹⁹, jest *Gattungsbegriff* i punktem odniesienia dla sprzeczności z normą (*Normwidrigkeit*) i winy²⁰.

W nauce wyodrębnia się również funkcję czynu jako elementu łączącego (systemowe znaczenie czynu, *Funktion als Verbindungselement*)²¹. Jeżeli systematyka prawokarna ma realizować określone zadania, musi uwzględniać to, że szczeble, które ma do przemierzenia przy subsumcji przestępstwa i z których wynikają oceny: „bezprawny” – „zawiniony” – „karalny”, pozostają w stosunku funkcjonalnej kolejności czy następstwa, co w trafnej, zwięzłej formule ujął cytowany powyżej G. Radbruch²². Tylko w tej koniecznej kolejności: czyn – bezprawie – wina – kara może odbywać się systematyczne ustalanie i ocena czynu z punktu widzenia jego „przestępnej” ujemności. Czyn w tym funkcjonalnym następstwie pełni rolę jedynie elementu łączącego, który wszystkie te stadia przenika i przy tym każdorazowo łączy pierwszy i następny szczebel oceny. Zdaniem Maihoferera, wynika z tego, że czyn musi być „neutralny”, tzn. nie obarczony w żadnym stopniu ustaleniami i ocenami konstytutywnymi dla bezprawia i winy²³. Czyn musi być możliwie wolny od „później” dochodzących kategorii systemowych, nadających mu specyficznie prawokarną treść.

Problem roli, funkcji i znaczenia pojęcia czynu dla systematyki przestępstwa jest w nauce w poważnym stopniu sporny²⁴. Przypisuje się mu także np. funkcję klasyfikacyjną, polegającą na tym, że powinien obejmować wszystkie rodzaje ludzkiego zachowania, które są istotne dla prawa karnego. Według H.-H. Jeschecka,

karnej opartej na czynie (*Täterstrafrecht*), w drugim ponadto odrzucenie szczeblowości oceny przestępczości czynu (tzw. ujęcie całościowe). Zob. K. Otter, *Funktionen...*, op. cit., s. 48–51.

¹⁶ G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin 1903, s. 71: *Nun kann strafbar in der Regel nur eine schuldhaft rechtswidrige Handlung, schuldhaft (...) nur eine rechtswidrige Handlung und rechtswidrig (...) nur Handlung sein.*

¹⁷ K. Engisch, *Der finale Handlungsbegriff*, (w:) *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag dargebracht, Berlin 1944, s. 145; W. Maihofer, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 7.

¹⁸ G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 61 i n., 90; W. Maihofer, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 7. Zob. też C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl. München 2006, s. 238.

¹⁹ F. v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21 u. 22 Aufl., Berlin-Leipzig 1919, s. 112.

²⁰ F. v. Liszt, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 112, 115, przyp. 1.

²¹ Np. G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 61, 65, 71; E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Aalen 1964, Neudruck der Ausgabe 1906 Tübingen, s. 7, 10 i n.; K. Engisch, *Der finale...*, op. cit., s. 143, 146; W. Maihofer, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 7. Zob. K. Otter, *Funktionen...*, op. cit., s. 42–43.

²² W. Maihofer, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 8. Zob. wyżej przyp. 16.

²³ W. Maihofer, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 8. Zob. też C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 238.

²⁴ K. Otter, *Funktionen...*, op. cit., s. 48.

muszą w nim znaleźć się działanie jak i zaniechanie, finalne jak i niefinalne zachowanie (*Klassifikationsfunktion*)²⁵. Jescheck jest zwolennikiem socjologicznego ujęcia syntetyzującego, więc stara się pomieścić w czynie wszystkie formy ludzkiego stosunku do (społecznego) świata zewnętrznego²⁶. Z punktu widzenia zaniechania funkcji takiej z pewnością nie będzie pełniło naturalistyczne lub finalne ontologiczne ujęcie czynu. Natomiast ujęcia socjologiczne czy normatywne, być może będące ustaleniami kategoryjnymi, siłą rzeczy muszą łączyć się jednak z jakąś teleologią, w tym często karną. Można zresztą odnieść wrażenie, że definicja czynu jest budowana tak, by wymaganom tej teleologii uczynić zadość (potrzeba zasadniczej karalności zaniechania). Zupełnie wyraźnie stwierdza Maihofer, że pojęcie czynu, które nie jest zdadne określić również kryminalnopolitycznie „słusznej” granicy, np. nie jest zdolne objąć zaniechania czy czynu nieumyślnego nieświadomego, jest również „dla teorii” bezużyteczne²⁷.

Można mieć jednak wątpliwości, czy „przed-prawnokarne” naturalistyczne, a być może nawet wartościujące ujęcie czynu, wolne od wszelkich ocen prawno-karnych, jest zdadne do pełnienia funkcji kamienia węgielnego systemu prawa karnego i służyć jako nośnik dalszych znamion przestępstwa: realizacji istoty czynu, bezprawności i winy²⁸. Często uważa się, że z pojęcia czynu nie da się wydedukować żadnych prawno-karnych rozwiązań systemowych²⁹. Niezależnie od tych kwestii dyskusja na temat pojęcia czynu z pewnością miała wpływ na przebieg sporu o strukturę bezprawia (karnego). Istnieje nawet silne przekonanie, że jego rozstrzygnięcie właśnie należy szukać w pojęciu czynu, chociaż nie da się ukryć, że wyrażają je najsilniej finaliści³⁰. Welzel stwierdzał jednoznacznie, że

²⁵ H.-H. Jescheck, *Der strafrechtliche...*, op. cit., s. 140–141. Zob. też C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 238. Funkcja klasyfikacyjna jest niekiedy uwzględniana w ramach funkcji czynu jako pojęcia podstawowego (*Funktion als Grundfunktion*). Często wymienia się jeszcze *Grenzfunktion* albo *Begrenzungsfunktion* (praktyczne znaczenie pojęcia czynu, funkcja ograniczająca odpowiedzialność). Funkcja ta jest sprowadzana na ogół do negatywnej roli wyłączenia wszystkich tych sposobów zachowań, które w żadnym wypadku nie mogą wchodzić w rachubę jako karalne. Zob. W. Maihofer, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 9. Od razu prawno-karnie irrelevantne są np.: brak zewnętrznego wyrazu woli, jej obiektywizacji (*cogitationis poenam nemo patitur*), brak momentu woli, tj. zdarzenia nie pochodzące od człowieka (reakcje zwierząt), *vis absoluta*, reakcje wywołane przez bodźce wewnętrzne bez udziału woli (ruchy refleksyjne, we śnie itp.), wreszcie niekiedy dodaje się „działania” osób prawnych. Zob. K. Otter, *Funktionen...*, op. cit., s. 43–44.

²⁶ H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 223–224.

²⁷ W. Maihofer, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 9.

²⁸ Zob. krytyczne uwagi G. Radbrucha (*Zur Systematik...*, op. cit., s. 162) na temat przydatności naturalistycznego ujęcia czynu w konstrukcji przestępstwa. Wcześniej prezentował jednak pogląd radykalnie odmienny (ujęcie naturalistyczne). Zob. G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 68 i n. Uznał natomiast, że na podstawie naturalistycznej nie da się zbudować nadrzędnego pojęcia czynu, które obejmowałoby także zaniechanie. Zob. G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 131 i n., 140.

²⁹ Zob. W. Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1955, Bd. 67, s. 14–15.

³⁰ Armin Kaufmann, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, (w:) *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25 März 1974*, Berlin-New York 1974, s. 395. Por. także H.J. Hirsch, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil 1)*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1981, Bd. 93, s. 845 i n. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 175. Armin Kaufmann nie był jed-

finalna struktura ludzkiego zachowania jest dla norm prawnokarnych po prostu konstytutywna”³¹. Także na gruncie definicji kauzalno-skutkowej mocno ugruntowane było zapatrywanie, że definicja czynu ma wpływ na treść pojęcia bezprawia, że jest więc relewantna dla systemu przestępstwa³².

Sięgnięcie po „przedprawne” ustalenia ontologiczno-kategorialne może mieć rzeczywisty wpływ nie tylko na samą systematykę przestępstwa i sposób ujęcia jej elementów. Jest rzeczą zupełnie oczywistą, że taką definicją czynu związane byłoby wtedy nie tylko prawo karne, ale cały porządek prawny³³. Wystarczy wnioskowanie dedukcyjne, by dojść do konkluzji, że niezależna od normodawcy jednolita struktura czynu (kauzalno-skutkowa lub finalna) prowadzi do identycznej struktury bezprawia w całym systemie prawa (obiektywistycznej lub subiektywistycznej), w konsekwencji bezprawność jako znamię przestępstwa ma charakter ogólny, pozakarny, łącząc prawo karne z całym porządkiem prawnym. Jednolicie pojmowana bezprawność staje się fundamentem zasady jedności porządku prawnego. Jest to odmiana jednego z podstawowych modeli nieformalistycznego ujęcia systemu prawa, którego punktem wyjścia jest rzeczowo-logiczna konstanta (niekiedy aksjomat)³⁴. Na niej następnie rozwija się dedukcyjnie cały system. W obszarze prawa karnego można w ten sposób ustalić treść pozostałych kategorii przestępstwa oraz ulokowanie poszczególnych znamion (np. zakres istoty czynu, winy, usytuowanie zamiaru). Najlepszym przykładem budowy takiego systemu prawa karnego (przestępstwa) jest finalizm H. Welzla³⁵. Z finalnej struktury czynu dedukuje się m.in. przynależność umyślności (zamiaru) do istoty czynu (*Unrechtstatbestand*), konieczność rozstrzygnięcia zagadnienia nieświadomości bezprawności na płaszczyźnie winy, uznanie urojenia znamienia kontratypu za błąd co do bezprawności, czysto normatywną teorię winy, zakres akcesoryjności bezprawia pomocnika i podlegacza od umyślnego zachowania sprawcy głównego itd.³⁶. Prawie wszystkie wymienione konsekwencje finalizmu (poza teorią winy przy urojeniu znamienia kontratypu) znalazły uznanie w orzecznictwie niemieckim i następnie zostały przekształcone w konkretne przepisy StGB.

nakże zwolennikiem automatycznego przenoszenia struktur logiczno-rzeczowych w obszar bezprawia. Konieczność uwzględniania czynu finalnego uzasadnia także (a może przede wszystkim) swoją teorią norm.

³¹ H. Welzel, *Das Deutsche...*, op. cit., s. 37.

³² Na ten temat bliżej H.J. Hirsch, *Der Streit...*, op. cit., s. 845. **Kauzalne ujęcie czynu stało się podstawą koncepcji obiektywnego bezprawia.** Zob. Armin Kaufmann, *Zum Stande...*, op. cit., s. 395.

³³ Zob. W. Niese, *Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht*, Juristenzeitung 1956, s. 457 i n.

³⁴ Zob. Ch. Bumke, *Relative Rechtswidrigkeit*, Tübingen 2004, s. 26.

³⁵ Na ten temat Ch. Bumke, *Relative...*, op. cit., s. 27.

³⁶ Na temat ontologicznych podstaw systemu Welzla i jego konsekwencji dla pojęcia przestępstwa zob. dwie monografie: O. Sticht, *Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904–1977)*, Paderborn-München-Wien-Zürich 2000, s. 272 i n., 297 i n. (konsekwencje dla nauki o przestępstwie); G. Küpper, *Grenzen der normatивierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin 1990, s. 44 i n., 91 i n. (zamiar i nieumyślność), s. 117 i n. (znamiona normatywne), s. 136 i n. (sprawstwo i uczestnictwo), s. 148 i n. (wina), s. 164 i n. (nieświadomość bezprawności czynu). Küpper broni finalizmu, konfrontując go z tezami normatywizmu. Zwraca uwagę brak rozważań na temat urojenia znamienia kontratypu.

Taka metoda tworzenia systemu nie wyklucza występowania u poszczególnych autorów pewnych niekonsekwencji. Sam Welzel dostrzegał oczywiste różnice strukturalne między bezprawiem karnym i cywilnym, jednak trzymał się kurczowo jednolitego ujęcia bezprawności, próbując załatwić całą rzecz przez wskazanie, że chodzi o całkiem różne kategorie (bezprawie-*substantivum*, samo ujemne zachowanie; bezprawność-czysta relacja, niezgodność zachowania porządkiem prawnym rozumianym jako całość).³⁷ Brak korespondencji zdecydowanej większości norm prawno-karnych z ujęciem obiektywnym oraz norm prawa cywilnego z ujęciem subiektywnym może prowokować podejrzenie, że na poziomie przestępstwa czy deliktu cywilnego ustalenia ontologiczne są albo fałszywe, albo wymagają odpowiedniego wartościowania, przy czym nie wystarcza teleologia całego porządku prawnego czy nawet rozważania kategorialne dotyczące norm prawnych ogólnej teorii prawa. Jednolita bezprawność jest w doktrynie prawa karnego traktowana jako jedno z podstawowych kryteriów oceny prawidłowości przeprowadzonej wykładni. Bardzo często eliminuje się z systemu sensowne rozwiązania, ponieważ są sprzeczne z tak rozumianą jednością porządku prawnego. Również ujęcie kauzalno-skutkowe, przede wszystkim o charakterze naturalistycznym, nie wykluczając wszakże nawet ujęć wartościujących³⁸, u wielu teoretyków stanowiło podstawę określonej systematyki i jej elementów. Istota czynu zawierała wtedy jedynie elementy przedmiotowe, generalnie zorientowane na naruszenie lub zagrożenie dobra, a koncepcja bezprawności w prawie karnym bez trudności dawała się uzgodnić ze strukturą bezprawia w innych gałęziach (szczególnie w prawie cywilnym).

Przydatność samych struktur ontologicznych jest jednak często kwestionowana. W stosunku do finalistów formułuje się zarzut, że przeceniają ich znaczenie dla bezprawia, bowiem nie pojęcie czynu określa strukturę bezprawia, lecz ustawodawca rozstrzyga o tym, którym strukturom bytu mają być nadane jego predykaty (w tym karne)³⁹. Nie można więc z ontologicznej koncepcji czynu wnioskować o konkretnych rozwiązaniach prawno-karnych. Próby takie będą nieudane nie tylko z powodu starego poglądu kantystów, że powinność nie da się wywieść z bytu⁴⁰, że nigdy żadna rzecz nie jest słuszna już przez to, iż istnieje lub też istnieć będzie⁴¹. Niezależnie od świata wartości społecznych i norm prawnych nie da się powiedzieć o żadnym zachowaniu, czy jest ono finalne czy też nie⁴². Znamiona bezprawia muszą być rozwijane również z samej istoty bezpraw-

³⁷ H. Welzel, *Das Deutsche...*, op. cit., s. 52. Finalizm nie potrafi przekonująco uzasadnić, że zaniechanie jest czynem oraz wykazać istnienia finalności w przypadku przestępstw nieumyślnych.

³⁸ Ujęcie socjologiczne jest dość pojemne i może nastawiać się na stronę obiektywną (kauzalno-skutkową) lub także uwzględniać struktury finalne.

³⁹ D. Krauß, *Erfolgswert und Handlungswert im Unrecht*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1964, Bd. 76, s. 49–50.

⁴⁰ C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 247.

⁴¹ G. Radbruch, *Zarys filozofii...*, op. cit., s. 8–9.

⁴² C. Roxin, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1962, Bd. 74, s. 548.

ności⁴³. Zadanie normy karnej polega na kształtowaniu „treściowo prawidłowej woli” człowieka w aspekcie ochrony wartości społecznych⁴⁴, by nie narażał on na niebezpieczeństwo niezbędnych społecznie dóbr⁴⁵. Ta ostatnia pojemna formuła H.-H. Jeschecka i Th. Weigenda obejmuje różnorodne momenty bezprawia, obiektywne i subiektywne, w tym także zamiar. Jest to ujęcie zdecydowanie funkcjonalne, teleologiczne. Zauważa się nie bez racji, że np. finalność występująca w istocie czynu nie jest czysto ontologiczną kategorią, lecz pojęciem wartościującym (*Wertbegriff*), którego treść jest istotnie współokreślana przez cel porządku prawnego⁴⁶. Np. prowadzony w nauce spór między teorią zamiaru a teorią winy nie powinien być rozstrzygany na podstawie koncepcji czynu, lecz jedynie wedle kryteriów kryminalno-politycznych⁴⁷. Cytowani wyżej H.-H. Jescheck i Th. Weigend, którzy przecież nauce niemieckiej wykazują zdecydowaną powściągliwość wobec funkcjonalnego ujęcia przestępstwa, finalność rozumieją już bardzo szeroko, włączając w jego zakres nie tylko niemieckie postacie zamiaru bezpośredniego *Absicht* i *direkter Vorsatz*, ale także zamiar ewentualny, a nawet świadomą nieumyślność⁴⁸. Łatwo dostrzec tutaj pewne teleologiczne „przeakcentowanie”, ale również jednocześnie tak potrzebny „opór” przedmiotu (finalność), co wskazuje z jednej strony na niebezpieczeństwa związane ze zbyt daleko idącym normatywizmem i jednocześnie zalety uwzględniania struktur logiczno-rzeczowych. W ramach istoty czynu umyślnego finalność jako element bezprawia ma tylko jeden odpowiednik – zamiar bezpośredni. Przenoszenie jej już choćby na zamiar ewentualny musi budzić poważne wątpliwości⁴⁹.

Trudno się również całkowicie zgodzić ze stanowiskiem, że teoria norm jest konstrukcją wyłącznie kategoryczną. Uwarunkowania funkcjonalne i teleologiczne potwierdza wyraźnie sama dyskusja na temat funkcji normy między tzw. teorią normy oceniającej (*Bewertungsnormentheorie*) a teorią normy imperatywnej (*Bestimmungsnormentheorie* lub *Imperativentheorie*). Punktem wyjścia są tutaj nie tylko czysto teoretyczne konstrukcje normy i funkcje, które taka norma pełni, ale często bardziej funkcje, które norma powinna pełnić.⁵⁰ Chociaż ogólnie można stwierdzić, że pierwsza z tych teorii sprzyjała obiektywistycznym koncepcjom bezprawia, druga subiektywistycznym, to całe zagadnienie nie przedstawia się tak

⁴³ H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1972, 2. Aufl., s. 182; H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 241.

⁴⁴ H.-H. Jescheck, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 182.

⁴⁵ H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 242.

⁴⁶ C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 247.

⁴⁷ Tamże.

⁴⁸ H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 304–305.

⁴⁹ Na ten temat bliżej Z. Jędrzejewski, *Usiłowanie z zamiarem ewentualnym. Przyczynek do nauki o tzw. podwójnym usytuowaniu zamiaru*, „PiP” 2003, nr 8, s. 52.

⁵⁰ Na temat sporu między zwolennikami *Bewertungsnormen-* i *Imperativentheorie* zob. m.in. E. Mezger, *Die subjektiven Unrechtelemente*, „Der Gerichtssaal” 1924, Bd. 89, s. 208 i n.; E.-J. Lampe, *Das personale Unrecht*, Berlin 1967, s. 13 i n.; D. Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlin 1973, s. 17 i n. W literaturze polskiej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie...*, op. cit., s. 175 i n.

prosto. Poglądy poszczególnych autorów niemieckich są niezwykle złożone, a wyciągane konsekwencje niekiedy zaskakujące. Np. K. Binding był zwolennikiem *Imperativtheorie*. Normę rozumiał jako czysty, nie umotywowany, w szczególności nie motywowany przez zagrożenie karne rozkaz⁵¹. Stwierdza jednak, że jeżeli norma ma wypełnić swoje zadanie, to umyślność i nieumyślność nie mogą należeć do treści imperatywu (normy)⁵². Normy w ujęciu Bindinga zakazują przede wszystkim spowodowania skutku⁵³, stąd jego teoria norm będzie służyła w przyszłości raczej obiektywistycznym koncepcjom bezprawności⁵⁴. Binding nie ogranicza się jednak do wykazania egzystencjalnego charakteru norm⁵⁵. Zakaz jest wydawany, ponieważ zakazane działanie jest dla porządku prawnego *nie do zniesienia* (*unerträglich*), nakaz natomiast, ponieważ poleczone działanie jest niezbędnym (*unentbehrlich*), a więc zaniechanie także *unerträglich*. Ten sąd o określonych działaniach lub zaniechaniach jest pojęciowym warunkiem każdego ustanowienia normy i jednocześnie jedynym jego motywem⁵⁶. Na marginesie głównych rozważań Binding zupełnie wyraźnie podkreśla także oceniający charakter normy⁵⁷ i – pomimo oczywistej tutaj wstrzemięźliwości – także funkcje, które norma powinna wypełniać. Jak się wydaje, ostatecznie jednak przyjmuje, że normy nie mogą kierować rozkazu wobec osób niezdatnych do przypisania im czynu.⁵⁸ Taka osoba nie jest w stanie prawidłowo odebrać polecenia określonego zachowania,

⁵¹ K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. I, Leipzig 1885, s. 164. Zob. na ten temat Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen 1954, s. 5 i n.

⁵² K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I, *Normen und Strafgesetze*, 3 Aufl. Leipzig 1916, s. 54. Zob. Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes...*, op. cit., s. 7 i n.

⁵³ K. Binding, *Die Normen...*, op. cit., Bd. I, s. 111 i n.

⁵⁴ Stanowisko Bindinga co do charakteru bezprawia trudno jednoznacznie określić nawet niemieckim autorom poświęconych temu tematowi obszernych monografi. Zob. np. E.-J. Lampe, *Das personale...*, op. cit., s. 26.

⁵⁵ Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes...*, op. cit., s. 12.

⁵⁶ K. Binding, *Die Normen...*, Bd. II, *Schuld, Vorsatz, Irrtum*, 2. Aufl. 1. u. 2 Teil, Leipzig 1914–1916, s. 155–156.

⁵⁷ Szerzej na ten temat Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes...*, op. cit., s. 12–13, 67 i n.

⁵⁸ Zob. K. Binding, *Die Normen...*, op. cit., Bd. I, s. 243 i n. Takie ujęcie Binding wiąże tylko z jednym z rodzajów bezprawia w zakresie pojęcia *Delikt*. Deliktem jest zawinione, sprzeczne z normą zachowanie, obojętnie, czy jest ono karalne czy też nie. Delikt, o ile jest karalny, nazywa się przestępstwem (K. Binding, *Handbuch...*, op. cit., s. 499). Bezprawie deliktu jest „po prostu bezprawiem”, ogólnym pojęciem dla całego porządku prawnego. Binding był przeciwnikiem jedności bezprawia ze względu na fundamentalną różnicę skutków, które porządek prawny wiąże z bezprawnością (przede wszystkim kara-naprawienie szkody). Zob. K. Binding, *Die Normen...*, op. cit., Bd. I, s. 290 i n. Delikt jest przez niego przeciwstawiany naruszeniu prywatnych praw (bezprawie cywilne; zob. K. Binding, *Die Normen...*, op. cit., Bd. I, s. 300), czyn człowieka nie musi być tu warunkiem bezprawności i odpowiedzialności cywilnej. Może być ona całkowicie obiektywna. Zob. bliżej E.-J. Lampe, *Das personale...*, op. cit., s. 27–28; H. Achenbach, *Historische und dogmatische...*, op. cit., s. 27–35. W każdym razie w obszarze prawa karnego trudno w stanowisku Bindinga dojrzeć inne stanowisko niż klasyczna *Imperativtheorie*. Na drugim biegunie stanowisko o czystej obiektywnej naturze bezprawia reprezentował A. Löffler, *Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1901, Bd. 21, s. 558 i n. Natomiast kompleksowe bindingowskie pojęcie *Handlungsfähigkeit* obejmuje całkowicie materię późniejszej nauki o winie. Zob. H. Achenbach, *Historische und dogmatische...*, op. cit., s. 32.

w stosunku do niej norma nie może oddziaływać motywująco. Teza ta, charakterystyczna na ogół dla zwolenników *Imperativtheorie*, prowadzi do odrzucenia możliwości istnienia niezawinionego bezprawia, a całe rozróżnienie między bezprawnością a winą stawia pod znakiem zapytania. *Imperativtheorie* reprezentowali także A. Merkel⁵⁹, E. Kohlrausch⁶⁰ oraz A. Hold von Ferneck.⁶¹ Pomijając jako mniej istotne ówczesne rozumienie winy, autorzy ci poniekąd stawiali winę przed bezprawnością⁶², czy też czynili winę warunkiem bezprawia⁶³. W każdym razie w odniesieniu do zachowania człowieka odrzucali istnienie niezależnej od winy bezprawności⁶⁴. Obowiązek był mierzony wedle zdolności zdanego do zawinienia człowieka. Merkel pisał, że nie istnieje żaden obowiązek, by człowiek dokonywał czegoś, co nie jest możliwe do zrobienia, by przewidywał coś, co jest nieuniknione i czego przewidzieć się nie da. Z takim nieprzewidywaniem nie można wiązać naruszenia obowiązków i tym samym naruszenia prawa⁶⁵. Oznaczało to przeniesienie do prawa karnego zasady *impossibilium nulla obligatio*, za pomocą której nawet współcześnie uzasadnia się wyłączenie bezprawności w niektórych sytuacjach (np. kolizja obowiązków działania równej wagi). Niemal równocześnie z A. Merkelem (1867 r.) R. v. Ihering przedstawił, co prawda tylko w zakresie prawa cywilnego, obiektywne ujęcie bezprawności⁶⁶. Delikt cywilny to bezprawie obiektywne, do którego może, ale nie musi, dołączyć się subiektywne zawinienie. W ten sposób Ihering wyraźnie nawiązywał do G.W.F. Hegla⁶⁷, który odróżniał bezprawie cywilne (*bürgerliches Unrecht*), nazywane „bezprawiem naiwnym” (*unbefangenes Unrecht*), przeciwstawiając mu oszustwo (*Betrug*) i przestępstwo⁶⁸. Jego wywody wykładano w ten sposób, że *unbefangenes Unrecht* utożsamiano z bezprawiem „nieświadomym”, natomiast przestępstwo przedstawiano jako

⁵⁹ A. Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig 1867, s. 42 i n.

⁶⁰ E. Kohlrausch, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin 1903, s. 50 i n.

⁶¹ A. Hold von Ferneck, *Rechtswidrigkeit. Bd. I, Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, Jena 1903, s. 149 i n., 199 i n.

⁶² Zob. D. Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert...*, op. cit., s. 19; C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 322.

⁶³ H. Achenbach, *Historische und dogmatische...*, op. cit., s. 24. Jednak np. Merkel rozumiał bezprawie w sensie ogólnej nauki (teorii) prawa, a nie jako kategorię przestępstwa.

⁶⁴ Zob. W. Perron, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, Baden-Baden 1988, s. 57.

⁶⁵ A. Merkel, *Kriminalistische...*, op. cit., s. 44.

⁶⁶ R. v. Ihering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Göttingen 1867, s. 4 i n.

⁶⁷ Por. uwaga Iheringa, *Das Schuldmoment...*, op. cit., s. 5, przyp. 1. Zob. też H.A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Frankfurt am Main 1966 (unveränderter Nachdruck der Ausgabe München 1911), s. 120; H. von der Linde, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?* Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris 1988, s. 47.

⁶⁸ G.W.F. Hegel, *Zasady filozofii prawa*, przeł. A. Landman, Warszawa 1969, s. 99 i n., 368. W literaturze polskiej na ten temat zob. Z. Stawrowski, *Państwo i prawo w filozofii Hegla*, Kraków 1994, s. 68 i n. Tłumaczenie A. Landmana *unbefangenes Unrecht* jako „bezprawie naiwne” nie wydaje się tutaj najtrafniejsze.

dolose naruszenie prawa⁶⁹. R. v. Ihering, uznając istnienie niezawinionego bezprawia (*schuldloses Unrecht*), stał się prekursorem rozróżnienia tych dwóch kategorii także w prawie karnym, dla którego sam obstawał jeszcze za jednością bezprawności i winy⁷⁰. Z kolei przedstawiciel *Imperativentheorie*, A. Thon, usiłował uzasadnić możliwość kierowania polecenia normy także wobec osób niezdatnych do przypisania im czynu, dochodząc w ten sposób również do pojęcia bezprawia niezawinionego⁷¹. Podstawy nauki o obiektywnym bezprawiu rozwinął natomiast A. Löffler, który ujął je całkowicie pozapersonalnie, wykluczając z rozważań problem podmiotu⁷². Konieczność uznania bezprawia dopiero za warunek przypisania winy (bezprawie przed winą) klarownie i logicznie wyłożył J. Nagler⁷³. Prawo jest dla niego „obiektywnym społecznym porządkiem życia” (*objektive soziale Lebensordnung*)⁷⁴. Funkcja zapewnienia porządku społecznego ma charakter pierwotny, funkcja ochronna wtórny, pierwotna jest zatem funkcja oceniająca, wartościująca prawa. Określeniem *bezprawność* prawo wyraża jedynie ocenę negatywną zachowania, sprzecznego z tym obiektywnym prawem. Od Naglera wywodzi się prosta teza, że zanim skieruje się rozkaz do adresata normy, samo zachowanie niezgodne z poleconym w normie musi zostać przedtem ujemnie ocenione, czyli najpierw bezprawie (bezprawność), później wina (zarzut winy). Orientujący się na normę aspekt bezprawności będzie często zresztą wyraźnie zaniedbywany na korzyść prostego rozróżnienia „obiektywne (bezprawność) – subiektywne (wina)”⁷⁵.

Próbie syntezy przeciwstawnych ujęć podjął E. Mezger⁷⁶. Jego zdaniem, są możliwe obydwie drogi, odpowiedzieć trzeba tylko na pytanie, która z nich jest bardziej odpowiednia⁷⁷. Teleologia ma więc dla niego rangę decydującego i ostatecznego kryterium⁷⁸. Tutaj nie powinno być jednak wątpliwości: w pierwszym rzędzie jest konieczna obiektywna orientacja całego prawa i całego prawa karnego (*alles Rechts und alles Strafrechts*). Podstawowym zadaniem prawa jest

⁶⁹ Blżej zob. E.-J. Lampe, *Das personale...*, op. cit., s. 13–14, 17; H.-L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln-Berlin-Bonn-München 1983, s. 10–11.

⁷⁰ Zob. C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 322–323.

⁷¹ A. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Neudruck der Ausgabe Weimar 1878, Aalen 1964, s. 8 i n.

⁷² A. Löffler, *Unrecht...*, op. cit., s. 558 i n. Był pierwszym autorem, który nie zawahał się przypisać predykatu „bezprawny” nawet zdarzeniom naturalnym.

⁷³ J. Nagler, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, (w:) *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, Zweiter Band.*, Leipzig 1911, s. 273 i n.

⁷⁴ J. Nagler, *Der heutige Stand...*, op. cit., s. 311 i n.

⁷⁵ Zob. W. Perron, *Rechtfertigung...*, op. cit., s. 57.

⁷⁶ E. Mezger, *Die subjektiven...*, op. cit., s. 239 i n. Na temat koncepcji Mezgera zob. E.-J. Lampe, *Das personale...*, op. cit., s. 34 i n., 51 i n.; D. Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert...*, op. cit., s. 36 i n., 45 i n.; W. Perron, *Rechtfertigung...*, op. cit., s. 57; Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes...*, op. cit., s. 77 i n.

⁷⁷ E. Mezger, *Die subjektiven...*, op. cit., s. 242.

⁷⁸ Mezger pozostaje pod wyraźnym wpływem utylitaryzmu. Zob. E. Mezger, *Die subjektiven...*, op. cit., s. 242, przyp. 1, s. 249.

zagwarantowanie zewnętrznie uporządkowanego współżycia podmiotów prawa. Prawo jest obiektywnym porządkiem (*objektive Lebensordnung*), bezprawie (*Unrecht*) więc naruszeniem tego obiektywnego porządku. Temu klarownemu praktycznemu punktowi widzenia odpowiadać może jedynie ujęcie normy, której naruszenie nie jest zależne od subiektywnych możliwości jej adresata. Mezger uważał, że dotychczasowa krytyka *Imperativentheorie* nie trafiała w sedno rzeczy. Przeciwno ujęciu charakteru prawa jako kompleksu imperatywów przemawia najprostsza konstatacja: zanim norma stanie się imperatywem, musi sama w sobie być uzasadniona, musi być normą oceniającą⁷⁹. Mezger powołuje pogląd Thona, według którego rozkazy norm są tylko środkami do przestrzegania zakazów i nakazów⁸⁰. W związku z tym Mezger proponuje rozróżnienie między normą a imperatywem⁸¹. Imperatywy służą tylko urzeczywistnieniu norm, dopiero z norm wynikają jako konieczny środek ich przeprowadzenia. Utożsamianie norm i środków ich urzeczywistnienia (imperatywów) jest logicznie błędne, chodzi tutaj o różne rzeczy. Norma jest ponadpersonalną powinnością, dla której adresat nie jest żadnym istotnym warunkiem. Norma wymaga utrzymania określonego społecznego stanu (*Es soll s.c. ein bestimmter sozialer Zustand sein*)⁸². Dopiero imperatyw, który jest wyprowadzany z normy, otrzymuje formę: „Ty powinienes!” (*Du sollst!*). Normy prawne są więc ukierunkowane na obiektywny społeczny stan rzeczy (*sozialer Zustand*), są *Bewertungsnormen*, zanim (logiczny *prius*) w dalszym logicznym procesie otrzymają charakter *Bestimmungsnormen*. Z istoty prawa wynika zaś istota bezprawia. Bezprawie jest sprzecznością z prawem jako normą oceniającą (*Bewertungsnorm*), jest *spowodowaniem prawnie nie aprobowanego stanu, a nie prawnie nie aprobowaną zmianą stanu*⁸³. Bezprawność ustalana jest nie z subiektywnego punktu sprawcy (*des Unrechthandelnden*)⁸⁴, lecz obiektywnego ofiary (*des Unrechtleidenden*)⁸⁵. Przyjęcie pierwszego punktu widzenia prowadzi do zrównania bezprawia i winy, co jednak, zdaniem Mezgera, metodologicznie nie jest możliwe. Ekonomia myślenia (*Denkökonomie*) wymaga bowiem analitycznego rozłożenia poszczególnych znamion przestępstwa, ostrego rozdzielania, w szczególności bezprawności od winy⁸⁶. Tylko w ten sposób jest „możliwe” naukowe „opanowanie” (*Beherrschung*) pojęcia przestępstwa. W kwestii stosunku winy i bezprawia stanowisko Mezgera jest jasne: bez bezprawia nie ma żadnej winy. Wina jest jedynie personalną zarzucalnością popełnionego bezprawia⁸⁷. Bez

⁷⁹ E. Mezger, *Die subjektiven...*, op. cit., s. 244.

⁸⁰ Zob. A. Thon, *Rechtsnorm...*, op. cit., s. 4.

⁸¹ E. Mezger, *Die subjektiven...*, op. cit., s. 245.

⁸² Tamże.

⁸³ E. Mezger, *Die subjektiven...*, op. cit., s. 246: *Veränderung eines rechtlich gebilligten bzw. Herbeiführung eines rechtlich mißbilligten Zustandes, nicht rechtlich mißbilligte Veränderung eines Zustandes.*

⁸⁴ Tak Merkel i inni zwolennicy *Imperativentheorie*.

⁸⁵ E. Mezger, *Die subjektiven...*, op. cit., s. 247, 250.

⁸⁶ E. Mezger, *Die subjektiven...*, op. cit., s. 247.

⁸⁷ E. Mezger, *Die subjektiven...*, op. cit., s. 250.

bezprawia wina jest nie do pomyślenia. Wina we wszystkich swoich formach jest prawdziwym derywatem bezprawności. Przez to przejmując ona zawartą w bezprawiu negatywną ocenę, „normatywny” element bezprawności⁸⁸. Właśnie w winie umieszcza Mezger imperatywy (*Bestimmungsfunktion der Normen*), które mogą być kierowane tylko do adresatów zdalnych do ich przyjęcia⁸⁹. Podobnie Eb. Schmidt przyjął podwójną funkcję prawa (*Doppelfunktion des Rechts*)⁹⁰. W wypadku „obiektywnej bezprawności” i „obiektywnej zgodności z prawem” prawo występuje w swojej funkcji jako *Bewertungsnorm*, natomiast w obszarze winy jako *Bestimmungsnorm*⁹¹.

Jak się wydaje, ogólna teoria prawa zdecydowany akcent kładzie na dyrektywalny, a nie ocenny charakter czy oceną funkcję normy. Często prowadzi to do bagatelizowania zróżnicowanego, wieloszczeblowego wartościowania czynu, a niekiedy sprzyja posługiwaniu się metodą formalnologiczną. W pewnym stopniu wynikiem tego jest np. teoria negatywnych znamion czynu zabronionego, którą na gruncie teorii prawa konstruować można zresztą nie tylko w obszarze bezprawności⁹². Nieprzypadkowo H. Welzel sformułował tezę, że teoria negatywnych znamion jest „późnym drugim kwitnieniem starej teorii imperatywnej, która negowała samodzielne znaczenie zezwoleń”⁹³. Jednak niektórzy skrajnie subiektywizujący finaliści, określani niekiedy mianem szkoły bońskiej, pojęcie bezprawia wywodzą raczej ze struktury normy, aniżeli, tak jak H. Welzel, z ontologicznego pojęcia czynu⁹⁴. R.F. Suarez Montes uważa, że struktury rzeczowo-logiczne mają

⁸⁸ Stanowisko E. Mezgera w kwestii winy można uznać za tzw. ujęcie kompleksowe. Wina jest ujemnie ocenionym stosunkiem psychicznym, obejmuje jednocześnie przedmiot i zarzut. Zob. E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, München-Leipzig 1931, s. 248 i n. Szerzej na temat mezgerowskiej koncepcji winy H. Achenbach, *Historische und dogmatische...*, op. cit., s. 165 i n.

⁸⁹ E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Berlin-München 1949, s. 166.

⁹⁰ F. v. Liszt, Eb. Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig 1932, s. 175–176. Krytycznie wobec stanowisk E. Mezgera i Eb. Schmidta zob. Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes...*, op. cit., s. 77 i n.

⁹¹ Zob. także R. Sieverts, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, Hamburg 1934, s. 100.

⁹² Charakterystyczne jest tu np. ściśle formalnologiczne stanowisko J. Minas-von Savigny, *Negative Tatbestandsmerkmale. Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre*, Köln-Berlin-Bonn-München 1972, w szczególności s. 8 i n., 20 i n., 80 i n. Zob. krytycznie J. Renczkowski, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994, s. 132 i n.

⁹³ H. Welzel, *Das Deutsche...*, op. cit., s. 82.

⁹⁴ M.in. D. Zielinski (*Handlungs- und Erfolgswert...*, op. cit.), E. Horn (*Konkrete Gefährungsdelikte*, Köln 1973), F. Schaffstein (*Handlungswert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, (w:) *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25 März 1974*, Berlin-New York 1974, s. 557 i n.; *Rezension zu D. Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1975, s. 342–343), R.F. Suarez Montes (*Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?*, (w:) *Festschrift für Hans Welzel* 1974, s. 379 i n.). Na ten temat zob. Ch. Mylonopoulos, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 1981, s. 30 i n. Zalicza on do tej grupy także Armina Kaufmanna (*Lebendiges und Totes...*, op. cit.; *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959; *Zum Stande...*, op. cit., s. 395–396). Ma to z pewnością swoje uzasadnienie ze względu na daleko idący subiektywizm i rozbudowaną teorię normy Kaufmanna. Z drugiej strony „przywiązanie” Kaufmanna do finalnej struktury czynu wydaje się być mocniejsze niż stanowisko Zielinskiego czy Suareza Montes.

swoją realną egzystencję, są formami bytu⁹⁵. Jego zdaniem, są one jednak relewantne tylko pod pewnym określonym kątem widzenia, który musi zostać przez ustawodawcę wybrany wcześniej. Z tego powodu struktury rzeczowo-logiczne „same z siebie” nie dają jeszcze żadnej wypowiedzi o pojęciu i istocie bezprawia. To, co nowe w finalizmie, to nie tyle finalne ujęcie czynu, co raczej finalna koncepcja bezprawia. Suarez Montes jest zwolennikiem skrajnie subiektywistycznej koncepcji bezprawia wyczerpującego się jedynie w tzw. ujemności zachowania (*Handlungsunwert*), ściślej nawet w ujemności intencji (*Intentionsunwert*)⁹⁶. Wynika to z tego, że przedmiotem zakazu może być jedynie umyślne zachowanie człowieka. Nie sposób jednak takie uzasadnienie oderwać od teleologii prawno-karnej. Odwołuje się zresztą do Welzla i Armina Kaufmanna, u których nierzadko można znaleźć wypowiedzi na temat zadań i funkcji prawa karnego⁹⁷. Tezy finalistów na temat stosunku między „strukturami rzeczowo-logicznymi” a wartościowaniem nie są, niestety, wystarczająco klarowne. Np. W. Gallas, zdecydowany obrońca nauki o czynie finalnym, jednocześnie stwierdza, że usytuowanie zamiaru w systematyce przestępstwa nie zależy od rozważań ontologicznych, jest to raczej jednocześnie problem wartościowania⁹⁸. Prawna ocena nie musi się poza tym odnosić jedynie do finalnej strony czynu, jest możliwe, że za przedmiot będzie miała jego stronę kauzalną⁹⁹. Takie wypowiedzi zdają się przeczyć tezie, że finalny czyn jest dla karnoprawnej oceny wiążącą rzeczowo-logiczną strukturą (*sachlogische Vorgegebenheit*)¹⁰⁰. Zdaniem Armina Kaufmanna, jest to jednak tylko sprzeczność pozorna, a cały spór o prymat między strukturami bytu a wartościowaniem zbędny¹⁰¹. Logika rzeczy (*Sachlogik*) nie jest identyczna ze strukturą bytu (*Seinsstruktur*), nie jest ona również rezultatem wartościowania jako takiego. Logika rzeczy leży raczej w konieczności stosunku między strukturą bytu a oceną. Ontyczny stan rzeczy jest „zadany” (*vorgegeben*) dlatego, że nieodzownie (*notwendig*) wyzwała pewną ocenę. Natomiast od strony oceny pewna określona płaszczyzna wartościowania zmierza koniecznie (*tendiert notwendig*) do pewnego ontycznego stanu rzeczy. Stanowisko Armina Kaufmanna jest więc próbą ścisłego powiązania płaszczyzny ontycznej i normatywnej, bez dawania pierwszeństwa jednej z nich. Budzi ono jednak wątpliwości. W gruncie rzeczy Kaufmann musi „dopasować” swoją teleologię do finalnej koncepcji czynu. Nie odmawia normom (nakazom i zakazom) funkcji oceniającej, jednak – jego zdaniem – porządek

⁹⁵ R.F. Suarez Montes, *Weiterentwicklung...*, op. cit., s. 380.

⁹⁶ Tamże, s. 382.

⁹⁷ Zob. np. H. Welzel, *Das Deutsche...*, op. cit., s. 1 i n. Zob. także wywody Welzla na temat prewencyjnej funkcji prawa karnego (*Das Deutsche...*, op. cit., s. 6–9). Najlepiej te zadania i funkcje wypełni „ontologiczne” finalne ujęcie czynu.

⁹⁸ W. Gallas, *Zum gegenwärtigen...*, op. cit., s. 6 i n., 32.

⁹⁹ Współcześnie H.-H. Jescheck rozwija swoją socjologiczną koncepcję czynu obejmującą finalność, kauzalność i pasywność. Zob. też. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie...*, op. cit., s. 182 i n.

¹⁰⁰ Armin Kaufmann, *Die Dogmatik...*, op. cit., s. 17.

¹⁰¹ Tamże.

prawny nie chce ustanawiać jedynie „akcentów wartości” (*Wertakzente*), lecz również chce oddziaływać, chce wypełniać zadanie właśnie bycia porządkiem prawa¹⁰². Ten „teleologiczny moment normy” odróżnia zakazy i nakazy od czystych sądów wartościujących¹⁰³. Prawo nie jest jedynie ogółem socjalno-etycznych atrybutów wartościowania, lecz poprzez normy siłą kształtującą życie społeczne¹⁰⁴. Czysty sąd wartościujący może wprawdzie „obowiązywać” (*gültig sein*), ale w ścisłym tego słowa znaczeniu nie być zobowiązującym, wiążącym (*verbindlich sein*)¹⁰⁵. Prawo jest siłą sprawczą, powinno i musi takie być, jeżeli chce wypełnić swoje zadanie: porządkowanie, regulowanie i kształtowanie współżycia ludzi¹⁰⁶. Realizując ten cel, prawo kieruje się ze swoimi wymaganiami powinnościowymi do podmiotów, żądając od nich określonego działania lub zaniechania. Nie może być wątpliwości, że w ten sposób Armin Kaufmann, kładąc nacisk na rozkazodawczy charakter normy, osiąga zgodność swojej „teleologii” z finalną, rzeczowo-logiczną strukturą czynu.

Spór o stosunek między ontologią a normatywizmem, strukturami ontycznymi, teorią norm a teleologią jest oczywiście sporem metodologicznym, prowadzonym z różnym rozłożeniem akcentów od bardzo dawna. Biegunami są tu rozmaite koncepcje – bądź naturalistyczne, kauzalno-skutkowe lub finalistyczne, bądź skrajnie wartościujące, odmawiające ustaleniom ontologicznym jakiegokolwiek znaczenia. Finalizm był inspirowany wprawdzie wielowątkowo, jednak pod ogólnym hasłem „powrotu do bytu”, w opozycji do skrajnie normatywizujących nurtów neokantyzmu, opierał się na „nowej, krytycznej ontologii” N. Hartmanna, fenomenologii E. Husserla i poszukiwaniom w prawie tzw. natury rzeczy (*die Natur der Sache*)¹⁰⁷. Koncepcje normologiczne, chociaż z reguły werbalnie stroniące od jakiegokolwiek teleologii, muszą być w mniejszym lub większym stopniu teleologicznie uzasadniane. Sama („czysta”) teoria normy nie dostarcza klarownych kryteriów dla określenia struktury bezprawia (bezprawności).

G. Radbruch, odrzucając swoje pierwotne naturalistyczne ujęcie czynu, w 1930 r. pisał, że zasługą E. Belinga było utworzenie drogi do takiej systematyki, w której funkcja czynu jako pojęcia podstawowego nauki o przestępstwie zostaje zastąpiona pojęciem realizacji znamion istoty czynu (*Tatbestandsverwirklichung*)¹⁰⁸. Taka właśnie modyfikacja dała dosyć powszechnie akceptowaną klarowną architekturę przestępstwa: zawiniona bezprawna realizacja znamion istoty czynu. Jednak E. Belling *expressis verbis* nie kwestionował podstawowego znacze-

¹⁰² Tamże, s. 19.

¹⁰³ Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes...*, op. cit., s. 76.

¹⁰⁴ Armin Kaufmann, *Die Dogmatik...*, op. cit., s. 19.

¹⁰⁵ Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes...*, op. cit., s. 76.

¹⁰⁶ Armin Kaufmann, *Die Dogmatik...*, op. cit., s. 19.

¹⁰⁷ Bliżej zob. G. Küpper, *Grenzen...*, op. cit., s. 19–43; O. Sticht, *Sachlogik...*, op. cit., s. 34 i n. W literaturze polskiej na temat koncepcji „natury rzeczy” G. Radbrucha i W. Maihofer’a zob. T. Gizbert-Studnicki, *Koncepcje „natury rzeczy” w zachodniemieckiej filozofii prawa*, „Etyka” 1981, nr 19, s. 133 i n.

¹⁰⁸ G. Radbruch, *Zur Systematik...*, op. cit., s. 162.

nia czynu. W *Die Lehre vom Verbrechen* czyn jest dla niego pojęciem naczelnym przestępstwa (*Oberbegriff des Verbrechens*)¹⁰⁹. Realizacja przez sprawcę znamion istoty czynu, tak jak bezprawność i zawinienie, jest właściwością czynu¹¹⁰. Niewątpliwą zasługą Belinga było zdecydowane wysunięcie na czoło wśród atrybutów czynu właśnie realizacji przez sprawcę znamion istoty czynu (*Tatbestandsmäßigkeit*). Jednocześnie, dążąc do systemowej klarowności, Beling rugował z pojęcia czynu wszelkie elementy, które dopiero później warunkowały przestępczość czynu¹¹¹. Z tego powodu jego czyn jest pozbawiony niemal wszelkiej treści¹¹². Np. w przeciwieństwie do Liszta związek przyczynowy nie jest u niego częścią treści czynu, lecz właśnie istoty czynu. Zewnętrzna strona czynu musi pozostać „bezbarna”¹¹³. Tak więc skutek, środek, przedmiot czynu, związek przyczynowy między czynem i skutkiem oraz sposób (modalność) działania nie mają nic wspólnego z czynem, należą do istoty czynu (*Tatbestand*)¹¹⁴. Na poziomie czynu trzeba abstrahować od wszelkich treści znaczeniowych. Są one zawarte dopiero w istocie czynu¹¹⁵. Oczywiście, podobnie rzecz się przedstawia ze stroną podmiotową, którą Beling utożsamiał z winą (teoria psychologiczna)¹¹⁶. W pojęciu czynu nie może być zawarta choćby „odrobina” winy¹¹⁷. Niezależnie od sporów między teorią woli (*Willenstheorie*) a teorią wyobrażenia (*Vorstellungstheorie*) treść woli względnie treść wyobrażenia nie mają żadnego znaczenia przy ustaleniu, czy sprawca w ogóle działał („czynił”)¹¹⁸. Przypisanie winy nie ma nic wspólnego z zagadnieniem czynu. Sprawca „czyni” każdorazowo, gdy jego ruch ciała jest „dowolny”, gdy przy tym cokolwiek chciał względnie sobie wyobrażał. Wola jako element czynu musi pozostać całkowicie bezbarwna. Beling podzielał także szerzej uzasadniony pogląd Radbrucha¹¹⁹, że pojęcia zdatności do przypisania czynu (*Zurechnungsfähigkeit*) nie można lokować w pojęciu czynu, lecz wyłącznie na płaszczyźnie winy¹²⁰. Bellingowski czyn jest więc pozbawiony wszelkich obiektywnych i subiektywnych treści, jest pojęciem „bezkrwistym”,¹²¹ ma być bowiem pojęciem ogólnej teorii prawa. Jeżeli czyn zawierałby już elementy, które służą

¹⁰⁹ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 8. Blżej na temat ujęcia czynu Belinga zob. E. v. Bubnoff, *Die Entwicklung...*, op. cit., s. 143–145.

¹¹⁰ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 20–21.

¹¹¹ Tamże, s. 10.

¹¹² Zob. E. v. Bubnoff, *Die Entwicklung...*, op. cit., s. 143.

¹¹³ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 12–13.

¹¹⁴ Tamże, s. 15, 144–145, 202 i n.

¹¹⁵ Tamże, s. 145.

¹¹⁶ Tamże, s. 10–12.

¹¹⁷ Tamże, s. 10.

¹¹⁸ Tamże, s. 11.

¹¹⁹ G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 68 i n.

¹²⁰ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 12. Wcześniej podobnie już F. v. Liszt, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, Berlin-Leipzig 1881, s. 95, 108. Stanowisko Liszta było krokiem w kierunku uwolnienia się od poglądu heglistów. Zob. na ten temat blżej G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff...*, op. cit., s. 96 i n.; E. v. Bubnoff, *Die Entwicklung...*, op. cit., s. 69 i n.

¹²¹ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 17.

do ustalenia jego przestępności, to nie byłby przydatny do użytku na terenie prawa cywilnego, procesowego, państwowego itd. Według Belinga, właściwe znaczenie czynu wyczerpuje się w zasadzie w jego funkcji negatywnej: wyłączenia takich zdarzeń, które od razu nie mogą zostać uznane za czyn i przez to nie mogą być zachowaniem realizującym znamiona istoty czynu, ponieważ brakuje istotnych elementów ruchów ciała i „dowolności” (np. *vis absoluta*, odruchy refleksyjne, bezwarunkowe).¹²² Beling buduje więc swoją strukturę przestępstwa w gruncie rzeczy bezpośrednio na istocie czynu. *Tatbestansmäßigkeit* staje się podstawowym pojęciem tej struktury; tylko w ramach *Tatbestansmäßigkeit* czyn ma jakiegokolwiek znaczenie, ukazuje się on jako realizacyjna funkcja istoty czynu.¹²³ Jest to już chyba zupełnie widoczne w jego późniejszej pracy z 1930 r.¹²⁴

Nieco inne było stanowisko F. v. Liszta. Uważany często za właściwego twórcę trójelementowego pojęcia przestępstwa,¹²⁵ programowo kładł ogromny nacisk, by pracować ściśle naukowo za pomocą jasnych, ostrych pojęć i wprowadzać je do zamkniętego systemu.¹²⁶ Na pojęcie przestępstwa składa się „czyn” jako znamię ogólne, rodzajowe (*Gattungsmerkmal*) oraz atrybuty czynu: bezprawność, zawinienie oraz zagrożenie karą (zgodność z istotą czynu)¹²⁷. Czyn jako *podstawowe pojęcie prawa karnego* musi być wolny od prawnych ocen¹²⁸. Definicja Liszta pozostaje klasycznym przykładem ujęcia naturalistycznego, kauzalno-skutkowego: zmiana w świecie zewnętrznym wywołana (spowodowana) impulsem lub aktem woli¹²⁹. U Liszta konieczną częścią składową czynu jest więc nie tylko sam akt woli (tak właściwie u Belinga), ale także skutek oraz związek przyczynowy¹³⁰. W interesującym nas aspekcie zagadnienia ciekawe jest natomiast to, że Liszt uwzględnia zgodność zachowania z istotą czynu (typowość w ujęciu Belinga) dopiero po pozostałych atrybutach, tj. bezprawności i zawinieniu¹³¹. Również zamiar (przewidywanie skutku) oraz nieumyślność (brak przewidywania dającego się przewidzieć skutku) odnoszą się bezpośrednio do czynu, a nie dopiero do

¹²² E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 17–20. Na ten temat zob. E. v. Bubnoff, *Die Entwicklung...*, op. cit., s. 144.

¹²³ E. v. Bubnoff, *Die Entwicklung...*, op. cit., s. 144–145.

¹²⁴ E. Beling, *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen 1930, s. 4 i n., 8 i n. Na ten temat bliżej E. v. Bubnoff, *Die Entwicklung...*, op. cit., s. 145, przyp. 68.

¹²⁵ Zob. H. Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestanslehre seit Beling*, Karlsruhe 1957, s. 1, przyp. 4, 11.

¹²⁶ Zob. F. v. Liszt, *Das deutsche...*, op. cit., *Vorwort*, s. III, V. Szerzej o metodologii Liszta zob. E. Heinitz, *Franz von Liszt als Dogmatiker*, (w:) *Franz von Liszt zum Gedächtnis. Zur 50. Wiederkehr seines Todestages am 21. Juni 1919*, Berlin 1969, s. 30 i n.

¹²⁷ F. v. Liszt, *Das deutsche...*, op. cit., s. 64 i n.; tenże, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 222, 225. Z *tatbestansmäßig* utożsamiano lisztowskie *mit Strafe bedroht*.

¹²⁸ Na temat ujęcia czynu Liszta bliżej zob. E. v. Bubnoff, *Die Entwicklung...*, op. cit., s. 138.

¹²⁹ Zob. F. v. Liszt, *Das deutsche...*, op. cit., s. 70 i n. Taką konstrukcję czynu przejął Liszt od heglisty A.F. Bernera, który zresztą porzucił pogląd o podstawowym znaczeniu czynu. Zob. E. Heinitz, *Franz von Liszt...*, op. cit., s. 32; E. v. Bubnoff, *Die Entwicklung...*, op. cit., s. 71. Na temat naturalistycznego ujęcia syntetycznie K. Otter, *Funktionen...*, op. cit., s. 34–37.

¹³⁰ F. v. Liszt, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 118 i n. Zob. H. Achenbach, *Historische und dogmatische...*, op. cit., s. 39.

¹³¹ Zob. E. v. Bubnoff, *Die Entwicklung...*, op. cit., s. 138.

obiektywnie ujemnie ocenionego, tj. bezprawnego zachowania¹³². Zamiar jako taki nie jest jeszcze winą, może występować zarówno przy czynach zgodnych z prawem, jak i bezprawnych¹³³. Natomiast nieumyślność *an sich* jest już winą, aczkolwiek również nie zawsze karalną, a w innych obszarach możliwą tylko wtedy, gdy czyn jest bezprawny¹³⁴. Obydwa pojęcia osiągają swoje prawnokarne znaczenie dopiero poprzez odniesienie do antyspołecznego znaczenia czynu¹³⁵. Zostają one przekształcone przez to, że według obowiązującego prawa muszą zostać odniesione do przestępstwa jako czynu bezprawnego i tym samym muszą zostać uwzględnione dopiero po problematyce bezprawności. Taka kolejność jest wynikiem próby zbudowania przez Liszta wspólnego dla prawa cywilnego i karnego rodzajowego nadrzędnego pojęcia deliktu, w tym także bezprawia i winy. Dopiero przez dołączenie się znamienia zgodności zachowania z istotą czynu dochodzi się do pojęcia karalnego bezprawia i przestępstwa.¹³⁶ Czyn, bezprawność i вина to trzy znamiona rodzajowe deliktu, *Tatbestandmäßigkeit* jest natomiast znamieniem gatunkowym przestępstwa.¹³⁷ W nauce niemieckiej ukształtuje się i przez długie lata trwać będzie pogląd, że bezprawność (w szczególności) oraz вина, pomijając jako zagadnienie odrębne ich stosunek do istoty czynu, są znamionami przestępności czynu nie podlegającymi kryteriom prawnokarnej teleologii.

Kolejność ustalania przestępności zachowania sprawcy: czyn – realizacja znamion istoty czynu – bezprawność – вина, uwzględniając oczywiście ówczesny stan nauki o *Tatbestand*, już w pierwszej połowie XIX w. przyjął H. Luden¹³⁸. Powoływał się przy tym na prawa logiki, zgodnie z którymi najbardziej odpowiednią metodą jest dawanie zawsze pierwszeństwa takiemu znamieniu, które jest warunkiem koniecznym dla istnienia innego¹³⁹. Według Belinga, logiczne uporządkowanie znamion przestępstwa zakłada konieczne pierwszeństwo czynu, po którym następuje *Tatbestandlichkeit*, dalej bezprawność i następnie вина.¹⁴⁰ W przeciwnym razie byłoby możliwe ewentualnie tylko hipotetyczne dokonywanie pewnych ustaleń, a potem dopiero do nich trzeba by było dodawać odpowiednie dane uzupełniające. Odnosi się to w szczególności do kolejności, w jakiej są załatwiane

¹³² F. v. Liszt, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 130.

¹³³ F. v. Liszt, *Das deutsche...*, op. cit., s. 106. Przypomina to bezbarwny, wolny od ocen „zamiar” finalistów jako jądro finalnego ujęcia czynu.

¹³⁴ Na temat koncepcji Liszta H. Achenbach, *Historische und dogmatische...*, op. cit., s. 40.

¹³⁵ F. v. Liszt, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 130.

¹³⁶ F. v. Liszt, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 111; F. v. Liszt, Eb. Schmidt, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 145–146. Schmidt prezentował jednakże socjologiczne ujęcie czynu. Zob. F. v. Liszt, Eb. Schmidt, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 154.

¹³⁷ F. v. Liszt, Eb. Schmidt, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 146.

¹³⁸ H. Luden, *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht. Bd. II. Über den Tatbestand des Verbrechens nach gemeinem deutschen Rechte*, Göttingen 1840, s. 116. Sam Luden używa pojęcia *Tatbestand* nie w węższym belingowskim znaczeniu, lecz w sensie szerokim jako ogół warunków przestępności czynu (poza m.in. zdatnością sprawcy do przypisania). Bliżej na temat pojęcia przestępstwa u Ludena H. Schweikert, *Die Wandlungen...*, op. cit., s. 11; E. v. Bubnoff, *Die Entwicklung...*, op. cit., s. 88 i n.

¹³⁹ Zob. H. Schweikert, *Die Wandlungen...*, op. cit., s. 11; E. Heinitz, *Franz von Liszt...*, op. cit., s. 32.

¹⁴⁰ E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, s. 77.

problemy zgodności zachowania sprawcy z istotą czynu i bezprawności. Ocena lekarskiej operacji wymaga najpierw sprawdzenia, czy taki czyn w ogóle jest uszkodzeniem ciała (*Körperverletzung*), by dopiero potem ustalić znaczenie zgody pacjenta. Kto rozpoczyna od tego ostatniego elementu, może postępować tylko hipotetycznie, tzn. założyć, że operacja stanowi uszkodzenie ciała, aby dopiero później sprawdzić, czy tak jest rzeczywiście – z pewnością początek nie odpowiadający celowi. Tak długo, jak nie ustalono zgodności zachowania z istotą czynu, każde dalsze rozważanie dotyczące przestępności tego czynu *wisi w powietrzu* (*schwebt in der Luft*).¹⁴¹ Dla prawa karnego jest bezcelowe ustalanie bezprawności w nieokreślonej dali. Najpierw treść czynu (*der Handlungsinhalt, Tatbestandlichkeit*), dopiero później jego sprzeczność z porządkiem prawnym! Kolejność u Belinga jest więc odwrotna do tej, którą proponował np. A. Graf zu Dohna: ustalenie zgodności z istotą czynu dopiero po ustaleniu bezprawności¹⁴². Zdaniem Belinga, konieczność ustawiania w hierarchii winy za bezprawnością nie wymaga właściwie dowodu¹⁴³. Kryminalna wina przy niebezprawnym czynie to absurd! Tak więc, jeżeli ustalenie winy następuje po bezprawności, a ustalenie bezprawności po ustaleniu *Tatbestandlichkeit*, to oczywiście tym bardziej ustalenie winy po *Tatbestandlichkeit*¹⁴⁴. Przestrzeganie tej logicznie nakazanej kolejności ma jednakże znaczenie tylko dla naukowej pracy i prezentacji¹⁴⁵. To, że w praktyce uniewinnienie może być niekiedy oparte również na zaprzeczeniu jakiegoś logicznie późniejszego elementu przy pozostawieniu logicznie wcześniejszego, jest rzeczą oczywistą. Poza tym logiczne uporządkowanie znamion przestępstwa nie oznacza następstwa czasowego.

Pozbawienie czynu w ujęciu naturalistycznym wszelkich treści stało się podstawą krytycznej oceny jego zdatości do pełnienia przypisywanych mu funkcji. W ten sposób siłą rzeczy punkt ciężkości zaczął przesuwać się na istotę czynu (*Tatbestand*). Już H. Luden zdawał się stawiać swoje *verbrecherische Erscheinung* (najbliższy odpowiednik belingowskiego *Tatbestand*) przed czyn (*die Handlung*), jednak główny impuls dała dopiero nauka E. Belinga, choć on sam werbalnie uznawał podstawową rolę czynu. Swoją pierwotny pogląd wyrażony w monografii o czynie z 1904 r. zmienił radykalnie G. Radbruch. Pojęcie czynu zostaje pochłonięte przez urzeczywistnienie znamion istoty czynu¹⁴⁶. Podobnie wielu innych autorów, odrzucając naturalistyczne, finalistyczne czy też jakiegokolwiek inne ujęcie czynu lub zdecydowanie ograniczając jego funkcje, oparło podstawę systemu na

¹⁴¹ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 77.

¹⁴² A. Graf zu Dohna, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle a. S. 1905, s. 38. Krytyka Dohny przez Belinga, *Die Lehre...*, op. cit., s. 77, przyp. 3.

¹⁴³ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 78 i n. Uzasadnienie takie jednak przedstawia. Jego prezentację pomijam.

¹⁴⁴ E. Beling, *Die Lehre...*, op. cit., s. 80.

¹⁴⁵ Tamże, s. 81.

¹⁴⁶ G. Radbruch, *Zur Systematik...*, op. cit., s. 162, przyp. 2.

„realizacji znamion istoty czynu” (*Tatbestandsverwirklichung*)¹⁴⁷, później rozumianego jako realizacja istoty bezprawia (istoty czynu bezprawnego; *Unrechtstatbestand*), do której musiały być odnoszone wszystkie pozostałe znamiona przestępstwa. W tym ujęciu *Tatbestandsverwirklichung* traciło charakter tylko jednego z trzech atrybutów (znamion) przestępstwa¹⁴⁸. *Tatbestand* sam teraz stawał się przedmiotem odniesienia dla bezprawności i winy. Znaczenie czynu i rola struktur rzeczowo-logicznych były minimalizowane. Zdaniem Radbrucha, ta modyfikacja stanowiła jednocześnie przejście od systematyki kategoryjnej do teleologicznej¹⁴⁹. Wszystkie znamiona przestępstwa miały być wywodzone z celu kary. Jednak takie stanowisko, wynikające z ugruntowanej wówczas w nauce niemieckiej pozycji neokantyzmu, pozostało przez długie lata jedynie programowym niezrealizowanym zadaniem, zwłaszcza na płaszczyźnie bezprawności¹⁵⁰. Niewątpliwą zasługą neokantyzmu jest z pewnością zorientowanie istoty czynu (*Tatbestand*) na (karne) bezprawie. Realizacja znamion istoty czynu przestaje być stojącą obok bezprawności właściwością przestępnego czynu¹⁵¹. Trzeba pamiętać także i o tym, że neokantyzm stanowił bardzo silne wsparcie dla istniejącej już wcześniej tzw. teorii negatywnych znamion czynu zabronionego, która utożsamiając realizację znamion z bezprawnością, redukowała strukturę przestępstwa do dwóch elementów¹⁵².

¹⁴⁷ Zob. np. M.E. Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg 1915, s. 89 i n., 130 i n.; H. Bruns, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, Bonn-Köln 1932, s. 53, przyp. 158 (dogmatycznych pojęciem podstawowym jest dla H. Bruns *Tatbestand* jako *vertyptes Werturteil*; zob. H. Bruns, *Kritik...*, op. cit., s. 39 i n.); W. Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin 1949, s. 52; H. Schweikert, *Die Wandlungen...*, op. cit., s. 145, 158; W. Gallas, *Zum gegenwärtigen...*, op. cit., s. 14–15; C. Roxin, *Zur Kritik...*, op. cit., s. 516 i n., 548 (obecnie przyjmuje tzw. personalne ujęcie czynu; zob. C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 255 i n.); E. v. Bubnoff, *Die Entwicklung...*, op. cit., s. 149 i n.; K. Otter, *Funktionen...*, op. cit., s. 136 i n.

¹⁴⁸ U Belinga *Tatbestandsverwirklichung* jest jednym z trzech atrybutów odnoszących się do czynu. Beling nie zrobił więc tego „ostatniego kroku”. Zob. G. Radbruch, *Zur Systematik...*, op. cit., s. 162, przyp. 2.

¹⁴⁹ G. Radbruch, *Zur Systematik...*, op. cit., s. 162–163.

¹⁵⁰ Jedną z prób jego wykonania była np. teleologiczna metodologia i systematyka przestępstwa L. Zimmerla. Zob. L. Zimmerl, *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*, Berlin-Leipzig 1931, s. 22 i n., 34 i n., 56 i n., 67 i n. Na ten temat zob. Ch. Bumke, *Relative...*, op. cit., s. 26–27.

¹⁵¹ H. Bruns, *Kritik...*, op. cit., s. 38.

¹⁵² Teoria negatywnych znamion zakłada włączenie ze znakiem „ujemnym” znamion określoności kontratyków do istoty czynu (stał nazwa).

JERZY KOWALSKI



KLAUZULA PAŃSTWA ŚWIECKIEGO
W KONSTYTUCJACH ZSRR I FEDERACJI ROSYJSKIEJ
A PAŃSTWO ŚWIECKIE
W EUROPEJSKIEJ TRADYCYJ KONSTYTUCYJNEJ
(CZĘŚĆ I)

Wartykule podjęto próbę scharakteryzowania najbardziej istotnych cech aktualnej konstytucjonalizacji zasady państwa świeckiego oraz wolności wyznania i sumienia w Federacji Rosyjskiej w kontekście praw człowieka i obywatela. Jest to także kontekst recypowania do współczesnego prawa rosyjskiego podstawowych standardów demokratycznego świeckiego państwa prawa. W takim ujęciu zasygnalizowanego zagadnienia ujawnia się głęboka zmiana, jaka dokonała się w Rosji m.in. w relacji państwo-kościół (w aspekcie instytucjonalnym) i w stosunku państwa do religii (światopoglądu religijnego). Istota nowej regulacji prawnej kwestii wyznaniowych szczególnie wyraźnie uwydatnia się na tle uprzednich, porewolucyjnych rozwiązań konstytucyjnych i ustawodawstwa ZSRR dotyczącego tych relacji. Rozwiązania prawne właściwe dla okresu 1918–1977 należy przyjąć za konieczny układ odniesienia, który można określić jako „wewnętrzrosyjski”. Zostanie on więc w ogólnym zarysie przedstawiony. Ważne też jest określenie drugiego, „zewnętrznego”, czyli europejskiego układu odniesienia. Podstawowy problem, dotyczy tu odpowiedzi na pytanie, w jakiej relacji do europejskiej tradycji konstytucyjnej pozostają rosyjskie rozwiązania konstytucyjne dawne i aktualne w interesującym nas tutaj obszarze problemowym.

Wieloaspektowy zakres tej problematyki spowodował konieczność zaprezentowania jej (w generalnym zarysie) w dwóch częściach. W pierwszej przedstawiono rewolucyjne przejście od rosyjskiej tradycji państwa wyznaniowego do koncepcji państwa świeckiego. Starano się tu uwydatnić, że choć konstytucyjna formuła państwa tego typu od 1918 r. nawiązuje formalnie do zrębów europejskiej tradycji liberalnej w pojmowaniu państwa świeckiego, ale faktycznie przez kilka dziesięcioleci konsekwentnie jednak realizowany był zupełnie inny model – państwa ateistycznego. W związku z tym są scharakteryzowane podstawy prawne tego właśnie modelu. U podstaw odpowiednich regulacji prawnych tkwi okre-

ślona koncepcja ideologiczna: marksistowska teoria rewolucyjnej zmiany społecznej oraz marksistowska krytyka światopoglądu religijnego, będąca częścią materialistycznej teorii religii – religii jako samoalienacji człowieka. Z teorii tej zostały wyprowadzone przez przywódców rewolucji bolszewickiej radykalne wnioski natury politycznej i prawnej, stające się elementem rewolucyjnego programu totalnego przeobrażenia charakteru państwa i społeczeństwa. Jednocześnie z drugiej zaś strony nawiązanie przez autora do europejskiej tradycji konstytucjonalizacji koncepcji państwa świeckiego ukazuje całkowitą rozbieżność europejskiej i przyjętej w rewolucyjnej i porewolucyjnej Rosji koncepcji państwa świeckiego. W zakończeniu tej części artykułu omówiono zapoczątkowanie procesu normalizacji stosunków państwo-kościół i modyfikacji polityki wyznaniowej w kontekście zmian ustrojowych realizowanych w Rosji od początku lat 90. ubiegłego wieku. Ważnym wyznacznikiem dokonujących się procesów jest nowe ustawowe uregulowanie tych kwestii. W części drugiej artykułu dokładniej scharakteryzowano ustawodawstwo określające nowy model państwa świeckiego w Rosji, uwzględniając Konstytucję Federacji Rosyjskiej z 1993 r. Ukazano także współczesny kontekst dokonanej zmiany, przede wszystkim w odniesieniu do aktualnych europejskich rozwiązań konstytucyjnych.

1. Rewolucyjna koncepcja prawna: zasada państwa świeckiego *versus* zasada państwa wyznaniowego

Wtotalnym programie partii bolszewików dotyczącego rewolucyjnej przebudowy tzw. bazy materialnej oraz wszelkich form nadbudowy społecznej w Rosji (baza i nadbudowa są to najbardziej klasyczne pojęcia teorii materializmu historycznego sformułowanej przez K. Marksa i F. Engelsa), kwestia władzy i państwa zajmowała centralne miejsce. Obie te kwestie zostały ujęte w formule dyktatury proletariatu oraz państwa nowego typu, które przeciwstawione państwu o ustroju monarchicznym lub państwu określanemu w terminologii marksistowskiej jako burżuazyjne (system demokracji burżuazyjnej), jest następnie charakteryzowane jako państwo socjalistyczne. Jest ono pojmowane jako instytucja mającego powstać w procesie rewolucyjnych zmian społeczeństwa bezklasowego, tzn. takiego, w którym w związku ze zniesieniem wszelkiej własności prywatnej środków produkcji są także zniesione podstawowe antagonistyczne klasy społeczne. Rewolucja 1917 r., obalając ustrój cesarstwa rosyjskiego, zlikwidowała wszystkie jego instytucje, cały dotychczasowy system prawny i przerwała zapoczątkowany od 1905 r. proces ukierunkowany na stopniowe wprowadzanie w Rosji przemian konstytucyjnych. Manifest cara Mikołaja II z 17 października 1905 r. zapowiadał m.in. zwołanie pierwszego w dziejach Rosji dwuizbowego parlamentu o kompetencjach ustawodawczych (Duma Państwowa i Rada Państwa), rozszerzenie praw wyborczych oraz przyznanie swobód obywatelskich (wolności

sumienia, słowa, zgromadzeń i zrzeszania się, nietykalności osobistej). Tzw. ustawy zasadnicze, wydane przez cara w 1906 r. (określane zazwyczaj jako pierwsza konstytucja Rosji), normowały uprawnienia Dumy i Rady Państwa, co w konsekwencji oznaczało ewolucję systemu politycznego: od niepodzielnej osobistej władzy cesarza („samodzierżawie”) ku monarchii konstytucyjnej. W konfliktach stronnictw politycznych w latach 1906–1917 zarysowywała się tendencja do ustanowienia rządów parlamentarnych w nawiązaniu do zasad liberalnej demokracji umocowanych konstytucyjnie. Ten właśnie kierunek ewolucji państwa i prawa radykalnie przerwała rewolucja przeprowadzona przez frakcję socjaldemokratów – bolszewików. Wyrazistym znakiem tej sytuacji stało się m.in. zlikwidowanie przez nich w grudniu 1917 r. Zgromadzenia Ustawodawczego (*Uczreditelnoje Sobranije*) zwane też Konstytuanta, które miało opracować zasady ustroju państwa po rewolucji. Jednakże bolszewicy narzucili własny program zmian ustrojowych i własne koncepcje legislacyjne. Znalazły one wyraz w pierwszej ustawie zasadniczej nowego państwa – w konstytucji Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej uchwalonej 10 lipca 1918 r. Jak wspomniano, rozwiązania te w nowo powstałym państwie zanegowały cały dotychczasowy porządek prawny i instytucjonalny.

Jednym ze znamion rewolucyjnych zmian stała się konstytucjonalizacja idei państwa świeckiego (laickiego), która oznaczała przede wszystkim zasadę rozdziału kościoła od państwa. Art. 13 ust. 5 tej konstytucji (zawarty w rozdziale II: Zasadnicze punkty Konstytucji Rosyjskiej Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Radzieckiej) określał: „W celu zabezpieczenia rzeczywistej wolności sumienia pracujących Kościół zostaje oddzielony od państwa, a szkoła od Kościoła i uznaje się zupełną swobodę religijnej i antyreligijnej propagandy dla wszystkich obywateli”¹.

Należy jednak wskazać, że ta koncepcja oraz główne założenia polityki wyznaniowej nowego państwa rosyjskiego zostały wyrażone najpierw w porządku pozakonstytucyjnym, drogą dekretu Komisarzy Ludowych z 23 stycznia 1918 r. o „oddzieleniu Kościoła od państwa i szkoły od Kościoła”². Dekret ten m.in. w art. 10 określał: wszystkie wspólnoty kościelne i religijne są poddane pod ogólne zasady odnoszące się do stowarzyszeń prywatnych; wspólnotom tym nie przysługują żadne przywileje, nie są wspierane przez państwo oraz instytucje lokalne i autonomiczne. Art. 12 zaś precyzował, że wspólnoty te nie mają osobowości prawnej oraz nie mają prawa własności. Te ogólne zasady oznaczały nie tylko

¹ Tekst konstytucji zob. *Konstytucja (Ustawa Zasadnicza) Rosyjskiej Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Radzieckiej* (przyjęta na V Wszechrosyjskim Zjeździe Rad w dniu 10 lipca 1918 r.), tłum. Z. Jarosz, (w:) *Znaczenie nowej konstytucji ZSRR z 1977 r. dla teorii rozwiniętego socjalizmu*. Sesja naukowa 5–6 X 1918 r., Materiały i dokumenty, Instytut Nauk Politycznych UW, Warszawa 1978.

² Zob. J. Krukowski, *Kościół i państwo – podstawy relacji prawnych*, Lublin 2000, s. 74; A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisław, *Prawo wyznaniowe* (rozdz. Systemy rozdziału Kościoła od państwa-model sowiecki), Warszawa 2006, s. 17.

nowy porządek prawny w dziedzinie relacji państwo-kościół, było to także zaniegowanie w dotychczasowej tradycji państwa wyznaniowego, oznaczały głęboki wstrząs społeczny i kulturowy.

2. Zniesienie państwa wyznaniowego

Wprowadzona w 1918 r. zasada świeckości państwa rosyjskiego oznacza fundamentalny przełom w dotychczasowych relacjach państwo-kościół (a właściwie-Cerkiew prawosławna) w Rosji. Dotąd wszak Rosja była po pierwsze, państwem wyznaniowym, w którym prawosławie było religią nie tylko dominującą, ale i państwową, oficjalną i swoiście uprzywilejowaną. Po drugie, trzeba wskazać na specyficzny proces historyczno-polityczny: przez długi okres Cerkiew prawosławna (jako instytucja) metodycznie była całkowicie podporządkowywana państwu. Cerkiew staje się instytucjonalnie ubezwłasnowolniona, pozbawiona jakiegokolwiek autonomii, odgrywa jednakże nadal wielką rolę jako siła duchowa w społeczeństwie.

Proces ograniczania prerogatyw cerkwi i zwalczania jej aspiracji do dominacji nad państwem rozpoczęty przez cara Iwana IV osiąga apogeum za Piotra I. Jego panowanie zapoczątkowuje upaństwowianie cerkwi i religii. W 1700 r. po śmierci patriarchy Adriana zostaje zniesiony na 217 lat patriarchat; car wydaje zakaz wyboru nowego zwierzchnika cerkwi. Rok później w miejsce soboru biskupów Piotr I ustanawia kolegium państwowe do zarządu sprawami cerkwi ze świeckim urzędnikiem na czele (I.A. Musin-Puszkina). Rok 1711 – car przyznaje Senatowi Rządzącemu (najwyższa instytucja państwowa wprowadzona w miejsce Dumy Bojarskiej) kompetencje powoływania zwierzchników klasztorów (archimandrytów) i nadzorowania budownictwa cerkiewnego; w 1711 r. – na spowiedników zostaje nałożony obowiązek donosu o wyznanych na spowiedzi przestępstwach przeciw państwu. Od 1721 r. rozpoczyna się czas określany niekiedy w piśmiennictwie „synodalnym”: *Duchowny reglamient* (z 14.2.) wydany przez cara ustanawia Święty Rządzący Synod; nowa instytucja ma regulować całokształt spraw kościelnych i nadzorować funkcjonowanie cerkwi włącznie z interpretacją dogmatów. Choć skład Synodu tworzą biskupi i archimandryci (przełożeni klasztorów), ale na czele tego urzędu stoi świecki urzędnik zwany nadprokuratorem lub oberprokuratorem. Jest on wyznaczony przez cara i jego reprezentuje bezpośrednio w owym gremium. Formalnie ma on tylko prawo określania porządku obrad, przedmiotu debat duchownych, ale bez prawa rozstrzygania. Jednakże umocowanie oberprokuratora właśnie jako przedstawiciela cara sprawia, że w rzeczywistości do niego należą wszystkie podstawowe decyzje. W tymże roku Synod uznaje cara jako najwyższego sędziego i głowę Cerkwi prawosławnej. Działania zmierzające do spotęgowania uzależnienia cerkwi od państwa (a właściwie od monarchy) kontynuują następcy Piotra. Caryca Anna przejmuje (1739 r.) pod zarząd państwo-

wy wszystkie dobra kościelne. Podczas reformatorskich poczynań Katarzyny II następuje pełna sekularyzacja majątków cerkiewnych, duchowieństwo przechodzi na utrzymanie państwa (1762 r.). W 1797 r. (5 IV) cesarz Paweł I wydał akt prawny zwany *prawem o sukcesji tronowej*. Akt ten włączony do Kodeksu Praw Imperium Rosyjskiego określał nie tylko zasady dziedziczności tronu, ogłosił też cesarza „głową Kościoła” – i odtąd był to jeden z oficjalnych tytułów rosyjskich carów. „Liberalny” car Aleksander I na wzór Świętego Synodu – ustanawia 13.11.1811 r. Kolegium Katolickie, urząd carski sprawujący nadzór nad Kościołem katolickim w Rosji. Pod panowaniem Mikołaja I – również Kościół greckokatolicki został podporządkowany oberprokuratorowi Świętego Synodu (1837 r.). W 1811 r. następuje przyłączenie Kościoła gruzińskiego do rosyjskiego Kościoła prawosławnego. Kiedy ukazem Mikołaja I (22.4.1828 r.) rozpoczyna się planowe i długofalowe likwidowanie w Rosji Unii Brzeskiej, wspomniane Kolegium greckokatolickie przeszło w 1832 r. pod zarząd Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, a w 1839 r. car Mikołaj I zatwierdził połączenie Kościoła unickiego (tzn. greckokatolickiego) z Rosyjską Cerkwią Prawosławną. Kiedy w prowincjach przynależnych do Cesarstwa w Karelii i Finlandii od 1885 r. rozpoczyna się proces organizowania Kościoła prawosławnego; prawosławie i na tym obszarze staje się jedyną powszechną religią, podporządkowaną jednakże państwu.

Jednocześnie dla uwypuklenia istoty przełomu dokonanego rewolucyjną konstytucjonalizacją zasady państwa świeckiego należy wskazać szczególną funkcję prawosławia w dziejach Rosji: Kościół prawosławny niemal od początków chrystianizacji Rusi sakralizuje osobę władcy, co stanowi dodatkowy czynnik legitymizacji jego panowania (niezależnie np. od praw następstwa dynastycznego). O ile od początków funkcjonowania chrześcijaństwa wschodniego na Rusi można najogólniej mówić o pewnego rodzaju symbiozie państwa i kościoła we wzajemnym wspieraniu się: kościół odgrywa ważną rolę w procesie tworzenia się państwowości na Rusi i wzajemnie – państwo wspiera kościół w jego instytucjonalnym rozwoju (w piśmiennictwie rosyjskim na określenie tej sytuacji używa się niejednokrotnie określenia „symfonia”)³, o tyle od Iwana III i Iwana IV sytuacja całkowicie się zmienia. Kiedy od XV w. rozpoczyna się szybki proces tworzenia podstaw potęgi państwa moskiewskiego (proces scalania „ziem ruskich”), i w całej pełni krystalizuje się idea suwerenności państwa moskiewskiego⁴, cerkiew staje się czynnikiem państwowotwórczym tylko w relacji asymetrycznej – podporządkowania państwu i ideowego wspierania władzy carskiej poprzez sakralizację osoby władcy. Stosunek do władcy nabrał charakteru religijnego m.in. przez nadawanie mu najrozmaitszych znamion świętości.

³ Zob. m.in. W. Senderow, *Od totalitaryzmu do fałszywej symfonii*, „Więź” 1992, nr 3, numer specjalny „Rosja i prawosławie”.

⁴ Por. W. Peltz, *Suwerenność państwa w praktyce i doktrynie politycznej Rusi Moskiewskiej (XIV–XVI w.)*, Zielona Góra 1994; tamże obszerna bibliografia.

Co prawda można wskazać, że w pewnym stopniu podobny proces „uświęcania” osoby króla i pojmowania go jako pomazańca bożego, namiestnika Chrystusa na ziemi, wraz z teorią władzy królewskiej jako pochodzącą z nadania Boskiego, ma miejsce w państwach Europy Zachodniej, ze szczególnym nasileniem w okresie średniowiecza⁵. Jednakże w Rosji proces sakralizacji władcy następował z wyjątkową intensywnością i nie ograniczał się tylko do określonej symboliki religijnej i liturgicznej, ani do retoryki tekstów wysławiających cara, ale wykazywał własne odrębności. Jedną z cech procesu sakralizacji władcy jest wyraźna dążność do absolutyzacji jego osoby, „ubóstwienia” go w znaczeniu teologicznym, przydawano mu atrybuty boskie, szczególny charyzmat świętości. Istotny jest tu wpływ wczesnej tradycji bizantyńskiej i kontekst religijno-politycznej ideologii pojmowania państwa moskiewskiego jako naturalnego spadkobiercy cesarstwa bizantyńskiego po jego upadku. Wyraża to m.in. koncepcja „Moskwy – jako Trzeciego Rzymu”, doktryna sformułowana przez mnicha (igumena) Filoteja (Filoteusza) z klasztoru Eleazara w Pskowie na początku XVI w. w jego kilku listach do dwóch kolejnych władców Wielkiego Księstwa Moskiewskiego, Wasyla III i Iwana III, być może także do Iwana IV⁶. W myśl tej doktryny państwo moskiewskie jest pojmowane jako mocarstwo, które przejmując z istoty rzeczy prerogatywy cesarstwa bizantyńskiego, przejmuje także dziedzictwo całego prawosławia i sprawuje pieczę nad całym „światem prawosławnym”. To sam Bóg wybrał Ziemię Ruską na spadkobierczynię Bizancjum, i w tym znaczeniu Moskwa jawi się jako Trzeci Rzym: „...Jeżeli więc należycie urządzisz swoje państwo, staniesz się synem światłości oraz mieszkańcem Jeruzalem górnego...a teraz raz jeszcze powtarzam: miej w pamięci i utwierdź się w przekonaniu, pobożny władco, że wszystkie państwa chrześcijańskie w twoim w jedno władanie się zeszyły, że dwa kolejne Rzymy upadły, trzeci natomiast Rzym stoi i trwa, czwartego zaś już nie będzie. Twoje królestwo chrześcijańskie nie ustąpi już miejsca żadnemu innemu...”⁷.

Mesjanistyczna i eschatologiczna w swej istocie doktryna określa dziejowe posłannictwo Rusi na przyszłe wieki, wyznaczając jej rolę uniwersalnego królestwa chrześcijańskiego i obrońcy prawdziwej wiary chrześcijańskiej, gdziekolwiek jest ona rozpowszechniona. W tym więc kontekście rozwija się pojmowanie pań-

⁵ Zob. J.-P. Roux, *Król. Mity i symbole*, seria „Nowa Marianna”, Warszawa 1998.

⁶ Zob. *Mnicha Filoteja Posłanie do wielkiego księcia Wasyla III*, (w:) *Słowo o Bogu i człowieku. Myśl religijna Słowian wschodnich doby staroruskiej*, wybrał, przełożył i opracował R. Łużny, PAU – Prace Komisji Wschodnioeuropejskiej, Kraków 1995, s. 171–173, tamże komentarz do listu, s. 174–176. Piśmiennictwo dot. koncepcji mnicha Filoteusza jest nader bogate nie tylko w Rosji, ale głównie w USA, Francji, Niemczech, we Włoszech. Zagadnienie to ma także ważną literaturę w języku polskim, m.in.: A. Walicki, *Teokratyczna utopia Trzeciego Rzymu*, (w:) *tenże, Rosja, katolicyzm i sprawa polska*; J. Serczyk, *Idea imperialna – rosyjska ideologia historyczna. Przegląd problematyki*, (w:) *Europa Orientalis*, Toruń 1996; A. Andrusiewicz, *Eklezjologia megaidai Trzeciego Rzymu*, (w:) *Idea narodu i państwa w kulturze narodów słowiańskich*, (red.) T. Chrobak, Z. Stachowski, Warszawa 1997; zob. też cyt. tu prace Uspińskiego, Żywowa, Lazari’ego. W tychże pracach – podana bibliografia zagraniczna. Przygotowana jest do druku antologia opracowań pt. *Idea rosyjska – Moskwa jako Trzeci Rzym*, red. i oprac. M. Miśkowiec.

⁷ *Mnicha Filoteja Posłanie...*, op. cit., s. 173.

stwa rosyjskiego jako Świętej Rusi, a narodu rosyjskiego – jako narodu wybranego, nowego Izraela. W tej perspektywie ścisły związek państwa i cerkwi staje się bardziej oczywisty, ku podporządkowaniu cerkwi państwu, a proces ten zostanie określony przez Mikołaja Bierdiajewa jako nacjonalizacja Cerkwi prawosławnej⁸. Wbrew pozorom, jak się może wydawać, nie jest to problematyka „archaiczna” historycznie i politycznie. Ta ideologiczna koncepcja jest we współczesnej Rosji aktualizowana w rozmaitych wersjach zarówno w wielorakich dyskusjach dotyczących określenia obecnej tożsamości historyczno-kulturowej Rosji, jak i określenia nowej roli Rosji w świecie; staje się także podglebieniem pojawiających się tendencji nacjonalistycznych i „wielkorosyjskich” czy „wielkomocarstwowych”, a nie jest to problem marginalny. R. Łużny wskazuje, że choć teoria ta nie stała się oficjalną doktryną państwową Rusi-Moskwy XVI w. i Rosji nowożytnej, to jednak jej zasadnicze założenia teoretyczne i wnioski praktyczne weszły na trwałe do świadomości, „do stylu myślenia i działania wielu pokoleń elit umysłowych i politycznych Rosji...z naszą współczesnością włącznie”⁹, a Andrzej Lazari podkreśla, że sygnalizowana koncepcja „nie jest zwykłą ciekawostką historyczną. To jedna z podstawowych (jeśli nie najważniejsza) idei historiozoficznych...błądzących w zakamarkach umysłów rosyjskich przez kilka stuleci. To archetyp nacjonalizmu rosyjskiego”¹⁰.

Nie tylko określanie cara, ale pojmowanie go w kategorii „ziemski bóg”, także wręcz „christos” stało się powszechne. Wyraziło się to i w liturgii, i w słownictwie potocznym, i w bogatej sferze symbolicznej, aż przeniosło się także na sferę pojęć politycznych. Nie sposób tu omówić rosyjskiej specyfiki sakralizacji władcy, tej specyfiki, która nie pozwala przyjąć analogii do kwestii sakralizacji panującego w państwach Zachodu. Z konieczności więc trzeba tylko odwołać się w tym zakresie do fundamentalnej pracy wybitnych przedstawicieli moskiewsko-tartuskiej szkoły semiotycznej Borysa Uspińskiego i Wiktora Żywowa, które ukazują pełny kontekst historyczno-kulturowy tego zagadnienia¹¹. Zasygnalizowane wątki problemowe – sakralizacji władcy, teorii Moskwy jako Trzeciego Rzymu w połączeniu z zagadnieniem upaństwowiania cerkwi wydają się być istotne dla określenia nie tylko pewnych aspektów specyfiki dziejów Rosji, ale w tych ramach m.in. dla uwydatnienia paradoksalnej sytuacji: cerkiew w ciągu wieków (aż do schyłku panowania Mikołaja II) jest głównym fundamentem *samodzierżawia*, podczas gdy ona sama jest ubezwłasnowolniona i jest tylko instrumentem panowania, a sakralizacja władcy jest jednocześnie trwałym czynnikiem umacniania despotyzmu.

⁸ M. Bierdiajew, *Rosyjska idea*, wyd. II, Warszawa 1999, s. 14.

⁹ *Mnicha Filoteja Posłanie...*, op. cit., komentarz, s. 174.

¹⁰ A. Lazari, *Czy Rosja będzie Trzecim Rzymem?*, „ZNAK” 1993, nr 453, numer specjalny „Co to jest prawosławie?”.

¹¹ B. Uspiński, W. Żywow, *Car i bóg. Semiotyczne aspekty sakralizacji monarchy w Rosji*, seria „Biblioteka myśli współczesnej”, Warszawa 1992; zob. także: B. Uspiński, J. Łotman, *Oddźwięki koncepcji Moskwa-Trzeci Rzym w ideologii Piotra Pierwszego*, (w:) *Semiotyka dziejów Rosji* – antologia, wybór i przekł. B. Żyłko, Łódź 1993.

Toteż Henryk Paprocki, autor przekładu i także autor wstępu do zasygnalizowanej wyżej pracy B. Uspienskiego i W. Żywowa, charakteryzując tę sytuację stwierdza:

„...sakralizacja monarchy była ślepą uliczką rosyjskiej państwowości, uniemożliwiająca normalny rozwój państwa, a zwłaszcza jego demokratycznych instytucji. Gdy w innych państwach rozwijała się idea monarchii konstytucyjnej czy też państwa demokratycznego, rozpoczęty w Rosji proces historyczny, a raczej semiotyczny, uniemożliwiał jakiegokolwiek zmiany, wyjściem była jedynie rewolucja”¹².

3. Rewolucyjna Rosja: zasada państwa świeckiego a francuska liberalna tradycja konstytucyjna

J

ezeli, jak wskazano wyżej, ustanawiając w Rosji zasadę państwa świeckiego, nie można było odwołać się w tej materii do rodzimej tradycji politycznej i konstytucyjnej, to powstaje zagadnienie, z jakiej praktyki konstytucyjnej zaczerpnięto ogólny wzór. Zasada państwa świeckiego jako przeciwieństwo modelu państwa wyznaniowego, wprowadzona w Rosji przez konstytucję z 1918 r., z istoty rzeczy nawiązuje formalnie do pierwszego w historii Europy systemu państwa laickiego, powstałego we Francji pod koniec XVIII w. Jest to podstawowy wzór, do którego może się odwołać nowy konstytucjonalizm rosyjski, bowiem dotąd w tradycji rosyjskiej funkcjonował – jak już wspomniano – wyłącznie model państwa wyznaniowego.

System państwa laickiego (świeckiego) ustanowiła rewolucja francuska 1789 r. – najpierw wskutek przyjęcia jednej z liberalnych zasad praw człowieka i obywatela, tj. zasady wolności sumienia i wolności religijnej, co określał art. 10 uchwalonej przez Zgromadzenie Narodowe (26 sierpnia 1789 r.) Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela. Artykuł ten gwarantował owe wolności i w myśl tej regulacji żaden obywatel Francji nie może być prześladowany z powodu przekonań religijnych i manifestowania ich, co w konsekwencji oznaczało też, że na pozycję obywatela w państwie nie może mieć żadnego wpływu wyznanie religijne. Jednak w miarę nasilania się procesu rewolucyjnego, zaczyna się etap wprowadzania bardziej rygorystycznych regulacji prawnych w zakresie relacji państwo-kościół. I tak: 2 grudnia 1789 r. Zgromadzenie Narodowe przyjmuje akt o przejęciu przez państwo (Republikę Francuską) wszystkich nieruchomości kościelnych. 13 lutego 1790 r. zadekretowano nieuznawanie ślubów zakonnych jako sprzecznych z zasadą wolności człowieka, i w rezultacie zostały zniesione zakony, których reguła wymagała składania takich „zaślubin”. 12 lipca 1790 r. uchwalono „konstytucję cywilną duchowieństwa”, wprowadzającą obowiązek złożenia przez kler przysięgi wierności Narodowi, Prawu i Królowi – jest to wszak jeszcze etap monarchii

¹² H. Paprocki, *Semiotyka władzy*, wstęp do: B. Uspienski, W. Żywow, *Car i bóg...*, op. cit., s. 10.

konstytucyjnej. Przyjęto też zasadę ustanawiania biskupów i proboszczów drogą wyborów, a nie kościelnych nominacji (biskupów przez Stolicę Apostolską i proboszczów przez ordynariuszy diecezji), i wprowadzono w życie koncepcję utrzymywania kleru przez państwo. Konstytucja cywilna zniosła także jurysdykcję papieża nad kościołem Francji. Ustawodawstwo rewolucyjnej Francji wprowadziło również moc prawną tylko dla ślubu cywilnego zawieranego przed urzędnikiem państwa, dopuściło rozwody, a sądownictwo w sprawach małżeńskich odebrano sądom kościelnym i powierzono sądom państwowym. Wobec duchownych odmawiających złożenia wspomnianej przysięgi wprowadzono restrykcje – pozbawiono ich prawa sprawowania kultu. Regulacje te praktycznie wprowadzały podporządkowanie instytucji kościelnych i duchowieństwa władzy świeckiej – państwu.

Choć stopniowo zaczyna kształtować się idea państwa świeckiego, to jednak wydaje się, że na tym etapie rozwiązań prawnych określających relacje państwo-kościół we Francji trudno jeszcze mówić o modelu rozdziału kościoła od państwa, który np. J. Krukowski określa jako model „separacji wrogiej”¹³; ten model zostanie ustanowiony w przyszłości. Natomiast dotychczasowe rozwiązania prawne mieszczą się jeszcze w tradycjach gallikańskich i nie mogą być pojmowane jako wyraz tendencji ateistycznych, walki z kościołem i z religią jako taką. Podłożem omawianych regulacji prawnych jest złożony proces przeobrażeń świadomości politycznej a także religijnej w apogeum epoki Oświecenia. Jest to m.in. kwestia określenia nowego statusu kościoła w państwie w związku z zakwestionowaniem dotychczasowego legitymizowania absolutyzmu monarchicznego przez kościół; jest to też np. problem usytuowania liberalnych zasad wolności i praw człowieka w społeczeństwie generalnie zorientowanym religijnie¹⁴. Nowe zasady ustrojowe Republiki Francuskiej w całym kompleksie rozwiązań ekonomicznych, politycznych i społecznych, zatwierdzone ostatecznie przez Konstytucję z 3 IX 1791 r., stabilizowały rewolucję na płaszczyźnie koncepcji państwa liberalnego, ale o laicyzacji państwa nie może być jeszcze mowy. Co najwyżej można pojmować dotychczasowe regulacje „kościelne” jako wyraz dążności do zreformowania kościoła jako instytucji zdemokratyzowanej, narodowej, o strukturze powiązanej ze strukturą państwa (np. departamenty w nowym podziale administracyjnym kraju jako równocześnie diecezje), w istocie rzeczy wspomagającej początkowo proces przebudowy społecznej.

¹³ Por. J. Krukowski, *Francuski model państwa świeckiego (separacja wroga)*, (w:) tenże, *Kościół i państwo...*, op. cit., s. 48–49.

¹⁴ W kwestii przemian świadomości religijnej we Francji – zob. m.in. P. Hazard, *Kryzys świadomości europejskiej 1680–1715*, Warszawa 1974 (zwłaszcza część druga *Przeciw tradycyjnym wierzeniom*); tenże, *Mysł europejska w XVIII wieku...*, Warszawa 1972 (zwłaszcza część I *Proces wytyczony chrześcijaństwu*); odnośnie polityczno-społecznego kontekstu sygnalizowanych regulacji prawnych – zob. J. Baszkiewicz, *Rewolucja francuska 1789–1794. Społeczeństwo obywatelskie*, Warszawa 1983 (zwłaszcza część *Rewolucja kulturalna – Wiara i ludzie*) i tenże, *Nowy człowiek, nowy naród, nowy świat-mitologia i rzeczywistość rewolucji francuskiej*, Warszawa 1993 (część *My – Religia jako instrument regeneracji*).

Nasilająca się radykalizacja prawodawstwa dotyczącego kwestii usytuowania kościoła w państwie jest jednakże w znacznym stopniu wynikiem nie tyle samego programu ideowego rewolucji, ile skutkiem podziałów powstających wśród duchowieństwa: część opowiada się za przemianami rewolucyjnymi, część zaś jest powiązana z ośrodkami arystokratycznej emigracji i wspiera dążności kontrewolucyjne. Jest także efektem potępienia Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela przez papieża i zdecydowanego jego sprzeciwu wobec konstytucji cywilnej. Tak więc wiele złożonych przyczyn złoży się na proces, który wraz z dochodzeniem do głosu coraz bardziej „lewicowych” ugrupowań politycznych doprowadzi do separacji kościoła od państwa we Francji, kształtowania się wspomnianego wyżej modelu „separacji wrogiej”¹⁵.

Kategoria „rozdział (*la separation*) kościoła od państwa” wprowadzona jest po raz pierwszy w kolejnym akcie władz rewolucyjnych – w dekrete Konwentu „O rozdziale kościoła od państwa” z 21 lutego 1795 r. Nowa regulacja prawna wyrażona została następująco:

- „1. Zgodnie z art. 10 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela i art. 122 Konstytucji nie można zakłócać jakiegokolwiek kultu. (*Występuje tu odwołanie do Konstytucji Republiki Francuskiej z 1791 r. – JK*).
2. Republika nie opłaca żadnego kultu.
3. Nie dostarcza ona żadnego pomieszczenia ani dla wykonywania kultu, ani na mieszkania dla duchownych.
4. Obrzędy jakiegokolwiek kultu są zabronione poza wnętrzem lokalu, wybranym dla jego wykonywania.
5. Ustawa nie uznaje żadnego duchownego kultu; nikt nie może ukazywać się publicznie w ubraniu, ozdobach lub szatach przeznaczonych do obrzędów religijnych.
6. Wszelkie zgromadzenia obywateli dla wykonywania jakiegokolwiek kultu podlegają nadzorowi władz. Nadzór ten polega na zarządzeniach policyjnych i bezpieczeństwa publicznego.
7. Żaden znak, właściwy dla określonego kultu, nie może być umieszczony w miejscu publicznym ani na zewnątrz budynku w jakikolwiek sposób. Żaden napis nie może wskazywać na miejsce przeznaczenia kultu. Żadne obwieszczenie ani wezwanie nie może być uczynione w celu zwołania tam obywateli.
8. Gminy, filie gmin nie mogą nabywać ani odnajmować lokalu na wykonywanie kultu.
9. Nie może być uczyniona żadna darowizna wieczysta czy dożywotnia, ani też nie wolno ustanawiać żadnej opłaty na pokrycie wydatków kultu.

¹⁵ Zob. J. Krukowski, *Religia i wolność religijna w prawie Unii Europejskiej – Doświadczenia i perspektywy*, cz. II *Doświadczenia z przeszłości*, (w:) *Religia i wolność religijna w Unii Europejskiej*, mat. III międzynarodowej konferencji, Warszawa 2–4 września 2002 r., (red.) J. Krukowski, Otto Theisen, Prace Wydziału Nauk Prawnych.

10. Ktokolwiek zakłóci gwałtem obrzęd jakiegokolwiek kultu lub znieważy jego przedmioty, podlega karze w myśl ustawy z 22 lipca 1791 r. o policji poprawczej¹⁶.

Generalizując, koncepcja liberalnego państwa laickiego, której podwaliny doktrynalne przygotowała myśl filozoficzna i polityczna Oświecenia, jest po raz pierwszy urzeczywistniona w praktyce politycznoprawnej Republiki Francuskiej czasu rewolucji. Koncepcja ta charakteryzuje się tym, iż podstawą stosunków religijno-światopoglądowych jest zasada wolności sumienia i wyznania, odtąd kwestie religijne są uznawane w życiu publicznym jako sprawa prywatna każdego obywatela. Państwo nie przyznaje sobie prawa do orzekania w sprawach religii i co do wewnętrznych zasad działania kościołów, ale też odmawia im udziału w życiu publicznym. Nade wszystko istotne jest to, że owa wolność sumienia i wyznania ma zarazem charakter publicznego prawa podmiotowego, tzn. że państwo zobowiązuje się do ochrony tej wolności, stwarzając odpowiednie gwarancje prawne. Ponadto wszystkie wyznania w państwie stają się równouprawnione i żadnemu z nich nie jest przyznany status religii państwowej lub nadrzędnej w stosunku do któregokolwiek z innych wyznań¹⁷. Podstawowe zasady relacji państwo-kościół powołane przez rewolucję francuską, przede wszystkim zaś idea wolności sumienia i wyznania oraz laicyzacji coraz szerzej rozpowszechniają się w Europie, uzyskując w prawodawstwie różnych państw mniej lub bardziej pełne gwarancje. Pod tym względem jest wzorcowy na znacznym obszarze XIX-wiecznej Europy kodeks cywilny Napoleona (1804). Tak np. instytucja małżeństwa według uregulowań tego kodeksu uzyskuje w pełni charakter laicki, małżeństwo jest pojmowane jako umowa cywilna; w wielu różnych innych kodyfikacjach europejskich sądownictwo w sprawach małżeńskich należy do kompetencji sądów powszechnych. Również zasada wolności sumienia i wyznania jest recypowana (w różnych wariantach) w porewolucyjnych konstytucjach różnych państw. Prawem przykładu można tutaj przywołać konstytucję Belgii z 1831 r.: art. 14 ustanawiał: gwarantuje się wolność kultu religijnego i publicznego wykonywania go, jak również wolność przejawiania wszelkich poglądów w każdej dziedzinie (czyli także w dziedzinie religijnej – uwaga J.K.); art. 15 – nikt nie może być zmuszony do udziału w aktach i obrzędach jakiegokolwiek kultu religijnego ani też do przestrzegania świąt przezeń ustanowionych (wyraża się w tym przepisie zakaz przymusu religijnego – uwaga J.K.); art. 16 zd. 3 – ślub wyznaniowy winien być poprzedzony ślubem cywilnym; art. 109 – prowadzenie aktów stanu cywilnego należy do wyłącznej kompetencji

¹⁶ Tekst dekretu cyt. za: A. Czochara, *Stosunki państwo-Kościół: Belgia, Francja, Hiszpania, Włochy* (rozdz. I *Idea wolności religijnej i koncepcja stosunków państwowo-kościelnych w głównych doktrynach politycznych*), Warszawa 1994, s. 11–12. Cyt. autor odwołuje się do: L. Cahen, R. Guyot, *L'oeuvre legislative de la Republique*, Paris 1913, s. 351–352.

¹⁷ Szerzej zob. M. Pietrzak, *Państwo laickie, (w:) tenże, Demokratyczne, świeckie państwo prawne*, Warszawa 1999.

władz gmin¹⁸. (Konstytucja ta obowiązywała w brzmieniu pierwotnym do 1994 r.; nowa konstytucja z tegoż roku została znacznie poszerzona o nowe zasady, ale wyżej wskazane przepisy odnośnie kwestii wyznaniowych zachowała co do treści w niezmienionej postaci).

Do zasad liberalnych w kwestiach religii odwołała się też np. konstytucja Szwajcarii z 1874 r. (konstytucja ta obowiązuje nadal). Określa ona m.in.: „Wolność wyznania i sumienia jest nienaruszalna. Nikt nie może być zmuszony do udziału w jakimkolwiek stowarzyszeniu religijnym, do słuchania nauk religijnych, do brania udziału w obrzędach religijnych ani nie może podlegać jakimkolwiek karom z powodu swoich przekonań religijnych... korzystanie z praw cywilnych i politycznych nie może być ograniczone żadnymi przepisami ani warunkami mającymi charakter kościelny lub religijny. Nikt nie może uchylać się od obowiązków obywatelskich ze względu na swoje przekonania religijne...” Wyraźny wpływ wspomnianego kodeksu napoleońskiego odnajdujemy w tejże konstytucji m.in. w art. 54 – prawo do małżeństwa znajduje się pod ochroną Związku (tzn. jako państwa w całości, a nie poszczególnych kantonów). Prawo to nie może być ograniczone ze względów religijnych¹⁹.

Zasadę rozdziału kościoła od państwa wprowadzał też dekret Komuny Paryskiej z 3 kwietnia 1871 r.:

„Komuna Paryska, zważywszy, że pierwszą zasadą Republiki Francuskiej jest wolność, zważywszy, że wolność sumienia jest pierwszą z wolności, zważywszy, że budżet wyznań jest sprzeczny z powyższą zasadą, obciąża bowiem podatki obywateli wbrew ich przekonaniom religijnym, zważywszy, że duchowieństwo było współuczestnikiem zbrodni monarchii przeciwko wolności – postanawia:

Art. 1. Kościół oddziela się od państwa.

Art. 2. Znosi się budżet wyznań.

Art. Majątki, zwane majątkami martwej ręki należące do kongregacji zakonnych, ruchome i nieruchome, uznaje się za własność narodu”.

Inne dekrety dotyczyły: laicyzacji szkolnictwa – wprowadzony został zakaz nauczania religii w szkołach państwowych; zakazu zakładania zakonów i prowadzenia przez nich placówek edukacyjnych, a także zakazu prowadzenia działalności duszpasterskiej przez istniejące zakony²⁰.

W wypadku prawodawstwa Komuny Paryskiej zwracają uwagę wyraźne akcenty antyklerykalne, jednakże trzeba tu uwzględnić inny już kontekst historyczny, polityczno-społeczny i światopoglądowy (czy ideologiczny). Jest to jednak okres kształtowania się ideologii komunistycznej (twórczość K. Marksa i F. Engelsa),

¹⁸ Cyt. za: J. Osuchowski, *Prawno-teoretyczne problemy ochrony wolności sumienia i wyznania*, (w:) *Dylematy wolności sumienia i wyznania w państwach współczesnych*, A. Czohara, B. Górowska, M. Nadolski, J. Osuchowski, Warszawa 1996, s. 26.

¹⁹ Tamże, s. 26–27.

²⁰ Tekst dekretu cyt. za: A. Czohara, *Stosunki państwo-Kościół...*, op. cit., s. 12. Autor odwołuje się do: „Journal Officiel de la Commune”, decret No 59, Imprimerie Nationale, Avril 1871.

koncepcji społeczeństwa bezklasowego, nowych zasad i celów działalności ruchu robotniczego, podstaw teorii rewolucji socjalistycznej. Formułowana jest całkiem nowa teoria materializmu (materializm historyczny) wraz z jego krytyczną teorią religii jako „fałszywej świadomości” i teorią alienacji człowieka, w której to teorii koncepcja szczególnie alienacji religijnej pełni nader ważną rolę. (Wobec ogromnej literatury, rekonstruuującej teorię K. Marksa w jej najrozmaitszych zakresach, można tutaj poprzestać na ogólnej konstatacji: w ślad za teorią rewolucji proletariackiej, której generalnym celem jest zniesienie społeczeństwa klasowego i ukształtowanie na bazie nowych stosunków produkcji nowego społeczeństwa bezklasowego, formułowana jest w teorii marksistowskiej wizja „obumierania państwa jako aparatu panowania klasowego”, wizja kształtowania się nowej świadomości społecznej, a w tych ramach – koncepcja „obumierania religii”)²¹.

Wreszcie model państwa radykalnie świeckiego wprowadziła w 1905 r. kolejna ustawa Republiki Francuskiej o oddzieleniu kościoła od państwa, przeforsowana przez antyklerykalny rząd Emila Combes'a (używając słowa „kolejna” trzeba mieć świadomość, że w ciągu XIX wieku rwie się ciągłość ustrojowa Francji przez różne okresy modelowania ustroju państwa – republika, cesarstwo, po jego upadku restauracja monarchii, druga republika, drugie cesarstwo, trzecia republika). Tłem dla uchwalenia tej ustawy jest narastający we Francji antyklerykalizm w zderzeniu z wpływami klerykalizmu (ujawnionymi zwłaszcza w okresie sprawy Dreyfusa), eskalacja konfliktów między państwem a Watykanem i wzrastający radykalizm polityczny. Na mocy tej ustawy została zachowana liberalna zasada wolności sumienia i wyznania; art. 1 ustawy określał: „Republika zapewnia wolność sumienia i gwarantuje swobodne spełnianie obrządków religijnych...” oraz „Republika nie uznaje i nie wspiera funduszami państwowymi żadnego wyznania”. Jednakże wszystkie kościoły zostały pozbawione osobowości prawnej i mogły funkcjonować wyłącznie jako rejestrowane stowarzyszenia kultowe, kościołów więc nie może pełnić jakichkolwiek funkcji publicznych. Upaństwowiono majątek kościelny, budynki kościołów i obiekty kultu miały być przekazywane bezpłatnie świeckim zgromadzeniom kultowym (jednakże ostatecznie nie powstały one). Już wcześniej też na podstawie ustawy o stowarzyszeniach przyjętej w okresie rządu Waldeck-Rousseau (w 1901 r.) zakony poddano rygorowi rejestrowania, w tym uzyskiwania zgody na prowadzenie przez nie szkół. Następny rząd Emila Combes'a antyzakonny kurs nasilił, likwidując szkoły prowadzone przez zakony, które nie uzyskały zgody na działalność. W 1903 r. wszystkie wnioski zakonów o rejestrację zostały odrzucone w całości, a rok później (1904) kolejna ustawa

²¹ Prace K. Marksa i F. Engelsa prezentują w tłumaczeniu na j. polski liczne edycje, zwłaszcza „Dzieła Zebrane” obu klasyków marksizmu. Najbardziej podstawowe omówienia ich koncepcji, zob. m.in. A. Walicki, *Marksizm i skok do królestwa wolności*, Warszawa 1996; L. Kołakowski, *Główne nurty marksizmu*, tom I–III, różne edycje „emigracyjne”, tzw. II obiegu i już „oficjalne”.

ustanowiła zakaz prowadzenia nauczania przez wszystkie zakony²². Ustawa z 1905 r. nadaje prawny kształt rozwiniętej już doktrynie laickości państwa. Odwołać się tu można m.in. do stwierdzeń B. Gaudemet-Badevant „...teorie odnoszące się do laickiego charakteru państwa powstały w czasie dyskusji, jakie wytyczyły drogi polityki francuskiej w XIX w. Utrwały się w czasie najgorętszych sporów toczonych przez antyklerykalnych republikanów Trzeciej Republiki (w latach 1880–1905). W 1905 r. laickość państwa, synonim laickości agresywnej, była doktryną polityczną zmierzającą do wyeliminowania wpływów religijnych, w szczególności Kościoła katolickiego, z obszaru spraw publicznych”²³. Doktryna ta nadal obowiązuje w Republice Francuskiej: art. 2 Konstytucji V Republiki z 4 października 1958 r. stanowi, że „Francja jest republiką niepodzielną, laicką, demokratyczną wszystkich społeczności. Zapewnia równość wobec prawa wszystkich obywateli bez różnicy pochodzenia, rasy lub religii. Szanuje wszystkie przekonania”²⁴.

Wnikając w treść konstytucyjnych regulacji kwestii wyznaniowych w państwach europejskich w całym okresie XIX i połowy XX w., można zauważyć, że kształtuje się pewien podstawowy kanon (europejski standard) generalnych zasad rodowodu liberalnego, określających ogólny model świeckiego charakteru państwa, szczególnie zasad dotyczących wolności sumienia i wyznania, z zastosowaniem gwarancji ochrony praw osób w zakresie owych wolności. Kanon ten, jak można sądzić, z początkiem XX w. najbardziej wyraźnie, najbardziej może reprezentatywnie został wyrażony w konstytucji Rzeszy Niemieckiej (tzw. Konstytucja Weimarska) z 1919 r.; treść odpowiednich artykułów określa:

art. 10 – państwo nie może w drodze prawodawczej wprowadzić ustawy dotyczącej praw i obowiązków wspólnot religijnych; art. 135 – obywatelom państwa zapewnia się pełną wolność wyznania i sumienia; art. 136 – prawa cywilne i obywatelskie nie są uzależnione i nie podlegają ograniczeniom ze względu na wykonywanie wolności religijnej. Korzystanie z praw cywilnych i obywatelskich jak również dostęp do urzędów publicznych nie zależą od wyznawania jakiegokolwiek religii. Nikt nie jest zobowiązany do ujawniania swoich przekonań religijnych...; art. 137 – nie ma żadnego kościoła państwowego. Poręcza się wolność zrzeszania się w stowarzyszenia religijne... każdy związek religijny samodzielnie załatwia swoje sprawy i zarządza nimi w granicach ustaw obowiązujących dla wszystkich²⁵.

²² O społeczno-politycznych kontekstach wprowadzenia rozdziału kościoła od państwa we Francji w 1905 r. zob. szerzej J. Meyszowicz, *Trzecia postać Marianny, część Rozdział Kościoła od Państwa i polityka Delcassego*, Warszawa 1974.

²³ Tyt. za: M. Safjan, *Wolność religijna w konstytucjach państw europejskich*, (w:) *Religia i wolność religijna w Unii Europejskiej*, mat. konf. Lublin 2002, (red.) J. Krukowski, Otto Theisen, Lublin 2002, s. 46.

²⁴ Por. m.in. T. Włodarczyk, *Stosunki państwo-kościół we Francji*. Opracowanie monograficzne, „Prasa zagraniczna o Kościele” z 5 V 1978; A. Czohara, *Stosunki państwo-Kościół...*, op. cit.

²⁵ Zob. J. Osuchowski, *Prawno-teoretyczne problemy...*, op. cit., s. 27–28. Autor dookreśla, że przepisy wyznaniowe Konstytucji Weimarskiej zostały włączone do obowiązującej do dziś Konstytucji RFN z 1949.

Omówione uregulowania prawne stosunków państwo-kościół odwołujące się do tradycji liberalnej wraz z zasadą państwa świeckiego stworzyły pewien formalny wzorzec dla nowej konstytucji Rosji z 1918 r. w omawianej kwestii, przynajmniej w tym zakresie, w którym liberalna zasada wolności sumienia zostaje skonstytucjonalizowana. Jednakże ów ogólny liberalny wzorzec w praktyce polityczno-prawnej nowego państwa rosyjskiego zostaje u podstaw wypaczony, całkowicie zniekształcony. Z tego wzorca wyłączono zasadę wolności wyznania i generalnie – zasadę neutralności światopoglądowej państwa. Idea państwa świeckiego i światopoglądowo neutralnego zostaje zastąpiona koncepcją państwa ateistycznego, w którym wszelkie gwarancje prawne wolności wyznań i sumienia są w praktyce zawieszane. Od samego początku podjęto próbę utworzenia państwa i społeczeństwa programowo ateistycznego z pominięciem normy konstytucyjnej, która stała się nader szybko prawną fikcją. O takim modelu państwa zdecydowała nie jakakolwiek tradycja konstytucyjna, ale oparcie rozwiązań ustrojowych na zasadach ideologicznych, wyprowadzonych z całokształtu teorii ekonomicznej, społecznej i filozoficznej K. Marksa. Jest to nawiązanie do europejskiej tradycji kształtowania się myśli socjalistycznej i komunistycznej, a w tych ramach – do szczególnej teorii, jaką jest materializm historyczny.

4. Leninowski model państwa ateistycznego – rozwiązania prawne

Zogólnej teorii marksistowskiej Lenin wyprowadził wnioski najbardziej skrajne, które legły u podstaw tworzonego przez niego programu politycznego rewolucji bolszewickiej. Jej celem jest zrealizowanie ideologicznej wizji – utworzenie i zorganizowanie państwa nowego typu oraz nowego typu społeczeństwa – bezklasowego. Ta skrajność odnosi się również do prezentowanych przez niego poglądów wobec zjawiska religii. Poglądy te są wyjaskrawione, pozbawione teoretycznych subtelności i wyrażane najczęściej w formie rewolucyjnej agitacji adresowanej do szerokich mas. Tę cechę odnaleźć można w całej politycznej publicystyce Lenina, także w tym jednym z najbardziej znanych fragmentów wypowiedzi na temat religii: „Religia jest jedną z odmian ucisku duchowego, który wszędzie dławi masy ludowe, przytłoczone wieczną pracą na innych, biedą i osamotnieniem. Bezsilność klas wyzyskiwanych w walce z wyzyskiwaczami równie nieuchronnie rodzi wiarę w lepsze życie pozagrobowe... tego, kto przez całe życie pracuje i cierpi nędzę, religia uczy pokory i cierpliwości... Tych zaś, którzy żyją z cudzej pracy, uczy religia dobroczynności w życiu ziemskim, ofiarowując im bardzo tanie usprawiedliwienie ich całej pasożyticznej egzystencji i sprzedając po przystępnej cenie bilety wstępu do szczęśliwości niebieskiej. Religia to opium ludu. Religia to rodzaj duchowej gorzałki, w której niewolnicy kapitału

topią swe ludzkie oblicze, swoją potrzebę życia, by choć trochę było godne człowieka”²⁶.

Jednym ze strategicznych celów rewolucji bolszewickiej jest przebudowa społeczna i w ślad za tym przebudowa świadomości społecznej; jest to totalna koncepcja tworzenia nowego społeczeństwa, nowego państwa i nowego człowieka. W świadomości religijnej i w kościele (Cerkwi prawosławnej) Lenin upatruje główny czynnik „hamujący” proces rewolucyjny, nośnik świadomości „wstecznej, reakcyjnej”, wrogiej rewolucyjnym zmianom. Toteż nie wystarczy ogólna liberalna zasada wolności sumienia i wolności wyznania, nie wystarczy konstytucyjna zasada rozdziału kościoła od państwa jako zasada państwa świeckiego. Programem rewolucji staje się walka z religią i kościołem jako instytucjonalną jej bazą na rzecz wyzwolenia świadomości z jej religijnych ograniczeń, na rzecz tworzenia świadomości rewolucyjnej i ostatecznie społeczeństwa bezwyznaniowego. Toteż Lenin stwierdzał m.in.: „Walki z religią nie wolno ograniczać do abstrakcyjno-ideologicznej propagandy...walkę tę należy powiązać z konkretną praktyką ruchu klasowego, który zmierza do usunięcia społecznych korzeni religii” (Lenin, *Dzieła*, t. XV, s. 369, Warszawa 1955).

Tego typu poglądy znajdują praktyczną realizację w konkretnych decyzjach politycznoprawnych. Jeden z pierwszych dekretów rewolucyjnej władzy – Dekret o ziemi (26 X 1917 r.) pozbawia cerkiew i duchowieństwo wszelkich majątków ziemskich. Cztery dni później następuje przekazanie klasztorów pod Zarząd Ludowego Komisariatu Spraw Wewnętrznych, upaństwowiono szkoły cerkiewne (akademie, seminaria, szkoły misyjne i parafialne), zanim następnie w znacznej części zostaną zlikwidowane. 18 grudnia 1917 r. zostaje ogłoszony Dekret o małżeństwach cywilnych i prowadzeniu metryk państwowych, na podstawie którego cerkiew przestała pełnić rolę administratora spraw cywilnych. Wspomniany już dekret z 23 I 1918 r. o oddzieleniu kościoła od państwa i szkoły od kościoła (zanim zasada ta znajdzie swą konstytucjonalizację w tymże roku) zapoczątkowuje proces eliminowania religii z życia publicznego. Konstytucja z 1918 r. w art. 22 określa, że „Republika Rosyjska uznaje równe prawa wszystkich obywateli bez względu na ich przynależność rasową lub narodową”, pomija jednak znamienne równość praw obywateli w aspekcie wyznaniowym. Art. 23 tejże konstytucji dopuszcza „w interesie klasy robotniczej” pozbawienie poszczególnych jednostek lub ich grup praw, jeśli te prawa są używane na „szkodę interesów rewolucji socjalistycznej”, w praktyce artykuł ten zostanie zastosowany do represji szczególnie wobec duchowieństwa. Żaden dekret czy inny akt prawny nie określa jednak wykładni tego artykułu, co stwarza wszelką dowolność w jego interpretacji, zwłaszcza przy zastosowaniu zasady obowiązującej w tworzącym się stopniowo prawodawstwie (szczególnie karnym), że w ferowaniu wyroków decyduje „świadomość rewolucyjna”. Art. 64 konstytucji przyznał czynne i bierne prawo w wybo-

²⁶ Lenin, *Dzieła*, edycja polska, t. X, Warszawa 1955, s. 72.

rach do organów przedstawicielskich, czyli Rad Delegatów wszystkich szczebli obywatelom „niezależnie od religii, narodowości, zamieszkania itp.”. Jednakże art. 65 określił dokładniej, jakie kategorie osób pozbawione są tych praw: pod literą d) wymienia się „mnisi i słudzy duchowni Cerkwi i wszelkich kultów religijnych” (wszystkie kategorie osób pozbawionych praw politycznych określano mianem *liszeńców*)²⁷. Choć art. 13 konstytucji dopuszczał „zupełną swobodę religijnej i antyreligijnej propagandy dla wszystkich obywateli”, to w praktyce pierwszy człon tej normy był w ciągu wielu lat konsekwentnie łamany. I tak np. dekret z 26 grudnia 1920 r. wprowadzał cenzurę kazań, a kolejny z dnia następnego rozpoczyna proces konfiskaty kosztowności cerkiewnych. Dekret z 13 czerwca 1921 r. również dotyczący kazań określał, że kazania w kościołach mogą dotyczyć jedynie tematów religijnych. Bez zdefiniowania pojęcia *temat religijny* dekret tworzył możliwość dowolnego kwalifikowania ich jako szerzenie „propagandy kontrrewolucyjnej” i na tej podstawie jest legalizowany szeroki zakres sankcji karnych wobec duchownych, w tym zsyłanie ich do obozów. Rozpoczyna się zorganizowany terror wobec duchownych. Dekret z 19.6.1923 r. legalizuje zamykanie cerkwi (w praktyce – ich niszczenie) i przeznaczanie ich na cele świeckie; umożliwia też w konsekwencji konfiskatę budynków przycerkiewnych z przeznaczeniem ich również na „inne cele” (magazyny, świetlice, zakłady produkcyjne itd. itd.). Rozpoczęto także zorganizowaną na wielką skalę walkę z obyczajowością religijną, prawosławną i katolicką. Nowe prawodawstwo wprowadziło zakaz prowadzenia przez cerkiew działalności religijnej poza kościołami; nie wolno prowadzić katechizacji dzieci i młodzieży, patronować działalności sportowej, naukowej, oświatowej, zdrowotnej i charytatywnej. Księża podlegają obowiązkowi rejestracji i wolno im sprawować obrządek tylko w miejscu swego zamieszkania w wyznaczonych administracyjnie do tego celu cerkwiach. Obowiązuje zakaz organizowania wszelkich stowarzyszeń religijnych, zgromadzeń, kongresów i wszelkiej aktywności duszpasterskiej²⁸.

Istotną rolę w ograniczaniu wolności religijnej odegrało postanowienie Ogólnorosyjskiego Centralnego Komitetu Wykonawczego i Rady Komisarzy Ludowych RRFSR z 8.4.1929 r. o związkach wyznaniowych. Mocą tego postanowienia drastycznie ograniczono zakres podmiotowości prawnej związków wyznaniowych; wprowadzono mianowicie zakaz tworzenia kas samopomocy, spółdzielni, przedsiębiorstw, okazywania pomocy materialnej członkom swego wyznania, organizowania dla dzieci i kobiet spotkań modlitewnych, biblijnych, literackich, organizowania wycieczek, otwierania czytelni, tworzenia sanatoriów, prowadzenia pomocy medycznej, nauczania religii we wszystkich zakładach naukowych, domach wychowawczych, domach opieki. Moc prawna tych regulacji wygasła dopiero

²⁷ Kategorie *liszeńców* charakteryzuje A. Bosiacki we wstępie do: *Konstytucja Federacji Rosyjskiej...*, Warszawa 2000, s. 12–13.

²⁸ Zob. m.in. J. Smaga, *Narodziny i upadek imperium – ZSRR 1918–1991*, cz. II – *Okres leninowski – fragm... 17 Rewolucja w religijno-edukacyjnej nadbudowie*, Kraków 1992, s. 60–64.

w 1990 r. w związku z uchwaleniem przez Radę Najwyższą RRFSR ustawy *O wolności wyznań*. Ustawa ta wraz z towarzyszącymi jej aktami prawnymi wprowadzającymi w życie ustawę uchyliła wszystkie dotychczasowe regulacje ZSRR i RRFSR niezgodne z wymienioną ustawą. Od 1926 r. rozpoczęto formułować prawodawstwo, penalizujące naruszenia przepisów dekretu o oddzieleniu kościoła (cerkwi) od państwa. Kodeks karny z 1926 r. określał odpowiedzialność karną m.in. za nauczanie religii, zwoływanie zebrań religijnych itd. W 1932 r. z inspiracji władz prasa centralna upowszechniła 5-letni „plan ateistyczny” zakładający m.in., że na terenie ZSRR nie będą już potrzebne domy modlitwy²⁹.

Restrykcyjne dekretowanie walki z kościołem i religią to jeden aspekt polityki wyznaniowej rewolucyjnego państwa. Trzeba tu zwrócić uwagę na metodę prawną regulowania relacji państwo-kościół nie na mocy ustaw mających zakorzenienie w konstytucji, ale mocą doraźnie wydawanych dekretów, co jest szczególnym wyróżnikiem tworzenia systemu prawa w Radzieckiej Rosji³⁰. Drugi aspekt to zaprogramowana na wielką skalę propaganda ateistyczna (antyreligijna), w tym wypadku mająca umocowanie konstytucyjne (drugi człon wspomnianego wyżej art. 13 Konstytucji z 1918 r.), i tylko tej propagandzie w najrozmaitszych formach przysługuje rzeczywista wolność i tylko prawem przykładowo można wspomnieć o Stowarzyszeniu Wojujących Bezbożników (początkowo stowarzyszenie afiliowane przy czasopiśmie „Bezbożnik”, wydawanym w wielkich, masowych nakładach; czasopismo, które prowadzi antyreligijną propagandę, publikuje m.in. prace francuskich materialistów).

Stowarzyszenie rozpoczęło działalność od 1924 r.; przemianowane potem na Związek Wojujących Bezbożników, w 1941 r. według niektórych informacji liczyło 33 mln członków³¹. To, co jest jednak najistotniejsze w aspekcie instytucjonalnym, to fakt, że wszelka działalność antyreligijna jest w skali państwa nie tylko planowo zorganizowana, ale i centralnie skoordynowana. Wszystkimi przedsięwzięciami w tej dziedzinie w latach 1922–1928 kierowała Komisja ds. realizacji rozdziału cerkwi od państwa przy KC RKP(b), a następnie Komisja Antyreligijna przy KC WKP(b). W latach następnych te kompetencje przejmie bezpośrednio OGPU i jego instytucjonalne kontynuacje³². Wreszcie są realizowane działania zmierza-

²⁹ Główne informacje o wymienianych w tekście artykułach dekretach i innych postanowieniach zestawia J. Jarco, *Kalendarium Sacrum Russiae Millenium*, (w:) *Dar Polski Białorusinom, Rosjanom i Ukraincom na Tysiąclecie ich Chrztu Św.*, (red.) K. Podlaski, A. Drawicz, J. Jarco, Londyn 1989.

³⁰ Szerzej zob. A. Bosiacki, *Utopia, władza, prawo. Doktryna i koncepcje prawne „bolszewickiej” Rosji 1917–1921*, Warszawa 1999.

³¹ Zob. J. Jarco, (w:) *Dar Polski Białorusinom, Rosjanom i Ukraincom...*, op. cit., s. 75. O ile J. Jarco jest znanym i kompetentnym autorem w zakresie dziejów prawosławia, o tyle podana przez niego liczebność członków jest trudna do zweryfikowania.

³² Zob. m.in.: J. Smaga, *Narodziny i upadek imperium – ZSRR 1917–1991*, op. cit.; Al. Maszkiewicz, *Mistyka i rewolucja – Al. Wwiedziński i jego koncepcja roli cerkwi w państwie komunistycznym*, Kraków 1995, w tym dziele – obszerna bibliografia zagadnienia; R. Dzwonkowski, *Losy duchowieństwa katolickiego w ZSRR 1917–1939. Martyrologium, Źródła i monografie 155*, Lublin 1998; w piśmiennictwie pamiętnikarskim – m.n. F. Mac Cullagh, *Prześladowanie chrześcijaństwa przez bolszewizm*, Warszawa 1924.

jące do pełnego podporządkowania hierarchii duchownej państwu, a z drugiej strony są wspierane różne tendencje sekciarsko-rozłamowe w cerkwi (jak np. ruch „Żywej Cerkwi” – który organizuje odrębną administrację kościelną z poparciem władz³³. Taktyka popierania grup rozłamowych jest ukierunkowana na osłabienie spójności cerkwi i w konsekwencji do jej rozbitcia „od wewnątrz”. Nie wchodząc w szczególności kolejnych faz jednak zmiennej taktyki bolszewików wobec religii i kościoła, zmienności warunkowanej okolicznościami obiektywnymi, jak wojna domowa, militarne interwencje z zewnątrz, wojna 1920 r. itd., a potem w okresie inwazji Niemiec hitlerowskich na ZSRR (kolejne fazy szukania porozumienia i nasilania represji), polityka państwa w zakresie spraw wyznaniowych doprowadza do podporządkowania cerkwi i duchowieństwa państwu. Wyrazem tego jest podpisanie przez metropolitę Siergieja z Niżnego Nowogrodu Deklaracji Lojalności (1927 r.). W ślad za tym Święty Synod wystosował do wiernych specjalne pismo z apelem o ich lojalność wobec władz radzieckich, stwierdzając (kuriozalnie), że lojalność jest kwestią sumienia: „...Musimy pokazać nie przez słowa, ale przez czyny, że wśród prawdziwych obywateli ZSRR, którzy są lojalni wobec władzy, znajdują się nie tylko obojętni wobec Kościoła, ale także i tacy, którzy tworzą ten kościół i aktywnie go popierają... Chcemy być wiernymi kościoła prawosławnego, równocześnie pragniemy, aby Związek Sowiecki był naszym krajem ojczystym, którego radości i sukcesy są naszymi radościami i sukcesami, a którego nieszczęścia są naszymi nieszczęściami”³⁴. Na podstawie owej deklaracji lojalności władze uznały urząd metropolity i funkcjonowanie cerkwi (z wieloma ograniczeniami), narzucając jednocześnie zasadniczy wpływ na wybór hierarchii kościelnej. Wraz z wymuszeniem złożenia deklaracji lojalności zakończył się pierwszy okres walki z religią i kościołem. Do 1927 r. cerkiew prawosławna została całkowicie uzależniona od aparatu państwowego, a hierarchia cerkiewna poszła na bardzo daleko idący kompromis.

Generalna zasada rozdziału cerkwi od państwa (w aktualnej terminologii rosyjskiej – związków wyznaniowych od państwa), szkoły od cerkwi oraz zasada wolności sumienia przyjęta była we wszystkich kolejnych konstytucjach ZSRR (1925, 1936, 1977 r.). Ogólna norma konstytucyjna jednakże nie ograniczyła kolejnych faz pozakonstytucyjnej walki z cerkwią i ze światopoglądem religijnym. Nowe nasilenie działań represyjnych wiązać się będzie z okresem terroru stalinowskiego od połowy lat 30. XX w., a polityka ateizacji kontynuowana będzie w różnych formach do końca lat 70.

Powyższa charakterystyka stosunku państwa komunistycznego, opartego na ideologii marksistowsko-leninowskiej do cerkwi (a także innych kościołów, nieprawosławnych), dobitnie ukazuje, że ogólna zasada państwa świeckiego – roz-

³³ Szerzej – m.in. zob. T. Czekalski, *Od radykalizmu do zniewolenia. Cerkiew rosyjska w latach 1917–1927*, „Więź” 1992, nr 3, numer specjalny „Rosja i prawosławie”; także Al. Maszkiewicz, *Mistyka i rewolucja...*, op. cit.

³⁴ Cyt. za: T. Czekalski, *Od radykalizmu do zniewolenia...*, op. cit., s. 64.

działu kościoła od państwa oraz zasada wolności sumienia, choć nawiązujące na pozór do ideologii liberalnej i do zasad konstytucyjnych państw o ustrojach demokratycznych wywiedzionych także, najogólniej mówiąc, z doktryn liberalnych z ideologią tą niewiele mają wspólnego. Zasadom tym zostaje nadana zupełnie inna interpretacja. W literaturze zagadnienia próbuje się dokładniej określić główne źródła owej odmienności. Spośród różnych interpretacji zwraca uwagę wykładnia prof. J. Krukowskiego. Określa on dwa źródła wypaczenia tradycji liberalnej w realiach radzieckiego państwa: jednym z nich jest „kontynuacja tradycji ceszaropapizmu bizantyjsko-carskiego, polegającego na ścisłym uzależnieniu kościoła od państwa i poddaniu jego działalności drobiazgowemu nadzorowi ze strony organów państwowych. Drugim źródłem był monizm ideologiczny i polityczny oparty na założeniach marksizmu-leninizmu, który nadawał temu systemowi charakter oryginalny”³⁵. Tenże autor stwierdza: „Państwo to [ZSRR-JK] nie było państwem neutralnym wobec religii i kościoła. Państwo to było pojmowane jako instrument partii komunistycznej do zwalczania religii i propagowania ideologii ateistycznej. Nie było to więc państwo świeckie, lecz *sui generis* państwo wyznaniowe, w którym miejsce religii zajęła ideologia ateistyczna”³⁶. Ostatecznie koncepcja państwa świeckiego, w którym realizowany jest na szeroką skalę program ateizacji, tworzy specyficzną sytuację, umożliwiającą interpretację, że państwo w swym charakterze ateistyczne jest w istocie rzeczy państwem wyznaniowym „na opak”. Podobny pogląd wyraża M. Safian: „W państwie ateistycznym dąży się do wyeliminowania jakiegokolwiek wpływu wspólnot religijnych z życia publicznego, oświaty oraz środków przekazu... Słusznie wskazuje się, że państwo ateistyczne to w istocie państwo wyznaniowe *a rebours*”³⁷. Charakterystycznym przykładem w tym zakresie była konstytucja Albanii z 1976 r.: art. 37 określał: „Państwo nie uznaje istnienia jakiegokolwiek religii, a także popiera i rozwija propagandę ateistyczną w celu przyswojenia narodowi naukowo-materialistycznego poglądu na świat” (zaś art. 55 zabraniał z kolei „tworzenia jakichkolwiek organizacji faszystowskich, antydemokratycznych, religijnych czy antysocjalistycznych”). Wreszcie trzeba wskazać, że dla porządku prawnego ZSRR istotne było to, że wymienione wyżej dekrety „antyreligijne” władzy radzieckiej, choć wydawane na wczesnych etapach jej konstituowania się, nie straciły formalnie mocy prawnej aż do 1990 r., kiedy to zostały uchylone ustawą RFSRR *O wolności wyznań* z 25 października 1990 r.

Podstawowe zasady relacji państwo-kościół i stosunku do religii ustalone przez władze ZSRR w okresie międzywojennym i mające formalnie charakter konstytucyjny zostały przyjęte we wszystkich państwach, które po II wojnie światowej tworzyły blok państw socjalistycznych. Do konstytucji tych państw wpisano wszyst-

³⁵ Zob. J. Krukowski, *Kościół i państwo...*, op. cit., s. 71.

³⁶ Tamże, s. 76.

³⁷ M. Safian, *Wolność religijna w konstytucjach państw europejskich*, op. cit., s. 61; także por. A. Leszczyński, *Zagadnienia wyznaniowe w Konstytucji RP*, Warszawa 2001, s. 15 i n.

kie formuły określające świecki (laicki) charakter państwa, przede wszystkim formułę rozdziału państwa i kościoła oraz oddzielenia szkoły od kościoła (np. art. 70 Konstytucji PRL, art. 30 Rumunii, art. 53 Bułgarii). Świecki charakter tych państw był utożsamiany z ateizacją społeczeństwa (w PRL stosowana była bardziej „neutralna” terminologia, o mniejszym wydzwiku antyklerykalnym czy antykościelnym – stosowano pojęcie „laicyzacji”). Odrzucono także zasadę regulacji stosunków między państwem a Kościołem katolickim w drodze umowy międzynarodowej (konkordat), zaś wszystkie konkordaty zawarte przez te państwa w okresie międzywojennym ze Stolicą Apostolską zostały zerwane (Polska, Węgry, Czechosłowacja, Rumunia, Jugosławia), zerwane zostały też stosunki dyplomatyczne. Jedynie konstytucja NRD z 1974 r. (art. 39.2) przewidywała możliwość regulacji stosunków państwo-kościół w drodze porozumienia.

Konstytucje państw socjalistycznych w ślad za modelem radzieckim wskazują na znamienne w ich ustrojach politycznych pojmowanie wolności religijnej. Wolność ta jest przypisana formalnie do kategorii praw obywatelskich, czyli praw, które określane i nadawane są jednostce przez państwo, a więc są to prawa, które można dowolnie (lub swobodnie) ograniczać. Inaczej mówiąc, charakter i treść tych praw określana jest przez państwo. W odniesieniu do państw typu socjalistycznego zakres tej wolności został ograniczony wyłącznie do życia prywatnego.

5. Proces normalizacji sytuacji prawnej związków wyznaniowych i relacji państwo-kościół w Federacji Rosyjskiej

Proces stopniowej normalizacji sytuacji prawnej związków wyznaniowych i relacji państwo-kościół w schyłkowej fazie istnienia ZSRR i w okresie tworzenia podstaw ustrojowych powstającego po upadku ZSRR nowego państwa – Federacji Rosyjskiej wyznaczają nowa konstytucja i dwie ustawy: ustawa RFSSRR o wolności wyznań z 1990 r., Konstytucja Federacji Rosyjskiej z 1993 r. i Ustawa Federalna Federacji Rosyjskiej (z 1997 r.) o wolności sumienia i o związkach wyznaniowych. Proces ten trzeba ująć w dwóch głównych kontekstach. Pierwszy – odnosi się do obiektywnego zjawiska znacznego ożywienia nastrojów religijnych w społeczeństwie radzieckim poczynając od lat 70. oraz do kształtowania się różnych ruchów tzw. religijnego odrodzenia w ramach samej cerkwi. Drugi kontekst – to zmiany tendencji politycznych związanych z okresem tzw. pierestrojki M. Gorbaczowa. Konteksty te trzeba pojmować łącznie, bowiem są synergiczne – wzajemnie się „wzmacniają”. Ożywienie religijne wśród różnych grup społecznych było świadectwem fiaska polityki ateizacji i wymownym dowodem, że procesów przemian świadomości społecznej nie da się przyspieszać decyzjami politycznymi i w aspekcie wykonawczym – decyzjami administracyjnymi, a w każdym razie nie tego rodzaju decyzje są podstawowym czynnikiem sprawczym ogólnospołecznych zmian świadomości.

Ożywienie światopoglądu religijnego wystąpiło równoległe z ogólnym kryzysem marksizmu interpretowanego niejednokrotnie jako „religia państwa” oraz z kryzysem jego społecznego oddziaływania. Polityka państwa radzieckiego w kwestii religii i kościołów w ostatecznym rezultacie okazała się niezbyt skuteczna, w każdym razie nie na miarę politycznie przewidywanych i zakładanych skutków w dłuższej skali czasu. Sytuacja ta wymusiła niejako „liberalizację” polityki władz wobec społeczności wierzących i ograniczenie nasilenia decyzji administracyjnych w dziedzinie wyznaniowej. Zwiększyła się liczba czynnych cerkwi, liczba wyświęconych duchownych. Jednocześnie w ramach samej cerkwi i pewnych grup duchowieństwa rozpoczynają się początki przeprowadzania „wewnętrznego rachunku sumienia” (choć proces ten nie przybrał większej skali, ale ogólna tendencja była znamienista). Powstają liczne grupy wiernych i duchownych z programem „wewnętrznej odnowy wiary i Cerkwi”, niektóre z nich z czasem nabiorą charakteru ruchu sekt w ramach cerkwi.

Z renesansem uczuć religijnych wiąże się wiele różnych zjawisk w sferze relacji religia i różne zakreśy kultury, m.in. następuje odrodzenie nurtu etyczno-religijnego w literaturze (np. Walentyn Rasputin czy Władimir Sołouchin; jego głośne w swoim czasie w ZSRR książki „Listy z Muzeum Rosyjskiego” i „Czarne deski” [polskie tłum. *Spotkania z ikonami*, Wydawnictwo Literackie Kraków 1975] osadzić można także w pewnym kontekście prawnym: książka uświadamiała bezmiar katastrofy kulturalnej, utraty ogromnej części narodowego dziedzictwa artystycznego wskutek planowej akcji niszczenia cerkwi i ich wszelkiego wyposażenia, choć równocześnie rozwijało się ustawodawstwo w zakresie ochrony narodowego dziedzictwa kulturalnego). Rozwija się samizdatowy ruch wydawniczy w kategorii dzieł religijnych, filozoficzno-religijnych. W 1976 r. powstał Komitet Obrony Praw Wierzących, podejmujący interwencje w sprawach osób prześladowanych za wiarę (nasuwa się tu pewna refleksja – w 1976 r. powstaje w Polsce Komitet Obrony Robotników; zbieżność dat jest zapewne przypadkowa, ale tendencja kryjąca się za tymi faktami nie jest już przypadkowa, choć jej sens odkrywany jest w pełni dopiero *ex post*, zgodnie z głęboką myślą metodologiczną W. Hegla, wyrażoną aforystycznie: „Sowa Minerwy wylatuje o zmierzchu” – czyli w tym znaczeniu, że sens dziejów, kierunek ich zmian odkrywamy i pojmujemy dopiero wtedy, gdy zmiany już się dokonały, i dopiero wtedy jest możliwa nad nimi naukowa refleksja)³⁸. Z kolei rozpoczęta przez kolejnego sekretarza generalnego KPZR M. Gorbaczowa polityka reform stymulowała (pośrednio) w pewnym stopniu ożywienie religijne, ale też wieloaspektowy kryzys państwa uświadamiał konieczność zmiany m.in. stosunku państwa, jeśli nie tyle do samej religii, to do instytucjonalnego kościoła i mas wiernych. Istotnym probierzem faktycznej reorientacji nowej polityki sygnowanej nazwiskiem Gorbaczowa miało być w nastawieniach

³⁸ Zob. T. Kroński, *Hegel i jego filozofia dziejów*, wstęp do: G.W.F. Hegel, *Wykłady z filozofii dziejów*, Warszawa 1958, s. LXIX.

społecznych, m.in. respektowanie ratyfikowanych przez Rosję paktów praw człowieka, a także zmiana obowiązującego ustawodawstwa w zakresie spraw wyznaniowych powiązanych z prawami człowieka (m.in. wolność w zakresie wychowania religijnego, wolność informacji i działalności społeczno-kulturalnej chrześcijan. W niektórych opiniach jest wyrażany pogląd, że rzecznikiem tej reorientacji był przewodniczący Rady ds. Religii przy Radzie Ministrów K. Charczew, dostrzegający w religii ważny czynnik gwaranta pewnego ładu społecznego). 29 kwietnia 1988 r. odbyło się spotkanie M. Gorbaczowa z częścią hierarchii cerkiewnej – członkami Synodu Rosyjskiego Kościoła Prawosławnego. Wypowiedź sekretarza „mamy jedną wspólną historię, jedną Ojczyznę i wspólną przyszłość” zostały odczytane jako przyznanie kościołowi prawa do dialogu z państwem. W ślad za tym zadeklarowano zaprzestanie dyskryminacji wierzących w życiu społecznym i politycznym, wyrażono zgodę na unormowanie sytuacji Kościoła katolickiego w Litewskiej Republice oraz na odbudowanie hierarchii Kościoła prawosławnego w Białoruskiej i Ukraińskiej Republice. Spotkanie M. Gorbaczowa z członkami Synodu zostało w opinii rosyjskich środków masowego przekazu (głównie dziennik Prawda i Niezawisimaja Gazieta z 30 kwietnia 1988) pojęte jako punkt zwrotny w relacji państwo a związki wyznaniowe w ZSRR. Rok po spotkaniu I sekretarza KPZR w Watykanie z papieżem Janem Pawłem II została uchwalona ustawa ZSRR (z 1 października 1990 r.) *O wolności sumienia i związkach wyznaniowych*. Niektóre zagadnienia dotyczące trybu przygotowania tej ustawy, podobnej ustawy w Rosyjskiej Radzieckiej Federacyjnej Socjalistycznej Republice, a także problematyka nowej konstytucjonalizacji zasady państwa świeckiego w Konstytucji Federacji Rosyjskiej z 1993 r. będą przedstawione w drugiej części artykułu.

JANUSZ CABAJ



HERBERTA L.A. HARTA
UWAGI O MORALNOŚCI I SPRAWIEDLIWOŚCI
(CZĘŚĆ I)

Zmiany w myśleniu o prawie dokonujące się na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci to także zmiany w pozytywistycznym myśleniu o prawie. Anglo-saska koncepcja J. Austina czy kontynentalna R. Iheringa przeszły już do historii, a w ich miejsce pojawiają się nowe pozytywistyczne teorie często zbudowane na krytyce tych ustępujących. Tak jest właśnie w przypadku teorii prawa H. Harta, której fundament okazał się trwały m.in. dlatego, że został zbudowany na dobrze przygotowanym podłożu, czyli oczyszczonym z zakorzenionych w doktrynie pozytywistycznej pojęć imperatywnej teorii prawa J. Austina¹. Na tak przygotowanym podłożu mogła dopiero powstać konstrukcja reguł pierwotnych i wtórnych oraz opis relacji zachodzących między nimi². Jednakże pełna, systemowa koncepcja prawa winna także zająć stanowisko w innych kwestiach. Należą do nich zagadnienia metodologiczne, powstawania i stosowania prawa, zagadnienia związane z posłuszeństwem wobec prawa, a więc także posłuszeństwem wobec prawa, które w powszechnym odbiorze jawi się jako głęboko niesprawiedliwe czy niesłuszne. A zatem pojawia się kolejna kwestia. Dotyczy ona relacji, w jakiej pozostaje prawo do szeroko rozumianej moralności.

¹ Syntezę imperatywnej teorii prawa J. Austina można sprowadzić do definicji zrekonstruowanej po uwzględnieniu elementów charakterystycznych wspomnianej teorii, do których nawiązuje w swej krytyce H. Hart. Odnotujmy więc, że J. Austin pojęcie prawa sprowadza do nakazów suwerena skierowanych do poddanych, popartych groźbą przymusu, które to nakazy są respektowane przez większość społeczeństwa na mocy powszechnego nawyku posłuszeństwa, natomiast suweren nie respektuje w ten sposób nakazów jakichkolwiek innych osób; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1997; tenże, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, rozdział II–IV (w dalszej części artykułu wydanie polskie oznaczone jest skrótem „PP”).

² Najogólniej rzecz ujmując, istotą koncepcji prawa H. Harta jest związek reguł pierwotnych i wtórnych, z których te pierwsze są regułami zakazu bądź nakazu, a także przyznającymi określone uprawnienia czy kompetencje. Można powiedzieć, że generalnie wyznaczają one powinności. Natomiast reguły wtórne same żadnych powinności nie wyznaczają, ale odnosząc się do reguł pierwotnych, dostarczają kryteriów rozstrzygających o ich przynależności do systemu prawa (reguła uznania), określają podmioty i procedury stosowania prawa (reguły rozsądzania), a także wskazują tryby dokonywania zmian w obowiązującym prawie (reguły zmiany). H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., w szczególności rozdział V i VI.

Prawo pozytywne w swym ujęciu klasycznym jest przeciwstawiane prawu naturalnemu. Na cechy wspólne, co prawda nie ma ich wiele, wskazuje się raczej rzadko. Cechą tą jest choćby fakt, że oba systemy są postrzegane w kategoriach norm postępowania, co odróżnia je od koncepcji realistycznych³. Czy w kwestiach moralnych można znaleźć jakieś punkty wspólne tych nurtów? A w szczególności, czy koncepcja H. Harta odnajduje jakiś związek między prawem a moralnością, a jeżeli tak, to jaki ma on charakter. Niniejszy artykuł, składający się z dwóch części (część I – moralność a sprawiedliwość i część II, która zostanie opublikowana w następnym numerze – moralność a prawo,) stanowi próbę odpowiedzi na te pytania.

*What are states without justice but robber bands enlarged?*⁴ zapytuje H. Hart słowami św. Augustyna, uzasadniając tym samym podjęcie kolejnego aspektu swoich rozważań o prawie, a mianowicie zagadnień moralnych.

Dla tych, którzy charakter związku między prawem a moralnością określają jako konieczny (*necessary*)⁵, ujmowanie prawa jako związku reguł pierwotnych i wtórnych może co najwyżej wydać się interesujące z perspektywy jedynie krytyki imperatywnej teorii prawa J. Austina. Moc wyjaśniająca istotę prawa będzie jednak niewystarczająca, póki ujęcie to nie zajmie stanowiska w kwestiach moralnych.

Kierunek rozważań zostaje więc określony, pozostaje jedynie doprecyzować główne tezy, które staną się przedmiotem analizy. Są nimi:⁶

1. Teza o szczególnym, osobliwym, wręcz intymnym (*intimate*) związku z prawem idei sprawiedliwości, która zostanie wyróżniona w szeroko rozumianej moralności.
2. Teza dotycząca istnienia kryteriów, na podstawie których jest możliwe odróżnienie standardów moralnych nie tylko od standardów prawnych, ale także od wszelkich innych standardów społecznych i wzorów postępowania.
3. Teza zakładająca, że między regułami prawnymi i moralnymi zachodzą różnorakie relacje, które muszą zostać wyjaśnione dla utrzymania spójności koncepcji H. Harta.

W szczególności należy tu zwrócić uwagę na relację związku „koniecznego”, między wspomnianymi regułami i wyjaśnić, na czym „konieczność” owego związku polega i czy rzeczywiście taka „konieczność” jest elementem systemu konstrukcyjnie niezbędnym. Pole badawcze dla analizy relacji „konieczności” jest u H. Harta

³ S. Wronkowska, (w:) *Zarys teorii państwa i prawa*, A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, Warszawa 1993, s. 94.

⁴ *Czym są państwa bez sprawiedliwości, jeśli nie rozwiniętymi bandami rozbójników* – H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 156, PP, s. 211. J. Woleński wskazuje na niedokładność H. Harta przy posługiwaniu się cytatem. H. Hart jako źródło podaje IV księgę *Wyznań (Confessions)*, podczas gdy pochodzi on z tytułu rozdz. IV księgi IV *O Państwie Bożym*, tłum. W. Kornatowski, Warszawa 1977, t. 1, s. 223; cyt. za PP, s. 212, przypis 1.

⁵ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 156, PP, s. 212.

⁶ Tamże, s. 157, PP, s. 214.

zarysowane szeroko. Od koncepcji prawnonaturalnej świętego Tomasza z jednej strony, postrzeganej jako radykalna i zakładającej boską genezę pewnych standardów moralnych, w której niezgodność prawa pozytywnego z tymi standardami odbiera mu przymiot prawa zgodnie z zasadą: *Lex iniusta non est lex*. Do koncepcji, która postuluje przestrzeganie prawa, jako wartości samej w sobie, bez względu na jego relacje do standardów moralnych, albo też w wersji mniej radykalnej, w której istnieje możliwość odstąpienia od przestrzegania prawa niegodziwego⁷.

Ta ostatnia jest więc wersją zbliżoną do poglądów G. Radbrucha⁸.

Między tymi stanowiskami występuje cała gama stanowisk pośrednich, z których odnotujemy koncepcje formalne o kantowskim rodowodzie.

Sprawiedliwość zostaje zakwalifikowana przez H. Harta jako odrębna częśćka moralności (*distinct segment of morality*)⁹, która nie może z moralnością być utożsamiana. Nie wynika to wcale ze zbyt słabej siły oskarżycielskiej pojęcia *niesprawiedliwy*. Jest ona wystarczająca, jednakże nie oddaje specyfiki moralnej dezaprobaty z tym pojęciem związanej. Pejoratywność wyrażenia wartościujących, znajdujących się na wyposażeniu moralnego arbitra, takie jak „zły” (*wrong*)¹⁰ czy „nikczemny” (*wicked*), ma inny charakter aniżeli wyrażenia „niesłuszny” (*unfair*)¹¹.

Twierdzenie, że prawo sprawiedliwe jest prawem dobrym¹² a niesprawiedliwe prawem złym, i twierdzenie, że nie jest prawdą, iż prawo dobre jest prawem sprawiedliwym a prawo złe prawem niesprawiedliwym, mogą być formułowane jedynie po uświadomieniu sobie relacji zachodzących między tymi pojęciami¹³.

⁷ Tamże, s. 156, PP, s. 213.

⁸ Nie każda niegodziwość prawa uzasadnia odstąpienie od jego przestrzegania. Dla G. Radbrucha niezgodność reguły prawnej z moralnością winna mieć charakter rażący, a nawet wyjątkowo rażący, przy czym ustalenie znaczenia pojęcia *wyjatkowo rażący* winno być dokonywane przez odwołanie się, m.in., do takich zdarzeń, jakie miały miejsce w czasie nazistowskiego reżimu. Wyjątkowo rażące naruszenie prawa (*Recht*) przez ustawę (*Gesetz*) winno skutkować stanem sprzeczności prawa pozytywnego ze sprawiedliwością w takim wymiarze, którego nie da się znieść (*ein so unerträgliches Mass*). W takim przypadku niegodziwe prawo ustawowe (a właściwie już nieprawo) ustępuje miejsca sprawiedliwości, przy czym chodzi w tym przypadku o sprawiedliwość materialną a nie formalną, G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, (w:) tenże, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1973, s. 345; cyt. za L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 263–264; R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „PiP” 1993, nr 11–12, s. 36. Zob. także: J. Zajadło, *Formuła Radbrucha – geneza, treść, zastosowanie*, „PiP” 2000, nr 6, s. 25–42, a przede wszystkim – tenże, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

⁹ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 157, PP, s. 214.

¹⁰ Należy jednakże zwrócić uwagę, że w dalszym znaczeniu wyrażenie *wrong* może być związane z niesprawiedliwością, w szczególności, kiedy jest rozumiane jako *not fair*, na przykład: *A terrible wrong has been done. Those men should never have gone to prison* należy kojarzyć z orzeczeniem niesprawiedliwym a nie złym – *Oxford Wordpower*, Słownik angielsko-polski, Oxford 2002, s. 866.

¹¹ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 158, PP, s. 215.

¹² Bezrefleksyjne posługiwanie się orzecznikiem „dobry” dla dokonywania ocen moralnych może być źródłem wielu nieporozumień. Zwraca na to uwagę W. Lang, *Prawo i moralność*, Warszawa 1989, s. 8.

¹³ Twierdzenia powyższe zakładają kwantyfikację generalną i dodać należy, że opierają się na implikacji materialnej. Jak widać, H. Hart jako „miękki” analityk nie widzi przeciwwskazań dla posługiwania się metodami logiki formalnej w uzasadnianiu swoich twierdzeń.

Słuszność prawa rozumiana jako sprawiedliwość¹⁴ odnosi się do społecznego aspektu prawa. Jest ważna szczególnie w dwóch sytuacjach¹⁵:

1. Słuszność dotyczy sposobu traktowania zbioru jednostek, w sytuacji gdy chodzi o rozdział między nich zarówno obowiązków, jak i dóbr, szczególnie wówczas, gdy dobra te występują w ograniczonym zakresie. Ponieważ chodzi tu o redystrybucję, sprawiedliwość tego rodzaju określana jest mianem dystrybucyjnej.
2. Słuszność dotyczy naprawienia wyrządzonej szkody bądź krzywdy, wiąże się z żądaniem stosownej rekompensaty. W tym przypadku należy mówić o sprawiedliwości kompensacyjnej (wyrównawczej, odszkodowawczej).

Dwa wyżej wymienione rodzaje sprawiedliwości stają się pojęciami bazowymi do formułowania ocen dotyczących podmiotów, przedmiotów, relacji czy stanów rzeczy.

Pojęcie prawa sprawiedliwego H. Hart analizuje przede wszystkim w kontekście stosowania prawa, natomiast zagadnienia związane z jego tworzeniem nie są zasadniczo przedmiotem refleksji. Ale tak jak możliwe jest posługiwanie się pojęciem prawo *sprawiedliwe*, tak i możliwe jest posługiwanie się pojęciem *prawodawca sprawiedliwy*. A zatem zostanie tu wskazany podmiot, który prawo sprawiedliwe stanowi. Czy jest to jednak pojęcie należące do narzędzi badawczych klasycznego pozytywisty? Wydaje się że nie, ale co wymaga podkreślenia, tylko w przypadku klasycznego pozytywisty. Klasyczny pozytywistyczny prawodawca najczęściej jest charakteryzowany przymiotnikiem *racjonalny*, zaś przymiotnik *sprawiedliwy* bardziej odpowiada koncepcjom prawnonaturalnym¹⁶. W konsekwencji racjonalność odwołuje się do formalizmu przy tworzenia prawa, do jego skuteczności politycznej nie zaś do idei sprawiedliwości. Inna rzecz, że tak prawodawca sprawiedliwy, jak i racjonalny zakłada najczęściej realizację określonych celów czy ochronę określonych wartości, nawet gdyby to były wartości specyficzne, typowo pozytywistyczne – praworządność czy interes publiczny. W ten sposób siłą rzeczy dochodzi do wartościowania prawa i w miarę modyfikacji klasycznej doktryny pozytywizmu tendencja ta wydaje się nieodwracalna. Prawo

¹⁴ Postrzeganie prawa sprawiedliwego jako prawa słusznego nie przez wszystkich jest przyjmowane jako synonimiczne. Dla przykładu można wskazać stanowisko Arystotelesa, który wyraźnie odróżniał pojęcie słuszności (*epieikeia*) od pojęcia sprawiedliwości, choć obydwa były zakwalifikowane jako należące do tego samego rodzaju. Słowa Arystotelesa wskazują, że odwoływanie się do pojęcia słuszności mogło być argumentem za ingerencją w przepisy obowiązującego prawa w celu jego poprawiania czy uzupełnienia – „Jeśli więc ustawa orzeka o czymś ogólnie, a zdarzy się wypadek, który nie podpada pod to orzeczenie, to słuszną jest rzeczą, by tam, gdzie ustawodawca coś opuścił i przez sformułowanie ogólne popełnił błąd, uzupełnić ten brak, orzekając tak, jakby ustawodawca sam orzekał, gdyby był przy tym obecny, i jakby sam postanowił był, gdyby był z góry znał dany wypadek” – Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, 5.10.5, (w:) tenże, *Dziela wszystkie*, (tłum.) D. Gromska, Warszawa 2000, s. 189. Również jurysdykcja rzymskiego pretora miała na celu, m.in., realizację postulatów słuszności prawa, tak aby maksyma *summum ius summa iniuria* nie znajdowała w procesie stosowania prawa zbyt szerokiego odzwierciedlenia – Cynceron, *O powinnościach* (*De officiis*), 1.10.33, (w:) tenże, *Wybór pism naukowych*, (tłum.) K. Wislocka-Ramerowa, Warszawa 2002.

¹⁵ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 158–159, PP, s. 216.

¹⁶ R. Tokarczyk, *Komparatystryka prawnicza*, Kraków 2005, s. 96.

pozytywne otwiera się coraz szerzej na oceny i wartości, w tym również w aspekcie sprawiedliwości. Sami pozytywiści przyznają, że „...niełatwo wyeliminować moralność z królestwa prawa”¹⁷. Koncepcja H. Harta jest jednym z przykładów takiego stanu rzeczy.

Jest znamienne, że postulaty zgłaszane w imię sprawiedliwości idą w tak wielu, często sprzecznych, kierunkach. Za jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy można wskazać to, co bodaj najczęściej wskazuje się jako źródło nieporozumienia w naukach humanistycznych, a mianowicie wieloznaczność pojęciową, a w tym przypadku wieloznaczność pojęcia „sprawiedliwość”, różnorodność w jego pojmowaniu.¹⁸

Stosując określone kryterium klasyfikacyjne pojęcia *sprawiedliwość*, niechaj będzie to dla przykładu możliwość przyporządkowania określonym podmiotom czy przedmiotom cechy bycia sprawiedliwym, można się przekonać, że w każdym z poniższych aspektów pojęcie *sprawiedliwość* nabiera innego znaczenia.

Tak więc po pierwsze, sprawiedliwy może być przede wszystkim człowiek. Po drugie, sprawiedliwe mogą być czyny człowieka, czy szerzej, wszelkie zachowania, w tym również zaniechania.

Sprawiedliwy może być sposób dystrybucji dóbr. W tym przypadku, a jest to podział dokonany już przez Arystotelesa, należy wyróżnić sprawiedliwość dystrybutywną (*dikaion diortetikon*, rozdzielczą, sprawiedliwość prawodawcy¹⁹) oraz sprawiedliwość komutatywną (*dikaion dianemetikon*, wyrównawczą, sprawiedliwość sędziów, trybunałów²⁰).

Sprawiedliwy może być także sam fakt istnienia i funkcjonowania określonych instytucji realizujących zadania uznawane za użyteczne czy pożądane ze względu na interes społeczny. Jest to pojmowanie sprawiedliwości w kategoriach instytucjonalnych.²¹

Choć powyższe znaczenia pojęcia *sprawiedliwość* różnią się od siebie, to jednak pozostają ze sobą w na tyle ścisłym związku, że ustalwszy jedno ze znaczeń jest możliwe wyjaśnienie pozostałych poprzez odwołanie się do tego już ustalonego.²²

¹⁷ W. Lang, *Aksjologia prawa*, (w:) *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, Katowice 1992, s. 123.

¹⁸ K. Ajdukiewicz, *O sprawiedliwości*, (w:) tenże, *Język i poznanie*, Warszawa 2006, s. 365.

¹⁹ „Sprawiedliwością rozdzielczą jest ta, która odnosi się do rozdzielenia zaszczytów lub pieniędzy, lub innych rzeczy, które mogą być przedmiotem rozdziału pomiędzy uczestników wspólnoty państwowej; w tych bowiem rzeczach udział jednego obywatela może być różny od udziału lub równy udziałowi innego obywatela” – Arystoteles, *Etyka niomachejska* 5.2.12, (w:) tenże, *Dzieła wszystkie*, op. cit., s. 172.

²⁰ „...niesprawiedliwość w tym znaczeniu jest nierównością, którą sędzia stara się wyrównać; bo jeśli ktoś zadał, a ktoś inny odniósł ranę lub ktoś zabił, a ktoś inny zginął, to zachodzi nierówność między czynem jednego a doznaniem drugiego; sędzia jednak usiłuje usunąć za pomocą kary nierówność umniejszając zysk. Używa się bowiem terminu *zysk* na ogół także i w takich przypadkach, chociaż może niekiedy nie jest to właściwe...” – tamże, 5.4.3, s. 175.

²¹ Jest to podział zaproponowany przez R. Kleszcza, *Kłopoty ze „sprawiedliwością”. Między semantyką a aksjologią*. Odbitka z maszynopisu, s. 2 i n., cyt. za J. Stelmach, (w:) *Teoria prawa*, R. Sarkowicz, J. Stelmach, Kraków 2001, s. 188; J. Czaja, J. Stelmach, *W stronę proceduralnej teorii sprawiedliwości*, „Logos i Ethos” 1993, 2.

²² K. Ajdukiewicz, *O sprawiedliwości...*, op. cit., s. 365.

Jeżeli postępowanie człowieka będzie aspektem, który zostanie przyjęty jako ten, który najlepiej pomoże wyjaśnić ideę sprawiedliwości, można by wstępnie powiedzieć, że postępowanie sprawiedliwe to takie, które oddaje każdemu, co mu się należy. Tak przynajmniej twierdzi Ulpian: *Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*²³.

Opierając się na paremii Ulpiana, a ściślej na tym jego fragmencie, który odwołuje się do świadczenia należnego²⁴, dokonuje się w gruncie rzeczy rozróżnienie sprawiedliwości legalnej i sprawiedliwości moralnej. Powstaje bowiem pytanie: jeżeli komuś coś się należy, to na jakiej podstawie? Odpowiedź może iść zasadniczo w dwu kierunkach. Albo należy się na podstawie prawnej, albo moralnej. Domaganie się sprawiedliwości w imię prawa, to domaganie się sprawiedliwości legalnej. Sprawiedliwość legalna może być zorientowana bądź na zgodność z literą prawa i będzie to właściwy dla tradycyjnego pozytywizmu (ale już nie dla pozytywizmu H. Harta) sposób rozumienia sprawiedliwości, bądź na zgodność z duchem prawa.²⁵ W tym drugim przypadku jest to sposób rozumienia bliższy koncepcjom prawnonaturalnym, ale także bardziej dojrzałym koncepcjom pozytywistycznym. Podobny sposób rozumienia jest przyjmowany w odniesieniu do sprawiedliwości moralnej, to znaczy zgodnej z zasadami moralnymi. A zatem sprawiedliwość moralna i sprawiedliwość legalna, rozumiana jako zgodna z duchem prawa, nawiązują do pojęcia prawa sprawiedliwego jako prawa słusznego²⁶. Nawiązują jednak w różny sposób. O ile bowiem w przypadku sprawiedliwości legalnej odwołujemy się do prawa słusznego, o tyle w przypadku sprawiedliwości moralnej odwołujemy się do słuszności w ogóle, przy czym pozostaje dyskusyjne, co przez to pojęcie należy rozumieć²⁷. Uchylając się od dyskusji w tym zakresie,

²³ „Sprawiedliwość jest stałą i trwałą wolą oddania każdemu, co mu się należy” – *Ulpianus libro primo regularum* – D.1,1,10 pr., cyt. za W. Bojarski, W. Dajczak, A. Sokala, *Verba iuris. Reguły i kazusy prawa rzymskiego*, Toruń 1995, s. 31.

²⁴ Pojęcie świadczenia należnego należy w tym przypadku rozumieć szeroko; nie należy natomiast tego pojęcia interpretować jako prostej opozycji pojęcia świadczenia nienależnego (art. 410 KC) rozumianego jako szczególnej postaci bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 i n. KC).

²⁵ Pojęcie *duch prawa*, do którego prawnicy tak często się odwołują jest pojęciem równie wieloznacznym jak samo pojęcie *duch*, którego znaczenie oscyluje między pojęciami *umysł*, *ducha*, *widmo*. Gdy dzisiaj mówimy o duchowości prawa, nie mamy na myśli żadnego z tych znaczeń, a raczej chodzi o pewien typ szeroko rozumianych uczuć, które pojawiają się w związku z refleksją nad prawem, przy czym refleksja ta wykracza poza rozważaną sferę materialną. Dla przykładu: jeżeli prawo jest postrzegane jako fakt lingwistyczny, to jego duchowość winna być rozważana co najmniej poza obszarem językowym. Tak też najczęściej prawnicy przeciwstawiają ducha, literze prawa. Gdyby jednak prawo ujmować w kategoriach psychologicznych lub socjologicznych, tak jak czynią to realisci – także i w tym przypadku można poszukiwać ducha prawa – poza tymi właśnie sferami. Nie będzie to jednak typowy pogląd pozytywistyczny. Odwoływanie się do kategorii „ducha” nadaje refleksji charakter zdecydowanie filozoficzny i może czynić zasadnym pytanie, o jakiego rodzaju duchowość w danym przypadku chodzi. Czy o duchowość związaną z myślą chrześcijańską, duchowość świata G. Hegla, romantyczną duchowość F. Schellinga, czy może o coś jeszcze innego. Por. uwagi na ten temat – A. Morton, (w:) *Encyklopedia filozofii*, (red.) T. Honderich, t. I, Poznań 1998, s. 163.

²⁶ K. Ajdukiewicz, *O sprawiedliwości...*, op. cit., s. 368.

²⁷ Ustalenie znaczenia pojęcia słuszności przysparza etykom, ale nie tylko im, największych kłopotów, gdy jest definiowane poprzez odniesienie się do pojęcia dobra. Dla utilitarystów, a zatem także dla

jako mogącej stanowić przedmiot odrębnego opracowania, odnotować należy jednakże dwa spostrzeżenia. Po pierwsze, skłonni jesteśmy odwoływać się do słuszności w sytuacji, gdy pojawia się kłopot w znalezieniu innego uzasadnienia dla określonego zachowania, a jest ono z perspektywy moralności przez nas akceptowane, i po drugie, niekoniecznie musi być tak, że zachowanie moralnie przez nas nieakceptowane samo przez się jest zachowaniem niesłusznym. Czym innym jest bowiem samo kryterium słuszności, a czym innym treść tego kryterium²⁸.

Jaka jest zatem funkcja tak rozumianej sprawiedliwości? Identyfikując bowiem funkcję sprawiedliwości, łatwiej będzie to pojęcie zrozumieć. Nie chodzi bowiem o zdefiniowanie pojęcia. Takiego zabiegu metodologia H. Harta nie przewiduje²⁹.

Otóż funkcją tak rozumianej sprawiedliwości jest utrzymanie określonego społecznego *status quo*. Stan ten jest postrzegany jako stan względnej równowagi pomiędzy członkami danej społeczności, w którym są zachowane pewne proporcje. Stan ten wcale nie musi być postrzegany jako słuszny. Powszechnie są znane przykłady społeczeństw, gdzie obok ludzi niezwykle dobrze sytuowanych egzystują na granicy nędzy biedacy. Jednak relacje takie mają mniej lub bardziej trwałe charakter. Są mniej lub bardziej akceptowane, lepiej bądź gorzej uzasadniane. Zależy to oczywiście od przyjętych kryteriów i uwzględnienia całej masy okoliczności. Należy jednak pamiętać, że jest to stan sztucznej równości (*artificial equality*), w którym różnorakie dysproporcje z natury nieuniknione, są w pewnym sensie wyrównywane i stabilizowane poprzez istnienie w miarę trwałego splotu wzajemnych uprawnień i obowiązków³⁰.

Dlaczego jednak funkcją sprawiedliwości jest utrzymywanie takiego stanu rzeczy. Dlaczego by przed sprawiedliwością nie postawić bardziej ambitnych zadań, zadań dynamicznych a nie statycznych.

Utrzymywanie takiego stanu rzeczy przez sprawiedliwość jest uzasadnione tym, że każdy członek danego społeczeństwa posiada tytuł do tego, aby pozosta-

H. Harta, jest słuszny ten czyn, który jako konsekwencje niesie za sobą największy bagaż dobra. Rezygnacja, choć niekoniecznie absolutna, z kryterium konsekwencji jest z kolei charakterystyczna dla postaw deontologicznych, które dostrzegają czyny z natury słuszne. Można wreszcie odnotować i takie, zasadniczo eklektyczne stanowisko, zgodnie z którym słuszność miałaby być środkiem dla realizacji dobra, jednakże nie – tak jak u utilitarystów – postrzeganym instrumentalnie, lecz immanentnie, R.S. Downie, (w:) *Encyklopedia...*, op. cit., t. II, s. 854.

²⁸ K. Ajdukiewicz, *O sprawiedliwości...*, op. cit., s. 370.

²⁹ Metodologia stosowana przez H. Harta jest charakterystyczna dla „miękkiego” nurtu filozofii analitycznej, za ojca której uważa się G.E. Moore’a. Największy wpływ na twórczość H. Harta w aspekcie metodologicznym wywarła filozofia J.L. Austina, w szczególności jego teoria siły illokucji rozwijająca koncepcję performatywnego użycia języka i L. Wittgensteina („późnego”), a przede wszystkim jego wizja „powiązań rodzinnych” i „gier językowych”. Do klasycznych metod „miękkiej” analizy stosowanych także przez H. Harta należy zaliczyć metodę presupozycji oraz metodę argumentacji z przypadków wzorcowych. Do cech charakterystycznych należy zaliczyć także deskryptywizm i zdecydowane unikanie definiowania pojęć. Zainteresowanych tą problematyką odsyłam do artykułu oczekującego na publikację w drugim półroczu 2007 r. – J. Cabaj, *H.L.A. Hart, uwagi o metodzie*, „Czasopismo Prawno-Historyczne”.

³⁰ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 165, PP, s. 224.

wać w określonej relacji do każdego innego członka danego społeczeństwa. Tytuły te mogą mieć różny rodowód, ale w tym przypadku istotny jest ich aspekt formalny. Tak więc owa sztuczna równość oparta na takim bądź innym tytule może stanowić podstawę do sformułowania zasady: *Treat like cases alike [...] and treat different cases differently*³¹.

Dla prawidłowego stosowania tej zasady należy jednak ustalić kryteria, które zadecydują o podobieństwie bądź odmienności poszczególnych przypadków. Kryteria te mogą być zmienne z uwagi na cel, który sprawiedliwe prawo ma realizować, a który przyświeca dokonywanemu rozróżnieniu lub przesądza o podobieństwie. Niezmienna pozostanie jedynie zasada. Widać to jednak wyraźniej w przypadku sprawiedliwości rozdzielczej, a nieco mniej wyraźnie w przypadku sprawiedliwości wyrównawczej.

Można jednak i w tym drugim przypadku tę zależność uchwycić, gdy o prawie dotyczącym możliwości dochodzenia odszkodowaniu pomyśli się jako o prawie przywracającym naruszony stan ekonomicznej równowagi. Analogicznie będzie w przypadku zadośćuczynienia; w tym przypadku chodzi o stan równowagi nie mający charakteru bezpośrednio ekonomicznego. Z takiej właśnie perspektywy powinny być oceniane, m.in., przepisy proceduralne dotyczące wyłączeń czy ograniczeń procesowych, zgodnie z którymi może dojść do selektywnego, z założenia niedorzecznego stosowania prawa materialnego wobec jedynie niektórych członków społeczeństwa. Ten sam mechanizm można także odkryć w przypadku ograniczeń przedmiotowych, a mianowicie w sytuacji, gdy żaden członek społeczeństwa nie ma możliwości dochodzenia swoich praw w określonym zakresie, jeśli by te zostały naruszone, a jest słuszne, aby taka możliwość była mu dana³².

Tak więc pierwsza podstawowa zasada sprawiedliwości składa się z dwóch elementów: formalnego i jest on niezmienny (ujęcie kantowskie³³) i merytorycznego, nakazującego stosować kryteria zrelatywizowane do zakładanych celów zróżnicowania³⁴.

Powołana przez H. Harta zasada, a także rozróżnienie w niej aspektu formalnego i materialnego, przede wszystkim w odniesieniu do sprawiedliwości dystry-

³¹ „Traktuj podobne przypadki podobnie, a odmienne – odmiennie” – tamże, s. 159, PP, s. 216.

³² Tamże, s. 163–164, PP, s. 222–223, H. Hart podaje tu przykład braku w prawie angielskim możliwości dochodzenia zadośćuczynienia za naruszenie prywatności (*compensation for invasions of privacy*) oraz przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (*unjust enrichment*) w tym zakresie, w jakim utrudniają dochodzenie roszczenia od bezpodstawnie wzbogaconego.

³³ Ujęcie kantowskie to oczywiście nawiązanie do imperatywu kategorycznego postrzeganego w tym przypadku jako operatywny aspekt prawa moralnego. Treść imperatywu była przez I. Kanta różnie formułowana, przybierają formę bardziej lub nieco mniej ogólną. Najbardziej ogólne sformułowanie w brzmieniu: „Postępuj tylko według takiej maksymy, co do której mógłbyś zarazem chcieć, aby stała się powszechnym prawem” z czasem przybiera bardziej konkretną formę: „Postępuj tak, byś człowieczeństwa tak w twej osobie, jako też w osobie każdego innego używał zawsze zarazem jako celu, nigdy tylko jako środka”. I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, (tłum.) M. Wartenberg, Kęty 2001, s. 46.

³⁴ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 160, PP, s. 217.

butywnej i komutatywnej, jest tym momentem, który wymaga krótkiej refleksji przy zachowaniu pewnego dystansu filozoficznego.

Otóż ujęcie formalne nie rozstrzyga bezpośrednio, ile kto otrzyma w wyniku podziału szeroko rozumianych dóbr, ale jedynie o sposobie ich dystrybucji. Nie poszukuje ono uzasadnienia dla takiej dystrybucji w żadnych wartościach. Nie można bowiem powiedzieć, że sposób dystrybucji dóbr oparty przykładowo na zasadzie: „każdemu tyle samo” odwołuje się do pojęcia równości jako wartości samej w sobie.³⁵ Zawsze powstaje pytanie o kryteria, na podstawie których kwalifikujemy podmioty jako równe sobie. W wymiarze moralnym wszystkie istoty ludzkie są sobie równe, ale przecież nikt nie twierdzi, że statystyczne niemowlę potrzebuje dla podtrzymania egzystencji takiej samej ilości dóbr jak osoba dorosła, dodajmy, ciężko pracująca.

Inaczej jest w przypadku sprawiedliwości materialnej. Ma ona sens w pełni substancjalny. Oznacza to, że samo odwołanie się do wartości jest jedynie pierwszym krokiem do dokonania oceny. Kolejnym krokiem jest odwołanie się do realnych bytów³⁶, do których wartości odsyłają. Niestety, nie jest to sposób postępowania wolny od uwag krytycznych. Odwołanie się do bytów realnie istniejących niesie za sobą konieczność jednoznacznego ich zdefiniowania. Nie jest to jednak możliwe bez odwołania się do wartości. Stwierdzenie, że dzieło boże jest sprawiedliwe, bo Bóg jest sprawiedliwy (a także wszechmocny, nieskończenie dobry itd.), jest uproszczonym przykładem takiego właśnie błędu w dowodzeniu, określonego w logice jako „błędne koło” (*circulus vitiosus*), będącego szczególnym przypadkiem błędu nieuzasadnienia przesłanki (*petitio principii*)³⁷.

³⁵ Zwracając uwagę na kontrowersyjność tej bodaj największej idei społecznej należy wskazać przynajmniej jej dwa przeciwległe stanowiska. Zgodnie z pierwszym pojęciu *równość*, jako pojęciu samym w sobie, nie przysługuje żadna wartość. Przyjmując utylitarystyczną postawę H. Harta, można by powiedzieć, że równość nabierze jakiejś wartości, jeżeli stosowanie się do jej postulatów (abstrahując od ich treści) przyniesie społeczeństwu określone korzyści. A zatem to ocena użyteczności określonego zachowania realizującego takie czy inne postulaty równości zadecyduje o ocenie samej równości. Paradoksalnie więc zbyt dużo równości może przynieść także zmniejszenie jej użyteczności. Stanowisko przeciwstawne postrzega równość jako wartość samą w sobie. Jednak i w tym przypadku idea ta nie może być w pełni zrealizowana. Co najwyżej może zmierzać w kierunku likwidowania nierówności. Zawsze jednak rodzi się pytanie, jak daleko ma postępować owo równanie, czy w imię równości należy także dowartościowywać te grupy społeczne, które uprzednio były dyskryminowane. Czy i w jakim stopniu należy dążyć do wyrównywania nierówności przyrodzonych, a czy może jedynie poprzestać na działaniach zmierzających do niedokładania nowych uciążliwości, które siłą rzeczy wynikają z już istniejącej nierówności. Pytań zresztą jest tu znacznie więcej – T. Nagel, (w:) *Encyklopedia...*, op. cit., t. II, s. 812.

³⁶ Realność bytów w kategoriach filozoficznych ma znacznie daleko szersze aniżeli ich reifikacja. Nie wdając się tu w zawiłe rozważania ontologiczne, nie dla każdego prawnika zrozumiałe, należy jedynie podkreślić, że byty realne to nie tylko byty konkretne, ale także abstrakcyjne; nie tylko byty jednostkowe, ale także powszechniki (desygnaty wyrażeń ogólnych). W tym sensie oznaczają jakieś „rzeczy”. W żadnym wypadku to znaczenie pojęcia bytu nie powinno być mylone z innym jego znaczeniem, a mianowicie – egzystencją. E.J. Lowe, (w:) *Encyklopedia...*, op. cit., t. I, s. 103.

³⁷ S. Lewandowski, A. Malinowski, J. Petzel, *Logika dla prawników. Słownik encyklopedyczny*, (red.) A. Malinowski, Warszawa 2004, s. 27 i 29.

Przypadek taki był analizowany już niejednokrotnie w literaturze przedmiotu jako przypadek błędu naturalistycznego. Po raz pierwszy zwrócił na to uwagę G.E. Moore³⁸.

Jak widać, zarzut błędu naturalistycznego może być zarzutem właściwym dla niektórych koncepcji prawnonaturalnych, które wyprowadzają obowiązywanie prawa z faktów naturalnych. Są to co prawda różne fakty, w zależności od tego, czy mamy do czynienia z teoriami laickimi czy o charakterze religijnym. Jednak wyprowadzanie obowiązywania prawa z faktów może także w pozytywizmie prawniczym zaowocować podejrzeniami, że kryje się za tym błąd naturalistyczny. Co prawda, inny jest charakter takich faktów, a mianowicie społeczno-polityczny (akt woli suwerena). Jednak uwikłania aksjologicznego takich faktów nie da się wykluczyć³⁹.

Postulat oddzielenia aspektu faktycznego prawa od jego aspektu normatywnego stanowi, jak wiadomo podstawę czystej teorii prawa H. Kelsena⁴⁰.

Samo istnienie nawet bardzo dobrej zasady nie przesądza o tym, że prawo będzie sprawiedliwe. Pozostaje bowiem jeszcze uwzględnienie sposobu, w jaki zasada jest stosowana. A zatem chodzi tu o aspekt stosowania prawa.⁴¹ Oczywiście, jakiegokolwiek próby sprowadzenia sprawiedliwości w stosowaniu prawa do postępowania zgodnie z prawem sprawy nie mogą wyjaśnić. Nietrudno wyobrazić sobie niesprawiedliwe przepisy podatkowe (bogaci winni płacić małe podatki a biedni duże) „sprawiedliwie” stosowane. Nawet cudzysłów w poprzednim zdaniu spełnia funkcję jedynie ironizującą; takie prawo może być rzeczywiście formalnie sprawiedliwe.

Najbardziej dojrzałym przejawem stosowania prawa jest sądowe stosowanie prawa. Sala sądowa staje się wówczas często miejscem, gdzie potoczne, prawnonaturalne postrzeganie prawa zostaje przeciwstawione jego wizji pozytywistycznej. Argumenty odwołujące się do sprawiedliwości ścierają się z argumentami odwołującymi się do praworządności, rozumianej jako działania państwa zgodne z prawem, a rozstrzygnięcie tej kolizji często będzie uzależnione od przyjętej przez sąd takiej bądź innej postawy interpretacyjnej. Z pewnej perspektywy historycznej postawa ta jest obecnie najtrudniejsza do przewidzenia, przy czym nie należy tutaj popadać w totalny relatywizm. Powinno to być rozumiane w ten sposób, że o ile do czasu narodzin koncepcji pozytywistycznych sprawa była prosta – królowało stanowisko sprawiedliwego rozstrzygnięcia sądowego, i o ile

³⁸ Zob. przede wszystkim: G.E. Moore, *Etyka*, (tłum.) A. Szawarski, Warszawa 1980, ale także: tenże, *Zsady etyki*, (tłum.) Cz. Znamierowski, Warszawa 1919 oraz *Z głównych zagadnień filozofii*, (tłum.) Cz. Znamierowski, Warszawa 1967.

³⁹ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzeni do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 179.

⁴⁰ Wizja systemu prawnego Austriaka H. Kelsena jest inspirowana uwagami sformułowanymi przez D. Hume'a, który za nieuprawnione uznał wnioski o charakterze etycznym, np. dotyczące powinności, wyprowadzane z twierdzeń dotyczących faktów empirycznych; J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006, s. 383.

⁴¹ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 161, PP, s. 219.

w szczytowym okresie rozkwitu pozytywizmu prawniczego przeważało stanowisko rozstrzygnięcia praworządno⁴², o tyle obecnie, od drugiej połowy XX w., a zatem od sformułowania swojej koncepcji przez G. Radbrucha, jest to stanowisko eklektyczne. W aspekcie sądowego stosowania prawa mogą pojawić się próby uzasadniania zwiększenia zakresu swobodnego uznania sędziowskiego, czy też szerzej – zwiększenie luzu decyzyjnego organów stosujących prawo w sytuacji, gdy odwołują się one do koncepcji prawnonaturalnych a w szczególności do idei sprawiedliwości. Jest to jednak pogląd kontrowersyjny⁴³.

Jest tu jeszcze jedna kwestia wymagająca odniesienia, tak aby nie doszło do całkowitego przeciwstawienia sobie dwóch idei – praworządności i sprawiedliwości. Wymaga ona rozróżnienia praworządności formalnej i praworządności materialnej.⁴⁴ To właśnie praworządność formalna, odzwierciedlana często zasadą: *Dura lex sed lex*⁴⁵, może być przeciwstawiana idei sprawiedliwości. Jest znamienne, że w swej skrajnej formie praworządność formalna jest właśnie oceniana poprzez odwołanie się do kryterium sprawiedliwości. Tutaj też można wskazać zasadę znaną każdemu prawnikowi: *Summum ius summa iniuria*⁴⁶. Chodzi tu jednak cały czas o proces stosowania prawa, co wymaga zaakcentowania; możliwe są bowiem rozważania dotyczące praworządności na etapie tworzenia prawa. Dla przykładu, w procesie stosowania prawa karnego wyrok praworządny formalnie to taki, który nakłada sankcję w ustawowo przewidzianych granicach i który został wydany po należyтым stwierdzeniu winy. Nie musi to być jednak wyrok praworządny materialnie. W tym bowiem wypadku powinny być uwzględnione różnorodne czynniki pozostające względem siebie w nie do końca precyzyjnie określonych relacjach. Ocena tych czynników będzie uzależniona od przyjmowanej przez sąd hierarchii wartości. Jest bowiem mało prawdopodobne, aby wszystkie wartości, do których odwołuje się ustawodawca, mogły być uwzględnione w równym stopniu.⁴⁷ W takim przypadku praworządność materialna może stać się przedmiotem oceny z perspektyw sprawiedliwości, uczciwości czy słuszności zgodnie z zasadą: *Non omne quod licet honestum est*⁴⁸. Możliwość oceny praworządności materialnej z perspektywy sprawiedliwości, też zasadni-

⁴² R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 101.

⁴³ Z pewną ostrożnością za takim poglądem wypowiada się Z. Ziemiński, zob. Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992, s. 93, natomiast pogląd taki za wątpliwy uważa R. Tokarczyk, zob. R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 102.

⁴⁴ Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2003, s. 233–235.

⁴⁵ Skrócona wypowiedź Ulpiana (*libro quarto de adulteriis*), D. 40, 9, 12, 1: „*Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est*”, powszechnie przyjmowane tłumaczenie w wersji skróconej – „Surowa ustawa, lecz ustawa”, W. Bojarski, W. Dajczak, A. Sokala, *Verba iuris. Reguly i kazusy prawa rzymskiego*, Toruń 1995, s. 20.

⁴⁶ Zasada oparta na wypowiedziach pisarzy rzymskich, por. Terentius, *Heautontimorumenos* 796, Cicero de *Officiis* I. 10, – „Najwyższe prawo najwyższym bezprawiem (niesprawiedliwością)” – tamże, s. 49.

⁴⁷ Z. Ziemiński, (w:) A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii...*, op. cit., s. 284.

⁴⁸ „Nie wszystko, co jest dozwolone, jest uczciwe” – Paulus *libro sxagensimo secundo ad edictum* – D. 50, 17, 197, W. Bojarski, W. Dajczak, A. Sokala, *Verba iuris...*, op. cit., s. 37.

czo materialnej, uświadamia jej swego rodzaju ubóstwo pojęciowe, jej niesamodzielność aksjologiczną. Możliwość wspomnianej oceny poprzez odniesienie do wartości właściwych prawu naturalnemu wydaje się bowiem tak naprawdę jedyną możliwością oceny. Nawet gdy dopuścimy możliwość oceny poprzez odwołanie się do innych, niż moralne, systemów wartości, zawsze to będą inne systemy, nie zaś prawne. Praworządność nie jest osadzona we własnym systemie wartości, bo w gruncie rzeczy taki system nie istnieje⁴⁹. Taka postawa umiarkowanego legalizmu wydaje się postawą najbardziej właściwą, przy czym widać wyraźnie, że odzwierciedla ona istotę prawa uwzględniającą jego aspekt sprawiedliwościowy. Postawę taką po polemice z L.L. Fullerem, uznanej już dziś za klasykę przedmiotu, prezentuje H. Hart, przyjmując w swej koncepcji pozytywnoprawnej minimum prawa natury.⁵⁰ Podobnie J. Finnis⁵¹, który ogranicza się jedynie do wskazania pewnych wartości podstawowych, zamiast formułowania pełnego, a zatem dla większości pozytywistów nie do przyjęcia, katalogu wartości prawnonaturalnych.

Problem sprawiedliwego stosowania prawa nie budzi większych wątpliwości w ujęciu teoretycznym. Mogą się one jednak pojawić w sytuacji ustalania właściwych kryteriów, na podstawie których ma zostać dokonane zróżnicowanie lub ustalenie podobieństwa podmiotów, co do których prawo ma być stosowane. Ścisłej, chodzi tu o ustalenie, czy kryteria te są dobrane właściwie w świetle realizowanych celów⁵².

Jeżeli ustawy podatkowe nakazywałyby płacić większe podatki osobom pozostającym w wolnym związku partnerskim aniżeli w związku małżeńskim, a realizowanym celem byłoby zmniejszenie deficytu budżetowego, to czy kryterium zróżnicowania miałyby sensowny związek z realizowanym celem?

Wzrost, waga, uroda, kolor skóry, religia i wiele innych kryteriów różnicujących w ogóle nie nadaje się do tego celu w demokratycznych społeczeństwach. Przykład prawa karnego będzie tu chyba najbardziej przekonujący. Punktem wyjścia jest bowiem zakładana równość podmiotów, która w mentalności człowieka współczesnego tak się zakorzeniła, że wszelkie jej naruszenia winny być bardzo dobrze uzasadnione. W innym przypadku spotkają się z zarzutem niesprawiedliwych, a niekiedy także i niedorzecznych. W konsekwencji grozi nam powrót do IV wieku p.n.e. po to, aby zaakceptować poglądy Arystotelesa o trwa-

⁴⁹ R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 110.

⁵⁰ Zwraca uwagę R. Tokarczyk, że o ile H. Hart dopuścił po dyskusji z L.L. Fullerem minimum prawa naturalnego w pozytywizmie prawniczym, o tyle L.L. Fuller nie zmienił swojego stanowiska w kwestii minimum pozytywizmu w prawie naturalnym; R. Tokarczyk, *Sprawiedliwość jako naczelna wartość prawa*, „PIP” 1997, nr 6, s. 16.

⁵¹ Koncepcja J. Finnisa zastała obszernie zaprezentowana w J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, edycja polska: J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, (tłum.) K. Lossman, Warszawa 2001.

⁵² H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 162, PP, s. 220.

łej predyspozycji jednych ludzi do stania się żywymi narzędziami w rękach innych⁵³.

Z kolei stan zamożności czy dochodowość w przypadku prawa podatkowego bądź wiek czy stan władz umysłowych w przypadku przepisów dotyczących zdolności do czynności prawnych stanowią kryterium zasadniczo nie wzbudzających kontrowersji.⁵⁴

Opócz aspektu stosowania praw, któremu H. Hart poświęca znaczną uwagę, należy ponadto wspomnieć o aspekcie tworzenia prawa, który też może być oceniany z perspektywy sprawiedliwości, a któremu H. Hart uwagi nie poświęca. Do czegoż bowiem miałyby się odnosić powiedzenie angielskie: *Justice delayed is justice denied?*⁵⁵ Można przyjąć, że odnosi się ono nie tylko do stosowania prawa, że chodzi tu o czas stanowienia prawa, a także o czas poświęcony na stanowienie prawa, w sytuacji gdy istnieje potrzeba, a niekiedy nawet pilna potrzeba nowych regulacji prawnych. Czas ten powinien być po prostu właściwy ani zbyt ni pośpiech ani opóźnienia podyktowane postrzeganiem nowych regulacji instrumentalnie, nie przydają takiemu prawu określnika *sprawiedliwe*. Dalej należy także zwrócić uwagę na tryb promulgacji, a przykładem z naszego polskiego prawniczego podwórka może być chociażby tryb promulgacji orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego z perspektywy realizacji doraźnych celów politycznych. Jak zatem widać, odkrywa się kolejny obszar prawny, który może być oceniany w kategoriach moralnych ze szczególnym odniesieniem do sprawiedliwości.

Ocena prawa może być dokonywana nie tylko przez pryzmat wartości, które są kojarzone z ideą sprawiedliwości. Świadomość różnych płaszczyzn ocennych pozwala dostrzec kolejne, nieco kłopotliwe zagadnienie. Chodzi tu mianowicie o rozstrzygnięcie kolizji formułowanych ocen, a w konsekwencji ustalenia ich hierarchii *ad casum* przy założeniu różnych kryteriów.

Przypadkiem, na który zwraca uwagę H. Hart, jest uchybienie analizowanej zasadzie sprawiedliwości „dla ostrzeżenia” (*as a warning*)⁵⁶. Może do tego dojść w związku ze stosowaniem prawa karnego, co przychodzi na myśl od razu, ale także i prawa cywilnego. W jednym i w drugim przypadku ostrzeżenie takie jest kierowane do społeczeństwa. Analiza argumentów H. Harta prowadzić może do wniosku, że w sprawach cywilnych ostrzeżenie dotyczy swoiście rozumianego pieniądza procesowego. W tym przypadku ochrona sądowa byłaby ograniczona poniżej standardu wynikającego z zasady sprawiedliwości. Może jednak być i tak, że ochrona sądowa zostanie poza taki standard rozszerzona⁵⁷.

⁵³ *Arystoteles o niewolnictwie*, zob. *Polityka I*, rozdz. II, s. 3–32, (w:) *Polityka z dodaniem Pseudo-Arystotelowskiej Ekonomiki*, (tłum.) L. Piotrowicz, Warszawa 1964; także H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 162, PP, s. 221.

⁵⁴ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 163, PP, s. 221–222.

⁵⁵ „Sprawiedliwość opóźniona jest zaprzeczeniem sprawiedliwości” – R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, op. cit., s. 98.

⁵⁶ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 166, PP, s. 225.

⁵⁷ Tamże s. 166–167, PP, s. 226.

W prawie polskim najlepszym przykładem takiej rozszerzonej ochrony prawnej na gruncie prawa cywilnego wydaje się przepis art. 428 k.c.⁵⁸, odwołującego się zgodnie z poglądami doktryny do zasady słuszności⁵⁹.

Wiele rozważań można by tu snuć, luźno z prawem związanych, co do przesłanek odpowiedzialności na zasadzie art. 428 k.c., a w szczególności co do przesłanki dotyczącej porównania stanu majątkowego poszkodowanego i sprawcy. Choć dobrobyt społeczny jest pojęciem ogólnie akceptowanym, to przecież nie występuje powszechnie. Lepiej sytuowani mają tylko wtedy satysfakcję ze swej zamożności, gdy mogą ją porównać z mniej zamożnym albo wręcz z biednym. Mając satysfakcję, nie muszą mieć jednak poczucia bezpieczeństwa. Te z kolei może zostać zapewnione, jeżeli owi biedni nie są na tyle zdeterminowani swoją biedą, że staną się skłonni do aktów agresji wobec zamożnych. Prawo, niestety, tak jest skonstruowane, jak powiada H. Hart, że *...in most cases the law provides benefits for one class of the population only at the cost of depriving others of what they prefer*⁶⁰. Przepis art. 428 k.c. jest w prawie polskim regulacją wyjątkową, interpretowaną restryktywnie. Może to świadczyć także o tym, że zapewnienie spokoju społecznego w wymiarze wyżej opisywanym nie stanowi zasadniczego problemu. W innym przypadku mogłoby dojść do zmian o charakterze rewolucyjnym, na skutek których najbogatsi straciliby wszystko łącznie z życiem.

A zatem odwołanie się do „dobra społecznego”, „zasad słuszności” czy „interesu publicznego” może stanowić okoliczność warunkującą zakres uwzględniania zasady sprawiedliwości.

Uchybienie zasadzie sprawiedliwości dla ostrzeżenia jest tylko egzemplifikacją pewnej kolizji występującej na gruncie prawa pozytywnego. Chodzi tu bowiem o kolizję pewnych wartości, przy czym niektóre z nich wykreowali sami pozytywiści. Otóż idea sprawiedliwości stanowi dla klasycznego pozytywizmu pewien problem, który polega na tym, że w imię sprawiedliwości, jako wartości naczelnej, niejednokrotnie usiłowano zakwestionować obowiązujący porządek prawny. Aby skutecznie bronić swojej pozycji na gruncie teoretycznym, pozytywiści musieli przeciwstawić idei sprawiedliwości argument na tyle mocny i społecznie atrakcyjny, aby oddziaływanie idei sprawiedliwości, jeżeli nie zneutralizować, to przynajmniej zminimalizować. Tym argumentem było powołanie się na dobro państwa, ład społeczny, interes publiczny czy temu podobne wartości, przy czym nie ma tu znaczenia, jaką treść się im nadaje. Natomiast znaczenie ma sam fakt odwołania

⁵⁸ Art. 428 k.c. – Gdy sprawca z powodu wieku albo stanu psychicznego lub cielesnego nie jest odpowiedzialny za szkodę, a brak jest osób zobowiązanych do nadzoru albo gdy nie można od nich uzyskać naprawienia szkody, poszkodowany może żądać całkowitego lub częściowego naprawienia szkody od samego sprawcy, jeżeli z okoliczności, a zwłaszcza z porównania stanu majątkowego poszkodowanego i sprawcy, wynika, że wymagają tego zasady współzycia społecznego.

⁵⁹ *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, (red.) G. Bieniek, Księga III, tom 1, Warszawa 2002, s. 339.

⁶⁰ „...w większości przypadków pozbawia jednej grupy społecznej dóbr, które zdaniem jej członków winny stać się jej udziałem, przyznając je innej (lub innym) grupom społecznym.” – H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 166, PP, s. 226.

się do samoistnych i nadrzędnych wartości, dla których w klasycznym pozytywizmie nie powinno być miejsca. Mogliby pozytywiści twierdzić, że dobro państwa nie jest wartością samą w sobie, ale jedynie wartością instrumentalną względem interesów społeczeństwa.⁶¹ Niewiele to zmienia, ponieważ w takim przypadku to interes społeczeństwa był zakwalifikowany jako wartość naczelną. Tak czy inaczej nie ma tu dla pozytywistów dobrego rozwiązania. Odwołanie się do wartości wzmacnia siłę argumentacji przeciwko idei sprawiedliwości, ale osłabia czystość doktryny. Z kolei samo uzasadnienie tetyczne zachowuje tę czystość kosztem osłabienia siły argumentacji.

Idea sprawiedliwości wypełnia ideę moralności, ale jej nie wyczerpuje. Nie wyczerpuje jej m.in. dlatego, że za perspektywę badawczą bierze tylko pewien ograniczony jej obszar, a mianowicie ten, który dotyczy sposobu postępowania wobec jednostek stanowiących elementy zbioru, jakim jest społeczeństwo. Jest więc *...the most public and the most legal of the virtues*⁶², ale nie posiadającą treści merytorycznej. Idea sprawiedliwości może być oddzielona od pozostałych elementów moralności jedynie w sferze rozważań teoretycznych. Przy analizie merytorycznych standardów moralnych, jako kategoria etyczna, jest ściśle z nimi związana, tak jak arystotelesowska forma wiąże się z materią, aby utworzyć nową jakość – substancję. Każda merytoryczna reguła moralna będzie potrzebowała wsparcia sprawiedliwości dla obrony swojego moralnego statusu. Decydując sama o treści zakazu bądź nakazu, powinności czy obowiązku, będzie poszukiwała procedury, sposobu realizacji tychże nakazów czy zakazów, tak aby było uczciwie ustalone, komu mają przypaść w udziale korzyści bądź obciążenia, komu najróżniejsze dobra, a komu niedogodności, w sytuacji gdy potencjalnych adresatów jest wielu.

Ustalenie treści merytorycznych, moralnie ważnych, wspomaganych zasadą sprawiedliwości może jednak być dokonane dopiero po doprecyzowaniu pojęcia *moralność*. Jest to ważne co najmniej z dwóch powodów. Wskazanie obszaru zagadnień moralnych zakreśla zarazem obszar, poza który nie należy wykraczać snując rozważania dotyczące sprawiedliwości. Po wtóre, zakreślenie takiego obszaru winno być punktem wyjścia do podejmowania wszelkich rozważań dotyczących relacji prawa i moralności, tak aby sfery te już na samym początku dyskursu były w miarę precyzyjnie określone przez jego uczestników. Doprecyzowanie to, choć pełne nie będzie, winno zidentyfikować przynajmniej te atrybuty moralności, które są zasadniczo powszechnie akceptowane.

Z taką identyfikacją wiąże się kolejne problemy. Czy atrybuty moralności mają charakter stały, są zatem odkrywane, a nie kreowane przez człowieka, czy też może mają charakter relatywny ze względu na dynamikę zmian rzeczywistości społecznej. Czy wyróżnione atrybuty moralności są elementem koniecznym każ-

⁶¹ Z. Ziemiński, op. cit., s. 94.

⁶² „...najbardziej publiczną i najbardziej prawną z cnot.” – H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 167, PP, s. 228.

dej zasady moralnej dla jej odróżnienia od standardu o innym charakterze, czy może tylko wystarczającym.⁶³

Rozpoznając powyższe problemy, H. Hart proponuje opisanie moralnego charakteru reguły, na podstawie czterech charakterystycznych cech, zakładając przy tym konieczność ich występowania, choć być może występowanie jedynie tylko tych cech okaże się niewystarczające.

Ale przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że rozważania dotyczące moralności, w ujęciu materialnym, nie mogą być dokonywane w oderwaniu od jakiegoś konkretnego społeczeństwa. Nie można jednak takich rozważań uznać za pozbawione sensu w przypadku moralności ujmowanej formalnie, a więc zasadniczo, sprawiedliwiście. Moralność danego społeczeństwa jest zatem zjawiskiem społecznym do określonego społeczeństwa zrelatywizowanym. Podobnie jak w przypadku prawa (przy czym niekoniecznie systemu prawa), tak również w przypadku moralności standardy mają podobną konstrukcję. Są to zasadniczo, przyjmując terminologię H. Harta, reguły pierwotne nakazu bądź zakazu. Ponieważ jest tu mowa o moralności społeczeństwa, jest niezbędne, aby owe standardy były szeroko podzielane przez członków danej społeczności, a nie tylko przez jej niektórych przedstawicieli. Te, które są podzielane jedynie przez niektórych przedstawicieli społeczeństwa, mogą mieć także charakter standardów moralnych. Nie będzie to jednak moralność społeczeństwa, ale jednostki.

Standardy moralne społeczeństwa winny dotyczyć spraw dla danego społeczeństwa doniosłych nie zaś marginalnych. Doniosłość standardu moralnego, która sama w sobie jest stopniowalna, implikuje większe zaangażowanie w jego przestrzeganie aniżeli w przypadku standardów mało ważnych. Zaangażowanie takie często wymaga jakiegoś poświęcenia, wręcz niekiedy ofiary. Ci członkowie społeczeństwa, którzy gotowi są do poświęceń na rzecz przestrzegania standardów moralnych, a z założenia są w większości, chcieliby także widzieć taką gotowość u innych, a w związku z tym są skłonni do wywierania presji społecznej, której nasilenie może być różne, w zależności od doniosłości standardu. Standardy moralne o najwyższej doniosłości mają ponadto tę właściwość, że łatwiej niż inne mogą być mylone ze standardami prawnymi, tym bardziej że często rzeczywiście są równocześnie standardami prawnymi.⁶⁴

Podobieństw między regułami moralnymi i prawnymi jest i tak na tyle dużo, iż pomyłki co do ich klasyfikacji mogły zostać uznane, przynajmniej w pewnym zakresie, za usprawiedliwione. Należy do tych podobieństw zaliczyć:⁶⁵

1. Obowiązkiwanie reguł nie zależy od zgody ich adresatów.
2. Ukierunkowanie postępowania jednostek jako zgodnego z zakazami bądź nakazami zawartymi w regułach jest zagwarantowane poważną presją społeczną.

⁶³ Tamże, s. 169, PP, s. 229.

⁶⁴ Tamże, s. 169–170, PP, s. 230–231.

⁶⁵ Tamże, s. 172, PP, s. 233–234.

3. Postępowanie zgodne z regułami nie jest powodem do nagrody. Jest oczekiwane jako wkład w życie danego społeczeństwa. Jedynie wyjątkowo pozytywne postawy, odbiegające w znaczny sposób od średniej mogą spotkać się z oznakami szacunku. Krytyka jest natomiast jak najbardziej uzasadniona.
4. Reguły dotyczą stałych, często występujących sytuacji życia codziennego. Nie odnoszą się zasadniczo do wydarzeń okazjonalnych czy sporadycznych.
5. Adresatem reguł są jednostki, ale z założenia te, które chcą (a w obecnej sytuacji społecznej wręcz muszą) bezkonfliktowo żyć razem w grupie.
6. Zastosowanie się do standardu mieści się w statystycznych możliwościach normalnego człowieka. Nie wymaga nadzwyczajnej sprawności umysłowej ani fizycznej. Wymaga jednak nierzadko poświęcenia własnych skłonności czy interesów dla dobra ogółu.

Podobieństwa te mogą wynikać także z faktu, że konstrukcje językowe standardów moralnych posiadają wiele zapożyczeń z języka prawniczego opatrzonych, a niekiedy nieopatrzonych przymiotnikiem *moralny*, *moralna*. Stąd też odnaleźć można w rejestrach językowych⁶⁶ nieco dziwne, z niniejszej perspektywy badawczej, wyrażenia jak np. *prawo moralne*. Z kolei pojęcie *obowiązek*, które lokuje się w różnych innych rejestrach językowych z takim samym powodzeniem jak w rejestrze języka prawnego, nie razi w wyrażeniu *obowiązek moralny*. Gorzej jest natomiast w przypadku pojęcia *uprawnienie*⁶⁷ w wyrażeniu *uprawnienie moralne*.

Natomiast najbardziej typowe różnice to⁶⁸:

1. Stosowanie się do reguły prawnej zamyka się jedynie w akcie „zewnątrznym”. Pobudki, intencje, postawy wobec reguły nie mają wpływu na ocenę jej stosowania. Inaczej jest w przypadku reguł moralnych. Stwierdzenie dotyczące zastosowania się do reguły moralnej wymaga uwzględnienia strony wolicjonalnej adresata reguły. Aby jednak nie pomieszać pojęcia *wybaczenia* (*excuse*) i *uzasadnienia* (*justification*) postępowania niezgodnego z regułą moralną należy dodać, że dobra wola bądź jej brak, w tym przypadku, nie jest czynnikiem przesądzającym kwalifikację moralną zachowania. A zatem w konsekwencji:
2. Brak woli naruszenia reguły moralnej zasadniczo uchyla potępienie sprawcy takiego naruszenia. W przypadku naruszenie reguły prawnej już tak nie jest,

⁶⁶ Rejestr językowy zgodnie z teorią zróżnicowania językowego M. Halliday'a jest obok dialektu rodzajem odmiany języka. Dialekt zostaje wyróżniony ze względu na kryteria regionalne, natomiast rejestr językowy z uwagi na trzy inne kryteria, a mianowicie obszar tematyczny wypowiedzi, jej forma oraz styl. Przyjmuje się, że takim rejestrem językowym jest także rejestr języka prawnego, przy czym klasyfikacja języka prawnego z zastosowaniem kryteriów właściwych dla rozróżniania rejestrów językowych jest tylko jedną z możliwych – A. Malinowski, *Polski język prawny. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2006, s. 24–25.

⁶⁷ Zob. analizę pojęcia *uprawnienie* ze wskazaniem na wnioskowania prawnicze jako najbardziej naturalny kontekst językowy dla tegoż pojęcia, H.L.A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, (w:) tenże, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 2001, s. 27–29.

⁶⁸ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 173, PP, s. 234–235.

choć okoliczność ta nie pozostanie często bez wpływu na charakter czy nasilenie potępienia.

3. Standardy prawne w odróżnieniu od moralnych są bardziej precyzyjne, obudowane większą liczbą wyjątków.

Jak już wspomniano, H. Hart wyróżnia cztery główne atrybuty przysługujące regułom moralnym. Ich kumulatywne występowanie pozwoli zidentyfikować regułę moralną na tyle precyzyjnie, że pomylenie jej z regułą prawną nie będzie już możliwe. Co więcej, nie będzie też możliwe pomylenie jej z jakąkolwiek inną regułą. Należy jednakże podkreślić, że niżej analizowane atrybuty reguł moralnych są klasyfikowane jako w pewnym sensie formalne.⁶⁹

1. Doniosłość (*importance*). W zakresie doniosłości H. Hart klasyfikuje normy moralne przed innymi normami społecznymi, jak np. tymi, które dotyczą manier czy gustów, ale także przed większością norm prawnych. Zwraca uwagę, że dla przestrzegania norm moralnych jest wywierana największa presja społeczna. Wynika to z faktu, że ich przestrzeganie zabezpiecza interesy wszystkich członków społeczeństwa. Przestrzeganie tej swoistej „higieny moralnej” jest wartością samą w sobie i choć niejednokrotnie wymaga to poświęcenia partykularnych interesów jednostki, to z drugiej strony poświęcenie to uzasadnia.

Jeżeli „higiena moralna” jest dla społeczeństwa użyteczna – wszak w jakiś sposób zabezpiecza interesy wszystkich jego członków – to, czy może być uzasadniana poprzez odwołanie się do koncepcji utylitarystycznych? Takiej możliwości, co do zasady, nie można wykluczyć⁷⁰.

Oczywisty związek H. Harta z J. Benthamem i J. Austinem odnosi się do angielskiej wersji pozytywizmu prawniczego, zwanego jurysprudencją analityczną. Ale H. Hart nawiązuje także do poprzedników o utylitarystycznym rodowodzie. W tym przypadku należy zatem wymienić T. Hobbesa, D. Hume’a, A. Shaftesbury’ego, a w następnej kolejności A. Smitha czy J.S. Milla⁷¹.

Jednak proste podejście utylitarystyczne nie może uzasadnić powyższej tezy we wszystkich przypadkach. Kwestie seksualne nie dają się uzasadnić postulatami utylitarystów. Pamiętać jednak należy, że jest to pogląd formułowany ponad czterdzieści pięć lat temu. Obecnie należałoby ustalić, co należy rozumieć przez kwestie seksualne. Z pewnością H. Hart miał na myśli także kwestie homoseksualne.⁷² Nie sposób zakładać, że kwestie dotyczące kazirodztwa nie były brane pod uwagę. Są to problemy znane od starożytności. Natomiast, czy H. Hart miał tu także na myśli te dewiacje seksualne, które są zmorą dnia dzisiejszego z dziecięcą pedofilią włącznie – to wydaje się wątpliwe. Co prawda uznaje on kwestie tego rodzaju (tzn. – kwestie seksualne *sensu largo*) za ...*unnatural*’ or *in themselves*

⁶⁹ H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 180, PP, s. 245.

⁷⁰ Tamże, s. 174, PP, s. 236.

⁷¹ J. Woleński, *Wstęp do ‘Pojęcia prawa’ H.L.A. Harta*, Warszawa 1998, s. XIII.

⁷² H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 174, PP, s. 237.

*repugnant*⁷³, ale te odczucia mogą być związane jedynie z kazirodztwem czy homoseksualizmem. Tak czy inaczej jest tu pole do dyskusji, czy przestrzeganie standardów heteroseksualnych zabezpiecza żywotne interesy wszystkich. Jedno jest wszakże pewne do dzisiaj – stosunek do tych reguł angażuje emocjonalnie znaczną część społeczeństwa i w gruncie rzeczy to właśnie te kwestie są uważane za najdonioślejsze i stanowią najlepszy przykład tego, czym według zwykłych ludzi powinna być moralność.

Dodać należy ponadto, że doniosłość reguł moralnych promienieje na inne reguły społeczne w taki sposób, że jeśliby np. reguły prawne miały zbliżoną do nich treść, to tylko z tego powodu będą postrzegane jako doniosłe w takim stopniu, jak ich moralne odpowiedniki⁷⁴.

2. Odporność na rozmyślnie zmiany (*immunity from deliberate change*). Reguły i zasady moralne w przeciwieństwie do standardów prawnych nie mogą powstać, ustawać ani być zmieniane na drodze rozmyślnych i celowych aktów woli. Niemożność, o której tu mowa, nie jest kwalifikowana jako niemożność fizyczna, jako niemożność dokonania zmian w cyklicznych procesach naturalnych w przyrodzie. Oznacza jedynie, że gdyby w taki sposób były dokonane zmiany w standardach postępowania, to nie byłyby one standardami moralnymi. Jest to rys charakterystyczny każdej pozaprawnej reguły społecznej (niemającej uzasadnienia tetycznego) – nie tylko reguły moralnej. Wypowiedzi, że od takiego czy innego dnia ustali się jakaś tradycja czy zwyczaj nie mają wiele wspólnego z logiką języka, w którym są wypowiedzane. Wypowiedzi normatywne, w szczególności o charakterze reguł prawnych, mogą inicjować pewne procesy, które doprowadzą do zmian w regułach moralnych, ale samo ugruntowanie reguły moralnej bądź jej eliminacja z praktyki społecznej jest procesem autonomicznym, długotrwałym i od woli jego poszczególnych członków – niezależnym. Wszelkie korekty reguł moralnych za pomocą reguł prawnych powinny być wnikliwie przemyślane. Kiedy bowiem dochodzi do tego typu kolizji, to jak to poetycko ujmuje H. Hart *...the law loses such battles with ingrained morality, and the moral rule continues in full vigour side by side with laws which forbid what it enjoins*⁷⁵.

3. Dobrowolny charakter wykroczeń moralnych (*voluntary character of moral offences*). Aspekt wolicjonalny, „wewnętrzny”, związany z naruszeniem reguły, czy to prawnej czy też moralnej, został już zasygnalizowany w niniejszej pracy jako czynnik owe reguły różnicujący. Wymaga jednak pewnego doprecyzowania, które winno uwzględnić dwa momenty ocenne określonego postępowania: w pierwszym kroku – czy zasada została naruszona (postępowanie dobre lub złe); w drugim kroku – jeżeli zasada została naruszona, to czy naruszenie to może zostać usprawiedliwione czy też nie.

⁷³ „...‘nienaturalne’ lub wzbudzające same przez się silną awersję.” – tamże, s. 175, PP, s. 237.

⁷⁴ Tamże, s. 175, PP, s. 237–238.

⁷⁵ „...prawo przegrywa takie batalie z zakorzenioną moralnością, a reguły moralne, pełne energii trwają obok takiego prawa, które zakazuje tego, co jest im miłe” – tamże, s. 177, PP, s. 240.

Generalnie, zamiar przestępczy (*mens rea*) jest okolicznością braną pod uwagę dla oceny prawem zabronionego czynu dokonanego przez sprawcę. Brak zamiaru będzie najczęściej okolicznością łagodzącą, natomiast tylko niekiedy będzie ekskulpował. W przypadku naruszenia reguł moralnych mimo woli, a jeszcze tym bardziej przy zachowaniu stosownych środków ostrożności sprawca uniknie potępienia. Nie oznacza to jednak, że norma moralna nie została naruszona. Obiektywnie – tak się właśnie stało. Natomiast okoliczności powyższe usprawiedliwiają (*excuse* w znaczeniu zbliżonym do wybaczenia) sprawcę nie zaś uzasadniają (*justification*) brak naruszenia. Należy odróżnić usprawiedliwienie od uzasadnienia (*to distinguish excuse from justification*)⁷⁶.

Stwierdzenie „on nie mógł zapobiec temu, co uczynił” odzwierciedla właśnie taki stan rzeczy, w którym dobre intencje okazały się niewystarczające dla uniknięcia naruszenia reguły moralnej, lecz wystarczające do usprawiedliwienia sprawcy. Stwierdzenie to zatem nie jest równoznaczne stwierdzeniu „on nie uczynił nic złego”.⁷⁷

Uchwycenie tej różnicy komplikuje nieco pierwotną intuicję, która głosi, że skoro ktoś nie chciał naruszyć normy moralnej, to jej nie naruszył. Ale choć komplikuje, to jednak lepiej opisuje jej charakter.

4. Forma presji moralnej (*the form of moral pressure*). Forma presji moralnej jest charakterystycznie inna niż w przypadku naruszenia reguły prawnej. Nie jest ona związana z karą ujmowaną w kategoriach prawnych. Nie odwołuje się zasadniczo do strachu, gróźb czy jedynie do ujemnych konsekwencji dla własnego interesu. Weźmy dla przykładu ten sam standard, który jest regulowany zarówno przez normę prawną, jak i moralną – zakaz kradzieży. Ten, który powołuje się na taki zakaz, mając na myśli jego aspekt prawny, powie: „nie czyn tego, bo możesz za to pójść do więzienia na pięć lat”. Natomiast ten, który powołuje się na taki zakaz jako normę moralną, powie: „nie czyn tego, bo jest to po prostu kradzież, a uczciwy człowiek nie kradnie”. Uprzytomni jedynie ciemną stronę takiego zachowania, odwoła się do poszanowania reguł jako ważnych i wartościowych samych w sobie. Zwróci uwagę, że ta ważność i wartościowość reguły jest powszechnie akceptowana przez jednostki, do których jest adresowana. Właśnie uprzytomnienie tych okoliczności wytworzy ową specyficzną presję ukierunkowaną na przestrzeganie reguły. Gdzieś dalej, w tle pojawi się także swoiście rozumiana kara. Ale będzie ona bardziej związana z wyrzutami sumienia, poczuciem winy bądź wstydu, aniżeli z dolegliwościami *stricto* fizycznymi⁷⁸.

Jak już zasygnalizowano, kryteria (atrybuty) reguł moralnych powyżej opisane, mają jedynie charakter formalny. Jednak próba wyróżnienia reguł moralnych

⁷⁶ Tamże, s. 179, PP, s. 242. Nie sposób przyjąć tu innego rozumienia chociaż zarówno *excuse*, jak i *justification* mogą w pewnych kontekstach pełnić funkcję synonimów w znaczeniu „usprawiedliwienie” – *Oxford Wordpower*, Słownik angielsko-polski, Oxford 2004, s. 426.

⁷⁷ Tamże, s. 179, PP, s. 243.

⁷⁸ Tamże, s. 179–180, PP, s. 223–224.

spośród innych reguł społecznych na podstawie jedynie tych kryteriów nie może zakończyć się powodzeniem. Są to zatem kryteria konieczne, ale niewystarczające. Aby uzyskać ich pełny zestaw, niezbędne są odniesienia do kryteriów materialnych. A zatem do takich treści, których reguła moralna powinna dotyczyć, czy też do takich celów społecznie pożądaných, który ma zostać osiągnięty w wyniku akceptacji i stosowania reguły moralnej. Proste intuicje podpowiadają, że treść merytoryczna reguł moralnych winna nawiązywać do ich zgodności z koncepcjami prawnonaturalnymi⁷⁹. Można odnaleźć w nich pewne rysy, które winny być także odnalezione w regułach moralnych. Jednym z tych charakterystycznych rysów jest, iż dają się one uzasadnić racjonalnie jako zgodne z żywotnymi interesami członków danego społeczeństwa lub społeczeństwa jako całości, a poprzez to przyczyniają się do jego postępu. W takim przypadku kwalifikacja zakazów używania przemocy, nakazów szeroko ujmowanej uczciwości egzemplifikujących, choćby zasadę *pacta sunt servanda*, nie powinna budzić wątpliwości. Są to jednak tylko nakazy i zakazy rozumiane jako analogony reguł pierwotnych. W tym sensie, tak jak reguły pierwotne są fundamentem systemu prawa, tak one są fundamentem systemu moralnego. Do pełnego obrazu społeczeństwa moralnego czegoś jednak brakuje. Nie są to co prawda standardy, które mogą być rozumiane wprost jako reguły wtórne, ale przecież jakiegoś, choćby dalekiego podobieństwa, można się tu doszukać. Choćby fakt, że w pewien sposób odnoszą się one do reguł zakazu bądź nakazu. Są to mianowicie te ideały i standardy, które przez społeczeństwo są używane do samokrytyki moralnej (*the moral criticism of society itself*)⁸⁰.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że system reguł moralnych obowiązujący w danym społeczeństwie może być poddany obiektywnej ocenie i zakwalifikowany jako okrutny albo po prostu nieracjonalny. Może też być zorganizowany jako system „zamknięty”, tzn. dający moralną ochronę jedynie określonej grupie społecznej. W takiej sytuacji, z perspektywy tej grupy społecznej może być postrzegany jako jak najbardziej racjonalny. Jednak krytyczna ocena społeczeństwa musi się tu poddać weryfikacji innego rodzaju. Będzie ona uzależniona od odpowiedzi na co najmniej dwa pytania. Po pierwsze, czy system taki jest zorganizowany na podstawie pewnych przekonań, których błędność można wykazać (racjonalność systemu). I po drugie, jeżeli tej błędności nie można wykazać, jeżeli więc system jest racjonalny, to czy może on objąć swoim zasięgiem przynajmniej tych, którzy chcą i mogą regułom systemu się podporządkować (ogólność systemu). Jeżeli system jest hermetyczny, przeznaczony tylko dla wybranych, to społeczeństwo, które na nim buduje swój rozwój, nie może domagać się dla siebie miana moralnego⁸¹.

⁷⁹ Tamże, s. 181, PP, s. 245.

⁸⁰ Tamże, s. 181, PP, s. 245.

⁸¹ Tamże, s. 183–184, PP, s. 248–249.

Wspomniano już uprzednio, że przestrzegania standardów moralnych nie powinno wiązać się z oczekiwaniem na pochwałę czy też nagrodę. Można jednak zaobserwować takie postawy moralne, którym bez zastanowienia chciałoby się wręcz hołd złożyć. Są to postawy, które wyrażają trwałą skłonność do czynienia więcej, a nawet dużo więcej, aniżeli wynika to wprost z nakazu bądź zakazu. Do takich ekstremalnych przypadków H. Hart zalicza postacie bohatera i świętego, którzy realizują ideały moralne.⁸² Tym zaś, którzy takich ideałów jeszcze nie realizują, ale mimo wszystko do tego celu zmierzają, często w obliczu niebezpieczeństwa lub poddawani różnym pokusom można wyznaczyć w hierarchii miejsce nieco niższe, ale wyższe niż średnia statystyczna. Oni także zasługują już na pochwałę. Oddają się bowiem, bez fałszywej skromności, pewnym powinnościom, czyniąc w ten sposób ze swojej postawy wzór dla innych. Realizując cnoty cierpliwości, umiaru czy miłosierdzia, które same przez się nie wymagają aktów heroizmu, a raczej codziennej mrówczej pracy demonstrują postawy społecznie niezwykle pożądane.

Powyższe uwagi mają na celu ustalenie znaczenia pewnych pojęć, którymi tak często posługują się prawnicy, dokonując ocen o charakterze pozaprawnym. Ustalenie znaczenia pojęć pozwala na uświadomienie sobie relacji zachodzących między nimi. Utrzymując klimat metodologiczny H. Harta, należy podkreślić celowe unikanie ich definiowania jako z gruntu zbyt kontrowersyjne. Precyzja w ustaleniu znaczenia nie jest tu też celem samym w sobie. Jest nim natomiast przygotowanie podłoża do podjęcia rozważań, o fundamentalnym znaczeniu dla pozytywizmu prawniczego, a mianowicie rozważań dotyczących relacji prawa i moralności.

⁸² Tamże, s. 182, PP, s. 247.



RYSZARD A. STEFAŃSKI

Glosa

*do wyroku SN z dnia 19 września 2007 r. – III KK 130/0**

1. Mimo pełnych możliwości intelektualnych, stan zdrowia oskarżonego J.R., który uczestniczył w rozprawie głównej w pozycji leżącej, w asyście lekarza i pielęgniarki lub ratownika medycznego, korzystał z zalecanych przez nich przerw, otrzymywał leki – w istocie uniemożliwiał mu realizację materialnego prawa do obrony i stanowił ewidentnie okoliczność wskazaną w art. 79 § 2 k.p.k. Orzecznictwo Sądu Najwyższego, podobnie jak piśmiennictwo, wiąże okoliczności utrudniające obronę z właściwościami osobistymi oskarżonego, a niewątpliwie za taką należało uznać sytuację, w której sparaliżowany oskarżony uczestniczy w rozprawie w pozycji leżącej, po uciążliwej podróży ze szpitala więziennego, korzystając w trakcie rozprawy z opieki medycznej. Jeśli nawet organ procesowy trafnie dostrzegał we wnioskach pisemnych oskarżonego pełne możliwości intelektualne, a w jego zachowaniach elementy instrumentalnego wykorzystywania stanu zdrowia do przedłużania czy też blokowania toku procesu, to nie ulega wątpliwości, że ten stan rzeczy nie zwalniał go z obowiązku zapewnienia oskarżonemu rzetelnego procesu, którego niezbędnym elementem było zapewnienie mu obrony formalnej.
2. Przewidziana w art. 79 § 2 k.p.k. obrona obowiązkowa zyskuje taki charakter od chwili, gdy ujawniły się okoliczności utrudniające oskarżonemu realizację materialnego prawa do obrony, a przeprowadzenie rozprawy bez udziału obrońcy w takiej sytuacji stanowi uchybienie wymienione w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.

Glosa

1. W glosowanym wyroku Sąd Najwyższy wskazał na istotne kwestie wiążące się z obroną obowiązkową określoną w art. 79 § 2 k.p.k., a mianowicie uznał, że:

* „Biuletyn Prawa Karnego” 2007, Nr 15, poz. 1.2.5.

1) okolicznością utrudniającą obronę jest stan fizyczny oskarżonego; 2) obrona z tego powodu jest obowiązkowa od chwili ujawnienia okoliczności ją uzasadniającej; 3) przeprowadzenie rozprawy bez udziału obrońcy w takiej sytuacji stanowi bezwzględny powód odwoławczy (art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.).

2. Pierwsza teza jest niewątpliwie słuszna. Obronę obligatoryjną – zgodnie z art. 79 § 2 k.p.k. – uzasadniają *verba legis* okoliczności utrudniające obronę. Słowo „utrudnianie” oznacza „to, co sprawia, że coś staje się trudniejsze do wykonania, przeszkoda w realizacji czegoś”¹. Mając na uwadze takie znaczenie tego słowa, należy przyjąć, że w art. 79 § 2 k.p.k. chodzi o okoliczności stanowiące przeszkodę do realizacji prawa do obrony lub czyniące ją znacznie trudniejszą do wykonania. Literalne brzmienie art. 79 § 2 k.p.k. nie pozwala jednak określić, jaki ma to być stopień trudności. Ustawodawca go nie wskazuje, a mowa jest ogólnie o utrudnianiu, co wskazywałoby, że chodzi o każde utrudnianie. W judykaturze zasadnie przyjmuje się, że nie każde utrudnianie obrony uzasadnia przyjęcie obligatoryjnego udziału obrońcy w postępowaniu, bowiem ograniczenia wynikają z faktu, że chodzi o obronę niezbędną oraz z zasad logiki i doświadczenia życiowego, w świetle których każdy wypadek postawienia kogoś w stan oskarżenia rodzi już określone utrudnienia. Sytuacja określona w art. 79 § 2 k.p.k. ma charakter wyjątkowy i należy przyjąć, że chodzi o znaczący stopień utrudnienia obrony². W grę wchodzi takie okoliczności, które powodują, że obrona staje się trudniejsza do realizacji niż wówczas, gdyby te okoliczności nie zaistniały. Okoliczności te mogą mieć różny charakter, w tym w grę mogą wchodzić – jak to przyjął Sąd Najwyższy – okoliczności osobiste. Zaliczenie do nich okoliczności osobistych znajduje wsparcie w literaturze, w której jest wyrażany pogląd, że chodzi o okoliczności związane z osobą oskarżonego³, np. jego nieporadność życiową, upośledzenie zmysłów utrudniające obronę, ale nie znoszące tych zmysłów⁴. Uzasadniając ten pogląd, wskazuje się, że chodzi „o okoliczności inne niż wymienione w § 1, a powodujące trudności z porozumieniem się z oskarżonym lub dające podstawy do przyjęcia, że z uwagi na swoją nieporadność lub stan, w jakim się znajduje, oskarżony nie jest w stanie bez pomocy obrońcy należycie

¹ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, (red.) H. Zgólkowa, t. 44, Poznań 2003, s. 356–357.

² Postanowienie SN z dnia 17 lutego 2004 r. – II KK 277/02, OSNKW 2004, Nr 4, poz. 43, wyrok SA w Katowicach z dnia 12 lipca 2001 r. – II AKo 221/01, OSN Prok. i Pr. 2002, Nr 5, poz. 21, S. Zabłocki (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2003, s. 552–553.

³ T. Grzegorzczak, *Obrona z urzędu w nowym kodeksie postępowania karnego*, (w:) *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Prof. S. Waltosia*, (zespół redakcyjny) J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000, s. 318. A. Bojańczyk, Głosa do postanowienia SN z dnia 17 lutego 2004 r. – II KK 277/02, Pal. 2004, Nr 11–12, s. 265–272 i A. Murzynowski, Głosa do tegoż postanowienia, OSP 2005, Nr 3, s. 175–177.

⁴ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, s. 281; T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2003, s. 317.

realizować swojej obrony”⁵. Przemawiać ma za tym wykładnia systemowa, a mianowicie umiejscowienie art. 79 § 2 k.p.k. bezpośrednio po art. 79 § 1 k.p.k., odwołującym się jedynie do okoliczności związanych z właściwościami osobistymi oskarżonego, a nie do okoliczności związanych z materią merytoryczną sprawy, właściwością rzeczową sądu, która może świadczyć o stopniu skomplikowania sprawy lub sytuacją procesową oskarżonego, utrudniającą mu obronę osobistą. Jeżeli te ostatnie okoliczności miałyby być uwzględniane, to przepis ten powinien być zamieszczony dopiero po art. 80 k.p.k. Z tego też względu obronę tę uznaje się za mającą charakter uzupełniający⁶.

Odmienne poglądy zaprezentował Sąd Najwyższy, uznając, że „Okoliczności utrudniające obronę, w rozumieniu art. 79 § 2 k.p.k., należy wiązać przede wszystkim z właściwościami osobistymi oskarżonego, które co prawda nie uniemożliwiają, ale w znaczący sposób utrudniają realizację prawa do obrony materialnej bezpośrednio przez samego oskarżonego. Fakt, że sprawa jest skomplikowana pod względem faktycznym lub nawet pod względem prawnym, sam przez się nie może zadecydować o przyjęciu przez organ procesowy istnienia przesłanki obrony obligatoryjnej, określonej w art. 79 § 2 k.p.k.”⁷. Wskazanie w tej ogólnej tezie, że mają to być przede wszystkim okoliczności związane z oskarżonym, dowodzi możliwości jeszcze ich innego związku, co wyraźnie zostało podniesione w uzasadnieniu cytowanego postanowienia. Sąd Najwyższy wyraźnie odrzucił tak wąskie, jak wyżej przedstawiono, pojmowanie określenia „okoliczności utrudniające obronę”. Stwierdził, że taka wykładnia tego pojęcia naruszałaby regułę wykładni, w myśl której, jeżeli ustawodawca nie dokonał stosownego wykluczenia, czy rozróżnienia w treści przepisu, niewłaściwe jest wprowadzanie takich wykluczeń lub rozróżnień w procesie wykładni (arg. a rubrica) oraz byłby to antytywaryjny kierunek wykładni, który w sposób szczególny raziłby przy interpretacji przepisów związanych z prawem do obrony, poświęconych gwarancjom procesowym oskarżonego. Organ ten uznał: fakt, iż sprawa jest skomplikowana pod względem faktycznym lub nawet pod względem prawnym sam przez się nie może zadecydować o przyjęciu przez organ procesowy istnienia przesłanki obrony obligatoryjnej. Stopień skomplikowania sprawy nie może być uznany za okoliczność utrudniającą obronę w oderwaniu od konkretnej sytuacji i od osoby konkretnego oskarżonego; trudności te muszą być odnoszone do konkretnego człowieka, do jednostki o określonych cechach psychofizycznych, bowiem coś, co może sprawić jednemu znaczne trudności, innemu ich nie sprawi. Tym samym organ ten dał priorytet

⁵ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2004, s. 401, postanowienie SN z dnia 12 lipca 2001 r. – V KKN 192/01, Legalis.

⁶ R. Jamroz, *Obrona obligatoryjna w procesie karnym*, (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. VI, (red.) L. Boguni, Wrocław 2000, s. 137.

⁷ Postanowienie SN z dnia 17 lutego 2004 r. – II KK 277/02, OSNKW 2004, Nr 4, poz. 43 z aprobuje glosami A. Bojańczyka, Pal. 2004, Nr 11–12, s. 265–272 i A. Murzynowskiego, OSP 2005, Nr 3, s. 175–177, wyrok SA w Krakowie z dnia 28 września 2005 r. – II AKa 172/05, OSN Prok. i Pr. 2006, Nr 5, poz. 40.

właściwościom osobistym oskarżonego, które w znaczący sposób utrudniają realizację prawa do obrony materialnej bezpośrednio przez samego oskarżonego. Okoliczności te muszą być związane z właściwościami fizycznymi (wiek, stan zdrowia, sprawność poszczególnych narządów zmysłów), psychicznymi (stopień sprawności umysłowej, zaradność lub nieporadność) lub intelektualnymi (stopień inteligencji ogólnej, wiedza w dziedzinie stanowiącej materię przedstawionych zarzutów) konkretnego oskarżonego w zestawieniu z treścią przedstawionych mu zarzutów. Oznacza to, że należy uwzględniać zarówno właściwości oskarżonego, jak i okoliczności sprawy; dopiero funkcja obu tych czynników pozwoli na prawidłową ocenę, że obrona jest utrudniona. O tym, który z tych czynników ma decydujące znaczenie, rozstrzygają konkretne okoliczności sprawy. Trafnie podkreśla się w doktrynie, że stopień skomplikowania sprawy może być podstawowym czynnikiem przesądzającym o zaistnieniu okoliczności utrudniających obronę, ale nie może być czynnikiem samoistnym, gdyż jest niemożliwa abstrakcyjna ewaluacja stopnia zawilości merytorycznej sprawy, a ocena taka jest uzależniona od oceny materiału z perspektywy właściwości osobistych konkretnego oskarżonego⁸. Nie bez znaczenia jest też argument, że opieranie obrony wyłącznie na kryteriach oceny skomplikowanego charakteru dowodowego lub prawnego sprawy mogłoby często prowadzić do dowolnego podnoszenia zarzutów odwoławczych oraz do dużych rozbieżności w praktyce⁹. Niemniej same okoliczności dotyczące oskarżonego w pewnych sytuacjach mogą przesądzać o tym, że oskarżony nie jest w stanie bronić się sam, np. oskarżony będący analfabetą i jękający się nie jest skutecznie bronić się w prostej sprawie, gdyż nie będzie mógł przekazać swoich myśli.

O obronie obowiązkowej decydują okoliczności o charakterze podmiotowym i podmiotowo-przedmiotowym, a nie mogą jej uzasadniać wyłącznie okoliczności przedmiotowe.¹⁰ W orzecznictwie i literaturze przyjmuje się, że okolicznościami przemawiającymi za ustanowieniem obrony obowiązkowej są:

- podeszły wiek oskarżonego, zły stan jego zdrowia, niskie wykształcenie i duża odległość miejsca zamieszkania od siedziby sądu rozpoznającego sprawę¹¹;
- omal całkowita głuchota oskarżonego, choćby sąd zdołał się z nim porozumieć¹²;
- nieporadność oskarżonego, na którą wskazują własnoręczne pisma, mało czytelne i niezbyt zborne pisma nie ułatwiające jego obrony¹³;
- w wysokim stopniu niepełnosprawność¹⁴;

⁸ A. Bojańczyk, *Głosa...*, op. cit., s. 265.

⁹ A. Murzynowski, *Głosa...*, op. cit., s. 176.

¹⁰ R.A. Stefański, *Obrona obligatoryjna ze względu na okoliczności utrudniające obronę*, „Prok. i Pr.” 2006, nr 12, s. 104.

¹¹ Wyrok SN z dnia 22 września 2003 r. – IV KK 286/03, Legalis; S. Steinborn, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Objasnienia dla studentów*, t. I., J. Grajewski, P. Rogoziński, S. Steinborn, Kraków 2005, s. 201.

¹² Postanowienie SA w Krakowie z dnia 18 lutego 1999 r. – II AKz 30/99, KZS 1999, Nr 3, poz. 17.

¹³ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 27 czerwca 2005 r. – II AKz 319/05, KZS 2005, Nr 6, poz. 50.

¹⁴ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 302.

- niewładanie językiem polskim, mimo zapewnienia tłumacza w bardzo zawziętej sprawie¹⁵;
- władanie niewystarczająco językiem polskim, mogące spowodować ograniczone rozumienie przez oskarżonego niektórych sformułowań procesowych¹⁶;
- takie upośledzenie zmysłów, które nie mieszczą się w pojęciu niemowy, głuchoty lub ślepoty, np. przytępienie i osłabienie słuchu, mowa bezwładna, poważne jąkanie się lub inne upośledzenia lub sytuacje wskazujące, np. na nieporadność życiową oskarżonego¹⁷;
- nieporadność życiowa, niski stopień wykształcenia lub inteligencji, wyjątkowo skomplikowany charakter sprawy¹⁸;
- inne niż wymienione w art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k. wady wzroku, słuchu i mowy¹⁹;
- jąkanie się, częściowa ślepota lub głuchota, nieporadność życiowa²⁰;
- występowanie w sprawie świadka anonimowego²¹.

Nie są zaś wymienionymi okolicznościami:

- znaczne niedowidzenie tylko oka lewego i zez rozbieżny tego samego oka²²;
- utrudnione widzenie, pozwalające na czytanie za pomocą przyrządu optycznego, sporządzanie pism procesowych, w sytuacji gdy oskarżony aktywnie bronił się, zadając pytania świadkom i składał oświadczenia co do przeprowadzanych dowodów²³;
- wada wymowy, jaką jest tzw. jąkanie się w sytuacji, gdy na żadnym z etapów postępowania oskarżony nie wyraził woli składania wyjaśnień na piśmie (art. 176 § 1 i § 3 k.p.k.), co oznacza, że nie miał kłopotów z prowadzeniem swej obrony²⁴;
- podeszły wiek i zły stanowi zdrowia²⁵;
- zaburzenia dysortograficzne i dyslektyczne – jak wynika z opinii sądowo-psychiatrycznej (...) nie powodują zakłóceń w ogólnym funkcjonowaniu intelektualnym, a u (oskarżonego) biegli nie stwierdzili żadnych zaburzeń psychotycznych ani upośledzenia umysłowego²⁶.

¹⁵ S. Waltoś, *Proces karny...*, op. cit., s. 302.

¹⁶ R. Jamroży, *Obrona obligatoryjna...*, op. cit., s. 137.

¹⁷ T. Grzegorzczak, *Strony, ich procesowi przedstawiciele i inni uczestnicy postępowania karnego*, Warszawa 1998, s. 68.

¹⁸ P. Kruszyński, (w:) *Wykład prawa karnego procesowego*, (red.) P. Kruszyński, B. Bieńkowska, C. Kulesza, P. Piszczek, Białystok 2003, s. 203.

¹⁹ R. Jamroży, *Obrona...*, op. cit., s. 125–149.

²⁰ S. Steinborn, (w:) *Kodeks...*, J. Grajewski, P. Rogoziński, S. Steinborn, s. 201.

²¹ A. Zielińska, *Wybrane zagadnienia obrony niezbędnej w nowym Kodeksie postępowania karnego*, „Pal” 1999, nr 5–6, s. 40.

²² Postanowienie SN z dnia 15 września 2005 r. – II KK 2/05, Biul. Prawa Karnego 2005, Nr 5, poz. 1.2.9.

²³ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 17 września 2003 r. – II AKo 49/03, OSN Prok. i Pr. 2004, Nr 5, poz. 31.

²⁴ Postanowienie SN z dnia 12 lipca 2001 r. – V KKN 192/01, Legalis.

²⁵ Wyrok SA w Katowicach z dnia 12 lipca 2001 r. – II AKo 221/01, OSN Prok. i Pr. 2002, Nr 5, poz. 21.

²⁶ Postanowienie SN z dnia 7 maja 2007 r. – V KK 103/07, Biul. PK 2007, Nr 13, poz. 1.2.15.

Z powyższego zestawienia wynika, że chodzi o okoliczności ocenne, wymagające każdorazowo wnikliwej analizy, a zatem nic dziwnego, że niektóre zostały różnie zaszeregowane, np. podeszły wiek. W ich świetle nie budzi wątpliwości, że stan fizyczny oskarżonego polegający na paraliżu ciała, pozwalający mu uczestniczyć w rozprawie w pozycji leżącej, pod opieką lekarzy i po zażyciu leków, w sposób istotny utrudniał mu obronę.

3. Teza druga, że obrona obowiązkowa z powodu okoliczności utrudniających obronę uzyskuje taki charakter z chwilą ujawnienia się tych okoliczności jest trudna do zaakceptowania. Obrona ta – inaczej niż ze względu na okoliczności wymienione w art. 79 § 1 k.p.k. – nie powstaje *ex lege*, ale na mocy postanowienia sądu; ma charakter względny.²⁷ W przypadku obrony ze względu na to, że oskarżony jest nieletni, głuchy niemy lub niewidomy lub zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności, ustawa stanowi że „oskarżony musi mieć obrońcę” (art. 79 § 1 k.p.k.). W omawianym zaś wypadku stwierdza, że „oskarżony musi mieć obrońcę (...) gdy sąd uzna to za niezbędne” (art. 79 § 2 k.p.k.). Art. 79 § 2 k.p.k. uzależnia obowiązek posiadania obrońcy od decyzji sądu. Słowo *niezbędny* oznacza „taki sposób, że bez czegoś nie można się obejść”²⁸, a zatem chodzi o taką sytuację, w której oskarżony nie może występować bez obrońcy. Sąd zatem musi dojść do wniosku, że oskarżony znajduje się w takiej sytuacji, że sam nie może się bronić, a jest mu potrzebna fachowa pomoc. Konstytutywnym elementem obrony obowiązkowej jest ocena sądu wyrażona w postanowieniu, że jest ona niezbędna ze względu na wskazane okoliczności; dopóki taka decyzja nie zapadnie, mimo że spełnione są warunki do jej ustanowienia, nie ma mowy o obronie obowiązkowej. Obowiązek posiadania obrońcy powstaje od momentu wydania postanowienia, w którym sąd uznał obronę za niezbędną. Oceny, czy obrona ma być obowiązkowa, dokonuje sąd, mając na uwadze okoliczności, mające istotne znaczenie z punktu widzenia możliwości prowadzenia samodzielnie obrony przez oskarżonego. Decyzja w tej kwestii jest oparta na swobodnej ocenie tych okoliczności, lecz nie jest ona dowolna. Okoliczności te mają mieć charakter obiektywny; nie wystarczy samo subiektywne przekonanie oskarżonego, że nie jest w stanie należycie bronić się w procesie. Słusznie w doktrynie podkreśla się, że mają to być obiektywne stany związane z osobą oskarżonego, które są na tyle poważne, że utrudniają samodzielną obronę w taki sposób, że udział obrońcy staje się niezbędny²⁹. Sąd Najwyższy zasadnie zauważył, że „Wprawdzie art. 79 § 2 k.p.k. obligatoryjną obronę uzależnia od uznania jej »niezbędności« przez sąd, to uznanie to nie może być dowolne i powinno opierać się na kryteriach obiektywnych”³⁰

²⁷ R.A. Stefański, *Obrona obowiązkowa...*, op. cit., s. 97.

²⁸ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 24, (red.) H. Zgólkowa, Poznań 1999, s. 230.

²⁹ T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, op. cit.; Z. Gostyński, S. Zabłocki, (w:) *Kodeks...*, J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, s. 553; S. Steinborn, (w:) *Kodeks...*, J. Grajewski, P. Rogoziński, S. Steinborn, s. 201.

³⁰ Wyrok SN z dnia 22 września 2003 r. – IV KK 286/03, Legalis.

oraz że zobiektywizowanej oceny czy prowadzenie obrony materialnej bez pomocy obrońcy spowoduje dla oskarżonego znaczące utrudnienia, organ procesowy jest władny dokonać zarówno na podstawie osobistej aktywności procesowej oskarżonego, sposobu i treści pytań zadawanych przez niego świadkom i biegłym oraz składanych ustnie i na piśmie oświadczeń, ale także mając na uwadze stanowisko reprezentowane przez oskarżonego w tej kwestii³¹. Istotnym elementem służącym do dokonania właściwej oceny jest stanowisko oskarżonego, co do możliwości skutecznego prowadzenia obrony osobistej³².

4. Na aprobatę zasługuje stwierdzenie Sądu Najwyższego, że prowadzenie rozprawy bez udziału obrońcy, mimo istnienia okoliczności utrudniających obronę, stanowi uchybienie wymienione w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., chociaż uznano inny moment powstania obrony obowiązkowej w takiej sytuacji. Jeżeli są spełnione przesłanki do obrony obowiązkowej, a oskarżony nie korzysta z pomocy obrońcy, dochodzi do naruszenia art. 79 § 2 k.p.k. Obraza tego przepisu ma bowiem miejsce nie tylko wówczas, gdy postępowanie było prowadzone bez udziału obrońcy, mimo że sąd uznał obronę za niezbędną, ale także wtedy, gdy w świetle materiałów zgromadzonych w sprawie okazuje się, że oskarżony sam nie jest w stanie należycie się bronić, a sąd zobligowany był uznać, że oskarżony musi mieć obrońcę, a nie uczynił tego³³.

Bezwzględną przyczynę odwoławczą – zgodnie z art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. – stanowi sytuacja, gdy oskarżony w postępowaniu sądowym nie miał obrońcy w wypadkach określonych w art. 79 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 80 k.p.k. lub obrońca nie brał udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy. Treść tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że jeżeli w postępowaniu sądowym w stosunku do oskarżonego wystąpiły okoliczności uzasadniające obronę z obowiązkową, a oskarżony nie miał obrońcy, wydane orzeczenie podlega uchyleniu przez sąd odwoławczy niezależnie do granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia. „Naruszenie art. 70 § 1 pkt 2 i § 2 k.p.k., z 1969 r. (analogicznie: art. 79 § 1 pkt 3 i § 3 k.p.k.) – jak słusznie przyjął Sąd Najwyższy – ma miejsce nie tylko wówczas, gdy rozprawa przeprowadzona została bez udziału obrońcy, pomimo iż sąd powziął wątpliwość co do poczytalności oskarżonego, ale także wtedy, gdy w świetle materiałów zgromadzonych w sprawie powinien był taką wątpliwość powziąć.”³⁴

Słusznie podkreśla się w judykaturze, że „Istota koniecznego udziału obrońcy oskarżonego w rozprawie sądowej (por. art. 79 § 3 k.p.k. oraz art. 80 k.p.k.) jest oparta na stworzeniu oskarżonemu pełnego (tak formalnego, jak i materialnego) prawa do obrony; prawo to jest zaś zachowywane wówczas, gdy w czasie prze-

³¹ Postanowienie SN z dnia 17 lutego 2004 r. – II KK 277/02, OSNKW 2004, Nr 4, poz. 43.

³² Tamże

³³ R.A. Stefański, *Obrona obowiązkowa...*, op. cit., s. 107.

³⁴ Wyrok SN z dnia 10 sierpnia 2000 r. – III KKN 287/2000, OSNKW 2000, Nr 9–10, poz. 86, wyrok SN z dnia 8 maja 2002 r. – III KK 131/02, OSN Prok. i Pr. 2002, Nr 11, poz. 14.

biegu całej rozprawy i przeprowadzanych wówczas dowodów obrońca oskarżonego ma pełne możliwości podejmowania w interesie oskarżonego wszystkich koniecznych i możliwych czynności i oświadczeń. W sytuacji gdy zaistniały układ procesowy, w realiach sprawy, poddaje w wątpliwość, że w jakimkolwiek fragmencie trwającej rozprawy obrońca oskarżonego mógł przedsięwziąć wszystkie możliwe działania korzystne dla oskarżonego, to okoliczność ta jest identyczna z tą, w której oskarżony nie ma obrońcy w procesie karnym (art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.).”³⁵

Wobec wyraźnego zawężenia zakresu przyczyny określonej w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. do uchybień zaistniałych w postępowaniu sądowym, niewyznaczenie obrońcy, mimo istnienia przesłanek obrony obowiązkowej w postępowaniu przygotowawczym, nie stanowi bezwzględnej przyczyny odwoławczej, a uchybienie to należy rozpatrywać w kategoriach względnej przyczyny odwoławczej, określonej w art. 238 pkt 2 k.p.k. (*error in procedendo*).

³⁵ Wyrok SA w Lublinie z dnia 28 kwietnia 2004 r. – II AKa 71/04, OSN Prok. i Pr. 2005, Nr 1, poz. 27.



MICHAŁ BARTOSZEWICZ

Nadzór nad partiami politycznymi w polskim porządku konstytucyjnym,
Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006, s. 230

Problem nadzoru nad partiami politycznymi należy do istotnych zagadnień ustrojowych. Z jednej strony przełom demokratyczny 1989 r. uitorował w Polsce drogę do ukształtowania się systemu demokratycznego, opartego na zasadzie pluralizmu politycznego, którego istotnym elementem jest wolność tworzenia i działania partii politycznych. Z drugiej strony wolność ta nie jest nieograniczona, a musi się mieścić w ramach zakreślonych przez Konstytucję RP. Na tym tle powstaje zagadnienie nadzoru nad partiami politycznymi. Jest to w każdym demokratycznym systemie politycznym delikatny problem, ponieważ chodzi o zapewnienie takich form nadzoru, które nie unicestwiałyby fundamentalnej zasady wolności tworzenia i działania partii politycznych, a zarazem umożliwiłyby ochronę ładu demokratycznego.

Autor trafnie zarysował dwa problemy, które wymagają analizy:

1. Jakie są granice koniecznej ingerencji ze strony organów państwa w procesy tworzenia i działalności partii, a więc w konsekwencji także w wolności i prawa polityczne obywateli związane z tymi procesami? – wymaga to odnalezienia konstytucyjnych wzorców stanowiących podstawę oceny dopuszczalności ingerencji w tę materię.
2. Jak przedstawiają się ograniczenia wolności tworzenia i działania partii politycznych w polskim porządku konstytucyjnym na tle istniejących w wybranych porządkach europejskich? – nie chodzi przy tym wyłącznie o badania komparatystyczne, a o próbę znalezienia rozwiązań optymalnych (s. 7–8). Prawdłowo też dostrzegł, że w grę wchodzą nie tylko mechanizmy prawne, ale też pozaprawne, służące kontroli partii rządzących. Takimi środkami pozaprawnymi dysponują organizacje społeczne, środki masowego przekazu, kościoły. Nie do przecenienia jest tu też rola partii opozycyjnych, a zwłaszcza instrumenty służące opozycji na gruncie prawa parlamentarnego (s. 7).

W rozdziale I została zaprezentowana instytucjonalizacja partii politycznych, m.in. w kontekście pojęć pluralizmu politycznego (s. 13) i nadzoru nad partiami

politycznymi (s. 38). W rozdziale II poddano analizie ograniczenia wolności tworzenia i działalności partii politycznych w wybranych konstytucjach europejskich m.in. w kwestii granic celów i programów partyjnych (s. 53), przy czym sięgnięto tu do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i sądów konstytucyjnych (s. 81). Rozdział III jest poświęcony ograniczeniom tworzenia i działalności partii politycznych w Polsce w latach 1990–1997, a więc przed wejściem w życie Konstytucji RP, przy czym szczególny nacisk położono na rozwiązania zawarte w ustawie z 28 lipca 1990 r. o partiach politycznych (s. 102). W rozdziale IV poddano analizie kompetencje Sądu Okręgowego w Warszawie wobec partii politycznych, a szczególną uwagę poświęcono postępowaniu rejestracyjnemu (s. 151); przedstawiono też tu kompetencje kontrolne Państwowej Komisji Wyborczej (s. 157). Wreszcie w rozdziale V została zademonstrowana kontrola celów i działalności partii politycznych przez Trybunał Konstytucyjny, przy czym na szczególną uwagę zasługują rozważania dotyczące granic ingerencji dotyczących wolności zrzeszania się w partiach politycznych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (s. 196).

Struktura pracy nie wzbudza większych zastrzeżeń. Pewien problem wiąże się jedynie z tym, że skoro w rozdziale III poddano analizie stan prawny w zakresie ograniczenia tworzenia i działalności partii politycznych w Polsce w latach 1990–1997, to zasadne wydawało się usytuowanie kolejnego rozdziału, który koncentrowałby się na ukazaniu, jakie konsekwencje przyniosło w tym zakresie wejście w życie Konstytucji RP. Tymczasem kwestia ta zesłała niejako z pola widzenia z punktu widzenia konstrukcji pracy ujawnionej w jej spisie treści, choć jest rzeczą oczywistą, że znajduje ona merytoryczny wyraz w treści rozdziałów IV i V.

Autor trafnie zwrócił uwagę, że w Konstytucji RP instytucja nadzoru, a szerzej ujmując – reglamentacji działalności partii politycznych oraz innych dobrowolnych zrzeszeń społecznych i korporacji występuje w szerszym kontekście prawnym i aksjologicznym. Dopuszczalność ingerencji państwowej można wiązać z zasadą demokratycznego państwa prawnego (art. 2), a zwłaszcza wnikającymi z niej zasadami praworządności i legalizmu (art. 7). Zasady te określają więc także warunki ingerencji państwowej w sferę wolności zrzeszania się. Uzasadnieniem nadzoru opartego na kryterium legalności może być też zasada, że „Każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej” (art. 83). Takie szerokie ujęcie doprowadziło do rozumienia nadzoru nad partiami jako takich aktów stosowania prawa ze strony podmiotów konstytucyjnych i ustawowo legitymowanych, które stanowią władczą ingerencję w proces tworzenia lub działalności partii albo mogą prowadzić do tego typu ingerencji (np. wnioski do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zbadania konstytucyjności partii politycznych nie stanowi jeszcze władczej ingerencji, ale może do niej doprowadzić, jeśli TK stwierdzi niekonstytucyjność celów lub działalności tej partii). Podobny charakter ma nadzór państwa nad innymi dobrowolnymi zrzeszeniami, np. stowarzyszeniami lub fundacjami (s. 49).

Autor używa pojęcia nadzoru na określenie relacji łączących Trybunał Konstytucyjny z jednej strony i Sąd Okręgowy w Warszawie z drugiej – z partiami politycznymi ujętymi w odpowiedniej ewidencji. Zakres prawnie dopuszczalnej ingerencji wobec partii politycznych ma szczególne znaczenie zarówno dla praw i wolności jednostki, jak też dla oceny istniejącego systemu politycznego. Jest to przy tym nadzór szczególnego rodzaju, specyficzny ze względu na podmioty nadzorujące, podmioty nadzorowane oraz zakres dopuszczalnej ingerencji i przejawy ingerencji nadzorczej. Jego cechami są: 1) ingerencje władcze w odniesieniu do podmiotów już zarejestrowanych; mają one incydentalny charakter, nie występuje więc stały, bieżący nadzór, np. weryfikacja każdej uchwały organów kierowniczych partii (organy partii politycznych działają przecież we własnym imieniu i na własne ryzyko prowadzą grę polityczną); 2) środki nadzorcze są stosowane na podstawie i w granicach prawa materialnego, i ściśle określonej procedury (takie elementy, jak czas, przedmiot, kryteria, środki odwoławcze i inne składniki nadzoru są wyraźnie określone, co chroni samodzielność partii politycznych przed nieuprawnioną ingerencją państwa); 3) partie są objęte nadzorem tylko ze strony organów władzy sądowniczej (niektóre z nich mogą w określonych sytuacjach wiązać się z sankcjami finansowymi wobec partii, jednak Państwowa Komisja Wyborcza jest raczej organem kontrolnym, a nie nadzorczym). Najistotniejsze jest oczywiście to, że sama Konstytucja RP określa zasadę proporcjonalności (zakaz nadmiernej ingerencji) i zasadę pluralizmu politycznego (w wąskim znaczeniu, tożsamym z art. 11 ust. 1 konstytucji). Elementem tej ostatniej zasady jest wymóg równego traktowania partii politycznych przez organy władzy publicznej, a więc żaden akt nadzoru nie może w sposób arbitralny dyskryminować partii (s. 216).

Konstatując te zasady, M. Bartoszewicz wysunął wiele propozycji *de lege ferenda*. Wskazał m.in., że można by rozważyć wprowadzenie nowych obligatoryjnych elementów statutów partii. Pożądanym elementem statutu partii mógłby być program ewentualnie program mógłby być wymaganym przez ustawę elementem zgłoszenia partii do ewidencji (ułatwiałoby to podejmowanie decyzji przez organy nadzoru, a także było czynnikiem stabilizującym oblicze programowe partii i przeciwdziałającym doraźnym, wybitnie koniunkturalnym zmianom). Powinna istnieć możliwość delegalizacji partii politycznej niewpisanej do ewidencji (nie ma powodu, by partia niespełniająca wymogów ustanowionych w art. 11 konstytucji lub łamiąca zasady ustanowione w art. 13 konstytucji pozostawała poza zakresem nadzoru Trybunału Konstytucyjnego); w ustawie o partiach politycznych można by wprowadzić odpowiednie procedury w tym zakresie oraz przesłanki materialne wniosku do TK – powinny być one raczej węższe niż w przypadku partii zarejestrowanych, gdyż partia polityczna nieposiadająca osobowości prawnej ma i tak ograniczone możliwości skutecznego funkcjonowania, a w razie prowadzenia niekonstytucyjnej działalności stanowi mniejsze zagrożenie dla porządku konstytucyjnego państwa; w nowelizacji ustawy o partiach politycznych można by dodać

kolejną przesłankę likwidacji partii, którą byłby wyrok TK w sprawie niekonstytucyjności partii niewpisanej do ewidencji. Można by też rozważyć możliwość ustanowienia środków nadzoru o charakterze pośrednim, a mianowicie ostrzeżenia z powodu naruszenia prawa, a następnie ewentualne zawieszenia działalności partii przez sąd rejestrowy na określony czas, co oznaczałoby wstrzymanie prawa partii do uczestniczenia w wyborach i referendach, używania rachunków bankowych, chyba że dla wywiązania się z podjętych zobowiązań, organizowania zebrań, wieców, demonstracji itp. Takie regulacje byłyby środkiem dającym szansę ponownego wejścia do obiegu pełnoprawnych organizacji pod warunkiem zaprzestania naruszeń konstytucji lub ustaw, natomiast po upływie wskazanego okresu i braku „naprawy” celów lub/i działalności partii byłyby delegalizowane przez TK. Można by też rozważyć weryfikację listy podmiotów uprawnionych do zainicjowania kontroli konstytucyjności celów lub działalności partii.

Celowe byłoby wyodrębnienie w konstytucji odpowiedniego przepisu wymieniającego enumeratywnie wszystkie podmioty uprawnione do wszczęcia takiej kontroli, ze szczególnym uwzględnieniem sądu rejestrowego (Sądu Okręgowego w Warszawie). Zachowanie kompetencji tego sądu do wszczynania postępowania przed TK jest ważne, chociażby ze względu na największą wiedzę tego organu o funkcjonowaniu partii politycznej, która widnieje w ewidencji prowadzonej przez ten sąd, natomiast – jak sugeruje Autor – podmioty wskazane w art. 191 ust. 1 pkt 3–5 konstytucji (podmioty legitymowane szczególnie) raczej nie powinny mieć prawa uruchamiania nadzoru TK nad partiami politycznymi. Dyskusyjna jest też celowość przyznania kompetencji w tym zakresie grupie posłów, grupie senatorów i prezesowi Najwyższej Izby Kontroli (s. 218–219).

Autor nawiązał też do kontrowersji w kwestii tego, czy TK jest najbardziej odpowiednim organem do badania konstytucyjności działalności partii politycznych. Już w trakcie debaty w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego wskazywano, że zadanie to powinno być przypisane Sądowi Najwyższemu. Przemawiać ma za tym przede wszystkim niedostatek proceduralnych narzędzi badania działalności partii przez TK i charakter Trybunału jako „sądu prawa”, a nie faktów. Mimo tych zastrzeżeń, Autor uznał decyzję o wyborze sądownictwa konstytucyjnego jako najważniejszego ogniwa nadzoru nad partiami politycznymi za słuszną. Za takim rozstrzygnięciem przemawia zwłaszcza niezależność TK, podległość jego sędziów tylko konstytucji, a przede wszystkim cel i natura badania celów lub działalności partii (s. 218). Niewielka liczba spraw, które w tym trybie rozpatrzył TK, powoduje, że nie ma – moim zdaniem – jeszcze wystarczających doświadczeń, by jednoznacznie przesądzać prawidłowość tego rozwiązania. Argumenty przytoczone przez Autora nie wydają się bowiem w sposób ostateczny przecinać tego sporu, zwłaszcza że nie zostało udowodnione, że argument niedostatku proceduralnych narzędzi w rękach TK jest fałszywy.

Wysunięte wnioski *de lege ferenda* mają zróżnicowany charakter i szansę na realizację. W szczególności za zbyt daleko idącą należy uznać propozycję, by

program partii był częścią jej statutu. W istotny sposób modyfikowałoby to charakter statutu, jako dokumentu o ogólnym charakterze, regulującego zasady funkcjonowania partii. Podlega on z reguły szczególnym zasadom przyjmowania (wymogi kworum i większości niezbędnej do podjęcia decyzji, oddanie decyzji o zmianie w ręce zjazdu etc.), a tymczasem program jest z reguły dokumentem szczegółowym, którego treść musi ewoluować wraz ze zmieniającą się sytuacją społeczną i ekonomiczną. Możliwe są przy tym kolejne redakcje programu. Gdyby przyjąć usztywnienie nawet w postaci wymogu dołączenia go jako dokumentu niezbędnego przy zgłaszaniu partii do rejestracji, prowadziłoby to do niemałych komplikacji przy każdorazowej zmianie programu. Rodziłby się bowiem problem: jak rzutuje ona na decyzję o rejestracji. Istotny jest więc nie tyle szczegółowy program jako element statutu czy przesłanka procesu rejestracji (choć będzie go badać TK przy rozpatrywaniu wniosku o stwierdzenie niekonstytucyjności), a to, by w statucie były zawarte zasady, które pozostają w zgodzie z regułami działania partii politycznych, wyrażonymi w konstytucji i ustawie o partiach politycznych.

Autor skonstatował, że nie ma takiego zbioru wartości państwa demokratycznego, który byłby w całości akceptowany we wszystkich kulturach politycznych i prawnych. Można jednak stwierdzić, że wspólny model demokracji jest uznawany np. przez sygnatariuszy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Duży udział w doprecyzowaniu tego pojęcia ma Europejski Trybunał Praw Człowieka, choć „nie pretenduje on do wyrażenia kompleksowego ujęcia zasad państwa demokratycznego” (s. 23). Należałoby tu jednak, jak się wydaje, pozostając w ramach Rady Europy, uwzględnić dorobek uchwałotwórczy Komitetu Ministrów i Zgromadzenia Parlamentarnego. Oprócz konwencji prawnie wiążących, nie bez znaczenia są również normy z zakresu „miękkiego prawa”, które torują drogę demokratycznym praktykom w Europie. System aksjologiczny RE *sensu largo* jest przy tym egzekwowany w procedurze akcesyjnej (faza nabywania członkostwa) i w procedurze monitoringowej (faza wypełniania zobowiązań przyjętych wraz z uzyskaniem członkostwa). Ma więc fundamentalne znaczenie dla kształtowania się praktyki ustrojowej państw członkowskich.

Bardziej właściwe wydaje się więc szersze ujęcie, zaprezentowane w odniesieniu do określenia konstytucyjnych granic celów i programów partyjnych (s. 53). Autor trafnie wyszedł tu poza Europejską Konwencję Praw Człowieka i nawiązał do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ oraz do Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Nie wydaje się tu natomiast zasadne pominięcie dorobku OBWE nie tylko w zakresie kształtowania systemu aksjologicznego demokracji, ale nade wszystko mechanizmów jej praktycznej realizacji (np. poprzez międzynarodowe obserwowanie wyborów).

Silną stroną analizy jest szerokie zaprezentowanie doświadczeń porównawczych poprzez ukazanie ustawodawstw państw europejskich dotyczących partii politycznych (s. 53 i 71). Można by tu co najwyżej dokonać jeszcze pewnego

usystematyzowania, by cytowane przykłady złożyły się na modele ustrojowe porządkujące obraz. Ułatwiłoby to uchwycenie odrębności polskiego rozwiązania.

Praca M. Bartoszewicza jest napisana precyzyjnym, a zarazem przystępnym językiem. Uwzględnia reprezentatywny przegląd problemów, jakie niesie instytucja nadzoru nad partiami politycznymi w polskim porządku konstytucyjnym, usytuowanym wszakże na bogatym tle porównawczym. Oczekiwać można, że książka ta spotka się z zainteresowaniem uczestników polskiego życia politycznego. Jej przemyślenia powinny być w szczególności wykorzystane, gdyby doszło do nowelizacji ustawy o partiach politycznych, a także do zmian w konstytucji. Funkcjonowanie modelu konstytucyjnego przyniosło tu bowiem niemało doświadczeń praktycznych, a także wniosków teoretycznych, które winny być w stosownym momencie spożytkowane.

Jerzy Jaskiernia



KALEJDOSKOP WYDARZEŃ

W dniach 29–30 listopada 2007 r. odbyła się włosko-polska konferencja naukowa nt. *La persona e la famiglia nel diritto romano e nelle radici dei diritti dell'Europa (Osoba i rodzina w prawie rzymskim i w tradycji prawa europejskiego)*, zorganizowana przez Katedrę Prawa Rzymskiego WSHiP pod patronatem Istituto Italiano di Cultura i Departamentu Współpracy Międzynarodowej Ministerstwa Edukacji Narodowej.

Komitet Naukowy konferencji stanowili: prof. Witold Wołodkiewicz, prof. Sebastiano Tafaro, prof. Onorato Bucci, prof. Teresa Gardocka, prof. Zbigniew Lasocik i ks. prof. Florian Lempa.

Odbyły się trzy sesje naukowe – 29 listopada poszczególnym sesjom przewodniczyli: ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier (Uniwersytet Jagielloński) i prof. Witold Wołodkiewicz (Uniwersytet Warszawski); 30 listopada obrady prowadził prof. Sebastiano Tafaro (Università degli Studi di Bari). Wystąpiono z 27 referatami oraz zgłoszono kilka komunikatów. Referaty wygłosili przedstawiciele uczelni włoskich i polskich, a mianowicie: Pontificia Università Lateranese, Università di Roma, Università degli Studi di Bari, Università degli Studi del Molise, Uniwersytetu Adama Mickiewicza, Uniwersytetu w Białymstoku, Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego i Wyższej Szkoły Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego w Warszawie. W konferencji wzięło udział ponad 150 osób.

Konferencję zaszczylił swoją obecnością dyrektor Włoskiego Instytutu Kultury w Warszawie, Giulio Molisani.

Podczas konferencji ukazano szerokie związki prawa europejskiego z prawem rzymskim. W centrum uwagi referentów znalazła się osoba ludzka w jej wymiarze indywidualnym, rodzinnym i społecznym. Podkreślono wpływ chrześcijaństwa na zmianę stosunku prawa stanowionego do jednostki ludzkiej oraz średniowiecznego *ius commune* na współczesne rozumienie osoby ludzkiej. Wyjaśniono także korzenie wielu instytucji prawa rodzinnego (władzy rodzicielskiej, przysposobienia prawnego, pozycji prawnej nasciturusa).



22 listopada obchodzono w Uczelni Łazarskiego razem z zaprzyjaźnionymi Amerykanami Święto Dziękczynienia.

Uroczystego otwarcia dokonała Rektor prof. Teresa Gardocka, życząc wszystkim radości i uśmiechu w duchu dziękczynienia. Studentka w stroju *Pocahontas* przedstawiła historię tego święta, doskonale ilustrując fakt, że po raz pierwszy, w 1621 r., obchodzono je, aby podziękować rdzennym mieszkańcom tej ziemi za ich pomoc. Współczesną wizję obchodów obejrzano podczas emisji odcinka filmu *Friends*.

W tym dniu prof. Wojciech Bieńkowski wygłosił niezwykle interesującą prelekcję na temat funkcjonowania demokracji w USA i podstawowych wartości, na których się ona opiera. Lektorzy i studenci przygotowali mnóstwo atrakcji, m.in. była to okazja do poznania specjalów kuchni amerykańskiej. Po wspaniałym posiłku nadszedł czas na coś dla ducha: multimedialną prezentację twórczości Franka Zappy – ikony muzyki pop, *beat poetic corner* – lekturę inspirujących do refleksji wierszy poetów pokolenia beatników oraz oryginalne nagrania z festiwalu Woodstock. Wielbiciele twórczości Elvisa Presleya mogli obejrzeć film pt. *Elvis: the early years*.

Przez cały dzień w jednej z sal odbywała się promocja produktów amerykańskich.



12 grudnia Studium Języków Obcych Uczelni Łazarskiego zorganizowało Dzień Turecki. Program obejmował m.in.: wykład dr Danuty Chmielowskiej z UW nt. sytuacji kobiety w Turcji; prezentacje studentów, którzy wrócili z wymiany Socrates/Erasmus w Turcji; konkurs wiedzy o tym kraju przygotowany przez tureckich studentów studiujących w WSHiP; degustacja specjalów kuchni tureckiej; pokazowa lekcja języka tureckiego.



26 września 2007 r. odbyła się publiczna obrona rozprawy doktorskiej mgra Piotra Piesiewicza nt. *Ochrona pracy twórcy utworu muzycznego*. Promotorem rozprawy był prof. dr hab. Jacek Sobczak, a recenzentami byli prof. dr hab. Janusz Barta z Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz prof. dr hab. Jan Błęszyński z Uniwersytetu Warszawskiego.

28 listopada 2007 r. odbyła się publiczna obrona rozprawy doktorskiej mgr Aleksandry Suchorzewskiej nt. *Ochrona prawna systemów informatycznych wobec zagrożenia cyberterroryzmu*. Promotorem rozprawy był prof. dr hab. Jacek Sobczak,

recenzentami zaś prof. dr hab. Ewa Nowińska z Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz prof. dr hab. Adam Olejniczak, profesor Wyższej Szkoły Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego.

Decyzją Rady Wydziału z dnia 27 września 2007 r. nadano mgr. Piotrowi Piesiewiczowi oraz z dnia 28 listopada 2007 r. Aleksandrze Suchorzewskiej stopień naukowy doktora nauk prawnych w zakresie prawa.

Ewelina Milan

INFORMACJA DLA AUTORÓW

1. W czasopiśmie mogą być publikowane prace dotyczące szeroko rozumianej problematyki prawnej, a także recenzje oraz sprawozdania z życia naukowego szkół wyższych. Warunkiem opublikowania jest pozytywna opinia recenzenta.

2. Materiał do Redakcji należy przekazać w jednym egzemplarzu znormalizowanego maszynopisu (30 wierszy na stronie, po 60 znaków w wierszu, ok. 1800 znaków na stronie) wraz z dyskiecią z tekstem w edytorze Microsoft Word lub w formie elektronicznej na adres: wydawnictwo@lazarski.edu.pl

3. Przypisy należy umieszczać na dole strony, podając najpierw inicjały imienia, nazwisko autora, tytuł pracy (kursywą), miejsce i rok wydania, numer strony. W przypadku prac zbiorowych należy podać inicjał imienia i nazwisko redaktora naukowego z dopiskiem (red.).

4. Do artykułu należy dołączyć streszczenie, podając cel artykułu, zastosowaną metodykę, wyniki pracy oraz wnioski. Streszczenie nie powinno przekraczać 20 wierszy maszynopisu. Jeżeli w streszczeniu występują specjalistyczne terminy albo zwroty naukowe lub techniczne, należy podać ich odpowiedniki w języku angielskim.

5. Artykuł nie powinien przekraczać 22 stron znormalizowanego maszynopisu, natomiast recenzja, komunikat naukowy i informacja – 12 stron.

6. Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanej pracy skrótów, zmiany tytułów, podtytułów oraz poprawek stylistycznych.

7. Opracowanie należy podpisać pełnym imieniem i nazwiskiem, podać swój adres z numerem telefonu, faxu, e-mail, stopień lub tytuł naukowy, nazwę instytucji naukowej, w której autor jest zatrudniony.

**Oficina Wydawnicza Wyższej Szkoły Handlu i Prawa
im. Ryszarda Łazarskiego w Warszawie**
oferuje następujące publikacje:

1. Andrzej Ajnenkiel (red. nauk.), *W pięćsetlecie Konstytucji Nihil Novi. Z dziejów stanowienia prawa w Polsce*, Warszawa 2006.
2. Remigiusz Bierzanek, *Przez wiek XX. Wspomnienia i refleksje*, Warszawa 2006.
3. Marek Chmaj (red. nauk.), *Prawo administracyjne, część ogólna*, wyd. II popr., Warszawa 2007.
4. Marek Chmaj (red. nauk.), *Prawo administracyjne materialne*, wyd. I popr. i uzup., Warszawa 2006.
5. Marek Chmaj (red. nauk.), *Status prawny wojewody*, seria „Monografie i Opracowania” nr 7, Warszawa 2005.
6. Marek Chmaj (red. nauk.), *Ustrój samorządu terytorialnego*, Warszawa 2007.
7. Aleksander Czepurko, Joanna Łukaszewicz, *Biznesplan w praktyce zarządzania firmą, czyli po co i jak opracowywać skuteczny biznesplan*, Warszawa 2005.
8. Anna Drabarek, *Intuicja. Poznanie bezpośrednio*, Warszawa 2006.
9. Janusz Filipczuk, *Adaptacyjność polskich przedsiębiorstw w warunkach transformacji systemowej*, wyd. II, Warszawa 2007.
10. Teresa Gardocka (red. nauk.), *Kary długoterminowe. Polityka karna. Wykonywanie. Warunkowe zwolnienia*, Warszawa 2006.
11. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Windows XP, Co? Jak?*, wyd. I popr., Warszawa 2005.
12. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Word, Office XP, Co? Jak?*, wyd. II, Warszawa 2005.
13. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Excel, Office XP, Co? Jak?*, Warszawa 2006.
14. Stanisław Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2005.
15. „Ius Novum,” Ryszard A. Stefański (red. nac.), kwartalnik WSHiP, nr 1/2007, 2-3/2007.
16. Witold Jakóbk (red. nauk.), *Gospodarka polska w procesie światowych przemian*, Warszawa 2006.
17. Stanisław Kalinkowski, Jerzy Andrzej Wojtczak-Szyszkowski, *Jure et legibus. Język łaciński dla studentów prawa*, wyd. II uzup., zm., Warszawa 2006.
18. Jerzy Kisielnicki, *Zarządzanie organizacją. Zarządzanie nie musi być trudne*, Warszawa 2006.
19. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2004*, Warszawa 2006.
20. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2005*, Warszawa 2007.
21. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
22. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *Konstytucja RP z 1997 r. na tle zasad współczesnego państwa prawnego. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2006.
23. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, Warszawa 2006.
24. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe w XXI wieku. Księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
25. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tompson*, Warszawa 2006.
26. Ewelina Milan, Małgorzata Sekuła, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 2006.

27. „Myśl Ekonomiczna i Prawna”, Marek Lubiński (red. naczej.), kwartalnik WSHiP, numery: 1(12)2006, 2(13)2006, 3(14)2006, 4(15)2006, 1(16)2007, 2(17)2007, 3(18)2007.
28. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
29. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
30. Stanisław Paweła (red. nauk.), *Prawo w okresie społecznych przemian*, Warszawa 2005.
31. *Statystyka w biznesie. Zastosowanie narzędzi Excel'a*, praca zbiorowa, Warszawa 2005.
32. Bartosz Szolc-Nartowski (tłum.), *Digesta Justyniańska, Księga I*, Warszawa 2007.

Oficyna Wydawnicza
Wyższej Szkoły Handlu i Prawa
im. Ryszarda Łazarskiego
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel.: (0 22) 54 35 450
fax: (0 22) 54 35 480
e-mail: wydawnictwo@lazarski.edu.pl
www.lazarski.edu.pl