

Ius Novum

ISSN 1897-5577

$\frac{3}{2008}$



WARSZAWA 2008

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Marek Chmaj, Teresa Gardocka (przewodnicząca), Bogudar Kordasiewicz,
Maria Kruk-Jarosz, Franciszek Longchamps de Bériér,
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 2008

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

Dr Zbigniew Jędrzejewski, UW System i topika w nauce o przestępstwie	5
Dr Ryszard Szałowski, Wyższa Szkoła Humanistyczno-Ekonomiczna w Łodzi Zakres przedmiotowy tajemnicy państwowej	22
Mgr Adrianna Miękina, Zabójstwo w środowisku mafijnym	38
Dr hab. Ryszard Stefański, prof. WSHiP Zasady bezpieczeństwa w ruchu w doktrynie i orzecznictwie. Część II. .	53
Dr Maria Sobczak, UAM Wolność sumienia i wyznania, jej gwarancje w systemie prawnym Rady Europy oraz w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu	87
Mgr Aleksandra Gliszczyńska, Instytut Nauk Prawnych PAN Zalecenia Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji w zakresie walki z antysemityzmem oraz ich realizacja przez Polskę ...	117
Dr Przemysław Szustakiewicz, adiunkt WSHiP Najwyższa Izba Kontroli – czwarta władza czy organ Sejmu	139
Mgr Janusz Cabaj, WSHiP Teza Ronalda Dworkina o istnieniu jedyne go słusznego rozstrzygnięcia (<i>right answer Thesis</i>) w świetle amerykańskich koncepcji wykładni	152

Mgr Sławomir Kurza, WSHiP

Wydzielniczenie jako forma ochrony przed zamachami na życie
w prawie justyniańskim 178

G L O S Y**Prof. dr hab. Edward Skrętowicz, Mgr Paweł Strzelec,
UMCS w Lublinie**

Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r.
– I KZP 9/07 184

R E C E N Z J E

Ryszard Szostak, *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*,
Warszawa 2007, s. 153, rec. dr Przemysław Szustakiewicz, WSHiP..... 190

Z Ż Y C I A U C Z E L N I**Mgr Ewelina Milan, WSHiP**

Kalejdoskop wydarzeń 194

ZBIGNIEW JĘDRZEJEWSKI

SYSTEM I TOPIKA W NAUCE
O PRZESTĘPSTWIE

Według panującego w niemieckiej doktrynie poglądu, którego główną inspiracją była i pozostaje nadal fundamentalna praca E. Belinga¹, realizacja istoty czynu (*Tatbestandsmäßigkeit*), bezprawność (*Rechtswidrigkeit*) oraz wina (*Schuld*) to trzy elementy konstytuujące przestępczość czynu sprawcy (tzw. trój- albo czteroszczeblowa struktura przestępstwa)². System Belinga był później przedmiotem niezwykle licznych, szczegółowych analiz, co stawia go w rzędzie najczęściej i najbardziej namiętnie dyskutowanych problemów w historii nauki prawa karnego. Poddawany krytyce jest jednak zawsze traktowany jako początek nowoczesnej dogmatyki przestępstwa, w szczególności zaś jest początkiem długotrwałych, do dzisiaj niezakończonych polemik na temat stosunku między elementami definicji przestępstwa: istotą czynu a bezprawnością oraz bezprawnością a winą, ewentualnie warunkami przestępczości a pozostałymi warunkami karalności czynu. Niemniej jednak H. Welzel uważał, że rozbiór pojęcia prze-

¹ E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906.

² Zob. W. Perron, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, Baden-Baden 1988, s. 52. Trójszczeblowość oceny postulował już H. Luden (czyn–bezprawność–wina). F. Schaffstein (*Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin 1930, s. 27, 35–36, 65; zob. też K.A. Hall, *Die Lehre vom corpus delicti. Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses*, Stuttgart 1933, s. 143) podaje, że już w końcu XVI wieku w zbliżonej do współczesnej definicji przestępstwa Tyberiusza Decjana (*Delictum est factum hominis vel dictum aut scriptum dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest*) występują jednoznacznie jako jego elementy: czyn, zgodność z istotą czynu (*Tatbestandsmäßigkeit*), bezprawność i wina (... *die Handlung und deren Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit eindeutig als die Elemente des Verbrechensbegriffs*...). Decjan wprowadził do prawa karnego metodę syntezy naukowej (w przeciwieństwie do analitycznej egzegezy źródeł prawa, charakterystycznej dla postglosatorów), jego *Tractatus criminalis* to pierwsza praca zawierająca samodzielną część ogólną. Za właściwego twórcę nowoczesnej trójelementowej struktury przestępstwa uważany jest również F. v. Liszt: przestępstwem jest zagrożony karą, bezprawny i zawiniony czyn. „Zagrożony karą” było równoznaczne z określeniem *zgodny z istotą czynu (tatbestandsmäßig)*. Bliżej H. Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Karlsruhe 1957, s. 1, przyp. 4, 11. Trój- i czteroszczeblowość używane są w literaturze najczęściej synonimicznie ze względu na mniejsze znaczenie (w zasadzie funkcja negatywna) „czynu” przy ustalaniu odpowiedzialności karnej.

stępstwa na trzy elementy jest najważniejszym osiągnięciem dogmatyki ostatnich dwóch do trzech pokoleń³.

Znamiona ogólnego pojęcia przestępstwa nie pozostają wzajemnie w stosunku niezwiązania czy niezależności (porządek topiczny), łączy ich wewnętrzny związek, który ułożony jest wedle logicznych reguł nadrzędności i podrzędności, zasady i wyjątku (porządek systematyczny)⁴. System ten powinien być zupełny, niesprzeczny i na tyle zróżnicowany, by poszczególne elementy mogły zostać umieszczone na właściwym miejscu. Sztukę tworzenia systemów I. Kant nazywał „architektoniką”, twierdząc: „ponieważ jedność systematyczna jest tym, co z pospolitego poznania czyni dopiero naukę, tj. z prostego zbioru (Aggregat) poznań tworzy system, przeto architektonika jest nauką o tym, co naukowe w naszym poznaniu w ogóle, i należy przeto z koniecznością do metodologii”, system zaś jest jednością „różnorodnych poznań podporządkowanych pewnej idei. Ideą tą jest pojęcie rozumowe formy całości, o ile przez nie zostaje określony *a priori* zarówno zakres tego, co różnorodne, jak i miejsce [poszczególnych] części względem siebie”⁵. Dogmatyka prawa karnego nie zadowala się więc tym, by swoje twierdzenia przedstawiać obok siebie i omawiać je jedno po drugim, lecz usiłuje wszystkie te ustalenia, które tworzą naukę o przestępstwie, ułożyć w uporządkowaną całość⁶.

Charakterystyczne dla nauki niemieckiej dążenie do ujęć systemowych (w tym przede wszystkim tzw. systematyka przestępstwa), kwalifikowania różnorodnych elementów (w tym elementów przestępności czynu) w jednoznacznie określone oraz wzajemnie uporządkowane kategorie, będące przy tym jej jednym z najważniejszych „dóbr eksportowych”, jak przyznaje B. Schönemann, wykształconemu laikowi wydaje się często dziwaczne, studentowi niezrozumiałe, a praktykowi po prostu zbędne⁷. Bez tak subtelnej jak niemiecka systematyki przestępstwa obywa się doktryna i orzecznictwo wielu innych krajów. Nie chodzi oczywiście o to, by z myślenia systemowego w ogóle zrezygnować. Jeżeli pod pojęciem jakiegось naukowego systemu rozumie się po prostu logiczny porządek w uzyskanych

³ H. Welzel, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, Juristische Schulung 1966, s. 421.

⁴ H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., Berlin 1996, s. 198; B. Schönemann, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, (w:) *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, herausg. von B. Schönemann, Berlin–New York 1984, s. 1.

⁵ I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, przekł. R. Ingarden, t. II, Warszawa 1986, s. 577–578. Naukowe pojęcie systemu musi zawierać cel i formę całości, zaś jedność celu, do którego odnoszą się wszystkie części, także do siebie nawzajem, sprawia, że brak każdej części przy znajomości pozostałych części jest „odczuwalny” i nie można dokonać żadnego przypadkowego „dodania”. *Całość jest więc ułożona (articulatio), a nie bezładnie zrzucana na kupę (coacervatio), może wprawdzie wzrastać wewnątrznie (per intus susceptionem), ale nie zewnętrznie (per appositionem), jak ciało zwierzęce, którego wzrastanie nie dodaje żadnego członka, lecz bez zmiany proporcji czyni dla jego celów każdy jego człon silniejszym i dzielniejszym.* (I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, s. 578).

⁶ C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl. München 2006, s. 195.

⁷ B. Schönemann, *Einführung...*, op. cit., s. 1; C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 211.

w odnośnej nauce poszczególnych sądach poznawczych, to rezygnacja z jakiegokolwiek systematyki byłaby tożsama z nieustannym stadium embrionalnym takiej nauki⁸. Zdaniem B. Schünemanna, budowanie jakiegoś systemu powinno następować poprzez wnioskowanie indukcyjne z możliwie największej liczby ustaleń poznawczych, a interpretacja i potwierdzanie poprawności systemu poprzez konfrontację ustalenia w ramach logicznych i rzeczowych zasad uporządkowania tego systemu. Wszędzie tam, gdzie poprzez anormalnie podwyższony stopień abstrahowania same pojęcia używane są jako podstawy (*Bausteine*) systemu, tak jak to się zdarza właśnie w naukach prawnych, ginie jedność treści i systemu. Właśnie z powodu swojej wyjątkowej abstrakcyjności niedostępne są dla laika przyjęte tradycyjnie elementy przestępczości czynu.

Niemniej zalety myślenia systemowego wydają się oczywiste. Dogmatyka prawa karnego, tworząc pojęcia, stawia określone granice i umożliwia pewne i obliczalne stosowanie prawa karnego, pozbawiając go irracjonalności, dowolności i improwizacji⁹. Zestawienie i ułożenie wszystkich warunków karalności w jeden dogmatyczny system przynosi ponadto praktyczną korzyść, polegającą na uproszczeniu oceny konkretnego przypadku¹⁰. Sprawdzenie, czy nastąpiło urzeczywistnienie znamion istoty czynu, może nastąpić dopiero po przyjęciu, że zachodzi czyn, dopiero potem powinno być przeprowadzone badanie bezprawności, a następnie winy oraz ewentualnie pozostałych warunków karalności czynu. Taka konstrukcja określonych i ułożonych w logicznym porządku „kroków myślowych” gwarantuje przede wszystkim to, że wszystkie istotne dla oceny karalności zagadnienia zostaną rzeczywiście sprawdzone. Unikamy wtedy niebezpieczeństwa dowolnego, chaotycznego „próbowania” i przeoczenia jakichś decydujących aspektów. Poza tym systematyczny schemat oceny służy niewątpliwie ekonomii myślenia¹¹. Jeżeli okazuje się, że zachowanie nie wyczerpuje znamion istoty czynu, ustalanie bezprawności jest już niepotrzebne, podobnie jak np. działanie sprawcy w warunkach kontratypu czyni całkowicie zbędnym problem ustalenia winy.

Zdaniem C. Roxina, niezależnie od walorów praktycznych, tylko system umożliwia rzeczowo zróżnicowane uporządkowanie materiału prawnego¹². Np. systemowe rozdzielenie okoliczności wyłączających przestępczość czynu (uwalniających od kary) na okoliczności wyłączające bezprawność oraz okoliczności wyłączające winę daje jednolite kryteria oceny niezwykle licznych przypadków „działania w stanie konieczności” (*Handeln in Not*). Przy oderwanej od systemu ocenie każdego konkretnego przypadku wyniki byłyby wysoce niepewne i chwiejne. Jeżeli ktoś został zaatakowany przez rabusia, może wykonać swoje uprawnienie wyni-

⁸ B. Schünemann, *Einführung...*, op. cit., s. 1–2.

⁹ Zob. E. Gimbernat-Ordeig, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1970, Bd. 82, s. 405 i n.; także C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 211–212.

¹⁰ C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 212; B. Schünemann, *Einführung...*, op. cit., s. 3.

¹¹ C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 212.

¹² *Ibidem*, s. 212 i n.

kające z przepisu o obronie koniecznej, a jego zachowanie jest legalne również wtedy, gdy konieczne było zastrzelenie napastnika. Jeżeli jednak trafia przy tym jakąś nieuczestniczącą osobę trzecią, to wyłączenie bezprawności jest wykluczone, działa bezprawnie i ewentualnie może się powołać jedynie na przepis o tzw. wyłączającym winę stanie konieczności (§ 35 niemieckiego k.k.). Zachowanie zaatakowanego, legalne w stosunku do napastnika, jest bezprawne w stosunku do osoby trzeciej. Oznacza to, że osoba trzecia może wykonywać teraz prawo obrony koniecznej wobec bezprawnego, choć wyłączającego winę zachowania osoby zaatakowanej. C. Roxin uważa, że tylko porządek systematyczny, kwalifikujący określone zachowania do kategorii okoliczności wyłączających bezprawność bądź wyłączających winę, umożliwi pełnię rzeczowych wypowiedzi z rozstrzygnięciami, które zadowolają kryminalno-politycznie i uwzględniają różnorodność interesów. Gdybyśmy systemu nie posiadali, to każda dająca się pomyśleć sytuacja stanu konieczności wymagałaby co do jej warunków i następstw oddzielnej regulacji. Porządek systemu sprzyja więc istotnie racjonalności stosowania prawa.

Jednak uwagi C. Roxina mogą być uznane za trafne tylko wtedy, gdy spełnione zostaną określone warunki. Kwalifikacja zachowania do określonej kategorii przestępności czynu lub wyłączanie przestępności na określonym poziomie oceny (przede wszystkim chodzi o wyłączenie bezprawności i wyłączenie winy) musi się odbywać na podstawie jednoznacznych, jednolitych lub jednorodnych kryteriów. Jeżeli tej jednorodności kryteriów zabraknie lub samo rozróżnienie nie będzie miało charakteru jakościowego, a jedynie ilościowy, to sens istnienia takiej systematyki zostaje podważony. Najlepszym przykładem jest przyjęte w polskiej nauce prawa karnego (za doktryną niemiecką) rozróżnienie stanu wyższej konieczności wyłączającego (wszelką) bezprawność oraz stanu konieczności wyłączającego tylko winę, które nie ma żadnego uzasadnienia w ustawowej regulacji art. 26 § 1 i 2 k.k. (tylko ilościowa różnica ocen, opartych jedynie na utylitarystycznej zasadzie rozważenia i proporcji dóbr). Ze względu na daleko idące radykalne systemowe konsekwencje, wynikające bądź z wyłączenia bezprawności czynu, bądź tylko z wyłączenia winy (zachowanie bezprawności czynu), płynność granic i idąca za tym dowolność kwalifikacji mogą zagrozić funkcji gwarancyjnej prawa karnego. Z drugiej jednak strony właśnie skutki praktyczne wiążące się z tym podziałem mogą okazać się dla prawa karnego nie tak istotne, jak się to na ogół powszechnie uważa. Np. znamię bezprawności zamachu jako jeden z warunków obrony koniecznej nie jest w doktrynie prawa karnego zawsze wykładane zgodnie z jednolitym dla całego porządku rozumieniem bezprawności, lecz określane na podstawie *ratio* przepisu o obronie koniecznej. Wtedy systemowe rozróżnienie między wyłączeniem bezprawności a wyłączeniem winy przestaje mieć znaczenie dla określenia bezprawności zamachu. W nauce podkreśla się często, że jest ono istotne z punktu widzenia możliwości stosowania środków zabezpieczających, ponieważ wystarczy czyn bezprawny, choćby niezawiniony, natomiast brak winy wyłącza możliwość wymierzenia kary. Jednak, po pierwsze, zawinienie jest tylko

warunkiem koniecznym kary, ponieważ współczesne prawo karne nie hołduje teorii czystej odpłaty wedle zasady: w każdym wypadku, gdy zachodzi bezprawie i wina, musi nastąpić kara, czy też: każdy, kto w sposób zawiniony narusza zakaz lub nakaz, musi być ukarany¹³; po drugie zaś, wymierzenie kary jest możliwe wobec sprawcy, którego zawinienie wydaje się mocno wątpliwe, w każdym razie brak jest koincydencji między czynem a ustaleniem winy, czy też wina ponieważ „wyprzedza” popełnienie czynu bezprawnego (np. art. 31 § 3 k.k.)¹⁴. Środki zabezpieczające mogą być stosowane nie tylko wobec osób niepoczytalnych, ale także wobec osób skazanych lub sprawców czynów, których przestępność czynu nie została wykluczona (np. przewidziany w art. 100 k.k. przypadek przy warunkowym umorzeniu postępowania lub wystąpieniu okoliczności wyłączającej ukaranie sprawcy). Natomiast orzekanie środków zabezpieczających nie jest możliwe w przypadku innych niż niepoczytalność tzw. okoliczności znoszących winę (np. tylko z tego powodu, że ktoś działał w warunkach art. 26 § 2 k.k.). Wreszcie na płaszczyźnie czynu, np. do zastosowania środka przewidzianego w art. 94 k.k., wcale nie wystarczy tylko czyn bezprawny, nie mówiąc już o tym, że chodzi niewątpliwie nie o jakąś ogólną bezprawność, lecz o bezprawność karną, tzn. zachowanie wyczerpujące znamion ustawy karnej w sytuacji, gdy nie zachodziła sytuacja kontratypowa. Czyn bezprawny jest wymogiem minimalnym, wynikającym z przyjętej w naszym prawie karnym zasady reakcji na czyn, a nie jedynie na niebezpieczeństwo sprawcy. C. Roxin pisze, że stosowanie środków zabezpieczających przewidzianych w §§ 63 i n. niemieckiego k.k. związane jest wszędzie z warunkiem czynu bezprawnego (*rechtswidrige Tat*), który w § 11 ust. 1 pkt 5 jest definiowany jako *tatbestandsmäßig-rechtswidrige Tat*¹⁵. Jednocześnie ma wynikać z tego wniosek przeciwny, że w związku z tym nie chodzi o winę sprawcy. Każdorazowe indywidualnie opisywane warunków stosowania środków zabezpieczających, bez systematycznego uporządkowania i niezależnie od kategorii zgodności zachowania ze znamionami istoty czynu (*Tatbestandsmäßigkeit*), bezprawności i winy, niezwykle komplikowałyby stosowanie prawa. Jednak wbrew twierdzeniu C. Roxina, znaczenie tradycyjnej systematyki jest właśnie tutaj wyraźnie ograniczone, bowiem wszystkie pozostałe, związane z czynem warunki umieszczenia sprawcy niezdatnego do zawinienia (niepoczytalnego) w zakładzie

¹³ Zob. Armin Kaufmann, *Die Aufgabe des Strafrechts*, (w:) Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Köln–Berlin–Bonn–München 1982, s. 266.

¹⁴ Przewidywanie lub możliwość przewidzenia w art. 31 § 3 k.k. odnoszona jest do wyłączenia lub ograniczenia poczytalności, a nie do znamion czynu zabronionego, który sprawca w tym stanie popełnił. Konstrukcje tzw. zawinienie na przedpolu czynu czy też *actio libera in causa* mogą zakładać przynajmniej możliwość przewidzenia popełnienia czynu zabronionego.

¹⁵ C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 213. § 11 ust. 1 pkt 5 StGB brzmi: (1) *Im Sinne dieses Gesetzes ist (...) 5. rechtswidrige Tat: nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht*. Nie chodzi więc tutaj o jakąkolwiek bezprawność, lecz o bezprawność „prawnokarnie” relevantną, tzn. zachowanie wyczerpujące znamion istoty czynu zabronionego w sytuacji, gdy nie zachodziła okoliczność wyłączająca bezprawność (brak jakiegokolwiek *Rechtfertigungsgrund*).

leczenia psychiatrycznego, wywodzone są nie z założeń ogólnosystemowych, ale z teleologii konkretnego przepisu § 63 StGB. Wykładnia celowościowa prowadzi zaś do wniosku, że umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym jest wykluczone nie tylko, gdy zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność (*Rechtfertigungsgrund*), ale także wtedy, gdy sprawca działa np. w warunkach tzw. sytuacji znoszącej zawinienie (*Entschuldigungsgrund*, np. § 35 StGB). Zastosowanie środka np. w postaci zakładu leczenia psychiatrycznego wobec niepoczytalnego możliwe jest dopiero wtedy, gdy istnieją wszystkie, oprócz niepoczytalności, elementy karalności czynu. Takie w gruncie rzeczy sprzeczne z systemem ustalenie może prowadzić nawet do jego istotnej modyfikacji, tak jak to uczynił R. Maurach, wprowadzając nową kategorię, tzw. *Verantwortung*¹⁶. Ponadto trzeba pamiętać, że systemowe rozróżnienie między bezprawnością i winą zachowuje swoją relewantność dla odpowiedzialności uczestników w czynie zabronionym tylko na gruncie rygorystycznie przeprowadzonej koncepcji limitowanej akcesoryjności, natomiast jego konsekwencje w obszarze błędu co do okoliczności wyłączających bezprawność albo winę są w doktrynie rzadko podnoszone. Najlepszym przykładem jest identyczne dla obydwu sytuacji uregulowanie art. 29 polskiego k.k.

Skromniejsze są natomiast następstwa przypisywane rozróżnieniu między płaszczyzną istoty czynu a płaszczyzną bezprawności. Dotyczą one głównie zagadnienia błędu (błąd co do znamienia istoty czynu wyłącza umyślność, natomiast urojenie znamienia kontratypu jest błędem co do bezprawności czynu) oraz usiłowania (urojenie znamienia istoty czynu stanowi usiłowanie nieudolne, nieświadomość znamienia kontratypu dokonanie bądź traktowane jest jak usiłowanie nieudolne, co wymaga specjalnego uzasadnienia). Jednak większość doktryny niemieckiej odrzuca ścisłą teorię winy, opowiadając się w wypadku urojonego kontratypu za odpowiedzialnością za przestępstwo nieumyślne, a w przedmiocie nieświadomości sytuacji kontratypowej doktryna podzieliła się wyraźnie na kilka stanowisk (dokonanie, usiłowanie nieudolne, wyłączenie bezprawności), przy czym, po pierwsze, dominuje „koncepcja dokonania”, a po drugie, „koncepcja usiłowania (nieudolnego)” możliwa jest tylko w ramach subiektywistycznej koncepcji usiłowania (w nauce niemieckiej dominująca, ale przecież nie znaczy, że kryminalno-politycznie trafna). Rozdzielność tych dwóch płaszczyzn przestępności czynu jest w ogóle radykalnie kwestionowana przez teorię negatywnych znamion czynu zabronionego, za którą opowiedzieli się najbardziej prominentni reprezentanci doktryny niemieckiej. Zwolennicy trójśczeblowego ujęcia przestępstwa nie są w stanie w sposób przekonujący wkomponować w jednolite

¹⁶ Zob. R. Maurach, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbüttel–Hannover 1948, s. 36 i n.; także R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1*, Heidelberg–Karlsruhe 1977, s. 443 i n. *Verantwortung* jest „przed-stopiniem” winy, ale ocena ma tutaj charakter mocno zgeneralizowany. Brak *Verantwortung* (np. działanie w warunkach tzw. znoszącego winę stanu konieczności) wyłącza m.in. możliwość stosowania środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia np. w zakładzie psychiatrycznym.

uzasadnienie wyłączenia bezprawności zgody dysponenta dobrem na jego naruszenie, stąd często przenoszą ten problem na płaszczyznę istoty czynu (znamię negatywne). Zawiodło przyjęte kiedyś rozróżnienie między tzw. *Einverständnis* (dekompletuje istotę czynu) oraz *Einwilligung* (wyłącza bezprawność). Wiązano z nim nie tylko różne skutki w zakresie błędu i usiłowania, ale także postulowano różne dla obydwu sytuacji, ale jednolite dla każdej z osobna, warunki skuteczności zgody (np. przy *Einverständnis* wystarczy „naturalna” wola wewnętrzna, a takie braki woli jak błąd, wprowadzenie w błąd, przymus są nieistotne; w wypadku *Einwilligung* wola musi być rozpoznawalna przez słowa lub jakieś zachowanie; warunkiem jej skuteczności jest zdolność osądu dzierżyciela dobra oraz brak błędu, wprowadzenia w błąd lub przymusu). Obecnie przyjmuje się często, że przynajmniej przy *Einverständnis* nie da się ustalić żadnych generalnych wypo- wiedzi o warunkach skuteczności zgody. Powinny być one ustalane w sposób zróżnicowany w zależności od specyficznej struktury każdorazowej istoty czynu. Niekiedy rezygnuje się nawet z formułowania ogólnie obowiązujących kryteriów przy zgodzie wyłączającej bezprawność. W obydwu przypadkach następuje relatywizacja warunków skuteczności zgody i ich uzależnienie od konkretnych istot czyn, a ponadto podkreśla się, że nie dadzą się one uzgodnić z warunkami skuteczności zgody w prawie cywilnym.

C. Roxin przytacza jeszcze jedną, jego zdaniem, niewątpliwą zaletę systematyzacji materiału prawnego. Daje ona wgląd w wewnętrzny związek poszczególnych norm prawnych i ich teleologiczną podstawę, co umożliwia nawet twórcze kształtowanie prawa (*Rechtsfortbildung*)¹⁷. Bardzo dobrym „historycznym” przykładem ma być rozwój tzw. pozaustawowego stanu konieczności (*übergesetzlicher Notstand*) jako nowej okoliczności wyłączającej bezprawność. Kiedy zapytamy się, co, przy wszystkich szczegółowych różnicach, łączy liczne okoliczności wyłączające bezprawność, to można stwierdzić, że ich przedmiotem jest każdorazowo rozważenie i rozwiązanie konfliktu interesów, a usprawiedliwienie (legalizacja) określonego czynu następuje wtedy, gdy wiążące się z nim społeczne korzyści przeważają nad społecznymi szkodami. Doprowadziło to do powstania teorii rozważenia dóbr względnie obowiązków jako systemowej zasady przewodniej legalizacji zachowania, która ostatecznie została uznana przez Reichsgericht w słynnym już orzeczeniu z 11 marca 1927 r. dotyczącym aborcji. Umożliwiło to na długo przed pierwszą ustawową regulacją z 1975 r. rozwiązywanie przypadków przerywania ciąży ze wskazań medycznych (obecnie § 218 a ust. 2 niemieckiego k.k.), gdy kolidowały ze sobą życie i zdrowie matki z życiem płodu, z powołaniem się na wyższą wartość życia matki. Ten pozaustawowy, wyłączający bezprawność stan konieczności został przez orzecznictwo bardzo szybko rozciągnięty na wszystkie dziedziny życia i w precyzyjnej formie przyjęty jako § 34 w obowiązującej od 1 stycznia

¹⁷ C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 213–214.

1975 r. nowej części ogólnej niemieckiego k.k.¹⁸. Specyficzna systematyczna praca porządkowania ustaleń według jednej idei przewodniej w sposób decydujący wsparła rozwój prawa. Jednak wykładnia § 34 przeważającej części orzecznictwa i doktryny niemieckiej bynajmniej nie potwierdza wniosku, że jest on tworem myślenia systemowego. Przedmiotem interesu może być bowiem każda wartość prawna, również wtedy, gdy nie wyraża się ona w jakimś konkretnym dobrze prawnym, a jedynie tylko w ogólnych zasadach prawnych¹⁹. Zakres przedmiotów branych pod uwagę przy „rozważaniu” został wyciągnięty poza kolidujące dobra prawne i ma obejmować *alle positiven und negativen Vorzugstendenzen*²⁰. Tak więc obok wartości dóbr prawnych powinno się brać pod uwagę stopień grożącego niebezpieczeństwa, wielkość konkretnej szkody, indywidualne znaczenie zażegnanej i wyrządzonej szkody dla osób uczestniczących, szczególne obowiązki znoszenia niebezpieczeństw dysponenta naruszonego dobra i sprawcy działającego w stanie konieczności, zasadę autonomii jednostki, znaczenie czynu dla porządku prawnego jako całości, interes ogólny w zachowaniu najwyższych wartości prawnych i ogólnych zasad prawa itd.²¹. Gdy klauzulę rozważania interesów w § 34 rozumie się tak szeroko, można ten przepis w rzeczywistości ujmować jako ucieleśnienie abstrakcyjnego, pozbawionego konkretnej treści monistycznego uzasadnienia usprawiedliwiania (legalizacji) czynu²². Jeżeli bowiem przy rozważaniu kolidujących interesów uwzględniane są wszystkie dające się pomyśleć aspekty, włącznie z ogólnymi zasadami prawa, nie można już właściwie mówić o jakiejś określonej treści tego przepisu. W tym sensie § 34 jest przez przeważającą część doktryny niemieckiej traktowany jako ogólna klauzula słusznościowa (*Billigkeitsklausel*), której nieokreśloność wprawdzie gwarantuje wysoki stopień trafności rozstrzygnięcia w konkretnym przypadku, jednak jednocześnie dogmatycznie nie może zadowalać, ponieważ wyczerpuje się ona w prostym, intersubiektywnie niedającym się zweryfikować wartościowaniu. Przepis § 34 nie zawiera żadnych konkret-

¹⁸ § 34 *Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.* Podkreśl. moje Z.J.

¹⁹ Zob. Th. Lenckner, W. Perron, (w:) A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 26. neu bearbeitete Auflage von Th. Lenckner, A. Eser, P. Cramer, W. Stree, G. Heine, W. Perron, D. Sternberg-Lieben, München 2001, s. 647; zob. też Th. Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen 1965, s. 128 i n.

²⁰ Zob. m.in. Th. Lenckner, *Der rechtfertigende...*, op. cit., s. 90; W. Perron, *Rechtfertigung...*, op. cit., s. 101. Szersze wskazówki bibliograficzne J. Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994, s. 34. Na ten temat także M. Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin 2002, s. 48 i n., 129 i n.

²¹ Na ten temat W. Perron, *Rechtfertigung...*, op. cit., s. 101; J. Renzikowski, *Notstand...*, op. cit., s. 29–30. W ten sposób, wedle teorii przeważającego interesu, da się uzasadnić nawet obronę konieczną. Obrona własnych lub cudzych dóbr wraz z obroną prawa przed bezprawiem przeważają wtedy istotnie nad interesem w utrzymaniu dobra napastnika.

²² Bliżej J. Renzikowski, *Notstand...*, op. cit., s. 30.

niejszych kryteriów, pozostawia ocenę stosującemu prawo²³. Ma o wiele za mało „substancji”, by być jeszcze prawdziwym ustawodawczym rozstrzygnięciem²⁴. Jest czekiem *in blanco* ze wskazówką dla sędziego, by *überhaupt Recht zu finden*²⁵. Nieograniczenie uzasadnienia stanu konieczności jedynie do ochrony indywidualnych dóbr, ważenie abstrakcyjnych często zasad prawnych, uwzględnianie znaczenia zachowania ratującego dobro dla porządku prawnego jako całości, wiąże § 34, podobnie jak § 32 (obrona konieczna), bezpośrednio z systemem prawa. Jest on więc nie kontratypem „względny”, tzn. wyłączającym bezprawność tylko karną, ale okolicznością legalizującą czyn z punktu widzenia porządku prawnego traktowanego jako całość²⁶. Jednak całą tę formułę można w gruncie rzeczy przetłumaczyć w następujący sposób: czyn nie jest bezprawny, gdy według poczucia przyzwoitości wszystkich słusznie i sprawiedliwie oceniających, musi być uważany jako usprawiedliwiony (legalny)²⁷.

Nauka o rozważeniu interesów styka się właściwie z techniką (metodą) topiczną²⁸. Już przed II wojną światową N. Hartmann podjął próbę skonfrontowania dwóch sposobów myślenia²⁹. Pierwsze, systematyczne, charakteryzował w ten sposób: „Wychodzi z całości. Koncepcja jest tutaj czymś pierwszym i panującym. Nie szuka się tutaj stanowiska, zapatrywania, ono zostało już wcześniej zajęte (...) Treści problemu, które z takim stanowiskiem się nie zgadzają, zostają odrzucone”³⁰. Przy drugim, aporetycznym sposobie myślenia, postępuje się we wszystkim odwrotnie. „Dla niego znaczenie mają problemy (...) Nie zna żadnych innych celów badania obok problemu (...) Sam system nie jest mu wprawdzie obojętny, jednak ma dla niego znaczenie tylko jako idea, jako widok (...) Nie wątpi, że system istnieje, tyle że może jest czymś ukrycie określającym jego myślenie. Mimo to jest pewien swego, również wtedy, gdy go nie ujmuje”³¹. Pierwszy sposób myślenia wychodzi więc z rozpoznanego i określonego związku ustaleń badawczych, drugi jest zorientowany na zagadnienia problemu³². Według

²³ J. Renzikowski, *Notstand...*, op. cit., s. 34; W. Perron, *Rechtfertigung...*, op. cit., s. 102.

²⁴ Th. Lenckner, *Der rechtfertigende...*, op. cit., s. 205; F. Dencker, *Der verschuldete rechtfertigende Notstand – BayObLG, NJW 1978, 2046*, Juristische Schulung 1979, s. 779.

²⁵ F. Dencker, *Der verschuldete...*, op. cit., s. 779; Th. Lenckner, *Der rechtfertigende...*, op. cit., s. 206.

²⁶ Zob. W. Perron, *Rechtfertigung...*, op. cit., s. 100–101.

²⁷ W. Küper, *Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“*, Juristische Schulung 1981, s. 787. Por. jednak J. Hruschka, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Defensivnotstand?*, Neue Juristische Wochenschrift 1980, s. 22.

²⁸ J. Renzikowski, *Notstand...*, op. cit., s. 35. Na temat topiki szerzej C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin 1969, s. 135 i n.; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin–Heidelberg–New York 1969, s. 150 i n.; w literaturze polskiej J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze. Logika–Analiza–Argumentacja–Hermeneutyka*, Kraków 2004, s. 166 i n., 184 i n. Co do teorii argumentacji prawniczej także J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 113 i n.

²⁹ N. Hartmann, *Diesseits von Idealismus und Realismus*, Kantstudien 1924, Bd. XXIX, s. 160 i n. Na ten temat zob. także H. Coing, *Juristische Methodenlehre*, Berlin–New York 1972, s. 54.

³⁰ N. Hartmann, *Diesseits...*, op. cit., s. 163.

³¹ Ibidem, s. 164.

³² H. Coing, *Juristische...*, op. cit., s. 54.

jednego z twórców nowoczesnej metody topicznej Th. Viehwega, topika jest techniką myślenia problemowego, które zorientowane jest na każdorazowy konkretny przypadek³³. Rozumowanie prawnicze, praca prawnika (przede wszystkim sędziego), czy metoda prawnicza, mają w swej istocie topiczny charakter³⁴. Th. Viehweg przeciwstawia topikę myśleniu systemowemu. Pierwszeństwo problemu sprawia, że pojęcia i wypowiedzi nie mogą prowadzić do systematyzacji³⁵. Systematyczne aspekty mogą być traktowane co najwyżej jako *topoi* obok innych punktów widzenia³⁶. W ten sposób przeciwstawił się stanowisku pozytywistycznemu, które podkreślało metodologiczną autonomię prawoznawstwa, zwracało uwagę na systemowy aspekt i zakładało logiczną strukturę prawniczego myślenia³⁷. Topika była zawsze immanentną częścią przede wszystkim prawa cywilnego. Na gruncie prawa karnego topiczna koncepcja prawa i dyskursu prawniczego realizuje się najczęściej w systemie anglosaskiego prawa precedensowego, a nie w systemie kontynentalnym³⁸. Roztrząsanie sporu między stronami w postępowaniu sądowym w gruncie rzeczy nie jest niczym innym jak procesem argumentacji, w którym sędziemu dla rozstrzygnięcia przypadku muszą zostać przedstawione wszystkie relewantne faktyczne i prawne argumenty³⁹. Technika topiczna jest dokładnym przeciwieństwem wszystkich stanowisk przyjmujących jakąś metodologię aksjomatyczno-dedukcyjną, powszechne i ważne typy rozumowań lub zakładających z góry jedyny możliwy system⁴⁰. Topika umożliwia w szczególności zastosowanie klauzul generalnych do konkretnego przypadku. Myślenie problemowe ma charakter indukcyjny, argumentacja topiczna nie posiada struktury ściśle logicznej, miarą nie jest tutaj logiczna prawda, lecz słuszność, sprawiedliwość, skuteczność itd.⁴¹. Pokrewieństwo między obejmującą wszystkie aspekty Interessenabwägungsdoktrin a topiką jest niekiedy otwarcie uznawane. Dla F.-B. Delonge § 34 i teoria rozważenia interesów jest wzorcowym przykładem myślenia topicznego⁴², a C. Roxin pisze o „topicznym postępowaniu”⁴³.

³³ Zob. Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 4. Aufl., München 1969, s. 31 i n. Viehweg wolał określenie topiki jako techniki a nie jako metody argumentacyjnej. Na ten temat J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, op. cit., s. 188. Metoda topiczna nawiązuje do starożytnych topik i teorii argumentacji m.in. Arystotelesa i Cyserona.

³⁴ Zob. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, op. cit., s. 188.

³⁵ Th. Viehweg, *Topik...*, op. cit., s. 53. Zob. N. Horn, *Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens*, Neue Juristische Wochenschrift 1967, s. 604 i n.; J. Renzikowski, *Notstand...*, op. cit., s. 35.

³⁶ J. Renzikowski, *Notstand...*, op. cit., s. 35.

³⁷ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, op. cit., s. 188 i n.

³⁸ *Ibidem*, s. 191.

³⁹ H. Coing, *Juristische...*, op. cit., s. 55.

⁴⁰ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, op. cit., s. 189 i n.

⁴¹ Zob. *ibidem*, s. 177 i n.

⁴² F.-B. Delonge, *Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen*, München 1988, s. 85.

⁴³ C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 736.

Nie da się chyba nie zauważyć podobieństwa nauki o zasadzie przeważającego interesu do tzw. *Interessenjurisprudenz*. Nie chodzi bynajmniej tylko o zewnętrzne podobieństwo nazw⁴⁴. Już przed II wojną światową K. Engisch dostrzegał wpływy *Interessenjurisprudenz* na rozwój nauki o tzw. pozaustawowym usprawiedliwieniu (pozaustawowym stanie konieczności)⁴⁵. Jurysprudencja interesów również kieruje spojrzenie na konflikt interesów, którego rezultatem jest wypowiedź prawna⁴⁶. Sytuację prawną cechuje nie tylko jeden konflikt materialnych i idealnych interesów, lecz obejmuje ona ponadto sądy i idee wartościujące całego porządku prawnego⁴⁷. Podobieństwa są więc tutaj widoczne, gdyż z jednej strony w ramach § 34 niemieckiego k.k. uwzględnia się „znaczenie czynu dla całego porządku prawnego” i „interes ogółu w zachowaniu najwyższych wartości prawnych i ogólnych zasad prawnych”, z drugiej strony przedstawiciele *Interessenjurisprudenz* postulują, by słowo „interes” nie rozumieć zbyt wąsko i włączać do niego ogólne zasady jak sprawiedliwość czy słuszność⁴⁸. Tak samo jak topika jurysprudencja interesów dąży do wyników optymalnie sprawiedliwych czy słusznych, których podstawą ma być uwzględnianie wszystkich szczegółów konkretnego przypadku. Łączy ich także wyraźna postawa antysystemowa. Abstrahując od problemu szczegółowej wykładni § 34 i wpływu na nią jurysprudencji interesów, łatwo można w nich dostrzec podstawę przyjęcia jedności porządku prawnego i jednolitego dla całego prawa pojęcia bezprawności. Jednak jednolita bezprawność wyłaniająca się jako rezultat stosowania takiej klauzuli generalnej daleko odbiega od postulatu pewności prawa i jednoznacznego wskazania przez ustawodawcę akceptowanych granic wolności, zwłaszcza na terenie prawa karnego. Ustalenie bezprawności bądź legalności czynu jest w gruncie rzeczy rezultatem decyzji sędziowskiej a nie rozstrzygnięcia ustawodawczego, nie polega na w miarę prostej subsumcji, lecz niemal na „tworzeniu prawa” na podstawie zasad prawnych, zasad przewodnich, mniej lub bardziej abstrakcyjnych wartości prawnych itp. W rozumieniu kontynentalnym może to budzić podejrzenia o podważanie trójpodziału władz, a na gruncie prawa karnego o podważanie zasady *nullum crimen*. Ponieważ § 34 ma być *Rechtfertigungsgrund*, a więc legalizować zachowanie z punktu widzenia całego porządku prawnego, to wiąże się z tym obowiązek znoszenia wynikającego z tego zachowania naruszenia dobra (*Duldungspflicht*). Ocena bezprawności czy legalności zachowania na podstawie § 34, w istocie rzeczy stanowiącego klauzulę słusznościową czy sprawiedliwościową, odbywa się często tak, że rozstrzygający

⁴⁴ J. Renzikowski, *Notstand...*, op. cit., s. 37.

⁴⁵ K. Engisch, *Interessenjurisprudenz und Strafrecht*, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 1934, s. 75–76.

⁴⁶ Ph. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1932, s. 74. Ph. Heck jest uważany za twórcę *Interessenjurisprudenz*. Genezy tego kierunku można jednak poszukiwać w utilitaryzmie J. Benthama, a przede wszystkim, co przyznaje sam Heck (*Begriffsbildung...*, s. 32), w *Zweckjurisprudenz* R.v. Iheringa.

⁴⁷ Zob. J. Renzikowski, *Notstand...*, op. cit., s. 37.

⁴⁸ Ibidem, s. 37–38 oraz wskazana tam literatura.

„zastanawia się”, czy „słuszne” byłoby przyznanie prawa obrony koniecznej osobie, w której dobro następuje ingerencja. Stan konieczności (cały) występuje w tak różnorodnych konstelacjach, że właściwie trudno poddać go nie tylko jednolitej ocenie w ramach systemu, ale nawet bardziej uformowane sytuacje umieścić na tym lub innym szczeblu wyłączenia przestępności czynu⁴⁹. Systematyka przestępstwa jest tutaj swoistym dyktatem, „żąda” jednoznacznej kategoryzacji, chociaż stoi to w sprzeczności z olbrzymią, mniej lub bardziej subtelnie zaznaczaną różnorodnością uzasadnień. Zdecydowany prymat lub wyłączność myślenia problemowego na gruncie prawa karnego prowadziłby jednak do rozważań dotyczących jedynie zagadnienia karalności (potrzeby karania) i efekcie do odrzucenia pogłębionej systematyki. Nie wydaje się to trafne. Jeżeli § 34 niemieckiego k.k. miałby być swoistą klauzulą słusznościową, wtedy niosłaby ona ze sobą niebezpieczeństwo rozstrzygnięć o bezprawności czy legalności czynu, które nie zawsze dawałyby się pogodzić z zasadą nienaruszalności godności człowieka (autonomią jednostki). Być może nie jest możliwe, w sytuacji tzw. agresywnego stanu wyższej, uznanie za legalne pozbawienie życia człowieka w celu ratowania własnego życia. Doktryna niemiecka zgodnie przyjmuje, że życie ludzkie przedstawia wartość najwyższą, której nie jest w stanie „przeważać” nawet możliwość uratowania życia większej liczby osób⁵⁰. Jednak kiedy przywołuje się przy rozważeniu kolidujących interesów zasady całego porządku prawnego, gdy „wszelkie” prawo polega na kolizji interesów, rezygnuje się w istocie rzeczy z wypracowania kryteriów różnicujących poszczególne sytuacje stanu wyższej konieczności. Uzasadnienie wyłączenia bezprawności pozostaje kwestią otwartą, jeżeli w ogóle nie rezygnujemy z podania specyficznych dla stanów konieczności kryteriów⁵¹. Generalną formułę § 34 równie dobrze można wypełnić kryteriami właściwymi dla przyjęcia okoliczności wyłączających winę sprawcy (*Entschuldigungsgründe*)⁵².

Pomimo wielu zalet ujęcie systemowe nie we wszystkich jednak wypadkach jest postępowaniem całkowicie zadowalającym⁵³. Może ono prowadzić do wyników, które z punktu widzenia sprawiedliwościowego czy kryminalno-politycznego trudno jest niekiedy aprobować. Przykładem takim jest tzw. teoria winy w przedmiocie błędu co do bezprawności, a przede wszystkim błędu co do znamienia okoliczności wyłączającej bezprawność. Jest ona rezultatem wnioskovania dedukcyjnego z finalistycznej tezy o intencjonalnej strukturze ludzkiego czynu oraz założenia metodologicznego o bezwzględnej konieczności rozdzielania przedmiotu oceny i samej oceny. Prowadzi to do całkowitego odseparowania

⁴⁹ Zob. K. Bernsmann, „*Entschuldigung*“ durch *Notstand*, Köln–Berlin–Bonn–München 1989, s. 316.

⁵⁰ Zob. W. Perron, *Rechtfertigung*..., op. cit., s. 647–648. Taka sytuacja podlega ocenie na gruncie § 35.

⁵¹ J. Renzikowski, *Notstand*..., op. cit., s. 41.

⁵² Por. H. von der Linde, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?* Frankfurt am Main–Bern–New York–Paris 1988, s. 103 i n.

⁵³ C. Roxin, *Strafrecht*..., op. cit., s. 215.

umyślności od świadomości bezprawności czynu. Nieświadomość bezprawności zamiaru nie wyłącza, a w przypadku możliwości uniknięcia takiego błędu sprawca będzie odpowiadał za przestępstwo umyślne. *Schuldtheorie* została przyjęta w orzecznictwie zachodnioniemieckim, następnie znalazła swój ustawodawczy wyraz w § 17 niemieckiego k.k., podtrzymywana jest przez część finalistów odnośnie urojenia znamienia kontratypu, na niej oparto uregulowania art. 29 i 30 polskiego k.k. z 1997 r. Z metodologicznego punktu widzenia może budzić wątpliwości czysto dedukcyjne rozstrzygnięcie zagadnienia istoty winy (ujęcie czysto normatywne)⁵⁴. Uwzględnienie kryteriów teleologiczno-funkcjonalnych, sprawiedliwościowych czy najprostszych ocen społecznych związanych z umyślnością powinno prowadzić raczej do tzw. *Vorsatztheorie* (teorii zamiaru), która traktuje zamiar jako *dolus malus*, tj. przypisanie winy umyślnej wymaga, oprócz znajomości okoliczności stanowiących znamiona czynu i woli realizacji istoty czynu, także świadomości bezprawności swojego zachowania. W konsekwencji nieświadomość bezprawności pociąga za sobą ewentualnie jedynie odpowiedzialność za przestępstwo nieumyślne (o ile błędu można było uniknąć oraz istniał typ nieumyślny). Być może w wielu sytuacjach bezpośredniego czy pośredniego błędu co do bezprawności *Schuldtheorie* byłaby rozwiązaniem kryminalno-politycznie trafnym, ponieważ nie pozwalałaby na uniknięcie odpowiedzialności tam, gdzie miałyby ona jakieś uzasadnienie. Jednak np. w przypadku czynów zabronionych, których ujemne oceny są mniej znane i mniej etycznie ugruntowane albo przy których ustalenie bezprawności wymaga dodatkowej oceny z punktu widzenia innych gałęzi prawa (niem. *Nebenstrafrecht*), rozstrzygnięcia teorii winy nie wydają się już tak przekonujące, by sprawcę, który nie był świadom bezprawia swojego zachowania, karać jako umyślnego kryminalistę tylko ze względu na możliwość uniknięcia błędu i tym samym zrównywać w dogmatycznej ocenie z tym, kto ustawę naruszył świadomie⁵⁵. Z podobnych powodów rezultaty teorii winy budzą już nie tyle wątpliwości, co zasadniczy sprzeciw w przedmiocie urojenia znamienia kontratypu. Ponadto pełnych konsekwencji systemowych określonych aksjomatów po prostu nie da się przeprowadzić. Znamiona wielu typów czynów mają bardzo mocne zabarwienie wartościujące, tak że rozdzielenie przedmiotu oceny od samej oceny jest niezwykle trudne, a niekiedy wręcz niemożliwe. W związku z tym nie da się tam ująć zamiaru neutralnie bez uwzględnienia świadomości ocen, także prawnych, co może skłaniać do traktowania nieświadomości takich znamion poprzez § 16 niemieckiego k.k. (art. 28 § 1 polskiego k.k.). Prowadzi to jednak do sprzeczności z założeniem systemowym i niekiedy przynosi konstrukcje usiłujące sprostać systemowi, ale tak skomplikowane i trudne (np. tzw. *Parallelwertung in der Laiensphäre*), że w efekcie nie dają one jednolitych kryte-

⁵⁴ Przesunięcie zamiaru z winy do istoty czynu powoduje zmianę ujęcia kompleksowego na czysto normatywne.

⁵⁵ C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 216.

riów, prowadzą do odmiennych rozstrzygnięć w podobnych sprawach i niestabilnego orzecznictwa⁵⁶. Powodują więc skutki odwrotne do tych, które mają być korzyścią wynikającą z ujęcia systematycznego. W wypadku urojenia znamienia kontratypu teoria winy zdaje się już przeczyć własnym założeniom (jest to bowiem błąd co do przedmiotu oceny, a nie co do samej oceny). Ocennie skonstruowana istota czynu w wielu wypadkach nie pozwala na klarowne odseparowanie od niej bezprawności, stąd często to co na pierwszy rzut oka wydaje się z systemowego punktu widzenia przypadkiem urojenia sytuacji kontratypowej, jest po prostu błędem co do znamienia czynu (brakiem zamiaru)⁵⁷. Jeżeli pojęcie przestępstwa spróbujemy przeanalizować na poziomie określonego typu czynu zabronionego, to może okazać się, że np. niektóre z nich praktycznie w ogóle nie dopuszczają korektur w postaci jakichkolwiek (np. art. 127 § 1 k.k.) lub pewnych kontratypów (np. legalizacja zgwałcenia w obronie koniecznej)⁵⁸. Niektórzy takie sytuacje uogólniają, wypowiadając się za nowym, prostszym systemem – dwuelementową definicją przestępstwa (teorią negatywnych znamion czynu zabronionego), która także ma pewne wady, bowiem odróżnienie między brakiem istoty czynu a brakiem bezprawności w wielu wypadkach może zachowywać swoje znaczenie.

Inspirującą może wydać się więc metodologia problemowa, uprawiana np. na gruncie anglosaskiego prawa karnego. Systematyka może bowiem upośledzać ocenę konkretnego przypadku przez narzucanie rozstrzygnięć, które akurat tutaj okazują się być nietrafnymi z kryminalno-politycznego czy sprawiedliwościowego punktu widzenia. Natomiast można sobie wyobrazić np. rozwiązywanie zagadnienia nieświadomości bezprawności w odniesieniu do konkretnych typów czynów zabronionych, raz wymagając świadomości bezprawności, innym razem zadowolając się li tylko potencjalną świadomością. Nie musi to być przesądzone jedynie konstrukcją typu czynu zabronionego, może wynikać także z potrzeb kryminalno-politycznych, które w zakresie czynów umyślnych (z nieświadomością bezprawności) są przecież zróżnicowane. W anglosaskim prawie karnym wymagania dotyczące winy związane są każdorazowo z konkretnym typem przestępstwa, stąd oczywiście nie odczuwa się tam potrzeby tworzenia bardziej ogólnych koncepcji form winy⁵⁹. To bardzo pociągający model ustalania granic odpowiedzialności, elastycznie i praktycznie uwzględniający potrzeby kryminalno-polityczne, uzupełniany przecież nie o „wydumane” teoretycznie, lecz ściśle związane z konkretnym przestępstwem okoliczności wyłączające karalność. Jednocześnie jest to jednak model niosący ze sobą pewne niebezpieczeństwo, ponieważ brak

⁵⁶ Np. rozróżnienie w doktrynie i orzecznictwie niemieckim między usiłowaniem nieudolnym (odwrotnym błędem co do okoliczności stanowiącej znamię czynu) a przestępstwem urojonym.

⁵⁷ Przykłady takich sytuacji zob. R.D. Herzberg, *Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau (Teil 1)*, *Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen* 1989, s. 244 i n.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 245.

⁵⁹ Zob. A. Flatau-Kowalska, *Tendencje rozwojowe form winy w systemie anglosaskiego prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1962, nr 5–6, s. 873 i n.

ogólnych zasad (systemu) nie stanowi dostatecznej przeszkody dla możliwych „przerostów” potrzeby karania i prowadzić może do interpretacji rozszerzającej, np. zamiaru, w tym także form odpowiedzialności za skutek opartych na zasadzie *versanti in re illicita*,⁶⁰ czy nawet do znanej przecież prawu angielskiemu „srogiej” odpowiedzialności czysto obiektywnej (*strict liability*)⁶¹. Pogłębienie konkretyzacji niesie więc ze sobą także groźbę skutków niepożądanych dla obywatela, bowiem destrukcja czy nadwerężenie systematyki może orientować prawo karne nieco dalej niż na potrzebę karania sprawcy z powodu popełnienia przez niego przestępnego czynu.

Systematyka przestępstwa zapewnia solidne wypełnianie funkcji gwarancyjnej. Niemniej jednak, szczególnie w nauce niemieckiej, można zaobserwować tendencje, które przekraczają granice funkcji przypisywane systematyce. Krytycznie o stosowanej metodologii w przedmiocie błędu wypowiada się np. R.D. Herzberg⁶². Dla rozwiązania tego problemu przyjmuje on *empirisch-induktive Weg*, a więc dokładną ocenę konkretnej sytuacji w odniesieniu do konkretnych typów czynów zabronionych. Jego zdaniem, główny błąd teorii winy leży w zaniedbywaniu czy wręcz wzgardzie dla tej metody. Zwolennicy teorii winy poszukują ustaleń nie poprzez mozolne i wymagające dużego nakładu pracy analizy wielu różnorodnych typów czynów zabronionych i badaniu form odmiennych. Pozwalałoby to na głębsze i wcześniejsze ujęcie tych często pozornych przypadków błędu co do znamienia okoliczności wyłączającej bezprawność (np. już na etapie braku znamion czynu umyślnego, tzn. braku zamiaru). Przeciwnie, reprezentanci teorii winy najpierw tworzą sobie pewien pogląd, w dosłownym tego słowa znaczeniu we wszystkich możliwych przypadkach i typach przestępstw abstrahując od różnorodności form zjawiskowych takiego błędu⁶³. Klasycznym przykładem, idealnie niemal ilustrującym charakter metody abstrakcyjno-dedukcyjnej, jest tzw. logiczny wniosek odwrotny z przepisu o błędzie. Nieprzypadkowo wywodzi się on z akceptowanej przez naukę naturalizmu i pozytywizmu „logicznej” teorii ekwiwalencji związku przyczynowego⁶⁴. Wnioskowanie jest tutaj następujące:

⁶⁰ Blżej S. Frankowski, *Wina i kara w angielskim prawie karnym*, Warszawa 1976, s. 98 i n.; A. Flatau-Kowalska, *Tendencje...*, op. cit., s. 875 i n. Szczegółowo na temat różnych konkretnych znaczeń *mens rea* w angielskim prawie karnym J. Watzek, *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*, Freiburg im Breisgau 1997, s. 38 i n.

⁶¹ Na ten temat S. Frankowski, *Wina...*, op. cit., s. 124 i n.; tenże, *Obiektywizacja odpowiedzialności w angielskim prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 3, s. 88 i n.; A. Flatau-Kowalska, *Odpowiedzialność karna bez winy w systemie anglosaskiego prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1961, nr 6, s. 974 i n.; J. Watzek, *Rechtfertigung...*, op. cit., s. 51 i n.

⁶² R.D. Herzberg, *Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau (Teil 2)*, Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen 1989, s. 295–296.

⁶³ Przykładem zastosowania takiej abstrakcyjno-dedukcyjnej metody jest np. monografia na temat ogólnej nauki o błędzie jednego ze zwolenników tzw. ścisłej teorii winy H.-U. Paeffgena, *Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre*, Berlin 1979. Paeffgen powołuje się na ontologiczną finalną strukturę czynu.

⁶⁴ Blżej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 57 i n. Teoria ekwiwalencji została „przyswojona” niemieckiemu prawu karnemu przez M. v. Buriego.

skoro nieświadomość znamienia istoty czynu wyłącza umyślność (czy też nie pozwala przyjąć umyślności), to w sytuacji odwrotnej, błędne urojenie znamienia istoty czynu prowadzi do odpowiedzialności za usiłowanie (nieudolne)⁶⁵. Kiedy taką tezę Reichsgericht przyjmował w orzeczeniu z 1908 r., karalność usiłowania nieudolnego w zasadzie nie miała żadnej ustawowej podstawy⁶⁶. Zresztą w tym samym orzeczeniu znalazł się jeszcze jeden wniosek odwrotny, który nieco później uzyskał następującą postać: skoro nieświadomość bezprawności nie wyłącza zamiaru (umyślności), tak urojenie bezprawności nie uzasadnia bezprawia (karalności)⁶⁷. Logiczne uzasadnienie bezkarności tzw. przestępstwa urojonego wydaje się tutaj szczególnym dziwołagiem⁶⁸. Wszystkie te i podobne wnioski odwrotne opierają się na założeniu „prawdziwości” *Schuldtheorie*,⁶⁹ którą, jak była o tym wyżej mowa, wykoncypowali przede wszystkim finaliści z ontologicznej właściwości czynu, oraz na koniecznym rozdzieleniu przedmiotu oceny i samej oceny. Być może z logicznego punktu widzenia są to wnioskowania prawidłowe, „produkują” jednak formy przestępne, które bez „umocowania” w teleologii prawnokarnej oraz w ustawie nie mogą zostać zaakceptowane, nie wspominając o problemie „prawdziwości” samych przesłanek. Taka dedukcja bywa stosowana także w polemikach naukowych, np. w celu wzmocnienia argumentacji przeciwko określonej teorii. Np. wobec *Vorsatztheorie* wysuwany jest zarzut, że urojenie bezprawności musiałoby prowadzić do odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne, ponieważ nieświadomość bezprawności wyłącza zamiar (umyślność). Z kolei teorii winy (*Schuldtheorie*) zarzuca się, że skoro urojenie znamienia kontratypu nie wyłącza umyślności, to w sytuacji odwrotnej, nieświadomości sytuacji kontratypowej, jej zwolennicy powinni dojść do konstrukcji przestępstwa urojonego, a przecież najczęściej przyjmują „koncepcję dokonania”. Pomijając aspekty rzeczowe, jak i kryminalno-polityczne, na drodze czysto logicznego wnioskowania można doprowadzić pewne konstrukcje na skraj kompletnej fikcji, np. kuriozalna postać odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego w formie pomocnictwa z zamiarem ewentualnym przez zaniechanie⁷⁰. Wszystkie przesłanki są tutaj przynajmniej kontrowersyjne: zrównanie działania z zaniechaniem oraz tzw. zamiaru ewentualnego z zamiarem bezpośrednim, karalność usiłowania nieudolnego, interpretacja makarewiczowskiej konstrukcji odpowiedzialności podżegacza i pomocnika. Nawet tak daleko idące „ustalenia” można w ten sposób jeszcze poszerzać, a następnie proponować *de lege ferenda*, jeżeli żadną miarą nie da się ich wyinterpretować z ustawy. Np. skoro granica

⁶⁵ Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie...*, op. cit., s. 61 i n.

⁶⁶ § 43 k.k. z 1871 r. zawierał obiektywną definicję usiłowania jako „początku dokonania”.

⁶⁷ Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawie...*, op. cit., s. 66 i n.

⁶⁸ Wynika ona z zasady *nullum crimen*.

⁶⁹ W okresie przedfinalistycznym na zasadzie *ignorantia iuris nocet*.

⁷⁰ Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Usiłowanie z zamiarem ewentualnym. Przyczynek do nauki o tzw. podwójnym usytuowaniu zamiaru*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 8, s. 46.

między zamiarem ewentualnym a lekkomyślnością jest strukturalnie niewyraźna, a możliwe jest usiłowanie z zamiarem ewentualnym (w tym także usiłowanie nieudolne!), to „logicznie” możliwe jest usiłowanie (także nieudolne!) z lekkomyślności (lub niedbalstwa)⁷¹.

Z myśleniem systemowym (zwłaszcza aksjomatyczno-dedukcyjnym) wiąże się także inne niebezpieczeństwo, na które zwraca uwagę C. Roxin⁷². Dążenie do tego, by wszystkie zjawiska przejrzeć uporządkować według możliwe małej liczby punktów czy kategorii przewodnich, powoduje wybór zbyt abstrakcyjnych pojęć, przez co zaniedbywana jest różnorodność struktur materiału prawnego. Np. poszukiwanie jednolitego ujęcia czynu, który objąłby wszystkie formy przestępstwa, może prowadzić do tego, że przechodzi się nad fundamentalnymi różnicami rzeczowymi między czynem umyślnym i nieumyślnym, przestępstwem popełnionym przez działanie i zaniechanie itd. Szczególnie widoczne jest to w ujęciach klasyczno-naturalistycznych przestępstwa, których zwolennicy traktowali jednolicie bezprawie (bezprawność) wszystkich form (przedmiotowo, skutkowo-kausalnie), a w oddzielnej kategorii umieszczali winę (np. umyślność czy nieumyślność były formami winy, „dodawanymi” do kauzalnego naruszenia dobra).

⁷¹ W tym kierunku np. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 363. Również A. Wąsek (w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 2005, s. 204) uważa, że usiłowanie przestępstw nieumyślnych jest *pojęciowo możliwe*.

⁷² C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 218–219.

RYSZARD SZAŁOWSKI

ZAKRES PRZEDMIOTOWY TAJEMNICY PAŃSTWOWEJ.
UWAGI *DE LEGE LATA* I *DE LEGE FERENDA*

Właściwe określenie obszaru informacji podlegających ochronie jest, jak się wydaje, najbardziej ważkim zadaniem ustawodawcy w zakresie prawnej regulacji informacji niejawnych. Nawet doskonale sprecyzowanie zasad i sposobów ochrony nie przyniesie pożądanego efektu, jeśli przedmiot tajemnicy nie zostanie zredagowany z wystarczającą dozą precyzji. Teza ta w odniesieniu do tajemnicy państwowej wydaje się mieć szczególne znaczenie, albowiem chodzi tu z jednej strony o ochronę – w wymiarze informacyjnym – podstawowych interesów państwa, a z drugiej o realizację prawa do informacji publicznej.

Niniejsze opracowanie poświęcone jest analizie zakresu przedmiotowego tajemnicy państwowej w świetle przepisów ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (tj. Dz.U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 z późn. zm.) oraz innych aktów rangi ustawy.

Rozważania odnoszące się do obecnie obowiązującego stanu prawnego poprzedzę uwagami charakteryzującymi zasadnicze etapy ewolucji pojęcia tajemnicy państwowej.

1. W okresie II Rzeczypospolitej idea ochrony, wpierv prawnokarnej, dobra państwa polskiego przed ujawnieniem innej osobie wiadomości, dokumentów, bądź przedmiotów, które należy zachować w tajemnicy przed rządem obcego państwa, zmaterializowała się w treści art. 1 § 1 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 16 lutego 1928 r. o karach za szpiegostwo i niektóre inne przestępstwa przeciwko państwu¹. Prawodawca przewidział również w przepisie § 2 kwalifikowany typ przestępstwa, którego sprawca kieruje swoje działania przeciwko wiadomości, dokumentowi lub przedmiotowi dotyczącemu wojskowej obrony państwa lub jego sił zbrojnych.

Intencja ochrony informacji została tu zarysowana z pełną wyrazistością zarówno w odniesieniu do przedmiotu ochrony (jest nim dobro państwa polskiego), jak i kierunku zagrożenia – rząd obcego państwa. Osłabienie możliwości materializacji tego niebezpieczeństwa miało następować poprzez ochronę

¹ Dz.U. Nr 18, poz. 160.

tych wiadomości, niezależnie od formy ich nośnika, które ze względu na dobro Państwa należy zachować w tajemnicy. Rodzaje takich wiadomości nie zostały dookreślone, natomiast prawodawca przypisał szczególne znaczenie ochronie wiadomości dotyczących sfery militarnej (wojskowej obrony państwa i jego sił zbrojnych).

Definicja tajemnicy państwowej pojawiła się w systemie prawa polskiego w art. 9 § 1 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 24 października 1934 r. o niektórych przestępstwach przeciwko bezpieczeństwu państwa². Zgodnie z treścią tego przepisu stanowiły ją wiadomości, dokumenty lub inne przedmioty, które z powodu ich treści lub jakości należało ze względu na dobro państwa polskiego zachować w tajemnicy przed rządem państwa obcego, choćby nawet zarządzenia, normujące czynności służbowe, nie uznawały ich za tajne albo choćby zachowanie ich w tajemnicy przed pewnym gronem osób było niemożliwe.

Wspomniane rozporządzenie zostało uchylone mocą przepisu art. 40 pkt 3 dekretu z dnia 16 listopada 1945 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy państwa³. W treści dekretu nie zdefiniowano pojęcia tajemnicy państwowej. Wprowadzono natomiast typ rodzajowy przestępstwa polegającego na gromadzeniu lub przekazywaniu wiadomości, dokumentów i innych przedmiotów stanowiących tajemnicę państwową lub służbową (art. 8).

Zakres przedmiotowy tajemnicy państwowej stał się z kolei przedmiotem regulacji w dekreście z dnia 26 października 1949 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej⁴. W treści art. 1 ust. 1 tego aktu określono, że tajemnicę państwową stanowią wszelkie wiadomości, dokumenty lub inne przedmioty, które ze względu na obronę, bezpieczeństwo lub ważne interesy gospodarcze bądź polityczne państwa polskiego albo państw zaprzyjaźnionych mogą być udostępnione wyłącznie osobom do tego uprawnionym. Treścią przepisu art. 1 ust. 2 dekretu Rada Ministrów została upoważniona do szczegółowego określenia zakresu tajemnicy państwowej. W preambule wskazano na cele ochrony takich informacji identyfikując pośród nich dobro Polski Ludowej, zapobieganie przenikaniu wiadomości do ośrodków wrogich oraz wykorzystywaniu tych wiadomości na szkodę Polski Ludowej.

Zmiana treści przepisów regulujących problematykę tajemnicy państwowej stanowiła konsekwencję zmian politycznych zaistniałych po II wojnie światowej.

Do kategorii wartości chronionych, poza zdolnością obronną, wprowadzono takie dobra dotyczące państwa polskiego jak bezpieczeństwo (z kontekstu wynika, iż chodzić tu musiało o bezpieczeństwo wewnętrzne) oraz interesy gospodarcze i polityczne. Nadto objęto zakresem tajemnicy państwowej analogiczny katalog wartości odniesionych do państw zaprzyjaźnionych. W ten oto sposób instytucja

² Dz.U. Nr 94, poz. 851.

³ Dz.U. Nr 53, poz. 300.

⁴ Dz.U. Nr 55, poz. 437.

tajemnicy państwowej stała się narzędziem politycznym. Do decydowania o tym, jakie konkretnie wiadomości, dokumenty lub inne przedmioty miały podlegać ochronie została upoważniona Rada Ministrów, zatem realny zakres ochrony tajemnicy państwowej nie został ujawniony.

Konsekwencją traktowania tajemnicy państwowej jako kategorii politycznej stało się wprowadzenie tej instytucji do Konstytucji PRL z 22 lipca 1952 r.⁵, w której art. 79 ust. 1 pilne strzeżenie tajemnicy państwowej, obok czujności wobec wrogów narodu, potraktowane zostało jako obowiązek obywatela.

Dekret z 1949 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej został uchylony mocą przepisu art. VI pkt 9 ustawy z 19 kwietnia 1969 r. Przepisy wprowadzające kodeks karny⁶.

Nową regulację zakresu przedmiotowego tajemnicy państwowej zawarto w treści art. 120 § 15 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. kodeks karny⁷. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu tajemnica państwowa to wiadomość, której ujawnienie osobom nieuprawnionym mogło narazić na szkodę bezpieczeństwo lub inny ważny interes polityczny lub gospodarczy Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Na podstawie art. XVI ustawy Przepisy wprowadzające kodeks karny Rada Ministrów została upoważniona do szczegółowego określenia w drodze uchwały zakresu wiadomości, dokumentów oraz innych przedmiotów stanowiących tajemnicę państwową.

Treść definicji tajemnicy państwowej zawarta w kodeksie karnym z 1969 r. wskazuje na takie dobra chronione, jak bezpieczeństwo oraz interes polityczny lub gospodarczy PRL. Zrezygnowano w omawianej definicji z wyodrębnienia obronności jako dobra poddanego ochronie (niekonsekwentnie, gdyż w treści art. 260 § 2 kodeksu karnego wskazano, iż wiadomość może stanowić tajemnicę ze względu na obronność lub bezpieczeństwo PRL) oraz umiejscowiono interes polityczny przed interesem gospodarczym (w odróżnieniu od definicji zawartej w dekreście z 1949 r.).

Trzeba również zwrócić uwagę na niekonsekwencję ustawodawcy, który definiując tajemnicę państwową ograniczył jej zakres jedynie do wiadomości, a upoważniając Radę Ministrów do wydania uchwały określającej szczegółowo zakres ochrony posłużył się poprzednio obowiązującą, a wywiedzioną jeszcze z prawodawstwa międzywojennego formułą „wiadomości, dokumenty oraz inne przedmioty stanowiące tajemnicę państwową”. Znalazła ona również odzwierciedlenie w art. 262 kodeksu karnego z 1969 r., który przewidywał odpowiedzialność karną za zagubienie bądź utratę dokumentu lub innego przedmiotu zawierającego tajemnicę państwową.

⁵ Dz.U. Nr 33, poz. 232.

⁶ Dz.U. Nr 13, poz. 95.

⁷ Dz.U. Nr 13, poz. 94.

Nie znajdujemy w treści omawianej regulacji odniesienia do źródeł zagrożenia, usiłowania wskazania podmiotów, które mogłyby czynić wspomnianą szkodę ważnym interesom PRL. Ich konkretyzacja następowała w opisie znamion przestępstwa określonego w art. 261. Chodziło o osoby działające w imieniu lub na rzecz zagranicznej instytucji lub zagranicznego przedsiębiorstwa.

2. Omówione wyżej przepisy obowiązywały do wejścia w życie ustawy z dnia 14 grudnia 1982 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej⁸. W tym akcie normatywnym ponownie zdefiniowano pojęcie tajemnicy państwowej, ale ustawodawca nie poprzestał tym razem na jego sprecyzowaniu na użytek prawa karnego. Dostrzeżona została potrzeba ustawowej regulacji całego zespołu zagadnień dotyczących administrowania takimi informacjami.

Zgodnie z treścią art. 2 ust. 1 ustawy jako tajemnicę państwową określono wiadomość, której ujawnienie osobom nieupoważnionym mogło narazić na szkodę obronność, bezpieczeństwo lub inny ważny interes państwa. W przepisie art. 4 poczyniono zastrzeżenie, iż podlegająca ochronie wiadomość mogła być wyrażona w jakikolwiek sposób, m.in. za pomocą mowy, pisma, rysunku, obrazu, znaku, dźwięku albo zawarta w urzędzeniu, przyrządzie lub innym przedmiocie.

W stosunku do poprzednio obowiązującej definicji powrócono do wskazania na obronność jako przedmiot ochrony w obiegu informacji. Zrezygnowano z różnicowania przedmiotowego podlegającego ochronie interesu państwa na polityczny i gospodarczy, pozostając jedynie przy wymaganii, aby cechował się on ważnością. To zastrzeżenie miało charakter jedynie asekuracyjny z dwóch powodów. Po pierwsze, jeśli rzeczywiście oceniane dobro związane było z bytem takim jak państwo, to przymiot ważności zapewne był jego cechą. Po drugie, sam ustawodawca zawarł w przepisach art. 2 ust. 1 pkt 1–6 ustawy listę wiadomości manifestujących ważny interes państwa – stanowiących w szczególności tajemnicę państwową.

Wśród nich znalazły się zasadniczo trzy grupy informacji. Po pierwsze, dotyczące obronności (m.in. stan sił zbrojnych, uzbrojenie, przygotowania obronne w gospodarce i administracji). Po drugie, wiadomości odniesione do organizacji organów ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego oraz ich działalności (m.in. wyposażenie, formy i metody pracy, dane identyfikujące funkcjonariuszy oraz osoby współdziałające z tymi ze wspomnianych organów, które realizowały zadania wywiadowcze i kontrwywiadowcze⁹, system ochrony granicy państwo-

⁸ Dz.U. Nr 40, poz. 271.

⁹ Sformułowanie użyte w art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczące funkcjonariuszy organów ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego i osób współdziałających z organami bezpieczeństwa publicznego wykonujących zadania z zakresu wywiadu i kontrwywiadu budziło wątpliwości interpretacyjne po przemianach, które nastąpiły w kraju po 1990 r. Dotyczyły one kwestii, czy chodziło tu o ogół funkcjonariuszy organów ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz osób z nimi współpracujących czy tylko o funkcjonariuszy, którzy realizowali zadania w zakresie wywiadu i kontrwywiadu i osoby z nimi współpracujące. Sprawa ta została przedstawiona Trybunałowi Konstytucyjnemu przez pierwszego prezesa Sądu Najwyższego w formie pytania wymagającego zasadniczej wykładni ustawy. Trybunał Konstytucyjny odno-

wej)¹⁰. Po trzecie, zakres treści tajemnicy państwowej objął w omawianym wykazie informacje dotyczące gospodarki narodowej i finansów państwa (m.in. poziom produkcji o podstawowym znaczeniu, stan rezerw państwowych, działalność emisyjną banków, przechowywanie i transport wartości pieniężnych).

Nadto ochroną objęto przygotowania i negocjacje w sprawie zawarcia umów międzynarodowych oraz zdecydowano, iż tajemnicę państwową stanowi także treść umowy lub wiadomość występująca w stosunkach międzynarodowych, jeśli tajność tej umowy lub wiadomości została zastrzeżona, przez co najmniej jedną ze stron.

Katalog informacji stanowiących tajemnicę państwową zaprezentowany w art. 2 ust. 1 ustawy miał jedną, jakże zasadniczą, wadę prawną. Był mianowicie katalogiem otwartym, albowiem wykaz wiadomości zaopatrzone wyróżnikiem „w szczególności”.

W omawianej ustawie dokonano także wewnętrznej subklasyfikacji wiadomości stanowiących tajemnicę państwową. W przepisie art. 12 pkt 2 wyróżniono mianowicie ich kategorię kwalifikowaną określoną jako „wiadomości stanowiące tajemnicę państwową o szczególnie ważnym znaczeniu dla obronności Państwa, Sił Zbrojnych i bezpieczeństwa Państwa”. Rodzaje takich informacji nie zostały w ustawie bliżej wskazane. Ich kwalifikację pozostawiono organom stosującym przepisy ustawy.

Na naczelne i centralne organy państwa oraz terenowe organy administracji państwowej stopnia wojewódzkiego, a także prezesa NBP nałożono, mocą art. 6 ustawy, obowiązek ustalania wykazów zawierających szczegółowe określenie rodzajów wiadomości stanowiących tajemnicę państwową oraz wykazów wiadomości stanowiących tajemnicę państwową o szczególnym znaczeniu dla obronności państwa, sił zbrojnych i bezpieczeństwa państwa, występujących w zakresie działalności tych organów oraz w działalności jednostek organizacyjnych im podległych lub przez nie nadzorowanych. Wykazy takie podlegały ogłoszeniu w dzienniku urzędowym lub w innym wydawnictwie organów je ustalających, z wyłączeniem zawierających wiadomości dotyczące obronności państwa, sił zbrojnych i bezpieczeństwa państwa. Wszystkie wspomniane wykazy podlegały bieżącej aktualizacji.

Po demokratyzacji państwa, jaka nastąpiła w 1990 r. taka konstrukcja prawna została zakwestionowana przez Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 13 czerwca 1994 r. (sygn. S 1/94)¹¹, jako że „mimo formalnego rozbudowania

sząc się do tego wniosku w stosownej uchwale z dnia 13 czerwca 1994 r. (Dz.U. Nr 74, poz. 336) opowiedział się za ograniczeniem zakresu tajemnicy państwowej do funkcjonariuszy organów bezpieczeństwa publicznego, którzy realizowali zadania w zakresie wywiadu i kontrwywiadu oraz osób, które współdziałały z tymi organami wyłącznie w takim zakresie.

¹⁰ Jako stanowiące tajemnicę państwową potraktowano również, mające związek z obu wskazanymi wyżej sferami, wiadomości m.in. o pracach naukowo-badawczych, wynalazkach, wzorach użytkowych czy procesach technologicznych.

¹¹ Opublikowane w: Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy 1994, poz. 28.

przepisów, wykazuje cechy nieokreśloności i systemowej niespójności.” Opisana konstrukcja prawna nie dawała się pogodzić, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, z zasadą *nullum crimen sine lege*. Ustawodawca przewidując odpowiedzialność karną za ujawnienie tajemnicy państwowej nie dookreślił jej zakresu przedmiotowego w ustawie.

Nadto w uzasadnieniu uchwały w sprawie W. 3/94¹² Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że „strzeżenie tajemnicy państwowej nie jest wartością samoistną, lecz pochodną od żywotnego znaczenia objętych nią spraw dla rzeczywistych, ważnych interesów Państwa. Nadmierne rozszerzenie katalogu spraw objętych tajemnicą państwową bądź nadmierne rozszerzanie ich zakresu w drodze wykładni, prowadziłoby do kolizji z innymi wartościami konstytucyjnymi (wolność wypowiedzi, wolność informacji, demokratyczna kontrola obywatelska nad organami państwowymi) i osłabiałoby równocześnie skuteczność mechanizmów gwarancyjnych, ważnych dla ochrony rzeczywistych interesów Państwa”.

Wobec tych poważnych wątpliwości, wyrażonych przez Trybunał Konstytucyjny, co do sposobu ujęcia zakresu tajemnicy państwowej w ustawie z 1982 r. podjęte zostały stosowne prace legislacyjne, które jednak zakończyły się niepowodzeniem¹³.

3. W dniu 6 marca 1997 r. została podpisana w Brukseli między stronami Traktatu Północnoatlantyckiego umowa o ochronie informacji. Na jej podstawie strony zobowiązały się do ochrony i zabezpieczenia informacji oznaczonych jako niejawne (*classified* – tajnych, poufnych) wytworzonych przez NATO lub przekazywanych NATO przez państwo członkowskie bądź pochodzących od państwa członkowskiego i przekazywanych innemu państwu członkowskiemu. W preambule do umowy wskazano, iż celem ochrony jest skuteczność konsultacji politycznych, współpracy i planowania obronnego przy realizacji celów Traktatu. W załączniku nr I do umowy zdefiniowano pojęcia, takie jak: informacja – utożsamiając ją z wiedzą oraz informacja niejawna – określona jako informacja lub materiał, który tak został oznaczony, wymagający ochrony przed nieuprawnionym ujawnieniem¹⁴. Nie określono natomiast tej wiedzy w znaczeniu przedmiotowym. Umowa została ratyfikowana dnia 29 maja 1999 r.¹⁵

¹² Opublikowanej w: Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy 1994, poz. 26.

¹³ Na temat ich przebiegu piszą: M. Taradejna, R. Taradejna, *Dostęp do informacji publicznej, a prawna ochrona informacji dotyczących działalności gospodarczej, społecznej i zawodowej oraz życia prywatnego*, Toruń 2003, s. 18–21 oraz S. Hoc, *Ochrona informacji niejawnych i innych tajemnic ustawowo chronionych. Wybrane zagadnienia*, Opole 2006, s. 12.

¹⁴ Z kolei wyraz „materiał” obejmuje dokumenty, jak też dowolną część urzędnienia, wyposażenia lub broni wyprodukowanych lub będących w trakcie produkcji; natomiast wyraz „dokument” oznacza dowolną zarejestrowaną informację, niezależnie od jej fizycznej postaci lub cech charakterystycznych, w tym, bez ograniczeń, tekst pisany lub drukowany, dane w postaci kart i taśm, mapy, wykresy, fotografie, obrazy, rysunki, ryciny, szkice, notatki i materiały robocze, kalki węglowe i taśmy atramentowe lub kopie wykonane dowolnymi środkami i metodami oraz nagrania dźwiękowe, magnetyczne, elektroniczne, optyczne lub wideo w dowolnej postaci, jak również przenośny sprzęt elektroniczny z wbudowaną na stałe lub wymienną pamięcią.

¹⁵ Dz.U. z 2000 r., Nr 64, poz. 740.

Treść umowy między stronami Paktu Północnoatlantyckiego o ochronie informacji nie obligowała do wprowadzania nowych, w wymiarze merytorycznym, kategorii informacji podlegających prawnej ochronie. Umowa nie zobowiązywała do posługiwania się kategorią szeroko rozumianych informacji niejawnych. Nakładała natomiast na strony obowiązek stosownej ochrony informacji wymienianych między władzami Paktu a stronami oraz między stronami.

W ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy z 1982 r. o tajemnicy państwowej i służbowej¹⁶ postanowiono, iż jeśli z umów międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest stroną, wynika konieczność wymiany wiadomości stanowiących tajemnicę państwową lub służbową, dokumenty otrzymywane z zagranicy oraz wysyłane za granicę w wykonaniu tych umów oznacza się odpowiednią do ich treści klauzulą. Z kolei, jeżeli z tych umów wynikają inne niż przyjęte w nowelizowanej ustawie reguły oznaczania dokumentów oraz postępowania z wiadomościami stanowiącymi tajemnicę państwową bądź służbową, wówczas stosuje się zasady wynikające z tych umów.

Potrzeba wdrożenia, ze względów politycznych, nowej ustawy regulującej zagadnienia ochrony tajemnicy państwowej i służbowej występowała w tej sytuacji obok konieczności dostosowania systemu obowiązującego prawa do standardów NATO (wobec bliskiej perspektywy wstąpienia do tej organizacji).

2 kwietnia 1997 r. uchwalona została Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej¹⁷. Zgodnie z brzmieniem przepisów zawartych w treści art. 61 przyznane zostało obywatelowi prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Ograniczenie tego prawa może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i prawa innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

Z kolei z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej wynika, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i prawa mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są potrzebne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, przy czym ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Zatem, przystępując do prac legislacyjnych w odniesieniu do zakresu przedmiotowego tajemnicy państwowej i służbowej, ustawodawca był ograniczony przepisami Konstytucji w swobodzie zamykania dostępu do informacji, natomiast z treści natowskiej umowy o ochronie informacji nie wynikały zobowiązania do poszerzania zakresu treści informacji prawnie chronionych.

¹⁶ Dz.U. Nr 110, poz. 714.

¹⁷ Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

4. Efektem procedury legislacyjnej stała się ustawa z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych¹⁸. S. Hoc słusznie stwierdza, iż ustawa ta „w wielu kwestiach wykracza poza standardy i rozwiązania przyjęte w państwach natowskich”¹⁹.

Według definicji zawartej w art. 2 pkt 1 ustawy, tajemnicą państwową była informacja niejawna określona w wykazie rodzajów informacji niejawnych, stanowiącym załącznik nr 1, której nieuprawnione ujawnienie mogło spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej, a w szczególności dla niepodległości lub nienaruszalności terytorium, interesów obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli, albo narazić te interesy na co najmniej znaczną szkodę.

W art. 23 ust. 1 wprowadzono regułę klasyfikowania informacji stanowiących tajemnicę państwową na ściśle tajne oraz tajne. Klauzulą „ściśle tajne” miały być oznaczane informacje w przypadku, gdy ich nieuprawnione ujawnienie mogłoby spowodować istotne zagrożenie dla niepodległości, nienaruszalności terytorium albo polityki zagranicznej lub stosunków międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej albo zagrażać nieodwracalnymi lub wielkimi stratami dla interesów obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli lub innych istotnych interesów państwa, albo narazić je na szkodę w wielkich rozmiarach. Z kolei klauzula „tajne” miała być stosowana w przypadku, gdy nieuprawnione ujawnienie informacji mogłoby spowodować zagrożenie dla międzynarodowej pozycji państwa, interesów obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli, innych istotnych interesów państwa albo narazić je na znaczną szkodę.

Przytoczone wyżej definicje o tyle nie miały praktycznego znaczenia, że w załączniku nr 1 wymieniono łącznie aż 96 rodzajów informacji niejawnych stanowiących tajemnicę państwową²⁰, jednoznacznie rozstrzygając o ich przynależności do grupy ściśle tajnych bądź tajnych.

5. Definicja tajemnicy państwowej została zmieniona ustawą z dnia 15 kwietnia 2005 r. o zmianie ustawy o ochronie informacji niejawnych (...) ²¹.

W efekcie tej nowelizacji, według obecnie obowiązującej treści art. 2 pkt 1, w rozumieniu ustawy tajemnicą państwową jest informacja określona w wykazie rodzajów informacji, stanowiącym załącznik nr 1, której nieuprawnione ujawnienie może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących porządku publicznego, obronności, bezpieczeństwa, stosunków międzynarodowych lub gospodarczych państwa.

¹⁸ Dz.U. Nr 11, poz. 95.

¹⁹ S. Hoc, *Ochrona informacji niejawnych...*, op. cit., s. 16.

²⁰ Nie będą one w tym miejscu przedmiotem szczegółowych rozważań ze względu późniejsze nowelizacje załącznika.

²¹ Dz.U. Nr 85, poz. 727. Na temat przebiegu prac legislacyjnych poprzedzających wspomnianą nowelizację pisze S. Hoc w: *Ochrona informacji niejawnych...*, op. cit., s. 25–27.

Ustawodawca zrezygnował z uściślenia odrębnego definiowania informacji klasyfikowanych jako ściśle tajne bądź tajne, poprzestając na wskazaniu w załączniku nr 1 rodzajów takich wiadomości, które mogą być oznaczane jedną ze wskazanych wyżej klauzul, o ile zdaniem dysponenta informacji ich ujawnienie może spowodować skutki opisane w definicji tajemnicy państwowej zawartej w art. 2 pkt 1 ustawy.

W pierwotnym brzmieniu tego przepisu ustawodawca, definiując tajemnicę państwową, uczynił przedmiotem ochrony podstawowe interesy RP, przykładowo wskazując na niepodległość, nienaruszalność terytorium, obronność oraz bezpieczeństwo państwa i obywateli. W definicji obecnie obowiązującej przedmiotem ochrony są również podstawowe interesy RP dotyczące porządku publicznego, obronności, bezpieczeństwa, stosunków międzynarodowych lub gospodarczych państwa. Katalog ten ma charakter zamknięty.

W nowym brzmieniu definicji dodano do wykazu interesów chronionych tajemnicą państwową porządek publiczny, stosunki międzynarodowe i gospodarcze państwa, a pominięto niepodległość, nienaruszalność terytorium oraz bezpieczeństwo obywateli. Przedmiotem ochrony w obu definicjach są natomiast obronność i bezpieczeństwo państwa.

Jak już wcześniej wspominałem, Konstytucja RP w art. 61 ust. 3 zezwala na ograniczenie prawa obywatela do informacji o działalności organów państwa ze względu na ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

Uwzględniając treść art. 2 pkt 1 ustawy w obowiązującym brzmieniu oraz treść przywołanego wyżej przepisu ustawy zasadniczej, trzeba postawić następujące pytania. Po pierwsze, czy niepodległość oraz nienaruszalność terytorium przestały być przedmiotem ochrony w związku z ich pominięciem w znowelizowanej wersji art. 2 pkt 1 ustawy? Po drugie, czy Konstytucja przyzwala na ograniczenie dostępu do informacji ze względu na obronność? Po trzecie, czy w tym samym kontekście przedmiotem ochrony mogą być informacje dotyczące stosunków międzynarodowych? Po czwarte, czy ochrona informacji o stosunkach gospodarczych państwa nie wykracza poza konstytucyjne sformułowanie „ważny interes gospodarczy państwa”?

Odpowiadając na pytanie pierwsze, trzeba stwierdzić, że pominięcie w definicji niepodległości i nienaruszalności terytorium państwa nie osłabia ochrony tych wartości. Ustawodawca nakazuje bowiem ochronę informacji, jako stanowiących tajemnicę państwową, ze względu na bezpieczeństwo państwa, a trudno uznać, iż to pojęcie nie pochłania niepodległości i nienaruszalności terytorium. Są one wręcz elementami konstytuującymi definicję bezpiecznego państwa.

Odpowiadając na pytanie drugie, warto zwrócić uwagę, że w art. 61 Konstytucji nie wskazano wprost na obronność jako przesłankę ograniczenia prawa do informacji. Jednak ustawodawca konstytucyjny przyzwolił na limitowanie dostępu do informacji ze względu na bezpieczeństwo państwa. Można wskazać na dwie kate-

gorie tej wartości, a mianowicie bezpieczeństwo zewnętrzne i bezpieczeństwo wewnętrzne. Ich różnicowanie następuje według kryterium lokalizacji źródeł zagrożenia. Ochrona bezpieczeństwa zewnętrznego obejmuje dwa zasadnicze elementy strukturalne: działalność służb ochrony państwa – służb wywiadu i kontrwywiadu oraz zagadnienia obronności konfigurowanej na wypadek militarnego zagrożenia zewnętrznego. Zatem zadania władz publicznych w zakresie obronności państwa stanowią część ich zadań w odniesieniu do ochrony bezpieczeństwa państwa. Stanowisko takie umacnia fakt, że ustawodawca konkretyzując w Konstytucji zadania Rady Ministrów (art. 146 ust. 4 pkt 6 i 7) oraz kompetencje Rady Bezpieczeństwa Narodowego (art. 135) wyróżnia bezpieczeństwo wewnętrzne oraz bezpieczeństwo zewnętrzne. Dlatego też nie można zgodzić się ze stanowiskiem P. Szkudlarka, iż takich wartości jak niepodległość, nienaruszalność terytorium czy obronność nie można utożsamiać z bezpieczeństwem²².

Po trzecie, sytuacja jest bardziej złożona, gdy chodzi o konstytucyjność ochrony informacji dotyczących stosunków międzynarodowych. Definiując tajemnicę państwową ustawodawca dał wyraz konieczności ochrony informacji, których ujawnienie może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów RP, w tym dotyczących stosunków międzynarodowych, jednak treść art. 61 ust. 3 ustawy zasadniczej nie wskazuje na stosunki międzynarodowe jako samoistną przesłankę ograniczania prawa do informacji. Pozostaje zatem przyjąć, iż informacja taka o tyle może stanowić tajemnicę państwową, o ile jej ujawnienie jednocześnie stanowiłoby istotne zagrożenie dla któregośkolwiek z pozostałych dóbr wymienionych w powołanym przepisie Konstytucji, takich jak bezpieczeństwo, porządek publiczny lub ważny interes gospodarczy państwa. Niespełnienie tego warunku nie pozwala uznać konstytucyjności takiej ochrony.

Po czwarte, co do problemu ochrony informacji dotyczących stosunków gospodarczych państwa to, jeśli będzie ona podyktowana potrzebą zabezpieczenia ważnego interesu gospodarczego państwa, to będzie zgodna z intencją ustawodawcy konstytucyjnego.

Analiza zgodności treści art. 2 pkt 1 ustawy (definiującego tajemnicę państwową) z Konstytucją jest o tyle ważna, iż jak słusznie wskazuje T. Szewc „biorąc pod uwagę nakaz bezpośredniego stosowania przepisów Konstytucji (art. 8 ust. 2) oraz zasady powiązań między elementami systemu prawa, należy przyjąć, że utajnienie informacji wykraczające poza standardy konstytucyjne jest bezskuteczne”²³.

6. W załączniku nr 1 do ustawy o ochronie informacji niejawnych zawarte zostały zestawienia informacji, które mogą być oznaczane klauzulą „ściśle tajne”

²² Zob. P. Szkudlarek, *Ustawa o ochronie informacji niejawnych a prawa obywateli*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 7, s. 62. Podobne stanowisko zajmuje S. Hoc w: *Uwagi krytyczne o ustawie o ochronie informacji niejawnych*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 3, s. 81 oraz tenże, *Ochrona informacji niejawnych...*, op. cit., s. 24.

²³ T. Szewc, *Ochrona informacji niejawnych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 73.

bądź „tajne”. Wykaz ten jest dwuczęściowy i obejmuje aktualnie 88 rodzajów informacji scharakteryzowanych w poszczególnych punktach. W pierwszej części wskazano 29 rodzajów informacji, które mogą być oznaczane klauzulą „ściśle tajne”, a w drugiej 59 rodzajów informacji, które mogą być oznaczane klauzulą „tajne”. Z omówionej regulacji wynikają następujące wnioski.

Po pierwsze, tylko informacje o treści wskazanej w załączniku mogą być rozpatrywane jako potencjalnie stanowiące tajemnicę państwową w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych. Ustawodawca zastosował w tytule załącznika formułę przyzwolenia – „mogą być oznaczane” – uznając najwidoczniej, iż przynależność informacji do wskazanej w konkretnym punkcie, wyodrębnionej ze względu na treść, grupy nie przesądza o spowodowaniu istotnego zagrożenia dóbr wskazanych w definicji zaprezentowanej w art. 2 pkt 1 ustawy. Informacje te mogą, zatem również nie zostać oznaczone klauzulą wskazaną w tytule określonej części załącznika, jeśli w ocenie osoby upoważnionej do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału, ich ujawnienie nie spowoduje wspomnianego istotnego zagrożenia wskazanych w definicji dóbr, a co za tym idzie nie stanowią one tajemnicy państwowej²⁴.

Po drugie, użycie formuły „mogą być oznaczane” i wskazanie klauzuli tajności pozbawia tę osobę możliwości decydowania o zaliczeniu informacji określonych przez ustawodawcę jako „ściśle tajne” do „tajnych” i *vice versa*. Zatem skoro informacje wymienione w pierwszej części załącznika mogą być oznaczane klauzulą „ściśle tajne”, to *a contrario* nie mogą być oznaczone klauzulą „tajne” i odwrotnie, informacje które według woli ustawodawcy można oznaczać jako tajne nie mogą zyskać ochrony przewidzianej dla informacji ściśle tajnych.

Wymienione w załączniku nr 1 do ustawy informacje, które mogą być oznaczane klauzulą „ściśle tajne” można podzielić na pięć grup. Pierwszą stanowią wiadomości utajniane ze względu na obronność państwa. Druga grupa informacji dotyczy zagadnień związanych z czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi dokonywanymi przez uprawnione służby. W literaturze kwestionuje się zasadność zaliczenia form i metod pracy operacyjnej do informacji tajnych, jako że „są szczegółowo opisane w dostępnych opracowaniach z zakresu kryminalistyki”²⁵. Trzecia grupa informacji odnosi się do metodyki ochrony informacji uznanych za ściśle tajne. Czwartą stanowią wskazane szczegółowo czynności przewidziane w ustawie z 1997 r. o świadku koronnym²⁶. Wreszcie status ściśle tajnych mogą uzyskać informacje wymieniane z organizacjami międzynarodowymi i państwami oznaczone klauzulą „top secret” lub równorzędną, jeżeli wymagają tego umowy międzynarodowe, na zasadzie wzajemności. Kwestionując zasadność tego ostatnio

²⁴ Podobnie S. Hoc, *Ochrona informacji niejawnych...*, op. cit., s. 28; W. Wróbel, *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji*, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, (red.) A. Zoll, Kraków 2006, s. 1249.

²⁵ Zob. S. Hoc, *Uwagi krytyczne...*, op. cit., s. 81 oraz: tenże, *Ochrona informacji niejawnych...*, op. cit., s. 24.

²⁶ Dz.U. z 2007 r., Nr 36, poz. 232.

wskazanego rozwiązania, P. Szkudlarek słusznie wskazuje, iż „utajnienie informacji może zostać dokonane, jedynie w zależności od jej merytorycznej treści, a nie od tego, że pochodząc z zagranicy została już zaopatrzona jakąś klauzulą”²⁷.

Stosunkowo najliczniejsza grupa informacji, które mogą zostać uznane za stanowiące tajemnicę państwową i oznaczone klauzulą „tajne”, dotyczy zagadnień obronności. Chodzi tu m.in. o wskazane w drugiej części załącznika nr 1 wiadomości odnoszące się do zadań konstytucyjnych organów państwa w zakresie gotowości obronnej, sił zbrojnych, organizacji i funkcjonowania systemu alarmowania wojsk, obrony cywilnej, mobilizacji gospodarki, obiektów szczególnie ważnych dla obronności, obiektów specjalnych, sieci telekomunikacyjnej i kolei, przemysłu obronnego, ochrony przedstawicielstw dyplomatycznych czy urzędów konsularnych.

Interesy dotyczące stosunków międzynarodowych chronione są m.in. poprzez możliwość uznania za tajne wskazanych w załączniku rodzajów informacji dotyczących polityki zagranicznej, dyplomacji, negocjacji, informacji udostępnionych, pod warunkiem takiej ochrony, przez państwo obce bądź organizację międzynarodową.

Interesy dotyczące stosunków gospodarczych manifestują się m.in. możliwością utajnienia wiadomości dotyczących potencjału strategicznego państwa, rezerw państwowych, rozwiązań technicznych, technologicznych i organizacyjnych wymagających ochrony, prac badawczo-rozwojowych o szczególnie istotnym znaczeniu dla interesu gospodarczego państwa, projektów wynalazczych uznanych za tajne zgodnie z przepisami prawa o własności przemysłowej, technologii i systemów zabezpieczeń znaków akcyzy, znaków pieniężnych, papierów wartościowych, decyzji Narodowego Banku Polskiego (do czasu ich podania do publicznej wiadomości) o skokowych zmianach kursu złotego, wysokości stóp procentowych, przedziału odchylenia kursu złotego od centralnego parytetu.

W zakresie ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego ustawodawca umożliwia uznanie za tajne m.in. szczegółowych informacji dotyczących: systemu i sposobu ochrony granicy państwowej, osób podejrzewanych o prowadzenie działalności antypaństwowej, urządzeń sygnalizacyjno-alarmowych i systemów alarmowania w miejscach składowania materiałów jądrowych, czynności śledczych – jeśli ich ujawnienie mogłoby stanowić przeszkodę dla prawidłowego toku postępowania karnego, informacji o szczegółowej strukturze organizacyjnej i etatowej jednostek organizacyjnych, systemie ewidencji danych o funkcjonariuszach, żołnierzach i pracownikach oraz informacji związanych z działalnością organów i służb upoważnionych do prowadzenia pracy operacyjno-rozpoznawczej (chyba że informacje takie zostaną uznane za ściśle tajne).

²⁷ P. Szkudlarek, *Ustawa o ochronie informacji niejawnych...*, op. cit., s. 62. Podobnie sądzi S. Hoc, zob. tenże, *Uwagi krytyczne...*, op. cit., s. 81.

Wreszcie za tajne mogą zostać uznane informacje odnoszące się do metodyki ochrony takiego rodzaju wiadomości.

7. Niektóre z informacji wymienionych w załączniku zostały zredagowane precyzyjnie, jednoznacznie (np. hasła i kody dostępu do urządzeń przechowujących, przetwarzających i przesyłających informacje oznaczone klauzulą „ściśle tajne”). Ich ujawnienie, co oczywiste, godzi w podstawowe interesy RP, zatem informacje takie powinny zostać oznaczone stosowną klauzulą.

Jednak trzeba zauważyć, iż treść wielu z wymienionych w załączniku informacji została zredagowana ogólnikowo, co czyni ich dysponenta podmiotem subiektywnie oceniającym, według niedookreślonych kryteriów, czy ujawnienie informacji zawartych w treści konkretnego dokumentu może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów RP wskazanych w ustawie.

Ocena ta jest podwójnie złożona. Po pierwsze, odnosi się ona do znamienia istotności zagrożenia. Sądzić należy, że zagrożenie jest istotne, jeśli stopień prawdopodobieństwa jego wystąpienia, w razie nieuprawnionego ujawnienia informacji, jest znaczny, a siła negatywnego oddziaływania na chronione dobra w sytuacji powstałej po dekonspiracji, grozi ich poważnym uszczerbkiem. Po drugie, ocena możliwości spowodowania tego zagrożenia – w sensie obiektywnym – pozostaje poza zakresem wydolności oceniającego. Prawdopodobieństwo spowodowania zagrożenia zależy przecież od tego komu, kiedy i w jakich okolicznościach informacja zostanie ujawniona oraz jak zostanie wykorzystana przez podmiot, który ją uzyskał.

Pozostaje zatem przyjąć, że nie da się wykluczyć, iż ujawnienie informacji w hipotetycznie niedookreślonym kontekście mogłoby prowadzić do powstania zagrożenia o wyżej wskazanych cechach. Dokonanie powyższej oceny w odniesieniu do kategorii informacji ogólnikowo zredagowanej w załączniku czyni efekt procesu myślowego niepewnym, trudno weryfikowalnym i może skłaniać do nadmiernie rozszerzającej interpretacji możliwości spowodowania istotnego zagrożenia podstawowych interesów RP. Dlatego też nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem W. Odrowąża-Sypniewskiego i P. Radziejwicz, którzy traktują użycie w omawianym załączniku do ustawy pojęć ogólnych lub nieostrych zakresowo jako okoliczności nie wpływającej na jego istotę (jako zbioru o charakterze zamkniętym), ale „co najwyżej pozostawiającej pewien zakres swobody przy klasyfikowaniu informacji jako „ściśle tajnych” lub „tajnych” w ramach każdej z kategorii”²⁸.

8. Regulacje dotyczące zakresu przedmiotowego tajemnicy państwowej zawarte są również w innych aktach prawnych rangi ustawy. Jedne z nich poszerzają zakres wiadomości wskazanych w załączniku nr 1 do ustawy o ochronie

²⁸ W. Odrowąż-Sypniewski, P. Radziejwicz, *W sprawie skutków prawnych wejścia w życie nowelizacji ustawy o ochronie informacji niejawnych na system ochrony informacji stanowiących tajemnicę państwową*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5, s. 142.

informacji niejawnych. Inne nawiązują do treści niektórych punktów załącznika, różniąc się jednak sposobem redakcji.

Po pierwsze, wskazać należy na treść art. 73 ust. 3a ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym²⁹, zgodnie z którym informacje dotyczące przekazanych wojewodzie mazowieckiemu blankietów dowodów rejestracyjnych, pozwoleń czasowych, nalepek kontrolnych i innych dokumentów wymaganych do rejestracji pojazdów oraz tablic rejestracyjnych stanowią tajemnicę państwową. Wskazane materiały są niezbędne dla rejestracji pojazdów służb prowadzących czynności operacyjno-rozpoznawcze.

Po drugie, tajemnicę państwową stanowią zarządzenia dotyczące określenia sposobu kwalifikowania dokumentacji ze względu na okresy jej przechowywania w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz w Agencji Wywiadu wydane na podstawie art. 5 ust. 5 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach³⁰.

Po trzecie, tajemnicą państwową objęte jest zastrzeżenie przez szefa ABW, szefa AW lub ministra obrony narodowej, że na czas określony do niektórych dokumentów, przekazanych Instytutowi Pamięci Narodowej, jeżeli jest to konieczne dla bezpieczeństwa państwa, nie może mieć dostępu żadna inna osoba, poza wyznaczonymi przez nich przedstawicielami³¹.

Po czwarte, w kilku regulacjach ustawowych powtórzono zapisy zawarte w pkt I. 20, 26 oraz II. 30 i 31 załącznika nr 1 dotyczące treści informacji, które mogą być oznaczane klauzulą „ściśle tajne” lub „tajne”, tyle że inaczej niż w tytule załącznika, postanowiono iż stanowią one tajemnicę państwową. Regulacje te dotyczą informacji odnoszących się do świadka koronnego, funduszu operacyjnego, jakim dysponują służby prowadzące czynności operacyjno-rozpoznawcze oraz w odniesieniu do Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Wywiadu Wojskowego, ABW i AW, stanowisk służbowych, stopni etatowych, ich zaszeregowania do grup uposażenia i przypisanych im stopni służbowych. Trzeba także dodać, że redakcja tych zapisów we wskazanych punktach załącznika oraz przepisach odpowiednich ustaw bynajmniej nie jest identyczna, co rodzić może trudności interpretacyjne³². Np. w pkt I. 26 wspomnianego załącznika jako przedmiot ochrony wymieniono informacje o szczegółowych zasadach tworzenia, ewidencjonowania, gospodarowania

²⁹ Tj. Dz.U. z 2005 r., Nr 108, poz. 908 z późn. zm.

³⁰ Tj. Dz.U. z 2006 r., Nr 97, poz. 673.

³¹ Zob. art. 39 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej, tj. Dz.U. z 2007 r., Nr 63 poz. 424.

³² Zob. art. 23 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym (tj. Dz.U. z 2007 r., Nr 36, poz. 232, a nadto art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. Nr 104, poz. 709), art. 76 ust. 4 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy SKW oraz SWW (Dz.U. Nr 104, poz. 710), art. 9 ust. 4 oraz art. 116. ust. 3 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o ABW oraz AW (Dz.U. Nr 74, poz. 676 z późn. zm.). Zob. także art. 9b ust. 5 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tj. Dz.U. z 2005 r., Nr 234, poz. 1997 oraz art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. Nr 104, poz. 708).

i wykorzystania funduszu operacyjnego i środków specjalnych w służbach prowadzących pracę operacyjno-rozpoznawczą. Natomiast w przepisach ustaw regulujących działalność wymienionych wyżej służb wskazano, iż tajemnicę państwową stanowią jedynie zasady tworzenia i gospodarowania funduszem operacyjnym.

Po piąte, w pkt I. 37 załącznika nr 1 wskazano na możliwość nadania klauzuli „tajne” informacjom, których treść stanowią projekty wynalazcze uznane za tajne zgodnie z przepisami prawa własności przemysłowej, czyli ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r.³³ Na podstawie art. 57 tej ustawy wynalazek tajny stanowi tajemnicę państwową. Wynalazek dokonany przez obywatela polskiego może być uznany za tajny, jeżeli dotyczy obronności lub bezpieczeństwa państwa. O tajności wynalazku dotyczącego obronności lub bezpieczeństwa państwa postanawiają, odpowiednio, minister obrony narodowej, minister właściwy do spraw wewnętrznych lub szef ABW.

W odniesieniu do wszystkich rodzajów informacji wskazanych w prowadzonych ostatnio rozważaniach ustawodawca użył formuły, iż stanowią one tajemnicę państwową bądź objęte są taką tajemnicą. Z takiej regulacji wynika szereg wniosków.

Po pierwsze, „pojęcie tajemnicy państwowej, o którym mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych nie jest pojęciem uniwersalnym, służącym całemu polskiemu systemowi prawa³⁴”. Oznacza to konieczność interpretacji zakresu tajemnicy państwowej na gruncie art. 265 kodeksu karnego, wprowadzającego odpowiedzialność za ujawnienie lub wbrew przepisom ustawy wykorzystywanie informacji ją stanowiących. Czy tajemnica państwowa w rozumieniu tego przepisu ogranicza się wyłącznie do informacji spełniających warunki definicji ustawy o ochronie informacji niejawnych (tak np. W. Wróbel³⁵), czy też obejmuje ona wszelkie informacje uznane przez ustawodawcę za stanowiące tajemnicę państwową (tak np. B. Kunicka-Michalska³⁶).

Po drugie, użycie przez ustawodawcę zwrotu, iż wskazane wyżej (poza ustawą o ochronie informacji niejawnych) informacje „stanowią tajemnicę państwową” oznacza posłużenie się dyspozycją kategoriyczną, wiążącą wszystkich adresatów. Zatem osoba upoważniona do podpisania dokumentu zostaje uwolniona od dokonywania oceny, czy ujawnienie takich informacji może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących dóbr wymienionych w art. 2 pkt 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych. W tym przedmiocie rozstrzygnięcie podjął ustawodawca, skoro uznał, iż wiadomość ta stanowi tajemnicę państwową.

Po trzecie, można wątpić, czy informacje uznane za stanowiące tajemnicę państwową na mocy ustaw szczegółowych powinny podlegać ochronie na podstawie

³³ Tj. Dz.U. z 2003 r., Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.

³⁴ B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji*, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, (red.) A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 452.

³⁵ W. Wróbel, *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji...*, op. cit., s. 1251.

³⁶ B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji...*, op. cit., s. 452.

ustawy o ochronie informacji niejawnych, albowiem w jej art. 2 pkt 1 wyraźnie zastrzeżono, że podana tam definicja tajemnicy państwowej dotyczy tylko tej ustawy. Nie sposób jednak bronić takiego stanowiska, jako że w ustawach szczegółowych nie zredagowano jakichkolwiek odrębnych reguł ochrony informacji stanowiących według ich treści tajemnicę państwową.

Po czwarte, brak jest jasności, jaką klauzulą, „ściśle tajne” czy „tajne”, powinny być oznaczane informacje stanowiące tajemnicę państwową, jeśli nie zostały wymienione w załączniku nr 1 do ustawy. Wydaje się, że wobec braku jednoznacznego przyzwolenia ze strony ustawodawcy na klasyfikowanie ich jako ściśle tajnych pozostaje tylko stosowanie klauzuli „tajne”.

9. Reasumując chciałbym przedstawić kilka wniosków *de lege ferenda* wynikających, jak sądzę, z przedstawionych rozważań.

Po pierwsze, warto ponownie ocenić zredagowane w art. 61 ust. 3 Konstytucji przesłanki ograniczania prawa do informacji. Pominięcie wśród nich względu na obronność państwa oraz stosunki międzynarodowe nie wydaje się słuszne. Zasadność tez o konieczności ochrony interesu państwa w tych sferach powinna wprost wynikać z ustawy zasadniczej.

Po drugie, informacje wymienione w załączniku nr 1 do ustawy o ochronie informacji niejawnych powinny zostać doprecyzowane i określone jako stanowiące, z mocy ustawy, tajemnicę państwową (przy jednoczesnym ograniczeniu ich zakresu przedmiotowego), a osoby dokonujące klasyfikacji zobowiązane do stosowania odpowiedniej klauzuli tajności.

Po trzecie, warto rozważyć ewentualność rezygnacji z posługiwania się wykazem informacji tajnych w postaci załącznika do ustawy. Przedmiotowy akt prawny może bowiem regulować zasady i sposoby ochrony, a rodzaje informacji stanowiących tajemnicę państwową można, w sposób znacznie bardziej przejrzysty i komunikatywny, prezentować w aktach prawa materialnego regulujących poszczególne zagadnienia.

Po czwarte, obecne brzmienie definicji tajemnicy państwowej zawartej w treści art. 2 pkt 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych proponuję zastąpić następującym:

– tajemnicę państwową stanowią informacje wskazane w ustawach odrębnych oraz umowach międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, których nieuprawnione ujawnienie może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej dotyczących bezpieczeństwa, porządku publicznego lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

Przytoczenie *in extenso* w treści takiej definicji konstytucyjnych podstaw ograniczania prawa do informacji o działalności organów władzy publicznej zacerpniętych wprost z treści aktualnego brzmienia art. 61 ust. 3 Konstytucji eliminuje wszelkie spory o konstytucyjność obecnie obowiązującej definicji tajemnicy państwowej.

ADRIANNA MIĘKINA



ZABÓJSTWO W ŚRODOWISKU MAFIJNYM

1. Wprowadzenie

Nierówny przydział bogactwa, absolutny brak jednakowego prawa dla wszystkich, przewaga potęgi jednostki, wyłącznie osobisty charakter wszelkich stosunków społecznych, to wszystko połączone w sposób nieunikniony z ogromną nienawiścią; od namiętności do zemsty; od tego, kto nie wymierza sprawiedliwości i nie mści się nie mając honoru. W takim stanie rzeczy nic nie stało na przeszkodzie nadzwyczajnej gwałtowności zwyczajów i ogromnej pogardzie dla życia ludzkiego, do których przystawały lokalne okoliczności, zwyczaje i tradycje¹.

Cosa Nostra zawsze zabijała, stąd nie wydaje się słuszne stwierdzenie, że w przeszłości mafia ograniczała się jedynie do rozwiązywania sporów. „Stara dobra mafia” wydaje się być wytworem literackim, podczas gdy prawdziwa Cosa Nostra zawsze uciekała się do zabójstwa, gdy okazywało się to konieczne dla obrony jej interesów². Użycie siły i zastraszenia stanowiło część kultury tamtego regionu, stanowiąc wartość samą w sobie. Zdolność egzekwowania przymusu poprzez przemoc budziło respekt. Stąd też liczne zachęty i usprawiedliwienia dla ochrony honoru i władzy. Fizyczna eliminacja konkurentów stanowiła najbardziej efektywny sposób pokazania umiejętności wzbudzania respektu. Taki stan rzeczy potwierdzają także sformułowania definiujące mafiosów jako „ludźmi honoru”, którzy „potrafią dbać o swoje sprawy” i „wzbudzać szacunek”. Podstawą istnienia kodeksu zachowań stoi pojęcie „zmowy milczenia” (omertà). Według tego kodeksu człowiek wzbudza szacunek poprzez przemilczenie spraw, których był świadkiem, ofiarą czy sprawcą. Poprzez manipulowanie kodeksem prowadzącym do kontroli zachowań jednostek starano się oddalić możliwość ingerencji zewnętrznej. Zmowa milczenia nie była pojęciem abstrakcyjnym, które wzmacniało czy wpływało na zachowania, a stanowiło konkretny czynnik zachowania

¹ *La Sicilia nel 1876*, Barbèra 1877, Vol. II – L. Franchetti, *Condizioni politiche e amministrative della Sicilia*, s. 82.

² L. Violante, *Non è la piovra*, Einaudi 1994, s. 18.

osób, które były wzajemnie od siebie zależne w mniejszym lub większym stopniu³. Można zatem wnioskować, iż system mafijny ma na celu ochronę określonych interesów i odgrywa ważną rolę dla ustanowienia konkretnego rodzaju stosunków społecznych⁴. Z tych właśnie przyczyn, z punktu widzenia działalności przestępczej, Cosa Nostra nie może być mylona z innymi grupami przestępczymi, takimi jak: camorra (Neapol, Kampania)⁵, 'ndrangheta (Kalabria)⁶, Santa Corona Unita (Apulia)⁷, stidda (Agrigento, Sycylia)⁸, ani – dla porównania – polska przestępczość zorganizowana⁹. Charakterystyka mafijna mierzy w utrzymanie hegemonii terytorialnej nad jednostkami przebywającymi na tym terenie w aspekcie zarówno fizycznym, jak i psychicznym. Mafia przede wszystkim chce zdominować społeczeństwo, a w konsekwencji może skoncentrować się na zdobywaniu władzy w instytucjach państwowych. Generalnie można stwierdzić, iż tam, gdzie sprawuje władzę mafia, cel stanowi zdeformowanie struktur społecznych, dając w zamian jedyne go rodzaju hybrydę, która zamienia mieszkańców w poddanych. Na terytorium zdominowanym przez mafiozów kreuje się społeczeństwo łączące w sobie dyktaturę totalitarną w nowym wydaniu z pewnym rodzajem poddaństwa¹⁰. Wraz z nieodłącznymi cechami, takim jak przemoc i śmierć, mafia negatywnie wpływa na mieszkańców oraz na poziom jakości życia¹¹.

³ A. Blok, *La mafia di un villaggio siciliano*, Einaudi 1986, s. 205.

⁴ R. Catanzaro, *Il delitto come impresa*, Liviana Editrice 1998, s. 16.

⁵ Por. F. Barbagallo i in., *Camorra e criminalità organizzata in Campania*, Liquori 1988; M. Monnier, *La camorra. Notizie storiche raccolte e documentate*, Argo 1998; E. Di Majo, *I grandi camorristi del passato*, Edizioni Scientifiche Italiane 1998; F. Barbagallo, *Il potere della camorra (1973–1998)*, Einaudi 1999; M. Esposito, *Uomini di camorra. La costruzione-sociale dell'identità deviante*, Franco Angeli Edizioni 2004; V. Paliotti, *Storia della camorra. Dal '500 ai nostri giorni*, Newton & Compton 2004; G. Di Fiore, *La camorra e le sue storie. La criminalità organizzata a Napoli dalle origini alle ultime «guerre»*, UTET 2005; A. Consiglio, *La camorra a Napoli*, Guida 2005 oraz R. Saviano, *Gomorra, Viaggio nell'impero economico e nel sogno di dominio della camorra*, Mondadori 2006.

⁶ Por. N. Grattieri i in., *Fratelli di sangue*, Cosenza 2006; L. Malafarina, *La 'Ndrangheta*, Gangemi 1986; A. Nicaso, *Alle origini della 'ndrangheta la picciotteria*, Rubbettino 1990; M. Guarini, *Poteri segreti e criminalità. L'intreccio inconfessabile tra 'ndrangheta, massoneria e apparati dello Stato*, Dedalo 2004 oraz E. Cicone, *Processo alla 'Ndrangheta*, Laterza 1996.

⁷ Por. G. Ruotolo, *La quarta mafia. Storie di mafia in Puglia*, Pironti 1994 oraz M. Massari, *La sacra Corona Unita. Potere e segreto*, Laterza 1998.

⁸ C. Ruta, *Cono d'ombra. La mafia a Ragusa*, Edizioni la Zisa 1997; C. Ruta, *Politica e mafia negli Iblei*, Edizioni la Zisa 1998 oraz G. Bascietto, *Stidda. La quinta mafia, i boss, gli affari, i rapporti con la politica*, Pitti 2005.

⁹ Więcej: Z. Rau, *Przestępczość zorganizowana w Polsce i jej zwalczanie*, Kraków 2002 oraz S. Pikulski, *Cosa Nostra – Mafia sycylijska*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1999, nr 3–4.

¹⁰ R. Siebert, *Mafia e quotidianità*, Il Saggiatore 1996, s. 17.

¹¹ Ibidem, s. 23; por. też G. Falcone, M. Padovani, *Cose di Cosa Nostra*, Rizzoli 1992, gdzie G. Falcone jako pierwszy podważa tezę, jakoby mafia rodziła się z biedy i podkreśla, że to działalność mafijna prowadzi do zubożenia.

2. Przyczyny zabójstw w środowisku mafijnym

2.1. Przemoc wewnętrzna

Cosa Nostra, będąc wielką organizacją, posługuje się przemocą w celu przywrócenia porządku wewnętrznego, zapewniając wykonanie wewnętrznego „regulaminu”. To konieczność znalezienia skutecznego mechanizmu, pozwalającego sankcjonować niewłaściwe zachowania, stała się ratio zastosowania tego środka. „Wewnątrz państwa mafijnego nie istnieją sądy ani siły porządkowe, jest nieodzowne, by każdy z „obywateli” wiedział, że kara jest nieuchronna i że wyrok zostanie niezwłocznie wykonany. Kto narusza reguły, zapłaci życiem”. Dla sędziów takie represje stanowią wskaźnik stanu kondycji organizacji i stopnia kontroli, jaką ona sprawuje na danym terytorium. Stosowanie kary stanowi bowiem odzwierciedlenie wewnętrznych konfliktów Cosa Nostry. Rozumie się, że dopóki się zabija sytuacja jest niestabilna¹². Przemoc jest ściśle związana z tajemnicą w tym sensie, że uciekając się do przemocy Cosa Nostra musi działać niepostrzeżenie, by nie narazić się na reakcję represyjną organów państwowych. Nie ma zatem mowy o pewnej regule dyktowanej względami ideowymi, a jedynie o strategii obrony swoich interesów. Państwo natomiast nawet, posługując się niejednokrotnie tajemnicą w kontaktach z niektórymi przedstawicielami mafii, nie może w żaden sposób legitymizować działań represyjnych mafii, co mogłoby zadać fatalny cios podstawom sprawowania swojej własnej władzy. Patrząc na sprawę z innej strony, element tajemnicy sprawia, że mafia, wykluczając się z państwowego porządku prawnego, może działać już tylko w sekrecie i stąd nie mając innych narzędzi ucieka się do użycie siły także w konfliktach wewnętrznych, bowiem jej żądania, będąc konkurencyjnymi względem państwowych, nie mogą być przez samo państwo uznane, a tym bardziej chronione¹³. Nie mając innego punktu odniesienia, mafia staje się sama dla siebie punktem odniesienia i stąd też musi walczyć o uznanie swoich racji. W celu zapewnienia utrzymania tajemnicy wewnątrz organizacji Cosa Nostra oczekuje od swoich członków szerokiej samokontroli i samodyscypliny oraz zabrania im pewnych zachowań¹⁴.

Kodeks kulturowy operuje pojęciem zmowy milczenia. Jego istota polega na zakazie współpracy z organami państwowymi, włączając w to korzystanie z określonych świadczeń państwowych, choćby były one związane z występowaniem w roli ofiary przestępstwa. Nawet skazany za przestępstwo, którego nie popełnił, zobowiązany jest odbyć karę, jeśli jest to jedynym sposobem uniknięcia konieczności ujawnienia policji szczegółów dotyczących prawdziwych winnych¹⁵. Jedynym wyjątkiem są zgłoszenia skradzionych samochodów, które są

¹² G. Falcone, M. Padovani, *Cose di...*, op. cit., s. 37–38.

¹³ L. Paoli, *Fratelli di mafia*, Il Mulino 2000, s. 132, 136.

¹⁴ Ibidem, s. 145.

¹⁵ Ibidem, s. 142.

dokonywane w celu ewentualnego uniknięcia odpowiedzialności za czyny popełnione z użyciem takiego samochodu już po dokonaniu kradzieży. Tym razem jednak także zgłoszenie dotyczyć może jedynie faktu kradzieży, a nie jej sprawy.

Cosa Nostra wyciągnęła dwie bardzo ważne i trwałe korzyści z łączenia pojęć „zmowa milczenia” i „honor”. Po pierwsze, powstała otoczka ideologiczna sztyta na miarę ambicji mafijnych nobilitująca członków Cosa Nostry, przedstawiając ich jako wzory potrafiące zachować milczenie. Następnie mafiozi skorzystali z nieufności promowanej przez ruch sycylijski prowadzony przeciw organom państwowym, wykorzystując na swój użytek silną sankcję moralną grożącą wszystkim, którzy występowali do państwa o pomoc w ochronie swych praw¹⁶.

Mówiąc o regułach panujących w świecie Cosa Nostry, należy pamiętać, iż mafia składa się z ludzi mających swoje wymagania, pragnienia oraz zachowania, które z czasem ewoluują. Mafiozi nie prowadzą życia wzorem franciszkańskim. Wykonują „pracę”, która wymaga na co dzień wytrwałości, odwagi i okrucieństwa, ale także daje możliwość korzystania z życia. Ponadto irytacja spowodowana narzuceniem reguł, którym niełatwo sprostać, pociąga za sobą niejednokrotnie decyzje o wycofaniu się bądź raczej przeciwstawieniu narzuconym przez organizację zasadom dokonany ze świadomością, że nie jest to przewidziane przez „regulamin” mafijny. Niektórzy poświęcają dotychczasowy tryb życia, którego nie mogą pogodzić z własnym sumieniem, i postanawiają walczyć o powrót do społeczeństwa, stając się świadkami w procesach mafijnych (tzw. pentiti)¹⁷. Motywy leżące u podstaw takich decyzji są przeróżne. Mannoia wyznaje: „Zabili mi brata, który był moim ulubieńcem; zabili w więzieniu Vincenzo Puccio, głowę rodziny Ciaculli, który próbował poprowadzić odwet palermitańczyków przeciw Corleonem; to oczywiście, że teraz przyszła pora na mnie. Jeśli chcę ułożyć sobie życie z Ritą, muszę zacząć mówić”. Mannoia wolał miłość od tradycyjnych wartości mafijnych. Nie bał się śmierci, wybrał życie dla siebie samego i dla swoich bliskich¹⁸. Contorno natomiast powiedział: „Zdecydowałem się współpracować, bo Cosa Nostra to banda tchórzów i zabójców”¹⁹.

Inni okazują się podatni na urok dóbr doczesnych, stosując praktyki nieakceptowane przez organizację. Gaetano Grado zaryzykował postrzeleniem przez swojego szefa, kiedy po uczestniczeniu w masakrze na viale Lazio w 1969 r. bawił się w towarzystwie prostytutek. Dla „człowieka honoru” nie ma nic bardziej hańbiącego niż mieć do czynienia z prostytutką. To samo tyczy się gier hazardowych,

¹⁶ Ibidem, s. 144.

¹⁷ G. Falcone, M. Padovani, *Cose di...*, op. cit., s. 38–39; zob. też: W. Smardzewski, *Kilka uwag o włoskiej przestępczości zorganizowanej i roli „pentito” w jej zwalczaniu*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 1 oraz J. Brylak, A. Gilardini, R. Privitera, *Instytucja świadka koronnego w systemie włoskiego prawa procesowego*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 11.

¹⁸ Ibidem, s. 84.

¹⁹ Ibidem, s. 65.

które jest jednocześnie naganne i przynoszące niemały zysk. Alfredo Bono chętnie, choć w tajemnicy bawił się w kasynach, kiedy jechał na północ Włoch²⁰.

Także w przypadku spraw małżeńskich istnieje rozróżnienie między regułami, które muszą być formalnie szanowane, a ich zastosowaniem w praktyce. Uważa się, żeby żona nie została poniżona w swoim środowisku społecznym i stąd wszystko musi dziać się poza jej wiedzą, z zachowaniem dyskrecji. Taki stan rzeczy nie tylko nie dyskredytuje „człowieka honoru”, ale może wręcz zostać uznane za zachowanie profesjonalne skutkujące wzrostem jego autorytetu²¹. Jedno jest pewne, że „W sercu Cosa Nostry każdy, kto zdradzi przysięgę wierności składanej organizacji, zostaje skazany na śmierć i stąd też będzie prześladowany do końca swoich dni”²².

2.2. Akumulacja bogactwa i władzy

Celem, do którego dąży Cosa Nostra, jest zgromadzenie jak najwięcej władzy w każdej możliwej sytuacji, co można nazwać „permanentnym podbojem terytorium, instytucji i interesów”. Ta właśnie charakterystyka przydaje mafii pewną kulturę, wymiar i strategię polityczną, która odróżnia ją od innych grup przestępczych. Cosa Nostra działa z pewną łatwością dostosowywania się w najlepszy możliwy sposób do każdej sytuacji oraz rozszerzania swoich wpływów, władzy poprzez wzajemne przysługi, stosunek uprzywilejowania, rozwój stosunków rodzinnych, tworzenie „klienteli”, oddawanie przysług i idące za tym ich odwzajemnianie. Mamy do czynienia z organizacją utylitarną, która zrobi wszystko dla własnego rozwoju, a przynajmniej do utrzymania swojej pozycji jednocześnie broniąc się przed możliwym niebezpieczeństwem. Główną zasadą pozostaje otrzymanie jak największych rezultatów możliwie jak najmniejszym kosztem²³.

Strategia Cosa Nostry zakłada funkcję przemocy wobec osób czy mienia na zasadzie sankcji karnych w systemach prawnych. Państwo stosuje ją jako *ultima ratio*, tak jak Cosa Nostra ucieka się do zabójstwa tylko, gdy nie ma już innego środka, który prowadzi do wyznaczonego celu. Najpierw próbuje się drogi kompromisu, zastraszenia lub korupcji²⁴. Przemoc to tradycyjny element strategii Cosa Nostry, który jednakże stosowany jest z zastosowaniem pewnego rodzaju logiki. Stąd też myślenie o mafii jako o fabryce przemocy oznacza mylenie celu z narzędziem, choćby nawet był to sposób niezbędny do osiągnięcia wyznaczonego celu²⁵.

²⁰ Ibidem, s. 38–39.

²¹ Ibidem, s. 78.

²² L. Paoli, *Fratelli...*, op. cit., s. 141.

²³ L. Violante, *Non è la...*, op. cit., s. 16–17.

²⁴ Ibidem, s. 22.

²⁵ G. Fiandaca, S. Costantino, *La mafia, le mafie. Tra vecchi e nuovi paradigmi*, Editori Laterza 1994, s. 223.

2.3. Akumulacja dóbr i zysków

Przemoc to także instrument do osiągnięcia celu, przez co zachowanie mafijne znajduje w nielegalnym wzbogaceniu powód dla utworzenia pewnych struktur instytucjonalnych. Efektem praktycznym stosowania przemocy staje się osiągnięcie zysku, utworzenie fortuny jednocześnie powodując, że zależność przemoc – zysk znajduje pozytywne oddźwięk w kulturze. Generalnie jednak przestępczość nie jest celem samym w sobie, a stanowi jedynie cel do osiągnięcia nielegalnego zysku. Akumulacja związana jest z funkcjami mediacji i kontroli społecznej oraz jest z reguły akceptowana przez tradycyjną kulturę sycylijską. Nieuchronność zabójstwa i sama śmierć są jej elementami konstytutywnymi, choć poprzedzają je środki mniej ekstremalne takie, jak zastraszanie i korupcja. Uciekanie się do przemocy, zastraszania stanowią także środek osiągania pozycji monopolu w działalności legalnej²⁶. Bardzo ważne jest, aby mafiozo miał świadomość swojej pozycji, wartości i tego, co jest dla niego najważniejsze. „Nawet, jeśli zarobił miliardardy nie może rozpocząć nowego życia poza organizacją”²⁷.

3. Mafia a władza państwowa

Protekcja polityczna ma dalekie korzenie, które z czasem się wzmacniają i rozrastają. Ogólnie może być ona rozumiana jako przykład typowego obowiązku paternalistycznego ze strony klas wyższych w stosunku do klas niższych, który jawi się niższym klasom jako obowiązek wierności. Ten obowiązek tłumaczyło się jako poparcie ze strony panów sycylijskich w instytucjach państwowych, za które panowie otrzymywali luksus życia ofiarowany przez klany mafijne, będąc chronionymi i jednocześnie ochroną przed innymi klanami²⁸.

Strategia polityczna Cosa Nostry opiera się na zajęciu i rządach na określonym terytorium w konkurencji z władzą państwową, posiadanie szerokich źródeł finansowych, dysponowanie nielegalną armią dobrze wyposażoną i nieograniczonym programem ekspansji. Wydaje się być uzbrojoną partią polityczną dotowaną nieograniczonymi źródłami finansowymi²⁹. Cosa Nostra nie ma jednak przekonania politycznych, a używa głosu według swoich potrzeb i wygod. W trakcie kampanii wyborczej w 1987 r. Cosa Nostra zdecydowała głosować na Claudio Martelliego, lidera listy wyborczej jednej z partii w Palermo, będąc przekonaną o celowości takiego kroku ze względu na własne interesy. Martelli, po otrzymaniu fotela ministra sprawiedliwości w lutym 1991, rozpoczął działania zdecydowanie „antymafijne”, wskutek czego został uznany przez mafię zdrajcą i następnie

²⁶ R. Catanzaro, *Il delitto...*, op. cit., s. 44–47.

²⁷ R. Siebert, *Mafia e quotidianità*, Il Saggiatore 1996, s. 32.

²⁸ R. Catanzaro, *Il delitto...*, op. cit., s. 24.

²⁹ L. Violante, *Non è la...*, op. cit., s. 30.

zabity³⁰. Na temat La Torre mówi Buscetta: „(...) nie jest prawdą, że zabija się tego, kto zasługuje na śmierć: to jest tylko środek. Pio La Torre tworzył legislację antymafijną dotyczącą zajęcia dóbr; dlatego też zabijamy ...zabijamy z tego powodu”. Na temat zabójstwa Giovanniego Falcone stwierdza, że „Sędzia Falcone został...zabity przez Cosa Nostrę, ponieważ był zaciekle przeciwnikiem mafii. Wytrwały, uczciwy i godny. Jednak, moim zdaniem, jest to sposób uderzenia w inne sprawy”³¹. Dużo wcześniej jednak powiedział mu, że „Mam do pana zaufanie, sędzio Falcone (...). Ale nie ufam nikomu innemu (...). Ostrzegam pana, panie sędzio. Po tym przesłuchaniu pan zostanie osobistością. Ale będą próbować zniszczyć pana fizycznie i zawodowo. A ze mną zrobią to samo. Proszę nie zapominać, że rachunek raz otwarty z Cosa Nostrą nie zostanie nigdy zamknięty. Chce pan nadal mnie przesłuchać?”³². Cosa Nostra zabiła Giovanniego Falcone z zemsty, gdyż nie mogła mu wybaczyć maksiprocesu, w którym to, po raz pierwszy w historii, zostali skazani przywódcy mafijni. Maksiproces odkrył strukturę organizacji, jej monolityczny charakter o piramidalnej konstrukcji władzy, pozwalający ją odróżnić od innego rodzaju przestępczości zorganizowanej. Przed 1986 r. nikt o tym nie wiedział. Cosa Nostra stwierdziła, że zabijając Falcone zmusi państwo do ustępstw i nie będzie już odważnych. Jednocześnie obawiano się konsekwencji politycznych. W najgorętszym okresie walki z mafią w pobliżu domów sędziów Falcone i Borsellino nie można było zatrzymywać się i parkować w odległości mniejszej niż sto metrów. W obliczu licznych protestów okolicznych mieszkańców oraz zabójstw komisarza Giuseppe Montany i komendanta policji Ninni Cassary Dyrekcja Śledcza Antymafii przeprowadziła sędziów do bunkra, gdzie przygotowywali akty oskarżenia. 23 maja 1992 r. na autostradzie w okolicach Capaci mafia dokonała zamachu. Zginęli sędzia Falcone, jego żona Francesca Morvillo i trzech agenci eskorty. 19 lipca 1992 r. na ulicy D’Amelio wybuchła bomba w aucie zaparkowanym pod domem matki sędziego Borsellina. Wraz z nim zginęło pięciu agentów ochrony.

Na temat Dalla Chiesy natomiast Gaetano Badalamenti miał powiedzieć do Buscetty: „[...] pewien polityk się uwolnił od pewnego zawadzającego towarzysztwa przy pomocy mafii”³³. Należy mieć na uwadze, iż „mafiozi nie przyjmują rozkazów, ale mogą powiedzieć innym, że my robimy tak czy tak”³⁴.

³⁰ Ibidem, s. 17.

³¹ Ibidem, s. 36.

³² G. Falcone, M. Padovani, *Cose di...*, op. cit., s. 44.

³³ L. Violante, *Non è la...*, op. cit., s. 37.

³⁴ Ibidem, s. 37.

4. Techniki i sposoby postępowania

Mafia śledzi ewolucję technik, posługując się bronią coraz to bardziej wyrafinowaną, która jednocześnie odpowiada eskalacji przemocy, jaka została osiągnięta. Regułą jednak pozostaje dobór broni, pozwalający na obranie drogi najkrótszej i jak najmniej ryzykownej. Preferowane są dyskretne akcje, które nie przyciągają uwagi. Jest błędem zakładanie, że ogólnie mafia preferuje pewne techniki zabijania. W rzeczywistości każda technika jest odpowiednia, o ile są funkcjonalne i nie sprawiają problemów, których można by uniknąć działając w inny sposób³⁵. Mając do dyspozycji cały arsenał instrumentów, Cosa Nostra posługuje się najczęściej bronią palną różnego rodzaju (pistoletem, karabinem, kałasznikowem, bazuką) oraz materiałami wybuchowymi, a także trucizną. Uduśnienie jest cenione za swój charakter, który można nazwać „ani hałasu, ani śladów”. Wadą takiego rozwiązania jest fakt, iż uduśnienie jest męczące i wymaga wielkiej siły³⁶. Mannoia wyjaśnia Falcone: „Zdaje pan sobie sprawę ile siły trzeba, by udusić człowieka? Zdaje pan sobie sprawę, iż może to trwać nawet dziesięć minut, a ofiara się szamocze, gryzie, kopie? Jednakże niektórym udaje się uwolnić się ze sznura. Przynajmniej są to zabójstwa profesjonalne”³⁷. Wyeliminowanie za pomocą uduśnienia jest preferowane względem użycia broni palnej, ponieważ zostawia mniej śladów. Ofiara jest zwabiana przez osoby, którym ufa w miejsce, gdzie zostaje pozbawiona życia w sposób pozostawiający jak najmniej śladów. Krewni nie informują od razu policji o zniknięciu nieświadomie, pozostawiając sprawcom czas potrzebny na oddalenie się i pozbycie się ciała³⁸. Cosa Nostra często stosuje technikę zwaną „lupara bianca”, oznaczającą zniknięcie osoby bez pozostawienia ciała, ani żadnych śladów krwi. Najczęściej w takich przypadkach ciało zostaje zatopione w cemencie, zasypane wapnem albo rozpuszczone w kwasie. Nieobce mafii jest także „incaprettamento” polegające na związaniu nadgarstków i kostek na wysokości kręgosłupa i jednoczesnym związaniu ich sznurem, który również obejmuje szyję. Każda próba szamotania się powoduje automatycznie duszenie. Zastosowanie tej metody ma swoje uzasadnienie praktyczne, a mianowicie ułatwioną możliwość transportu ciała w bagażniku samochodu. Wcześniej wydawało się, że jest to technika zarezerwowana dla zhańbionych³⁹. Nie brakuje przypadków, w których typ zabójstwa i sposób jego dokonania wskazują na powody i motywację sprawy. Pietro Inzerillo został znaleziony z plikiem banknotów włożonych w usta z informacją: „Chciałeś się napchać pieniędzmi, oto tak skończyłeś”. Pino Marchese, śpiewak, został znaleziony z genitaliami w ustach, co miało stanowić odpowiedź na jego romans z żoną „człowieka honoru”. Uważa

³⁵ G. Falcone, M. Padovani, *Cose di...*, op. cit., s. 23, 26 i 27.

³⁶ P. Arlacchi, *Gli uomini del disonore*, Arnoldo Mondadori Editore 1992, s. 120.

³⁷ G. Falcone, M. Padovani, *Cose di...*, op. cit., s. 27.

³⁸ L. Violante, *Non è la...*, op. cit., s. 17.

³⁹ G. Falcone, M. Padovani, *Cose di...*, op. cit., s. 27.

się jednak, iż typy zabójstw mają znaczenie tylko w relacjach między mafiozami. Potwierdzałoby to tezę, iż mafia nie uważa się za organizację religijną ani wyrocznię moralności, a chce jedynie przekazać odpowiednią wiadomość⁴⁰.

Z drugiej strony wiadomość może także oznaczać śmierć, jeśli przybrany ton jest groźący i wtedy oznacza dla „człowieka honoru” ostrzeżenie. Giuseppe Calderone, szef regionu katańskiego, znalazł pod swoim samochodem ładunek wybuchowy. W celu rozpoznania, kto go podłożył, umówił spotkanie z Stefano Bontate, Gaetano Badalamenti i Rosario Riccobono. Po opowiedzeniu im zdarzeń widział w ich oczach obojętność, aż na końcu spotkania Badalamenti zaczął gwizdać motyw utworu, którego refren brzmiał: „Strzel albo zniknij. Inaczej inni strzelą do ciebie”. Calderone zrozumiał ostrzeżenie – czas na dyskusje już minął, więc nadszedł czas dać przemówić broni. Niedługo potem zginął⁴¹.

Cały czas pamiętać należy o tym, że przemoc, a co za tym idzie, posłużenie się zabójstwem stanowi extrema ratio, kiedy inne formy zastraszenia okazały się nieskuteczne albo kiedy ciężar przewinienia jest tak wielki, że jego autor zasługuje na śmierć.

Dla „ludzi honoru” liczy się profesjonalizm zabójcy, jego odwaga. Im bardziej egzekucja jest krwawa, bezlitosna, okrutna, tym bardziej jej sprawca jest podziwiany, a wręcz im bardziej akcja jest niebezpieczna czy ważna, także wzrasta jego prestiż. To okrucieństwo mafijne istnieje, ale nie jest nigdy celem samym w sobie. Kto plami się przemocą, gdy nie istnieją ku temu przesłanki, naraża się na represje ze strony organizacji, jak np. Pino Greco, który uciął prawe ramię młodemu Inzerillo, a następnie uderzył go pistoletem w skroń, chcąc zapowiedzieć chęć pomszczenia ojca. Te represje jawiące się przeciętnemu obywatelowi jako niezmiernie okrutne są dokonywane przez poczucie obowiązku, a decyzje je poprzedzające są zawsze przemyślane. Zabójca nie może sobie pozwolić na luksus rozmyślania nad sposobem wykonania zadania. To, co się liczy, to jedynie wyeliminowanie określonej ofiary przy maksimum skuteczności i profesjonalizmu⁴².

Często mówiąc o zabójstwach utrzymuje się, iż istnieje pewna hierarchia stosowania tej „kary” z punktu widzenia ciężaru przewinienia oraz klasyfikacja przemocy według poziomu zagrożenia, jakie stwarza potencjalna ofiara. Z pewnością, by zastraszyć wydawnictwo wystarczy wysadzić w powietrze sąsiadujący kosz na śmieci, ale gdy chodzi o osobę wydawcy, stwarzającą zagrożenie wyjście jest tylko jedno. W rzeczywistości pragmatyzm i zdolność dostosowywania się Cosa Nostry potwierdzają, iż nie istnieją określone kategorie reakcji na określone przewinienia, czy to wewnątrz organizacji czy na zewnątrz. Istnieją jedynie przemyślenia startegiczne i techniczne, które determinują typ zabójstwa oraz rodzaj broni, która ma być użyta. Jeśli istnieje konieczność zbliżenia się do ofiary, zabójca działa

⁴⁰ Ibidem, s. 27–28.

⁴¹ Ibidem, s. 54.

⁴² Ibidem, s. 31–32.

z zaskoczenia, a następnie ukrywa zwłoki. On sam musi określić najlepszy sposób działania jak najmniej ryzykowny. Kamikadze nie stanowi w tym przypadku najlepszego przykładu, bowiem „człowiek honoru” musi wypełniać swoje obowiązki bez narażania na szwank ani siebie samego, ani swojej rodziny. Poświęcenie czy wręcz samobójstwo nie stanowi bagażu kulturalnego Cosa Nostry⁴³.

Pokój mafijny następuje podczas szczególnie ważnych procesów sądowych, by uniknąć negatywnych rezultatów, które mogłyby pogorszyć sytuację oskarżonych, a co najważniejsze mogłyby zachwiać tradycyjną linię obrony, która z zasady neguje istnienie mafii. Ponadto „wyrok” i zemsta, z wyjątkiem szczególnych przypadków, egzekwowane są poza więzieniem i to w czasie, kiedy nie toczą się ważne postępowania. Mafia nie uznaje pośpiechu. Egzekucje prowadzone są kiedy ryzyko jest minimalne, a najczęściej bezpośrednio przed nimi obserwować można zniknięcie wielkich bossów celem zapewnienia sobie skutecznego alibi na czas, kiedy będą odbywać się egzekucje⁴⁴.

5. Zabójca

Człowiek, który potrafi posługiwać się przemocą w sposób efektywny, jest nazywany „człowiekiem honoru” lub „człowiekiem szanowanym”⁴⁵. Asumpt do takiego stwierdzenia wywodzi się z faktu, iż w społeczeństwie sycylijskim honor i przemoc są blisko związane. „Człowiek honoru” jest takim, bowiem potrafi posługiwać się przemocą w sposób budzący strach u innych. Nie jest mafiozem, kto popełnia przestępstwa pospolite, w ogólnym rozumieniu tego słowa. Jedynie „człowiek honoru” jest szanowany, będąc jednocześnie pewnego rodzaju tutorem porządku społecznego i wykonawcą sprawiedliwości społecznej, której władza państwowa nie jest w stanie zagwarantować. „Człowiekiem honoru” jest ten, kto jednym gestem, bez zbędnych słów potrafi rozwiązać problem. Mówi się *o omu di panza e di sustanza*, czyli o człowieku odważnym, który przechodzi do konkretów bez zbędnych słów. Ten nie boi się nikogo, nie akceptuje obrazy, osiąga swoje cele, uciekając się do przemocy, z jednej strony jest człowiekiem szlachetnym, z drugiej czerpie swą siłę ze sprawowania władzy i posługiwania się przemocą. Bycie szanowanym oznacza w tym wypadku posiadanie prawa do bycia szanowanym przez innych, tych, którzy odczuwają respekt przed osobami posługującymi się efektywnie przemocą. Ten, kto zabija, zostaje zostawiony w spokoju przynajmniej do momentu, kiedy jego władza nie zostanie zakwestionowana. W przypadku „ludzi honoru” przemoc jest wykonywana jako efekt przyjęcia na siebie prawdziwych lub wymaganych funkcji społecznych. W takiej sytuacji

⁴³ G. Falcone, M. Padovani, *Cose di...*, op. cit., s. 34 i 36.

⁴⁴ L. Violante, *Non è la...*, op. cit., s. 18.

⁴⁵ Wł. *l'uomo d'onore* lub *l'uomo di rispetto*.

efektywne posługiwanie się przemocą jako działalność mająca na celu ochronę powoduje wzrost autorytetu i stąd też potencjalne zwiększenie liczby „poddanych” na niekorzyść swoich konkurentów, którzy być może nie potrafią dorównać skutecznością prawdziwemu mafiozowi. Wyzwania nowych pretendentów do miana mafioza są sposobem na pokazanie wyższości swojej siły przebiccia oraz umiejętności obrony swoich interesów. Te właśnie nie pasują do starego modelu pojedynku, ale raczej przygotowań do zabójstwa i zdrady⁴⁶. Mówi się: „Zasada jest ta sama (...) na całym świecie: ktoś może być potężny, ale jak tylko znajdzie się inny, kto będzie miał odwagę strzelić do niego, umrze jak wszyscy inni⁴⁷. Znani są ludzie, którzy mogą umrzeć w każdym momencie”⁴⁸.

Zabójstwo jest instrumentem honorowym, który pozwala jego autorowi na zdobycie kontroli nad pewnym terytorium i nad jego mieszkańcami. Walka w imię władzy jest gwałtowna, stanowi podważenie przesłania moralnego aktu będącego podstawą reakcji, a także stanowi wyzwanie dla autonomii i możliwości odparcia ataku podmiotów, przeciwko którym akt jest kierowany. Specyficzną cechą przestępczości sycylijskiej jest fakt, iż przestępstwa, które nigdzie indziej nie mogłyby być motywowane pobudkami osobistymi, na Sycylii przybierają postać zemsty za przewinienie rzeczywiste lub wyimaginowane, skierowane przeciwko samemu mszczącemu się, jego krewnemu lub przyjacielowi, którzy rzekomo ponieśli szkodę ze strony ofiary. Obrona swojego honoru pociąga za sobą zaakcentowanie charakteru zniewagi każdego przestępstwa, konieczność uciekania się do wendetty, by udowodnić, że jest się „wyższym” od tego, kto popełnił zniewagę. Osiągnięcie pozycji monopolu poprzez użycie przemocy wzmacnia relacje między „człowiekiem honoru” a innymi osobami, „które się liczą” w środowisku. Im większa sława „człowieka honoru” i jego gwałtowności, tym więcej osób zwraca się do niego po ochronę i mediację przy rozwiązywaniu konfliktów. W całym procesie szacunek odgrywa rolę funkcji stanowiącej o znajomości, które „człowiek honoru” jest w stanie sobie przysporzyć. Potem natomiast im większa sieć kontaktów, tym większy szacunek. Miernik szacunku jednak nie zależy tyle od ilości znajomości, ale od ich wagi, bowiem „człowiek honoru” znajduje się w centrum relacji społecznych⁴⁹.

Zabójstwo to także utylitarne narzędzie używane do ochrony interesów i gromadzenia zysków. „Człowiek honoru” nie ma wyboru, musi zabić, inaczej sprzeciwiłby się poleceniu danemu przez ojca rodziny lub komisji. Należy mieć na uwadze, iż przynależność do organizacji niesie za sobą pewne obowiązki, wśród których głównym jest prezentować się zawsze odpowiednio i poprawnie i nie zdradzać reguł ustanowionych przez Cosa Nostrę. W razie niedopełnienia obowiązków każdy członek organizacji deklaruje „spłonąć jak obrazek”. Rytuał

⁴⁶ R. Catanzaro, *Il delitto...*, op. cit., s. 39.

⁴⁷ Anonim, *Uomo di rispetto*, Arnoldo Mondadori Editore 1988, s. 58.

⁴⁸ Ibidem, s. 233.

⁴⁹ R. Catanzaro, *Il delitto...*, op. cit., s. 40–41.

inicjacyjny składa się z symbolicznego przecięcia kciuka celem fizycznego przedstawienia, iż „poprzez krew wchodzi się do Cosa Nostry i poprzez krew tylko można z niej wyjść”. Regułą podstawową pozostaje bycie posłusznym zasadom wypływającym ze zmywy milczenia oraz z poleceń. Także dyscyplina wewnętrzna utrzymywana jest poprzez stosowanie groźby. Tommaso Buscetta mówi, że „Ależ przysięga to nie obietnica, jak wierzyli młodzi podczas jej składania. Ja o tym wiedziałem, bo byłem starszy od nich i znałem środowisko. To groźba. Zgromadzeni wokół stołu nie mówią: przysięgnij, że będziesz wierny na zawsze. Mówią: jeśli nie będziesz wierny, zginiesz”⁵⁰.

Jedynymi przykładami nieposłuszeństwa pozostają: Antonino Salamone z rodziny di San Giuseppe Iato i Luigi d’Aquino. Salamone, przebywający w Brazylii, otrzymawszy rozkaz wyeliminowania Buscetty, z którym łączyły go silne więzi, pozwolił się aresztować mówiąc: „Proszę nie mówić, że sam się zgłosiłem, proszę powiedzieć, że mnie aresztowaliście”. W ten sposób udaje mu się nie wykonać polecenia organizacji. Mając świadomość, iż wymówka nie jest przekonująca, zaraz po zamianie kary na areszt domowy zbiegł, co może świadczyć o tym, że bardziej bał się „ludzi honoru” niż włoskiego wymiaru sprawiedliwości⁵¹. D’Aquino natomiast polecono wyeliminować kompana z celi – Pippo Coppolę, którego brat został już zamordowany. Cosa Nostra bała się reakcji brata i stąd zwróciła się do d’Aquino, by otruił Coppolę. D’Aquino, nie do końca przekonany o celowości takiego kroku, umieścił niewielką ilość strychniny, przemycanej do więzienia w paczce papierosów, w butelce Coca-Coli. W ten sposób powoduje u kilku osób objawy zatrucia, ale nie osiąga poleconego celu⁵².

„W dziewięćdziesięciu dziewięciu procentach przypadków, kiedy «człowiek honoru» otrzymuje polecenie dokonania zabójstwa, nie ma innego wyjścia niż usłuchać. Jeśli musi zabić, zabija. Bez zastanawiania się i bez zadawania pytań. Bez niepewności i bez okazywania współczucia. Kto zawaha się wobec konieczności zabicia jest człowiekiem martwym”⁵³.

Wewnątrz organizacji istnieje do pewnego stopnia inny sposób postrzegania niektórych spraw. Te same zabójstwa, które wydają się być horrorem, są pozbawione tego efektu w relacjach między „ludźmi honoru”. Przemoc stosowana wobec członków Cosa Nostry, w tym także często wobec własnej rodziny, jest wyjaśniona następująco przez Filippo Marchese: „W moją krew rękę włożyć mogę tylko ja sam”. Sprawą honoru staje się niedelegowanie nikomu innemu zabicia kogoś bliskiego. Taki zabieg pozwala jednocześnie zbliżyć się bez przeszkód ani podejrzeń do ofiary. W rezultacie najskuteczniej jest wyznaczyć do wypełnienia zadania osobę bliską ofierze⁵⁴.

⁵⁰ Anonimo, *Uomo di...*, op. cit., s. 97.

⁵¹ G. Falcone, M. Padovani, *Cose di...*, op. cit., s. 29.

⁵² Ibidem, s. 30.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Ibidem, s. 29–31.

6. Wnioski

Cosa Nostra to organizacja tajna, przestępcza, złożona z ludzi połączonych na zawsze węzłem stowarzyszenia celem gromadzenia bogactwa i sprawowania władzy. Przysięga przynależności stanowi pakt, z którego nie ma wyjścia innego niż przez śmierć⁵⁵. Śmierć jest wszechobecna w środowisku mafijnym, jest instrumentem dominacji, który jest włączony w działania, myśli i relacje między mafiozami. Niesamowita siła Cosa Nostry wypływa z determinacji swoich członków. Łamiąc monopol państwa w obszarze stosowania siły, mafii udało się „ustanowić karę śmierci”. Rządy sprawowane poprzez wzbudzanie strachu i spiralą terroru są cechami charakteryzującymi władzę mafijną. Cosa Nostra manipuluje niepewnością, wkradając się w domenę intymności i prywatności, dusząc w zarodku każdy objaw wolności jednostki czy obowiązku społecznego. Strach w tym kontekście jest funkcją braku wolności. Zabójstwo świetnie wpisuje się w taki stan rzeczy, stanowiąc jego integralną część: „Zabójstwo mafijne jest dalekie od bycia jedynie w przeważającej części owocem krwawego niekontrolowanego instynktu czy marginesu społecznego, jest natomiast zabójstwem – projektem, wprawianym w życie poprzez logiczną strategię”⁵⁶.

Z punktu widzenia ofiary siła groźby jest powiększona o wyobrażenie skutków niemających granic. Silne emocje związane z przemocą fizyczną powodują, że osoba zostaje dotknięta nie tylko fizycznie, ale jako całość. Tak właśnie wygląda w praktyce efekt stosowania strategii mafijnej: „przemoc wyobrażona błyszczący jak ogień w śnie, na jawie oraz w koszmarach każdego rodzaju”⁵⁷.

Zmowa milczenia stanowi odzwierciedlenie śmiertelnej groźby, stanowi rzućcie cienia śmierci na określone terytorium. Cisza jest bronią strategiczną, której naruszenie niesie za sobą natychmiastową odpowiedź, która często oznacza śmierć. Działalność mafijna jest także charakterystyczna ze względu na swoją niewidzialność. Pomimo wszystko terror staje się typem bezkarności związanym przede wszystkim z brakiem winnych, także ze względu na brak świadków. Zdaniem Pietro Bevilacqua „systematyczne i nieubłagane wyeliminowanie świadka przedstawia najbardziej oczywisty, choć nie jedyny, aspekt charakterystyki organizacyjnej klanu: ta wydaje się inkorporować świadomą i upartą linię obrony przeciwko „ingerencji represjonujących” władzy publicznej. W walce mafia usta-

⁵⁵ Zob. także: G. Casarrubea, *L'educazione mafiosa*, Editore Sellerio 1991; D. Gambetta, *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Einaudi 1992; A. Bolzoni, G. D'Avanzo, *La Giustizia è Cosa Nostra*, Mondadori 1995; R. Olla, *Padrini. Alla ricerca del Dna di Cosa Nostra*, Mondadori 2003; S. Lupo, *Storia della mafia. Dalle origini ai nostri giorni*, Donzelli 2004; E. Bellavia, S. Palazzolo, *Voglia di mafia. La metamorfosi di Cosa nostra da Capaci ad oggi*, Carocci 2005; S. Lodato, *Intoccabili. Perché la mafia è al potere*, Rizzoli 2005; S.M. Bianchi, *La mafia è bianca*, BUR 2005; N. Andrucci, *Cosa Nostra, attacco allo Stato*, Montedit 2006 oraz N. Amadore, *La zona grigia, professionisti al servizio della mafia*, Edizioni ExpatsEbooks.com 2007.

⁵⁶ R. Siebert, *Mafia...*, op. cit., s. 45–46.

⁵⁷ Ibidem, s. 46.

nowiła narzędzia i regularność w praktyce właściwe państwu. W uderzeniu w nią nie brak surowości traktowania każdego zdrajcy, organizacja ustanowiła uniwersalność normy: pewności kary. Zrobiła to dokładnie w momencie, kiedy pewność zawisła także co do tego, że państwo nie było w stanie zagwarantować poprzez swój aparat represyjny w stosunku do przestępców albo poprzez akcje obrony i ochrony obywateli, którzy brali na siebie ciężar składania zeznań⁵⁸.

Niebezpieczeństwo mafijne tkwi w umiejętności manipulowania kodami kulturowymi. Walka o władzę i bogactwo w obliczu biedy państwa pozwala mafii zaprezentować się młodym jako alternatywa, oferująca poczucie przynależności, wspólny język⁵⁹, sposób zdobycia szacunku i pozycji społecznej. Ponadto uciekanie się do przemocy wydaje się być jedynym sposobem obrony swojego honoru, gdyż ofiara powinna być w stanie sama wymierzyć sprawiedliwość. Inaczej musiałaby zaakceptować reguły narzucone przez silniejszych. Interwencja innych nie tylko jest źle widziana, ale też pozbawia pokrzywdzonego prawa do pokazania się honorowym poprzez dokonanie zemsty. Wkroczenie w takie sytuacje oznaczałoby zakłócenie delikatnej równowagi, na bazie której sprawy między sprawcą a ofiarą zostaną rozwiązane⁶⁰.

Strategia mafijna poddana jest ciągłej ewolucji. Nowe elementy stanowią dostosowanie do zmieniających się warunków. Jednym z przykładów jest decyzja Luciano Liggio, który zrewolucjonizował kodeks honorowy starej mafii, pozwalając zabijać kobiety i dzieci. Innym przejawem konieczności jest amerykańska Cosa Nostra o zdecydowanie mniej restryktywnym i bardziej konsumpcyjnym podejściu do niektórych zasad, pozwalająca na czerpanie korzyści z hazardu, prostytucji, handlu narkotykami oraz urzeczywistnianiu „American dream”⁶¹. Strategia, którą Cosa Nostra przyjęła w 1992 r. jest przeciwna jej naturze, czyli działaniu bezszelestnym, w podziemiu, a nie w świetle reflektorów. Najwidoczniej jednak w tamtym okresie zażyłość relacji między mafią a polityką osiągnęła taki stopień, że bossowie Riina, Bagarella i Provenzano czuli się na siłach zaatakować przedstawicieli władzy i społeczeństwo w sposób otwarty. Jeden ze świadków koronnych zeznał, że na spotkaniu Kopuły, gdzie zapadła decyzja o zamachu na sędziego Falcone, Riina powiedział: „wydajmy wojnę, aby móc na nowo podpisać pokój”. Najwidoczniej chciano zastraszyć władzę, aby uzyskać większe ustępstwa. Jednak Kopuła mafijna pomyliła się, nie skalkulowała reakcji społeczeństwa obywatelskiego. Śmierć Giovanniego Falcone, a później Paola Borsellino była tak wielkim szokiem, że pod presją tej części społeczeństwa, które się obudziło, państwo włoskie musiało wydać walkę mafii. Właśnie wtedy wprowadzono nowe

⁵⁸ R. Siebert, *Mafia...*, op. cit., s. 47.

⁵⁹ Ibidem, s. 95.

⁶⁰ R. Catanzaro, *Il delitto...*, op. cit., s. 73.

⁶¹ Więcej: J. Petrosino, A. *Petacco*, Mondadori 2002; J. Kobler, *Al Capone. La vita e il mondo del re dei gangster*, Mondadori 2004; A. Nicaso, *Bloodlines*, Toronto 2001; *Dzisiejsza mafia to już nie to samo*, „Gazeta Wyborcza” 3.04.2006.

normy prawne⁶², przyjęto specyficzną linię orzeczniczą⁶³, a także wprowadzono zeznania przez wideokonferencję oraz zdecydowano się na faktyczne stworzenie Dyrekcji Krajowej Antymafii będącej organem Prokuratury Generalnej, utworzonej przy Sądzie Najwyższym⁶⁴. Komórka wywiadowcza, czyli Dyrekcja Śledcza Antymafii (DIA), przyjęła za swoje motto słowa P. Borsellino: „Pięknie jest umierać za ideały, kto w nie wierzy, umiera raz jeden, kto żyje w strachu, umiera każdego dnia” oraz Giovanniego Falcone: „Ludzie przemijają, ideały nie, i idą na nogach innych ludzi”.

⁶² M.in. art. 416bis i ter kodeksu karnego.

⁶³ Wł. *Concorso esterno in associazione mafiosa*.

⁶⁴ U. Santino, *Storia del movimento antimafia. Dalla lotta di classe all'impegno civile*, Editori Riuniti 2000; A. Caruso, *Da Cosa nasce Cosa. Storia della Mafia dal 1943 ad oggi* Longanesi 2000 oraz S. Lodato, *Venticinque anni di mafia. C'era una volta la lotta alla mafia*, Rizzoli 2004.

RYSZARD A. STEFAŃSKI



ZASADY BEZPIECZEŃSTWA W RUCHU W DOKTRYNIE I ORZECZNICTWIE CZĘŚĆ II

1. Wprowadzenie

W ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym¹, oprócz zasad ogólnych, takich jak zasada ostrożności, ostrożności szczególnej czy ograniczonego zaufania, zostały sprecyzowane zasady szczególne dotyczące określonych manewrów, czy sytuacji.

2. Zasada prędkości bezpiecznej

Zasada prędkości bezpiecznej jest wyrażona w art. 19 p.r.d. Termin *prędkość bezpieczna* nie jest określeniem normatywnym, gdyż nie występuje ani w prawie o ruchu drogowym, ani w aktach wykonawczych, lecz jest pojęciem powszechnie używanym w judykaturze i doktrynie. Prędkość jest normalnym stanem pojazdu znajdującego się w ruchu². Jest ona jednym z najważniejszych komponentów bezpieczeństwa ruchu drogowego; od niej w dużym stopniu zależy poziom bezpieczeństwa ruchu. „Pojęcie «bezpieczna szybkość pojazdu» – jak zauważył Sąd Najwyższy – jest pojęciem o charakterze relatywnym i w związku z tym żaden akt prawny nie może za pomocą wyrażonych cyfrowo wskaźników (np. ilość km/sek.) określić, jaka szybkość pojazdu jest szybkością bezpieczną”³. Prędkości bezpiecznej nie można utożsamiać z prędkością, przy której według dokonanej *ex post* rachunkowej analizie zdarzenia, możliwe byłoby uniknięcie konkretnego wypadku; dla oceny szacowania liczbowej wartości prędkości bezpiecznej nie mogą służyć kryteria, które ujawniają się po zdarzeniu⁴. Prawo

¹ Dz.U. z 2005 r., Nr 108, poz. 908 ze zm., cyt. dalej jako p.r.d.

² K.J. Pawelec, *Poszkodowany w wypadku drogowym*, Warszawa 2001, s. 43.

³ Wyr. SN z dnia 3 sierpnia 1972 r. – Rw 734/72, IP 1972, Nr 7–8, poz. 4.

⁴ J. Wierciński, *Prędkość bezpieczna w opinii biegłego*, PnD 2000, nr 1, s. 49–50.

o ruchu drogowym nakazuje kierującemu pojazdem „jechać z prędkością zapewniającą panowanie nad pojazdem z uwzględnieniem warunków, w jakich ruch się odbywa, w szczególności zaś takich okoliczności, jak rzeźba terenu, stan i widoczność drogi, stan i ładunek pojazdu oraz warunki atmosferyczne i natężenie ruchu” (art. 19 ust. 1). Oznacza to, że prędkością bezpieczną jest taka, która zapewnia panowanie nad pojazdem w konkretnych warunkach drogowych. Panowanie nad pojazdem oznacza stan, w którym kierujący może, w istniejących warunkach, swobodnie reagować na zmieniającą się sytuację na drodze⁵. Chodzi o to, aby kierujący miał dość czasu na skuteczne wykonanie wszystkich czynności psychicznych i fizycznych wymaganych w danej sytuacji, aby nie zakłócać normalnego ruchu⁶. W przepisie tym wymieniono przykładowo okoliczności, od których zależy ta prędkość. Na ich niewyczerpujące podanie wskazuje słowo „w szczególności”, poprzedzające wyliczenie tych okoliczności. Jeśli chodzi o okoliczności wymienione w tym przepisie, trzeba mieć na względzie, iż ma to być: rzeźba terenu (spadki, wzniesienia, łuki), stan drogi (klasa drogi, wyboje w jezdni, garby, brak pobocza, wąska jezdnia, zaleganie śniegu lub błota), stan techniczny i ładunek pojazdu (pojazd nowy lub wyeksploatowany, ładunek wysoki, szeroki, długi, przestrzenny), warunki atmosferyczne (deszcz, mgła, śnieg, wiatr, gołoledź), natężenie ruchu (zachowanie odstępu, dopuszczalne prędkości, liczba pojazdów znajdujących się w ruchu) i widoczność drogi (pora doby, obszar zabudowany, zadrzewienie). Wiele okoliczności zostało pominiętych, lecz dadzą się one wyprowadzić z innych przepisów.

Prędkość bezpieczną wyznacza system: kierowca – pojazd – droga. Elementy te pozostają ze sobą w stosunku wzajemnego powiązania i uwarunkowania. Każdy z nich obejmuje wiele czynników, które mogą występować w różnych konfiguracjach. W systemie tym najważniejszą rolę odgrywa kierujący pojazdem. Stanowi on niezmienny podsystem, podczas gdy pozostałe zmieniają się i dają niezliczoną ilość sytuacji drogowych, na które powinien on reagować; jest jedynym świadomym elementem sytuacji drogowej i w głównej mierze od niego zależy poziom bezpieczeństwa ruchu⁷. Kierujący pojazdem jednak nie został wymieniony w art. 19 ust. 1 p.r.d., lecz nie oznacza to – jak wskazuje się w literaturze – że ustawodawca założył, iż mamy do czynienia z dobrym i posiadającym odpowiednie doświadczenie kierującym⁸. Za koniecznością jego uwzględnienia przemawia regulacja art. 87 ust. 1 p.r.d. Bardzo istotne znaczenie ma czas reakcji kierowcy. Mają na niego wpływ stałe cechy osobowe kierowcy, w tym wiek, zmienny stan psychofizyczny, rodzaj sytuacji drogowej, zmęczenie, warunki

⁵ B. Kurzępa, *Kodeks drogowy. Ustawa z komentarzem*, Tarnobrzeg 1998, s. 76.

⁶ K.J. Pawelec, *Prędkość bezpieczna – ograniczona zasada bezpieczeństwa*, Mon. Praw. 1998, nr 4, s. 137.

⁷ A. Bachrach, *Elementy ogólnej profilaktyki wypadków drogowych*, Warszawa 1978, s. 98; P. Boesler, *Psychiczna sprawność kierowcy a bezpieczeństwo jazdy*, Warszawa 1979, s. 5.

⁸ K.J. Pawelec, *Wpadek drogowy*, Warszawa 1999, s. 36; tenże, *Poszkodowany...*, op. cit., s. 47.

biometeorologiczne, hałas i alkohol. Niektórzy kierowcy mają stale wydłużony czas reakcji w stosunku do wartości przeciętnych. Wraz z wiekiem zmniejsza się wrażliwość układu nerwowego i zwiększa jego bezwładność, obniża się sprawność zmysłów, zwłaszcza wzroku i słuchu, zmniejsza się ostrość i zakres pola widzenia, zdolność akomodacji, pogarsza się widzenie w głębi. Na proces reagowania kierowcy wywierają wpływ zarówno choroby doraźne, np. grypa, jak i długotrwałe, np. choroby układu krążenia. Zdolność tę obniżają jeszcze pobierane leki. Na czas reakcji kierowcy ma też wpływ rytm dobowy, zgodnie z którym w okresach zwyczajowo poświęconych na wypoczynek dochodzi do opóźnienia wzroku i słuchu oraz pogorszenia koordynacji ruchów. Niektórzy ludzie reagują bardzo intensywnie na nagłe zmiany ciśnienia atmosferycznego i na wahania temperatury⁹. Nie bez znaczenia jest umiejętność przewidywania i zdolność skupienia uwagi i jej podzielność. Ważną rolę odgrywa doświadczenie; kierowca o długiej praktyce w prowadzeniu pojazdu może jechać bezpiecznie z większą prędkością niż ten, który stawia pierwsze kroki w tej dziedzinie. Trafnie przyjęto w judykaturze, że „Prawdą jest, że biegli uznali, iż prędkość przedwypadkowa samochodu nie pozostawała w związku przyczynowym z wypadkiem. Sąd merytoryczny ten pogląd uwzględnił. Przyjął jednak również, że oskarżony naruszył przepis art. 19 ust. 1 prawa o ruchu drogowym przez to, że kierował pojazdem z prędkością niezapewniającą panowania nad nim, gdyż prędkość ta wprawdzie administracyjnie dopuszczalna, ze względu na jego stan psychofizyczny (zmęczenie) oraz prowadzenie rozmowy dekoncentrującej uwagę, nie była prędkością bezpieczną, pozwalającą mu na panowanie nad pojazdem. Ustalając prędkość pojazdu kierujący nim musi bowiem mieć na uwadze nie tylko swe umiejętności i doświadczenie w prowadzeniu pojazdu (oskarżony miał wtedy 21 lat), ale także aktualny stan, w jakim się znajduje”¹⁰.

Wielkość matematyczna prędkości bezpiecznej uwarunkowana jest także od pojazdu, a ściślej, od tzw. czynnego bezpieczeństwa pojazdu. Zależy ono od parametrów układu konstrukcyjnego pojazdu (wymiarów zewnętrznych i obciążenia), dynamiczności napędu pojazdu (prędkości, przyspieszenia), dynamiczności hamowania (opóźnienia, czasu i drogi hamowania), stateczności pojazdu (kierunkowej i poprzecznej, zarzucania pojazdu, stateczności podłużnej zespołu pojazdów), kierowności pojazdu i jego sterowności, płynności ruchu pojazdu oraz jego informacyjności (zewnętrznej i wewnętrznej)¹¹.

Prędkość bezpieczna uzależniona jest od wartości użytkowych drogi. Prędkość, z jaką pojazdy mogą bezpiecznie poruszać się po drodze, jest jedną z najistotniej-

⁹ A. Reza, *Czas reakcji kierowcy*, (w:) *Problematyka prawna i techniczna wypadków drogowych*, Kraków 1998, s. 160–161.

¹⁰ Wyr. SA w Katowicach z dnia 7 kwietnia 2005 r. – II AKa 92/05, KZS 2005, Nr 7–8, poz. 116 z aprobowaną glosą R.A. Stefańskiego, PnD 2006, nr 1, s. 20–25.

¹¹ L.L. Afanasjew, A.B. Djakow, W.A. Ilarionow, *Czynne bezpieczeństwo samochodu*, Warszawa 1986.

szych cech eksploatacyjnych drogi. Jest ona uzależniona od cech geometrycznych drogi, stanu nawierzchni, natężenia i struktury ruchu, zachowania się innych użytkowników dróg, warunków atmosferycznych i upodobań kierowców¹².

Prędkość bezpieczna jest uwarunkowana sytuacyjnie. Trafnie Sąd Najwyższy twierdził, że „Obowiązujące zasady bezpieczeństwa ruchu drogowego ustanowione w kodeksie drogowym nakładają na kierowców bezwzględny obowiązek zachowania szczególnej ostrożności przy kierowaniu pojazdami mechanicznymi, a w szczególności dostosowania szybkości jazdy do określonych warunków, w jakich ruch się odbywa, w sposób niezbędny dla zapewnienia maksimum bezpieczeństwa. Z reguły do wypadku dochodzi tylko wówczas, gdy szybkość jazdy – zależna wyłącznie od woli kierującego pojazdem – jest nadmierna, niedostosowana do konkretnej sytuacji drogowej”¹³, a także, że „Kierujący pojazdem powinien zachować bezpieczną szybkość, czyli dostosować ją do konkretnych warunków drogowych, m.in. do natężenia ruchu, warunków atmosferycznych, widoczności, nawierzchni i predyspozycji kierowcy”¹⁴. Zasadnie Sąd Najwyższy uznał, że „Jeżeli więc droga z powodu gołoledzi i stosunkowo nieznaczej szerokości była niebezpieczna, to bez względu na to, czy i w jakim stopniu służba drogowa wywiązała się z obowiązku odpowiedniego zabezpieczenia jezdni dla ruchu, kierowcy pojazdów mechanicznych są obowiązani dostosować się do realnych warunków”¹⁵, a także podkreślił, że „Poślizg na mokrej jezdni jest zjawiskiem na tyle typowym, iż obowiązek rozpoznania go przez kierowcę nie może budzić wątpliwości. Nietrudno zorientować się, że im bardziej śliska nawierzchnia, z tym mniejszą siłą pojazd przyczepia się do niej. Tylko wyjątkowo w sytuacjach krańcowych i w sposób szczególnie odbiegający od normy można mówić o usprawiedliwionym zachowaniu kierowcy. [...] Należy jednocześnie podkreślić, że kierowca odpowiada za nieprzystosowanie prędkości do śliskości nawierzchni jedynie wówczas, gdy śliskość tę przewidywał bądź mógł przewidzieć”¹⁶.

Kierujący pojazdem, mając na uwadze okoliczności dotyczące jego osoby, np. stan psychofizyczny, umiejętności, a także elementy odnoszące się do pojazdu i drogi, ma wybrać taką prędkość, która pozwoli mu zapanować nad pojazdem. Ocena, jaka prędkość jest bezpieczna w danych warunkach, jest pozostawiona kierującemu pojazdem. Znaczy to, że prędkość bezpieczna to taka, na którą może sobie w danych warunkach pozwolić konkretny kierowca, prowadzący określony pojazd. Kierowca musi bezbłędnie ocenić wszystkie wyżej wymienione warunki i w zależności od nich wybrać prędkość właściwą¹⁷. „Szybkość jest rzeczą względną

¹² S. Datka, W. Suchorzewski, M. Tracz, *Inżynieria ruchu*, Warszawa 1989, s. 144.

¹³ Wyr. SN z dnia 14 grudnia 1976 r. – VI KRN 391/76 (w:) R.A. Stefański, *Przestępstwa i wykroczenia drogowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, Warszawa 1997, poz. 256.

¹⁴ Wyr. SN z dnia 17 czerwca 1983 r. – IV KR 113/83, OSN PG 1984, nr 4, poz. 24.

¹⁵ Wyr. SN z dnia 18 lipca 1979 r. – V KRN 256/79 (w:) R.A. Stefański, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., poz. 259.

¹⁶ Wyr. SN z dnia 30 października 1979 r. – V KRN 247/79, OSN PG 1980, nr 6, poz. 77.

¹⁷ R.A. Stefański, *Prędkość bezpieczna w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, BRD 1996, nr 3–4, s. 24.

– stwierdził Sąd Najwyższy – i staje się nadmierna z chwilą, gdy kierowca nie jest w stanie opanować samochodu¹⁸. Dla każdego kierowcy w zbliżonych warunkach drogowych prędkość bezpieczna będzie określana inną wielkością absolutną. Na przykład Sąd Najwyższy przyjął, że „Przy znacznym upojeniu alkoholowym kierowcy nawet szybkość 20 czy 10 kilometrów może być uznana za nadmierną, zagrażającą bezpieczeństwu na jezdni¹⁹. Trafnie wskazuje się w doktrynie, iż: „Układ sytuacyjny obejmuje tyle współwarunkujących się czynników, że jego typizacja nie jest możliwa ze względu na wielość kombinacji. Wybór szybkości bezpiecznej w określonej sytuacji należy do istoty rzemiosła kierowcy²⁰”.

Prędkość jest niebezpieczna wtedy, gdy nie została dostosowana do istniejących warunków ruchu. Słusznie Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Pojęcie prędkości bezpiecznej jest więc pojęciem relatywnym, wszelako ogólnym jej kryterium jest to, aby kierujący w danych warunkach panował nad pojazdem i był go w stanie zatrzymać przed przeszkodą, której napotkanie na drodze można i należy przewidzieć²¹. Nie ulega wątpliwości, iż za taką może być uznana prędkość nadmierna, stwarza ona bowiem niebezpieczeństwo niepanowania nad pojazdem, np. przez utratę stateczności pojazdu, a także zwiększa ryzyko niezauważenia informacji, np. płynącej ze znaku drogowego, gdyż czas ekspozycji bodźca oraz pole obserwacji ulegają zawężeniu²². Nie ma znaczenia prędkość, z jaką był prowadzony pojazd, wyrażona liczbą kilometrów na godzinę, ale istotne jest, czy była ona dostosowana do istniejących warunków,²³ jak też brak ograniczenia prędkości nie oznacza możliwości jazdy z dowolną²⁴. Słusznie Sąd Najwyższy wskazał, iż: „Poza wszelkim sporem musi pozostać fakt, że warunki drogowe, w jakich doszło do wypadku, były bardzo trudne i wymagały od kierujących zachowania szczególnej ostrożności i rozwagi w sposobie prowadzenia pojazdów. Wymóg zachowania szczególnej ostrożności i rozwagi polegał nie tylko na zachowaniu bezpiecznej szybkości, ale także na powstrzymaniu się od jakichkolwiek manewrów mogących prowadzić do utraty panowania nad pojazdem. Istniejąca sytuacja na drodze nie była dla oskarżonego żadnym zaskoczeniem. Oskarżony nie mógł nie wiedzieć, że pokryta nieregularną warstwą ubitego i zmrożonego śniegu jezdnia może doprowadzić do wypadnięcia pojazdu w poślizg i w konsekwencji do pełnej utraty panowania nad pojazdem. Poślizg na zaśnieżonej i zlodowaciałej jezdni jest zjawiskiem na tyle typowym, iż obowiązek przewidywania

¹⁸ Wyr. SN z dnia 18 marca 1960 r. – II K 389/58, Biul. SN 1961, nr 1, dodatek nr 6, poz. 63.

¹⁹ Wyr. SN z dnia 20 września 1960 r. – II K 574/59 (w:) R.A. Stefański, *Prawo o ruchu drogowym z orzecnictwem Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 1993, s. 59.

²⁰ A. Bachrach, *Ryzyko i nieostrożność w komunikacji a oceny prawnokarne*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1965, s. 84.

²¹ Wyr. SN z dnia 29 kwietnia 1998 r. – V KKN 1176/97, niepubl.

²² J. Walawski, *Droga – bezpieczeństwo ruchu*, Warszawa 1980, s. 10–11.

²³ Wyrok SN z dnia 21 listopada 1958 r. – III K 888/58, (w:) R.A. Stefański, *Prawo o ruchu drogowym z orzecnictwem...*, op. cit., s. 67.

²⁴ Wyrok SN z dnia 28 czerwca 1963 r. – III K 37/62, OSNKW 1964, nr 6, poz. 94.

go stanowi elementarny wręcz wymóg ostrożnego i rozważnego kierowania pojazdem”²⁵.

Za prędkość bezpieczną nie może być zawsze uznana prędkość odpowiadająca prędkości dopuszczalnej, tj. ustalonej w przepisach (art. 20 p.r.d.), znakiem drogowym (art. 21 ust. 1 i 3 p.r.d.) lub w decyzji organu rejestrującego (art. 21 ust. 4 p.r.d.). Reglamentowana prędkość jest w istocie reglamentacją formalną, ma charakter ogólny, gdyż nie uwzględnia wszystkich zmieniających się czynników²⁶. Podstawą określenia prędkości maksymalnej są różne elementy, o charakterze zmiennym, co w konkretnych warunkach drogowych – z uwagi na różne natężenie tych czynników – może prowadzić do uznania za niebezpieczną prędkość nieprzekraczającą nominalnych granic prędkości maksymalnej; *in concreto* może ona być nadmierną. Zasadnie Sąd Najwyższy przyjął, że: „Zachowanie tzw. prędkości administracyjnie dozwolonej nie może samo przez się świadczyć o tym, że kierowca zachował prędkość bezpieczną w rozumieniu art. 17 ust. 1 [obecnie: art. 19 ust. 1 – uwaga R.A.S.] prawa o ruchu drogowym. Na drodze bowiem – niezależnie od tego, czy ruch pojazdów odbywa się we dnie czy w nocy, mogą *in concreto* panować takie warunki atmosferyczne (np. gołoledź, mgła) czy też takie natężenie ruchu, że nawet prędkość znacznie mniejsza od administracyjnie dozwolonej nie będzie zapewniała panowania nad pojazdem”²⁷. Pojęcia „szybkość administracyjnie dopuszczalna” i „szybkość bezpieczna” nie są tożsame²⁸. Tzw. prędkość administracyjnie dozwolona nie jest pojęciem normatywnym, chodzi bowiem o dopuszczalną prędkość pojazdów ustaloną w przepisach, znakami drogowymi lub w decyzji organu rejestrującego.

Numeryczne określenie dopuszczalnej prędkości oznacza potencjalnie bezpieczną prędkość. Jest ona ustalona dla sytuacji typowych²⁹. Niewątpliwie trudne jest jej określenie, zapis matematyczny bowiem musi uwzględniać różne elementy, które podlegają zmianie. Przyjmuje się, że przekroczenie tak określonej granicznej prędkości jazdy jest niebezpieczne dla większości statystycznych kierowców.

Obowiązujące ograniczenie prędkości nie zwalnia kierującego pojazdem od obowiązku własnej oceny prędkości w aspekcie, czy jest ona bezpieczna. Dopuszczalna prędkość maksymalna na danym odcinku drogi nie zawsze jest bezpieczna i w wielu wypadkach może okazać się nadmierną. Podwyższenie dopuszczalnej prędkości na terenie zabudowanym, np. do 80 km/h, nie oznacza, że jest ona prędkością bezpieczną w każdych okolicznościach i może być rozwijana przez każdego kierowcę. Każdy kierowca, niezależnie od obowiązujących

²⁵ Wyr. SN z dnia 20 kwietnia 1999 r. – IV KKN 603/98 (w:) R.A. Stefański (oprac.), *Kodeks karny z orzecznictwem i piśmiennictwem (za lata 1998–2003)*, Toruń 2004, s. 188.

²⁶ K.J. Pawelec, *Metodyka pracy adwokata w sprawach wypadków drogowych*, Warszawa 2007, s. 82.

²⁷ Wyr. SN z dnia 25 maja 1995 r. – II KRN 52/95, OSNKW 1995, nr 11–12, poz. 82, z aprobowaną glosą R.A. Stefańskiego, OSP 1996, nr 3, s. 151–155.

²⁸ Wyr. SN z dnia 16 stycznia 2002 r., IV KKN 38/98, niepubl.

²⁹ B. Pijanowski, *Samochód – kierowca – droga*, Warszawa 1989, s. 14.

przepisów i znaków, ma dostosować prędkość do warunków, w jakich odbywa się ruch. Gdy warunki ruchu lub umiejętności kierowcy na to nie pozwalają, należy jechać z prędkością mniejszą od dopuszczalnej. Podobnej ocenie podlega prędkość przekraczająca graniczną prędkość jazdy określoną w przepisach lub znakiem drogowym. W określonych warunkach jej przekroczenie nie będzie stwarzało niebezpieczeństwa dla ruchu drogowego, np. jazda na obszarze zabudowanym, wczesnym rankiem, kiedy prawie nie ma ruchu pojazdów i pieszych, z prędkością powyżej 60 km/h nie stwarza żadnego niebezpieczeństwa. Mimo to jazda z taką prędkością jest bezprawna. Jest to reglamentacja formalna i zakaz nią wyrażony trwa nieustannie³⁰.

Utrzymanie prędkości w granicach maksymalnie określonej nie świadczy o zachowaniu prędkości bezpiecznej³¹.

Poruszanie się z prędkością bezpieczną jest zasadą nadrzędną; najpierw ona wchodzi w grę, a później regulacje określające prędkość dozwoloną. Z reguły problem prędkości bezpiecznej rozważany jest w relacji do prędkości nadmiernej, a pomijana jest kwestia, czy za prędkość niebezpieczną może być uznana prędkość powolna. Definiuje się nawet prędkość niebezpieczną jako prędkość nadmierną w konkretnych warunkach³². W myśl art. 19 ust. 2 pkt 1 p.r.d. kierujący jest obowiązany prowadzić pojazd z prędkością nieutrudniającą jazdy innym kierującym. Trzeba mieć na uwadze, że niekiedy jazda z określoną prędkością może być nakazana. Prędkość taka może być określona znakiem C-14 „prędkość minimalna”. Znak ten wskazuje, że na drodze, na której jest umieszczony, kierujący, przy zachowaniu ograniczeń prędkości wynikających z przepisów szczegółowych, obowiązany jest jechać z prędkością nie mniejszą niż określona na znaku liczba kilometrów na godzinę, chyba że warunki ruchu lub jego bezpieczeństwo wymagają zmniejszenia prędkości (§ 38 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury oraz Spraw Wewnętrznych z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych³³). Ustalenie prędkości nakazanej na określonym poziomie jest podyktowane przede wszystkim potrzebą zapewnienia płynności ruchu i odpowiedniej przelotowości drogi, a nie względami bezpieczeństwa ruchu. Niemniej ustalenie minimalnej prędkości stanowi dla wszystkich kierujących pojazdami wskazówkę, iż żaden uczestnik ruchu nie porusza się wolniej; jazda z mniejszą prędkością może być dla nich zaskoczeniem, a w konsekwencji przyczynić się do wypadku. Można więc uznać, iż prędkość poniżej nakazanej może być uznana za niebezpieczną. Sprawa nie jest tak oczywista w wypadku zbyt wolnej jazdy

³⁰ A. Bachrach, *Przestępstwa i wykroczenia drogowe w nowym prawie polskim*, Warszawa 1974, s. 173.

³¹ Wyr. SN z dnia 12 maja 1957 r. – IV K 1069/56 (w:) R.A. Stefański, *Prawo o ruchu drogowym z orzecznictwem...*, op. cit., s. 75; wyr. SN z dnia 9 sierpnia 1958 r. – III KRn 858/58 (w:) R.A. Stefański, *Prawo o ruchu drogowym z orzecznictwem...*, op. cit., s. 58; wyr. SN z dnia 24 listopada 1975 r. – II KRn 37/75 (w:) R.A. Stefański, *Prawo o ruchu drogowym z orzecznictwem...*, op. cit., s. 59.

³² K.J. Pawelec, *Poszkodowany...*, op. cit., s. 47; tenże, *Prawo o ruchu drogowym. Zasady bezpieczeństwa. Kierowca/Wypadki. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 226.

³³ Dz.U. Nr 170, poz. 1393.

na drodze, na której nie jest określona prędkość minimalna. W piśmiennictwie wskazuje się, że: „Samochód, który jedzie zdecydowanie wolniej niż wszystkie pozostałe, stanowi nie mniejsze zagrożenie bezpieczeństwa na drodze niż pojazd rozwijający prędkość nadmierną”, gdyż jazda bardzo powolna, w sytuacji gdy inni poruszają się szybko, stwarza nie tylko przeszkodę utrudniającą ruch, ale także powoduje niebezpieczeństwo wskutek zmuszania innych do wykonania manewru wyprzedzania w trudnych niekiedy warunkach. Ma to głównie miejsce w czasie intensywnego ruchu, kiedy za pojazdem jadącym wolno tworzy się ciąg pojazdów oczekujących na wyprzedzenie; o błąd w takich warunkach nie jest trudno³⁴. Kierowca jadący wolniej powinien podjąć niezbędne środki w celu ułatwienia innym pojazdom wyprzedzenia go, np. zjeżdżając do prawej krawędzi jezdni. Ponadto trafnie podkreśla się, że jazda stale zbyt wolna jest jazdą w dalszych skutkach również niebezpieczną, gdyż: „Kierowca jeżdżący zbyt wolno jest ze swojej przesadnej ostrożności zadowolony, a nawet dumny. W ten sposób popada w samouspokojenie. Ale kiedy znajdzie się w sytuacji trudnej, wokół jadących z normalną szybkością samochodów, przemykających się przechodniów, sunących z boku tramwajów, a jeszcze zobaczy policjanta na skrzyżowaniu, to wtedy, przy słabych umiejętnościach, traci głowę, a do akcji włącza się panika; uciec za wszelką cenę, wyplątać się z tłoku”³⁵. Z drugiej strony mniejsza prędkość jazdy zostawia więcej czasu na dotarcie bodźców i podjęcie decyzji, stawiając tym samym kierowcy mniejsze wymagania, a jednocześnie jest szkodliwa, gdyż wolno jadący pojazd blokuje drogę, wywołując nieuchronnie reakcje stresowe u innych kierowców, prowokując do ryzykownych manewrów, zwiększając tym samym prawdopodobieństwo najechania na wolno poruszający się pojazd³⁶.

Kierującemu można postawić zarzut jazdy z prędkością niebezpieczną, jeżeli nie uda mu się zapanować nad pojazdem w sytuacji, którą mógł i powinien przewidzieć. Inne rozumienie tego pojęcia prowadziłyby do mechanicznego stosowania tej zasady; każdy wypadek niezapanowania nad pojazdem byłby dowodem prowadzenia pojazdu z niebezpieczną prędkością.

Najwięcej trudności w zakresie oceny prędkości – z punktu widzenia jej bezpieczeństwa – stwarza prędkość jazdy w warunkach nocnych. Dla jej określenia, spośród parametrów określających prędkość bezpieczną, priorytetowe znacznie ma widoczność drogi. Ustawodawca, określając w art. 19 ust. 1 p.r.d. warunki, od których uzależniona jest prędkość pojazdu, wyraźnie wskazał m.in. widoczność drogi. W czasie jazdy w nocy obserwacja drogi i jej otoczenia ograniczona jest głównie do przestrzeni oświetlonej reflektorami pojazdu. Jest to tzw. czynna widoczność drogi. Wydawać by się mogło, że bezpieczna jest prędkość, która pozwala na zatrzymanie pojazdu na odcinku oświetlonym, równym drodze zatrzy-

³⁴ T. Rychter, *Kierowca doskonały. Rady dla wszystkich*, Warszawa 1992, s. 70.

³⁵ S. Zasada, *Szybkość bezpieczna*, Warszawa 1992, s. 17–18.

³⁶ A. Gaberle, *Wypadki drogowe. Aspekty kryminologiczne*, Warszawa 1986, s. 213.

mania pojazdu. W tej sytuacji całkowita droga zatrzymania pojazdu nie powinna przekraczać odcinka widoczności drogi. Na całkowitą drogę zatrzymania składa się: 1) droga przebyta od chwili zauważenia przez kierującego przeszkody do momentu położenia nogi kierowcy z pedału gazu na pedał hamulca (czas reakcji kierowcy), 2) droga przebyta od rozpoczęcia przez kierowcę naciskania na pedał hamulca do rozpoczęcia hamowania (czas uruchomienia hamulców), 3) droga hamowania, tj. droga przebyta od rozpoczęcia hamowania aż do momentu całkowitego zatrzymania pojazdu (czas hamowania)³⁷. Droga hamowania zależy od rodzaju nawierzchni, jej stanu (sucha, mokra, ośnieżona, oblodzona), rodzaju ogumienia, wielkości bieżników, rodzaju hamulców itp. Droga przebyta w czasie reakcji kierowcy oraz w czasie uruchamiania hamulców wzrasta proporcjonalnie do prędkości pojazdu, natomiast droga efektywnego hamowania pojazdu wzrasta proporcjonalnie do kwadratu prędkości, np. przy dwukrotnym wzroście prędkości jej długość wzrasta czterokrotnie³⁸. Jest oczywiste, że po zmianie światła z drogowych na mijania widoczność drogi ulega znacznemu ograniczeniu, co zmusza do odpowiedniego zmniejszenia rozwijanej dotąd prędkości. Dostosowanie prędkości do takiej, która umożliwi zatrzymanie pojazdu na odcinku równym drodze oświetlonej reflektorami pojazdu, wcale nie musi świadczyć o możliwości zatrzymania pojazdu przed przeszkodą znajdującą się na drodze. Widoczność drogi nie jest równoznaczna z widocznością nieoświetlonych przeszkód mogących znaleźć się na drodze; ich widoczność zależy od właściwości fotonicznych, np. barwy i zdolności odbijania światła³⁹. Wymaganą najmniejszą odległość oświetlenia drogi wyznacza niezbędny zasięg strumienia światła padającego na jezdnię. Nawet w sytuacji gdy światła pojazdu oświetlają dłuższy odcinek drogi, niż tego wymagają przepisy, dostrzeżenie i rozpoznanie przez kierowcę nieoświetlonej przeszkody na jezdni nie jest możliwe z odległości objętej światłami. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że dla dostrzeżenia i rozpoznania przez kierującego nieoświetlonej przeszkody na jezdni konieczne jest jej oświetlenie na pewną minimalną wysokość. Zależności geometryczne wskazują, że odległość, z której wystarczająco oświetloną przeszkodę można dostrzec, jest mniejsza niż długość oświetlonego odcinka jezdni⁴⁰. Dostrzeżenie nieoświetlonej przeszkody zależne jest m.in. od jej wysokości, barwy, zdolności odbijania światła oraz kontrastowości w stosunku do tła. Mając na uwadze, że do oka kierującego dochodzi sygnał odbity od przeszkody, a nie padający na nią, przyjmuje się, że minimalna wysokość oświetlenia niekontrastowej przeszkody wynosi około 0,25 m⁴¹. Widoczność

³⁷ P. Reutt, *Przepisy ruchu drogowego*, Warszawa 1984, s. 58.

³⁸ Z. Drexler, *Kodeks drogowy dla każdego*, Warszawa 1990, s. 27.

³⁹ J. Wierciński, *Prędkość bezpieczna w opinii biegłego*, PnD 2000, nr 1, s. 55.

⁴⁰ J. Unarski, *Niektóre problemy widoczności przeszkód w warunkach jazdy nocnej*, (w:) *Wypadki drogowe – elementy analizy technicznej i opiniowania*, (red.) J. Wierciński, Warszawa 1985, s. 217; S. Gołębiowski, *Odległość widzenia przeszkody na drodze w światłach mijania*, „Biuletyn Informacyjno-Szkoleniowy ORTSiRD PZMot” 1980, nr 2.

⁴¹ W. Kończykowski, *Odtwarzanie i analiza przebiegu wypadku drogowego*, Paryż–Warszawa 1993, s. 162.

np. leżącego na jezdni człowieka jest bardzo ograniczona ze względu na bardzo mały wymiar pionowy. „Jest to o tyle niekorzystne, że – jak podkreśla się w literaturze – promienie świetlne przebiegają ponad przeszkodą i padają na jezdnię tuż za nią. Powoduje to, że w perspektywie droga wokół niskiej przeszkody jest oświetlona jednorodnie. Kontrast nie jest wtedy tak wyraźny jak przy przeszkodzie wyższej, której oświetlona część położona wyżej jest kontrastowa z jezdnią w dalszej perspektywie, a więc oświetlona znacznie słabiej”⁴². Rozpoznanie leżącego człowieka nie następuje z chwilą zauważenia przeszkody, gdyż najpierw dostrzega się coś nieokreślonego, a dopiero później następuje rozpoznanie charakteru przedmiotu i jego identyfikacja jako leżącego człowieka. Dzieje się to zazwyczaj z bardzo małej odległości.

Prędkość bezpieczna pojazdu w nocy może być też określona przez zrelatywizowanie jej do możliwości zatrzymania pojazdu na odcinku widoczności innych użytkowników dróg, czyli w ramach tzw. biernej widoczności⁴³. Poglądu tego nie sposób aprobować. W art. 19 ust. 1 p.r.d. mowa jest o „widoczności drogi”, a między tym terminem a widocznością oświetlonych przedmiotów znajdujących się na drodze nie można postawić znaku równości. Trafnie podkreśla się, że pojęcia widoczności drogi nie można zastąpić terminem widoczności świateł, gdyż punkty świetlne innego pojazdu lub przeszkody są widoczne z większej odległości od tej, na jaką za pomocą reflektorów pojazdu rozpoznaje się drogę⁴⁴. „Widoczność drogi – czytamy w «Wytycznych w kwestii opiniowania wypadków drogowych mających miejsce w warunkach ograniczonej widoczności», opracowanych przez Instytut Ekspertyz Sądowych w Krakowie – nie jest równoznaczna z widocznością wszelkich przeszkód mogących znaleźć się na drodze; pojęć tych nie należy utożsamiać. Dotyczy to w szczególności przeszkód nieoświetlonych, których widoczność zależy od ich właściwości fotonicznych, których miarą jest barwa przeszkody i zdolność odbijania światła”⁴⁵. Tak zwana bierna widoczność drogi, wyrażająca się widocznością przedmiotów na drodze, musiałaby mieć zastosowanie w każdej sytuacji, a więc zarówno do widoczności obiektów nieoświetlonych, jak i oświetlonych. W pierwszym wypadku zauważenie przedmiotu byłoby możliwe z odległości mniejszej, niż oświetlają drogę światła pojazdu, w drugiej zaś – z większej. Możliwości wcześniejszego dostrzeżenia przeszkody oświetlonej wiążą się z jej większą kontrastowością; zwiększenie jaskrawości obiektów względem jaskrawości tła uzyskuje się przez stosowne ich oświetlenie⁴⁶. Na drodze mogą znajdować się również przedmioty nieoświetlone, np. piesi,

⁴² J. Unarski, *Wypadki drogowe w warunkach ograniczonej widoczności*, (w:) *Problematyka prawna i techniczna wypadków drogowych*, Kraków 1998, s. 319–320.

⁴³ Wyr. SN z dnia 16 czerwca 1973 r. – Rw 15/73, cyt. za J. Polony, *Kryminologiczne, kryminalistyczne i karnoprawne aspekty wypadków drogowych po zapadnięciu zmroku*, SKKiP 1974, t. 1, s. 272.

⁴⁴ J. Polony, *Kryminologiczne...*, op. cit., s. 273.

⁴⁵ Cyt. za J. Unarskim, *Wypadki drogowe...*, op. cit., s. 310.

⁴⁶ J. Unarski, *Niektóre problemy...*, op. cit., s. 228.

którzy nie mają obowiązku używania świateł. Ponadto na drodze może znaleźć się inna przeszkoda, np. zwalone drzewo, i przy przyjęciu omawianej widoczności kierujący pojazdem nie miałby w zasadzie nigdy obowiązku jej spostrzeżenia. Pojęcie widoczności odnosi się do drogi, a nie tylko do przedmiotów znajdujących się na niej; wiele elementów drogi nie jest oświetlonych. Mierniki długości całkowitej drogi zatrzymania równe drodze oświetlonej reflektorami pojazdu lub odległości rozpoznania przeszkody są restrykcyjne dla kierujących pojazdami. Słusznie zatem Sąd Najwyższy nie przyjął tego kryterium, stwierdzając, że: „Nie można uznać prędkości za niebezpieczną w rozumieniu art. 17 (ob. art. 19) prawa o ruchu drogowym tylko dlatego, że nie jest ona dostosowana w warunkach nocnych do zasięgu włączonych świateł”⁴⁷. Zasadnie więc organ ten przyjął, że: „Kierujący samochodem, dysponując praktycznie widocznością drogi limitowaną zasięgiem świateł mijania, nie miał możliwości dostatecznie wczesnego zauważenia znajdującego się na jezdni kombajnu, a tym samym wykonania manewrów obronnych”⁴⁸. Kryterium odpowiadające odcinkowi widoczności świateł innych użytkowników dróg pozwalałoby na jazdę mimo nierozpoznania drogi, co byłoby sprzeczne z wyraźnym brzmieniem art. 19 ust. 1 p.r.d. Dla oceny, czy prędkość była bezpieczna, istotne znaczenie ma ustalenie odległości, z jakiej było możliwe zauważenie przeszkody na drodze. Z reguły jest to trudne, lecz – słusznie podkreśla się w literaturze – że w wypadku uzasadnionych wątpliwości co do odległości umożliwiającej zauważenie przeszkody bezwzględnie należy wykonać eksperyment na miejscu wypadku, w trakcie którego osoby jadące samochodem dokonują rozpoznania znajdującej się przeszkody na jezdni, a jego wynik można potwierdzić, określając kontrast jasności przeszkody względem tła. Zbieżność subiektywnych ocen osób biorących udział w eksperymencie z wynikami obliczeń kontrastu może prowadzić do jednoznacznych wniosków⁴⁹.

Najważniejszym kryterium prędkości bezpiecznej w nocy jest tzw. względna czynna widoczność. Bezpieczną jest prędkość pozwalająca na zatrzymanie pojazdu na odcinku oświetlonym przez reflektory pojazdu lub inne światła albo przed przeszkodą, której można było i należało oczekiwać. Prędkość powinna być dostosowana nie tylko do widoczności drogi, ale i przeszkód na drodze, których można było i należało się spodziewać. Na ten ostatni element zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, uznając, że: „Niebezpieczna jest szybkość, która przy uwzględnieniu w szczególności rodzaju pojazdu, jego ładunku, stanu technicznego, charakterystyki drogi, nawierzchni, warunków atmosferycznych i widzialności grozi utratą panowania nad pojazdem albo niemożnością zatrzymania go przed przeszkodą, której na drodze można i należało oczekiwać”⁵⁰. Definicja ta – co podkreślano

⁴⁷ Wyr. SN z dnia 5 czerwca 1997 r. – V KKN 270/96, niepubl.

⁴⁸ Wyr. SN z dnia 11 marca 1997 r. – V KKN 199/96, niepubl.

⁴⁹ J. Zębała, J. Unarski, *Problem ustalenia odległości zauważenia nietypowej przeszkody na jezdni*, PnD 2002, nr 5, s. 35–39.

⁵⁰ Uchw. połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z dnia 22 czerwca 1963 r., pkt 4.

w literaturze – stanowiła krok naprzód w kierunku uwolnienia pojęcia prędkości bezpiecznej od mechanistycznie nadawanej jej treści; uniezależniono ocenę prędkości od przeszkody na drodze, której kierowca nie jest w stanie przewidzieć⁵¹. Niestosowne jest zakładanie, że kierowca w czasie jazdy w nocy może spotkać nieoświetloną przeszkodę, np. pojazd zaprzęgowy czy pieszego, gdy tymczasem trzeba zakładać, że wszyscy uczestnicy stosują się do obowiązujących przepisów, a więc od zmroku do świtu wszystkie pojazdy są prawidłowo oświetlone. Jazda w nocy nie stanowi okoliczności, która nakazywałaby przewidywanie istnienia nieoświetlonych przeszkód na drodze. Musi pojawić się jakaś dodatkowa okoliczność dająca podstawę do podejrzeń, że w konkretnej sytuacji może znajdować się taka przeszkoda. Może nią być np. zauważenie w światłach pojazdu niezidentyfikowanego przedmiotu. Takie spostrzeżenie stanowi sygnał do utraty zaufania, iż wszystkie przeszkody są oświetlone, a tym samym do zachowania zwiększonej ostrożności⁵². Trafnie Sąd Najwyższy podkreślił, że: „Na oskarżonego nie można nałożyć obowiązku jazdy z taką prędkością, która umożliwiałaby mu spostrzeżenie nieoświetlonej i niekontrastującej z otoczeniem przeszkody na drodze w postaci pokrzywdzonego prowadzącego w poprzek tej drogi rower. Jak ustalono, oskarżony jechał z prędkością administracyjnie dozwoloną i dostosowaną do warunków panujących krytycznego dnia na drodze, zaś w chwili gdy spostrzegł przeszkodę, nie miał już możliwości uniknięcia kolizji pomimo podjęcia prawidłowego manewru jej ominięcia. Nie wykazano przy tym, iżby prędkość ta była prędkością uniemożliwiającą kierującemu panowanie nad pojazdem”⁵³. Zasadnie Sąd Najwyższy podkreślił, że „Błędne jest twierdzenie, że prędkością bezpieczną w warunkach nocnych jest taka prędkość, która pozwala zatrzymać pojazd przed przeszkodą, którą można dostrzec w światłach mijania, nawet jeżeli kierujący pojazdem, przestrzegając przepisów ruchu drogowego, nie miał obowiązku liczyć się z pojawieniem się tej przeszkody”⁵⁴.

Kontrowersje wywołuje określenie prędkości bezpiecznej w sytuacji zbliżania się z przeciwnego kierunku pojazdu z włączonymi światłami mijania. Ujemny wpływ na widoczność drogi wywierają światła tego pojazdu, nawet wówczas gdy są one prawidłowo ustawione. W takiej sytuacji przeszkoda zostanie zauważona z mniejszej odległości, niż gdyby to nastąpiło w sytuacji braku pojazdów z przeciwnego kierunku. W piśmiennictwie podaje się, że podczas mijania się dwóch pojazdów o jednakowej światłości światła mijania (20 000 cd) odległość widzenia nie przekracza 30 m, przy czym dostrzeżenie przeszkody w takich warunkach

⁵¹ A. Bachrach, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., s. 169.

⁵² R.A. Stefański, Glosa do wyroku SN z dnia 10 października 1995 r. – II KRN 144/95, WPP 1994, nr 1, s. 90.

⁵³ Wyr. SN z dnia 5 stycznia 2000 r. – II KKN 419/97, OSN Prok. i Pr. 2000, nr 6, poz. 4.

⁵⁴ Wyr. SN z dnia 10 maja 2005 r. – III KK 270/04, OSNKW 2005, nr 9, poz. 81 z aprobowaną glosą R.A. Stefańskiego, OSP 2006, nr 2, s. 98–102 i częściowo krytyczną glosą B. Zająca, PnD 2006, nr 4, s. 5–10.

zależne jest od zasięgu i skuteczności świateł mijania, od negatywnego wpływu świateł wymijanego pojazdu oraz od kontrastowości przeszkody w stosunku do tła⁵⁵. Podejmując próbę wskazania parametrów określających prędkość bezpieczną w warunkach mijania się pojazdów z włączonymi światłami mijania, trzeba mieć na uwadze, że w bezpośredniej bliskości przed wymijaniem obaj kierowcy ulegają mniejszemu lub większemu olśnieniu. W wypadku olśnienia traci się zupełnie widoczność drogi i pewną odległość, zależną od aktualnej prędkości, pokonuje się zupełnie w ciemności. W piśmiennictwie zwraca się uwagę, że w takiej sytuacji „ważne jest zapamiętanie sytuacji na jezdni, którą obserwowaliśmy, gdy wymijające się pojazdy były jeszcze w większej odległości od siebie, a odcinek jezdni pozostający między nimi był dobrze oświetlony”⁵⁶. Obserwacja jezdni na większą odległość jest możliwa – przed minięciem się pojazdów – ze względu na oświetlenie jej także przez pojazd jadący z przeciwnika. Czynna widoczność drogi jest wtedy dłuższa, niż gdy oświetlają ją reflektory jednego pojazdu. W takiej sytuacji prędkość musi być taka, aby można było zatrzymać pojazd na odcinku widoczności drogi; musi ona być dostosowana do tego parametru. Istotnego znaczenia nabiera więc kwestia wczesnego rozpoznania przeszkody⁵⁷. Mogłoby się wydawać, że nie ma potrzeby zmniejszania dotychczasowej prędkości w wypadku olśnienia, jeżeli na oświetlonym odcinku drogi nie ma żadnych przeszkód. W razie dobrego rozpoznania drogi przed olśnieniem w światłach własnego pojazdu i nadjeżdżającego z przeciwnika nie powinno w zasadzie dojść do najechania na nieoświetloną przeszkodę. Trzeba jednak mieć na uwadze, że niektóre przeszkody są trudne do wczesnego zauważenia, np. człowiek leżący na jezdni. Dlatego też należy wymagać od kierowcy zmniejszenia prędkości, gdyż jego możliwości percepcji wrażeń wzrokowych są ograniczone. Nie może bowiem jechać w stanie olśnienia z taką samą prędkością, z jaką poruszał się pojazd, gdy jego widzenie nie było aż tak ograniczone. W wypadku gdy na oświetlonym odcinku zauważono przeszkodę, kierujący pojazdem musi się spodziewać, że może na nią najechać w czasie jazdy w olśnieniu. Dlatego też konieczne jest zmniejszenie prędkości, a nawet zatrzymanie pojazdu, jeżeli z dokonanej oceny dotychczasowej prędkości i odległości znajdowania się przeszkody wynika, że może dojść do najechania na nią; manewr ten należy podjąć w momencie dokonania tej oceny. Słusznie podkreśla się, że jeżeli kierowca przed olśnieniem dostosował prędkość pojazdu do zasięgu czynnej widoczności drogi, a z chwilą olśnienia niezwłocznie rozpoczął zatrzymywanie pojazdu, zachowując tor ruchu, jaki przed olśnieniem rozpoznał wzrokiem jako wolny, nie powinno dojść do najechania przez pojazd na obiekt, który już przed olśnieniem był nieruchomy lub znajdował się w ruchu o kierunku

⁵⁵ J. Unarski, *Niektóre problemy...*, op. cit., s. 215 i 228.

⁵⁶ T. Rychter, *Kierowca doskonały...*, op. cit., s. 198.

⁵⁷ R.A. Stefański, Głosa do wyroku SN z dnia 29 września 1993 r. – III KRN 127/93, Pal. 1994, nr 3–4, s. 170.

zgodnym z ruchem pojazdu olśnionego kierowcy,⁵⁸ lecz bezwzględne stosowanie tej reguły czyniłoby w zasadzie ruch drogowy w porze nocnej prawie niemożliwy. W sytuacji gdy z przeciwka jedzie ciąg pojazdów, kierowca musiałby ciągle zatrzymywać pojazd. Pogląd ten opiera się na błędnym założeniu, że na każdej drodze zawsze może znaleźć się nieoświetlona przeszkoda, której kierujący w wyniku olśnienia nie będzie mógł zauważyć⁵⁹. Trafnie Sąd Najwyższy przyjął, że kierujący nie ma obowiązku przewidywania powszechnej obecności takich przeszkód, stwierdzając, że: „Nałożenie na kierujących bezwzględnego obowiązku przewidywania powszechnej obecności nieoświetlonych przeszkód na drodze zmieniałoby zasadę ograniczonego zaufania w zasadę braku zaufania, a obowiązek zachowania ostrożności rozciągnęłoby do granic sparaliżowania ruchu pojazdów samochodowych w nocy”⁶⁰. Nie można bowiem żądać, aby kierowca jadący w porze nocnej dostosowywał zawsze prędkość pojazdu do możliwości zatrzymania go przed każdą nieoświetloną przeszkodą, prowadziłoby to bowiem do sparaliżowania ruchu. Wymagania w stosunku do kierowców muszą stanowić kompromis między względami bezpieczeństwa a względami wynikającymi z istoty ruchu i jego płynności⁶¹. Zasadnie Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Tego rodzaju przeszkoda, jaką jest w nocy na drodze publicznej nieoświetlony pojazd, wywołuje zaskoczenie i inny uczestnik ruchu, mimo dołożenia wszelkiej staranności i ostrożności, nie jest w stanie jej przewidzieć”⁶². Trzeba mieć na uwadze, że podstawowym kryterium wyznaczającym okoliczności, które nakazują nieufność do zachowania innego uczestnika ruchu drogowego, jest częstotliwość występowania sytuacji anormalnych; muszą być uwzględniane wówczas, gdy mają przymiot powszechności, gdyż wtedy stwarzają – z uwagi na częste ich występowanie – zagrożenie dla ruchu drogowego. Do takich nie należą nieoświetlone przeszkody na drodze. Słusznie Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „W miarę rozwoju motoryzacji oraz wzrostu kultury jazdy kierowca nie może stale zakładać istnienia sytuacji, że na drodze, i to o znaczeniu międzynarodowym, znajdują się będą nieoświetlone pojazdy drogowe. Może on natomiast mieć przeświadczenie, że w istniejących warunkach również inni użytkownicy stosować się będą do podstawowych zasad ruchu drogowego”⁶³.

Za zbyt daleko idące należy uznać wymagania, że w wypadku utraty widoczności drogi spowodowanej olśnieniem światłami jadącego z przeciwka pojazdu, kierujący pojazdem jest obowiązany do natychmiastowego zmniejszenia prędkości, a nawet zatrzymania pojazdu. Stwierdzano, że „oskarżony, mając złą widoczność

⁵⁸ A.A. Dobrzyński, *Nowe przepisy, stare nawyki*, Warszawa 1984, s. 91.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Wyr. SN z dnia 29 września 1993 r. – III KRN 127/93, Pal. 1994, nr 3–4, s. 164, z aprobowaną glosą R.A. Stefańskiego, tamże, s. 164–173.

⁶¹ A.A. Dobrzyński, *Nowe przepisy...*, op. cit., s. 91.

⁶² Wyr. SN z dnia 10 listopada 1995 r. – II KRN 144/95, WPP 1996, nr 1, s. 85, z aprobowaną glosą R.A. Stefańskiego, tamże, s. 85–90.

⁶³ Wyr. SN z dnia 4 marca 1981 r. – V KRN 35/81, OSNPG 1981, nr 6, poz. 67.

spowodowaną nieskróceniem świateł przez nadjeżdżający z przeciwnej strony samochód, powinien być szybkość prowadzonego przez siebie samochodu zmniejszyć do granic, by móc samochód w każdej chwili zatrzymać, jeśli zaszłaby taka potrzeba⁶⁴, a także że: „Kierowca oślepiony i niewidzący przed sobą drogi ma obowiązek zatrzymania pojazdu na prawej krawędzi drogi do czasu, póki przeszkoda widoczności nie minie, lub też posuwać się z szybkością przystosowaną do pola swego widzenia⁶⁵. W literaturze zasadnie podniesiono, że w obecnych warunkach ruchu drogowego fakt olśnienia i chwilowej utraty widzialności jezdni jest zjawiskiem powszechnym. Nie można na kierowcę nakładać obowiązku, aby w takich sytuacjach przerywał jazdę lub wykonywał niebezpieczny manewr gwałtownego hamowania, gdyż przekreślałoby to możliwość efektywnego poruszania się po drogach i stanowiłoby czynnik godzący w bezpieczeństwo ruchu⁶⁶. W sytuacji gdy kierowca pojazdu nadjeżdżającego z przeciwka nie zmienia świateł na światła mijania i jedzie cały czas na światłach drogowych, powodując całkowite olśnienie drugiego kierowcy, ten powinien niezwłocznie zatrzymać pojazd; w takiej sytuacji nie ma on rozpoznanej drogi. Słusznie Sąd Najwyższy przyjął, że: „Postępowanie kierowcy samochodu ciężarowego nie było [...] dla oskarżonego zaskoczeniem, skoro widział on z dostatecznej odległości nadjeżdżający z przeciwka samochód ciężarowy, który nie chce włączyć świateł mijania. W tej sytuacji oskarżony powinien był natychmiast, zdecydowanie, możliwie intensywnie hamować celem zatrzymania pojazdu do czasu ustąpienia przeszkody widoczności⁶⁷ albo „szybkość prowadzonego przez siebie samochodu zmniejszyć do granic, by móc zatrzymać samochód w każdej chwili, jeżeli zaszłaby tego potrzeba⁶⁸. W razie gdyby doszło do wypadku, to odpowiedzialność ponoszą obaj kierujący. Sąd Najwyższy słusznie uznał, że: „Ewentualne działanie innych osób, które spowodowały przez «oślepienie» światłami niemożność obserwacji drogi przez kierowcę samochodu, pociąga za sobą oczywiście odpowiedzialność tych osób, jednakże nie może wyłączyć odpowiedzialności kierowcy, któremu utrudniono lub uniemożliwiono widoczność, za kontynuowanie jazdy w warunkach całkowitego braku widoczności drogi przed pojazdem⁶⁹.

Oprócz nakazu poruszania się z prędkością bezpieczną, kierujący pojazdem jest zobowiązany: 1) jechać z prędkością nieutrudniającą jazdy innym kierującym, 2) hamować w sposób nie powodujący zagrożenia bezpieczeństwa ruchu

⁶⁴ Wyr. SN z dnia 11 września 1957 r. – IV K 120/57, RPEiS 1959, nr 3, s. 352.

⁶⁵ Wyr. SN z dnia 24 marca 1958 r. – III K 807/57, RPEiS 1959, nr 1, s. 348.

⁶⁶ K.J. Pawelec, *Wypadek drogowy w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Pal. 1989, nr 1, s. 70.

⁶⁷ Wyr. SN z dnia 12 grudnia 1975 r. – Rw 592/75 (w:) R.A. Stefański, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., poz. 267.

⁶⁸ Wyr. SN z dnia 11 września 1957 r. – IV K 120/57, RPEiS 1959, nr 3, s. 352; wyr. SN z dnia 4 kwietnia 1979 r. – VI KRN 289/78 (w:) R.A. Stefański, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., poz. 272.

⁶⁹ Wyr. SN z dnia 11 kwietnia 1979 r. – V KRN 41/79 cyt. za J. Kochanowski, A. Spotowski, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za rok 1979*, NP. 1980, nr 11–12, s. 1340.

lub jego utrudnienia, 3) utrzymywać odstęp niezbędny do uniknięcia zderzenia w razie hamowania lub zatrzymania się poprzedzającego pojazdu (art. 19 ust. 2 p.r.d.).

Z utrudnieniem jazdy innym kierującym z powodu rozwijanej prędkości mamy do czynienia – jak już była o tym mowa – zarówno w razie jazdy z prędkością nadmierną, jak i powolną.

Hamowaniem jest zmniejszanie prędkości pojazdu za pomocą układu hamulcowego, silnika albo siły mięśni kierującego lub zwierzęcia pociągowego (w pojazdach zaprzęgowych). Manewr hamowania, by nie powodował zagrożenia bezpieczeństwa ruchu lub jego utrudniania, powinien być wykonywany spokojnie, z lekkim naciskiem na pedały hamulca; nie może być gwałtowny, gdyż jego siła przekroczyłaby siłę przyczepności kół do jezdni, doprowadzając do poślizgu, chyba że wymaga tego sytuacja na drodze⁷⁰.

Gwałtowne hamowanie jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy wymaga tego uniknięcie grożącego niebezpieczeństwa⁷¹. W wypadku gwałtownego hamowania niezbędne jest ustalenie, jaka była tego przyczyna, np. wtargnięcie na jezdnię pieszego. Uzasadnione jest gwałtowne hamowanie w razie wystąpienia okoliczności, będącej zaskoczeniem dla kierującego, pozostającej poza sferą normalnego toku zdarzeń w ruchu. Zasadnie Sąd Najwyższy przyjął, że „Przypisanie zawinienia oskarżonemu nastąpiło (...) na podstawie przyjęcia hipotetycznego założenia, iż gdyby oskarżony nie hamował gwałtownie, zmniejszył nacisk na pedał hamulca, to mógłby opanować samochód i wyhamować przed samochodem marki „Fiat-Punto”. Tego typu rozumowanie nie uwzględnia jednak elementu zaskoczenia, jakim był dla oskarżonego niespodziewany manewr wykonany przez świadka Mariana W.”⁷².

Zasadnie jednak twierdzi się w piśmiennictwie, że nie może być zaskoczeniem dla kierującego zmiana światła na sygnalizatorze z żółtego na czerwone czy też prawidłowo oznakowanie utrudnienie ruchu; sytuacje te nie wymagają gwałtownego hamowania, a jeśli do niego dojdzie oznacza to, że kierujący w porę na nie nie zareagował⁷³.

Gwałtowne hamowanie może doprowadzić do najechania przez pojazdy jadące z tyłu, mimo zachowania przez nie odpowiedniego odstęp. Wielkość odstęp między pojazdami znajdującymi się w ruchu, zapewniająca możliwość uniknięcia zderzenia w razie hamowania lub zatrzymania się poprzedzającego pojazdu, nie jest możliwa do określenia za pomocą parametrów numerycznych, a jest uzależniona przede wszystkim od prędkości pojazdów i nawierzchni drogi, co wiąże się ze skutecznością hamowania; im większa prędkość, tym większy odstęp. Odstęp pomiędzy pojazdami powinien być co najmniej równy drodze

⁷⁰ B. Kurzepa, *Kodeks drogowy...*, op. cit., s. 77.

⁷¹ K.J. Pawelec, *Wypadek drogowy*, Warszawa 2003, s. 86.

⁷² Wyr. SN z dnia 17 stycznia 2002 r. – II KKN 368/99, OSNKW 2002, nr 3–4, poz. 25

⁷³ K.J. Pawelec, *Wypadek drogowy*, op. cit., s. 86.

zatrzymania pojazdu, która składa się z: a) drogi przebytej w czasie reakcji psychicznej kierowcy, tj. od chwili zauważenia przyczyny powodującej hamowanie do chwili uruchomienia hamulców, b) drogi przebytej w czasie uruchamiania hamulców, tj. od chwili naciśnięcia pedału hamulca do chwili rozpoczęcia hamowania, c) drogi przebytej podczas efektywnego działania hamulców. Orientacyjnym miernikiem bezpiecznego odstępu jest odstęp odpowiadający w metrach 1/2 prędkości pojazdu liczonej w km/h, np. gdy prędkość jazdy wynosi 60 km/h, to odstęp ma wynosić 30 m i odpowiednio przy 80 km/h – 40 m, 100 km/h – 50 m⁷⁴. Tak liczony odstęp może być za duży przy małych prędkościach, a za mały – przy dużych. W razie dojścia do zderzenia pojazdów istotne jest ustalenie, czy kierowca prowadzący pojazd poprzedzający hamował w sposób niepowodujący zagrożenia, a jeśli hamował gwałtownie – czy kierowca jadący za nim utrzymywał odstęp niezbędny do uniknięcia zdarzenia⁷⁵.

Większy odstęp jest wymagany poza obszarem zabudowanym, na jezdniach dwukierunkowych o dwóch pasach ruchu, w stosunku do pojazdów objętych indywidualnym ograniczeniem prędkości albo pojazdów lub zespołu pojazdów o długości przekraczającej 7 m. W takim wypadku odstęp od pojazdu silnikowego znajdującego się przed takim pojazdem powinien być taki, aby inne wyprzedzające pojazdy mogły bezpiecznie wjechać w lukę utrzymywaną między tymi pojazdami. Obowiązek ten nie istnieje, jeżeli kierujący pojazdem przystępuje do wyprzedzania lub gdy wyprzedzanie jest zabronione (art. 19 ust. 3 p.r.d.).

Ustawa wprowadza bezwzględne parametry odstępu. I tak poza obszarem zabudowanym w tunelach o długości przekraczającej 500 m, kierujący pojazdem jest obowiązany utrzymywać odstęp od poprzedzającego pojazdu nie mniejszy niż: 1) 50 m – jeżeli kieruje pojazdem o dopuszczalnej masie całkowitej nieprzekraczającej 3,5 t lub autobusem; 2) 80 m – jeżeli kieruje zespołem pojazdów lub pojazdem (art. 19 ust. 4 p.r.d.). Organ zarządzający ruchem na drogach może zmniejszyć lub zwiększyć za pomocą znaków drogowych wyżej wymieniony dopuszczalny odstęp w zależności od obowiązującej w tunelu dopuszczalnej prędkości (art. 19 ust. 5 p.r.d.).

Sąd Najwyższy uznał, że: „Zgodnie z ustaloną w tym zakresie praktyką za «wystarczający odstęp» pomiędzy będącymi w ruchu pojazdami może być uznany tylko taki odstęp, przy którym kierujący może bez trudu i z całą pewnością zatrzymać swój pojazd w razie nieoczekiwanego, zaskakującego i gwałtownego hamowania pojazdu poprzedzającego”⁷⁶. W razie dojścia do zderzenia pojazdów istotne jest ustalenie, czy kierowca prowadzący pojazd poprzedzający hamował w

⁷⁴ Nadmierna prędkość – wróg nr 1 każdego kierowcy.

⁷⁵ A. Kuranowski, *Najeżdżanie na tył pojazdu poprzedzającego. Dyskusja nad jednolitym sposobem opiniowania*, (w:) *Problemy rekonstrukcji wypadków drogowych*. IX Konferencja. Zbiór referatów, Zakopane-Kościelisko, 7–9 października 2004, s. 243.

⁷⁶ Wyr. SN z dnia 24 kwietnia 1982 r. – V KRN 45/82 (w:) R.A. Stefański, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., poz. 335.

sposób niepowodujący zagrożenia, i czy kierowca nadążający utrzymywał odstęp niezbędny do uniknięcia zdarzenia⁷⁷. W wypadku gwałtownego hamowania niezbędne jest ustalenie, jaka była tego przyczyna, np. wtargnięcie na jezdnię piesze. Dopuszczalny odstęp może być zmniejszony lub zwiększony za pomocą znaków drogowych (art. 19 ust. 4 i 5 p.r.d.).

3. Zasady zmiany kierunku jazdy i pasa ruchu

Przy zmianie kierunku jazdy może nastąpić wymuszenie pierwszeństwa, w tym także wobec pieszych. Zmiana kierunku jazdy jest manewrem polegającym na kontynuowaniu jazdy w innym niż dotychczasowy kierunek, niewynikającym jedynie z przebiegu drogi, a zależnym od woli kierującego; jest nią jazda polegająca na skręcaniu zarówno w prawo, jak i w lewo oraz na zawracaniu. Istotą manewru jest dalsza jazda w prawo lub w lewo w stosunku do tego kierunku, w jakim poruszał się pojazd do tej pory. Szczególnym przypadkiem zmiany kierunku jest zawracanie. Zmiana kierunku jazdy – zgodnie z art. 22 p.r.d. – może nastąpić: 1) z zachowaniem szczególnej ostrożności (ust. 1); 2) kierujący pojazdem przed wykonaniem tego manewru jest obowiązany zbliżyć się pojazdem (ust. 2): a) do prawej krawędzi jezdni – jeżeli zamierza skrócić w prawo, b) do środka jezdni lub na jezdni o ruchu jednokierunkowym do lewej jej krawędzi – jeżeli zamierza skrócić w lewo. Manewr może być jednak niekiedy wykonany niezgodnie z tą regułą, a mianowicie: wtedy gdy wymiary pojazdu uniemożliwiają skrócenie zgodnie z zasadą określoną wyżej lub dopuszczalna jest jazda wyłącznie w jednym kierunku (ust. 3); 3) kierujący pojazdem jest obowiązany zawczasu i wyraźnie sygnalizować zamiar zmiany kierunku jazdy oraz zaprzestać sygnalizowania niezwłocznie po wykonaniu manewru (ust. 5).

Szczególna ostrożność polega na upewnieniu się, czy można dokonać zmiany kierunku jazdy lub pasa ruchu bez utrudnienia ruchu lub spowodowania jego zagrożenia. Innymi słowy, kierujący pojazdem musi być na tyle uważny, by zdążyć zaniechać zmiany kierunku jazdy lub pasa ruchu, gdyby jego kontynuowanie stwarzało zagrożenie dla ruchu drogowego lub zmuszało innego uczestnika ruchu do podjęcia manewru obronnego. Wymaganie zachowania szczególnej ostrożności przez zmieniającego kierunek jazdy nie oznacza, że w razie zaistnienia wypadku w czasie wykonywania tego manewru zawsze odpowiedzialność za jego powstanie spada na dokonującego zmiany kierunku jazdy. Jest ona wyłączona w przypadku, gdy przyczyną jego nastąpienia jest nieprawidłowe zachowanie się innego uczestnika ruchu.

⁷⁷ A. Kuranowski, *Najechnania na tył pojazdu poprzedzającego. Dyskusja nad jednolitym sposobem opiniowania*, (w:) *Problemy rekonstrukcji wypadków drogowych...*, op. cit., s. 243.

Nie ulega wątpliwości, że skręcający jest obowiązany ustąpić pierwszeństwa pojazdowi jadącemu z przeciwnego kierunku po pasie ruchu, który zamierza przejechać, co może mieć miejsce przy wykonywaniu skrętu w lewo. W literaturze wywołała spór kwestia co do tego, czy taki sam obowiązek ciąży na nim w stosunku do pojazdu jadącego w tym samym kierunku, po pasie przeznaczonym dla ruchu pojazdów z kierunku przeciwnego. Prezentowany jest pogląd, że skręcający jest obowiązany ustąpić pierwszeństwa pojazdowi jadącemu w tym samym kierunku po pasie ruchu, przez który skręcający ma przejechać. Obowiązek ten wyprowadza się z zasady szczególnej ostrożności wymaganej od kierującego pojazdem zmieniającego kierunek jazdy lub z zasady ograniczonego zaufania (art. 4 p.r.d.),⁷⁸ naruszenie której ma polegać na niebraniu pod uwagę hipotetycznej możliwości pojawienia się z tyłu pojazdu uprzywilejowanego⁷⁹. Prezentowany jest też pogląd odmienny⁸⁰. Co do tego sytuacja była jasna w poprzednim stanie prawnym. W myśl art. 19 ust. 1 d. p.r.d. kierujący pojazdem mógł zmienić kierunek jazdy, pod warunkiem że nie spowoduje to zajechania drogi innym kierującym. Chodziło o niezajechanie drogi innym kierującym, niezależnie od tego, z którego kierunku nadjeżdżali. Brak tego warunku w art. 22 ust. 1 p.r.d. wskazuje, że zrezygnowano z niego. Do zmieniającego kierunku ruchu nie ma zastosowania zasada wyrażona w art. 22 ust. 4 p.r.d., w myśl której kierujący pojazdem, zmieniając poza skrzyżowaniem zajmowany pas ruchu, jest obowiązany ustąpić pierwszeństwa pojazdowi jadącemu po pasie ruchu, na który zamierza wjechać, oraz wjeżdżającemu na ten pas z prawej strony. Reguła ta odnosi się do zmiany pasa ruchu, a nie do zmiany kierunku jazdy. W art. 22 ust. 1 p.r.d. wyraźnie rozróżnia się „zmianę kierunku jazdy” oraz „zmianę pasa ruchu”, a w ust. 4 tego przepisu mowa jest wyłącznie o zmianie pasa ruchu. Skoro ustawodawca w ust. 1 rozróżnia te pojęcia, to nie można przyjmować, że ust. 4 odnosi się do obu tych pojęć, skoro wymieniono w nim tylko zmianę pasa ruchu. Przepis art. 22 ust. 4 p.r.d. dotyczy wyłącznie zmiany pasa ruchu i nie ma zastosowania do manewru zmiany kierunku jazdy; w tym drugim przypadku warunek ten nie jest wymagany. Kierujący pojazdem, wykonujący manewr zmiany kierunku jazdy prawidłowo, tj. z odpowiednio wczesnym i wyraźnym sygnalizowaniem, ma prawo zakładać, że

⁷⁸ W. Kotowski, *Zmiana kierunku ruchu*, PnD 1998, nr 1, s. 12; J. Nowak, *Czy skręcający w lewo nie musi sprawdzać, co dzieje się z nim?*, PnD 2002, nr 8, s. 54–55; L.K. Paprzycki, *Skręt w lewo kontra wyprzedzanie poza skrzyżowaniem*, PnD 2003, nr 3, s. 17–30; tenże, *Znów skręt w lewo kontra wyprzedzanie*, PnD 2003, nr 9, s. 43–51; J. Pok, *Skręt w lewo jako przyczyna wypadku w świetle przepisów i zasad bezpieczeństwa ruchu. Głos w dyskusji*, PnD 2003, nr 4, s. 68; (z art. 22 ust. 4 p.r.d.) J. Pomianowski, *Praktyczna szkoła jazdy*, Warszawa 1998, s. 89; A. Jasiński, W. Kotowski, M. Wasiak, *Kodeks drogowy. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 90; A. Kuranowski, P. Świder, *Skręt w lewo przyczyną wypadku drogowego. Dyskusja nad jednolitym sposobem opiniowania*, PnD 2002, nr 8, s. 59; J. Unarski, *Problem „szczególnej ostrożności” przy manewrze skrętu w lewo*, PnD 2006, nr 5, s. 65–70.

⁷⁹ A. Kuranowski, P. Świder, *Skręt w lewo przyczyną wypadku drogowego. Dyskusja nad jednolitym sposobem opiniowania*, (w:) *Problemy rekonstrukcji wypadków drogowych*. VI Konferencja. Zbiór referatów, Zakopane, 22–24 października 1998 r., Kraków 1998, s. 327.

⁸⁰ R.A. Stefański, *Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 266–269.

po pasie ruchu przeznaczonym dla ruchu pojazdów z przeciwnego kierunku nie porusza się pojazd jadący w tym samym kierunku, w którym zdąża skręcający. Mógłby to być tylko pojazd nieprawidłowo wykonujący manewr jego wyprzedzania, co jest zabronione. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 5 p.r.d. wyprzedzanie pojazdu lub uczestnika ruchu, który sygnalizuje zamiar skręcenia w lewo, może odbywać się tylko z jego prawej strony. Kierujący pojazdem nie może bowiem przystąpić do manewru wyprzedzania pojazdu z lewej strony, wówczas gdy pojazd jadący przed nim sygnalizuje zmianę kierunku jazdy w lewo (art. 24 ust. 1 pkt 3 p.r.d.). W przypadku gdy następuje wyprzedzanie kilku pojazdów, kierujący pojazdem wyprzedzającym, w momencie zauważenia, że któryś z pojazdów sygnalizuje zmianę kierunku jazdy, powinien albo wyprzedzić ten pojazd z prawej strony (jeśli jest to możliwe), albo zaniechać kontynuowania manewru. Wprawdzie ten ostatni sposób zachowania się nie jest wprost wyartykułowany w prawie o ruchu drogowym, lecz można go wyprowadzić z zasady szczególnej ostrożności wymaganej przy wyprzedzaniu od kierującego pojazdem (art. 24 ust. 2 p.r.d.). Żaden z przepisów nie zobowiązuje zamierzającego zmienić kierunek jazdy w lewo do upewnienia się, czy nie jest wyprzedzany. Taki obowiązek został nałożony na kierującego pojazdem przed wyprzedzaniem. W myśl art. 24 ust. 1 pkt 2 p.r.d. kierujący pojazdem jest obowiązany przed wyprzedzaniem upewnić się, czy kierujący, jadący za nim, nie rozpoczął wyprzedzania. Brak takiego postanowienia co do manewru zmiany kierunku jazdy wskazuje, że nie było wolą ustawodawcy jego ustanowienie w odniesieniu do takiej sytuacji. Stosowanie zaś tego przepisu w drodze analogii nie znajduje uzasadnienia. Odwoływanie się – w celu uzasadnienia tezy, że skręcający w lewo jest obowiązany sprawdzić sytuację za pojazdem – do treści art. 22 ust. 4 p.r.d. wynika z błędnego utożsamiania zmiany pasa ruchu ze zmianą kierunku jazdy. Trudno uznać, że jest on skręcającym, gdyż w pierwszej fazie manewru skrętu w lewo kierujący wjeżdża na sąsiedni pas ruchu⁸¹. Wykonujący manewr skrętu w lewo nie zmienia pasa ruchu, przejeżdża przez pas, a pojazd jest ustawiony prostopadle do pasa, podczas gdy przy zamianie pasa ruchu jest on w położeniu skośnie równoległym. Ponadto taki sposób interpretacji art. 22 ust. 4 p.r.d. narusza jedną z reguł wykładni, iż bez uzasadnionych powodów nie powinno się przypisywać różnym terminom tego samego znaczenia⁸². Słusznie Sąd Najwyższy przyjął, że: „Oskarżona, zamierzając skręcić w lewo, zamiar ten sygnalizowała na przestrzeni 200 m przed skrętem, widziała, że wyprzedza ją z prawej strony samochód «Trabant», знаła treść przepisu art. 21 ust. 4 Prawa o ruchu drogowym, miała podstawy do przyjęcia za pewnik, że jadące za nią pojazdy będą wyprzedzać ją z prawej strony.”⁸³ oraz, że „Oskarżony zdawał sobie sprawę z tego, że wyprzedza więcej niż jeden pojazd,

⁸¹ J. Nowak, *Czy skręcający...*, op. cit., s. 54–55.

⁸² J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1990, s. 79.

⁸³ Wyr. SN z dnia 5 maja 2001 r. – II KKN 28/98, niepubl.

a tym, samym mógł oraz powinien zdawać sobie sprawę, iż ma ograniczoną możliwość obserwowania zachowania kierowców pozostałych wyprzedzanych pojazdów i uzyskać wystarczającą w tym zakresie wiedzę dopiero wtedy, gdy znajdzie się na lewym pasie. Z tego oczywisty wniosek, że przemieszczając się na lewy pas jezdni oskarżony powinien rozpocząć wykonywanie manewru wyprzedzania w takiej odległości od pierwszego z wyprzedzanych pojazdów i z taką prędkością, by co najmniej móc zatrzymać swój pojazd na lewym pasie przed miejscem, gdzie pierwszy z wyprzedzanych pojazdów wykonywał manewr skrętu w lewo⁸⁴. Organ ten słusznie wprost przyjął, że „Wymóg zachowania szczególnej ostrożności, określony w art. 22 ust. 1 p.r.d., przez zmieniającego kierunek jazdy w lewo, nie obejmuje obowiązku upewnienia się w chwili wykonywania tego manewru, czy nie zajeżdża on drogi nieprawidłowo (z lewej strony) wyprzedzającemu go⁸⁵. Niebawem odstąpił od tego poglądu, uznając, że „Na kierowcy zamierzającym wykonać manewr zmiany kierunku jazdy w lewo, ciąży bowiem nie tylko obowiązek zawczasu i wyraźnego zasygnalizowania tego manewru oraz baczenia, aby nie spowodował on zajechania drogi pojazdowi jadącemu z kierunku przeciwnego, ale także w zależności od okoliczności, wynikający z zasady szczególnej ostrożności (art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym, tj. Dz.U. Nr 108, poz. 908 z 2005, ze zm.), obowiązek upewnienia się, przez spojrzenie w lusterko wsteczne lub boczne, czy znajdujący się za nim pojazd nie uniemożliwia bezpiecznego wykonania tego manewru⁸⁶. Sąd Najwyższy odwołał się do obowiązku zachowania szczególnej ostrożności, wskazując, że kierujący, wykonując ten manewr musi wykorzystać wszystkie dostępne mu sposoby, aby był bezpieczny. Oznacza to, że Sąd Najwyższy wymaga zachowania maksymalnej ostrożności, gdyż tak należy rozumieć stwierdzenie, że „zawsze uczestnik ruchu powinien kierować się, oprócz wymogów wynikających z przepisów ruchu drogowego, także zdrowym rozsądkiem, ogólną przezornością i respektowaniem bezpieczeństwa innych. Wykonujący manewr skrętu w lewo, oczywiście z zawczasu włączonym kierunkowskazem, winien upewnić się nie tylko, czy nie zajedzie drogę pojazdowi jadącemu z przeciwnego kierunku po pasie ruchu, który zamierza przejechać, ale także czy nie zajedzie drogi pojazdowi poruszającemu się jego pasem ruchu lub nieprawidłowo (z lewej strony) go wyprzedzającego.” Tymczasem wymaganie „maksymalnego bezpieczeństwa” poddano trafnej krytyce, zauważając, że wymóg zapewnienia takiego właśnie bezpieczeństwa prowadziłby do obiektywnej odpowiedzialności, ponieważ nawet dobry kierowca nie jest w stanie

⁸⁴ Wyr. SN z dnia 8 stycznia 2003 r. – III KK 421/02 z aprobowaną glosą R.A. Stefańskiego, Prok. i Pr. 2004, nr 9, s. 111–116.

⁸⁵ Wyr. SN z dnia 1 grudnia 2005 r. – III KK 151/05, Biul. Prawa Karnego 2006, nr 1, poz. 1.2.8 z aprobowaną glosą R.A. Stefańskiego, PnD 2006, nr 2, s. 5–9.

⁸⁶ Wyr. SN z dnia 8 marca 2006 r. – IV KK 416/05, OSN Prok. i Pr. 2006, nr 9, s. 143 z krytyczną glosą R.A. Stefańskiego, Prok. i Pr. 2006, nr 9, s. 143–147 i aprobowaną glosą L.K. Paprzyckiego, PnD 2006, nr 8, s. 5–12.

zawsze zapewnić maksymalnego bezpieczeństwa ruchu. Ponadto zachowanie przez kierującego pojazdem maksymalnego bezpieczeństwa jest praktycznie niemożliwe, warunki techniczne bowiem, w jakich odbywa się ruch drogowy i kwalifikacje kierowców nie są ustalane na poziomie mogącym zapewnić maksymalne bezpieczeństwo⁸⁷. Istotnie, art. 22 ust. 1 p.r.d. wymaga zachowania szczególnej ostrożności przy wykonywaniu tego manewru, lecz nie oznacza to, że można wyprowadzić z niej aż tak daleko idący wniosek. Szczególna ostrożność polega – zgodnie z art. 2 pkt 22 p.r.d. – na zwiększeniu uwagi i dostosowaniu zachowania uczestnika ruchu do warunków i sytuacji zmieniających się na drodze, w stopniu umożliwiającym odpowiednio szybkie reagowanie, ale nie ma ona charakteru nieograniczonego. Uczestnik ruchu lub inna osoba znajdująca się na drodze powinna zwiększyć uwagę i tak postępować, by móc odpowiednio szybko zareagować na zmieniające się warunki i sytuację na drodze. Przymiotnik „szczególna” podkreśla, że chodzi o wyższy stopień ostrożności, o ostrożność kwalifikowaną. Zdaniem Sądu Najwyższego chodzi o „rozważne prowadzenie pojazdu mechanicznego, polegające na przedsięwzięciu (ze strony kierującego pojazdem) takich czynności, które zgodnie ze sztuką i techniką prowadzenia pojazdów mechanicznych są obiektywnie niezbędne dla zapewnienia maksymalnego bezpieczeństwa w ruchu drogowym, a także na powstrzymaniu się od czynności, które mogłyby to bezpieczeństwo zmniejszyć”⁸⁸. W analizowanym manewrze szczególna ostrożność polega na upewnieniu się, czy można dokonać zmiany kierunku jazdy bez utrudnienia ruchu lub spowodowania jego zagrożenia. Innymi słowy, kierujący pojazdem musi być na tyle uważny, by zdążyć zaniechać zmiany kierunku jazdy, gdyby jego kontynuowanie stwarzało zagrożenie dla ruchu drogowego lub zmuszało innego uczestnika ruchu do podjęcia manewru obronnego, o ile przewidywał albo mógł przewidzieć te skutki. Jednakże oceny, czy kierujący zachował szczególną ostrożność nie można dokonywać w oderwaniu od wymienionych w art. 22 p.r.d. obowiązków ciążyących na wykonującym ten manewr. Ustawodawca nie ograniczył się do wymagania zachowania tylko szczególnej ostrożności, ale zawarł wyraźne wskazania co do jego zachowania. Z treści art. 22 p.r.d. wynika, że zmiana kierunku jazdy w lewo, po pierwsze, może nastąpić z zachowaniem szczególnej ostrożności (ust. 1), po drugie, kierujący pojazdem przed wykonaniem tego manewru jest obowiązany zbliżyć się pojazdem do środka jezdni lub na jezdni o ruchu jednokierunkowym do lewej jej krawędzi (ust. 2), chyba że wymiary pojazdu uniemożliwiają dokonanie skrętu w ten sposób lub dopuszczalna jest jazda wyłącznie w jednym kierunku (ust. 3), po trzecie, kierujący pojazdem jest obowiązany z góry i wyraźnie sygnalizować zamiar zmiany kierunku jazdy oraz zaprzestać sygnalizowania niezwłocznie po wykonaniu manewru

⁸⁷ K. Buchała, *Problemy odpowiedzialności karnej za przestępstwa drogowe. Krótki komentarz*, (w:) *Problematyka prawna i techniczna wypadków drogowych*, Kraków 1995, s. 40; G. Wiciński, *Zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym*, WPP 1989, nr 9, s. 184.

⁸⁸ Wyr. SN z dnia 19 grudnia 1974 r., Rw 53/74, OSNKW 1974, nr 6, poz. 125.

(ust. 5). Wśród tych obowiązków nie ma warunku, że nie spowoduje to zajechania drogi innym kierującym, chociaż ustawodawca sformułował taki obowiązek pod adresem kierującego pojazdem, zmieniającego pas ruchu, stanowiąc *expressis verbis*, iż jest on „obowiązany ustąpić pierwszeństwa pojazdowi jadącemu po pasie ruchu, na który zamierza wjechać” (art. 22 ust. 4 p.r.d.). Nad kwestią tą nie można przejść do porządku, udając, że jest ona nieistotna. Niezamieszczenie go nie może być inaczej interpretowane jak to, że ustawodawca świadomie nie nałożył takiego obowiązku na dokonującego manewru zmiany kierunku ruchu w lewo. Przemawia za tym także wykładnia historyczna. Taki warunek zawierał art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 1 lutego 1983 r. – Prawo o ruchu drogowym⁸⁹. Zgodnie z tym przepisem kierujący pojazdem mógł zmienić kierunek jazdy pod warunkiem, że nie spowoduje to zajechania drogi innym kierującym. Pominięcie tego wymogu nie może być tłumaczone w ten sposób, że nastąpiło to z tego powodu, iż mieści się on w ramach zachowania szczególnej ostrożności. Zamierzeniem ustawodawcy było jasne określenie obowiązków i praw uczestników ruchu, przy uwzględnieniu wzrastającego natężenia ruchu drogowego i dążeniu do zapewnienia jego bezkolizyjności. Chodziło o to, że w sytuacji gdy zamierzający zmienić kierunek jazdy z góry i wyraźnie zasygnalizuje ten manewr (art. 22 ust. 5 p.r.d.), to w momencie jego wykonywania nie ma obowiązku upewniać się, czy nie zajedzie drogi nieprawidłowo wyprzedzającemu; ma bowiem prawo zakładać, że po pasie ruchu przeznaczonym dla ruchu pojazdów z przeciwnego kierunku nie porusza się pojazd jadący w tym samym kierunku, w którym zdąża skręcający. Skręcający w lewo ma obowiązek ustąpić pierwszeństwa pojazdowi jadącemu z kierunku przeciwnego (art. 25 ust. 1 i 3 p.r.d.); ma on przede wszystkim baczyć, aby nie zajechał drogi temu pojazdowi, a nie zaś kierującemu, który nie zachowuje się w sposób wynikający z art. 24 ust. 5 p.r.d.⁹⁰. Zmieniający kierunek ruchu – jak trafnie podkreśla się w literaturze – obowiązany jest zawsze ustąpić pierwszeństwa tym, którym ono przysługuje i może realizować swe zamierzenie jedynie wtedy, gdy ma pewność, że nie spowoduje sytuacji kolizyjnej z podmiotem, któremu przysługuje pierwszeństwo⁹¹. Niewątpliwie z takiego przywileju nie korzysta poruszający się pasem, na który zamierza przejechać wykonujący manewr zmiany kierunku ruchu i jadący za nim.

W każdym razie zmieniający kierunek jazdy musi dołożyć większej staranności niż inny uczestnik ruchu; on bowiem zachowuje się w sposób nietypowy. Wykonującemu manewr skrętu w lewo z góry włączonym kierunkowskazem można zarzucić naruszenie zasad bezpieczeństwa ruchu, gdy nie ustąpi pierwszeństwa pojazdowi jadącemu w tym samym kierunku po pasie ruchu, który zamierza przeciąć, ale tylko wówczas gdy widział (lub mógł i powinien był widzieć)

⁸⁹ Dz.U. z 1992 r., Nr 11, poz. 41 ze zm.

⁹⁰ R.A. Stefański, *O zmianie kierunku ruchu w lewo – dyskusji ciąg dalszy*, PnD 2006, nr 6, s. 30–33.

⁹¹ K.J. Pawelec, *Prawo o ruchu drogowym...*, op. cit., s. 235.

pojazd poruszający się po tym pasie, a mimo to kontynuował manewr skrętu. Znajdowanie się na tym pasie ruchu pojazdu stanowi (powinno stanowić) dla niego sygnał, że kierujący nim nie stosuje się do obowiązujących przepisów, gdyż powinien go wyprzedzać z prawej strony. Taka zaś sytuacja obliuguje zamierzającego skrócić do utraty zaufania do tamtego kierującego, a w konsekwencji do zaprzestania manewru. W takiej sytuacji, w razie gdyby nie zaniechał tego manewru i doszłoby do wypadku, odpowiedzialność za jego zaistnienie ponosiliby obaj kierujący pojazdami: wyprzedzający z powodu naruszenia zasad wyprzedzania, skręcający zaś – z tytułu zasady ograniczonego zaufania. Obowiązek ustąpienia pierwszeństwa pojazdowi nadjeżdżającemu z tyłu ciąży na kierującym zamierzającym zmienić kierunek jazdy wówczas, gdy z powodu wymiarów pojazdu manewru tego zamierza dokonać z pasa ruchu innego niż określony przepisem art. 22 ust. 2 p.r.d. (w prawo – z prawego, w lewo – ze środkowego lub na jezdni jednokierunkowej – z lewego). Jest to bowiem wtedy manewr szczególnie, nietypowy, w sposób istotny zakłócający płynność ruchu⁹².

4. Zasady wymijania

Art. 23 ust. 1 p.r.d. określa zasady wykonania manewru wymijania, w sytuacji gdy co najmniej jednym uczestnikiem ruchu biorącym w nim udział jest kierujący pojazdem albo jeździec lub poganiacz (art. 35 ust. 2 *in fine* p.r.d.). Nie stosuje się ich w wypadku, gdy wymijają się inni uczestnicy ruchu, np. dwaj piesi. W wypadku gdy wymijają się dwa pojazdy, na każdym z kierujących ciąży wymienione w tym przepisie obowiązki; obaj uczestniczą w manewrze wymijania. Kierujący pojazdem w trakcie wymijania jest obowiązany zachować bezpieczny odstęp od wymijanego pojazdu lub uczestnika ruchu, a w razie potrzeby zjechać na prawo i zmniejszyć prędkość lub zatrzymać się. Ustawa nie nakłada na kierującego pojazdem zachowania przy wymijaniu szczególnej ostrożności. Jest ona wymagana przy wymijaniu pojazdu przeznaczonego do nauki jazdy i egzaminowania (art. 55 ust. 3 p.r.d.) oraz autobusu szkolnego (art. 57a ust. 2 p.r.d.). Ustawa wymaga przede wszystkim zachowania bezpiecznego odstępu od wymijanego pojazdu lub uczestnika ruchu, jednocześnie nie określając jego parametrów, gdyż jest to niemożliwe. Jego wielkość zależy od wielu okoliczności, a w szczególności od rodzaju wymijanego uczestnika ruchu (motocykl, samochód ciężarowy, pojazd zaprzęgowy, kolumna pieszych), prędkości pojazdu lub wymijających się pojazdów. Skoro ustawa wymaga, by odstęp ten był bezpieczny, musi być taki, by pojazd mógł się wyminąć z innym pojazdem lub uczestnikiem ruchu, nie stwarzając zagrożenia dla drugiego pojazdu lub uczestnika ruchu. W praktyce w wypadku wymijania się dwóch pojazdów orientacyjnym miernikiem jest suma

⁹² R.A. Stefański, *Zmiana kierunku jazdy*, PnD 2000, nr 7, s. 13.

rozwijanej przez nie prędkości wyrażona w centymetrach, np. przy prędkości każdego z pojazdów 60 km/h, odstęp ten powinien wynosić 1,2 m. Zjechanie na prawo, zmniejszenie prędkości lub zatrzymanie się jest wymagane wówczas, gdy jest to konieczne do bezpiecznego wyminięcia się, co może nastąpić wtedy, gdy wymijają się dwa szerokie pojazdy lub jeden z nich ma nietypowe wymiary, np. kombajn lub samochód ciężarowy przewożący ładunek wystający poza obrys pojazdu. Zjechanie na prawo, zmniejszenie prędkości lub zatrzymanie się jest wymagane wówczas, gdy jest to niezbędne dla stworzenia bezpiecznego odstępu. „Jakkolwiek względy bezpieczeństwa muszą uzasadniać prawidłowość toru jazdy pojazdu na szosie w pewnym oddaleniu od prawego krawężnika i zbliżeniu ku środkowi (ze względu na właściwości nawierzchni, usytuowania drogi w terenie itp.), to jednak przy wymijaniu każdy z użytkowników drogi jadących z przeciwnych kierunków – jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy – obowiązany jest zjechać tak dalece na prawą stronę drogi, aby wymijanie nastąpiło w najbardziej bezpiecznych okolicznościach”⁹³. Potrzeba zatrzymania pojazdu może zachodzić w przypadku wymijania się pojazdów, z których jeden jest szeroki, np. ciągnik z maszyną rolniczą. Obowiązek zatrzymania – wypracowany w praktyce – ciąży na kierującym mniejszym pojazdem, ale niekiedy zasadne może być zatrzymanie tego drugiego pojazdu.

5. Zasady omijania

Obowiązki związane z omijaniem ciężą na kierującym pojazdem, który przejeżdża obok nieporuszającego się pojazdu, uczestnika ruchu lub przeszkody, a nie mają zastosowania, gdy czyni to inny uczestnik ruchu, np. pieszy. Zasady te obowiązują – z mocy art. 35 § 2 *in fine* p.r.d. – jeźdźca i poganiacza. Manewr omijania jest wykonywany wówczas, gdy pojazd będący w ruchu przejeżdża obok stojącego na tym samym pasie ruchu lub na poboczu innego pojazdu, uczestnika ruchu lub przeszkody; z reguły następuje zmiana pasa ruchu przez pojazd jadący. Kierujący pojazdem przy omijaniu jest obowiązany zachować bezpieczny odstęp od omijanego pojazdu, uczestnika ruchu lub przeszkody, a w razie potrzeby zmniejszyć prędkość (art. 23 ust. 1 pkt 2 p.r.d.). Przy tym manewrze istotne znaczenie ma odstęp. Tu ustawodawca – podobnie jak przy wymijaniu – wskazał, że ma być bezpieczny, nie podając żadnych parametrów. Sąd Najwyższy, podejmując próbę jego określenia, wskazał, że: „Znane są liczne wypadki spowodowane zbyt bliskim przejeżdżaniem obok pieszego, który zaskoczony lub przestraszony reaguje w sposób zaskakujący przewidywania kierującego. Odstęp boczny od pieszego powinien być więc tak duży, aby w razie nieprzewidzianego zachowania się pieszego w czasie omijania go nie nastąpiła kolizja z nim. W praktyce taki

⁹³ Wyr. SN z dnia 10 sierpnia 1961 r. – V K 310/61, OSN 1962, nr 2, poz. 28.

odstęp nie może być mniejszy niż 1,5 m⁹⁴. Podczas omijania należy zmniejszyć prędkość, w sytuacji gdy warunki ruchu zmuszają do zmniejszenia odstępu bocznego. Omijanie następuje z lewej strony omijanego pojazdu, uczestnika ruchu lub przeszkody, jednakże omijanie pojazdu sygnalizującego zamiar skręcenia w lewo może odbywać się tylko z jego prawej strony (art. 23 ust. 1 pkt 2 *in fine* p.r.d.). Dokonujący omijania nie musi zachować szczególnej ostrożności. Jest ona wymagana przy omijaniu oznaczonego przystanku tramwajowego nie znajdującego się na chodniku (art. 26 ust. 6 p.r.d.), pojazdu przewożącego zorganizowaną grupę dzieci lub młodzieży do szkoły w czasie ich wsiadania lub wysiadania (art. 57 ust. 2 p.r.d.), autobusu szkolnego (art. 47 a ust. 2 p.r.d.) oraz pojazdu przeznaczonego konstrukcyjnie do przewozu osób niepełnosprawnych w czasie wsiadania lub wysiadania osoby niepełnosprawnej (art. 58 ust. 2 p.r.d.).

6. Zasady cofania

Cofanie jest jazdą wstecz, jest to jazda do tyłu. Wykonując manewr cofania, kierujący pojazdem – zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 3 p.r.d. – jest obowiązany ustąpić pierwszeństwa innemu pojazdowi lub uczestnikowi ruchu i zachować szczególną ostrożność, a zwłaszcza sprawdzić, czy wykonywany manewr nie spowoduje zagrożenia bezpieczeństwa ruchu lub jego utrudnienia, upewnić się, czy za pojazdem nie znajduje się przeszkoda, a w razie trudności w osobistym upewnieniu się – zapewnić sobie pomoc innej osoby. „Cofanie pojazdu – jak zaznaczył Sąd Najwyższy – jest manewrem specjalnym, którego inni użytkownicy dróg oraz osoby znajdujące się na drodze cofanego pojazdu w zasadzie nie przewidują. Nakłada to na kierującego pojazdem szczególne obowiązki [...] oskarżony obowiązany jest upewnić się przed manewrem cofania samochodu, że nikt nie znajduje się za pojazdem, przy czym wobec trudności przekonania się o tym osobiście z uwagi na rodzaj pojazdu, powinien był zapewnić sobie podczas cofania pomoc innej osoby [...] Albo kierowca sam dokładnie widzi drogę za cofającym pojazdem, albo ma kontakt wzrokowy z inną osobą ustawioną tak, że widzi ona dokładnie tę drogę i może natychmiast zasygnalizować o niebezpieczeństwie”⁹⁵. Obowiązki te ciążyą na kierującym pojazdem także wówczas, gdy wykonuje ten manewr, przejeżdżając przez chodnik. Słusznie Sąd Najwyższy uznał, że „Oskarżony, wykonując niebezpieczny manewr cofania samochodu przez chodnik, przy braku obserwacji osobistej lub za pośrednictwem innej osoby tej części chodnika, na którą wjechał, a nadto nie ostrzegając sygnałem dźwięko-

⁹⁴ Wyr. SN z dnia 24 lutego 1982 r. – V KRN 313/81 (w:) R.A. Stefański, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., poz. 300.

⁹⁵ Wyr. SN z dnia 27 czerwca 1972 r. – V KRN 227/72, OSNKW 1972, nr 12, poz. 192, z głosem A. Wrońskiego, OSPiKA 1973, nr 10, poz. 203 i uwagami J. Bilickiego i W. Kubali, *Przegląd orzecznictwa...*, op. cit., s. 84.

wym o tym ewentualnych przechodniów, dopuścił się naruszenia podstawowych zasad bezpieczeństwa ruchu drogowego⁹⁶.

Wykonując ten manewr na jezdni, kierujący pojazdem jest zobligowany do obserwowania jezdni, gdyż prawo o ruchu drogowym wymaga upewnienia się *verba legis*, „czy za pojazdem nie znajduje się przeszkoda”. W tym kontekście za trafne należy uznać stanowisko Sądu Najwyższego, że „Na oskarżonym ciążył obowiązek obserwowania jezdni, a nie chodnika, przy którym cofał samochód, i z faktu niezauważenia pokrzywdzonej na chodniku nie można wyciągać niekorzystnych wniosków w przedmiocie naruszenia przez oskarżonego zasad ruchu drogowego. Właściwości pojazdu kierowanego przez oskarżonego były takie, że oskarżony [...] nie miał obowiązku zapewnienia sobie podczas cofania pomocy innej osoby [...], gdyż wystarczało do tego obserwowanie drogi przez oskarżonego [...], ze strony pokrzywdzonej miało miejsce wtargnięcie na jezdnię bezpośrednio przed cofający się samochód, co w rezultacie powoduje, że obserwacja przez oskarżonego jezdni, przed rozpoczęciem i w trakcie manewru, nie miała znaczenia i oskarżony został zaskoczony tym zachowaniem pokrzywdzonej. Zachodzi tu podobna sytuacja jak w przypadku wtargnięcia przechodnia na jezdnię przed jadący do przodu samochód, reakcja psychomotoryczna kierowcy bowiem wymaga pewnego czasu, nawet w wypadku powolnej jazdy na wstecznym biegu⁹⁷.

7. Zasady wyprzedzania

Wyprzedzanie jako jeden z najniebezpieczniejszych manewrów wymaga nie tylko właściwego zachowania kierującego pojazdem wyprzedzającym, ale konieczna jest współpraca kierowcy pojazdu wyprzedzanego. Podczas jego wykonywania konieczne jest kierowanie się zdrowym rozsądkiem oraz szeroko rozumianym rozsądkiem i współpartnerstwem⁹⁸. Trafnie Sąd Najwyższy uznał, że: „Wyprzedzanie należy do najtrudniejszych manewrów, dlatego też naruszenie przepisu o wyprzedzaniu jest lekceważeniem jednego z najbardziej podstawowych przepisów ruchu drogowego⁹⁹. Jak słusznie zauważył ten organ „Wyprzedzanie jest manewrem wymagającym współdziałania wyprzedzającego i wyprzedzanego. Podczas jego wykonywania konieczne jest również kierowanie się zdrowym rozsądkiem oraz szeroko rozumianym współpartnerstwem w ruchu, aby manewr ten

⁹⁶ Wyr. SN z dnia 19 września 1978 r. – VI KRN 243/78, NP 1980, nr 11–12, s. 133, z uwagami J. Kochanowskiego, A. Spotowskiego, *Przegląd orzecznictwa...*, op. cit., s. 133.

⁹⁷ Wyr. SN z dnia 19 sierpnia 1981 r. – V KRN 151/81 (w:) R.A. Stefański, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., poz. 310.

⁹⁸ K. Pawelec, T. Dupiero, *Rekonstrukcja wypadku i zdarzenia drogowego*, Warszawa 2006, s. 90.

⁹⁹ Wyr. SN z dnia 22 sierpnia 1973 r. – V KRN 148/73 (w:) R.A. Stefański, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., poz. 303.

był jak najszybciej przeprowadzony, przy czym błędne rozumienie sygnałów przez kierującego było wynikiem jednostronnego ich interpretowania, z pominięciem obowiązku i możliwości przewidywania następstw. Działanie innych osób może pociągnąć za sobą ich odpowiedzialność, ale nie może wyłączyć odpowiedzialności kierowcy, który zdecydował się na wyprzedzanie w niesprzyjających warunkach¹⁰⁰. Kierujący pojazdem wyprzedzanym obowiązany jest ułatwić bezpieczne wyprzedzanie, co następuje głównie przez niezwiększanie prędkości w czasie wyprzedzania i bezpośrednio po nim, a w przypadku pojazdu wolnobieżnego, ciągnika rolniczego lub pojazdu bez silnika (np. pojazdu zaprzęgowego) – na usunięciu się jak najbardziej na prawo, a w razie potrzeby na zatrzymaniu się (art. 24 ust. 6 p.r.d.).

Prawo o ruchu drogowym określa obowiązki kierującego pojazdem wyprzedzającym, będącym stroną aktywną (art. 24 ust. 1–5 i 7–11), oraz kierującego pojazdem wyprzedzanym, będącego stroną bierną (art. 24 ust. 6). Obowiązują one także jeźdźca i poganiacza zwierząt (art. 35 ust. 2 *in fine* p.r.d.). Zasady te nie dotyczą wyprzedzającego i wyprzedzanego będącymi innymi uczestnikami ruchu, np. pieszymi; ich obowiązują ogólne reguły ostrożności, jednakże dla jej ustalenia zasady te mogą być pomocne. W przepisie wymienione są podstawowe obowiązki kierującego pojazdem wyprzedzającym przed wyprzedzaniem i jest to wyliczenie niewyczerpujące, na co wskazuje użyte w tym przepisie słowo „w szczególności”. Jednym z nich jest upewnienie się, czy kierujący pojazdem ma odpowiednie miejsce do wyprzedzania bez utrudniania komukolwiek ruchu; chodzi o drogę konieczną do wykonania tego manewru. Droga ta powinna być – zwłaszcza na drogach dwukierunkowych po jednym pasie ruchu – jak najkrótsza dla umożliwienia wykonania manewru na odcinku o dostatecznej widoczności i powrotu na poprzedni pas ruchu, a jednocześnie odpowiednio długa, aby rozpoczęcie manewru było wyraźne i nie stanowiło zaskoczenia dla innych uczestników ruchu, oraz by pozwalała na spokojne zjechanie na pas ruchu zajmowany przed rozpoczęciem tego manewru. Zbyt krótka droga prowadzi do tzw. zajechnia drogi kierującemu pojazdem wyprzedzanym. Dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko obecność pojazdów na drodze, ale i innych użytkowników. Trafnie Sąd Najwyższy przyjął, iż: „Prawidłowe jest stanowisko, że w okolicznościach tego wypadku oskarżony winien zaniechać manewru wyprzedzania aż do momentu, gdy wyminie (powinno być wyprzedzi – uwaga *R.A.S.*) pieszego idącego w tym samym kierunku lewą stroną. Szerokość jezdni, jak i konieczność zachowania bezpiecznego odstępu od wyprzedzanego samochodu ciężarowego powodowały, że samochód kierowany przez oskarżonego musiał przy wyprzedzaniu znaleźć się blisko lewej krawędzi jezdni. Pieszy idący w tym samym kierunku nie widział

¹⁰⁰ Wyr. SN z dnia 11 kwietnia 1979 r. – V KRN 41/79, NP 1980, nr 11–12, s. 134 z uwagami J. Kochanowskiego i A. Spotowskiego, *Przegląd orzecznictwa...*, op. cit., s. 134.

samochodów znajdujących się z tyłu i należało przewidywać, że dla ominięcia jakiejś przeszkody na poboczu może wejść na jezdnię¹⁰¹.

Kierowca pojazdu wyprzedzającego, przed rozpoczęciem manewru wyprzedzania, musi brać pod uwagę istniejącą sytuację na drodze i dopiero po jej rozeznaniu i upewnieniu się, że istnieją ku temu warunki, może przystąpić do wyprzedzania. „Wyprzedzający – jak zaznaczył Sąd Najwyższy – musi mieć absolutną pewność, że na widocznym i wolnym odcinku drogi zdoła wyprzedzić jadący wolniej pojazd. Powinien przy tym uwzględnić panujące warunki drogowe, stan pogody, szerokość jezdni, utrudnienia w ruchu itp.”¹⁰². Jest on zobligowany do zachowania szczególnej ostrożności (art. 24 ust. 2 p.r.d.), a w zakresie tego pojęcia – jak wyjaśnił Sąd Najwyższy – „wchodzi nie tylko czujna obserwacja sygnałów dawanych przez kierowcę pojazdu wyprzedzanego (kierunkowskazów, światła «stop»), ale także baczna obserwacja ruchów pojazdu wyprzedzanego, wskazujących na niesygnalizowany, z jakichkolwiek powodów, zamiar kierowcy pojazdu wyprzedzanego dokonania pojazdem manewrów uniemożliwiających wyprzedzanie. Jeżeli pojazd wyprzedzany, mimo sygnałów ze strony kierowcy pojazdu wyprzedzającego, nie zjeżdża ku prawej krawędzi jezdni, to okoliczność ta powinna wzbudzić u kierowcy pojazdu wyprzedzającego nieufność co do tego, czy kierowca pojazdu wyprzedzanego zrozumiał, iż będzie wyprzedzany i czy kierowca ten nie dokona w ostatniej chwili manewru uniemożliwiającego wyprzedzanie. Jeżeli pojazd wyprzedzany, nie zjeżdżając ku prawej krawędzi jezdni, jednocześnie poważnie redukuje szybkość jazdy, to mimo że nie zapaliły się w tym pojeździe światła «stop» (być może niesprawne), kierowca pojazdu wyprzedzającego powinien zaniechać wyprzedzania. Jeżeli kierowca samochodu wyprzedzanego, zamiast zjechać ku prawej krawędzi jezdni, kieruje swój pojazd ku środkowi jezdni, to manewr ten stanowi zupełnie oczywisty i wystarczający znak – bez względu na jakiegokolwiek sygnały świetlne czy dźwiękowe – że brak jest dla kierowcy pojazdu wyprzedzającego dostatecznych warunków do kontynuowania wyprzedzania”¹⁰³.

Manewr wyprzedzania składa się z 3 faz:

- a) faza I – dojeżdżanie do pojazdu wyprzedzanego. Nie można dojeżdżać za blisko do pojazdu wyprzedzanego (zbyt bliski dojazd utrudni widoczność przed tym pojazdem). W pierwszej kolejności należy upewnić się, czy droga przed pojazdem wyprzedzanym jest widoczna i wolna na odległość potrzebną do wykonania manewru oraz czy nie jest się wyprzedzanym, a także upewnić się,

¹⁰¹ Wyr. SN z dnia 20 czerwca 1996 r. – II KKN 33/96, OSN Prok. i Pr. 1997, nr 2, poz. 7.

¹⁰² Wyr. SN z dnia 18 lipca 1972 r. – V KRN 256/72 (w:) R.A. Stefański, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., poz. 302.

¹⁰³ Wyr. SN z dnia 20 kwietnia 1970 r. – Rw 185/70, OSNKW 1970, nr 7–8, poz. 95, z glosą A. Wrońskiego, *OSP i KA* 1971, nr 2, poz. 40 oraz uwagami K. Mioduskiego, *Przegląd orzecznictwa Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie powszechnego prawa karnego materialnego za rok 1970*, WPP 1971, nr 2, s. 246 oraz J. Bilickiego i W. Kubali, *Przegląd...*, op. cit., s. 84.

czy kierowca pojazdu, który ma być wyprzedzany na tym samym pasie ruchu, nie zasygnalizuje zamiaru wyprzedzania innego pojazdu, zmiany kierunku jazdy lub zmiany pasa ruchu. Po upewnieniu się, że manewr można wykonać bezpiecznie, należy włączyć lewy kierunkowskaz oraz sprawdzić w lusterku wstecznym, czy z tyłu nie nadjeżdża inny pojazd, a następnie zjechać na pas ruchu położony z lewej strony pojazdu wyprzedzanego. „Lekkomyślne wyprzedzanie pojazdu bez upewnienia się, iż droga jest wolna – jak podkreślił Sąd Najwyższy – należy do ciężkich naruszeń zasad bezpieczeństwa, stanowi bowiem najczęstszą przyczynę groźnych wypadków drogowych”¹⁰⁴;

- b) faza II – przejeżdżanie obok pojazdu wyprzedzanego; w czasie tej fazy należy zwracać uwagę, by odstęp od wyprzedzanego pojazdu był bezpieczny. Przy wyprzedzaniu pojazdów jednośladowych i kolumn pieszych odstęp ten nie może być mniejszy niż 1 m (art. 24 ust. 2 p.r.d.). Należy też wyłączyć lewy kierunkowskaz i zwiększyć prędkość, by jak najszybciej zakończyć manewr;
- c) faza III – zjeżdżanie na dotychczas zajmowany pas ruchu; faza ta polega na powrocie na poprzedni pas ruchu. W trakcie jej trwania konieczne jest upewnienie się, że jest wystarczająco miejsca przed pojazdem wyprzedzonym do zjechania na poprzedni pas w sposób, który nie spowoduje zajechania drogi temu pojazdowi. Po upewnieniu się, iż można wykonać zjeżdżanie, co zazwyczaj zachodzi, gdy pojazd wyprzedzony jest widoczny w lusterku wstecznym, należy zasygnalizować zamiar zjeżdżania prawym kierunkowskazem, który po zajęciu miejsca na poprzednim pasie należy wyłączyć, po czym zjechać na poprzedni pas ruchu¹⁰⁵. Sąd Najwyższy zasadnie przyjął, że „Kierujący może podjąć wyprzedzanie w sytuacji pełnej widoczności całego odcinka drogi, potrzebnego do bezpiecznej realizacji wszystkich 3 faz (fazy dojeżdżania do pojazdu wyprzedzanego, fazy przejeżdżania obok pojazdu wyprzedzanego i fazy zjeżdżania na dotychczas zajmowany pas ruchu) składających się na ten manewr wyprzedzania. Zachowanie w tym czasie wymaganej szczególnej ostrożności oznacza również powinność czujnej obserwacji sygnałów dawanych przez kierowcę pojazdu wyprzedzanego, ale także baczną obserwację ruchów pojazdu wyprzedzanego wskazujących na niesygnalizowany, z jakichkolwiek powodów zamiar kierowcy pojazdu wyprzedzanego dokonania pojazdem manewrów uniemożliwiających wyprzedzenie (...) Zachowanie oskarżonego w sensie kausalnym stanowiło przyczynę powstania skutku w postaci śmierci kierowcy samochodu Volkswagen. Nie może budzić wątpliwości, że zdarzenia w postaci podjętego przez oskarżonego nieprawidłowego manewru wyprzedzania i nastąpienia ustawowo określonego skutku dają się uporządkować i połączyć w łańcuch następujących po sobie zmian. Oskarżony swoim zachowaniem

¹⁰⁴ Wyr. SN z dnia 5 września 1979 r. – V KRN 203/79 (w:) R.A. Stefański, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., poz. 305.

¹⁰⁵ R.A. Stefański, *Prawo o ruchu drogowym w komentarzem praktycznym...*, op. cit., s. 53–54.

podjętym w ustalonych warunkach drogowych stworzył, a następnie zwiększył ponad społecznie akceptowalną miarę prawdopodobieństwo wywołania skutku i ta nieostrożność oskarżonego stanowiła nieodzowny element warunku, od którego wystąpienia uzależnione było spowodowanie skutku”¹⁰⁶.

8. Zasada trzeźwości

Zabronione jest – zgodnie z art. 45 ust. 1 pkt 1 i 2 p.r.d. – kierowanie pojazdem, prowadzenie kolumny pieszych, jazda wierzchem lub pędzenie zwierząt przez osobę w stanie nietrzeźwości, w stanie po użyciu alkoholu lub środka działającego podobnie do alkoholu, a także holowania pojazdu kierowanego przez osobę, będącą w jednym z wyżej wymienionych stanów. Odpowiedzialność za występki z art. 177 § 1 lub 2 k.k. powstaje wówczas, gdy naruszenie zasady bezpieczeństwa w ruchu pozostaje w związku przyczynowym ze spowodowanym skutkiem. W tym kontekście wymaga rozważenia problem, czy wprowadzenie się w taki stan jest naruszeniem zasady bezpieczeństwa w ruchu i czy samo jej naruszenie może doprowadzić do skutku wymienionego w tym przepisie. Nie budzi chyba wątpliwości, że wprowadzenie się w jeden z tych stanów stanowi naruszenie zasady bezpieczeństwa¹⁰⁷. Dyskusyjny jest jednak drugi problem.

Sąd Najwyższy stwierdził, że „Samo stwierdzenie stanu nietrzeźwości kierowcy nie jest wystarczające do uznania winy”¹⁰⁸, by później uznać, że „Stan nietrzeźwości kierującego pojazdem tylko wtedy może prowadzić do przypisania mu zawinienia w spowodowaniu wypadku drogowego, jeżeli pozostaje w związku przyczynowym z tym wypadkiem i tym samym z jego skutkiem. Inaczej mówiąc, jeżeli w ustalonym układzie okoliczności faktycznych wypadek drogowy nastąpiłby niezależnie od tego, czy skazany prowadził swój pojazd w stanie nietrzeźwości, tj. nastąpiłby także wtedy, gdyby skazany prowadząc go byłby trzeźwy, to nie można zasadnie mówić o związku przyczynowym pomiędzy omawianym naruszeniem zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym a skutkiem w postaci wypadku (...). Z samego faktu pozostawania skazanego w stanie nietrzeźwości nie może wynikać obowiązek oczekiwania od niego, iż będzie się poruszał po drodze publicznej z szybkością znacznie mniejszą niż dopuszczalna przepisami ruchu drogowego. Po prostu poruszanie się pojazdem mechanicznym w stanie nietrzeźwości jest wykroczeniem (ob. przestępstwem), a do odpowiedzialności karnej za spowodowanie wypadku w ruchu drogowym prowadzi tylko wtedy,

¹⁰⁶ Wyr. SN (z brak daty) 2006 r. – WA 39/05, Biul. Prawa Karnego 2006, nr 3, poz. 1.3.4.

¹⁰⁷ Uchw. pełnego składu Izby Karnej SN z dnia 28 lutego 1975 r. teza 7, ... wyrok składu siedmiu sędziów SN z dnia 19 kwietnia 1985 r. – Rnw 5/85, OSNKW 1986, nr 1–2, poz. 4 z głosa krytyczną A. Gubińskiego, PiP 1986, nr 9, s. 146–157; A. Bachrach, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., s. 282–283; R.A. Stefański, *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, Kraków 2005, s. 96.

¹⁰⁸ Wyrok SN z dnia 8 grudnia 1998 r. – II KKN 94/97, niepubl.

gdy pozostaje w związku przyczynowym z zaistniałym wypadkiem drogowym”¹⁰⁹. Z ostatniej tezy Sądu Najwyższego w drodze rozumowania *a contrario* można wysnuć wniosek, że może istnieć taka sytuacja, w której jedyną bezpośrednią przyczyną wypadku będzie stan nietrzeźwości sprawcy. Organ ten stwierdził też, że „potrzeba ustalenia związku przyczynowego między stanem nietrzeźwości zaistniałego wypadku drogowego może zachodzić jedynie wtedy, kiedy zebrane dowody nie ujawniają innego – poza prowadzeniem pojazdu w tym stanie – naruszenia zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym”¹¹⁰.

Naruszenie nie każdej zasady bezpieczeństwa w ruchu powoduje odpowiedzialność za skutki. Do takiej odpowiedzialności dochodzi tylko wówczas, gdy zachodzi związek przyczynowy między naruszeniem określonej zasady a skutkiem. Trafnie Sąd Najwyższy przyjął, że „W każdej sprawie dotyczącej występkę określonego w art. 145 k.k. z 1969 r. (obecnie: art. 177 KK – uwaga R.A.S.), sąd powinien bacznie rozważyć, czy istnieje związek przyczynowy pomiędzy stwierdzonym naruszeniem przepisów a przedmiotową kolizją drogową. Związek ten nie może być rozumiany jako jedynie czasowe lub miejscowe następstwo zdarzeń, ale jako następstwo rzeczowe skutku, w postaci wypadku drogowego, z poprzedzającym go naruszeniem przez oskarżonego przepisów o ruchu drogowym”¹¹¹.

Zasady bezpieczeństwa – przyjmując jako kryterium wpływ, których naruszenie wywołuje skutek – można podzielić na takie, których naruszenie może być: 1) bezpośrednią przyczyną skutku, 2) pośrednią jego przyczyną 3) nie pozostającą w żadnym związku z zaistniałym skutkiem. Naruszenie tej samej zasady – w zależności od konkretnych okoliczności – może być ocenione raz jako będące pośrednią przyczyną wypadku, innym razem – bezpośrednią, a niekiedy – nie pozostającą w żadnym związku przyczynowym ze skutkiem. Słusznie więc podkreśla się w literaturze, że zakres zasad bezpieczeństwa w ruchu, których naruszenie jest niezbędne dla bytu przestępstw drogowych nie jest nieograniczony, a wyznaczony jest wymaganiami związku przyczynowego, który musi zachodzić między naruszeniem określonej zasady a skutkiem w postaci śmierci lub obrażeń ciała¹¹². Niewątpliwie odpowiedzialność za zaistniały wypadek rodzi naruszenie zasady bezpieczeństwa w ruchu, pozostające w bezpośrednim związku przyczynowym ze skutkiem, a wyłącza – brak takiego związku. Jeśli chodzi o pośrednią przyczynę, to nie wystarcza ono do przypisania sprawstwa wypadku. Zasada trzeźwości – według wyżej wymienionego kryterium – jest zasadą, której naruszenie może

¹⁰⁹ Wyr. SN z dnia 17 czerwca 1999 r. – IV KKN 740/98, WPP 1999, nr 3–4, s. 123 z krytyczną glosą R.A. Stefańskiego, WPP 1999, nr 3–4, s. 123–127.

¹¹⁰ Wyr. SN z dnia 26 listopada 1997 r. – V KKN 64/97, OSN Prok. i Pr. 1998, nr 6, poz. 4.

¹¹¹ Wyr. SN z dnia 4 listopada 1998 r. – V KKN 303/97, OSNKW 1998, nr 11–12, poz. 50 z aprobującą glosą K.J. Pawelca, Mon. Praw. 1999, nr 5, s. 43–44, i takimi uwagami S. Zablockiego, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karna*, Pal. 1999, nr 1–2, s. 146–147; Z. Arnold, *Kryterium związku przyczynowego prędkości pojazdu z wypadkiem drogowym*, (w:) *IV Sympozjum Problemy rekonstrukcji wypadków drogowych*, Kraków 22–23 września 1994 r. Zbiór referatów, Kraków 1994, s. 9–15.

¹¹² J. Kochanowski, *Przestępstwa i wykroczenia drogowe*. Komenatrz, Warszawa 1991, s. 196.

pośrednio pozostawać w związku ze skutkiem. Słusznie twierdzi się, że nietrzeźwość kierowcy sama przez się nie stanowi takiego naruszenia zasad bezpieczeństwa, która powoduje skutki przewidziane w art. 177 § 1 lub 2 k.k., a przypisując nietrzeźwemu kierowcy przestępstwo, sąd ma obowiązek wykazać, jakie zasady bezpieczeństwa ruchu kierowca naruszył oraz ustalić związek przyczynowy tego naruszenia ze skutkiem¹¹³. Ten, kto kieruje pojazdem w stanie nietrzeźwości dopuszcza się naruszenia omawianej zasady bezpieczeństwa, lecz jeżeli wykonał wszystkie manewry prawidłowo i mimo to doszło do wypadku, nie może odpowiadać za jego spowodowanie, bowiem nie w jego zachowaniu tkwiła przyczyna zdarzenia; dla przypisania mu przestępstwa wypadku drogowego konieczne jest wykazanie konkretnego błędu, który popełnił, prowadząc pojazd¹¹⁴. Słusznie Sąd Najwyższy uznał, że „Jeśli kierowca prowadzi pojazd w stanie odurzenia alkoholowego, lecz prawidłowo, wówczas nie może odpowiadać za stan odurzenia, w jakim się znajduje, w ramach art. 215 § 1 (obecnie art. 173 § 1 lub 174 § 1) KK”¹¹⁵. Zasadnie organ ten przyjął, że „Stan nietrzeźwości kierowcy nie może automatycznie przesądzać o jego winie za spowodowanie wypadku, zwłaszcza jeżeli zagrożenie bezpieczeństwa ruchu zapoczątkowane zostało ewidentnie nieprawidłowym zachowaniem innego uczestnika ruchu”¹¹⁶, a nadto podkreślił, że „jeżeli w ustalonym układzie okoliczności faktycznych wypadek drogowy nastąpiłby niezależnie od tego, czy skazany prowadził swój pojazd w stanie nietrzeźwości, tj. nastąpiłby także wtedy, gdyby skazany prowadząc go byłby trzeźwy, to nie można zasadnie mówić o związku przyczynowym pomiędzy naruszeniem zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym a skutkiem w postaci wypadku”¹¹⁷. Z reguły – z powodu znajdowania się osoby w jednym z wyżej wymienionych stanów – dochodzi do naruszenia innej zasady pozostającej w związku przyczynowym z zaistniałym skutkiem, np. prędkości bezpiecznej. Na uwagę zasługuje stwierdzenie Sądu Najwyższego, że „Oskarżony, mający uprawnienia kierowcy zawodowego, duże doświadczenie w kierowaniu pojazdami mechanicznymi w ogóle, jadący z prędkością około 30–40 km/godz., w zdecydowanie dobrych warunkach drogowych, był w stanie albo pojazd zatrzymać bądź pieszego ominąć. Jednakże oskarżony, będąc w znacznym stopniu pod wpływem alkoholu, nie obserwował jezdni z taką starannością jak to jest wymagane w każdej sytuacji, a w szczególności w rejonie skrzyżowania. Z tego właśnie powodu nie spostrzegł przekraczającego, wiadomo, że w miejscu niedozwolonym, jezdnię przechodnia i o tym, że jednak ktoś był na jezdni zorientował się dopiero wówczas, gdy

¹¹³ A. Bachrach, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., s. 283.

¹¹⁴ J. Kochanowski, A. Spotowski, *Przegląd orzecznictwa...*, op. cit., s. 135.

¹¹⁵ Wyr. SN – I K 957/57 cyt. z A. Bachrachem, *Przestępstwa i wykroczenia...*, op. cit., s. 282.

¹¹⁶ Wyr. SN z dnia 11 marca 1998 r. – II KKN 310/96, OSN Prok. i Pr. 1998, nr 10, poz. 3; wyr. SN z dnia 18 stycznia 1984 r. – V KRN 289/83, nie publ.; wyr. SN z dnia 19 sierpnia 1986 r. – V KRN 522/85, OSN PG 1986, nr 5, poz. 61; wyr. SN z dnia 5 lutego 1997 r. – V KKN 171/96, nie publ.; wyr. SN z dnia 8 grudnia 1998 r. – II KKN 94/97, nie publ.

¹¹⁷ Wyr. SN z dnia 17 czerwca 1999 r. – IV KKN 740/98, WPP 1999, nr 3–4, s. 123.

potrafił pokrzywdzonego”¹¹⁸. Upośledzenie zdolności do prowadzenia pojazdów mechanicznych pod wpływem stanu nietrzeźwości ma szczególne znaczenie przy kierowaniu pojazdem w warunkach gorszej widoczności (na przykład o zmroku), co jest związane z ograniczeniem możliwości należytej obserwacji drogi i znajdujących się na niej przeszkód”¹¹⁹.

¹¹⁸ Wyr. SN z dnia 18 czerwca 1996 r. – V KKN 31/96, OSN Prok. i Pr. 1997, nr 1, poz. 2.

¹¹⁹ Wyr. SN z dnia 25 października 1977 r. – VI KRN 102/77, NP 1980, nr 11–12, s. 135; wyr. SN z dnia 15 sierpnia 1978 r. – VI KRN 194/78, niepubl.; wyr. SN z dnia 31 maja 1985 r. – V KRN 322/85, niepubl.

MARIA SOB CZAK



WOLNOŚĆ SUMIENIA I WYZNANIA, JEJ GWARANCJE W SYSTEMIE PRAWNYM RADY EUROPY ORAZ W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA W STRASBURGU

1. Wprowadzenie

Ochrona wolności myśli, sumienia i wyznania (religii) w systemie Rady Europy przewidziana jest w art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Gwarantuje on te prawa każdemu, a więc każdemu człowiekowi, każdej osobie fizycznej. Jakkolwiek w treści art. 9 nie wskazano adresatów mających zapewnić tę wolność, ale niewątpliwie są nimi państwa będące członkami Rady Europy i sygnatariuszami Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Konwencja jawi się jako pierwszy traktat międzynarodowy, w którym została dokonana jurydyzacja proklamowanych przez Powszechną Deklarację Praw Człowieka i ustanowienie systemu gwarancji ich poszanowania. Konwencja ta nie odwołuje się *expressis verbis* do godności ludzkiej, jednak nawiązuje do niej poprzez odniesienie się w preambule do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka podkreślając chęć „zbiorowego zagwarantowania niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji”¹.

W toku prac nad tekstem Konwencji nie ulegało wątpliwości, że wolność myśli sumienia i wyznania oraz przekonań powinny się znaleźć w ramach katalogu wolności i praw chronionych Konwencją. Jednak już w początkującej fazie prac Zgromadzenia Doradczego przygotowującego tekst Konwencji powstał problem semantyczny, ale jednocześnie prawny, czy a jeśli tak, to na ile doprecyzować treść wolności wyznania (religii)². Jakkolwiek z założenia starano się, aby tekst

¹ A. Bisztyga, *Geneza Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Humanistyczne Zeszyty Naukowe” 1994, nr 9, s. 31–50; J. Krukowski, *Godność człowieka podstawą konstytucyjnego katalogu praw i wolności jednostki*, (w:) *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, (red.) L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 44.

² A. Przyborowska-Klimaczk, *Europejski system ochrony praw człowieka*, „Roczniki Nauk Prawnych” 1991–1992, nr 1–2, s. 132.

odpowiednich artykułów Konwencji normujących wolności i prawa odpowiadał Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, to jednak wbrew twierdzeniom zawartym w literaturze³ rozwiązania Konwencji różnią się i to dość znacznie od treści Powszechnej Deklaracji. Proste porównanie obu oryginalnych tekstów Konwencji (w języku francuskim i w języku polskim) dowodzi istotnych różnic zachodzących między tymi tekstami. Oddaje je także tłumaczenie polskie w tekście promulgowanym w Dzienniku Ustaw⁴. Proste porównanie obu tekstów wskazuje, że art. 9 ust. 1 Konwencji został wzbogacony o słowa „lub przekonań”. W dalszej zaś części tego tekstu mowa o działaniach uzewnętrzniających wyznanie (religię) w innej kolejności niż to przyjmuje Powszechna Deklaracja, gdyż Konwencja najpierw wskazuje uprawianie kultu, potem nauczanie, dalej praktykowanie, a na końcu czynności rytualne. Natomiast Powszechna Deklaracja kolejność tę przyjmowała inaczej, wskazując najpierw nauczanie, potem praktykowanie, potem uprawianie kultu i praktyki religijne. Dostępne materiały nie pozwalają na stwierdzenie, co legło u podstaw odmiennego ujęcia tych treści w obu dokumentach. Przysiąc należy, że do kwestii tej doktryna ani judykatura zdaje się nie przywiązywać wagi, aczkolwiek koncepcja racjonalnego prawodawcy nie pozwala na przyjęcie tezy, że różnice te są całkowicie bez znaczenia.

Znacznie poważniejsze problemy pojawiły się w toku redagowania klauzuli ograniczającej gwarantowane Konwencją wolności i prawa. Początkowo twórcy Konwencji skłaniali się w kierunku koncepcji, aby stworzyć jedną klauzulę ograniczającą wszelkie wolności i prawa. Miała ona brzmieć następująco: „w korzystaniu z praw i wolności zagwarantowanych w Konwencji nie będą nakładane żadne ograniczenia, z wyjątkiem przypisanych przez prawo i to wyłącznie w celu zapewnienia przestrzegania i poszanowania praw i wolności innych lub w celu sprostania wymaganiom moralności, porządku publicznego, bezpieczeństwa i jedności narodowej oraz działanie na rzecz administracji i sprawiedliwości w demokratycznym społeczeństwie”. Klauzula ta została jednak odrzucona, podobnie jak inne jej wersje. Postanowiono, iż Konwencja nie będzie posługiwała się jedną klauzulą ograniczającą, lecz że każdej wolności bądź prawu będzie towarzyszyła stosowna klauzula. W toku prac nad klauzulą odnoszącą się do treści art. 9 zgłoszono wiele

³ Też o identyczności tekstu art. 18 Powszechnej Deklaracji i art. 9 Europejskiej Konwencji formuluje m.in. K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004, s. 48–51.

⁴ Art. 9 Konwencji brzmi: „1. Każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania. Prawo to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne”. Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284. W językach oryginałów tekst ten brzmi: „Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; his right includes freedom to change his religion nor belief and freedom. either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, teaching, practice, and observance”. „Toute personne a droit a la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de manifester sa religion on de conviction, individuelle ment on collectivement, en public on en privé par le culte l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites”.

szczególonych propozycji. Punktem wyjścia stała się propozycja Wielkiej Brytanii sprowadzająca się do tego, iż wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez prawo oraz zasadne i konieczne dla ochrony bezpieczeństwa publicznego porządku, zdrowia lub moralności albo też fundamentalnych praw i wolności innych⁵. Przypomnieć wypada, że w toku prac legislacyjnych odrzucono wiele uzupełnień tej klauzuli m.in. propozycje Turcji, która postulowała, aby przepis o gwarancjach wolności religijnej zawierał zdanie, że nie ma on wpływu na istniejące prawo krajowe w zakresie zasad praktyk religijnych oraz przynależności do pewnych wyznań. Stanowisko Turcji było wyrazem obawy przed odrodzeniem się fundamentalizmu islamskiego. Podobną poprawkę przedstawiła Szwecja powodowana obawą, że konwencyjne przepisy mogą zagrozić istniejącym w tym państwie regulacjom dotyczącym roli i pozycji państwowego kościoła luteranckiego⁶. W efekcie klauzula ograniczająca wolność myśli, sumienia i wyznania zawarta w art. 9 ust. 2 brzmi: „wolność uzewnętrzniania przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”⁷. Wśród klauzul ograniczających prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 Konwencji), wolność myśli, sumienia i wyznania (art. 9 Konwencji), wolność wyrażania opinii (ekspresji) (art. 10 Konwencji) – w gruncie rzeczy dość zbliżonych w treści i jedynie klauzula ograniczająca wolność myśli sumienia i wyznania nie wskazuje jako podstawy względu na bezpieczeństwo państwowe, a jedynie na bezpieczeństwo publiczne.

W katalogu wolności i praw, które nie podlegają derogacji w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego, zagrażającego życiu narodu

⁵ Zob. tekst projektu w języku angielskim: „[...] only to such limitations as are pursuant to law are reasonable and necessary to protect public safety, order, health or morals or the fundamental rights and freedom of others” w: *Travaux préparatoires – Council of Europe, Collected Edition of the „Travaux préparatoires” of the European Convention on Human Rights (Conseil de l’Europe, Recueil des „Travaux préparatoires” de la Européenne des Droits de l’Homme)* t. III, Dordrecht–Boston–Lancaster 1985, s. 209.

⁶ Pamiętać należy, że obywatele Szwecji pełną wolność religijną uzyskali dopiero po wejściu w życie Konwencji w 1951 r., przy czym Kościół ewangelicko-luteranicki miał charakter kościoła państwowego. Konstytucja Szwecji z 1973 r. zmieniona w 2000 r. przewiduje, że przepisy dotyczące kościoła w Szwecji a także innych kościołów lub związków wyznaniowych powinny być wydawane w drodze ustawy uchwalanej przez parlament. Od 1958 r. do 2000 r. trwały w Szwecji prace nad nowym modelem stosunków między państwem a kościołem i doprowadziły do likwidacji kościoła państwowego jakim był Kościół ewangelicko-luteranicki. Zob. L. Friedmer, *Państwo i kościół w Szwecji*, (w:) *Państwo i kościół w krajach Unii Europejskiej*, (red.) G. Robbers, Wrocław 2007, s. 361–372.

⁷ W tekstach oryginalnych klauzula ta brzmi: „Freedom to manifest one’s religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of the rights and freedoms of others”. „La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l’objet d’autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique ou à la protection de l’ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d’autrui”.

nie wymieniono w treści art. 15 ust. 2 Europejskiej Konwencji wolności myśli, sumienia i wyznania⁸.

Treść art. 9 Europejskiej Konwencji stała się przedmiotem wykładni najpierw Europejskiej Komisji Praw Człowieka, a następnie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Przyznać należy, że orzecznictwo dotyczące wolności myśli sumienia i wyznania niewątpliwie nie jest tak bogate jak to, którego obiektem stała się swoboda wypowiedzi bądź prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

2. Zakres podmiotowy wolności sumienia i wyznania

Wolności i prawa wymienione w treści art. 9 ust. 1 Europejskiej Konwencji zostały zagwarantowane każdemu. Dobitniej niż w polskim tłumaczeniu brzmi to w oryginalnym tekście francuskim (*toute personne*). Oznacza to, że może z nich korzystać każdy człowiek, niezależnie od tego, czy jest obywatelem jakiegoś państwa czy jedynie jego mieszkańcem, turystą, bezpaństwowcem. Ważne jest tylko to, aby podlegał jurysdykcji państwa będącego stroną Konwencji⁹. Konwencja nie wyróżnia w żaden sposób jakiegokolwiek podmiotu, który może korzystać z wolności sumienia i wyznania, niemniej prawa rodziców do zapewniania wychowania i nauczania, zgodnie z ich przekonaniami religijnymi i filozoficznymi, gwarantuje art. 2 Protokołu nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁰.

Zarówno decyzje Europejskiej Komisji, jak i potem orzeczenia Trybunału w Strasburgu, dokonujące wykładni treści art. 10 Europejskiej Konwencji odnosiły się także w licznych sprawach do wolności i praw, na straży których stoi art. 9 tejże Konwencji. W toku wykładni Europejska Komisja Praw Człowieka rozszerzyła pojęcie „każdego” (ang. *everyone* – fr. *toute personne*) jakim operuje art. 9 ust. 1, odnosząc je nie tylko do osoby fizycznej, lecz włączając w jego zakres osoby prawne. Możliwość takiego, szerszego pojmowania terminu „każdy”, zdaje się

⁸ Zakaz derogacji wolności myśli, sumienia i wyznania przewiduje natomiast w art. 4 ust. 2 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Publicznych.

⁹ C. Mik, *Charakter, struktura i zakres zobowiązań Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 4, s. 13; A. Redelbach, *Europejska Konwencja Praw Człowieka w polskim wymiarze sprawiedliwości*, Poznań 1997, s. 74. Potwierdzeniem powszechnego charakteru Konwencji oraz tego, że nie odnosi się ona tylko do obywateli państw – stron Konwencji jest fakt, że skargi, także dotyczące łamania art. 9 Konwencji kierowali do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka obywatele 89 państw a Konwencja została przyjęta tylko przez 31. Podkreślić należy, że Europejska Konwencja ma charakter regionalny a obok niej istnieje Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów, Kairska Deklaracja Praw Człowieka, Arabska Karta Praw Człowieka, Amerykańska Konwencja Praw Człowieka (znana także pod nazwą Pakt San Jose), Karta Organizacji Państw Amerykańskich oraz Deklaracja Praw i Obowiązków Człowieka. W kwestii treści tych dokumentów zob. B. Banaszak, *System ochronny praw człowieka*, Kraków 2003, s. 229–237, 263–284, 289–294.

¹⁰ Dz.U. z 1995 r., Nr 36, poz. 175.

wynikać z treści art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych wolności, gdzie w art. 1 mowa o każdej osobie fizycznej i prawnej¹¹. Wprawdzie art. 1 Protokołu nr 1 odnosi się do ochrony własności, ale uznany został za wskazówkę pojmowania terminu „każdy” w odniesieniu do innych praw i wolności.

Początkowo Europejska Komisja Praw Człowieka stała na stanowisku, że gwarancje dotyczące wolności wyznaniowej (religijnej) rozciągają się wyłącznie na osoby fizyczne. Korporacja, a więc kościół, będąc osobą prawną a nie fizyczną, nie jest zdolna do posiadania i korzystania z praw zagwarantowanych w art. 9 Konwencji¹². Europejska Komisja stała na stanowisku, że „Kościół jest zorganizowaną wspólnotą religijną opartą na identycznych bądź przynajmniej zasadniczo podobnych poglądach. Za pośrednictwem praw przyznawanych swym członkom na podstawie art. 9, sam kościół chroniony jest w jego prawie do manifestowania swej religii, do organizowania i prowadzenia modlitw, praktykowania nauczania i obrzędów, jest on zarazem wolny w działaniu oraz w zapewnianiu w tych sprawach jednolitości (...) Kościół nie jest zobowiązany do zapewnienia wolności religijnej swym urzędnikom i swym wyznawcom, jak jest do tego zobowiązane państwo jako takie w stosunku do każdej osoby w obrębie jego jurysdykcji”¹³. Wkrótce jednak Europejska Komisja zmieniła stanowisko, uznając, że rozróżnienie między kościołem a jego członkami jest w istocie sztuczne¹⁴. Dlatego też kościół, podejmując działania prawne, czyni to w istocie rzeczy w imieniu swoich członków, tak więc kościół jest w stanie samodzielnie posiadać i korzystać z praw zagwarantowanych art. 9 i traktować uprawnienia wynikające z tego prawa, jak swoje własne. Europejska Konwencja Praw Człowieka prawo do korzystania z wolności religijnej rozciągnęła więc nie tylko na kościoły i związki wyznaniowe, lecz także na stowarzyszenia o charakterze religijnym bądź filozoficznym¹⁵. Pogląd ten potwierdził Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu

¹¹ Promulgowany w języku polskim tekst Protokołu nr 1 zob. Dz.U. z 1995 r., Nr 36, poz. 175. Tekst Protokołu nr 11 zmieniającego częściowo tekst Protokołu nr 1 Dz.U. z 1998 r., Nr 147, poz. 962. Tekst ujednolicony Protokołu nr 1 por. *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999–2004*, (oprac.) M.A. Nowicki, Kraków 2005, s. 1510. Podstawą tekstu ujednoliconego w opracowaniu M.A. Nowickiego był Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No 11, Council of Europe, H/IN(97)6 (rev).

¹² Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka Church X przeciwko The United Kingdom, 17 December 1978, application 3798/68, „Yearbook” 12, s. 306; zob. T. Jasudowicz, *O uznanie i poszanowanie pozycji i religii i Kościoła w jednoczącej się Europie*, (w:) *Polska w Unii Europejskiej. Perspektywy, warunki, szanse i zagrożenia*, (red.) C. Mik, Toruń 1997, s. 298.

¹³ Cyt. za *Wolność religii*, s. 192–193.

¹⁴ X i Kościół scjentologiczny przeciwko Szwecji Skarga nr 7805/77 – Decyzja z 5 maja 1979 r. Dr 16, s. 68 i nast. W treści orzeczenia stwierdzono: „Komisja korzysta ze sposobności, by zrewidować swój pogląd wyrażony w skardze nr 3798/68. Jest ona obecnie znana, że rozróżnienie pomiędzy kościołem a jego wyznawcami na podstawie art. 9 ust. 1 ma w istocie sztuczny charakter. Gdy organ kościelny składa skargę na podstawie Konwencji czyni tak w rzeczywistości na korzyść swoich wyznawców”. *Wolność religii*, s. 210.

¹⁵ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, Deventer 1990, s. 404–405; Decyzja w sprawie Swami Omkarananda i Divina Ligot Centrum przeciwko

w orzeczeniu z 13 grudnia 2001 r. stwierdzając m.in. że „jednym ze środków korzystania z prawa manifestowania religii zwłaszcza przez wspólnotę religijną jest możliwość zapewnienia jej i jej członkom ochrony sądowej”. Przypomniano przy tym, że kościół lub jego organ może wykonywać w imieniu swoich wiernych prawa zagwarantowane w art. 9 Konwencji¹⁶.

Tak więc kościoły oraz stowarzyszenia o charakterze religijnym bądź filozoficznym w drodze wykładni zostały uznane za podmioty, którym przysługują wolności i prawa opisane w treści art. 9 Konwencji. Zwraca się przy tym uwagę, iż ich legitymacja może wynikać także z treści art. 34 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Możliwości występowania z zarzutami przeciwko państwu o łamanie Konwencji nie mogą występować kościoły państwowe, gdyż niemożliwe jest zdaniem doktryny składanie skargi przeciwko strukturze organizacyjnej, którą te kościoły same współtworzą¹⁷.

Tak więc orzecznictwo strasburskie – dokonując wykładni teleologicznej – skutecznie poszerzyło zakres wolności wyznania (religii) o wymiar instytucjonalny, który nie wynikał wprost z przepisu art. 9 Konwencji, przyznając kościołom, związkom wyznaniowym, a także stowarzyszeniom o charakterze religijnym i filozoficznym prawo do ochrony takiej wolności. Podmioty te uzyskały w ten sposób formalną legitymację do występowania ze skargami o naruszenie art. 9 Konwencji. Stanowisko najpierw Europejskiej Komisji Praw Człowieka, a potem Trybunału w Strasburgu jest niezwykle istotne dla mniejszości wyznaniowych w Polsce. Formułuje ono bowiem pewne jednoznaczne standardy, z których mniejszości, kościoły i związki wyznaniowe będą mogły korzystać.

3. Zakres przedmiotowy wolności sumienia i wyznania

Komisja inaczej traktuje wolność wyznania (religii), a inaczej wolność sumienia. Wynika to jednoznacznie z decyzji Komisji Praw Człowieka z 12 października 1988 r., w której wyraźnie podkreślono, że prawa pierwotne, tj. prawo do

The United Kingdom, 19 marca 1981, application nr 8118/77, Dr 25/105, zob. *Wolność religii...*, op. cit., s. 226, w orzeczeniu tym stwierdzono jednoznacznie: „...rozdzielenie między kościołem a jego członkami na podstawie art. 9 ust. 1 jest w istocie sztuczne. Gdy organ kościelny składa skargę na podstawie Konwencji, czyni to w rzeczywistości na rzecz swoich członków. Należy zatem przyjąć że organ kościelny – bądź jak w sprawie niniejszej stowarzyszenie o charakterze religijnym i filozoficznym zdolne są do posiadania i wykonywania praw zawartych w art. 9 ust. 1 w swym własnym imieniu jako przedstawiciele swoich członków”.

¹⁶ Kościół metropolitalny Besarabii i inni przeciwko Mołdawii – orzeczenie z 13 grudnia 2001 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 45701/99, zob. M.A. Nowicki, *Nowy Europejski...*, op. cit., s. 942–947.

¹⁷ M. Pernal, *Gwarancje wolności religijnej w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka (w świetle orzecznictwa Komisji i Trybunału Praw Człowieka)*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 11, s. 77 i n.; R. Sobański, *Prawo europejskie a Kościoły*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 4–5, s. 605. W kwestii tej por. także N. Blum, *Gedenken – Gewissens – und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin 1990, s. 172. W tym miejscu autorka dziękuje Klemensowi v. Freyerowi za zwrócenie uwagi na tekst tego artykułu i udostępnienie go w tłumaczeniu na język polski.

wolności sumienia z art. 9 Konwencji oraz prawo do niepodlegania poniżającemu traktowaniu albo karaniu z art. 3 z samej swej natury nie nadają się do ich realizacji przez osobę prawną, taką jak stowarzyszenie. Komisja wyraźnie podkreśliła, że należy przeprowadzić rozróżnienie między wolnością sumienia a wolnością religii, która może być realizowana przez kościół. Tym samym kościoły, związki religijne oraz stowarzyszenia o charakterze religijnym lub filozoficznym mogą być podmiotami prawa do wolności religii i mają legitymację do występowania w tych sprawach, nie są natomiast powołane, podobnie jak inne osoby prawne, do występowania w sprawie ochrony wolności sumienia¹⁸. Wspomniane rozróżnienie jawi się jako dość niebezpieczne. Nie zostało jednak prawie zupełnie zauważone przez doktrynę¹⁹.

W literaturze podkreśla się, że wolność wyznania, albo jak chcą inni wolność religii, składa się z trzech elementów, z trzech innych wolności: wolności myśli, wolności sumienia i wolności wyznania²⁰. Zauważa się przy tym, że art. 9 traktuje te wolności jako odrębne od siebie i niezależne, wyróżniając najpierw wolność myśli mającą znaczenie intelektualne, potem wolność sumienia o charakterze etycznym, a następnie wolność wyznania, mającą znaczenie religijne. Zauważa się, iż w gruncie rzeczy art. 9 stoi nie tylko na straży wolności wyznania, czyli wolności religijnej, lecz także ma chronić wolność światopoglądową, co akcentują użyte w treści tego przepisu zwroty: „myśl”, „sumienie”, „religia” (wyznanie), „przekonanie”²¹. Zarówno Komisja Praw Człowieka, jak i później Trybunał nie podejmują próby zdefiniowania pojęć: „myśl”, „sumienie”, „religia”, „wyznanie”, „przekonanie”. Zgodzić się wypada z prezentowanym w literaturze poglądem,

¹⁸ Verein Kontakt – Information – Therapie i Siegfried Hagen przeciwko Austrii skarga nr 11921/86 – Decyzja z 12 października 1988 DR 57, s. 81 i n. *Wolność religii...*, op. cit., s. 263–264.

¹⁹ W doktrynie zaaprobowano natomiast rozszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do występowania w sprawie wolności religijnej o kościoły, związki wyznaniowe oraz stowarzyszenia o charakterze religijnym lub filozoficznym. Jedni autorzy podkreślali przy tym, że rozszerzenie takie jest wynikiem właściwej wykładni sformułowania, że można korzystać z wolności religii „wspólnie z innymi” i osadzone jest w koncepcji społecznej natury człowieka i społecznej natury religii. Zob. C. Mik, *Zbirowe Prawa Człowieka*, Toruń 1992, s. 180 i n. Inni zauważali, że chociaż pierwotnym beneficjentem wolności religijnej jest osoba fizyczna to kościoły i związki wyznaniowe zabezpieczają jednak realizację indywidualnych praw wolnościowych swoich członków. A. Czohara, *Mechanizmy ochrony wolności sumienia i wyznania w państwach Europy Zachodniej*, (w:) A. Czohara, B. Górowska, M. Nadolski, J. Osuchowski, *Dylematy wolności sumienia i wyznania w państwach współczesnych*, Warszawa 1996, s. 49.

²⁰ K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli...*, op. cit., s. 77.

²¹ W doktrynie zauważa się, że ateści z satysfakcją powitają to, że pojęcia „myśl” i „sumienie” poprzedzają „wyznanie” (religia), libertyni zaakceptują współistnienie wszystkich wolności na tym samym poziomie, bez preferencji dla żadnej z nich. Natomiast ludzie religijni rozumieją, że pojęcie „myśl” i „sumienie” odnosi się nie do religii w ogóle, lecz tylko do tej, którą oni uznają za prawdziwą, zob. D.J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London–Dublin–Edinburgh 1995, s. 356–357. Stwierdzenia te rażą bezceremonialnością i arogancką obcesowością, wyziera z nich prostactki utylityzm i kuglarskie cwaniactwo dążące do zdyskontowania szczytnych treści zawartych w art. 9 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Przywołani autorzy i powtarzający ich tezy przedstawiciele doktryny zdają się sugerować czytelnikowi, iż w gruncie rzeczy treść art. 9 nie ma żadnego znaczenia, a przynajmniej nie ma takiego znaczenia, które pozwalałoby na chronienie przekonań niewierzących.

iż zwrot wolność myśli, sumienia i wyznania (religii) stanowi pewną „zbitkę pojęciową” bardziej zrozumiałą jako zwrot całościowy niż wtedy, gdy usiłuje się dokonywać analizy każdego ze składających się nań terminów²². Dodać wypada, iż określenie zbiorcze „wolność myśli sumienia i wyznania (religii)” winno zostać uzupełnione terminem „wolność przekonań” i dopiero wówczas w pełni oddany jest zakres wolności chronionych przez art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W literaturze podnosi się, że większość spraw, w których zarzucano naruszenie art. 9 Konwencji, które stały się przedmiotem badania Europejskiej Komisji Praw Człowieka, a potem Trybunału Praw Człowieka to sprawy dotyczące nie tyle wyznania czy religii, a odnoszące się do naruszeń przekonań filozoficznych, poglądów na życie²³. Niekiedy stwierdza się jednak, że poprzez art. 9 zbyt chroniona jest wolność wyznania, przy pominięciu aspektów światopoglądowych moralnych oraz intelektualnych²⁴.

Jakkolwiek prawa wyznawców religii mniejszościowych znalazły się w gruncie rzeczy na marginesie tych decyzji Komisji Praw Człowieka, a potem orzeczeń Trybunału w Strasburgu, które wydane zostały w oparciu o treść art. 9 Konwencji, to jednak wypracowane we wspomnianych orzeczeniach standardy mają istotne znaczenie dla treści wolności, którymi cieszą się wyznawcy takich religii i z których korzystają ich kościoły i związki wyznaniowe.

W licznych decyzjach Komisji Praw Człowieka, a potem w wielu orzeczeniach Trybunału w Strasburgu podkreślono, że wolność myśli sumienia i wyznania stanowi jedną z podstaw demokratycznego społeczeństwa. Zauważano przy tym, że w rozumieniu Konwencji wolność ta jest istotna dla ochrony tożsamości wierzących i sposobu patrzenia przez nich na życie, ale ma także duże znaczenie dla ateistów, agnostyków, sceptyków oraz osób religijnie obojętnych. Bardzo mocno podkreślono fakt, że istnienie pluralizmu nierozłącznie związanego ze społeczeństwem demokratycznym, drogo okupionego przez wieki jest uzależnione od poszanowania wolności, o której mowa w art. 9 Konwencji²⁵. Treść art. 9 w pierwszej kolejności – jak zauważyły organy strasburskie – chroni sferę osobistych przekonań i wiary religijnej. Ponadto obejmuje ochroną akty bezpośrednio związane z nimi, takie jak modlitwa, będące elementami praktyki religijnej lub wiary w powszechnie uznanej formie²⁶. W tej sytuacji art. 9 chroni sferę przekonań osobistych i religijnych jednostki, a więc wszystko to, co nazywa się często forum wewnętrznym, pozwala zachować niezależność w sferze duchowej.

²² M. Winiarczyk-Kossakowska, *Wolność sumienia i religii*, „Studia Prawnicze” 2001, nr 1, s. 27 i n.

²³ E. Łętowska, *Liberal concept of human rights in central and eastern Europe*, Warszawa 1998, s. 56.

²⁴ T. Sokołowski, *Wolność myśli, sumienia i wyznania dziecka*, (w:) *Konwencja o Prawach Dziecka analiza i wykładnia*, (red.) T. Smyczyński, Poznań 1999, s. 261–262.

²⁵ Kokkinakis przeciwko Grecji – orzeczenie z 25 maja 1993 r., A. 260-A; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 3 grudnia 1991 r., skarga nr 14307/88.

²⁶ Raport Kalaç przeciwko Turcja, 27.2.1996, skarga nr 20704/92, RJD 1997 – IV; decyzja Kontinen przeciwko Finlandia, 3.12.1996, skarga nr 24949/94, Dr 87-A/68, w: M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, wyd. II, Warszawa 1999, s. 388.

Wolność ta nie może ulegać żadnym ograniczeniom. Nie oznacza to jednak, że tak samo chronione jest uzewnętrznianie wyznania lub przekonań. Stwierdzając, że art. 9 chroni każdą osobę przed obowiązkiem bezpośredniego udziału w czynnościach religijnych wbrew swojej woli, w szczególności wówczas, gdy jednostka nie należy do wspólnoty religijnej, która takie czynności organizuje, dodano, że art. 9 ust. 2 Konwencji określa warunki, w jakich możliwe jest w takich przypadkach ingerencja państwa, zauważając, że państwo ma obowiązek poszanowania ogólnego prawa każdego do wolności wyznania oraz że prawo to nie może być ograniczone²⁷. Stwierdzenie to jest wyrazem poglądu, iż w społeczeństwie demokratycznym, gdzie żyją ze sobą ludzie wyznający różne religie, może się okazać konieczne wprowadzenie pewnych ograniczeń, aby pogodzić w ten sposób interesy różnych grup i zapewnić poszanowanie przekonań każdej osoby. Trybunał bardzo mocno podkreślił, że wolność wyznania należy do sfery świadomości jednostki, ale wynika z niej również m.in. wolność „uzewnętrznienia swego wyznania”. Wolność ta może polegać na manifestowaniu swojej religii wspólnie z innymi, publicznie w kręgu współwyznawców. Religia może być przeżywana indywidualnie i w sposób intymny. Z wolności wyznania wynika jednak również prawo do podejmowania prób przekonania do swojej wiary sąsiada i innych ludzi np. przez nauczanie. Trybunał jednoznacznie podkreślił, że bez takiej gwarancji „wolność zmiany religii lub przekonań”, o której mowa w art. 9 pozostawałaby martwą literą²⁸. Stanowisko to ma olbrzymie znaczenie dla wyznawców religii mniejszościowych oraz dla zwolenników wszystkich tak zwanych nowych ruchów religijnych, bowiem z natury rzeczy to właśnie oni podejmują rozmaitego typu starania zmierzające do przekonania do prawd swojej wiary. Europejski Trybunał stwierdził, że państwa mogą wprowadzić odpowiedzialność karną za używanie niewłaściwych sposobów przekonania kogokolwiek do swojej wiary. Stwierdził także, że niedopuszczalny jest prozelityzm uprawiany niewłaściwymi metodami²⁹.

Osoby korzystające z wolności religii niezależnie od tego, czy należą do większości czy do mniejszości religijnej, nie mogą oczekiwać tego, że nie będą poddawane krytyce. Muszą tolerować – jak zauważył Trybunał – i akceptować negowanie ich przekonań religijnych, a nawet propagować zasad wrogich ich wierze. W orzeczeniu dotyczącym sprawy Kokkinakisa przeciwko Grecji Trybunał podkreślił, że skrajnym efektem stosowania metod sprzeciwiania się metodom religijnym lub ich negocjowania, może być uniemożliwienie korzystania z wolności ich posiadania i wyrażania. Prozelityzm, próba zdobywania wyznawców nie może

²⁷ Darby przeciwko Szwecji. Sprawozdanie Komisji z 9 maja 1989, skarga nr 11585/85, ser. A, nr 187; zob. *Wolność religii...*, op. cit., s. 266.

²⁸ Kokkinakis przeciwko Grecji – orzeczenie z 25 maja 1993 r., A. 260-A; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 3 grudnia 1991 r., skarga nr 14307/88, M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka, Orzecznictwo*, t. 2, Kraków 2002, s. 925–929.

²⁹ Orzeczenie Larissis, Mandalavidis i Sarandis przeciwko Grecji 24.2.1998, RJD 1998-I, §45, w: M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 389.

bowiem przejawiać się w formach moralnie nagannych lub sprzecznych z prawem ani polegać na korupcji. Państwo może być odpowiedzialne za sposób, w jaki przekonania religijne i doktryny są sobie przeciwstawiane w szczególności, gdy chodzi o zapewnienie spokojnego korzystania z prawa i wolności chronionych art. 9 Konwencji. Trybunał wskazał, że państwo może uznać za konieczne podjęcie środków represjonujących niektóre formy zachowania, łącznie z przekazywaniem informacji i idei, jeśli uważa je za niezgodne z poszanowaniem swobody myśli sumienia i wyznania innych. Można uznać, iż doszło do naruszenia przekonań religijnych gwarantowanych w art. 9 – jeśli przedmiot czci religijnej został przedstawiony w sposób prowokacyjny. Taką sytuację można potraktować jako dokonane w złym zamiarze pogwałcenie ducha tolerancji, które musi cechować społeczeństwo demokratyczne³⁰. Trybunał wskazał w innym orzeczeniu, że państwo jest odpowiedzialne za zapewnienie spokojnego korzystania z prawa zagwarantowanego w art. 9 Konwencji, za sposób w jaki przekonania religijne i doktryny są sobie przeciwstawiane³¹. Zdaniem Trybunału podjęte środki muszą być jednak proporcjonalne do celu, którym jest poszanowanie wolności religii nawet w stosunkach między osobami prywatnymi. Środkami takimi mogą być instrumenty prawne pozwalające zagwarantować, że inni nie będą przeszkadzać w modlitwie i innych praktykach religijnych³².

4. Wolność sumienia i wyznania a indoktrynacja religijna

Trybunał stwierdził, iż art. 9 Konwencji zapewnia ochronę przed indoktrynacją religijną ze strony państwa. Stanowisko to zostało po raz pierwszy sformułowane przez Komisję Praw Człowieka w sprawie Lena i Anna-Nina Angeleni przeciwko Szwecji. W sprawie tej skarżące zarzucały, że nie zostały zwolnione z lekcji, na których wykładana była wiedza religijna w szkole, mimo że nie należą do żadnej kongregacji religijnej, co zmusiło je do przyjęcia chrześcijańskiego sposobu myślenia. W uzasadnieniu decyzji podkreślono, że samo uczestniczenie w nauce religii przez ateistę, w sytuacji gdy nauka ta przewidziana jest programem nauczania, za które państwo przyjmuje odpowiedzialność, nie oznacza indoktrynacji religijnej. Zauważono także, że czym innym jest nauczanie wiedzy

³⁰ Otto – Preminger – Instytut przeciwko Austrii – orzeczenie z 20 września 1994, A. 295; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 14 stycznia 1993 r., skarga nr 13470/81, w: M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 1057–1063. Orzeczenie to w literaturze i przeglądach orzecznictwa Trybunału wiąże się zwykle z treścią art. 10 Konwencji stojącego na straży wolności wypowiedzi.

³¹ Decyzja Dubowski i Skup przeciwko Polsce, 18.04.1997, skargi nr 34055/96 i 33490/96 DR 89-A/96, dotyczące braku właściwych prawnych środków ochrony przed obrazą uczuć religijnych (Matka Boska Częstochowska w masce gazowej na okładce „Wprost”). M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 397

³² X i Y przeciwko Holandii, 26.03.1985, A. 91 § 23, M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 920.

religijnej, przekazywanie nauki o religii, a czym innym nauka religii. Nauczanie, które zapewnia tylko informacje, nie może w zasadzie być uznane za sprzeczne z Konwencją. Sprzeczne z Konwencją jest natomiast indoktrynowanie religijne³³. Zdaniem Komisji obowiązek udziału dzieci w lekcjach edukacji moralnej i społecznej nie jest ingerencją w korzystanie ze swobody myśli lub sumienia³⁴. Komisja Praw Człowieka wielokrotnie podkreślała, że art. 9 wymienia wprawdzie różne formy, które może przybrać manifestowanie religii lub przekonań, w szczególności uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne, nie chroni jednak każdego aktu motywowanego lub inspirowanego względami religijnymi bądź wynikającymi z przekonań³⁵. Komisja Praw Człowieka w przeszłości uważała za zgodne z wolnością religii niektóre obowiązki wynikające z poddania się określonym regułom zachowania ustalonym w celu zachowania i poszanowania wolności innych osób. Zaliczyła do nich nałożony na nauczyciela obowiązek przestrzegania godzin pracy, mimo że zdaniem tego nauczyciela były one godzinami modlitwy³⁶, nałożony na motocyklistów obowiązek używania kasku, mimo że był on sprzeczny w jego mniemaniu z obowiązkami religijnymi³⁷, wreszcie

³³ Lena i Anna-Nina Angeleni przeciwko Szwecji, Skarga nr 1049/83 – Decyzja z 3 grudnia 1986 r. DR 51, s. 41 i n., cyt. za *Wolność religii...*, op. cit., s. 254-259; identyczne stanowisko zajęła Europejska Komisja Praw Człowieka w sprawie C.J. J.J. i E.J. przeciwko Polsce, skarga nr 23380/94 – Decyzja z 16 stycznia 1996 r., zob. *Wolność religii...*, op. cit., s. 270-276. Warto jednak zauważyć, że w sprawie tej Komisja w pierwszym rzędzie skupiła uwagę na tym, czy nie została naruszona dyspozycja art. 8 Konwencji oraz podkreślała, że do zdarzeń, które były przedmiotem skargi doszło w 1992 r. a więc przed datą 30 kwietnia 1993 r., kiedy to Polska uznała kompetencje Komisji do przyjmowania skarg indywidualnych w odniesieniu do wszystkich czynów, decyzji i faktów, które nastąpiły po tej dacie. W polu zainteresowań Komisji znalazł się także problem naruszenia art. 3 Konwencji. Komisja odrzuciła sugestie skarżących, że podlegali oni poniżającemu traktowaniu przez nacisk psychologiczny wywierany przez koleżanki i kolegów oraz nauczycieli, który to nacisk miał rodzić skutki w postaci depresji, nerwowości i uczucia odrzucenia. Odnosząc się do tych kwestii Komisja stwierdziła, że dzieci z racji sytuacji, w której się znalazły, pobierania niechcianej przez nie nauki religii „mogły przeżyć emocjonalne strapienie, które nie osiągnęło jednak progu traktowania nieludzkiego lub poniżającego w rozumieniu art. 3 Konwencji”.

³⁴ Bernard i inni przeciwko Luksemburgowi, skarga nr 17187/90 – Decyzja z 8 września 1993 r. DR 75, s. 57 – cyt. za M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 399, pkt 1310, 1592. Przy okazji Komisja zauważyła, iż przekonania filozoficzne, które miałyby być chronione dyspozycją art. 9 to poglądy, „które osiągnęły określony poziom nieodpartości, powagi, spójności i znaczenia.” (sic. przyp. mój M.S.) Warto w tym miejscu zauważyć, iż są to określenia wysoce nieostre w szczególności budzi wątpliwości treść stwierdzenia określony poziom, który razi niedookreślonością.

³⁵ Orzeczenie Kałaç przeciwko Turcji, z 1 lipca 1997, RJD 1997-IV, § 27; cyt. za M.A. Nowicki *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 393.

³⁶ X przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 8160/78 – Decyzja z 12 marca 1981 r. DR 22, s. 27 i n., cyt. za *Wolność religii...*, op. cit., s. 218-225.

³⁷ W sprawie tej skarżący – będący Sikhem – zarzucał, że brytyjskie przepisy ruchu drogowego z 1973 r. naruszały jego prawo do wolności religii kładąc za odmowę zdjęcia turbanu i nałożenia hełmu w czasie prowadzenia motocykla. Warto zauważyć, że Komisja Praw Człowieka uznała, że przywdziewanie hełmów jest dla motocyklistów środkiem koniecznym i nie narusza wolności religii, na straży której stoi art. 9 Konwencji. Zdaniem Komisji względ na ochronę zdrowia wynikający z treści art. 9 Konwencji przemawiał za uznaniem, iż nałożony obowiązek jest dopuszczalny. Warto jednak zauważyć, że w późniejszym okresie już po decyzji Komisji, zwolniono Sikhów z obowiązku zakładania hełmów podczas jazdy na motocyklu. zob. X przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 7992/77 – Decyzja z 12 lipca 1978 r., DR 14, s. 234 i n. *Wolność religii...*, op. cit., s. 208.

reguły dotyczące sposobu ubierania się na laickim uniwersytecie³⁸. Przy okazji Komisja stwierdziła, że wolność religii gwarantowana przez art. 9 Konwencji nie ma charakteru absolutnego, lecz podlega limitacją ustalonym w art. 9 ust. 2 tejże Konwencji. Komisja nie potrafiła jednak rozwiązać dość skomplikowanego problemu, jakim jest żądanie zwolnienia od pracy osoby należącej do mniejszości religijnych na danym obszarze lub umożliwienie jej modlitw w godzinach, które dla pozostałych pracowników są godzinami pracy. Ograniczyła się jedynie do stwierdzenia, że „w większości krajów jedynie święta religijne w większości społeczeństwa celebrowane są jako święta publiczne. I tak święta protestanckie nie zawsze są świętami publicznymi w krajach katolickich i *vice versa*”. Problem ten kilkakrotnie pojawiał się jeszcze w orzecznictwie Komisji Praw Człowieka i Trybunału. Komisja, badając sprawę fińskiego urzędnika kolejowego będącego członkiem Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego, zwolnionego ze służby z racji, motywowanej względami religijnymi, odmowy respektowania godzin pracy, stwierdził, że taka odmowa mimo motywacji religijnej nie podlega ochronie. Stając na stanowisku, że winien był sam zrezygnować z pracy jeśli jej godziny nie dały się pogodzić z czasem, w którym zgodnie z wymogami swojej religii winien był nie pracować³⁹.

³⁸ Karaduman przeciwko Turcji, skarga nr 16278/90 – Decyzja z 3 maja 1993 r., DR 74, s. 93, cyt. za M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 399, pkt 1309. Komisja Praw Człowieka stwierdziła, iż fakt – że świecka uczelnia posiada regulacje dotycząca sposobu ubierania się przez studentów, a jej służby administracyjne mają obowiązek podporządkować się tym regulacjom, nie jest ingerencją w prawo do wolności religii i sumienia, dlatego władze tureckiego uniwersytetu miały prawo odmówić wydania dyplomu ukończenia studiów studentce, która przedstawiła zdjęcie do tego dyplomu, na którym jest ubrana na modłę muzułmańską zasłaniając twarz chustką (fular), co było niezgodne z przyjętymi regulacjami zakazującymi zasłaniania twarzy. W późniejszym czasie Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie zmuszony był podejmować problem ubioru studentów w tym szczególnie studentek. Za każdym razem zajmował stanowisko identyczne jak w przedstawionej wyżej decyzji Komisji Praw Człowieka. W przywołanej wyżej sprawie Şahin przeciwko Turcji – orzeczenie z 29 czerwca 2004, Izba (Sekcja IV), skarga nr 44774/98, zob. w za M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 949–954. Sprawa ta dotyczyła decyzji władz uniwersytetu w Stambule, które zabroniły wpuszczania na sale wykładowe studentów mających brody i studentek w kwefach (zasłaniających twarz chustą). Trybunał rozpoznając sprawę jednej ze studentek, której nie dopuszczono do egzaminu i udziału w zajęciach, a także zawieszono w prawach studenta stwierdził, iż „Państwo może ograniczyć noszenie chust islamskich, jeśli jest to sprzeczne z wymaganiami ochrony praw i wolności innych osób, porządku i bezpieczeństwa publicznego”. Zauważył też, że „W kraju takim jak Turcja, gdzie większość ludności wyznaje określoną religię, środki podjęte przez uniwersytety, mające uniemożliwić fundamentalistycznym ruchom religijnym nacisk na studentów niepraktykujących lub wyznawców innych religii, mogą być usprawiedliwione na podstawie art. 9 ust. 2 Konwencji. Uniwersytety świeckie mogą więc wprowadzić restrykcje zapewniające przemieszanie studentów różnych wyznań i ochronę w ten sposób porządku publicznego i wiary innych”. Sprawa ta na skutek odwołania od orzeczenia Izby (Sekcji IV Trybunału) stała się przedmiotem rozpoznania Wielkiej Izby, która podzielając stanowisko Izby zauważyła, iż „wyższe uczelnie mogą regulować miejsce i sposób manifestowania kultów i noszenia symboli religijnych, aby w ten sposób zapewnić pokojowe współzycie studentów różnej wiary i chronić porządek publiczny i przekonania innych”. Warto dodać, że 9 lutego 2008 r. parlament turecki zmienił konstytucję tego kraju, co umożliwiła uczestnictwo w zajęciach uniwersyteckich kobietom noszącym chusty. Cyt za „Rzeczpospolita” z 12 lutego 2008 r.

³⁹ Konttinen przeciwko Finlandii, skarga nr 24949/94 – Decyzja z 3 grudnia 1996 r. DR 87 – A, s. 68, *Wolność religii...*, op. cit., s. 278. Orzeczenie to budzi mimo wszystko głęboki sprzeciw. Komisja przeszła bowiem do porządku dziennego nad tym, że konflikt między obowiązkami religijnymi skarżącego, a har-

5. Wolność sumienia i wyznania a prozelityzm

W początkowym okresie funkcjonowania Trybunału Praw Człowieka a jeszcze wcześniej w toku działania Komisji Praw Człowieka, wśród spraw dotyczących praw gwarantowanych treścią art. 9 Konwencji przeważały te, które dotyczyły problemu prozelityzmu. W orzeczeniu z 25 maja 1993 r. Kokkinakis przeciwko Grecji Trybunał podkreślił różnicę „między postawą bycia świadkiem Chrystusa i zgodnego z tym nauczania” a nakłanianiem do zmiany religii w formach moralnie nagannych lub sprzecznych z prawem. Trybunał podkreślił, że pierwsza z tych postaw jest związana z prawdziwym ewangelizmem, druga natomiast oznacza „korupcję lub wypaczenie go i nie może szukać ochrony w gwarancjach wolności myśli, sumienia i wyznania”⁴⁰. W kolejnej ze spraw dotyczącej prozelityzmu w wojsku Trybunał zauważył, że struktury hierarchiczne, które są podstawą życia armii mogą powodować, iż żołnierzowi trudno będzie odrzucić nagabywania osoby wyższej rangą lub wycofać się z rozmowy przez nią podjętej. Zauważył, że w tej sytuacji to, co w świecie cywilnym jest lub może uchodzić za zwykłą wymianę idei, którą odbiorca przyjmuje lub odrzuca, w warunkach życia wojskowego może być uznane za formę ataku lub bezprawną presję związaną z nadużyciem władzy. Zdaniem Trybunału nie każda dyskusja na temat religii lub innych delikatnych spraw między osobami o nierównej randze chroniona jest dyspozycją art. 9 Konwencji. Trybunał zauważył, że jeśli okoliczności tego wymagają, państwo może sięgnąć do specjalnych środków chroniących wolność sumienia i wyznania. Podkreślił przy tym raz jeszcze, że niedopuszczalny jest prozelityzm uprawiany niewłaściwymi metodami. Zdaniem Trybunału wolność religii jest przede wszystkim sprawą indywidualnego sumienia, zakłada jednak rów-

monogramem pracy pojawiał się jedynie pięć razy w roku, ze względu na wczesny zachód słońca w okresie zimowym oraz nad tym, że skarżący występował i to wielokrotnie o zastąpienie w jego przypadku zimowej piątkowej zmiany wieczornej na piątkową zmianę poranną. Wniosek taki nie był nieracjonalny i nie stawał skarżącego w sytuacji uprzywilejowanej wobec kolegów. Z punktu widzenia „littery prawa” Komisja Praw Człowieka miała rację, ale stanowisko jej razi formalizmem i bezdusnością.

⁴⁰ Kokkinakis przeciwko Grecji – orzeczenie z 25 maja 1993 r., A. 260-A; raport Komisji Praw Człowieka z 3 grudnia 1991 r., skarga nr 14307/88 w: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 926–929. Pamiętać należy, że w myśl Konstytucji Grecji za dominującą religię uznawana jest religia wschodnioprawosławnego Kościoła chrześcijańskiego (art. 3 § 1). Konstytucja wprowadziła dla innych wyznań tego państwa pojęcie „religii znanej” (art. 13 § 3), które Najwyższy Sąd Administracyjny doprecyzował w ten sposób, iż stwierdził, że nie jest to synonim „religii uznanej”, ale oznacza tylko to, że jest to religia, której doktryna i rytury są publiczne, a nie tajne. Wyznawcy religii uznanych nie mogą uprawiać prozelityzmu w stosunku do wiążących innych religii. W Grecji prozelityzm jest przestępstwem, przewidzianym przez ustawę 1363/1938, która została zmieniona przez ustawę 1672/1939. Obydwie ustawy zostały wydane w okresie dyktatury Metaxasa, zob. K. Orzeszyna, *Podstawy religii między państwem a kościołami w konstytucjach państw członkowskich i traktatach Unii Europejskiej*, Lublin 2007, s. 82; zob. także Ch. Papastathis, *New Religious Movements (NRM) and law in Greece*, (w:) *New Religious Movements and the Law In the European Union*, Proceedings of the Meeting, Lisbon, Universidade Moderna, 8–9, November 1997, Milano 1999, s. 197–198; K.N. Kyriazopoulos, *Proselytization in Greece: Criminal Offense vs. Religious Persuasion and Equality*, „The Journal of Law and Religion” vol. 20, 2004–2005, nr 1, s. 153–168 [149–245].

niez m.in. prawo jej uzewnętrznienia, łącznie z prawem do podejmowania prób przekonywania do swojej religii innych. Podkreślił jednak, że art. 9 Konwencji nie chroni każdego aktu motywowanego lub inspirowanego przez religię bądź przekonanie⁴¹. Trybunał wskazał, że państwa korzystają z pewnego marginesu swobody przy ocenie potrzeby oraz stopnia koniecznej ingerencji na podstawie art. 9 ust. 2 Konwencji. Ostateczna ocena, czy podjęte środki były usprawiedliwione i proporcjonalne, zawsze jednak będzie należeć do Trybunału. Szczególnie ważna jest przy tym dbałość o zapewnienie rzeczywistego pluralizmu religijnego. Ograniczenia nałożone na swobodę manifestowania religii wymagają przy tym bardzo ścisłej kontroli. Mocno zaakcentowano, że prawo do wolności religijnej wyklucza swobodę państwa w zakresie oceny, czy przekonania religijne lub swobodę ich wyrażania są uprawnione⁴².

W licznych sprawach Trybunał Praw Człowieka odniósł się do kwestii ograniczenia i prowadzenia domów modlitwy bez zgody właściwych władz publicznych. Zdaniem Trybunału wymóg uzyskania takiej zgody nie narusza art. 9 Konwencji tylko o tyle, o ile pozwala organowi państwa sprawdzić, czy zostały spełnione warunki formalne. Nie może natomiast stać się on podstawą „do nakładania rygorystycznych i w rezultacie prohibicyjnych warunków praktyk religijnych. Zdaniem Trybunału wolności religijnej nie da się pogodzić z prawnym wymogiem uzyskania zgody zwierzchnika innego, dominującego w państwie wyznania, na budowę kościoła, czy domu modlitwy⁴³.

6. Wolność sumienia i wyznania a służba wojskowa

Liczne sprawy, rozpoznawane przez Trybunał na tle potrzeby ochrony wolności chronionych dyspozycją art. 9 Konwencji, odnosiły się do aspektów związanych ze służbą wojskową. Zdaniem Trybunału prawo do odmowy służby wojskowej, ze względów sumienia, nie jest zagwarantowane ani w art. 9, ani w żadnym innym artykule Konwencji lub jej protokołów. Trybunał podkreślił, że z art. 4 ust. 3 lit. B Konwencji wynika, że państwa mogą, ale nie muszą, godzić się w przy-

⁴¹ Orzeczenie Larissis, Mandalaridis i Sarandis przeciwko Grecji, 24 lutego 1998, RJD 1998 – I, § 45, w: M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka...*, op. cit., s. 389, pkt 1276 A i 1276B. Wcześniej podobne stanowisko zajęła Komisja Praw Człowieka stwierdzając, że fakt, iż „uczelnia wojskowa zakazuje studentom, którzy wybrali karierę w siłach zbrojnych i mogą spełniać swoje obowiązki religijne w granicach wymaganych przez życie wojskowe, udziału w ruchu fundamentalistów islamskich, nie jest ingerencją w wolność religii i sumienia”. zob. M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka...*, op. cit., s. 399, pkt 1308.

⁴² Monoussakis i inni przeciwko Grecji – orzeczenie z 26 września 1996 r., RJD 1996 – IV; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 25 maja 1995 r., skarga nr 18748/91 w: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 930–935.

⁴³ Manoussakis i inni przeciwko Grecji j.w. zob także Pentitolis i inni przeciwko Grecji – orzeczenie z 9 czerwca 1997 r., RJD 1997 – III; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 27 lutego 1996 r., skarga nr 23238/94, w: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 936.

padkach odmowy pełnienia służby wojskowej z przyczyn dyktowanych względami religijnymi na służbę zastępczą. W takich przypadkach jednak Konwencja nie zakazuje państwom karania osób, które odmawiają jej pełnienia. Rozpoznając skargę dotyczącą zarzutu zbyt długiego okresu służby zastępczej w stosunku do zwykłej służby zwrócono jednak uwagę, że art. 9 podobnie jak inne postanowienia Konwencji, określające prawa o charakterze materialnym jest uzupełniony przez art. 14 Konwencji zakazujący dyskryminacji w korzystaniu z niego. Tak więc środek, który jako taki jest zgodny z art. 9 może jednak naruszyć ten przepis w połączeniu a art. 14 Konwencji jeżeli jest stosowany w dyskryminujący sposób⁴⁴.

Zdaniem Trybunału przy korzystaniu ze swobody manifestowania religii jednostka powinna uwzględniać swoją specyficzną sytuację zawodową lub społeczną. Rozpoznając sprawę sędziego w tureckich wojskach lotniczych, w randze kapitana, przeniesionego przymusowo w stan spoczynku, gdyż jego zachowanie i postawa, zdaniem zwierzchników wskazywała, iż wyznaje on bezprawne i fundamentalistyczne poglądy Trybunał stwierdził, że manifestowanie własnej religii lub przekonań może przybierać formy, w których objawia się uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie czynności religijnych. Nie każdy akt motywowany lub inspirowany względami religijnymi jest jednak chroniony poprzez art. 9 Konwencji. Trybunał podkreślił, że podstawą zwolnienia ze służby, wnoszącego skargę sędziego wojskowego, nie były jego poglądy i przekonania religijne, ani sposób ich wypełniania, ale jego zachowanie i postawa, aktywność w sekcie Sulejmana znanej ze swego fundamentalizmu, co naruszało dyscyplinę wojskową oraz świecki charakter państwa i jego służb⁴⁵.

Komisja, uznając pacyfizm jako przekonanie chronione treścią art. 9 Konwencji, nie zgodziła się jednak z tezą, iż kolportowanie ulotek podburzających żołnierzy do łamania dyscypliny we francuskim kontyngencie wojskowym stacjonującym w Niemczech jest formą praktykowania tych przekonań. Zdaniem Komisji Praw

⁴⁴ Decyzja Autio przeciwko Finlandii, z 6 grudnia 1991, skarga Nr 17086/90, DR 72/245; Raninen przeciwko Finlandii, z 9 marca 1996, skarga nr 20972/92, DR 84 – A/ 17; zob. M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał...*, op. cit., tenże, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 925. Podobne stanowisko zajmowała wcześniej Komisja Praw Człowieka w wielu sprawach m.in. N. przeciwko Szwecji, skarga nr 10410/83 – Decyzja z 11 października 1984 r. Dr 40, s. 203 i n., w: *Wolność religii*, s. 244–246; skarga nr 2299/64 – Decyzja z 2 kwietnia 1965 YB VIII, s. 334–336 – Digest III, s. 369–370, w: *Wolność religii*, s. 179–180; skarga nr 5591/72 – Decyzja z 2 kwietnia 1973 r. Collection 43, s. 161 – Digest III, s. 371–372, w: *Wolność religii*, s. 168–187; X przeciwko RFN, skarga nr 7705/76 – Decyzja z 5 lipca 1977, DR 9, s. 196 i n., w: *Wolność religii*, s. 198–199, A. przeciwko Szwajcarii skarga nr 10640/83 – Decyzja z 9 maja 1984 Dr 38, s. 219 i n. w: *Wolność religii*, s. 243. Komisja Praw Człowieka stwierdziła przy tym wyraźnie, że Konwencja nie gwarantuje prawa duchownych do zwolnienia ze służby wojskowej zob. Grandrath przeciwko RFN, Sprawozdanie Komisji z 29 czerwca 1967 r., skarga nr 2299/66, YBX, s. 626, w: *Wolność religii*, s. 182.

⁴⁵ Kalaç przeciwko Turcji orzeczenie z 1 lipca 1997r, RJD 1997 – IV; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 27 lutego 1996 r., skarga nr 20704/92, w: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 937–939. Warto jednak zauważyć, że z opublikowanego uzasadnienia orzeczenia nie wynika, że Kalaç był członkiem fundamentalistycznej sekty religijnej i nie można oprzeć się wrażeniu, że w gruncie rzeczy powody jego zwolnienia ze służby były zupełnie inne, albo że dane dotyczące tych informacji zostały utajnione. Nie przeczy to jednak temu, że wyrażoną na kanwie wspomnianej sprawy ogólną tezę należy uznać za słuszną i przekonującą.

Człowieka zakaz rozpowszechniania tych ulotek nie stanowił naruszenia art. 9 Konwencji lecz miał charakter ingerencji w prawo do swobody wypowiedzi. Ingerencję tę uznano jednak za konieczną w społeczeństwie demokratycznym dla ochrony porządku publicznego oraz bezpieczeństwa narodowego (art. 10 ust. 2 Konwencji)⁴⁶.

7. Wolność sumienia i wyznania a przysięga o charakterze religijnym

Istotną sprawą okazał się problem obowiązku złożenia przed objęciem mandatu, przysięgi o charakterze religijnym. Trybunał zauważył, że nakładanie na reprezentanta wybranego przez społeczność obowiązku złożenia przysięgi nie jest, samo przez się sprzeczne z konwencją. Jednak w sytuacji, gdy podstawą przysięgi jest uznanie wartości o charakterze religijnym, związanych bezpośrednio z określoną wizją świata, obowiązek ten nie da się pogodzić z wymogami tolerancji i poszanowania innych. W demokratycznym, pluralistycznym społeczeństwie laickim, wolność sumienia i religii jest istotnym elementem mandatu parlamentarnego. Nie można więc pozbawić posła lub senatora prawa do swobodnego wyrażenia swojego stosunku do różnych aspektów życia społeczeństwa, w tym również kwestii religijnych. Nałożenie na niego obowiązku publicznej akceptacji określonych wartości religijnych przez złożenie przysięgi na Ewangelię nie wydaje się zgodne z tymi wymaganiami. Parlament, jak stwierdził Trybunał, jest z samej definicji, miejscem reprezentowania postaw pluralistycznych. Tak więc byłoby czymś wewnątrznie sprzecznym, gdyby poddawać wykonywanie mandatu, mającego na celu reprezentowanie w parlamencie różnych wizji społeczeństwa warunkowi uznania tylko wizji świata. Obowiązek przysięgi na Ewangelię, pod groźbą pozbawienia mandatu poselskiego, jest sprzeczny – zdaniem Trybunału – z fundamentalnymi zasadami nowoczesnego społeczeństwa laickiego i pluralistycznego⁴⁷.

⁴⁶ Olivier de Cour Grandmaison i Laurent Fritz przeciwko Francji skarga nr 11567/85 i 11568/85 – Decyzja z 6 lipca 1987 r. DR 53, s. 150 i n., w: *Wolność religii*, s. 261.

⁴⁷ Buscarini przeciwko San Marino – orzeczenie z 18 lutego 1999, Wielka Izba, raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 2 grudnia 1997 r., skarga nr 24645/94, w: *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 922–925. Warto zauważyć, że problem nie jest wcale łatwy do rozstrzygnięcia. W Polsce w myśl art. 2 ust. 1 ustawy z 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (tj. Dz.U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2199 z późn. zm.) zarówno jedni, jak i drudzy mogą uzupełnić tekst ślubowania dodaniem słów „tak mi dopomóż Bóg”. W ten sposób nie określają oni wprawdzie wyraźnie swojego wyznania, ale deklarują się jako ludzie wierzący, przedstawiciele jednej z religii. Nie korzystający z możliwości uzupełnienia przysięgi słowami „Tak mi dopomóż Bóg” jawią się w ten sposób jako ateści. Zauważyć należy, że przekroczeniem ustawy jest uzupełnienie przysięgi słowami „tak mi dopomóż Bóg”, z nieprzewidzianym przez ustawę dodatkiem „w Trójcy Świętej jedyny”. Tego rodzaju uzupełnienie wydaje się być sprzeczne z ustawą, stanowiąc niedopuszczalną formę demonstracji religijnej. Warto zauważyć, że tego typu praktyka nie została jednak odnotowana przez publicystykę, która przeszła nad tymi zdarzeniami do porządku dziennego. Zupełnie inną sprawą był oczywiście konflikt jaki zaistniał w Sejmie litewskim, w którym posłowie polscy rzekomo składając przysięgę nie trzymali ręki na konstytucji, co było wymogiem prawa, lecz nad nią.

8. Wolność sumienia i wyznania a życie wewnętrzne wspólnot religijnych

Trybunał wielokrotnie zmuszany był do rozstrzygania spraw dotyczących wewnętrznego życia wspólnot religijnych, uzurpacji funkcji kapłańskich oraz zezwoleń na działalność określonych wspólnot. Trybunał podkreślił, że prawo do swobody wyznania obejmuje oczekiwanie, iż wspólnota będzie mogła swobodnie działać, wolna od arbitralnych nacisków ze strony państwa. Trybunał zauważył, iż autonomia wspólnoty religijnej jest nieodzowna dla zachowania pluralizmu w demokratycznym społeczeństwie. Dotyczy ona bezpośrednio nie tylko organizacji samej wspólnoty, lecz wszystkich jej aktywnych członków. Trybunał podkreślił, że gdyby organizacyjne życie wspólnoty nie było chronione przez art. 9 Konwencji wszystkie inne aspekty swobody religijnej jednostki uległyby osłabieniu. Trybunał wskazał, że wspólnoty religijne mają zazwyczaj formę zorganizowanych struktur. Poddawane są przy tym regułom uznawanym często przez wyznawców za akty boskiego pochodzenia. Ceremonie religijne mają dla wyznawców określonej religii istotną wartość, jeżeli prowadzą je duchowni uprawnieni do tego, zgodnie z obowiązującymi we wspólnocie regułami. Trybunał wskazał, że osobowość kapłana ma niewątpliwie znaczenie dla każdego członka wspólnoty. Udział w życiu wspólnoty takowego duchownego jest więc uzewnętrznieniem religii chronionym przez art. 9 Konwencji. Trybunał stanowczo podkreślił, iż z wyjątkiem bardzo szczególnych przypadków prawo do wolności religii wyklucza wszelką swobodę państwa w ocenie, czy przekonania religijne lub środki użyte do ich wyrażania są uprawnione. Działania państwa faworyzującego jednego przywódcę podzielonej wspólnoty religijnej lub podjętej dla zmuszenia jej do połączenia się pod jednolitym przywództwem, są również ingerencją w swobodę religii. W społeczeństwie demokratycznym państwo – jak zauważył Trybunał – nie musi się starać, aby wspólnoty religijne pozostawały pod jednolitym przywództwem. Trybunał zauważył, iż art. 13 Konwencji nie można interpretować w sposób dający każdemu wyznawcy możliwości kwestionowania decyzji dotyczącej wspólnoty religijnej. Indywidualne interesy wyznawców mogą być zabezpieczone poprzez zwrócenie się do ich przywódców i wspomaganie każdej podejmowanej przez nich akcji prawnej⁴⁸.

Zdaniem Trybunału nie można wykluczyć napięć w razie podziału wspólnoty religijnej lub jakiegokolwiek innej, gdyż jest to jedna z naturalnych cech pluralizmu. Władze nie mogą usunąć przyczyny napięcia przez eliminowanie pluralizmu. Mają natomiast zapewnić, aby konkurujące grupy wzajemnie tolerowały się. Narusza konwencję skazywanie duchownego za przyjęcie na siebie roli lidera religijnego

⁴⁸ Hasan i Chaush przeciwko Bułgarii – orzeczenie z 26 października 2000 r., Wielka Izba, raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 26 października 1999 r., skarga nr 30985/86, w: *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 936–941.

grupy, która go z własnej woli wybrała i popierała. Takie skazanie nie jest zgodne z wymaganiami politycznego pluralizmu w demokratycznym społeczeństwie. Przy okazji Trybunał wskazał, że art. 9 Konwencji nie wymaga od państwa, aby małżeństwa religijne lub decyzje sądów religijnych odnosiły skutki prawne w prawie prywatnym. Jeżeli system prawny jakiegoś państwa przewiduje, że śluby udzielane przez duchownych uznanych religii mają taką samą moc prawną jak cywilne, a duchowni (np. muftowie islamscy w Grecji) mogą rozstrzygać niektóre spory między wiernymi w sferze spraw religijnych i spadkowych, to w interesie publicznym leży podjęcie przez państwo środków ochrony przed wprowadzeniem w błąd osób, na których skutki prawne działania duchownych mogą mieć negatywny wpływ⁴⁹.

W podobnej sprawie Trybunał stwierdził, że nie da się uznać za zgodne w wymogami religijnego pluralizmu, karania wyłącznie za pełnienie roli przywódcy religijnego grupy, która takowemu przywódcy podporządkowała się z własnej woli. Zwracając uwagę, iż podziały we wspólnocie religijnej, tak jak w każdej innej powodują napięcie, Trybunał po raz kolejny podkreślił, że są to nieuniknione konsekwencje pluralizmu a rolą władz nie jest usuwanie przyczyn tych napięć przez eliminowanie pluralizmu, lecz zapewnienie, aby rywalizujące grupy wzajemnie się tolerowały⁵⁰.

Trybunał zauważył, iż udział w życiu wspólnoty religijnej jest manifestowaniem przynależności do niej chronionym art. 9 Konstytucji. Prawo do wolności religii, wynikające z tego artykułu interpretowane w świetle art. 1 Konwencji, który chroni stowarzyszenia przed nieuzasadnioną ingerencją ze strony państwa obejmuje oczekiwanie członków wspólnoty, że będzie ona mogła działać pokojowo, w sposób wolny od arbitralnej ingerencji ze strony państwa. Neutralna mediacja

⁴⁹ Agga przeciwko Grecji – orzeczenie z 17 października 2002 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 50776/99 i 52912/99, w: *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 947–949.

⁵⁰ Serif przeciwko Grecji – orzeczenie z 14 grudnia 1999 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 38178/97, w: *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 925–928. Warto zauważyć, że konflikty odnoszące się do wolności chronionych dyspozycją art. 9 Konwencji, które stały się następnie przedmiotem orzeczeń Trybunału dotyczyły Grecji i państw bałtyckich. Źródłem ich były określone wypadki historyczne z dość odległej przeszłości oraz dość anachroniczne przepisy prawne. Pamiętać należy, że w Grecji nadzór nad religiami sprawuje Generalny Sekretariat Kultów Ministerstwa Edukacji Narodowej i Kultów. W ramach tego Generalnego Sekretariatu funkcjonują trzy departamenty: Departament Administracji Kościelnej, którego obowiązki są ograniczone wyłącznie do spraw kościoła dominującego, Departament Edukacji Religijnej i Nauczania Religii oraz Departament Osób Innych Wyznań i Innych Religii. Nazwa tego departamentu wydaje się być paradoksalna w nowoczesnym państwie. Zajmuje się ona prozelityzmem, procedurami zakładania i funkcjonowania domów modlitwy innych niż prawosławne, w tym jednak, że zgoda na utworzenie miejsc nabożeństw innych religii (kościół, domy modlitwy, synagogi, meczety) wydawana jest przez Ministerstwo Edukacji Narodowej i Kultów, za aprobatą lokalnego metropolity. Nowe ruchy religijne w Grecji są chronione przez art. 13 greckiej konstytucji o ile uznawane są za religię. Mniejszość muzułmańska zamieszkała w zachodniej Tracji podlega przepisom traktatu z Lozanny z 1923 r. skupiona jest w trzech dystryktach (Xanthi, Komotini, Didymoteicko) na czele ich stoi trzech muftich mianowanych przez Ministra Edukacji Narodowej i Wyznań. Jurysdykcja muftego obejmuje wszystkich duchownych na jego terytorium oraz kwestie dotyczące prawa rodzinnego i spadkowego współwyznawców; zob. Ch. Papastathis, *Państwo i kościół w Grecji*, (w:) *Państwo i Kościół w krajach Unii Europejskiej*, (red.) G. Robbers, Wrocław 2007, s. 147–163.

nie oznacza ingerencji państwa w prawa wiernych, chociaż władze muszą zachować w tej delikatnej dziedzinie wyjątkową ostrożność. Trybunał zwrócił uwagę, że jeśli państwo faworyzuje konkretnego lidera lub grupę w podzielonej wspólnocie religijnej, względnie, gdy usiłuje zmusić wspólnotę lub jej część do poddania się jednolitemu przywództwu, wbrew jej woli – to dopuszcza się ingerencji w wolność religii. Zdaniem Trybunału autonomia wspólnot religijnych jest nieodzowna dla pluralizmu. Jak zauważono państwo może uznać za konieczne działanie mające pogodzić interesy różnych, współistniejących religii i grup religijnych, ale pełniąc taką funkcję musi być neutralne i bezstronne. Podkreślając po raz kolejny, że w społeczeństwach demokratycznych państwo nie musi podejmować starań o to, aby wspólnoty religijne miały jednolite przywództwo. W razie konfliktu, między grupami lub wewnątrz poszczególnych grup, rolą państwa nie jest usuwanie przyczyn napięcia przez eliminowanie pluralizmu⁵¹.

Trybunał przyjął, że prawo wiernych do wolności religii, które obejmuje prawo do wspólnego jej manifestowania zakłada, iż wierni mogą swobodnie się stowarzyszać bez arbitralnej ingerencji państwa. Autonomia wspólnot religijnych – jak zauważył Trybunał – jest niezbędna dla pluralizmu w społeczeństwie demokratycznym i stanowi jeden z głównych przedmiotów ochrony art. 9 Konwencji. Podkreślił przy tym, że wolność religii chroniona przez Konwencję nie dopuszcza, by państwo oceniało charakter przekonań religijnych lub sposób ich wyrażania. Państwo, jak wywiódł Trybunał, ma możliwość wprowadzania ograniczeń w stosunkach między różnymi religiami, kultami i wyznaniem. Korzystając z tego uprawnienia, ma obowiązek zachować bezstronność. Zauważając, iż jedną z głównych cech demokracji jest możliwość rozwiązywania problemów poprzez dialog i bez pomocy, Trybunał dobitnie podkreślił, że rola władz w razie konfliktu na tle religijnym nie polega na usuwaniu napięć przez eliminowanie pluralizmu, ale

⁵¹ Supreme Holy Council of the Mulim Community (Najwyższa Święta Rada Wspólnoty Muzułmańskiej) przeciwko Bułgarii – orzeczenie z 16 grudnia 2004 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 39023/97, w: *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 954–957. Na tle wspomnianej sprawy warto zauważyć, że przepisy obowiązujące w poszczególnych państwach mogą prowadzić do sytuacji konfliktowych. Tak było właśnie w Bułgarii, gdzie przepisy wymagały i nadal wymagają, aby wszyscy wierni chcący uczestniczyć w działalności określonej wspólnoty, tworzyli jedną strukturę z jednolitym przywództwem, nawet jeżeli wspólnota jest podzielona. W tej przywódcy religijni nie mają wyboru i muszą ze sobą konkurować, nie tyle o wpływy wśród wiernych, ile o uznanie przez władze. Z problemem wymogów stawianych duchownym zmagala się wcześniej Komisja Praw Człowieka w odniesieniu do pastora ewangelickiego. Na kanwie tej sprawy stwierdziła, że kościół ma swobodę egzekwowania jednolitego zachowania się w sprawach religijnych i nie ma obowiązku zaakceptować określonego pastora jako swego kapłana lub zezwolić mu na pełnienie określonych funkcji. Prawo pastora do swobody myśli, sumienia i wyznania w stosunku do kościoła jest gwarantowane przez jego prawo do opuszczenia tego kościoła; zob. Spets i inni przeciwko Szwecji, skarga nr 20401/92 – Decyzja z 10 października 1994, w: *Wolność religii*, s. 270, zob. także M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 399 pkt 1312. Komisja rozważając zakres obowiązków duchownych stwierdziła, że jeśli przekonania duchownego kościoła państwowego są sprzeczne z jego obowiązkami administracyjnymi, wolność religii jest chroniona przez możliwość zwolnienia duchownego za odmowę spełnienia obowiązku administracyjnego w kościele państwowym nie jest naruszeniem Konwencji, jeśli odmowa ta nie jest bezpośrednim wyrażeniem przekonań; zob. M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja...*, op. cit., s. 398, pkt 1307.

na zapewnieniu tolerancji. Trybunał wskazywał, że zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa i integralności terytorialnej przez działalność kościoła lub związku wyznaniowego, jako podstawa odmowy udzielenia zgody na funkcjonowanie takiego kościoła, nie może mieć charakteru hipotetycznego. Innymi słowy taki hipotetyczny charakter nie usprawiedliwia decyzji odmawiającej legalizacji kościoła⁵².

9. Wolność sumienia i wyznania a praktyki rytualne

Worzecznictwie Trybunału rzadkością były sprawy dotyczące problematyki rytualnej. W dużej mierze dotyczyły one uboju rytualnego. Do kwestii tych Trybunał musiał się odnieść rozpatrując sprawę *Jewish Liturgical Association (Żydowskie Stowarzyszenie Liturgiczne) Cha'are Shalom ve Tsedek przeciwko Francji*. Stowarzyszenie to domagało się od ministra spraw wewnętrznych Francji, aby zalecił ministrowi rolnictwa wydanie oficjalnej zgody na prowadzenie przez nie uboju rytualnego zgodnie z bardzo rygorystycznymi przepisami religijnymi przestrzeganymi przez jego członków, dla których mięso nie jest koszerne, jeśli nie jest gładkie (w języku idysz *glatt*). Nie może mieć żadnych śladów chorób, blizn, zwłaszcza na płucach. Wniosek ten oddaliła ostatecznie Rada Stanu, która 25 listopada 1994 r. stwierdziła, że nie może uznać stowarzyszenia za instytucję religijną w rozumieniu art. 10 dekretu z 1 października 1980 r. zezwalającego na wyjątki od obowiązku ogłuszania zwierząt przed ich zabiciem jedynie w razie uboju rytualnego dokonywanego przez rytualnych rzeźników, uprawnionych przez zatwierdzoną instytucję religijną. Na tle tej sprawy Trybunał stwierdził, że prawo do wolności religii zagwarantowane w art. 9 Konwencji nie może obejmować prawa do osobistego udziału w uboju rytualnym i w późniejszym procesie certyfikacji, w szczególności w sytuacji, gdy stowarzyszenie i jego członkowie nie byli pozbawieni możliwości otrzymywania i spożywania mięsa uznanego przez nich za zgodne z religijnymi wymaganiami. W tej sytuacji kwestionowana odmowa zgody na udział w uboju rytualnym nie była ingerencją w prawo do swobody uzewnętrzniania religii. Zdaniem Trybunału, stanowisko władz francuskich nie naruszało dyspozycji art. 9 ust. 2 Konwencji⁵³. Ze sprawą prozelityzmu i zmiany wyznania łączy się także kwestia możliwości zatrudnienia osób będących wyznawcami określonej religii. Zdaniem Trybunału prawo do niedyskryminacji religijnej jest naruszone także wtedy, gdy władze publiczne bez obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia odmawiają zatrudnienia na określonym stanowisku osoby będącej

⁵² Kościół metropolitalny Besarabii i inni przeciwko Mołdawii – orzeczenie z 13 grudnia 2001 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 45701/99, w: *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 942–946.

⁵³ *Jewish Liturgical Association (żydowskie Stowarzyszenie Liturgiczne) Cha'are Shalom ve Tsedek przeciwko Francji* – orzeczenie z 27 czerwca 2000 r. Wielka Izba, raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 20 października 1988 r., skarga nr 27417/95, w: *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 932–936

wyznawcą jakiejś religii z tej tylko przyczyny, że jest ona zwolennikiem takiego wyznania. Do naruszenia art. 9 Konwencji dochodzi wówczas, gdy wyznający określoną religię, która nie pozwala służyć mu w wojsku zostaje z tej racji skazany, a następnie po odbyciu kary, nie może znaleźć pracy jako osoba karana. Trybunał wskazał, że tego rodzaju restrykcje nawet jeśli wynikają z przepisu wewnętrznego jakiegoś państwa, godzą w wolność na straży której stoi art. 9 Konwencji⁵⁴.

10. Wolność sumienia i wyznania a pobudki działania o charakterze religijnym

Sprawy, w których Trybunał nie dopatrywał się naruszenia dyspozycji art. 9 Konwencji, mimo iż uznawał, że skarżący działał z pobudek religijnych, gdyż jego postępowanie było praktykowaniem religii, zdarzały się dość często. Sytuacja taka zaistniała w sprawie Hermanus Johannes van de Dungen przeciwko Holandii, w której Komisja Praw Człowieka rozpoznała sprawę obywatela Holandii, ukaranego zakazem wchodzenia do kliniki aborcyjnej przez okres 6 miesięcy za rozdawanie na terenie przylegającym do szpitala materiałów, odradzających kobietom dokonywania zabiegu przerywania ciąży. Komisja podzieliła stanowisko tego obywatela, iż działał on z pobudek religijnych, jednak nie uznała, iż rozdawanie ulotek było praktykowaniem religii i nie dopatrywała się ze strony władz państwowych Holandii naruszenia art. 9 Konwencji. Uznała także, iż działanie wspomnianego obywatela mieściło się w granicach prawa do swobody wypowiedzi gwarantowanego przez art. 10 Konwencji, jednak zastosowany przez państwo środek został podyktowany pilną potrzebą społeczną i uznany jako konieczny dla ochrony praw innych⁵⁵.

11. Wolność sumienia i wyznania a standardy moralne

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 nieogra-

⁵⁴ Thlimmenos przeciwko Grecji – orzeczenie z 6 kwietnia 2000 r., Wielka Izba, raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 4 grudnia 1998 r., skarga nr 34369/97, w: *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 928–931.

⁵⁵ Hermanus Johannes van de Dungen przeciwko Holandii Decyzja Komisji z 22 lutego 1985, skarga 22838/93, DR 80/147, cyt. za K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli...*, op. cit., s. 237.

niczona i podlega kontroli. Władze krajowe, korzystając 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 Konwencji.⁵⁶ 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, jeśli uważa je za niezgodne z poszanowaniem swobody myśli, sumienia i wyznania innych. Opinie w społeczeństwie demokratycznym o stosunkach między państwem i 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 państwu⁵⁷. 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

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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.

osób. Trybunał podkreślił, że wypowiedzi takie nie przyczyniają się w żadnej formie do ważnej dla ludzi debaty publicznej⁵⁸.

12. Wolność sumienia i wyznania a uzewnętrznianie wyznania lub przekonań

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 nich 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 między innymi 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 sąsiada i innych ludzi, na przykład przez nauczanie. Art. 9 ust. 1 Europejskiej Konwencji pozwala zachować niezależność w sferze duchowej. Wolność ta nie może podlegać żadnym ograniczeniom. Nie oznacza to jednak, że tak samo chronione jest uzewnętrznianie wyznania lub przekonań. W art. 9 ust. 2 Europejskiej Konwencji określono warunki, w jakich możliwa jest 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 Kościoła 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,

⁵⁸ 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.

w miarę możliwości wyrażen, które niepotrzebnie obrażają innych, naruszając ich prawa. Zauważono także we wspomnianym orzeczeniu, iż w niektórych społeczeństwach demokratycznych konieczne jest 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 tej, 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 poniżających 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 i konfiskatę musi być przekonująco uzasadniona. Istnieje bowiem niebezpieczeństwo, że takie ograniczenie będzie stosowane dla ochrony silnej grupy, szkodząc tolerancji⁵⁹. 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), która dotyczyła odmowy wydania przez Brytyjską Radę ds. Klasyfikacji certyfikatu

⁵⁹ 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.; tenże, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. 2, op. cit., s. 918, 925–935, 940–941, 955, 1056–1063; I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Kraków 2006, s. 453–471.

klasyfikacyjnego, pozwalającego na legalną dystrybucję filmu „Wizje ekstazy”, zainspirowanego, według reżysera, życiem i twórczością św. Teresy z Ayilla. Uznając, że odmową wydania certyfikatu nie pogwałcono art. 10 Europejskiej Konwencji, Trybunał stwierdził, że w przypadku ograniczeń dotyczących wypowiedzi politycznych margines swobody ocen pozostawiony krajom członkowskim jest bardzo wąski, natomiast szerszy jest w sprawach 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 sprawy⁶⁰. 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 rzeczą niedopuszczalną 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. Lohmus 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 podczas czterogodzinnego programu telewizyjnego „na żywo” ironicznie wyrażał się o współczesnych instytucjach świeckich, gwałtownie krytykował zasady świeckości i demokracji oraz otwarcie nawoływał do wprowadzenia szanatu) 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

⁶⁰ Zob. Wingrove przeciwko Wielkiej Brytanii, orzeczenie z 25 listopada 1996 r. RJD 1996-VI, zob. M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. 2, s. 1112–1118.

– 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 koniecznym 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 w 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 debacie⁶¹.

13. Wolność sumienia i wyznania a wolność wypowiedzi

Europejski Trybunał wielokrotnie podkreślał, że ochroną swobody wypowiedzi, wynikającą z art. 10 Europejskiej Konwencji, objęte są wszystkie rodzaje ekspresji wyrażające opinie, idee lub informacje niezależnie od ich treści oraz sposobu komunikowania. Tak więc ochrona ta obejmuje także przekazy o charakterze artystycznym, 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 Europejskiej 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 Europejskiej Konwencji nie różnicuje form wypowiedzi i obejmuje swobodę wypowiedzi artystycznych, zwłaszcza jako fragmentu wolności, otrzymywani 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 Europejskiej Konwencji, bowiem każda osoba, która korzysta ze swobody wypowiedzi bierze

⁶¹ Zob. Müslüm Gündüz przeciwko Turcji, orzeczenie z 4 grudnia 2003 r., skarga nr 35071/97, *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 1102–1107.

na siebie, zgodnie z wyraźnym brzmieniem tego ustępu, obowiązki i odpowiedzialność. Zakres ich jest uzależniony od sytuacji i użytych środków⁶².

Rozważając skargę, której autor chciał, aby przeciwko twórcy i wydawcy książki „Szatańskie wersety” zostało wszczęte postępowanie karne, gdyż treść tej publikacji stanowi ordynarną napaść na islam, będący jego religią Komisja Praw Człowieka stwierdziła, że książka chroniona jest dyspozycją art. 10 Konwencji i zauważyła, że brak wskazań na więź między wolnością od ingerencji wolności chronionej w art. 9 ust. 1 Konwencji, a zarzutami skarżącego, który stwierdził, że prawo nie chroni jego religii przed nadużyciami, ponieważ kanony wiary nie są obojętne znanym w prawie brytyjskim przestępstwem bluźnierstwa⁶³.

Analiza wspomnianych orzeczeń dowodzi, że znalezienie równowagi między wolnością sumienia i wyznania (chronioną dyspozycją art. 9 Konwencji) a wolnością wypowiedzi, na straży której stoi art. 10 Konwencji jawi się jako szczególnie trudne i nastrożające wiele wątpliwości.

14. Wolność sumienia i wyznania a wolność zrzeszania się i zgromadzeń

Bardzo istotne dla wypracowania standardów wolności sumienia i wyznania okazały się te judykaty Trybunału w Strasburgu, które dotyczą wolności zrzeszania się w przywoływanej już wielowątkowej i wieloaspektowej sprawie Hasan i Chaush przeciwko Bułgarii, Trybunał podzielił pogląd, iż organizacja wspólnoty religijnej stanowi istotny element życia religijnego i może być nie tylko formą istnienia takiej wspólnoty a mieć znaczenie substancjalne. Zdaniem Trybunału tam, gdzie w grę wchodzi organizacja wspólnoty religijnej, art. 9 musi być interpretowany poprzez pryzmat art. 11 Konwencji, który chroni wolność zrzeszania się przed nieusprawiedliwioną ingerencją ze strony państwa. W orzecznictwie Trybunału bardzo mocno podkreślano, iż prawu każdego człowieka do wolności religijnej, towarzyszy usprawiedliwione oczekiwanie, że wspólnocie wyznaniowej, której jest członkiem, zezwoli się na niezakłócone funkcjonowanie, wolne od arbitralnych ingerencji państwa. Trybunał wielokrotnie podkreślał, że autonomia wspólnoty religijnej stanowi niezbędny element dla zapewnienia pluralizmu w demokratycznym społeczeństwie⁶⁴.

⁶² Zob. Müller i inni przeciwko Szwajcarii, orzeczenie z 24 maja 1988 r., A. 133; *Europejski trybunał*, op. cit., s. 994–999.

⁶³ Choudhury przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 17439/90 – Decyzja z 5 marca 1991 r., w: *Wolność religii*, s. 267–268. W kwestii problemu bluźnierstwa zob. T. Jasudowicz, *Bluźnierstwo a kultura Europejska*, „pojedynek” między wolnością ekspresji a wolnością religii, *Studia Europejskie*, t. II, Toruń 1998, s. 241.

⁶⁴ Hasan i Chaush przeciwko Bułgarii – orzeczenie z 26 października 2000 r., Wielka Izba, raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 26 października 1999 r., skarga nr 30985086 w: *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 936–941; zob. też Kościół metropolitalny Besarabii i inni przeciwko Mołdawii – orze-

Niekiedy bardzo mocno akcentowane, najpierw w decyzjach Komisji Praw Człowieka, a potem w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, prawo do zgromadzeń, w szczególności uzewnętrzniania swojej religii lub przekonań w sposób publiczny poprzez uprawianie kultu, nauczania, praktykowania i czynności rytualne, bywało przez te organy w praktyce kwestionowane. Rozstrzygając sprawę Wiecznego Zakonu Druidów przeciwko Wielkiej Brytanii Komisja Praw Człowieka musiała rozstrzygnąć, czy zamknięcie obiektu Stonehenge, w okresie przesilenia letniego, co uniemożliwiało Druidom celebrowanie związanej z tą chwilą ceremonii, narusza ich wolność religii. Komisja Praw Człowieka przeszła do porządku nad zarzutami podnoszonymi przez władze publiczne, że druidyzm nie jest religią i przyjęła, że ma on taki charakter. Stwierdziła, że zamknięcie Stone Henge oznaczało wyraźną ingerencję w prawa Wiecznego Zakonu Druidów, a więc naruszenie wolności chronionej art. 9 Konwencji, ale była to ingerencja usprawiedliwiona treścią art. 9 ust. 2 Konwencji⁶⁵.

15. Wolność sumienia i wyznania a ochrona mienia przeznaczonego do wyznawania religii

Wlicznych sprawach, najpierw Komisja i Trybunał Praw Człowieka podkreślali, że możliwość korzystania z prawnej ochrony mienia ruchomego i nieruchomego przeznaczonego do realizacji swobody wyznawania religii jest jedną z gwarancji wolności, na straży której stoi art. 9 Konwencji⁶⁶. Na tle sprawy wytoczonej przez jednego z przedstawicieli stowarzyszenia Społeczność dla Zjednoczenia Światowego Chrześcijaństwa (tzw. Sekta Moon) przeciwko Austrii, Komisja Praw Człowieka podjęła decyzję, że struktura prawna stowarzyszenia nie jest konieczna dla uzewnętrzniania przekonań religijnych. Wynika stąd, że prawo do manifestowania swojej religii bądź przekonań w sposób kolektywny nie jest uwarunkowane prawnymi strukturami zrzeszenia ale faktyczną możliwością zrzeszenia się dla realizowania zamierzonego celu. Dlatego nie jest konieczne aby zrzeszenie zostało oficjalnie uznane lub zarejestrowane na podstawie przepisów prawa krajowego. Fakt, że zrzeszenie nie posiada osobowości prawnej, zgodnie z prawem krajowym, nie ma znaczenia dla przyznania mu statusu zrzeszenia się. Przesądza to art. 11 tak więc dla uznania prawnych struktur kolektywnych

czenie z 13 grudnia 2001 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 45701/99, w: *Nowy Europejski Trybunał...*, op. cit., s. 942–946.

⁶⁵ A.R.M. Chappell przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 12587/86 – Decyzja z 14 lipca 1987 r., DR 53, s. 241 i n.; w: *Wolność religii*, s. 262–263.

⁶⁶ Raport „Tis Panaghias” Catholic Church in Chania (Kościół katolicki w Chania) przeciwko Grecji, z 3 września 1996 r., skarga nr 25528/94, RJD 1997 – VIII; zob. też *mutatis mutandis*: decyzja Iglesia Bautista „El Salvador” (Kościół baptystów) i Ortega Moratilla przeciwko Hiszpanii, z 11 stycznia 1992 r., skarga 17522/90, DR 72/256, w: M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka...*, op. cit., s. 387, pkt 1272.

za zrzeczenie, miarodajne są przepisy konwencyjne a nie przepisy prawa krajowego⁶⁷.

16. Wolność sumienia i wyznania a system podatkowy

W wielu sprawach Komisja Praw Człowieka podejmowała, na tle art. 9 Konwencji, problemy podatkowe, niezauważalne w praktyce polskiej. Trybunał także stwierdza, że prawo do wolności religijnej nie gwarantuje kościołom lub ich wyznawcom statusu podatkowego innego niż mają pozostali podatnicy. Nie obejmuje zwłaszcza uprawnienia do zwolnienia miejsc modlitwy z wszystkich podatków⁶⁸.

Rozpoznając skargę na istniejący w Austrii system podatkowy nakładający na wiernych obowiązek cywilnoprawny łożenia na kościół, którego dana osoba jest członkiem, Komisja stwierdziła, iż system ten nie narusza w najmniejszym stopniu wolności gwarantowanej treścią art. 9, zważywszy że zobowiązania można uniknąć, jeśli zobowiązany zdecyduje się opuścić kościół, którą to możliwość ustawodawstwo austriackie wyraźnie przewiduje⁶⁹.

17. Wnioski

Analiza decyzji Komisji Praw Człowieka oraz orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wskazuje, że wolność myśli, sumienia i religii gwarantowaną przez art. 9 Konwencji Trybunał ściśle wiąże z innymi prawami chronionymi przez Europejską Konwencję, w szczególności z wolnością słowa

⁶⁷ Warto zauważyć, że stowarzyszenie Społeczność dla Zjednoczenia Światowego Chrześcijaństwa została zdelegalizowana w Austrii za prowadzenie działalności niezgodnej ze statutem. Po pewnym czasie jeden z członków byłego stowarzyszenia zainicjował powstanie nowego stowarzyszenia o nieco zmienionej nazwie i inaczej określonym celu działania. Stowarzyszenie to nie zostało jednak zarejestrowane, ponieważ zgodnie z prawem austriackim nie wolno nadawać formalnego statusu organizacji, która stanowi kontynuację wcześniej zdelegalizowanej innej osoby prawnej. Odmowa rejestracji została, przez inicjatora stowarzyszenia, zaskarżona do Europejskiej Komisji Praw Człowieka. Warto dodać, że jak zauważono w trakcie postępowania przed Komisją praktykowanie jakiegokolwiek religii, nawet nieznannej jest w Austrii w pełni gwarantowane, na podstawie art. 63 ust. 2 Traktatu z San Germain. Komisja przy okazji podniosła, że skarżący nie wykazał, że odmowa rejestracji sekty stanowiła ingerencję w manifestowanie jego religii lub przekonań w modlitwie, nauczaniu, praktykach i obrzędach; skarga nr 8562/79 – Decyzja z 15 października 1981 r., DR 26, s. 92–93 Digest III, s. 391, w: *Wolność religii*, s. 229.

⁶⁸ Decyzja Iglesia Bautista „El Salvador” i Ortega Moratilla przeciwko Hiszpanii z 11 stycznia 1992 r., skarga nr 17522/90, DR 72/256; zob. decyzja C przeciwko Wielkiej Brytanii z 15 grudnia 1983 r., skarga nr 10358/83, DR 37/142 – dot. Sprzeciwu wobec przekazania części podatku na cele militarne, M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka...*, op. cit., s. 392, pkt 1287.

⁶⁹ E. i G.R. przeciwko Austrii, skarga nr 9781/82 – Decyzja z 14 maja 1984 r., DR 37, s. 42 i n., *Wolność religii*, s. 237–238. Stanowisko to zostało powtórzone w sprawie Jean i Berta Gottesmann przeciwko Szwajcarii, skarga nr 10616/83 – Decyzja z 4 grudnia 1984 r., DR 40, s. 284 i n., w: *Wolność myśli*, s. 246.

(art. 10), z wolnością zgromadzeń i stowarzyszenia się (art. 11) oraz z prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8). W praktyce rodzi to konieczność odpowiedniego wyważenia tych wolności, zważywszy że żadnej z nich Trybunał nie przyznaje pierwszeństwa i chce je traktować jako równorzędne. Trybunał zdaje się wskazywać dwa kryteria pozwalające odróżnić wolność słowa do wolności myśli, sumienia i wyznania (religii). Pierwszym z nich jest uzewnętrzniona treść a w drugim forma, w której ta treść się przejawia. Wolność wypowiedzi oraz wolność myśli, sumienia i wyznania jako odrębne wolności, czasem pozostające w konflikcie, są rozważane przez Trybunał w sytuacji, gdy wolność wyznania stanowi ograniczenie swobody wypowiedzi ze względu na konieczność poszanowania praw innych osób. Trybunał bardzo silnie podkreśla, że państwom, które przystąpiły do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, przysługuje margines swobody w zakresie oceny istnienia i ewentualnego stopnia konieczności ingerencji w zakres wolności słowa i wolności myśli, sumienia i wyznania. Wolność zgromadzeń gwarantowana przez treść art. 11 Konwencji stanowi instrument pozwalający na realizację wolności myśli, sumienia i wyznania. Warto na koniec zauważyć, że system wypracowywanych standardów wydaje się dość stały i niewymagający poważniejszych uzupełnień, aczkolwiek ciągle przychodzi rozpoznawać Trybunałowi w Strasburgu nowe stany faktyczne. Spraw na tle art. 9 wydaje się jednak znacznie mniej niż chociażby tych, które dotyczą wolności wypowiedzi. Zauważyć należy także to, że sprawy odnoszące się do naruszeń art. 9 Konwencji, w chwili obecnej, dotyczą w pierwszym rzędzie państw bałkańskich w tym także Grecji i Turcji oraz przedstawicieli niektórych tylko wyznań – zwłaszcza islamu i kościołów prawosławnych. W początkach istnienia Konwencji sytuacja wyglądała nieco inaczej, gdyż większość spraw dotyczyła różnych odmian wyznań protestanckich. Wprawdzie Komisja Praw Człowieka, a potem Trybunał, zdają się nie traktować mniejszości wyznaniowych jako zasługujących na jakieś szczególne względy i przywileje, to jednak nie sposób nie zauważyć, że decyzje Komisji a potem orzeczenia Trybunału w dużej mierze dotyczą sytuacji prawnej właśnie tych mniejszości.

ALEKSANDRA GLISZCZYŃSKA



ZALECENIA EUROPEJSKIEJ KOMISJI PRZECIWKO RASIZMOWI I NIETOLERANCJI W ZAKRESIE WALKI Z ANTYSEMITYZMEM ORAZ ICH REALIZACJA PRZEZ POLSKĘ

1. Wprowadzenie

Konieczność aktywnego i skutecznego zapobiegania antysemityzmowi stała się jedną z podstaw utworzenia Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji¹ podczas I Szczytu Przywódców Państw i Rządów Rady Europy, który odbył się w październiku 1993 r. w Wiedniu. W uchwalonej wówczas „Deklaracji Wiedeńskiej” postanowiono m.in.: „prowadzić politykę zwalczania rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu, nietolerancji i przyjąć w tym celu Deklarację i Plan Działania (...)” podkreślając, iż: „(...) różnorodność tradycji i kultury od wieków stanowi jedno z bogactw Europy i że zasada tolerancji stanowi gwarancję utrzymania w Europie społeczeństwa odnoszącego się z szacunkiem i otwartością do różnorodności kulturowej (...)”². Państwa członkowskie Rady Europy zgodnie uznały antysemityzm za jeden z rodzajów naruszeń praw człowieka, a walkę z nim za integralną część zwalczania rasizmu. Podkreślono zarazem specyfikę tego zjawiska, a co za tym idzie, także szczególny rodzaj środków, przy pomocy których antysemityzm winien być w Europie piętnowany i likwidowany³. Takie stanowisko zostało zaprezentowane m.in. w „Deklaracji Troski i Intencji” w sprawie „Antysemityzmu w dzisiejszej Europie” z 27 marca 2000 r., przyjętej przez uczestników „Konsultacji na temat antysemityzmu w dzisiejszej Europie”, odbywających się pod auspicjami sekretarza generalnego Rady Europy⁴. Bardziej

¹ European Commission against Racism and Intolerance, zwana dalej jako ECRI.

² Zbiór dokumentów Rady Europy, http://www.coe.int/t/dcr/summit/decl_vienne_pl.asp

³ Por. J. Niessen, I. Chopin (ed.), *The developmrrnt of legal instruments to combat racism in a diverse Europe*, Martinus Nijhoff Publishers 2004; M. Pentikäinen, *International action against racism, xenophobia, anti-semitism and intolerance in the OSCE region: a comparative study*, OSCE 2004.

⁴ „Declaration of Concern and Intent on Antisemitism in Europe today”, Strasbourg „Consultation on Antisemitism in Europe today”, Biuletyn Biura Informacji Rady Europy, nr 4/2005.

normatywne podstawy dla walki z antysemityzmem odnajdujemy w treści art. 14⁵ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Protokołu Nr 12 do tejże Konwencji, który zawiera ogólną klauzulę niedyskryminacji, oraz w decyzjach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który wielokrotnie uznawał, iż wzywianie do nienawiści wobec Żydów bądź zaprzeczanie zbrodniom Holocaustu nie korzysta z ochrony wolności słowa zapewnionej w art. 10 Europejskiej Konwencji⁶.

2. Europejska Komisja przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji

Do pierwotnych zadań ECRI należało między innymi dokonanie oceny efektywności istniejących już metod zwalczania rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu i nietolerancji oraz regulacji prawych w tym zakresie, a także proponowanie nowych rozwiązań i zaleceń skierowanych do państw członkowskich Rady Europy. Podczas Europejskiej Konferencji przeciwko Rasizmowi, która odbyła się w Strasburgu w październiku 2000 r., zdecydowano o wzmocnieniu działalności ECRI. 13 czerwca 2002 r. Komitet Ministrów przyjął nowy Statut ECRI, ustanawiając Komisję niezależnym ciałem Rady Europy, monitorującym postępowanie i prawodawstwo państw członkowskich w zakresie przestrzegania praw człowieka oraz zwalczania rasizmu, nietolerancji, antysemityzmu⁷. Doniosłą rolę ECRI oraz konieczność wspierania jej prac podkreślono również w Planie Działania przyjętym podczas III Szczytu Rady Europy, odbywającego się w maju 2005 r. w Warszawie⁸.

Zgodnie ze Statutem, członkowie ECRI wybierani są na okres 5 lat z możliwością ponownego wyboru, na podstawie swej głębokiej wiedzy na temat walki z rasizmem i nietolerancją. Kryterium wyboru jest też nienaganna postawa etyczna. Wyboru poszczególnych członków Komisji dokonuje rząd każdego z państw członkowskich Rady Europy, po czym wybór ten jest notyfikowany sekretarzowi generalnemu Rady Europy, który z kolei informuje o tym Komitet Ministrów⁹. Rząd polski powołał na członka ECRI prof. Andrzeja Sicińskiego,

⁵ Art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka stanowi: *Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn.*

⁶ Zob. decyzje Trybunału w sprawie niedopuszczalności skargi m.in. w sprawach: *Witzach vs. Niemcy, skarga nr 7485/03; W.P. i inni p. Polsce, Nachtmann vs. Austria, skarga nr 36773/97; Kuehen p. Niemcom, skarga nr 12194/86.*

⁷ Resolution Res(2002)8 on the statute of the European Commission against Racism and Intolerance, Adopted by the Committee of Ministers on 13 June 2002 at the 79th meeting of the Ministers' Deputies; http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/1-ecri/1ECRI_statute.asp#TopOfPage

⁸ Council of Europe Warsaw Summit, Action Plan CM(2005)80 final 17 May 2005, http://www.coe.int/t/dcr/summit/default_EN.asp

⁹ Jeśli Komitet Ministrów Rady Europy uzna, iż osoba powołana przez rząd danego państwa do pełnienia funkcji członka ECRI nie spełnia wymogów zapisanych w Statucie, może zwrócić się do rządu państwa o rozważenie powołania innej osoby, art. 3 ust. 3 Statutu ECRI.

który sprawował swą funkcję do września 2006 r. Następcą prof. Sicińskiego w maju 2007 r. został prof. Krzysztof Motyka. W pełnieniu swojej funkcji członkowie ECRI pozostają niezależni, nie otrzymują żadnych instrukcji ze strony rządów państw, z których pochodzą¹⁰. Obrady ECRI odbywają się przy drzwiach zamkniętych, kworum stanowi większość członków Komisji. Komisja przyjmuje własną procedurę i program działania. Coroczne sprawozdanie z działalności ECRI przekazywane jest Komitetowi Ministrów Rady Europy.

ECRI koncentruje się na działaniach w trzech podstawowych kierunkach:

- pracy nad zagadnieniami ogólnymi, której wynikiem mają być zalecenia ogólne adresowane do wszystkich państw Rady Europy oraz publikacje przedstawiające opisy „dobrych praktyk” tych państw członkowskich, w których wprowadzono właściwe mechanizmy i instytucje przeznaczone do zwalczania problemu rasizmu, ksenofobii i antysemityzmu,
- współpracy ze społeczeństwami obywatelskimi, polegającej na wzmocnieniu i rozwijaniu roli społeczeństwa, także poprzez promowanie wiedzy na temat praw człowieka, w przeciwdziałaniu wszelkim przejawom nietolerancji i rasizmu. Współpraca obejmuje również organizowane przez ECRI w różnych państwach Rady Europy, spotkania, tzw. okrągłe stoły, podczas których przez przedstawicieli ECRI, władz publicznych, organizacji pozarządowych, grup szczególnie zagrożonych omawiane są problemy występujące w danym państwie,
- analizowaniu sytuacji w poszczególnych krajach.

Jednym z głównych elementów działalności ECRI jest monitorowanie skali i przejawów rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu i nietolerancji w każdym z państw Rady Europy. Oprócz jedenastu uchwalonych dotychczas zaleceń ogólnych, ECRI formułuje także zalecenia odnoszące się do poszczególnych krajów. Zalecenia stanowią pomoc, wskazówki dla organów decyzyjnych podczas tworzenia i modyfikowania regulacji prawnych (zalecenia pomagają w formułowaniu postulatów *de lege lata* i *de lege ferenda*), programów, strategii krajowych w zakresie walki z rasizmem i dyskryminacją.

W celu dokonania oceny sytuacji w danym kraju, ECRI podejmuje wiele działań, które razem tworzą zbiór jednakowych dla wszystkich państw zasad, na jakich opiera się monitoring. Działania te obejmują analizę dokumentów, wizytę kontaktową w danym kraju oraz poufny dialog z władzami państwowymi¹¹. Efektem finalnym analizy ECRI są raporty, zawierające, oprócz opisu stanu faktycznego, sugestie i propozycje dla rządów, które mają pomóc w rozwiązywaniu zaistniałych problemów. Projekt raportu przekazywany jest zawsze władzom państwa, które mogą przedstawić propozycje zmian. Władze mogą także wnioskować o załączenie ich opinii do wersji ostatecznej raportu¹². Opinie te stanowią formę odpowie-

¹⁰ Art. 2 Statutu ECRI.

¹¹ „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy” 2005, nr 4.

¹² Ibidem.

dzi państw na stwierdzenia ekspertów ECRI, procedura nie przewiduje bowiem osobnych odpowiedzi na raporty ECRI. Raporty publikowane są po przekazaniu ich ostatecznej wersji rządów państw, których sytuację opisują. Publikacja może zostać jednak wstrzymana w przypadku wyraźnego sprzeciwu władz państwa¹³. Corocznie monitoringowi poddawanych jest 9–10 państw, a prace odbywają się w 4–5 letnich cyklach. W 2007 r. zakończony został trzeci cykl monitoringu¹⁴.

Zarówno zalecenia ogólne, jak i zalecenia przedstawiane w raportach, nie mają charakteru wiążącego, wprowadzanie ich w życie uzależnione jest od woli władz ustawodawczych, wykonawczych i sądowniczych państw członkowskich Rady Europy. Niezależnie jednak od stopnia realizacji przez państwa zaleceń Komisji, samo formułowanie i publikowanie rekomendacji sprawia, że problematyka związana z zagrożeniami rasizmu, ksenofobii i antysemityzmu pozostaje obecna w debacie społeczeństw i rządów państw europejskich¹⁵.

3. Zalecenia ogólne ECRI w zakresie walki z antysemityzmem

Problem antysemityzmu podejmowany jest w działalności ECRI przede wszystkim w treści zaleceń ogólnych, kierowanych do wszystkich państw Rady Europy, oraz zaleceń szczegółowych, formułowanych w stosunku do poszczególnych państw poddanych monitoringowi. Temat ten jest też przedstawiany w szeregu publikacji przygotowanych przez ECRI¹⁶.

3.1. Zalecenie nr 9 dotyczące polityki ogólnej ECRI – Walka z antysemityzmem

We wstępie Zalecenia nr 9 oprócz podkreślenia wartości, na jakich opiera się Rada Europy, przypomnienia zbrodni Holocaustu oraz wskazania na wzrost nastrojów antysemitycznych we współczesnej Europie, ECRI wymienia także Europejską Konwencję Praw Człowieka oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jako podstawy walki z antysemityzmem w Europie¹⁷. Wytyczne ECRI dotyczą wezwania do podjęcia wszelkich możliwych zdecydowanych działań na rzecz aktywnej, skutecznej walki z antysemityzmem. Działania te muszą

¹³ Art. 11 ust. 3 Statutu ECRI.

¹⁴ Najnowsze raporty, dotyczące sytuacji w Andory, Łotwy, Holandii i Ukrainy, przedstawione zostały 12 lutego 2008 r. http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/

¹⁵ A. Siciński, *Działalność Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI)*, „Biuletyn Ośrodka Informacji Rady Europy” 1999, nr 1.

¹⁶ Do publikacji takich należą m.in.: *The use of racist, antisemitic and xenophobic arguments in political discourse*, Jean-Yves Camus, March 2005; *Examples of good practices. Specialised bodies to combat racism, xenophobia, anti-Semitism and intolerance at national level*, January 2006, *Examples of good practices to fight against racism and intolerance in the European media*, April 2000. Zob. także „*Manifestations of Antisemitism in the EU 2002–2003*”. European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia 2004.

¹⁷ Zalecenie nr 9 dotyczące polityki ogólnej ECRI – Walka z antysemityzmem, CRI(2004)37, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy” 2005, nr 4.

być skoordynowane, ujęte w ogólnym programie krajowym oraz wspierane na wszystkich szczeblach administracji państwowej, przy współdziałaniu organizacji pozarządowych, przedstawicieli świata nauki, polityki, kultury, środowisk prawnych, hierarchów kościelnych, którzy winni uczestniczyć w inicjatywach wspierających dialog międzykulturowy i międzyreligijny.

Najbardziej istotny aspekt zalecenia odnosi się jednak do regulacji prawnych państw członkowskich oraz ich efektywnego stosowania. Państwa te powinny zapewnić, aby ich prawodawstwo zawierało regulacje, zgodnie z którymi w stosunku do przestępstw karnych antysemita motywacja stanowiąc będzie okoliczność obciążającą. ECRI wymienia także czyny, które jeśli zostały popełnione umyślnie, podlegają mając penalizacji. Należą do nich:

- „a) publiczne nawoływanie do przemocy, nienawiści albo dyskryminacji skierowane przeciwko osobie albo grupie osób z powodu ich żydowskiej tożsamości albo pochodzenia;
- b) publiczne obrażanie i zniesławianie osoby albo grupy osób z powodu ich faktycznej albo przypuszczalnej żydowskiej tożsamości albo pochodzenia;
- c) grożenie osobie albo grupie osób z powodu ich faktycznej albo przypuszczalnej żydowskiej tożsamości albo pochodzenia;
- d) publiczne wyrażanie, w antysemitycznym celu, ideologii, która deprecjonuje albo oczernia grupę osób z powodu ich żydowskiej tożsamości albo pochodzenia;
- e) publiczne trywializowanie, usprawiedliwianie, przebaczenie zbrodni Holocaustu albo zaprzeczanie ich zaistnieniu;
- f) publiczne trywializowanie, usprawiedliwianie albo przebaczenie, w antysemitycznym celu, zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości lub zbrodni wojennych, albo zaprzeczanie tym zbrodniom, popełnionym przeciwko osobom z powodu ich żydowskiej tożsamości albo pochodzenia;
- g) publiczne rozpowszechnianie, publiczna dystrybucja, produkcja albo magazynowanie mające na celu publiczne rozpowszechnianie bądź publiczną dystrybucję, w antysemitycznym celu, pisemnego, obrazkowego albo innego materialnego przejawu antysemityzmu opisanego w punktach a), b), c), d), e), f) powyżej;
- h) profanacja, w antysemitycznym celu, żydowskiej własności i pomników;
- i) tworzenie grup albo przewodzenie grupom, które promują antysemityzm; popieranie takich grup (takie jak zapewnianie im finansowania bądź zaspokajanie ich innych materialnych potrzeb, produkcja, bądź uzyskiwanie dokumentów); udział w ich działalności z zamiarem przyczynienia się do popełnienia przestępstw opisanych w punktach a), b), c), d), e), f), g), h) powyżej”¹⁸.

Ponadto ECRI zaleca, zgodnie z regulacjami Rady Europy, uwzględnienie w katalogu przestępstw o charakterze antysemitycznym przestępstw popełnianych za pomocą Internetu, telewizji satelitarnej i innych nowoczesnych środków informacji

¹⁸ Ibidem.

i łączności¹⁹. Prawnie zakazane powinno być ponadto publiczne finansowanie promujących antysemityzm organizacji, w tym partii politycznych. Zalecane jest również wprowadzenie zgodnej z prawem możliwości rozwiązywania takich organizacji.

Aby jednak wszystkie powyższe zalecenia mogły być realizowane, konieczne jest podjęcie odpowiednich środków dla zapewnienia, że ustawodawstwo mające na celu zapobieganie antysemityzmowi i jego karanie jest skutecznie wprowadzane w życie.

W Zaleceniu nr 9 znalazły się również odniesienia do działań w zakresie szeroko pojętej edukacji (edukacja w programach nauczania na wszystkich poziomach nauki obejmująca tematykę antysemityzmu, promowanie wiedzy na temat holocaustu, historii, kultury, specjalne szkolenia dla nauczycieli historii, wychowawców), roli mediów i dziennikarzy w walce z antysemityzmem oraz prowadzenia niezależnego monitoringu przejawów antysemityzmu.

3.2. Walka z antysemityzmem w innych zaleceniach dotyczących polityki ogólnej

Antysemityzm, jako zagadnienie stanowiące jeden z podstawowych obszarów zainteresowania i działania ECRI, uwzględniony został także w innych zaleceniach. Zalecenie ECRI nr 1, dotyczące zwalczania rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu i nietolerancji odnosi się do wszystkich tych negatywnych zjawisk. Ma ono jednak charakter ogólny, wprowadzający. Zalecenie wytycza standardy, jakie w zakresie polityki dotyczącej wybranych dziedzin (prawo i jego egzekwowanie, edukacja, kultura, dialog społeczny, administracja publiczna), państwa członkowskie powinny spełniać, pragnąc nie tylko w deklaracyjny, ale przede wszystkim w skuteczny i rzeczywisty sposób przeciwdziałać rasizmowi, ksenofobii i antysemityzmowi. Bardziej szczegółowy charakter ma Zalecenie nr 2 dotyczące polityki ogólnej ECRI w zakresie wyspecjalizowanych organów do spraw zwalczania rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu i nietolerancji na poziomie krajowym²⁰. ECRI podkreśla w nim potrzebę utworzenia takich organów na poziomie krajowym i zaleca rozważenie ich ustanowienia przez państwa członkowskie. W załączniku do Zalecenia nr 2 określono podstawowe zasady dotyczące ustanawiania, funkcjonowania i uprawnień wyspecjalizowanych organów, których powołanie postuluje ECRI²¹. W zakresie walki z antysemityzmem instytucje takie spełniają nieocenioną rolę przede wszystkim w określeniu skali zjawiska w danym kraju. Definiują także najczęstsze formy, w jakich przejawia się antysemityzm, oraz metody jego zwalczania.

¹⁹ Protokół dodatkowy do Konwencji o cyber-przestępczości dotyczący kryminalizacji działań o charakterze rasistowskim i ksenofobicznym popełnianych przy użyciu systemów komputerowych z 21.07.2003 r., <http://www.coe.org.pl/>

²⁰ Zalecenie nr 2 dotyczące polityki ogólnej ECRI – Wyspecjalizowane organy do spraw zwalczania rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu i nietolerancji na poziomie krajowym, CRI(97)36, <http://www.coe.org.pl/>

²¹ *Ibidem*.

Istotne znaczenie ma również Zalecenie nr 6 dotyczące zwalczania rozpowszechniania materiałów rasistowskich, ksenofobicznych i antysemickich przy użyciu Internetu²². Rozpowszechnianie treści antysemickich odbywa się dziś bowiem głównie poprzez umieszczanie ich w Internecie. Wobec nieustannego rozwoju technik komputerowych, z których korzystają osoby głoszące takie treści, przeciwdziałanie antysemityzmowi w Internecie jest niezwykle trudne i wymaga współpracy na poziomie międzynarodowym. Zalecenie nr 6 wpisuje się w szereg zaleceń, jakie organy Rady Europy przyjęły wobec zagrożeń związanych z wykorzystaniem Internetu i nowoczesnych technik komputerowych dla celów szerzenia nienawiści na tle rasowym, narodowościowym i religijnym. Urzeczywistniony został także jeden z postulatów sformułowanych przez ECRI, dotyczący opracowania specjalnego protokołu do Konwencji o przestępczości komputerowej w celu zwalczania rasistowskich, ksenofobicznych i antysemickich przestępstw popełnianych przy użyciu Internetu²³.

Powyższe zalecenia stanowią zatem pewnego rodzaju model rozwiązań prawnych proponowanych przez ECRI rządów państw Rady Europy. Kompleksowość propozycji nie przesądza jednak o zobowiązaniu do przyjęcia przepisów prawa o konkretnej treści. Państwa członkowskie powinny jedynie spełniać, poprzez obowiązujące w nich prawo, standardy Rady Europy. ECRI wskazuje jednocześnie w swoich zaleceniach na warunek powodzenia starań zmierzających do eliminacji zjawiska antysemityzmu, jakim jest zapewnienie efektywnej realizacji istniejących regulacji prawnych oraz konieczność prowadzenia skoordynowanych, wieloaspektowych działań zarówno w sferze prawnej, jak i edukacyjnej czy społecznej.

3.3. Zalecenia ECRI w zakresie walki z antysemityzmem skierowane do Polski

Według szacunków Związku Polskich Gmin Żydowskich, w Polsce mieszka dziś ok. 8–12 tys. Żydów. Nieznana jest jednak dokładna liczba, nie ma oficjalnych danych potwierdzających te liczby. Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań z 2002 r. wykazał, iż 1300 osób w pytaniu o narodowość podało narodowość żydowską²⁴. Z tych powodów często mówi się o występującym w Polsce

²² Zalecenie nr 6 dotyczące polityki ogólnej ECRI – Zwalczanie rozpowszechniania materiałów rasistowskich, ksenofobicznych i antysemickich przy użyciu Internetu, CRI(2001)1, „Biuletyn Informacji Rady Europy” 2005, nr 4.

²³ Protokół dodatkowy do Konwencji o cyber-przestępczości dotyczący kryminalizacji działań o charakterze rasistowskim i ksenofobicznym popełnianych przy użyciu systemów komputerowych z 21.07.2003 r.; Zalecenie Komitetu Ministrów nr R(92)19 skierowane do państw członkowskich na temat gier video o treściach rasistowskich; Zalecenie Komitetu Ministrów nr R(97)20 skierowane do państw członkowskich na temat „mowy nienawiści”, <http://www.coe.org.pl>

²⁴ Większość organizacji mniejszości narodowych w Polsce podkreśla, że wyniki ostatniego spisu powszechnego nie są do końca miarodajne. W pytaniu o narodowość można było bowiem zamieścić tylko jedną odpowiedź, a ogromna większość osób narodowości żydowskiej czuje się jednocześnie Polakami.

zjawisku „antysemityzmu bez Żydów” lub „wirtualnego antysemityzmu”. Problem ten został jednak dostrzeżony i podniesiony w formie zaleceń, jakie w swych raportach sformułowała ECRI. Dotychczas powstały trzy raporty dotyczące Polski, przyjęte kolejno w 1997, 1999 i w 2004 r.

Pierwszy Raport z 1997 r. koncentrował się na kwestiach ogólnych, wskazówkach dotyczących powstania odpowiednich mechanizmów i instytucji oraz regulacji prawnych mających skutecznie walczyć z rasizmem i wszelkimi jego formami. W tym raporcie problem antysemityzmu nie został ujęty w osobnym rozdziale. Odniesienia do niego znalazły się jednak w części dotyczącej praw mniejszości oraz konieczności urzeczywistnienia owych praw²⁵.

W Drugim Raporcie sformułowano już zalecenia dotyczące m.in. konieczności monitorowania zgłoszeń przestępstw popełnianych na tle rasistowskim, w tym antysemickim oraz działań podjętych przez władze²⁶. Wskazano na konieczności zainicjowania szeregu szkoleń dla funkcjonariuszy Policji, urzędników, prokuratorów w celu wyczulenia ich na konieczność walki także z antysemityzmem i „mową nienawiści”. W Raporcie zwrócono również uwagę na powszechność występowania i łatwą dostępność publikacji antysemickich oraz muzyki z kręgu „white power”²⁷. Podniesiony został ponadto problem niezmiernie rzadkiego karania przestępstw popełnianych na tle antysemickim (wymieniono jedynie osądzenie pewnego historyka za publikację zawierającą „kłamstwo oświęcimskie” – dra Dariusza Ratajczaka). W Raporcie znalazł się apel o wzmocnienie wysiłków w zakresie zwalczania organizacji głoszących treści rasistowskie, w tym antysemickie. W części Raportu zatytułowanej „grupy wrażliwe” powtarza się postulat stworzenia systemu monitoringu, pozwalającego m.in. na ocenę rozmiarów problemu antysemityzmu w Polsce oraz jego przejawów. Mowa jest też o konieczności zwrócenia bacznej uwagi na pojawiające się publikacje antysemickie, na działania policji w przypadku zgłoszenia przestępstwa związanego z antysemityzmem lub antysemicką „mową nienawiści”. Za niezwykle istotne należy uznać pojawiające się w Raporcie stwierdzenie, iż to zwłaszcza antysemityzm pozostaje problemem w społeczeństwie polskim i jest przedmiotem niepokoju ECRI. Antysemickie wypowiedzi niektórych polityków, oskarżenia politycznych przeciwników o pochodzenie żydowskie, antysemickie określenia w mowie potocznej wskazują, zdaniem ekspertów ECRI, na pilną konieczność podjęcia przez władze Polski działań zmierzających do zmiany tego stanu rzeczy. Raport podkreśla jednocześnie, iż nie występują w Polsce przejawy tzw. agresywnego antysemityzmu, do których zalicza

Zanotowano również przypadki wyrażania obaw, w szczególności przez starsze osoby, przed podaniem ankietarowi prawdziwej narodowości. www.stat.gov.pl

²⁵ Pierwszy Raport ECRI dotyczący Polski, CRI(97)59, <http://www.coe.org.pl>

²⁶ Drugi Raport ECRI dotyczący Polski, CRI(2000)34, „Biuletyn Ośrodka Informacji Rady Europy” 2001, nr 1.

²⁷ „White power” to gatunek muzyczny popularny szczególnie w środowiskach skrajnie prawicowych, wśród skinheadów i neonazistów. W Polsce zespoły zaliczane do tego nurtu to m.in.: *Deportacja 68*, *Twierdza*, *Konkwista 88*, *Bastion*, *Prawo Krwi*.

się m.in. podpalanie synagog i ataki fizyczne na osoby narodowości żydowskiej. Za najważniejsze w tym zakresie ECRI uznaje zatem walkę z antysemityzmem w postaci lepszego stosowania prawa i edukacji szkolnej oraz społecznej²⁸. Strona polska nie zgodziła się ze stwierdzeniem zawartym w Raporcie, iż: „zwłaszcza antysemityzm pozostaje problemem w społeczeństwie polskim”, uznając je za nieuzasadnione uogólnienie²⁹. Przywołane zostały dane, według których ugrupowania polityczne posługujące się ksenofobicznymi i antysemickimi hasłami nie mają w Polsce poparcia przekraczającego 0,1%, a przypadki dewastacji cmentarzy żydowskich związane są raczej z wandalizmem i chuligańskimi aktami. Wskazano również na wielość ukazujących się w Polsce publikacji na temat historii i kultury Żydów i wspieranych z dotacji państwowych czasopism mniejszości żydowskiej. Podkreślono uczestnictwo ponad 30 szkół w Polsce we współpracy i wymianie z młodzieżą izraelską³⁰. W uwagach rządu polskiego nie znalazło się jednak odniesienie do stwierdzeń ECRI dotyczących powszechnego występowania w Polsce publikacji zawierających treści antysemickie oraz obecności antysemickiej mowy nienawiści w debacie społeczno-politycznej. Nie ustosunkowano się również bezpośrednio do kwestii braku efektywnego stosowania obowiązujących w Polsce przepisów prawnych, które pozwalają na ściganie przestępstw o antysemickiej motywacji.

Trzeci Raport skupiony jest na ocenie stopnia wykonania poprzednich zaleceń z raportów oraz zaleceń ogólnych. Antysemityzm zaliczono w tym Raporcie do „kwestii szczególnych”, które poddane zostały dogłębnej analizie³¹. Autorzy Raportu wyszli od próby określenia rozmiarów antysemityzmu w Polsce. Przed wszystkim zauważono, iż mimo bardzo małych rozmiarów społeczności żydowskiej w dzisiejszej Polsce, według informacji ECRI antysemityzm wciąż stanowi poważny problem w polskim społeczeństwie. Komisja przywołała także swoje zalecenia dla rządu polskiego w zakresie walki z antysemityzmem, sformułowane w Drugim Raporcie dotyczącym Polski wyrażając ubolewanie, iż: „(...) według organizacji pozarządowych i przedstawicieli społeczności żydowskiej – środki dotychczas podjęte przez władze polskie są ciągle niewystarczające dla obniżenia w sposób znaczący liczby objawów antysemityzmu”.

Uznając fizyczną agresję skierowaną przeciwko Żydom, dewastację synagog, żydowskich cmentarzy i grobowców za zjawiska występujące w Polsce na przestrzeni ostatnich lat sporadycznie, ECRI dostrzegła jednocześnie wagę i rozmiary

²⁸ Drugi Raport ECRI dotyczący Polski, CRI(2000)34, „Biuletyn Ośrodka Informacji Rady Europy” 2001, nr 1.

²⁹ Z odpowiedzią strony polskiej odnośnie tego stwierdzenia nie zgodzili się m.in. dr Andrzej Malanowski z Biura Rzecznika Praw Obywatelskich i dr Helena Datner z Centrum Edukacyjnego Kultury Żydowskiej w Warszawie wskazując, iż jest ono całkowicie uprawnione, „Biuletyn Ośrodka Informacji Rady Europy” 2001, nr 1.

³⁰ Ibidem.

³¹ Trzeci Raport ECRI dotyczący Polski, CRI(2007)4, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy” 2005, nr 4.

problemu innych form antysemityzmu, do których zalicza przede wszystkim publikacje zawierające treści antysemickie oraz wypowiedzi o takim charakterze. Powołując się na informacje przedstawicieli społeczności żydowskiej w Polsce oraz organizacji pozarządowych, Komisja odnotowała z niepokojem, iż antysemicka „mowa nienawiści” uznawana jest przez te środowiska za zjawisko powszechne.

Za inne przejawy występowania antysemityzmu w Polsce Komisja uznała m.in.:

- powszechną dostępność publikacji i czasopism antysemickich w wolnej sprzedaży (również w księgarniach)³²;
- publiczne wypowiedzi niektórych polityków, osób duchownych o zabarwieniu antysemickim;
- hasła antysemickie wykrzykiwane podczas meczów piłkarskich i koncertów muzyki „white power”;
- dużą liczbę polskojęzycznych stron internetowych zawierających treści antysemickie;
- legalne działanie skrajnie prawicowych, nacjonalistycznych organizacji i partii politycznych, takich jak Narodowe Odrodzenie Polski oraz wykorzystywanie przez nie antysemickiej retoryki dla zdobycia głosów podczas kampanii wyborczych;
- brak efektywnego działania organów państwa wobec zawiadomień o popełnieniu przestępstwa nawoływania do nienawiści na tle rasowym i narodowościowym, zgłaszanych przez różne organizacje i osoby prywatne.

Sformułowane w Trzecim Raporcie zalecenia dla rządu polskiego podzielić można na dwie zasadnicze grupy: pierwszą, obejmującą postulaty w zakresie prawa i jego stosowania, oraz drugą, odnoszącą się do działań na polu dialogu społecznego, edukacji i kultury. Do najważniejszych zaleceń dotyczących istniejących i postulowanych regulacji prawnych należy wezwanie do wprowadzenia bardziej efektywnych metod zwalczania antysemickiej „mowy nienawiści”. ECRI uznaje jednocześnie, iż istniejące w polskim kodeksie karnym artykuły 256 i 257, dotyczące również penalizacji czynów zabronionych popełnionych na tle antysemickim, można uznać za wystarczające dla ścigania antysemickich incydentów, pod warunkiem efektywnego i pełnego ich stosowania³³. Za przyczyny niewy-

³² Powszechność tego zjawiska została potwierdzona w raporcie z monitoringu polskiej prasy pod względem występowania w niej treści rasistowskich, ksenofobicznych i antysemickich, przeprowadzonego przez pracowników Poznańskiego Centrum Praw Człowieka INP PAN na zlecenie MSWiA w listopadzie i grudniu 2007 r.

³³ Art. 256 k.k.: *Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2*, Art. 257 k.k.: *Kto publicznie znieważa grupę ludności albo poszczególną osobę z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości lub z takich powodów narusza nieetykalność cielesną innej osoby, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3*, Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553.

starzającego wykorzystywania obowiązujących w Polsce regulacji prawno-karnych Komisja uważa niedostateczną wiedzę Policji i prokuratury na temat rozpoznawania treści antysemickich stanowiących „mowę nienawiści” oraz umniejszanie znaczenia i wagi antysemickich publikacji i wypowiedzi. Istnieje bezpośredni związek pomiędzy takim stosunkiem organów ścigania do przejawów antysemityzmu a niechęcią osób pokrzywdzonych do podejmowania kroków prawnych³⁴. ECRI niepokoją szczególnie częste odmowy wszczęcia postępowań lub umarzenia postępowań ze względu na niską szkodliwość społeczną czynu. Konieczne jest zatem podjęcie kompleksowych działań, mających wzmocnić i urzeczywistnić karny zakaz antysemityzmu.

Tabela 1. Prawomocnie osądzone osoby dorosłe na podstawie art. 256 i 257 k.k. w latach 1999–2005³⁵

Kwalifikacja prawna – art. kodeksu karnego	Osądzeni	W tym:								
		Skazani							warun- kowe umorze- nie	
		ogółem	W tym				pozbawienie wołości			
			grzywna samo- istna	ograniczenie wolności	ogółem	do 11 m-cy	1 rok	pow. roku		
Art. 256	53	45	9	9	27	16	8	3	8	
Art. 257	91	69	12	8	48	26	13	9	22	

Tabela 2. Przepięstwa stwierdzone wg wyniku postępowania w latach 1999–2005³⁶

Kwalifikacja prawna – art. kodeksu karnego	Przepięstwa stwierdzone	Wynik postępowania		
		Wniosek o akt oskarżenia	Wniosek o umo- wienie z powodu niewykrycia sprawców	Skierowanie do sądu rodzinnego
Art. 256	105	57	34	13
Art. 257	143	92	36	15

³⁴ Komisja przywołuje w tym miejscu dane za rok 2003: interwencje policji doprowadziły do czterestu oskarżeń i do sześciu skazań na podstawie art. 256 k.k. W tym samym roku miało miejsce siedemnaście oskarżeń przez policję i jedenaście skazań na podstawie artykułu 257 k.k. Należy podkreślić, iż dane te dotyczą wszystkich przestępstw z art. 256 i 257 k.k., bez wyróżnienia tych popełnionych na tle antysemickim. Dane z kolejnych lat przedstawione zostaną w dalszej części niniejszego artykułu.

³⁵ Opracowanie własne na podstawie danych Wydziału Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości.

³⁶ Ibidem.

Komisja, odsyłając władze polskie do treści Zalecenia nr 9 dotyczącego ogólnej polityki ECRI w zakresie walki z antysemityzmem, „usiłnie nakłania władze polskie do nadania szczególnej wagi walce z antysemityzmem, przez zastosowanie wszelkich środków niezbędnych dla zwalczania wszystkich jego przejawów, niezależnie od ich pochodzenia”. Przedstawiciele Policji, prokuratury i sądownictwa wszystkich szczebli powinni mieć możliwość odbycia specjalnych szkoleń w zakresie skutecznych metod zwalczania antysemityzmu. Od tych osób zależy bowiem rzeczywiste wykorzystanie istniejących już regulacji prawnych w tym zakresie.

Treści antysemickie, nie tylko w Polsce, ale na całym dziś świecie, rozpoznawane są najczęściej w Internecie. Ze względu na fakt, iż ściganie takich przestępstw jest niezmiernie trudne, ECRI zaleca Polsce ratyfikację Dodatkowego Protokołu Konwencji o Cyber-przestępczości, dotyczącego penalizacji aktów o wydźwięku rasistowskim i ksenofobicznym, dokonywanych drogą systemów informatycznych³⁷. Protokół, oprócz pomocy w definicji poszczególnych zjawisk związanych z szerzeniem nienawistnych treści w Internecie, przewiduje również wielowymiarową współpracę między państwami członkowskimi Rady Europy.

Kolejne zalecenie należące do grupy postulatów prawnych wiąże się z istnieniem w Polsce aktywnie działających organizacji rasistowskich i skrajnie nacjonalistycznych³⁸. Artykuł 13 polskiej Konstytucji zakazuje istnienia organizacji i partii politycznych dopuszczających w swych programach i działaniach nienawiść rasową i narodowościową. Słusznie zatem Komisja wyraża swe głębokie zaniepokojenie faktem, iż organizacje takie funkcjonują w polskiej sferze publicznej zasadniczo bez przeszkód³⁹.

W Raporcie powtarza się także, postulowana m.in. w Zaleceniu ECRI nr 1, nr 2 czy nr 9, zachęta do utworzenia niezależnego, wyspecjalizowanego organu zajmującego się walką z rasizmem i dyskryminacją. Organ ten winien posiadać:

- uprawnienia śledcze;
- prawo wszczynania procedury sądowej i występowania przed sądem w charakterze strony;
- możliwość monitorowania ustawodawstwa i prowadzenia poradnictwa dla władz legislacyjnych i wykonawczych;

³⁷ Protokół dodatkowy do Konwencji o cyber-przestępczości dotyczący kryminalizacji działań o charakterze rasistowskim i ksenofobicznym popełnianych przy użyciu systemów komputerowych został podpisany przez Polskę w dniu jego przyjęcia, 21.07.2003 r., Protokół wszedł w życie 01.03.2006 r. i do dziś został ratyfikowany przez: Albanie, Armenię, Bośnię i Hercegowinę, Luksemburg, Cypr, Danię, Francję, Łotwę, Słowenię, Byłą Jugosłowiańską Republikę Macedonii i Ukrainę. <http://www.coe.org.pl/>

³⁸ W raporcie wymienia się jedynie Narodowe Odrodzenie Polski, jednak aktywnie działa w Polsce o wiele więcej organizacji skrajnie nacjonalistycznych i rasistowskich. Są to m.in.: Polska Partia Narodowa, Polski Front Narodowy, Związek Orła Białego.

³⁹ W oświadczeniu Rady Wykonawczej Narodowego Odrodzenia Polski z dn. 13.08.2006 r. otwarcie wzywa się do unicestwienia państwa Izrael jako *ropięjącego i nieuleczalnego wrzodu na mapie świata*, który wykazuje (...) wszelkie cechy struktury stworzonej wyłącznie dla realizacji celów kryminalnych, często ludobójczych, <http://www.nop.org.pl/>

- program uświadamiania społeczeństwu problemów związanych z rasizmem i dyskryminacją rasową⁴⁰.

Całkowita niezależność takiego organu musi być zapewniona poprzez oddzielenie go od struktur rządowych oraz poprzez zapewnienie mu odpowiedniej bazy kadrowo-materialnej, która będzie również wystarczająca dla stworzenia sieci biur na terenie całego kraju.

Pozostałe zalecenia Komisji koncentrują się wokół konieczności podjęcia wielu działań w obszarze społecznym. Niezmiernie istotna w tym zakresie jest współpraca z organizacjami pozarządowymi, które w swej działalności uwzględniają także problem antysemityzmu⁴¹. Rząd polski powinien również wspierać wysiłki i działania takich organizacji, przyczyniając się tym samym do rozwoju społeczeństwa, które sprzeciwem reaguje na głoszenie treści lub prezentowanie postaw antysemickich. Wskazane jest podjęcie dodatkowych środków, by uświadomić społeczeństwu wagę i doniosłość problemu antysemityzmu. Debata na temat wydarzeń w Jedwabnem lub dyskusja nad kwestią zwrotu mienia żydowskiego w Polsce pokazała bowiem, iż nadal istnieją tendencje do przejawiania antysemickich poglądów. Tendencje te wzmagają się zaś za każdym razem, gdy występuje jakikolwiek problem w stosunkach polsko-żydowskich⁴². Dlatego też największą wartość ECRI dostrzega we właściwej edukacji przede wszystkim młodego pokolenia Polaków. Programy edukacyjne dla szkół powinny zawierać pełną, rzetelnie sformułowaną informację na temat Holocaustu oraz przedwojennego i współczesnego antysemityzmu zarówno w Polsce, jak i na całym świecie. Bardzo wskazana jest również współpraca pomiędzy polskimi a izraelskimi ośrodkami szkolnymi i akademickimi, która skutkować może pogłębieniem wzajemnego zrozumienia i tolerancji. Istotne zadanie w procesie uwarzliwiania społeczeństwa na przejawy antysemityzmu i antysemicką mowę nienawiści Komisja powierza też mediom i dziennikarzom.

Na uwagę zasługuje jeszcze jeden z fragmentów Raportu ECRI: „Pewne organizacje pozarządowe zwróciły uwagę ECRI na ryzyko szybkiego pogorszenia klimatu opinii publicznej, jeśli nic nie zostanie zrobione w celu bardziej skutecznego zwalczania przejawów antysemityzmu w Polsce. Niektóre wydarzenia już doprowadziły do objawów nietolerancji w takim stopniu, że wskazuje to, iż w przypadku jakiegś formy kryzysu społecznego (na przykład, gdyby sytuacja gospodarcza kraju się pogorszyła) akty antysemickie mogłyby się stać bardzo częste – jak również przejawy nietolerancji wymierzone przeciwko innym zagrożonym mniejszościom,

⁴⁰ Trzeci Raport ECRI dotyczący Polski, CRI(2007)4, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy” 2005, nr 4.

⁴¹ W Polsce do organizacji takich należą przede wszystkim stowarzyszenia „Otwarta Rzeczpospolita” i „Nigdy Więcej”.

⁴² Na temat istoty konfliktu, który zaistniał po ujawnieniu zbrodni w Jedwabnem oraz zagrożenia, jakie stwarzają dziś w Polsce postawy i wypowiedzi antysemickie niezwykle interesująco pisze Prof. Hanna Świada-Ziemia, *Zbrodnia w Jedwabnem. Krótkowzroczność „kulturalnych”*, „Biuletyn Ośrodka Informacji Rady Europy” 2001, nr 1.

takim jak imigranci, występujący o azyl i uchodźcy, oraz mniejszości narodowe i etniczne”⁴³. Zaniepokojenie wynikające z takich informacji przedstawianych przez organizacje pozarządowe przyczyniło się do ujęcia przez Komisję problemu antysemityzmu w Polsce jako osobnego, bardzo ważnego zagadnienia. Rząd polski, ustosunkowując się do informacji i zaleceń ECRI zawartych w Trzecim Raporcie, nie odniósł się jednak do kwestii antysemityzmu, którą tak poważnie potraktowała Komisja.

3.4. Realizacja przez Polskę zaleceń ECRI

Stopień realizacji przez poszczególne kraje zaleceń ECRI oceniany jest głównie w postaci wniosków sformułowanych w kolejnych raportach dotyczących danego kraju. Ważnym wskaźnikiem jest też umieszczenie rozwiązań prawnych bądź instytucjonalnych zastosowanych przez państwa członkowskie Rady Europy w opracowaniach Komisji dotyczących tzw. przykładów dobrych praktyk⁴⁴.

W Trzecim Raporcie dotyczącym Polski wyraźnie wskazano na brak wystarczającej realizacji i wprowadzania w życie postulatów w zakresie skutecznej walki z antysemityzmem. Podkreślono jednak pozytywne aspekty działań podejmowanych przez władze polskie, do których zaliczono przede wszystkim stworzenie „Krajowego Programu Przeciwdziałania Dyskryminacji Rasowej, Ksenofobii i Związanej z nimi Nietolerancji 2004–2009” (zwanego dalej Krajowym Programem), aktywność instytucji odpowiedzialnych za edukację oraz szkolenia przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości i Policji⁴⁵.

Władze Polski i poszczególne instytucje podejmują jednak o wiele więcej inicjatyw i działań w procesie walki z antysemityzmem niż te, które zostały wymienione w raportach ECRI⁴⁶. Wspomniany już Krajowy Program zawiera opracowane zestawienie zadań do realizacji, w którym znalazły się również odniesienia do przeciwdziałania antysemityzmowi. Realizacja tych zadań zapewnić ma m.in.

⁴³ Trzeci Raport ECRI dotyczący Polski, CRI(2007)4, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy” 2005, nr 4.

⁴⁴ Ostatni zbiór „dobrych praktyk” ECRI ukazał się w styczniu 2006 r. i dotyczył wyspecjalizowanych organów i instytucji krajowych powołanych dla zwalczania rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu i nietolerancji. W opracowaniu nie została umieszczona żadna z instytucji polskich. *Examples of good practices. Specialised bodies to combat racism, xenophobia, antisemitism and intolerance at national level*, ECRI, January 2006.

⁴⁵ *Krajowy Program Przeciwdziałania Dyskryminacji Rasowej, Ksenofobii i Związanej z nimi Nietolerancji 2004–2009* został przygotowany w Sekretariacie Pełnomocnika Rządu ds. Równego Statusu Kobiet i Mężczyzn i przyjęty w dniu 18 maja 2004 r. przez Radę Ministrów. Program jest rezultatem międzynarodowych zobowiązań Polski w kwestii realizacji zaleceń dokumentów końcowych odbywającej się w sierpniu i wrześniu 2001 r. Światowej Konferencji Przeciwko Rasizmowi, Dyskryminacji Rasowej, Ksenofobii i związanej z nimi Nietolerancji, zwołanej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych. Podczas tworzenia Programu uwzględnione zostały także zalecenia przedstawione przez ECRI w drugim raporcie dotyczącym Polski, <http://www.mswia.gov.pl/portal/pl/100/208/>

⁴⁶ W dalszej części artykułu przedstawione zostaną informacje zawarte zarówno w raportach ECRI, jaki i w materiałach pochodzących z poszczególnych ministerstw i innych instytucji.

pełne i skuteczne wykorzystanie istniejących gwarancji prawnych dotyczących przeciwdziałania rasizmowi, ksenofobii, antysemityzmowi oraz opracowanie wskaźników monitorowania tych zjawisk, systemu gromadzenia i analizowania danych. Stale podnoszona i kształtowana powinna być świadomość przedstawicieli administracji publicznej w zakresie przeciwdziałania antysemityzmowi m.in. poprzez przeprowadzenie wielu szkoleń, konferencji, seminariów, przygotowanie dla pracowników materiałów dydaktycznych. Do zadań zapisanych w Krajowym Programie należy również przeciwdziałanie takim zjawiskom, jak antysemityzm w środkach masowego przekazu oraz przeprowadzenie analizy wydawanych w Polsce publikacji antysemickich i rasistowskich.

Realizacja opisanych powyżej zadań napotkała jednak na podstawową trudność, jaką okazała się być likwidacja w 2005 r. Urzędu Pełnomocnika Rządu ds. Równego Statusu Kobiet i Mężczyzn, który był instytucją koordynującą Krajowego Programu. Do dziś nie przyznano funkcji koordynujących żadnej innej instytucji lub jednostce, planowane jest jednak przekazanie tej funkcji urzędowi Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania. Stopień i forma wykonania Krajowego Programu zależy zatem od sprawności i chęci działania poszczególnych podmiotów powołanych do jego realizacji. Nie istnieje także żadne zbiorcze opracowanie dotychczasowych efektów Programu⁴⁷.

3.5. Obowiązujące regulacje prawne

Istniejące w Polsce regulacje prawne, służące walce z rasizmem, ksenofobią, antysemityzmem i związaną z nimi nietolerancją, uznawane są przez ECRI za właściwe i satysfakcjonujące. Zważywszy na fakt, iż antysemityzm przejawia się w Polsce głównie w postaci wypowiedzi lub publikacji antysemickich, najistotniejsze wydają się być w tym względzie przepisy konstytucyjne oraz prawnokarne. Polska Konstytucja, w art. 13, zakazuje istnienia partii politycznych i innych organizacji, które w swych programach i działaniach odwołują się do ideologii nazizmu, faszyzmu i komunizmu lub dopuszczających nienawiść rasową i narodowościową. Do problemu antysemityzmu odnieść można również ogólny zakaz dyskryminacji, wyrażony w art. 32 Konstytucji, która stanowi ponadto, iż przepisy umów ratyfikowanych przez Polskę i ogłoszonych w Dzienniku Ustaw, stosowane są co do zasady w krajowym porządku prawnym. Osoby będące ofiarami przestępstwa antysemityzmu, chronione są zatem nie tylko prawodawstwem krajowym⁴⁸.

⁴⁷ Podmioty realizujące Program to: właściwi ministrowie, wraz z podległymi im ministerstwami, centralne organy administracji rządowej, centralne instytucje publiczne, Rzecznik Praw Obywatelskich, nadawcy publiczni, organy administracji rządowej w województwach w ścisłej współpracy z jednostkami samorządowymi i organizacjami pozarządowymi, *Krajowy Program...*, <http://www.mswia.gov.pl/portal/pl/100/208/>

⁴⁸ Konstytucja RP – Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

Do najważniejszych przepisów prawnych, pozwalających na skuteczne ściganie i zwalczanie postaw, publikacji i wypowiedzi antysemickich należą z pewnością art. 118, 119, 256 i 257 k.k.⁴⁹. Polska zalicza się także do grupy państw, w których zakazane jest głoszenie tzw. kłamstwa oświęcimskiego, czyli negowania Holocaustu. Art. 55 Ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, przewiduje, iż ten, kto publicznie i wbrew faktom zaprzecza m.in. zbrodniom nazizmu, podlega grzywnie lub karze pozbawienia wolności do lat 3, a wyroki w takich sprawach podawane są do publicznej wiadomości⁵⁰. Ściganie sprawców czynów antysemickich ułatwia ponadto Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, zgodnie z którą Policja jest uprawniona do pobierania, przetwarzania i wykorzystywania w celach śledczych i identyfikacyjnych informacji i danych osobowych, dotyczących m.in. poglądów politycznych, co ma istotne znaczenie także przy identyfikowaniu środowisk neonazistowskich i rasistowskich.

W przypadkach naruszenia obowiązujących w Polsce regulacji prawnych ofiary takich naruszeń są uprawnione do dochodzenia swych praw i odszkodowań zarówno na drodze postępowania karnego, jak i poprzez wytoczenie powództwa cywilnego. W Konstytucji przyznane jest także prawo każdej osoby do zwrócenia się do Rzecznika Praw Obywatelskich, stojącego na straży praw i wolności człowieka i obywatela.

3.6. Wymiar sprawiedliwości

Większość z postulatów ECRI w sferze prawnej dotyczy bardziej skutecznego stosowania istniejących już regulacji. Z tego punktu widzenia do najważniejszych elementów podwyższenia efektywności obowiązującego prawa należy prowadzenie działań edukacyjnych, skierowanych do policjantów, prokuratorów i sędziów sądów wszystkich instancji. W opinii środowisk żydowskich oraz wielu organizacji pozarządowych to właśnie niezrozumienie specyfiki antysemityzmu, jego form i prawdziwej szkodliwości społecznej doprowadza z jednej strony do niemal nagminnego umarzania postępowań w sprawach dotyczących publikacji lub głoszenia treści antysemickich, z drugiej zaś do niechęci osób pokrzywdzonych do zgłaszania popełnionych przestępstw⁵¹. Według informacji Departamentu Współpracy

⁴⁹ Ustawa – Kodeks karny – Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm. Art. 118 dotyczy karalności morderstw popełnianych na tle etnicznym, rasowym, politycznym lub religijnym, art. 119 zaś karania przemocy lub gróźb w stosunku do osób do tych grup należących. Artykuły 256 i 257 kodeksu karnego przewidują karalność nakłaniania do nienawiści rasowej i publicznych obelg wobec grupy lub osób, z powodu ich pochodzenia narodowego, etnicznego, rasowego lub religijnego.

⁵⁰ Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Dz.U. z dnia 19 grudnia 1998 r. Nr 155, poz. 1016 z późn. zm.

⁵¹ Zob. opublikowany w maju 2006 r. raport Stowarzyszenia „Otwarta Rzeczpospolita” pt.: *Przestępstwa nie stwierdzono. Prokuratorzy wobec doniesień o publikacjach antysemickich*, http://or.org.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=104&Itemid=1

Międzynarodowej i Prawa Europejskiego Ministerstwa Sprawiedliwości, spełniającego wiodącą rolę w realizacji Krajowego Programu, w latach 2004–2006 organizowane były przez Departament Szkoleń Ministerstwa Sprawiedliwości liczne szkolenia dla sędziów, prokuratorów, funkcjonariuszy Policji czy kadry więziennictwa dotyczące zarówno ogólnej wiedzy na temat ochrony praw człowieka z uwzględnieniem problematyki dyskryminacji na tle rasowym i narodowościowym, jak i obowiązujących regulacji prawnych dotyczących efektywnego zwalczania przejawów rasizmu i antysemityzmu. Od maja 2004 r. urząd Prokuratora Krajowego organizuje też seminaria szkoleniowe dla sędziów i prokuratorów w zakresie ścigania i skazywania sprawców czynów antysemickich⁵².

Ponadto zagadnienia z obszaru dyskryminacji rasowej znajdują się w programie szkolenia aplikantów sądowych i prokuratorskich⁵³. W latach 2004–2006 opracowane i rozpowszechnione zostały też dokumenty i publikacje dotyczące przeciwdziałania rasizmowi, ksenofobii i antysemityzmowi. Są to m.in.: dokument zawierający wszystkie istotne regulacje prawne, krajowe i międzynarodowe oraz przepisy zawierające zakazujące dyskryminacji rasowej, dokument dotyczący realizacji przez Polskę zaleceń ECRI przedstawionych w Drugim Raporcie, (opracowane przez Departament Współpracy Międzynarodowej i Prawa Europejskiego Ministerstwa Sprawiedliwości), opracowanie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości (wykonane na zlecenie Ministerstwa Sprawiedliwości) „Przestępstwa z art. 256 i 257 k.k. – analiza dogmatyczna i praktyka ścigania”, rozpowszechnione w sądach i prokuraturach, materiał dotyczący roli wymiaru sprawiedliwości w zwalczaniu rasizmu, ksenofobii i nietolerancji przygotowany przez Biuro Postępowania Przygotowawczego Prokuratury Krajowej. W Departamencie Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości opracowana została karta statystyczna, która umożliwić ma gromadzenie szczegółowych informacji dotyczących m.in. przestępstw związanych z nietolerancją, rasizmem, ksenofobią i innymi formami rasizmu⁵⁴. Karta ta z pewnością przyczyni się do zwiększenia świadomości także na temat skali zjawiska antysemityzmu i przestępstw popełnianych z motywacji antysemickiej. Spełniony zostanie zarazem jeden z postulatów ECRI, dotyczący konieczności gromadzenia informacji na temat takich przestępstw oraz stałego monitorowania problemu antysemityzmu. W Ministerstwie Sprawiedliwości prze-

⁵² W sumie przeszkolonych zostało kilkadziesiąt osób, co stanowi liczbę wysoce niewystarczającą dla osiągnięcia rzeczywistego efektu szkoleń. Ponadto ECRI wyraziła w trzecim raporcie zaniepokojenie faktem, iż realizacja Krajowego Programu w zakresie szkoleń seminariów uzależniona jest od dostępnych środków finansowych.

⁵³ Dane na temat działań podejmowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, Prokuraturę Krajową pochodzą z informacji przekazanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

⁵⁴ „MS-S28 Karta statystyczna w sprawie karnej z oskarżenia publicznego z orzeczenia prawomocnego w 200... roku”. Należy pamiętać jednocześnie, że dane o ofiarach przestępstw, dotyczące wszelkich form dyskryminacji, mogą być gromadzone na zasadzie dobrowolności, zgodnie z art. 8 ustawy o statystyce publicznej z dnia 29 czerwca 1995 r. (Dz.U. Nr 88, poz. 439 z późn. zm.) oraz z art. 27 Ustawy o ochronie danych osobowych z dnia 29 sierpnia 1997 r. (Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.), www.ms.gov.pl

prowadzono również prace nad nowelizacją przepisów karnych, pozwalających na bardziej efektywne ściganie sprawców przestępstw na tle rasowym, w tym antysemickim. Postulowane zmiany dotyczyły w szczególności:

- art. 256 k.k., który ma być rozszerzony o zakaz zachowań polegających na produkcji, nabywaniu, przechowywaniu, rozpowszechnianiu pism, druków, nagrań, filmów lub innych materiałów rasistowskich w tym antysemickich. Za czyny te przewidywana byłaby kara do 3 lat pozbawienia wolności oraz obligatoryjny przepadek przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa nawet wówczas, gdy nie stanowią własności sprawcy przestępstwa. Drugi postulat dotyczący art. 256 k.k. wiąże się ze zamianą zapisanej w nim kary grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2 jedynie na karę pozbawienia wolności do lat 3⁵⁵.
- art. 257 k.k. w zakresie zmiany jego wykładni na taką, która uznaje, że każdy obywatel, a nie tylko członek znieważanej grupy, może poczuć się obrażony przez nienawistne treści i wnieść pozew⁵⁶.

W ramach realizacji Krajowego Programu, który stanowi również jedną z form wypełniania zaleceń ECRI, Prokuratura Krajowa wykonuje zadanie polegające na upowszechnianiu informacji statystycznych dotyczących wyników postępowań i orzeczeń sądowych z zakresu dyskryminacji rasowej, ksenofobii i związanej z nimi nietolerancji oraz zadanie zapewnienia dbałości o doprowadzenie do delegalizacji organizacji działających w oparciu o idee antysemickie lub rasistowskie. Pierwsze z zadań realizowane jest od 2004 r. i ma charakter stały. Drugie zaś stanowiło zadanie jednorazowe i zostało już zakończone. Rezultatem realizacji tego zadania było stwierdzenie, iż zgodnie z ustaleniami prokuratorów, którym przekazane zostało polecenie sprawdzenia, czy na ich terenie legalnie działają organizacje oparte na ideologii antysemickiej bądź rasistowskiej, występowania takich organizacji nie zanotowano⁵⁷.

⁵⁵ Według projektu z dnia 28 lutego 2007 r. zmiany ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (przyjętego przez Rząd 24 kwietnia 2007 r.), art. 256 otrzymuje brzmienie: *Art. 256. § 1. Kto publicznie propaguje faszystowską lub inną totalitarną ideologię lub faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.*

§ 2. Tej samej karze podlega, kto w celu rozpowszechniania sporządza, gromadzi, przechowuje, przewozi, przenosi lub przesyła pismo, druk, nagranie, film lub inny przedmiot zawierający treść określoną w § 1.

§ 3. W razie skazania za przestępstwo określone w § 1 lub 2, sąd orzeka przepadek przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa, chociażby nie stanowiły własności sprawcy, <http://kprm.gov.pl/bip/070523u2.pdf>. Prace nad projektem przerwało zakończenie Sejmu V Kadencji. Rządowy projekt zmiany Kodeksu karnego w obecnym kształcie nie przewiduje już nowelizacji art. 256 k.k.

⁵⁶ 17 listopada 2006 r. 10 znanych intelektualistów, m.in. Władysław Bartoszewski i Kazimierz Kutz, pozwali Leszka Bubla. Uważają, że jego antysemickie ataki na obywateli polskich narodowości żydowskiej są też atakami na nich jako ludzi i obywateli Polski – za co żądają od niego przeprosin.

⁵⁷ To stwierdzenie i wnioski Prokuratury Krajowej niezmiernie dziwią, gdy weźmiemy pod uwagę istnienie i aktywną działalność choćby takich organizacji jak Narodowe Odrodzenie Polski.

3.7. Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji (MSWiA)

W listopadzie 2004 r. utworzono w strukturze Departamentu Wyznań i Mniejszości Narodowych MSWiA Zespół do Spraw Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii⁵⁸. Zakres działania Zespołu obejmuje w szczególności prowadzenie bazy danych o zjawiskach dyskryminacji etnicznej, rasizmu i ksenofobii oraz opracowanie i wdrożenie we współpracy z innymi urzędami administracji rządowej systemu gromadzenia i analizowania danych społeczno-demograficznych w celu monitorowania zjawisk rasizmu, dyskryminacji rasowej i ksenofobii. Zespół zajmuje się także opracowywaniem, a następnie aktualizowaniem materiałów dydaktycznych dla Policji, Straży Granicznej i organów rządowej administracji zespolonej w województwie, kształtujących postawy antyrasistowskie oraz przeciwdziałających ksenofobii i nietolerancji i sporządzaniem raportów na temat występujących w Polsce zjawisk rasizmu, dyskryminacji rasowej i ksenofobii. Zespół stale współpracuje z jedną z agend UE – Europejskim Centrum Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii, która zostanie obecnie zastąpiona współpracą z Agencją Praw Podstawowych. Bardzo istotne znaczenie mają również spotkania Zespołu z przedstawicielami organizacji pozarządowych aktywnie działających w zakresie przeciwdziałania i zwalczania rasizmu, dyskryminacji rasowej, antysemityzmu i ksenofobii.

W październiku 2006 r. Polska przystąpiła do Programu Stosowania Prawa na rzecz Zwalczania Przepęstw z Nienawiści, realizowanego przez Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE. Departament Wyznań Religijnych oraz Mniejszości Narodowych i Etnicznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji pełni rolę koordynatora Programu. Do podstawowych elementów Programu należy: szkolenie funkcjonariuszy Policji w dziedzinie takich aspektów przestępstw z nienawiści, jak np.: interwencja, pozyskiwanie informacji wywiadowczych i współpracy z prokuraturą, opracowywanie strategii mających na celu zwalczanie przestępstw z nienawiści w oparciu o aktywne działania Policji i inicjatywy społeczne, opracowywanie procedury pozyskiwania i rozpowszechniania danych dotyczących przestępstw z nienawiści⁵⁹.

3.8. Edukacja

Realizacja zaleceń Komisji w obszarze edukacji i oświaty przedstawia się w Polsce, według opinii ekspertów ECRI, w sposób zadowalający. Ministerstwo Edukacji Narodowej jest organizatorem odbywającego się corocznie „Marszu Żywych” na

⁵⁸ W związku z zarządzeniem nr 64 z dnia 21 grudnia 2007 r. Dyrektora Generalnego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji zmieniającym regulamin organizacyjny Departamentu Wyznań Religijnych oraz Mniejszości Narodowych i Etnicznych Zespół Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii został przeniesiony z Departamentu Wyznań Religijnych oraz Mniejszości Narodowych i Etnicznych do Departamentu Kontroli, Skarg i Wniosków MSWiA.

⁵⁹ Wszystkie założenia Programu i jego przebieg opisane są na stronie internetowej MSWiA, <http://www.mswia.gov.pl/porta1.php?serwis=pl&dzial=350&id=4344>

terenie byłego obozu koncentracyjnego w Oświęcimiu. Dobrze rozwija się także współpraca z izraelskim Ministerstwem Edukacji, której istotnym aspektem jest wymiana młodzieży. Dnia 29 sierpnia 1991 r. strony podpisały stosowną umowę⁶⁰. Na podstawie współpracy MEN, Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu i Instytutu Yad Vashem w Jerozolimie organizowane są w Izraelu i w Polsce coroczne wizyty studyjne, seminaria i kursy szkoleniowe 20-osobowych grup polskich nauczycieli historii i przedmiotów humanistycznych. Dodatkowym elementem współpracy jest umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Państwa Izrael o współpracy kulturalnej, naukowej i oświatowej, podpisana w Jerozolimie dnia 22 maja 1991 r. Umowę zawarto na okres pięciu lat i ulega ona automatycznie przedłużaniu na dalsze pięcioletnie okresy. Program wykonawczy na lata 2005–2008 do Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Państwa Izrael o współpracy kulturalnej, naukowej i oświatowej podpisano w Warszawie dnia 1 grudnia 2004 r. Polska bierze też udział w pracach International Task Force for Holocaust Education and Remembrance (ITF). Jednym z obowiązków państw członkowskich tej organizacji jest wprowadzenie do szkół *Dnia pamięci o Holokauście i przeciwdziałaniu zbrodniom przeciwko ludzkości*. Dniem tym jest w Polsce 19 kwietnia (rocznica wybuchu powstania w Getcie Warszawskim). W całym kraju odbywają się też liczne konferencje i seminaria poświęcone tematyce Holocaustu i antysemityzmu, skierowane do środowiska naukowego i nauczycielskiego. Jedną z takich inicjatyw było zorganizowanie w dniach 10–15 września 2006 r. w Akademii Pedagogicznej w Krakowie i w Międzynarodowym Centrum Edukacji o Auschwitz i Holokauście europejskiego seminarium „Auschwitz – historia i symbolika”, z udziałem nauczycieli zaangażowanych w tematykę nauczania o Holokauście.

Wszystkie przedstawione inicjatywy w znaczący sposób pozwalają na wprowadzanie w życie zaleceń ECRI dotyczących walki z antysemityzmem poprzez odpowiednią edukację.

4. Uwagi końcowe

Antysemityzm w Polsce przybiera dziś formę głównie publikacji, broszur oraz stron internetowych zawierających treści antysemitki. Niemniej jednak przejawy antysemityzmu były w Polsce na tyle widoczne, że we wszystkich raportach dotyczących Polski, ECRI zwróciła na ten problem szczególną uwagę, wyrażając swe głębokie zaniepokojenie. Również wyniki badań opinii społecznej w Polsce nie pozwalają na zignorowanie tego problemu. Najnowsze badania dotyczące przejawów dystansu społecznego wobec innych narodów i religii w Polsce

⁶⁰ Wszystkie informacje dotyczące działań edukacyjnych pochodzą ze strony internetowej Ministerstwa Edukacji Narodowej, www.men.gov.pl

wskazują, iż najwięcej, bo 35% badanych osób wyraziłoby sprzeciw wobec małżeństwa syna lub córki z osobą narodowości żydowskiej⁶¹. Niepokojące wydają się być także niskie wskaźniki stwierdzonych przestępstw i jeszcze niższe liczby pełnoletnich osób skazanych pełnomocnym wyrokiem sądu na podstawie art. 256 i 257 k.k., które to artykuły stanowią najczęściej stosowany mechanizm walki z przejawami antysemityzmu w Polsce.

Należy jednak podkreślić, iż wysiłki podejmowane w celu przeciwdziałania zjawisku antysemityzmu w Polsce uznać można za właściwe, choć z pewnością niewystarczające jest jeszcze wykonywanie zaleceń ECRI. Podstawową przeszkodą wydaje się dziś być brak wyspecjalizowanej jednostki koordynującej działania poszczególnych podmiotów, której funkcjonowanie przede wszystkim ułatwiłoby podjęcie spójnych, systemowych działań, widocznych dla opinii społecznej.

Reasumując należy stwierdzić, iż w celu realizacji zaleceń ECRI, jak również wielu innych zobowiązań podjętych przez Polskę, konieczne jest:

- 1) bardziej skuteczne wykorzystywanie istniejących już instrumentów prawnych, które ustanowione zostały m.in. dla zwalczania antysemityzmu;
- 2) podnoszenie wiedzy i świadomości środowisk prawniczych, sędziów, prokuratorów, policjantów, w jak najszerszym zakresie, poprzez odpowiednie szkolenia i seminaria, także międzynarodowe;
- 3) efektywne wprowadzanie w życie zadań wyznaczonych w Krajowym Programie Przeciwdziałania Dyskryminacji Rasowej, Ksenofobii i Związanej z Nimi Nietolerancji oraz ustanowienie jednostki koordynującej wykonanie zadań Krajowego Programu;
- 4) stworzenie spójnego, szerokiego programu monitoringu zjawiska antysemityzmu, jego przejawów, przestępstw o podłożu antysemickim, który byłby prowadzony w sposób ciągły, koordynowany przez jedną instytucję, w porozumieniu z organizacjami mniejszości żydowskiej;
- 5) wyrażanie zdecydowanego sprzeciwu przez przedstawicieli władzy państwowej oraz podejmowanie zdecydowanych działań wobec wszelkich wypowiedzi, zachowań, postaw antysemickich pojawiających się w mediach, prezentowanych przez polityków, osoby publiczne;
- 6) praca instytucji rządowych, organizacji pozarządowych oraz środowisk opiniotwórczych nad podnoszeniem świadomości społecznej w zakresie niebezpieczeństw związanych z szerzeniem postaw i treści antysemickich.

⁶¹ Badanie zostało przeprowadzone przez Centrum Badania Opinii Społecznej w styczniu 2007 r. Na drugim miejscu pod względem niechęci Polaków wobec małżeństwa dzieci z przedstawicielami innych narodów, znaleźli się w tym badaniu Chińczycy, *Przejawy dystansu społecznego wobec innych narodów i religii*, www.cebos.pl; Według badań przeprowadzonych przez organizację Anti-Defamation League, a dotyczących stosunku wobec Żydów w 12 państwach europejskich, najwięcej Polaków uznało m.in., że Żydzi zbyt często poruszają kwestię Holocaustu (52% respondentów) oraz są odpowiedzialni za śmierć Chrystusa (39% respondentów), *Attitude Towards Jews in Twelve European Countries*, May 2005, www.adl.org

Wszystkie te zdefiniowane już wysiłki mają zmienić panujące w Polsce, także w części środowiska prawniczego, przekonanie o niskiej szkodliwości społecznej antysemickich wypowiedzi czy publikacji. Antysemicka „mowa nienawiści” jest, zgodnie z polskimi regulacjami prawnymi, zakazana. Nieprzestrzeganie tego zakazu świadczyć będzie nie tylko o braku poszanowania obowiązującego w Polsce prawa, ale także o całkowitym niezrozumieniu niebezpieczeństw, jakie niesie ze sobą zjawisko antysemityzmu.

PRZEMYSŁAW SZUSTAKIEWICZ

NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI
– CZWARTA WŁADZA CZY ORGAN SEJMU

Jednym z najważniejszych zagadnień w demokratycznym państwie prawa, jest kwestia zorganizowania nowoczesnej i sprawnej kontroli państwowej. Jest rzeczą oczywistą, że państwo jako najlepsza i najważniejsza forma zorganizowania społeczeństwa musi posiadać sprawny aparat badania, wykonywania podstawowych funkcji społecznych i gospodarczych. Z drugiej jednak strony onnipotentna niezwykle rozbudowana kontrola może paraliżować działalność innych podmiotów, które będą się bały podejmować konieczne, ale i nie zawsze szablonowe działania. Stąd warto przez chwilę zastanowić się nad rolą, organizacją i konstytucyjnym umiejscowieniem najważniejszego organu kontroli państwowej, jakim jest Najwyższa Izba Kontroli.

Najwyższa Izba Kontroli na trwale wpisała się w polską tradycję konstytucyjną. Funkcjonuje ona właściwie nieprzerwanie od 7 lutego 1919 r., kiedy to jedynym z pierwszych aktów prawnych po odzyskaniu niepodległości było powołanie dekretem Naczelnika Państwa Najwyższej Izby Kontroli Państwa¹ przekształconej następnie w Najwyższą Izbę Kontroli. Ciągłość istnienia w tej części Europy najwyższego organu kontroli jest ewenementem. Jedynie w najgorszym okresie stalinowskim w latach 1952–1957, kiedy to powołano wzorem radzieckim Ministerstwo Kontroli Państwowej, a zlikwidowano NIK.

Warto wskazać, że nowoczesna kontrola państwowa istnieje na terenie Polski od XIX wieku². Natomiast po likwidacji resztek odrębności Królestwa Polskiego od reszty Imperium Rosyjskiego, po klęsce powstania styczniowego wielu Polaków pracowało w Rosyjskiej Izbie Obrachunkowej, w której chętnie zatrudniano polskich szlachciców. Mieli oni bowiem opinię wyjątkowo dokładnych i nieprzekupnych. Pierwszy prezes Najwyższej Izby Kontroli Jan Żarnowski przez czterdzieści lat pracował w rosyjskiej kontroli państwowej, a w 1903 r. doszedł do stanowiska generalnego kontrolera, czyli dyrektora jednego z czterech departamentów działających w Sankt Petersburgu stolicy ówczesnej Rosji i siedzibie Rosyjskiej Izby

¹ Dz. Praw. Nr 14, poz. 183.

² Szerzej o kontroli państwowej w Polsce w tym okresie R. Szawłowski, *Najwyższe państwowe organy kontroli w Polsce w XIX wieku*, Warszawa 1999.

Obrachunkowej³. Tak więc budując zręby kontroli państwem we współczesnej Polsce nie zaczynało się zupełnie od zera, ale skorzystano z doświadczeń własnych i rozwiązań znanych w państwach zaborczych.

W okresie Polski Ludowej, poza wspomnianymi latami 1952–1957, nie występowały istotne zmiany instytucjonalne. Najwyższa Izba Kontroli istniała i teoretycznie z punktu widzenia formalnoprawnego jej działanie odpowiadało standardom wyznaczonym dla nowoczesnej kontroli państwowej. Faktycznie jednak jej działania, tak zresztą jak i całego aparatu państwowego, były podporządkowane rządzącej partii. Z drugiej jednak strony nie należy zapominać, że nawet jak na ówczesne warunki Izba posiadała mimo wszystko dość dużą niezależność i chętnie czerpała z dorobku swoich odpowiedników istniejących w krajach zachodniej Europy.⁴ Być może miała na to duży wpływ osobowość dwóch ostatnich w okresie Polski Ludowej prezesów NIK Mieczysława Moczara i Tadeusza Hupałowskiego, którzy będąc znaczącymi i wpływowymi postaciami w ówczesnych strukturach władzy potrafili dla siebie, a co za tym idzie i dla Izby, wywalczyć dużą niezależność. Wyjątkowym był czteroletni okres 1976–1980, w którym obowiązywała ustawa z dnia 23 marca 1976 r. o Najwyższej Izbie Kontroli⁵ przewidująca niejako potrójne podporządkowanie NIK: Sejmowi, Radzie Państwa i jednocześnie Radzie Ministrów. Po 1980 r. jednak ponownie wrócono w ustawie z dnia 8 października 1980 r. o Najwyższej izbie Kontroli⁶ do rozwiązań nawiązujących do polskiej tradycji kontroli państwowej oraz do uznanych wzorów zachodnioeuropejskich. O innej pozycji polskiego narodowego organu kontroli niż miało to miejsce w pozostałych państwach demokracji ludowej świadczy fakt, że Izba od 1959 jest członkiem INTOSAI – Międzynarodowej Organizacji Najwyższych Organów Kontroli⁷. Na bieżąco więc kontrolerzy Izby zapoznawali się z nowoczesnymi i nowymi metodami kontroli.

W okresie po 1989 r. Najwyższa Izba Kontroli wkraczała zatem instytucjonalnie, kadrowo i merytorycznie przygotowana do funkcjonowania w warunkach demokratycznych. Problemem było natomiast oprzyrządowanie prawne dla dokonywania kontroli. Na początku lat dziewięćdziesiątych NIK działał na podstawie ustawy z dnia 8 października 1980 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, która była zbudowana dla celów dokonywania kontroli w gospodarce centralno-planowej, w której rola sektora prywatnego była zgoła marginalna. Tymczasem kolejne reformy zmieniały dysproporcję pomiędzy sektorem państwowym a prywatnym na korzyść tego ostatniego. Ustawa w ogóle nie brała pod uwagę istnienia

³ Za R. Szawłowski, *Najwyższe państwowe organy kontroli w II Rzeczypospolitej*, Warszawa 2004, s. 258–265.

⁴ Por. K. Lesiakowski, *Mieczysław Moczar „Mietek”*. Biografia polityczna, Warszawa 1998.

⁵ Dz.U. Nr 12, poz. 66.

⁶ Dz.U. Nr 22, poz. 82.

⁷ Patrz E. Miękina, *INTOSAI – Międzynarodowa Organizacja Najwyższych Organów Kontroli*, „Kontrola Państwowa” 2008, nr 2, s. 5–14.

samorządu terytorialnego, gdyż w czasie jej uchwalania on w ogóle w Polsce nie istniał. Tymczasem po uchwaleniu w dniu 8 marca 1990 r. ustawy o samorządzie gminnym⁸ powstał nowy element władzy terenowej, co do którego NIK nie miał skutecznych narzędzi kontroli. Brakowało także uregulowań odnoszących się do procedur kontrolnych. Natomiast znaczenie wyników kontroli w tym obszarze było duże nie tylko dla samej Izby czy Sejmu, ale także dla samych kontrolowanych. Stąd należało tak skonstruować procedury kontroli, aby skutecznie i szybko dokonywać ustaleń, ale także aby zapewnić kontrolowanym możliwość obrony swoich praw. Dlatego też wraz z powołaniem na stanowisko prezesa NIK Lecha Kaczyńskiego w Izbie zaczęły się prace nad nową, uwzględniającą nowoczesne standardy kontroli państwowej. Ich rezultatem jest ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli⁹ (zwanej dalej uNIK).

Nowa ustawa regulująca działalność NIK jasno określiła kryteria kontroli, co miało ogromne znaczenie dla zakreślenia granic ocen dokonywanych w trakcie kontroli. Zgodnie z art. 5 ust 1 uNIK zasadą jest, że Najwyższa Izba Kontroli oceniając określoną działalność stosuje cztery kryteria kontroli:

- **legalność**, a więc najogólniej rzecz ujmując zgodność z obowiązującym prawem, bowiem „Rzeczpospolita Polska zgodnie z Konstytucją jest demokratycznym państwem prawnym, w którym organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, a każdy ma obowiązek jego przestrzegania (art. 2, 7 i 83 Konstytucji). W związku z tym podstawowym zadaniem naczelnego organu kontroli państwowej musi być zawsze dokonywanie oceny, czy prawo jest przestrzegane, ustalanie przyczyn jego ewentualnego nieprzestrzegania i przedstawienie wniosków w celu usunięcia tego stanu”¹⁰. Tak więc celem działania NIK jest nie tylko ewentualne stwierdzenie naruszeń, ale także wskazanie ich przyczyn, co często kończy się wnioskami *de lege ferenda* kierowanymi do Sejmu;
- kolejnym kryterium jest **gospodarność**. Izba badając daną działalność bierze pod uwagę sposób, w jaki w danej jednostce gospodaruje się majątkiem publicznym i osiąga założone cele ekonomiczne. Zdaniem J. Nagórniego, to kryterium należy rozumieć dwojako: jako stosowanie reguł ekonomiczno-finansowych dla osiągania określonych celów oraz jako postawę moralną w której „troska i dbałość o dobra materialne powierzone danej instytucji są wyrazem poczucia odpowiedzialności nie tylko za konkretne dobro, ale także za całe państwo”¹¹. Tak rozumiane kryterium nie jest tożsame z karalną niego-

⁸ Dz.U. Nr 16, poz. 95 ze zm.

⁹ Tj. Dz.U. z 2001 r. Nr 85, poz. 937 ze zm.

¹⁰ M. Niezgódka-Medek w: E. Jarzęcka-Siwik, T. Liszcz, M. Niezgódka-Medek, W. Robaczyński, *Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Warszawa 2000, s. 35.

¹¹ J. Nagórny, *Interpretacja pojęć kryterium legalności, gospodarności, celowości i rzetelności, zawartych w art. 203 Konstytucji RP i w art. 5 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, „Kontrola Państwowa” 2002, numer specjalny 4, s. 14.

spodarnością określoną w przepisach karnych. Można powiedzieć, iż karalna niegospodarność zawsze jest złamaniem kryterium niegospodarności z art. 5 ust. 1 uNIK, ale nie zawsze niegospodarność wykryta przez Izbę oznacza, że mamy do czynienia z niegospodarnością karalną;

- kryterium **celowości** stosowane wobec kontrolowanego podmiotu jest nieostre. Rozumie się je dwojako. Po pierwsze, jako zgodność działania danej jednostki z założonymi celami. W tym wypadku „punktem odniesienia w przypadku oceny celowości określonego działania będą więc obowiązujące regulacje prawne w szczególności wyznaczające jej zadania i kompetencje”¹². Tak zatem celowość wedle tego poglądu oznacza działanie danej jednostki zgodnie z jej kompetencjami lub zadaniami. Po drugie, celowość oznacza, iż dla realizacji danych zadań użyto odpowiednich co do wielkości i rodzaju środków. Z tym kryterium można mieć do czynienia, gdy Izba w zawiadomieniu o podejrzeniu popełnienia przestępstwa postawi zarzut popełnienia przestępstwa art. 231 k.k., a więc przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązku przez funkcjonariusza publicznego;
- kryterium rzetelności również jest rozumiane w dwojaki sposób, po pierwsze, jako należyte wykonywanie obowiązków, uczciwość dotrzymywanie zobowiązań, sumienność i solidność, po drugie, niekiedy jest rozumiane bardzo wąsko w sposób określony w art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości¹³, które stanowią, iż księgi rachunkowe i dowody księgowo muszą być rzetelne, a więc zgodne ze stanem rzeczywistym.

Tak Konstytucja jak i ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli uzależniają zakres uprawnień kontrolnych Izby od kryteriów, jakie może ona stosować badając daną jednostkę. Zgodnie z art. 203 ust. 1 Ustawy Zasadniczej NIK dokonuje kontroli działalności organów administracji rządowej, Narodowego Banku Polskiego, państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych z punktu widzenia legalności, gospodarności, celowości i rzetelności. Kontrola ta jest obligatoryjna, a więc Izba zawsze ma obowiązek dokonywać działalności tych jednostek. Ustawodawca w art. 4 ust. 1 uNIK wewnątrz tej grupy dokonał jeszcze jednego podziału na:

- podmioty, które Izba kontroluje tylko pod względem finansowo-księgowym, czyli wykonania przez nie budżetu, gospodarki finansowej i gospodarowania powierzonym majątkiem państwowym. Podmioty te same ustalają poziom swoich dochodów i wydatków. Budżet ich nie podlega kontroli ministra finansów ani na etapie projektowania, ani na etapie wykonania. Samodzielność tych jednostek w tym zakresie ma służyć ich faktycznej niezależności będącej gwarancją prawidłowego wykonywania przez nie swoich funkcji. W tej grupie

¹² M. Niezgodka-Medek, *Ekspertyza prawna – Interpretacja pojęć: kryterium legalności, gospodarności, celowości i rzetelności, zawartych w art. 203 Konstytucji RP i w art. 5 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, „Kontrola Państwa” 2002, numer specjalny 4, s. 33.

¹³ Tj. Dz.U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 ze zm.

są: Trybunał Konstytucyjny, Rzecznik Praw Obywatelskich, Krajowe Biuro Wyborcze, Sąd Najwyższy, Naczelny Sąd Administracyjny oraz Państwowa Inspekcja Pracy. Izba nie może kontrolować działalności merytorycznej tych podmiotów. Ustawodawca uznał bowiem, że w tym zakresie są one samodzielne i żaden organ w państwie nie może dokonywać oceny ich działań merytorycznych, ponieważ w ten sposób burzono by ład konstytucyjny. Tak więc NIK nie może dokonywać np. oceny orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego, ponieważ w ten sposób łamana byłaby zasada niezawisłości sędziowskiej;

- podmioty, które Izba może kontrolować tylko w zakresie wykonania przez nie budżetu, gospodarki finansowej i gospodarowania powierzonym majątkiem państwowym, ale w wyjątkowych sytuacjach Sejm może Najwyższej Izbie Kontroli zlecić zbadanie ich działalności merytorycznej. W tej grupie są: Kancelaria Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Kancelaria Sejmu, Kancelarii Senatu, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu oraz Państwowa Inspekcja Pracy. W wypadku tych podmiotów ustawodawca uznał, iż najwyższy organ kontroli nie może samodzielnie podejmować się kontroli ich działalności merytorycznej, organy te powinny działać samodzielnie, jednak w nadzwyczajnych sytuacjach, np. gdy Sejm będzie posiadał niepokojące informacje o ich działalności, może zlecić Izbie przeprowadzenie ich kontroli;
- najliczniejszą grupę stanowią te państwowe osoby prawne i podmioty, które NIK może kontrolować zarówno pod względem finansowo-księgowym, jak i merytorycznym.

Zgodnie z art. 203 ust. 2 Konstytucji Najwyższa Izba Kontroli może kontrolować działalność organów samorządu terytorialnego, komunalnych osób prawnych i innych komunalnych jednostek organizacyjnych z punktu widzenia legalności, gospodarności i rzetelności. Ustawodawca wyłączył tu możliwość badania organów samorządu terytorialnego pod względem celowości wychodząc z założenia, iż to czy dana jednostka samorządowa działa zgodnie z wytyczonym jej podstawowym celem, jakim jest zaspokajanie potrzeb mieszkańców danej części terytorium Polski najlepiej ocenią sami mieszkańcy i nic do tego państwowemu kontrolerowi.

Izba ma także uprawnienie do fakultatywnej kontroli innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców) w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe, lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa, w szczególności:

- wykonują zadania zlecone lub powierzone przez państwo lub samorząd terytorialny,
- wykonują zamówienia publiczne na rzecz państwa lub samorządu terytorialnego,

- organizują lub wykonują prace interwencyjne albo roboty publiczne,
- działają z udziałem państwa lub samorządu terytorialnego, korzystają z mienia państwowego lub samorządowego, w tym także ze środków przyznanych na podstawie umów międzynarodowych,
- korzystają z indywidualnie przyznanej pomocy, poręczenia lub gwarancji udzielonych przez państwo, samorząd terytorialny lub podmioty określone w ustawie z dnia 8 maja 1997 r. o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne¹⁴,
- udzielają lub korzystają z pomocy publicznej podlegającej monitorowaniu w rozumieniu odrębnych przepisów,
- wykonują zadania z zakresu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego,
- wywiązują się z zobowiązań, do których stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja Podatkowa¹⁵, z innych należności budżetowych, gospodarki pozabudżetowej i państwowych funduszy celowych oraz świadczeń pieniężnych na rzecz państwa wynikających ze stosunków cywilnoprawnych.

Jednostki te, wśród których mogą być przedsiębiorstwa w pełni prywatne, NIK kontroluje stosując dwa kryteria: legalności i gospodarności. Kontrola w przypadku tych podmiotów ogranicza się tylko do zadań i zobowiązań, które dana jednostka wykonuje na rzecz państwa. Można więc powiedzieć, iż najwyższy organ kontroli ma prawo badać działalność tych jednostek, które kooperują z państwem, otrzymują od państwa pomoc lub są temu państwu coś winne. Wyraźnie widać, iż ustawodawca założył, że NIK będzie obecny zawsze tam, gdzie są interesy państwowe.

Kolejnym ważnym elementem związanym z funkcjonowaniem Izby jest jasne określenie procedur kontrolnych. W ustawie z 1980 r. były one opisane bardzo skrótowo. Tymczasem należało je skonstruować, żeby połączyć szybkość kontroli z tym, aby wyniki kontroli jak najlepiej odzwierciedlały faktyczny stan badanej działalności. Wskazuje na to treść art. 28 uNIK, z którego wynika, iż celem kontroli jest ustalenie stanu faktycznego w zakresie działalności jednostek poddanych kontroli, jego rzetelne udokumentowanie i dokonanie oceny wedle kryteriów określonych w przepisach ustawy. Postępowanie kontrolne można podzielić na dwie fazy:

- postępowanie dowodowe, w czasie którego kontrolerzy zbierają materiał dowodowy w aktach kontroli. Zasady tworzenia akt i gromadzenia dowodów są opisane w rozdziale 3 uNIK i rozdziale 5 Zarządzenia Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z dnia 1 marca 1995 r. w sprawie postępowania kontrolnego¹⁶. należy wskazać, iż akta postępowania kontrolnego są zwykle bardzo obszerne i poza typowym materiałem dowodowym, do którego są zwykle przyzwyczajeni

¹⁴ Tj. Dz.U. z 2003 r. Nr 174, poz. 1698.

¹⁵ Tj. Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.

¹⁶ M.P. Nr 95, poz. 211.

profesjonalni pełnomocnicy procesowi, czyli: zeznaniami świadków, dowodami z dokumentów czy opiniami biegłych zawierają także specyficzne dla postępowania kontrolnego dowody, jakimi są pisemne i ustne wyjaśnienia pracowników kontrolowanej jednostki. Warto wskazać, iż przez akta kontroli trudno się „przebić” osobom niezającym problematyki kontroli. Jednak z praktyki wiadomo, że bez dokładnego zapoznania się z zebrany materiałem trudno jest zrozumieć osobie prowadzącej sprawę, w której podstawowym materiałem dowodowym są dokumenty z postępowania kontrolnego, sposób rozumowania kontrolerów i uchwycić „tropy”, które dają im wynik kontroli. Warto jednak wskazać, że ułatwieniem powinno być zaznajomienie się najpierw ze specyficznymi dokumentami powstałymi w trakcie kontroli: protokołem postępowania i wystąpieniem pokontrolnym, tj. dwoma dokumentami, które powstają w następnej fazie postępowania kontrolnego;

- postępowanie oceniające, w czasie którego najwyższy organ kontroli dokonuje opisu kontrolowanej działalności w protokole pokontrolnym i wystąpieniu pokontrolnym. Protokół kontroli zgodnie z treścią art. 53 ust. 2 uNIK zawiera opis stanu faktycznego stwierdzonego w toku kontroli działalności jednostki kontrolowanej, w tym ustalonych nieprawidłowości, z uwzględnieniem przyczyn powstania, zakresu i skutków tych nieprawidłowości oraz osób za nie odpowiedzialnych. Ten dokument stanowi podstawę do sporządzenia następnych dokumentów w postępowaniu kontrolnym, „zawiera wszelkie ustalenia faktyczne, niezależnie od tego, czy świadczą one o istnieniu nieprawidłowości w działaniu kontrolowanej jednostki czy też nie”¹⁷. Protokół kontroli jest, więc opisem zastanego stanu faktycznego u kontrolowanego, w zakresie objętym kontrolą. Ten dokument zawiera informacje o pozytywnych, jak i negatywnych aspektach badanego stanu faktycznego. Kolejnym dokumentem formułowanym po uprawomocnieniu się protokołu jest wystąpienie pokontrolne zawierające zgodnie z art. 60 ust. 2 uNIK oceny kontrolowanej działalności, wynikające z ustaleń opisanych w protokole kontroli, a w razie stwierdzenia nieprawidłowości – także uwagi i wnioski w sprawie ich usunięcia. W tym dokumencie osoba zainteresowana znajdzie ocenę, często miazdzącą działań kontrolowanej jednostki i ten dokument stanowi często podstawę do złożenia przez Izbę zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Warto jednak wskazać, że przepisy ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli przewidują możliwość złożenia przez kierownika kontrolowanej jednostki umotywowanych zastrzeżeń do protokołu kontroli i wystąpienia pokontrolnego, które są rozpatrywane przez specjalnie powołane do ich rozpatrzenia komisje odwoławcze, komisje rozstrzygające, a w przypadku gdy wystąpienie pokontrolne zostało podpisane przez prezesa

¹⁷ W. Robaczyński w: E. Jarzęcka-Siwik, T. Liszcz, M. Niezgódka-Medek, W. Robaczyński, *Komentarz do ustawy...*, op. cit., s. 141.

NIK lub któregoś z wiceprezesów przez Kolegium NIK ustawa więc zawiera tryb odwoławczy, zwany niekiedy „zastrzeżeniowym”¹⁸.

Konstruując rozwiązania prawne dotyczące funkcjonowania NIK ustawodawca ściśle określił kompetencje tej instytucji, stosowane przez nią kryteria kontroli oraz dopuścił do postępowania przed Najwyższą Izbą Kontroli elementy kontradyktoryjności. Skomplikowało to nieco życie kontrolerom, pojawiły się nawet głosy, że postępowanie jest zbyt zbiurokratyzowane, co może w konsekwencji w przyszłości spowodować spowolnienie prac Izby. Z drugiej jednak strony pojawiły się głosy mówiące o tym, że wyniki kontroli są tak naprawdę *sui generis* rozstrzygnięciami administracyjnymi i jako takie winny być poddane kontroli sądu administracyjnego, a więc NIK to tak naprawdę część władzy wykonawczej¹⁹. Powstaje więc problem, jakie jest tak naprawdę usytuowanie Najwyższej Izby Kontroli w systemie organów władzy.

Klasyczny, monteskiuszowski model podziału władzy rozdziela ją na trzy: ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. Władza jest tu traktowana jako wykonywanie przez państwo określonych funkcji. Każda z tych funkcji jest wyodrębniona ze względu na charakter zadań, jakie są wykonywane oraz ze względu na instytucje (organy), które są wyspecjalizowane w wykonywaniu tego typu zadań. Opisując Najwyższą Izbę Kontroli warto zastanowić się, jakie cechy wedle trójpodziału władzy posiada Izba, a więc na ile mieści się w obrębie wyżej wymienionych władz.

Najwyższa Izba Kontroli na pewno nie jest władzą sądowniczą. Protokół kontroli, jak to było już omówione, jest tylko opisem kontrolowanej działalności. Natomiast wystąpienie pokontrolne służy ocenie zdarzeń opisanych w protokole kontroli. Kontrolerzy nie rozstrzygają zatem spraw, a ich zadaniem jest jedynie jak najlepsze zbadanie kontrolowanej działalności. W swoich działaniach nie są oni także niezawisli, choć warto wskazać, że zgodnie z art. 68 ust. 1 uNIK stosunek pracy z pracownikiem Izby wykonującym albo nadzorującym czynności kontrolne powstaje na podstawie mianowania, pracownicy w trakcie kontroli są niezależni, a w przypadku gdy otrzymają od swego przełożonego polecenie służbowe, które w ich przekonaniu jest niezgodne z prawem lub zawiera znamiona pomyłki, powinni przedstawić swoje zastrzeżenia przełożonemu. W razie pisemnego potwierdzenia polecenia kontroler jest obowiązany je wykonać, z zastrzeżeniem i jeśli w toku dalszego postępowania okaże się, że stanowisko pracownika było uzasadnione, przełożony, który wydał polecenie, ponosi z tego tytułu odpowiedzialność. Nadto kontrolerowi nie wolno wykonywać poleceń, których wykonanie stanowiłoby przestępstwo lub groziło niepowetowaną szkodą. Niezależności kontrolerskiej strzegą także przepisy o zwolnieniu. Kontrolera nie można zwolnić z pracy od tak sobie. Oczywiście zgodnie z art. 94 uNIK jak każdy

¹⁸ Patrz M. Niezgodka-Medek, *W sprawie zasady dwuinstancyjności w postępowaniu kontrolnym*, „Kontrola Państwowa” 2003, nr 4.

¹⁹ Por. wypowiedź K. Pawłowicz zamieszczoną w „Kontroli Państwowej” 2002, nr 2, s. 86.

stosunek pracy może on być rozwiązany: w drodze porozumienia stron lub za trzymiesięcznym wypowiedzeniem dokonany przez pracownika. Jednocześnie jednak ustawodawca uregulował dość ściśle przypadki, wedle których można kontrolera zwolnić z przyczyn leżących po jego stronie. Obligatoryjnie rozwiązuje się na podstawie art. 92 ust. 1 uNIK stosunek pracy kontrolera Najwyższej Izby Kontroli w przypadku: prawomocnego wyroku skazującego za przestępstwo popełnione z winy umyślnej albo prawomocnego orzeczenia kary dyscyplinarnej wydalenia z pracy w Najwyższej Izbie Kontroli. Przesłanki fakultatywnego rozwiązania z kontrolerem stosunku pracy bez wypowiedzenia przewiduje art. 92 ust. 2 uNIK, wedle którego może to nastąpić, jeśli niezdolność do pracy wywołana chorobą trwa dłużej niż rok lub jeśli pracownik Izby skierowany na komisję lekarską do oceny stanu zdolności do pracy nie stawia się na nią i nie usprawiedliwi swego niestawiennictwa. Za wypowiedzeniem rozwiązuje się stosunek pracy z kontrolerem NIK w przypadku: otrzymania negatywnej oceny kwalifikacyjnej, potwierdzonej kolejną oceną negatywną, dokonaną nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy i nie później niż przed upływem 1 roku od dokonania pierwszej oceny, orzeczenia przez lekarza orzecznika Zakładu Ubezpieczeń Społecznych trwałej niezdolności do pełnienia obowiązków służbowych na zajmowanym stanowisku, osiągnięcia wieku i stażu pracy, wymaganych do nabycia prawa do emerytury, likwidacji jednostki organizacyjnej Najwyższej Izby Kontroli lub reorganizacji tej jednostki, jeżeli przeniesienie pracownika za jego zgodą do innej jednostki organizacyjnej nie jest możliwe; rozwiązanie stosunku pracy z tej przyczyny wywołuje skutki, jakie przepisy prawa wiążą z rozwiązaniem stosunku pracy z mianowanym urzędnikiem państwowym z powodu likwidacji urzędu. Stosunek pracy pracowników NIK nadzorujących oraz wykonujących czynności kontrolne jest, więc chroniony, ale nie są oni niezawisli i w żaden sposób nie można ich sytuacji prawnej porównać do statusu sędziów.

Najwyższa Izba Kontroli nie jest także częścią władzy wykonawczej. Prezes Izby nie jest członkiem Rady Ministrów. Wynikające jeszcze z okresu Polski Ludowej uprawnienie prezesa do uczestniczenia w posiedzeniach Rady Ministrów i przedstawienia swojego stanowiska w sprawach rozstrzyganych na posiedzeniach zostało odebrane Izbie w końcu 2001 r. Jedyny związek prezesa Rady Ministrów z prezesem NIK, jaki istnieje w ustawie z dnia 23 grudnia 1994 r. to przepis art. 6 ust. 1 uNIK wedle, którego prezes Rady Ministrów może składać wniosek o przeprowadzenie kontroli, ale wniosek ten nie jest dla Izby obligatoryjny, choć zwyczajowo przyjęło się, iż takie wnioski są przez NIK realizowane. Kontrola sama w sobie jest oczywiście częścią składową egzekutywy, ale „podstawowym zadaniem naczelnego organu kontroli jest badanie działalności organów administracji (także rządu) zasadniczą rolą NIK jest dokonywanie samodzielnych ocen sposobu wykonywania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej oraz przedstawienie wniosku w sprawie absolutorium dla Rady Ministrów (art. 204 Konstytucji i art. 7 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli). Wykonywanie tych

kompetencji może odbywać się tylko przy pełnej niezależności od rządu”²⁰. Najwyższa Izba Kontroli nie może zatem być podporządkowana organowi, który ma kontrolować. Izba ma obowiązek kontrolować sferę władzy wykonawczej, a nie ją sprawować. Protokół kontroli jak i wystąpienie pokontrolne nie jest decyzją administracyjną. W tych dokumentach nie zostają bowiem rozstrzygnięte w sposób władczy indywidualne prawa lub obowiązki określonych podmiotów. Zawarta, zgodnie z art. 60 ust. 3 uNIK w wystąpieniu pokontrolnym ocena przez NIK wskazująca na niezasadność zajmowania stanowiska lub pełnienia funkcji przez osobę odpowiedzialną za stwierdzone nieprawidłowości w kontrolowanej jednostce nie ma charakteru obligatoryjnego dla kontrolowanego, który może ale nie musi zgodzić się z oceną dokonaną przez Izbę. Warto wskazać, iż Naczelny Sąd Administracyjny wielokrotnie odrzucał skargi na protokoły kontroli²¹. Samo stanowisko niektórych z przedstawicieli doktryny, iż jednak taka skarga przysługuje²² spotkało się z powszechną krytyką i jest ono obecnie marginalne, a nawet w świetle orzecznictwa NSA niepoważne.

Wobec przedstawionych rozważań wydawać by się mogło, że Najwyższa Izba Kontroli to część składowa władzy legislacyjnej. Wskazywać na to mogłaby treść art. 202 ust. 2 Konstytucji, wedle którego Najwyższa Izba Kontroli podlega Sejmowi. Jednak w żadnym wypadku ta „podległość” nie oznacza podporządkowania Izby w takim zakresie, w jakim w administracji organ niższego szczebla jest podporządkowany organowi wyższego szczebla. Komisja do spraw Kontroli Państwowej, jak wynika z uchwały Sejmu z dnia 30 września 1998 r., zmieniającej regulamin Sejmu RP i powołująca wymienioną komisję²³, zajmuje się przede wszystkim współpracą pomiędzy Izbą a Sejmem i opiniuje dokumenty dotyczące NIK-u lub przez niego przygotowane. Komisja nie jest organem nadzorczym wobec NIK, a podejmowane przez niektóre renomowane kancelarie prawne próby podważenia wyników kontroli poprzez pisanie skarg do Komisji na nic się zdają. W ciągu bowiem prawie dziewięciu lat istnienia Sejmu Komisja do spraw Kontroli Państwowej ani razu nie rozpatrywała skarg na kontrole podejmowane przez Izbę. Instytucjonalna więź pomiędzy Sejmem a Najwyższą Izbą Kontroli dotyczy kwestii związanych ze zlecaniem przez Sejm lub jego organy kontroli, przy czym zlecenie takie jest dla NIK obligatoryjne art. 6 ust. 1 uNIK), wyboru przez Sejm za zgodą Senatu prezesa NIK (art. 14 uNIK) i jego odwołania (art. 17 uNIK), powołania przez marszałka Sejmu wiceprezesów NIK i dyrektora generalnego NIK (art. 21 uNIK), powołania członków Kolegium NIK (art. 22 ust. 2 uNIK), odwołanie członków Kolegium NIK (art. 22 ust. 6). Najwyższa

²⁰ I. Sierpowska, *Funkcje kontroli państwowej. Studium prawnoporównawcze*, Kolonia Limited 2003, s. 62.

²¹ Por. postanowienie NSA z dnia 13 czerwca 1997 r. z aprobowaną glosą M. Szubiakowskiego, *Głosa z 1998 r.*, Nr 4 poz. 15 oraz M. Szubiakowski, *Dopuszczalność kontroli Najwyższej Izby Kontroli przez Sąd Administracyjny*, „Kontrola Państwowa” 1998, nr 4.

²² Por. K. Pawłowicz, *Ochrona według prawa administracyjnego*, „Rzeczpospolita” z 8.5.1997, t. 1.

²³ MP. Nr 34, poz. 483.

Izba Kontroli jest organem, który funkcjonuje na potrzeby parlamentu. Wyniki kontroli omówione w „informacjach o wynikach kontroli” zwanych potocznie „raportami NIK” są przedstawiane parlamentowi i dyskutowane przez Sejm albo na posiedzeniach plenarnych albo na posiedzeniach komisji. Wyniki kontroli wykonania budżetu państwa kończą się przedstawieniem wniosku o udzielenie lub nie absolutorium rządowi za wykonanie budżetu. Wnioski z kontroli są często podstawą późniejszej uchwały Sejmu w tym zakresie. Jednak w trakcie obrad Sejmu nie ustala się na nowo wyników kontroli, czy tak jak to miało miejsce w przypadku prac jednej z komisji śledczych głośnie nad kolejnymi wersjami „informacji o wynikach kontroli”. Sejm wyniki kontroli przyjmuje do wiadomości, choć oczywiście od woli politycznej większości sejmowej zależy, czy wyniki te będą wykorzystane w toku dalszych prac parlamentu czy też zostaną li tylko przyjęte do wiadomości. Izba nie jest więc organem Sejmu. Podległość Izby nie oznacza, że jest to taki sam organ legislacyjny, jak Kancelaria Sejmu czy też Kancelaria Senatu. W NIK nie zasiadają posłowie ani senatorowie. Izba ma obowiązek przedstawiać wyniki swoich kontroli parlamentowi, ale parlamentarzyści nie ingerują bezpośrednio w pracę kontrolerów. Najwyższy Organ Kontroli działa dla parlamentu, ale nie jest jego częścią.

Najwyższa Izba Kontroli nie jest zatem ani częścią władzy wykonawczej, ani ustawodawczej ani tym bardziej sędziowskiej. Wydaje się, że treść Konstytucji wskazuje, że nasz ustawodawca postawił część organów władzy poza tradycyjnie rozumianym trójpodziałem władz. Przepisy rozdziału IX Ustawy Zasadniczej zawierają uregulowania dotyczące trzech podmiotów: NIK, Rzecznika Praw Obywatelskich i Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Cechą tych podmiotów jest to, że dysponują one znaczną (choć niekiedy tylko formalnoprawną, jak to obecnie ma miejsce w przypadku KRRiIT) niezależnością od innych organów władzy publicznej oraz ważnymi funkcjami kontrolnymi. Stąd nawet pojawił się w literaturze pogląd, że organy te tworzą coś w rodzaju władzy kontrolującej, a zatem czwartej władzy odrębnej od pozostałych, bowiem „Konstytucja RP z 1997 r. przyjmuje zasadę trójpodziału plus władza kontrolująca, a tendencja do rozbudowywania władz okazuje się całkiem uzasadniona w aspekcie pogłębiania instytucjonalnych gwarancji demokratycznego państwa prawnego”²⁴. Można więc spróbować założyć, iż rozwój współczesnego państwa powoduje, że ramy tradycyjnie rozumianego trójpodziału władz są za wąskie. Pojawia się bowiem kolejna grupa podmiotów, które posiadają dwie cechy:

- są instytucjonalnie niezależne od pozostałych władz;
- ich pozycja służy ochronie szeroko rozumianego interesu społecznego, a więc działają przede wszystkim dla obywateli, a nie poszczególnych instytucji państwowych.

²⁴ A. Sylwestrzak, *Kontrola administracji publicznej w III Rzeczypospolitej Polskiej*, Gdańsk 2004, s. 188.

Niewątpliwie, jak było to już wyżej wykazane, usytuowanie NIK odpowiada tej pierwszej cesze. Izba jest niezależna od parlamentu, rządu i sądów. Jednak powstaje pytanie o drugi element. Najwyższa Izba Kontroli działa przede wszystkim na potrzeby Sejmu. Wykonuje dla niego kontrole i przedstawia mu ich wyniki. Jednak z drugiej strony nie należy zapominać, że na prezesie Najwyższej Izby Kontroli spoczywa obowiązek przedstawienia społeczeństwu zgodnie z postanowieniami art. 10 uNIK treści najważniejszych dokumentów powstałych w ramach działalności NIK a więc: wyników kontroli budżetowej i rocznego sprawozdania z pracy NIK, które jest swego rodzaju podsumowaniem stanu kraju z punktu widzenia działalności opisywanej instytucji. Prezes Izby ma także fakultatywnie prawo prezentowania wyników kontroli zawartych w „informacjach o wynikach kontroli”, choć pod wpływem działalności Prezesa Janusza Wojciechowskiego regułą stało się, iż wszystkie wyniki kontroli są jawne, chyba że ich ujawnieniu sprzeciwiają się przepisy ustawy o tajemnicy ustawowo chronionej. W ten sposób Najwyższa Izba Kontroli informuje społeczeństwo o stanie państwa, obywatele mogą zatem w sposób racjonalny oceniać osoby sprawujące władzę i udzielać im swego poparcia bądź odmawiać w trakcie wyborów. Ta działalność NIK jest więc ogromnie ważna dla prawidłowego mechanizmu demokracji w Polsce, bowiem społeczeństwo pozbawiane dostępu do informacji o stanie państwa nie może skutecznie oceniać rządzących. Demokracja staje się zatem fasadowa, tak jak ma to miejsce w wielu krajach Ameryki Łacińskiej, gdzie formalnie funkcjonują mechanizmy demokratyczne, a faktycznie pozbawione prawdziwych informacji o stanie państwa społeczeństwo nie może dokonywać racjonalnych decyzji wyborczych, staje się więc przedmiotem rządzenia, a nie podmiotem decydującym o tym, kto ma sprawować władzę. Ustawodawca wyposażył Najwyższą Izba Kontroli w instrument, który pozwala jej na realizację interesu społecznego. Dokonując kontroli, a następnie przedstawiając jej wyniki społeczeństwu, NIK staje się niezwykle ważnym czynnikiem funkcjonowania faktycznej, a nie tylko formalnej demokracji, w której – o czym nie należy zapominać – „szczególnie widoczna jest kontrolna aktywność mediów, skuteczność jej jest zauważalna zwłaszcza w zakresie eliminowania z działalności aparatu administracyjnego zjawisk aferalnych i patologicznych”²⁵. Izba zdecydowanie więc chroni interes społeczny informując obywateli za pośrednictwem mediów, a coraz częściej strony internetowej o stanie państwa ustalonym podczas kontroli.

Wydaje się, że jeśli dwie wyżej wymienione cechy mają decydować o tym, że mamy na gruncie polskiego prawa konstytucyjnego do czynienia z czwartą władzą – władzą kontrolującą, to Izba do niej należy. Jeśli zatem ma nastąpić zmiana obecnej Konstytucji, to powstaje pytanie – czy nie należałoby faktu powstania czwartej władzy określić wprost w Ustawie Zasadniczej, a więc powinna być

²⁵ J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2006, s. 85–86.

zmieniona treść art. 10 Konstytucji poprzez zmienienie trójpodziału władz na czwórpodział i dodanie przepisów o władzy kontrolującej. Jednak wraz ze zmianą przepisów Konstytucji winny pójść zmiany w ustawie o NIK tak, aby wzmocnić pozycję ustrojową prezesa NIK i niezależność podejmowania przez organy Izby decyzji co do wyboru tematu kontroli.

JANUSZ CABAJ



TEZA RONALDA DWORKINA O ISTNIENIU
JEDYNEGO SŁUSZNEGO ROZSTRZYGNIECIA
(*RIGHT ANSWER THESIS*) W ŚWIETLE AMERYKAŃSKICH
KONCEPCJI WYKŁADNI

W amerykańskiej jurysprudencji, jak zwraca uwagę L. Morawski, „...dość popularny jest podział szkół wykładni na tekstualizm, intencjonalizm i podejście teleologiczne, co mniej więcej odpowiada wykładni językowej, intencjonalnej i teleologicznej”¹. To syntetyczne stwierdzenie może stanowić punkt wyjścia dla bardziej wnikliwej analizy amerykańskich koncepcji wykładni, a w szczególności, dla analizy podstawowych pojęć, które z wykładnią prawa są najczęściej kojarzone, choć mogą posiadać także inne odniesienie.

Ponieważ często można spotkać twierdzenia o mniej lub bardziej formalnym stanowisku interpretacyjnym, można zaprezentować również i taką optykę rozważań, która w pojęciu *formalizm* będzie poszukiwała płaszczyzny odniesienia do charakterystyki koncepcji wykładniczych.

I. W literaturze anglojęzycznej, a szczególnie w literaturze amerykańskiej, pojęciu *formalizm* nie można przypisać jednego, stałego znaczenia. Przeciwnie, chronologicznie rzecz biorąc wyróżnić należy formalizm tradycyjny, klasyczny, rozumiany jako szeroki nurt różnego rodzaju pomniejszych teorii, których wspólną cechą charakterystyczną było unikanie zaangażowania aksjologicznego w procesie wykładni prawa, przy zdecydowanej preferencji wykładni językowej. Teorie te dotyczyły szerokiego spektrum zagadnień, między innymi, ontologicznych, dotyczących rozumowań prawniczych, metod badania prawa, a w szczególności teorii wykładni i sposobów uzasadniania interpretacyjnych konkluzji². Jako pewna koncepcja rozumienia i stosowania prawa, charakterystyczna dla przełomu XIX i XX wieku, formalizm prawniczy został poddany krytyce przez zwolenników realizmu prawniczego, określanych z tej perspektywy mianem antyformalistów. Analiza

¹ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 64, powołując: D.J. Bederman, *Classical Canons. Rhetoric, Classicism and Treaty Argumentation*, Ashgate 2001, s. 164.

² J. Guśc (w.): *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, (red.) J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 92.

poglądów antyformalistów pozwala wyodrębnić przynajmniej te niewątpliwie charakterystyczne cechy formalizmu, które stały się przedmiotem ich krytyki³.

[1] Tekstualizm – jest tym charakterystycznym rysem, który odwołuje się do tekstu prawnego jako podstawowego źródła poznania prawa. Poznanie to dokonuje się na drodze przede wszystkim wykładni językowej.

[2] Konceptualizm – zasadniczo nawiązuje do sposobu wnioskowania. W pierwszym kroku, na drodze wnioskowania indukcyjnego, z wyrażeń występujących w regułach prawnych zostaje zrekonstruowane określone pojęcie ogólne. Pojęciu temu zostaje przyporządkowane znaczenie, którym z kolei należy się posługiwać, przy ustalaniu znaczenia pojęć w interpretowanych regułach mających stać się podstawą rozstrzygnięcia⁴. Jak widać w tym przypadku konceptualizm (podobnie jak i tekstualizm) jest tylko rysem charakterystycznym pojęcia nadrzędnego, jakim jest formalizm. Nieco inaczej natomiast wzajemną relację formalizmu i konceptualizmu postrzega H. Hart. W jego ocenie są to pojęcia tożsame, a ponadto dobrze znane teoretykom prawa. Negatywny skutek, jaki się z nimi wiąże, to skłonność do werbalizowania reguł. Dochodzi w tym przypadku do ...*to freeze the meaning of the rule so that its general terms must have the same meaning in every case where its application is in question*⁵.

[3] Oryginalizm – jest to cecha, która określa stanowisko formalistów w kwestii uwzględnienia woli historycznego prawodawcy w procesie interpretacji. Woła ta, w przypadku wieloznaczności będących wynikiem wykładni językowej, winna być uwzględniona.

[4] Geometryzacja procesu stosowania prawa – odwołuje się do systemu prawa jako zamkniętego systemu logicznego, w ramach którego mogą być prowadzone

³ P.N. Cox, *An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism*, 36 Ind. L. Rev. 57, 2003 r., T. Gray, *New Formalism*, „Stanford Law School Working Papers” 1999/4; cyt. za M. Matczak, *Formalizm prawniczy we współczesnej literaturze anglojęzycznej – zarys definicji*, PiP 2007, nr 6, s. 105.

⁴ Krytyka konceptualizmu przez realistów staje się w pełni zrozumiała po uświadomieniu sobie czym właściwie jest konceptualizm w ujęciu jak najbardziej ogólnym. Jest to bowiem takiego rodzaju refleksja, która w procesie poznawania prawa nie przywiązuje wagi do doświadczenia, utożsamianego przez realistów z *law in action*, natomiast posługuje się przede wszystkim konstrukcjami pojęciowymi; M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 216. W niniejszym przypadku metoda indukcyjna ma zastosowanie do analizy wyrażeń występujących w regułach prawnych. Ale przedmiotem analizy mogą być także funkcje przepisów prawnych – jest to koncepcja najbardziej reprezentatywna dla tzw. jurysprudencji interesów. Indukcja jest tylko jednym z możliwych sposobów rekonstrukcji danego pojęcia. W tym przedmiocie konceptualizm oferuje także inne sposoby budowy pojęć prawnych. Tytułem przykładu można wskazać chociażby konwencjonalizm, gdzie ustalenie znaczenia pojęć prawnych dokonuje się na drodze konwencji terminologicznej. W tym przypadku pojęcia prawne pełnią rolę służebną wobec określonego projektu badawczego a poza tym projektem tracą swój walor poznawczy. Innym przykładem mogą być racjonalistyczne koncepcje prawnonaturalne (na przykład Grocjusza), w których pojęcia wyprowadzone są na drodze dedukcji z pojęć posiadających niezależną od tekstów prawnych ontologię; *ibidem*, s. 220–222.

⁵ „...zamrożenia znaczenia reguły, w taki sposób, że występujące w niej wyrażenia ogólne winny mieć to samo znaczenie, w każdej sprawie, w której zostaną zastosowane” – H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, (2nd edition with a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz), Oxford 1997, s. 129, edycja polska: tenże, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 178 (w dalszej części wydanie polskie oznaczone jest skrótem PP).

wnioskowania mające na celu wywodzenie nowych reguł z reguł już istniejących w danym systemie, na drodze operacji wyłącznie logicznych. Pojęcie *geometryzacja* nawiązuje do systemu geometrycznego Euklidesa⁶. Oparcie wnioskowania na prawach wyłącznie logicznych miało gwarantować poprawność konkluzji. Cecha ta bywa określana jako „jurysprudencja mechaniczna”⁷. A zatem jurysprudencja mechaniczna miała być właściwym sposobem stosowania prawa w przypadku szeroko rozumianego formalizmu prawniczego.

Tradycyjny formalizm posiadający wspomniane cechy nie jest już obecnie koncepcją posiadającą takie znaczenie, jakie posiadał sto lat temu⁸. Z pewnością przyczyniła się do tego krytyka antyformalistów, ale także i inne koncepcje, do których należy zaliczyć również te, które zostały sformułowane przez H. Harta czy R. Dworkina. Od pewnego jednak czasu w literaturze anglojęzycznej, a w szczególności w literaturze amerykańskiej, można zaobserwować renesans formalizmu, jednakże już w nowej, zmodyfikowanej wersji. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na czas, w którym pojawiają się postulaty nowego formalizmu. Przyjmuje się, że znaczna popularyzacja tych poglądów przypada na lata osiemdziesiąte XX wieku. Jest to okres, w którym dyskusja związana z szeroko rozumianą problematyką wykładni staje się w USA nad wyraz ożywiona⁹. Jeżeli zwrócimy uwagę na datę sztandarowych publikacji R. Dworkina¹⁰, autora interpretacyjnej teorii prawa, dyskutowanej szeroko nie tylko w Stanach Zjednoczonych, ale także na całym świecie, to nie wydaje się możliwe, aby postulaty nowego formalizmu formułowane były w izolacji od jego poglądów. Co więcej, tak jak teoria prawa R. Dworkina konstruowana była jako krytyka teorii prawa H. Harta, tak założenia nowego formalizmu mogą być postrzegane jako argumenty krytyczne wobec

⁶ System geometryczny Euklidesa był systemem dedukcyjnym. Jego podstawą był zbiór pojęć elementarnych oraz definicji i tzw. zasad (aksjomatów i postulatów). Teoria geometryczna Euklidesa, która sprawdzała się w przestrzeni trójwymiarowej, funkcjonowała jako niepodważalna przez ponad dwa tysiące lat. Do rewolucyjnych przemian doszło dopiero na przełomie XVIII i XIX wieku, kiedy to powstały geometrie nieeuklidesowe, które wykazywały, że przestrzeń trójwymiarowa jest tylko jedną z możliwych; G. Durozoi, A. Roussel, *Filozofia. Słownik. Pojęcia, postacie, problemy*, Warszawa 1997, s. 77 i 89.

⁷ Pojęcie *jurysprudencja mechaniczna* zostało wprowadzone przez R. Pounda (R. Pound, *Mechanical Jurisprudence*, Columbia Law Review 1908/8). Miało ono służyć opisowi stosowania prawa, w którym rola sędziego zostaje ograniczona do przeprowadzenia wykładni w oparciu jedynie o dyrektywy językowe i formalno-logiczne oraz subsumcji tak zrekonstruowanej normy prawnej do określonego stanu faktycznego. Mechaniczna jurysprudencja ignorowała zatem wszelkie aspekty wykładni funkcjonalnej. Jest to więc cecha charakterystyczna, którą można zaobserwować w tradycyjnym pozytywizmie, a szczególnie w jego skrajnej wersji – normatywizmie; J. Guść (w:) *Leksykon współczesnej...*, op. cit., s. 92.

⁸ Bardziej precyzyjnie okres ten określa B. Brzeziński, wskazując iż formalizm w orzecznictwie amerykańskim był szczególnie widoczny w latach 1872–1937, a jednym z jego czołowych przedstawicieli był J.P. Bishop; J.Ch. Kelso, C.D. Kelso, *Statutory Interpretation; Four Theories in Disarray*, 53 „Southern Methodist University Law Review” 2002, s. 84, cyt. za B. Brzeziński, *Współczesne amerykańskie teorie wykładni prawa*, PiP 2006, nr 7, s. 30.

⁹ B. Brzeziński, *Współczesne...*, op. cit., s. 22

¹⁰ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass. 1977; *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass. 1985; *Law's Empire*, London 1986.

koncepcji R. Dworkina, a przynajmniej niektórych jej aspektów, choć w innych aspektach wydają się z nią zbieżne.

Jakie wobec tego są to założenia.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na obiektywizm interpretacyjny, przede wszystkim językowy, w kwestii ustalenia znaczenia interpretowanych pojęć. Obiektywizm ten jest czynnikiem znacznie ograniczającym swobodę interpretacyjną a jednocześnie chroniącym demokratyczny porządek prawny. Nowy formalizm odcina się od tego charakterystycznego rysu, który został określony mianem oryginalizmu, a oznacza to rezygnację z odwoływania się do woli historycznego prawodawcy, a przynajmniej do tej woli, którą można zrekonstruować na podstawie materiałów związanych z procesem legislacyjnym. Powoływanie się na takie materiały będzie miało pozaprawny charakter¹¹. Zorientowanie procesu interpretacji przede wszystkim na jej aspekt językowy stoi także w sprzeczności z koncepcją R. Dworkina, który w swej krytyce pozytywizmu prawniczego taką postawę uznaje za naznaczoną „żądłem semantycznym”. Jak powiada, odnosząc swoje słowa do werbalnego sporu, za który uważa spór interpretacyjny: *There is the sting: we are marked as its target by too crude a picture of what disagreement is or must be like*¹². Ponadto uznawał on za dopuszczalne odwoływanie się przez sędziów do standardów, postrzeganych do tej pory jako pozaprawne, w tym do zasad typu *policy*¹³. Oznacza to, że przyznawał on sędziom kompetencję do dokonywania wyborów uzasadnionych czynnikami politycznymi, w tym również takimi, które zgodne są z ich własnym punktem widzenia, a niekoniecznie zgodne z wolą demokratycznej większości, możliwą do ustalenia w procesie interpretacji¹⁴.

¹¹ W.N. Eskridge Jr., *The New Textualism*, 37 UCLA L Rev. 621, 1990 r., s. 648; cyt. za M. Matczak, *Formalizm...*, op. cit., s. 108.

¹² „Oto żądło: jesteśmy naznaczeni jako jego cel poprzez zbyt prymitywny obraz tego czym jest lub musi być rozbieżność zdań.” – R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 46, edycja polska: tenże, *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, Warszawa 2006, s. 46 (w dalszej części oznaczona skrótem IP).

¹³ Fundamentem interpretacyjnej teorii prawa R. Dworkina, zbudowanej na krytyce koncepcji H. Harta postrzegającej prawo w kategoriach reguł pierwotnych i wtórnych, jest pojęcie zasady. Nie jest to pojęcie jednorodne. Generalnie jest określane jako inny niż reguła standard postępowania, o specyficznych właściwościach. W obrębie zasad R. Dworkin wyróżnił wspomnianą już *policy* oraz *principle*. Różnicę między dwoma rodzajami zasad można łatwo uchwycić po analizie wypowiedzi R. Dworkina, który *policy* określa w następujący sposób: „Nazywam ‘wymogiem polityki prawnej’ ten rodzaj norm, który stawia sobie jako cel do osiągnięcia, zwykle postęp w pewnym ekonomicznym, politycznym czy społecznym aspekcie zbiorowości”. Natomiast *principle*: „Nazywam ‘zasadą’ normę, która ma być przestrzegana nie dlatego, że posuwa ona naprzód lub zabezpiecza sytuację ekonomiczną, polityczną lub społeczną uważaną za pożądaną, ale dlatego, że domaga się tego sprawiedliwość lub uczciwość, lub inny wymiar moralności”; R. Dworkin, *Taking...*, op. cit., s. 22–23, edycja polska: tenże, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 56–57 (w dalszej części oznaczona skrótem BPP).

¹⁴ Nie można jednak kategorycznie twierdzić, że koncepcja demokratycznego państwa prawnego zostaje z tego powodu ograniczona. Twierdzenia takie można by zapewne formułować w przypadku klasycznego trójpodziału władzy Monteskiusza, który kwestionował prawotwórczą rolę orzecznictwa redukując rolę sędziego wyłącznie do „ust ustawy”. W przypadku koncepcji R. Dworkina należy raczej wskazywać na jej użyteczność dla poszukiwania punktu równowagi pomiędzy sprawiedliwością i praworządnością; R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Kraków 2005, s. 88.

Przyjęcie orientacji formalistycznej takiej możliwość jeżeli nie wyklucza, to przynajmniej ją znacznie ogranicza. Ponadto przepisy prawa interpretowane zgodnie z tendencjami formalistycznymi wydają się być bliższe społeczeństwu, które, co do zasady, może się z nimi zapoznać za pośrednictwem tekstu prawnego. Wykładnia funkcjonalna, w pewnych sytuacjach niezbędna, nie może w żadnym przypadku zdominować ustalanie znaczenia pojęć prawnych, ponieważ w takich przypadkach prawo byłoby dla większości społeczeństwa całkowicie niezrozumiałe.

Stwierdzenie, że formalizm odcina się od oryginalizmu jedynie z pozoru przybliża do wyjaśnienia pojęcia *formalizm*. Oryginalizm jako rys charakterystyczny tradycyjnego formalizmu rozwinął się już bowiem do bardzo złożonej koncepcji wykładni prawa, stając się jedną z trzech podstawowych funkcjonujących w USA teorii wykładni. Dwie pozostałe to tekstualizm, który w formalizmie tradycyjnym był tylko jego rysem charakterystycznym, a obecnie jest utożsamiany ze współczesną postacią formalizmu, oraz tzw. dynamiczna teoria wykładni prawa¹⁵.

Wspólną cechą teorii oryginalistycznych jest odwołanie się do woli prawodawcy. Stanie się ona czynnikiem, który w znaczny sposób wpłynie na treść wyinterpretowanego prawa. Sposób, w jaki wola prawodawcy będzie uwzględniana w procesie interpretacji prawa, pozwala wyróżnić dwie podstawowe wersje oryginalizmu. Pierwszą z nich jest intencjonalizm, który zgodnie z poglądami C. Sunsteina postrzega rolę sądów jako służebną względem prawodawcy i sprowadzającą się jedynie do odkodowania poleceń legislatury zawartych w aktach prawnych¹⁶. Intencjonalizm także nie ma jednorodnego charakteru i może wystąpić w trzech wersjach: esencjonalnej, konwencjonalnej i rekonstrukcjonizmu imaginatywnego¹⁷. Drugą wersją oryginalizmu jest teoria wykładni celowościowej. Cechą charakterystyczną tej teorii jest założenie istnienia celu każdej regulacji prawnej. Zadaniem interpretatora jest ustalenie tego celu w kontekście całego systemu prawnego a nie tylko w obrębie aktu prawnego czy analizowanej instytucji prawnej. Kolejne założenie – racjonalnego prawodawcy – pozwala zrezygnować z uwzględniania w procesie wykładni wszelkich wskazówek zwartych między innymi w dokumentach powstających w związku z tworzeniem prawa, takich jak protokoły z posiedzeń komisji parlamentarnych czy innych. Przedmiotem analizy winien stać się

¹⁵ B. Brzeziński, *Współczesne...*, op. cit., s. 24.

¹⁶ Można tu przytoczyć krytyczne uwagi J.C. Graya: „O wykładni mówi się zazwyczaj, tak jak gdyby główna jej funkcja polegała na odkrywaniu tego, co miało na myśli ciało ustawodawcze. Ale jeśli ciało ustawodawcze miało rzeczywiście taką bądź inną intencję w danej kwestii, to nawet raz na sto nie powstaje co do niej żadna wątpliwość (...). Kłopot z tak zwaną wykładnią pojawia się wówczas, gdy ciało ustawodawcze nie kierowało się żadną intencją, kiedy problem sporny w ogóle przez nią nie był rozważany (...). W tych zaś przypadkach, kiedy sędziowie usiłują odgadnąć, co miało na myśli ciało ustawodawcze, sami w istocie stanowią to prawo mające wypełnić *casus omissi* [przypadek pominięty – dop. autora].” J.C. Gray, *The Nature and Sources of Law*, wyd. 2, Nowy Jork 1921, s. 172–173, cyt. za L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978, s. 128.

¹⁷ Więcej na ten temat zob. B. Brzeziński, *Współczesne...*, op. cit., s. 24–28 i literatura tam podana.

jedynie produkt racjonalnego prawodawcy a mianowicie racjonalny akt prawny. W procesie interpretacji tekstu następuje więc oderwanie treści aktu prawnego od okoliczności towarzyszących jego powstawaniu, a w konsekwencji – zwolennicy tej koncepcji idą bowiem dalej – cel regulacji prawnej nie będzie już identyfikowany po uwzględnieniu kontekstu historycznego, natomiast będzie on rozpoznawany z uwzględnieniem realiów współczesnych¹⁸. Można zatem powiedzieć, że to, co w tym przypadku nie stoi w sprzeczności z koncepcją R. Dworkina, to fakt marginalizacji woli historycznego prawodawcy, a zatem negacja oryginalizmu. Jednak u R. Dworkina nie pojawi się w to miejsce, jako najważniejsza alternatywa, koncepcja tekstualizmu czy ewentualnie koncepcja semantycznego ujęcia wykładni, ale przede wszystkim wykładnia systemowa oraz funkcjonalna.

Jak już zostało wspomniane, tekstualizm jako cecha charakterystyczna formalizmu jest obecnie utożsamiany z nowym formalizmem, dlatego też, dla odróżnienia jego starej wersji od nowej wygodniej jest mówić o nowym tekstualizmie. Przeciwwstawienie tej koncepcji oryginalizmowi polega, w największym uproszczeniu, na tym, że zarówno wola ustawodawcy, jak i cel regulacji prawnej winny być przez interpretatora uwzględnione jedynie wówczas, gdy zostaną one ustalone na podstawie analizy tekstu prawnego, a więc zasadniczo na drodze wykładni językowej¹⁹. W związku z tym rozróżnieniem, pod adresem nowego formalizmu (nowego tekstualizmu) można sformułować co najmniej dwa postulaty.

[1] Pierwszy z nich nakazuje, dla ustalenia znaczenia interpretowanych pojęć, uwzględnić ich znaczenie słownikowe, tak aby było ono w miarę zobiektywizowane. O ile więc zagadnienia semantyczne winny być rozstrzygane poprzez odwołanie się do słowników o tyle zagadnienia syntaktyczne – poprzez odwołanie się do podręczników gramatyki czy wręcz do zasad poprawnej legislacji. Drugim postulatem jest rygorystyczny zakaz posługiwania się materiałami pomocniczymi powstałymi w procesie tworzenia prawa, a ściślej dokumentującymi jego przebieg, takimi jak, wspomniane już, protokoły z posiedzeń komisji parlamentarnych²⁰.

[2] Należy położyć duży nacisk na wykładnię systemową. Staje się ona nie tylko uzupełnieniem wykładni językowej, ale także, a może przede wszystkim

¹⁸ Więcej na ten temat zob. B. Brzeziński, *Współczesne...*, op. cit., s. 28–30 i literatura tam podana.

¹⁹ Analizując pojęcie *tekstualizm*, nieodparcie ciśnie się na myśl pojęcie *tekstocentryzm* użyte przez E. Łętowską dla zrelacjonowania sposobu naszego myślenia o prawie; E. Łętowska, *Bariery naszego myślenia o prawie w perspektywie integracji z Europą*, PiP 1996, nr 4–5, s. 45–50. Do integracji Polski z Unią Europejską już co prawda doszło, jednak trudno dostrzec, aby sposób myślenia o prawie uległ zasadniczym zmianom. Jest to istotne z tego powodu, iż sposób myślenia o prawie implikuje sposób jego stosowania, ze szczególnym uwzględnieniem procesu interpretacji. Tekstocentryzm bowiem stał się wygodną koncepcją mającą ukryć „...brak wrażliwości sądów i ich hermeneutycznych umiejętności w zakresie odczytywania tekstu prawa znajdującego się w ich dyspozycji”; PiP 1996, nr 4–5, s. 46. Ogólność prawa, a można tu również przywołać pojęcie *open texture* H. Harta, która składom sędziowskim pozostawia wiele swobody w jego stosowaniu powinna raczej skłaniać sąd do sięgania po argumenty pozatekstowe. W takich przypadkach redukcja prawa do tekstu winna być oceniana jako uproszczenie zarówno rażące, jak i niczym nie uzasadnione; PiP 1996, nr 4–5, s. 47.

²⁰ B. Brzeziński, *Współczesne...*, op. cit., s. 31.

wyrafinowanym narzędziem interpretacyjnym. W sytuacji wszechobecnej wieloznaczności językowej wyrażenia odwołanie się do wykładni systemowej daje równie dużą swobodę w poszukiwaniach interpretacyjnych jak odwołanie się do wykładni celowościowej. Wydają się tego nie dostrzegać krytycy nowego formalizmu, którzy swą krytykę zazwyczaj koncentrują na wykazywaniu zbyt dużego przywiązania formalistów do posługiwania się słownikami²¹. A przecież ujęcie systemowe jest tu postrzegane szeroko i zakłada ustalenie znaczenia interpretowanych pojęć z uwzględnieniem możliwie największego zakresu dotychczasowej legislacji²². To założenie zbliża z kolei nowy formalizm do dworkinowskiej koncepcji prawa jako niekończącej się powieści.

Koncepcja ta odnosi się do spójności systemu prawa. Ujmuje ona system prawny w kategoriach zbioru tekstów prawnych i zbliża nieco tak rozumianą spójność do rozumienia, jakie jest bliskie teoretykom literatury. Spójność w takim przypadku jest definiowana przez odniesienie do pewnej jedności czy też jednolitości tematycznej dzieła. Można więc mówić o takiej jednolitości w sytuacji, gdy elementy statyczne utworu powiązane są logiczną akcją a identyfikacja bohaterów jest w ogóle możliwa. Oczywiście tak rozumianej spójności nie można odnaleźć w tekstach prawnych, ale przecież gdy krytyk literacki nie uchwyci spójności pomiędzy przepisami kodeksu cywilnego dotyczącymi wad oświadczenia woli i umowy darowizny, to dla prawnika jest ona oczywista²³.

Wizja tekstu prawnego (jako zbioru wszystkich tekstów) R. Dworkina jest wizją niekończącej się powieści pisanej przez różnych autorów, z których każdy, dla dochowania właśnie spójności tego zbiorowego dzieła, musi nawiązać do tego, co już zostało napisane. Alternatywą jest dokonanie zmiany tekstu starego, tak aby harmonizował z nowym²⁴.

Taka wizja R. Dworkina koresponduje z interpretacyjnym ujęciem jego teorii prawa. Spójność tak rozumianego systemu prawnego jest więc założeniem pozwalającym dokonać poprawnej interpretacji. Jak nietrudno zauważyć, założenie spójności w koncepcji R. Dworkina odsuwa na dalszy plan inne założenie, którym często w fazie wykładni posługują się pozytywiści, a mianowicie założenie dotyczące racjonalnego prawodawcy.

²¹ B. Brzeziński, *Współczesne...*, op. cit., s. 34.

²² Na strukturalne ujęcie aktu prawnego, obok ujęcia semantycznego zwraca uwagę powołany przez W.N. Eskridge'a, A. Scalia: „Konstrukcja ustawy jest zjawiskiem całościowym. Postanowienie, które może wydawać się wieloznaczne, jeśli rozpatrywać je w izolacji, często jest dookreślane przez pozostałe części ustawy, ponieważ ta sama terminologia jest używana gdzie indziej w kontekście, który czyni znaczenie tego niejasnego postanowienia jasnym, albo ponieważ tylko jedno z dopuszczalnych znaczeń tego wieloznacznego postanowienia daje efekt zgodny z resztą regulacji”, W.N. Eskridge Jr., *The New...*, op. cit., s. 661–662; cyt. za M. Matczak, *Formalizm...*, op. cit., s. 108–109.

²³ R. Sarkowicz (w:) R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 2001, s. 159.

²⁴ R. Dworin, *Law as Interpretation*, Critical Inquiry 1982/9; przedruk (w:) *The Politics of Interpretation*, (red.) W.J.T. Mitchell, Empire 1983; cyt. za R. Sarkowicz (w:) R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria...*, op. cit., s. 77.

Powyższe cechy utworu nie przesądają jeszcze o jego spójności. Dalsze kryteria nawiązują do zgodności logicznej poszczególnych sekwencji utworu. W tym też aspekcie spójność systemu prawnego norm koresponduje ze spójnością dzieła literackiego. A ponieważ jest ona definiowana przez odniesienie do pojęcia niezgodności, należy do pojęcia spójności systemu norm odnieść wszystkie uwagi dotyczące niezgodności norm. A zatem możemy mieć do czynienia z systemem mniej lub bardziej niespójnym (aspekt stopniowości). Możemy także mówić o mniejszej szkodliwości funkcjonowania systemu niespójnego prakseologicznie aniżeli niespójnego formalnie.

Zarzut skierowany pod adresem formalistów jakoby przywiązywali oni zbyt dużą wagę do posługiwania się słownikami ma nieco głębszy wymiar, niż mogłoby się na pierwszy rzut oka wydawać. Bezsprzecznie, słowniki odgrywają dużą rolę w orzecznictwie, a w szczególności w uzasadnieniu przyjętego znaczenia takiego bądź innego pojęcia. Jest tak nie tylko w Stanach Zjednoczonych, ale także w Polsce. Różnica wszakże jest tu taka, że w Stanach Zjednoczonych literatura dotycząca użycia słowników w procesie interpretacji jest znaczna²⁵, natomiast w Polsce stosunkowo niewielka. Świadczy to o tym, że Amerykanie w odróżnieniu od większości rodzimych prawników rozpoznają pewien obszar tematyczny, któremu należy poświęcić uwagę. Co tu zatem zasługuje na uwagę? Przede wszystkim należy zaznaczyć, iż świadomość, że ustalenie znaczenia w oparciu o słownik będzie bardziej obiektywne jeżeli zostanie dokonane z uwzględnieniem kilku słowników, w tym nierzadko także słownika wyrazów obcych czy słownika eufemizmów²⁶, wciąż jest niewystarczająca. Ustalenie znaczenia pojęcia w oparciu o jeden słownik ciągle jeszcze jest regułą, przy czy dobór takiego bądź innego słownika często jest sprawą przypadku, a uzasadnienie, dlaczego właśnie taki a nie inny słownik jest używany na ogół w ogóle nie jest podawane.

Jak duże są tu możliwości wyboru, dokonanego już w praktyce a nie tylko potencjalnie możliwego, niech zaświadczą fakty. Dla przykładu, Sąd Najwyższy USA w latach 1997–1998 powołał w swoich orzeczeniach sto dwadzieścia różnych słowników²⁷. W Polsce natomiast w okresie od 7 VII 2004 r. do 16 XII 2005 r. NSA w trzydziestu pięciu orzeczeniach powołał różnorodnych słowników dwadzieścia jeden. Najczęściej używanym słownikiem w orzecznictwie polskim okazał się *Słownik języka polskiego* pod redakcją M. Szymczaka²⁸. Zgodnie z dyrektywami wykładni językowej znaczenie pojęć zawartych w aktach prawnych winno być

²⁵ A. Bielska-Brodziak, Z. Tobor, *Słowniki a interpretacja tekstów prawnych*, PiP 2007, nr 5, s. 20 i wskazana tam literatura.

²⁶ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 315–316; por. także: L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 102.

²⁷ S.A. Thumma, J.L. Kirchmeier, *The Lexicon Has Become a Fortress: The United States Supreme Court's Use of Dictionaries*, "Buffalo Law Review" 2003, Vol. 47, s. 262; cyt. za A. Bielska-Brodziak, Z. Tobor, *Słowniki...*, op. cit., s. 32.

²⁸ A. Bielska-Brodziak, Z. Tobor, *Słowniki...*, op. cit., s. 30.

ustalane w pierwszej kolejności z uwzględnieniem definicji legalnych (dyrektywa języka prawnego), w następnej kolejności należy uwzględnić znaczenie, jakie analizowane pojęcie posiada w języku prawniczym, dalej – w języku specjalistycznym, a dopiero wówczas, gdy poszukiwanie znaczenia nie przyniesie rezultatu wolno odwołać się do języka potocznego; w tym wypadku można sięgnąć do słowników²⁹. A zatem słownik, do którego sięga interpretator winien przede wszystkim uwzględniać znaczenie pojęć w ich potocznym rozumieniu. Natomiast po zapoznaniu się z recenzją słownika M. Szymczaka, a przynajmniej jeżeli chodzi o edycje w latach 1978–1981 (późniejsze mają bowiem inne wady), można się dowiedzieć, że „...mamy w nim do czynienia z przesyleniem słownictwem specjalistycznym i terminologią naukową, pominięciem wielu haseł należących do języka ogólnego, dużą ingerencją polityki i co najważniejsze, ze słabym uwzględnieniem języka potocznego”³⁰.

Wybór właściwego słownika to jedna sprawa, natomiast kolejną sprawą jest obiektywny wybór słownikowego znaczenia analizowanego pojęcia. Znaczeń tych może być kilka a nawet kilkanaście. Wyborów do dokonania jest tu zresztą więcej. Jeżeli przykładowo przedmiotem interpretacji jest wyrażenie złożone składające się z kilku wyrażeń prostych (wyrazów), najczęściej jest tak, że suma znaczeń wyrażeń prostych nie jest równoważna znaczeniu całego wyrażenia złożonego. W takiej sytuacji od interpretatora zależy, któremu z wyrażeń prostych nada znaczenie niejako wiodące i w tym celu posłuży się słownikiem, a którym wyrażeniom (czego przecież nie można wykluczyć) przyporządkuje znaczenie takie, aby było zgodne z tym wiodącym, już ustalonym. O tym, że problem ten nie ma charakteru jedynie akademickiego może świadczyć wykładnia językowa wyrażenia złożonego *otrzymanie nieodpłatnego świadczenia*. Ustalając słownikowe znaczenie wyrażenia prostego *otrzymać* możliwe jest przyjęcie takiego znaczenia, które jest równoważne wyrażeniu *wyprodukować, uzyskać coś z czegoś*. Przyjmując takie znaczenie możliwe jest zatem otrzymanie czegoś bez udziału osób trzecich w wyniku jedynie własnych działań. Takie też stanowisko interpretacyjne przyjął sąd, nie przejmując się, że otrzymanie (w powyższym znaczeniu) świadczenia jest po prostu niedorzecznością, którą łatwo uchwycić intuicyjnie. Jeżeli jednak intuicja nie jest argumentem przekonującym (a wcale być nie musi) to wystarczy ustalić słownikowe znaczenie wyrażenia *świadczenie*. Jest ono zakwalifikowane jako rzeczownik od czasownika *świadczyć*, który oznacza *czynić komuś coś dobrego, okazywać coś komuś, wykonywać coś na czyjś rzecz*. O ile więc może być dyskusyjne czym dokładnie jest świadczenie, o tyle poza dyskusją jest fakt, że dochodzi tu do relacji pomiędzy, co najmniej, dwoma podmiotami. Otrzymanie

²⁹ L. Morawski, *Zasady wykładni...*, op. cit., s. 93–102.

³⁰ P. Żmigrodzki, *Wprowadzenie do leksykografii polskiej*, Katowice 2003, pow. za A. Bielska-Brodziak, Z. Tobor, *Słowniki...*, op. cit., s. 30.

więc świadczenia (w niniejszym rozumieniu) jawi się zatem jako zdarzenie jak najbardziej sensowne³¹.

Zagadnienia związane z wykładnią językową, a w szczególności z posługiwaniem się w tym celu słownikami zostały w tym miejscu jedynie zasygnalizowane. Zaslugują one z pewnością na odrębną i gruntowną analizę i należy mieć nadzieję, że waga tego problemu zostanie dostrzeżona przede wszystkim przez podmioty dokonujące wykładni operatywnej.

Formalizm zatem, w tym aspekcie, w jakim jest rozumiany najczęściej, odnosi się do sposobu stosowania prawa opisanego modelem sylogistycznym bądź jedynie do części tego procesu, jakim jest etap wykładni przepisu prawnego. Na tym etapie formalizm może odcisnąć swe piętno w sposób zdecydowanie negatywny, a prowadzi to do stanu, który określan y jest często mechanicznym stosowaniem prawa. Może też formalizm zaznaczyć się w formie łagodniejszej. W takim wypadku interpretacja pojęć prawnych nie będzie miała charakteru automatycznego: od pojęć ogólnych o ustalonym znaczeniu, do pojęć interpretowanych bez uwzględnienia kontekstu, w jakim się znajdują. Będzie to raczej ustalenie i wybór typowego znaczenia pojęć, przy czym typowość należy tu wiązać z rozumieniem lingwistycznym w pierwszej kolejności, zaś odwołanie się do pozajęzykowych kryteriów winno mieć miejsce w sytuacjach wyjątkowych. W pewnym sensie można tu więc mówić o redukcjonizmie interpretacyjnym. Z założenia jest to redukcja do aspektu semantycznego. Taki sposób dokonywania wykładni prawa ogranicza interpretatora, a w zależności od tego jak bardzo formalnie restryktywną przyjmuje postawę, może to prowadzić do rozstrzygnięć z gruntu negatywnych, choć postawa umiarkowanego formalisty powinna zasługiwać na zyczliwą uwagę³².

II. Czy jednak postawa umiarkowanego formalisty okaże się adekwatna do tych przypadków stosowania prawa, które określane są w literaturze przedmiotu jako trudne (*hard cases*)?

Problematyka *hard cases* ujawnia się w sytuacji, kiedy podmiot stosujący prawo dochodzi do wniosku, że w konkretnym przypadku, reguły czy też normy danego systemu prawa nie dają podstaw do wydania rozstrzygnięcia. Stwierdzenie, że

³¹ Przykład podany za A. Bielska-Brodziak, Z. Tobor, *Słowniki...*, op. cit., s. 30 z uwzględnieniem orzeczeń NSA z 1 IX 2005 r., FSK 2236/04, LEX nr 173163 oraz z 29 IX 2004 r., FSK 780/04, „Monitor Podatkowy” 2004/11/2. „Otrzymanym nieodpłatnym świadczeniem” w obu rozpatrywanych przez NSA sprawach jest przychód spółki kapitałowej, którego źródłem jest zatrzymana przez spółkę dywidenda. Zasadniczo, nie powinno budzić wątpliwości, że jest to sytuacja zwłoki dłużnika – w tym wypadku spółki. Spółka zatem nie otrzymała świadczenia, ale zatrzymała przedmiot świadczenia, który winna świadczyć wspólnikom. Nie każde bowiem przysporzenie w majątku zarówno ekwiwalentne, jak i nieekwiwalentne musi być równoznaczne z otrzymaniem świadczenia.

³² M. Matczak, *Formalizm...*, op. cit., s. 110 i powoływany tam B.H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford 2004.

w systemie prawa brak jest normy, która mogłaby stanowić podstawę rozstrzygnięcia należy uznać za wyjątkowe. Znacznie częściej trudność danego przypadku polega na braku normy jednoznacznej. Można też, za B. Wojciechowskim, wskazać na jeszcze szersze rozumienie tego pojęcia: „Trudne przypadki, w najogólniejszym ujęciu występują, gdy sędzia nie dysponuje jednoznaczną normą, która została wytworzona przez określony autorytet, ale to także przypadki trudności decyzyjnych, wynikających z braku zgody wśród prawników”³³. Pojęcie *hard case* najczęściej jest kojarzone z R. Dworkinem, a w następnej kolejności z H. Hartem, który do zarzutów R. Dworkina, opieranych na koncepcji *hard case*, był zmuszony się odnieść. Rzeczywiście, należy zgodzić się, że samo pojęcie zostało spopularyzowane przez R. Dworkina, jednakże H. Hart w swoich rozważaniach dotyczących otwartości prawa (*open texture*) problem trudnych przypadków dostrzegał, choć nie wprowadził w tym zakresie jednolitego pojęcia³⁴.

Niejak w cieniu tych dwóch teoretyków i filozofów prawa pozostają inne ujęcia tego problemu zaprezentowane przez N. McCormicka, A. Peczenika czy J. Wróblewskiego³⁵. Pojęciu *hard cases*, logicznie rzecz biorąc, można przeciwstawić pojęcie *spraw łatwych* (*easy cases*). Także i w tym przypadku kryteria je rozróżniające mogą mieć charakter zarówno wielopłaszczyznowy, jak i dyskusyjny. Na trzy takie płaszczyzny wskazuje B.H. Bix. Są to stopień, czas i pewność porozumienia, które w danej sprawie mogą osiągnąć prawnicy przy założeniu, że są oni odpowiednio przygotowani (cokolwiek miałyby to oznaczać) do podjęcia tego wyzwania³⁶.

Wydaje się, że obecnie pojęcie *hard cases* w teorii i filozofii prawa znajduje zastosowanie znacznie szersze. Niemalże wszędzie tam, gdzie dochodzi do kolizji prawa z innymi systemami normatywnymi pojawić się może problem trudnego przypadku, dla którego podstawa rozstrzygnięcia znajdująca swe oparcie jedynie w obowiązującym prawie okaże się mało przekonująca. Jak zatem trafnie zauważa J. Zajadło: „Trudne przypadki pokazują, że pomiędzy *ius* i *lex* istnieje immanentny związek – *ius* bez *lex* okazuje się bezradne; z kolei *lex* bez *ius* bardzo często bywa bezduszne”³⁷. Czy zatem należy przyjmować bezrefleksyjnie znane od blisko stu lat powiedzenie O.W. Holmesa: *great cases like hard cases make bad law*³⁸. Wydaje się, że nawet jeżeli trudne przypadki mogą okazać się niekiedy

³³ B. Wojciechowski, *Rozstrzygnięcie tzw. trudnych przypadków przez odwołanie się do odpowiedzialności moralnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2004, LXX, s. 11.

³⁴ Por. chociażby: „...*the difficult real cases requiring attention*” – (rzeczywiście trudne sytuacje wymagające uwagi); H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 131; *PP*, s. 181.

³⁵ Z ogólną charakterystyką wspomnianych ujęć można zapoznać się w: M. Król, *Koncepcja trudnych przypadków a prawomocność*, (w:) *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo, praca zbiorowa poświęcona prof. W. Langowi w 70-tą rocznicę urodzin*, Toruń 1998, s. 97–109.

³⁶ B.H. Bix, *A Dictionary...*, op. cit., s. 81–82.

³⁷ J. Zajadło, *Co to są hard cases?* (w:) *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, (red.) tegoż, Warszawa 2008, s. 17.

³⁸ „Wielkie sprawy, podobnie jak trudne sprawy, tworzą złe prawo” – ibidem, s. 16.

źródłem nienajlepszego prawa, to z pewnością staną się czynnikiem kształtującym lepszych prawników.

Pojawienie się *hard cases*, a w konsekwencji rozstrzygnięcie takich spraw w oparciu o swobodne uznanie, zdaniem H. Harta, jest związane z otwartością prawa. W przypadku reguł prawa stanowioneę otwartość ta ma charakter semantyczny, zaś w przypadku precedensów jest nieco inaczej³⁹. W takim przypadku istnieje duże prawdopodobieństwo, że orzeczenia, które hipotetycznie mogą w danej sprawie zapaść będą się od siebie różnić. Różnice te wynikną ze swobody, z której skorzysta sąd tworząc określoną regułę prawną na potrzeby określonej *hard case*. Taka pozytywistyczna koncepcja prawdziwości twierdzeń o prawach i obowiązkach podmiotu domagającego się sądowego rozstrzygnięcia zostaje przez R. Dworkina odrzucona⁴⁰. Koncepcja ta nie może być prawdziwa, ponieważ nie ma ona charakteru opisowego – nie są to wypowiedzi o prawie istniejącym. Ich charakter jest normatywny – kreują one nowe reguły prawne.

Jego zdaniem H. Hart nie dostrzega istoty problemu⁴¹. Z teorii H. Harta wynika bowiem, że w przypadku *hard case*, żadna ze stron nie posiada prawa do korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia sądowego. Powstanie ono dopiero wtedy, kiedy sąd stworzy odpowiednią regułę prawną. Będzie to zatem nowy akt legislacji, w oparciu o który jedna ze stron posiadzie określone instytucjonalne uprawnienie⁴². Brak jest więc jednego słuźnego rozstrzygnięcia. Każde z hipotetycznych rozstrzygnięć może być słuźne, a zależy to tylko od sądu. O ile w „zwykłych” sprawach rozstrzygnięcia mogą być słuźne bądź niesłuźne (zgodne bądź niezgodne z prawem) o tyle w przypadku *hard cases* wręcz nielogiczne jest mówienie o rozstrzygnięciu niesłuźnym. Faktem jest jednak, że orzeczenia w tej samej sprawie mogą być różne w zależności od podmiotu orzekającego. Nie jest to jednak zdaniem R. Dworkina spowodowane brakiem jedyneę słuźnego rozstrzygnięcia. Przeciwnie, takie rozstrzygnięcie zawsze istnieje. Problem polega na tym, że sędziowie nie stanowią na tyle dobrze zintegrowanej wspólnoty komunikacyjnej, aby w danej sprawie panowała jednomyślność. Ich metodologia w dochodzeniu do prawidłowego rozstrzygnięcia jest niedoskonała a techniki orzecznicze wadliwe⁴³.

³⁹ Porównaj chociażby sprawę *McLoughlin v. O'Brian*; R. Dworkin, *Law's Empire*, s. 23–29; *IP*, s. 23–28.

⁴⁰ R. Dworkin, *Introduction*, (w:) *The Philosophy of Law*, (red.) tenże, Oxford 1977, s. 5–9.

⁴¹ R. Dworkin, *No Right Answer*, (w:) *Law, Morality and Society – Essays in honour of H.L.A. Hart*, (red.) P. Hacker, J. Raz, Oxford 1977, s. 68.

⁴² M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 207.

⁴³ Nawet bez odwoływania się do trudnych przypadków wskazuje się we współczesnej jurysprudencji na dwie konkurencyjne postawy sędziów w procesie orzekania, które często doprowadzają do różnych rozstrzygnięć. Pierwsza z postaw może zostać zakwalifikowana jako pasywna (*judicial restraint*). Charakteryzuje się ona unikaniem twórczego rozwijania prawa w przeciwieństwie do postawy aktywnej, która odzwierciedla już nie tylko skłonności, ale wręcz obowiązek twórczej wykładni i poprawiania prawa; L. Morawski, *Kilka uwag...*, op. cit., s. 38. Postawy sędziowskie wyrażane w uzasadnieniach rozstrzygnięć

Dlaczego jednak w większości z nas pokutuje przeświadczenie, że w trudnych sprawach słuszne orzeczenie jest pojęciem względnym? A to dlatego, że sami postrzegamy trudny problem przez pryzmat naszej niedoskonałości orzeczniczej i skłonni jesteśmy a to uznać roszczenie, a to je oddalić, w zależności od wielu, często subiektywnych czynników. *The 'myth' that there is one right answer in a hard case is both recalcitrant and successful. Its recalcitrance and success count as arguments that it is no myth*⁴⁴.

Na gruncie pozytywistycznej koncepcji prawa nie da się normatywnie uzasadnić tezy o istnieniu jedyne go słusznego rozstrzygnięcia sądowego (*right answer thesis*). Nie jest jednak tak, że sędzia-pozytywista, kiedy podejmuje własne rozstrzygnięcie nie widzi innych, alternatywnych rozwiązań. Może nie zawsze jest to widoczne w uzasadnieniu jego decyzji, ale kreacja przez niego stosownej reguły prawnej jest najczęściej uzasadniona dokonaniem uprzednio wyborem pomiędzy różnymi rozstrzygnięciami. Brak jest natomiast kryteriów normatywnych, którymi sędzia miałby kierować się przy dokonywaniu wyboru; jego refleksja w tym przedmiocie zostaje zredukowana jedynie do opisu możliwych rozstrzygnięć. Inaczej jest w przypadku koncepcji R. Dworkina. Kiedy pojawiają się zasady, sędzia nie posiada już takiej swobody decyzyjnej. Nie oznacza to oczywiście, że zasady wiążą go tak jak reguły. Winny być jednak uwzględnione w procesie decyzyjnym stosownie do swojej „wagi”. Ponadto uwzględnienie takiej a nie innej zasady winno doprowadzić do sytuacji, w której dojdzie do integracji całej normatywnej struktury społecznej. Struktury, która przez pozytywistów została zubożona przez ograniczenie jej jedynie do reguł, z pominięciem zasad⁴⁵.

A zatem prawo u R. Dworkina jest faktem interpretacyjnym⁴⁶. Takie stwierdzenie dotyczące prawa nie jest w nauce prawoznawstwa czy filozofii prawa niczym odkrywczym. Znane są stwierdzenia bardziej radykalne. Zdaniem A. Kaufmanna, nie ma w ogóle prawa przed interpretacją. Jak powiada: „Prawo konstytuuje się w hermeneutycznym akcie rozumienia...”⁴⁷. Także pozytywiści dokonują interpretacji przepisów prawnych. Na gruncie dominującej w Polsce derywacyjnej koncepcji wykładni M. Zielińskiego⁴⁸, prawo utożsamiane jest z normą prawną

sądowych odwołujących się do moralności politycznej analizuje M. Smolak, *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Kraków 2003, w szczególności s. 34–93.

⁴⁴ „Mit”, że w trudnych sprawach jest jedno poprawne rozstrzygnięcie ma powodzenie i nie poddaje się kontroli. Ta odporność i powodzenie liczą się jako argumenty, że to nie jest żaden mit”. R. Dworkin, *Taking...*, op. cit., s. 290; *BPP*, s. 514.

⁴⁵ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 205.

⁴⁶ Jest to teza R. Dworkina uznawana przez komentatorów za jedną z tez kardynalnych, por. A. Bator, A. Kozak, *Wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją*, (w:) *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, (red.) S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 56, przypis 32.

⁴⁷ A. Kaufmann, W. Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, wyd. IV, Heidelberg 1995, s. 122; cyt. za J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 128.

⁴⁸ Por. M. Zieliński, *Wykładnie prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002.

wyinterpretowaną z przepisów prawnych bądź wyinferowaną z uprzednio wyinterpretowanych norm⁴⁹. Jednak zdaniem R. Dworkina interpretacja pozytywistyczna jest zainfekowana „żądłem semantycznym” (*semantic sting*)⁵⁰. Oznacza to przyznanie, w sposób nieuzasadniony, decydującego znaczenia wykładni językowej, podczas gdy istotą wykładni są czynności zorientowane na zintegrowanie rezultatów wykładni językowej z hierarchią wartości danego społeczeństwa. Interpretacja, ...*all things considered, makes the community's legal record the best it can be from the point of view of political morality*⁵¹.

R. Dworkin poświęca wiele miejsca zagadnieniom interpretacji. Jest to zrozumiałe, wszak jego teoria nazywana jest teorią interpretacyjną. Koncepcja żądła semantycznego jest tylko punktem wyjścia dla zaprezentowania swoich własnych poglądów interpretacyjnych. Kwestia, czym jest interpretacja stanowi dla R. Dworkina fundament jego teorii⁵².

R. Dworkin wyróżnia przede wszystkim różne formy interpretacji. Interpretacja konwersacyjna występuje powszechnie w życiu każdego społeczeństwa. Ma na celu ustalenie znaczenia dźwięków wydawanych przez członków danego społeczeństwa w toku codziennych aktów komunikacyjnych. Ma ona charakter intencjonalny, co oznacza, że znaczenie wypowiedzi jest zrelatywizowane do intencji mówcy. Intencje mówcy generują określoną wypowiedź, są jej przyczyną, a sama interpretacja ma wymiar odtwórczy. Inny charakter ma interpretacja naukowa. W tym przypadku badacz interpretuje zebrane uprzednio dane, którym żadnej intencji przypisać nie można. Na uwagę zasługuje natomiast wyróżnienie interpretacji artystycznej i interpretacji praktyki społecznej. Mają one dla R. Dworkina wiele cech wspólnych. Przedmiotem interpretacji w obu przypadkach jest pewien „produkt” stworzony przez człowieka, który uzyskuje swój niezależny byt. „Produkt” ten nie jest jednak interpretowany odtwórczo, ale konstruktywistycznie. Esencją takiej interpretacji nie jest ustalenie intencji twórcy, przyczyny dla której „produkt” powstał. Jest nią cel, a celem tym jest dopasowanie „produktu” do tego gatunku „produktów”, do którego „produkt” jest zaliczany. Ponadto, co wymaga

⁴⁹ Podobnie uważa A. Kozak, który twierdzi, że „...aktualna teoria wykładni, choć zakorzeniona w empiryicyzmie i psychologizmie, musi zakładać, że prawo istnieje w tej rzeczywistości (to znaczy w rzeczywistości społecznej – dopisek autora) (jest „społecznie obecne”, jak by powiedział F. Longchamps) tylko jako byt zinterpretowany”. – A. Kozak, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, nr 1987, Prawo CCLX, Wrocław 1997, s. 94.

⁵⁰ R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 45; *IP*, s. 45. Na marginesie należy dodać, że żądłem semantycznym zainfekowane, zdaniem R. Dworkina, są nie tylko koncepcje pozytywistyczne, ale także prawnonaturalne i realistyczne, ponieważ zorientowane są na definiowanie pojęcia „prawo”. Wszelkie spory z tym związane ogniskują się wokół językowych reguł posługiwania się pojęciem „prawo”. Nie poświęcają one uwagi temu, że prawo jest zrelatywizowane do określonej i podlegającej ewolucji kultury prawnej, np. amerykańskiej; więcej zob. R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 31–44; *IP*, s. 30–43. Na relatywizację teorii prawa do określonego miejsca i czasu zwraca także uwagę R. Gavison, *Comment*, (w:) *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, (red.) tenże, Oxford 1989, s. 28–29.

⁵¹ „...biorąc wszystko pod uwagę czyni rejestr praw danej wspólnoty najlepszym, jakim może on być z punktu widzenia moralności politycznej.” – R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 411; *IP*, s. 412.

⁵² *Ibidem*, s. 49–50; *IP*, s. 49.

podkreślenia, cel ten nie jest już celem twórcy, ale celem interpretatora⁵³. Interpretacja wiersza lirycznego nie może zatem być dokonywana bez uwzględnienia formy czy rodzaju tego typu przekazu. Gdyby więc kanony co do formy czy rodzaju wiersza lirycznego, z upływem czasu zostały przez teoretyków literatury zweryfikowane, to interpretacja winna w swym kontekście te zmiany uwzględnić. Ujęcie historyczne, które obowiązywało w czasie, kiedy wiersz liryczny był pisany nie powinno mieć wpływu na jego interpretację. Taka sama zasada obowiązuje w przypadku interpretacji praktyki społecznej⁵⁴. Dla R. Dworkina zatem błędem interpretacyjnym jest stosowanie reguł interpretacji konwersatoryjnej do interpretacji reguł praktyki społecznej. W pierwszym przypadku przedmiotem interpretacji są wypowiedzi języka potocznego, które są formułowane w codziennych kontaktach interpersonalnych, w drugim zaś przypadku są to wypowiedzi o charakterze normatywnym. Tego rodzaju wypowiedzi dotyczą bowiem praktyk społecznych⁵⁵.

Dlatego też sędziowie u R. Dworkina ani nie prorokują rozstrzygnięć sądowych, tak jak zakłada to realizm prawniczy, ani nie są ustami ustaw, tak jak w przypadku pozytywizmu. Ich władza jest realna a podporządkowane jej są znaczenia pojęć prawnych. W tym właśnie zawiera się sens bodaj najczęściej cytowanej wypowiedzi R. Dworkina: *The courts are the capitals of law's empire, and judges are its princes, but not its seers and prophets*⁵⁶.

Dla ukazania różnic pomiędzy sposobami orzekania typowego sędziego-pozytywisty i sędziego otwartego na integralną koncepcję prawa R. Dworkin kreuje postać sędziego Herkulesa i przeciwstawiając ją postaci sędziego Herberta⁵⁷ analizuje sposób podejmowania przez niego rozstrzygnięć.

Herbert, w trudnych sprawach, jest wyrazicielem woli prawodawcy. Gdy wola ta nie jest precyzyjnie wyrażona winna być przez sędziego zrekonstruowana, z pominięciem jego własnych, sprzecznych z tą wolą, poglądów. Autonomia orzecznicza Herkulesa jest znacznie szersza. Oznacza to, że jego własne poglądy mogą ustąpić pierwszeństwa hipotetycznej woli większości, ale może także uznać, że poglądy te, choć z wolą większości sprzeczne, doprowadzą do rozstrzygnięcia bardziej sprawiedliwego czy spójnego z dotychczasową praktyką orzeczniczą. To on, jako sędzia właśnie, jest podmiotem z założenia przygotowanym do ferowania wyroków sprawiedliwych, i to jego właśnie wewnętrzne przekonanie jest przekonaniem poprawnym. To, że zdecyduje się od swoich przekonań odstąpić nie

⁵³ R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 50–53; *IP*, s. 50–53.

⁵⁴ Takie postrzeganie interpretacji podkreśla również J. Kurczewski, *Ronalda Dworkina imperium prawa*, recenzja, „Res Publica” 1987, nr 5, s. 116.

⁵⁵ A. Kozak, *Pojmowanie...*, op. cit., s. 62.

⁵⁶ „Sądy są stolicami imperium prawa, a sędziowie jego książętami, nie zaś wyroczniami czy prorokami”. – R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 407; *IP*, s. 409.

⁵⁷ Imiona obydwu sędziów dobrane zostały nieprzypadkowo. Herbert jest pierwszym imieniem Harta i uosabia pozytywistyczną koncepcję prawa. Imię Herkulesa ma natomiast ukazać ogrom pracy, który ma być przez sędziego wykonany dla uzyskania jedyne słusznego rozstrzygnięcia.

oznacza, że są one wadliwe. Oznacza jedynie, że uwzględnienie woli prawodawcy doprowadzi do rozstrzygnięcia, z perspektywy społecznej, bardziej sprawiedliwego. Sędzia uznaje w tym momencie, iż jego obowiązkiem instytucjonalnym (*institutional duty*) jest ustąpienie przed osądem większości⁵⁸.

Jakie okoliczności powinny skłonić sędziego Herkulesa do odstąpienia od swoich poglądów i przychylenia się do woli większości społeczeństwa, która w demokratycznym państwie prawa może być utożsamiana z legislatywą? Sędzia Herkules winien to uczynić wówczas, gdy nie osiągnął odpowiednio wysokiego stopnia pewności, że jego subiektywna decyzja jest poprawna. Osiąganie tej pewności nie może jednak być wspomagane oddziaływaniem jednośc i sądów moralnych panujących w środowisku sędziowskim⁵⁹. Sędzia Herkules musi od opinii „panujących” się uwolnić. Fakt, że inni sędziowie, a nawet przeważająca ich większość, mają takie czy inne zdanie w danej sprawie nie może determinować jego decyzji. Podkreślmy raz jeszcze; nie chodzi tu o jednomyślność sędziowską w kwestiach ściśle prawnych, ale w kwestiach moralnych, które pośrednio będą miały wpływ na sędziowskie rozstrzygnięcie⁶⁰. Są inne kryteria poprawności decyzji, po spełnieniu których sędzia Herkules uzyska należytą pewność, że może być ona przeciwstawiona dominującym w społeczeństwie przekonaniom.

Po pierwsze, warunkiem poprawności decyzji sędziego Herkulesa jest uprzednie wykonanie olbrzymiej pracy analitycznej. Ma ona polegać na analizie całej dotychczasowej teorii prawa (także z perspektywy historycznej) i praktyki orzeczniczej. W wyniku tej analizy sędzia wyrobi sobie pogląd odnośnie koncepcji, która cała ową analizowaną teorię i praktykę orzeczniczą najlepiej uzasadnia. Ma to być pogląd tak wyważony, że uwzględni nie tylko elementy instytucjonalne prawa, ale także założenia filozofii politycznej danego społeczeństwa⁶¹. Może zdarzyć się i tak, że żadna z koncepcji wypracowanych przez sędziego nie obejmie wszystkich analizowanych elementów. Niektóre z tych elementów nie będą pasowały do jednej koncepcji, inne zaś do innej. Takie stwierdzenie mogłoby doprowadzić do porażki Herkulesa. Możliwości interpretacji może być wiele. Powstaną bowiem teorie konkurencyjne, z których każda inaczej odnosi się do prawdziwości bądź fałszywości takich czy innych faktów analizowanych przez sędziego Herkulesa. Na tym etapie powinien on zatem dokonać wyboru i uznać za najlepszą tę teorię, która uwzględnia największą liczbę elementów składających się na dotychczasowy

⁵⁸ R. Dworkin, *Taking...*, op. cit., s. 124; *BPP*, s. 231.

⁵⁹ Tym bardziej brak takiej inersubiektywnej sędziowskiej zgodności nie może wykluczać jedyne go poprawnego rozstrzygnięcia. Tak też zakładają K. Henley, *Protestant Hermeneutics and the Rule of Law: Gadamer and Dworkin*, „Ratio Iuris” 1990, Vol. 3, nr 1, s. 25; M. Krygier, *Thinking Like a Lawyer*, (w:) *Ethical Dimensions of Legal Theory*, (red.) W. Sadurski, Amsterdam–Atlanta 1991, s. 82–83; cyt. za Z. Pulka, *Prawo jako fakt...*, op. cit., s. 15.

⁶⁰ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 208.

⁶¹ R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 65–68; *IP*, s. 66–69.

dorobek prawny⁶². Po wykonaniu tej pracy, przekraczającej możliwości zwykłego śmiertelnika, sędzieja Herkules winien tylko sprawdzić, czy jego orzeczenie choćby w minimalnym stopniu mieści się w szerokim nurcie wypracowanej przez niego koncepcji.

Jeżeli się mieści, nie oznacza to jeszcze, że rozstrzygnięcie sędziego Herkulesa jest poprawne. Należy jeszcze ustalić, czy dane rozstrzygnięcie znajdzie wystarczające uzasadnienie w zasadach sprawiedliwości (*justice*) i słuszności (*fairness*) oraz w zasadach proceduralnej rzetelności procesowej (*procedural due process*), w tych zasadach, *that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice*⁶³.

A zatem kryteria poprawności rozstrzygnięcia sądowego, czy też jak to ujmuje R. Dworkin – kryteria prawdziwości twierdzeń o prawach i obowiązkach mają charakter postulatów normatywnych skierowanych wprost do sędziego. Pierwszy z postulatów ma wymiar niejako formalny i nakazuje maksymalne wykorzystanie dotychczasowego dorobku prawnego. Drugi zaś – materialny, zaleca maksymalną zgodność „...z optymalizacyjnie zinterpretowanym materiałem decyzyjnym”⁶⁴. Jest ta zatem także teoria, którą można określić jako koherencyjną. Oznacza to, „...że kryterium słuszności naszej interpretacji stanowi zgodność jej wyniku z całością systemu prawa w przeciwieństwie do tych, którzy uznają taką interpretację za dobrą, która dobrze służy osiągnięciu jakiegoś określonego efektu cząstkowego”⁶⁵.

Jeżeli więc sędzia spełni powyższe kryteria, to można przyjąć, przynajmniej w teorii, że dla każdej trudnej sprawy, która będzie rozpatrywana w ramach danej wspólnoty istnieje jedyne słuszne rozstrzygnięcie. Będzie ono oparte na obowiązującym prawie, i w tym sensie będzie to rozstrzygnięcie prawdziwe⁶⁶. Interpretacja prowadzona w ten sposób jednoczy, choć można powiedzieć inaczej, po prostu – miesza, adekwatność danego rozstrzygnięcia do historycznie ujmowanego dorobku prawnego z uzasadnieniem takiego rozstrzygnięcia. Decyzja sędziego, która wskazuje jak interpretuje on dotychczasową historię prawa powinna wkomponować się w całą historię dotychczasowego orzecznictwa, która z drugiej strony jego decyzję uzasadnia⁶⁷.

⁶² Z. Pulka, *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, Prawo CCLII, Wrocław 1996, s. 168–169.

⁶³ „...które stanowią najlepszą twórczą interpretację praktyki prawnej danej wspólnoty”. – R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 225; *IP*, s. 228.

⁶⁴ Z. Pulka, *Prawo jako fakt interpretacyjny w filozofii prawa R. Dworkina*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, Prawo CCLXII, Wrocław 1997, s. 17; por. także M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 211. Postulat maksymalnego wykorzystania materiału decyzyjnego oraz maksymalnej koherencji podkreśla także D. Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory*, Cambridge 1993, s. 207–212.

⁶⁵ J. Kurczewski, *Ronalda...*, op. cit., s. 115.

⁶⁶ R. Dworkin, *Legal Theory and the Problem of Sense*, (w:) *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, (red.) R. Gavison, Oxford 1989, s. 13–15.

⁶⁷ K. Henley, *Protestant...*, op. cit., s. 21–22, cyt. za Z. Pulka, *Legitymizacja...*, op. cit., s. 168–169.

W naszej kulturze prawnej, dworkinowska koncepcja wykładni znajduje odzwierciedlenie w wykładni dokonywanej przez Trybunał Konstytucyjny w toku ustalania zgodności przepisów aktów normatywnych niższego rzędu z Konstytucją⁶⁸. Należy jednak wówczas przyjąć szersze rozumienie Konstytucji, to znaczy takie, które nie będzie ściśle ograniczone jej tekstem, a nawiąże do całej tradycji konstytucyjnej. Założenie takie wskazuje na znaczną rolę wykładni funkcjonalnej w procesie orzekania. Może to być jednak pogląd dyskusyjny. Są bowiem i takie opinie, które postulują zaliczenie reguł wykładni tego typu do wykładni systemowej, nie zaś funkcjonalnej⁶⁹.

Należy tu ponadto zwrócić uwagę na założenie niezwykle ważne w koncepcji jedynego słusznego rozstrzygnięcia. Jest to założenie istnienia określonego rodzaju wspólnoty. Tylko w obrębie takiej wspólnoty sędzia Herkules może realizować postulaty wskazane przez R. Dworkina. Co jest zatem rysem charakterystycznym takiej wspólnoty, elementem integrującym jej członków.

Aby odpowiedzieć na to pytanie, R. Dworkin analizuje trzy modele wspólnoty. Każdy z nich jest modelem wspólnoty politycznej, ale inaczej rozumianej. Pierwszy model sprowadza się do postrzegania wspólnoty czysto faktycznej. Jej członkowie odczuwają przede wszystkim więź historyczną i geograficzną⁷⁰. Więź ta jest często uzasadniona korzyściami jakie odnoszą z przebywania razem. W wersji skrajnej można wyobrazić sobie muzułmanina i żyda na bezludnej wyspie, z małymi szansami na ich odnalezienie, potrzebujących siebie wzajemnie, aby w ogóle przetrwać. Zapewne ustanowią jakieś reguły współżycia, choć kulturowo nic ich nie łączy. Nie taką jednak wspólnotę zakłada sędzia Herkules.

Drugi model wspólnoty określa R. Dworkin modelem „regulaminowym” (*rulebook*). Jest to w pewnym sensie pozytywistyczny model wspólnoty. Jej członkowie przyjmują i przestrzegają pewnych reguł, traktując je jako konwencjonalne, bez głębszej refleksji nad ich rzeczywistym pochodzeniem. Nie oznacza to, iż reguły mają uzasadnienie jedynie w woli suwerena. Wręcz przeciwnie, mogą być

⁶⁸ A. Bator, A. Kozak, *Wykładnia...*, op. cit., s. 51–52.

⁶⁹ Jest to złożone zagadnienie i zależy od przyjętej koncepcji interpretacyjnej. Możliwe jest przyjęcie interpretacji „prokonstytucyjnej”, ukierunkowanej na realizację wartości i celów odzwierciedlonych przepisami konstytucji. Normy wyinterpretowane z tych przepisów pełnią wówczas bardziej rolę drogowskazów interpretacyjnych aniżeli kryteriów kontrolnych dla norm ustawowych. W takim przypadku priorytet uzyskuje wykładnia funkcjonalna, a zatem będzie to bardziej model dworkinowski. Kiedy natomiast przyjęta zostanie koncepcja „promiennego” oddziaływania konstytucji, w której normy konstytucyjne konfrontowane są z normami ustawowymi należy raczej mówić o wykładni systemowej, pamiętając, że granica pomiędzy jednym i drugim rodzajem wykładni jest bardzo płynna. Przepis ustawy już nie emanuje światłem konstytucji, tak jak w pierwszym przypadku, ale uzyskuje większą „autonomię”; P. Czarny, *Trybunał Konstytucyjny a wykładnia ustaw w zgodzie z konstytucją*, (w:) *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, (red.) S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 82–84; por. także: L. Morawski, *Zasady...*, op. cit., s. 111; Za koncepcją wykładni systemowej (harmonijnej); J. Wróblewski (w:) W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1980, s. 403 – „Znaczenie interpretowanej normy należy ustalić w ten sposób, by było ono najbardziej harmonijne w stosunku do innych norm części systemu prawa, do którego interpretowana norma należy”.

⁷⁰ R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 210–211; *IP*, s. 208–209.

owocem wypracowanego kompromisu, z którym zgadza się cała, albo prawie cała wspólnota. Spiwem tej wspólnoty jest więc szacunek dla wypracowanego uzgodnienia. Nawet jeżeli reguły te są (a zapewne często będą) słuszne i sprawiedliwe to nie szacunek dla ich słuszności i sprawiedliwości jednoczy wspólnotę. Ten model wspólnoty nie jest także modelem sędziego Herkulesa⁷¹.

Modelem tym jest model trzeci – wspólnota zasad. Jest to model zbliżony do modelu „regulaminowego”, ale opiera się on nie na akceptacji wypracowanego kompromisu lecz na poszanowaniu wspólnych zasad, których wyznawanie do tego kompromisu doprowadziło⁷².

R. Dworkin wskazuje na cechy charakterystyczne więzi występujących we wspólnocie zasad. Więzi te powstają w związku ze stosunkiem członków wspólnoty do wzajemnych praw i obowiązków. Ważne jest tu szczególnie, aby każdy członek wspólnoty akceptował, z jednej strony, prawa innych członków, a z drugiej strony, własne zobowiązania wobec innych członków wspólnoty.

Charakter tych więzi jest szczególny w tym sensie, że występują one w takim kształcie właśnie w danej wspólnotcie, a nie w każdej innej⁷³. Można bowiem wskazać i takie więzi wspólnotowe, które występują niemalże w każdej wspólnocie. Nie są to jednak więzi charakterystyczne dla wspólnoty zasad. Te bowiem mają charakter osobisty. Oznacza to, że wspólnota jest połączona z każdym ze swoich członków nie więzią „członek – wspólnota”, ale więzią „członek – każdy inny członek wspólnoty”. W konsekwencji członkowie wspólnoty postrzegają swoje zobowiązania jako wyraz troski nie o dobro wspólnotowe, ale o dobro każdego członka wspólnoty traktowanego indywidualnie. Całość relacji zobowiązaniowych przepojona jest ideą równości członków wspólnoty. Wszyscy względem siebie są równie wartościowi. Wszyscy powinni traktować się wzajemnie z równym zainteresowaniem⁷⁴. Właśnie owe zasady równego szacunku dla wszystkich innych członków wspólnoty i równej troski wobec każdej innej jednostki, pojmowanej autonomicznie, bez względu na jej społeczny status, mają stanowić opozycję dla utylitarystycznego pojmowania praw i obowiązków. Zasady te staną się u R. Dworkina źródłem nowoczesnej koncepcji praw podmiotowych⁷⁵.

W tym miejscu można pokusić się o pewną refleksję i dopiero wówczas odpowiedzieć na pytanie: jakiego rodzaju wspólnotę stanowi Unia Europejska? Jest to oczywiście wspólnota organizmów politycznych a nie osób fizycznych, ale pewne

⁷¹ Ibidem, s. 211; *IP*, s. 209–210.

⁷² R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 211; *IP*, s. 212.

⁷³ Jest to w gruncie rzeczy wspólnota interpretacyjna. W wersji zaprezentowanej przez R. Dworkina może wydać się na tyle interesująca, że stanie się realną opozycją dla klasycznych koncepcji prawnonaturalnych. Poważnie traktowana równość i godność jednostek kreuje człowieka społecznego, ale nieuspołecznionego. Jak zapytuje J. Kruczewski: „Któż nie chciałby żyć w tak rozumianym imperium prawa?” – J. Kruczewski, *Ronalda...*, op. cit., s. 118.

⁷⁴ R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 211–214; *IP*, s. 212–215.

⁷⁵ R. Dworkin, *We Do Not Have a Right to Liberty*, (w:) *Liberty and the Rule of Law*, (red.) R.L. Cunningham, Texas University Press 1979, s. 176, cyt. za Z. Pulka, *Legitymizacja...*, op. cit., s. 183.

analogie wydają się uprawnione. Na ile czynnikiem integrującym jest szacunek dla wypracowanego kompromisu osiągniętego po, założmy, dwudobowych, nieprzerwanych negocjacjach przedstawicieli krajów członkowskich, a na ile tak naprawdę deklaracja wspólnych wartości. Jak często osiągnięcie kompromisu faktycznie zostaje zredukowane do targów politycznych mających zagwarantować partykularne interesy. Zasady, jeżeli w takich przypadkach się pojawiają, stanowią jedynie próbę zatarcia złego wrażenia wywołanego bezwzględny m załatwianiem własnych spraw.

A zatem, zdaniem R. Dworkina, zawsze istnieje jedno słuszne rozstrzygnięcie *hard case*⁷⁶. Predysponowany do jego odkrycia jest mityczny Herkules, sędzia o nadludzkiej wytrwałości i wiedzy. Heros, który ogarnia całość mniejszych i większych przesłanek przemawiających za bądź przeciw danemu rozstrzygnięciu. Przesłanek, których doniosłość zostanie ponadto bezbłędnie zhierarchizowana. Trudno wprost uwierzyć, że R. Dworkin traktuje swoją koncepcję inaczej niż w wymiarze czysto teoretycznym. Podczas gdy sędzia pozytywistyczny staje przed realnymi problemami i je rozwiązuje tworząc, być może niedoskonałą regułę prawną, sędziemu Herkulesowi, gdyby chciał rzetelnie wypełnić dworkinowskie postulaty, życia by nie starczyło na rozstrzygnięcie jednej sprawy. Zawszy jednak będzie miał wytyczony cel – dążenie do doskonałości, której nigdy nie osiągnie. A gdy w końcu jednak jakąś decyzję podejmie, nie będzie miał pewności, czy decyzja ta jest słuszna i czy nazajutrz podjąłby taką samą decyzję. W praktyce bowiem słuszność takiej decyzji jest ściśle uzależniona od argumentów, które mają ją uzasadniać.

W ten właśnie sposób ujawnia się postulatyczny charakter prawa jako faktu interpretacyjnego⁷⁷. U pozytywistów, na przykład u H. Harta, twierdzenia o prawie mają charakter opisowy. Pozytywiści twierdzą bowiem, że prawdziwość tych twierdzeń można wykazać poprzez potwierdzenie ich zgodności z treścią reguł prawnych, które są tymi twierdzeniami opisywane. Inaczej jest w przypadku *hard cases*. Twierdzenia o prawie nie mają charakteru opisowego. Nie ma bowiem nic, co miałyby być opisywane. Reguły dla potrzeb danego rozstrzygnięcia są dopiero przez sąd tworzone. W tym przypadku mamy więc do czynienia z normatywną teorią prawa. U R. Dworkina jest jeszcze inaczej. W każdym przypadku prawo ma charakter interpretacyjny, przy czym interpretacja jest tu swoiście rozumiana. Dyrektywami interpretacyjnymi są skierowane do sędziego powyżej omawiane postulaty. Interpretacyjny charakter prawa ujawnia się najlepiej w *hard cases*,

⁷⁶ Teza o istnieniu jedyne go właściwe go rozstrzygnięcia jest kwestionowana między innymi przez J. Stelmacha, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003, s. 38. W uzasadnieniu swojego stanowiska J. Stelmach odwołuje się do historii sądownictwa. Z kolei A. Kozak, kwestionując tezę o jedynym właściwym rozstrzygnięciu, jako pochodną tezy o jedynym poprawnym rozstrzygnięciu interpretacyjnym, odwołuje się do powszechnej świadomości nieostrości języka prawnego. Jest to zatem nawiązanie do koncepcji H. Harta; A. Kozak, *Pojmowanie...*, op. cit., s. 41.

⁷⁷ Na postulatyczny sens dworkinowskiej tezy o istnieniu jedyne j słuszej odpowiedzi zwraca także uwagę Z. Pulka, *Legitymizacja...*, op. cit., s. 162–163.

ale w innych przypadkach istota prawa jest taka sama, z tym, że nie ujawnia się z taką mocą. Sędzia, który realizuje wskazane postulaty nie poznaje prawa jako faktu pozytywnego o obiektywnym znaczeniu. Jako podmiot zaangażowany aksjologicznie konstruuje prawo w hermeneutycznym akcie interpretacyjnym⁷⁸. W gruncie rzeczy R. Dworkin doprowadził do syntezy deskryptywnej i normatywnej części poglądów pozytywistów. Z jednej bowiem strony sędzia wykonuje analizę o charakterze poznawczym, opisowym. Bada cały dotychczasowy dorobek prawny danej wspólnoty – bada prawo już istniejące. Na następnym zaś etapie pojawiają się elementy twórcze. Sędzia tworzy, co najmniej, teorię uzasadniającą dotychczasowy dorobek prawny. Czy tworzy coś więcej, a czy jedynie wydobywa, może być przedmiotem dyskusji. Dyskusja ta będzie miała mniej więcej taki sam charakter jak dyskusja, czy wykładnia *per analogia iuris* jest w istocie wykładnią czy też prawotwórstwem⁷⁹.

III. Doniosłość problematyki wykładni prawa ujawnia się z całą mocą w procesie stosowania prawa. Jest to ta część prawoznawstwa, która jest równie silnie akcentowana w dogmatyce prawniczej. Pojawia się zatem obszar badawczy, na którym dogmatyka prawa, zaliczana do nauk praktycznych, ściśle wiąże się z teorią i filozofią prawa⁸⁰. W amerykańskiej teorii prawa koncentracja na procesie podejmowania decyzji sądowej ma znaczenie wyjątkowe, a zdaniem H. Harta, jest jej na tyle uderzającym rysem, tak odmiennym od chociażby brytyjskiego modelu stosowania prawa, że graniczy wręcz z obsesją (*almost to the point of obsession*)⁸¹. Jest to spowodowane, między innymi faktem, że najślawniejsze decyzje Sądu Najwyższego USA stały się, co wydaje się zrozumiałe – bardzo ważne, ale z drugiej strony, bardzo często kontrowersyjne. Nic przeto dziwnego, że ustalenie

⁷⁸ Z. Pulka, *Legitymizacja...*, op. cit., s. 168.

⁷⁹ Status argumentu z analogii jest mocno kontrowersyjny nie tylko w polskiej teorii prawa. Na jego kontrowersyjność wskazują także badacze wnioskowań prawniczych w Anglii. Stanowiska mogą być w tym przypadku krańcowo różne. Z jednej strony argument z analogii jest uznawany za ozdóbkę pozbawioną jakiegokolwiek mocy prawnej. Z drugiej zaś strony, za prawnie skuteczne narzędzie, mające służyć rozwiązaniu wszystkich trudnych spraw. Teoria orzekania R. Dworkina może być postrzegana jako „krańcowy przypadek totalnej wiary w argument z analogii”. Jak wskazuje J. Raz „...przedstawił on stanowisko, w świetle którego sędziowie mają obowiązek rozwiązywania wszystkich przypadków prawnych na podstawie analogii totalnej – odwołującej się do wszystkich istniejących praw zwyczajowych i uchwalonych. Taka analogia totalna jest konieczna do stworzenia najlepszej teorii moralności politycznej, która najlepiej usprawiedliwia wszystkie istniejące reguły statutowe i zwyczajowe i która prowadzi do wiążących prawnie poprawnych rozwiązań we wszystkich trudnych przypadkach. Profesor Dworkin opowiedział się tym samym za najbardziej zachowawczą interpretacją roli sędziego: sędziowie nie są ani moralnie, ani prawnie upoważnieni do podejmowania reform. Muszą opierać się na argumentach z analogii, które podtrzymują i rozciągają istniejącą ideologię prawną” – J. Raz, *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, tłum. P. Maciejko, Warszawa 2000, s. 205. Por. także J. Raz, *Professor Dworkin's Theory of Rights*, Political Studies 1978, s. 123.

⁸⁰ J. Guść (w:) *Leksykon współczesnej...*, op. cit., s. 55.

⁸¹ H.L.A. Hart, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, (w:) tenże, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press 2001, s. 123.

sposobu dochodzenia do takich kontrowersyjnych rozstrzygnięć stało się dla amerykańskich prawników zagadnieniem interpretacyjnym niezwykle interesującym.

Koncepcji wykładni, jak już to zostało przedstawione, w tym także na gruncie amerykańskim, jest wiele. Jednak zdaniem H. Harta wszystkie one zawierają się pomiędzy dwoma skrajnymi stanowiskami.

Pierwsze stanowisko, które zostaje określone jako Nocna Mara (*Nightmare*) jest stanowiskiem formułowanym z perspektywy stron procesowych, które uważają, że tworzenie prawa przez sądy jest niedopuszczalne. Sądy powinny zastosować prawo obowiązujące, nawet jeżeli jego przymioty pozostawiają wiele do życzenia. Koszmar tej wizji polega na tym, że jest to po prostu iluzja. Oddzielenie statusu sędziego od prawodawcy nie znajduje pokrycia w rzeczywistości. W wersji, która najbardziej rozczarowuje strony postępowania sądowego, proces podejmowania decyzji przez sąd okazuje się jedynie ukrytą formą prawodawstwa. Sędziowie tworzą zatem prawo, a najgorsze jest to, że w stosunku do prawa obowiązującego trudno jest im w tej sytuacji przypisać rolę bezstronnych i obiektywnych⁸². W takim przypadku znane powiedzenie O.W. Holmesa: ... [t]he prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious, are what I mean by the law⁸³ odzwierciedla właśnie taki stan rzeczy, choć zdaniem H. Harta jest ono w swej formie bardziej ekstrawaganckie aniżeli rzeczywiste poglądy O.W. Holmesa. W istocie prawotwórstwo sędziowski było dla O.W. Holmesa *interstitial*⁸⁴. Można jednak podać i takie przykłady poglądów prawniczych, które wydają się być opanowane przez *nightmare* daleko bardziej aniżeli poglądy O.W. Holmesa. Przykładem bodaj najbardziej wymownym może być teoria J.Ch. Graya, który uznał za stosowne kilkakrotnie powołać się, z pełną aprobatą, na słowa biskupa Hodleya: ... *Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them*⁸⁵. A więc prawodawcą są sądy, a pytaniem niezwykle ważnym jest, czym wobec tego się kierują, kiedy owo prawo tworzą. Realisci amerykańscy i na to pytanie dają odpowiedź, która dla H. Harta, ale i nie tylko dla niego, jest nie do zaakceptowania. Sądy amerykańskie, zdaniem O.W. Holmesa ferują rozstrzygnięcia na podstawie ... *instinctive preferences and inarticulate convictions*⁸⁶, które stanowią wyraz konieczności danego czasu. Rozstrzygnięcia sądów nie stanowią

⁸² H.L.A. Hart, *American...*, op. cit., s. 125.

⁸³ „...przewidywania tego, co sądy faktycznie uczynią, a nie żadne inne pozory, są tym co uważam za prawo”. – O.W. Holmes, *The Path of Law*, (w:) tenże, *Collected Legal Papers 1920*, s. 173; cyt. za H.L.A. Hart, *American...*, op. cit., s. 128.

⁸⁴ W wolnym tłumaczeniu: „drugorzędne brzęczenie” – tak J. Woleński w tłumaczeniu edycji polskiej – H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2001.

⁸⁵ „Ktokolwiek ma władzę absolutną interpretowania jakiegokolwiek pisanego czy mówionego prawa, ten jest naprawdę Prawodawcą we wszystkich zamiarach i celach, nie zaś ten, który prawo to pierwszy napisał czy wypowiedział” – J.Ch. Gray, *The Nature and...*, op. cit., s. 102, 125, 172; cyt. za H.L.A. Hart, *American...*, op. cit., s. 129.

⁸⁶ „...instynktownych preferencji i nieartykułowanych przeświadczeń” – O.W. Holmes, *The Path...*, s. 184, cyt. za H.L.A. Hart, *American...*, op. cit., s. 130.

aktów historycznego rozwoju prawa, w toku którego w sposób logiczny ujawnia się pewne fakty zawarte we wcześniejszych fazach stosowania prawa. *[T]he life of law has not been logic; it has been experience*⁸⁷.

Zakwestionowanie logicznych metod interpretacyjnych jako wyraz buntu przeciwko nadmiernemu formalizowaniu wykładni nie jest samo przez się przejawem niepokojącym. Może się takim stać, w zależności od tego, jaką alternatywę zaproponuje interpretator. Także i H. Hart odrzucił metody formalno-logiczne w swojej refleksji nad prawem na rzecz metod właściwych dla filozofii języka potocznego. Jednak realiści amerykańscy, w swym pragmatycznym podejściu do stosowania prawa, którzy na równi z *any written or spoken laws* czy poglądami doktryny prawniczej zaczęli stawiać poglądy polityczne, ekonomiczne i społeczne sędziów, ich zwyczaje życiowe a nawet stan ich zdrowia, posunęli się zbyt daleko. Realizm jednak nie musi przybierać formy aż tak radykalnej. W takim przypadku mogą mu zostać przypisane pewne cechy, które prawnicy brytyjscy, w tym także H. Hart, skłonni są zaakceptować jako godne wsparcia.

[1] Po pierwsze, z dużą ostrożnością należy podchodzić do twierdzeń sformułowanych przez prawników a dotyczących praw i obowiązków, które znajdują nawet bardzo silne, ale jedyne, uzasadnienie w literze prawa stanowionego czy treści reguły precedensowej. Rozstrzygnięcie sądu będzie też bowiem najczęściej uwzględniało rezultaty pewnych pozaprawnych rozważań.

[2] Po drugie, a jest to postulat skierowany do sądu, skoro już rozstrzygnięcie będzie uwzględniało takie pozaprawne odniesienia, to niechaj sędziowie je ujawniają, wytłumaczają i wskażą jakimi to ścieżkami do takiego rozstrzygnięcia doszli⁸⁸. Ukrywanie prawdziwych podstaw rozstrzygnięcia sędziowskiego, nawet jeżeli mają one częściowo charakter pozaprawny, niesie dla środowiska sędziowskiego niebezpieczeństwo społecznej alienacji, a w konsekwencji, zapewne także utraty prestiżu.

Stanowisko drugie, Szlachetny Sen (*Noble Dream*) opiera się na takim samym założeniu jak poprzednie. A zatem rozstrzygnięcie sądu winno opierać się na prawie istniejącym, nawet niejednoznacznym. Nawet, gdy prawo pozytywne nie daje podstaw do wydania rozstrzygnięcia wizja szlachetnego snu podpowiada, że zawsze można znaleźć jakąś powszechnie akceptowaną podstawę rozstrzygnięcia, a co znamienne, nie musi to być wcale podstawa prawnonaturalna. Skąd zatem szlachetny sen czerpie akceptowalność takiego rozstrzygnięcia, bo o uniwersalności nie można tu jeszcze mówić. Otóż jest to akceptowalność zrelatywizowana do wartości wyznawanych przez dane społeczeństwo. Jest to swego rodzaju uniwersalność lokalna, związana z indywidualnym, specyficznym amerykańskim

⁸⁷ „Życie prawa nie polega na logice, ale na doświadczeniu” – O.W. Holmes, *The Common Law*, 1981, s. 1; cyt. za H.L.A. Hart, *American...*, op. cit., s. 129.

⁸⁸ H.L.A. Hart, *American...*, op. cit., s. 132.

systemem prawa⁸⁹. Tak jak nocna mara może być mniej lub bardziej koszmarna, tak i szlachetny sen może być bardziej lub mniej wyidealizowany. A przedstawicielem jednej ze współczesnych wersji szlachetnego snu, jeżeli nie najbardziej wyidealizowanej, to z pewnością bliskiej ideału, jest koncepcja R. Dworkina.

W koncepcji tej znaleźć można odniesienia do badań prowadzonych znacznie wcześniej przez R. Pounda⁹⁰. Wyniki tych badań, zaakceptowane później przez R. Dworkina, prowadzą R. Pounda do wniosku, że system prawa ujmowany w kategoriach reguł byłby ujęciem zbyt wąskim. Należy bowiem zaliczyć do systemu także inne elementy a mianowicie zasady ogólne o większym zasięgu oddziaływania aniżeli reguły⁹¹. System taki ma dwie podstawowe cechy; jest to system partykularny, zorientowany na określoną kulturę prawną, i holistyczny, co oznacza, że brak konkretnej reguły nie przesądza o niemożliwości ustalenia obowiązującego prawa. Jest to bowiem możliwe na podstawie całego, szeroko rozumianego, dorobku prawnego. Koncepcja R. Dworkina jest w gruncie rzeczy rozwinięciem, choć z pewnością bardzo obszernym i szczegółowym, wizji R. Pounda. Jako idea stosowania prawa znana jest pod pojęciem koncepcji jedyne go słusznego rozstrzygnięcia wykluczająca swobodne uznanie sędziowskie. Wszystko to w niniejszym artykule zostało już przedstawione. Jest jednak pewien element tej teorii, który w ocenie H. Harta zasługuje na szczególną uwagę krytyczną. Dotyczy on sytuacji, w której nie jest możliwe lepsze uzasadnienie jednego z dwu rozstrzygnięć konkurencyjnych, bowiem w świetle obiektywnie dostępnej wiedzy, oba są równie dobrze usprawiedliwione, a mimo to, tylko jedno z nich jest poprawne. Problem nabierze praktycznego wymiaru, gdy w procesie stosowania prawa dwa składy sędziowskie działając zgodnie z postulatami teorii R. Dworkina dojdą do przeciwstawnych rozwiązań. Stwierdzenie, że sędziowie nie stanowią doskonale zintegrowanej wspólnoty komunikacyjnej, może być stwierdzeniem prawdziwym, ale nie daje wcale odpowiedzi na pytanie, które z dwu orzeczeń, o ile którekolwiek z nich, jest tym jedynym poprawnym. Niewiele także daje stwierdzenie, że owe poprawne rozstrzygnięcie istnieje w prawniczym niebie pojęciowym. Odwołanie się do semantyki pojęcia *niebo* wystarczy do stwierdzenia, że istnieje tam dużo więcej niż jedno poprawne rozstrzygnięcie dla każdej *hard case*. Rzecz jednak w tym, że niewiele, o ile w ogóle cokolwiek, trafia stamtąd do zwykłych śmiertelników.

Może warto w tym miejscu rozdzielić dwie sprawy dotyczące takiego rozstrzygnięcia, a wszystko wyda się bardziej klarowne. Czy rozstrzygnięcie, którego poszukuje R. Dworkin ma być rozstrzygnięciem praktycznym, tak potrzebnym w procesie stosowania prawa, czy jedynie rozstrzygnięciem teoretycznym, tak potrzebnym dla uwiarygodnienia jego teorii. Rozbudowana procedura zaprezen-

⁸⁹ Ibidem, s. 133.

⁹⁰ Za dzieło życia R. Pounda, długoletniego wykładowcy prawa na Harvardzie, uważa się obszerną (blisko 3000 stron) książkę stanowiącą dorobek siedemdziesięcioletnich badań, dotyczącą teorii prawa; R. Pound, *Jurisprudence*, 1959.

⁹¹ H.L.A. Hart, *American...*, op. cit., s. 134.

towana przez R. Dworkina zmierzająca do ustalenia tego jedynego rozstrzygnięcia jest bowiem w gruncie rzeczy procedurą teoretyczną. Słuszny wydaje się zatem pogląd zaprezentowany przez K. Greenwalta, profesora Columbia Law School, dotyczący swobodnego uznania sędziowskiego stosowanego w trudnych przypadkach, iż *...exists so long as no practical procedure exists for determining if a result is correct, informed lawyers disagree about the proper result, and a judge's decision either way will not widely be considered a failure to perform his judicial responsibilities*⁹².

W wymiarze praktycznym ciągle ma miejsce sytuacja opisana przez K. Greenwalta, a zatem ciągle znajduje uzasadnienie koncepcja swobodnego uznania. Nie mają co do tego wątpliwości brytyjscy pozytywiści. Trudne przypadki są rozstrzygane po uprzedniej akceptacji tezy, iż prawo identyfikowane na podstawie reguły uznania może być w pewnych obszarach nieokreślone lub niepełne, choć w przeważającej większości przypadków nie budzi wątpliwości. Jeżeli takie wątpliwości, o charakterze interpretacyjnym, się pojawią to ich rozwiązanie nie stwarza większych problemów. Natomiast w trudnych przypadkach sędziowie zastosują swobodne uznanie, którego swoboda nie jest wcale absolutna. Ten, między innymi, brak absolutnej swobody przy stosowaniu swobodnego uznania, pozwala H. Hartowi na wypowiedzanie się o prawotwórczości sędziowskiej w sposób umiarkowany. Prawotwórczość sędziowska jest bowiem zrelatywizowana do jedynie rozstrzyganego przypadku i to przy założeniu, że jest to *hard case*. Ponadto decyzja sędziowska będzie i w tym przypadku zdeterminowana, przynajmniej na gruncie brytyjskim, założeniami utylitarystycznymi. Decyzje sędziowskie mają bowiem przyczynić się do powszechnego dobrobytu, zwiększać ogólną użyteczność społeczną⁹³. Z kolei na gruncie amerykańskim utylitaryzm zostaje zastępowany różnego rodzaju koncepcjami praw podmiotowych, poszukujących swego uzasadnienia w filozofii politycznej. Teorie stawiające na pierwszym planie społeczeństwo zostają przesunięte na plan dalszy, a w to miejsce pojawiają się teorie praw indywidualnych. Nie chodzi tu jedynie o R. Dworkina, ale także o innych filozofów prawa, choćby J. Rawlsa czy R. Nozicka⁹⁴.

⁹² „...istnieje ono tak długo, jak długo nie istnieje praktyczna (podkreślenie autora) procedura dla ustalenia poprawnego rezultatu, kompetentni prawnicy nie zgadzają się w tej sprawie a sędziowska decyzja nie zostanie uznana za brak sędziowskiej odpowiedzialności”. – K. Greenwalt, *Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges*, „Columbia Law Review” 1975, Vol. 75, s. 359, 386; cyt. za H.L.A. Hart, *American...*, op. cit., s. 140

⁹³ Przekonanie, iż decyzje sędziowskie winny uwzględniać postulat powszechnego dobrobytu społeczeństwa znajduje silne wsparcie nie tylko w poglądach H. Harta, ale także powołanego już K. Greenwalta, *Discretion...*, op. cit., s. 391 oraz J. Umama, *Dworkin's Rights Thesis*, „Michigan Law Review” 1976, Vol. 74, s. 1167, 1179–1183; cyt. za H.L.A. Hart, *American...*, op. cit., s. 141.

⁹⁴ Jako przykłady należy wskazać: J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, edycja polska: J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, tłum. M. Panufnik, J. Pasek i A. Romaniuk, Warszawa 1994; R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, 1974, edycja polska: R. Nozick, *Anarchia, państwo i utopia*, tłum. P. Maciejko, M. Szubiałka, Fundacja Aletheia, Warszawa 1999. Gwoli ścisłości należy także dodać, że koncepcja prezentowana przez R. Nozicka kwestionuje także teorię sprawiedliwości J. Rawlsa, choć obie teorie mają ten sam punkt wyjścia, a mianowicie ideę stanu natury i prawa naturalnego.

Siłę oddziaływania koncepcji indywidualnych praw podmiotowych, na interpretację prawa, stara się H. Hart osłabić odwołując się do postulatów popularnej w USA chicagowskiej ekonomicznej szkoły prawa. Zdaniem H. Harta, nawiązuje ona do koncepcji brytyjskiego uutilitaryzmu⁹⁵. Jej zakres wydaje się jednak być ograniczony. Główne zastosowanie znajduje bowiem w obszarze prawa cywilnego w procesie ustalania wysokości odszkodowania, a niektórzy zwracają uwagę na jej największą przydatność przy odszkodowaniach wynikających ze zobowiązań powstałych *ex delicto*⁹⁶.

W podsumowaniu krytyki H. Harta należy stwierdzić, że oba ekstremalne stanowiska, które zostały scharakteryzowane, w rzeczywistości w czystej postaci nie występują. Nie jest bowiem tak, że sędziowie zawsze postępują w jeden bądź drugi sposób, choć oczywiście niekiedy tak robią. Uświadomienie tego faktu jest w gruncie rzeczy celem H. Harta. Wystarcza bowiem do obrony koncepcji swobodnego uznania zarówno przed ewentualnym atakiem realistów amerykańskich, jak i przed rzeczywistym atakiem R. Dworkina.

⁹⁵ H.L.A. Hart, *American...*, op. cit., s. 143. Co do ekonomicznej szkoły prawa zob. przede wszystkim: R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1972; tenże, *Problems of Jurisprudence*, London 1990, a w języku polskim: J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia...*, op. cit., s. 184–190 oraz J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 137–148.

⁹⁶ Tak na przykład M. Wierzbicki, *Leksykon współczesnej...*, op. cit., s. 63.

SŁAWOMIR KURSA



WYDZIEDZICZENIE JAKO FORMĄ OCHRONY PRZED ZAMACHAMI NA ŻYCIE W PRAWIE JUSTYNIAŃSKIM

Jedną z form ochrony osoby ludzkiej, w szczególności jej życia, w rzymskim prawie spadkowym, było wydziedziczenie. Instytucja ta, zreformowana w istotny sposób przez Justyniana, dawała testatorowi, mimo wszystko, możliwość skutecznego napiętnowania za swojego życia czynów osób, które potencjalnie mogły być jego dziedzicami ustawowymi. W ten sposób groźba wydziedziczenia spełniała rolę prewencyjną przed zamachami na życie testatorów, tak ascendentów, jak i descendentów.

W Noweli 115. Justynian dopuścił, by testator mógł wydziedziczyć swoich zstępnych z czternastu powodów, zaś wstępnych z ośmiu powodów. Na piątym miejscu wśród przyczyn wydziedziczenia descendentów Justynian umieścił usiłowanie pozbawienia życia swoich wstępnych przez otrucie ich albo nastawanie na nie w inny sposób, natomiast drugą przyczynę wydziedziczenia wstępnych Justynian określił jako usiłowanie pozbawienia życia zstępnych za pomocą trucizn albo czarów, albo w inny sposób.

1. Instytucja wydziedziczenia w służbie ochrony życia ascendentów przed zamachami ze strony descendentów

Według Justyniana, dostateczną i usprawiedliwioną przyczynę wydziedziczenia zstępnych stanowiła próba otrucia wstępnych albo usiłowanie pozbawienia ich życia w inny sposób. Justynian opisał ją w zdaniu:

Nov. 115,3,5: *vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari temptaverit* (lub usiłowałby pozbawić życia swoich wstępnych za pomocą trucizny lub w inny sposób).

Tego rodzaju czyn w prawie rzymskim był kwalifikowany jako przestępstwo, co świadczy, że zaliczano go do najcięższych wykroczeń, ponieważ w lżejszych przy-

padkach usiłowania nie były karalne¹. Karano nie tylko za usiłowanie przestępstwa zabójstwa osób najbliższych, określanego terminem *parricidium*, ale również za nieudolne usiłowanie otrucia osoby najbliższej (*parricidium per venenum*)².

Z przytoczonych słów Nov. 115,3,5 wynika, że nie stanowiło podstawy wydziedziczenia usiłowanie zabójstwa lub zabójstwo innej osoby najbliższej, podpadające pod pojęcie *parricidium*, zagrożone karą worka (*poena cullei*)³, określone przez ustawę *Pompeia de parricidiis*, w myśl której popełniali je także ci, którzy dopuszczali się zabójstwa innych najbliższych krewnych, powinowatych lub patrona⁴.

Justynian w analizowanym zdaniu, wskazując na możliwość usiłowania popełnienia różnymi sposobami *parricidium* względem wstępnych, *expressis verbis* wymienia tylko usiłowanie zabójstwa za pomocą trucizny (*per venenum*).

Ten fakt nie dziwi, ponieważ, zwłaszcza na początku istnienia cesarstwa rzymskiego, posługiwanie się trucizną w celu usunięcia niewygodnej osoby było powszechnie stosowane przez różne klasy społeczne, bardzo często w celu zdobycia spadku po zmarłym⁵. Niewątpliwie podkreślenie tego sposobu usiłowania zabójstwa wstępnego było także skutkiem podzielenia przez Justyniana przeświadczenia jego współczesnych o szczególnej ciężkości tego rodzaju przestępstwa ze względu na jego podstępny charakter, co wyrażano w zdaniu: *magis est hominem extinguere veneno quam interficere gladio!* (o wiele cięższą rzeczą jest kogoś otruć niż zgładzić mieczem!)⁶.

Komentatorzy Nov. 115,3,5 bez wdawania się w szersze dywagacje określają opisaną tam przyczynę wydziedziczenia jako: „nastawanie na życie rodziców”⁷, „targnięcie się na życie wstępnego”⁸, „nastawanie na jego życie”⁹, „zamach na

¹ Por. W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Warszawa 2001, s. 171.

² D. 48,9,1: (*Marcianus, lib. 14 institutionum*) [...] *et praeterea qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare* [...] i poza tym ten, kto kupił truciznę aby dać ojcu, chociaż nie mógłby [jemu] podać); por. także D. 48,9,7.

³ I. 4,18,6; D. 48,9,9; C. 9,17. Między innymi kara ta spotkała około 600 roku od założenia Rzymu pewnego Lucjusza Hostyliusza za zabójstwo swojego ojca, czy jak wzmiankuje Tytus Liwiusz Publiusza Malleolusa, który dopuścił się zabójstwa swej matki. Zob. Fieffé-Lacroix, *Parricide*, (w:) *La clef des lois romaines, ou dictionnaire analytique et raisonné de toutes les matières contenues dans le Corps de Droit*, t. II, Metz 1810, s. 210.

⁴ Paul. Sent. 5,24; D. 48,9,1; C. 9,17.

⁵ C. Lécrivain, *Veneficium, venenum*, (w:) *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines* [dalej: DAGR], t. V, Paris 1929, s. 715. Autor wzmiankuje o roli trucizny na dworze cesarskim. Przypomina między innymi otrucie Druzusa, Klaudiusza, Brytanika, proces Pizona oskarżonego o otrucie Germanika, czy zbrodnie lub usiłowania dokonane w ten sam sposób przez Nerona, Agryppę, Kaligulę, Domicjana, Kommodusa, Karakallę i Heliogabala. Zaznacza, że na dworze cesarskim obawa przed otruciem była aż tak wielka, że wzorem królów perskich utworzono na nim *officium procuratoris praegustatorum* (urząd zarządcy próbujących posiłki), który wyznaczał spośród kolegium niewolników i wyzwolenców osobę do uprzedniego próbowania podawanych cesarzowi napojów i posiłków. Zob. Tac. Ann. 12,66.

⁶ V.M. Palmieri, *Tossicologia forense*, (w:) *Novissimo Digesto Italiano*, t. XIX, Torino 1973, s. 433; por. C. 9,18,1.

⁷ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2001, s. 186.

⁸ W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1981, s. 462.

⁹ W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1994, s. 320.

życie”¹⁰, „zasadki na życie”¹¹, „nastawianie na życie swoich rodziców trucizną lub w inny sposób”¹², „przygotowanie zasadzek na życie swojego ojca”¹³. Wszyscy oni z wyjątkiem Fieffé-Lacroix, H. Delanglade i M. Zabłockiej odnoszą przestępną czynność prawną descendenta do każdego wstępnego. H. Delanglade i M. Zabłocka uważają, że działanie przestępne miało być wymierzone w życie rodziców, natomiast Fieffé-Lacroix najbardziej zawęży podmiot bierny przestępnego usiłowania zabójstwa, mówiąc wyłącznie o zagrożeniu życia ojca. Żaden z autorów nie próbuje dociekać w jaki sposób, oprócz usiłowania zabicia trucizną, mogło nastąpić nastawianie na życie ascendentu. Chociaż źródła prawa generalnie milczą na ten temat, Kodeks justyniański zawiera wzmiankę, że takim sposobem mogło być użycie zbrojnego oręża (*gladio*)¹⁴. Należy też przywołać tekst pochodzący od Ulpiana, w którym ów jurysta wskazuje na możliwość usiłowania zabicia wstępnego przez nakłonione do tego osoby trzecie, na przykład przez złodziei lub płatnych morderców¹⁵.

Wobec ewentualności, że do usiłowania zabójstwa wstępnego mogło dojść także na skutek podżegania lub współsprawstwa, czy pomocnictwa, wydaje się, że na wydziedziczenie zasługiwały również te dzieci, które w jakikolwiek sposób przyczyniły się do realizacji zamiaru pozbawienia życia swojego rodzica¹⁶.

Powstaje pytanie, czy podstawą wydziedziczenia mógł być brak próby zapobieżenia dokonania tego przestępstwa przez innego descendenta, który wiedział o takim zamiarze. W odpowiedzi należy stwierdzić, że w świetle reguły prawa *nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest* (żadnego przestępstwa nie popełnia ten, który mu nie zapobiega, gdy zapobiec może)¹⁷ samo posiadanie wiedzy przez innego descendenta o zamiarze dokonania przestępstwa nie rodziło współnictwa w tym przestępstwie.

Rzymskie prawo karne przewidywało natomiast karę nadzwyczajną w postaci relegacji za zawinioną bierność w przypadku opisanym w D. 48,9,2, dotyczącym syna, który wiedział, że jego brat kupił truciznę, aby zabić ojca, a nie odwiódł go od tego.

Bez wątpienia w tego rodzaju bierności można dopatrywać się moralnego współudziału w przestępstwie. Z tego powodu, choć nie ma na to dowodów w źródłach, wydaje się, że także w przypadku usiłowania zabójstwa ascendentu, wydziedziczenie byłoby usprawiedliwione, zwłaszcza jeżeli zważymy na to, że

¹⁰ B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1972, s. 749: „attentato alla vita”.

¹¹ P. Voci, *Diritto ereditario romano*, t. II, Milano 1963, s. 739: „insidie alla vita”.

¹² H. Delanglade, *Du testament inofficieux et de la légitime en droit romaine*, Marseille 1884, s. 110: „S'il a attenté à la vie de ses parents par le poison ou autrement”.

¹³ Fieffé-Lacroix, *Exhereditatio*, (w:) *La clef des lois romaines...*, t. I, op. cit., s. 210: „si le fils a dressé des embches à la vie de son père”.

¹⁴ C. 5,17,8,2.

¹⁵ D. 48,9,7.

¹⁶ D. 48,9,6.

¹⁷ D. 50,17,109 (*Paulus, lib. 5 ad edictum*).

osoby, które nie zapobiegły zabójstwu spadkodawcy, były uważane za niegodne spadkobrania (*personae indignae*).

2. Instytucja wydziedziczenia w służbie ochrony życia descendantów przed zamachami ze strony ascendentów

Drugą przyczynę wydziedziczenia wstępnych, określoną jako usiłowanie pozbawienia życia zstępnych, Justynian ujął następująco:

Nov. 115,4,2: *Si venenis aut maleficiis aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur* (Jeżeli zostanie udowodnione, że wstępni usiłowali pozbawić życia zstępnych za pomocą trucizn albo czarów, albo innym sposobem).

Istniejące w nauce prawa komentarze do przytoczonego tekstu są bardzo lapidarne. Ich autorzy: H. Delanglade, P. Voci, B. Biondi i W. Litewski wyrażają opinię, że drugą przyczyną wydziedziczenia wstępnych było jakiegokolwiek usiłowanie pozbawienia życia zstępnych¹⁸. Ich opinię podziela także Fieffé-Lacroix, z tym, że wymienia jeden z możliwych sposobów dokonania go, a mianowicie otrucie¹⁹.

Celem działań zasługujących na wydziedziczenie wstępnych z określonej w Nov. 115,4,2 przyczyny, był bezpośredni zamiar (*dolus malus*)²⁰ pozbawienia życia descendantenta.

W rozumieniu Rzymian tego rodzaju zamiar zaprzeczał całkowicie moralnemu i prawnemu obowiązкови pobożności (*pietas*), czyli miłości i wzajemnego szacunku wstępnych i zstępnych. Wzrastające znaczenie tej cnoty doprowadziło już w czasach cesarza Hadriana do uchylecia przysługującego *pater familias* prawa życia i śmierci²¹. Wspomina o tym Marcjanus w księdze czternastej *institutionum*, Justynian zaś podzielił to stanowisko umieszczając jej fragment w D. 48,9,5.

D. 48,9,5: (*Marcianus, lib, 14 institutionum*) *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterebat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate, consistere* (Istnieje przekaz, że gdy pewien [ojciec] zabił na polowaniu swojego syna, który dopuścił się cudzołóstwa z macochą,

¹⁸ H. Delanglade, *Du testament...*, op. cit., s. 111: „S'ils attentent, d'une manière quelconque, aux jours de leurs enfants”; P. Voci, *Diritto ereditario...*, op. cit., s. 739: „insidie alla vita”; B. Biondi, *Istituzioni di diritto...*, op. cit., s. 749: „attentato alla vita”; W. Litewski, *Rzymskie...*, op. cit., s. 320: „nastawianie na jego [spadkodawcy] życie”.

¹⁹ Fieffé-Lacroix, *Exhereditatio...*, op. cit., s. 213: „s'ils ont attenté à leur vie par le poison ou autrement”.

²⁰ D. 48,9,1.

²¹ Zob. L. Beauchet, *Patria potestas*, (w:) DAGR, t. IV, cz. I, Paris 1926, s. 346.

Boski Hadrian skazał go na deportację na wyspę; ponieważ bardziej zabił go jako złodzieja, niż stosując ojcowskie prawo, albowiem władza ojcowska bardziej powinna polegać na pobożności, niż na okrucieństwie).

Ustanawiając tę przyczynę wydziedziczenia Justynian nawiązał do tradycji, według której nawet znacznie mniejsze wykroczenie przeciwko cnocie pobożności było wystarczającym powodem do pozbawienia prawa do spadku po osobach, które pretendenci do spadku źle potraktowali. Świadczy o tym przywołany w Digestach fragment pochodzący od Papiniana:

D. 37,12,5: (*Papinianus, lib. 11 quaestionum*) *Divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adfíciebat, coegit emancipare. quo postea defuncto, pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat: sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est* (Boski Trajan zobowiązał ojca do emancypacji syna, którego źle traktował wbrew obowiązkowi pobożności; gdy ten następnie zmarł, ojciec jako emancypator domagał się przyznania mu prawa do dziedziczenia pretorskiego; jednakże prawo to, na skutek rady Neracjusza Starszego i Aristona, zostało mu odmówione z powodu konieczności uczynienia zadośćuczynienia obowiązkowi pobożności [którego on nie dopełnił]).

Do usiłowania zabójstwa zstępnych, określanego w prawie rzymskim podobnie jak zabójstwo wstępnych terminem *parricidium*²², mogło dojść na różne sposoby, czego nie omieszkął podkreślić sam Justynian w cytowanym powyżej zdaniu. Podobnie jednak, jak w przypadku usiłowania zabicia wstępnych, uznał za stosowne wymienić dwa najbardziej symptomatyczne sposoby, a mianowicie usiłowanie otrucia i usiłowanie zadania śmierci w drodze zastosowania czarów. Bez względu na sposób realizacji *parricidium* Justynian uważał je za najokrutniejszą zbrodnię²³.

Z pochodzącego od Marcjanusa fragmentu, zamieszczonego w Digestach justyniańskich, wynika, że nie stanowił przestępstwa sam zamiar dokonania *parricidium*. Jednakże, jeżeli wstępny, kierując się zamiarem zabicia krewnego, podjął odpowiednie przygotowania, na przykład kupił truciznę²⁴, a ostatecznie nie zrealizowałby swojego celu z powodu jakiejś przeszkody zewnętrznej (usiłowanie nieudolne), groziła mu za to taka sama kara, jak za dokonane *parricidium*, to znaczy kara worka (*poena cullei*), chyba że był osobą wyższego stanu; w takim przy-

²² C. 9,17,1: (*Imp. Constantinus A. ad Verinum vicarium Africae*) *Si quis in parentis aut filii aut omnino adfectionis eius quae nuncupatione parricidii continetur fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, poena parricidii punietur [...].*

²³ I. 4,18,6.

²⁴ D. 48,9,1 *in fine*.

padku *parricidium* dokonane przez otrucie lub nieudolne usiłowanie go karano deportacją²⁵, a dokonane w inny sposób – karą relegacji²⁶.

W tym kontekście wydziedziczenie wstępnego z powodu usiłowania zabicia swojego zstępnego dotyczyło tylko sytuacji, gdy wstępny został skazany na karę relegacji lub w ogóle nie doszło do oskarżenia go o nieudolne usiłowanie zabójstwa zstępnego. Nie wydaje się natomiast, by dobrowolne odstąpienie wstępnego od zamiaru zabójstwa zstępnego stanowiło dostateczną przyczynę wydziedziczenia, ponieważ jego nawrócenie się zasługiwało na przebaczenie²⁷.

Podsumowanie

Z przeprowadzonej analizy tekstów prawa justyniańskiego wynika, że ochrona życia osoby ludzkiej nie była wyłączną domeną prawa karnego, lecz swój istotny udział w niej miało także prawo spadkowe poprzez instytucję wydziedziczenia. Dowodzi ona także, że życie osób najbliższych było jedną z największych wartości, której ochrona była podstawowym obowiązkiem wynikającym z rzymskiej *pietas*.

Należy zaznaczyć, że granice tej ochrony przewidziane w justyniańskim prawie spadkowym znalazły jednoznaczne odbicie w sformułowaniach współczesnych kodeksów prawa cywilnego, funkcjonujących w państwach demokratycznych. Można tu przytoczyć chociażby przepisy niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) z 18 sierpnia 1896 roku i polskiego kodeksu cywilnego (k.c.) z 23 kwietnia 1964 roku. W § 2333 BGB wymienione są przyczyny, dla których spadkodawca może pozbawić zstępnego zachowku (czyli go wydziedziczyć). Pierwsza z nich została określona w § 2333 pkt 1 BGB następująco: „wenn der Abkömmling dem Erblasser [...] nach dem Leben trachtet” (gdyby zstępny dybał na życie spadkodawcy). Z kolei zgodnie z § 2334 BGB zstępny z tej samej przyczyny może wydziedziczyć wstępnego. W polskim k.c. przyczyny wydziedziczenia wstępnego i zstępnego, a także małżonka wymienione zostały w art. 1008. Druga z nich określona jest w punkcie drugim tego artykułu i zachodzi, gdyby dziedzic ustawowy „dopuszczył się względem spadkodawcy albo jednej z najbliższych mu osób umyślnego przestępstwa przeciwko życiu [...]”.

²⁵ D. 48,19,28,9.

²⁶ D. 48,8,3,5.

²⁷ Zob. Fieffé-Lacroix, *Parricide...*, op. cit., s. 211.



EDWARD SKRĘTOWICZ, PAWEŁ STRZELEC
Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r.
– I KZP 9/07¹

Wwypadku gdy materiał dowodowy, na podstawie którego orzeczono w przedmiocie odpowiedzialności karnej jednego ze sprawców czynu, miałby stanowić podstawę dowodową orzeczenia w przedmiocie odpowiedzialności karnej także i innego współsprawcy (podżegacza lub pomocnika) tego samego czynu, sędzia, który dokonał oceny dowodów w odniesieniu do jednej z tych osób, powinien być wyłączony od udziału w sprawie dotyczącej pozostałych z uwagi na istnienie okoliczności, która „mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności” w rozumieniu art. 41 § 1 k.p.k.

Powyższe stanowisko SN zajął w odpowiedzi na przedstawione przez Sąd Okręgowy w P. zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy, a mianowicie „Czy udział sędziego w rozpoznawaniu sprawy współsprawcy, przy zaistnieniu w sprawie okoliczności wskazanych w treści art. 34 § 3 k.p.k., z uwagi na złożenie przez niego (współsprawcę) wniosku w trybie art. 387 § 1 k.p.k., stanowi okoliczność wywołującą uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego – art. 41 § 1 k.p.k. i konieczność wyłączenia tego sędziego od prowadzenia później rozpatrywanych spraw osób, które nie złożyły wniosku o wydanie wyroku skazującego?”.

Odpowiadając na zadane pytanie, Sąd Najwyższy podjął ważną i udaną próbę wypełnienia konkretną treścią dyspozycji art. 41 k.p.k. Zagadnienie prawne będące przedmiotem rozstrzygnięcia SN było w różnym zakresie przedmiotem dociekań judykatury oraz przedstawicieli doktryny zarówno na gruncie przepisów kodeksów postępowania karnego z 1997, 1969 r. i 1928 r. Cechowała je, jak wskazuje Sąd Najwyższy w glosowanej uchwale, duża rozbieżność stanowisk. W wielu orzeczeniach Sąd Najwyższy przyjmował, że w sytuacji wyłączenia sprawy jednego ze współsprawców do odrębnego postępowania nie zachodzi podstawa wyłączenia sędziego, mimo że wcześniej sędzia ten wydał rozstrzygnięcie co do

¹ OSNKW 2007, nr 5, poz. 39.

jednego ze współsprawców.² Były również orzeczenia zawierające tezę przeciwną.³ Także przedstawiciele doktryny zajmowali i zajmują rozbieżne stanowiska w tej materii. M Siwek stwierdza, że omawiany układ procesowy jedynie pozornie może wskazywać na wcześniej zajęte stanowisko co do obecnej strony. Jego zdaniem, zamiana ról procesowych determinuje odmienne kryteria oceny materiału dowodowego⁴. Podtrzymał on swój pogląd, krytycznie oceniając wyrok Sądu Najwyższego z 29 sierpnia 2006 r.⁵, do którego w sposób wyraźny nawiązuje głosowana uchwała.⁶ Zarówno na gruncie przepisów kodeksu postępowania karnego z 1928 r., jak i k.p.k. z 1969 r. ustawodawca przyjmował, że przesłanką wyłączenia sędziego na wniosek jest istnienie „stosunku osobistego między sędzią a jedną ze stron tego rodzaju, że mógłby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego” (art. 37 k.p.k. z 1928 r. i art. 31 k.p.k. z 1969 r.). Mimo wyraźnie węższej niż w kodeksie postępowania karnego z 1997 r. podstawy wyłączenia sędziego na wniosek, już na gruncie ówczesnego stanu prawnego przedstawiciele doktryny proponowali, aby sędzia znajdujący się w omawianej sytuacji procesowej, podlegał wyłączeniu w trybie wymienionych przepisów.⁷

² Por. min. wyrok SN z dnia 8 stycznia 1958 r., III K 494/57, OSNPG 1968 z. 6, poz. 9. W wyroku tym SN przyjął, iż sędzia który uprzednio rozstrzygnął o odpowiedzialności karnej współsprawców „nie tylko nie powinien być podejrzany o uprzedzenie, lecz przeciwnie – jest on najlepiej poinformowany i przygotowany do prowadzenia sprawy”, wyrok SN z dnia 31 maja 1985 r., V KRN 333/85, OSNPG 1985, nr 10, poz. 129, postanowienie SN z dnia 8 listopada 2001 r., IV KKN 169/07, LEX nr 51606, uzasadnienie postanowienia SN z dnia 13 lipca 2005 r., II KK 388/04, R-OSNKW 2005, poz. 1349.

³ Por. m.in. postanowienie SN z dnia 7 lipca 1972 r., I KR 12/72, OSNPG 1972, z. 11, poz. 179. W uzasadnieniu tego postanowienia SN przyjął, że pojęcie „stosunku osobistego” widniejące w treści art. 31 k.p.k. § 1 k.p.k. z 1969 r. rozciągnąć należy również na przypadki w których sędzia w poprzedniej sprawie wypowiedział swój pogląd, mający znaczenie dla sprawy później rozpoznawanej „jeżeli ze względu na nierozzerwalny i ścisły związek między poszczególnymi oskarżonymi nie jest możliwe prawidłowe osądzenie części sprawców, bez ustalenia roli pozostałych osób, których sprawa aktualnie nie jest rozpoznawana, zwłaszcza gdy ustalenie wspólnego udziału byłoby niezbędne do bytu konkretnego przestępstwa”, wyrok SN z dnia 29 sierpnia 2006 r. sygn. V KK 107/05, OSNKW 2006, z. 10, poz. 96, wyrok SN z dnia 6 listopada 2007 r., V KK 33/07, Lex nr 332929.

⁴ M. Siwek, *Wyłączenie sędziego na wniosek w kodeksie postępowania karnego*, WPP 2002, nr 2, s. 57 i n.

⁵ OSNKW 2006, nr 10, poz. 96.

⁶ Por. M. Siwek, *Głosa do wyroku SN z dnia 29 sierpnia 2006 r., V KK 107/05*, Prok. i Pr. 2007, nr 11, s. 163–169.

⁷ Por. m.in. *Głosy do uchwały SN z 30V 1969 r., VI KZP 54/68 E. Skrętowicza*, NP 1970, nr 2, s. 304 i n. oraz A. Kaftala, *PiP* 1970, nr 5, s. 823 i n.

Na gruncie k.p.k. z 1997 r. pogląd taki podzielał min. T. Grzegorzczak podnoszący, że „branie przez sędziego udziału w rozpoznaniu sprawy, w której sąd przyjął w wyroku współudział określonej osoby w zachowaniu przestępnym stanowiącym przedmiot później rozpoznawanej sprawy przeciwko tej osobie jako oskarżonej, stanowi już zazwyczaj okoliczność wywołującą wątpliwość co do bezstronności sędziego. Por. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 182. Jego zdaniem teza zawarta w głosowanej uchwale „wydaje się zbyt daleko idąca”; tamże.

A. Gaberle zauważa natomiast, że „branie udziału przez sędziego w rozpoznaniu sprawy, w której sąd przyjął współudział innej osoby w zachowaniu przestępnym, stanowiącym przedmiot zarzutu w później rozpatrywanej sprawie przeciwko tej osobie jako oskarżonej, jest wówczas okolicznością wywołującą uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego (art. 41 § 1 k.p.k.), gdy wypowiedzi w poprzednio rozpoznawanej sprawie wskazują na przekonanie sędziego o popełnieniu przez tę osobę zarzucanego jej czynu”. Por. *Głosa do wyroku SN z dnia 29 sierpnia 2006 r., I KK 107/05*, OSP 2007, nr 6, poz. 71.

Słusznie Sąd Najwyższy zauważa, że problematyka wyłączenia sędziego zyskała na aktualności po wprowadzenie do kodeksu postępowania karnego z 1997 r. tzw. instytucji konsensualnych. W związku z ich stosowaniem stosunkowo często pojawiają się sytuacje, w których niektórzy współoskarżeni składają, np. w trybie art. 387 k.p.k., wnioski o dobrowolne poddanie się karze. Powszechnie przyjętą (i oczywiście prawidłową) praktyką jest wyłączenie sprawy takich oskarżonych do odrębnych postępowań. Problem jednak w tym, że te nowe, późniejsze procesy prowadzić ma często ten sam sędzia, który dokonał już rozstrzygnięć co do pozostałych współoskarżonych.

Sąd Najwyższy, odpowiadając na postawione pytanie prawne, analizuje również inne, możliwe układy procesowe, w których ten sam sędzia, w różnych postępowaniach, miałby rozstrzygać o odpowiedzialności karnej dwóch lub więcej osób związanych z konkretnym zdarzeniem. Sytuacje te Sąd Najwyższy dzieli na trzy grupy:

- 1) w której sędzia miałby orzekać w sprawie czynu osoby, której zarzuca się współsprawstwo *sensu stricto* z osobą lub osobami wcześniej osądzonymi za ten sam czyn, z udziałem w składzie orzekającym tego samego sędziego;
- 2) w której sędzia miałby orzekać w sprawie czynu osoby, której zarzuca się podżeganie lub pomocnictwo (współsprawstwo *sensu largo*) do czynu osoby lub osób wcześniej osądzonych za ten sam czyn, z udziałem w składzie orzekającym tego samego sędziego;
- 3) w której sędzia miałby orzekać w sprawie czynu osoby, której zarzuca się inny czyn niż czyn przypisany osobie uprzednio osądzonej, z udziałem w składzie orzekającym tego samego sędziego, przy czym istnieje określony stopień powiązania między tymi czynami.

Zasadniczym kryterium, decydującym o zaistnieniu (bądź nie) podstawy wyłączenia sędziego we wszystkich trzech przypadkach, jest – zdaniem Sądu Najwyższego – stopień powiązania dowodowego spraw rozstrzygniętych wcześniej z tymi, które mają być rozstrzygnięte później. Słusznie Sąd Najwyższy wywodzi, że im wyższy stopień tego powiązania dowodowego (a więc im większa liczba sytuacji, w których ten sam sędzia musi ponownie ocenić ten sam materiał dowodowy), tym większa winna być liczba przypadków ocenianych w kategorii okoliczności mogących budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności sędziego. Nie przesądza bynajmniej Sąd Najwyższy tego, że w każdej z wymienionych sytuacji zawsze musi znaleźć zastosowanie zarzut *iudici suspecti*. W takich przypadkach zastosowanie art. 41 k.p.k. winna poprzedzić każdorazowa analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego pod kątem jego przydatności do dokonywania prawnokarnych ocen zachowań poszczególnych współsprawców, których sprawy w ramach różnych postępowań ma rozpoznawać ten sam sędzia. Na marginesie wypada zauważyć, że pierwszym, który takiej oceny może najczęściej dokonać, będzie sędzia, który brał udział w wydaniu wyroku w pierwszej z zakończonych spraw, a następnie orzekać ma w następnej sprawie kolejnego współoskarżo-

nego. Jeśli sędzia taki, korzystając z rozległej wiedzy, jaką niewątpliwie ma na temat sprawy, stwierdzi, że w nowym postępowaniu powinien dokonywać ustaleń w oparciu o materiał dowodowy w znacznym stopniu zbieżny z tym, który wykorzystywał w procesie prowadzonym uprzednio, powinien, wskazując na treść art. 41 k.p.k., wyłączyć się od udziału w nowej sprawie.

Warto w tym miejscu przywołać kontrowersyjny pogląd M. Siwka zawarty w cytowanej wcześniej glosie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 sierpnia 2006 r.⁸ W wyroku tym Sąd Najwyższy przyjął, że „branie udziału przez sędziego w rozpoznaniu sprawy, w której sąd przyjął w wyroku współudział określonej osoby w zachowaniu przestępnym, stanowiącym przedmiot później rozpoznawanej sprawy przeciwko tej osobie jako oskarżonej, stanowi zazwyczaj okoliczność wywołującą uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego”. Autor glosy akcentuje znaczenie zasady niezawisłości sędziowskiej oraz zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu. Jego zdaniem, nie doznają one uszczerbku, gdyż „sąd orzekający nie jest związany oceną faktyczną i prawną dokonaną w sprawie rozstrzygniętej wcześniej w stosunku do współoskarżonych o ten sam czyn, niezależnie od tego czy skład sądu rozpoznający później sprawę oskarżonego jest ten sam czy nie”. Mimo krytycznej oceny zasadniczego poglądu tego autora co do braku konieczności wyłączenia sędziego w analizowanej sytuacji, podzielić należy jego stanowisko, iż w uprzednio wydanym wyroku sąd nie dokonuje swoistego „przedsądu” odpowiedzialności karnej osoby, której sprawa została wydzielona do odrębnego postępowania. Tym bardziej, co zauważa również Sąd Najwyższy w glosowanej przez nas uchwale, trudno ów poprzednio wydany wyrok traktować w kategoriach prejudykatu dla później prowadzonego postępowania. Jednak taka „przedwczesna” ocena nie zachodzi w kategoriach formalnoprawnych. Oskarżony, po wyodrębnieniu jego sprawy do innego postępowania, nadal korzysta z domniemania niewinności oraz wszelkich innych reguł procesowych, których jest adresatem. Konsekwencją tego jest choćby to, że jego personalia nie pojawiają się w sentencji wyroku wydanego we wcześniej zakończonej sprawie pozostałych współoskarżonych. Faktycznie jednak w psychice sędziego zachodzi, bo zająć musi, proces oceny materiału dowodowego, wspólnego z reguły dla poszczególnych współoskarżonych w różnych postępowaniach. Co więcej, w większości przypadków nie będzie możliwa ocena zachowania sprawcy czynu, którego postępowanie dotyczy bez równoczesnego, często dosyć szczegółowego określenia roli innych uczestników zdarzenia, których sprawy wyłączono. Jasne jest, że oceny związane z przypisaniem odpowiedzialności karnej osobom, których sprawy wyłączono, nie znajdą swego odzwierciedlenia ani w rozstrzygnięciu wydanego orzeczenia, ani w treści jego uzasadnienia. Czy oznacza to, że w sensie faktycznym sędzia takiej oceny nie dokonał? Oczywiście jest również, że ponowna ocena tego materiału w późniejszym procesie może być z różnych względów

⁸ M. Siwek, *Glosa...*, op. cit., s. 164–165.

odmienna od tej dokonanej w uprzednio toczącym się postępowaniu. Problem jednak w tym, że prawdopodobieństwo takiej „innej” oceny jest znacząco niższe w sytuacji, gdy ocen tych dokonuje ten sam sędzia, niż wtedy gdyby dokonywałaby jej osoba niemająca wcześniej styczności z materiałem dowodowym takiej ocenie podlegającym. Sytuacja taka rodzi w konsekwencji niepotrzebne napięcie po stronie sędziego, który orzekając w nowym układzie procesowym, chcąc (i będąc zobowiązanym) zachować pełną niezawisłość oraz samodzielność jurysdykcyjną, musiałby niejednokrotnie znacząco zweryfikować swe uprzednie stanowisko co do oceny poszczególnych dowodów łączących obydwie sprawy. Analogicznie sędzia pałający głęboką niechęcią do oskarżonego, co więcej dający temu wielokrotnie wyraz w prowadzonym postępowaniu, mógłby w odpowiedzi na wniosek o wyłączenie go od udziału w sprawie argumentować, iż dla dobra wymiaru sprawiedliwości powinien otrzymać szansę wydania wyroku w tej sprawie. Treść tego wyroku, zdaniem sędziego, będzie świadczyć o tym, że był stanie wznieść się ponad okazywaną oskarżonemu niechęć, prezentując w wydanym orzeczeniu modelową wręcz bezstronność i rzetelność orzekania. Czy można wykluczyć, że taki sędzia jest w stanie wydać ów „modelowy wyrok”? Oczywiście nie. Nikt jedna chyba nie zakwestionuje, iż wniosek o wyłączenie sędziego złożony w takiej sprawie winien być uwzględniony. Nie sposób w tym miejscu nie przypomnieć, że instytucja wyłączenia sędziego ma eliminować takie swoiste „konflikty sumienia.” Słusznie zauważa Sąd Najwyższy, że instytucja ta nakierowana jest na „zredukowanie zobiektywizowanych czynników mogących powodować stronniczość”. Ma również rację, gdy rozwijając ten wątek wywodzi, iż „owe zobiektywizowane czynniki jedynie mogą, ale wcale nie muszą, spowodować stronniczości orzekania”.

Istotnym czynnikiem pomagającym sędziemu objąć „świeżym” spojrzeniem oceniony wcześniej materiał dowodowy byłaby możliwość skonfrontowania tych ocen ze stanowiskiem innych członków składu orzekającego (sędziów lub ławników) w sprawie prowadzonej później. W praktyce, po wprowadzeniu jako reguły orzekania przez sąd rejonowy w składzie jednoosobowym, szansa na taka twórczą wymianę opinii staje się iluzoryczna.

Na koniec niniejszych rozważań warto krótko zająć się praktyczną stroną wykorzystania przez sądy powszechne stanowiska Sądu Najwyższego zaprezentowanego w głosowanej uchwale. Sąd Okręgowy w P., zadając pytanie prawne, podniósł, iż „konieczność powszechnego stosowania treści art. 41 § 1 k.p.k. w wypadkach omawianych powyżej stworzy w większości sądów trudności kadrowe i naruszenie zasady wyrażonej w treści art. 351 § 1 k.p.k.”. Oczywiście jest to argument ważny i nie można przejść nad nim do porządku dziennego. Mogłoby się bowiem paradoksalnie okazać, że stosowanie np. instytucji dobrowolnego poddania się karze, wobec części współoskarżonych w sprawach złożonych podmiotowo, w ogólnym rozrachunku wydłuży postępowanie ze względu na konieczności odsunięcia sędziów od spraw późniejszych. Z pewnością obawa taka może być zasadna. Zauważyć jednak należy, że właściwie każda instytucja procesowa

o charakterze gwarancyjnym (a do takich z pewnością należy instytucja wyłączenia sędziego) może powodować mniejsze bądź większe problemy o charakterze organizacyjnym. Każda z tych instytucji, szczególnie przy instrumentalnym ich wykorzystywaniu przez strony, pozostaje w napięciu z zasadą szybkości postępowania. Napięcia tego nie można wszelako eliminować poprzez przyznanie primatu dyrektywie szybkości procesu przy uszczerbku dla fundamentalnych zasad niezawisłości i bezstronności orzekania, a w konsekwencji „zasady zasad” prawdy materialnej.



RYSZARD SZOSTAK

Planowanie i finansowanie zamówień publicznych

Publicus, Warszawa 2007, s. 153

I. Rynek wydawniczy wzbogacił się ostatnio o interesującą pozycję, jaką jest monografia dra hab. Ryszarda Szostaka *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*. Należy tu wskazać, że problematyka zamówień publicznych jest rzadko prezentowana w formie monografii. Najczęściej wydawnictwa wydają komentarze lub poradniki do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹. Takie postępowanie wydawnictw jest o tyle zrozumiałe, że wobec dynamicznego wzrostu rynku zamówień publicznych osoby uczestniczące w postępowaniu o udzielenie zamówienia zarówno po stronie wykonawców, jak i zamawiających potrzebują prostych narzędzi pozwalających sprawnie poruszać się po tekście ustawy. Tym zatem jest cenniejsze, że problematyka zamówień publicznych została ujęta w innej niż jest to zwykle przyjęte formie.

Zamówienia publiczne są hybrydalną dziedziną prawa. Zbudowane są one z trzech wielkich gałęzi prawa: prawa cywilnego, prawa administracyjnego i prawa finansowego². To skrzyżowanie się gałęzi prawa powoduje, że osoby, które zajmują się zamówieniami publicznymi, mają duże problemy z interpretacją przepisów dotyczących procedury dokonywania zamówień. Nadto samo prawo zamówień publicznych odwołuje się do tekstów innych aktów prawa albo inne akty prawne odnoszą się do zamówień publicznych. Omawiana książka odnosi się do styku zamówień publicznych z prawem finansowym i prawem cywilnym. Jest to zagadnienie niezwykle ważne dla osób wydatkujących środki publiczne w jednostkach podległych reżymowi ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych³, które bardzo łatwo mogą się pogubić w gąszczu różnych przepisów. Jak wynika ze słowa wstępnego, praca jest przede wszystkim przeznaczona właśnie dla urzędników zajmujących się udzielaniem zamówień publicznych oraz dotacji na ich

¹ Tj. Dz.U. z 2006 r. Nr 166, poz. 1163 ze zm.

² Szerzej na ten temat P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne jako hybrydalna dziedzina prawa* Zamówienia Publiczne – Doradca 2007, nr 5, s. 40.

³ Dz.U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.

finansowanie. Jednak wyjątkowy charakter publikacji wskazuje, że może być ona przydatna także dla innych osób zajmujących się omawianą problematyką, w tym także dla ekonomistów, którzy chcą poznać wpływ zamówień publicznych na funkcjonowanie finansów publicznych w Polsce. Książka jest wreszcie cennym uzupełnieniem informacji o zamówieniach publicznych rozpatrywanych nie tylko z wąskiego ograniczonego do samego tekstu ustawy Prawo zamówień publicznych spojrzenia, ale znacznie szerszego, interdyscyplinarnego kontekstu. Autor bowiem wskazuje tu na ograniczenie swobody zawierania umów wynikające z treści regulacji zamówieniowej, jak i zasad rządzących publiczną gospodarką finansową oraz na problemy, jakie rodzi omawiana problematyka przy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

II. Publikacja została podzielona na dziewięć rozdziałów, odpowiadających tematycznie zakresowi opisywanej problematyki. Rozdział pierwszy pełni rolę rozbudowanego wprowadzenia, w którym przedstawiono podstawowe zagadnienia związane ze swego rodzaju przecięciem prawa finansowego i cywilnego w zamówieniach publicznych. Podniesiono wynikające z tego ograniczenia kontraktowania oraz przedstawiono podstawowe zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

W rozdziale drugim Autor omówił poszczególne kategorie środków publicznych ze wskazaniem ich rodzajów, przeznaczenia w tym, co szczególnie teraz jest istotne, z finansowaniem rozwoju kraju za pomocą środków płynących z Unii Europejskiej.

Kolejny, trzeci rozdział zawiera charakterystykę jednostek sektora finansów publicznych. Jednak w tym wypadku nie poprzestano na prostym omówieniu prezentowanego zagadnienia, ale wskazano na problemy klasyfikacyjne, jakie się wiążą z odniesieniem przepisów prawa zamówień publicznych do ustawy o finansach publicznych.

Rozdział czwarty omawia zasady planowania wydatków na cele publiczne oraz reguły publicznej gospodarki finansowej, co ma konkretne przełożenie na planowanie i finansowanie zamówień publicznych. Wyjątkowo z punktu widzenia zamówień publicznych, na co szczególnie Autor wskazuje, są ważne obowiązki nałożone na jednostki podległe reżymowi ustawy o finansach publicznych polegające na wymogu dysponowania przez zamawiającego środkami na pokrycie kosztów zamówienia oraz dochodzeniu roszczeń od wykonawców, którzy nie wykonali zamówienia lub wykonali je w sposób nieterminowy.

Następny rozdział dotyczy zasad przyznawania i wydatkowania dotacji. Jest to o tyle ważne, że dotacja jest środkiem, którego państwo często używa, aby sfinansować część zadań, które bezpośrednio nie są realizowane przez administrację rządową, ale wchodzi w skład funkcji, jakie wykonuje państwo. Przedstawione tu zagadnienia dotyczące zarówno zagadnień związanych z przyznawaniem, jak i wydatkowaniem oraz rozliczaniem dotacji.

W rozdziale szóstym Autor szeroko przedstawił kontrowersyjne na gruncie zamówień publicznych zagadnienie należytego określenia szacunkowej wartości zamówienia. Jest to niezwykle ważne zarówno z punktu widzenia zamawiającego, jak i wykonawcy. Należyte określenie wartości zamówienia chroni zamawiającego przed wyzyskiem oraz wydatkowaniem zbyt dużych środków publicznych na produkt, którego wartość jest mniejsza. Natomiast wykonawca, który poniósł często dość duże nakłady związane z przygotowaniem oferty, jest chroniony przed bezprawnymi próbami unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na zbyt wysoką cenę.

Rozdział siódmy dotyczy dość skomplikowanej problematyki, jaką jest zawieranie i wykonywanie umów o zamówienia publiczne. Przedstawione zostały szeroko kwestie związane z obowiązkiem zawarcia umowy i konsekwencjami, jakie to rodzi zarówno wobec zamawiającego, jak i wykonawcy, a także odrębności w tym zakresie w stosunku do powszechnie obowiązujących przepisów prawa cywilnego. Szczególnie ciekawie zostało ujęte zagadnienie zawierania umów wieloletnich, co jest przyjęte powszechnie w zwykłym obrocie, ale w przypadku zamówień publicznych jest to wyjątek, spowodowany m.in. faktem, że jednostki sektora finansów publicznych działają w oparciu o budżet, który jest tylko rocznym planem finansowym. Autor przedstawił także problematykę zapłaty za wykonanie robót budowlanych, co ze względu na problemy związane z wynagrodzeniem wykonawców, którzy z kolei zatrudniają podwykonawców, może rodzić spore komplikacje.

Problematyki związanej z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy o zamówienie publiczne dotyczy rozdział ósmy. Autor nie poprzestał tu na przedstawieniu funkcji zabezpieczenia, ale przedstawił i szczegółowo omówił sposoby zabezpieczenia oraz zasady jego wniesienia.

Ostatni, dziewiąty rozdział omawianej monografii Ryszarda Szostaka dotyczy zagadnień związanych z odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającej na złamaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazano tu na rodzaje uchybień, jakie można popełnić przy wykonywaniu zamówienia, i opisano zakres podmiotowy ustawy ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności członków komisji przetargowych, podstaw prawnych odpowiedzialności, trybu postępowania za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i wreszcie katalogu kar.

III. Recenzowana monografia jest napisana prostym, przystępnym językiem, co niewątpliwie zwiększa jej atrakcyjność. Niewątpliwym atutem książki jest kompleksowe ujęcie poruszonej problematyki. Autor nie unika od porównań interdyscyplinarnych, co w takiej skomplikowanej dziedzinie prawa, jaką są zamówienia publiczne, jest dużą zaletą. Dotyczy to szczególnie sytuacji, gdy zasady kontraktowania wynikające z przepisów prawa cywilnego są ograniczone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarówno przez przepisy prawa finansowego, jak i samo Prawo zamówień publicznych. Książka swoim tematem wkracza tam,

gdzie większość komentarzy i poradników dotyczących zamówień się kończy. Niewątpliwie cennym dla samego ujęcia tematu jest uwzględnienie w recenzowanej książce bogatego orzecznictwa sądowego dotyczącego zamówień publicznych, a także poglądów doktryny w tym zakresie. Autor przywołuje tu przede wszystkim literaturę z zakresu finansów publicznych, która nie jest zbyt szeroko znana wśród osób zajmujących się praktycznie zamówieniami publicznymi. Można powiedzieć, że jest to zaleta sama w sobie, zmusza bowiem czytelnika do szerszego niż tylko praktyczne spojrzenie na zamówienia publiczne. Przedstawiona praca, uwzględniając jej merytoryczną zawartość oraz nowatorskie ujęcie opisywanej problematyki, zasługuje na wysoką ocenę. Monografia Ryszarda Szostaka jest więc ciekawą i przydatną publikacją dla tych, którzy zajmują się zawodowo lub interesują problematyką zamówień publicznych.

Przemysław Szustakiewicz



KALEJDOSKOP WYDARZEŃ

1. 21 maja Uczelnia Łazarskiego nawiązała współpracę z Uniwersytetem Amerykańskim w Rzymie. Władze obu uczelni, Prezydent Juliusz Madej oraz Prezydent Robert A. Marino, podpisali w Rzymie List Intencyjny, na mocy którego uczelnie zobowiązały się realizować misję edukacji studentów w taki sposób, aby po ukończeniu studiów mieli oni szansę na znalezienie satysfakcjonującej pracy na globalnym rynku. Na mocy porozumienia polscy studenci mogą już podejmować naukę (jeden lub dwa semestry) na Uniwersytecie Amerykańskim w Rzymie. Prezydent Robert A. Marino zapowiedział możliwość uruchomienia specjalnych stypendiów, dzięki którym dwóch polskich studentów poniesie tylko połowę kosztów za studia.
2. 3 czerwca w Uczelni Łazarskiego Pani Ashley Dodge z angielskiego wydawnictwa Pearson została odznaczona Medalem Komisji Edukacji Narodowej jest to najwyższe odznaczenie resortowe nadawane przez Ministra Edukacji Narodowej. W uznaniu działalności przyczyniającej się do promowania Polski w amerykańskich podręcznikach akademickich.
3. 9 czerwca Ambasador Ashe wziął udział w sesji poświęconej administracji publicznej, podczas której opowiadał o różnicach w podejściu do samorządności lokalnej w Stanach Zjednoczonych i Polsce. Sesję otworzył Prezydent Uczelni Łazarskiego Juliusz Madej.
4. 18 czerwca po raz kolejny zostały wręczone studentom certyfikaty za pracę w Studenckiej Poradni Prawnej oraz w studenckim programie edukacji zewnętrznej „Prawo na co dzień”. W roku akademickim 2007/2008 Studencka Poradnia Prawna przygotowała 170 opinii prawnych, a studenci uczestniczący w programie studenckiej edukacji zewnętrznej „Prawo na co dzień” przeprowadzili warsztaty w 34 szkołach średnich.
5. 27 czerwca „Gazeta Prawna” ogłosiła wyniki rankingu niepublicznych wydziałów prawa, w którym to Wydział Prawa Uczelni Łazarskiego zajął I miejsce.

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 dyskietką 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.

**Oficyna 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. III popr., Warszawa 2008.
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 2006.
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, 4/2007, 1/2008, 2/2008.
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-Tomporek*, Warszawa 2006.

26. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Wybór kazusów z prawa międzynarodowego. Zagadnienia ogólne*, zeszyt 1, Warszawa 2008.
27. Ewelina Milan, Małgorzata Sekuła, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 2006.
28. „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, 4(19)2007.
29. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
30. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
31. Leokadia Oręziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
32. Stanisław Paweła (red. nauk.), *Prawo w okresie społecznych przemian*, Warszawa 2005.
33. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
34. *Statystyka w biznesie. Zastosowanie narzędzi Excel'a*, praca zbiorowa, Warszawa 2005.
35. Bartosz Szolc-Nartowski (tłum.), *Digesta Justyniańskie, 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.pl