

# DYSKRETNY UROK TEORII

Księga jubileuszowa

Profesora Tadeusza Biernata





# DYSKRETNY UROK TEORII

Księga jubileuszowa  
Profesora Tadeusza Biernata

pod redakcją Jakuba Biernata i Marcina Pieniążka

Kraków 2024





*Profesor Tadeusz Biernat*





Krakowska Akademia  
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Rektor  
prof. KAAFM dr Klemens Budzowski

Kraków, dnia 24 stycznia 2024 roku

*Szanowny Panie Profesorze!*

z okazji 75. urodzin i ponad czterech dekad pracy naukowo-dydaktycznej przede wszystkim pragnę podziękować Panu za lata pracy jako nauczyciel akademicki w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, z którą związał się Pan w roku 2003, za twórczy wkład w rozwój Wydziału Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii, którym kierował Pan jako Dziekan przez dwie kadencje w latach 2005–2011, za jakość relacji ze współpracownikami i studentami, za dbałość o kulturę pracy i wzajemny szacunek.

Godne uznania są dwa priorytety, które uczynił Pan kwintesencją swojej aktywności na niwie zawodowej i prywatnej, a mianowicie Nauka i Rodzina.

W imieniu własnym i całej społeczności akademickiej Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego życzymy Panu Profesorowi zdrowia i wszelkiej pomyślności.

Rektor

Prof. KAAFM dr Klemens Budzowski





Jakub Biernat\*  
Marcin Pieniążek\*\*

## O człowieku wszechstronnym w teorii i w praktyce. Sylwetka Profesora Tadeusza Biernata

Inicjatywa władz Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, by uczcić jubileusz siedemdziesiątej piątej rocznicy urodzin Profesora Tadeusza Biernata wydaniem niniejszej książki i powierzyć nam rolę jej redaktorów, postawiła przed nami szereg wyzwań. Sprostanie im jest zaszczytem, wiążącym się wszakże z niemałą odpowiedzialnością. Dotyczy to zwłaszcza przedstawienia sylwetki Jubilata.

Szczególnie kuszące w tym ostatnim zakresie zdaje się wskazanie dominującej cechy – najlepiej manifestującej się i w życiu zawodowym, i w życiu osobistym – mogącej stanowić zarówno kamień węgielny, jak i zaprawę łączącą elementy budowli będącej opisem Jubilata. W pierwszym odruchu ciśnie się jednak na usta pytanie: jakże kompetentnie i rozważnie wskazać jedną cechę takiej osoby jak Profesor Tadeusz Biernat? W jego wielowymiarowości – jako człowieka, naukowca, nauczyciela akademickiego, członka rodziny i przełożonego –

---

\* Dr hab., prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0002-3546-8098.

\*\* Dr hab., prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0001-9995-3853.

narzucające się poszczególne cechy, nawet gdy trafnie go opisują, to mogą sprawiać wrażenie nieuprawnionej redukcji. Wieloletnie i złożone relacje z Jubilatem sprawiają, że przedstawiony dylemat jest dla nas w istocie pozorny. Oczywiście, dominującą, niepodważalną i jakże pojemną cechą Profesora Tadeusza Biernata – w całym kosmosie jego człowieczeństwa – jest wszechstronność.

Wszechstronny to uzdolniony, wszechstronny to wielokierunkowy.  
O wykształceniu

Będący rolnikami w podkrakowskich Zielonkach rodzice Jubilata z ogromnym wyczuciem zdecydowali o posłaniu syna – płynnie i dużo wówczas czytającego, sprawnie liczącego i regularnie uciekającego z domu, by (jak sam mówi) sprawdzić, co znajduje się za horyzontem – do szkoły podstawowej w wieku sześciu lat. Z równym wyczuciem sam Jubilat, tuż przed rozpoczęciem nauki w szkole średniej, przeniósł – w tajemnicy przed rodzicami – dokumenty złożone już w jednym z krakowskich techników do II Liceum Ogólnokształcącego im. Króla Jana III Sobieskiego.

Po złożeniu egzaminu maturalnego w wieku siedemnastu lat rozpoczął, a w wieku dwudziestu jeden lat ukończył studia prawnicze na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, broniąc pracy magisterskiej z zakresu prawa międzynarodowego publicznego pod tytułem *Sprawa arrasów w świetle prawa międzynarodowego* przygotowanej pod kierunkiem profesora Stanisława Nahlika. Studia prawnicze łączył ze studiowaniem historii sztuki na Wydziale Historycznym Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego odbył studia doktoranckie, w ramach których, pod opieką naukową profesora Kazimierza Opałka, napisał rozprawę doktorską pod tytułem *Wybrane problemy teoretyczne mitu politycznego*. To na jej podstawie uchwałą Rady Naukowej Instytutu Nauk Politycznych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego dnia 10 czerwca 1981 roku został mu nadany tytuł doktora nauk politycznych.

Uchwałą Rady Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego z dnia 11 grudnia 2000 roku, na podstawie oceny ogólnego dorobku naukowego i przedstawionej rozprawy habilitacyjnej pod tytułem *Legitymizacja władzy politycznej. Elementy teorii*, uzyskał stopień naukowy doktora habilitowanego nauk humanistycznych w zakresie nauk o polityce – teorii i metodologii polityki, zaś postanowieniem

Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 czerwca 2021 roku otrzymał tytuł naukowy profesora w dziedzinie nauk społecznych w dyscyplinie nauki prawne.

Wszechstronny to mądry, wszechstronny to twórczy, wszechstronny to interdyscyplinarny. O nauce

Działalność naukowa Profesora Tadeusza Biernata, prezentowana zwłaszcza w publikacjach naukowych i wystąpieniach na konferencjach, a realizowana w szczególności w wielu projektach badawczych i grantach, ma bez wątpienia charakter interdyscyplinarny. Poszczególne jej elementy są spajane przez wzmożone zainteresowanie zagadnieniami teoretycznymi i metodologicznymi<sup>1</sup>, także w ujęciu filozoficznym; przez podejmowanie tematów doniosłych w kontekście zachodzących zmian społecznych, politycznych i prawnych; przez nowatorstwo oraz twórczy wymiar i ogólny charakter prowadzonych badań. Warty szczególnej uwagi zdaje się zwłaszcza następujący dorobek naukowy Jubilata.

W pracy doktorskiej i rozwijającej jej wątki monografii<sup>2</sup> Jubilat, proponując podejście semiologiczne, sformułował nowatorską koncepcję teoretyczną współczesnego mitu politycznego, odchodząc od jego tradycyjnego ujęcia koncentrującego się na znaczeniu fabuły. Warto wskazać, że publikacja przywołanej monografii została wstrzymana na kilka lat siłami cenzury, zaś jej istotnego naukowo i społecznie wymiaru dowodzi nie tylko walor merytoryczny wzmocniony współcześnie wręcz niewyobrażalnym nakładem wynoszącym 2200 egzemplarzy, ale i żywe i nieustające odwołania do niej w wymiarze naukowym<sup>3</sup> i w życiu publicznym<sup>4</sup>.

Zachodząca w Polsce na przełomie lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych transformacja ustrojowa waloryzująca znaczenie prawa i jego wpływu na funkcjonowanie społeczeństwa i władzy, a w konsekwencji otwierająca w szczególności nowe możliwości w badaniach

<sup>1</sup> Będące zapewne *ad fontem* efektem podjęcia pierwszych badań naukowych pod kierunkiem profesora Kazimierza Opałka.

<sup>2</sup> *Mit polityczny*, Warszawa 1989.

<sup>3</sup> Zob. np. B. Kwiatkowski, *Podejście semiologiczne w badaniach nad zjawiskiem mitu politycznego na przykładzie mitu smoleńskiego*, „Świat Idei i Polityki” 2018, t. 17, s. 192–213.

<sup>4</sup> Zob. np. [archiwum.tvn24.pl/magazyn-tvn24/173/tvn24.pl/magazyn-tvn24/kto-kontroluje-przeszlosc-kontroluje-przyszlosc-ten-plan-kaczynski-opracowal-przez-lata,173,2964.html](http://archiwum.tvn24.pl/magazyn-tvn24/173/tvn24.pl/magazyn-tvn24/kto-kontroluje-przeszlosc-kontroluje-przyszlosc-ten-plan-kaczynski-opracowal-przez-lata,173,2964.html) [dostęp: 29.08.2023].

nad relacjami między sferą prawa a sferą polityki oraz między systemem prawnym a systemem politycznym skierowała zainteresowania naukowe Jubilata ku teorii i filozofii prawa. Relacje między systemem prawnym a systemem politycznym zaowocowały sięgnięciem do tematu legitymizacji władzy, co znalazło odzwierciedlenie w kolejnej monografii<sup>5</sup>. Wychodząc od charakterystyki założeń teorii legitymizacji i szerszego kontekstu analizy zjawiska legitymizacji, Profesor Tadeusz Biernat przeprowadził w niej krytyczną analizę podstawowych elementów funkcjonujących teorii legitymizacji, co pozwoliło mu na sformułowanie dwóch zasadniczych tez dotyczących zjawiska legitymizacji: tezy, że w ramach teorii legitymizacji mamy do czynienia z wieloma paradoksami, których rozwiązanie polega na arbitralnym wkroczeniu w łańcuch legitymizacyjnych zależności, oraz tezy, że zjawisko legitymizacji należy traktować w sposób dynamiczny, a nie statyczny.

Wyznaczenie przez Jubilata nowego paradygmatu badań nad legitymizacją bazowało na ustaleniach dotyczących budowania obrazu świata społecznego, dynamiki porządku politycznego, a także krytyki niektórych twierdzeń z zakresu teorii legitymizacji. Ustalenia te pozwoliły na przyjęcie przez niego wstępnej definicji legitymacji pojmowanej jako wynik procesu legitymizacyjnego. Według niej legitymacja władzy politycznej jest – opartym na zróżnicowanej grupowo autonomicznej społecznej orientacji – systemem znaczeń przypisywanych normom, instytucjom i realnym działaniom władzy, który względnie trwale wpływa na stosunki w obrębie władzy. Pozwoliło to Jubilatowi na oddzielenie możliwych wariantów teorii. Z jednej strony teorii normatywnej – odpowiadającej na pytanie, jaka powinna być podstawa tego systemu znaczeń, czyli ze względu na jakie oceny i wartości, zawarte w autonomicznej społecznej orientacji, prawo, władza, system polityczny może być legitymowany. Z drugiej zaś teorii formalnej (analitycznej) – koncentrującej się na charakterystyce warunków, które muszą być spełnione, aby systemy znaczeń odwołujące się do orientacji społecznej mogły się uzewnętrznić i zaistnieć jako elementy wpływające na stosunki w obrębie władzy. Zdaniem Profesora Tadeusza Biernata legitymizacja jest rodzajem gry aktorów społecznych w obrębie wyróżnionych aspektów systemu politycznego i prawnego, której sposobem jest dyskurs. Ważnym zadaniem jest stwierdzenie, jak przedstawia się konkretna sytuacja, w której (potencjalnie) dyskurs może zaistnieć. Określenie swoistej przestrzeni procesu legitymizacyjnego powinno wyprzedzać badanie działań ważnych z punktu widzenia

<sup>5</sup> *Legitymizacja władzy politycznej. Elementy teorii*, Toruń 1999.

dyskursu i kluczowych dla legitymizacji. Koncepcja modelu legitymizacji stworzona przez Jubilata jest oparta na przedstawieniu procesu legitymizacyjnego jako syntezy dwóch nurtów legitymizacji obejmujących filary w postaci legitymowania atrybutywnego i konstytutywnego. W nawiązaniu do tych ustaleń teoretycznych Jubilat podjął w kolejnych latach szerokie badania nad problemami legitymizacji prawa oraz legitymizacji procesu prawotwórczego.

Dalsze przeobrażenia ustrojowe skutkujące możliwością akcesji Polski do Unii Europejskiej były dla Jubilata katalizatorem do podjęcia badań nad prawem Unii Europejskiej. W pierwszym rządzie były one ukierunkowane na analizę tej szczególnej cechy jego systemu, którą stanowi silna pozycja prawa. Zdaniem Jubilata przejawia się ona w wyraźnej dominacji systemu prawnego w stosunku do systemu politycznego w ramach procesu integracji, co oznacza odwrócenie tradycyjnego porządku: suwerenność została przypisana prawu, a z takiej pozycji prawa „wyprowadzone” zostały częściowe uprawnienia władcze niezależnych od państw członkowskich ośrodków decyzyjnych. Zdaniem Profesora Tadeusza Biernata właśnie to rozwiązanie zadecydowało w zasadniczej mierze o „osobliwości” systemu europejskiego i pozwala go charakteryzować jako „wspólnotę prawa”. Stało się to osnową kolejnej monografii<sup>6</sup>. Jubilat podejmował także inne zagadnienia odnoszące się do prawa unijnego, w szczególności dotyczące charakterystyki unijnego systemu prawnego, w tym „deficytu” demokracji, jego konstytucjonalizacji oraz tworzenia prawa.

Istotną część prowadzonych badań Jubilat poświęcił problematyce tworzenia prawa jako procesu legislacyjnego, także na tle polityki tworzenia prawa. Najważniejsze ich wyniki zostały zaprezentowane w następnym opracowaniu monograficznym<sup>7</sup>. Przedstawiona w nim analiza procesu legislacji obejmowała dwie płaszczyzny. Pierwszą, teoretyczną, tworzą ustalenia odnoszące się do wybranych aspektów teorii tworzenia prawa oraz dominujących modeli tworzenia prawa. W krytycznej analizie Jubilat wskazał, że mimo przypisywania odpowiedniej rangi „preferowanym” modelom żaden z nich nie uzyskuje takiego statusu, który pozwalałby na wyeliminowanie niestabilności intelektualnego zaplecza procesu prawotwórczego. Druga obejmowała analizę organizacji procesu prawotwórczego, której trzon stanowią regulacje proceduralne i prawnie ukonstytuowane podmioty instytucjonalnie zaangażowane w legislację. Ta płaszczyzna analizy obejmowała

<sup>6</sup> *Wspólnota prawa. O osobliwościach systemu europejskiego*, Toruń 2002.

<sup>7</sup> *Legislacja. Analiza procesu*, Kraków 2016.

również standardy legislacji wynikające z przyjmowanych rozwiązań systemowych oraz zasad techniki prawodawczej. W świetle dokonanej analizy procesu legislacyjnego Jubilat potwierdził zależność efektów legislacji od skorelowania proponowanych normatywnych modeli tworzenia prawa z organizacją procesu prawotwórczego. Zdaniem Profesora Tadeusza Biernata ukształtowanie i uporządkowanie procesu prawotwórczego, zarówno w wymiarze zaplecza teoretycznego, jak i organizacji legislacji, winno być skorelowane, a przyjmowane rozwiązania winny być relewantne, jeśli tworzone prawo ma spełniać przypisywane mu wartości. W opinii Jubilata realizacja kanonu poprawnej/przyzwoitej legislacji i zagwarantowanie relatywnie wysokiej jakości tworzonego prawa wymaga przynajmniej takiego poziomu dostosowania, w którym przyjęte rozwiązania organizacyjne będą gwarantowały postulowany sposób działania wyznaczony akceptowanym modelem teoretycznym.

Doniosłe miejsce w dorobku naukowym Profesora Tadeusza Biernata zajmuje zagadnienie wpływu normatywnych źródeł prawa na tworzenie prawa. Wyniki przeprowadzonych badań zostały zaprezentowane w najnowszej monografii Jubilata<sup>8</sup>, w której zaproponowano odwołanie się do paradygmatu prawa w przestrzeni normatywnej. Zdaniem Profesora Tadeusza Biernata paradygmat ten jest bardziej relewantny względem cech, zakresu i zmienności środowiska normatywnego. Poza zróżnicowaną paletą elementów normatywnych kluczową rolę odgrywają występujące współcześnie zjawiska i procesy decydujące o formach ich agregacji. Tworząc koncepcję przestrzeni normatywnej, Jubilat wskazał, że jej ważną cechą jest włączenie dodatkowych elementów „wyrażających normatywność”, co może przybierać różne formy i działać w wielu sferach kreujących nową rzeczywistość normatywną. Oprócz elementów przestrzeni normatywnej istotne dla jej określenia są reguły preferencyjne umożliwiające jej strukturalizację/standaryzację i nadające jej ostateczny kształt struktury elastycznej w mniejszym stopniu zhierarchizowanej niż systemy aksjonormatywne. Zdaniem Jubilata jest to proces sformalizowany oparty na mniej lub bardziej precyzyjnie określonych regułach zewnętrznych niezależnych od treści poszczególnych elementów normatywnych. To, w jakim kierunku zwracamy się przy konstruowaniu przestrzeni normatywnej, wynika z przyjętych reguł preferencji. W ich ustalaniu zaś rozstrzyga się spór o kształt tejeż przestrzeni.

<sup>8</sup> *Prawo w przestrzeni normatywnej*, „Jurysprudencja” 13/2019, Łódź 2019.

## Wszechstronny to wielowątkowy. O dydaktyce

Prowadzona przez Profesora Tadeusza Biernata już od niemal pięćdziesięciu lat działalność dydaktyczna jest w istotnym stopniu odzwierciedleniem jego zainteresowań naukowych. Z jednej strony pozwala to na uznanie jej za istotnie zróżnicowaną, z drugiej zaś przesądza o jej merytorycznej wartości.

Jubilat rozpoczął pracę dydaktyczną w 1976 roku jako asystent, a następnie jako adiunkt, w Instytucie Nauk Społecznych (później Wydziale Nauk Społecznych) Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie. Początkowo prowadził ćwiczenia z przedmiotu nauka o polityce, następnie opracował program i prowadził do 2003 roku wykłady i ćwiczenia z przedmiotu podstawy prawa. W 1997 roku uzyskał grant z programu „The Jean Monnet Project – Poland”, który realizował w latach 1997–2003 prowadząc wykłady w ramach stałego kursu prawo Wspólnoty Europejskiej (European Community Law. The Basic Problems).

Rozpocząwszy w 2003 roku pracę w Krakowskiej Szkole Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego (później Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego), prowadził – i w określonym wymiarze prowadzi do dzisiaj – na Wydziale Prawa i Administracji (później Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych) wykłady z przedmiotów European Community Law (w języku angielskim), teoria polityki, podstawy teorii władzy publicznej, władze publiczne w demokratycznym państwie prawa, legislacja i zasady techniki prawodawczej oraz wstęp do prawoznawstwa. Pod jego kierunkiem powstało kilkadziesiąt prac magisterskich, w szczególności z zakresu prawoznawstwa, legislacji i ochrony praw człowieka.

W roku akademickim 2003/2004 wykładał na studiach prawnych prowadzonych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego przedmiot państwo współczesne – przemiany w sferze prawa i polityki, a w latach 2002/2003 i 2003/2004 wygłosił cykl wykładów „Sport w prawie Unii Europejskiej” w ramach podyplomowego studium zarządzanie w organizacjach sportowych organizowanego przez Instytut Spraw Publicznych Wydziału Zarządzania i Komunikacji Społecznej Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Pracując w latach 2002–2004 w Wyższej Szkole Turystyki i Ekologii w Suchej Beskidzkiej, głosił wykłady z przedmiotów systemy ustrojowe państw współczesnych, system administracji publicznej oraz podstawowe prawa człowieka, zaś w roku akademickim 2004/2005

wykładał współczesną organizację polityczną społeczeństwa oraz prawo w społeczeństwie w Wyższej Szkole Zarządzania i Bankowości w Krakowie.

### Wszechstronny to sprawny. O pracy organizacyjnej

Niezależnie od pracy naukowej i dydaktycznej Profesor Tadeusz Biernat od lat konsekwentnie angażuje się w wielopłaszczyznową działalność o charakterze organizacyjnym, służąc wiedzą i doświadczeniem na różnych polach i w wielu wymiarach. Nie sposób w tym zakresie nie zwrócić uwagi w szczególności na jego następujące osiągnięcia.

W latach 2005–2011 Jubilat był dziekanem Wydziału Prawa i Administracji Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego (później Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego), sprawując tę funkcję przez dwie kadencje. W tym czasie w szczególności wprowadził na wydziale rozwiązania realizujące wymogi wynikające z procesu bolońskiego wdrażanego w ramach konsolidacji europejskiego obszaru szkolnictwa wyższego, zaś Centralna Komisja do Spraw Stopni i Tytułów przyznała wydziałowi uprawnienia do nadawania stopnia doktora w dyscyplinie prawo. W 2009 roku gościł pierwszą wizytację Państwowej Komisji Akredytacyjnej, która przyznała wydziałowi pozytywną ocenę.

W latach 2004–2013 był dyrektorem Instytutu Nauk o Państwie i Prawie, a od 2013 roku jest kierownikiem Katedry Teorii, Filozofii i Polityki Prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych (uprzednio Wydziale Prawa i Administracji) Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego (uprzednio Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego).

W latach 2010–2020 Profesor Tadeusz Biernat był ekspertem Państwowej Komisji Akredytacyjnej (później Polskiej Komisji Akredytacyjnej). W tej roli odbył blisko siedemdziesiąt wizytacji na kierunkach prawo i administracja w uczelniach publicznych i niepublicznych.

W latach 2011–2013 był członkiem zespołu ekspertów do oceny projektów badawczych w konkursach ogłoszonych przez Narodowe Centrum Nauki, a w latach 2011–2013 pełnił funkcję przewodniczącego zespołów ekspertów w panelu „HS5 – Normy i władza: prawo, nauki o polityce, polityka regionalna i społeczna”, nie tylko wykonując ponad sto recenzji wniosków, ale i uczestnicząc we wdrażaniu nowej formuły finansowania badań naukowych.



Profesor Tadeusz Biernat był członkiem powołanej z dniem 11 października 2013 roku przez Rzecznika Praw Dziecka społecznej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego przy Rzeczniku Praw Dziecka. W ramach jej prac uczestniczył w szczególności w przygotowaniu projektu Kodeksu rodzinnego opublikowanego w 2018 roku, służąc wiedzą wynikającą z badań naukowych prowadzonych nad tworzeniem prawa ujmowanym jako proces legislacyjny. W uznaniu wkładu Jubilata w prace nad przygotowaniem projektu kodeksu Rzecznik Praw Dziecka odznaczył go Odznaką Honorową za Zasługi dla Ochrony Praw Dziecka.

Od 2011 roku Jubilat jest nieprzerwanie członkiem Komisji Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk Oddział w Krakowie żywo zaangażowanym w jej działalność.

Od 2022 roku pełni funkcję wiceprzewodniczącego Rady Naukowej w Stowarzyszeniu Badań nad Źródłami i Funkcjami Prawa „Fontes”, którego działalność łączy wysiłki naukowców i praktyków dążących do poszerzenia tradycyjnego podejścia do badań nad prawem o nowe elementy w celu poznania przyczyn tworzenia norm prawnych oraz wielowymiarowych skutków ich funkcjonowania.

Postanowieniem Prezydenta RP z dnia 26 września 2005 roku Profesor Tadeusz Biernat został odznaczony Złotym Krzyżem Zasługi za zasługi w pracy naukowej, dydaktycznej i organizacyjnej.

### Wszechstronny to otwarty, wszechstronny to rozumny. O stosunku do ludzi

Niezależnie od zakładanej niekiedy, zwłaszcza w ostatnim czasie, mąski, Jubilat uwielbia ludzi i kontakt z nimi. Kontakt, w którym on sam pozostaje w tle, a którego istotą jest poznanie drugiego człowieka. W poznawaniu tym cechuje Jubilata niezwykła wręcz otwartość wynikająca z przekonania, że wartościowy i intrygujący jest każdy człowiek niezależnie od wieku, statusu społecznego, płci, pochodzenia, wykształcenia, wykonywanego zawodu, ilorazu inteligencji czy bagażu doświadczeń życiowych. Bliscy i dalsi znajomi, koleżanki i koledzy, przyjaciele Jubilata tworzą więc niezwykle zróżnicowane grono.

W budowaniu relacji jest cierpliwy. Dostrzega racje innych i targające nimi wątpliwości. Z ogromnym wyczuciem potrafi oddzielić sprawy istotne od mniej ważnych. Nie stawia niczego na ostrzu noża. Nie chowa urazy.

## Wszechstronny to różnorodny. O pasjach, talentach i umiejętnościach

O pasjach, a nie o zainteresowaniach, hobby czy koniku. Gdy coś porywa Jubilat, ten odpowiada głębokim zaangażowaniem.

Podróże jako doświadczanie autentyczności miejsc i bliskości z ludźmi. Jubilat mógłby z nich wysłać choćby takie pocztówki: samotny wyjazd samochodem z Krakowa do Damaszku w 1979 roku, wielodniowe oczekiwanie na kilka litrów benzyny na kempingu pod Iskenderun w czasie kryzysu paliwowego, a po ich zdobyciu oddanie połowy właśnie poznanemu belgijskiemu motocykliście, noclegi w obozie dla uchodźców, a nie w hotelu. Tygodnie spędzone w Bengalu Zachodnim, a następnie goszczenie poznanych tam hinduskich przyjaciół w Krakowie w bloku z wielkiej płyty. Nocne zbłąkanie w krętych uliczkach arabskiej części Jerozolimy i przyjazd taksówką do hotelu kilka godzin później w towarzystwie roześmianych miejscowych. Opłynięcie statkiem Islandii. Kawa w Rick's Café Américain w Casablance. Ucieczka przed powodzią błyskawiczną w Jordanii. Szlakiem wulkanów we Włoszech – Pola Flegrejskie, Wezuwiusz, Etna i Stromboli. Odessa – gorąca, kolorowa, wielokulturowa, secesyjna, ze znajomymi na każdym kroku, niegdyś taka radosna.

Przyroda jako dzieło stworzone i tworzywo. Góry – kiedyś Alpy i Tatry, a w nich wejście na Rysy, Świnicę, Kościelec, przejście Orlą Percią, ostatnio Pireneje. Morze – ciepłe i zimne, najchętniej na statku, by czuć pełniej i bez ustanku. Wędkarstwo – karpie, tołpygi, szczupaki, sandacze, okonie czy amury łowione w akwenach całej Europy. Grzyby – kosze pełne prawdziwków zebranych w ulubionych świętokrzyskich i lubuskich lasach. Działka – własne pomidory, ogórki, cukinie, fasola, rukola, brzoskwinie, maliny, wszystko to pyszne, pachnące i ekologiczne.

Sport jako budowanie siebie, źródło podziwu dla innych i emocje. Lata treningów judo, tysiące przebiegniętych kilometrów, wiele rozegranych meczów piłkarskich. A jako kibic – skoki narciarskie, boks, tenis, koszykówka, lekkoatletyka, a przede wszystkim piłka nożna. Zwłaszcza z Wisłą w sercu i za Wisłą na trybunach. Również na sektorze wyjazdowym – od Wronek, Radomska, Radzionkowa, Warszawy, Wrocławia, Bytomia, Katowic, Zabrze, Mielca po Parmę, Triest, Wiedeń, Ateny, Nancy, Rotterdam, Barcelonę, Londyn, Madryt czy Liège.

Literatura jako pamięć o minionym i zwierciadło dla współczesnych tworzące sztafetę pokoleń. Karol Bunsch, Hans Hellmut Kirst, Waldemar Łysiak, Alberto Moravia i Ryszard Kapuściński.

Nauka bez granic wyznaczonych życiem zawodowym. Archeologia, astrofizyka, kosmologia, matematyka teoretyczna.

Jest Jubilat człowiekiem wielu talentów i umiejętności, w tym tych nieoczywistych. Przynajmniej o kilku warto wspomnieć. Ma fenomenalną pamięć, która ułatwia nie tylko funkcjonowanie w życiu zawodowym, ale i pozwala przywoływać bez ryzyka omyłki zdarzenia, informacje, postaci, teksty literackie, z którymi miał styczność również w odległej przeszłości. Z ogromną łatwością uczy się języków obcych (kto z czytelników wie, że bardzo dobrze mówi po szwedzku?), co wraz z darem komunikacji, wzmocnionym wspomnianym już przyrodzonym wręcz zainteresowaniem drugim człowiekiem, pozwala mu porozumieć się z każdym na niemal każdy temat. Nie tylko z racji wykształcenia zna się doskonale na dziełach sztuki, zwłaszcza obrazach oraz antycznych meblach. Te ostatnie zresztą z ogromnym zaangażowaniem i dbałością często samodzielnie odnawia. Jest specjalistą od kamieni szlachetnych i ozdobnych, można wręcz rzec – gemmologiem amatorem. Predestynujące go do tego spostrzegawczość, cierpliwość i dbałość o szczegóły uzupełnił samodzielnie zdobytą wiedzą z zakresu chemii, fizyki i mineralogii. Gotuje, piecze, smaży, blanszuje. Nie korzystając z przepisów, oryginalnie i odważnie łącząc smaki, czerpiąc inspiracje i z egzotyki, i z tradycji. Na co dzień dla siebie i rodziny, a gdy jest okazja – dla kilkunastoosobowych grup gości.

\*\*\*

Niniejsza księga jubileuszowa jest wyrazem docenienia Profesora Tadeusza Biernata jako człowieka, naukowca i nauczyciela akademickiego. Wśród czynników kształtujących Jubilata w każdym z tych wymiarów kluczową rolę odgrywała jego wyjątkowa, magiczna wręcz, relacja z ukochaną żoną Anną Biernat – prawnikiem, doktorem filozofii, naukowcem, nauczycielem akademickim, przede wszystkim zaś miłością życia i bratnią duszą Jubilata, która zmarła w Krakowie w dniu 13 sierpnia 2022 roku. Z pewnością życzeniem Jubilata byłoby, by ta księga była też poświęcona Jej pamięci.



# Wykaz publikacji naukowych Profesora Tadeusza Biernata

opracował Jakub Biernat

## I. Monografie

1989

*Mit polityczny*, Warszawa 1989.

1999

*Józef Piłsudski – Lech Wałęsa. Paradoks charyzmatycznego przywództwa*,  
Toruń 1999.

*Legitymizacja władzy politycznej. Elementy teorii*, Toruń 1999.

2002

*Wspólnota prawa. O osobliwościach systemu europejskiego*, Toruń 2002.

2007

*Polityka prawa a model edukacji prawniczej*, Kraków 2007.

2014

*Władze publiczne w demokratycznym państwie prawa. Prawo – Instytucje –  
Zasoby*, Kraków 2014.

2016

*Legislacja. Analiza procesu*, Kraków 2016.

2019

*Prawo w przestrzeni normatywnej*, „Jurysprudencja” 13/2019, Łódź 2019.

## II. Rozdziały w monografiach i pracach zbiorowych oraz artykuły w czasopismach

1978

*Ideologia i polityka*, [w:] *Podstawy nauk politycznych*, cz. I, red. J. Wielgosz, Kraków 1978.

*Nauki polityczne jako dziedzina nauk społecznych*, [w:] *Podstawy nauk politycznych*, cz. I, red. J. Wielgosz, Kraków 1978.

1981

*Polityka a ekonomika i świadomość*, [w:] *Podstawy nauk politycznych*, Kraków 1981.

1982

*Opinia publiczna a decyzje polityczne w państwie socjalistycznym*, „Zeszyty Naukowe Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica. Zagadnienia Społeczno-Polityczne” 1982, z. 22.

1987

*Antoniego Gramsciego uwagi o władzy politycznej*, „Zeszyty Naukowe Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica. Zagadnienia Społeczno-Polityczne” 1987, z. 31.

*Wyobrażenia społeczne władzy pożądaney*, „Ja i Polityka” 1987, nr 2.

1988

*Współczesny mit polityczny jako mechanizm regulacji i informacyjnego sterowania zachowaniami politycznymi*, [w:] *Psychospołeczne determinanty zachowań politycznych*, red. P. Stefaniuk, Warszawa 1988.

1990

*Fenomen władzy charyzmatycznej – ludzka potrzeba transcendencji (Refleksja antropologiczna)*, „Antropologia Polityki” 1990, z. 2.

1992

*Między aktywem a elitą. Struktura władzy w okresie tranzycji – uwarunkowania kulturowe*, [w:] *Elity polityczne w Polsce*, red. K. Pałeczki, Toruń 1992 [reprint Toruń 2007].

1993

*Determinanty zmiany systemu politycznego. Model pulsacyjny*, „Zeszyty Naukowe Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica. Zagadnienia Społeczno-Filozoficzne” 1993, z. 44.

*Józefa Piłsudskiego wizja rządu społeczeństwem nie przygotowanym do demokracji*, „Zeszyty Naukowe Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica. Zagadnienia Społeczno-Filozoficzne” 1993, z. 45.

1995

*Metafora sfery polityki a problem badania historycznego*, „Historyka. Studia Metodologiczne” 1995, t. XXV.

1997

*Europa marzeń?*, „Athenaeum. Polska w świecie” 1997, nr 1.

*Metodologiczne problemy interpretacji kulturowej. Kilka uwag o konieczności rygoryzmu*, „Historyka. Studia Metodologiczne” 1997, t. XXVII.

1998

*Etyka i polityka. Pozycja władzy legitymowanej (Status teorii społecznych na tle dyscyplin pokrewnych)*, [w:] *Człowiek. Etyka. Polityka*, red. W. Jaworski, Kraków 1998.

1999

*European Integration: A Challenge for Political Theory*, „Polish Political Science Yearbook” 1999–2000, vol. XXIX.

*Filozofia a krąg pytań o sens zjawisk społecznych*, „Kultura i Edukacja” 1999, nr 2–3.

*Podstawy prawa Unii Europejskiej – wybrane zagadnienia*, [w:] *Wybrane zagadnienia integracji europejskiej. Instytucje – Prawo – Bezpieczeństwo*, Kraków 1999.

*W kręgu zagadnień konstytucyjnych. U podstaw porządku prawnego Unii Europejskiej*, [w:] *Wokół problematyki integracji europejskiej*, red. S. Bielański, T. Biernat, Toruń 1999.

*Wstęp*, [w:] *Wokół problematyki integracji europejskiej*, red. S. Bielański, T. Biernat, Toruń 1999, współautor S. Bielański.

*Wstęp*, [w:] *Wybrane zagadnienia integracji europejskiej. Instytucje – Prawo – Bezpieczeństwo*, Kraków 1999, współautorzy: L. Porębski, S. Bielański.

2000

*„Deficyt demokracji” w strukturach Unii Europejskiej*, [w:] *Demokracja. Teoria. Idee. Instytucje*, red. T. Biernat, A. Siwik, Toruń 2000.

*Wstęp*, [w:] *Demokracja. Teoria. Idee. Instytucje*, red. T. Biernat, A. Siwik, Toruń 2000, współautor A. Siwik.

2001

*Kryzys przywództwa politycznego w świecie współczesnym*, „Krakowskie Studia Małopolskie” 2001, nr 5.

*The Lack of Sovereignty in Contemporary World. Implications for Legitimacy of Political System*, „Polish Political Science Yearbook” 2001, vol. XXX.

2002

*Filozofia, nauki społeczne, prawo. W poszukiwaniu sprawiedliwości*, [w:] *Idee i myśliciele. Filozofia współczesna a tradycja*, red. I.S. Fiut, Kraków 2002.

*Politics and Law. Their Relations in the Context of Law Decisions*, „Polish Political Science Yearbook” 2002, vol. XXXI.

*Przeobrażenia systemu Unii Europejskiej. Demokratyczne instytucje a model społeczeństwa informacyjnego*, „Kultura i Edukacja” 2002, nr 2.

*The Origins and the Limits of the European Constitution*, „Archivum Iuridicum Cracoviense. Facing the European Union – Challenges for Polish Law” 2002–2003, vol. XXXV–XXXVI.

2003

*New Research Perspectives in Politics and Law. A Few Observations on the 21<sup>st</sup> IVR World Congress*, „Polish Political Science Yearbook” 2003, vol. XXXII.

*Państwo prawa – kategoria polityczna. Aspekty analizy politologicznej i prawnej w kontekście zmian systemowych*, [w:] *Zrozumieć politykę. Główne problemy teorii polityki i współczesnej myśli politycznej*, red. R. Bäcker, J. Marszałek-Kawa, J. Modrzyńska, Toruń 2003.



*Status systemu europejskiego. Reperkusje konstytucyjne*, „Państwo i Społeczeństwo” 2003, nr 4.

*Współczesne przemiany w sferze państwa – prawa – polityki. Zarys problemów badawczych*, „Państwo i Społeczeństwo” 2003, nr 2.

2004

*Politics and Law. Towards a Discussion on Legal Decision-making Process*, [w:] *Stressing Legal Decisions*, red. T. Biernat, K. Pałeczki, A. Peczenik, Ch. Wong, M. Zirk-Sadowski, Cracow 2004.

*Przywódstwo Lecha Wałęsy zaprzeczeniem teorii przywództwa*, [w:] *Przywódstwo polityczne. Teorie i rzeczywistość*, red. L. Rubisz, K. Zub, Toruń 2004.

*Standardy państwa prawa w dokumentach Komisji Weneckiej*, [w:] *Polska i społeczeństwo w XXI wieku. Państwo i prawo w XXI wieku – szanse i zagrożenia*, red. B. Stoczewska, Kraków 2004.

2005

*W kręgu dyskusji nad konstytucjonalizacją systemu europejskiego*, [w:] *Polska w Unii Europejskiej. Bilans otwarcia*, red. J. Marszałek-Kawa, Toruń 2005.

2006

*Rola prawa w kształtowaniu instytucji władzy politycznej*, [w:] *Prawo – Władza – Społeczeństwo – Polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Pałeczki*, red. M. Borucka-Arctowa, T. Biernat, J. Czapka, H. Opalek, A. Rojek, M. Stępień, Toruń 2006.

*Współzależność norm prawnych i norm politycznych w procesie kształtowania instytucji politycznych*, [w:] *Idee – Instytucje – Demokracja. Instytucjonalizacja polskiej transformacji ustrojowej*, red. L. Rubisz, Toruń 2006.

2007

*Miejsce doktryny prawniczej w procesie tworzenia prawa*, [w:] *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały*, red. M. Nowak, Kraków 2007.

2008

*Europeizacja prawa – zjawisko wielowymiarowe. Wprowadzenie*, [w:] *Europeizacja prawa*, red. T. Biernat, Kraków 2008.

*Law making policy*, [w:] *Politics of law and legal policy. Between modern and post-modern jurisprudence*, red. T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, Wolters Kluwer Polska 2008.

*Politics of law and legal policy. Introduction*, [w:] *Politics of law and legal policy. Between modern and post-modern jurisprudence*, red. T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, Wolters Kluwer Polska 2008, współautor M. Zirk-Sadowski.

*Promotion of Legal Culture as a Factor of New Stage in Integration. From the Community of Legal Values to the Community of Law*, „Polish Political Science Yearbook” 2008, vol. XXXVII.

2009

*Complexity of the contemporary relations between legal and political systems. Directions of analysis: metaphors or tools?*, [w:] *Between complexity of law and lack of order: Philosophy of law in the era of globalization*, red. B. Wojciechowski, M. Zirk-Sadowski, M.J. Golec, Toruń–Beijing 2009 [monografia wydana także w języku chińskim].

*The Structure of the European System and the Legitimization Process of the European Constitution*, [w:] *European Constitution and National Constitutions*, red. Z. Maciąg, Kraków 2009.

*Wprowadzenie*, [w:] *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały*, red. T. Biernat, Kraków 2009.

2010

*Analizy aspekty legitymizacji władzy sędziowskiej*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie. Materiały XVIII Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawecki, Warszawa 2010.

*Legitymizacja procesu legislacyjnego*, [w:] *Prawowitość czy zgodność z prawem. Legitymizacja władzy w państwach demokratycznych*, red. A. Preisner, Wrocław 2010.

*„Trudne sprawy” w procesie tworzenia prawa. Pole dyskursu legislacyjnego*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010.

2011

*Aksjologiczne podstawy europeizacji systemów prawnych*, [w:] *Jednolitość aksjologiczna systemu prawa w rozwijających się państwach demokratycznych Europy*, red. S.L. Stadniczeńko, Opole 2011.

*Prawo i polityka. Regulacyjno-sądowniczy model polityki*, [w:] *Mysł i polityka. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jackowi Marii Majchrowskiemu*, red. B. Szlachta, Kraków 2011.

*Prawo Unii Europejskiej a kwestia bezpieczeństwa piłkarskich imprez masowych o charakterze międzynarodowym. Rola soft law na przykładzie*

*Rezolucji Rady z dnia 3 czerwca 2010 roku, „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2011, nr 3.*

2012

*Soft law a proces tworzenia prawa w Unii Europejskiej. Wpływ soft law na konstrukcję i treść uzasadnień aktów normatywnych, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2012, nr 2.*

*Władza publiczna. Problemy legitymizacji, [w:] Regnare, gubernare, administrare. Prawo i władza na przestrzeni wieków. Prace dedykowane profesorowi Jerzemu Malcowi z okazji 40-lecia pracy naukowej, red. S. Grodziski, A. Dziadzio, Kraków 2012.*

*Zasługi profesora Aleksandra Peczenika dla współczesnej teorii i filozofii prawa, [w:] Polska myśl prawnicza w XIX i XX wieku, red. P. Majer, M. Seroka, K.M. Wojciechowski, Olsztyn 2012.*

2014

*Dyskurs legislacyjny a problem neutralizacji wartości w prawie, [w:] Wielowymiarowość prawa, red. J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień, Toruń 2014.*

*Jednostka – społeczeństwo – państwo – prawo. Antynomie i relacje w stosunkach władzy a problem legitymizacji, [w:] Prawowitość władzy państwowej, red. M. Masternak-Kubiak, A. Młynarska-Sobaczewska, A. Preisner, Wrocław 2014.*

*Modele prawowitości/legitymizacji władzy, [w:] Prawowitość władzy państwowej, red. M. Masternak-Kubiak, A. Młynarska-Sobaczewska, A. Preisner, Wrocław 2014.*

*Pole dyskursu legislacyjnego w demokratycznym państwie prawa. Kilka uwag na temat poprawnej legislacji, [w:] Państwo demokratyczne, prawne i socjalne. Studia konstytucyjne. Tom I. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi, red. M. Grzybowski, P. Tuleja, Kraków 2014.*

*The Complexity of Contemporary Legal Systems – Dilemmas and the Paradoxes of Law’s Legitimacy, [w:] Towards the Recognition of Minority Groups. Legal and Communication Strategies, red. M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, K.M. Cern, Ashgate 2014.*

*Zasada the rule of law a definiowanie pojęcia państwa prawa, [w:] Demokratyczne państwo prawa. Zagadnienia wybrane, red. M. Aleksandrowicz, A. Jamróż, L. Jamróż, Białystok 2014.*

2016

*From the Community of Law to the Community of Principles*, [w:] *The Common European Constitutional Culture. Its Sources, Limits and Identity*, red. R. Hauser, M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, Peter Lang Edition 2016.

*Stabilność versus zmiana. Waloryzacja ochrony praw dziecka jako przykład wpływu otoczenia normatywnego na uzasadnione zmiany w prawie*, [w:] *Stabilność prawa w kontekście wartości, instytucji i funkcjonowania systemu prawnego*, red. T. Biernat, Kraków 2016.

*Wprowadzenie*, [w:] *Stabilność prawa w kontekście wartości, instytucji i funkcjonowania systemu prawnego*, red. T. Biernat, Kraków 2016.

2017

*Między polityką a prawem. Problem „upolitycznienia” tworzenia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji. Tom CX. Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej”, Wrocław 2017, red. A. Bator, P. Kaczmarek.

*Ochrona godności dziecka – podstawa działań odpowiedzialnych*, [w:] *Człowiek, prawo, państwo. Księga jubileuszowa dedykowana Stanisławowi Leszkowi Stadniczeńko*, Warszawa 2017.

*W poszukiwaniu adekwatnego modelu analizy tworzenia prawa*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 9.

2018

*The Impact of the Judicial Precedents on the Normative Content of Human Rights*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2018, vol. XXVII, nr 1, red. L. Leszczyński, A. Szot.

*W kręgu pytań o sprawiedliwość i legitymizację prawa*, [w:] *W poszukiwaniu prawdy. Rozważania o prawie, historii i sprawiedliwości. Prace dedykowane profesorowi Janowi Widackiemu*, red. K. Banasik, A. Kargol, A. Kubiak-Cyrul, M.J. Lubelski, E. Plebanek, A. Strzelec, Kraków 2018.

2019

*Projekt Kodeksu rodzinnego – problemy legislacyjne*, [w:] *O potrzebie nowego Kodeksu rodzinnego i jego podstawach aksjologicznych. W 30. rocznicę uchwalenia Konwencji o prawach dziecka*, red. S.L. Stadniczeńko, M. Michalak, Toruń 2019.

2020

*On the Lawmaking Policy, Discretion and Importance of the Rule of Law Standards*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2020, vol. XXIX, nr 3, red. K. Hanas, L. Leszczyński.

*Standards of law-making as the parts of normative space in the post-modern democratic states. The question of justification and legitimacy of law*, [w:] *The Philosophy of Legal Change. Theoretical Perspectives and Practical Processes*, red. M. Chmieliński, M. Rupniewski, Routledge 2020.

*Standaryzacja przestrzeni normatywnej i jej znaczenie w kontekście tworzenia prawa*, [w:] *Studia nad formalnymi i nieformalnymi źródłami prawa*, red. T. Barankiewicz, T. Barszcz, K. Motyka, J. Potrzyszcz, Lublin 2020.

### III. Redakcje

1999

*Wokół problematyki integracji europejskiej*, Toruń 1999, współredaktor S. Bielański.

2000

*Demokracja. Teoria. Idee. Instytucje*, Toruń 2000, współredaktor A. Siwik.

2004

*Stressing Legal Decisions*, Cracow 2004, współredaktorzy: K. Pałeczki, A. Peczenik, Ch. Wong, M. Zirk-Sadowski.

2006

*Prawo – Władza – Społeczeństwo – Polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Pałeckiego*, Toruń 2006, współredaktorzy: M. Borucka-Arctowa, J. Czapska, H. Opałek, A. Rojek, M. Stępień.

2008

*Europeizacja prawa*, Kraków 2008.

*Politics of law and legal policy. Between modern and post-modern jurisprudence*, Wolters Kluwer Polska 2008, współredaktor M. Zirk-Sadowski.

2009

*Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały*, Kraków 2009.

2016

*Stabilność prawa w kontekście wartości, instytucji i funkcjonowania systemu prawnego*, Kraków 2016.

## IV. Recenzje

1991

*Fenomen władzy – interpretacja mitologiczna. Recenzja książki Stanisława Filipowicza „Mit i spektakl władzy”*, PWN, Warszawa 1988, s. 249 (seria Logos), „Zeszyty Naukowe Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica. Zagadnienia Społeczno-Filozoficzne” 1991, z. 37.

2001

*Julian Kwiek: Rok 1956 w Krakowie i w województwie (Wybrane problemy)*, Wydano nakładem Instytutu Nauk Społecznych AGH, Kraków 1999, ss. 163., „Krakowskie Studia Małopolskie” 2001, nr 5.

2005

*Jacek Zalesny, Odpowiedzialność konstytucyjna w prawie polskim*, „Państwo i Społeczeństwo” 2005, nr 1.

*Krystyna Leszczyńska, Rządy Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1989–2001*, „Państwo i Społeczeństwo” 2005, nr 1.

## V. Sprawozdania

2007

*23<sup>rd</sup> IVR World Congress Law and Legal Culture in the 21<sup>st</sup> Century. Diversity and Unity*, sierpień 1–6, 2007, Kraków, „Państwo i Społeczeństwo” 2007, nr 2.

2017

*Sprawozdanie z XXII Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa*, „Prawo-polityka-sfera publiczna”, Wrocław 18–21 września 2016 r., „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2017, nr 1.

## VI. Opracowania encyklopedyczne

1996

*Mała encyklopedia wiedzy politycznej*, red. M. Chmaj, W. Sokół, Toruń 1996, hasła: *Ład polityczny, Mit polityczny współczesny, Postawa polityczna, Utopia społeczna*.

2001

*Mała encyklopedia wiedzy politycznej*, wyd. II poprawione i uzupełnione, red. M. Chmaj, W. Sokół, Toruń 2001, hasła: *Ład polityczny, Mit polityczny współczesny, Postawa polityczna, Utopia społeczna*.

2005

*Encyklopedia wiedzy politycznej*, red. M. Chmaj, J. Marszałek-Kawa, W. Sokół, Toruń 2005, hasła: *Ład polityczny, Mit polityczny współczesny, Postawa polityczna, Utopia społeczna*.

2016

*Wielka Encyklopedia Prawa. Tom VII. Teoria i filozofia prawa*, red. A. Bator, J. Zajadło, M. Zirk-Sadowski, Warszawa 2016, hasła: *Obowiązywanie prawa a jego legitymizacja, Władza publiczna*.





Jerzy Malec\*

## Tadeusz Biernat – prawnik, politolog, uczony

Profesora Tadeusza Biernata poznałem w czasie studiów na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Była to znajomość dość powierzchowna, bowiem na każdym roku było nas około trzystu studentów, a ponadto Tadeusz studiował o dwa lata wyżej. Ponownie spotkaliśmy się w 2003 roku, gdy Profesor podjął pracę w Krakowskiej Szkole Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego (obecnie Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) na Wydziale Prawa i Administracji, rezygnując z zatrudnienia na Akademii Górniczo-Hutniczej. I od tamtego czasu ta znajomość, a wkrótce zadzierzgnięta przyjaźń, trwa po dzień dzisiejszy. Dodać tu wypada, że zanim poznałem Tadeusza, znałem już Jego nieodżałowanej Pamięci Żonę Anię, z którą byłem w jednej grupie ćwiczeniowej od drugiego roku studiów.

Tadeusz Biernat ukończył w wieku dwudziestu jeden lat studia prawnicze w 1970 roku. Pracę magisterską napisał pod kierunkiem wybitnego znawcy prawa międzynarodowego publicznego prof. Stanisława Nahlika. Temat pracy nie był przypadkowy – *Sprawa arrasów w świetle prawa międzynarodowego* – bowiem autor równoległe z prawem studiował historię sztuki na Wydziale Historycznym UJ.

---

\* Prof. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, rektor Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w latach 2005–2019, ORCID: 0000-0001-5137-1977.

W tamtym czasie nie były prowadzone na prawie studia doktoranckie, istniały one natomiast na utworzonym w ramach Wydziału Prawa Instytucie Nauk Politycznych. Możliwości rozwoju naukowego były zatem dwie: asystentura w jednej z wydziałowych katedr lub studia doktoranckie, które jednak kończyły się nadaniem stopnia doktora nauk politycznych. Tadeusz wybrał tę właśnie drogę, bo coraz bardziej zaczął się fascynować problematyką polityki i władzy, które to tematy zdominują na długi czas Jego karierę naukową.

Doktorat przygotował pod kierunkiem jednego z najwybitniejszych teoretyków państwa i prawa – prof. Kazimierza Opałka. Rozprawa pod tytułem *Wybrane problemy teoretyczne mitu politycznego* została obroniona na Wydziale Prawa i Administracji UJ w 1981 roku. Jubilat pracował już wówczas jako asystent w Instytucie Nauk Społecznych AGH, miał także ukończoną aplikację prokuratorską (1972). Kolejnym krokiem w rozwoju naukowym była rozprawa habilitacyjna *Legitymizacja władzy politycznej. Elementy teorii*, na podstawie której uzyskał w 2000 roku stopień naukowy doktora habilitowanego nauk humanistycznych w zakresie nauk o polityce.

Od tego momentu zainteresowania naukowe Profesora skierowane zostały ku zagadnieniom teorii i filozofii prawa. Kolejne lata przyniosły liczne publikacje, w tym monografie: *Wspólnota prawa. O osobliwościach systemu europejskiego* (2002), *Polityka prawa a model edukacji prawniczej* (2007), *Legislacja. Analiza procesu* (2016) czy wreszcie *Prawo w przestrzeni normatywnej* (2019). Do tego dochodzą liczne granty i projekty badawcze, często o charakterze interdyscyplinarnym, ale także książki nieależące bezpośrednio w nurcie badawczym Jubilata: *Mit polityczny* (1989) oraz *Józef Piłsudski – Lech Wałęsa. Paradoks charyzmatycznego przywództwa* (1999).

Podjęcie badań naukowych z zakresu prawa usytuowało Tadeusza Biernata w kręgu wybitnych przedstawicieli krakowskiej szkoły teorii prawa, a dynamicznie rozwijający się dorobek naukowy zaowocował uzyskaniem w 2021 roku tytułu naukowego profesora w dziedzinie nauk społecznych w dyscyplinie nauki prawne. Przypomina mi się w tym miejscu rozmowa z Tadeuszem na temat wystąpienia z wnioskiem o profesurę. Na moje stwierdzenie, że z takim dorobkiem powinien już dawno wystąpić o tytuł profesora i pytanie, czemu tego nie robi, odpowiedział: „Wiesz, nie mam teraz czasu, bo kończę kolejną książkę. Jak skończę to pomyślę”. To najlepiej charakteryzuje prawdziwego naukowca – najważniejsza jest praca, nie tytuły. Szkoda, że taka postawa wciąż należy do rzadkości.

Ale nie tylko nauką zajmował się Jubilat. Ważnym elementem Jego aktywności, obok oczywistej w tej profesji dydaktyki – bardzo zresztą różnorodnej i wysoko ocenianej – była działalność organizacyjna. W 2005 roku Profesor Biernat objął funkcję dziekana Wydziału Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii, które to stanowisko piastował przez dwie kadencje do 2011 roku. Warto tu wspomnieć, że kierunek prawo powstał w naszej uczelni już w 2002 roku, jako pierwszy kierunek studiów magisterskich, a pierwszych magistrów wypromowano w czerwcu 2007 roku podczas pierwszej kadencji dziekańskiej Jubilata. Kolejnym wielkim sukcesem było uzyskanie przez Wydział w październiku 2008 roku decyzją Centralnej Komisji do Spraw Stopni i Tytułów uprawnień do nadawania stopnia naukowego doktora w dyscyplinie prawo. Wreszcie w kolejnym roku Wydział uzyskał pozytywną ocenę Państwowej Komisji Akredytacyjnej. Prawo u Frycza zaczęło być traktowane jako równorzędne z tym kierunkiem prowadzonym w uniwersytetach, a Krakowska Szkoła Wyższa stała się uczelnią akademicką i wkrótce zmieniła nazwę na Krakowską Akademię im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. Wielka w tym zasługa także ówczesnego dziekana Profesora Tadeusza Biernata.

Na uwagę zasługuje także wprowadzenie w tym czasie na Wydziale rozwiązań realizujących wymogi wynikające z wdrażania procesu bolońskiego. W roku akademickim 2006/2007 na prawie został wprowadzony system akumulacji i transferu punktów zgodnie z wymogami standardów kształcenia urzeczywistniającymi ideę Europejskiego Obszaru Szkolnictwa Wyższego, co dawało między innymi nowe możliwości w ramach międzynarodowej wymiany studentów. Rok później podobne zmiany wprowadzone zostały na kierunku administracja.

Jak widać, okres sprawowania przez Tadeusza Biernata funkcji dziekana obfitował w wiele ważnych wydarzeń, w których brał On aktywny udział.

Na Wydziale Prawa i Administracji kierował Jubilat początkowo Instytutem Nauk o Państwie i Prawie, a po likwidacji instytutów, od 2013 roku, kieruje Katedrą Teorii, Filozofii i Polityki Prawa. Przez 10 lat był także ekspertem Państwowej (następnie Polskiej) Komisji Akredytacyjnej, w którym to czasie odbył blisko siedemdziesiąt wizytacji na kierunkach prawo oraz administracja w całej Polsce. Był także ekspertem w konkursach Narodowego Centrum Nauki, członkiem społecznej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego przy Rzeczniku Praw Dziecka, a od 2011 roku jest członkiem Komisji Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk Oddział w Krakowie.

Wiele innych aktywności Profesora można by jeszcze wymienić, ale z pewnością będzie o tym mowa w tekście kreślącym całościowo sylwetkę Jubilata.

W uznaniu zasług Prezydent RP odznaczył Go 26 września 2005 roku Złotym Krzyżem Zasługi.

Ma Tadeusz Biernat poza nauką wiele innych pasji: górskie wędrówki, sport, literaturę, a nawet archeologię, astrofizykę, kosmologię czy fizykę teoretyczną. Najważniejsze jednak, moim zdaniem, są Jego cechy charakteru: sumienność, pracowitość, odpowiedzialność i życzliwość.

Profesor Tadeusz Biernat jest Uczonym uznanym w środowisku, a Jego dokonania naukowe wpisały się na stałe do kanonów wiedzy prawniczej.

Drogi Tadeuszu, życzę Ci wielu jeszcze lat aktywności naukowej, w zdrowiu, dobrym samopoczuciu, oraz realizacji wszystkich zamierzeń, jakie sobie postawiłeś.

*Ad multos annos!*

Marcin Pieniążek\*

## Dwadzieścia lat spotkań. Z życia Katedry Teorii, Filozofii i Polityki Prawa kierowanej przez Profesora Tadeusza Biernata

### Pierwsze spotkania

Minęło prawie dwadzieścia lat od czasu, kiedy po raz pierwszy spotkałem Pana Profesora Tadeusza Biernata. Miało to miejsce podczas seminarium w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, którego gościem był profesor Aleksander Peczenik, z którym Profesor Biernat przyjaźnił się i współpracował naukowo. Na pewno odbyliśmy wówczas krótką rozmowę, dzięki której, po obronie doktoratu w roku 2006, szukając pracy w Krakowskiej Szkole Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, nie byłem dla Profesora Biernata osobą anonimową. Profesor przyjął mnie w uczelnianym gabinecie jako Dziekan Wydziału Prawa i Administracji, a jednocześnie kierownik Katedry Teorii, Filozofii i Polityki Prawa. To spotkanie wyznaczyło kierunek rozwoju mojego życia zawodowego oraz, co ważniejsze, zainicjowało narrację, którą do dziś współdzielimy. Profesor zaprosił mnie do współpracy

---

\* Dr hab., prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0001-9995-3853.

w katedrze oraz zachęcił do podjęcia wyzwania, jakim było przygotowanie autorskich, polsko- i anglojęzycznych wykładów dotyczących podstaw systemu *common law*. Wspominam o tym dlatego, że podczas dwóch dekad współpracy Profesor kilkakrotnie mobilizował mnie do podejmowania wyzwań organizacyjnych, dydaktycznych i naukowych, które w pierwszej chwili wydawały się trudne do udźwignięcia. Było tak choćby w roku 2008, kiedy zaproponował mi objęcie funkcji prodziekana; w roku 2010, kiedy wsparł pomysł utworzenia na Wydziale Szkoły Prawa Angielskiego<sup>1</sup>; jak też nieco później, kiedy zaproponował mi prowadzenie zajęć z logiki dla prawników.

### Z życia dziekanatu

Nasza współpraca rozwijała się w trzech akademickich obszarach, wykraczając jednak, w moim przekonaniu, poza ich stereotypową charakterystykę. Był to, po pierwsze, obszar organizacyjny, związany z pełnieniem przeze mnie w latach 2008–2012 funkcji prodziekana na Wydziale Prawa i Administracji. Należy przypomnieć, że był to okres najwyższego jak dotąd zainteresowania wydziałowymi kierunkami, co powodowało, że przez dziekanat przewijały się stale setki studentów. Profesor zbudował jednak w dziekanacie młody i charakterny zespół, który, jeszcze w dobie papierowych indeksów, protokołów i kart egzaminacyjnych, oraz, rzecz jasna, realnych ludzkich emocji, podołał niemałym wyzwaniom administracyjnym. Warto w tym miejscu przypomnieć członków zespołu – prodziekanów dr Helenę Franaszek, dr Renatę Pawlik i dr. Marcina Sałę-Szczypińskiego, jak również pracowników sekretariatu – kierownik Annę Batory, a także m.in. Agnieszkę Sekułę, Magdalenę Torbę, Kingę Mendelowską, Karolinę Stefańską, Agnieszkę Miśkiewicz oraz Ewę Głuś. We wszystkich aktywnościach kluczową rolę odgrywał specyficzny dla Profesora Biernata luz oraz umiejętność łagodzenia napięć, skuteczne zarówno w pracy dziekanatu, jak i podczas burzliwych nieraz obrad Rady Wydziału. Weryfikacją umiejętności zespołu była wizytacja Państwowej Komisji Akredytacyjnej przeprowadzona w roku 2009 równoległe na kierunkach prawo oraz administracja, zakończona potwierdzeniem wysokiej jakości kształcenia prowadzonego na wydziale.

<sup>1</sup> Utworzenie szkoły nie byłoby możliwe bez pomocy wspomnianego niżej profesora honorowego Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego profesora University of Hull Jo Carby-Halla.

## Z życia katedry

Najważniejsze obszary naszej współpracy dydaktycznej i badawczej wiązały się, i wiążą nadal, z kierowaną przez Profesora Biernata Katedrą Teorii, Filozofii i Polityki Prawa. W tym kontekście nie można nie wspomnieć o autorskich wykładach Profesora z podstaw teorii władzy publicznej oraz legislacji i zasad techniki prawodawczej, które implementują w obszarze dydaktyki Jego kluczowe osiągnięcia badawcze i publikacyjne. Przez minione dwie dekady miałem przyjemność prowadzić ćwiczenia w ramach realizowanego przez Profesora na stacjonarnych studiach prawniczych kursu ze wstępu do prawoznawstwa. Dyskurs dydaktyczny i metadydaktyczny z szefem mojej katedry nabierał rumieńców zwłaszcza podczas sesji, kiedy, obserwując salę egzaminacyjną, snuliśmy rozważania na temat współczesnej młodzieży prawniczej oraz przyszłości polskiego prawa. Należy dodać, że dydaktycznym pracownikiem katedry jest także dr Jacek Czaja, uhonorowany nagrodą Rektora Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego *Pro Arte Educationis* za rok 2023<sup>2</sup>. Ponadto w 2023 roku do zespołu pracowników katedry dołączył dr Michał Krok, wicedziekan Okręgowej Izby Radców Prawnych w Krakowie, specjalizujący się m.in. w badaniach nad wykładnią prawa. Katedra współpracuje także blisko z profesorem Janem Woleńskim, prowadzącym w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego wykłady z logiki dla prawników, teorii prawa oraz filozofii.

Zasadą w kierowanej przez Profesora Biernata katedrze jest pełna swoboda badań naukowych. Poza naturalnym, wolnościowym nastawieniem Profesora wynika ona zapewne z naszych nieco odmiennych, a przez to komplementarnych, perspektyw badawczych. Sam Profesor Biernat wskazał pięć obszarów swojej pracy naukowej, przy czym każdy z nich spuentowany został publikacją monograficzną<sup>3</sup>. Zostaną one zasygnalizowane według kolejności realizacji w minionym dwudziestolecu. Jest to, po pierwsze, analiza cech systemu europejskiego (Unii Europejskiej). Wyniki przeprowadzonych w tym zakresie badań pozwoliły

<sup>2</sup> Była to pierwsza edycja nagrody, zatem dr Czaja pokonał znaczącą konkurencję. O przyznanie wnioskowały zarówno władze wydziału, jak i studenci doktora Czai.

<sup>3</sup> Są to odpowiednio: *Wspólnota prawa. O osobliwościach systemu europejskiego*, Toruń 2002; *Polityka prawa a model edukacji prawniczej*, Kraków 2007; *Władze publiczne w demokratycznym państwie prawa. Prawo – Instytucje – Zasoby*, Kraków 2014; *Legislacja. Analiza procesu*, Kraków 2016; *Prawo w przestrzeni normatywnej*, „Jurysprudencja” 13/2019, Łódź 2019.

Profesorowi na sformułowanie tezy, iż w Unii Europejskiej suwerenność została przypisana prawu, a z takiej pozycji prawa „wyprowadzone” zostały częściowe uprawnienia władcze niezależnych, od państw tworzących Wspólnotę, ośrodków decyzyjnych. Profesor Biernat zwraca uwagę, że wskazane rozwiązanie decyduje, w zasadniczej mierze, o osobliwości systemu europejskiego i pozwala go charakteryzować jako wspólnotę prawa. Po drugie, Profesor Biernat rozwijał badania dotyczące relacji między prawem a polityką, kwestii instrumentalizacji prawa, a także problemu odseparowania polityki i prawa. Po trzecie, w obszarze aktywności Profesora znalazły się prace dotyczące zagadnienia praworządności, obejmujące kwestie analityczne, które można określić jako prawne podstawy władzy publicznej i które zaowocowały próbą szerszego spojrzenia na funkcjonowanie władz publicznych w demokratycznym państwie prawa. Po czwarte, w obszarze aktywności Profesora Biernata mieściły się badania dotyczące procesu prawotwórczego. Podejmując je, Profesor zwrócił uwagę na to, że ukształtowanie i uporządkowanie procesu prawotwórczego, zarówno w wymiarze zaplecza teoretycznego, jak i organizacji legislacji, musi być skorelowane, a przyjmowane rozwiązania muszą być relewantne, jeśli tworzone prawo ma spełniać przypisywane mu wartości. W tych badaniach Profesor Biernat potwierdził hipotezę, że brak skorelowania między teorią tworzenia prawa a organizacją procesu legislacyjnego, zwłaszcza prawnymi regulacjami odnoszącymi się do tworzenia prawa, jest oczywisty, a możliwości zmiany są praktycznie niemożliwe bez znaczącego osłabienia prerogatyw władczych instytucji tworzących prawo. Próbą przełamania tego impasu jest rozwinięta przez Profesora koncepcja ujęcia tworzenia prawa jako rozbudowanego procesu decyzyjnego. Po piąte, najnowszym i, zdaniem Profesora Biernata, jego najważniejszym osiągnięciem badawczym jest propozycja paradygmatu ujęcia prawa w relacji do otoczenia normatywnego. Jest to paradygmat alternatywny względem tradycyjnego ujęcia systemowego (zarówno prawa w relacji do innych systemów normatywnych, jak i wersji prawa jako systemu skrajnie autonomicznego).

O rezonansie licznych polsko- i obcojęzycznych publikacji naukowych Profesora świadczy i to, że jedna z nich ukazała się w języku chińskim<sup>4</sup>. Wskazane osiągnięcia badawcze pozwoliły uzyskać Tadeuszowi

---

<sup>4</sup> T. Biernat, *Complexity of the contemporary relations between legal and political systems. Directions of analysis: metaphors or tools?*, [w:] *Between complexity of law and lack of order: Philosophy of law in the era of globalization*, red. B. Wojciechowski, M. Zirk-Sadowski, M.J. Golec, Toruń–Beijing 2009 [monografia wydana w języku angielskim oraz w języku chińskim].



Biernatowi w dniu 17 czerwca 2021 r. tytuł naukowy profesora w dziedzinie nauk społecznych w dyscyplinie nauki prawne.

Dla porządku dodam, że w minionym dwudziestoleciu moje prace badawcze prowadzone w katedrze, przy wsparciu i inspiracji Profesora Biernata, dotyczyły: problematyki etyki prawniczej; zastosowania poglądów Emmanuela Levinasa w filozofii prawa; systemu prawa anglosaskiego; obywatelskiego nieposłuszeństwa; teorii narracji i argumentacji prawniczej; semiotycznych aspektów dydaktyki prawa, a przede wszystkim wieloaspektowego zastosowania dorobku Paula Ricoeura w filozofii prawa, ze szczególnym uwzględnieniem prawa umów wzajemnych. Dzięki ostatnim ze wskazanych badań, na podstawie monografii *Promisoryjna teoria umów na tle ontoetyki Paula Ricoeura*<sup>5</sup>, 1 czerwca 2022 r. uzyskałem stopień naukowy doktora habilitowanego w dziedzinie nauk społecznych w dyscyplinie nauki prawne.

Chciałbym też podkreślić, że samodzielne stanowisko badawcze Profesora Biernata, w związku z zaliczeniem do minimum kadrowego, przyczyniło się do uzyskania przez Krakowską Akademię im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w dniu 28 października 2019 r. uprawnień habilitacyjnych w dyscyplinie nauki prawne. W rezultacie także moje postępowanie habilitacyjne mogło się toczyć w rodzimej uczelni.

### Współpraca krajowa i zagraniczna

W okresie poprzedzającym moje przyjęcie do katedry Profesor Biernat rozwijał badania rozpoczęte z przedwcześnie zmarłym profesorem Aleksandrem Peczenikiem. Prace te były prowadzone dzięki wsparciu Svenska Institutet oraz Lunds Universitet przy istotnej pomocy profesora Krzysztofa Pałeckiego, przewodniczącego, a następnie zastępcy przewodniczącego Komisji Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk Oddział w Krakowie. Natomiast początek mojej pracy w katedrze wiązał się z wyzwaniem, jakie w roku 2007 stanowiła organizacja konferencji w ramach realizowanego przez Profesora grantu Komitetu Badań Naukowych *Polityka prawa*. Jednymi z najznamienitszych uczestników tego wydarzenia byli bez wątpienia profesor Ewa Łętowska oraz profesor Sławomira Wronkowska, a także profesor Lech Morawski. Pamiętam, że wiele przyjemności uczestnikom konferencji sprawił wieńczący konferencję bankiet, zorganizowany w kopalni soli w Wieliczce.

<sup>5</sup> M. Pieniążek, *Promisoryjna teoria umów na tle ontoetyki Paula Ricoeura*, „Jurysprudence” 16/2021, Łódź 2021.

Najważniejszym wydarzeniem w roku 2007 był jednak zorganizowany w Krakowie, na Uniwersytecie Jagiellońskim, XXIII Światowy Kongres IVR (Międzynarodowego Stowarzyszenia Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej). W jego trakcie Profesor Biernat przewodniczył obradom panelu *Politics of Law and Legal Policy*. W jego pracach udział wzięli reprezentujący Uniwersytet Jagielloński profesor Krzysztof Pałecki, dr hab. Janina Czapska, a ponadto profesor Lech Morawski z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, profesor Makoto Usami z Tokyo Institute of Technology, profesor Rafael Rodríguez Prieto z Universidad de Sevilla, profesor James R. Maxeiner z University of Baltimore School of Law oraz profesor Leszek Leszczyński z Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie. Owocem obrad była anglojęzyczna publikacja monograficzna pt. *Politics of law and legal policy. Between modern and post-modern jurisprudence*, współredagowana przez Profesora Biernata oraz profesora Marka Zirka-Sadowskiego z Uniwersytetu Łódzkiego<sup>6</sup>.

Także podczas kongresu piszący te słowa oraz profesor Luc Wintgens z Centre for Legal Theory and Empirical Jurisprudence, Leuven University współkierowali pracami panelu *Students and young researchers*, co również zaowocowało anglojęzyczną publikacją monograficzną<sup>7</sup>. Profesor Wintgens w późniejszym okresie był ważnym gościem Katedry Teorii, Filozofii i Polityki Prawa, którą odwiedził z wykładem<sup>8</sup>. Ponadto do wieloletnich współpracowników Profesora Biernata należeli profesor Stanisław L. Stadniczeńko z Uniwersytetu Opolskiego, profesor Katarzyna Gromek-Broc z York University, profesor Pasquale Policastro z Uniwersytetu Szczecińskiego, jak również liczni inni badacze, reprezentujący rozmaite dziedziny nauk politycznych oraz prawnych (i nie tylko), którzy zechcieli przyczynić się do powstania niniejszej księgi rocznicowej.

Profesor Biernat w minionym dwudziestoleciu brał czynny udział w dziesiątkach dalszych konferencji krajowych i zagranicznych, w tym, wraz ze mną, w światowych kongresach IVR w Grenadzie (2005),

<sup>6</sup> *Politics of law and legal policy. Between modern and post-modern jurisprudence*, red. T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, Wolters Kluwer Polska 2008.

<sup>7</sup> *The 23<sup>rd</sup> IVR Congress. Law and Legal Cultures in the 21<sup>st</sup> Century: Diversity and Unity. Special workshops. Students and Young Researchers*, red. M. Pieniążek, Kraków 2009.

<sup>8</sup> Wiązało się to z zacieśnieniem istniejącej już współpracy naukowej, gdyż kilka lat wcześniej profesor Wintgens był promotorem mojej pracy kończącej studia LLM w The European Academy of Legal Theory w Brukseli.

Frankfurcie (2011) i Lizbonie (2017)<sup>9</sup>, jak również w ogólnopolskich Zjazdach Katedr Teorii i Filozofii Prawa. Kilkukrotnie w latach 2007–2011, w kontekście obowiązków dziekańskich Profesora Biernata, organizowaliśmy panele nauk prawnych podczas uczelnianej konferencji *Państwo – Gospodarka – Społeczeństwo*, a następnie redagowaliśmy tematyczne numery czasopisma „Państwo i Społeczeństwo”.

Badania Profesora zyskały aprobatę najważniejszych instytucji w Polsce, odpowiedzialnych za finansowanie nauki. Kierowany przez Profesora projekt *Polityka prawa* (nr 1H02A 040 28) był finansowany przez Komitet Badań Naukowych, zaś projekt *Normatywne źródła prawa w post-modernistycznym społeczeństwie a proces prawotwórczy* (nr 2014/13/B/H55/00565) przez Narodowe Centrum Nauki. Ponadto Profesor Biernat był wykonawcą w projekcie badawczym *Prawowitość władzy państwowej* kierowanym przez profesor Małgorzatę Masternak-Kubiak z Uniwersytetu Wrocławskiego (nr NN 110 194834). Dopełniając obrazu życia naukowego katedry, dodam, że w powyższym okresie byłem wykonawcą w projekcie badawczym *Pojęcie dylematu w etyce prawniczej i edukacji etycznej prawników* kierowanym przez dr. Pawła Skuczyńskiego z Uniwersytetu Warszawskiego (nr 2015/17/B/HS5/00463).

Prac badawczych Profesora podejmowanych w ostatnich latach nie można oddzielić od pełnionej przez Niego od 11 października 2013 r. funkcji członka społecznej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego przy Rzeczniku Praw Dziecka. Należy podkreślić, że za zasługi dla ochrony praw dziecka Profesor, decyzją Rzecznika Praw Dziecka, otrzymał Odznakę Honorową za Zasługi dla Ochrony Praw Dziecka. Zdumiewa, że pomimo wskazanych obowiązków Profesor znajdował czas na publikacje popularnonaukowe czy też na pracę w roli eksperta Państwowej Komisji Akredytacyjnej (później Polskiej Komisji Akredytacyjnej) oraz Narodowego Centrum Nauki, jak również na stałą aktywność w Komisji Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk Oddział w Krakowie. Niezależnie od tego po dziś dzień mam przyjemność recenzować promowane przez Profesora prace magisterskie o bardzo zróżnicowanej tematyce, obejmującej zagadnienia z zakresu prawa sportowego, prawa ustrojowego, praw kobiet, praw dziecka, prawa i literatury, polityki prawa etc.

---

<sup>9</sup> Profesor Biernat brał ponadto udział w kongresach IVR w Lundzie (2003) oraz w Lucernie (2019). Natomiast Marcin Pieniążek uczestniczył także w kongresach IVR w Waszyngtonie (2013) oraz w Belo Horizonte (2015).

## Wspólnota wspomnień

Do wspólnych wyjazdów konferencyjnych Profesor dodawał zawsze perspektywę przygody. Osobnym rozdziałem był pobyt studyjny w York University w lipcu 2012 r., który stanowił nieco ekscentryczny epizod naszej aktywności katedralnej. Ponieważ część stażu spędziliśmy razem, zaowocował on szeregiem współdzielonych wspomnień. Do najzabawniejszych zapewne należy szaleńczy, nocny przejazd przez angielskie bezdroża w kabrioletcie prowadzonym przez profesor Katarzynę Gromek-Broc albo obżarstwo w chińskiej restauracji typu „za stałą cenę jesz, ile zdołasz i wychodzisz (jeśli zdołasz)”. Przeciwwagą była wykwintna kolacja, na którą zaprosił nas do swojej XVII-wiecznej kamienicy w Hull wielki przyjaciel Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Officer Orderu Imperium Brytyjskiego, profesor Jo Carby-Hall. Po osobiście przyrządzonej kolacji profesor Carby-Hall zaserwował nam herbatę w średniowiecznej chińskiej porcelanie, na wspomnienie czego nadal trzęsą mi się ręce (o ile pamiętam, Profesor Biernat zachował wówczas niewzruszony spokój). Ważne, że podczas stażu Profesor Biernat nawiązał kontakty, które zaowocowały dalszym umiędzynarodowieniem Jego badań dotyczących normatywnych źródeł prawa, m.in. w roku 2016 stażem w The School of Law and Politics of the University of Hull, połączonym z gościnnym wykładem<sup>10</sup>. Natomiast piszącemu te słowa udało się zgromadzić materiały dotyczące anglosaskiej teorii kontraktów, wykorzystane następnie w książce habilitacyjnej.

Nasze dyskusje dotyczące zagadnień teoretycznoprawnych odbywały się w rozmaitych miejscach, by z czasem przyjąć formę małych rytuałów „latającej katedry”. Był to, na przykład, na kampusie Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, „rytuał papierosa” odprawiany na placyku za budynkiem C albo pod arkadami budynku A. Bywał to również „rytuał piwa” w wybranym pubie w obrębie krakowskiego Starego Miasta. Jeśli chodzi o lokalizacje najciekawszych merytorycznie dyskusji, to było to wewnątrz samolotu lecącego z Frankfurtu do Krakowa (wracaliśmy z kongresu IVR), gdzie rozmawialiśmy o uwarunkowaniach doświadczenia czasu, albo chylący się średniowieczny pub w mieście York, gdzie Profesor pierwszy raz przedstawił mi koncepcję środowiska normatywnego, opisaną później w książce *Prawo*

<sup>10</sup> Wykład pt. *The normative sources of law in the post-modern society and law-making process*, wygłoszony w The Centre of Legislative Studies University of Hull w dniu 26 października 2016 r.

w przestrzeni normatywnej. Podsumowując, łączy nas z Profesorem Biernatem wiele wspomnień, z których jednym z najprzyjemniejszych jest zapewne wiśniówka, wypita w upale w jednym z zaułków Lizbony. Wspomnienie to miałem zaszczyt współdzielić także z żoną Pana Profesora. Te spotkania były i są dla mnie wartością samą w sobie.

Z tej współdzielonej narracji (organizacyjnej, dydaktycznej i naukowej) wykształciła się między Profesorem a mną relacja, którą nieśmiało nazwałbym relacją mistrz–uczeń czy też ojcowską nieco formą przyjaźni. Nasze dyskusje teoretycznoprawne wielokrotnie przeradzały się bowiem w rozmowy o problemach egzystencjalnych. Wówczas Profesor zasiewał przekonanie, że pozornie odległy cel jest możliwy do osiągnięcia, a jednocześnie, że życiowy dystans wobec celu chroni przed rozczarowaniem. Istotne, że sugerując rozwiązanie problemu, Profesor, bez jakiegokolwiek dydaktyzmu, dzielił się historiami ze swojego życia. Dotyczyły one Jego dziadków, rodziców, przeżywanych przygód – takich jak eskapada sportową skodą do Syrii czy podróż z żoną do Paryża. Pamiętam zwłaszcza historię, którą zilustrował zagadnienie przeznaczenia oraz przypadku w ludzkim losie. Otóż, jadąc szybko samochodem pustą drogą, dostrzegł leżące na niej zawiniątko. W ostatniej chwili zdecydował, że zamiast po nim przejechać – ominie je, a chwilę potem zatrzymał się, aby zobaczyć, z czym ma do czynienia. Zwitek gałganków okazał się dzieckiem w beciku, które w niewytłumaczalny sposób wypełzło na środek drogi z sąsiedniego gospodarstwa. Drgnięcie ręki na kierownicy zdecydowało zatem o ciągłości małego życia. Profesor podkreślał też znaczenie dystansu wobec ludzkich planów i oczekiwań. Ich ulotność zilustrował wspomnieniem z dzieciństwa, w którym na środku pokoju bawi się w stercie bezwartościowych przedwojennych banknotów zachomikowanych na czarną godzinę, przed wybuchem wojny, przez Jego dziadka.

Imponuje mi, że Profesor Biernat potrafi łączyć intelektualne zaangażowanie badacza ze smakowaniem życia. Mogę tylko przypuszczać, że ma to związek z Jego wrażliwością, wyostrzoną podczas studiów z historii sztuki. Z drugiej strony Profesor zawsze akcentował prawdę, ukrytą w podstawowych życiowych doświadczeniach. Dobrze ilustruje to Jego spostrzeżenie, że w każdym nowo odwiedzionym miejscu na świecie w pierwszej kolejności wybiera się na targowisko, by poczuć lokalny gwar, smaki i zapachy. Współgra to zarówno z analitycznym zmysłem obserwacji Profesora, jak i Jego zamiłowaniem do przyrządzania potraw. Jednocześnie potwierdza to intuicję, że dobra teoria prawa musi mieć oparcie w osobistym, namacalnym doświadczeniu.



Jan Widacki\*

## Taki będzie wymiar sprawiedliwości, jakie prawników kształcenie

Najpierw muszę się wytłumaczyć z tytułu, będącego oczywiście parafrazą słynnego zdania, umieszczonego w roku 1600 przez Jana Zamoyskiego w akcie powołania Akademii Zamoyskiej. To zdanie w oryginale wyglądało tak: „takie będą Rzeczypospolite, jakie ich młodzieży chowanie”. Mało kto czytał akt założycielski Akademii Zamoyskiej, znacznie więcej czytelników miały napisane przez Stanisława Staszica *Uwagi o życiu Jana Zamoyskiego*, które ukazały się w roku 1787. A ponieważ Staszic to zdanie Zamoyskiego cytuje, niektórzy są przekonani, że to on jest jego autorem. Są jeszcze i tacy, którzy święcie wierzą, że to mądre, ale też oczywiste zdanie wyszło spod pióra Andrzeja Frycza Modrzewskiego. Ktokolwiek jednak to zdanie wypowiedział, obojętne czy jako pierwszy, czy niekoniecznie, jest to zdanie prawdziwe. No, może zastrzeżenia formalne zgłosiłby profesor Jan Woleński, słusznie mówiąc, że zdanie o przyszłości z punktu widzenia logiki formalnej nie może być ani prawdziwe, ani fałszywe. Jeśli jednak nawet nie jest z logicznego punktu widzenia prawdziwe, to na pewno zawierająca się w nim hipoteza jest bardzo prawdopodobna.

---

\* Prof. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0001-9174-3501.

Możemy założyć, że niemal pewna. Przyjąwszy to założenie, możemy zatem, wywodząc logiczne konsekwencje tego założenia, powiedzieć, że jeśli Rzeczypospolite będą takie w przyszłości, jakie ich młodzieży chowanie dzisiaj, to na pewno taki będzie w przyszłości wymiar sprawiedliwości w Polsce, jakie dzisiaj jest kształcenie prawników.

A jakie jest, o tym, równie dobrze jak ja, wie także Profesor Tadeusz Biernat, któremu dedykuję ten esej. Wiemy to obaj, bo obaj od kilkudziesięciu lat uczymy przyszłych prawników. Myślę, że chyba też zgodzilibyśmy się z oceną, że uczymy nie najlepiej. To znaczy nie akurat my dwaj, ale źle uczy cały system kształcenia na studiach prawniczych. Nie wiem, jaki pomysł na uczenie studentów prawa ma Pan Profesor Biernat, ja swój pomysł postaram się w miarę krótko zreferować. Postronnych czytelników tego tekstu z góry zapewniam, że nie chciałbym nikogo dotknąć ani tym bardziej, nie daj Boże, obrazić. Proszę się też nie obawiać, nie mam żadnych wpływów nie tylko we władzach państwowych, a za słabe nawet w środowiskach akademickich, zrealizowanie wniosków z moich rozważań, nikomu nie grozi. Proszę potraktować te moje obserwacje, przemyślenia i oparte na nich pomysły jako zupełnie niegroźne, bo jest mało prawdopodobne, by zostały one w dającej się przewidzieć przyszłości zrealizowane choć w części. Proszę się więc nie obawiać, wszystko na pewno zostanie po staremu. Ot, takie to tylko przemyślenia jednego starego profesora, mającego nadto kilkudziesięcioletnie doświadczenie w praktyce sądowej, adresowane do drugiego starego profesora. Taka rozmowa Waldorfa i Statlera z popularnego *Muppet Show*.

Na początek zastrzeżenie. Kształcenie prawników nie jest oczywiście jedynym czynnikiem determinującym poziom wymiaru sprawiedliwości. Można sobie bez trudu wyobrazić, że pewnego dnia można najlepiej wykształconych prawników wyrzucić z sądów i prokuratur, zamknąć w obozach lub więzieniach. Albo można uchwalić głupie i złe prawo, którego stosowanie powierzone zostanie prawnikom, a ci, choćby najlepiej wykształceni, nic tu nie pomogą. W takiej sytuacji anomicznej część prawników (choćby najlepiej wykształconych) gorliwie weźmie się za stosowanie złego prawa i jakoś to sobie zracjonalizuje, część będzie się w różny sposób buntować, a większość chcąc nie chcąc to złe prawo będzie, choć może niechętnie, stosować, co najwyżej narzekając na to w swoim zaufanym gronie. Tak zachowują się ludzie zawsze w sytuacji kryzysowej, i na to nie ma rady. Można się na to oburzać, można moralizować, ale zawsze tak było, tak jest i tak zapewne będzie zawsze. A zatem jest to normalna, wyuczona przez wieki reakcja społeczna.



Takie przypadki, jak te opisane przed chwilą, zdarzały się w historii i to nawet nie tak bardzo odległej. Nie mamy jednak większego wpływu na to, czy krajem wstrząsają rewolucje, czy dochodzi w nich do totalitarnych, czy choćby autorytarnych przewrotów. Ale jakiś wpływ na poziom kształcenia prawników mieliśmy, w każdym razie mogliśmy mieć, a może – nasze doświadczenia, którymi będziemy się dzielić, będą miały taki wpływ w przyszłości? Może ktoś z młodszego pokolenia zastanowi się chwilę nad tym, co starzy profesorowie („stare zgredy”, „dziadersy” *etc.*) piszą i radzą, może nawet w czymś przyznają nam rację? Wszystko jedno. Z całą pewnością jednak, nawet najbardziej demokratyczna władza, przy najlepszej dobrej woli i z maksymalnym nawet wysiłkiem, nie potrafi stworzyć dobrego wymiaru sprawiedliwości, dysponując kiepsko wykształconymi prawnikami. Powiedzenie Boya, że „do skrziesania ognia materiał rzecz główna, toteż najmniejszej iskry nie wykrzeszesz z g...” w pełni odnosi się i do tej sytuacji.

Tak czy owak dochodzimy do ważnej konkluzji, że dobrze wykształceni prawnicy są warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym dla dobrego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości.

Tu trzeba choćby w przybliżeniu wyjaśnić, co należy rozumieć przez „dobrze wykształconego prawnika”. Powiedzmy najogólniej, że dla mnie dobrze wykształcony prawnik to osoba, która rozumie prawo, potrafi się nim posługiwać, rozumie kontekst społeczny i kulturowy prawa, w szczególności przewiduje skutki (głównie społeczne, ale nie tylko) działania prawa i jego zastosowania w konkretnym przypadku. Oczywiście ktoś inny może inaczej definiować dobrze wykształconego prawnika. Można do tej mojej propozycji definicji dodawać kolejne warunki albo wykreślać niektóre przeze mnie postawione. Ale myślę, że z grubsza rzecz biorąc, na zaproponowaną definicję można się, być może z pewnymi zastrzeżeniami, zgodzić.

Na początek przedmiotem moich rozważań będzie to, czego studentów prawa należy uczyć. Następnie przejdę do rozważań, jak uczyć, a na koniec, kto powinien uczyć.

Gdy spojrzymy na program studiów prawniczych, zobaczymy, że obejmuje on kilkadziesiąt przedmiotów, w tym zdecydowana większość to przedmioty prawno-dogmatyczne. Prawo cywilne, prawo karne, prawo administracyjne w całości, a później jeszcze poszczególne jego fragmenty wyodrębnione w oddzielne przedmioty. Dalej prawo pracy, prawo gospodarcze (w różnych odmianach), finansowe, policyjne, medyczne i tak dalej. Co najmniej kilkanaście innych jeszcze „praw”. Później procedury: cywilna, karna, administracyjna.

Niewielką część nauczanych na prawie przedmiotów stanowią historia prawa, filozofia prawa, przedmioty ogólnoakademickie (filozofia, logika, wprowadzenie do psychologii, socjologii). Jeszcze mniejszą grupę stanowią przedmioty specjalistyczne, pomocnicze (takie jak medycyna sądowa, psychiatria sądowa, kryminalistyka).

Część z przedmiotów prawno-dogmatycznych wykładana jest na prawie już tradycyjnie, co najmniej od XIX wieku. Są to na ogół zajęcia, które mają za swój przedmiot rozważań rozległe kodeksy, które powstały pod wpływem jakiejś filozofii prawa, a wyniki rozważań prezentują liczne podręczniki, monografie, setki artykułów, bogate orzecznictwo sądowe i napisane do nich glosy. Ale są też przedmioty prawnicze oparte na jednej lub dwu ustawach i znacznie skromniejszym dorobku piśmienniczym i orzeczniczym. Zawsze, przynajmniej teoretycznie, istnieje ryzyko, że zanim semestr się skończy, prawna materia wykładu się zmieni. Ustawa zostanie uchylona, znowelizowana lub zastąpiona inną. Czy więc jest sens zmuszać studentów do wkuwania takich ustaw, przyległego do nich orzecznictwa (o ile w ogóle jest), poglądów doktryny (o ile się wypowiadała) i zdawania z tego egzaminu? Gdy popatrzymy na liczbę katedr na wydziałach prawa w ostatnim tylko półwieczu, to zobaczymy, że ich liczba uległa podwojeniu. Dlaczego tak się stało, będziemy jeszcze rozważać później. Dość, że tak się stało. Czy naprawdę przybyło dyscyplin prawniczych? Nauka prawa rozrosła się wszczep? Nie. Nie rozszerza się. Ten wzrost liczby katedr, a w konsekwencji wykładanych studentom przedmiotów ma swoje konkretne przyczyny. Przede wszystkim liczba wykształconych doktorów i doktorów habilitowanych na ogół przekracza zapotrzebowanie kadrowe uczelni, która ich wykształciła (czasem precyzyjniej byłoby powiedzieć wprost: nie tyle wykształciła, co wyprodukowała). W takiej Ameryce po zrobieniu doktoratu szuka się na ogół zatrudnienia nie w tym uniwersytecie, w którym się doktorat obroniło. U nas w jednej katedrze często bywa za ciasno dla profesora i kolejnego doktora habilitowanego, zwłaszcza gdy doktor habilitowany jest dobrze towarzysko lub rodzinnie ustawiony. Ten ostatni, zamiast szukania zatrudnienia w którejś innej uczelni, niekoniecznie publicznej, zabiega, by dla niego stworzyć nową katedrę, wydzierając dotychczasowej katedrze i jej kierownikowi-profesorowi kawałek dyscypliny, wymyślając dla niej nazwę. Dotychczasowy profesor na ogół wspiera te działania, bo chce się pozbyć z katedry młodszego kolegi czy koleżanki, widząc w nich czasem konkurentów, a czasem obawiając się z ich strony rozmaitych kłopotów. Nie wykluczam, że czasem czyni to z dobroci i sympatii do młodszego ambitnego kolegi czy koleżanki. Z tych powodów katedry,

a nie nauka prawa, jak sądzą niektórzy, rozwija się przez pączkowanie. Nauka prawa się od tego oczywiście nie rozszerza, tylko struktura organizacyjna wydziału prawa sztucznie się rozdyma. Powoływanie nowych katedr, zatrudnianie nowych profesorów (tzw. uczelnianych na początek) zmusza do obmyślenia dla nich zajęć dydaktycznych, tak by wypełniły im pensum. Bo pensum, jak wiadomo, to rzecz święta. Rozrasta się nie tylko struktura wydziału, ale też zupełnie niepotrzebnie program studiów.

Kiedy w XIX wieku Józef Rosenblatt, po złożonym pomyślnie kolokwium habilitacyjnym, uzyskał na Uniwersytecie Jagiellońskim *veniam legendi* z prawa karnego, musiał przedłożyć „Świątnemu Wydziałowi Prawa” program wykładu. Taki ówczesny syllabus. Zmieszczył go na jednej stroniczce. Stroniczka ta znajduje się dziś w Archiwum Uniwersytetu Jagiellońskiego<sup>1</sup>. Rosenblatt uważał, że wykład prawa karnego obejmować powinien „trzy wielkie i zarówno ważne działy: I Historię prawa karnego (Geschichte-); II Filozofię prawa karnego (Philosophie-); III Naukę zasad prawa karnego (Dogmatik-des Strafrechts)”. Nie trzeba przebijać się przez rubryki współczesnych obszernych sylabusów (o formie wymuszonej przepisami), usiłujących wymusić na wykładowcy, by koniecznie rozróżnił, co z wykładanej materii poszerzy umiejętność, a co kompetencje studenta, aby przekonać się, że uczymy wyłącznie dogmatyki! Nie wiem jak Pan, ale ja naprawdę nie wiem, gdzie kończą się „umiejętności”, a zaczynają „kompetencje”. Jak definiować umiejętność w mieście, w którym urodziła się i znów działa Polska Akademia Umiejętności? Może konsekwentnie nadążając za myślą ministerialnych urzędników, czy kogo tam, bo nie wiem kto to wymyślił, trzeba by zmienić nazwę Akademii na Polska Akademia Umiejętności i Kompetencji? No ale jeśli już syllabus w tym kształcie jest konieczny, jeśli przepisy tego wymagają, a nad ich przestrzeganiem czuwają rozmaite ciała i komisje, a już w szczególności Polska Komisja Akredytacyjna, pieszczotliwie zwana „paką”, to coś tam wpisujemy, choć przynajmniej ja nie bardzo wiem po co. Zgodzi się chyba Pan ze mną, że uczenie samej dogmatyki, bez filozofii i historii, jest uczeniem techników, no niech będzie, najwyżej inżynierów prawa. Nie wystarczy bowiem znać przepisy. Ale trzeba rozumieć, po co ten przepis czy instytucja została wprowadzona, jakie argumenty przemawiały za jej wprowadzeniem, kształtem czy zmianą. Zrozumieć, czemu służy ta instytucja (to podpowiada filozofia). Skąd się dany przepis wziął, jaka była historia kształtowania się instytucji czy zasady prawa

<sup>1</sup> Archiwum UJ, S II 793.

(to pokazuje historia). Uczenie samej dogmatyki, czyli tylko przepisów, zasad i instytucji w wersji aktualnie obowiązującej, nie pozwala na rozumne stosowanie prawa, na koniec ocenę słuszności jakiejś zmiany prawa. Ot, choćby ostatni przykład. Od 1 października 2023 r. w wyniku nowelizacji art. 53 Kodeksu karnego resocjalizacja przestała być jednym z celów kary. Inżynier prawa być może nawet tego nie zauważy. Jeśli zauważy, będzie teraz bezrefleksyjnie dalej stosował ten znowelizowany przepis, zawierający w końcu dyrektywy sądowego wymiaru kary. Wymierzając karę, nie będzie zatem zastanawiał się nad tym, czy kara ta ma sens z punktu widzenia resocjalizacji. Gdyby go zapytać, czy ta nowelizacja była dobra, czy przeciwnie, szkodliwa, zapewne wzruszy ramionami. Gdyby znał filozofię prawa karnego, jego ewolucję co najmniej od okresu oświecenia, rozumiałby, że tą nowelizacją cofnęliśmy się cywilizacyjnie o około 150 lat. Dla inżynierów prawa to obojętne. Po pierwsze, nie wiedzą, że cofnęliśmy się, po drugie, nawet gdyby wiedzieli, nie rozumieliby, co to znaczy i jakie będą tego konsekwencje. Co im uchwala, bezrefleksyjnie będą stosowali.

Próbując podsumować ten fragment rozważań, dochodzę do wniosku, że studentów prawa uczymy zbyt wielu przedmiotów, które często faktycznie nie są odrębnymi przedmiotami prawniczymi, tylko wyszarpanymi i rozdmuchanymi fragmentami innych przedmiotów. Przy tych stworzonych na siłę przedmiotach, oczywiście poza materią dogmatyczną (którą stanowi niekiedy jedna ustawa i kilka rozporządzeń), nie ma ani ich odrębnej filozofii, teorii, ani historii. Ucząc podstawowych przedmiotów prawniczych, takich jak prawo konstytucyjne, cywilne, karne, administracyjne czy międzynarodowe publiczne, też na dobrą sprawę uczymy samej dogmatyki, czyli uczymy jedynie aktualnie obowiązujących przepisów.

Wydaje mi się, że studia prawnicze powinny uczyć czegoś innego. Powszechnie już dostępne komputerowe bazy aktów prawnych, komentarzy do nich, orzeczeń sądowych powodują, że student nie musi zawartości tych baz przenosić do własnej obolałej pamięci. On musi się umieć nimi posługiwać. Nimi, to znaczy zarówno komputerowymi bazami, jak i aktami prawnymi i poszczególnymi przepisami. Musi umieć znaleźć potrzebny akt prawny, w nim potrzebny przepis lub przepisy, umieć dokonać ich wykładni, sprawdzić dotychczasowe orzecznictwo. Gdybyśmy nawet zwiększyli jeszcze liczbę katedr prawniczych i dla każdej z nich przypisali przedmiot wykładany dla studentów prawa, to i tak znaczna część systemu prawnego pozostanie poza ich zasięgiem, co najwyżej jako perspektywa dla kolejnych wyhabilitowanych koleżanek czy

kolegów, na stworzenie w przyszłości kolejnych katedr. Tymczasem prawnik praktyk będzie i tak musiał czasem stosować także te ustawy, do których jeszcze nie stworzono katedr ani odrębnego wykładu.

Dlatego, gdyby to ode mnie zależało, uczyłbym studentów prawa przede wszystkim filozofii i teorii prawa, w tym narzędzi, jakimi prawnik musi się posługiwać. Te „narzędzia” na odpowiednim stopniu ogólności powinny być uczone w ramach prawoznawstwa, które kiedyś słuszniej nazywano wstępem do nauki o państwie i prawie. To w ramach tego przedmiotu studenci powinni poznać fenomen prawa. W szczególności poznać, czym prawo jest, skąd się bierze, czemu ma służyć. Poznać jego relacje z innymi systemami norm (moralnych, obyczajowych, zwyczajowych *etc*). Powinni poznać funkcje prawa, jego źródła i proces jego tworzenia. Pojęcie normy prawnej, jej relacje do przepisu prawa. Dalej – strukturę systemu prawnego, problemy obowiązywania prawa, jego stosowania, w tym przede wszystkim wykładnię. Także podział na dziedziny prawa. Krótko mówiąc, wszystko to, co dotąd jest zwykle wykładane w ramach przedmiotu prawoznawstwo lub wstęp do prawoznawstwa. Ale powinno na to być poświęcone co najmniej trzy razy więcej godzin niż obecnie. Obok wykładu konieczne wydają się ćwiczenia, a może jeszcze warsztaty. Przedmiot ten uzupełniłbym podstawowymi informacjami o państwie, strukturze jego organów, ich zadaniach i kompetencjach, ze szczególnym uwzględnieniem organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. To nie kokietowanie Profesora Biernata, który prawoznawstwo wyklada: ja naprawdę uważam, że jest to z dydaktycznego punktu widzenia najważniejszy przedmiot na prawie. Wszystkie pozostałe przedmioty są jego uzupełnieniem (teoria i filozofia prawa, historia doktryn politycznych i prawnych) lub uszczegółowieniem (wszystkie przedmioty prawno-dogmatyczne).

Te ostatnie przedmioty ograniczyłbym do kilku zaledwie. Do prawa cywilnego szeroko pojętego, administracyjnego, konstytucyjnego, karnego oraz międzynarodowego połączonego z prawem europejskim oraz prawami człowieka. W ramach uczenia co najmniej części tych przedmiotów konieczne wydają się praktyki w sądach powszechnych i administracyjnych lub co najmniej warsztaty połączone z udziałem w rozprawach sądowych, wizytami edukacyjnymi w zakładach penitencjarnych. A nadto praktykami w kancelariach prawniczych, z którymi uczelnia powinna zawierać stosowne umowy. Do tych praktyk wróć jeszcze.

Wszystkie pozostałe przedmioty, zarówno ogólnoakademickie, jak i pomocnicze, specjalistyczne powinny być wykładane w zakresie koniecznym dla zrozumienia społecznego kontekstu prawa (aspekt

socjologiczny), a także lepszego zrozumienia i oceny zeznań świadków, motywacji oskarżonych (aspekt psychologiczny). Współczesny proces sądowy, tak przed sądem powszechnym, jak i administracyjnym, wymaga udziału biegłych różnych specjalności. Aby umieć z nich korzystać, trzeba poznać metodykę ich pracy. Temu mają służyć między innymi wykłady z kryminalistyki, medycyny sądowej czy psychiatrii sądowej, może uzupełnione wykładem z metodologii nauk? Sens uczenia tych ostatnich przedmiotów nie sprowadza się tylko do tego, że dostarczają umiejętności (może też kompetencji?) potrzebnych być może kiedyś w przyszłości w praktyce, ale uczy innego, przyrodniczego spojrzenia na dogmatykę. Ułatwia jej zrozumienie i granice. Bez kryminologii trudno zrozumieć sens regulacji prawnokarnych i ich cel.

Filozofia prawa wykładana na ostatnim roku studiów powinna być tą klamrą, która domyka proces rozpoczęty na roku pierwszym wstępem do prawoznawstwa. Myślę, że tak wykształcony prawnik potrafi krytycznie i rozumnie zinterpretować i zastosować dowolny przepis z dowolnej ustawy.

Kiedyś jeden z pionierów polskiej medycyny sądowej, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, wielki erudyta i światowiec Fryderyk Hechel, twierdził, że nauczanie jego przedmiotu w oderwaniu od praktyki „równie jest czcze, jak i mozolne”. Można dokładnie to samo powiedzieć o nauczaniu prawa. Nauczanie go w oderwaniu od praktyki prawniczej też jest „czcze i mozolne”. Ale praktyki w czasie studiów nie mają przygotować studenta do późniejszej pracy, ale jedynie pozwolić mu lepiej zrozumieć prawo i jego instytucje.

Do typowych zawodów prawniczych mają przygotowywać aplikacje, a nie studia! Studia mają dać jedynie podstawy do rozumienia prawa i jego rozumnego stosowania. Techniki takiego stosowania prawa muszą uczyć aplikacje. Powinny one być dalszym ciągiem edukacji prawniczej rozpoczętej na studiach, a nie jej dublowaniem! Albo, co gorsza, jej dezawuuowaniem. Przed kilkoma laty jeden prokurator wykładowca w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury swój pierwszy wykład rozpoczął od ośmieszania wiedzy akademickiej zdobytej na studiach. „Tam uczą teoretycy, którzy nie mają pojęcia o praktyce” rozpoczął, a później początkującym aplikantom zalecił: „Lepiej zapomnijcie od razu o tych oderwanych od życia i praktyki pomysłach, o jakimś domniemaniu niewinności, o jakimś wymyślonym *in dubio pro reo*. Gdyby je brać serio, nikogo za nic nie można byłoby skazać”.

Szczerze mówiąc, tak po ludzku, żal mi tego prokuratora wykładowcy. Jest żałosny i nawet sobie z tego nie zdaje sprawy jak bardzo. Jeszcze

bardziej mi żal jego aplikantów, a już najbardziej mi żal tych, którzy jako podejrzani, świadkowie czy pokrzywdzeni będą ich klientami.

Jest coś takiego jak niechęć praktyków do teoretyków. Ileż razy adwokat, a zarazem profesor prawa, słyszy na sali sądowej, gdy na przykład podważa jakąś tezę biegłego lub tezę aktu oskarżenia, głupawą, przywołującą go do porządku uwagę sędziego: „panie mecenasie, to nie seminarium” albo „to nie uniwersytet”. „Tak – nie mam wątpliwości, zorientowałem się już” powinien odpowiedzieć adwokat profesor. A przecież zarówno nauka, jak i rozprawa powinna dążyć do ustalenia prawdy. Mądry sędzia powinien zrobić wszystko, by rozprawa w dociekaniu do prawdy brała sobie za ideał dobre seminarium. Nieżyjący już wybitny krakowski medyk sądowy profesor Kazimierz Jaegermann powtarzał zawsze, że „nie ma nic bardziej praktycznego niż dobra teoria”. Nie jestem pewien, czy ogół kształconych przez nas prawników rozumiałby, o co mu chodziło.

Nie słyszałem, by były jakieś wspólne konferencje, na których wykładowcy akademicy uzgadnialiby z wykładowcami Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury wspólny model kształcenia prawników, gdzie ustalano by, czego młodzi prawnicy powinni uczyć się w czasie studiów na uczelni, a czego na aplikacji. Co więcej, gdy przed kilku laty Komisja Nauk Prawnych Oddziału PAN w Krakowie jedno z posiedzeń poświęciła kształceniu prawników, na posiedzenie przyszło, o ile pamiętam, pięć osób, a my z Profesorem Biernatem stanowiliśmy tym samym dwie piąte jego uczestników. Krakowskie naukowe środowisko prawnicze, liczące kilkaset osób, działające i uczące prawników na czterech wyższych uczelniach, najwyraźniej uznało, że temat posiedzenia nie jest ważny, a w każdym razie nie jest godny ich obecności.

Wędrujemy więc dalej po krainie marzeń. Gdy już z grubsza wiemy, czego uczyć studentów na studiach prawniczych, warto zastanowić się jak uczyć. Wykłady, ćwiczenia i seminaria to podstawowe formy przekazywania wiedzy na tych studiach. Od ponad stu lat stosowane są te same formy zajęć. Czy to rzeczywiście formy najlepsze? Od ponad stu lat żadnych innych form nie wynaleziono? Zaryzykowałbym twierdzenie, że wykład powinien być w dużej mierze zastępowany innymi, wymagającymi aktywności studentów formami zajęć: konwersatoriami, warsztatami. Jaki sens ma wykład, na którym wykładowca powtarza podręcznik, czasem swojego autorstwa, a czasem (częściej) napisany przez innego wykładowcę? Czy studenci prawa nie potrafią czytać ze zrozumieniem tekstów podręczników? Pamiętam ze swoich studiów wykład z prawa rzymskiego prowadzony przez wybitnego skądinąd

profesora Waława Osuchowskiego. Ten uczony mąż mówił na wykładzie z pamięci swój podręcznik. Co pilniejsi studenci wodzili palcem po liniijkach podręcznikowego tekstu, a gdy profesor powiedział coś inaczej, niż było napisane w podręczniku, albo coś pominął, byli zdezorientowani. Inni grali w okręty (wtedy nie było jeszcze telefonów komórkowych i gier komputerowych, którym dziś na wykładach z nudów oddają się liczni studenci) albo rozmawiali, a gdy czynili to zbyt głośno, profesor stukał swym herbowym sygnetem w pulpit i odrywając się od tekstu podręcznika, mówił podniesionym głosem „proszę o spokój!”. Jeszcze inni nie przychodzili na wykład wcale, bo obecność na wykładach, tak jak i dziś, nie była obowiązkowa.

A już zupełnie nie rozumiem, dlaczego czytanie lub streszczanie podręcznika (swojego lub cudzego autorstwa) dla tych studentów, którzy jednak pofatygowali się na wykład i nie śpią na nim ani nie bawią się telefonami, jest zadaniem dla profesorów zwyczajnych. Jeśli już wykład kursowy w takiej formule musi się odbyć (z czego to wynika, że musi?), to może wystarczyłoby, aby głosił go adiunkt? Albo asystent, choć tych ostatnich już prawie nie ma.

Istotą nauczania akademickiego jest, a przynajmniej do niedawna było, to, że wykładający jakiś przedmiot ma swój udział w jego rozwoju. To znaczy prowadzi badania czy też studia nad tym przedmiotem, publikuje z jego zakresu naukowe teksty. Obowiązująca dziś ustawa, zwana megalomańsko „Konstytucją dla nauki”, wprowadziła dwie kategorie wykładowców: tych, którzy mają prowadzić badania, pisać i nauczać (zalicza się ich do tzw. liczby N) oraz dydaktycznych. Ci ostatni nic nie muszą badać, studiować, nie muszą publikować. Muszą tylko nabrać biegłości w uczeniu z cudzego najczęściej podręcznika.

Nic nie badając, nic nie studiując, a tylko wykładając, choćby z cudzego podręcznika, można dziś dojść do stanowiska profesora w dowolnej specjalności. Teoretycznie, w zasadzie tylko opierając się na umiejętności czytania i oratorskich talentach, można zostać profesorem prawa, fizyki albo biologii molekularnej. W naukach prawnych niestety nie tylko teoretycznie.

Jeśli już konieczne jest utrzymanie tzw. wykładów kursowych, na które studenci nie muszą chodzić, na których opowiada się studentom materię podręcznikową, z którą mogliby zapoznać się, sami czytając podręcznik, to niechby te wykłady prowadzili młodzi doktorzy. Profesorowie, zwłaszcza tytularni, powinni prowadzić seminaria doktorskie, opiekować się młodszymi pracownikami naukowymi, a jeśli już to powinni prowadzić wykłady monograficzne. Czyli wykłady wykraczające



poza podstawowy materiał podręcznikowy. Co roku na inny temat, nie przez dziesięć lat to samo. Ideałem byłoby, aby profesor, pisząc nową książkę, wykladał studentom jej tematykę. Taki wykład nie musiałby mieć w programie przeznaczonych trzydziestu godzin. Wystarczyłoby może dziesięć? Może piętnaście? Nie wiem skąd się wzięło, że liczba godzin przeznaczonych na wykład musi być podzielna przez trzydzieści. U nas w Polsce to niemożliwe, bo profesor musi wypełnić swe dydaktyczne pensum. Na większości uczelni sto osiemdziesiąt godzin, na niektórych nieco mniej. No to wypełniając pensum, jak chłop pańszczyźniany pańszczyznę, wyklada profesor studentom zawartość podręcznika, dobrze jeśli swojego, a nie cudzego. Opowiadał mi swego czasu Czesław Miłosz, że jako profesor w kontrakcie na Uniwersytecie w Berkeley miał określone pensum: już dziś dokładnie nie pamiętam, sześć czy może osiem godzin. Ale kontrakt wymagał, by było to tych sześć czy osiem godzin czegoś nowego, czegoś, o czym dotąd nie mówił na wykładach i czego nie można wyczytać w dotąd opublikowanych pracach. Naprawdę w czasie poświęconym na odrabianie pańszczyzny, czyli realizowaniu pensum, profesor mógłby robić coś bardziej pożytecznego dla nauki. Nie tylko, jak wspominałem, opiekować się młodszymi pracownikami piszącymi doktoraty czy habilitacje czy też tylko pracującymi naukowo, niekoniecznie akurat „na stopień”. Powinien także uczestniczyć w pracach różnych naukowych gremiów takich jak PAN, PAU i ich komisje, w pracach towarzystw naukowych, krajowych czy zagranicznych, no i powinien pisać... podręczniki dla studentów, artykuły i monografie, redagować naukowe czasopisma.

Powie ktoś, że nas (to znaczy Polskę) na to nie stać. Przeciwnie. Nie stać nas na taką rozrzutność. W ramach rzekomych oszczędności każdy profesor marnuje swych sto osiemdziesiąt godzin rocznie na powtarzanie tego, co student mógłby, gdyby chciał, przeczytać sobie sam z podręcznika. Może inaczej jest np. na fizyce, ale na prawie właśnie tak. I to właśnie jest prawdziwa rozrzutność i niegospodarność.

Być może ma Pan Profesor inne przemyślenia i inny pogląd. Chętnie bym z Panem podyskutował. Tylko kiedy? Mam, podobnie jak Pan, bardzo napięty harmonogram. Musimy przede wszystkim „wyrobić” nasze pensum, odsiedzieć swoje na posiedzeniach rozmaitych rad i komisji, wykonać szereg prac administracyjnych, których wraz z rosnącą biurokratyzacją nauki coraz to przybywa. No i musimy „wyrobić” publikacjami odpowiednią liczbę punktów, ścigając się w rozmaitych konkursach i rankingach, które powymyślał ktoś, kto uparcie wierzy, że ilość przechodzi w jakość i nawet nie wie, że w tym zakresie jest marksistą.

A kolejna patologia nauki zwana powszechnie „punktozą” to odrębny temat, zasługujący na odrębne, obszerne opracowanie. Poprzestańmy na stwierdzeniu, że system, w którym „ten jest większym uczonym, kto ma więcej punktów”, przy czym o tym, kto ma więcej punktów, decyduje minister, nie jest systemem najlepszym z możliwych.

Kto zna historię nauki, nie tylko prawa, wie, jak ważną rolę w rozwoju nauki, nie tylko humanistyki, odgrywało też życie towarzyskie. Rozmowy i dyskusje w kawiarniach, a nawet w knajpach. Czy bez spotkań w Szkockiej powstałaby lwowska szkoła matematyczna? W Krakowie taką namiastką Szkockiej była do niedawna interdyscyplinarna kawiarnia w Grandzie. Ze śmiercią profesora Krawczuka, który dożył stu lat, a nie doczekał się kontynuatora w roli patrona spotkań w Grandzie, te spotkania w Grandzie odeszły do historii. Niegdyś środowisko naukowe było zarazem środowiskiem towarzyskim. Tego już od dawna nie ma. Kiedyś profesorowie różnych dyscyplin spotykali się na posiedzeniach w PAU albo w niedalekim Grandzie, czasem, to też prawda, w nocnej kawiarni Streita<sup>2</sup>. Prawnik dyskutował z medykiem, matematyk z historykiem, wszyscy jakoś wzajemnie się inspirowali. Dziś, po pierwsze, profesorów jest za dużo, wzajemnie się nie znamy, nie rozmawiamy z sobą. Po drugie, rozwój nauki wymusił daleko idące specjalności. Jeśli prawnik dyskutuje z medykiem, to najwyżej o własnych dolegliwościach zdrowotnych. Matematyk nie bardzo wie, o czym mógłby rozmawiać z historykiem. Gorzej, prawnik cywilista nie rozumie (nawet nie próbuje zrozumieć) tego, co napisał filozof prawa, a dla tego ostatniego obojętna jest dyskusja nad nowelizacją prawa karnego. Czy tak być musi? Może tak, ale może nie aż tak?

Czas biegnie, a z wiekiem dostrzega się, że biegnie chyba coraz szybciej...

*Ad multos annos*, Panie Profesorze! Może jeszcze będzie okazja, aby o tym wszystkim kiedyś pogadać! Pomarzyć, przy jakiejś kawie, jak mogłoby wyglądać nauczanie prawa?

Łudzę się nadzieją, że być może się Pan ze mną zgodzi. Przynajmniej w tym zakresie, że program i forma nauczania studentów prawa nie są najlepsze. Ale nawet jeśli podzieliliby Pan moje poglądy w całości, jestem raczej pewien, że nic z tego, przynajmniej na razie, nie wyniknie. Nie mam złudzeń. Nikt nie zrezygnuje ze stuosiemdziesięciogodzinnego pensum dla profesorów zwyczajnych, nikt nie zwolni nas z obowiązku powtarzania na wykładzie podręcznika dla tych studentów,

<sup>2</sup> Por. J. Widacki, *Szkice z dziejów prawa karnego i kryminologii w Krakowie. Myśli i ludzie*, Kraków 2014, s. 81.

---

którzy zechcieli się pofatygować na wykład, na którym obecność z mocy regulaminu jest nieobowiązkowa. Nic chyba nie zatrzyma tworzenia coraz to nowych katedr i coraz to nowych przedmiotów „jednoustawowych”. Wciąż też będziemy słuchali pouczających głosów różnych lokalnych czy centralnych mędrków, że musimy studia bardziej dopasować do potrzeb praktyki, bo żądający tego nie dowiedzieli się jeszcze, czym różnią się studia uniwersyteckie od nauczania w przyfabrycznej szkole zawodowej. Ale może będziemy mieli trochę szczęścia i uda się nam zapoczątkować jakąś dyskusję? Kto wie? Czasem jeden kamyczek zrzuty ze stoku powoduje lawinę? Spróbujmy sobie trochę pomarzyć. To wolno! No i zapraszam na kawę.



Stanisław Wrzosek\*

## Współpraca z Profesorem Tadeuszem Biernatem w ramach Polskiej Komisji Akredytacyjnej

To krótkie odniesienie się do mojej współpracy z Profesorem Tadeuszem Biernatem należy z całą pewnością rozpocząć od chociażby bardzo krótkiej wzmianki o zainteresowaniach naukowych Profesora. Jest On bowiem wybitnym autorytetem w dziedzinie nauk prawnych, a przede wszystkim w zakresie subdyscyplin jak filozofia prawa, teoria państwa i prawa oraz prawo konstytucyjne, a w polu Jego zainteresowań naukowych są także zagadnienia związane z dyscypliną nauki o polityce i administracji. Swoje rozważania oparte na wynikach prowadzonych badań naukowych zawarł Profesor między innymi w wydanej w 2014 roku niezmiernie ciekawej i dającej podstawę do dyskursu naukowego monografii. Warto przytoczyć znajdujący się we wspomnianej publikacji pogląd, że kwestia autonomii jednostki a konieczność jej podporządkowania w organizacji państwowej czy samorządowej „jest podstawowym elementem rozważań o władzy, i ma szczególne znaczenie z punktu widzenia wyjaśnienia genezy władzy politycznej”<sup>1</sup>. Kontynuację tych rozważań można znaleźć w równie

---

\* Prof. dr hab., Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, ORCID: 0000-0001-5557-5758.

<sup>1</sup> T. Biernat, *Władze publiczne w demokratycznym państwie prawa. Prawo – Instytucje – Zasoby*, Kraków 2014, s. 49.

znamienitej i znaczącej z punktu widzenia rozwoju teorii państwa i prawa monografii będącej wynikiem prowadzonego grantu naukowego, w ramach którego Profesor Biernat zrealizował „projekt, który swym zakresem obejmował badania nad zjawiskiem zmian otoczenia normatywnego w społeczeństwie postmodernistycznym oraz ich wpływem na proces tworzenia prawa”<sup>2</sup>.

Moje wieloletnie współdziałanie z Profesorem Tadeuszem Biernatem wiąże się z jego działalnością ekspercką w ramach Polskiej Komisji Akredytacyjnej<sup>3</sup>. Początkiem współpracy była wizytacja na jednej z wyższych niepublicznych uczelni w Łodzi wiosną 2012 roku. Podczas tej wizytacji, w ramach której przeprowadzona została ocena programowa prowadzonego na uczelni kierunku studiów, byłem przewodniczącym zespołu oceniającego, a Pan Profesor był w nim tzw. ekspertem merytorycznym (uczestniczył w zespole jako ekspert zewnętrzny PKA).

Już to wspomniane pierwsze spotkanie (jak pamiętam trudne merytorycznie z punktu widzenia przeprowadzenia oceny) było ze strony Profesora dla wszystkich członków zespołu oceniającego wspaniałą lekcją, jak należy podejść ze zrozumieniem do wszystkich problemów organizacyjnych i merytorycznych wizytowanej uczelni. Przede wszystkim należy wskazać – co potwierdziły nasze późniejsze liczne wizytacje – wspaniałe przygotowanie Profesora do każdej przeprowadzanej oceny. Miał On zawsze dużą wiedzę o uwarunkowaniach prowadzenia

<sup>2</sup> *Idem*, *Prawo w przestrzeni normatywnej*, „Jurysprudencja” 13/2019, Łódź 2019, s. 22.

<sup>3</sup> Polska Komisja Akredytacyjna (dalej także jako: PKA) w aktualnym stanie prawnym działa na podstawie art. 241 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 742 z późn. zm.) w brzmieniu: Jakość kształcenia na studiach podlega ewaluacji przeprowadzanej przez PKA. W literaturze przedmiotu powołanie w 2002 roku Państwowej [obecnie: Polskiej] Komisji Akredytacyjnej oznaczało przyjęcie kontynentalnego (różniącego się od brytyjskiego) modelu zewnętrznej oceny kształcenia, opierającego się na kontroli sprawowanej przez państwo za pośrednictwem jego agend – zob. A. Jakubowski, [w:] *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, red. *idem*, Warszawa 2023, s. 804. T. Biernat zaliczył PKA do „ułomnych instytucji władzy państwowej”. Na uwagę zasługuje podniesienie przez T. Biernata kwestii tworzenia „organów, działających w obszarach kontrolowanych lub ściśle nadzorowanych przez państwo, funkcjonujących według »wzorca« organu władzy publicznej, a nie będących organem władzy publicznej”. Dalej Autor zauważa, że konstrukcja „ułomnych instytucji władzy państwowej” w pełni odnosi się do praktyki działania PKA i dodaje, iż działania tych instytucji „są nie tylko postrzegane jako władcze, ale w istocie mają w sobie duży »ładunek władztwa«” – *idem*, *Władze publiczne...*, *op. cit.*, s. 79 i n.

danego kierunku studiów przez uczelnię. Było to wynikiem wcześniejszego drobiazgowego zapoznawania się z raportami samooceny, które uczelnie są zobowiązane przygotować przed nadchodzącą wizytacją. Pamiętam, że wszystkim członkom zespołu oceniającego bardzo pomagały uwagi Profesora, które przedstawiał podczas pierwszych spotkań zespołu (spotkań wewnętrznych odbywających się tylko w ramach zespołu oceniającego) odbywających się zawsze w dzień poprzedzający wizytację. Dzięki temu mogliśmy wypracować plan działania, którego ostateczną wersję zespół przedstawiał władzom uczelni w pierwszym dniu rozpoczęcia wizytacji. Przyznam, że zdarzały się przypadki, gdy podczas tego wstępnego wewnętrznego spotkania zespołu dochodziło do ostrych dyskusji związanych z przeprowadzeniem planowanej oceny. Zawsze jednak – myślę, że w dużej mierze dzięki Profesorowi Tadeuszowi Biernatowi – osiągnęliśmy konsensus. Było to szczególnie ważne z punktu widzenia skutecznego przeprowadzenia oceny (*notabene* potocznie określanej w środowisku jako „kontrola”).

Należy podkreślić, że Profesor bardzo dużą wagę przywiązywał do wskazywania władzom uczelni, w jakim kierunku powinny one podejmować działania mające na celu podnoszenie jakości kształcenia. Oczywiście wskazówki takie znajdują się zawsze w raporcie zawierającym propozycję oceny, która w dalszej procedurze jest określana w drodze uchwały Prezydium PKA. Mało się jednak docenia bezpośrednie kontakty z przedstawicielami uczelni podczas wizytacji. Profesor nie miał w tym zakresie żadnych trudności i w bezpośredniej rozmowie realizował to niezmiernie ważne zadanie PKA, jakim jest pomoc udzielana uczelniom wyższym w zakresie realizacji funkcji edukacyjnej.

Współpraca z Profesorem miała jeszcze tę zaletę, że bardzo chętnie podejmował się udziału w ocenach programowych, a w poprzednim stanie prawnym – także instytucjonalnych. Dzięki temu nawet w przypadku tzw. trudnych wizytacji nie było problemów organizacyjnych przy planowaniu przeprowadzania ocen. Ponadto Profesor nigdy nie odmawiał w przypadkach awaryjnych, gdy konieczne było znalezienie eksperta na miejsce osoby, która z przyczyn losowych lub zawodowych musiała zrezygnować z udziału w zespole oceniającym. Na marginesie należy dodać, że kwestia poszukiwania eksperta, aby wizytacja mogła zostać przeprowadzona, często w środowisku związanym z dyscypliną nauk prawnych, nastrocza trudności z powodu licznych pozauczelnianych zobowiązań zawodowych nauczycieli akademickich.

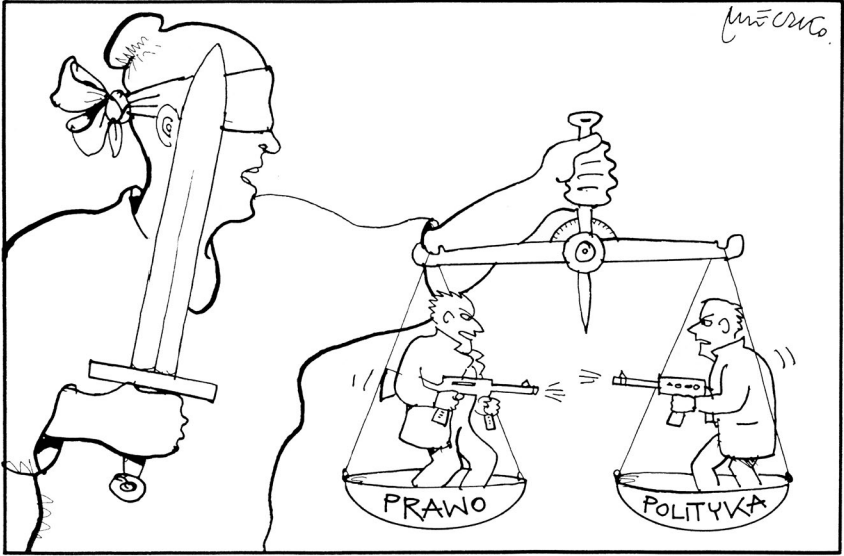
Jest jeszcze jeden pozytywny aspekt współpracy z Panem Profesorem Tadeuszem Biernatem, a mianowicie podczas ocen przeprowadza-

nych na wyznaczonych kierunkach studiów podejmował się przeprowadzania hospitacji w ramach różnorodnych zajęć dydaktycznych, nie tylko związanych z jego specjalnością naukowo-badawczą. W ramach tych hospitacji wykazywał się On nie tylko życzliwym podejściem do prowadzących zajęcia oraz studentów, ale również proponował konkretne rozwiązania, co znajdowało swoje odzwierciedlenie w uwagach stanowiących załącznik do raportu, a przede wszystkim w samym głównym raporcie powizytacyjnym.

Reasumując, współpraca z Panem Profesorem w ramach zadań związanych z podnoszeniem jakości kształcenia przez polskie uczelnie wyższe była, moim zdaniem, niezwykle owocna. Potwierdzają to także opinie innych członków PKA oraz ekspertów zewnętrznych, a co najważniejsze – opinie przedstawicieli uczelni, w ocenie których Profesor uczestniczył. Muszę także podkreślić, że gdy Profesor – zgodnie z przepisami ustawowymi – przestał uczestniczyć w pracach Komisji ze względu na cezurę wieku, stwarzało to trudności organizacyjne przy ustalaniu, jak zawsze napiętego, harmonogramu wizytacji na uczelniach.

W tym krótkim tekście chciałem przybliżyć może mniej znany aspekt działalności zawodowej Profesora w sferze szkolnictwa wyższego. Moim zdaniem wspomniana przeze mnie Jego aktywność była nie mniej ważna od pracy dydaktycznej i naukowo-badawczej na uczelni. Profesor zawsze wykazywał się umiejętnością łączenia swych doświadczeń wyniesionych z pracy akademickiej z wyzwaniem związanym z działalnością na rzecz podnoszenia jakości kształcenia w polskim systemie szkolnictwa wyższego, a Jego udział w pracach Polskiej Komisji Akredytacyjnej wiązał się z wielkim dla Niego uznaniem ze strony wszystkich współpracowników i przedstawicieli uczelni.







Monika Augustyniak\*

## Instrumenty ustrojowe w walce z korupcją w samorządzie terytorialnym – kilka refleksji

### Wprowadzenie

Samorząd terytorialny stoi przed nowymi wyzwaniami, które wpływają na jego aktualny kształt. Są one podyktowane zmianą postaw mieszkańców wspólnot samorządowych związaną z oczekiwaniem większej gwarancji transparentności działania władz publicznych, w tym władz samorządowych. Tworzenie licznych instrumentów antykorupcyjnych ma na celu wyeliminowanie sytuacji polegających na wykorzystywaniu stanowisk i funkcji do celów prywatnych. Podwaliny określonych mechanizmów kontroli stwarza zasada jawności, określona w art. 61 Konstytucji RP<sup>1</sup>. Znajduje ona zastosowanie również w regulacjach ustaw ustrojowych, materialnych i procesowych.

---

\* Dr hab., prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0001-6196-1989.

<sup>1</sup> Zob. wyrok NSA z dnia 10 maja 2023 r., w którym wskazano, że „Prawo dostępu do informacji, o jakim mowa w art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, nie ma charakteru prawa wolnościowego, a stanowi polityczne prawo o treści pozytywnej określonej przez prawodawcę. *De facto* to prawodawca przesądza jego kształt, wskazując podmiot uprawniony, podmiot zobowiązany oraz przedmiot świadczenia. Nie jest to również prawo tożsame z osobistą wolnością wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, o jakiej stanowi odrębna regulacja konstytucyjna tj. art. 54 ust. 1 Konstytucji RP” – wyrok NSA z dnia 10 maja 2023 r., III OSK 2126/21, Lex nr 3579554.

Pojęcie korupcji „można rozpatrywać przez pryzmat jej szkodliwości zarówno w aspekcie instytucji uczestniczącej w tym niechlubnym zjawisku, jak i w kontekście całego państwa i społeczeństwa”<sup>2</sup>. Dlatego też uczestniczenie samorządu terytorialnego w aspekcie podmiotowo-przedmiotowym w działalności korupcyjnej jest naganne i powinno się doprowadzić do jej wyeliminowania. Korupcja jako nadużycie władzy podlega coraz szerzej kontroli instytucjonalnej i społecznej, wytaczając ramy praworządności działania wspólnoty terytorialnej. Korupcja w sektorze publicznym stanowi jedną z istotniejszych patologii, bowiem wpływa negatywnie na funkcjonowanie państwa, z jednej strony przyczyniając się do spadku poziomu zaufania do władzy, z drugiej zaś do pojawiania się lub wzrostu kolejnych dysfunkcji<sup>3</sup>.

Ustawodawca stworzył całą gamę instrumentów kontroli instytucjonalnej i społecznej, które mają na celu walkę z korupcją oraz zwiększenie transparentności działania władz publicznych we wspólnocie samorządowej, co służy *de facto* wyeliminowaniu nadużyć władzy publicznej<sup>4</sup>.

Celem artykułu jest identyfikacja instrumentów ustrojowych w walce z korupcją w samorządzie terytorialnym oraz ich omówienie w świetle nowych ustaleń doktryny i judykatury prawa administracyjnego. Antykorupcyjne instrumenty ustrojowe stanowią podstawę do tworzenia wspólnoty samorządowej mogącej troszczyć się o swoich mieszkańców i ich interesy społeczne, dlatego też ich znaczenie ma fundamentalną rolę w tworzeniu demokratycznego państwa prawnego<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Zob. A. Melezini, *Prawne instrumenty zapobiegania i zwalczania korupcji przez kontrolę skarbową*, Warszawa 2012, s. 31.

<sup>3</sup> A. Stankiewicz, *Korupcja jako przyczyna dysfunkcji w sektorze publicznym*, „Prokuratura i Prawo” 2022, nr 5, s. 118 i n.

<sup>4</sup> Jak wskazuje T. Biernat, „Rola procedur gwarantujących demokratyczne rządy jest zapewnienie udziału w procesie demokratycznym relatywnie wielkiej liczby obywateli, równości głosów w decyzjach, suwerenności narodu oraz ostatecznej kontroli realizowanych decyzji. Dodatkowo, niezbędną jest instytucjonalizacja i utrwalanie nawyków demokratycznych” – zob. *idem*, *Władze publiczne w demokratycznym państwie prawa. Prawo – Instytucje – Zasoby*, Kraków 2014, s. 58. Szerzej na ten temat zob. M. Augustyniak, *Instrumenty antykorupcyjne w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2022, s. 148. Zob. także I. Niżnik-Dobosz, *Partycypacja jako pojęcie i instytucja demokratycznego państwa prawnego i prawa administracyjnego*, [w:] *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2014, s. 21–43.

<sup>5</sup> Wedle K. Koryckiej i M. Koryckiej-Zirk „Jednostka bowiem nieuchronnie funkcjonuje w ramach wielkiej grupy społecznej, jaką jest państwo i jako podmiot poddany i konfrontowany omnipotencji władzy swoją pozycję prawną (z pewnością w zakresie prawa przedmiotowego) z założenia ma w mniejszym lub większym

W artykule wykorzystano metodę dogmatycznoprawną, polegającą na analizie tekstu prawnego. Przedstawiono poglądy prezentowane w doktrynie, piśmiennictwie i orzecznictwie sądownoadministracyjnym w zakresie poruszanej problematyki. Całość wieńczą wnioski, stanowiące rekapitulację rozważań przedstawionych w tekście.

### Normatywne instrumenty ustrojowe w walce z korupcją – element kontroli instytucjonalnej

Do katalogu form mechanizmów ustrojowych w walce z korupcją, które stanowią element kontroli instytucjonalnej, należy zaliczyć dwa instrumenty:

- 1) interpelacje, zapytania i wnioski (element informacyjno-kontrolny), oraz
- 2) raport o stanie danej jednostki samorządu terytorialnego (element kontrolny o charakterze mieszanym: instytucjonalno-społecznym).

Instrumenty te uregulowano lub znacznie uszczegółowiono na mocy ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych<sup>6</sup>.

Interpelacje, zapytania i wnioski zostały wprowadzone do ustrojowych ustaw samorządowych, będąc przejawem realizacji zasady jawności i transparentności działania organów władzy publicznej. Są to normatywne instrumenty ustrojowe, po które sięga się m.in. w walce z korupcją. Bezpośrednimi adresatami tych mechanizmów są radni oraz członkowie młodzieżowych ciał konsultacyjno-doradczych. Ustawodawca dopuszcza dwa podmioty, którym przyznaje prawo zgłoszenia zapytań: radni oraz młodzieżowe rady/sejmiki (*in gremium*), które to ciała funkcjonują na podstawie zasady fakultatywności we wszystkich jednostkach samorządu terytorialnego.

---

stopniu zdeterminowaną zewnętrznie. Uzasadnienie (a przynajmniej istotny jego element) istoty społeczno-politycznej struktury, jaką jest państwo, kształtuje prawnie budowane pojęcie sprawiedliwości relacji władzy publicznej do obywatela. [...] Zasada legalizmu jako istotna podzasada zasady państwa prawnego, bez rozbudowania prawnego wskazanej proceduralno-kompetencyjnej sfery działania organów państwa, pozostawałaby zasadą pustą i potencjalnie sprzyjającą nadużyciom działań władzy” – tak *eaedem*, *Due process of law – perspektywa filozoficznoprawna*, „Państwo i Prawo” 2023, z. 4, s. 76 i 79.

<sup>6</sup> Dz.U. z 2018 r., poz. 130; powoływana jako: ustawa z 2018 r.

Podkreślić należy, że funkcja kontrolna radnego wchodzi w zakres funkcji kontrolnej organu stanowiącego<sup>7</sup> danej jednostki samorządu terytorialnego, a jej granice określone zostały w przepisach samorządowych ustaw ustrojowych.

Na mocy ustawy z 2018 r. wprowadzono możliwość kierowania przez radnego interpelacji i zapytań do monokratycznego organu wykonawczego w gminie. Podobne regulacje ustawodawca przewidział dla radnego rady powiatu i sejmiku województwa, którzy kierują swe interpelacje i zapytania do starosty albo do marszałka województwa. Ustawodawca zdefiniował pojęcie „interpelacji” oraz „zapytań”, wskazując jednocześnie formę i termin ich udzielenia. Treść interpelacji i zapytań została objęta zasadą jawności, dlatego też są one podawane do publicznej wiadomości.

Interpelacja dotyczy spraw o istotnym znaczeniu dla konkretnej jednostki samorządu terytorialnego, która powinna zawierać krótkie przedstawienie stanu faktycznego będącego jej przedmiotem oraz wynikające z niej pytania. Tym samym interpelacja stanowi instrument kontroli wewnętrznej w strukturze danej wspólnoty samorządowej. W związku z unormowaniem instytucji interpelacji radnych w samorządowych ustawach ustrojowych niedopuszczalne są w tym zakresie modyfikacje podmiotowo-przedmiotowe wprowadzane na mocy statutów, co potwierdza orzecznictwo administracyjne<sup>8</sup>.

W myśl art. 24 ust. 5 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym<sup>9</sup>, art. 21 ust. 12 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym<sup>10</sup>, art. 23 ust. 7 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa<sup>11</sup> radni składają zapytania w sprawach aktualnych problemów danej jednostki samorządu terytorialnego w celu uzyskania informacji o konkretnym stanie faktycznym. Tryb zapytań, o którym mowa w wyżej wskazanych przepisach, nie jest trybem regulowanym przepisami ustawy z dnia 6 września 2021 r. o dostępie do informacji publicznej<sup>12</sup>, ergo nie podlega reżimowi tej ustawy.

<sup>7</sup> Zob. szerzej M. Augustyniak, B. Przywora, *Organizacja wewnętrzna rad gmin i powiatów oraz sejmików wojewódzkich*, Warszawa 2020, s. 92.

<sup>8</sup> Zob. rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Wielkopolskiego z dnia 7 lipca 2021 r., KN-I.4131.1.411.2021.22, Dz.Urz. Województwa Wielkopolskiego, poz. 5826.

<sup>9</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 40; powoływana jako: u.s.g.

<sup>10</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1526; powoływana jako: u.s.p.

<sup>11</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 2094; powoływana jako: u.s.w.

<sup>12</sup> Dz.U. z 2022 r., poz. 902. Zob. też wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 12 września 2023 r., IV SA/Wr 282/23, Lex nr 3609959. W wyroku z dnia 13 września 2023 r.

Ponadto prawo złożenia interpelacji i zapytań przysługuje jedynie radnym z danej jednostki samorządu terytorialnego, tym samym zakres podmiotowy tych instytucji nie obejmuje członków organu stanowiącego z innych gmin/powiatów/samorządów województw, bowiem prawo to przysługuje im w obrębie podmiotowości danej jednostki, w której sprawują swój mandat<sup>13</sup>. Taki wniosek radnego należy wówczas potraktować w ramach dostępu do informacji publicznej<sup>14</sup>, a nie w myśl regulacji ustrojowych ustaw samorządowych. Jak słusznie wskazał WSA w Gdańsku w wyroku z dnia 5 czerwca 2019 r.,

Radny, niezależnie od pełnionej funkcji publicznej, którą sprawuje poprzez udział w posiedzeniach rady, pozostaje obywatelem i jak każdy obywatel Państwa – członek danej wspólnoty samorządowej, ma prawo do formułowania swych indywidualnych wniosków w trybie dostępu do informacji publicznej. Jego społeczna rola wymaga wiedzy na temat spraw gminnych, której poszerzenie *in pleno* niejednokrotnie może nie być możliwe z racji uwarunkowań politycznych, jakie zachodzą w radzie<sup>15</sup>.

Obowiązek udzielenia odpowiedzi na interpelację lub zapytanie spoczywa na organie wykonawczym lub piastunie tego organu, który osobiście albo poprzez inną upoważnioną osobę (np. zastępcę czy innego pracownika gminy/powiatu/sejmiku województwa) udziela takiej informacji. Wójt, starosta, marszałek województwa lub osoba przez nich wyznaczona jest *ex lege* zobowiązana do udzielenia odpowiedzi na pi-

---

WSA w Lublinie (II SAB/Lu 110/23, Lex nr 3607434) wskazał główne grupy problemowe, w kontekście których pojawia się zagadnienie nadużycia prawa do informacji publicznej.

<sup>13</sup> Jak wskazuje A. Wierzbica „[...] mandat wolny, jakim w aktualnym polskim stanie prawnym legitymuje się radny będący reprezentantem wspólnoty samorządowej, pozwala na jego realizację z uwzględnieniem wolności człowieka wykonującego ten mandat” – *eadem*, *Mandat radnego. Prawa, obowiązki, ograniczenia*, Warszawa 2023, s. 31.

<sup>14</sup> Zob. wyrok WSA w Gdańsku z dnia 28 września 2023 r., III SAB/Gd 147/23, Lex nr 3615850. „Informacja publiczna nie jest informacją abstrakcyjną, ani też urzędową wykładnią prawa. Przy formułowaniu powyższego stanowiska należy mieć też na względzie, że organ zobowiązany jest do »udostępnienia« informacji będącej w jego posiadaniu, a nie do jej »wytworzenia« na żądanie wnioskodawcy. Wnioskiem o udzielenie informacji publicznej może być objęte pytanie o określony stan istniejący na dzień udzielenia odpowiedzi. W trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej nie jest możliwe natomiast domaganie się od organu uzasadnienia podjętych działań czy zaniechań”.

<sup>15</sup> Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 5 czerwca 2019 r., II SAB/Gd 34/19, Lex nr 2693943.

śmie nie później niż w terminie 14 dni od dnia otrzymania interpelacji lub zapytania. Wskazać jednak należy, że upływ tego terminu nie jest obarczony żadną sankcją prawną, co również wskazuje na celowe umiejscowienie tego postępowania przez ustawodawcę poza reżimem ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Ustrojowe ustawy samorządowe przyznały także możliwość kierowania zapytań lub wniosków młodzieżowym radom albo sejmikom do organu wykonawczego, starosty lub marszałka województwa. Uprawnienia te przyznane zostały całemu ciału (*in pleno*), a nie jego poszczególnym członkom, tak jak w przypadku radnych, którzy indywidualnie posiadają prawo wystąpienia z wnioskiem lub zapytaniem. Organ wykonawczy gminy, starosta powiatu albo marszałek województwa lub osoba przez nich wyznaczona są obowiązani udzielić odpowiedzi pisemnej nie później niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania uchwały młodzieżowej rady gminy/powiatu/sejmiku województwa.

Zauważyć należy, że ustawodawca nie uregulował możliwości przedstawienia zapytań i wniosków do organów stanowiących danej jednostki, co stanowi postulat *de lege ferenda*. Radny wchodzi w skład stanowiącego organu kolegialnego, którego pracę organizuje przewodniczący, dlatego też w pewnych sytuacjach może nie mieć wiedzy o całokształcie działań organu, do którego należy.

W ustrojowych ustawach samorządowych nie przewidziano także wyposażenia radnych w dodatkowe uprawnienie żądania uzupełnienia odpowiedzi uznanej za niezadowolającą. Wprowadzenie przedmiotowej regulacji do statutu uznać należy za nieważne. Z uwagi na fakt, że do interpelacji nie ma zastosowania ustawa o dostępie do informacji publicznej, radnemu nie przysługuje skarga na bezczynność w przypadku nieudzielenia przez organ wykonawczy odpowiedzi na interpelacje i zapytania radnych bądź udzielenia odpowiedzi niepełnej. Uwagi te dotyczą zapytań kierowanych do organów wykonawczych przez młodzieżowe rady i sejmiki.

W przypadku nieudzielenia lub udzielenia niepełnej odpowiedzi na interpelacje i zapytania organy wykonawcze mogą spodziewać się negatywnych konsekwencji w postaci podjęcia przez organ nadzoru działań dyscyplinujących. Nie można jednak w tym zakresie uruchomić skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego, bowiem odmowa udostępnienia żądanych przez radnych informacji nie została poddana kognicji sądów administracyjnych<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Postanowienie WSA w Kielcach z dnia 29 stycznia 2021 r., II SA/Ke 1068/20, Lex nr 3118150. Zob. też postanowienie WSA we Wrocławiu z dnia 23 lipca 2023 r.,



Treść interpelacji, zapytań radnych oraz udzielonych im odpowiedzi podawana jest do publicznej wiadomości niezwłocznie przez publikację w Biuletynie Informacji Publicznej i na stronie internetowej danej gminy/powiatu/sejmiku województwa. Dodatkowo ustawodawca przewiduje publikację w inny sposób zwyczajowo przyjęty na danym terenie. Należy rozważyć wprowadzenie podobnej regulacji w tym zakresie w stosunku do wniosków i zapytań kierowanych przez młodzieżowe rady i sejmiki, bowiem brak takich unormowań w aktualnym ustawodawstwie wpływa na osłabienie funkcji informacyjno-kontrolnej wskazanych instrumentów.

Raport o stanie jednostki samorządu terytorialnego został unormowany jako element kontroli organu wykonawczego m.in. w zakresie walki z korupcją w samorządzie terytorialnym. Raport należy do instrumentów kontrolnych o charakterze mieszanym: instytucjonalno-społecznym, bowiem może spowodować uruchomienie instytucji referendum lokalnego, a tym samym stwarza możliwość odwołania organu wykonawczego przez mieszkańców danej gminy. To uruchomienie jednej z form demokracji bezpośredniej nosi cechy nie tylko kontroli instytucjonalnej, ale także społecznej, bowiem suweren w postaci mieszkańców podstawowej jednostki samorządu terytorialnego decyduje o dalszym funkcjonowaniu monokratycznego organu wykonawczego gminy, jeśli ten ostatni nie otrzyma wotum zaufania w dwóch kolejnych latach.

Raport jako nowa instytucja kontrolna został wprowadzony na mocy ustawy z 2018 r. do wszystkich trzech jednostek zasadniczego podziału terytorialnego państwa (zob. art. 28aa u.s.g, art. 30a u.s.p. oraz art. 34a u.s.w.). W przeciwieństwie do instytucji absolutorium jest to formuła otwarta także dla mieszkańców, którzy mogą wpłynąć na kształt uchwały w sprawie udzielenia organowi wykonawczemu wotum

---

w którym WSA wskazał, że „ocena charakteru prawnego wynikających z art. 24 ust. 6 u.s.g. obowiązków organu wykonawczego gminy w odniesieniu do realizowanych przez radnego uprawnień wykazała, że nie stanowią one innego aktu lub czynności z zakresu administracji publicznej podjętych w ramach bądź też poza postępowaniami określonymi w art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a. oraz dodatkowo nie istniał przepis prawny, który przyznawałby radnemu możliwość zakwestionowania nieprawidłowego działania organu wykonawczego w tym zakresie, to oceniana skarga na bezczynność nie mogła zostać uznana za dopuszczalną. Skarga na bezczynność może bowiem zostać wniesiona tylko w tych sprawach, w których sąd administracyjny sprawuje kontrolę działalności administracji publicznej” – postanowienie WSA we Wrocławiu z dnia 23 lipca 2021 r., IV SAB/Wr 227/21, Lex nr 3205521.

zaufania. Organ wykonawczy w jednostkach samorządu terytorialnego ma obowiązek przedstawiania do 31 maja każdego roku raportu o stanie gminy, raportu o stanie powiatu oraz raportu o stanie województwa. Dokument ten obejmuje podsumowanie działalności organu wykonawczego w roku poprzednim, w szczególności realizację polityki, programów i strategii, uchwał organów stanowiących i budżetu obywatelskiego. Jego zakres przedmiotowy jest więc bardzo obszerny. Takie określenie treści raportu jest bardzo ogólne i rodzi wątpliwości interpretacyjne co do jego konkretnej zawartości. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie,

Rada gminy nie została wyposażona w jakiegokolwiek mechanizmy prawne mogące zdyscyplinować czy też nakierować jej organ wykonawczy tak, aby raport w miarę rzetelnie odzwierciedlał pełen zakres działalności tego organu, a nie tylko działalność w tych obszarach, w których osiągnął on sukcesy<sup>17</sup>.

Ustawodawca dopuścił jednak możliwość, by szczegółowe wymogi dotyczące raportu, organ stanowiący mógł określić w drodze uchwały. Należy przychylić się do poglądu, że organ stanowiący może korzystać z wszelkich dostępnych podstaw dokonywania kontroli tej działalności<sup>18</sup>. Ocenia przy tym zarówno formalną, jak i merytoryczną poprawność działania organu wykonawczego.

Nad raportem należy obligatoryjnie przeprowadzić publiczną debatę, stanowiącą formę realizacji zasady jawności i kontroli. Organ stanowiący danej jednostki rozpatruje raport podczas sesji, na której podejmowana jest uchwała rady/sejmiku w sprawie udzielenia lub nieudzielenia organowi wykonawczemu absolutorium<sup>19</sup>. Raport jest rozpatrywany w pierwszej kolejności. Po zakończeniu debaty nad raportem o stanie danej jednostki samorządu terytorialnego rada/sejmik przeprowadza głosowanie nad udzieleniem organowi wykonawczemu wotum zaufania. Ustawodawca przewidział wyłącznie głosowanie nad udzieleniem organowi wykonawczemu jednostki samorządu terytorialnego wotum

<sup>17</sup> B. Dolnicki, *Raport o stanie gminy (powiatu, województwa)*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2020, nr 1, s. 24.

<sup>18</sup> W. Witalec, *Raport o stanie jednostki samorządu terytorialnego jako instrument oceny działalności jej organu wykonawczego*, „Finanse Komunalne” 2019, nr 9, s. 13.

<sup>19</sup> W instytucji absolutorium ustawodawca nie przewidział udziału mieszkańców. *A contrario* do instytucji raportu nad stanem jednostki samorządu terytorialnego udział mieszkańców ma charakter obowiązkowy. Wynika to z innego charakteru prawnego instytucji raportu a absolutorium, które stanowi bardziej fachowe narzędzie kontroli.

zaufania. Zabieg ten jest celowy, bowiem ma na względzie uniknięcie potrzeby podejmowania uchwały o przeciwstawnej treści<sup>20</sup>. Uchwała jest podejmowana bezwzględną większością głosów ustawowego składu rady/sejmiku. Niepodjęcie uchwały o udzieleniu zarządowi powiatu/województwa wotum zaufania jest równoznaczne z podjęciem uchwały o nieudzieleniu temu organowi wotum zaufania. To nieudzielenie przez radę/sejmik wotum zaufania organowi wykonawczemu jest równoznaczne ze złożeniem wniosku o jego odwołanie. Natomiast w przypadku monokratycznego organu wykonawczego gminy dopiero w sytuacji nieudzielenia mu wotum zaufania w dwóch kolejnych latach rada gminy może podjąć uchwałę o przeprowadzeniu referendum w sprawie odwołania organu wykonawczego<sup>21</sup>. Wynika to z konsekwencji prawnych związanych z bezpośrednim wyborem organu wykonawczego w gminie.

Należy przychylić się do poglądu wyrażonego w orzecznictwie sądowoadministracyjnym, że

poza kompetencją sądu znajduje się merytoryczna ocena stanowiska rady. Sąd nie może zatem badać, czy taka a nie inna decyzja organu stanowiącego gminy jest zasadna, a zatem czy radni właściwie czy adekwatnie ocenili przedłożony raport. Sąd może jedynie sprawdzić, czy oceny w ogóle dokonano. Wyrażona w takiej, a nie innej ocenie rady kontrola, musi się odnosić do działań wójta (burmistrza, prezydenta) za poprzedni rok, mieszczących się w jego prawem określonych kompetencjach. Radni powinni więc sprawdzić, na ile organ wykonawczy wywiązał się ze spoczywających na nim obowiązków i w oparciu o to w akcie głosowania – wyrazić swoją ocenę powyższego<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Zob. wyrok WSA w Kielcach z dnia 1 grudnia 2021 r., II SA/Ke 773/21, Lex nr 3304961.

<sup>21</sup> W wyroku z dnia 17 lipca 2023 r. NSA orzekł, że „W przypadku nieudzielenia wójtowi wotum zaufania w dwóch kolejnych latach rada gminy może podjąć uchwałę o przeprowadzeniu referendum w sprawie odwołania wójta (art. 28aa ust. 10 zd. 1 u.s.g.). Okoliczność, że nie uzasadniono w sposób wyczerpujący podjętej uchwały nie stanowi samodzielnej podstawy do stwierdzenia jej nieważności. Uchwała rady gminy w sprawie wotum zaufania powinna zawierać przede wszystkim tytuł i podstawę prawną jej podjęcia, czyli wskazanie przepisów ustawowych upoważniających radę gminy do podjęcia uchwały” – wyrok NSA z dnia 13 lipca 2023 r., III OSK 422/22, Lex nr 3595174.

<sup>22</sup> Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 3 lutego 2022 r., II SA/Rz 1394/21, Lex nr 3328132. Zob. postanowienie NSA z dnia 14 stycznia 2022 r., III OSK 4896/21, ONSAiWSA 2022, nr 3, poz. 48.

## Skarga z działu VIII Kodeksu postępowania administracyjnego jako instrument walki z korupcją – płaszczyzna kontroli społecznej

Skarga, unormowana w ustawie z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego<sup>23</sup>, to instrument prawny, który również można wykorzystać w walce z korupcją na płaszczyźnie kontroli społecznej wykonywanej w strukturze danej jednostki samorządu terytorialnego. Skargi stanowią często w praktyce pierwszy sygnał o nieprawidłowościach pojawiających się w działaniach organów i ich jednostek organizacyjnych, dlatego nie należy ignorować ich znaczenia. Mechanizmy te mają ułatwić zgłaszanie nieprawidłowości lub zastrzeżeń mających na celu poprawę dziania administracji publicznej. Jako skargi powszechne stanowią instrument kontroli społecznej w znaczeniu ustrojowym. Płaszczyzny kontroli można podzielić na personalne, majątkowe, finansowe oraz gospodarcze<sup>24</sup>. W orzecznictwie sądowoadministracyjnym podkreśla się, że „Wszczęcie postępowania skargowego jako odrębnego postępowania, następuje jedynie w przypadku, gdy sprawa, której skarga dotyczy, nie jest ani nie może być przedmiotem jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego”<sup>25</sup>. Z przepisów działu VIII k.p.a. wynika, że skarga może zostać złożona w interesie publicznym, własnym lub innej osoby za jej zgodą<sup>26</sup>. Przy czym zgoda ta nie może być dorozumiana.

Skargi (w tym anonimy) mogą zawierać zarzuty korupcyjne lub wskazywać na takie zachowania osób piastujących funkcję organów lub pracowników samorządowych, które należy zweryfikować w trybie skargowym, nawet gdy z treści skargi wynika, że została ona również skierowana do organów ścigania. Zasady i tryb postępowania skargowego zostały określone w dziale VIII Kodeksu postępowania administracyjnego.

Ustawodawca na mocy ustawy z 2018 r. zdecydował o obligatoryjnym powołaniu komisji skarg, wniosków i petycji jako komisji wewnętrznej rady/sejmiku o charakterze obligatoryjnym (z art. 18b u.s.g., art. 16a u.a.p. i art. 30a u.s.w.). Tym samym wzmocnił instrumentarium kontroli społecznej w jednostkach samorządu terytorialnego.

<sup>23</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 775; powoływana jako: k.p.a.

<sup>24</sup> Zob. M. Augustyniak, *Instrumenty...*, *op. cit.*, s. 163.

<sup>25</sup> Zob. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 29 kwietnia 2020 r., I SAB/Sz 13/20, Lex nr 3009334.

<sup>26</sup> Zob. art. 221 § 3 k.p.a. Zob. też wyrok WSA w Gdańsku z dnia 5 grudnia 2018 r., II SAB/Gd 95/18, Lex nr 2603861.

Obowiązek rozpatrywania skarg przez tę komisję w imieniu organu stanowiącego na działalność organów wykonawczych lub ich piastunów oraz kierowników jednostek organizacyjnych, funkcjonujących w danej wspólnocie samorządowej w zakresie zadań własnych wynika z art. 229 k.p.a. Przedmiotem skargi może być w szczególności zaniedbanie lub nienależyte wykonanie zadań przez wskazane organy i podmioty<sup>27</sup>. Komisja ta rozpatruje wnioski oraz petycje składane przez obywateli we wszystkich jednostkach samorządu terytorialnego zgodnie z ustawą i Kodeksem postępowania administracyjnego<sup>28</sup>. Zakres podmiotowy tej komisji został skonstruowany na wzór komisji rewizyjnej. Komisja ta stanowi pewnego rodzaju formę sprawiedliwości społecznej<sup>29</sup>.

Istotne jest wskazanie, że tryb skargowy jest jednoinstancyjnym postępowaniem, którego zakończenie, „czyli zawiadomienie o sposobie załatwienia skargi, nie daje podstaw do uruchomienia dalszego trybu instancyjnego, a więc nie tylko postępowania odwoławczego, ale także postępowania sądownoadministracyjnego”<sup>30</sup>. Brak możliwości przejścia na grunt sądownictwa administracyjnego czyni ze skargi instrument kontroli społecznej, tym samym osłabiając jej znaczenie normatywne.

## Wnioski

Z pewnością nie jest możliwe wyeliminowanie zjawiska korupcji wyłącznie przez doskonalenie regulacji normatywnych oddzielających władze od działalności gospodarczej, w tym poszerzenia całej gamy antykorupcyjnych instrumentów ustrojowych w jednostkach zasadniczego podziału terytorialnego państwa. „Kluczową kwestią jest mentalność

<sup>27</sup> Zob. art. 227 k.p.a.

<sup>28</sup> O zasadności powołania tej komisji zob. szerzej M. Augustyniak, *O potrzebie odpolitycznienia samorządu gminnego – marzenie normatywne*, „Samorząd Terytorialny” 2020, nr 7–8, s. 48 i n. Zob. też K. Sikora, *Nowe formy oddziaływań kontrolnych organów stanowiących względem organów wykonawczych j.s.t. wynikające z nowelizacji z 2018 r.*, [w:] *Pozycja ustrojowa organów jednostek samorządu terytorialnego*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2019, s. 493 i n.

<sup>29</sup> J. Rawls wskazuje: „Ponieważ zajmujemy się wyłącznie przypadkiem szczególnym, jakim jest dobrze urządzone społeczeństwo, tak jak opisuje je nasza teoria, wolno nam przyjąć, że jego członkowie we właściwy sposób rozumieją publiczną koncepcję sprawiedliwości, na której opierają się istniejące między nimi związki” – tak *idem*, *Teoria sprawiedliwości*, tłum. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 1994, s. 772.

<sup>30</sup> Postanowienie WSA w Warszawie z dnia 12 listopada 2019 r., VII SA/Wa 2280/19, Lex nr 30728027.

osób sprawujących władzę samorządową i funkcjonariuszy publicznych odpowiedzialnych za dobro wspólnoty lokalnej i ponadlokalnej<sup>31</sup>. Słusznie Piotr Laskowski wskazuje, że

Walka z korupcją polega na ustaleniu jej obszarów, przyczyn i okoliczności jej sprzyjających oraz skutecznym ich usuwaniu lub ograniczaniu lub przynajmniej ograniczaniu ich oddziaływania. Tylko systemowe i systematyczne ograniczanie korupcji może przynieść trwale pozytywne rezultaty. Same regulacje prawne nie są więc w stanie rozwiązać problemu korupcji. Konieczną przesłanką w przypadku Polski jest osiągnięcie wysokiego poziomu etycznego wśród osób sprawujących funkcje przez rozbudowanie struktur społeczeństwa obywatelskiego<sup>32</sup>.

Choć instrumenty ustrojowe w walce z korupcją w samorządzie terytorialnym nie stanowią wyłącznych i głównych mechanizmów prawnych, jakie ustawodawca przewidział we wspólnocie samorządowej w tym zakresie, jednak ich rola jest ważna w prawidłowym tworzeniu przestrzeni kontrolno-instytucjonalnej nad działalnością organów wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego. Problematyka ta wciąż budzi jednak dużo wątpliwość, zwłaszcza z uwagi na brak dostępu do drogi sądowej w tym zakresie.

W zwalczaniu korupcji istotne znaczenie ma również kontrola społeczna wykonywana przez mieszkańców danej wspólnoty. Weryfikacja działań „wtórnego podmiotu władzy” następuje w drodze wniosków, skarg, petycji oraz różnych innych form dostępu do informacji publicznej, w tym pełnego dostępu do posiedzeń organów kolegialnych pochodzących z powszechnych wyborów. W walce z przeciwdziałaniem korupcji w samorządzie terytorialnym fundamentalne znaczenie ma prawidłowe wykształcenie płaszczyzny działań dla społeczeństwa obywatelskiego<sup>33</sup>. Działanie to jednak wymaga dużej świadomości interesu publicznego w zarządzaniu wspólnotą samorządową i dogłębnego, wielopłaszczyznowego zrozumienia pojęcia demokratycznego państwa prawa.

<sup>31</sup> M. Augustyniak, *Instrumenty...*, *op. cit.*, s. 16 i n.

<sup>32</sup> P. Laskowski, *Korupcja w samorządzie terytorialnym – patologia władzy czy koszt transformacji?*, „Państwo i Społeczeństwo” 2005, nr 1, s. 98 i n.

<sup>33</sup> Szerzej na ten temat zob. M. Augustyniak, *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym w Polsce i we Francji. Studium administracyjnoprawne na tle porównawczym*, Warszawa 2017, s. 33 i n.

Magdalena Bainczyk\*

## Od unijnego *Staatenverbund* do unijnego *Bundesstaat*. Władza w UE z perspektywy RFN

### Wprowadzenie

Republika Federalna Niemiec (RFN), dzięki powojennemu układowi sił w Europie, a przede wszystkim nasilającej się w drugiej połowie lat 40. XX wieku zimnej wojnie, awansowała na pozycję jednego z państw decydujących o głównym kierunku rozwojowym Europy Zachodniej<sup>1</sup>. Republika Federalna Niemiec należała bowiem do państw założycielskich Rady Europy oraz do państw założycielskich Wspólnot Europejskich (WE), które w 1958 r. przystąpiły do tworzenia wspólnego rynku, a w latach 90. XX wieku zainicjowały utworzenie unii walutowej<sup>2</sup>.

Co ciekawe, w zachodnioniemieckim prawie konstytucyjnym możemy odnaleźć podobieństwa dla rozwiązań ustrojowych WE, a następnie Unii Europejskiej (UE), co nie jest jednak w ogóle podkreślane w literaturze. Należy do nich koncepcja poszanowania praw

---

\* Dr hab., prof. KAAF, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0002-7923-4007.

<sup>1</sup> A.M. Birke, *Nation ohne Haus. Deutschland 1945–1961*, Berlin 1998, s. 296 i n.; E. Cziomer, *Historia Niemiec współczesnych 1945–2005*, Warszawa 2005, s. 69 i n., 94 i n.

<sup>2</sup> T.G. Grosse, *Cztery wymiary integracji*, Warszawa 2021, s. 236.

podstawowych w prawie UE (art. 6 traktatu o UE<sup>3</sup> [TUE], Karta praw podstawowych<sup>4</sup>) – tutaj nawet pojęcie praw podstawowych odpowiada terminologii Ustawy Zasadniczej (UZ) RFN<sup>5</sup> wbrew bardziej rozpowszechnionemu w doktrynie pojęciu praw człowieka<sup>6</sup>. Do tego przyczynił się niewątpliwie Federalny Trybunał Konstytucyjny (FTK, Bundesverfassungsgericht) RFN, który w swoim orzeczeniu *Solange I*<sup>7</sup> i *Solange II*<sup>8</sup> wprowadził poszanowanie praw podstawowych jako warunek uczestnictwa RFN w procesie integracji europejskiej. W związku z tym pierwszym orzeczeniem Trybunał Sprawiedliwości (TS) WE uznał poszanowanie praw podstawowych jako standard prawa wspólnotowego<sup>9</sup>. Do innych instytucji ustrojowych doktryny

<sup>3</sup> Traktat o Unii Europejskiej [wersja skonsolidowana] (Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016).

<sup>4</sup> Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 303 z 14.12.2007).

<sup>5</sup> Ustawa Zasadnicza RFN z 23 maja 1949 r. [Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland], BGBl. [Bundesgesetzblatt – pol. Federalny Dziennik Ustaw] 1949, s. 1, ostatnio zmieniona przez art. 1 ustawy z 19 grudnia 2022 r., BGBl. I, s. 2478; co do pojęcia praw podstawowych w niemieckiej Ustawie Zasadniczej zob. m.in.: U. Volkmann, § 16 *Allgemeine Grundrechtslehren*, [w:] *Handbuch des Verfassungsrechts*, Hrsg. M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K.F. Gärditz, München 2021, nb 4, 9 i n.

<sup>6</sup> Por. Powszechna deklaracja praw człowieka, Zgromadzenie Ogólne ONZ, Paryż 10.12.1948; Europejska konwencja praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.); H.D. Jarass, *Einleitung: Grundlagen und Bedeutung der Grundrechte*, [w:] *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, München 2021, nb 14.

<sup>7</sup> Postanowienie FTK z 29 maja 1974 r., 2 BvL 52/71, BVerfGE [Bundeverfassungsgerichtsentscheidungen – pol. Orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego] 37, s. 271. Dalej akty prawne RFN w autorskim tłumaczeniu na polski, tłumaczenie orzeczeń FTK dostępne również w: M. Bainczyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa państwa w Unii Europejskiej*, Wrocław 2017.

<sup>8</sup> Postanowienie Drugiego 8. Senatu FTK z 22 października 1986 r., 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, s. 339.

<sup>9</sup> Wyrok TSWE z 17 grudnia 1970 r., Internationale Handelsgesellschaft mbH przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 11/70, teza 4 uzasadnienia: „[...] die Beachtung der Grundrechte gehört [...] zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Die Gewährleistung dieser Rechte muß zwar von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten getragen sein, sie muß sich aber auch in die Struktur und die Ziele der Gemeinschaft einfügen. Hiernach ist im Hinblick auf die vom Verwaltungsgericht geäußerten Bedenken zu prüfen, ob die Kautionsre-



niemieckiego prawa konstytucyjnego należy m.in. sposób podziału kompetencji pomiędzy poziomem federalnym a państwami związkowymi/UE a państwami członkowskimi<sup>10</sup> czy też typologia kompetencji ustawodawczych przekazanych federacji/UE<sup>11</sup>. *Last but not least* należy wspomnieć o kluczowej dla państwowości niemieckiej zarówno w XIX wieku, jak i drugiej połowie XX wieku zasadzie państwa prawa, określanej przez doktrynę niemiecką jako „osobliwości” niemieckiego prawa konstytucyjnego, która w XX wieku stała się niemieckim „szlagierem eksportowym”<sup>12</sup>.

W procesie definiowania charakteru prawnego WE, a następnie UE, w RFN przez długi okres można było zaobserwować pewną dwoistość. Z jednej strony stałe, progresywne podejście do integracji kolejnych rządów federalnych, i to niezależnie od ich składu, których decyzje były przyjmowane bez większych perturbacji przez Bundestag i Bundesrat. Tworzenie coraz „ściślejszej UE” jest bowiem zasadniczo przedmiotem konsensusu ponadpartyjnego<sup>13</sup>, który dopiero ostatnio zaczął się w pewnym stopniu kruszyć i to nie tylko pod wpływem eurosceptycznej *Alternative für Deutschland*, o czym także poniżej. Swoistym hamulcowym był w tym układzie FTK, który w swoim orzecznictwie stał na

---

gelung Grundrechte verletzt hat, deren Beachtung die Gemeinschaftsrechtsordnung gewährleisten muß”.

<sup>10</sup> Por. art. 30 UZ oraz art. 4 ust. 1, art. 5 ust. 1 i ust. 2 TUE; F. Wittreck, *GG Art. 30 [Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern]*, [w:] *Grundgesetz-Kommentar*, t. II, Hrsg. H. Dreier, Tübingen 2015, nb 9.

<sup>11</sup> Art. 2 ust. 1 TFUE oraz art. 71 UZ, a także art. 2 ust. 2 TFUE oraz art. 72 UZ; F. Wittreck, *Vorbemerkungen zu Artikel 70–74*, [w:] *Grundgesetz-Kommentar*, *op. cit.*, nb. 18.

<sup>12</sup> H.A. Wolff, *§ 15 Das rechtsstaatliche Prinzip*, [w:] *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, t. II, Hrsg. K. Stern, H. Sodan, M. Möstl, München 2022, nb 11.

<sup>13</sup> Por. dokument programowy CDU w sprawie reformy UE z 1995 r. *Überlegungen zur europäischen Politik. Vorschläge für eine Reform der Europäischen Union* [Refleksje o polityce europejskiej. Propozycje reformy Unii Europejskiej], [www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=5a11d9f3-da65-432c-72e7-b321e-d3a4bb78&groupId=252038](http://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=5a11d9f3-da65-432c-72e7-b321e-d3a4bb78&groupId=252038) [dostęp: 8.11.2023] i tzw. przemówienia europejskie O. Scholza (SPD) m.in.: *idem, Reden zur Zeitenwende*, [www.bundesregierung.de/resource/blob/975292/2138164/ed927ada99786db8f7a5effd0b34a1e6/bundeskanzler-olaf-scholz-reden-zur-zeitenwende-2-auff-download-bpa-data.pdf?download=1](http://www.bundesregierung.de/resource/blob/975292/2138164/ed927ada99786db8f7a5effd0b34a1e6/bundeskanzler-olaf-scholz-reden-zur-zeitenwende-2-auff-download-bpa-data.pdf?download=1) [dostęp: 8.11.2023]. Owa ponadpartyjność najlepiej widoczna jest w głosowaniach nad istotnymi aktami prawnymi centralizującymi władzę w UE w Bundestagu i Bundesracie.

straży niemieckiej tożsamości konstytucyjnej<sup>14</sup> – notabene pojęcie to zostało również wprowadzone do prawa unijnego (art. 4 ust. 2 TUE)<sup>15</sup>. W szczególność FTK, wsparty częścią nauki prawa niemieckiego, wypracował doktrynę państw członkowskich jako panów traktatów (*Herren der Verträge*), definicję UE jako połączenia państw (*Staatenverbund*), zasadę pierwszeństwa Ustawy Zasadniczej przed prawem UE (*Vorrang der Verfassung*) oraz zanegował możliwość przystąpienia RFN do państwa europejskiego (pkt 1). Przepisy Ustawy Zasadniczej we wspomnianej wyżej wykładni FTK stały do tej pory w kontrze do progresywnej polityki wspólnotowej i unijnej rządów federalnych (pkt 2) oraz do dążenia tych rządów do budowy scentralizowanego państwa europejskiego.

### 1. FTK: *Staatenverbund* – UE jako połączenie państw

Choć doktryna FTK dotycząca warunków uczestnictwa RFN w integracji europejskiej kształtowała się od początku lat 70. XX wieku<sup>16</sup>, przełomowe znaczenie miał wyrok FTK w sprawie traktatu z Maastricht<sup>17</sup>. Traktat ten opierał się na paradygmacie „coraz ściślejszej UE”<sup>18</sup>, co oznaczało proces intensywnego przenoszenia kompetencji państw członkowskich na WE oraz UE. Sędziowie z Karlsruhe, próbując wyjść naprzeciw decyzjom politycznym o coraz ściślejszej integracji, jednocześnie chcieli zachować tożsamość konstytucyjną i swoją pozycję w układzie konstytucyjnych organów władzy RFN. W związku z tym zdefiniowali charakter prawny UE, wychodząc przy tym poza dualizm klasycznego prawa międzynarodowego: państwo albo organizacja międzynarodowa<sup>19</sup>, i stworzyli pojęcie *sui generis* połączenia państw (*Staatenverbund*)<sup>20</sup>. Za-

<sup>14</sup> M. Bainczyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa państwa w Unii Europejskiej*, Wrocław 2017, s. 168 i n.

<sup>15</sup> R. Grzeszczak, *Artykuł 4 TUE*, [w:] *Traktat o Unii Europejskiej. Komentarz*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2023.

<sup>16</sup> M. Bainczyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny...*, *op. cit.*, s. 111 i n.

<sup>17</sup> Wyrok FTK z 18 października 1993 r., 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, s. 155.

<sup>18</sup> M. Bainczyk, *Podział kompetencji między Unię Europejską a państwa członkowskie jako kluczowe wyzwanie dla przyszłości UE*, [w:] *Racja stanu Polski w Unii Europejskiej*, red. S. Domaradzki, V. Zheltovskyy, Warszawa 2020, s. 38 i n.

<sup>19</sup> W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 131, 327.

<sup>20</sup> S. Oeter, *Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund – Trennlinien und Gemeinsamkeiten föderaler Systeme*, „Zeitschrift für Öffentliches Ausländisches Recht” 2015, s. 735.

stosowane pojęcie, biorąc pod uwagę historię powstania Niemiec w XIX wieku, nie jest bez znaczenia. W ustroju Niemiec pojawiało się bowiem pojęcie związku państw (*Staatenbund*)<sup>21</sup> oraz obecne pojęcie państwa związkowego/federalnego (*Bundesstaat*)<sup>22</sup>. Zastosowanie nowatorskiego pojęcia *Staatenverbund* nie było więc w żaden sposób przypadkowe:

Traktat ustanawia europejskie połączenie państw, które oparte jest na państwach członkowskich i które szanuje ich tożsamość narodową; dotyczy członkostwa Niemiec w organizacjach ponadnarodowych, a nie członkostwa w państwie europejskim [...]. Zadania Unii Europejskiej i kompetencje przyznane do ich wykonywania są unormowane w sposób wystarczająco przewidywalny, ponieważ przestrzegana jest zasada powierzenia, nie ustanawia się kompetencji dla Unii Europejskiej, a wykonywanie dalszych zadań i kompetencji przez Unię Europejską i Wspólnoty Europejskie jest uzależnione od uzupełnień i zmian traktatów, które podlegają akceptacji przez parlamenty narodowe [...]<sup>23</sup>.

Z konstrukcją UE jako połączenia państw związana jest również doktryna państw członkowskich jako panów traktatów, a więc podmiotów pierwotnie decydujących o kierunku i zakresie integracji w ramach UE, która jest podmiotem wtórnym w tym procesie. Doktryna ta została wyrażona również w wyroku FTK w sprawie traktatu z Maastricht:

Nawet po wejściu w życie Traktatu o Unii Republika Federalna Niemiec jest członkiem połączenia państw, którego władza wspólnotowa pochodzi od państw członkowskich i może mieć wiążący skutek na niemieckim terytorium władczym wyłącznie na podstawie niemieckiego nakazu stosowania prawa. Niemcy są jednym z „panów traktatów”, którzy oparli swoje związanie traktatem o UE, zawartym „na czas nieokreślony” (art. Q TUE) na woli

<sup>21</sup> Związek Reński (1806–1813) i Związek Niemiecki (1815–1866) – por. *Historia Niemiec*, red. W. Czaplński, A. Galos, W. Korta, Wrocław 1990, s. 422, 443 i n.; H.A. Winkler, *Długa droga na Zachód*, t. I, *Dzieje Niemiec 1806–1933*, tłum. V. Grotowicz, M. Kopij, W. Kunicki, Wrocław 2007, s. 59 i n., 77 i n.; S. Boysen, *Staatenbund*, [w:] *Staatslexikon*, t. V, Hrsg. von der Görres-Gesellschaft, Freiburg am Breisgau 2021 [online].

<sup>22</sup> H. Bauer, Art. 20 GG, II. *Bundesstaatsbegriff, Bundesstaatstheorie und Bundesstaatsrechtslehre*, [w:] *Grundgesetz-Kommentar*, op. cit., nb 37; J.F. Lindner, § 16 *Das bundesstaatliche Prinzip*, [w:] *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, t. I, Hrsg. K. Stern, H. Sodan, M. Möstl, München 2022, nb 10 i n.

<sup>23</sup> Wyrok FTK z 18 października 1993 r., teza 90; M. Möstl, § 1 *Staat – der deutsche Bundesstaat in der EU*, [w:] *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland...*, op. cit., t. II, nb 34. Tłumaczenia tekstów niemieckich zostały dokonane przez autorkę.

długoterminowego członkostwa, ale swoją przynależność mogą uchylić poprzez akt przeciwny<sup>24</sup>.

Tezy te zostały potwierdzone w wyroku FTK z 30 czerwca 2009 r. w sprawie zgodności traktatu z Lizbony z Ustawą Zasadniczą:

Artykuł 23 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, podobnie jak art. 24 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, podkreśla, że Republika Federalna Niemiec uczestniczy w rozwoju Unii Europejskiej, rozumianej jako połączenie państw, na które przenoszone są prawa władcze. Pojęcie połączenia obejmuje ścisły, trwały związek zachowujących suwerenność państw, który sprawuje władzę publiczną na podstawie umowy oraz którego porządek zasadniczy podlega jednak wyłącznemu zwierzchnictwu państw oraz w których narody – tj. obywatele państw członkowskich – są podmiotami demokratycznej legitymacji<sup>25</sup>.

Federalny Trybunał Konstytucyjny w sposób wyraźnie negatywny ustosunkował się również do przystąpienia RFN do państwa federalnego na gruncie obowiązującej Ustawy Zasadniczej. Artykuł 79 UZ, która zawiera niezmiennalne zasady ustroju RFN, jest bowiem interpretowany również jako gwarancja państwowości RFN jako takiej. Obecnie obowiązująca klauzula integracyjna – art. 23 ust. 1 UZ – upoważnia organy konstytucyjne do przekazywania praw władczych na rzecz UE, ale nie do przystąpienia do państwa europejskiego. W wyroku w sprawie traktatu z Lizbony FTK wskazał, iż utworzenie państwa europejskiego wymagałoby nowego aktu ustrojodawczego w rozumieniu art. 146 UZ:

Ustawa Zasadnicza nie upoważnia organów działających w imieniu Niemiec do rezygnacji z prawa do samostanowienia narodu niemieckiego w formie suwerenności prawnomiędzynarodowej poprzez przystąpienie do państwa federalnego. Krok ten jest z powodu związanego z nim nieodwołalnego przeniesienia suwerenności na nowy podmiot legitymacji zastrzeżony wyłącznie dla bezpośrednio wyrażonej woli narodu niemieckiego<sup>26</sup>.

Na gruncie orzecznictwa niemieckiego sądu konstytucyjnego należy przypomnieć, iż utworzenie państwa europejskiego może nastąpić również *de facto* przez powolne, ale strukturalne zmiany w podziale kompetencji pomiędzy państwami członkowskimi, czego świadomy był również FTK w swoim orzeczeniu z 2010 r.:

Federalny Trybunał Konstytucyjny dokonuje kontroli *ultra vires* tylko wtedy, gdy naruszenie kompetencji przez instytucje europejskie jest wystar-

<sup>24</sup> Wyrok FTK z 18 października 1993 r., teza 112.

<sup>25</sup> Wyrok FTK z 30 czerwca 2009 r., 2 BvE 2/08, teza 229.

<sup>26</sup> Wyrok FTK z 30 czerwca 2009 r., teza 228.

czająco kwalifikowane. Zakłada to, że naruszenie kompetencji przez organ Unii jest oczywiste, a zaskarżony akt prowadzi do strukturalnie istotnego przesunięcia kompetencyjnego na niekorzyść państw członkowskich<sup>27</sup>.

Elementy tej doktryny można odnaleźć w omawianym poniżej wyroku FTK z dnia 6 grudnia 2022 r. Jest to istotne w kontekście omawianego poniżej francusko-niemieckiego raportu w sprawie reformy instytucjonalnej UE, którego autorzy postulują przeprowadzenie szeregu fundamentalnych zmian ustrojowych UE bez zmiany traktatów, które zgodnie z art. 48 ust. 4 TUE wymagają jednomyślności.

Wspomniane powyżej elementy doktryny były potwierdzane w kolejnych orzeczeniach FTK na przestrzeni ostatnich 30 lat, przynajmniej do końca 2022 r. Należy wspomnieć tutaj wyrok FTK z 5 maja 2020 r.<sup>28</sup> w sprawie decyzji Europejskiego Banku Centralnego (EBC) dotyczących programu zakupu obligacji państwowych<sup>29</sup>, tworzących kolejny instrument zwalczania kryzysu finansowego państwa strefy euro. Niemiecki trybunał aktywował po raz pierwszy w pełni system konstytucyjnoprawnych warunków uczestnictwa RFN w UE<sup>30</sup> i uznał, że nie może oprzeć się na ocenie aktów unijnego prawa pochodnego, dokonanej przez TSUE<sup>31</sup>, a EBC naruszył, wydając przedmiotową decyzję, zasadę proporcjonalności. Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że

[...] państwa członkowskie Unii Europejskiej także po wejściu w życie traktatu lizbońskiego pozostają panami traktatów, a próg do utworzenia państwa federalnego nie został przekroczony [...]. Napięcia, które w sposób nieunikniony związane są z tą konstrukcją, należy, zgodnie z ideą integracji, wspólnie rozładowywać i poprzez wzajemny szacunek łagodzić. Takie bowiem podejście charakteryzuje UE jako połączenie państw, konstytucji, administracji i orzecznictwa [...]<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Postanowienie FTK z 6 lipca 2010 r., BvR 2661/106; M. Balczyk, *Pomiędzy otwartością a kontrolą ultra vires – orzeczenie niemieckiego Bundesverfassungsgericht dotyczące skutków wyroku TS w sprawie Mangold II*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 5, s. 33 i n.

<sup>28</sup> *Eadem*, *Glosa do wyroku FTK z 5 maja 2020 r. w sprawie obligacji EBC*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2020, nr 2, s. 258 i n.

<sup>29</sup> Decyzja Europejskiego Banku Centralnego (UE) 2015/774 z 4 marca 2015 r. w sprawie programu zakupu aktywów sektora publicznego (Dz.Urz. UE L 121 z 14.05.2015, s. 20).

<sup>30</sup> D. Grimm, *Verfassungsgerichtbarkeit*, Berlin 2021, s. 346 i n.

<sup>31</sup> Wyrok TSUE z 11 grudnia 2018 r., C-493/17, Weiss i in.

<sup>32</sup> Wyrok FTK z 5 maja 2020 r., BvR 859/15, 2 BvR 980/16, teza 111.

W wyroku tym po raz pierwszy FTK *expressis verbis* zastosował zasadę pierwszeństwa prawa UE przed prawem krajowym:

Pierwszeństwo Konstytucji (art. 20 ust. 3 UZ) zobowiązuje organy konstytucyjne przy ich udziale w wykonywaniu programu integracyjnego, jak również przy jego kształtowaniu i rozwoju, by dbały o to, by zachować jego [programu integracyjnego – M.B.] granice<sup>33</sup>.

Pomimo początkowych wątpliwości FTK w sprawie zgodności decyzji Rady nr 2020/2053 z 14 grudnia 2020 r. w sprawie systemu zasobów własnych UE<sup>34</sup> oraz ustawy federalnej wyrażającej zgodę na związanie się przez RFN tą decyzją z Ustawą Zasadniczą<sup>35</sup>, które wskazywały na kontynuację orzecznictwa, opartego na warunkowym udziale RFN w integracji europejskiej, z poszanowaniem jednak niemieckiej państwowości i Ustawy Zasadniczej<sup>36</sup>, wyrok FTK z 6 grudnia 2022 r.<sup>37</sup> jest pewnym przerwaniem ciągłości orzecznictwa rozwijanego od lat 70. XX wieku, o czym świadczy nie tylko zdanie odrębne sędziego FTK Petera Müllera, ale także komentarze do tego orzeczenia. Peter Müller stwierdził, iż nie jest w stanie poprzeć wyroku, gdyż większość orzekającego Senatu pozostawiła wszystkie istotne pytania z zakresu prawa unijnego bez odpowiedzi, nie podjęła dialogu z europejskimi sądami konstytucyjnymi, akceptuje naruszenie odpowiedzialności integracyjnej niemieckich organów konstytucyjnych za poszanowanie programu integracyjnego zawartego w traktatach i wycofuje się

<sup>33</sup> *Ibidem*, teza 106.

<sup>34</sup> Decyzja Rady (UE, Euratom) 2020/2053 z 14 grudnia 2020 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej oraz uchylająca decyzję 2014/335/UE, Euratom (Dz.Urz. UE L 424 z 15.12.2020, s. 1).

<sup>35</sup> Ustawa z 23 kwietnia 2021 r. dotycząca decyzji Rady z 14 grudnia 2020 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej oraz uchylająca decyzję 2014/335/UE, Euratom [Gesetz zum Beschluss des Rates vom 14. Dezember 2020 über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union und zur Aufhebung des Beschlusses 2014/335/EU, Euratom vom 23. April 2021 (Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz – ERatG)], BGBl. 2021, II Nr 8, s. 322.

<sup>36</sup> Postanowienie FTK z 26 marca 2021 r., 2 BvR 547/21; postanowienie FTK z 15 kwietnia 2021 r., 2 BvR 547/21; M. Balczyk, *Judgements of the German FCC in the PSAPP case and their consequences for the constitutional assessment of the EU Recovery and Resilience Facility*, [w:] *Quo vadis European Union of 27. The EU between internal tensions, COVID-crisis and external challenges – Polish and German perspectives*, eds J. Wandel, A. Bielig, K. Kamińska, Warszawa 2022, s. 77 i n.

<sup>37</sup> Wyrok FTK z 6 grudnia 2022 r., 2 BvR 547/21, 2 BvR 798/21.

z materialnej kontroli *ultra vires* w odniesieniu do aktów unijnego prawa pochodnego<sup>38</sup>.

Akceptacja „hamiltonowskiego” momentu w historii UE, którym było utworzenie instrumentu EU Next Generation<sup>39</sup>, oznacza przyznanie organizacji międzynarodowej możliwości zaciągania długów we własnym imieniu<sup>40</sup>, a także brak odwołania się przez FTK do wspomnianych elementów doktryny: *Staatenverbund*, *Herren der Verträge* może być zapowiedzią zmiany pokoleniowej wśród sędziów, która odzwierciedlałaby progresywizm większości niemieckiej klasy politycznej.

Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż skargi konstytucyjne na naruszenie przez ustawę wyrażającą zgodę na decyzję Rady z 14 grudnia 2022 r. praw podmiotowych wpływających z zasady demokracji, które polegają na zachowaniu przez Bundestag prawa do podejmowania decyzji w istotnych dla narodu niemieckiego sprawach, zgodnie z wypracowanymi przez FTK zasadami kontroli *ultra vires* oraz poszanowania tożsamości konstytucyjnej, nie są uzasadnione. W szczególności decyzja nie narusza w oczywisty sposób upoważnienia prawodawczego z art. 311 ust. 2 i 3 w związku z art. 122 ust. 1 i ust. 2 TFUE<sup>41</sup> ani nie narusza całościowej odpowiedzialności Bundestagu za budżet<sup>42</sup>. W perspektywie średnio- i długoterminowej może to oznaczać likwidację ostatniego „hamulcowego” w układzie

<sup>38</sup> *Ibidem*, zdanie odrębne P. Müllera, teza 1; A. Steinbach, S. Grund, *Der EU-Corona-Aufbaufonds – nächste Etappe in die Fiskal- und Transferunion?*, „Neue Juristische Woche” 2023, s. 405, 409.

<sup>39</sup> T. Apelt, *Alexander Hamilton and the EU Summit of July 2022: A commentary*, [w:] *Quo vadis European Union of 27. The EU between internal tensions, COVID-crisis and external challenges – Polish and German perspectives*, red. J. Wandel, A. Bielig, K. Kamińska, Warszawa 2022, s. 85; P. Sturm, *Als die Vereinigten Staaten zum Staat wurden. Was Olaf Scholz meinte, als er vom „Hamilton-Moment” sprach*, „Frankfurter Allgemeine Zeitung” 27.05.2020; krytycznie H.-W. Sinn, *Der Hamilton-Moment Standpunkt*, „Frankfurter Allgemeine Zeitung” 22.05.2020.

<sup>40</sup> Szczegółową, krytyczną analizę decyzji Rady nr 2020/2053, dotyczącą uwspólnotowania długów państw członkowskich oraz zaciągnięcia długu przez UE, wykonał Federalny Trybunał Obrachunkowych: Bericht nach § 99 BHO zu den möglichen Auswirkungen der gemeinschaftlichen Kreditaufnahme der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf den Bundeshaushalt (Wiederaufbaufonds), [www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Berichte/2021/eu-wiederaufbaufonds-volltext.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Berichte/2021/eu-wiederaufbaufonds-volltext.pdf?__blob=publicationFile&v=1) [dostęp: 8.11.2023].

<sup>41</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [wersja skonsolidowana] (Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016).

<sup>42</sup> Wyrok FTK z 6 grudnia 2022 r., teza 120.

niemieckich organów konstytucyjnych, jeśli chodzi o członkostwo RFN w państwie europejskim.

## 2. Rząd federalny: *Bundesstaat* – UE jako państwo federalne

Stosunek rządu federalnego do koncepcji połączenia państw jako pewnej fazy przejściowej trafnie przedstawił Joschka Fischer, minister spraw zagranicznych RFN w 2000 r., w związku z rozpoczęciem procesu konstytucjonalizacji UE w swoim przemówieniu na uniwersytecie w Berlinie zatytułowanym *Od połączenia państw do federacji – myśli o celu integracji europejskiej (Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration)*<sup>43</sup>. Konstrukcja przyjęta przez FTK jako element doktryny konstytucyjnoprawnej miała być dla rządu federalnego jedynie punktem wyjścia dla powstania federacji europejskiej.

Próbą realizacji koncepcji przedstawionej przez Fischera było wprowadzenie licznych elementów państwowotwórczych w traktacie ustanawiającym konstytucję dla Europy<sup>44</sup>. Co istotne, pomimo jego odrzucenia w referendum we Francji i Niderlandach, RFN w okresie swojej prezydencji w Radzie UE doprowadziła do przejścia wielu postanowień traktatu konstytucyjnego do traktatu z Lizbony<sup>45</sup>. Ówczesny ambasador RFN w Polsce Reinhard Schweppe nie bez powodu wskazywał przyjęcie traktatu konstytucyjnego jako priorytet prezydencji RFN w Radzie UE w 2007 r., szczególnie podkreślając odejście od nicejskiej formuły głosowania w Radzie i przyjęcie podwójnej większości kwalifikowanej oraz rozszerzenie kompetencji Parlamentu Europejskiego (PE). W kontekście poniżej omówionych postulatów obecnego rządu niemieckiego, a także francusko-niemieckiego raportu w sprawie reformy instytu-

<sup>43</sup> Rede des Bundesministers des Auswärtigen Joschka Fischer am 12. Mai 2000 in der Humboldt-Universität in Berlin, [www.bundesregierung.de/breg-de/service/bulletin/rede-des-bundesministers-des-auswaertigen-joschka-fischer-808150](http://www.bundesregierung.de/breg-de/service/bulletin/rede-des-bundesministers-des-auswaertigen-joschka-fischer-808150) [dostęp: 13.11.2023].

<sup>44</sup> J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie Konstytucyjnym*, Warszawa 2005, s. 26.

<sup>45</sup> Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C 306 z 17.12.2007). Zob. R. Schweppe, *Priorytety Prezydencji Niemiec w Radzie Unii Europejskiej*, tłum. Ł. Wardyn, [w:] *Prezydencja niemiecka a stan debaty o reformie Unii Europejskiej. Aspekty polityczno-prawne*, red. J. Barcz, Warszawa 2007, s. 22 i n.; M. Romanowski, *Kierunki zmian instytucjonalnych w Unii Europejskiej*, [w:] *Wizje przyszłości Unii Europejskiej*, red. M. Romanowski, J. Szymanek, Warszawa 2022, s. 26.



cjonalnej UE<sup>46</sup>, priorytety niemieckiej polityki w zakresie reformy UE są zasadniczo niezmiennie. Ciekawe uzasadnienie poparcia RFN dla dalszego rozszerzania kompetencji UE prezentuje Tomasz G. Grosse, stwierdzając, iż

Ramy UE i UGW stały się silnym wsparciem dla niemieckiego odrodzenia, ale później coraz bardziej ograniczały niemieckie aspiracje. Zbudowanie integracji na prawie i współpracy gospodarczej miało bowiem swoje ograniczenia, w tym związane z kryzysami oraz trudnościami w egzekwowaniu praworządności<sup>47</sup>.

W okresie ostatnich czterech lat można było zaobserwować wzmożoną aktywność RFN na rzecz urzeczywistnienia wizji scentralizowanego państwa europejskiego. W 2019 r. przewodniczącą Komisji Europejskiej (Komisji) została Ursula von der Leyen (w rządzie RFN w latach 2005–2019), która w swoim *exposé* przed Parlamentem Europejskim zapowiedziała konieczność przeprowadzenia reformy UE<sup>48</sup>. Inicjatywa ta była popierana jednoznacznie przez Francję i Niemcy, które ze swojej strony wyznaczyły agendę zmian<sup>49</sup>. Propozycje te były przedmiotem obrad konferencji dla przyszłości Europy i zostały uwzględnione w podsumowaniu jej prac<sup>50</sup>. Co istotne, powołanie, przebieg i sposób

<sup>46</sup> Report of the Franco-German working group on EU institutional reform. *Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging the EU for the 21st Century*, [www.politico.eu/wp-content/uploads/2023/09/19/Paper-EU-reform.pdf](http://www.politico.eu/wp-content/uploads/2023/09/19/Paper-EU-reform.pdf) [dostęp: 10.11.2023].

<sup>47</sup> T.G. Grosse, *Cztery wymiary...*, *op. cit.*, s. 238 i n.

<sup>48</sup> *A Union that strives for more. My agenda for Europe*, [www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20190716RES57231/20190716RES57231.pdf](http://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20190716RES57231/20190716RES57231.pdf) [dostęp: 12.10.2023].

<sup>49</sup> *Conference on the Future of Europe Franco-German non-paper on key questions and guidelines*, [www.politico.eu/wp-content/uploads/2019/11/Conference-on-the-Future-of-Europe.pdf](http://www.politico.eu/wp-content/uploads/2019/11/Conference-on-the-Future-of-Europe.pdf) [dostęp: 12.10.2023].

<sup>50</sup> Por. odnośnie do zniesienia wymogu jednomyślności w Radzie UE, *Konferencja w sprawie przyszłości Europy. Sprawozdania z wyników. Maj 2022 r.*, s. 64, 89, [https://wayback.archive-it.org/12090/20230115155855/https://prod-cofe-platform.s3.eu-central-1.amazonaws.com/gi6tv2ypo5kir3dz4jos479obl4a?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D%222022.2472\\_PL\\_05.pdf%22%3B%20filename%2A%3DUTF-8%27%272022.2472\\_PL\\_05.pdf&response-content-type=application%2Fpdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIA3LJXGZPDFYVOW5V%2F20230115%2Ffe-central-1%2Ffs3%2Faws4\\_request&X-Amz-Date=20230115T155842Z&X-Amz-Expires=300&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=7b6d71b572d4a326ee6c8d710c997ce662f51170ac389ff64d93d2567191f35b](https://wayback.archive-it.org/12090/20230115155855/https://prod-cofe-platform.s3.eu-central-1.amazonaws.com/gi6tv2ypo5kir3dz4jos479obl4a?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D%222022.2472_PL_05.pdf%22%3B%20filename%2A%3DUTF-8%27%272022.2472_PL_05.pdf&response-content-type=application%2Fpdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIA3LJXGZPDFYVOW5V%2F20230115%2Ffe-central-1%2Ffs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20230115T155842Z&X-Amz-Expires=300&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=7b6d71b572d4a326ee6c8d710c997ce662f51170ac389ff64d93d2567191f35b) [dostęp: 10.11.2023].

obradowania konferencji nie mieściły się w ramach obecnie obowiązujących traktatów, ale sama konferencja jest konsekwentnie ukazywana jako demokratyzacja procesów decyzyjnych w UE. „Reprezentacje obywateli UE” stanowią jednak co najmniej kontrowersyjną próbę przeszczepienia demokracji bezpośredniej na grunt organizacji międzynarodowej, obejmującej blisko 440 mln osób<sup>51</sup>. Tego typu instytucje, np. według raportu francusko-niemieckiego, mają stać się stałym elementem ustrojowym UE<sup>52</sup>.

W połowie 2022 r. prace nad propozycjami reformy UE rozpoczął PE, a konkretnie Komisja ds. Konstytucyjnych (*sic!*). Prace prowadzono w wąskiej grupie, zdominowanej przez posłów niemieckich, wśród pięciu sprawozdawców w komisji czterech było wybranych w RFN – Sven Simon (CDU), Gabriele Bischoff (SPD), Daniel Freund (Bündnis 90/Die Grünen), Helmut Scholz (Die Linke)<sup>53</sup>. Chociaż posłowie w PE należą do europejskich partii politycznych, to skład sprawozdawców projektu zmian traktatowych podstaw UE jest znakomitym przykładem ponadpartyjnego konsensusu partii niemieckich w sprawie urzeczywistnienia scentralizowanego państwa europejskiego.

Niezależnie od prac instytucji UE, przede wszystkim Komisji i PE, pojawił się kryzys związany z pandemią COVID-19, który został jednak przekuty w kolejny sukces w budowie tego państwa. Olaf Scholz, wówczas wicekanclerz i minister finansów w rządzie koalicji CDU–CSU–SPD, w maju 2020 r. cytował w tym kontekście motto Winstona Churchilla *Never let a good crisis go to waste*. Od 2020 r. rząd niemiecki aktywnie bowiem wspierał dojsście do skutku powyżej wspomnianego momentu „hamiltonowskiego”<sup>54</sup>.

W 2021 r. rząd federalny złożył deklarację, w której ograniczył zakres kompetencji niemieckiego FTK, wbrew ugruntowanemu orzecznictwu

<sup>51</sup> Według danych opublikowanych na stronie konferencji na platformie internetowej, stanowiącej element organizacyjny konferencji, było zarejestrowanych 53 624 osoby, „wyrazy poparcia” wyraziły 72 853 osoby, a w podsumowaniu prac konferencji w Brukseli wzięło udział 500 osób, <https://wayback.archive-it.org/12090/20230313162822/https://futureu.europa.eu/pl> [dostęp: 9.11.2023].

<sup>52</sup> Report of the Franco-German working group..., *op. cit.*, s. 29.

<sup>53</sup> Report on proposals of the European Parliament for the amendment of the Treaties (2022/2051(INL)), 7.11.2023, [www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0337\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0337_EN.html) [dostęp: 10.11.2023]. Informacje o państwie pochodzenia i przynależności partyjnej w tym państwie zostały zaczerpnięte ze strony internetowej Parlamentu Europejskiego.

<sup>54</sup> Wywiad z O. Scholzem: *Jemand muss vorangehen*, „Die Frankfurter Allgemeine Zeitung” 20.05.2020.

tęgo ostatniego, uznając pierwszeństwo prawa UE przed prawem krajowym oraz wyłączną właściwość TSUE do kontroli aktów unijnego prawa pochodnego także pod kątem zachowania zasady kompetencji powierzonych<sup>55</sup>. Należy w tym kontekście przypomnieć, iż zgodnie z doktryną FTK, to trybunał z Karlsruhe jest „sądem ostatniego słowa”, który zachowuje prawo do kontroli aktów prawa UE pod kątem poszanowania tożsamości konstytucyjnej RFN, a także poszanowania zasady kompetencji przekazanych UE (kontrola *ultra vires*). Deklaracja została złożona w związku z prowadzeniem przez Komisję postępowania przeciwko naruszeniu przez RFN prawa UE przez wydanie przez FTK wyroku 5 maja 2020 r., w którym zakwestionował decyzje Rady EBC oraz wyrok TSUE<sup>56</sup>. Pomimo naruszenia zasady państwa prawa przez ingerencję rządu federalnego w niezawisłość sądów – rząd federalny zapewnił bowiem, iż przy użyciu wszelkich dostępnych mu środków będzie dążył do zapewnienia poszanowania zasady autonomii, zasady pierwszeństwa prawa UE przed prawem krajowym oraz efektywności prawa UE, Komisja umorzyła przedmiotowe postępowanie<sup>57</sup>.

Pod koniec 2021 r. doszło do zawarcia umowy koalicyjnej pomiędzy SPD, Die Bündnis 90/Die Grünen oraz FDP. W umowie koalicyjnej partie niemieckie silnie eksponowały od dawna istniejące wśród niemieckiej klasy politycznej przekonanie, iż Niemcy ponoszą odpowiedzialność za Europę i świat<sup>58</sup>. W podrozdziale zatytułowanym *Przyszłość Unii Europejskiej* znalazła się deklaracja:

Wykorzystamy konferencję w sprawie przyszłości Europy do przeprowadzenia reform. Wspieramy niezbędne zmiany traktatów. Konferencja po-

<sup>55</sup> *December infringements package: key decisions Brussels*, 2.12.2021, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf\\_21\\_6201](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_6201) [dostęp: 8.11.2023]; B. Finke, *Berlin reagiert auf Vorwürfe der EU*, „Die Süddeutsche Zeitung” 6.08.2021; W. Musskler, *Berlin im EZB-Streit, Bloß keine Eskalation*, „Die Frankfurter Allgemeine Zeitung” 10.08.2021.

<sup>56</sup> *Wegen PStP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: EU-Kommission bereitet Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland vor*, „Legal Online Tribune” 8.06.2021, [www.lto.de/recht/nachrichten/n/europaeische-kommission-vertragsverletzung-sverfahren-ezb-deutschland-anleihenkaeufer/Wegen](http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/europaeische-kommission-vertragsverletzung-sverfahren-ezb-deutschland-anleihenkaeufer/Wegen) [dostęp: 7.11.2023].

<sup>57</sup> *December infringements package: key decisions Brussels*, *op. cit.*

<sup>58</sup> Rozdział VII umowy koalicyjnej zatytułowany został dokładnie w ten sposób: *Deutschlands Verantwortung für Europa und die Welt*, [w:] *Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP)*, s. 130, [www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800](http://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800) [dostęp: 12.11.2023].

winna przekształcić się w konwent konstytucyjny i doprowadzić do dalszego rozwoju w kierunku federalnego państwa europejskiego, które jest zdecentralizowane i zorganizowane zgodnie z zasadami pomocniczości i proporcjonalności i opiera się na karcie praw podstawowych<sup>59</sup>.

Prócz tego partie rządzące zadeklarowały wsparcie dla wzmocnienia kompetencji PE, w tym przez przyznanie mu inicjatywy ustawodawczej, decydującej roli w powoływaniu przewodniczącego Komisji oraz rozszerzenie tzw. wspólnotowej metody podejmowania decyzji w UE – wspólnie przez PE oraz Radę UE, w przypadku tej ostatniej większości kwalifikowaną w Radzie UE, wzmocnienie kompetencji Komisji, w tym w zakresie kontroli państw członkowskich pod względem ustrojowym. Wszystkie partie koalicyjne poparły jednoznacznie instrument finansowy EU Next Generation.

W dniu 29 sierpnia 2022 r. kanclerz Olaf Scholz wygłosił programowe przemówienia dla integracji europejskiej tzw. Europa-Rede (pol. przemowa europejska)<sup>60</sup> na Uniwersytecie Karola w Pradze, w którym postulował stworzenie suwerennej Europy – pojęcie to pojawiło się zresztą w umowie koalicyjnej. W ujęciu kanclerza owa suwerenność oznaczała przede wszystkim upodmiotowienie UE w relacjach zewnętrznych, ale w praktyce oznacza również głębokie zredefiniowanie stosunków UE – państwa członkowskie i suwerenność UE wobec państw członkowskich. Kanclerz Olaf Scholz zaproponował bowiem dalsze rozszerzenia kompetencji UE, które złożą się na wspomnianą powyżej suwerenność UE: ustrojową – UE podejmuje decyzje o kluczowych kwestiach ustroju państw członkowskich w związku z rozbudową kontroli poszanowana przez państwa członkowskie wartości z art. 2 TUE; finansową – rozszerzenie kompetencji w zakresie polityki podatkowej, w zakresie polityki zagranicznej i bezpieczeństwa.

Przemówienie kanclerza Olafa Scholza należy postrzegać jako kontynuację konsekwentnej w tym zakresie polityki kolejnych rządów RFN. Pojawiło się natomiast nowe uzasadnienie dla „starych” propozycji zmian. Na nieco dalszy plan zesza postulowana jeszcze w maju 2022 r. „demokratyzacja” UE, a obecnie uzasadnieniem zmian dla

<sup>59</sup> *Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP)*, s. 133 i n.

<sup>60</sup> *Rede von Bundeskanzler Scholz an der Karls- Universität am 29. August 2022 in Prag*, [www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/rede-von-bundeskanzler-scholz-an-der-karls-universitaet-am-29-august-2022-in-prag-2079534](http://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/rede-von-bundeskanzler-scholz-an-der-karls-universitaet-am-29-august-2022-in-prag-2079534) [dostęp: 13.11.2023].

centralizacji władzy w UE jest jej „konsolidacja” w związku z wojną prowadzoną przez Rosję, jej skutkami, a także przyjęciem w przyszłości nowych członków UE. Wpisuje się to zresztą w dotychczasowy mechanizm funkcjonowania UE: centralizacja jako odpowiedź na zwiększającą się liczbę państw członkowskich. Powstaje jednak zasadnicze pytanie: czy instytucje ponadnarodowe będą w stanie zarządzać obszarem obejmującym w przyszłości terytoria 30 lub nawet 36 państw członkowskich<sup>61</sup> i czy istnieje możliwość efektywnego zarządzania ponad 500 mln osób na szeroko rozumianym kontynencie europejskim (Gruzja), przy tak szerokim zakresie kompetencji przekazanych UE? Sam Olaf Scholz w praskim przemówieniu zwrócił uwagę na to, iż perspektywa Portugalii może się zasadniczo różnić od perspektywy Macedonii Północnej.

Do kolejnego przemówienia programowego doszło 9 maja 2023 r. w PE w Strasburgu. W przemówieniu w PE Olaf Scholz poświęcił stosunkowo wiele miejsca reformie UE, ale co do jej kierunków powtórzył tezy zawarte w przemówieniu praskim, m.in.: powiązanie rozszerzenia UE o nowe państwa członkowskie (Ukrainę) z reformą UE, wprowadzenie głosowania większością kwalifikowaną w Radzie UE w zakresie polityki zagranicznej i polityki podatkowej, rozszerzenie kompetencji kontrolnych UE, a w szczególności Komisji, w zakresie poszanowania przez państwa członkowskie wartości UE, rozbudowa wspólnej polityki obronnej. Kanclerz potwierdził również wsparcie dla prac PE nad propozycjami zmian traktatowych, które w pełni realizują postulaty RFN, a nawet idą o wiele dalej – w kierunku budowy scentralizowanego państwa europejskiego<sup>62</sup>. Propozycje Olafa Scholza przedstawione w PE mogą wydawać się ograniczone w porównaniu z propozycjami PE w sprawie zmian podstaw traktatowych UE, ale dotyczą fundamentalnych elementów suwerenności państwa w ramach UE.

Pod koniec września 2023 r. został natomiast opublikowany wspominany już powyżej francusko-niemiecki raport w sprawie reformy in-

<sup>61</sup> W raporcie francusko-niemieckim jako ewentualne przyszłe państwa członkowskie zostały wymienione: Albania, Bośnia i Hercegowina, Mołdawia, Czarnogóra, Macedonia Północna, Serbia, Turcja (negocjacje wstrzymane), Ukraina, Gruzja i Kosowo.

<sup>62</sup> *Rede von Bundeskanzler Scholz im Rahmen der Diskussionsreihe „This is Europe” im Europäischen Parlament am 9. Mai 2023 in Straßburg*, [www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/rede-von-bundeskanzler-scholz-im-rahmen-der-diskussionsreihe-this-is-europe-im-europaeischen-parlament-am-9-mai-2023-in-strassburg-2189408](http://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/rede-von-bundeskanzler-scholz-im-rahmen-der-diskussionsreihe-this-is-europe-im-europaeischen-parlament-am-9-mai-2023-in-strassburg-2189408) [dostęp: 13.11.2023]; Report on proposals of the European Parliament..., *op. cit.*

stytucjonalnej UE, który zasadniczo zawiera nadmienione już propozycje rządu federalnego, choć nie stanowi oficjalnej propozycji zmian traktatowych obu rządów. Do dwóch istotnych nowych aspektów podnoszonych w raporcie należą: powrót do koncepcji Europy wielu prężności, dokonywanie fundamentalnych zmian w UE bez konieczności zachowania procedury z art. 48 TUE, a więc bez konieczności podpisania i ratyfikacji traktatu rewizyjnego przez wszystkie państwa członkowskie. Przykładowo do takich zmian zalicza się powiązanie wypłaty środków z budżetu UE z kontrolą poszanowania wartości UE czy też uczestnictwo paneli obywatelskich<sup>63</sup>. Autorzy raportu prezentują koncepcję czterech kręgów integracji, która ma być propozycją zarówno dla państw aspirujących do członkostwa w UE, jak i państw członkowskich niegodzących się na dalsze zacieśnianie integracji<sup>64</sup>.

### Podsumowanie

Analizując unijną politykę rządów niemieckich oraz ich wymierne efekty: przejście istotnych postanowień traktatu konstytucyjnego do traktatu z Lizbony, przeprowadzenie „hamiltonowskiego” przewrotu w finansach UE, przygotowanie reformy UE zgodnie z niemieckimi oczekiwaniami, a w przypadku projektu Komisji ds. Konstytucyjnych nawet powyżej tych oczekiwań, to transformacja „połączenia państwa” (*Staatenverbund*) w europejskie państwo „federalne” (*Bundesstaat*) wydaje się coraz bliższa realizacji. Zwłaszcza, iż FTK, który przez lata formułował konstytucyjnoprawne warunki uczestnictwa RFN w integracji europejskiej, a nie warunki członkostwa RFN w państwie europejskim, nie zajmuje już tak zasadniczego stanowiska jak dawniej. Chociaż w doktrynie niemieckiej unika się pojęcia państwa europejskiego, a jeśli już ono występuje, to jako państwo federalne, to ze względu przede wszystkim na zakres kompetencji UE, jak i sposób podejmowania decyzji, należy mówić raczej o scentralizowanym państwie europejskim. Istotnym pytaniem jest jednak to, czy społeczeństwo niemieckie jest gotowe na głęboką reformę podstaw konstytucyjnoprawnych swojego państwa, które od 1949 r. gwarantowały jego legitymację demokracją i przyjęcie nowej konstytucji oraz czy niemiecka wizja od *Staatenverbund* do *Bundesstaat* będzie rzeczywiście jedyną alternatywą dla rozwoju UE, akceptowalną dla 26 pozostałych

<sup>63</sup> Report of the Franco-German working group..., *op. cit.*, s. 52 i n.

<sup>64</sup> *Ibidem*, s. 38 i n.

państw? Przynajmniej częściową odpowiedź na to pytanie dadzą wyniki wyborów do Parlamentu Europejskiego, samorządu i niektórych parlamentów krajowych w 2024 r., w których to wyborach zapowiedziało udział nowe konserwatywne ugrupowanie *Werteunion* (pol. Unia Wartości) oraz sytuujące się raczej na lewicy ugrupowanie *S. Wagenknecht – Związek na rzecz Sprawiedliwości i Rozsądku*.





Katarzyna Banasik\*

## Uregulowania ustawy – Prawo farmaceutyczne jako przykład niestaranności ustawodawcy

Przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu będą uregulowania ustawy – Prawo farmaceutyczne<sup>1</sup>. Autorka, stosując metodę analizy językowo-logicznej, zamierza wykazać, że ustawodawca nie zachował należytej staranności przy kreowaniu przepisów ustawy – Prawo farmaceutyczne. Rzeczona niestaranność ustawodawcy zostanie wykazana na przykładzie wybranych przepisów wspomnianej ustawy.

Artykuł 99 pr. farm. określa warunki prowadzenia apteki ogólnodostępnej, stanowiąc w ust. 1, że może być ona prowadzona tylko na podstawie uzyskanego zezwolenia na prowadzenie apteki. Przepis ust. 4b tego artykułu przewiduje, że w przypadku gdy występującym o zezwolenie na prowadzenie apteki jest lekarz lub lekarz dentyista, zezwolenie wydaje się, jeżeli występujący przedstawi „oświadczenie o niewykonywaniu zawodu lekarza”. Z takiego brzmienia przepisu wynika, że zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej uzyskałby np. lekarz dentyista wykonujący swój zawód, to jest zawód lekarza dentyisty, jeśli przedstawiłby zaświadczenie o niewykonywaniu zawodu lekarza, a nie

---

\* Dr hab., prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0003-3693-0480.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 2301 z późn. zm.), powoływana jako: pr. farm.

takie jest *ratio* analizowanego uregulowania. *Ratio* to polega na tym, że czynny, to jest wykonujący swój zawód, lekarz lub lekarz dentyista nie może jednocześnie prowadzić apteki ogólnodostępnej. Podobnie stwierdzono w literaturze przedmiotu, podkreślając, że „lekarz, który nie zaprzestał wykonywania zawodu lekarza, nie może jednocześnie prowadzić działalności gospodarczej polegającej na sprzedaży leków”<sup>2</sup>. W literaturze przedmiotu stwierdzono też, że „od osób fizycznych występujących z wnioskiem o udzielenie zezwolenia na prowadzenie apteki inspekcja farmaceutyczna wymaga złożenia oświadczenia o niewykonywaniu zawodu lekarza lub lekarza dentyisty”<sup>3</sup>, jednak należy podkreślić, że co innego wynika z aktualnego brzmienia analizowanego przepisu. Należy zauważyć, że lekarz i lekarz dentyista są to dwa odrębne zawody, co jasno wynika z ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyisty<sup>4</sup>. Przedmiotowe zawody odróżnia też sam wspomniany przepis w swej pierwszej części, lecz nie odróżnia ich w swym końcowym brzmieniu. Ustawa – Prawo farmaceutyczne traktuje oba zawody jako zawody odrębne, co wynika chociażby z art. 2a ust. 2. *Ergo* w art. 99 ust. 4b *in fine* pr. farm. brakuje określenia „lub lekarza dentyisty”.

Rozdział 2b pr. farm. zawiera przepisy ogólne w sprawie działalności objętych zezwoleniami. Zawarty w nim art. 37ao ust. 1 stanowi, że zezwolenie wydaje się na czas nieoznaczony. Zawarty w kolejnym rozdziale art. 39 ust. 3 pr. farm. stanowi, że zezwolenie na wytwarzanie lub import produktu leczniczego wydaje się na czas nieokreślony. Przedmiotowe zróżnicowanie jest niczym nieuzasadnione i wydaje się przypadkowe.

Artykuł 107 ust. 1 pr. farm. brzmi następująco: „Wojewódzki inspektor farmaceutyczny prowadzi rejestr zezwoleń na prowadzenie aptek ogólnodostępnych, punktów aptecznych oraz rejestr udzielonych zezwoleń na prowadzenie aptek szpitalnych, zakładowych i działów farmacji szpitalnej”. W opinii autorki zacytowany przepis nie został sformułowany poprawnie. Pomiedzy aptekami ogólnodostępnymi a punktami aptecznymi powinien być spójnik „i”. Nadto wyraz „zakładowych” powinien być poprzedzony wyrazem „aptek”. Podobnie w przepisie ust. 2, brzmiącym *in principio* „Rejestr zezwoleń na prowadzenie aptek ogólnodostępnych, punktów aptecznych”, przecinek powinien zostać

<sup>2</sup> J. Stefańczyk-Kaczmarzyk, [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. M. Kondrat, Warszawa 2016, Lex, pkt 99.6.3.

<sup>3</sup> B. Nowak-Chrzęszczyk, [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. W. Olszewski, Warszawa 2016, Lex, pkt 30.

<sup>4</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1516 z późn. zm.

zastąpiony spójnikiem „i”. Przepis ust. 3a tego artykułu przewiduje, że „Podmiot prowadzący aptekę szpitalną, zakładową i dział farmacji szpitalnej jest obowiązany do przekazywania do właściwego miejscowo wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego informacji o zmianie danych objętych rejestrem [...]”. Zdaniem autorki przed wyrazem „zakładową” brakuje wyrazu „aptekę”. Przede wszystkim jednak przepis ten jest źle skonstruowany z tego powodu, że – jak wynika z jego wykładni językowej – wprowadza pewien obowiązek dla podmiotu, który prowadzi jednocześnie aptekę szpitalną, aptekę zakładową i dział farmacji szpitalnej, a nie ma takich podmiotów. Należy przypomnieć, że aptekę szpitalną tworzy się w: 1) zakładzie leczniczym, w którym podmiot leczniczy wykonuje działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne szpitalne i inne niż szpitalne; 2) jednostce organizacyjnej publicznej służby krwi, o której mowa w art. 4 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi<sup>5</sup> (art. 87 ust. 2a pr. farm.). Aptekę zakładową tworzy się w podmiocie wykonującym działalność leczniczą utworzonym przez Ministra Obrony Narodowej lub Ministra Sprawiedliwości, w celu zaopatrywania gabinetów, pracowni, izb chorych lub oddziałów terapeutycznych, a także innych zakładów leczniczych, w których wykonuje się stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, utworzonych w tych podmiotach (art. 87 ust. 4b pr. farm.). Dział farmacji szpitalnej może być natomiast utworzony zamiast apteki szpitalnej lub apteki zakładowej (art. 87 ust. 4c pr. farm.). Z powyższego wynika, że przepis art. 107 ust. 3a pr. farm. powinien *in principio* brzmieć „Podmiot prowadzący aptekę szpitalną, aptekę zakładową lub dział farmacji szpitalnej [...]”.

Niektóre przepisy ustawy – Prawo farmaceutyczne dotyczące zezwoleń operują określeniem „właściwy wojewódzki inspektor farmaceutyczny” (tak np. art. 106 ust. 1), a inne – o podobnym zakresie znaczeniowym – określeniem „wojewódzki inspektor farmaceutyczny” (tak np. art. 99 ust. 2). Również w przepisach o charakterze karnym są podobne różnicowania. Dla przykładu, art. 129b w ust. 2 pr. farm. stanowi, że karę pieniężną „nakłada Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny”, a ust. 3 tego artykułu brzmi: „Wojewódzki inspektor farmaceutyczny jest wierzycielem w rozumieniu przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji”. Według art. 127d ust. 2 pr. farm. kary pieniężne „nakłada właściwy wojewódzki inspektor farmaceutyczny”. Przedmiotowa niejednołitość nie ma uzasadnienia. Pisanie „wojewódzki

<sup>5</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 318 z późn. zm.

inspektor farmaceutyczny” od wielkich liter jest wręcz rażące. Inaczej jest w przypadku Głównego Inspektora Farmaceutycznego, który jest tylko jeden. Wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych jest natomiast tyle, ile jest województw (art. 112–113 pr. farm.).

Nadto w ustawie – Prawo farmaceutyczne występuje niestety sporo błędów gramatycznych. Artykuł 86a ust. 4 brzmi następująco: „Podmiot prowadzący aptekę ogólnodostępną lub punkt apteczny występuje o wydanie zgody, o której mowa w ust. 3, nie później niż na 7 dni przed planowanym przekazaniem. [...]”. Powinno być oczywiście „podmiot [...] występuje”. Artykuł 37at ust. 3 stanowi: „Osoby upoważnione przez organ zezwalający do dokonywania inspekcji lub kontroli są uprawnione do: [...] 4) pobierania, w ramach inspekcji lub kontroli, próbek produktów leczniczych, w celu przebadania ich, przez upoważnioną jednostkę”. Dla autorki jaskrawo rażące jest umieszczenie po „ich” przecinka. Autorka proponuje nadanie przedmiotowemu przepisowi *in fine* następującego brzmienia „w celu ich przebadania przez upoważnioną jednostkę”.

Oczywisty brak występuje w przepisie art. 62 ust. 1 pr. farm. W obecnym brzmieniu przepis ten stanowi: „Główny Inspektor Farmaceutyczny, a w odniesieniu do produktów weterynaryjnych Główny Lekarz Weterynarii, sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie reklamy”. W art. 2 pr. farm., będącym swoistym słowniczkiem, jak też w wielu innych przepisach przedmiotowej ustawy mowa jest o produktach leczniczych weterynaryjnych. Zgodnie z art. 2 pkt 34 pr. farm. w rozumieniu ustawy produktem leczniczym weterynaryjnym jest produkt leczniczy stosowany wyłącznie u zwierząt. Definicja produktu leczniczego podana jest w art. 2 pkt 32 pr. farm. Zgodnie z tym przepisem produktem leczniczym

jest substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne.

Artykuł 2 pr. farm. definiuje różne kategorie produktów, np. produkt immunologiczny (pkt 30) i produkt krwiopochodny (pkt 31), lecz nie definiuje produktu weterynaryjnego. Z tego wynika, że nie jest to jakaś odrębna kategoria produktu, lecz chodzi o produkt leczniczy weterynaryjny. Tak też powinno być napisane w art. 62 ust. 1 pr. farm.

Artykuł 126b ust. 3 pr. farm. typizuje przestępstwo polegające m.in. na wywozie „poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej” produktu

leczniczego uzyskanego za pomocą czynu, o którym mowa w ust. 1 lub 2 tego artykułu, to jest czynu polegającego na bezprawnym zbyciu lub bezprawnym nabyciu produktu leczniczego. W art. 72 ust. 4 pr. farm. mowa jest natomiast o wywozie produktów leczniczych „z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Wywóz poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest niewątpliwie tym samym, co wywóz z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a zastanawiać może tylko, dlaczego ustawodawca użył tu odmiennych określeń. Wskazana niejednorodność nie stwarza oczywiście trudności interpretacyjnych. Poważniejszy zarzut można ustawodawcy postawić z powodu definicji obrotu hurtowego, zawartej w art. 72 pr. farm. Artykuł 72 ust. 3 pr. farm. stanowi, że

Obrotem hurtowym jest wszelkie działanie polegające na zaopatrywaniu się, przechowywaniu, dostarczaniu lub eksportowaniu produktów leczniczych lub produktów leczniczych weterynaryjnych, będących własnością podmiotu dokonującego tych czynności albo innego uprawnionego podmiotu, posiadających pozwolenie na dopuszczenie do obrotu wydane w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie członkowskim Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stronie umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub pozwolenie, o którym mowa w art. 3 ust. 2, prowadzone z wytwórcami lub importerami w zakresie wytwarzanych lub importowanych przez nich produktów leczniczych, lub z przedsiębiorcami zajmującymi się obrotem hurtowym, lub z aptekami lub zakładami leczniczymi dla zwierząt, lub z innymi upoważnionymi podmiotami, z wyłączeniem bezpośredniego zaopatrywania ludności.

Artykuł 72 ust. 4 pr. farm. stanowi natomiast, że

Obrotem hurtowym w rozumieniu ust. 3 jest wywóz produktów leczniczych z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz przywóz produktów leczniczych z terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej lub Państw Członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym.

Zdaniem autorki w przepisie art. 72 ust. 4 pr. farm. brakuje słowa „również”. Przepis ten *in principio* powinien brzmieć: „Obrotem hurtowym w rozumieniu ust. 3 jest również wywóz [...]”.

Poważne wątpliwości budzi brzmienie art. 57 ust. 1 pkt 2 pr. farm. Przepis ten stanowi, że zabrania się kierowania do publicznej wiadomości reklamy dotyczącej produktów leczniczych „zawierających środki odurzające i substancje psychotropowe”. Przedmiotowy przepis implementuje do polskiego prawa jedno z postanowień art. 88 ust. 1 dyrektywy 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do

produktów leczniczych stosowanych u ludzi<sup>6</sup>, zgodnie z którym Państwa Członkowskie wprowadzają zakaz reklamy o zasięgu ogólnospołecznym produktów leczniczych, które „zawierają substancje określone jako substancje psychotropowe lub substancje narkotyczne na mocy umów prawa międzynarodowego, takich jak Konwencje Organizacji Narodów Zjednoczonych z 1961 r. i 1971 r.”. Chodzi tutaj o Konwencję Narodów Zjednoczonych o substancjach psychotropowych z 1971 r.<sup>7</sup> oraz Jednolitą konwencję Narodów Zjednoczonych o środkach odurzających z 1961 r., zmienioną protokołem z 1972 r.<sup>8</sup> Z wykładni językowej przepisu art. 57 ust. 1 pkt 2 pr. farm. wynika, że produkt leczniczy, którego reklamy nie wolno kierować do publicznej wiadomości, ma zawierać zarówno środki odurzające, jak i substancje psychotropowe. Takie ujęcie jest niezgodne z wyżej wspomnianą dyrektywą. Należy w tym miejscu odwołać się do ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii<sup>9</sup>, zgodnie z którą środki odurzające i substancje psychotropowe są odrębnymi kategoriami narkotyków. Środki odurzające zdefiniowane są w art. 4 pkt 26, a substancje psychotropowe – w art. 4 pkt 25 tej ustawy. Ergo w przepisie art. 57 ust. 1 pkt 2 pr. farm. zamiast spójnika „i” powinien być spójnik „lub” („zawierających środki odurzające lub substancje psychotropowe”).

W opinii autorki nieodpowiedniego spójnika użył ustawodawca również w przepisie art. 73f ust. 1 pkt 1 pr. farm., postanawiając, że Główny Inspektor Farmaceutyczny wydaje decyzję o zakazie wykonywania przez pośrednika w obrocie produktami leczniczymi działalności objętej wpisem do Krajowego Rejestru Pośredników w Obrocie Produktami Leczniczymi, gdy pośrednik uniemożliwia albo utrudnia wykonywanie czynności urzędowych przez Państwową Inspekcję Farmaceutyczną. Pomiędzy czasownikami opisującymi zachowanie pośrednika powinien być spójnik „lub” („pośrednik uniemożliwia lub utrudnia”). Może być bowiem tak, że niektóre spośród czynności pośrednika będą uniemożliwiały, a inne jedynie utrudniały, wykonywanie czynności urzędowych przez Państwową Inspekcję Farmaceutyczną. Za zastosowaniem

<sup>6</sup> Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.Urz. WE L 311/67 z 28.11.2001 z późn. zm.).

<sup>7</sup> Dz.U. z 1976 r., poz. 180.

<sup>8</sup> Jednolita konwencja Narodów Zjednoczonych o środkach odurzających z 1961 r. (Dz.U. z 1966 r., poz. 277) zmieniona protokołem z 1972 r. (Dz.U. z 1996 r., poz. 149).

<sup>9</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1939.

spójnika „lub” przemawia też brzmienie art. 132 pr. farm.<sup>10</sup> Przepis ten typizuje przestępstwo udaremniania lub utrudniania inspekcji albo kontroli farmaceutycznej.

O niestaranności ustawodawcy w redagowaniu przepisów ustawy – Prawo farmaceutyczne świadczy też m.in. art. 108 ust. 1 pr. farm., w którym przewidziano, że Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna będzie zwana dalej Inspekcją Farmaceutyczną, a jest ona tak zwana już w wielu wcześniejszych, to jest poprzedzających art. 108 ust. 1, przepisach tej ustawy. Jako przykład można wskazać art. 1 ust. 1 pkt 6, art. 63, art. 88 ust. 5 pkt 17 i art. 103 ust. 2 pkt 2 i 4a pr. farm. Dokonując analizy językowo-logicznej przepisu art. 108 ust. 1 pr. farm., można mieć zastrzeżenia co do sposobu sformułowania tego przepisu w punkcie pierwszym. Przedmiotowy przepis stanowi, że Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna sprawuje nadzór nad „warunkami wytwarzania i importu produktów leczniczych i produktów leczniczych weterynaryjnych”. Należy przypomnieć, że produktem leczniczym weterynaryjnym jest produkt leczniczy stosowany wyłącznie u zwierząt (art. 2 pkt 34 pr. farm.). Z wyżej przytoczonej definicji produktu leczniczego, zawartej w art. 2 pkt 32 pr. farm., wynika, że każdy produkt leczniczy weterynaryjny jest produktem leczniczym. Odnośnie do definicji produktu leczniczego zawartej w ustawie – Prawo farmaceutyczne w literaturze przedmiotu trafnie stwierdzono, że termin „produkt leczniczy” obejmuje zarówno produkty lecznicze dla ludzi, jak i produkty lecznicze weterynaryjne<sup>11</sup>. Za taką interpretacją przemawia też brzmienie przepisu art. 108 ust. 1 pkt 2 pr. farm., zgodnie z którym Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna sprawuje nadzór nad „jakością, obrotem i pośrednictwem w obrocie produktami leczniczymi, z wyłączeniem produktów leczniczych weterynaryjnych”. Jeżeli ustawodawca chciał podkreślić, że Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna sprawuje nadzór również nad warunkami wytwarzania i importu produktów leczniczych weterynaryjnych, to w przepisie art. 108 ust. 1 pkt 1 pr. farm. zamiast „i” mógł napisać „w tym” („produktów leczniczych, w tym produktów leczniczych weterynaryjnych”). Jednak biorąc pod uwagę definicję produktu

<sup>10</sup> Artykuł 132 pr. farm.: „Kto osobie upoważnionej do przeprowadzenia inspekcji albo kontroli działalności gospodarczej objętej zezwoleniem, zgodą lub wpisem do właściwego rejestru udaremnia lub utrudnia wykonywanie czynności służbowych, podlega grzywnie albo karze pozbawienia wolności do lat 3 albo obu tym karom łącznie”.

<sup>11</sup> M. Świerczyński, [w:] *System prawa medycznego. Prawo farmaceutyczne*, red. J. Haberko, t. 4, Legalis 2019, rozdz. 7, nb 3.

lecniczego, takie wyraźne zaakcentowanie nie jest konieczne. Nadto jeśli ustawodawca chciał wyłączyć spod pewnego uregulowania produkty lecznicze weterynaryjne, to wyraźnie to przewidział, używając określenia „z wyłączeniem”. Uczynił tak m.in. w art. 36 ust. 1, art. 71 ust. 1 i art. 115 ust. 1 pkt 5a pr. farm., a także w tytule rozdziału 2<sup>1</sup> i rozdziału 5a („Pośrednictwo w obrocie produktami leczniczymi, z wyłączeniem produktów leczniczych weterynaryjnych”).

Przejawem niestaranności ustawodawcy w formułowaniu przepisów ustawy – Prawo farmaceutyczne są również art. 52 ust. 2 pkt 5 i 6, art. 54 ust. 3 pkt 1 oraz art. 63 pkt 2. W przepisach tych ustawodawca posłużył się określeniem „osoba upoważniona do wystawiania recept”. Jest to błędne określenie, ponieważ w przedmiotowych przepisach chodzi o uprawnienie danej osoby (np. lekarza) do wystawiania recept wynikające z przepisów prawa. Upoważnienie wiąże się natomiast z pełnomocnictwem udzielanym innej osobie. W analizowanych przepisach powinno być napisane „osoba uprawniona do wystawiania recept”<sup>12</sup>. Takim też – trafnym – określeniem posłużył się ustawodawca w wielu innych przepisach ustawy – Prawo farmaceutyczne dotyczących reklamy produktów leczniczych.

Wymieniony wyżej przepis art. 63 pkt 2 pr. farm. budzi zastrzeżenia jeszcze z innego powodu. Przepis ten stanowi, że podmiot odpowiedzialny obowiązany jest na żądanie organów Inspekcji Farmaceutycznej udostępnić „informację o każdej reklamie skierowanej do osób upoważnionych do wystawiania recept oraz osób prowadzących zaopatrzenie w produkty lecznicze”. Kategoria osób prowadzących zaopatrzenie w produkty lecznicze występuje tylko w tym przepisie ustawy – Prawo farmaceutyczne, a jej pojawienie się było zapewne efektem niestaranności ustawodawcy. Niewątpliwie chodzi tutaj o osoby prowadzące obrót produktami leczniczymi. Takim określeniem operuje ustawa – Prawo farmaceutyczne m.in. w art. 52 ust. 2, art. 54 ust. 1 oraz art. 58 ust. 1.

Nie najlepiej o staranności ustawodawcy świadczy również brzmienie przepisu art. 86a ust. 2 pr. farm. *De lege lata* przepis ten stanowi następująco:

Apteka ogólnodostępna lub punkt apteczny niezwłocznie przekazuje w postaci papierowej lub za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej informację właściwemu miejscowo wojewódzkiemu inspektorowi farmaceutycznemu zawierającą dane o ilości i nazwie produktów leczniczych

<sup>12</sup> Autorka zwróciła już uwagę na ten problem w innym opracowaniu – K. Banasik, *Bezprawne dostarczanie próbek produktów leczniczych*, „Przegląd Sądowy” 2023, nr 9, s. 8.



przekazanych nieodpłatnie zgodnie z ust. 1 pkt 1 oraz dane obejmujące numer PESEL, a w przypadku jego braku – imię i nazwisko oraz rodzaj, serię i numer dokumentu potwierdzającego tożsamość pacjenta, któremu je przekazano.

Ustawodawca użył w nim czasownika „przekazać” w dwojakim znaczeniu: po pierwsze – w znaczeniu poinformowania, po drugie – w znaczeniu zbycia. Nie był to najlepszy zabieg legislacyjny. Wprawdzie analizowany przepis nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, ale pożądana w prawie precyzja wymagałaby posłużenia się w nim określeniem „zbytych nieodpłatnie” (zamiast „przekazanych nieodpłatnie”) oraz *in fine* „zbyto” (zamiast „przekazano”). Wszak to właśnie o zbyciu, a nie o innej formie przekazania, jest w tym przepisie mowa, co wynika wprost z nawiązania w treści tego przepisu do przepisu art. 86a ust. 1 pkt 1 pr. farm. („Apteka ogólnodostępna lub punkt apteczny może zbyć [...] produkt leczniczy wyłącznie: 1) w celu bezpośredniego zaopatrywania ludności, w tym nieodpłatnie pacjentowi – wyłącznie na potrzeby jego leczenia”)<sup>13</sup>.

Nie najlepiej zredagowany został przez ustawodawcę przepis art. 126b ust. 3 pr. farm. Obecnie przepis ten brzmi następująco: „Tej samej karze podlega, kto nabywa lub zbywa, wywozi poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przewozi, przechowuje produkt leczniczy uzyskany za pomocą czynu, o którym mowa w ust. 1 lub 2”. Szczegółowej analizie autorka poddała przedmiotowe uregulowanie w innym opracowaniu, dochodząc do wniosku, że powinien on mieć następujące brzmienie: „Tej samej karze podlega, kto nabywa, zbywa, przewozi, przechowuje lub wywozi poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej produkt leczniczy uzyskany za pomocą czynu, o którym mowa w ust. 1 lub 2”. Po argumenty uzasadniające taką zmianę przepisu należy odesłać do wspomnianego opracowania<sup>14</sup>, aby w tym miejscu nie powielać poczynionych tam rozważań. Z tego samego względu w niniejszym opracowaniu autorka jedynie sygnalizuje, że w przepisie art. 37av ust. 14 pr. farm. wyrazy „w drodze obwieszczenia” powinny zostać zastąpione wyrazami „w drodze rozporządzenia” oraz że dobrze byłoby w przepisie art. 126b ust. 5 pr. farm. zastąpić wyraz „zamieszczony” wyrazem „zawarty”<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Przedmiotową kwestię autorka podniosła już w innym opracowaniu – K. Banasik, *Kryminalizacja bezprawnego wywozu za granicę produktów leczniczych, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego i wyrobów medycznych*, Warszawa 2023, s. 125–126.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 179–180.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 176–179.

Wykazanie błędów legislacyjnych nie jest wartością samą w sobie, lecz ma służyć poprawieniu jakości przedmiotowych przepisów. Ze zgłoszonych usterek przepisów wynikają jednoznaczne postulaty *de lege ferenda*, które dobry ustawodawca – to jest m.in. taki, który uważnie wsłuchuje się w głos naukowców i chętnie korzysta z dorobku przedstawicieli nauki prawa – powinien uwzględnić.

Jak wynika z powyższej analizy, ocena jakości uregulowań ustawy – Prawo farmaceutyczne nie wypada dobrze. Dla autorki, będącej specjalistką z zakresu prawa karnego materialnego i dokonującej krytycznej analizy przede wszystkim przepisów karnoprawnych, powyższy wniosek jest swoistym pocieszeniem w kontekście nie najlepszej jakości przepisów prawa. W świetle powyższego uzasadniony jest pogląd, że ustawodawca przywiązuje do jakości uregulowań prawa farmaceutycznego jeszcze mniejszą wagę niż do jakości uregulowań prawa karnego. Pocieszeniem, choć nie usprawiedliwieniem dla polskiego prawodawstwa może być stan prawodawstwa unijnego – także nie najlepszy, czego przykładem może być brzmienie art. 2 rozporządzenia (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd do Spraw Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiającego procedury w sprawie bezpieczeństwa żywności<sup>16</sup>. Wspomniany art. 2 tego rozporządzenia zawiera definicję żywności<sup>17</sup>. *In principio* stanowi on, że do celów tego rozporządzenia żywność (lub środek spożywczy) oznacza „jakiegokolwiek substancje lub produkty, przetworzone, częściowo przetworzone lub nieprzetworzone, przeznaczone do spożycia przez ludzi lub, których spożycia przez ludzi można się spodziewać”<sup>18</sup>. Przecinek w zwrocie „lub, których” jest jaskrawo rażący. Artykuł 2 pkt g analizowanego rozporządzenia stanowi, że środek spożywczy nie obejmuje „narkotyków lub substancji psychotropowych w rozumieniu Jedynej konwencji

<sup>16</sup> Rozporządzenie (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiające ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołujące Europejski Urząd do Spraw Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiające procedury w sprawie bezpieczeństwa żywności (Dz.Urz. WE L 31/1 z 1.02.2002, s. 1; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 15, t. 6, s. 463).

<sup>17</sup> Na błędy w brzmieniu art. 2 tego rozporządzenia autorka zwróciła już uwagę w innym opracowaniu – K. Banasik, *Kryminalizacja...*, *op. cit.*, s. 27.

<sup>18</sup> Zob. oficjalny tekst rozporządzenia w języku polskim <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002R0178&from=pl> [dostęp: 12.12.2023].

o środkach odurzających z 1961 r. oraz Konwencji o substancjach psychotropowych z 1971 r.”. Jedynej konwencji jest to ewidentnie błędne tłumaczenie nazwy konwencji na język polski – powinno być Jednolitej konwencji<sup>19</sup>. Innym przykładem może być treść przepisu art. 96 ust. 1 *in principio* wyżej powołanej dyrektywy 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, która w wersji polskojęzycznej różni się od treści w innych wersjach językowych tej dyrektywy<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Zob. oficjalna strona internetowa ONZ: [www.unodc.org/unodc/en/treaties/single-convention.html](http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/single-convention.html) (*Single Convention on Narcotic Drugs of 1961*) oraz polska baza Internetowy System Aktów Prawnych, <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19660450277> [dostęp: 12.12.2023].

<sup>20</sup> Szerzej na ten temat zob. K. Banasik, *Advertising of medicinal products in Polish law in the light of Directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2023, nr 12, s. 9.



Stefan Bielański\*

## Polskie XIX-wieczne spojrzenie na włoską myśl polityczną epoki Renesansu: Edwarda Lubowskiego analiza porównawcza dzieł Niccolò Machiavellego i Francesca Guicciardiniego

### 1. Lwowski „Ruch Literacki”

O „Ruchu Literackim” – jako tygodniku postępowym – pisał Jerzy Myśliński, omawiając prasę polską w Galicji w latach 1867–1918, stwierdzając zarazem, iż istniały w dobie autonomicznej „liczne czasopisma o przewadze treści literackich. W okresie zwanym epoką realizmu i naturalizmu w literaturze polskiej zdecydowaną przewagę w tej grupie miał ośrodek lwowski”<sup>1</sup>. Z kolei Bronisław Nadolski w artykule opublikowanym w 1936 r. na łamach „Pamiętnika Literackiego” podkreśla,

---

\* Dr hab., prof. UKEN, Uniwersytet Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie, ORCID: 0000-0002-0182-2095.

<sup>1</sup> Cytowane teksty przytoczono w oryginalnej formie, z charakterystyczną dla epoki ortografią i pisownią, natomiast interpunkcja została uwspółcześniona. J. Myśliński, *Prasa polska w Galicji w dobie autonomicznej (1867–1918)*, [w:] *Historia prasy polskiej. Prasa polska w latach 1864–1918*, red. J. Łojek, Warszawa 1976, s. 131–132.

że w przypadku pism nieilustrowanych – takich jak „Ruch Literacki” czy „Tydzień” – samo

utrzymanie tych dwu pism – to wysiłki całego szeregu literatów i księgarzy, połączone niejednokrotnie z wydaniem ostatnich na nie pieniędzy, byleby tylko informować o współczesnych prądach, popularyzować nauki, ogarniać całokształt życia umysłowego w kraju i na emigracji, nawiązywać kontakt z czytelnikami, odpowiedzieć potrzebom szerszych warstw społeczeństwa<sup>2</sup>.

Dodaje zarazem:

Te rozliczne artykuły na temat literackiej ogłady, oświaty ludowej, popularyzowania odczytów, autorskiej sumienności, czytane dzisiaj, zdają się być, jak chyba i wówczas, dość blade i wodniste, nie wypowiedziane z siłą przekonania, nie nazbyt wyraźnie przeciwstawiając się jakiejś innej doktrynie czy zapatrywaniu<sup>3</sup>.

Pisząc zaś o środowisku związanym z tymi czasopismami, Nadolski konstatuje: „Widać w nich pokolenie raczej schodzących romantyków niż entuzjastycznych pozytywistów”<sup>4</sup>.

Jan Bujak, analizując strukturę tych samych lwowskich periodyków, „Ruchu Literackiego” i „Tygodnia”, stwierdza, iż „Przed przeszło stu laty wychodziły we Lwowie dwa czasopisma, które, jak się wydaje, odegrały dość istotną, a dotąd nie zbadaną i nie ocenioną należycie rolę”<sup>5</sup>. Odnośnie do genezy wydawania obu czasopism, a także roli z jednej strony spółki Władysława Gubrynowicza z Kornelem Pillerem i Władysławem Schmidtem (wydawców „Ruchu Literackiego”), z drugiej Rogosza z Richterem (wydawców periodyku „Tydzień”), autor odwołuje się do korespondencji Bolesława Limanowskiego opublikowanej w „Bluszczu” w 1874 r., wskazującego na walkę konkurencyjną, która „przybrała rozmiary prawdziwie amerykańskie. Anonse małe, wielkie, prospekty, ogłoszenia przy rogach ulic przyklejane, od miesiąca zwiastowały pojawienie się »Tygodnia« i »Ruchu Literackiego«”<sup>6</sup>. Bujak podkreśla przy tym, iż

<sup>2</sup> B. Nadolski, *Lwowskie czasopisma literackie XIX wieku*, „Pamiętnik Literacki. Czasopismo Kwartalne Poświęcone Historii i Krytyce Literatury Polskiej” 1936, z. 2, s. 459.

<sup>3</sup> *Ibidem*, s. 459–460.

<sup>4</sup> *Ibidem*, s. 460.

<sup>5</sup> J. Bujak, „Ruch” i „Tydzień” – dwa lwowskie periodyki lat siedemdziesiątych XIX wieku, „Rocznik Naukowo-Dydaktyczny. Prace Bibliotekoznawcze. VII” 1993, z. 155, s. 81.

<sup>6</sup> B. Limanowski, „Bluszczy” 1874, t. 10, s. 357–358 cyt. za: *ibidem*, s. 83.

W słowach „Ruch Literacki” zamknęła się bowiem charakterystyka czasopisma odzwierciedlającego dynamiczny rozwój piśmiennictwa, zaś w podtytule „Tygodnik poświęcony literaturze, sztukom pięknym, nauce i rzeczom społecznym” nie mniej dokładnie określona została skala zainteresowań i założona częstotliwość [...]”<sup>7</sup>.

Warto dodać, iż „Ruch” i „Tydzień” adresowane były do odbiorców we wszystkich krajach i na wszystkich kontynentach z wyłączeniem zaboru rosyjskiego i Rosji<sup>8</sup>.

Dzieje „Ruchu Literackiego” rekonstruuje dokładnie Jerzy Jarowiecki w pracy poświęconej historii prasy polskiej we Lwowie do 1945 r. Przypomina zatem, iż w 1874 r. Księgarnia Gubrynowicza i Schmidta rozpoczęła wydawanie „Ruchu Literackiego” (1874–1878), redaktorami byli kolejno: Bronisław Zawadzki (do października 1875 r.), Jan Darosław Amborski (do połowy 1876 r.). W połowie 1876 r. czasopismo zostało kupione przez Agatona Gillera i Tadeusza Żulińskiego, którzy to stali się „faktycznymi wydawcami i redaktorami czasopisma, chociaż W. Gubrynowicz do 10 marca 1877 r. występował jako redaktor odpowiedzialny”<sup>9</sup>. Z kolei do połowy lipca 1878 r. redagował pismo Platon Kostecki (polsko-ukraiński poeta, publicysta i współredaktor „Gazety Narodowej”), zastąpiony przez Jana Mittiga, wspieranego przez Bolesława Spausta i Franciszka Ksawerego Martynowskiego. I jak podkreśla Jarowiecki: „W czasopiśmie publikowano liczne rozprawy historyczno-literackie, przegląd wydarzeń literackich i artystycznych oraz nowości wydawniczych, utwory prozatorskie i poetyckie, tłumaczenia dzieł pisarzy francuskich i angielskich”<sup>10</sup>.

Potwierdza to tezę Myślińskiego, iż mimo wyraźnego lokalnego oblicza prasy galicyjskiej równocześnie niektóre tytuły „przynosiły

<sup>7</sup> J. Bujak, „Ruch” i „Tydzień”..., *op. cit.*, s. 84.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 86.

<sup>9</sup> J. Jarowiecki, *Dzieje prasy polskiej we Lwowie do 1945 roku*, Kraków 2007, s. 139.

<sup>10</sup> *Ibidem*. Warto dodać, iż wśród autorów publikujących na łamach „Ruchu” byli m.in.: Adam Asnyk, Michał Bałucki, Władysław Bełza, Józef Ignacy Kraszewski, Julian Klaczko, Karol Libelt, Ignacy Maciejewski, Maria Bartusówna, Bolesław Czerwieński, Władysław Ordon, Paulina Wilkońska; a współpracowali jako korespondenci Z. Jerzykowski (z Niemiec), Hieronim Feldmanowski (z Wielkopolski), Seweryna z Żochowskich Dudzińska (z Francji), Kazimierz Chłędowski (z Włoch), Władysław Ludwik Anczyc (z Krakowa). Redaktorami działów „Ruchu Literackiego” byli: Aleksander Hirschberg – krytyka literacka, Tadeusz Lanecki – odkrycia i wynalazki, Bronisław Radziszewski – nauki przyrodnicze, Leon Biliński – sprawy ekonomiczno-społeczne, Bronisław Zawadzki – przegląd artystyczny i literacki, Klemens Kantecki – bibliografia.

w formie doskonałych korespondencji doniesienia ze wszystkich ziem polskich, podkreślały łączność wszystkich Polaków i w tym sensie pełniły rolę integracyjną”<sup>11</sup>. Należy dodać, iż pod tym względem Lubowski publikujący swe włoskie teksty (o Machiavellim i Guicciardinim) na łamach lwowskiego „Ruchu Literackiego” wykraczał nie tylko poza tematykę lokalną czy nawet polską, ale sięgając do autorów o wymiarze europejskim, potrafił połączyć wszystkie trzy wymiary refleksji intelektualnej, wykazując także znajomość ówczesnych rozważań z zakresu dziejów myśli politycznej.

## 2. Edward Lubowski: życie i twórczość

Edward Lubowski urodził się w 1837 r. w Krakowie, gdzie też uczył się w znanym Gimnazjum św. Anny i poznał tam późniejszego sławnego historyka Józefa Szujskiego<sup>12</sup>. Od 1855 r. studiował na Wydziale Prawnym Uniwersytetu Jagiellońskiego, który to wydział nie znajdował się wówczas w najlepszym stanie, gdyż – jak pisał Ignacy Schreiber –

Zły skład profesorów stał się naturalnym powodem zniechęcenia słuchaczy do wykładanych przedmiotów, które w tem ujęciu nie dawały im i dać nie mogły żadnego pokarmu duchowego. Poczuli więc oglądać się za bardziej ich umysłem i charakterom odpowiadającą strawą<sup>13</sup>.

W tym kontekście Schreiber przytacza wspomnienia Lubowskiego z tego konkretnego okresu studiów na Uniwersytecie Jagiellońskim: „Czytaliśmy bardzo dużo, zajmowali się jeszcze więcej historją, literaturą polską i obcą, ale najmniej prawem”<sup>14</sup>. Owa chęć poszerzenia edukacji, której nie zapewniała uczelnia, stała się punktem wyjścia do zawiązania „za zachętą Szujskiego, przyjacielskiej organizacji”<sup>15</sup>, w skład której wchodził skądinąd sławni później artyści, pisarze i uczeni, m.in.: Jan Matejko, Artur Grottger, Józef Szujski, Ludwik Kubala, Michał Bałucki czy Władysław Żeleński<sup>16</sup>. Organizacja, o której pisze we wspo-

<sup>11</sup> J. Myśliński, *Prasa polska...*, *op. cit.*, s. 176.

<sup>12</sup> I. Schreiber, *Twórczość dramatyczna Edwarda Lubowskiego*, przedm. S. Windakiewicz, Kraków 1929, s. 7–8.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 8–9.

<sup>14</sup> E. Lubowski, *Luźne wspomnienia wychowawca Uniw. Jag.*, „Tygodnik Ilustrowany” 1887, t. 2, s. 39 cyt. za: *ibidem*, s. 9. I. Schreiber, *Twórczość...*, *op. cit.*, s. 9.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*. Dokładne dane składu osobowego organizacji I. Schreiber podaje w przypisie 21.



mnieniach Lubowski, zwana była pracownią Filippiego. Renata Stachura podkreśla, że „zarys urzędzenia stowarzyszenia”<sup>17</sup> spisał pod koniec 1857 r. Michał Bałucki przy udziale m.in. Ludwika Kubali, Mieczysława Bochenka, Ludwika Gumplowicza i Alfreda Szczepańskiego, a następnie do tej grupy dołączyli także starsi studenci Wszechnicy Jagiellońskiej (Józef Szujski, Tadeusz Wojciechowski, Jan Kanty Turski), uczniowie Szkoły Sztuk Pięknych (Franciszek Wyspiański, Parys Filippi, Aleksander Kotsis i Jan Matejko), muzycy (Władysław Żeleński) i aktorzy (Feliks Benda). Kluczowy okres rozwoju koła przypadł na lata 1860–1862, zebrania odbywały się wtedy w pracowni rzeźbiarza Filippiego. W czasie spotkań „prezentowano własne prace naukowe i literackie, czytano poezję romantyczną i dyskutowano o przyszłej Polsce”<sup>18</sup>. Renata Stachura wskazuje też, iż członkowie pracowni Filippiego publikowali w wydawanym przez Jana Dobrzańskiego we Lwowie „Dzienniku Literackim”. Był to periodyk w którym „propagowano ideały myśli demokratycznej i młodego pozytywizmu [...]. Program demokratów uwzględniał też kwestie udziału literatury w życiu narodu, reformy oświaty i rozprawy ze szlachetczyzną”<sup>19</sup>, a wśród współpracowników tego czasopisma wymienia Lubowskiego, a także Bałuckiego, Szujskiego, Turskiego i Bełcikowskiego<sup>20</sup>.

Sam Lubowski ukończył studia prawnicze w 1859 r., zaś w 1862 r. po złożeniu egzaminów „otrzymał tytuł doktora praw”<sup>21</sup>. Po wybuchu powstania styczniowego oddał jednak „swoją czas i osobę na usługi powstania”<sup>22</sup>, a po upadku tegoż „przez rząd austriacki był trzymany przez kilka miesięcy w więzieniu na zamku”<sup>23</sup>, a także – jak twierdzi Schreiber, powołując się na siostrzenicę Lubowskiego, Helenę Modelską – miał być w 1863 r. „adiutantem Langiewicza”<sup>24</sup>. Niewątpliwie zaś:

Wieść o rozpoczęciu działań powstańczych w Królestwie wywołała wśród młodzieży galicyjskiej natychmiastowy odzew. Grupa studentów i uczniów gimnazjalnych przyłączyła się do oddziałów Apolinarego Kurowskiego

<sup>17</sup> R. Stachura, *Krytyka literacka*, [w:] *Historia literatury i kultury polskiej*. 2. *Romanizm. Pozytywizm*, Warszawa 2007, s. 496.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 496–497.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 498.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> I. Schreiber, *Twórczość...*, *op. cit.*, s. 9.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*, s. 10 i 34.

i Mariana Langiewicza, część młodzieży galicyjskiej zajęła się kolportowaniem ulotek powstańczych i organizowaniem przemytu broni<sup>25</sup>.

Kłeska powstania spowodowała rozbitcie tego środowiska. Wprawdzie pracownia Filippiego spotkała się jeszcze pod koniec 1864 r., to jednak reaktywowanie grupy było już niemożliwe, zarówno ze względu na czasową lub stałą nieobecność w Krakowie (dotyczyło to także Lubowskiego), ale także z powodu podziałów politycznych część związała się z demokratami (jak Gumpłowicz), a część z konserwatystami (z Szujskim na czele)<sup>26</sup>.

W 1866 r. przeniósł się Lubowski do Warszawy i choć „niewesołe tu zrazu prowadził życie”<sup>27</sup>, to właśnie z tym miastem związał ostatecznie swój los. Tam też zyskał rozgłos przede wszystkim jako autor dzieł teatralnych, zarówno komedii, jak i dramatów. Współpracował zarazem – jako krytyk teatralny – z takimi czasopismami jak „Kłosa”, „Bluszcz”, „Tygodnik Ilustrowany”, „Biblioteka Warszawska”, „Kurier Warszawski” czy też wspomniany na wstępie lwowski „Ruch Literacki”. Nie zapomniał jednakże o publicystyce politycznej, także polemicznej, uczestnicząc w zmaganiach między „młodymi” a „starymi” w okresie po klęsce powstania. Przy czym – jak pisze Halina Kozłowska-Sabatowska – „nie była w istocie konfrontacją postaw ideowych. [...] natomiast wyznacznikiem decydującym o przynależności do tych obozów [...] był stosunek do filozofii pozytywistycznej, do programu pracy organicznej i romantycznej tradycji”<sup>28</sup>. Co istotne, podkreśla autorka pracy odnoszącej się do ideologii pozytywizmu galicyjskiego z lat 1864–1881, „największemu zróżnicowaniu [...] ulegną właśnie dawni młodzi z okresu powstania styczniowego”<sup>29</sup>; w tym kontekście zauważa, iż „Do czołowych publicystów walczących z »młodą prasą« należeć będą Władysław Bogusławski, który w r. 1869 powrócił z zesłania jako człowiek zaledwie trzydziestoletni, jego rówieśnik Stanisław Krzemiński, czy też przybyły z Krakowa Edward Lubowski”<sup>30</sup>.

W latach 80. XIX stulecia wśród gazet informacyjno-politycznych istotne miejsce zajmowało „Słowo”, redagowane od 1882 r. przez Henryka Sienkiewicza (i na łamach którego opublikowana została w odcin-

<sup>25</sup> R. Stachura, *Krytyka...*, *op. cit.*, s. 498–499.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 503.

<sup>27</sup> I. Schreiber, *Twórczość...*, *op. cit.*, s. 12.

<sup>28</sup> H. Kozłowska-Sabatowska, *Ideologia pozytywizmu galicyjskiego 1864–1881*, Wrocław 1978, s. 13.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibidem*, s. 13–14.

kach Trylogia). Wybitny pisarz jako redaktor „Słowa” najwięcej czasu poświęcił czasopiśmu w pierwszych latach jego istnienia i wtedy też „Dzięki jego zabiegom udało się pozyskać do współpracy wielu poczytnych pisarzy i dziennikarzy”<sup>31</sup>; w 1884 r. było to 80 publicystów, i w tym gronie był też Edward Lubowski<sup>32</sup>.

Intensywna i różnorodna działalność Lubowskiego została na przełomie XIX i XX wieku zapomniana. Wskazywał na to Stanisław Windakiewicz we wstępie do publikacji autorstwa Schreibera (z 1929 r.) poświęconej twórczości dramatycznej Lubowskiego. Znany historyk i znawca dziejów Włoch, jakim był Windakiewicz, przypominał istotne znaczenie Lubowskiego w polskim świecie literackim (w szczególności teatralnym lat 70. i 80. XIX wieku). Postulował zarazem, by „dotrzeć do wszystkich pism, rozrzuconych po czasopiśmach lub pozostałych rękopisach; trzeba zebrać wiadomości biograficzne i uczynić go napowrót żyjącą postacią w dziejach teatru polskiego”<sup>33</sup>. Skądinąd celem cytowanej tu publikacji Schreibera było właśnie przypomnienie postaci Lubowskiego i wydarzeń z 1922 r., gdy „ceniemu niegdyś pisarzowi”<sup>34</sup> urządzono „serdeczny jubileusz”<sup>35</sup>, a władze państwowe nadały order Polonia Restituta w 1923 r., gdy już złożony chorobą zmarł 17 maja tego roku, pochowany zaś został „w grobie rodzinnym na Powązkach”<sup>36</sup>.

Oprócz utworów scenicznych był bowiem Lubowski autorem „wielu artykułów i szkiców, rozprawek i recenzji”<sup>37</sup>, a niemała ich część odnosiła się zarówno do problematyki historycznej, jak i bieżącej problematyki politycznej, dotyczącej w szczególności Francji napoleońskiej i II Cesarstwa, ale także Niemiec Bismarcka<sup>38</sup>. Nie zabrakło w bibliografii krakowsko-warszawskiego autora dzieł teatralnych także prac

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Z. Kmiecik, *Prasa polska w Królestwie Polskim i Imperium Rosyjskim w latach 1865–1904*, [w:] *Historia prasy polskiej. Prasa polska w latach 1864–1918*, red. J. Łojek, Warszawa 1976, s. 24–25.

<sup>33</sup> S. Windakiewicz, *Wstęp*, [w:] I. Schreiber, *Twórczość...*, *op. cit.*, s. 5–6.

<sup>34</sup> I. Schreiber, *Twórczość...*, *op. cit.*, s. 127.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*, s. 28.

<sup>38</sup> Autor monografii poświęconej Lubowskiemu wymienia tu takie publikacje – ogłoszone od lat 70. XIX wieku do przełomu XIX i XX wieku – jak: *Napoleon IV; Legenda domu Hohenzollernów; Tajemnica II Cesarstwa; Hr. du Barry; Dwie broszury o Bismarcku; Z epopei Napoleońskiej; Hrabia Rzewuski; Rok 1815; Rok 1848; Prawdziwy kawaler de Maison-Rouge; Jedna z żon Henryka VIII; Talleyrand; Barras; Pa-miętniki sekretne króla Jana; Śmierć Marii Stuart – ibidem*, s. 121.

historycznych odnoszących się do Włoch epoki Renesansu, w tym opublikowanego w 1876 r. studium poświęconego rodowi Borgiów<sup>39</sup> oraz wcześniejszego o rok cyklu tekstów ogłoszonych na łamach „Ruchu Literackiego”, a mających charakter analizy porównawczej myśli Niccolò Machiavellego i Francesca Guicciardiniego.

### 3. Myśl Niccolò Machiavellego i Francesca Guicciardiniego w ujęciu Edwarda Lubowskiego. Sztuka rządzenia, czyli państwowa

Artykuły Lubowskiego zatytułowane *Machiavelli i Guicciardini, dwa portrety dziejowe* ukazały się w pięciu odcinkach w tomie 2 lwowskiego „Ruchu Literackiego” w 1875 r. w następujących numerach: 26 (z 26 czerwca, s. 411–412), 27 (z 3 lipca, s. 432–433), 28 (z 10 lipca, s. 442–443), 29 (z 17 lipca, s. 461–462) oraz 30 (z 24 lipca, s. 476–477).

Na wstępie pierwszego artykułu Lubowski prezentuje tło historyczne życia i twórczości Machiavellego i Guicciardiniego, podkreślając, iż była to epoka, w której „Włosi, wskrzesiwszy do życia piękno we wszelkich rodzajach sztuki, stali się zarazem twórcami sztuki rządzenia, czyli państwowej”<sup>40</sup>.

#### 3.1. Czarna legenda Machiavellego

Lubowski należał do tych interpretatorów dzieł Machiavellego, którzy odrzucali jego czarną legendę. Podkreślał bowiem, iż

Mikołaj Machiawel należy do stanowczo politycznych charakterów epoki odrodzenia i na nią głównie zwracając uwagę, można osądzić znakomitą tę postać. Tymczasem zaś: Długie wieki, a i dziś jeszcze, uchodził on za przedstawiciela najzgubniejszej i najzdradliwszej polityki [...]<sup>41</sup>.

I choć Machiavelli miał też obrońców, jak Jean-Jacques Rousseau (który jednak czynił to z punktu widzenia republikańskiego kierunku), to powszechne wrażenie odnoszące się do makiawelistycznej polityki, w efekcie jej niezrozumienia, także w czasach współczesnych, „rzuca nie tylko ponury blask na działalność literacką włoskiego tego polityka, ale i na jego charakter”<sup>42</sup>. Polski autor zauważa też, że szereg przypisywanych Machiavellemu cynicznych sformułowań,

<sup>39</sup> E. Lubowski, *Rodzina Borgiów. Studium Historyczne*, Warszawa 1876.

<sup>40</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 26, s. 411.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

maksym (jak pisze Lubowski), włącznie z często powtarzaniem „wszystko jest dobrem, co do celu prowadzi”, były jedynie przypisywane autorowi *Księcia*, a powstały „daleko później”<sup>43</sup>. Sprzeczne opinie o Machiavellim doprowadziły do chaosu, z którego – jak podkreśla autor artykułu – „dopiero dziś, po ogłoszeniu jego »Pism niewydanych« przez p. Canestrini, można dosyć zwycięsko się wygrzebać”<sup>44</sup>. W tym kontekście Lubowski przywołuje różne opinie takich postaci z dziejów myśli europejskiej jak Baruch Spinoza, Jean-Jacques Rousseau i Vittorio Alfieri (broniących autora *Księcia* jako tego, który w swym dziele „urządził umyślną zasadzkę na tyranów”<sup>45</sup>), ale też powszechną i powierzchowną opinię, że twórczość Machiavellego charakteryzuje „pogarda obyczaju, religii i wszelkiej moralności”<sup>46</sup>. Szerzej odnosi się do casusu Fryderyka Wielkiego, który „w swym *Anti-Machiawelu* wystąpił jako najzawsiętszy przeciwnik Machiawela”<sup>47</sup>, to jednak ten sam traktat późniejszego pruskiego króla:

Cały jego *Anti-Machiawel* podszyty jest frazeologią z dziedziny filozofii humanitarnej, będącej naówczas w modzie, ale bynajmniej nie może być nazwany krytyką ani szlachetnym odparciem znakomitego polityka włoskiego, którego dzieła do dziś dnia żywo wszystkich myślących zajmują<sup>48</sup>.

Charakterystyczny – w kontekście oceny Fryderyka Wielkiego jako autora *Anty-Machiawela*<sup>49</sup> – jest obszerny przypis od redakcji odnoszący się do wydarzeń współczesnych, z początku lat 70. XIX wieku, a mianowicie wojen prowadzonych przez Prusy kanclerza Otto von Bismarcka. Otóż:

Dzisiaj po wypadkach Sadowy i Sedanu widzimy, że duch tego najprzewrotniejszego z polityków i najcyniczniejszego z ludzi unosi się w postaci drapieżnego sępa nad myślami „żelaznego męża”, który tak samo jak Fryderyk W., bezwzględność, utylitaryzm polityczny, posunięty do cynicznego

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 412. Lubowski odnosi się do następującej włoskiej edycji dzieł Guicciardiniego: *Opere inedite, illustrate da Giuseppe Canestrini e pubblicate per cura dei conti Piero e Luigi Guicciardini*, Firenze 1857–1867.

<sup>45</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 26, s. 412.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*. Zob. także *Mikołaja Machiavella Księżę oraz Fryderyka II Króla Pruskiego Anti-Machiawel*, tłum. i oprac. Cz. Nanke, Lwów–Warszawa 1920.

<sup>49</sup> Tytuły klasycznych dzieł podawane są w publikacji w tłumaczeniu Lubowskiego lub w oryginalnym brzmieniu.

bezwstydu, chęć zaborów iście brutalnie-krzyżacką, pomiatanie wszelką zasadą etyczną, jeśli ta sprzeciwia się jego widokom, obrał sobie za godło działalności, za cel, po spełnieniu którego czeka go sława, przede wszystkim u swoich<sup>50</sup>.

Sam Lubowski odwołuje się też do Tomasza Babingtona Macaulaya, autora *Essay on Machiavelli*<sup>51</sup>, i na to, że w czasach Machiavellego: „patrzano we Włoszech pobłażliwie na podstęp, złamanie słowa, zdradę, jeśli jej następstwem było powodzenie, bo Włoch nie pojmował, dlaczego wroga okłamać lub sprzątnąć z drogi sztyletem albo trucizną nie było można”<sup>52</sup>.

### 3.2. Guicciardini, czyli przeciwieństwo Machiavellego

Podkreślając różnice między obu myślicielami, Lubowski przytacza zdanie Guicciardiniego z korespondencji z Machiavellim, do którego Guicciardini pisał: „Miałeś zawsze sposób pojmowania odmienny od ogólnego i wynajdywałeś zawsze coś nowego i nadzwyczajnego”<sup>53</sup>. Lubowski odnosi się też do *Uwag nad Discorsi*<sup>54</sup>, w których Guicciardini zauważał:

Trzeba, iżby książę był gotów korzystać z tych środków, gdy są potrzebne, jednakże powinien mieć tyle roztropności, iżby gdy można, ugruntował swą potęgę na ludzkości i dobrodziejstwach, nie biorąc za regułę absolutną tego, co mówi ten pisarz (Machiawel), który zawsze lubił środki nadzwyczajne i gwałtowne<sup>55</sup>.

Z drugiej strony także Guicciardini podzielał przekonanie Machiavellego o wyższości monarchii absolutnej: „Wszyscy ci politycy, czując obrzydzenie do tyranii malutkich książąt i książątek romańskich, cieszyli się z tego, że ich zniszczył tyran potężniejszy i zręczniejszy”<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 26, s. 412, p. red.

<sup>51</sup> Zob. *Szkice historyczne Tomasza Babingtona Lorda Macaulay. Barère – Mirabeau – Fryderyk Wielki – Machiavelli*, tłum. J. Karłowicz, Warszawa 1876.

<sup>52</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 26, s. 412.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Zob. F. Guicciardini, *Considerazioni sui „Discorsi” del Machiavelli*, [w:] N. Machiavelli, *Tutte le opera*, secondo l'edizione di Mario Martelli, introduzione di M. Ciliberto, Coordinamento di P.D. Accendere, Giunti Editore/Bompiani, Firenze–Milano 2018, s. 697–766.

<sup>55</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 26, s. 412.

<sup>56</sup> *Ibidem*; w przypisie P.A. pisze natomiast, że: „W owym czasie nazwy książę (*principe*), *uzurpator* i *tyran* były synonimami; przynajmniej Machiawel nie czyni żadnej między nimi różnicy”.

### 3.3. Życie i dzieła Machiavellego

Do losów życiowych sekretarza florenckiego odnosi się Lubowski w drugim tekście opublikowanym na łamach „Ruchu Literackiego”, podkreślając pochodzenie autora *Księcia*, wywodzącego się „z dawnej, ale ubogiej florenckiej rodziny”<sup>57</sup>. Natomiast „Młodość jego przypadła w świetne czasy Wawrzyńca Wspaniałego Medyceusza, pełne blasku i wspaniałej poezyi. Kiedy w skutek najazdu Francuzów zachmurzyło się niebo Italii, nastąpiła też i we Florencyi po śmierci Wawrzyńca zmiana rządów”<sup>58</sup>.

W końcu XV wieku najpierw był Machiavelli przeciwnikiem Savonaroli, z drugiej strony nazywał go wielkim mężem; niemniej „Mistycyzm i prorocтва tego mnicha były dlań przedmiotem pogardy i oskarżeń [...]”<sup>59</sup>. Skądinąd właśnie po śmierci Savonaroli stał się w wieku 29 lat (czyli w 1498 r.) jednym z rządzących Florencją: „Jako sekretarz rady dziesięciu i jako poseł, zwiedzał rozliczne kraje, z kąd posyłał sławne swoje sprawozdania, po upadku rządów ludowych został wmieszany w spisek, w efekcie został wtrącony do więzienia i wzięty na tortury, zdaje się niewinnie”<sup>60</sup>.

Lubowski wiąże powstanie dzieł Machiavellego z jego planami politycznymi, a konkretnie z poszukiwaniem wymarzonego monarchy lub idei republikanizmu, zawsze z celem zjednoczenia Włoch. Gdy pisał *Księcia* (w latach 1513–1515, potem jeszcze w 1518 r.) takim monarchą miał być Julian Medycejski, brat papieża, a po jego śmierci Wawrzyniec Medycejski, syn Piotra II Medyceusza<sup>61</sup>. Z kolei pracując nad *Discorsi* Tytusa Liwiusza, występował przeciwko papieżowi, broniąc republiki, a także republikańska jest *Sztuka wojenna* (z 1521 r.), w której „patriotyzm jest zawarty w wychwalaniu niepodległości Włoch i w stworzeniu wojska narodowego”<sup>62</sup>. Odwołując się do tez znanego niemieckiego historyka Leopolda von Rankego, pisał Lubowski o krytyce, z jaką spotkał się Machiavelli w latach 20. XVI wieku, tym bardziej że

<sup>57</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 27, s. 432.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*. Zob. także A. Campi, *Machiavelli spiskowiec?*, [w:] *idem, Niccolò Machiavelli o spiskach. Walka o władzę we Włoszech epoki Odrodzenia*, oprac. S. Bielański, tłum. B. Bielańska, Kraków 2020, s. 44–63.

<sup>61</sup> Julian Medyceusz (Giuliano de' Medici) (1479–1516), ks. Nemours, władca Florencji w latach 1512–1513, brat Giovanniego de' Medici (1475–1521), papieża (Leona X) w latach 1513–1521. Wawrzyniec II Medyceusz (Lorenzo II de' Medici), syn Piotra II, książę Urbino, władca Florencji w latach 1513–1519.

<sup>62</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 27, s. 432.

ostrym swym językiem narobił sobie wielu nieprzyjaciół, więc też w odwecie jak najostrej sędzono jego życie. W tej nowej nielasce rządzącego stronnictwa, niezadowolony i ubogi, pogardzany przez tych, do których zrazu należał, bez nadziei urzeczywistnienia kiedy swoich planów, umiera w roku 1527<sup>63</sup>.

Sam Lubowski, rozumiejąc uwarunkowania epoki, w której żył Machiavelli, nie jest jednak w stanie zaakceptować „pominięcia prawa i moralności”<sup>64</sup> przez autora *Księcia*, nie do przyjęcia w epoce autora artykułu. Zdaniem Lubowskiego

zblądził Machiavelli, nieuwzględniając w polityce takich samodzielnych czynników jak religia, moralność, ukształcenie i dobrobyt. [...] Z upływem czasu, a przy zmianie poglądów na życie, pojęcie Machiawela, zaczerpane z rzymskiego prawa, jako państwo jest samo dla siebie celem, ustąpić musiało przed najnowszym pojęciem, zasadzającym się na rozwoju sił narodu, na popieraniu jednostek z pomocą organizacji ogółu<sup>65</sup>.

Przypomina Lubowski, iż genezą *Discorsi* oraz *Arte della guerra*<sup>66</sup> były spotkania w „ogrodach Rucellaja, zwane Orti Oricellarii”<sup>67</sup>. Zaznacza przy tym Lubowski, że *Discorsi* „nie są objaśnieniem przeszłości, lecz zebraniem zasad i rad co do przyszłości, które to zasady utwierdza przykładami z Liwiusza”<sup>68</sup>. W dziele tym wyraża się też republikanizm Machiavellego<sup>69</sup>, dodaje zarazem, że dzieła te wspólnie z *Historią Florencji* „daleko mniej mają rozgłosu, a nawet znaczenia, aniżeli *Il principe*”<sup>70</sup>. Komentując natomiast wymowę *Księcia*, twierdzi Lubowski, iż w trakcie pisania tego dzieła (w latach 1513–1515)

<sup>63</sup> *Ibidem*, s. 432–433.

<sup>64</sup> *Ibidem*, s. 433.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Pierwsze tłumaczenie, do którego zapewne odnosił się Lubowski, było autorstwa A. Sozańskiego: *idem, Machiavelli. Uwagi nad Liwuszem*, Kraków 1876. Zob. także współczesne tłumaczenia tego dzieła: N. Machiavelli, *Rozważania nad pierwszym dziesięcioksięgiem Historii Rzymu Liwiusza*, [w:] *idem, Wybór pism*, oprac. i tłum. K. Żaboklicki, wstęp J. Malarczyk, Warszawa 1972, s. 231–623; *idem, Rozważania nad pierwszym dziesięcioksięgiem Historii Rzymu Liwiusza*, tłum. K. Żaboklicki, wstęp P. Śpiewak, Warszawa 2009. Zob. także *idem, O sztuce wojny*, Warszawa 2010.

<sup>67</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 28, s. 442.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> *Ibidem*, s. 443.

<sup>70</sup> *Ibidem*, s. 442. Zob. pełne polskie tłumaczenie: N. Machiavelli, *Historie florenckie*, tłum. K. Estreicher, kryt. oprac. przekł. S. Wiślak, B. Bielańska, wstęp S. Bielański, Warszawa–Kraków 1990.



Machiawel, wierny Medyceuszom, marzy o monarchii jednolitej. [...] Wychodzi on z założenia nowego księstwa, mając przedewszystkiem nie ogólne poglądy, ale najbliższe stosunki na oku. Czyni on tu doskonałą różnicę między zdobyczami w tej samej narodowości a obcemi, dowodząc, że trzeba zawsze być przygotowanym na wszelkie wypadki, napomina współziomków, iżby byli czujnymi i sposobili się w obronie. Machiavelli też: Wskazując błędy w postępowaniu Ludwika XII, zachwala Cezara Borgia [...] <sup>71</sup>.

### 3.4. Machiavelli i Cezar Borgia

Zdaniem Lubowskiego dla Machiavellego Cezar Borgia wcale nie był oczekiwanym „wyswobodzicielem Włoch od najeźdców i zjednoczenia ich pod jedno berło” <sup>72</sup>. Nadzieje takie miał pokładać w „dwóch Medyceuszach” <sup>73</sup>, natomiast „wielbiąc Cezara, pragnął w nich znaleźć naśladowców jego polityki zręcznej, ale pozbawionej wszelkich skrupułów”. W efekcie Machiavelli „widział w Cezarze Borgia stanowczy dla nich [dwóch Medyceuszy – papieży – S.B.] wzór do naśladowania” <sup>74</sup>. Lubowski podkreśla więc niezmiennie, iż

XV i XVI wiek tak wiekopomny swym charakterem estetycznym i politycznym, nie jest nigdy etycznym. Moralność jest na ostatnim planie, a właściwie nie ma jej wcale; zastąpiła ją racja państwowa i zmysłowość, rozwinięta może najbardziej skutkiem jednostronnego wpływu sztuk pięknych <sup>75</sup>.

### 3.5. „Amoralizm” Machiavellego

Opinie o Borgii prowadzą Lubowskiego do rozważań nad „amoralizmem” Machiavellego, a zwłaszcza do znanej tezy o władcy, który musi być równocześnie „lwem” i „lisem”; zatem – jak pisze Lubowski –

Książę powinien więc dobrze naśladować zwierzę, powinien umieć przybrać własność lisa i lwa, ponieważ lew nie obroni się od sideł, a lis od wilków. Trzeba więc być lisem, żeby rozpoznać sidła, a lwem, żeby odstraszyć wilka. Ci, którzy chcą być tylko lwami, nie pojmują swego powołania: zatem książę rozsądny nie powinien dotrzymywać słowa, gdy to mu na złe wyjść może, i gdy okazy, z którejby korzyść jakąś osiągnąć mógł, przeminęła <sup>76</sup>.

<sup>71</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 28, s. 443.

<sup>72</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 26, s. 412.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 28, s. 443. Machiavelli w rozdziale XVIII *W jakiej mierze książę obowiązany bywa dotrzymywać słowa* pisze: „Ponieważ książę obowiązany jest umieć używać bestii, powinien wybrać sobie lisa i lwa, lew bowiem

Równie niemoralne było – zdaniem Lubowskiego – iż Machiavelli (w rozdziale XVIII) „przytacza za przykład najzdraźliwszego Alexandra VI i Ferdynanda Aragońskiego”<sup>77</sup>, ale także rozdział VIII traktujący „o tych, którzy przez zbrodnie stali się książętami”<sup>78</sup>.

Rozważania o „radach, które nie dają się niczem uniewinnić”, kontynuuje Lubowski odwołując się raz jeszcze do Macaulaya i do Rankego, zarazem jednak stwierdzając, iż:

Włochy już przed Machiawelem były widownią Machiawelizmu [...], więc odpowiedzialność za to dzieło spływa zarówno na stulecie, wśród którego urodził się taki pisarz, jak i na niego samego, za to głównie, że myśl jego zbyt wiernie odzwierciedliła politykę takiego wieku<sup>79</sup>.

### 3.6. Francesco Gucciardini jako dyplomata z misją w Hiszpanii

Druga część rozważań dotyczy działalności politycznej i pisarskiej Francesca Gucciardiniego. Lubowski odnotował przede wszystkim istotny epizod z życia późniejszego autora *Historii Włoch*, który

Nie mając jeszcze lat 30, wysłany został w r. 1512 jako ambasador do Hiszpanii. Florencja starała się naówczas skutkiem zawiązanej świeżo ligi zachować swoją neutralność z Hiszpanią i Francją. W tym duchu miał działać młody dyplomata. Monarchia hiszpańska stała się właśnie wtedy potężną na wewnątrz i na zewnątrz i zdawało się, że na tej pomyślnej drodze nie ustanie. Gucciardini lubo niedoświadczony odznaczył się wszakże przenikliwością, trafnością sądu i zręcznością<sup>80</sup>.

---

nie poradzi przeciw sieciom, lis nie poradzi przeciw wilkom. Należy więc być lisek, aby się poznać na sieciach, i lwem, aby odstraszyć wilków. Ci, którzy porzycją w prostocie na naturze lwa, nie sprostają zadaniom. I dalej, iż można przytoczyć niezliczone przykłady z ostatnich czasów i wykazać, ile obietnic nie zostało dotrzymanyh z powodu wiarołomstwa książąt, przy czym ten, kto najlepiej umiał zagrać lisa, wyszedł najlepiej” – *idem*, *Książę*, tłum. W. Rzymowski, oprac. K. Grzybowski, wyd. 2, Wrocław 1979, s. 76.

<sup>77</sup> Machiavelli pisał, iż „Papież Aleksander VI nie czynił nic innego, tylko wciąż w pole ludzi wyprowadzał i nad tym tylko przemyślał, a jednak wciąż znajdował ludzi dających się uwodzić. Nie było człowieka, który by większy odeń kładł nacisk na przyjęte przez siebie zobowiązania i uroczyściejszymi ślubami potwierdzał ich wykonanie i który by jednocześnie mniej się z nimi liczył. Mimo to stale gra jego się udawała, ponieważ dobrze znał on świat z tej strony” – *ibidem*, s. 77.

<sup>78</sup> W tłumaczeniu W. Rzymowskiego tytuł rozdziału VIII brzmi: *O tych, którzy przez zbrodnie doszli do panowania* – *ibidem*, s. 35–40.

<sup>79</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 29, s. 461.

<sup>80</sup> *Ibidem*, s. 461–462.

Według Lubowskiego w trakcie hiszpańskiej misji Gucciardini

Umiał zaskarbić sobie łaski Ferdynanda i ochronić miasto rodzinne od niepokoju. Zbadał też zasoby Hiszpanii, przemysł i rolnictwo, siły moralne i umysły. Memoryał, napisany przezeń w tej mierze, odśłania wysokie zdolności jego polityczne. W efekcie: Ambasada hiszpańska była dlań prawdziwą szkołą praktyczną, do której przybył już przygotowany doskonałym wykształceniem klasycznym i mimowolnym obyciem się ze sprawami rządzenia, którym wśród własnej rodziny przypatrzyć się miał sposobność<sup>81</sup>.

### 3.7. Gucciardini na służbie papieskiej Leona X (Modena, Reggio Emilia, Parma, Romania)

Punktem wyjścia była według Lubowskiego misja w 1515 r. do Cortony pełniona „na przywitanie Leona X”<sup>82</sup>. Miał się Gucciardini spodobać papieżowi, a ten mianował go gubernatorem Modeny i Reggio Emilia, następnie Parmy i Romanii. Dał się też Gucciardini poznać jako twardy polityk i administrator. Panowała bowiem na tych obszarach

wojna domowa, którą podniecali ciągle feudalni panowie, przy pomocy band rozbójniczych. Gucciardini walczył z nimi, nakładając surowe kary, starając się przez to udowodnić, że mu przede wszystkim chodzi o poszanowanie praw, ale nic to nie pomogło, nienawidzono go powszechnie<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> *Ibidem*, s. 462. Biograf Gucciardiniego, R. Nannini, pisał o tej misji m.in.: „Był bardzo dobrze widziany i faworyzowany od Króla, który – gdy wyjeżdżał – obdarował go srebrem wartości 500 skudów. Wrócił do ojczyzny pełen zadowolenia, w poczuciu dobrze spełnionej misji, ku satysfakcji swoich współobywateli” – *Żywot Messera Francesco Gucciardiniego, szlachetnie urodzonego Florentczyka, opisany przez Wielebnego Ojca Messera Remigio Fiorentino. Vita di M. Francesco Gucciardini Gentilhuomo Fiorentino descritta dal R.P.M. Remigio Fiorentino*, [w:] *Z dziejów włoskiej historiografii epoki nowożytnej. Początek wojen włoskich (1494–1495) w świetle I i II księgi „La historia d’Italia” Francesco Gucciardiniego. Materiały źródłowe (część pierwsza)*, oprac. S. Bielański, tłum. B. Bielańska, Kraków 2022, s. 36.

<sup>82</sup> „Ruch Literacki”, *op. cit.*, s. 462.

<sup>83</sup> *Ibidem*. O tym zaś cytowany R. Nannini pisał, iż: „Owe ziemie, zamieszkałe przez dziki, waleczny lud, potrzebowały zarządcy sprawiedliwego, zdolnego powściągnąć pychę i ostudzić zapalę wielu rodzin szlacheckich, które pokładając ufność w masach i w brawurze swoich zwolenników, czyniły wiele, by wprowadzić tam zamieszanie i niepokój. Po objęciu urzędu ograniczył zatem częściowo władzę Czterdziestu, a następnie zaczął budzić w nich wielki strach, przestrzegając bowiem rygorystycznie prawa, bez okazywania względów osobom szlachetnie urodzonym i liczącym się w mieście sprawił, że ci którzy chcieli utrzymywać nieład i niepokój byli albo karani publicznie, albo prywatnie uciszani groźbami” – *Żywot Messera...*, *op. cit.*, s. 40–41.

### 3.8. Gucciardini o lidze z Cognac i Sacco di Roma (1525–1527)

Według Lubowskiego punktem wyjścia do katastrofalnych wydarzeń, których kulminacją stało się złupienie Rzymu, były plany ekspansji ze strony cesarza Karola V, panującego także na Sycylii, w Mediolanie i Genui oraz „wpływającego pośrednio na losy Florencji i Rzymu”<sup>84</sup>, a którego: „Posądzano o zamiary stworzenia monarchii uniwersalnej”<sup>85</sup>. Miało to skłonić do zawiązania w 1525 r. koalicji przez Anglię i Francję i zaproszenia do niej książąt włoskich. Sam Gucciardini poparł te projekty i w efekcie przyczynił się do „zawiązania ligi, zawartej w r. 1526 w Cognac między papieżem Klemensem VII, królem Francji, Wenecją, Florencją i księciem Medyolańskim, Franciszkiem Sforza”<sup>86</sup>. Pisał dalej Lubowski o niepokojach Gucciardiniego (podzielanych przez Machiavellego) odnośnie do „niedołączonych działań ligi, podkreśla też, że: Dalsze losy pochodów wojsk Karola V, pod konetabłem odstępczym Burbonem, opisane są przez niego samego jego *Historji Włoch*”<sup>87</sup>. Sam zaś Gucciardini z powodu „ugody między papieżem a cesarzem”<sup>88</sup> został pozbawiony wszelkiej władzy:

Opuszcza też dwór papieżki, obarczony wyrzutami ze wszystkich stron jako główny sprawca klęski Włoch. Usunięciu się jego w zacisze prywatne towarzyszy z wzięciem szturmem Rzymu upadek wszelkiej nadziei niepodległości Włoch, a z chwilą tą dziwnie się łączy upadek świetnej epoki odrodzenia<sup>89</sup>.

### 3.9. Gucciardini na służbie Klemensa VII w Rzymie i Medyceuszcy we Florencji

Po odsunięciu się od życia publicznego i powrocie do Florencji (rządzonej przez „optymatów”, a z ich ramienia gonfaloniera Niccola di Piera

<sup>84</sup> „Ruch Literacki”, *op. cit.*, s. 462.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> *Ibidem*. J.A. Gierowski cytuje w kontekście działań ligi fragment listu Jana Dantyszka do królowej Bony, w którym polski poseł pisał: „Całe Włochy wzdychają do wolności, jednak według mego zdania powinna Wasza Królewska Mość ostrożnie postępować i nie mieszać się do tych zaburzeń. Ta rozgrywka nie ma jeszcze końca, a siły cesarza nie są jeszcze tak osłabione, jak to wielu przypuszcza, że już nic więcej nie zdoła uczynić” – *idem, Historia Włoch*, Wrocław 1999, s. 176.

<sup>87</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 30, s. 476.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> *Ibidem*. Brat Francesca – Luigi Gucciardini napisał traktat w jego obronie *Il sacco di Roma dal Guicciardini*, Paris 1664. Zob. także w języku polskim: Z. Morawski, *Sacco di Roma*, Kraków 1921; *idem, Sacco di Roma: złupienie Rzymu w 1527 roku*, red. A. Sarwa, Sandomierz 2015.

Capponiego)<sup>90</sup> „napisał w spokoju większą część swej *Historii Włoch*”<sup>91</sup>, zarazem widoczna była u niego „utrata znaczenia i wpływu na życie publiczne”<sup>92</sup>. Po upadku Capponiego i przejściu władzy przez stronnictwo demokratyczne został Guicciardini „oskarżony o zdradę i skonfiskowano mu dobra”<sup>93</sup>. Wtedy też przyjął ponownie urząd od papieża Klemensa VII, który „działając wspólnie z Karolem V, postanowił przywrócić Medyceuszów we Florencji”<sup>94</sup>.

Lubowski pisał wprawdzie o Guicciardinim jako „człowieku, który zna doskonale stosunki świata”, potrafiącym łączyć w sobie „powagę wysokiego stanowiska ze zręcznością, energią i rozumem”<sup>95</sup>, niemniej jego własna opinia o ostatnim okresie życia autora *Storia d'Italia* była bardzo krytyczna. Otóż mimo zażartej obrony w latach 1529–1530 upadła Republika Florencka, zaś

Ze zwyczajami powraca Guicciardini i powraca jako jeden z naczelników rządu. Co gorzej, program rządów jego nacechowany jest najobrzydliwszą reakcją, która plami czysty dotychczas charakter Guicciardiniego. Plami się zaś jeszcze bardziej, gdy się ślepo zaprzęga w służbę książąt Medycejskich Aleksandra i Kuźmy<sup>96</sup>.

Zamysłem Guicciardiniego – w odniesieniu do księcia Kosmy – było: „zawładnąć zupełnie rządami, a nadto ożenić księcia z jedną ze swych córek”<sup>97</sup>. Zamysł jednak się nie powiódł, a sam Guicciardini „musiał się znowu usunąć w zacisze prywatne, w którym aż do śmierci pozostał lat jeszcze kilka, samotny i opuszczony. Umarł w r. 1540”<sup>98</sup>.

<sup>90</sup> Lubowski pisze o Pierze Capponim, a w istocie chodzi o Niccolò di Piero Capponiego (1472–1529), gonfaloniera sprawiedliwości w latach 1526–1529.

<sup>91</sup> Dzieło Guicciardiniego ukazało się pośmiertnie w 1561 r., ale pełna dwudziestotomowa edycja została opublikowana w 1568 r. – *La Historia d'Italia di M. Francesco Guicciardini Gentil'huomo Fiorentino, dove si descrivono tutte le cose seguite dal M.CCCC.LXXXIII. per fino al M.D.XXXII...., In Vinegia MDLXVIII.*

<sup>92</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 30, s. 476.

<sup>93</sup> *Ibidem.*

<sup>94</sup> *Ibidem.* Klemens VII (Giulio de' Medici, 1478–1534), papież w latach 1523–1534.

<sup>95</sup> *Ibidem.*

<sup>96</sup> *Ibidem.* Wspomniani władcy to: Aleksander Medyceusz (Alessandro de' Medici, 1510–1537), książę Florencji w latach 1532–1537 oraz Kosma I Medyceusz (Cosimo I de' Medici, 1519–1574), książę Florencji od 1537 r. i wielki książę Toskanii w latach 1569–1574.

<sup>97</sup> *Ibidem.*

<sup>98</sup> *Ibidem.*

### 3.10. Porównanie *Historii florenckich* i *Historii Włoch*

Guicciardini – jak pisze Lubowski –

Ożeniony wcześniej, napisał *Historię Florencyi*, dającą piękne świadectwo o jego charakterze. Styka się ona datą z częścią jego *Historii Włoch*, w której jednak już opis tych samych wypadków nie nakreślony jest z tym uczuciem patriotycznym bólu, co w *Historii Florencyi*. W tej naprzykład, pisząc o Savonaroli, wpada w zapał i oddaje cześć cnotom sławnego zakonnika, gdy przeciwnie w *Historii Włoch* pisze o nim zimno, sucho i sceptycznie<sup>99</sup>.

W ostatnim z artykułów Lubowski przytacza surową krytykę *Historii Włoch* Guicciardiniego, dokonaną przez Rankego, i choć zgadzając się z krytycznym podejściem niemieckiego historyka, mimo wszystko uznającego, iż dzieło Guicciardiniego „pozostanie wielką historyczną produkcją”<sup>100</sup>, podkreśla jednak, iż choć w *Historii Włoch* Guicciardini „lubo istotnie niezawsze jest w niej samodzielny, a często i mylnie podaje fakta drugorzędnego znaczenia, jednakże w głównym toku spraw jest rzeczywiście wiarygodnym”<sup>101</sup>.

### 3.11. Guicciardini – myśliciel polityczny

W odniesieniu do tej kwestii Lubowski przytacza cytowane już *Opere inedite* (wydane w 1857 r. pod redakcją Giuseppe Canestriniego), zawierające „zbiór maksym, zdań i myśli, nazywanych tam *Ricordi politici e civili*, które najlepiej charakteryzują włoskiego tego polityka i pisarza”<sup>102</sup>. Lubowski podkreśla, że dotyczą one działalności na służbie papieskiej, dyplomatycznej oraz są spojrzeniem polityka zapatrującego się z „ogólnego na sprawy Europy”<sup>103</sup>. Istotne było też, że Guicciardini „nie patrzył się nigdy z punktu idealnego na sprawy ludzkie, lecz przeciwnie oceniał je praktycznie [...]. Odnosi się to głównie do planów politycznych, które pojmował na wielką skalę z europejskiego, a nie ciasnego lub tylko lokalnego stanowiska”<sup>104</sup>; dodaje przy tym: „Był też obserwatorem raczej, aniżeli prawdziwym moralistą”; zajmował go przede wszystkim

cel osiągnięty, zatem nic dziwnego, że podaje szereg przykładów, odsłaniających pożyteczność udawania, kłamstwa i zdrady, i to nawet w życiu

<sup>99</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 29, s. 461.

<sup>100</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 30, s. 477.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

prywatnem. Głównie jednak na arenie politycznej lubi się zabawiać porównywaniem rozlicznych systemów, oznaczaniem ich przymiotów i szczególności, podawaniem rad własnego doświadczenia [...]. W tych rozważaniach dochodzi do ostatniego stopnia sceptycyzmu, który jest też główną, charakterystyczną cechą jego osobistości i jego pisarskiej doktryny<sup>105</sup>.

### 3.12. Guicciardini i Machiavelli – podobieństwa w traktowaniu „sztuki rządzenia”

Opinie wyjątkowo pozytywne, które wyrażał Guicciardini o cesarzu Ferdynandzie, świadczyć miały

o jego uwielbieniu dla tego chytrego władcy, który w środkach nie przebiegał. Zdawać się słusznie może, że obrał go sobie za typ idealny w polityce, tak go zawsze chwali i za przykład stawia, tak mu się podoba jego zręczność udawania i oszukiwania ludzi. [...] Jakże maksyma ta zbliżona do rad Machiawela w *Principe!*<sup>106</sup>.

W odniesieniu zaś do *Historii Włoch*, ale także do *Discorsi* Guicciardiniego, pisze też Lubowski, iż to

rozprawy wcale nienaśladowane z Machiawela, które zawsze wychodząc z ogólnej zasady, przyszłość mają na celu, odznaczają się tem przedewszystkiem, że rozważają jasno stan rzeczy obecny, że badają do dna czyn każdy, jego pobudki i jego następstwa. Objasniając każdy czyn ludzki wrodzoną człowiekowi namiętnością, egoizmem lub ambycją, przemawia jak wielki mówca świata, jak mistrz wytrawny, który sam grając na ludzkich namiętnościach, umiał je nieomal przyoblec w system<sup>107</sup>.

## 4. Konkluzje. Współczesne badania nad Machiavellim i Guicciardinim

Rozważania Lubowskiego odnoszące się do pism i wyrażonych w nich koncepcji ideowych Machiavellego i Guicciardiniego miały niewątpliwie charakter pionierski, zwłaszcza próba analizy porównawczej autorów *Księcia* i *Historii Włoch*. Mieściły się jednak także w szerszej panoramie zainteresowań, zwłaszcza Machiavellim, w Polsce pod zaborami w połowie i w drugiej połowie XIX wieku. O Machiavellim i jego systemie politycznym pisał w 1850 r. Lucjan Siemieński, a Ludwik Wolski

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 29, s. 462. Cesarz Ferdynand I Habsburg (1503–1564), król Czech i Węgier od 1536 r., cesarz od 1556 r.

<sup>107</sup> „Ruch Literacki” 1875, nr 30, s. 477.

w 1867 r. przeanalizował powstanie polskie z 1863 r. „z komentarzem Machiavella”<sup>108</sup>. Z kolei myśli Macaulaya – do których odwoływał się w swych artykułach Lubowski – ukazały się w tłumaczeniu na język polski w 1876 r.<sup>109</sup> W okresie międzywojennym pojawiły się przede wszystkim tłumaczenia *Księcia* autorstwa Wincentego Rzymowskiego<sup>110</sup> oraz Czesława Nankego<sup>111</sup>. Godne odnotowania są też publikacje Bronisława Dembińskiego, Janiny Świdorskiej, Antoniego Peretiatkowicza oraz Henryka Dembińskiego<sup>112</sup>.

O odnowionym powojennym zainteresowaniu myślą Machiavellego pisała natomiast Małgorzata Kiwior-Filo, wskazując, iż odnosiło się ono „przede wszystkim do teorii państwa i polityki”<sup>113</sup>, w efekcie, jak podkreślał autor niniejszego tekstu w posłowie do publikacji Alessandro Campiego *Machiavelli o spiskach*, owocowało to „tłumaczeniami dzieł Machiavellego, opatrzonymi wstępami i komentarzami, a także opracowaniami monograficznymi i artykułami naukowymi”<sup>114</sup>. Fragmenty pism Machiavellego (przede wszystkim *Księcia*) znalazły się również w podręcznikach oraz wyborach tekstów źródłowych ze wspomnianego obszaru badań nad dziejami myśli politycznej, a także doktryn politycznych i prawnych (w tym zaś kontekście znaczące są opracowania autorstwa Konstantego Grzybowskiego i Jana Malarczyka). I to właśnie

<sup>108</sup> L. Siemieński, *Machiavelli i jego system polityczny z dodaniem aforyzmów*, Kraków 1850; L. Wolski, *Powstanie Polskie z roku 1863 z komentarzem Machiavella*, Lwów 1867. Zob. S. Bielański, *Bibliografia delle pubblicazioni riguardanti la vita e l'opera di Niccolò Machiavelli edite in Polonia dalla seconda metà dell'Ottocento e nella prima metà del Novecento*, [w:] *Il Commento di Konstanty Grzybowski a Il Principe di Niccolò Machiavelli. Saggi e studi*, a cura di W. Kozub-Ciembroniewicz, S. Bielański, M. Kiwior-Filo, Kraków 2015, s. 111–112.

<sup>109</sup> *Szkice historyczne Tomasza Babingtona Lorda Macaulay...*, op. cit. Zob. S. Bielański, *Bibliografia delle pubblicazioni...*, op. cit., s. 112–113.

<sup>110</sup> M. Machiavelli, *Książę*, tłum. i przedm. W. Rzymowski, Warszawa 1917.

<sup>111</sup> *Mikołaja Machiavella Książę oraz Fryderyka II Króla Pruskiego Anti-Machiavel*, tłum. Cz. Nanke, Lwów–Warszawa 1920.

<sup>112</sup> B. Dembiński, *O przyczynowości u Machiavella*, Lwów 1925; J. Świdorska, *Książę Machiavellego i machiavellizm*, Warszawa 1927; A. Peretiatkowicz, *Machiavelli i państwo totalne*, Poznań 1938; H. Dembiński, *Machiavelli a czasy dzisiejsze*, Warszawa 1938. Zob. S. Bielański, *Bibliografia delle pubblicazioni...*, op. cit., s. 114–117.

<sup>113</sup> M. Kiwior-Filo, *Machiavelli nella storiografia polacca. Bibliografia ragionata delle pubblicazioni riguardanti la vita e l'opera di Niccolò Machiavelli edite in Polonia dalla seconda metà del Novecento fino ai primi decenni del XXI secolo*, [w:] *Il Commento di Konstanty Grzybowski...*, op. cit., s. 121.

<sup>114</sup> S. Bielański, *Posłowie*, [w:] A. Campi, *Niccolò Machiavelli o spiskach...*, op. cit., s. 186–187.



w cytowanym już *Wstępie do Księcia* Konstanty Grzybowski – odnosząc się zarówno do myśli tak Machiavellego, jak i Guicciardiniego – stwierdzał, iż w epoce Renesansu

Florencja jest jedynym większym państwem czysto włoskim, poza półwyspem nie mającym interesów politycznych, walczącym zarówno z obcą, niemiecką agresją, jak i z zależnością od papieżstwa. Zapatrzony w tradycje i wzory republikańskiego Rzymu myśliciel florencki bierze z niego dwa wzory twórców jedności włoskiej: genialną jednostkę – twórcę wielkości państwa, i narodowy luz – tworzywo tej wielkości. I tu właśnie zaczyna się utopia. Mamy ją, aż do Guicciardiniego, u większości myślicieli politycznych Florencji. A jej szczytowym wyrazem jest Niccolò Machiavelli, realista obserwacji, realista w opisie techniki działania politycznego, późnośredniowieczny, a równocześnie wczesnorenesansowy w ideale politycznym, utopia w określeniu drogi do jego osiągnięcia<sup>115</sup>.

Najbardziej precyzyjną analizę porównawczą myśli politycznej Machiavellego i Guicciardiniego na gruncie polskiej literatury przedmiotu przeprowadził Malarczyk (uczony działający w środowisku lubelskim) w rozprawie poświęconej źródłom włoskiego realizmu politycznego. Pisząc o kontaktach, a nawet wręcz o przyjaźni obu sławnych Florentczyków, podkreśla, iż „Mimo różnej sytuacji w hierarchii społecznej i często sprzecznych poglądów łączyły ich sprawy polityki, problemy historii, losy ukochanego miasta i całej Italii”<sup>116</sup>. A w istocie poglądy często miewali sprzeczne. W odróżnieniu od autora *Księcia* historik dziejów Włoch uważał bowiem, iż: „Ogólne prawa i generalne zasady mające walor powszechny są [...] rzadko prawdziwe i w konkretnym przypadku wielokrotnie zawodzą”<sup>117</sup>. Także w odniesieniu do zagadnień politycznych

punkt widzenia Guicciardiniego niejednokrotnie różni się od poglądów sekretarza Florencji. Gubernator papieski jest większym sceptykiem niż jego przyjaciel, brak mu wiary w możliwość, a często i celowość tych posunięć i przedsięwzięć, które dla pierwszego wydawały się oczywiste i niezbędne.

<sup>115</sup> K. Grzybowski, *Wstęp*, [w:] *Księżę*, tłum. W. Rzymowski, *op. cit.*, s. XXXII. Zob. S. Bielański, *Włoscy utopiści epoki nowożytnej (Machiavelli, Botero, Campanella) w polskich badaniach naukowych XX i przełomu XX i XXI wieku*, „Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis. Studia Politologica” 2017, t. 18, nr 247, s. 6–24.

<sup>116</sup> J. Malarczyk, *U źródeł włoskiego realizmu politycznego. Machiavelli i Guicciardini*, rozprawa habilitacyjna, Lublin 1963, s. 174. Zob. również *idem*, *Francesco Guicciardini o koncepcjach społeczno-politycznych Niccolò Machiavellego*, „Archiwum Historii Filozofii i Myśli Społecznej” 1985, t. 31, s. 29–54.

<sup>117</sup> *Idem*, *U źródeł włoskiego realizmu politycznego...*, *op. cit.*, s. 179.

Zbliża ich natomiast podobieństwo zapatrywań na szereg kwestii bardziej ogólnych, wspólnych filozofii Odrodzenia włoskiego<sup>118</sup>.

Malarczyk konstatuje zatem, iż:

Cechą charakterystyczną poglądów Guicciardiniego, ukształtowanych być może pod wpływem jego długoletniej praktyki politycznej, jest zwrócenie szczególnej uwagi na analizę odrębnych faktów ze wszystkimi ich szczegółami i powiązaniem. W odróżnieniu od Machiavellego, spojrzenia i wypowiedzi o szerszym zasięgu są jego zdaniem rzadko ściśle i poprawne<sup>119</sup>.

Polski badacz łączy zatem losy myśli obu pisarzy politycznych z dziejami Włoch późnego Renesansu, uważając, iż: „W ćwierć wieku po śmierci Machiavellego i jeszcze prawie za życia Guicciardiniego następuje w Italii zasadniczy zwrot w dziedzinie myśli politycznej”<sup>120</sup>. Istotą tej zmiany – zdaniem Malarczyka – był regres ekonomiczny i polityczny Włoch oraz zwycięstwo kontrreformacji, a oznaczało to zarazem także walkę „ze świeckimi zdobyczami Renesansu, a zwłaszcza z poglądami czołowego przedstawiciela tej epoki – Machiavellego”<sup>121</sup>.

Niewątpliwie współczesne badania nad myślą polityczną Machiavellego (ale także nad jego piśmiennictwem historycznym) mają wymiar wręcz globalny, nosząc nazwę *studi machiavelliani*. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na to, iż także analiza porównawcza twórczości Machiavellego i Guicciardiniego szczególnej dynamiki zyskała w pierwszych dekadach XXI wieku w ramach zjawiska określanego jako ponowne odkrycie Guicciardiniego (*riscoperta di Guicciardini*). Autorami najbardziej znaczących w tym zakresie prac byli i są francuscy badacze, zwłaszcza Jean-Louis Fournel i Jean-Jacques Marchand, a także amerykański historyk idei Felix Gilbert<sup>122</sup>. W tym nurcie szeroko rozumianych

<sup>118</sup> *Ibidem*, s. 182.

<sup>119</sup> *Ibidem*, s. 184–185.

<sup>120</sup> *Ibidem*, s. 195.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

<sup>122</sup> J.-L. Fournel, *Stratégies des citoyens (la question des „armi proprie” chez Machiavel et Guicciardini)*, [w:] *Les guerres d’Italie: histoire, pratiques, représentations. Actes du Colloque International (Paris, 9–10 décembre 1999)*, éd. D. Boillet, M.-F. Piéjus, Paris 2002, s. 136–154; *idem*, *L’ennemi dans l’histoire florentine selon Machiavel et Guicciardini: un noeud interprétatif de l’histoire florentine*, [w:] *Storiografia repubblicana fiorentina (1494–1570)*, éd. J.-J. Marchand, J.-C. Zancarini, Firenze 2003, s. 31–49; *idem*, *La question du prince chez Machiavel et Guicciardini. Ecriture(s) diplomatique(s) et écriture(s) de l’histoire*, [w:] *L’intime droit à la Renaissance*, éd. M. Engammare, A. Vanautgaerden, F. Bierlaire, Genève 2014, s. 43–68; J.-J. Marchand, *La riflessione storica nel Rinascimento: Machiavelli e Guicciardini*, „Lezioni

*Italian studies* mieszczą się również badania „o wybitnie interdyscyplinarnym charakterze, wychodzących poza tradycyjną formułę filologii włoskiej, a łączących metody badawcze nauk historycznych, politycznych czy socjologicznych”<sup>123</sup>. Tylko dzięki temu powstają nowoczesnie rozumiane edycje krytyczne pisarzy politycznych takich jak Machiavelli i Guicciardini. Wymagają one bowiem „łączenia umiejętności warsztatowych historyka dziejów państw włoskich XV i XVI wieku z kompetencjami i wiedzą merytoryczną historyka myśli i filozofii politycznej epoki Renesansu”<sup>124</sup>.

W konkluzji tych rozważań warto zatem pamiętać zarówno o polskiej XIX-wiecznej próbie tego typu analizy porównawczej, autorstwa Edwarda Lubowskiego (publicysty i autora sztuk teatralnych), jak i o znamiennej opinii Józefa Andrzeja Gierowskiego, autora jedynej dotąd polskiej syntezy dziejów Włoch, co do znaczenia w dziejach historiografii włoskiej obu sławnych Florentczyków, a mianowicie, iż „Żaden z historyków nie dorównał już w tym wieku Machiavellemu i Guicciardinemu. Powstawało wprawdzie sporo prac historycznych, o samej Florencji pisywali zarówno zacięci republikanie przebywający na emigracji, jak i zwolennicy Medyceuszy, nie były to jednak dzieła zdolne poruszyć współczesnych”<sup>125</sup>. Było to możliwe zapewne dlatego, iż jak pisał Remigio Nannini zwany Fiorentino, autor XVI-wiecznej biografii Guicciardiniego, jego *Historia Włoch* opowiada

nie tylko o wydarzeniach, jakie rzeczywiście miały miejsce, jak dzieje się w przypadku innych historyków, lecz pokazuje, że wie, jakie były pragnienia dowódców, zamysły książąt, koncepcje królów i cesarzy, odkrywając tym samym podstawy ich sposobu myślenia. Zarazem jednak nie unika słów potępienia – choć stosuje je z umiarem – wobec tych, którzy ze względu na swoje przewinienia i zniewagi zasłużyli na bardziej surową krytykę<sup>126</sup>.

---

Bellinzonesi” 2013, vol. 6, éd. F. Beltraminelli, s. 90–100; F. Gilbert, *Machiavelli e Guicciardini: pensiero politico e storiografia a Firenze nel Cinquecento*, Torino 1970, Torino 2012 (prefazione di G. Pedullà); *idem, Machiavelli and Guicciardini: politics and history in sixteenth-century Florence*, Princeton 1965.

<sup>123</sup> S. Bielański, *Francesco Guicciardini jako historyk. Zarys problematyki badawczej*, [w:] *Dziedzictwo Renesansu. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Klimkiewicz*, red. J. Miszańska, W. Korzeniecka, R. Sosnowski, Kraków 2023, s. 41.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> J.A. Gierowski, *Historia Włoch*, *op. cit.*, s. 193.

<sup>126</sup> *Żywot Messera...*, *op. cit.*, s. 51.



Jakub Biernat\*

## Poszanowanie godności dziecka jako normatywna determinanta władzy rodzicielskiej na gruncie stosunków cywilnoprawnych. Próba reinterpretacji

1. Niebagatelną część bogatego i zróżnicowanego dorobku naukowego Profesora Tadeusza Biernata stanowią opracowania poświęcone problematyce godności dziecka postrzeganej jako dominujący aksjologicznie element wpływający na prawa dziecka i ich ochronę<sup>1</sup>. Z ogromnym wyczuciem Autor zwraca w nich uwagę na specyfikę godności dziecka w stosunku do godności człowieka, niezależną od ich ontycznej tożsamości. Specyfika ta wynika z uwikłania dziecka w szereg złożonych

---

\* Dr hab., prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0002-3546-8098.

<sup>1</sup> Zob. T. Biernat, *Ochrona godności dziecka – podstawa działań odpowiedzialnych*, [w:] *Człowiek, prawo, państwo. Księga jubileuszowa dedykowana Stanisławowi Leszkowi Stadniczeńko*, Warszawa 2017, s. 143–159; *idem*, *Projekt Kodeksu rodzinnego – problemy legislacyjne*, [w:] *O potrzebie nowego Kodeksu rodzinnego i jego podstawach aksjologicznych. W 30. rocznicę uchwalenia Konwencji o prawach dziecka*, red. S.L. Stadniczeńko, M. Michalak, Toruń 2019, s. 234–255. Por. na tym tle także T. Biernat, *Stabilność versus zmiana. Waloryzacja ochrony praw dziecka jako przykład wpływu otoczenia normatywnego na uzasadnione zmiany w prawie*, [w:] *Stabilność prawa w kontekście wartości, instytucji i funkcjonowania systemu prawnego*, red. *idem*, Kraków 2016, s. 11–26.

zależności podmiotowych możliwych do kształtowania przez dziecko jedynie w ograniczonym zakresie; z potencjalnie donioślejszych konsekwencji ingerencji w godność dziecka aniżeli w godność dorosłego, a to z uwagi na stopień rozwoju psychofizycznego dziecka; z dynamiki otoczenia, w którym funkcjonuje dziecko, zwłaszcza wobec rozwoju technologii informatycznych. Determinuje to potrzebę zapewnienia szerokiej – szerszej aniżeli w odniesieniu do dorosłego – ochrony praw dziecka, w tym ochrony realizowanej z udziałem innych podmiotów niż dziecko<sup>2</sup>.

Szczególny wymiar godności dziecka jako wartości<sup>3</sup> manifestuje się, co oczywiste, także na gruncie stosunków cywilnoprawnych. Wśród nich pierwszoplanową rolę – w wymiarze społecznym, jurydycznym, ekonomicznym – odgrywają, stanowiące jeden z fundamentów ochrony praw dziecka, stosunki cywilnoprawne związane z wykonywaniem władzy rodzicielskiej. Decyduje o tym przede wszystkim szerokie ujęcie władzy rodzicielskiej obejmującej w szczególności pieczę nad osobą dziecka, zarząd jego majątkiem i reprezentowanie dziecka (zob. zwłaszcza art. 95 § 1 k.r.o., a w szerszym wymiarze art. 92–112 k.r.o.<sup>4</sup>) oraz związane z tym dokonywanie między innymi czynności faktycznych, czynności prawnych i czynności procesowych<sup>5</sup>.

Dalsze uwagi zostaną poświęcone wycinkowi przedstawionej problematyki i obejmą analizę wyrażonego przez ustawodawcę *expressis verbis* normatywnego związku zachodzącego między władzą rodzicielską a poszanowaniem godności dziecka na gruncie stosunków cywilnoprawnych.

<sup>2</sup> Por. T. Biernat, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 151–152; *idem*, *Projekt...*, *op. cit.*, s. 251–252.

<sup>3</sup> Na temat pojęcia godności dziecka jako wartości zwłaszcza w kontekście praw dziecka zob. tylko przykładowo *idem*, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 151–155; P. Walczak, *Dziecko jako podmiot praw. Ku filozoficznym podstawom praw dziecka*, „Studia Paradyskie” 2021, t. 31, s. 289–302; J. Żebrowski, *O godności dziecka i jego prawach*, „Studia Gdańskie. Wizje i Rzeczywistość” 2009, t. 6, s. 22–37 oraz literatura powołana we wskazanych pozycjach.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 2809), powoływana jako: k.r.o. lub Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

<sup>5</sup> Na temat pojęcia i treści władzy rodzicielskiej zob. w ogólnym wymiarze zamiast wielu: J. Gajda, [w:] *Kodeks rodziny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 8, Warszawa 2023, komentarz do art. 95, nb 1; J. Słyk, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu M. Domański, J. Słyk, wyd. 10, Warszawa 2023, komentarz do art. 95, nt 1–12; J. Strzebinczyk, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, t. 12, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 265–267 oraz literatura powołana we wskazanych pozycjach.

2. Zgodnie z art. 95 § 1 k.r.o. władza rodzicielska obejmuje w szczególności obowiązki i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka, z poszanowaniem jego godności i praw. Znaczenie przywołanej regulacji w odniesieniu do poszanowania godności dziecka jest postrzegane w nauce prawa jednolicie jako obejmujące wskazanie jednej z reguł, na podstawie której winna być wykonywana władza rodzicielska. Innymi słowy, powszechnie przyjmuje się, że nałożony na rodzica sprawującego władzę rodzicielską obowiązek poszanowania godności dziecka określa sposób wykonywania władzy rodzicielskiej<sup>6</sup>.

Należy założyć, że poszanowanie godności dziecka przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej dotyczy wszelkich zachowań podejmowanych przez rodzica sprawującego władzę rodzicielską, a zatem w szczególności dokonywania przez niego czynności faktycznych, czynności prawnych i czynności procesowych. W świetle przedstawionego poglądu czynności te, niezależnie od ewentualnej ingerencji w godność dziecka, mieszczą się w wykonywaniu władzy rodzicielskiej. Jeśli nie ingerują w godność dziecka, władza rodzicielska jest wykonywana – z omawianej perspektywy – prawidłowo. Jeśli ingerują w godność dziecka, władza rodzicielska jest wykonywana nieprawidłowo. Konsekwencją przyjęcia, że wskazane czynności mieszczą się w wykonywaniu władzy rodzicielskiej, wobec braku innej regulacji normatywnej w tym zakresie, musi być postawienie tezy, że – z perspektywy uregulowania wynikającego z art. 95 § 1 k.r.o. – dokonane przez rodzica reprezentującego dziecko pozostające pod jego władzą rodzicielską czynności prawne pozostają ważne i skuteczne<sup>7</sup>, zaś czyn-

<sup>6</sup> Zob. J. Gajda, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, nb 7; K. Gromek, *Kodeks rodziny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2020, komentarz do art. 95, nb 5; H. Haak, A. Haak-Trzuskawska, *Pokrewieństwo i powinowactwo (pochodzenie dziecka, stosunki między rodzicami a dziećmi, przysposobienie). Komentarz do art. 61<sup>7</sup>–127 KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC (art. 453–458, 579–589)*, Warszawa 2019, komentarz do art. 95 k.r.o., nt 4; G. Jędrejek, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, Lex 2019, komentarz do art. 95, nt 9; J. Słyk, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, nt 13, 18; J. Strzebinczyk, [w:] *System...*, *op. cit.*, s. 310, 316.

<sup>7</sup> Rzecz jasna nie można wykluczyć, że ingerencja w godność dziecka przez dokonanie czynności prawnej będzie *in concreto* wyczerpywać przesłanki zastosowania odrębnego uregulowania decydującego o nieważności dokonanej czynności, zwykle zapewne art. 58 § 2 k.c. (ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny [tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1610 z późn. zm., powoływana jako: k.c.]), który przesądza o nieważności czynności prawnej sprzecznej z zasadami współżycia społecznego, ewentualnie art. 58 § 1 k.c., który przesądza o nieważności czynności prawnej zmierzającej do obejścia prawa. Należy jednak raz jeszcze podkreślić,

ności procesowe skuteczne, także wówczas, gdy ingerują w godność dziecka. Niezależnie od powyższego formułuje się zapatrywanie, że wykonywanie władzy rodzicielskiej w sposób naruszający godność dziecka – warto dodać w szczególności przez dokonywanie czynności faktycznych, czynności prawnych lub czynności procesowych – może stanowić podstawę do ingerencji sądu we władzę rodzicielską na podstawie odpowiednich przepisów (zob. art. 109 i 111 k.r.o.)<sup>8</sup>.

Wypada również podkreślić, że zwolennicy omawianego poglądu niejednokrotnie traktują regulację wynikającą z art. 95 § 1 k.r.o. – w zakresie, w jakim odwołuje się do poszanowania godności dziecka – jako czy to pozbawioną znaczenia normatywnego, czy to mającą ograniczone znaczenie normatywne<sup>9</sup>. Obowiązek poszanowania godności dziecka w odniesieniu do sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej ma bowiem w istocie wynikać z innych uregulowań, wśród których przywołuje się: odwołującą się do godności preambułę Konwencji z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka<sup>10</sup>; art. 30 Konstytucji<sup>11</sup> mówiący o godności człowieka; art. 48 ust. 1 Konstytucji nakazujący uwzględnić stopień dojrzałości dziecka, jego wolność sumienia i wyznania oraz przekonania w realizowanym przez rodziców procesie wychowawczym; art. 87 k.r.o. przewidujący obowiązek wzajemnego szacunku i wspierania w relacjach między rodzicami a dzieckiem; art. 95 § 3 k.r.o. nakazujący wykonywanie władzy rodzicielskiej zgodnie z dobrem dziecka<sup>12</sup>.

3. Mimo jednolitego stanowiska nauki prawa postrzeganie uregulowania wynikającego z art. 95 § 1 k.r.o. w zakresie, w jakim sięga do poszanowania godności dziecka, jako dotyczącego sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, oraz wynikające z tego konsekwencje mogą budzić poważne zastrzeżenia. Ich wymiar uzasadnia postawienie tezy, że omawiana regulacja nie tyle odnosi się do sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, co wyznacza jej granice. Za jej trafnością przemawiają zwłaszcza następujące okoliczności.

---

że nie zmienia to tego, że w świetle prezentowanego w tym miejscu poglądu samo naruszenie art. 95 § 1 k.r.o. polegające na ingerencji w godność dziecka, nie przesądza *per se* o nieważności dokonanej czynności prawnej.

<sup>8</sup> Zob. J. Gajda, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, nb 7; H. Haak, A. Haak-Trzuskawska, *Pokrewieństwo...*, *op. cit.*, nt 4; J. Strzebinczyk, [w:] *System...*, *op. cit.*, s. 316.

<sup>9</sup> Zob. K. Gromek, *Kodeks...*, *op. cit.*, nb 5; J. Słyk, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, nt 18.

<sup>10</sup> Dz.U. z 1991 r., nr 120, poz. 526.

<sup>11</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483), powoływana jako: Konstytucja.

<sup>12</sup> Zob. J. Słyk, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, nt 18.



Wskazując w art. 95 § 1 k.r.o., że władza rodzicielska obejmuje w szczególności obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka, ustawodawca wymienia, w sposób przykładowy, elementy władzy rodzicielskiej<sup>13</sup>. Prowadzi to do wniosku, że zasadniczym celem omawianego przepisu jest wyznaczenie, wprawdzie nie w wyłącznym, ale w zasadniczym wymiarze, zakresu władzy rodzicielskiej. Z takim ujęciem należy współgra postrzeganie zastrzeżonego w nim obowiązku poszanowania godności dziecka jako czynnika determinującego granice władzy rodzicielskiej, a nie określającego sposób jej wykonywania.

Artykuł 95 § 1 k.r.o. obejmuje nie tylko odwołanie do poszanowania godności dziecka, ale i jego praw. Zasadne zdaje się stanowisko, że przez te ostatnie należy rozumieć prawa gwarantowane odpowiednimi aktami normatywnymi. W konsekwencji nie powinno budzić wątpliwości, że – w ujęciu abstrakcyjnym – zachowanie naruszające prawa dziecka wynikające z obowiązującego porządku prawnego nie może być kwalifikowane jako objęte zakresem władzy rodzicielskiej. Jeśli zaś tak, to z uwagi na konstrukcyjne i redakcyjne zrównanie ujęcia praw dziecka i poszanowania jego godności na tle art. 95 § 1 k.r.o. należy przyjąć, że i zachowanie naruszające godność dziecka nie mieści się we władzy rodzicielskiej.

Traktowanie regulacji wynikającej z art. 95 § 1 k.r.o. jako wyznaczającej granice władzy rodzicielskiej gwarantuje pełniejszą ochronę interesów dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską. Co za tym idzie, należyte wpisuje się – na poziomie wykładni prawa – w realizację, fundamentalnej na tle regulacji prawnorodzinnej, zasady dobra dziecka<sup>14</sup>. O pełniejszym wymiarze ochrony interesów dziecka przesądza okoliczność, że proponowane stanowisko kreuje dodatkową sferę ochrony manifestującą się w wadliwości czynności prawnych i czynności procesowych dokonanych przez rodzica poza zakresem władzy rodzicielskiej, nie ograniczając jednocześnie potencjalnej ingerencji sądu we władzę rodzicielską<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Zob. w ogólnym wymiarze pozycje powołane w przypisie 5.

<sup>14</sup> Zob. w ogólnym wymiarze zamiast wielu: T. Biernat, *Ochrona...*, op. cit., s. 153–154; A. Korybski, *Znaczenie i funkcje zasad prawa w projekcie Kodeksu rodzinnego*, [w:] *O potrzebie nowego Kodeksu rodzinnego i jego podstawach aksjologicznych. W 30. rocznicę uchwalenia Konwencji o prawach dziecka*, red. S.L. Stadniczeńko, M. Michalak, Toruń 2019, s. 262–263; T. Smyczyński, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. idem, t. 11, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 55–56.

<sup>15</sup> Zob. szerzej w dalszej części niniejszego opracowania.

Wypada także zastrzec, że proponowana wykładnia art. 95 § 1 k.r.o. nie sprawia, że omawiana regulacja może być zasadnie traktowana jako pozostająca w sprzeczności z przepisami normującymi – bezpośrednio bądź pośrednio – sposób wykonywania władzy rodzicielskiej, a odwołującymi się do pojęć, które mogą być postrzegane jako obejmujące swym zakresem poszanowanie godności dziecka (zob. zwłaszcza art. 95 § 3 k.r.o., z którego wynika, że władza rodzicielska powinna być wykonywana tak, jak tego wymaga dobro dziecka, oraz art. 87 k.r.o., z którego wynika w szczególności, że rodzice są obowiązani do szacunku względem dzieci). Przyjęcie, że wprowadzając uregulowanie objęte art. 95 § 1 k.r.o. ustawodawca przypisał poszanowaniu godności dziecka specyficzny walor wyznaczenia granic władzy rodzicielskiej, nie wyklucza<sup>16</sup> ani odmiennego traktowania – w wymiarze normatywnym – zespołów wartości, w których mogłoby się mieścić poszanowanie godności dziecka, czy zasad determinowanych godnością dziecka<sup>17</sup>, ani konieczności poszanowania godności dziecka przy podejmowaniu przez rodzica zachowań będących przedmiotem innych niż wynikająca z art. 95 § 1 k.r.o. regulacji prawnych.

Warto również zaznaczyć, że przyjęcie, iż przez odwołanie się w art. 95 § 1 k.r.o. do poszanowania godności dziecka ustawodawca wyznacza granice władzy rodzicielskiej powoduje, że brak jest podstaw do zasadnego podawania w wątpliwość wymiaru normatywnego omawianej regulacji. W konsekwencji zaś pozwala na postawienie tezy, że za prezentowanym poglądem przemawia założenie racjonalności ustawodawcy<sup>18</sup>. Na tym tle ujawnia się istotna ułomność zapatrywania, w myśl którego przywołany przepis określa sposób wykonywania władzy rodzicielskiej, co – jak wskazano uprzednio – niejednokrotnie prowadzi do odmawiania mu (przypisywania mu ograniczonego) znaczenia normatywnego. Postrzeganie omawianej regulacji jako *superfluum* ustawowego trudno zaakceptować już z uwagi na wspomniane założenie racjonalności ustawodawcy. Staje się to jeszcze trudniejsze, gdy weźmie się pod uwagę okoliczności nadania art. 95 § 1 k.r.o. aktualnie obowiązującego brzmienia. Warto przypomnieć, że na mocy art. 1 pkt 13 lit. a ustawy

<sup>16</sup> A w istocie pozostaje bez związku.

<sup>17</sup> Abstrahuję w tym miejscu od różnicy między godnością dziecka jako wartością a dobrem dziecka jako zasadą – zob. na ten temat np. T. Biernat, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 151–155; *idem*, *Projekt...*, *op. cit.*, s. 250–251.

<sup>18</sup> Na temat modelu racjonalnego tworzenia prawa w ogólnym wymiarze zob. np. *idem*, *Legislacja. Analiza procesu*, Kraków 2016, s. 46–48 oraz powołana tam literatura.

z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw<sup>19</sup> dokonano nowelizacji omawianego przepisu<sup>20</sup>, w efekcie której do dotychczasowego brzmienia: „Władza rodzicielska obejmuje w szczególności obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka” dodano słowa: „z poszanowaniem jego godności i praw”. Niełatwo przyjąć, że ustawodawca zdecydował się na nowelizację wskazanego przepisu, bez intencji nadania mu wymiaru normatywnego<sup>21</sup>.

4. Przyjęcie, że wymóg poszanowania godności dziecka wyznacza granice władzy rodzicielskiej, a nie sposób jej wykonywania, oznacza, że zachowanie podjęte przez rodzica ingerujące w godność dziecka, w tym w szczególności polegające na dokonaniu czynności faktycznej, czynności prawnej lub czynności procesowej, nie może być traktowane jako (nieprawidłowe) wykonywanie władzy rodzicielskiej, ale jest zachowaniem niebędącym wykonywaniem władzy rodzicielskiej.

W wymiarze cywilnoprawnym normatywne konsekwencje takiego zachowania różnią się w zależności od podjętej przez rodzica czynności. Ujmując kwestię ściślej, ich specyfika ujawnia się w odniesieniu do czynności prawnych i czynności procesowych. Dokonanie przez rodzica, któremu przysługuje władza rodzicielska czynności prawnej w imieniu dziecka pozostającego pod jego władzą rodzicielską ingerującej w godność dziecka, powoduje jej (bezwzględna) nieważność. Wynika to z naruszenia objętej art. 95 § 1 k.r.o. normy kompetencyjnej wyznaczającej granice władzy rodzicielskiej. Innymi słowy, dokonanie czynności prawnej ingerującej w godność dziecka oznacza naruszenie nakazu jej po-

<sup>19</sup> Dz.U. z 2008 r., nr 220, poz. 1431. Ustawa weszła w życie w dniu 13 czerwca 2009 r.

<sup>20</sup> Obowiązującego w niezmiennym kształcie od wejścia w życie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

<sup>21</sup> W tym miejscu wypada zaznaczyć, że w uzasadnieniu projektu przywołanej ustawy nowelizującej Kodeks rodzinny i opiekuńczy podniesiono, że modyfikacja art. 95 § 1 k.r.o. polegająca na wprowadzeniu wyraźnego odwołania do poszanowania godności dziecka ma w szczególności walor normatywny – zob. Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw wraz z uzasadnieniem, druk nr 888 przedstawiony Sejmowi RP VI kadencji w dniu 12 sierpnia 2008 r., [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/68047150EDDA8EB1C12574B8004D19C7/\\$file/888.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/68047150EDDA8EB1C12574B8004D19C7/$file/888.pdf) [dostęp: 9.08.2023]. Trzeba jednakże zastrzec, że nie wybrzmiewa w nim okoliczność, że walor ten ma polegać na wyznaczeniu granic władzy rodzicielskiej. Przeciwnie, wskazuje się, że poszanowanie godności dziecka ma stanowić wyodrębnione kryterium oceny prawidłowości wykonywania władzy rodzicielskiej.

szanowania wyznaczonego treścią normy kompetencyjnej<sup>22</sup>. Podstawę dla uznania za nieważną czynności prawnej godzącej w godność dziecka stanowi zatem art. 58 k.c. w związku z art. 95 § 1 k.r.o. Nieważność czynności prawnej zachodzi *ex lege* od chwili jej dokonania<sup>23</sup>. Podjęcie przez rodzica, któremu przysługuje władza rodzicielska, czynności procesowej w imieniu dziecka pozostającego pod jego władzą rodzicielską ingerującej w godność dziecka powoduje natomiast jej bezskuteczność determinowaną bliżej szczegółowymi unormowaniami o charakterze proceduralnym.

W kontekście poczynionych ustaleń nie sposób wykluczyć formułowania zapatrywania, że przyjęcie przedstawionego stanowiska, niosące ze sobą ryzyko wątpliwości co do tego, czy w danym przypadku czynność prawna bądź czynność procesowa została dokonana z poszanowaniem godności dziecka, może godzić w pewność obrotu prawnego, a to z uwagi na okoliczność, że ważność i skuteczność czynności prawnej bądź skuteczność czynności procesowej jest uzależniona od spełnienia kryterium wyznaczonego zwrotem niedookreślonym znaczeniowo. Przeciwno takiemu pogładowi można wszakże przywołać dwa zasadnicze argumenty. Po pierwsze, sytuacje, w których prawodawca uzależnia ważność czynności prawnej bądź skuteczność czynności procesowej od spełnienia przesłanek opisanych za pomocą zwrotów niedookreślonych znaczeniowo, w tym klauzul generalnych, *de lege lata* nie należą do rzadkości<sup>24</sup>. Co więcej, przez odwołanie się do zwrotów niedookreślonych znaczeniowo, w tym klauzul generalnych, dochodzi niejednokrotnie do wyznaczenia zakresu kompetencji określonych podmiotów co do podejmowania pewnych zachowań<sup>25</sup>. Pozwala to na uelastycznienie prawa na poziomie jego stosowania, umożliwiając w ten sposób w szczególności

<sup>22</sup> Zob. w ogólnym wymiarze: M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, wyd. 4, Warszawa 2017, s. 218–219, 224–230, zaś na tle dokonania czynności prawnej przez rodzica w imieniu dziecka poza zakresem władzy rodzicielskiej: J. Strzebinczyk, [w:] *System...*, *op. cit.*, s. 291.

<sup>23</sup> Zob. M. Gutowski, *Nieważność...*, *op. cit.*, s. 391–399.

<sup>24</sup> Zob. tylko przykładowo w odniesieniu do pojęcia zasad współżycia społecznego regulację dotyczącą czynności prawnych zawartą w art. 56, 58 § 2, art. 65 § 1, art. 93, 94, 353<sup>1</sup> k.c. oraz regulację dotyczącą czynności procesowych zawartą w art. 357<sup>1</sup>, 358<sup>1</sup> § 3 k.c., art. 183<sup>14</sup> § 3, art. 184 zd. 2, art. 203 § 4, art. 213 § 2, art. 479<sup>30c</sup> § 3, art. 622 § 2, art. 1161<sup>1</sup> § 2 k.p.c. (ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego [tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1550 z późn. zm., powoływana jako: k.p.c.]).

<sup>25</sup> Zob. tylko przykładowo co do wyznaczenia granic praw podmiotowych regulację zawartą w art. 140, 233, 287, 298 k.c.

ochronę określonych wartości za cenę pewnych ustępstw na poziomie pewności obrotu prawnego<sup>26</sup>. Z taką sytuacją mamy do czynienia na tle omawianej regulacji. Ochrona wartości, jaką jest godność dziecka, nakazuje zaakceptować ryzyko zaistnienia ewentualnych wątpliwości co do ważności i skuteczności dokonanej przez rodzica czynności prawnej bądź skuteczności dokonanej przez niego czynności procesowej. Po drugie, prawodawca wprowadza mechanizmy normatywne umożliwiające ustalenie ważności i skuteczności dokonanej czynności prawnej<sup>27</sup> oraz skuteczności dokonanej czynności procesowej<sup>28</sup>. Skorzystanie ze wskazanych mechanizmów znosi ewentualną niepewność co do ważności i skuteczności czynności prawnej bądź skuteczności czynności procesowej, w istocie likwidując tym samym ryzyko związane z odwołaniem się w art. 95 § 1 k.r.o. do zwrotu niedookreślonego znaczeniowo.

Postrzeganie zawartego w art. 95 § 1 k.r.o. odwołania do poszanowania godności dziecka jako wyznaczającego granice władzy rodzicielskiej nie wyklucza ingerencji sądu we władzę rodzicielską na podstawie odpowiednich przepisów (zob. art. 109 i 111 k.r.o.) w razie podejmowania przez rodzica zachowań – w szczególności zaś dokonywania czynności faktycznych, czynności prawnych lub czynności procesowych – godzących w godność dziecka. W tym wymiarze skutki przyjęcia prezentowanego poglądu nie różnią się od konsekwencji traktowania regulacji zawartej w art. 95 § 1 k.r.o. jako określającej sposób wykonywania władzy rodzicielskiej. Decyduje o tym ukształtowanie normatywnych przesłanek zastosowania uregulowań przewidujących ingerencję we władzę rodzicielską w taki sposób, że mogą ją uzasadniać w szczególności także zachowania niemieszczące się w zakresie władzy rodzicielskiej.

Poczynione ustalenia prowadzą do wniosku, że traktowanie wymogu poszanowania godności dziecka jako wyznaczającego granice władzy rodzicielskiej, a nie sposób jej wykonywania, pozwala na pełniejszą ochronę interesów dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską, gwarantując należytą realizację zasady dobra dziecka na poziomie wykładni prawa. Przyjęcie zaproponowanego poglądu z jednej strony prowadzi bowiem do – ujmując kwestię najogólniej – wyłączenia z obrotu praw-

<sup>26</sup> Zob. w ogólnym wymiarze zamiast wielu: Z. Radwański, M. Zieliński, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, t. 1, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 394–395.

<sup>27</sup> Poza uregulowaniami szczegółowymi zob. zwłaszcza art. 189 k.p.c.

<sup>28</sup> Tak na poziomie rozstrzygnięcia sądu bądź innego organu podejmowanego w związku z dokonaną czynnością procesową, jak i na poziomie kontroli instancyjnej takiego rozstrzygnięcia.

nego ingerującej w godność dziecka czynności prawnej lub czynności procesowej, o czym nie może być mowy przy postrzeganiu omawianej regulacji jako określającej sposób wykonywania władzy rodzicielskiej, z drugiej zaś, podobnie jak w razie przyjęcia tego ostatniego zapatrywania, nie wyklucza ani nie ogranicza zakresu ewentualnej ingerencji sądu w wykonywanie władzy rodzicielskiej, w szczególności w razie dokonania naruszającej godność dziecka czynności faktycznej, czynności prawnej lub czynności procesowej.

5. Wypada również podkreślić, że znaczenie regulacji wynikającej z art. 95 § 1 k.r.o. wykracza poza wyznaczenie granic władzy rodzicielskiej. Należy przyjąć, że z mocy odesłania wynikającego z art. 155 § 2 k.r.o., z mocy odesłania wynikającego z art. 178 § 2 w związku z art. 155 § 2 k.r.o. oraz z uwagi na analogiczne zastosowanie kształtuje ono zakres zachowań mieszczących się odpowiednio w kompetencji opiekuna, reprezentanta dziecka, kuratorów i zarządcy, determinując granice także ich uprawnień<sup>29</sup>.

6. Artykuł 95 § 1 k.r.o. jest – co może zaskakiwać – jedynym przepisem Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w którym ustawodawca posługuje się pojęciem godności dziecka. Niezależnie od poczynionych wyżej ustaleń już samo odwołanie się do tej wartości, jak pisze Profesor Tadeusz Biernat – podstawowej i wartej prymatu<sup>30</sup>, nadaje omawianemu uregulowaniu wyjątkową rangę. Jednocześnie stawia szczególnie doniosłe i brzemiennie w skutki wyzwanie przed interpretatorem. W niniejszym opracowaniu starano się wykazać, że należyta realizacja tego wyzwania wymaga ponownego, w pewnym wymiarze odrzucającego bagaż dotychczasowego dorobku nauki prawa, spojrzenia na omawianą regulację na gruncie stosunków cywilnoprawnych.

<sup>29</sup> Zob. co do opiekuna, w ogólnym wymiarze zamiast wielu: J. Słyk, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, komentarz do art. 155, nt 94, 96.

<sup>30</sup> Zob. T. Biernat, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 157.

Wojciech Cyrul\*  
Agnieszka Kubiak Cyrul\*\*

## Cyberprzestrzeń a prawo. Czy potrzebna jest nam nowa koncepcja prawa?

### Wprowadzenie

Od czasu, gdy udostępniono sieć szkieletową NSFNET (National Science Foundation Network) dla potrzeb sektora prywatnego, minęło prawie 40 lat<sup>1</sup>. Steve Wolf, który zdecydował o komercjalizacji sieci, nie przewidział jednak ani tempa rozwoju, ani skali zmian społecznych, do jakich doprowadzi jego decyzja. Zresztą również środowiska akademickie i prawnicze, które dostęp do sieci miały najwcześniej, nie przewidziały skutków, jakie stworzenie globalnej platformy komunikacyjnej wywołać może w obszarze obrotu prawnego i gospodarczego.

---

\* Dr hab., prof. UJ, Uniwersytet Jagielloński, ORCID: 0000-0002-5629-869X.

\*\* Dr, prof. KAAFm, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0002-5637-4787.

<sup>1</sup> B.M. Leiner, V.G. Cerf, D.D. Clark, R.E. Kahn, L. Kleinrock, D.C. Lynch, J. Postel, L.G. Roberts, S. Wolff, *A Brief History of the Internet*, Internet Society 1997, [www.internet-society.org/internet/history-internet/brief-history-internet/#wolff](http://www.internet-society.org/internet/history-internet/brief-history-internet/#wolff) [dostęp: 20.11.2023].

Tylko nieliczni: Richard Susskind<sup>2</sup>, Ethan Katsh<sup>3</sup>, David Post, David Johnson<sup>4</sup> czy Lawrence Lessig<sup>5</sup>, przewidywali, że powstanie cyberprzestrzeni i związany z tym rozwój technologii informatycznych doprowadzić może do zmian społecznych, które spowodują pojęciową destabilizację systemów prawnych oraz podważą tradycyjny paradygmat prawa.

Specyfika cyberprzestrzeni oraz jej wpływ na percepcję, na zachowania oraz oceny jednostek postawiły przed teoretykami prawa wiele ważnych pytań. Jednym z najważniejszych było pytanie, czy pozytywistyczny paradygmat prawa jest w stanie uwzględnić ten wpływ. Jeśli pozytywistyczna koncepcja prawa ma obronić swą aktualność, wykazać należy, że działanie w cyberprzestrzeni poddaje się tradycyjnym wzorcom regulacji.

Poniższy, trochę prowokacyjny, tekst pragniemy zadedykować Profesorowi Tadeuszowi Biernatowi z nadzieją, że uzna poruszony tu problem za ciekawy. Przedstawione w nim rozważania stanowią próbę odpowiedzi na pytanie, czy cyberprzestrzeń podważa którykolwiek z definicyjnych elementów tradycyjnej koncepcji prawa, czy też tylko prowadzi do konieczności dopasowania przez państwo konkretnych regulacji prawnych do potrzeb nowego medium. Mając na uwadze złożoność omawianej problematyki, autorzy pomijają spór o pojęcie prawa. Dalsze rozważania oparte zostały na wciąż dominującym w praktyce pozytywistycznym paradygmacie prawa, przy czym poza zakresem tekstu pozostawiono zarówno szersze omówienie pozytywistycznej koncepcji prawa, jak i zarzutów, z jakimi koncepcja ta spotkała się w teorii prawa<sup>6</sup>. Na początku krótko scharakteryzowane zostało pojęcie cyberprzestrzeni oraz specyfika procesów komunikacyjnych zachodzących w tym obszarze. Na tej podstawie przedstawione zostały argumenty, które pozwalają odpowiedzieć na pytanie, czy potrzebna jest nam nowa koncepcja prawa.

<sup>2</sup> R. Susskind, *The Future of Law: Facing the Challenges of Information Technology*, Oxford 1996.

<sup>3</sup> E. Katsh, *Law in a Digital World*, Oxford 1995.

<sup>4</sup> D.R. Johnson, D. Post, *Law and borders: The rise of law in cyberspace*, „Stanford Law Review” 1996, no. 5, s. 1367–1402.

<sup>5</sup> L. Lessig, *Code: and other laws of cyberspace*, New York 1999.

<sup>6</sup> Szerzej: T. Biernat, *Prawo w przestrzeni normatywnej*, „Jurysprudencja” 13/2019, Łódź 2019, s. 36 i n.



## Cyberprzestrzeń

Pojęcie cyberprzestrzeni nie jest pojęciem jednoznacznym<sup>7</sup>. Nie wchodząc w rozważania szczegółowe, można przyjąć, że pojęciem cyberprzestrzeni określa się przynajmniej trzy różne, choć wzajemnie powiązane przestrzenie. Pojęciem cyberprzestrzeni określa się rzeczywistość wirtualną, przestrzeń informatyczną lub przestrzeń społeczną.

W tym pierwszym znaczeniu cyberprzestrzeń oznacza interaktywny, trójwymiarowy obraz rzeczywistości wygenerowany przy użyciu technologii komputerowej, reprezentujący świat realny lub fikcyjny. Przy czym obecnie coraz częściej rzeczywistość wirtualna staje się podstawą tworzenia tzw. rzeczywistości rozszerzonej, łączącej w czasie rzeczywistym świat realny ze światem generowanym komputerowo. W rezultacie pojawia się nowe pojęcie rzeczywistości, tzw. rzeczywistość mieszana.

Cyberprzestrzeń, w znaczeniu przestrzeni informatycznej, oznacza globalną sieć teleinformatyczną, obejmującą także sieci komputerowe, a w szczególności internet. Cyberprzestrzeń jako przestrzeń informatyczna, dzięki zastosowaniu różnego typu protokołów komunikacyjnych, umożliwia przesyłanie danych między podłączonymi do sieci urządzeniami komunikacyjnymi lub programami komputerowymi.

Cyberprzestrzeń rozumiana natomiast jako przestrzeń społeczna oznacza cyfrowy świat, w którym zachodzą interakcje pomiędzy użytkownikami sieci teleinformatycznej. W tak rozumianej cyberprzestrzeni kształtuje się społeczeństwo, które za Manuelem Castellem<sup>8</sup> przyjęto nazywać społeczeństwem sieci. Cechą zasadniczą takiego społeczeństwa jest to, że porządek tworzy się w nim spontanicznie, a powstające w nim struktury organizacyjne mają charakter globalny, horyzontalny i cechuje je duży potencjał adaptacyjny. Nie przypominają one ani wertykalnych i scentralizowanych struktur charakterystycznych dla zinstytucjonalizowanych organizacji biurokratycznych, o których pisał Max Weber, ani nie tworzą rynków. Powstają one nie tyle w wyniku gry służącej zaspokajaniu egoistycznych interesów i potrzeb jednostek, co w wyniku działań konkretnych inicjatorów oraz wokół wspólnych wartości i przekonań.

<sup>7</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 11; W. Cyrul, J. Duda, J. Opiła, T. Pełech-Pilichowski, *Informatyzacja tekstu prawa*, Warszawa 2014, s. 17 i n.; W. Cyrul, *Wpływ procesów komunikacyjnych na praktykę tworzenia i stosowania prawa*, Warszawa 2012, s. 210 i n.

<sup>8</sup> M. Castells, *The Rise of the Network Society, The Information Age: Economy, Society and Culture*, vol. I, Cambridge–Oxford 1996.

Dotychczasowe rozważania nad pojęciem cyberprzestrzeni, pomimo swojego syntetycznego charakteru, wyraźnie wskazują, że cyberprzestrzeń nie jest naturalną przestrzenią ludzkiej komunikacji. Aterytorialność i aczasowość tej przestrzeni zmienia sens tradycyjnych zachowań czasoprzestrzennych człowieka. Specyfika cyberprzestrzeni, a w szczególności brak naturalnych ograniczeń fizycznych, a także zmiana kulturowej roli czasu sprawiają, że komunikacja w tej przestrzeni wykazuje wiele cech swoistych. Do cech tych zalicza się m.in. brak bodźców bezpośrednich, asynchroniczność, horyzontalność, interaktywność, anonimowość oraz niewidzialność.

Warunki komunikacji w cyberprzestrzeni powodują, że jednostki przestrzegają, działają i oceniają działania w niej podejmowane inaczej niż w świecie realnym. W szczególności brak bodźców bezpośrednich prowadzi do obniżenia poziomu odczuwania. Komunikacja w cyberprzestrzeni wpływa także na sposoby poznawania siebie i innych, co prowadzi do zmian w tożsamości osobowej, społecznej oraz w tożsamości ról. Zmianom tym sprzyja przede wszystkim asynchroniczność, która prowadzi do wzrostu poczucia kontroli oraz dystansu w komunikacji, oraz horyzontalność i interaktywność komunikacji, które sprzyjają neutralizacji statusu społecznego. Badania Michaela Wengera i Davida Payne'a<sup>9</sup> pokazują również, że komunikacja w cyberprzestrzeni zmienia tradycyjne sposoby odczytywania i zapamiętywania informacji. Nie ma także wątpliwości co do tego, że nowe mechanizmy preselekcji informacji, takie jak pozycjonowanie, linkowanie czy profilowanie, oddziałują na wybory jednostek działających w cyberprzestrzeni. Z kolei anonimowość i niewidzialność komunikacji za pośrednictwem sieci komputerowych powoduje wzrost poczucia bezpieczeństwa i braku odpowiedzialności. W konsekwencji niby pierścień Gygesa cyberprzestrzeń podnosi gotowość do przekraczania norm obyczajowych, kulturowych i prawnych.

Swoista natura cyberprzestrzeni stała się również źródłem wielu wątpliwości natury etycznej i moralnej. Cyberprzestrzeń nie tylko otworzyła na nowo problem prywatności i wolności wyboru, ale także otworzyła debatę nad wykluczeniem cyfrowym oraz nad neutralnością technologiczną rozwiązań stosowanych przez organizacje publiczne. Cyberprzestrzeń jest źródłem nowych uzależnień, a izolacjonizm elektroniczny nie tylko uwidoczniał się w nowym obszarze problemem braku zaufania społecznego, ale nadał mu nowy wymiar w związku ze

<sup>9</sup> M.J. Wenger, D.G. Payne, *Comprehension and Retention of Nonlinear Text: Considerations of Working Memory and Material-Appropriate Processing*, „The American Journal of Psychology” 1996, vol. 109, no. 1, s. 93–130.

zjawiskiem ucieczki od rzeczywistości przez coraz większe grupy ludzi. Specyfika działań w cyberprzestrzeni otworzyła również dyskusję nad moralnym statusem działań w rzeczywistości wirtualnej.

### Czy potrzebujemy nowej koncepcji prawa?

Powyższa diagnoza umożliwia podjęcie próby odpowiedzi na pytanie, na ile pozytywistyczna koncepcja prawa jest w stanie uwzględnić swoje cechy cyberprzestrzeni, a co za tym idzie – na ile państwowy model regulacji jest w stanie skutecznie działać w warunkach nowego medium.

Nawet pobieżna analiza prawa oraz literatury prawniczej nie pozostawia wątpliwości, że specyfika komunikacji w cyberprzestrzeni wymusiła albo reinterpretację wielu regulacji prawnych, albo doprowadziła do konieczności wydania regulacji nowych, lepiej odpowiadających wyzwaniom cyfrowego świata. Warunki komunikacji w cyberprzestrzeni wpłynęły na treść, formę i na kontekst czynności oraz aktów prawnych. Nie ma też wątpliwości, że zmieniły się możliwości i ryzyko związane ze składaniem w sieci określonych oświadczeń woli lub podejmowaniem działań wywołujących skutki prawne. Skala, szybkość transmisji i niematerialny charakter informacji w cyberprzestrzeni nadały także zupełnie nowy wymiar wartości własności intelektualnej oraz prywatności. Cyberprzestrzeń wymusiła również zmiany w zakresie ochrony tradycyjnych praw, ponieważ umożliwiła pojawienie się nowych form nieuczciwej konkurencji i nowych form przestępczości, obniżając przy tym koszty takich działań oraz ułatwiając unikanie za nie odpowiedzialności. Pojawienie się nowych narzędzi do naruszania praw i dóbr chronionych spowodowało z kolei konieczność opracowania nowych instrumentów prawnych przeznaczonych do zwalczania cyberprzestępczości. Przykłady zmian, jakie spowodowała cyberprzestrzeń w konkretnych systemach prawnych, można by mnożyć dalej, wciąż jednak otwarte pozostaje pytanie, czy zmiany te wystarczają do uzasadnienia tezy, że nowa przestrzeń, którą tworzy świat cyfrowy, podważa tradycyjny pozytywistyczny paradygmat prawa.

Stanowisko broniące adekwatności pozytywistycznej koncepcji prawa nie wydaje się do końca uzasadnione. Zgodzić się jednak należy z twierdzeniem, że do wykazania jej ograniczeń nie wystarczy pokazanie zmian pojawiających się w systemach prawnych współczesnych państw, w szczególności jeśli zmiany te wprowadzono zgodnie z tradycyjnym paradygmatem regulacji. Udowodnienie tezy o potrzebie nowej koncepcji prawa wymaga argumentów pokazujących, że cyberprzestrzeń

podważa którykolwiek z definicyjnych elementów pozytywistycznej koncepcji prawa. Przypomnijmy więc w skrócie główne tezy pozytywizmu prawniczego. Są to: po pierwsze teza o systemowości, zgodnie z którą prawo jest systemem normatywnym składającym się z norm ogólnych; po drugie, teza społeczna, zakładająca monopol państwowej regulacji; po trzecie, teza o terytorialności, zgodnie z którą prawo państwa obowiązuje na jego terytorium; po czwarte, teza o skuteczności, zgodnie z którą przestrzeganie prawa może być skutecznie egzekwowane przez organy państwa i ostatecznie, po piąte, teza o rozdziale prawa od moralności.

Mając na uwadze wymogi, jakie pozytywizm stawia prawu, można zastanowić się, na ile mogą być one spełnione w obszarze cyberprzestrzeni. Celem poniższych rozważań nie jest krytyka pozytywistycznej koncepcji prawa, a jedynie przedyskutowanie jej ewentualnych ograniczeń z bardzo konkretnej perspektywy. W rezultacie podniesione zostaną jedynie te argumenty, które unaoczniają słabości pozytywistycznej koncepcji prawa z punktu widzenia specyfiki cyberprzestrzeni i możliwości jej skutecznej regulacji przez państwo.

Pierwszym argumentem, który uzasadniać ma potrzebę nowej koncepcji prawa, jest argument z aterytorialności cyberprzestrzeni. Vint Cerf, jeden z twórców internetu, definiował cyberprzestrzeń jako niegeograficzną i nienarodową<sup>10</sup>. Z tej perspektywy problem polega na tym, że pojęcie państwa i suwerenności władzy z istoty swej powiązane są z pojęciem terytorium, a żadne z państw nie posiada i nie może posiadać jurysdykcji nad całą cyberprzestrzenią. Co więcej, funkcjonowanie sieci wymaga wspólnych protokołów i standardów technicznych. Rozwój internetu oraz umożliwienie dostępu do jego zasobów zmusza państwowych regulatorów do dostosowania się do standardów, których sami nie tworzą.

Przeciwko argumentowi z aterytorialności cyberprzestrzeni można jednak podnieść sporo zarzutów. Przede wszystkim cyberprzestrzeń nie jest miejscem całkowicie oderwanym od materialnego świata. Osoby działające w sieci nie przestają podlegać jurysdykcji państw, których są obywatelami. Ponadto państwa mogą zaprojektować i stworzyć własną sieć szkieletową, opierając się na własnych zasobach. Można też w cyberprzestrzeni stosować *per analogiam* przepisy dotyczące transmisji radiowych i telewizyjnych.

<sup>10</sup> V.G. Cerf, *Transnational Internet: Preservation of Freedoms and Privacy*, „India International Centre Quarterly” 2018, vol. 45, no. 3, s. 9–14.

Drugi argument, który można podnieść przeciwko adekwatności pozytywistycznej koncepcji prawa dla cyberprzestrzeni, jest związany ze wspomnianą już swoistą aczasowością podejmowanych w niej działań. Argument ten uwzględnia nie tylko niezwykłą nietrwałość relacji międzyludzkich w cyberprzestrzeni. Wskazuje również na problem z ustaleniem, zgodnie z jakim czasem oceniane mają być działania podejmowane w sieci, które mogą przecież wywoływać faktyczne skutki prawne jednocześnie w wielu odległych miejscach geograficznych. Przeciwko temu argumentowi przedstawić można jednak zarzut, że kwestię tę można rozwiązać, odwołując się do znanych prawu fikcji prawnych, które mogą sprawę tę uregulować w sposób czysto konwencjonalny.

Trzeci argument, podważający adekwatność pozytywistycznego paradygmatu prawa, podnosi, że dynamika cyberprzestrzeni ujawnia nieefektywność klasycznych mechanizmów regulacyjnych. Tradycyjny sposób tworzenia i stosowania prawa, zakładający ich zcentralizowany i sformalizowany charakter, nie jest dopasowany ani do tempa rozwoju cyberprzestrzeni, ani do tempa działań w niej podejmowanych. Wprawdzie trudno nie zgodzić się z tym argumentem, ale wydaje się, że ma on charakter ogólniejszy i nie dotyczy tylko cyberprzestrzeni. Niemniej jednak sporo racji ma Gunther Teubner, twierdząc, że globalny charakter cyberprzestrzeni i jej swoista aczasowość podważają monopol państwa w zakresie regulacji i egzekucji prawa<sup>11</sup>. Efektem tych ograniczeń jest obserwowany w cyberprzestrzeni rozwój pluralizmu prawnego, a więc sytuacji, z jaką mieliśmy do czynienia zasadniczo w świecie realnym przed narodzinami dziewiętnastowiecznego pozytywizmu prawniczego.

Czwarty argument, który należy rozważyć, to ten, zgodnie z którym nieadekwatność pozytywistycznej koncepcji prawa wynika stąd, że osadzała ona prawo w świecie aktywności fizycznej. Chociaż koncepcja ta rozpoznawała istnienie dóbr niematerialnych, zakładała jednak rzeczywiste istnienie podmiotów, podejmujących decyzje oraz fizycznie ograniczony dostęp do dóbr niematerialnych. Zgodnie z tym argumentem jedynym dobrem w cyberprzestrzeni jest informacja, która stanowi nie tylko dobro niematerialne, ale także dobro, które jest ogólnie dostępne. I to właśnie ta ogólna dostępność zmienia skalę, którą zakładała koncepcja prawa przyjmowana przez pozytywizm. Problem tego argumentu polega na tym, że dotyczy on nie tyle tez definiujących pozytywistyczne

<sup>11</sup> G. Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, „Michigan Journal of International Law” 2004, no. 25, s. 999–1046.

pojęcie prawa, co ukrytych założeń na temat przedmiotu regulacji. Nie ma jednak wątpliwości, że problem skali, jakkolwiek najczęściej pomijany w filozofii, w praktyce ma znaczenie pierwszorzędne. Słabe podstawy filozoficzne tego argumentu powodują jednak, że trudno uznać go za rozstrzygający.

Znacznie bardziej przekonujący jest piąty argument wskazujący, że cyberprzestrzeń zmieniła granicę między sferą prywatną i publiczną, zdestabilizowała ustalony układ stosunków w sferze produkcji i dystrybucji dóbr, a tym samym doprowadziła do sytuacji, w której ogromna ilość procesów decyzyjnych została całkowicie zautomatyzowana. Szczególnym przykładem tego ostatniego problemu jest funkcjonowanie systemów EDI, opartych na technologii sieci neuronowych, tzw. *intelligent software agents*, *internet of things*, technologia *blockchain* i *smart contracts* czy wreszcie narzędzia wykorzystujące *machine learning* i systemy autonomiczne. Techniczne uwarunkowania automatycznego agregowania i przetwarzania informacji często prowadzą do poważnych wątpliwości, kto jest jej właścicielem lub autorem, a w rezultacie, kto ma ponosić odpowiedzialność za jej treść lub skutki jej działania. Upowszechnianie internetu rzeczy, rozproszonych rejestrów i różnych postaci sztucznej inteligencji niewątpliwie zmusza do postawienia pytania, jaki jest status prawny działań dokonywanych przez przedmioty nieożywione? Na czym miałyby polegać egzekwowanie prawa przez państwo w stosunku do samoprogramujących się obiektów wykonujących czynności prawne autonomicznie?

Ostatni, decydujący argument potwierdzający przekonanie, że potrzebna nam jest nowa koncepcja prawa, to ten związany ze zjawiskiem coraz szerzej występującym w przestrzeni cyfrowej, które na użytek tego tekstu nazywamy normatywnością algorytmiczną. Pojawia się ona wtedy, gdy zasady tworzenia i działania systemów informacyjnych nie tylko prowadzą do standaryzacji i formalizacji procesów w cyberprzestrzeni, ale także do ich automatycznej walidacji. Zjawisko to wiąże się z takim tworzeniem parametrów środowiska działania użytkownika, w którym to środowisko determinuje i permanentnie nadzoruje te działania, fizycznie uniemożliwiając dokonanie działań niepożądanych lub dostęp do określonych treści. Innymi słowy, reguły zostają wpisane w architekturę systemów informatycznych, co powoduje, że funkcjonujemy w rzeczywistości, która nie jest już neutralna normatywnie. Pozytywistyczna koncepcja prawa zakładała normatywny status prawa, łącząc je z pojęciem uprawnienia lub obowiązku, a nie z pojęciem fizycznej konieczności. Reguły, normy lub zasady prawne wskazywały

jednostce wzory powinnego zachowania, pozostawiając tej ostatniej decyzję co do tego, czy się im podporządkuje, czy nie. Możliwość podjęcia takiej decyzji była jednocześnie warunkiem ponoszenia przez jednostkę konsekwencji prawnych jej zachowania. Architektura cyberprzestrzeni powoduje, że możliwe staje się takie budowanie środowiska działania jednostki, które zasadniczo uniemożliwi jej działania niezgodne z regułami. Wykorzystanie tego zjawiska w cyberprzestrzeni sprawia, że niektórzy wybitni teoretycy prawa zajmujący się tą tematyką, tacy jak chociażby Peter Wahlgren<sup>12</sup> czy Richard Susskind<sup>13</sup> wieszczą koniec prawa, przynajmniej w tradycyjnym rozumieniu tego pojęcia.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że powstanie cyberprzestrzeni oraz związany z tym rozwój technologii informatycznych i komunikacyjnych nie pozostaje neutralny w stosunku do pojęcia prawa. Co więcej, wskazane w tekście cechy cyberprzestrzeni generują istotne zmiany społeczne, które powodują pojęciową destabilizację systemów prawnych. Konieczne staje się więc podjęcie dyskusji o roli prawa w cyberprzestrzeni, statusie uczestników tego obrotu i relacji pomiędzy nimi oraz możliwości zapewniania prawnej ochrony ich interesów.

---

<sup>12</sup> P. Wahlgren, *From Lex Scripta to Law 4.0: On Legislation of the Future*, „Scandinavian Studies in Law” 2018, no. 65, s. 159–174.

<sup>13</sup> R. Susskind, *The Future of Law...*, *op. cit.*; *idem*, *Transforming the Law: Essays on Technology, Justice, and the Legal Marketplace*, Oxford 2003.





Rafał Czachor\*

## Semiprezydencjalizm jako ustrój polityczno-prawny i jego główne odmiany we współczesnym świecie

### Wstęp

Zagadnienie funkcjonowania systemów politycznych i sposobów organizacji relacji wzajemnych pomiędzy legislatywą a egzekutywą znajduje się w centrum pola badań nauk o polityce i administracji, będąc również przedmiotem zainteresowania prawa ustrojowego. Jest to obszar studiów o charakterze ciągłym, albowiem ustroje polityczno-prawne państw są materią żywą, stale ewoluującą. W niniejszej pracy podjęte zostało zagadnienie klasyfikacji ustrojów na podstawie kryterium trybu wyboru i wzajemnych relacji pomiędzy legislatywą a egzekutywą, tj. podziału na systemy prezydenckie, parlamentarne i semiprezydenckie. Uwaga zwrócona została głównie na ostatnią z wymienionych kategorii. Wynika to z tego, że od kilku dekad rośnie liczba państw przyjmujących tę formę organizacji władzy publicznej i jednocześnie dokonujących jej rozlicznych adaptacji. Wskutek tego nie tylko samo wyodrębnienie kategorii parlamentaryzmu, prezydencjalizmu i semiprezydencjalizmu nastęrcza pewnych trudności, lecz także uporządkowanie

---

\* Dr hab., prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0002-5929-9719.

semiprezydencjalizmów jest zadaniem tyleż niełatwym co potrzebnym dla współczesnej teorii systemów politycznych.

Prezydencjalizm, parlamentaryzm i semiprezydencjalizm:  
od dychotomii do trychotomii w badaniach nad ustrojami  
polityczno-prawnymi państw współczesnych

Tradycyjnie ustrojoznawcy wyróżniali dwa podstawowe modele organizacji władzy publicznej – parlamentaryzm i prezydencjalizm. Czysty prezydencjalizm reprezentują przede wszystkim Stany Zjednoczone. Różne wariacje modelu prezydenckiego zostały wdrożone głównie na kontynencie latynoamerykańskim, który można uznać za „zagłębie” prezydencjalizmów. Podstawową cechą tego typu ustroju jest dość ściśle rozdzielenie legislatywy i egzekutywy<sup>1</sup>, monokratyczność pochodzącej z wyborów powszechnych (bezpośrednich lub przez kolegium elektorskie) władzy wykonawczej i wzajemny brak odpowiedzialności politycznej prezydenta przed legislatywą oraz brak możliwości przedterminowego rozwiązania parlamentu przez głowę państwa<sup>2</sup>. Jak wskazywał Giovanni Sartori, system ma charakter prezydencki wyłącznie, gdy prezydent pochodzi z wyborów powszechnych, w czasie swojej kadencji nie może być pozbawiony urzędu i kieruje bezpośrednio lub w inny sposób powoływanym przez siebie rządem<sup>3</sup>. W ustroju prezydenckim możliwe jest efektywne funkcjonowanie egzekutywy niemającej stabilnego poparcia w parlamencie – działalność rządu nie jest z tego tytułu sparaliżowana.

Parlamentaryzm jest lustrzanym odbiciem prezydencjalizmu – władza wykonawcza nie pochodzi z wyborów bezpośrednich, jest kształtowana przez większość parlamentarną i przed parlamentem ponosi odpowiedzialność polityczną. Odpowiedzialność rządu przed parlamentem, bez którego poparcia gabinet nie może sprawnie funkcjonować, jest jedynym warunkiem *sine qua non* parlamentaryzmu.

<sup>1</sup> Ścisłe rozdzielenie obu gałęzi władzy zaburzą konstytucyjne regulacje stanowiące, że prezydent rządzi za radą senatu oraz przewodniczenie senatowi przez wiceprezydenta Stanów Zjednoczonych.

<sup>2</sup> Instytucja impeachmentu, tj. przedterminowego pozbawienia urzędu głowy państwa, w ustrojach prezydenckich ma w sensie materialnym ograniczony charakter – dotyczy jedynie deliktów konstytucyjnych. Jest to zatem szczególnie mechanizm egzekwowania odpowiedzialności prawnej prezydenta, lecz nie politycznej.

<sup>3</sup> G. Sartori, *Comparative constitutional engineering. An inquiry into structures, incentives and outcomes*, Basingstoke 1994, s. 84.

Najogólniej parlamentaryzm to system wzajemnej zależności władzy wykonawczej i ustawodawczej<sup>4</sup>. Oznacza to, że mogą istnieć różne warianty parlamentaryzmu. Wzorcem parlamentaryzmu jest Wielka Brytania, w ślad za którą model ten, modyfikując go na różne sposoby, przyjęło wiele innych państw będących pod wpływem tradycji anglosaskiej (m.in. Kanada czy Indie). W odróżnieniu od prezydencjalizmu w parlamentaryzmie *residuum* władzy publicznej stanowi parlament, a nie urząd prezydenta. Rząd nie może stabilnie funkcjonować bez politycznego wsparcia większości legislatywy. W dużej mierze nie od norm konstytucyjnych, lecz politycznego uzusu zależy to, jakie oblicze przyjmie parlamentaryzm w danym państwie. Możliwe są sytuacje, w których szef rządu, formalnie uzależniony i zabiegający o trwałe poparcie legislatywy, politycznie dominuje nad większością izby (np. będąc jednocześnie liderem największego parlamentarnego ugrupowania). Z tego powodu w ramach parlamentaryzmu zasadne jest wyodrębnianie podmodeli gabinetowo-parlamentarnego i parlamentarno-gabinetowego<sup>5</sup>. W świetle powyższego uzasadnione jest stwierdzenie Jarosława Szymanka, że parlamentaryzm faworyzuje różne, mniej lub bardziej formalne, relacje pomiędzy legislatywą a egzekutywą, którego zewnętrznym przejawem jest formalny podział władz, ukonkretniający się w różnych konfiguracjach<sup>6</sup>. Współcześnie w Europie dominuje model gabinetowo-parlamentarny, który cechuje wysoka skuteczność rządu wszczynającego procesy ustawodawcze, zdyscyplinowanie większości parlamentu popierającej rząd i mała liczba kryzysów gabinetowych<sup>7</sup>.

Odnotować należy odmienne okoliczności wykształcenia się obu omawianych ustrojów. O ile parlamentaryzm kształtował się w XIX-wiecznej Wielkiej Brytanii przez praktykę rządów i jest efektem historycznej ewolucji od władzy monarchy do wybieralnej legislatywy decydującej o kształcie egzekutywy, to prezydencjalizm w Stanach

<sup>4</sup> A. Siaroff, *Comparative presidencies, The inadequacy of the presidential, semi-presidential and parliamentary*, „European Journal of Political Research” 2003, vol. 42, no. 3, s. 289.

<sup>5</sup> Szerzej: M. Wallner, *Podziały i typologie systemów parlamentarnych: zagadnienia metodologiczne*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio K” 2014, vol. XXI, nr 2, s. 85–103.

<sup>6</sup> J. Szymanek, *Modernizacja i akomodacja konstytucyjnych systemów rządów we współczesnych systemach politycznych*, „Politeja” 2007, nr 1(7), s. 154–155.

<sup>7</sup> A. Antoszewski, *Reżimy polityczne państw europejskich*, [w:] *Systemy polityczne współczesnej Europy*, Warszawa 2006, s. 169.

Zjednoczonych został skonstruowany przez Jamesa Madisonsa i pozostałych ojców założycieli pod konkretne potrzeby i idee twórców amerykańskiego ustroju<sup>8</sup>.

Syntetycznego rozróżnienia parlamentaryzmu i prezydencjalizmu dokonał Arend Lijphart, stwierdzając, że po pierwsze, system prezydencki cechuje się funkcjonowaniem kadencyjnego, wybieranego w wyborach powszechnych prezydenta, który – za wyjątkiem procedury impeachmentu – nie może być pozbawiony urzędu. W systemie parlamentarnym pełnienie mandatu szefa rządu warunkuje wotum zaufania ze strony parlamentu. Po drugie, w systemie prezydenckim prezydent wybierany jest w wyborach powszechnych lub przez specjalne kolegium elektorskie, zaś w parlamentaryzmie szef rządu wybierany jest przez legislaturę. Po trzecie, w systemie prezydenckim efektywnie funkcjonuje monokratyczna władza wykonawcza, podczas gdy w parlamentaryzmie egzekutywa jest kolegialna<sup>9</sup>. Innymi słowy, ustrój prezydencki ma miejsce, gdy istnienie rządu nie jest uwarunkowane wolą parlamentu, zaś ustrój parlamentarny, gdy istnienie rządu zależy od woli większości parlamentu.

Implementacja jednego bądź drugiego modelu ma określone reperkusje dotyczące wręcz logiki i sposobu samoorganizacji życia politycznego w państwie. Dzieje się tak, gdyż o ile w ustrojach parlamentarnych partie polityczne organizują i mobilizują się w celu zdobycia mandatów w legislaturze, w ustrojach prezydenckich (a także semiprezydenckich) organizują i mobilizują się w celu przejęcia kontroli nad egzekutywą<sup>10</sup>. Okoliczność ta unaocznia, gdzie w poszczególnych systemach znajduje się *residuum* władzy państwowej. W znakomitej większości przypadków cechą parlamentaryzmu jest funkcjonowanie dwupartyjnego systemu na wzór brytyjski. Z tego powodu ustrój ten nazywany bywa demokracją westminsterską.

Obecnie nie jest podawane w wątpliwość stwierdzenie Juana Linza z 1994 r. głoszące, iż prezydencjalizm tworzy większe niż parlamen-

<sup>8</sup> M.S. Shugart, J.M. Carey, *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge 1992; J. Åberg, T. Sedelius, *A Structured Review of Semi-Presidential Studies: Debates, Results and Missing Pieces*, „British Journal of Political Sciences” 2020, no. 3, s. 1111–1136; A. Antoszewski, *Reżimy...*, *op. cit.*, s. 169.

<sup>9</sup> A. Lijphart, *Introduction*, [w:] *Parliamentary versus presidential government*, ed. *idem*, Oxford 1992, s. 1–17.

<sup>10</sup> D. Samuels, *Presidentialized Parties. The Separation of Powers and Party Organization and Behavior*, „Comparative Political Studies” 2002, vol. 35, no. 4, s. 461–483.

taryzm zagrożenie dla stabilnego systemu demokratycznego<sup>11</sup>. Autor ten sformułował następujące zarzuty pod adresem prezydencjalizmu: silna egzekutywa i legislatywa prowadzi do konfliktów pomiędzy nimi o legitymację do rządzenia; sztywno określona kadencja prezydenta (i brak możliwości jego przedterminowego odwołania z urzędu z przyczyn pozadeliktowych) czyni system prezydencki mniej elastycznym od parlamentarnego; prezydencjalizm służy zaostrej rywalizacji politycznej według formuły zerojedynkowej (tj. „zwycięzca bierze wszystko”); konfiguracja sceny politycznej sprzyja temu, by prezydent nie był tolerancyjny wobec politycznych oponentów; prezydencjalizm sprzyja ujawnianiu się zjawisk populistycznych i takichże kandydatów na urząd prezydenta<sup>12</sup>. Inni badacze w tym samym duchu wskazują, że silna legislatywa zabezpiecza przed patologiami personalistycznych rządów autorytarnych<sup>13</sup>. O tym, że parlamentaryzacja ustroju wciąż postrzegana jest jako zabezpieczenie przed nawrotami niedemokratycznych rządów silnych prezydentów przekonują kazusy podjętych w ostatnich latach reform konstytucyjnych w Armenii i Gruzji<sup>14</sup>. Z drugiej strony podnosi się, że system prezydencki ma zaletę lepszej rozliczalności i transparentności, co jest pokłosiem personalizacji egzekutywy, których to brakuje w systemach parlamentarnych<sup>15</sup>, ponadto nie ma przekonujących dowodów, że systemy prezydenckie są mniej stabilne niż parlamentarne<sup>16</sup>.

Zasadne jest jednakowoż pytanie, dlaczego – jeśli parlamentaryzm daje lepsze gwarancje przetrwania i konsolidacji demokracji niż prezy-

<sup>11</sup> J. Linz, *Presidential or parliamentary democracy: Does it make a difference?*, [w:] *The Failure of Presidential Democracy*, eds *idem*, A. Valenzuela, Baltimore 1994, s. 3–87.

<sup>12</sup> *Ibidem*, por. S. Mainwaring, M.S. Shugart, *Juan Linz, Presidentialism, and Democracy. A Critical Appraisal*, „Comparative Politics” 1997, no. 29, s. 450–451.

<sup>13</sup> M.S. Fish, *Stronger Legislatures, Stronger Democracies*, „Journal of Democracy” 2006, vol. 17, no. 1, s. 5–20.

<sup>14</sup> R. Czachor, *The Presidential electoral law in democratic transformation. Tentative conclusions from contemporary Armenia and Georgia*, „Athenaeum. Polskie Studia Politologiczne” 2022, vol. 75, no. 3, s. 37–49.

<sup>15</sup> Dowodów na to, że parlamentaryzm nie jest wolny od głębokich kryzysów politycznych dostarcza analiza przypadków z kultury anglosaskiej – najnowszej historii politycznej państwa Saint Vincent i Grenadyn czy brytyjskiego terytorium Turks i Caicos. P. Clegg, D. O’Brien, *Constitutional Dissonance and the Rule of Law in the Turks and Caicos Islands*, [w:] *The Oxford Handbook of Caribbean Constitutions*, eds R. Albert, D. O’Brien, S. Wheatle, Oxford 2020, s. 582–605.

<sup>16</sup> M.S. Shugart, J.M. Carey, *Presidents...*, *op. cit.*, s. 40–46.

dencjalizm – nie został on przyjęty przez żadne państwo transformujące się w czasie huntingtonowskiej „trzeciej fali” i później? Politolodzy wskazują na trzy możliwe przesłanki tego stanu rzeczy: trudności w określeniu pozycji ustrojowej wyłącznie symbolicznej głowy państwa; brak alternatywnego dla wyborów powszechnych sposobu uzyskiwania legitymacji przez liderów politycznych; wiara, iż proporcjonalny system wyborczy i wielopartyjny parlament są bardziej demokratyczne niż większościowy system wyborczy i parlament dwupartyjny<sup>17</sup>.

Ewolucja praktyki ustrojowej świata po II wojnie światowej, poszukiwanie nowych rozwiązań zapewniających efektywność i stabilność rządów przy zachowaniu ich demokratycznej legitymacji skłoniła badaczy do wyodrębnienia z kategorii parlamentaryzmu kategorii semiprezydencjalizmu. W tym kontekście wskazuje się Maurice'a Duvergera jako badacza, który wprowadził do obrotu naukowego koncepcję trzeciego, obok klasycznych parlamentarnego i prezydenckiego, modelu rządów pod nazwą semiprezydencjalizmu (półprezydencjalizmu)<sup>18</sup>. Pojęcie to miało przede wszystkim opisywać model rządów wykształcony w V Republice Francuskiej, aczkolwiek współcześnie jest bardzo szeroką kategorią badawczą. Przyczyną tego jest to, że w drugiej połowie XX wieku semiprezydencjalizm upowszechnił się w świecie, będąc niejednokrotnie wybierany przez państwa przechodzące transformację demokratyczną, poczynając od Portugalii po tzw. rewolucji goździków w 1974 r. Współcześnie jednoznaczne zdefiniowanie semiprezydencjalizmu jest bardzo utrudnione. Wynika to z tego, że pierwotne kryteria tegoż systemu, sformułowane przez Duvergera, były nieostre, a obecnie – przy rozszerzającej interpretacji – spełnia je szereg istotnie różniących się pomiędzy sobą państw. Współcześnie Robert Elgie, jeden z najbardziej znanych badaczy semiprezydencjalizmów, do tej kategorii zalicza ponad 50 państw, jednak – jak słusznie odnotowuje – lista państw klasyfikowanych jako semiprezydencjalizmy zależy głównie od kryteriów przyjętych przez danego badacza<sup>19</sup>. Rzecz polega ta tym, że rozgraniczenie kategorii parlamentaryzmu i semiprezydencjalizmu jest dalece dyskusyjne.

<sup>17</sup> J.A. Cheibub, S. Chernykh, *Are semi-presidential constitutions bad for democratic performance?*, „Constitutional Political Economy” 2009, no. 20, s. 215.

<sup>18</sup> M. Duverger, *A New Political System Model: Semi-Presidential Model*, „European Journal of Political Research” 1980, vol. 8, no. 2, s. 165–187; por. *Parliamentary versus Presidential Government*, *op. cit.*

<sup>19</sup> R. Elgie, *The politics of semi-presidentialism*, [w:] *Semi-presidentialism in Europe*, ed. *idem*, Oxford 1999, s. 11.

Kończąc rozważania wprowadzające, wspomnieć można, że w praktyce ustrojowej świata, gdzie na antypodach systemów politycznych znajdują się prezydencjalizm oraz parlamentaryzm, praktycznie nie istnieje lustrzane odbicie semiprezydencjalizmu w postaci semiparlamentaryzmu. System taki cechowałby się przede wszystkim pośrednim wyborem egzekutywy, dokonywanym przez organ przedstawicielski oraz zapewnieniem rozdzielenia władz, tj. ograniczeniem możliwości odwołania egzekutywy przez legislatywę. Miałyby to być zatem model łączący zalety parlamentaryzmu i prezydencjalizmu i unikający ich słabości. Propozycję taką – pod nazwą semiparlamentaryzmu – szczegółowo omówił ostatnio Steffen Ganghof<sup>20</sup>, a tylko pewne elementy tego modelu obecne są w systemach ustrojowych Japonii, Szwajcarii i poszczególnych stanów Australii.

Tabela 1. Typy systemów politycznych na podstawie głównych kryteriów ich wyodrębnienia

	powszechne wybory głowy państwa	udział głowy państwa w sprawowaniu władzy	odpowiedzialność rządu przed parlamentem
prezydencjalizm	+	+	-
parlamentaryzm	-	-	+
semiprezydencjalizm	+	+	+
semiparlamentaryzm	-	+	-

Źródło: opracowanie własne.

### Semiprezydencjalizm – główne problemy definicyjne

Główną cechą charakterystyczną semiprezydencjalizmu jest taka organizacja relacji pomiędzy władzą ustawodawczą a wykonawczą, w której funkcjonuje bezpośrednio wybierany w wyborach powszechnych prezydent, który co do zasady nie może być przedterminowo pozbawiony stanowiska, oraz funkcjonuje rząd ponoszący odpowiedzialność polityczną przed parlamentem, a więc mogący być odwołany na podstawie przesłanek politycznych.

Pierwotnie Duverger sformułował trzy kryteria semiprezydencjalizmu: a) bezpośrednie wybory prezydenta; b) wyposażenie prezydenta w pewne kompetencje w zakresie egzekutywy; c) funkcjonowanie

<sup>20</sup> S. Ganghof, *Beyond Presidentialism and Parliamentarism. Democratic Design and the Separation of Powers*, Oxford 2021.

instytucji premiera i rządu, którzy ponoszą odpowiedzialność przed parlamentem<sup>21</sup>. Model ten powstał na bazie doświadczenia parlamentarnego ustroju IV Republiki Francuskiej i przeświadczenia o konieczności usprawnienia ówczesnego modelu rządów przez wzmocnienie egzekutywy. Bez ryzyka popełnienia większego błędu można stwierdzić, że choć model powstawał pod przemożnym wpływem Charles'a de Gaulle'a, który doprowadził w 1962 r. do nowelizacji konstytucji wprowadzającej bezpośrednio i powszechne wybory prezydenta, jego zasadniczą efektywność potwierdzają kolejne dekady funkcjonowania. Godzi się odnotować, że V Republika Francuska nie jest absolutnym prekursorem takiego rozwiązania ustrojowego, bowiem już Republika Weimarska wprowadziła model mający cechy semiprezydencjalizmu, co więcej, w pewnym stopniu ustrój współczesnej Francji rozwija dorobek III i IV Republiki (głównie w kwestii odpowiedzialności rządu przed parlamentem).

Przywoływany Elgie, notabene badacz o generację młodszy od Duvergera, dowodzi, że semiprezydencjalizm to ustrój, w którym wyborcy wybierają na określoną kadencję prezydenta (w domyśle chodzi tu nie tylko o z góry zakreśloną granicę czasową pełnienia mandatu, lecz również niemożność usunięcia go z urzędu z przyczyn politycznych), współfunkcjonującego z premierem i rządem, który to ponosi odpowiedzialność przed legislatywą<sup>22</sup>.

Bardziej rozległą definicję semiprezydencjalizmu przedstawił przywoływany Sartori. Wymienił on pięć elementów konstytuujących tę kategorię. Prezydent wybierany jest na określoną kadencję w wyborach powszechnych; prezydent współdzieli władzę wykonawczą z premierem; prezydent jest niezależny od parlamentu, jednak nie może rządzić samodzielnie lub bezpośrednio, władzę sprawuje przy pomocy rządu; premier i członkowie rządu są niezależni od prezydenta, podlegają parlamentowi, który dysponuje prawem udzielania wotum zaufania lub nieufności, dla istnienia rządu niezbędne jest poparcie większości składu izby; ma miejsce podwójna struktura egzekutywy, która pozwala na kreowanie różnych modeli równowagi i przesunięć władzy wewnątrz egzekutywy<sup>23</sup>.

Definicje Duvergera, Elgiego i Sartoriego odwołują się przede wszystkim do treści norm konstytucyjnych poszczególnych przypadków i to

<sup>21</sup> M. Duverger, *A New Political System Model...*, *op. cit.*, s. 165–167.

<sup>22</sup> R. Elgie, *What is Semi-Presidentialism and where is it found*, [w:] *Semi-Presidentialism Outside Europe*, eds *idem*, S. Moestrup, London 2007, s. 9.

<sup>23</sup> G. Sartori, *Comparative constitutional engineering...*, *op. cit.*, s. 132.



na ich podstawie dokonują oni charakterystyki semiprezycjonalizmu, a raczej semiprezycjonalizmów. Badacze na swój sposób uwzględnili możliwe wariacje (racjonalizacje) wewnątrz kategorii semiprezycjonalizmu. Duverger wyróżniał podtypy silnej prezydentury, słabej prezydentury i równowagi pomiędzy rządem a prezydentem. Za kryteria posłużyły mu: siła władzy prezydenta, charakter systemu partyjnego, polityczny kontekst funkcjonowania poszczególnych instytucji (prezydenta, rządu, parlamentu). Elgie z kolei w ramach semiprezycjonalizmu dokonał rozróżnienia na system wysoce sprezydcjonalizowany (*highly presidentialized system*), prezydenturę ceremonialną z silną pozycją premiera oraz model równowagi sił pomiędzy prezydentem a premierem. Zatem badacze są zgodni co do możliwości istnienia różnych politycznych equilibrium w ramach semiprezycjonalizmu.

Ogółem współcześnie semiprezycjonalizm rozumie się jako określona strukturę stosunków międzyinstytucjonalnych, w której ma miejsce dualizm egzekutywy. Władza wykonawcza spoczywa w rękach powszechnie wybieranego prezydenta oraz rządu ponoszącego odpowiedzialność przed parlamentem. Przy tym charakter relacji w trójkącie prezydent–premier(rząd)–parlament może być rozmaity<sup>24</sup>. Słuszne wydaje się stwierdzenie, że to charakter tychże relacji decyduje o istocie ustroju semiprezycjonalnego, zaś sama nazwa jest dalece myląca. Wbrew temu, co może sugerować jego nazwa, nie jest to ustrój, który w połowie recypuje wzorce ustrojowe modelu prezydenckiego. Jest to system samoistny, niezależny od prezydcjonalizmu i parlamentaryzmu, nawet jeśli istnieją między nimi pewne podobieństwa<sup>25</sup>.

### Semiprezycjonalizm – argumenty za i przeciw wdrożeniu

Jednoznaczna ocena semiprezycjonalizmu jako formy rządów, pod kątem jego efektywności, stabilności i demokratyczności, co dość oczywiste, nie może być jednoznaczna. Duże zainteresowanie tymże modelem i jego wdrożenie w wielu państwach Europy, Azji i Afryki pozwala jednak na pewne uogólnienia. Semiprezycjonalizm doczekał się już bogatej

<sup>24</sup> M.in. B. Banaszak, *Szef rządu we współczesnych systemach ustrojowych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, nr 2, s. 133–159.

<sup>25</sup> V. Litvin, *Kritika klassicheskogo i postklassicheskogo opredeleniya poluprezycjonalizma i ee rol' v postroenii sistematičeskogo koncepta poluprezycjonalnoi systemy pravleniya*, „Studia Politologiczne” 2017, nr 44, s. 37.

literatury<sup>26</sup>, co więcej, stał się też chętnie, według niektórych badaczy najczęściej na świecie, recypowanym wzorcem ustrojowym, szczególnie w państwach tzw. nowej demokracji, w tym postkomunistycznych<sup>27</sup>.

Francja wdrożyła semiprezydencjalizm w wyniku krytycznej refleksji nad dorobkiem parlamentarnej IV Republiki. Szczególnie po 1962 r., gdy wprowadzono bezpośrednie wybory prezydenta Francji, co wzmocniło jego legitymację, rządy stały się bardziej stabilne i efektywne. Semiprezydencjalizm sprawdził się też w przypadku wielu państw przechodzących fazę transformacji postautorytarnej. Za *success story* można uznać przypadki Portugalii po rewolucji goździków czy Polski po przełomie lat 80. i 90.

Przywoływany badacz semiprezydencjalizmu Elgie wskazuje, że ustrój ten jest

udanym kompromisem pomiędzy siłami politycznymi, które chcą prezydencjalizmu, licząc, że ich ugrupowanie jest w stanie zdobyć prezydenturę, oraz tymi, które chcą parlamentaryzmu, uważając, że nie są zbyt silne, by zdobyć prezydenturę, lecz na tyle silne by wejść w skład rządu koalicyjnego i tym sposobem współdzielić władzę wykonawczą<sup>28</sup>.

Przed wszystkim podnosi się walor silnej legitymacji, czerpanej z wyborów bezpośrednich, prezydenta i parlamentu, oraz odpowiedzialność rządu przed parlamentem, która daje możliwość oddziaływania, korygowania jego działalności przez legislatywę. Wskazuje się także, że

plebiscytarny element semiprezydencjalizmu związany jest z poszukiwaniem rdzenia legitymacji, ochroną przeciwko odśrodkowym tendencjom w systemie politycznym i rozkładowi opinii publicznej spowodowanej powstaniem i istnieniem koalicji rządzących w oparciu o interesy sektorowe<sup>29</sup>.

Jednocześnie odnotować również należy istotne ryzyko związane z semiprezydencjalizmem. Zdaniem Alana Siaroffa właściwy jest mu potencjalnie dualistyczny charakter egzekutywy, a przynajmniej moż-

<sup>26</sup> M.in.: R. Elgie, *Semi-Presidentialism. Sub-Types and Democratic Performance*, Oxford 2011; J.A. Cheibub, Z. Elkins, T. Ginsburg, *Beyond Presidentialism and Parliamentarism*, „British Journal of Political Science” 2014, vol. 44, no. 3, s. 515–544.

<sup>27</sup> D.J. Samuels, M.S. Shugart, *Presidents, Parties, and Prime Ministers. How the Separation of Powers Affects Party Organization and Behavior*, Cambridge 2010, s. 40.

<sup>28</sup> R. Elgie, *Three waves of semi-presidential studies*, „Democratization” 2016, vol. 23, s. 49–70.

<sup>29</sup> A.D. Lacerda, *The Normative Bases of Semi-Presidentialism: Max Weber and Mitigation of Caesarism*, „Brazilian Political Science Review” 2020, vol. 14, no. 1, s. 1–32.

liwość blokowania rządu przez prezydenta lub parlament. Ten dualizm, wobec możliwej dość dużej autonomii rządu (premiera) względem prezydenta w przypadku koabitacji, może prowadzić do konfliktu, który instytucjonalnie nie może być w prosty sposób zneutralizowany<sup>30</sup>. Koabitacja może przybierać różne formy, a zatem nie zawsze wynika z niej prawdopodobieństwo ostrego konfliktu wewnątrz egzekutywy. Jej charakter uwarunkowany jest pozycją ustrojową prezydenta (zakresem jego kompetencji), konfiguracją partyjną wewnątrz parlamentu i czynnikami osobowościowymi, głównie premiera i prezydenta<sup>31</sup>. Jednocześnie brakuje dostatecznych dowodów na to, by twierdzić, że koabitacja bywa tak dysfunkcyjnym zjawiskiem, iż podważa sprawność instytucjonalną państwa<sup>32</sup>. Z tego powodu badacze nie uważają zagrożeń płynących ze specyfiki semiprezydencjalizmu, głównie potencjalnego konfliktu wewnątrz egzekutywy, jako dyskwalifikujących ten typ ustroju. Wskazuje się na zdolność systemu do przechodzenia od modelu z dominującą pozycją prezydenta do modelu z dominującą pozycją premiera, zaś koabitację ocenia się jako przejaw elastyczności tegoż ustroju<sup>33</sup>.

Inne zastrzeżenia dotyczące semiprezydencjalizmu odnoszą się przede wszystkim do koncentracji władzy w rękach prezydenta, osłabienia systemu partyjnego, a w rezultacie – perspektywy autorytaryzacji systemu politycznego<sup>34</sup>. Przykładów realizacji takiego zagrożenia dostarczają ostatnie trzy dekady ewolucji ustrojowej Rosji czy Ukrainy. Wzmocnienie władzy prezydenta dokonywało się w przypadku Rosji

<sup>30</sup> A. Siaroff, *Comparative presidencies...*, *op. cit.*, s. 303.

<sup>31</sup> O. Protsyk, *Intra-Executive Competition between President and Prime Minister. Patterns of Institutional Conflict and Cooperation under Semi-Presidentialism*, „Political Studies” 2006, vol. 54, no. 2, s. 219–244.

<sup>32</sup> J.A. Cheibub, S. Chernykh, *Are semi-presidential...*, *op. cit.*, s. 202–229.

<sup>33</sup> J. Åberg, T. Sedelius, *A Structured...*, *op. cit.*, s. 1120.

<sup>34</sup> Z tego powodu zasadne jest wyodrębnianie z kategorii semiprezydencjalizmu modelu superprezydenckiego, który przy zasadniczych zbieżnościach z semiprezydencjalizmem właściwy jest państwu niedemokratycznemu. Państwa reprezentujące superprezydencjalizm, ze względu na dominującą pozycję prezydenta w systemie politycznym, jego zwierzchnią rolę nie tylko względem egzekutywy, lecz także rozległe kompetencje i wobec władzy ustawodawczej (w tym głównie prawo rozwiązywania parlamentu i kompetencje prawodawcze niekiedy wręcz wyręczające parlament w działalności legislacyjnej), często określa się mianem prezydenckich. Jest to błędne, bowiem pojęcie to winno być zarezerwowane wyłącznie do modelu, którego wzorcem są Stany Zjednoczone ze ścisłym rozdziałem legislatywy i egzekutywy. Szerzej: R. Czachor, *Superprezydencjalizm jako odrębny system polityczno-prawny*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2022, nr 4(68), s. 89–98.

w wyniku przyjęcia nowej ustawy zasadniczej w 1993 r., a następnie kolejnych modyfikacji w epoce Władimira Putina, których kulminacyjnym punktem była reforma konstytucyjna w 2021 r.<sup>35</sup> W przypadku Ukrainy wahadło ustrojowe wychyliło się raz w stronę wzmocnienia władzy prezydenta, raz w kierunku wzmocnienia władzy parlamentu, za każdym razem angażując nie tyle całe systemy partyjne co grupy oligarchiczne kontrolujące życie publiczne<sup>36</sup>.

W istocie, gdy mowa o negatywnych stronach semiprezydencjalizmu, dotyczy to nie tyle jego trwałych cech, immanentnie właściwych semiprezydencjalizmowi, co potencjalnie istniejących zagrożeń, ryzyka pewnych nadużyć. Mogą się one ujawnić szczególnie w przypadkach tzw. młodych demokracji, gdzie nie wykształcił się stabilny system wielopartyjny, a społeczeństwa podatne są na radykalną, najczęściej narodowo-konserwatywną retorykę. W warunkach tych istnieje ryzyko odejścia od wartości demokratycznego państwa prawa i pluralizmu politycznego. Oznacza to zatem nie tylko istotną modyfikację semiprezydencjalizmu, ale odrzucenie zasady rządów prawa i demokracji, co w zasadzie oznacza utratę fundamentu, na którym budowane są studia ustrojowoporównawcze. Przy formalnym zachowaniu cech semiprezydencjalizmu w państwach tych ma miejsce personalizacja władzy, ścisła centralizacja oraz faktyczne podporządkowanie parlamentów głowom państw. Ponadto praktycznie nie funkcjonują w nich rywalizacyjne systemy polityczne, a wybory pełnią role symboliczne<sup>37</sup>. Nieco bliżej problem ten omówiony został poniżej jako superprezydencjalizm zniekształcony, niedemokratyczny wariant semiprezydencjalizmu. *Tout court*, semiprezydencjalizm jest tak pojemną grupą ustrojową, że trudno o jego jednoznaczną ocenę.

### Główne odmiany semiprezydencjalizmu we współczesnym świecie

Jak zaznaczono wcześniej, jednoznaczne zdefiniowanie cech modelu semiprezydenckiego jest problematyczne. Trudność tę potęguje to, że także pozostałe modele ustrojowe, parlamentaryzm i prezydencjalizm,

<sup>35</sup> *Idem*, *Reforma konstytucyjna w Federacji Rosyjskiej w 2020 roku*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 3(61), s. 261–276.

<sup>36</sup> *Idem*, *Postradzieckie reżimy polityczne w perspektywie neopatrymonialnej. Wstęp do badań*, Wrocław 2015.

<sup>37</sup> *Idem*, *Instytucjonalne uwarunkowania rywalizacji o władzę w postradzieckich systemach autorytarnych*, „Politeja” 2018, nr 4(55), s. 175–194.

z reguły wdrażane są z istotnymi modyfikacjami, granice między nimi są zatem stosunkowo umowne. Szczególnie dotyczy to trudności w demarkacji granicy pomiędzy parlamentaryzmem a semiprezydencjalizmem. Przy szerokim ujęciu parlamentaryzmu okazuje się, że spośród demokratycznych państw Europy od tego wzorca odbiegają tylko trzy podmioty: Cypr (prezydencjalizm), Szwajcaria oraz San Marino (systemy mieszane)<sup>38</sup>. W doktrynie nie ma jednolitego stanowiska w kwestii, czy sposób wyboru głowy państwa (bezpośredni vs. pośredni) rozstrzyga o przynależności do parlamentaryzmu czy semiprezydencjalizmu<sup>39</sup>. Wskutek tego takie państwa jak Polska mogą być zaliczane do obu kategorii. Tytułem ilustracji przytoczyć można typologię parlamentaryzmów zaprezentowaną przez Siaroffa. Wyróżniał on parlamentaryzm z dominującą prezydenturą (m.in. Francja), a więc w istocie semiprezydencjalizm, parlamentaryzm z prezydenturą korygującą (m.in. Polska), prezydenturą symboliczną (m.in. Niemcy) i parlamentaryzm monarchiczny (m.in. Belgia). W tak szerokim rozumieniu parlamentaryzmu ma miejsce sprzeczność, bowiem parlamentaryzm z silną prezydenturą w istocie kłóci się z podstawową cechą parlamentaryzmu, a więc odpowiedzialnością rządu przed legislatywą<sup>40</sup>.

Okoliczność powyższa utrudnia jakiegokolwiek próby teoretyzowania i konstruowania klasyfikacji. W przypadku modyfikacji prezydencjalizmu na uwagę zasługuje okoliczność, iż szereg państw wprowadził mechanizm parlamentarnej odpowiedzialności bądź całego rządu, bądź poszczególnych ministrów (m.in. w Gwatemali, Wenezueli i Paragwaju). Inne urzędy konstytucyjne w tych państwach, właściwe prezydencjalizmom, są zachowane, w tym bezpośredni wybór prezydenta, jego zasadniczy brak odpowiedzialności przed parlamentem (pomijając instytucję impeachmentu), dyskrecjonalność w kwestii obsady stanowisk rządowych, brak możliwości przedterminowego rozwiązania parlamentu przez głowę państwa.

W świetle badań przywoływanych autorów istotnym miernikiem charakteru semiprezydencjalizmu jest siła normatywnych (konstytucyj-

<sup>38</sup> M. Wallner, *Podziały...*, *op. cit.*, s. 86.

<sup>39</sup> Ograniczając się do poglądów polskiej nauki, stanowisko aprobujące wyrażał m.in. R. Mojak (*Instytucja prezydenta RP w okresie przemian*, Lublin 1995), przeciwnie – m.in. T. Słomka (*Prezydentura w Europie Środkowo-Wschodniej*, [w:] *Zagadnienia konstytucjonalizmu krajów Europy Środkowo-Wschodniej*, red. T. Mołdawa, Warszawa 2003).

<sup>40</sup> A. Siaroff, *Comparative presidencies...*, *op. cit.*, s. 296–302; A. Antoszewski, *Reżimy...*, *op. cit.*, s. 174–175.

nych) i politycznych uprawnień prezydenta. Ma to szczególnie doniosłe znaczenie w przypadku wspomnianych wyżej superprezycjonalizmów, ustrojów, w których prezydenci dominują nad systemami politycznymi, powołują i odwołują rząd, mają prawo rozwiązania legislatury, a dysponując prawem wydawania dekretów z mocą ustawy, wręcz „wyręczają” parlamenty w działalności prawotwórczej (np. Białoruś). Z innej strony, nawet w semiprezycjonalizmach parlamentarno-gabinetowych formalnie słabą pozycję ustrojową prezydent może kompensować w sposób pozanormatywny – autorytetem politycznym, nieformalnymi narzędziami wpływu na głównych aktorów politycznych.

Równie istotne modyfikacje dotyczą ustroju semiprezycjonalistycznego. W tym przypadku o jego charakterze decydują zarówno cechy normatywne, jak i praktyka polityczna. Jak zasadnie pisał Andrzej Antoszewski, o tym, kto sprawuje realną władzę w semiprezycjonalizmach, decydują, zależnie od okoliczności, wybory parlamentarne lub prezydenckie<sup>41</sup>. Opierając się na dostępnym materiale empirycznym, można dokonać wyodrębnienia przynajmniej trzech podtypów:

- a) semiprezycjonalizm z elementami parlamentarizmu;
- b) semiprezycjonalizm z dominującą pozycją premiera;
- c) semiprezycjonalizm z elementami silnego prezydenckizmu.

Dwa ostatnie z wymienionych podtypów są również nazywane odpowiednio premiersko-prezydenckim oraz prezydencko-parlamentarnym<sup>42</sup>. Niektórzy badacze próbują wyodrębnić jeszcze dwie kategorie, semiprezycjonalizmu koabitacyjnego i semiprezycjonalizmu równowagi władz<sup>43</sup>, jednakże ich istnienie jest głównie wynikiem określonego politycznego *equilibrium*, które ma miejsce w określonym czasie i miejscu, jednakowoż nie jest oddzielnym rozwiązaniem normatywnym.

Ad a) Wykształcenie się modelu z silną pozycją parlamentu może wynikać głównie z rozwiązań normatywnych, tj. ograniczonych kompetencji prezydenta, szczególnie w kwestiach legislacyjnych, a także uwarunkowań politycznych, istnienia rządu, który uzależniony jest od politycznych nastrojów w parlamencie (np. braku stabilnej większości parlamentarnej popierającej rząd, rozdrobnienie partyjne izby). W modelu tym rząd może proponować projekty ustaw, ale ich ostateczny kształt należy do parlamentu<sup>44</sup>. Przykład takiego modelu

<sup>41</sup> A. Antoszewski, *Reżimy...*, *op. cit.*, s. 179.

<sup>42</sup> M.S. Shugart, J.M. Carey, *Presidents...*, *op. cit.*, s. 30–31.

<sup>43</sup> T. Jung-Hsiang, *Sub-Types of Semi-Presidentialism and Political Deadlock*, „French Politics” 2008, vol. 6, s. 63–84.

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 72.

stanowi Portugalia. Prezydent Portugalii jest wybierany bezpośrednio w wyborach powszechnych (art. 121 konstytucji), ma on prawo powoływania premiera, dysponuje prawem weta zawieszającego oraz rozwiązania parlamentu w określonych przypadkach (art. 187). Nie ma on jednak prawa do wydawania aktów prawnych.

Ad b) Dominacja premiera może wynikać z przepisów konstytucyjnych, tj. kumulacji w jego rękach władzy wykonawczej przy ograniczonej lub symbolicznej roli w tym zakresie prezydenta. W świetle drugiego kryterium semiprezydencjalizmu według Duvergera (zakres kompetencji własnych prezydenta) zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy w ogóle takich przypadków nie należałoby klasyfikować jako parlamentaryzmy. Jako przykłady takiego rozwiązania ustrojowego przywoływane są ustroje współczesnej Austrii, Irlandia czy też Islandii. W literaturze przedmiotu poświęca się im stosunkowo dużo uwagi, bowiem bywają również lokowane na łonie parlamentaryzmu<sup>45</sup>.

Główną cechą modelu jest istnienie instytucji powszechnie wybranego prezydenta, którego pozycja względem pozycji premiera jest relatywnie słaba, tj. ma on względem szefa rządu ograniczone lub wręcz symboliczne kompetencje w zakresie sprawowania władzy wykonawczej. Osobliwym przypadkiem jest Islandia, której ustawa zasadnicza wprost deklaruje parlamentarny ustrój państwa (art. 1 konstytucji). Prezydenci wszystkich trzech wymienionych państw pochodzą z wyborów bezpośrednich. Mają oni prawo obsadzania stanowisk rządowych, ale są w tym zakresie uzależnieni istniejącymi układami sił w parlamentach. Mają oni stosunkowo ograniczone kompetencje, głównie o charakterze symbolicznym i ceremonialnym, a te, które mają istotniejsze znaczenie dla funkcjonowania państwa, związane są z koniecznością uzyskania aprobaty (kontrasygnaty) rządu. W przypadku Irlandii i Islandii możliwe jest przedterminowe pozbawienie urzędu prezydenta. W procedurę zaangażowane są jednak nie tylko parlamenty, ale i społeczeństwa, które rozstrzygnięcia dokonują w trybie referendum powszechnego. O przypadkach tych Duverger pisał, że ich konstytucje są semiprezydenckie, zaś praktyka polityczna – parlamentarna<sup>46</sup>. Jednocześnie nie miał on wątpliwości, by klasyfikować je właśnie jako semiprezydenckie, zaliczając do tejże grupy także tak odległe formy ustrojowe jak Francji, Portugalii, a w okresie

<sup>45</sup> M. Duverger, *A New Political System Model...*, *op. cit.*, s. 167; O.I. Zaznaev, *Atipichnye prezidentskie i poluprezidentskie systemy*, „Uchenye Zapiski Kazanskogo Gosudarstvennogo Universiteta” 2005, t. 147, k. 1, s. 54–69.

<sup>46</sup> M. Duverger, *A New Political System Model...*, *op. cit.*, s. 167.

późniejszym także Polski czy Rosji. Odmiennego zdania byli inni badacze, w tym Lijphart, traktujący omówione trzy przypadki jako przykłady „niemalże w pełni parlamentarne”<sup>47</sup>.

Ad c) Dominacja prezydenta może wynikać z norm konstytucyjnych oraz sytuacji politycznej (np. autorytet prezydenta i polityczne podporządkowanie większości parlamentarnej). Prawo powoływania i odwoływania rządu oraz rozwiązanie parlamentu przez prezydenta jest szczególną cechą semiprezydencjalizmu z elementami silnej prezydentury przede wszystkim w wariacie superprezydencjalizmu. W takich przypadkach przejawia się zasada hierarchicznego dualizmu egzekutywy – premier nie ma możliwości uzyskania pozycji lidera analogicznej do roli, jaką odgrywa zwykle szef rządu w ustroju parlamentarnym<sup>48</sup>. Spośród państw demokratycznych emblematycznym przykładem takiego modelu jest ustrój współczesnej Francji. Zgodnie z konstytucją z 1958 roku prezydent powołuje i odwołuje szefa rządu oraz przewodniczy obradom rządu (art. 8, 9 konstytucji). Elgie z kolei uważa, że spośród współczesnych demokratycznych państw świata model semiprezydencyjny z silną prezydenturą reprezentują wyłącznie Gujana, Korea Południowa, Namibia oraz Peru<sup>49</sup>.

Poza omawianym modelem należy umieścić niedemokratyczny ustrój semiprezydencyjny, tj. superprezydencjalizm. Ma on cechy właściwe semiprezydencjalizmowi, natomiast jego cechą jest korelacja silnej prezydentury, mającej rozległe kompetencje także w sferze prawodawczej, ze słabością parlamentu (istnieje m.in. szeroki wachlarz przesłanek rozwiązania przez prezydenta legislatury) oraz słabością systemu partyjnego. Model ten rozpowszechniony jest na obszarze postradzieckim, od Białorusi i Rosji po Azerbejdżan i Tadżykistan<sup>50</sup>.

## Zakończenie

Jak wskazano w niniejszym artykule, semiprezydencjalizm to model ustrojowy, który ma względnie krótką historię, lecz w ostatnich dekadach jest często implementowany przez poszczególne państwa. W ślad

<sup>47</sup> A. Lijphart, *Nomination: trichotomy or dichotomy?*, „European Journal of Political Research” 1997, vol. 33, no. 1, s. 125–128.

<sup>48</sup> A. Antoszewski, *Reżimy...*, *op. cit.*, s. 182.

<sup>49</sup> R. Elgie, *A Fresh Look at Semipresidentialism. Variations on a Theme*, „Journal of Democracy” 2005, vol. 16, no. 3, s. 103.

<sup>50</sup> R. Czachor, *Superprezydencjalizm...*, *op. cit.*, s. 89–98.



z tym idzie wzmożone zainteresowanie badaczy cechami dystynktywnymi semiprezycjonalizmu, jego relacją względem parlamentaryzmu, efektywnością, a także zagrożeniami, które może przynieść.

Na gruncie teoretycznym, mimo już kilku dekad dyskusji nad treścią pojęcia semiprezycjonalizmu, wciąż pozostaje kwestią dyskusyjną, jak wytyczyć granicę pomiędzy parlamentaryzmem a semiprezycjonalizmem. Główną przyczyną tego stanu rzeczy jest okoliczność, że nie w każdym przypadku bezpośredni wybór prezydenta wiąże się z jego silną pozycją wobec rządu. Co więcej, analiza normatywna nie zawsze przynosi odpowiedzi na pytanie o to, jaki typ ustroju w danym państwie funkcjonuje – duże znaczenie w tym względzie mają zjawiska pozanormatywne, układ sił politycznych i cechy osobowościowe polityków zajmujących naczelne stanowiska państwowe.

Z rozważań przedstawionych w powyższym artykule płynie wniosek, że we współczesnych państwach demokratycznych i demokratyzujących się ma miejsce potrzeba wzmacniania legitymacji dualistycznej egzekutywy, która to dokonywana jest w wyniku bezpośrednich wyborów głowy państwa. Tak silny mandat prezydenta wyposaża go w pewien polityczny kapitał, potencjał do działania. Znajduje on swoją realizację w sferze władzy wykonawczej, którą jednak współdzieli z rządem. Normatywny i polityczny wymiar relacji pomiędzy prezydentem a rządem staje się kluczowy dla określenia charakteru danego ustroju w ramach szerokiej kategorii semiprezycjonalizmu. Tenże wymiar relacji wewnątrz egzekutywy może istotnie wpływać na stabilność/nestabilność rządów, ich jakość (współpraca lub niechętna koabitacja). Wypracowanie narzędzi współpracy i koordynacji wewnątrz egzekutywy w systemach semiprezycjonalistycznych jest kwestią tyle ważną co i dalece indywidualną<sup>51</sup>. Ten sam problem dotyczy relacji wzajemnych pomiędzy prezydentem a parlamentem. Wobec braku ścisłego rozdzielenia legislatywy i egzekutywy, politycznej podległości rządu zarówno parlamentowi, jak i (w określonym stopniu) prezydentowi, sprawowanie władzy może generować poważne kryzysy, paraliż w obsadzaniu kluczowych stanowisk publicznych. Co więcej, semiprezycjonalizm może być punktem wyjścia ku personalizacji władzy, antydemokratycznym zwrotem, który może skutkować ewolucją ustroju w kierunku superprezycjonalizmu.

<sup>51</sup> Por. T. Raunio, T. Sedelius, *Semi-Presidential Policy Making in Europe. Executive Coordination and Political Leadership*, New York 2020; krytycznie: R. Czachor, *O zagadnieniu współpracy organów władzy wykonawczej w systemach półprezycjonalistycznych*, „Przegląd Sejmowy” 2022, nr 2(169), s. 217–224.



Marek Dębowski\*

## Nawiązania prawne i ekonomiczne w polskiej komedii oświeceniowej

Pod koniec 1779 r. w świeżo otwartym w Warszawie gmachu Teatru Narodowego, który – jak wiadomo – powstał w 1765 r. z inicjatywy króla Stanisława Augusta Poniatowskiego, publiczność obecna na premierze komedii Stanisława Trembeckiego pt. *Syn marnotrawny*<sup>1</sup> usłyszała ze sceny zdumiewające słowa:

BIZARSKI

Nie wiesz to, że ci każe przyszłe zaślubienie,  
Byś mu oddała serce? Nie wiesz?

ELŻUSIA

Pewnie, że nie.  
Znam ja, kochany ojczy, cokolwiek te prawa,

---

\* Dr hab., prof. UJ, Uniwersytet Jagielloński, ORCID: 0000-0002-4933-1818.

<sup>1</sup> *Syn marnotrawny* Trembeckiego to tłumaczenie na polski „komedii poważnej” Woltera pt. *L' Enfant prodigue* z 1736 r. Mówiąc ściślej, *Syn marnotrawny* to nie tyle przekład, co „polonizacja” zastosowana zgodnie z teorią wyłożoną w 1771 r. przez księcia Adama Kazimierza Czartoryskiego, która polegała na dostosowywaniu do polskich warunków wszystkich elementów treści obcej komedii (imion bohaterów, sytuacji, aluzji *etc.*) Stąd „ustawy Herburta”, których – co oczywiste – nie ma w komedii Woltera.

Pod które obowiązek wieczysty poddawa [...]
   
Co się tyczy kochania to jest rzecz osobna,
   
Wewnętrzny poruszeniem rządzić nie podobna [...]
   
Natura i uczciwość mają swoje prawa,
   
Więcej warte niż wasza w Herburcie ustawa!<sup>2</sup>

Elżusia, postać wyrażająca w komedii Trembeckiego postępowe (oświeceniowe) idee na temat praw kobiety do samostanowienia, wypowiada te odważne słowa w chwili, gdy ojciec chce zmusić ją do małżeństwa z sarmackim jurystą Sieciechem. Walcząc o poślubienie Walerego (tytułowego syna marnotrawnego, brata Sieciecha), którego z wzajemnością kocha, sprzeciwia się nie tylko odwiecznemu nakazowi posłuszeństwa córki wobec ojca. Sprzeciwia się fundamentalnym zasadom porządku społecznego. Czyni to w przekonaniu, że najuczciwsze i najwartościowsze prawa stanowi sama natura. Wzywając naturę jako najważniejszą legitymację swego prawa do małżeństwa z miłości, Elżusia stawia się jednak ponad ówczesnym prawem rodzinnym, regulowanym od wieków przez prawo kanoniczne i świeckie.

Trembecki – w co nie wątpimy – świadomie przywołał polską kodyfikację prawną, wydaną jeszcze w XVI wieku przez Jana Herburta (*Statuti Regni Poloniae*). Kompendium to, jak pisze historyk prawa, Stanisław Płaza, „o dużym znaczeniu praktycznym i wielkiej popularności, [...] było wielokrotnie później wydawane aż po połowę XVIII wieku”<sup>3</sup>. Młodzi pragnący się pobrać byli, w świetle tych praw, całkowicie zależni od woli rodziców (*de facto* ojca). Uwierzytelnianie tych praw odnajdujemy w wielu polskich komediach doby oświecenia już na samym początku działalności Teatru Narodowego. Wkrótce po inauguracji narodowej sceny widzimy w jej repertuarze sztuki prezentujące wyrazisty obraz braku praw kobiety (podległej mężowi) i wszechmocnych praw mężczyzny w życiu rodzinnym. Jest on, mówiąc najogólniej, zdeterminowany przez zwulgaryzowaną interpretację zaczerpniętego z Biblii nakazu „Bądźcie płodni i rozmnażajcie się, abyście zaludnili ziemię” (Księga Rodzaju, 1, 28)<sup>4</sup>, którą szerokie rzesze drobnej i średniej szlachty oraz mieszczan umiejących czytać znajdowały w kalendarzach i almanachach. W osiemnastowiecznym kalendarzu, który „był często, poza drukami religijnymi, jedyną właściwie książką w dworku

<sup>2</sup> Wolter, *Syn marnotrawny*, tłum. S. Trembecki, oprac. J. Adamski, Wrocław 1951, s. 10 i 33.

<sup>3</sup> S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. 1, Kraków 1997, s. 142.

<sup>4</sup> Za Biblią Tysiąclecia.

szlacheckim”<sup>5</sup>, zagadnienia związku kobiety z mężczyzną były prezentowane w jednym ciągu z informacjami o dobytku, o płodach ziemi i hodowli zwierząt, i ich zależności od ciał astralnych. Oto kilka przykładów z pierwszej połowy XVIII wieku: „Rozdz. I. O dorocznich rządach [...] Rozdz. VII. O urodzajach polnych. Rozdz. VIII. O małżeńskim stanie”<sup>6</sup>. Albo inny wariant: „Czy będą urodzaje? Matrony ciężarne jak? [sic!]”<sup>7</sup>, bądź: „O zaćmieniach. O panu dorocznym. O urodzaju polnym, ogrodowym i sadowym. O paniach zamężnych płodnych i niepłodnych”<sup>8</sup>. Czasami pojawiał się drobny akcent współczucia: „Ciężarnym paniom jaka otucha?”<sup>9</sup>.

Przykłady te nie są dobierane tendencyjnie. W 196 kalendarzach polskich przechowywanych w Bibliotece Czartoryskich w Krakowie wyżej przytoczony układ jest dominujący. Pierwsze kalendarzowe informacje wskazujące na zmianę owego układu odniesień pojawiają się pod koniec lat 70., a na dobre zagospzczą dopiero w latach 80., np. „Wiadomości potrzebne żonom, czyli sztuka odzyskania serca mężowskiego”<sup>10</sup>. Dopiero na początku lat 90. w kalendarzach znajdują swe miejsce sprawy, które dzisiaj nazwalibyśmy seksapilem, np. „O talii dziewcząt oraz o sposobach aby różnymi były i wysmukłymi [...]. Jak potrzebna ostrożność w miłości”<sup>11</sup>.

Owemu kalendarzowemu obrazowi praw małżeńskich, który pojawiał się w tle wielu komedii lat 60. i 70. XVIII wieku, nadał najbardziej intensywną barwę Franciszek Bohomolec w komedii *Małżeństwo z kalendarza*. Główny bohater, Staruszkiewicz, malowniczy, skrajnie konserwatywny Sarmata, wydając swą córkę Elizę, podchodzi do małżeństwa jak dobry gospodarz do rentowności nowej inwestycji. Wkład finansowy, rzekomo wielki majątek Marnotrawskiego, plus posag, który on daje, ma zagwarantować przedłużenie rodu. Aluzja w 1 scenie I aktu do prokreacyjnego charakteru owej inwestycji, do przesłania „rozmnajajcie się”, choć pokryta rubasznością, jest oczywista:

<sup>5</sup> H. Hinz, *Kalendarze*, [w:] *Słownik literatury oświecenia*, red. T. Kostkiewiczowa, Wrocław 1977, s. 235.

<sup>6</sup> J. Buła, *Katalog kalendarzy polskich od XVI do XVIII wieku w zbiorach Biblioteki Czartoryskich*, Kraków 1994, s. 106–107.

<sup>7</sup> *Ibidem*, s. 12.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 140.

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. 12.

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 40.

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 114.

STARUSZKIEWICZ

Dziś, Elizo, będziesz miała to, czego panienki w twoim wieku niecierpliwie żądają.

ELIZA

Cóż takiego, mości dobrodzieju?

STARUSZKIEWICZ

Męża, cha, cha, cha! Albo nie zgadłem, że tego pragniesz? Cha, cha, cha!

ELIZA

Jeszcze nie przestarzała, mogę wyśmienicie poczekać.

STARUSZKIEWICZ

Spodziewałem się, że mi na to prawdy nie powiesz. Wy, kobiety, wstydzicie się to wyznać, co najbardziej lubicie. Nie ganię tego, że idziesz torem płci swojej<sup>12</sup>.

Wpływ na ową sarmacką obyczajowość rodzinną ma u Staruszkiewicza jedynie kalendarz wyznaczający, jak mówi, „dzień najlepszy do ożenienia” oraz sposoby postępowania we wspólnym związku: „Ja was sam nauczę niektórych sekretów gospodarskich, które z pewnego starego kalendarza wypisałem”<sup>13</sup>. Miłość w tym układzie w ogóle nie wchodzi w rachubę. Eliza nie kocha Marnotrawskiego, ale nawet jej samej nie przychodzi do głowy, iż argument o uczuciu do Ernesta zrobi jakiegokolwiek wrażenie na ojcu. Miłość w świetle ówczesnego prawa rodzinnego oraz obyczajowości to element nieistotny, źródło słabości, a nie siły Elizy. Staruszkiewicz można przekonać, jedynie używając jego własnej logiki, czyli udowadniając, że inwestowanie w związek Elizy z Marnotrawskim grozi bankructwem. Na szczęście, jak to w komediach, dzięki różnym podstępom udaje się doprowadzić do szczęśliwego zakończenia.

Wracając do *Syna marnotrawnego*, Trembecki był jednym z najwierniejszych współpracowników króla i jest wielce prawdopodobne, że to właśnie on zachęcił poetę do przetłumaczenia i wystawienia komedii Woltera. Dla Stanisława Augusta walka z sarmacką obyczajowością stanowiła bowiem – jak pamiętamy – podstawowe zadanie w dziele reformowania I Rzeczypospolitej. Król wręcz sądził, że od zmiany sarmackiej mentalności zależy przyszłość Polski. Teatr Narodowy miał w tym obszarze bardzo ważną rolę do odegrania. Miał swym repertuarem „bawić i uczyć”. Uczyć nowej, zachodnioeuropejskiej, oświeconej obyczajowości, którą z Francji – od lat 60. XVIII wieku – niosła już na kartach swoich stronic *Encyklopedia* Diderota i d’Alemberta. Wolter, jako

<sup>12</sup> F. Bohomolec, *Komedie*, t. 2, oprac. i wstęp J. Kott, Warszawa 1960, s. 19, 23.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 23.

wielokrotny autor artykułów w *Encyklopedii* oraz słynny autor sztuk teatralnych, które grano w całej Europie, był na pewno w oczach króla oraz poety Trembeckiego tym, na którym warto się wzorować. *L'Enfant prodigue* jest bowiem wielkim wołaniem Woltera o zmianę patriarchalnych stosunków rodzinnych. We Francji i w całej Europie. Król i poeta zdawali sobie sprawę, że ten obszar prawny, obok wielu innych, należy w Polsce zreformować. W latach 1776–1778 król przedsięwziął próbę zreformowania prawa karnego i cywilnego, by dostosować je do nowocześniejącego się państwa, w tym do nowej, oświeconej obyczajowości społecznej. Miał to sprawić *Zbiór praw sądowych* zwany także Kodeksem Zamoyskiego, ale ta reforma – przyjęta przez Sejm w 1778 r. – spotkała się następnie ze zdecydowanym protestem konserwatywnej szlachty oraz rosyjskiego ambasadora (*de facto* namiestnika) Ottona Magnusa von Stackelberga, który od pierwszego rozbioru sprawował w imieniu carycy Katarzyny Wielkiej funkcję kontrolną nad Polską. Stackelberg w porozumieniu z nuncjuszem apostolskim, Giovannim Andreą Archettim, doprowadził w 1780 r. do przekupienia posłów i odrzucenia przez Sejm postępowej kodyfikacji prawa. Król i Trembecki pod koniec 1779 r., jeszcze przed obradami Sejmu, chcieli przypomnieć przedstawieniem *Syn marnotrawny*, że nowe, oświecone polskie prawodawstwo jest niezbędne.

Próby reformowania Rzeczypospolitej w czasach stanisławowskich obejmowały wiele obszarów. Równie ważne jak reforma prawa było reformowanie polskiej gospodarki. Reformy ekonomiczne przeprowadzane przez króla i obóz patriotyczny miały więcej szczęścia niż Kodeks Zamoyskiego. Po okresie marazmu czasów saskich pierwszych dziesięcioleci XVIII wieku pod panowaniem Stanisława Augusta jednym z najważniejszych obszarów staje się reforma polskich miast. Udała się. To był autentyczny sukces króla, który doprowadził do ich rozwoju i do wzbogacenia mieszczan dzięki – między innymi – zniesieniu wewnętrznych ceł i utworzeniu urzędów celnych na granicach Rzeczypospolitej, ujednoczeniu systemu miar i wag, budowie dróg i mostów, a przede wszystkim wskutek rozpoczętej w 1775 r. i trwającej do 1789 r. reformie zarządzania miastami królewskimi, którą prowadzono w ramach Komisji Dobrego Porządku nazywanych komisjami *Boni ordinis*. Dzięki wprowadzeniu w życie zaleceń tych komisji nastąpił świetny rozkwit wielkich miast: Warszawy, Poznania, Krakowa, Lublina, w których pojawiły się nowe grupy społeczne i zawodowe, unowocześnione formy życia gospodarczego (banki, manufaktury) oraz instytucje kulturalne (szkoły, biblioteki, czytelnie).

Przykład zreformowania przez Komisję Dobrego Porządku królewskiego miasta Poznania w 1780 r. jest jednym z kilku, ale dla historyka teatru to przykład wyjątkowo interesujący<sup>14</sup>, gdyż pochwała reformy Poznania została wyrażona w sztuce teatralnej *Burmistrz poznański* napisanej przez Jana Baudouina<sup>15</sup>, warszawskiego finansistę pochodzenia mieszczańskiego, którego rodzina w XVII wieku przybyła do Polski z Francji. Nowa, miejska i gospodarcza tematyka teatralna w repertuarze Teatru Narodowego w Warszawie nie jest skądinąd dziełem przypadku. Sytuacja sprzyjająca jej pojawieniu się na scenie na początku lat 80. XVIII wieku to wynik kilku okoliczności, wśród których wymienić należy przynajmniej trzy.

O pierwszej okoliczności wspomnieliśmy już na samym początku. Jesienią 1779 r. zaczyna funkcjonować nowy budynek teatru publicznego, wzniesiony w centrum Warszawy, przy dzisiejszym placu Kraśińskich. Teatr ten mógł pomieścić ponad tysiąc trzystu widzów i miał służyć różnym zespołom i tendencjom repertuarowym. Sprawy te są dość gruntownie przebadane, wiemy więc, że mimo gwałtownej nieraz rywalizacji antreprenierów Teatr Narodowy rozwijał się do czasu upadku I Rzeczypospolitej bez większych przeszkód, dając sposobność konkurowania i godziwego zarobku wielu autorom oraz stabilizując ogólnie życie teatralne.

Po drugie, Sejm, który zebrał się jesienią 1780 r., zakończył okres „jak najgorszych nastrojów”<sup>16</sup> związanych z porażką – o czym wspomniano wyżej – wprowadzenia w życie Kodeksu Zamoyskiego. To skłoniło króla do spowolnienia ostrego kursu reform, co przyczyniło się do uspokojenia ogólnej sytuacji w kraju. Także wydarzenia zewnętrz-

<sup>14</sup> W akapicie poświęconym tematowi ekonomicznemu zacerpnąłem kilka fragmentów z mojego artykułu: M. Dębowski, *Obraz miasta w komedii doby stanisławowskiej: aspekt fizjokratyczny*, [w:] *Odcisk palca – rozległy labirynt prace ofiarowane profesorowi Wojciechowi Ligęzie na jubileusz siedemdziesięciolecia*, red. M. Antoniuk, D. Siwor, Kraków 2021, s. 413–421.

<sup>15</sup> Baudouin jest równocześnie autorem librett i komedii, które cieszyły się swego czasu dużym powodzeniem od lat 70. Przykładowo, w 1777 r. sporządził tłumaczenie/polonizację *Tartuffe'a* Moliera i polski tytuł, antonomazja, *Świętoszek*, stał się w języku polskim powszechnym określeniem hipokryty.

<sup>16</sup> S. Mackiewicz, *Stanisław August*, reprint, Warszawa 1990, s. 159. Wybieram tę książkę historyczną o czasach stanisławowskich, gdyż Mackiewicz w stopniu większym niż inni badacze zwraca uwagę na klimat emocjonalny oraz na psychologiczne tło wydarzeń. W najnowszych książkach poświęconych ostatniemu królowi badacze poświęcają dużo miejsca osobowości Stanisława Augusta. Myślę zwłaszcza o pracach Zofii Zielińskiej, Piotra Ugniewskiego i Richarda Butterwick-Pawlikowskiego.



ne były, do momentu uchwalenia Konstytucji 3 Maja, pomysły dla Polski. Oba czynniki, zdaniem historyków, „przyniosły Polsce dużo lepszą koniunkturę, która była aż za dobra, bo przyprawiła nas o zawrót głowy i spowodowała katastrofę ostateczną”<sup>17</sup>. Owa koniunktura, niewymagająca większego zaangażowania politycznego, pozwalała niektórym literatom – jak pisze z kolei Edmund Rabowicz – „manifestować odrębność a nawet wyższość w stosunku do mas szlacheckich i grupy rządzącej, skupionej wokół króla”<sup>18</sup>. Wszystko to zaowocowało zintensyfikowaniem twórczości, a nade wszystko rozszerzeniem pola jej zainteresowań.

Trzecia okoliczność jest trudniejsza do określenia. Chodzi bowiem o recepcję „oświeconej” świadomości, o idee filozoficzne, społeczne i ekonomiczne rodem z Francji, które stały niejako za wyborem nowej, nieuwzględnianej wcześniej tematyki komedii. Badania nad recepcją francuskiego oświecenia w Polsce, choć wciąż niewystarczające, mają już pewną tradycję. Głównie dotyczy ona recepcji *Encyklopedii*. Dzięki pracy Ewy Rzadkowskiej *Encyklopedia i Diderot w polskim oświeceniu* potrafimy dość dokładnie wydzielić poszczególne fazy tej recepcji. Nie wchodząc w szczegóły, można stwierdzić, że jej faza „głęboka”<sup>19</sup>, ta, która odegrała determinującą rolę w rozwoju polskiej literatury i polskiego teatru, to dopiero początek lat 80.

*Encyklopedia* – jak wiadomo – obfituje w artykuły definiujące różne aspekty życia społeczno-gospodarczego: np. *Foire (Targi)* autorstwa Turgota, który wyjaśnia zasady wolnego rynku i konkurencji, *Impôt (Podatek)* de Jaucourta, *Arts mécaniques (Wytwórczość rękodzielnicza)* Diderota, czy *Grains (Ziarna)* Quesnaya. Czytane w Polsce, łącząc się z wpływającymi już od lat 50. XVIII wieku ideami fizjokratyzmu, artykuły te wpływały na świadomość społeczną polskich elit i okazały się – jak pisze Henryk Hinz – „niezmiernie ważne dla rozwoju antropologii filozoficznej dominującej w kulturze umysłowej polskiego oświecenia”<sup>20</sup>.

W świetle wyżej wyrażonych uwag proponuję przyjrzeć się właśnie komedii pt. *Burmistrz poznański*, którą wystawił w 1782 r. wspomniany Baudouin. Tematyka społeczno-ekonomiczna pojawia się w niej bardzo wyraźnie, choć nie jest pierwszoplanowa, zaś jej protagonista – postać ze wszech miar pozytywna – jest bogatym kupcem i sa-

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 191.

<sup>18</sup> E. Rabowicz, *Rokoko*, [w:] *Słownik literatury polskiego oświecenia*, op. cit., s. 608.

<sup>19</sup> E. Rzadkowska, *Encyklopedia i Diderot w polskim oświeceniu*, Wrocław 1955, s. 5.

<sup>20</sup> H. Hinz, *Fizjokratyzm*, [w:] *Słownik literatury oświecenia*, op. cit., s. 151.

morządowym działaczem, inwestującym na wielką skalę w produkcję rolną i handel zbożem.

Wpierw jednak, w dwu słowach, warto przypomnieć obraz gospodarki miejskiej, jaki publiczność warszawska oglądała wcześniej. Był najczęściej malowany bardzo jaskrawymi barwami. Uderzał karykaturalnością i nieprzychylnością w stosunku do osób, które trudniły się finansami bądź handlem. Wystarczy przywołać analizowane już wcześniej *Małżeństwo z kalendarza*, gdzie jedną z ważnych postaci komedii jest stary handlarz i lichwiarz o nazwisku der Anzelmowicz. Publiczności w 1766 r. kojarzyło się ono dźwiękowo z de Symonowiczem, warszawskim mieszczańinem pochodzenia ormiańskiego, kupcem i właścicielem browarów, który w stolicy był postrzegany jako wyjątkowy skąpiec, gorliwie zabiegający o szlachectwo<sup>21</sup>. Postać Anzelmowicza jest przedstawiona przez Bohomolca skrajnie negatywnie, a taki obraz kupca utrwał się w świadomości widzów tym bardziej, że *Małżeństwo z kalendarza* cieszyło się wielkim powodzeniem i Teatr Narodowy grał je do końca lat 80. Innym, ciekawym przykładem ośmieszania osób z trzeciego stanu może być sztuka *Mieszczki modne*, której bohater, o imieniu Kaźmirek, zarabia na życie niejasnymi interesami. Ta wystawiona w czerwcu 1781 r. i grana przez długi czas nie tylko w Warszawie komedia Dancourta, spolszczona przez Bogusławskiego, jest generalnie przepełniona niechęcią do mieszczan,

którzy raptownie zbogacili się po pierwszym rozbiornie, w wielu wypadkach zadziwiając i gorsząc stolicę swoim zbyt kownym życiem. Szczególnie warta podkreślenia wydaje się być irytacja Bogusławskiego na widok Kaźmirków, usiłujących zająć miejsce, które się im w życiu nie należy<sup>22</sup>

– pisze o *Mieszczkach* historyk teatru Zbigniew Raszewski w biografii ojca sceny narodowej. W komediach Zabłockiego – najlepszego autora wśród oświeceniowych dramatopisarzy – miasto, zwłaszcza Warszawa, też jest ukazywane negatywnie. W *Fircyku w zalotach* czytamy: „Gry, ucztzy, bale, tańce, umizgi, biesiady [...] Słowem, że ci tak powiem, bicze kręcim z piasku, / Ot tak to, tak to bracie, żyją po warszawsku”<sup>23</sup>. By znaleźć opinię bardziej pozytywną, trzeba szukać poza stolicą, np. w *Doktorze lubelskim* Zabłockiego mamy lekką pochwałę Krakowa jako miasta akademickiego: „Wysłałem mojego syna do

<sup>21</sup> Otrzymał je na Sejmie w 1768 r.

<sup>22</sup> Z. Raszewski, *Bogusławski*, t. 1, Warszawa 1972, s. 150.

<sup>23</sup> F. Zabłocki, *Teatr Franciszka Zabłockiego*, t. III, oprac. J. Pawłowiczowa, Wrocław 1995, s. 141.

Krakowa, w rzekomo dla uczenia się jurysprudencji”<sup>24</sup>. Podobne przykłady można by mnożyć.

*Burmistrz poznański*<sup>25</sup> to komedia, która doczekała się już w latach 50. XX wieku dwu komentarzy, pióra Zbigniewa Raszewskiego i Janiny Pawłowiczowej. W cenionym przez wszystkich badaczy oświecenia numerze „Pamiętnika Teatralnego” z 1954 r., ostatnim, który redagował jeszcze Leon Schiller, Zbigniew Raszewski opublikował sześciostroniową, precyzyjną notę bibliograficzną, którą zaczyna od stwierdzenia, że *Burmistrz poznański* to „najjaskrawszy dramatopisarski dokument emancypacji naszego mieszczaństwa w tej epoce”<sup>26</sup>, dodając, że niektóre wypowiedzi postaci to „niemal rewolucja mieszczańska”<sup>27</sup>. Z tekstu przeziiera wprawdzie charakterystyczny dla lat 50. stosunek do oświecenia, które prezentowano wówczas jako „początek owej czerwonej nici, która biegnie przez cały XIX wiek aż do naszych dni”<sup>28</sup>, ale znacznie ważniejsze są ustalenia Raszewskiego dotyczące źródła sztuki, która okazuje się przeróbką tragedii Calderona *Alkada z Zalamei*. Drugim komentarzem jest fragment wstępu Pawłowiczowej do opracowanego przez nią w 1955 r. tomu pt. *Drama mieszczańska*, który prezentuje cztery sztuki tego gatunku grane w Polsce stanisławowskiej. Pawłowiczowa wskazuje na zasługę Raszewskiego w znalezieniu pierwowzoru *Burmistrza poznańskiego*, ale kwestionuje przecenianie przez niego „ideologicznego znaczenia” sztuki. Te dwie wypowiedzi nie kończą zainteresowania badaczy sztuką, gdyż osiem lat później Raszewski, który pochodził z Poznania, do niej powrócił i w dwu rozdziałach *Staroświecczyzny*<sup>29</sup> udowodnił, że pierwowzorem dla *Burmistrza* było francuskie naśladownictwo *Alkada z Zalamei* pióra Jean-Marie Collot d’Herbois, które pod tytułem *Il y a bonne justice ou le Paysan-Magistrat* grano od 1778 r. najpierw w Marsylii, a potem w Paryżu i wielu innych miastach Francji. Raszewski także wyjaśnił skrupulatnie, krok po kroku, zagadkę autorstwa *Burmistrza poznańskiego*, ustalając, że napisał ją warszawski mieszczanin i finansista Baudouin. Naświetlił przy tym skomplikowane

<sup>24</sup> *Ibidem*, t. I, s. 109.

<sup>25</sup> *Drama mieszczańska*, oprac. J. Pawłowiczowa, Warszawa 1955, s. 344–458.

<sup>26</sup> Z. Raszewski, *Nota bibliograficzna do „Burmistrza poznańskiego”*, „Pamiętnik Teatralny” 1954, z. 11–12, s. 200.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Cytuję za: T. Kostkiewiczowa, *Oświecenie w pracach Instytutu Badań Literackich*, „Wiek Oświecenia” 1996, nr 12, s. 135.

<sup>29</sup> Z. Raszewski, *Staroświecczyzna i postęp czasów*, Warszawa 1963, s. 99–125 (rozdział *Burmistrz poznański*), s. 129–170 (rozdział *Życie Jana Baudouin*).

okoliczności, które spowodowały, że pisarz wołał nie ujawniać własnego nazwiska, a na drukowanej wersji, pod dedykacją, umieścił inicjały LMJ. Wśród tych okoliczności Raszewski wymienia przestępstwo, którego dopuścił się Baudouin, fałszując weksel na dużą sumę jesienią 1781 r., za co był aresztowany i siedział przez rok oraz jego związki osobiste z Lubomirskimi, ks. Jerzym Marcinem (stąd inicjały LMJ) i jego żoną Marią Anną, a przede wszystkim znajomość z tajnym radcą oraz z sekretarzem króla Stanisława Augusta Maurycym Glayrem, który był równocześnie mistrzem loży masońskiej „Tarcza Północy”, do której należeli bankierzy, bogaci kupcy warszawscy oraz średnia szlachta. Właśnie znajomości z Glayrem Raszewski przypisuje fakt, iż *Burmistrz poznański* miał premierę w rocznicę koronacji Stanisława Augusta, czyli 25 listopada 1782 r., choć nie jest to dramat dobry i król, który zawsze zatwierdzał sztuki wystawiane na swoje gale, musiał doskonale o tym wiedzieć. Raszewski wyjaśnia równocześnie, że istnieje związek pomiędzy treścią *Burmistrza* i zasadami działania mieszczańsko-średnioszlacheckiej loży „Tarcza Północy” oraz że sztuka ma związek z przywilejami dla mieszczan, które komisja *Boni ordonis* uchwaliła dla miasta Poznania w sierpniu 1780 r.

Ani Raszewski, ani Pawłowiczowa nie zwrócili uwagi na jeszcze jeden istotny aspekt *Burmistrza poznańskiego*: na mocną pochwałę fizjokratyzmu, teorii ekonomicznej Quesnaya – jednej z najbardziej postępowych w XVIII wieku – a zwłaszcza na konkretny aspekt tej teorii postulującej oparcie gospodarki państwa na rolnictwie i handlu produktami rolnymi. W spisie osób komedii widzimy, że główny bohater, choć jest Polakiem, nosi brzmiące z niemiecka nazwisko Redlich, co oznacza uczciwy. To ważna wskazówka, gdyż w teorii fizjokratycznej zaufanie osób biorących udział w obrocie towarowym jest warunkiem *sine qua non*. Niżej czytamy, że rzecz dzieje się w Poznaniu w kamienicy pana Redlicha (ma 80 lat, jak Quesnay w roku śmierci), a potem na ratuszu (zmiana miejsca akcji jest związana z wyborem Redlicha w V akcie na burmistrza Poznania). Akt I toczy się w miejscu, które znów jest znaczące: „Teatr okazuje salę porządnie umeblowaną, jednak bez zbytku i okazałości”<sup>30</sup>. Dodajmy od razu, że np. didaskalia drugiego aktu także informują: „Teatr okazuje ogród nie bardzo kosztowny”<sup>31</sup>. Nacisk na dekoracje, które mają wizualizować skromność i brak luksusu w domu Redlicha, jest podkreślany w kilku miejscach tekstu pobocznego. Przywołuję te zapisy didaskaliczne Baudouina z ważnego powodu. Widzę w nich bowiem

<sup>30</sup> *Drama...*, *op. cit.*, s. 344–345.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

zbieżność z ideami fizjokratyzmu. Ich twórca potępiał wyrób i handel towarami luksusowymi, które odwracały uwagę od najważniejszego źródła dostatku, czyli rolnictwa:

Żeby zarobić kilka milionów na wytwarzaniu i sprzedaży pięknych tkanin, tracimy miliardy, które przynosi produkcja rolnicza, zaś społeczeństwo udrapowane owymi tkaninami, złotem i srebrem wierzy zachwycone, że mamy kwitnący obrót handlowy. Fabryki luksusu pogrążyły nas w chaosie<sup>32</sup>.

Oburzenie Quesnaya na luksusową konsumpcję, tu wyjęte z encyklopedycznego hasła „Ziarna”, można obserwować we wszystkich jego pismach. Wczesnym świadectwem polskich zainteresowań myślami Quesnaya jest m.in. odnaleziony przez Jeana Fabra list Konstancji z Czartoryskich Zamoyskiej do Stanisława Augusta z dnia 26 stycznia 1767 r., w którym daje ona królowi rady w duchu fizjokratycznym, aby zamiast oficerów kształcić agronomów, nałożyć ograniczenia na zbytek i pobudzać przedsięwzięcia gospodarcze<sup>33</sup>. Poznański burmistrz, kupiec Redlich, jest bogaty, gdyż jest wstrzemięźliwy, pracowity i uczciwy. Jego wskazówkami życiowymi są „prawo, natura i honor”<sup>34</sup>, ale najważniejszą informacją jest to, iż wzbogacił się na produkcji i handlu zbożem. Na początku I aktu (scena 2) mówi do współpracowników: „Jutro jak najraniej pójdziecie do folwarków i rozkażecie, żeby ostatek zboża do stodoł zwieziono. Wojsko tamtędy przechodzić będzie, obawiam się, żeby szkody nie poczyniło”<sup>35</sup>. Inteligentny widz w listopadzie 1782 r., np. Stanisław August, usłyszał tu na pewno echa dyskusji fizjokratów francuskich, de Mirabeau, Lemeriera de la Rivière’a, du Ponta de Nemours, Turgota, ale także króla Stanisława Leszczyńskiego jako autora filozoficznej powiastki *Dumocala*, na temat reformowania utopijnego kraju<sup>36</sup> przypominającego Rzeczpospolitą szlachecką, która będąc krajem rolniczym i wielkim producentem zbóż, źle zarządzana i poszukująca wyjścia ze stanu ustawicznego zagrożenia wojskowymi interwencjami, mogłaby się stać krajem dostatnym i szczęśliwym, gdyby tylko skorzystała z dobrodziejstw rozwoju rolnictwa oraz patriotyzmu, inteligencji i przedsiębiorczości trudniącego się handlem zbożem polskiego

<sup>32</sup> F. Quesnay, *Grain*, [w:] *Textes choisis de l'Encyclopédie*, éd. A. Soboul, Paris 1952, s. 101 – tłum. własne.

<sup>33</sup> H. Hinz, *Fizjokratyzm*, *op. cit.*, s. 150.

<sup>34</sup> *Drama...*, *op. cit.*, s. 444.

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 348–349.

<sup>36</sup> Por. M. Dębowski, *Teatr i wyspa, czyli dwie hydrotopie króla Stanisława Leszczyńskiego*, „Wiek Oświecenia” 2007, nr 23, s. 95–109.

mieszczństwa. Gdyby Stanisławowi Augustowi udało się wprowadzić nową naukę ekonomiczną doktora Quesnaya w życie, Polska dzięki zaletom fizjokratyzmu stałaby się spichlerzem Europy, krajem, o którym Monteskiusz pisał: „Europa potrzebuje Polski i jej obfitości”<sup>37</sup>.

Nawiązania do zagadnień prawnych i ekonomicznych w polskiej komedii oświeceniowej to niezwykle ciekawy, jakkolwiek wąski aspekt twórczości Teatru Narodowego za panowania Stanisława Augusta. Aspekt ten podaje w wątpliwość, choć równocześnie uzupełnia podzielaną przez większość historyków, tezę, że polskie oświecenie było tak głęboko przepojone duchem reformatorstwa politycznego (w tym walką z sarmatyzmem), że odsuwano na drugi plan problemy społeczne, prawne, rodzinne, filozoficzne bądź gospodarcze, które dominowały w zachodniej Europie, zwłaszcza we Francji. Repertuar Teatru Narodowego w latach 80. XVIII wieku świadczy jednak – co chcieliśmy wykazać – że problematyka związana z szerszej niż tylko politycznie pojmowanym światopoglądem Polaków była obecna na teatralnej scenie.

---

<sup>37</sup> Montesquieu, *Réflexions sur la monarchie universelle*, [w:] *Œuvres complètes*, t. II, éd. R. Caillois, Paris 1951, s. 34.

Sebastian Koczur\*

## Dyskretny urok teorii w prawie pracy, czyli rzecz o polityce pełnego produktywnego zatrudnienia

### 1. Uwagi wstępne

Czy można osiągnąć stan pełnego zatrudnienia, w którym każdy będzie produktywnie zatrudniony? Pytanie nie ma wymiaru wyłącznie socjologicznego, albowiem o powinności osiągnięcia wyżej opisanego rezultatu stanowią przepisy zarówno na poziomie konstytucyjnym, jak też ustawowym. Stosownie bowiem do przepisu art. 65 ust. 5 Konstytucji RP<sup>1</sup> władze publiczne prowadzą politykę zmierzającą do pełnego, produktywnego zatrudnienia przez realizowanie programów zwalczania bezrobocia, w tym organizowanie i wspieranie poradnictwa i szkolenia zawodowego oraz robót publicznych i prac interwencyjnych. Według natomiast art. 10 § 3 Kodeksu pracy<sup>2</sup> państwo prowadzi politykę zmierzającą do pełnego produktywnego zatrudnienia. Biorąc pod uwagę tożsamość wskazanej regulacji prawnej, tak na poziomie konstytucyjnym,

---

\* Dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0002-2985-0557.

<sup>1</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1465), powoływana jako: k.p.

jak też kodeksowym, należy zastanowić się, czy możliwe jest osiągnięcie wskazanego w przepisach stanu, czy też ze wskazanych regulacji prawnych można wywieść wyłącznie normy o charakterze postulatywnym, mające znaczenie li tylko teoretycznoprawne. Każda gałąź prawa niewątpliwie zawiera przepisy, które nie stanowią podstawy konkretnego roszczenia, a mają walor wyłącznie postulatywny, edukacyjny. Mówiąc natomiast o dyskretnym uroku teorii, wskazać należy, że o ile kompilacja tych dwóch pojęć czyni osiągnięcie rezultatu li tylko teoretycznym, o tyle osiągnięcie jednego ze wskazanych pojęć jest w pełni realne (zwłaszcza osiągnięcie zatrudnienia produktywnego). Nie rozstrzygając jednak przedwcześnie charakteru prawnego wskazanej regulacji, należy poddać analizie zarówno sam wymiar definicyjny przywołanych pojęć, jak też podmiotowy wymiar regulacji, zobowiązującej wskazane w niej podmioty do podjęcia określonych działań.

## 2. Pełne i produktywne – znaczenia pojęć

Aby móc podjąć rozważania wzajemnego wykluczania się pojęć „pełne” i „produktywne” zatrudnienie, należy najpierw przybliżyć ich znaczenia. Rozumienie istoty i zakresu pojęciowego tych terminów pozwoli na ich osadzenie w warunkach prawnych i ekonomicznych zależności.

Według *Słownika języka polskiego* „pełny” oznacza „osiągający maksymalny zakres lub natężenie”<sup>3</sup>. Synonimem słowa pełny jest m.in.: „zupełny, kompletny, cały, całkowity, totalny, nieograniczony, absolutny, stuprocentowy, kulminacyjny, maksymalny, wyczerpujący”<sup>4</sup>. Pełne zatrudnienie oznacza *de facto* brak osób bezrobotnych. W polskim prawie zatem zatrudnienie pełne na swój sposób definiowane jest od strony negatywnej przez ustalenie definicji osoby bezrobotnej. Definicja to została zawarta w słowniczku ustawowych pojęć, tj. w art. 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy<sup>5</sup>. Jak zauważa Maria Teresa Romer, ustawa ujmuje definicję bezrobotnego w szeroki sposób<sup>6</sup>.

Bezrobotnymi w rozumieniu ustawy są obywatele polscy, a także cudzoziemcy, poszukujący zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej na teryto-

<sup>3</sup> *Pełny* [hasło], [www.sjp.pwn.pl](http://www.sjp.pwn.pl) [dostęp: 17.10.2023].

<sup>4</sup> *Pełny* [hasło], [www.synonimy.pl/synonim/pełny](http://www.synonimy.pl/synonim/pełny) [dostęp: 17.10.2023].

<sup>5</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 735.

<sup>6</sup> M.T. Romer, [w:] *Prawo pracy. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2012, komentarz do art. 10.



rium Polski, którzy są obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, obywatelami państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o swobodzie przepływu osób, a także cudzoziemcy, którzy uzyskali status uchodźcy w Polsce lub zezwolenie na osiedlenie się w Polsce. Bezrobotnym w rozumieniu ustawy jest także cudzoziemiec członek rodziny obywatela polskiego niezatrudniony i niewykonyjący innej pracy zarobkowej, zdolny i gotowy do podjęcia zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy obowiązującym w danym zawodzie lub służbie albo innej pracy zarobkowej. Bezrobotnym jest też osoba niepełnosprawna, zdolna i gotowa do podjęcia zatrudnienia co najmniej w połowie wymiaru czasu, nieucząca się w szkole, z wyjątkiem szkół dla dorosłych, w tym szkół wyższych, zarejestrowana we właściwym dla miejsca pobytu stałego lub czasowego powiatowym urzędzie pracy oraz poszukująca zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej. Bezrobotnym może być tylko osoba, która ukończyła 18 lat, nie osiągnęła określonego przepisami wieku emerytalnego, nie nabyła prawa do emerytury lub renty z tytułu niezdolności do pracy, renty szkoleniowej, renty socjalnej, nie pobiera zasiłku przedemerytalnego, zasiłku chorobowego, macierzyńskiego, świadczenia rehabilitacyjnego<sup>7</sup>.

Dla pojedynczych osób bezrobocie oznacza całkowity lub prawie całkowity brak możliwości zarobkowania, jednak skutki bezrobocia odczuwają nie tylko osoby pozbawione pracy, ale również ich rodziny. Można więc mówić nie tylko o ekonomicznych skutkach braku pracy, lecz także o społecznych czy nawet psychologicznych<sup>8</sup>. Jak stwierdzają Tomasz Potocki i Tomasz Świst,

klasyczna miara poziomu bezrobocia nie uwzględnia czynników psychologicznych i socjologicznych, z którymi musi mierzyć się osoba bezrobotna, tj. z odrzuceniem społecznym, izolacją, obniżonymi umiejętnościami adaptacji do nowych, zmieniających się warunków, pogarszającym się stanem psychofizycznym itd. Badania empiryczne potwierdzają powyższe stwierdzenia, wskazując wyraźnie, że nawet w przypadku podobnego poziomu bogactwa osoby bezrobotne czują się mniej szczęśliwe aniżeli osoby pracujące<sup>9</sup>.

Paradoksalnie w zjawisku bezrobocia (w konkretnych jego odmianach) dostrzega się także pewne aspekty pozytywne. Na powyższe zwraca uwagę Maciej Cieślukowski, według którego

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> B. Madras-Kobus, J. Rogowski, *Analiza wyników badania stóp bezrobocia według wykształcenia w podlaskim*, „Optimum. Studia Ekonomiczne” 2013, nr 6, s. 99.

<sup>9</sup> T. Potocki, T. Świst, *Stopa bezrobocia a poziom szczęścia w obliczu światowego kryzysu finansowego*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy” 2013, z. 31, s. 364–365.

pozytywne następstwa bezrobocia związane są przede wszystkim z bezrobociem przejściowym (krótkookresowym), a korzyści z tego bezrobocia uzyskują głównie pracodawcy. Bezrobocie to przyczynia się bowiem do wzrostu konkurencji między pracownikami na rynku pracy, ograniczenia postulatów płacowych samych pracowników i związków zawodowych, poprawy dyscypliny pracy, podnoszenia kwalifikacji siły roboczej oraz wzrostu migracji ludności. Bezrobocie stanowi rezerwę potencjału pracy, zwiększającą swobodę działania pracodawców, ułatwiającą im dostosowanie poziomu i struktury produkcji do ciągle zmieniającego się popytu<sup>10</sup>.

W ujęciu historycznym „pełne zatrudnienie w dosłownym tego słowa znaczeniu było cechą charakterystyczną gospodarki centralnie zarządzanej. W systemie tym pełne zatrudnienie nie było jednak oparte na rachunku ekonomicznym i bardzo często przekształcało się w bezrobocie ukryte, czyli występował nadmiar zatrudnionych”<sup>11</sup>. W konsekwencji zatem stwierdzenie, iż państwo winno dążyć do osiągnięcia efektu pełnego zatrudnienia oznacza brak osób bezrobotnych, a więc do uzyskania stanu możliwości podjęcia pracy przez każdą osobę zdolną do pracy i chcącą uczestniczyć aktywnie w roli pracownika na rynku pracy. Można w tym miejscu postawić pytanie, czy powyższe oznacza podjęcie pracy w charakterze pracownika, czy zdobycie możliwości zatrudnienia także na podstawie umów cywilnoprawnych. Zważywszy jednakże na systemowe osadzenie powyższej powinności (jako jednej z podstawowych zasad prawa pracy), jak też na wyrażane w tej mierze stanowisko doktryny, należy przychylić się do stanowiska, iż pełne zatrudnienie oznacza możliwość podjęcia pracy w charakterze pracownika w rozumieniu art. 3 k.p. Powyższe potwierdza Walerian Sanetra, wskazując, że „art. 10 § 3 k.p. daje pośrednio wyraz stanowisku, że stosunki prawne powstające w związku z bezrobociem należą zasadniczo do prawa pracy, choć nie są regulowane w kodeksie pracy”<sup>12</sup>.

Drugim z zakładanych do osiągnięcia celów prowadzonej polityki zatrudnienia jest osiągnięcie zatrudnienia produktywnego. Odwołując się do definicji słownikowej, „produktywny” oznacza „dający dobre efekty

<sup>10</sup> M. Cieślukowski, *Ekonomiczne skutki i metody ograniczania bezrobocia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1998, z. 3–4, s. 262.

<sup>11</sup> Zob. Z. Gontarski, *Polityka zatrudnienia w procesie przemian systemowych*, Warszawa 1991, s. 27.

<sup>12</sup> W. Sanetra, *Bezrobocie jako zagadnienie prawa pracy*, [w:] *Prawo pracy a bezrobocie*, red. L. Florek, Warszawa 2003, s. 139–141, cyt. za: U. Jackowiak, *Rola prawa pracy w przeciwdziałaniu bezrobociu*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIV, s. 948.

lub wytwarzający duże ilości czegoś”<sup>13</sup>. Synonimem produktywnego jest: „efektywny, wydajny, wysokowydajny, skuteczny, sprawny, wydolny, racjonalny, operatywny, użyteczny, owocny”<sup>14</sup>. Według Wioletty Wierzbickiej „produktywność pracy definiowana jest powszechnie, jako stosunek produkcji do całkowitych nakładów czynnika pracy, użytych do jej wytworzenia, a więc w taki sam sposób, jak wydajność pracy”<sup>15</sup>. Warto przy tym zwrócić uwagę, że w literaturze ekonomicznej podkreśla się odmienność wskaźnika produktywności pracy i wydajności pracy. Według Małgorzaty Gablety i Zofii Maksimowicz wskaźnik produktywności pracy winien uwzględniać wyłącznie produkcję sprzedaną: „[...] W ocenie efektywności działania istotne jest bowiem, jaka część wytworzonej produkcji uzyskała akceptację rynku. Producent wytwarzający wyroby, na które nie ma nabywcy, może być bardzo wydajny, ale jednocześnie nieproduktywny”<sup>16</sup>. W dalszej analizie Wierzbicka zauważa, że

produktywność pracy odzwierciedla relację całkowitych efektów uzyskanych w przedsiębiorstwie do poniesionych nakładów pracy. Jest ważnym i bardzo często stosowanym miernikiem efektywności wykorzystania zasobów ludzkich [...]. Wzrost produktywności pracy postrzegany jest bowiem jako ważne źródło wzrostu ekonomicznego, postępu, a także poprawy poziomu życia społeczeństwa. Wzrostem produktywności pracy zainteresowani są zatem nie tylko pojedynczy przedsiębiorcy, ale również poszczególne kraje i regiony, które starają się skracać dystans gospodarczy w stosunku do innych<sup>17</sup>.

Produktywność jest kategorią ekonomiczną będącą stosunkiem produkcji sprzedanej i wytworzonej w danym czasie do wielkości zużytych zasobów wejściowych lub – inaczej – stosunkiem efektów procesu produkcyjnego i włożonych w niego nakładów (*output* i *input*). Jest więc

<sup>13</sup> *Produktywny* [hasło], [www.sjp.pwn.pl/szukaj/produktywny.html](http://www.sjp.pwn.pl/szukaj/produktywny.html) [dostęp: 17.10.2023].

<sup>14</sup> *Produktywny* [hasło], [www.synonimy.pl/synonim/produktywny](http://www.synonimy.pl/synonim/produktywny) [dostęp: 17.10.2023].

<sup>15</sup> W. Wierzbicka, *Produktywność pracy przedsiębiorstw prywatnych w Polsce – ujęcie regionalne*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach. Seria: Administracja i Zarządzanie” 2013, nr 97, s. 245.

<sup>16</sup> M. Gableta, Z. Maksimowicz, *Produktywność pracy – problemy pomiaru i wykorzystania w przedsiębiorstwie*, [w:] *Praktyczne aspekty pomiaru efektywności*, red. S. Wrzosek, „Prace Naukowe Akademii Ekonomicznej im. Oskara Langego we Wrocławiu” 2005, nr 1061, s. 90, cyt. za: W. Wierzbicka, *Produktywność...*, *op. cit.*, s. 245.

<sup>17</sup> W. Wierzbicka, *Produktywność...*, *op. cit.*, s. 242.

niejako pewnym obrazem przedstawiającym, czy poniesione nakłady zostały efektywnie wykorzystane<sup>18</sup>. Jak stwierdza Mieczysław Dobija, produktywność pracy „okazuje się być węzłowa dla kontroli inflacji, dla stabilności kursu walutowego a głównie dla wzrostu dobrobytu”<sup>19</sup>. W konsekwencji w ślad za Agatą Luśtyk i Mateuszem Biernackim należy stwierdzić, że

badając dynamikę zmian produktywności pracy, istotne jest również przeanalizowanie wartości produkcji sprzedanej przemysłu oraz liczby pracujących osób, jako składowych ilorazu. Pierwszy ze wskaźników jest stymulantą produktywności pracy (to znaczy, że wzrost produkcji sprzedanej przemysłu przy stałym poziomie zatrudnienia wpływa pozytywnie na produktywność pracy), drugi zaś destymulantą (czyli wzrost zatrudnienia przy stałym poziomie produkcji sprzedanej przemysłu wpływa negatywnie na wzrost produktywności pracy). Ze wzrostem produktywności mamy do czynienia w sytuacji, w której tempo wzrostu produkcji sprzedanej przemysłu jest większe od wzrostu zatrudnienia – bądź też, tempo spadku produkcji sprzedanej przemysłu jest mniejsze od spadku zatrudnienia<sup>20</sup>.

W gospodarce centralnie zarządzanej polityka racjonalnego zatrudnienia miała na celu przeciwdziałanie tendencjom do nadmiernego zatrudnienia<sup>21</sup>. Znając zatem znaczenie pojęciowe oraz przedmiotowe zakresu terminów „pełny” i „produktywny”, można podjąć rozważania w kwestii możliwości ich łącznej realizacji. Jak natomiast wydaje się już z samych przytoczonych znaczeń pojęciowych, uzyskanie stanu łącznego spełnienia warunków pełnego i produktywnego zatrudnienia może okazać się trudne do uzyskania. Nie przesądzając natomiast przedwcześnie możliwości urzeczywistnienia spodziewanego przez ustawodawcę stanu, należy poddać analizie adresatów wskazanych powinności.

<sup>18</sup> A. Luśtyk, M. Biernacki, *Determinanty przestrzennego zróżnicowania produktywności pracy w Polsce*, „Zeszyty Naukowe Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego w Zielonej Górze” 2022, nr 17, s. 6.

<sup>19</sup> M. Dobija, *Produktywność pracy a tempo wzrostu kapitału*, „Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania” 2008, nr 9, s. 29.

<sup>20</sup> A. Luśtyk, M. Biernacki, *Determinanty...*, *op. cit.*, s. 10. Autorzy, publikując wyniki przeprowadzonych badań, wskazują, że wskaźnik produktywności pracy, obliczany jako iloraz produkcji sprzedanej przemysłu oraz liczby pracujących, w latach 2009–2020 wzrósł z 79,5 tys. do 100,7 tys., czyli o 27%. Dynamika zmian była różna dla poszczególnych regionów. Najmniejsze wzrosty zaobserwowane zostały w województwie śląskim, pomorskim i opolskim – odpowiednio 5% (z 123,4 tys. do 130,2 tys.), 19% (z 90,1 tys. do 107,4 tys.) oraz 22% (z 79,7 tys. do 97,5 tys.).

<sup>21</sup> Zob. Z. Gontarski, *Polityka...*, *op. cit.*, s. 27.

### 3. Podmiotowy wymiar realizacji obowiązku pełnego produktywnego zatrudnienia (adresaci norm)

Rozważając potencjalność możliwości realizacji powinności pełnego produktywnego zatrudnienia, należy pochylić się nad aspektem podmiotowym norm, sformułowanych w Konstytucji oraz w Kodeksie pracy. Artykuł 65 ust. 5 Konstytucji stanowi, że politykę pełnego produktywnego zatrudnienia realizują władze publiczne, natomiast w regulacji kodeksowej obowiązek ten został nałożony na państwo. Nie ulega wątpliwości, że osiągnięcie pełnego produktywnego zatrudnienia leży w sferze zadań państwa. Jak stwierdzają Lech Kościelecki, Konrad Stańczyk, Mariusz Tomczyk, w sferze gospodarki

cel ogólny państwa polega na zapewnieniu wzrostu gospodarczego, zapobieganiu nadmiernemu bezrobociu i dążeniu do wewnętrznej równowagi płatniczej. Realizacja celu ogólnego możliwa jest poprzez rozwiązywanie problemów cząstkowych dotyczących poszczególnych dziedzin życia społecznego i ekonomicznego<sup>22</sup>.

Jak zauważa Michał Skąpski:

państwo, jako regulator prawnych aspektów funkcjonowania gospodarki, dysponuje narzędziami umożliwiającymi osiągnięcie pełnego zatrudnienia. Podstawowym założeniem gospodarki rynkowej jest jednak racjonalność zatrudnienia. Wykluczone są więc działania prawne i faktyczne zmuszające przedsiębiorców do rozbudowy personelu wbrew konieczności ekonomicznej<sup>23</sup>.

Określając, że zadaniem władz publicznych jest prowadzenie polityki pełnego produktywnego zatrudnienia, nie przesądza się o doborze środków mających służyć realizacji tego celu. Realizacja zadania państwa, jakim jest prowadzenie polityki pełnego produktywnego zatrudnienia, musi natomiast respektować założenia ustroju gospodarki rynkowej i nie może prowadzić do ograniczenia wolności działalności gospodarczej<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> L. Kościelecki, K. Stańczyk, M. Tomczyk, *Rola państwa w gospodarce rynkowej. Finansowanie wydatków obronnych*, I Ogólnopolska Konferencja Naukowo-Techniczna „Problemy inżynierii bezpieczeństwa obiektów antropogenicznych” (19–20.11.2015, Warszawa, Polska), s. 28.

<sup>23</sup> M. Skąpski, *Ochronna funkcja prawa pracy w gospodarce rynkowej*, Kraków 2006, pkt 3.5.

<sup>24</sup> Uzasadnienie wyroku TK z dnia 24 lutego 2004 r., K 54/02, OTK 2004, nr 2, poz. 10.

Doktryna zarówno prawa konstytucyjnego, jak też prawa pracy zwraca uwagę, że wskazane w powyższych przepisach zakresy podmiotowe są różne. Jak zauważają Grzegorz Goździewicz i Tadeusz Zieliński, „norma konstytucyjna jest szersza, nakłada bowiem obowiązek prowadzenia odpowiedniej polityki zatrudnienia na władze »publiczne«, w tym na władze samorządowe, a nie tylko na państwo”<sup>25</sup>. Powyższe potwierdzają Leszek Garlicki i Sylwia Jarosz-Żukowska, stwierdzając, że „adresatem obowiązków wyrażonych w art. 65 ust. 5 są wszystkie władze publiczne, a więc nie tylko państwo, ale także samorządy terytorialne”<sup>26</sup>, natomiast rola ustawodawcy w zakresie urzeczywistniania polityki zatrudnienia jest raczej pośrednia i polega – jak się podkreśla – na uwzględnianiu „w działalności legislacyjnej ogólnej dyrektywy, że jednym z celów (nie zawsze najważniejszym) stanowionego prawa powinno być promowanie zatrudnienia (choćby w dłuższej perspektywie) i zwalczanie bezrobocia”<sup>27</sup>. Michał Bartoszewicz stwierdza, że „obowiązek realizowania polityki zmierzającej, zapewne w odległej perspektywie, do pełnego, produktywnego zatrudnienia ciąży w tym samym stopniu na władzy ustawodawczej oraz na Radzie Ministrów”<sup>28</sup>.

Skoro zatem wywiedzione z przytoczonych przepisów normy wskazują konkretnych adresatów dyspozycji w tych normach zawartych, należałoby uznać, iż obowiązki spoczywające na państwie (na jego władzach publicznych) winny być faktycznie realizowane. W tym miejscu w naturalny sposób pojawia się pytanie o zakres udziału państwa w kształtowaniu uwarunkowań gospodarczych w wolnorynkowym modelu gospodarki. Jak zauważa Krzysztof Sidorkiewicz, w temacie roli państwa w gospodarce „ścierają się [...] różne poglądy ekonomiczne. Dynamika zmian gospodarczych na świecie wskazywała raczej na osłabianie interwencjonizmu państwowego, ale światowy kryzys finansowy zapoczątkowany w 2007 r. pokazał, iż rola państwa może być znacząca dla gospodarki”<sup>29</sup>. Według Andrzeja Jackiewicza,

<sup>25</sup> G. Goździewicz, T. Zieliński, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. L. Florek, wyd. VII, Warszawa 2017, komentarz do art. 10.

<sup>26</sup> L. Garlicki, S. Jarosz-Żukowska, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. M. Zubik, wyd. II, Warszawa 2016, komentarz do art. 65.

<sup>27</sup> Z. Góral, *Podstawowe zasady indywidualnego prawa pracy*, [w:] *System prawa pracy. Część ogólna*, red. K.W. Baran, t. I, Warszawa 2017, s. 576.

<sup>28</sup> M. Bartoszewicz, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczkowska, Warszawa 2014, komentarz do art. 65.

<sup>29</sup> K. Sidorkiewicz, *Współczesne ujęcie funkcji państwa*, „Studia Elbląskie” 2010, nr 11, s. 227.

z jednej strony wzrost aktywności państwa jest czasem uznawany za usprawiedliwiony – potrzebny i wskazany, a czasem krytykowany – postrzegany jako nieuzasadnione naruszenie sfery autonomii jednostki. Uzasadnienie owej aktywności państwa, czy też rozrostu jego kompetencji, nie musi jednakże wynikać za każdym razem bezpośrednio z potrzeb danej grupy społecznej. Może to również wynikać z potrzeb aparatu władzy, który dzięki owym kompetencjom może działać, np. szybciej czy skuteczniej. To z kolei wpływa pośrednio na sytuację jednostek, które dzięki temu korzystają z „lepszego” usługodawcy (państwa pojmowanego jako struktury służebne wobec społeczeństwa)<sup>30</sup>.

W analizowanym w niniejszym opracowaniu przypadku nie tyle jednak chodzi o wynikające z przyjętych założeń ideowych realizowanie wskazanych obowiązków, co podniesienie wątpliwości dotyczących ich faktycznej realizacji. Jak stwierdzają Garlicki i Jarosz-Żukowska:

w doktrynie i orzecznictwie TK akcentuje się, że konstytucyjne minimum obowiązku organów władzy publicznej oznacza jednak, że w jakimś stopniu obowiązek ten muszą spełnić. Korelatem obowiązku władzy publicznej jest prawo jednostki do co najmniej tego minimum realizacji. Artykuł 65 ust. 5 Konstytucji ma zatem naturę typowej normy programowej, o wyrażnie „pragmatycznym” i „celowościowym” charakterze. Świadczy o tym także użycie formuły „prowadzenie polityki”, nie zaś „osiągnięcie pełnego zatrudnienia”. Metody działania w dziedzinie walki z bezrobociem zostały przy tym wskazane jedynie przykładowo. W konsekwencji zatem przepis ten należy do tej grupy przepisów formułujących nakazy podejmowania przez władzę publiczną określonych zadań czy programów, z których nie wynika obowiązek ich realizacji poprzez wydanie ustawy. Niewykonywanie powyższych obowiązków, a zwłaszcza podejmowanie działań ograniczających stopień ich realizacji, należałoby traktować w kategoriach naruszenia konstytucji. Nie można więc art. 65 ust. 5 odmawiać znaczenia prawnego<sup>31</sup>.

Jak zauważa Monika Florczak-Wątor:

art. 65 ust. 5 zawiera normę programową, z której wynika cel działania organów władzy publicznej, tj. dążenie do pełnego, produktywnego zatrudnienia, oraz środki służące realizacji tego celu, tj. realizowanie programów

<sup>30</sup> A. Jackiewicz, *Państwo jako zagrożenie i gwarant wolności i praw jednostki*, [w:] *Jednostka a państwo na przestrzeni wieków*, red. J. Radwanowicz-Wanczewska, P. Nicyporuk, K. Kuźmicz, Białystok 2008, s. 48.

<sup>31</sup> L. Garlicki, S. Jarosz-Żukowska, [w:] *Konstytucja...*, *op. cit.*, komentarz do art. 65. Zob. powołane przez autorów wyroki TK z dnia: 10 stycznia 2005 r., K 31/03, Dz.U. z 2005 r., nr 11, poz. 87; 5 marca 2005 r., P 5/04, Dz.U. z 2005 r., nr 57, poz. 502; 24 lutego 2005 r., K 54/02, Dz.U. z 2004 r., nr 40, poz. 374.

zwalczania bezrobocia, w tym organizowanie i wspieranie poradnictwa i szkolenia zawodowego oraz robót publicznych i prac interwencyjnych. Natomiast z przepisu tego nie wynika jakiegokolwiek prawo podmiotowe. Można natomiast podnosić zarzut jego naruszenia w postępowaniu wszczętym wnioskiem lub pytaniem prawnym wówczas, gdy władze publiczne nie prowadzą polityki zmierzającej do pełnego, produktywnego zatrudnienia choćby w pewnym minimalnym zakresie<sup>32</sup>.

W konsekwencji zatem adresaci mają robić wszystko, by osiągnąć ideał, natomiast nie mogą ponosić odpowiedzialności za nieosiągnięcie wskazanego w przepisie celu. Ważne, by podjęli chociaż częściowe, segmentowe działania świadczące o dążeniu do osiągnięcia zapisanych przez ustawodawcę założeń. W konsekwencji zatem powinnością państwa jest

prowadzenie aktywnej polityki rynku pracy, polegającej na angażowaniu osób bezrobotnych lub poszukujących pracy do działań trwale zmieniających ich sytuację na rynku pracy. Państwo wywiązuje się z tego obowiązku ze zmienną intensywnością, uzależnioną od sytuacji na rynku pracy oraz stanu finansów państwa, warunkujących wartość środków przeznaczanych na omawiany cel<sup>33</sup>.

Władze publiczne mają bowiem obowiązek prowadzić politykę zmierzającą do pełnego, produktywnego zatrudnienia przez realizowanie programów zwalczania bezrobocia, w tym organizowanie i wspieranie poradnictwa i szkolenia zawodowego oraz robót publicznych i prac interwencyjnych<sup>34</sup>.

Analizując zatem obowiązki państwa w urzeczywistnieniu pełnego produktywnego zatrudnienia przez pryzmat adresatów norm, stwierdzić należy, że sposób sformułowania obowiązku oraz brak jego egzekwowalności stanowi kolejny argument za uznaniem li tylko o teoretycznych możliwościach urzeczywistnienia zapisanych w nim powinności, przy przyjęciu obowiązku ich łącznej realizacji.

<sup>32</sup> M. Florczak-Wątor, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, wyd. II, Lex/el. 2021, komentarz do art. 65.

<sup>33</sup> M. Skąpski, *Problem nadużywania niepracowniczych form zatrudnienia w programach przeciwdziałania bezrobociu*, [w:] *Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Teresie Liszcz*, red. A. Kosut, W. Perdeus, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2015, vol. XXIV, nr 3, s. 425–426.

<sup>34</sup> Wyrok SA w Łodzi z dnia 27 stycznia 2017 r., III AUa 2312/15, Lex nr 2231425.



#### 4. Urzeczywistnienie zatrudnienia pełnego a zatrudnienia produktywnego (możliwości rozłącznego zrealizowania celów)

Zmierzając do oceny możliwości łącznej realizacji obowiązku osiągnięcia stanu pełnego produktywnego zatrudnienia, należy ustalić, na ile możliwe jest osobne (rozłączne) zrealizowanie wskazanych celów. Nie ulega bowiem wątpliwości, że pierwotne ustalenie pojedynczej wykonalności zapisanych powinności otworzy drogę do analizy możliwości ich łącznego osiągnięcia. Niewątpliwie, jak podkreśla Skąpski:

państwo ma obowiązek stwarzać warunki gospodarowania prowadzące do jak najwyższego poziomu zatrudnienia. W stosunku do bezrobotnych stosuje środki ułatwiające im znalezienie pracy określane jako aktywna polityka rynku pracy. Ta faza realizacji prawa do pracy była inaczej rozumiana w PRL i innych państwach socjalistycznych, gdzie mimo deklarowanego założenia racjonalności zatrudnienia w rzeczywistości osiągnięto pełne zatrudnienie kosztem jego gospodarczej zasadności i przez utrzymywanie bardzo niskiej wydajności pracy. Trzecia faza realizacji prawa do pracy to wspieranie utrzymania istniejącego stosunku pracy realizowane przez zespół norm prawnych składających się na ochronę trwałości stosunku pracy<sup>35</sup>.

Jak wskazuje Zbigniew Hajn:

prawo pracy powinno chronić zwłaszcza te interesy pracodawców, które się przekładają na tworzenie lub zachowanie miejsc pracy. Praktyczna realizacja tego obowiązku polega na wprowadzaniu środków zwiększających skłonność pracodawców do tworzenia miejsc pracy, poprawiających warunki konkurencji z innymi, w tym zagranicznymi podmiotami, a tym samym zapobiegających utracie miejsc pracy<sup>36</sup>.

Sam art. 65 ust. 5 Konstytucji, wskazując przykładowo środki służące realizacji założonych celów, odwołuje się do realizowania programów zwalczania bezrobocia, w tym organizowania i wspierania poradnictwa i szkolenia zawodowego oraz robót publicznych i prac interwencyjnych. Przepis ten zatem proklamuje obowiązki nałożone na władzę publiczną, które ta ma wykonywać w interesie pracowników<sup>37</sup>. Jak wskazuje Romer:

<sup>35</sup> M. Skąpski, *Ochrona...*, *op. cit.*, pkt 3.5.

<sup>36</sup> Z. Hajn, *Ochrona miejsc pracy a interes pracodawców*, [w:] *Prawo pracy a bezrobocie*, red. L. Florek, Warszawa 2003, s. 27.

<sup>37</sup> M. Borski, *Obowiązki państwa w kontekście zatrudniania osób niepełnosprawnych. Kilka refleksji na tle wybranych regulacji konstytucyjnych*, „*Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej*” 2017, nr 2, s. 132.

Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy stanowi kompleksowy akt prawny regulujący zadania państwa w zakresie promocji zatrudnienia, łagodzenia skutków bezrobocia i aktywizacji zawodowej. Zadania te są realizowane przez instytucje rynku pracy działające w celu pełnego, produktywnego zatrudnienia, rozwoju zasobów ludzkich, osiągnięcia wysokiej jakości pracy, wzmacniania integracji oraz solidarności społecznej<sup>38</sup>.

Niemniej jednak Waław Szubert wskazuje na potrzebę relatywizacji wskazanego obowiązku, uwzględniając zmienne realiów gospodarczych. Stwierdza on bowiem, że „charakter i rodzaj zmian ustrojowych, jakie powinny towarzyszyć polityce pełnego zatrudnienia, zależy od szczególnych warunków każdego kraju i wymaga zharmonizowania z całokształtem czynników, wyznaczających jego strukturę”<sup>39</sup>. Według Moniki Latos-Miłkowskiej „państwo ma tworzyć warunki, ułatwiające dostosowywanie się do wymagań gospodarki rynkowej”<sup>40</sup>. Goździewicz i Zieliński wskazują z kolei, że

państwo prowadzi politykę produktywnego zatrudnienia, stanowiąc przepisy prawne, które przeciwdziałają nieracjonalnemu ekonomicznie zatrudnieniu: nawiązywaniu stosunków pracy i tolerowaniu w zakładach pracy osób nieprzydatnych do pracy ze względu na osobiste warunki (brak kwalifikacji, utrata zdolności do pracy itp.) bądź zbędnych z punktu widzenia interesów pracodawcy kierującego się gospodarnością w swej działalności. W celu umożliwienia pracodawcom produktywnego zatrudniania pracowników została wydana m.in. ustawa z 13.03.2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników. Zawarte w niej przepisy mają zastosowanie (z jednym wyjątkiem) także do pracodawców w stanie upadłości lub likwidacji. Zgodnie z cytowaną wyżej ustawą pracodawcy mogą na łatwiejszych warunkach, niż przewiduje kodeks w przepisach o rozwiązywaniu umów o pracę, dokonywać zwolnień pracowników w razie konieczności zmniejszenia stanu zatrudnienia z przyczyn ekonomicznych, organizacyjnych lub innych określonych w art. 1 u.z.r.s.p.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> M.T. Romer, [w:] *Prawo...*, *op. cit.*, komentarz do art. 10.

<sup>39</sup> W. Szubert, *Od walki z bezrobociem do polityki pełnego zatrudnienia*, [w:] *Polityka społeczna XX wieku*, red. *idem*, Warszawa–Katowice 1980, s. 338, cyt. za: A. Musiała, *Rola wolontariatu w aspekcie rynku pracy*, [w:] *Bezrobocie i polityka zatrudnienia*, red. Z. Góral, Warszawa 2013, s. 273.

<sup>40</sup> M. Latos-Miłkowska, *Ochrona interesu pracodawcy*, Warszawa 2013, s. 17.

<sup>41</sup> G. Goździewicz, T. Zieliński, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, komentarz do art. 10.

Jak wynika z analizy literatury przedmiotu, postulat pełnego zatrudnienia ustępuje przed zatrudnieniem produktywnym, zwłaszcza w warunkach gospodarki wolnorynkowej, tym bardziej że znane są koncepcje ekonomiczne wykazujące istnienie pewnego „naturalnego” poziomu bezrobocia, co czyni osiągnięcie pełnego zatrudnienia *a priori* niemożliwym. Jak bowiem stwierdzają Eugeniusz Kośmicki i Sylwia Malinowska<sup>42</sup>:

w oficjalnej neoklasycznej ekonomii dużym uznaniem nadal cieszy się teoria naturalnej stopy bezrobocia sformułowana przez M. Friedmana. Zgodnie z tą teorią, w gospodarce rynkowej istnieje tendencja do utrzymywania się względnie stałego poziomu bezrobocia odpowiadającego stanowi równowagi gospodarki. Usiłowanie obniżenia tego poziomu bez zmiany warunków równowagi staje się jednak nieskuteczne<sup>43</sup>.

Jak wskazują Jeremy Rifkin i Holger Rogall, oficjalna ekonomia jako stan pełnego zatrudnienia przyjmowała do niedawna stopę bezrobocia na poziomie 3%. Obecnie jako norma uchodzi 5–6%<sup>44</sup>. Wyżej wymienione powinności mogą być zatem faktycznie realizowane rozłącznie, można by rzec – częściowo dla poszczególnych zakresów. Z jednej strony ustawodawca stwarza warunki mające przeciwdziałać powstawaniu i wzrostowi bezrobocia, tym samym realizując postulat pełnego zatrudnienia, z drugiej strony gospodarka wolnorynkowa na swój sposób wymusza tworzenie miejsc pracy tylko w sytuacji ekonomicznego uzasadnienia, czyniąc zatrudnienie produktywnym. Jak zauważa Michał Bartoszewicz, „można więc przyjąć, że twórcy Konstytucji RP nie traktowali tych określeń jako koniunkcji (zatrudnienie jednocześnie »pełne« i »produktywne«), lecz jako cele, które powinny być realizowane częściowo niezależnie od siebie”<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Zob. także: E. Kwiatkowski, *Neoklasyczne teorie zatrudnienia*, Warszawa 1988; J.M. Keynes, *Ogólna teoria zatrudnienia, procentu i pieniądza*, tłum. M. Kalecki, S. Raczkowski, Warszawa 1956, s. 38–39; J. Robinson, *Essays in the Theory of Employment*, Oxford 1947, s. 10.

<sup>43</sup> E. Kośmicki, S. Malinowska, *Bezrobocie we współczesnym świecie. Czy istnieją możliwości pełnego zatrudnienia?*, „Optimum. Studia Ekonomiczne” 2015, nr 4, s. 6.

<sup>44</sup> J. Rifkin, *Koniec pracy. Schyłek siły roboczej na świecie i początek ery postrynkowej*, tłum. E. Kania, Wrocław 2001; H. Rogall, *Volkswirtschaftslehre für Sozialwissenschaftler. Einführung in eine zukunftsfähige Wirtschaftslehre*, 2. Aufl., Wiesbaden 2013, cyt. za: E. Kośmicki, S. Malinowska, *Bezrobocie...*, *op. cit.*, s. 6.

<sup>45</sup> M. Bartoszewicz, [w:] *Konstytucja...*, *op. cit.*, komentarz do art. 65.

## 5. Możliwości łącznego osiągnięcia stanu pełnego produktywnego zatrudnienia

Skoro można uzyskać realne efekty w zakresie odrębnej realizacji powinności osiągnięcia pełnego zatrudnienia i produktywnego zatrudnienia, należy w tym miejscu pochylić się nad możliwościami łącznego osiągnięcia stanu pełnego produktywnego zatrudnienia. Cennym punktem wyjścia dla powyższych rozważań może stać się konstatacja wyrażona przez Zbigniewa Górala, który stwierdza, że

prowadzenie polityki zmierzającej do jak najwyższego poziomu zatrudnienia rozpatruje się najczęściej wyłącznie na płaszczyźnie programowej. Z pewnością nakaz prowadzenia odpowiedniej polityki zatrudnienia nie rodzi żadnych indywidualnych uprawnień, których można byłoby dochodzić na drodze prawnej. Z punktu widzenia jednostki skutkiem jest jedynie maksymalizacja szans na podjęcie pracy. W tym świetle warto zwrócić uwagę na występujące w aktach prawa międzynarodowego i prawa polskiego sformułowanie „polityka pełnego produktywnego zatrudnienia”. Prima facie mamy tu do czynienia ze sprzecznością. Uznając, że produktywność zatrudnienia jest zatrudnieniem gospodarczo uzasadnionym, należałoby skonstatować, że w gospodarce rynkowej takiej właściwości co do zasady nie może mieć pełne zatrudnienie. Te dwa cele prowadzonej polityki zatrudnienia można pogodzić jedynie wtedy, gdy pełne zatrudnienie traktuje się jako cel kierunkowy, którego osiągnięcie nie może odbywać się kosztem racjonalności ekonomicznej, mierzonej m.in. jego produktywności<sup>46</sup>.

### Z kolei według Wiesława Perdeusa

z literalnego brzmienia prawnej regulacji tego aspektu prawa do pracy wynika przede wszystkim to, że celem państwa ma być osiągnięcie stanu pełnego zatrudnienia. Ponadto ma być ono produktywno, czyli racjonalne. Uzyskanie obydwu efektów równocześnie wydaje się możliwe tylko teoretycznie. Produktywność zatrudnienia implikuje bowiem istnienie marginesu bezrobocia, uniemożliwiającego osiągnięcie rezultatu w postaci pełnego zatrudnienia. Przy czym pełne zatrudnienie to zbiór obejmujący wszystkich zdolnych do pracy w znaczeniu prawnym (w tym niepełnosprawnych, młodocianych) i chętnych do jej podjęcia<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Z. Góral, *Prowadzenie polityki pełnego produktywnego zatrudnienia*, [w:] *System prawa pracy. Prawo rynku pracy*, red. K.W. Baran, M. Włodarczyk, t. VIII, Warszawa 2018, s. 81.

<sup>47</sup> W. Perdeus, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz. Art. 1–93*, red. K.W. Baran, t. I, wyd. VI, Warszawa 2022, komentarz do art. 10.

Krzysztof Rączka stwierdza natomiast, że

mamy tu do czynienia nie tyle z normą prawną, ile z deklaracją o charakterze ustrojowym, nieprzekładalną bezpośrednio na układ stosunków pracy. W warunkach zdecentralizowanej gospodarki rynkowej wobec stopniowej utraty przez Państwo pozycji pośredniego pracodawcy, jego wpływ na politykę zatrudnienia w żadnym przypadku nie może być realizowany za pośrednictwem instrumentów dyrektywnych. W istocie rzeczy o zakresie wpływu Państwa na politykę zatrudnienia decyduje konkretny model gospodarczy<sup>48</sup>.

Wskazać należy, że pojęcia pełnego produktywnego zatrudnienia realizują sprzeczne cele, o ile bowiem beneficjentem pełnego zatrudnienia są osoby bezrobotne, stające się pracownikami, o tyle pojęcie zatrudnienia produktywnego służy pracodawcom, uwzględniając interes ekonomiczny pracodawcy, działającego w określonych uwarunkowaniach gospodarczych. Jak stwierdza Bartoszewicz „nietrudno zauważyć, że zatrudnienie obejmujące wszystkich będących w wieku produkcyjnym prawdopodobnie nie byłoby produktywne, z kolei zatrudnienie produktywne zapewne nie będzie obejmować wszystkich zdolnych do pracy, czyli nie będzie pełne”<sup>49</sup>. W konsekwencji zatem postulat osiągnięcia stanu pełnego produktywnego zatrudnienia ma wyłącznie wymiar teoretycznoprawny. Według Urszuli Jackowiak „pełne produktywne zatrudnienie jest modelem idealnym, nieosiągalnym. Wskazuje jednak pozytywny kierunek działań, do których podejmowania zobowiązane jest państwo”<sup>50</sup>. Powyższe stwierdzenie uzupełnia Romer, konstatując, że „art. 10 § 3 zawiera jedynie postulat dotyczący określonej polityki państwa zmierzającej do pełnego i produktywnego zatrudnienia”<sup>51</sup>. Według Krzysztofa Rączki

za złudną należy uznać możliwość jednoczesnej realizacji obydwu tych celów, na co wskazują doświadczenia zarówno państw o gospodarce rynkowej, jak i byłych państw realnego socjalizmu, dlatego też należy przyjąć, iż postulat pełnego zatrudnienia powinien być podporządkowany postulatowi zatrudnienia produktywnego, a ich łączne zapisanie w art. 10 § 3 należy traktować jako idealne założenie niemożliwe do pełnej realizacji

<sup>48</sup> K. Rączka, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. M. Gersdorf, M. Rączkowski, K. Rączka, wyd. III, Warszawa 2014, komentarz do art. 10.

<sup>49</sup> M. Bartoszewicz, [w:] *Konstytucja...*, *op. cit.*, komentarz do art. 65.

<sup>50</sup> U. Jackowiak, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. IV, Gdynia 2004, komentarz do art. 10.

<sup>51</sup> M.T. Romer, [w:] *Prawo...*, *op. cit.*, komentarz do art. 10.

w praktyce, jako cel, do którego trzeba dążyć, mając jednocześnie świadomość niemożliwości jego urzeczywistnienia<sup>52</sup>.

Również w doktrynie prawa konstytucyjnego zauważa się, że „artykuł 65 ust. 5 ma zatem naturę typowej normy programowej, o wyraźnie »pragmatycznym« i »celowościowym« charakterze”<sup>53</sup>. Wreszcie orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego wskazuje na programowy charakter nakazu prowadzenia polityki pełnego produktywnego zatrudnienia, o czym świadczy już to, że w przepisie tym stanowi się o „prowadzeniu polityki”, a nie o osiągnięciu stanu pełnego produktywnego zatrudnienia<sup>54</sup>.

## 6. Podsumowanie

Jak wynika z przeprowadzonej analizy, sama doniosłość powinności zmierzania do osiągnięcia stanu pełnego i produktywnego zatrudnienia nie budzi wątpliwości. Powyższe wartości kształtują rynek pracy, determinując też realia funkcjonowania środowiska gospodarczego. Jak zauważa Arkadiusz Sobczyk, „Skoro władze publiczne mają tak silny konstytucyjny obowiązek kreowania miejsc pracy, to niewątpliwie z powodu roli pracy w życiu społecznym”<sup>55</sup>. Aktywność zawodowa do niedawna kojarzona była z bezpieczeństwem socjalnym i stabilizacją życiową. Obecnie dla stale rosnącej grupy osób udział w rynku pracy wiąże się ze stałym zagrożeniem ubóstwem, niepewną przyszłością czy brakiem możliwości założenia i utrzymania rodziny. Przyczyną jest nie tyle brak pracy, ile zanikanie typowej formy zatrudnienia na rzecz innych, bardziej elastycznych form o niskiej jakości. Jak się okazuje, byle jaka praca nie zawsze jest lepsza od jej braku, co oznacza, że jakość zatrudnienia staje się obecnie kwestią społeczną, której rozwiązanie lub łagodzenie skutków wykraczają poza możliwości wolnego rynku i współczesnego państwa<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> K. Rączka, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, komentarz do art. 10.

<sup>53</sup> L. Garlicki, S. Jarosz-Żukowska, [w:] *Konstytucja...*, *op. cit.*, komentarz do art. 65.

<sup>54</sup> Wyrok TK z dnia 13 marca 2000 r., K 1/99, OTK 2000, nr 2, poz. 59.

<sup>55</sup> A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, t. I, Warszawa 2013, s. 145

<sup>56</sup> A. Kłós, K. Tomaszewska, *Bezrobocie jako zjawisko społeczne stanowiące zagrożenie dla kształtowania się rynku pracy w Polsce*, „Społeczeństwo. Edukacja. Język” 2014, nr 2, s. 187.

Patrząc na zagadnienie z punktu widzenia systemu prawa, wskazać należy, że obowiązek pełnego produktywnego zatrudnienia podniesiony został do rangi podstawowej zasady prawa pracy, co nadaje tej powinności istotne znaczenie<sup>57</sup>. Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny, w art. 65 ust. 5 Konstytucji ustrojodawca wyraźnie określił: 1) cel (pełna produktywizacja zatrudnienia), 2) adresata (władze publiczne), 3) nakazane zachowanie zmierzające do osiągnięcia tego celu (realizowanie programów zwalczania bezrobocia, w tym organizowanie i wspieranie poradnictwa i szkolenia zawodowego oraz robót publicznych i prac interwencyjnych). Sprawą otwartą pozostaje, w jakim zakresie adresat (organy władzy publicznej) powinien wykonać ten konstytucyjny nakaz. Konstytucyjne minimum obowiązku organów władzy publicznej oznacza jednak, że w jakimś stopniu obowiązek ten muszą spełnić. Korelatem obowiązku władzy publicznej jest prawo jednostki do co najmniej tego minimum realizacji<sup>58</sup>.

Powstaje natomiast problem, na ile możliwe jest łączne zrealizowanie wskazanych w analizowanych przepisach wartości. Jak wykazała przeprowadzona analiza, uzyskanie pełnego rezultatu może się ziszczyć wyłącznie w wymiarze teoretycznoprawnym, bowiem praktyka stosowania przywołanych przepisów, jak też (a może przede wszystkim) realia życia gospodarczego, wskazują, że osiągnięcie przywołanych założeń rzeczywiście jest niemożliwe. Jak podaje Teresa Liszcz:

jest oczywiste, że ani Rzeczpospolita Polska, ani – jak wskazują doświadczenia wysoko rozwiniętych krajów – także inne państwa nie są w stanie zapewnić stale wszystkim zdolnym do pracy i chcącym pracować odpowiedniego zatrudnienia. A mimo to niemal wszystkie najważniejsze akty prawnomiędzynarodowe dotyczące praw i wolności człowieka i konstytucje wielu państw wymieniają jako jedno z nich prawo do pracy<sup>59</sup>.

Według Kośmickiego i Malinowskiej

wie współczesnych warunkach technologicznych i społeczno-gospodarczych [osiągnięcie pełnego zatrudnienia] staje się [...] niemożliwe. Sytuacja społeczno-gospodarcza jest coraz bardziej dramatyczna w wyniku gwałtownego zastępowania siły roboczej przez ciągłą informatyzację procesów wytwórczych i działalności usługowej. Mimo to, znajdujemy się dopiero na progu rozwoju globalnych rynków i epoki w pełni zautomatyzowanej

<sup>57</sup> U. Jackowiak, *Rola...*, *op. cit.*, s. 948.

<sup>58</sup> Wyrok TK z 10 stycznia 2005 r., K 31/03, Dz.U. z 2005 r., nr 11, poz. 87.

<sup>59</sup> T. Liszcz, *Przyszła Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej a prawo pracy*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 1997, vol. XLIV, sectio G, s. 80.

produkcji. Już wkrótce może się okazać, że gospodarka jako całość nie będzie wykazywała dalszego zapotrzebowania na pracę. [...] Coraz częściej dochodzi do wzrostu gospodarczego bez zwiększenia zatrudnienia (tzw. *joblessgrowth*), wiele dochodów z pracy nie wystarczy już na utrzymanie pracowników i ich rodzin (*workingpoor*), a jednocześnie poszerza się tzw. szara strefa i różnego rodzaju przestępczość. Obok bezrobocia uwarunkowanego koniunkturalnie i strukturalnie, trzeba obecnie mówić o bezrobociu wyznaczonym aktualnym rozwojem technologicznym kapitalizmu<sup>60</sup>.

W konsekwencji zatem prawo do pracy nie jest traktowane jako prawo podmiotowe, z którego wynikałoby roszczenie o zatrudnienie, lecz jako tzw. prawo niedoskonałe (*lex imperfecta*) o charakterze nierozszczeniowym<sup>61</sup>.

Patrząc na sam wymiar konstrukcyjny przepisów konstytucyjnych, należy wskazać, w ślad za Piotrem Tuleją, że

z dyrektywy nakazującej prowadzić politykę zmierzającą do pełnego, produktywnego zatrudnienia wynika wzorzec kontroli konstytucyjności norm i publiczne prawo podmiotowe. W celu ustalenia treści wzorca i prawa należy odwołać się do teoretycznego ujęcia zasad prawa. Zasady to normy optymalizacyjne, które należy realizować w mniejszym lub większym stopniu. Nie wymagają one bezwarunkowego osiągnięcia celów, a ich realizacja zależy od aktualnych możliwości prawnych i faktycznych adresatów<sup>62</sup>.

Konstytucja ze względu na pełnione przez nią funkcje polityczne i normatywne odnosi się do pewnych ideałów, wartości społecznych, w związku z czym podnosi do rangi zasad treści ideologii społecznych i politycznych<sup>63</sup>. W związku z powyższym przepisy tworzą pewien stan idealny, do którego należy dążyć, ale którego pełne osiągnięcie nigdy nie będzie możliwe, co czyni wskazaną regulację normatywną teoretyczną z perspektywy jej wykonalności.

Odwołując się natomiast do tytułowego dyskretnego uroku teorii, owa dyskrekcja wynika z dwóch okoliczności. Po pierwsze, pomimo teoretycznej możliwości osiągnięcia zakładanego w przepisach stanu władze publiczne mają podejmować działania, które chociaż w części będą przepis tak konstytucyjny, jak też kodeksowy czynić realnie

<sup>60</sup> E. Kośmicki, S. Malinowska, *Bezrobocie...*, *op. cit.*, s. 4.

<sup>61</sup> R. Blanpain, M. Matey, *Europejskie prawo pracy w polskiej perspektywie*, Warszawa 1993, s. 265, cyt. za: T. Liszcz, *Przyszła...*, *op. cit.*, s. 80.

<sup>62</sup> P. Tuleja, *Granice konstytucjonalizacji prawa pracy (artykuł recenzyjny)*, „Państwo i Prawo” 2020, z. 9, s. 130.

<sup>63</sup> A. Bura, *Pojmowanie sprawiedliwości w orzecznictwie TK*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 2, s. 46.



---

funkcjonującym. Po drugie, jak wykazano w tekście, możliwe jest rozłączne urzeczywistnienie wskazanych wartości, co również czyni ich wymiar teoretyczny bardziej dyskretnym. Wreszcie, zważywszy na zasadność podejmowania działań mobilizujących władze publiczne do realizacji analizowanych założeń, zasadne jest dyskretne wyrażanie wyłączenie teoretycznej efektywności celów, tak by nie osłabiać adresatów tych powinności w czynieniu wszystkiego, by założone w przepisach cele osiągnąć bądź przynajmniej do nich zmierzać, podejmując jak najbardziej praktyczne działania.



Konrad Kohutek\*

## Intensyfikacja *private enforcement*: udogodnienia materialnoprawne i proceduralne dla poszkodowanych naruszeniami prawa antymonopolowego

### 1. Wprowadzenie

Obecnie wdrażanie prawa konkurencji w drodze prywatnej (tzw. *private enforcement*) jest coraz częściej wykorzystywanym modelem w Europie<sup>1</sup>. Polega on przede wszystkim<sup>2</sup> na dochodzeniu przez

---

\* Prof. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0003-1249-301X.

<sup>1</sup> Zob. też R. Whish, D. Bailey, którzy trafnie akcentują, że w ciągu ostatniej dekady można zaobserwować znaczący wzrost prywatnego wdrażania prawa konkurencji – *idem*, *Private enforcement of competition law: its role and development in the EU*, [w:] *Research handbook on private enforcement of competition law in the EU*, eds B.J. Rodger, M. Sousa Ferro, F. Marcos, Cheltenham 2023, s. 4.

<sup>2</sup> Jakkolwiek prywatnoprawne wdrażanie prawa konkurencji obejmuje również spory dotyczące skutków prawnych wynikających z nieważności czynności prawnych (zwłaszcza umów) naruszających to prawo; zob. art. 6 ust. 2 oraz art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1689); dalej: u.o.k.k. Przepisy te wprost przewidują taki skutek (analogicznie jak art. 101 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [wersja skonsolidowana] [Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016], dalej: TFUE). *Private enforcement* należy odróżnić od tzw. *public enforcement*, czyli

ofiary naruszeń prawa konkurencji naprawienia wyrządzonej im wskutek takiego naruszenia szkody (tzw. szkody antymonopolowej<sup>3</sup>). Mimo że zwłaszcza w państwach takich jak Niemcy, Wielka Brytania, Francja czy Holandia wskazany model był kilkanaście lat temu relatywnie często stosowany, to jednak w ciągu ostatniej dekady znacząco wzrosła liczba spraw odszkodowawczych z tytułu ww. szkody zarówno w tychże krajach, jak i w innych państwach (np. Hiszpanii<sup>4</sup>, Włoszech, a częściowo także i Polsce).

W związku z powyższym nasuwa się pytanie, jakie bodźce (czynniki) spowodowały znaczne zwiększenie atrakcyjności modelu *private enforcement*. Należy bowiem pamiętać, że sprawy odszkodowawcze (zwłaszcza te odnoszące się do szkód antymonopolowych) często są skomplikowane pod względem prawno-procesowym oraz kosztowne. Mimo to w ostatnich latach poszkodowani coraz częściej decydowali się na składanie stosownych pozwów oraz „walkę” o odszkodowanie, która nierzadko kończyła się dla nich pomyślnie, w tym także w drodze ugody. *Prima facie* można by założyć, że powodem takiej intensyfikacji modelu prywatnego w Europie jest wdrożenie mechanizmów przewidzianych w tzw. dyrektywie odszkodowawczej<sup>5</sup>. Dyrektywa ta przewiduje różne rozwiązania mające ułatwić dochodzenie poszkodowanym naprawienia szkody antymonopolowej. Mimo to stawiam tezę, że wzmiankowane

---

egzekwowania reguł antymonopolowych przez organ administracji. W Polsce jest nim Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; szerzej o porównaniu obu tych modeli zob. np. A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję. W poszukiwaniu zrównoważonego modelu współistnienia*, Warszawa 2013.

- <sup>3</sup> Jest to pojęcie używane w doktrynie na określenie właśnie szkody wynikającej z naruszenia publicznoprawnych reguł konkurencji; zob. np. A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie...*, *op. cit.*, s. 376–382 oraz K. Kohutek, *Szkoda antymonopolowa. Zasady odpowiedzialności i dochodzenia roszczeń odszkodowawczych*, Warszawa 2018, s. 17.
- <sup>4</sup> O czym świadczy także relatywnie duża liczba spraw, które sądy hiszpańskie skierowały do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w ramach pytań prejudycjalnych (związanych zazwyczaj z tzw. kartelem ciężarówek; zob. niżej pkt 4). Do 2009 r. Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS), po 2009 r. Trybunał Sprawiedliwości UE (TSUE), dalej także jako: Trybunał.
- <sup>5</sup> Chodzi o dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (Dz.Urz. UE L 349/1 z 5.12.2014); dalej: dyrektywa odszkodowawcza lub DD (*damages directive*).

rozwiązania oraz ich implementacja do porządków krajowych<sup>6</sup> jedynie w nieznacznym zakresie doprowadziły do coraz częstszego wykorzystywania *private enforcement* w praktyce (w odróżnieniu od tego, co miało miejsce np. 20 – lub więcej – lat temu, mimo że już wtedy judykatura unijna wyraźnie zaakcentowała możliwość dochodzenia odszkodowania przez ofiary naruszeń reguł antymonopolowych przed sądami krajowymi<sup>7</sup>). Chodzi zwłaszcza o wyroki w sprawie *Courage* z 2001 r.<sup>8</sup> oraz *Manfredi* z 2006 r.<sup>9</sup>, w których przede wszystkim potwierdzono prawo każdego poszkodowanego do naprawienia szkody wyrządzonej mu przez naruszenie prawa konkurencji, pod warunkiem że pomiędzy tym naruszeniem a szkodą istnieje związek przyczynowy.

Jako uzasadnienie postawionej wyżej tezy należy powołać się przede wszystkim na dwa argumenty (zjawiska).

Po pierwsze, sama dyrektywa poza zakresem swej regulacji pozostawia relatywnie sporo zagadnień mających istotne znacznie praktyczne w dochodzeniu odszkodowania za szkody antymonopolowe (zwłaszcza precyzowanie zakresu podmiotowego odpowiedzialnych za szkody w kontekście przynależności do tego samego przedsiębiorstwa, przesłanka związku przyczynowego, przesłanka winy<sup>10</sup>).

Przed wszystkim jednak, po drugie, wiodącą rolę w intensyfikacji modelu *private enforcement* – w mojej ocenie – odegrało (wciąż odgrywa) orzecznictwo Trybunału, który w swych wyrokach (wydanych w ciągu ostatniej dekady) zajmował korzystne stanowisko dla ofiar szkód antymonopolowych. Od powołanych wyżej orzeczeń (w sprawie *Courage*

<sup>6</sup> Co w Polsce nastąpiło w drodze ustawy z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (Dz.U. z 2017 r., poz. 1132); dalej: u.r.n.s.

<sup>7</sup> Które to sądy są uprawnione do wdrażania tych reguł, czyli – na gruncie prawa UE – art. 101 i 102 TFUE; zob. też art. 6 rozporządzenia Rady UE nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 101 i 102 Traktatu (Dz.Urz UE L 1/1 z 4.01.2003).

<sup>8</sup> Wyrok ETS z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-453/99 *Courage Ltd przeciwko Bernard Crehan* (ECLI:EU:C:2001:465).

<sup>9</sup> Wyrok ETS z dnia 13 lipca 2006 r. sprawy połączone C-295/04 do C-298/04 *Vincento Manfredi przeciwko Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito przeciwko Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* i *Nicolò Tricarico (C-297/04)* i *Pa-squalina Murgolo (C-298/04) przeciwko Assitalia SpA*. (EU:C:2006:461).

<sup>10</sup> Szerzej o tym zob. np. K. Kohutek, *Dyrektywa odszkodowawcza: w kierunku harmonizacji zasad dochodzenia roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2021, nr 1, s. 22–31.

i Manfredi) minęło już ponad 20 lat. Bez wątplenia wyroki te stanowiły kamienie milowe w zakresie *private enforcement*, będąc zarazem przedmiotem licznych opracowań. W istocie wszakże nie odnoszą się one do konkretnych (często mających duże znaczenie praktyczne) zagadnień dotyczących dochodzenia naprawienia szkody antymonopolowej (w odróżnieniu od licznych późniejszych judykatów). Zaprezentowanie wypracowanych w nich konstrukcji, które uatrakcyjniają model *private enforcement*, zarówno w wymiarze materialnoprawnym, jak i proceduralnym, stanowi zasadniczy przedmiot niniejszego opracowania.

## 2. Zagadnienia materialnoprawne

### 2.1. Uwagi wstępne

Relatywnie znaczna część wyroków wydanych przez Trybunał w ciągu ostatniej dekady dotyczy zagadnień, które można traktować jako mające charakter materialnoprawny. Wiążą się one albo z ustalaniem zakresu podmiotowego przedsiębiorców mogących ponieść odpowiedzialność za szkodę antymonopolową, albo z przesłankami przypisania im takiej odpowiedzialności. W tej kwestii doniosłe znaczenie ma wyznaczenie relatywnie szerokiego kręgu podmiotów odpowiedzialnych za naprawienie szkody antymonopolowej, jak też przyjęcie szerokiej interpretacji przesłanki związku przyczynowego. Zgodnie bowiem z ogólną zasadą każdy może dochodzić odszkodowania z tytułu poniesionej szkody, jeżeli zachodzi związek przyczynowy między tą szkodą a naruszeniem prawa konkurencji<sup>11</sup>.

### 2.2. Kontynuator działalności gospodarczej naruszydca jako podmiot odpowiedzialny

Rozpoczynając od pierwszego ze wspomnianych wyżej wątków, nie ma wątpliwości, że podmiotem odpowiedzialnym za naprawienie szkody jest sprawca czynu niedozwolonego (zgodnie z art. 415 k.c.<sup>12</sup>), czyli

<sup>11</sup> Co w odniesieniu do szkód wyrządzonych wskutek naruszenia prawa konkurencji potwierdzono w judykaturze, zob. zwłaszcza cytowane na wstępie opracowania (przypis nr 8 i 9) wyroki w sprawie Courage i Manfredi; zob. też motyw 11 preambuły DD.

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1610 z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem, kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia.

w omawianym kontekście naruszciciel prawa konkurencji. Z judykatury wynika wszakże, że krąg tych podmiotów może być szerszy, obejmując także tych, którzy sami nie naruszyli prawa konkurencji (względnie ich zachowanie bezpośrednio nie stanowiło takiego naruszenia). Powołać tu należy przede wszystkim wyrok w sprawie *Vantaan* z 2019 r., w którym za podmiot odpowiedzialny za naprawienie szkody antymonopolowej uznano także tzw. kontynuatora działalności gospodarczej sprawcy naruszenia w sytuacji, w której ten drugi został przejęty przez tego pierwszego (przez zakup jego akcji), a następnie zlikwidowany<sup>13</sup>. W takiej sytuacji przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby, że poszkodowani faktycznie nie mieliby od kogo dochodzić naprawienia szkody z uwagi na utratę bytu prawnego sprawcy; jego „byt ekonomiczny” został wszakże „zachowany”, przejawiając się właśnie w prowadzeniu działalności gospodarczej w tej samej branży (jej kontynuacji) przez nabywców wszystkich jego akcji (argument nr 1). Ponadto odmiennie stanowisko oznaczałoby także możliwość unikania odpowiedzialności przez sprawców naruszenia przez zmianę ich „tożsamości prawnej”<sup>14</sup> (argument nr 2). Trybunał wyraźnie uzależnił możliwość pociągnięcia do odszkodowawczej odpowiedzialności antymonopolowej przedsiębiorcę, który przejął sprawcę/sprawców (przez nabycie wszystkich jego/ich akcji), ale zarazem „kontynuował ich działalność gospodarczą” (*continued their commercial activities*).

Nasuwa się zatem pytanie, czy przyjętą w danym wyroku konstrukcję należałoby stosować także wobec takiego podmiotu, którego na pewno nie można uznawać za kontynuatora wspomnianej działalności, czyli w szczególności chodziłoby o podmiot, który ani przed przejęciem sprawcy, ani po tej transakcji nie prowadzi działalności w tej samej

<sup>13</sup> Zob. pkt 51 wyroku TSUE z dnia 14 marca 2019 r. w sprawie C-724/17 *Vantaan kaupunki przeciwko Skanska Industrial Solutions Oy i in.* (EU:C:2019:204), w którym Trybunał skonkludował, że „art. 101 TFUE należy interpretować w taki sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której wszystkie akcje spółek, które uczestniczyły w zakazanym na mocy tego artykułu kartelu, zostały nabyte przez inne przedsiębiorstwa, które rozwiązały spółki, których akcje nabyły, i kontynuowały ich działalność gospodarczą, owe spółki przejmujące mogą zostać pociągnięte do odpowiedzialności za szkodę spowodowaną przez kartel”; dalej: wyrok w sprawie *Vantaan*.

<sup>14</sup> Co także podkreślił Trybunał, konstatując, że „jeśli odpowiedzialne za szkodę spowodowaną naruszeniem unijnych reguł konkurencji przedsiębiorstwa mogłyby unikać sankcji poprzez samą tylko zmianę tożsamości w drodze restrukturyzacji, zbycia lub innych zmian prawnych czy organizacyjnych, zagrożony byłby zarówno zamierzony przez ten system cel, jak i skuteczność (*effet utile*) tych reguł”; zob. pkt 46 wyroku w sprawie *Vantaan*.

branży (a tym bardziej na tym samym rynku właściwym). W takiej sytuacji bowiem rzeczywiście działalność sprawcy nie jest już kontynuowana<sup>15</sup>. Trudno wątek ten jednoznacznie rozstrzygnąć. Z jednej strony bowiem Trybunał wyraźnie zastrzegł, że odpowiedzialność ponosić może przedsiębiorca, który kontynuuje taką działalność<sup>16</sup>; dlatego też – we wskazanym przypadku – podmiot, jako ten, który nie spełnia przedmiotowej przesłanki (mimo nabycia wszystkich akcji/udziałów sprawcy), nie powinien być zaliczany do kręgu odpowiedzialnych za naprawienie szkody antymonopolowej. Z drugiej strony jednak powołane wyżej argumenty (nr 1 i 2), które to przemawiały za stanowiskiem Trybunału, zdają się zachowywać swą aktualność także w opisanym przypadku. Mimo to – w mojej ocenie – wyraźne zastrzeżenie przez Trybunał wymogu kontynuowania tego samego biznesu co sprawca jest koniecznym warunkiem przypisania cywilnoprawnej odpowiedzialności antymonopolowej takiemu kontynuatorowi (uzasadniając taką konstrukcję także w wymiarze funkcjonalnym), co zarazem przemawia za podważaniem zasadności rozszerzającej wykładni konstrukcji przyjętej przez Trybunał w sprawie Vantaan.

Dodatkowo za przyjętym tu stanowiskiem (tj. opowiadającym się przeciwko szerokiej interpretacji wzmiankowanej konstrukcji) przemawia również argumentacja wynikająca z innego (nowszego) orzeczenia unijnego dotyczącego *private enforcement*, a mianowicie w sprawie Sumal z 2021 r.<sup>17</sup> W wyroku tym Trybunał dopuścił możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności spółki zależnej (spółki córki) za naruszenie prawa konkurencji dokonane przez spółkę wobec niej dominującą (spółkę matkę), przy czym – co ma kluczowe znaczenie w omawianym kontekście – jako warunek przypisania takiej odpowiedzialności uznał m.in. „związek pomiędzy działalnością gospodarczą spółki zależnej a przedmiotem naruszenia, w związku z którym stwierdzono odpowiedzialność spółki dominującej”<sup>18</sup>. Wynika stąd, że antymonopolowa odpowiedzialność odszkodowawcza podmiotu innego niż naruszciciel (bezpośredni naruszciciel) warunkowana jest właśnie o ile nie tożsamością, to przynajmniej podobieństwem działalności gospodarczej naruszciciela a innego podmiotu (czyli dokładnie tak jak było w sprawie Vantaan).

<sup>15</sup> Inna sprawa, że w praktyce taki przypadek nie wydaje się rzadki.

<sup>16</sup> Co przemawia za odrzuceniem szerokiego podejścia do stanowiska Trybunału.

<sup>17</sup> Wyrok TSUE z dnia 6 października 2021 r. w sprawie C882/19 *Sumal SL przeciwko Mercedes Benz Trucks España SL* (EU:C:2021:800); dalej: wyrok w sprawie Sumal.

<sup>18</sup> Punkt 52 zd. 1 wyroku w sprawie Sumal.



### 2.3. Prywatnoprawna odpowiedzialność antymonopolowa spółek w holdingu

Powołany już wyżej wyrok w sprawie Sumal ma doniosłe znaczenie w zakresie wyznaczania kręgu przedsiębiorców, którym można przypisać odpowiedzialność za naruszenie prawa konkurencji. Jak już wspomniano, przesądził on o możliwości dochodzenia odszkodowania także od spółki córki za naruszenie, jakiego dopuściła się spółka matka (jest to tzw. odpowiedzialność odgórna<sup>19</sup>), wskazując zarazem na okoliczności (przesłanki), na jakie może się powołać ta pierwsza spółka celem zwolnienia się z tej odpowiedzialności<sup>20</sup>. Wyrok ów koresponduje z podejściem zajęтым przez Trybunał w sprawie Vantaan, ponieważ „poszerza” krąg odpowiedzialnych za naruszenia antymonopolowe poza te podmioty, które były (bezpośrednimi) naruszcicielami. Jednocześnie wyrok w sprawie Sumal nie udziela odpowiedzi na inne bardzo istotne pytanie, a mianowicie, czy możliwe jest przypisanie cywilnoprawnej odpowiedzialności spółce matce za naruszenie, jakiego dokonała spółka córka, czyli egzekwowanie takiej odpowiedzialności jednakże niejako w przeciwnym kierunku, czyli „z dołu”, tj. od spółki córki, „w górę”, czyli na spółkę matkę (tzw. odpowiedzialność oddolna; zob. wyżej). Jak się wydaje, istnieją wystarczające argumenty przemawiające za udzieleniem pozytywnej odpowiedzi w tej materii.

Przede wszystkim powołać tu należy rozwiązanie obowiązujące w publicznym prawie konkurencji. Pozwala ono na przypisanie odpowiedzialności administracyjnej spółce matce za naruszenie prawa konkurencji dokonane przez jej „córkę” (i tym samym nałożenie grzywny na tę pierwszą spółkę). Taka konstrukcja (bazująca na doktrynie

<sup>19</sup> Czyli idąca od „góry” na „dół” (*top-down*), gdyż od spółki dominującej jako tej, która jest bezpośrednim naruszcicielem prawa konkurencji (np. członkiem kartelu) na spółkę zależną. Taką konstelację odpowiedzialności należy odróżnić od odpowiedzialności oddolnej, tj. idącej od spółki córki (w tym wypadku bezpośredniego naruszciciela) w „górę”, czyli na spółkę matkę; szerzej o tym zob. K. Kohutek, *Odpowiedzialność odszkodowawcza spółki zależnej za antymonopolowe naruszenia spółki dominującej. Glosa do wyroku TSUE z dnia 6 października 2021 r. w sprawie C882/19 Sumal SL przeciwko Mercedes Benz Trucks España SL*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2022, nr 4, s. 45.

<sup>20</sup> Jak to wskazał Trybunał, spółka zależna „powinna mieć możliwość skutecznego skorzystania z przysługującego jej prawa do obrony w celu wykazania, że nie należy ona do tego przedsiębiorstwa [co spółka matka – bezpośredni naruszciciel], a w przypadku gdy Komisja nie wydała żadnej decyzji na podstawie art. 101 TFUE, ma ona również prawo zakwestionować prawdziwość zarzucanego zachowania noszącego znamiona naruszenia”; pkt 36 wyroku w sprawie Sumal.

pojedynczej jednostki ekonomicznej<sup>21</sup>) w prawie unijnym wykreowana została w judykaturze (a jej początki sięgają już końca lat 70. ubiegłego wieku<sup>22</sup>). W prawie polskim przypisanie odpowiedzialności spółce dominującej za naruszenia antymonopolowe spółki zależnej jest relatywnie nowym rozwiązaniem, które zostało wprost przewidziane w ustawie antymonopolowej (na mocy jej nowelizacji z 2023 r.<sup>23</sup>). Ustawa stanowi, że w przypadku naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu porozumień antykonkurencyjnych (z art. 6 ust. 1 u.o.k.k.) lub zakazu nadużywania pozycji dokonującej (z art. 9 ust. 1 u.o.k.k.) naruszenia dopuszcza się również przedsiębiorca wywierający decydujący wpływ na tego przedsiębiorcę (art. 6b i 9a u.o.k.k.). Zdefiniowano zarazem pojęcie wywierania decydującego wpływu, przy czym najczęściej występującym w praktyce przypadkiem jest właśnie relacja spółka matka – spółka córka<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Tzw. doktryna SEU (*single economic unit*); na temat tej doktryny zob. np. P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015.

<sup>22</sup> Należy tu przytoczyć przede wszystkim wyrok TSUE z dnia 14 lipca 1972 r. w sprawie C-48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. przeciwko Komisji WE* (EU:C:1972:70), w którym Trybunał sformułował konstrukcję, na której bazuje ta doktryna, przypisując administracyjną odpowiedzialność antymonopolową spółce matce, która na rynku działała z wykorzystaniem swych spółek córek, w których posiadała udziały większościowe (lub całościowe). Jak to wskazał Trybunał, samo to, że spółka córka (*subsidiary*) dysponuje odrębną podmiotowością prawną, nie wystarczy do wykluczenia możliwości przypisania (*imputing*) jej zachowania spółce matce (*parent company*); tak może być w szczególności, kiedy spółka córka nie decyduje niezależnie o swych zachowaniach na rynku, lecz stoi się we wszelkich aspektach materialnych do instrukcji przekazywanych jej przez spółkę matkę (zob. zwłaszcza pkt 134 tegoż wyroku).

<sup>23</sup> Ustawa z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2023 r., poz. 852).

<sup>24</sup> Zgodnie z art. 6b ust. 2 i 3 u.o.k.k. wywieranie decydującego wpływu zachodzi w sytuacji, gdy między przedsiębiorcami istnieją takie powiązania ekonomiczne, prawne lub organizacyjne, których skutkiem jest wykonywanie lub dostosowywanie się przez przedsiębiorcę, na którego jest wywierany decydujący wpływ, do instrukcji udzielanych mu przez przedsiębiorcę wywierającego decydujący wpływ, w sposób ograniczający lub uniemożliwiający jego samodzielne zachowania na rynku. Jednocześnie ustawa przewiduje domniemanie wywierania decydującego wpływu przez takiego przedsiębiorcę, którego udział w kapitale przedsiębiorcy, na którego ten pierwszy wywiera decydujący wpływ, przekracza 90%. Przyjęte w cytowanych przepisach rozwiązanie bazuje na konstrukcjach ukształtowanych w judykaturze unijnej, w tym w powołanym wyżej wyroku w sprawie *Imperial Chemical Industries*; w judykaturze tej wykreowano nawet wrzuszalne domniemanie, że w przypadku, gdy spółka dominująca posiada 100% kapitału swej spółki zależnej, która popełniła naruszenie reguł konkurencji, rzeczywiście wywiera

Zgodnie z tą konstrukcją wywieranie (możliwość wywierania) przez jednego przedsiębiorcę decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę zazwyczaj występuje w przypadku posiadania pakietu kontrolnego akcji/udziałów przedsiębiorcy znajdującego się pod takim „wpływem”.

Jeśli zatem spółka matka ponosi administracyjną odpowiedzialność antymonopolową za naruszenia prawa konkurencji, jakich (bezpośrednio) dopuściła się spółka córka, to zarazem (jak się wydaje) nie powinno się wykluczać takiej zasady na gruncie reguł odpowiedzialności cywilnoprawnej (czyli za szkody wyrządzone wspomnianym naruszeniem). W obu przypadkach bowiem takie samo jest „aksjologiczne założenie”, na jakim bazuje ta konstrukcja (tj. poszerzonej odpowiedzialności podmiotowej). Stosownie do tegoż założenia spółka matka nie tylko ma możliwość wywierania władztwa korporacyjnego na spółkę córkę (decyduje o zachowaniach rynkowych tej drugiej, zwłaszcza tych strategicznych), lecz także jest ona wykorzystywana w praktyce (chyba że spółka matka wykaże dowód przeciwny<sup>25</sup>). Warto dodać, że niedawna nowelizacja prawa spółek handlowych<sup>26</sup> (dotycząca zagadnień z prawa holdingowego) wyraźnie przewiduje możliwość wydania przez spółkę dominującą spółce zależnej wiążącego polecenia dotyczącego prowadzenia spraw spółki (zob. art. 21<sup>2</sup> § 1 k.s.h.)<sup>27</sup>.

Ponadto – jak to również przesądzone w orzecznictwie – pojęcie „przedsiębiorstwo” na potrzeby stosowania publicznego prawa konkurencji powinno mieć takie samo znaczenie jak na potrzeby *private enforcement*<sup>28</sup>. Jednocześnie dyrektywa jako sprawcę naruszenia (podmiot

---

decydujący wpływ na swą spółkę zależną; zob. zwłaszcza pkt 60 wyroku TSUE z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-97/08P *Akzo Nobel NV i in. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (EU:C:2009:536).

<sup>25</sup> Co wszak w wieloletniej praktyce unijnej – w której Komisja Europejska uznawała ingerowanie w zachowania spółki matki za naruszenia antymonopolowe spółki córki – należało do wyjątkowo rzadkich przypadków (tj. skutecznego obalenia przez spółkę matkę takiego domniemania).

<sup>26</sup> Ustawa z dnia 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 807 z późn. zm.).

<sup>27</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 18).

<sup>28</sup> Jak to skonkludował Trybunał, „pojęcie »przedsiębiorstwa« w rozumieniu art. 101 TFUE, stanowiące autonomiczne pojęcie prawa Unii, nie może mieć innego zakresu w kontekście nakładania przez Komisję grzywnien na podstawie art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, a innego w kontekście powództw o odszkodowanie za naruszenie reguł konkurencji Unii”; pkt 47 wyroku w sprawie *Vantaan*.

odpowiedzialny<sup>29</sup>) określa „przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw, które dokonały naruszenia prawa konkurencji” (art. 2 pkt 2 DD). Przedsiębiorstwo zaś pojmuje się na gruncie prawa konkurencji przedmiotowo (funkcjonalnie), tj. jako „każdy podmiot zaangażowany w działalność gospodarczą, bez względu na jego status prawny oraz sposób jego finansowania”<sup>30</sup>; dane przedsiębiorstwo może zatem składać się z dwu lub więcej powiązanych podmiotów (zazwyczaj spółek kapitałowych).

W związku z powyższym (zwłaszcza mając na uwadze stanowisko Trybunału zajęte w sprawie Sumal) zasadna wydaje się konkluzja, że podmiotem odpowiedzialnym za naprawienie szkody, jaką wyrządziła spółka córka, jest (może być) także spółka matka, którą skutecznie można pozwać (wyłącznie lub razem ze spółką córką) o odszkodowanie.

#### 2.4. Solidarny charakter cywilnoprawnej odpowiedzialności antymonopolowej

Za trafnością powołanej konkluzji przemawia także to, że koresponduje ona z instytucją solidarnej odpowiedzialności za naruszenia antymonopolowe. Wyraźnie przewiduje ją dyrektywa (zob. art. 11 ust. 1 DD<sup>31</sup>). Jeżeli szkoda wynika np. z naruszenia kartelowego, wówczas każdy z uczestników tego antykonkurencyjnego porozumienia jest odpowiedzialny za naprawienie tej szkody. Jest to zarazem niezależne od takich czynników jak np. wielkość (wartość) sprzedaży, rola naruszydela w ramach porozumienia<sup>32</sup>, jego stan majątkowy<sup>33</sup>, a nawet to, że po-

<sup>29</sup> Zob. też art. 3 u.r.n.s., zgodnie z którym sprawca naruszenia jest obowiązany do naprawienia szkody wyrządzonej komukolwiek przez naruszenie prawa konkurencji, chyba że nie ponosi winy.

<sup>30</sup> Zob. art. 2 pkt 10 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mający na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (Dz.Urz. UE L 11/3 z 14.01.2019).

<sup>31</sup> Zgodnie z tym przepisem państwa członkowskie zapewniają, aby przedsiębiorstwa, które naruszyły prawo konkurencji w wyniku wspólnych działań, były solidarnie odpowiedzialne za szkodę wynikającą z naruszenia prawa konkurencji, z takim skutkiem, że każde z tych przedsiębiorstw ma obowiązek w pełni wyrównać szkodę, a poszkodowany, dopóki nie otrzyma pełnego odszkodowania, ma prawo żądać pełnego odszkodowania od dowolnego z nich.

<sup>32</sup> Np. czy był to jego inicjator, lider czy też jedynie pasywnie stosował się do poleceń innych naruszcycieli.

<sup>33</sup> Jakkolwiek w praktyce zazwyczaj ofiary pozywać będą przede wszystkim (lub wyłącznie) tych naruszcycieli, którzy znajdują się w co najmniej dobrej kondycji finansowej.

szkodowany nie nabywał towarów od danego naruszcyciela. Tę ostatnią okoliczność potwierdza także orzecznictwo. Wskazano w nim na brak przeszkód w tym, aby poszkodowany „wystąpił z powództwem wyłącznie przeciwko jednemu z autorów naruszenia, u którego bezpośrednio się nie zaopatrywał”<sup>34</sup>. W danym przypadku rzeczywiście pozwany nie był związany z powodem żadnym stosunkiem kontraktowym (gdyż w całości lub w większości ten drugi zaopatrywał się u innego dostawcy produktów objętych kartelem), to jednak pozwany był także sprawcą czynu niedozwolonego (naruszycielem prawa konkurencji będąc jedną ze stron kartelu).

Powyższe stanowisko jest zarazem spójne z innymi rozstrzygnięciami Trybunału, z których jednoznacznie wynika, że ofiara naruszenia antymonopolowego może dochodzić naprawienia szkody także od tego naruszcyciela, który nie tylko nie jest jego kontrahentem, ale także w przypadku gdy jego kontrahentem nie jest żaden z naruszcycieli. W wyroku w sprawie Kone z 2014 r.<sup>35</sup> Trybunał dopuścił możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności strony kartelu za tzw. szkody parasolowe<sup>36</sup>, czyli szkody wyrządzone klientom ich konkurentów, tj. przedsiębiorców, którzy nie uczestniczyli w kartelu, lecz którzy „w związku z funkcjonowaniem kartelu ustalili swoje ceny na poziomie wyższym, niż należałoby tego oczekiwać w warunkach konkurencyjnych”<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Wyrok TSUE z dnia 29 lipca 2019 r. w sprawie C451/18 *Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft. przeciwko DAF Trucks NV* (ECLI:EU:C:2019:635); dalej: wyrok w sprawie Tibor.

<sup>35</sup> Sprawa Kone dotyczyła tzw. kartelu windowego stwierdzonego w decyzji Komisji z dnia 21 lutego 2007 r. w sprawie COM/38823 (*Elevators and escalators*) (Dz.Urz. C 75/19 z 26.03.2008). W decyzji tej Komisja uznała, że kilku europejskich producentów wind i schodów ruchomych (Otis, Thyssen, Kone i Schindler) zawarło kartel dzielący rynek (w tym rynek zamówień publicznych) oraz ustalający ceny tych produktów.

<sup>36</sup> Zjawisko parasola cenowego polega na ustaleniu przez przedsiębiorcę nieuczestniczącego w kartelu cen swych produktów na poziomie wyższym niż w przypadku braku zawarcia kartelu; podwyższone ceny kartelowe tworzą bowiem swego rodzaju parasol, „chroniący” tego przedsiębiorcę przed cenową presją konkurencyjną, która istniałaby w normalnych („nieskartelizowanych”) warunkach rynkowych, a która wszak – wskutek kartelu – została w danym przypadku wyłączona lub ograniczona; K. Kohutek, *Szkoda antymonopolowa...*, *op. cit.*, s. 139–140.

<sup>37</sup> Punkt 37 wyroku TSUE z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie C557/12 *Kone AG i in. przeciwko ÖBB-Infrastruktur AG* (ECLI:EU:C:2014:1317); dalej: wyrok w sprawie Kone.

### 2.5. Szeroka wykładnia przesłanki związku przyczynowego

Powołany wyrok w sprawie Kone jest bardzo istotny, i to niekoniecznie dlatego, że zakresem cywilnoprawnej odpowiedzialności antymonopolowej obejmuje wspomniane „szkody parasolowe”, ale przede wszystkim dlatego, że pozwala na relatywnie szeroką interpretację jednej z przesłanek zasądzenia odszkodowania, czyli przesłanki związku przyczynowego. Wynika z niego, że przesłanka ta jest spełniona także w odniesieniu do takich szkód, które pozostają jedynie w co najwyżej pośrednim związku z samym naruszeniem prawa konkurencji. Bezpośrednią przyczyną szkody antymonopolowej może być zatem zdarzenie inne niż przedmiotowe naruszenie (oczywiście pod warunkiem, że zdarzenie to jest także powiązane z – a tym bardziej wprost spowodowane – tym naruszeniem). Na powstanie szkody antymonopolowej mogą mieć wpływ dwa (lub więcej) zdarzenia, a spełniania przesłanki związku przyczynowego (*causal link*) nie podważa to, że naruszenie prawa konkurencji było tylko „współprzyczyną” (*contributory cause*) szkody<sup>38</sup>.

Przyjęta w wyroku w sprawie Kone konstrukcja została następnie potwierdzona w nowszej judykaturze. Powołać tu można w szczególności wyrok w sprawie PACCAR z 2022 r.<sup>39</sup> oraz w sprawie Land Oberösterreich z 2019 r. Ta druga sprawa również dotyczyła szkody spowodowanej kartelem windowym. W sprawach tegoż kartelu naruszenie prawa konkurencji nie stanowiło bezpośredniej przyczyny powstania szkody, jednakże doprowadziło do innego zdarzenia, które (już „bezpośrednio”) spowodowało szkodę, jakiej naprawienia (od naruszcycieli) domagał się powód. W obu sprawach zawarcie kartelu windowego skutkowało podwyżką cen wind (schodów ruchomych) – stanowiąc zarazem niejako zdarzenie pierwotne. Zdarzeniem wtórnym (bezpośrednią przyczyną szkody) był:

- w sprawie Kone: wzrost cen konkurentów dominanta, od którego po zawyżonych cenach nabywali produkty poszkodowani, albo
- w sprawie Land Oberösterreich: wzrost kosztów inwestycji budowlanej (obejmującej windy/schody ruchome), która tym samym wyma-

<sup>38</sup> Zob. też K. Kohutek, *Szkoda antymonopolowa...*, *op. cit.*, s. 142.

<sup>39</sup> Ze stanowiska Trybunału wynika, że model prywatnego wdrażania prawa konkurencji „może prowadzić do naprawienia nie tylko szkody bezpośredniej, jaką miała ponieść dana osoba, ale również szkód pośrednich powstałych w strukturze i funkcjonowaniu rynku, który nie mógł osiągnąć pełnej efektywności gospodarczej, w szczególności na korzyść zainteresowanych konsumentów”; pkt 56 wyroku TSUE z dnia 10 listopada 2022 r. w sprawie C-163/21 *AD i in. przeciwko PACCAR Inc i in.* (ECLI:EU:C:2022:863); dalej: wyrok w sprawie PACCAR.

gała wyższego dofinansowania (pożyczek preferencyjnych/dotacji) udzielanych przez poszkodowanego (Land Oberösterreich)<sup>40</sup>.

Z powołanych orzeczeń płynnie wniossek, że formalnie uprawnionym do domagania się naprawienia szkody od sprawców naruszenia prawa konkurencji może być także taki podmiot, którego szkoda spowodowana została (bezpośrednio) przez takie zdarzenie, które niejako „oddzielone” jest od wspomnianego naruszenia dwoma (lub więcej) powiązanymi ze sobą zdarzeniami. Należy wszak pamiętać, że im więcej będzie tego rodzaju „zdarzeń pośrednich” (tj. występujących niejako „pomiędzy” wspomnianym naruszeniem a szkodą), tym trudniej udowodnić będzie przesłankę związku przyczynowego. Dochodzić bowiem będzie odpowiednio więcej okoliczności rynkowych (innych zdarzeń, czynników ekonomiczno-finansowych), które mogą mieć wpływ na cenę (zwłaszcza jej podwyżkę), którą za dany produkt (pośrednio pochodzący z kartelu) zapłacił powód. Jednocześnie wyrok w sprawie Land Oberösterreich nie wyklucza przypisania naruszcicielom prawa konkurencji także niejako „bardziej odległych” negatywnych skutków rynkowych samego naruszenia<sup>41</sup>.

### 3. Zagadnienia proceduralne

#### 3.1. Możliwość pozwania sprawcy naruszenia antymonopolowego przed sąd kraju wystąpienia szkody

W obszarze udogodnień proceduralnych orzecznictwo unijne również wypracowało w ostatnich latach wiele rozwiązań mających ułatwić ofiarom naruszeń antymonopolowych dochodzenie odszkodowania.

<sup>40</sup> Jak to skonkludował Trybunał: „art. 101 TFUE należy interpretować w ten sposób, że podmioty, które nie działają jako dostawcy lub nabywcy na właściwym rynku dotkniętym działaniem kartelu, lecz które udzieliły odbiorcom produktów oferowanych na tym rynku dotacji w formie pożyczek preferencyjnych, mogą żądać zasądzenia od przedsiębiorstw uczestniczących w tym kartelu naprawienia szkody, jaką poniosły, z uwagi na fakt, że skoro kwota tych dotacji była wyższa niż w wypadku braku istnienia tego kartelu, podmioty te nie były w stanie wykorzystać tej różnicy na inne bardziej dochodowe cele”; pkt 34 wyroku TS z dnia 12 grudnia 2019 r. w sprawie C435/18 *Otis GmbH i in. przeciwko Land Oberösterreich i in.* (ECLI:EU:C:2019:1069).

<sup>41</sup> Zob. K. Kohutek, *Jakie szkody można przypisać naruszcicielom prawa konkurencji? – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 12.12.2019 r., C-435/18, Otis GmbH i in. przeciwko Land Oberösterreich i in.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 4, s. 47.

W pierwszej kolejności należałoby tu przytoczyć powołany już wcześniej wyrok w sprawie Tibor. W orzeczeniu tym Trybunał, interpretując tzw. rozporządzenie jurysdykcyjne<sup>42</sup>, przesądził, że sądem, przed którym poszkodowani naruszeniami antymonopolowymi mogą wytoczyć pozew, jest niejako „ich własny” sąd krajowy, tj. znajdujący się na terytorium państwa, na którym doznali szkody antymonopolowej<sup>43</sup> (i tym samym państwa, w którym prowadzą działalność gospodarczą oraz zazwyczaj mają swoją siedzibę – główną siedzibę). Z reguły bowiem – nawet jeżeli spełnienie materialnoprawnych przesłanek zasądzenia odszkodowania nie wydaje się budzić większych wątpliwości – to jednak poszkodowany przedsiębiorca mógłby zrezygnować z dochodzenia swych roszczeń z uwagi na konieczność prowadzenia sprawy za granicą (z czym wiążą się zazwyczaj wyższe koszty oraz ryzyko prawne). Po wyroku w sprawie Tibor rozwiane zostały wątpliwości w przedmiocie możliwości kwestionowania jurysdykcji sądu krajowego, przed który sprawca naruszenia został pozwany, a zarazem jest to sąd właściwy dla państwa, na którego terytorium wystąpiła szkoda antymonopolowa<sup>44</sup>.

Wykładnią rozporządzenia „jurysdykcyjnego” zajmował się również Trybunał w wyroku w sprawie Wikingerhof z 2020 r.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE L 351/1 z 20.12.2012); dalej: rozporządzenie 1215/2012.

<sup>43</sup> Zdaniem Trybunału w ramach powództwa o naprawienie szkody spowodowanej przez naruszenie w rozumieniu art. 101 TFUE, polegające w szczególności na mających znamiona zмовы uzgodnieniach w kwestii ustalania cen i podwyższenia cen brutto samochodów ciężarowych, „miejsce, w którym nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę” oznacza – w sytuacji takiej jak zaistniała w postępowaniu głównym – miejsce na rynku, na które naruszenie to miało wpływ, czyli miejsce, gdzie ceny zostały zniekształcone, w którym poszkodowany, jak twierdzi, poniósł szkodę, nawet jeśli powództwo zostało skierowane przeciwko uczestnikowi rozpatrywanego kartelu, z którym poszkodowany nie nawiązał stosunków umownych; pkt 37 wyroku w sprawie Tibor.

<sup>44</sup> Zob. też K. Kohutek, *Miejsce wystąpienia szkody antymonopolowej jako łącznik determinujący jurysdykcję sądu krajowego rozpatrującego pozew o odszkodowanie. Glosa do wyroku TSUE z dnia 29 lipca 2019 r. w sprawie C451/18 Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft. przeciwko DAF Trucks NV*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 2, s. 30–31.

<sup>45</sup> Wyrok TSUE z dnia 24 listopada 2020 r. w sprawie C59/19 *Wikingerhof GmbH & Co. KG przeciwko Booking.com BV* (ECLI:EU:C:2020:950); dalej: wyrok w sprawie Wikingerhof.



Wynika z niego, że zawarcie umowy prorogacyjnej<sup>46</sup> między stronami nie wyklucza możliwości pozwania jednej z tych stron (będącej zarazem sprawcą naruszenia prawa konkurencji) przed inny sąd niż wskazany we wspomnianej umowie, a mianowicie przed sąd „miejsca, w którym nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę” (zob. art. 7 ust. 2 rozporządzenia 1215/2012)<sup>47</sup>. Jest to zazwyczaj miejsce, w którym poszkodowany naruszeniem prowadzi działalność oraz ma swoją siedzibę<sup>48</sup>. Trafnie przy tym wyjaśnił Trybunał, że sąd, w którego obszarze właściwości leży rynek, na który miało wpływ zarzucane zachowanie antykonkurencyjne, jest najbardziej odpowiedni do wydania orzeczenia w przedmiocie głównej kwestii zasadności tego twierdzenia, w szczególności w zakresie zbierania i oceny istotnych w tym względzie dowodów<sup>49</sup>.

### 3.2. Szeroka wykładnia instytucji *disclosure*

Z powołanych dotychczas orzeczeń wynika, że sądy zajmowały się wątkami, które pozostawały poza zakresem regulacji dyrektywy odszkodowawczej (mimo że mają bardzo doniosłe znaczenie praktyczne). W ostatnich latach Trybunał coraz częściej miał okazję wypowiedzieć się co do interpretacji przepisów tejże dyrektywy. Również i w tym przypadku zajmował stanowisko zazwyczaj korzystne dla poszkodowanych.

W cytowanym już wyroku w sprawie PACCAR Trybunał opowiedział się za szeroką wykładnią uprawnienia gwarantującego powodowi dostęp do dowodów znajdujących się u pozwanego (względnie mogących się znajdować u tego drugiego). Chodzi konkretnie o instytucję tzw. *disclosure* przewidzianą w art. 5 ust. 1 DD. Przepis ten obliguje państwa członkowskie do tego, aby na wniosek powoda „sądy krajowe miały

<sup>46</sup> Czyli umowy, która przewiduje, że tylko określony sąd we wskazanym państwie będzie miejscowo właściwy do rozpatrywania sporów między stronami tejże umowy.

<sup>47</sup> Punkt 38 wyroku w sprawie Wikingerhof.

<sup>48</sup> Czyli w danej sprawie było to terytorium Niemiec, na którym spółka Wikingerhof prowadziła swą działalność (usługi hotelarskie) oraz miała swoją siedzibę. Spółka ta zarzuciła Booking.com BV (spółce prawa holenderskiego) nadużycie pozycji dominującej poprzez narzucanie temu pierwszemu różnych klauzul dotyczących cen za noclegi hotelowe jakie oferuje na swej stronie internetowej, a także uzależniania pozycji (zajmowanej przez hotel prowadzony przez Wikingerhof) na liście wyników wyszukiwania na platformie booking.com od przyznania spółce Booking.com BV prowizji przekraczającej 15%.

<sup>49</sup> Punkt 37 wyroku w sprawie Wikingerhof, zajmując tym samym w zasadzie analogiczne stanowisko jak w wyroku w sprawie Tibor.

możliwość nakazać pozwanemu lub osobie trzeciej ujawnienie istotnych dowodów, które znajdują się w ich dyspozycji”. Zdaniem Trybunału przedmiotowe uprawnienie powoda dotyczyć może nie tylko dowodów już istniejących, tj. autentycznie posiadanych przez pozwanego, ale także takich, które pozwany będzie musiał stworzyć<sup>50</sup>. Trybunał dodał, że stanowisko przeciwne mogłoby w pewnych przypadkach stwarzać przeszkody utrudniające prywatnoprawne egzekwowanie reguł antymonopolowych, kolidując w ten sposób z realizacją głównego celu dyrektywy 2014/104 (czyli dyrektywy odszkodowawczej<sup>51</sup>).

### 3.3. Uprawnienie sądu krajowego do szacowania wysokości szkody

Z kolei w wyroku w sprawie *Tráficos* z 2023 r.<sup>52</sup> Trybunał wyposażył sąd krajowy w relatywnie szeroką swobodę uznaniową co do możliwości szacowania wysokości szkody (w przypadku gdy – jak to stwierdza art. 17 ust. 1 DD – „dokładne ustalenie wysokości tej szkody na podstawie dostępnych dowodów jest praktycznie niewykonalne lub nadmiernie trudne”). Wedle Trybunału takiego uprawnienia nie wyklucza ani to, że „strona pozwana udostępniła stronie powodowej dane, na których oparła się, aby zakwestionować ekspertyzę tej ostatniej, ani fakt, że strona powodowa skierowała swe roszczenie tylko do jednego ze sprawców wspomnianego zachowania”<sup>53</sup>. Z uwagi na liczne problemy, mogące w praktyce często występować w związku z wyliczeniem wysokości szkody antymonopolowej, zajęte przez Trybunał stanowisko należy przyjąć z aprobatą.

Warto dodać, że także w polskim prawie obowiązuje (i to już przed uchwaleniem dyrektywy odszkodowawczej) przepis przyznający sądowi

<sup>50</sup> Zdaniem Trybunału „art. 5 ust. 1 akapit 1 DD należy interpretować w ten sposób, że poczyniona w nim wzmianka o istotnych dowodach znajdujących się w posiadaniu pozwanego lub osoby trzeciej odnosi się również do dowodów, które strona, do której skierowano wniosek o ujawnienie dowodów, powinna stworzyć *ex novo*, poprzez zebranie lub sklasyfikowanie informacji, wiedzy lub danych będących w jej posiadaniu, z zastrzeżeniem ścisłego przestrzegania art. 5 ust. 2 i 3 tej dyrektywy, który zobowiązuje sądy krajowe rozpoznające sprawę do ograniczenia ujawniania dowodów do tego, co jest istotne, proporcjonalne i konieczne, z uwzględnieniem uzasadnionych interesów i praw podstawowych tej strony”; pkt 56 wyroku w sprawie PACCAR.

<sup>51</sup> Zob. pkt. 62 i 63 wyroku w sprawie PACCAR.

<sup>52</sup> Wyrok TSUE z dnia 16 lutego 2023 r. w sprawie C312/21 *Tráficos Manuel Ferrer SL i Ignacio przeciwko Daimler AG* (EU:C:2023:99), dalej: wyrok w sprawie *Tráficos*.

<sup>53</sup> Punkt 65 wyroku w sprawie *Tráficos*.

takie uprawnienie. Jest to art. 322 k.p.c.<sup>54</sup>, który (w związku z art. 32 u.r.n.s.) ma zastosowanie także do postępowania o naprawienie szkody antymonopolowej. Przepis ten upoważnia sąd do zasądzenia wedle własnej oceny kwoty odszkodowania, jeżeli ściśle udowodnienie wysokości żądania (w danym przypadku szkody, w tym wysokości, w jakiej nadmierne obciążenie zostało przerzucone) jest niemożliwe lub nader utrudnione.

#### 4. Uwagi końcowe oraz kontekst Polski

Można konkludować, że to przede wszystkim orzecznictwo sądów unijnych, w których „wykreowane” zostały różne konstrukcje korzystne dla ofiar naruszeń antymonopolowych, przypisywać należy wiodącą rolę w intensyfikacji *private enforcement* w Europie. Orzecznictwo to ma także istotne znaczenie prawne dla Polski jako kraju członkowskiego. W ramach konkluzji końcowych należy zwrócić uwagę na jeszcze trzy zagadnienia.

Po pierwsze, udogodnienia materialno-procesowe, które wypracowane zostały w judykaturze UE (jak dotychczas), w przeważającej mierze odnosiły się do zagadnień znajdujących się poza zakresem regulacji dyrektywy odszkodowawczej. Przemawia to za słuszością wskazanej na wstępie opracowania tezy, że akt ów nie jest wystarczająco skutecznym (a z pewnością kompletnym) instrumentem prawnym, który przyczynił się do wzrostu korzystania z prywatnego modelu wdrażania reguł antymonopolowych w Europie. Pomijam zarazem to, że niektóre z rozwiązań wzmiankowanej dyrektywy mogą powodować wręcz przeciwnie konsekwencje, tj. demotywować ofiary naruszeń do wnoszenia powództw (jak zwłaszcza dopuszczalność *passing-on defence*<sup>55</sup>).

<sup>54</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1550).

<sup>55</sup> Czyli obrona pozwanego przez powołanie się na tzw. przerzucenie nadmiernego obciążenia. Z art. 13 DD (w związku z motywem 39 preambuły DD) wynika, że pozwany może powołać się na to, że poszkodowany przerzucił nadwyżkę ceny – spowodowaną naruszeniem konkurencji (tzw. nadmierne obciążenie – zdefiniowane w art. 2 pkt 20 DD) na swych klientów i przez to nie poniósł szkody bądź też poniósł ją w mniejszym rozmiarze; na temat krytycznych argumentów dotyczących tego rodzaju obrony zob. K. Kohutek, *Obrona passing-on w procesie naprawienia szkody antymonopolowej: analiza krytyczna na tle dyrektywy unijnej, orzecznictwa oraz instytucji prawa cywilnego*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2020, nr 3, s. 45–81.

Po drugie, warto zauważyć, że zasadnicza większość spraw, w których Trybunał wypowiedział się w przedmiocie zadanych mu pytań prejudycjalnych z zakresu prywatnego wdrażania reguł konkurencji, dotyczyła tego samego naruszenia, a mianowicie kartelu ciężarówek<sup>56</sup>. Chodzi o wyroki w takich sprawach jak: Vantaan, Tibor, Sumal, PACCAR, Tráficos oraz Volvo<sup>57</sup>. Oprócz tej ostatniej sprawy każda z nich została powołana w niniejszym opracowaniu. Wspomniany kartel stał się zarazem przyczyną licznych pozwów (zwłaszcza w Hiszpanii oraz w Niemczech) o naprawę szkody antymonopolowej. Pozwy te relatywnie często były uwzględniane przez sądy, prowadząc do zasądzenia odszkodowania. Można zatem konstatować, że kartel ciężarówek stał się sprawą, na bazie której nastąpiła intensyfikacja *private enforcement* w Europie, pozwalając na kształtowanie przez sądy rozwiązań (interpretacji), mających zarazem uniwersalne (tj. odnoszące się do wszelkich branż gospodarczych) zastosowanie w kontekście spraw o naprawienie szkody antymonopolowej.

Po trzecie wreszcie, nie można zapomnieć o jeszcze jednym bardzo istotnym, ale zarazem pozaprawnym wątku. Jest nim finansowanie zewnętrzne spraw o naprawienie szkody antymonopolowej. Sprawy te są często bardzo kosztowne, a jednocześnie skomplikowane<sup>58</sup>, zazwyczaj wymagają dodatkowej i/lub bardziej zorganizowanej (w tym nierzadko międzynarodowej/transgranicznej) obsługi prawnej (czasem także ze strony ekspertów ekonomicznych). Wspomniane koszty w wielu przypadkach byłyby niemożliwe do poniesienia (zwłaszcza ich sfinansowania *ex ante*) przez poszkodowanych (także przedsiębiorców o znacznej sile finansowo-ekonomicznej). Z tej przyczyny nawet udogodnienia prawne przysługujące poszkodowanym (także te opisane w niniejszym opracowaniu) nie byłyby wystarczające do skłonienia ich do wytaczania stosownych powództw (a z pewnością w stopniu w jakim miało to miejsce w ciągu ostatniej dekady).

<sup>56</sup> Kartel ów stwierdzony został w decyzji Komisji z dnia 19 lipca 2016 r. (sprawa AT.39824: Samochody ciężarowe; Dz.Urz. UE C 108 z 2017 r., s. 6). W decyzji tej Komisja nałożyła kary w wysokości łącznej ponad 2,9 mld euro (Daimler: 1 008 766 000 euro; Iveco 494 606 000 euro; Volvo 670 448 000 euro; DAF 752 679 000; MAN został zwolniony z kary wskutek procedury *leniency*).

<sup>57</sup> Wyrok TSUE z dnia 22 czerwca 2022 r. w sprawie C267/20 *AB Volvo i DAF Trucks NV przeciwko RM* (EU:C:2022:494). Wyrok ów odnosi się do wątków intertemporalnych.

<sup>58</sup> Co wszak nierzadko odnosi się także do innych spraw o naprawienie szkody (tj. innych niż wynikające z naruszenia reguł antymonopolowych).

W związku z powyższym, w praktyce w wielu sprawach o naprawienie szkody antymonopolowej – zwłaszcza wysokich rozmiarów (czyli przekraczających kilkaset tysięcy, a tym bardziej kilka, kilkanaście milionów euro) – nie dochodziłoby do wytoczenia stosowych pozwów, gdyby nie „finansowanie sprawy” ze strony podmiotów zewnętrznych. Skorzystanie z takiej możliwości pozwoliło na prowadzenie w Polsce prawie 10-letniego procesu o odszkodowanie za szkodę wyrządzoną Magna Polonia S.A. przez Emitel S.A., która wynikała z naruszenia prawa konkurencji oraz zasad poufności. Sprawa ta zakończyła się korzystnie dla poszkodowanego. Jego pozew został uwzględniony przez sąd<sup>59</sup>, który orzekł na jego rzecz kwotę 263,44 mln zł (163,74 mln zł oraz odsetki ustawowe w wysokości 99,7 mln zł). W sprawie tej zawarto ugodę w czerwcu 2023 r., w wyniku której Emitel zobowiązał się zapłacić spółce Magna Polonia S.A. kwotę 192,5 mln zł, a która jednocześnie zobowiązała się cofnąć wniesiony pozew wraz ze zrzeczeniem się roszczenia, przy czym ze wskazanej kwoty aż 92,99 mln zł musiało zostać przekazane przez powoda „funduszowi zewnętrznemu”, który sfinansował całą sprawę, tj. spółce Fidera Master SCSp RAIF z siedzibą w Luksemburgu<sup>60</sup>. Zasądzone w sprawie Magna Polonia S.A. odszkodowanie jest nie tylko najwyższe w Polsce (w tego typu sprawach), ale także jednym z najwyższych w Europie. Sprawa ta dowodzi zarazem, jak istotna jest z jednej strony rola funduszu zewnętrznego (często faktycznie warunkującego „założenie” oraz prowadzenie sprawy o naprawienie szkody antymonopolowej), a z drugiej strony, jak wysoka jest jego „cena”<sup>61</sup>.

Oczywiście jako dowodu (zrelatywizowanego<sup>62</sup>) wzrostu prywatnego wdrażania prawa konkurencji w Polsce nie można traktować tylko

<sup>59</sup> Zob. wyrok SO w Warszawie z dnia 2 lipca 2021 r., XVI GC 2042/13.

<sup>60</sup> Zob. *Uгода pozasądowa między Magna Polonia S.A. a Emitel S.A.*, [www.bankier.pl/wiadomosc/06MAGNA-Ugoda-pozasadowa-miedzy-Magna-Polonia-S-A-a-Emitel-S-A-8562105.html](http://www.bankier.pl/wiadomosc/06MAGNA-Ugoda-pozasadowa-miedzy-Magna-Polonia-S-A-a-Emitel-S-A-8562105.html) [dostęp: 16.02.2024] – oraz cyt. tam raport Magna Polonia S.A.

<sup>61</sup> W danej sprawie fundusz ów, godząc się na „przejęcie na siebie” kosztów prowadzenia sprawy oraz ryzyko prawne, wynegocjował „prowizję” w wysokości ponad 35% wartości kwoty zasądzonej przez sąd lub ugody (zatwierdzonej przez sąd).

<sup>62</sup> To jest w porównaniu do tego, jak bardzo mało popularny (oraz mało skuteczny) był model prywatnego wdrażania reguł antymonopolowych w latach 90. XX wieku oraz pierwszej dekadzie tego wieku; zob. np. A. Jurkowska-Gomułka, *Private Enforcement of Competition Law in Polish Courts: The Story of an (Almost) Lost Hope for Development*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2013, vol. 6, no. 8, s. 107–126.

powołanej sprawy (Magna Polonia S.A.<sup>63</sup>). Od pewnego czasu w polskich sądach wnoszone są pozwy o naprawienie szkody antymonopolowej (w tym wynikającej ze wspomnianego już wyżej kartelu ciężarówek, lecz nie tylko<sup>64</sup>). Warto dodać, że w grudniu 2021 r. UOKiK wydał dwie decyzje o naruszeniu polskiej ustawy o ochronie konkurencji przez niektórych dealerów samochodów ciężarowych w Polsce, co może skutkować powstaniem nowych prywatnych roszczeń w tym sektorze<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Szerzej na jej temat zob. też np. K. Kohutek, *Dochodzenie naprawienia szkody wyrażonej naruszeniem prawa konkurencji polegającym na nadużywaniu pozycji dominującej*, [w:] *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, red. M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczotka, Warszawa 2020, s. 1266–1267.

<sup>64</sup> W lutym 2020 r. polska rafineria ropy naftowej i detalista paliw PKN Orlen pozwał mBank, Mastercard i Visa na kwotę 635,7 mln zł, zarzucając im naruszenie prawa konkurencji przez uzgodnienie opłat *interchange*; zob. np. notkę z 28 lutego 2020 r.: *Orlen pozwał mBank i inne instytucje finansowe. Chodzi o ponad 600 mln złotych*, businessinsider.com.pl, <https://businessinsider.com.pl/gielda/wiadomosci/pkn-orlen-pozwal-mbank-na-ponad-600-mln-zl-z-tytulou-oplaty-interchange/dpt27t2> [dostęp: 26.02.2024]; zob. też wyrok SA w Poznaniu z dnia 15 czerwca 2023 r., w którym to sąd ów uchylił wyrok SO w Katowicach z dnia 15 grudnia 2021 r. XIII C 284/21, za zasadny uznając zarzut powoda (poszkodowanego z tytułu zawarcia kartelu dotyczącego cen produktów chemii górniczej) nierozpoznanie istoty sprawy (przez ten drugi sąd). Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska sądu pierwszej instancji, wedle którego roszczenie (o kwotę ponad 118 mln zł) się przedawniło.

<sup>65</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 23 grudnia 2021 r., nr DOK 8/2021 oraz decyzja Prezesa UOKiK z 16 grudnia 2021 r., nr DOK 6/2021 ([www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)). Obie decyzje dotyczyły kartelu (zwłaszcza podziału rynku) pojazdów ciężarowych marki DAF.

Leszek Leszczyński\*

## Racjonalność prawodawstwa jako założenie idealizacyjne – zakres i funkcja interpretacyjna<sup>1</sup>

### 1. Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest analiza przyjmowanego na gruncie literatury teoretycznoprawnej idealizacyjnego założenia o racjonalności prawodawcy (prawodawstwa) jako problemu odrębnego od modelu racjonalnego procesu prawodawczego (ustawodawczego), prezentowanego bądź w konwencji polityki prawa, bądź jego składników (warunków racjonalności). Podstawą analizy jest przekonanie, że założenie to, podniesione w doktrynie w poznańskiej szkole teoretycznoprawnej, nie zostało skutecznie zakwestionowane, chociaż wskazywane są niekiedy jego ograniczenia. Nie dezaktualizuje to jednak, jak się wydaje, potrzeby rozważania istoty tego założenia z punktu widzenia zakresu podmiotowego (zbioru podmiotów, z których działalnością to założenie może być kojarzone) i przedmiotowego (rodzaju wyników prawodawstwa) oraz

---

\* Prof. dr hab., Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, ORCID: 0000-0003-4300-5461.

<sup>1</sup> Niniejsze opracowanie jest zmienioną wersją anglojęzycznego artykułu pt. *On Theoretical Aspects of the Concept of Rational Lawmaker: Between Optimization and Idealization of the Legislation*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2022, vol. 31, no. 5, s. 169–185.

w kontekście jego interpretacyjnej funkcji (odnoszonej przede wszystkim do wykładni operatywnej). Prowadzi ona bowiem do możliwości ujęcia założenia o racjonalności prawodawstwa w kontekście rozszerzenia obu powyższych zakresów (wyjścia poza działalność ustawodawcy-legislatora) i wzmocnienia jego roli w procesach wykładni operatywnej (w tym zwłaszcza – wykładni sądowej).

## 2. Racjonalność prawodawstwa – model procesu a założenie idealizacyjne

1. Racjonalność prawodawstwa kojarzona jest zwykle z modelem racjonalnego ustawodawstwa. Może być on budowany w postaci ogólnej, powiązanej zazwyczaj z jakąś doktryną filozoficzną (jak to ma miejsce w przypadku np. koncepcji Jeremy’ego Benthama, Friedricha Carla von Savigny’ego lub Roscoe Pounda<sup>2</sup>), może wiązać się z koncepcją polityki prawa jako nauki praktycznej (co wszechstronnie ujął Leon Petrażycki<sup>3</sup>), ale może być też konstruowany w postaci zestawu warunków uznawania procesu jako racjonalnego oraz układu faz, w ramach których dokonywane są poszczególne czynności ustawodawcze (co jest składnikiem współczesnych polskich ujęć teoretycznoprawnych autorstwa m.in. Jerzego Wróblewskiego, Zygmunta Ziemińskiego, Adama Podgóreckiego, Sławomiry Wronkowskiej czy Ewy Kustry<sup>4</sup>).

Do tych ujęć nawiązuje też Tadeusz Biernat, koncentrując się w ramach koncepcji polityki prawa jako działalności ustawodawczej (obejmującej w pewnym sensie zarówno *politics of law*, jak i *legal policy*) na rozróżnieniu jej fazy prelegislacyjnej i legislacyjnej oraz odpowiadającej

<sup>2</sup> Por. J. Bentham, *Theory of Legislation*, London 1914, szczególnie s. 10 i n., 79 i n.; *idem*, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, tłum. B. Nawroczyński, Warszawa 1958, szczególnie s. 58 i n.; F.C. von Savigny, *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa*, tłum. K. Opalek, Warszawa 1974, szczególnie s. 68 i n.; R. Pound, *Social Control Through Law*, New Haven 1942, szczególnie s. 16–20, 24–25.

<sup>3</sup> Por. L. Petrażycki, *Wstęp do nauki prawa i moralności*, tłum. J. Lande, Warszawa 1959, s. 13–14; *idem*, *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968, s. 25 i n.

<sup>4</sup> Por. A. Podgórecki, *Założenia polityki prawa*, Warszawa 1957, *passim*; Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa–Poznań 1974, s. 104 i n.; J. Wróblewski, *Model racjonalnego tworzenia prawa*, „Państwo i Prawo” 1973, z. 11, s. 3–17; *idem*, *Zasady tworzenia prawa*, Łódź 1981, s. 57–89; *idem*, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław 1985, s. 132–278; E. Kustra, *Racjonalny prawodawca. Analiza teoretycznoprawna*, Toruń 1980, *passim*; S. Wronkowska, *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Poznań 1982, *passim*.



temu układowi relacji między czynnościami dokonywanymi w ramach dyskursu politycznego i dyskursu jurydycznego<sup>5</sup>.

2. Modele racjonalnych działań prawodawczych optymalizujące procesy legislacyjne nie wyczerpują jednak analiz teoretycznoprawnych odnoszących się do samej racjonalności. W literaturze wyróżniane jest bowiem także ujęcie idealizacyjne, zakładające racjonalność prawodawstwa (racjonalność prawodawcy) na gruncie relacji między działaniami w procesach stanowienia i stosowania prawa wraz z będącą ich składnikiem wykładnią prawa.

Istota relacji pomiędzy tymi ujęciami polega w ogólności na tym, że założenie o racjonalności prawodawcy oraz rezultatu jego działań jest założeniem idealizacyjnym, co najmniej afaktycznym (w sensie ogólnym), a w odniesieniu do wielu przypadków – kontrfaktycznym. W odniesieniu bowiem do każdego działania legislacyjnego da się analitycznie stwierdzić jakieś elementy nieracjonalne (leżące po stronie np. przebiegu procesu decyzyjnego, intelektualnych i aksjologicznych podstaw działania czy treści regulacji z punktu widzenia jej skutków). Ma to miejsce nawet wówczas, gdy całościowo działanie to i sam jego efekt mogą być uznane za racjonalne (spełniające niejako minimum racjonalności) w kontekście wysuwanych w nauce prawa wymogów modelowych.

Tak rozumiane założenie idealizacyjne jest przedmiotem niniejszego opracowania, w ramach którego, po dokonaniu przeglądu wybranych stanowisk doktrynalnych, podniesiony zostanie problem jego zakresu podmiotowego oraz funkcji interpretacyjnej.

### 3. Stanowiska doktryny prawniczej

1. Jak się wydaje, charakterystyczne dla istoty założenia o racjonalności prawodawcy są poglądy sformułowane w ramach tzw. teoretycznoprawnej szkoły poznańskiej.

Pierwsze z ujęć sformułował jej nestor, profesor Ziemiński, który określił założenie o racjonalności prawodawcy w podręczniku do teorii prawa z 1972 r.<sup>6</sup> w sposób następujący:

<sup>5</sup> Por. T. Biernat, *Law making policy*, [w:] *Politics of law and legal policy. Between modern and post-modern jurisprudence*, red. *idem*, M. Zirk-Sadowski, Wolters Kluwer Polska 2008, s. 75–159; *idem*, *On the Lawmaking Policy, Discretion and Importance of the Rule of Law Standards*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2020, vol. XXIX, nr 3, red. K. Hanas, L. Leszczyński, s. 67 i n.

<sup>6</sup> Sygnalizacja tego założenia zaprezentowana została przez Z. Ziemińskiego już wcześniej, w pracy *Teoria państwa i prawa, część druga, zagadnienia teorii prawa*, Poznań 1969, s. 150.

Przedstawiciele dogmatyki prawniczej, mówiąc o „prawodawcy”, rzadko mają na myśli określoną osobę, czy jedną z osób formalnie, czy merytorycznie uczestniczących w procesie prawotwórstwa, najczęściej mają na myśli „racjonalnego prawodawcę”, o którym zakładają, że stanowiąc normy prawne, kieruje się w swym działaniu określoną wiedzą i określonym systemem ocen, które oni właśnie „prawodawcy” przypisują<sup>7</sup>. [I dalej – L.L.:] Zakłada się więc o prawodawcy, że kieruje się on określonym systemem ocen [...], że każdy przepis jest przezeń wydawany celowo [...], że w przepisach nie są ustanawiane normy radykalnie ze sobą sprzeczne, ani też że normy w ogóle niemożliwe do zrealizowania [...], że wydawane przepisy nie zawierają norm radykalnie niezgodnych prakseologicznie [...] itd.<sup>8</sup>

Pogląd powyższy uległ pewnemu rozwinięciu w pracy Ziemińskiego *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, w której autor odnosi się do problemu racjonalności prawodawcy w kilku jej miejscach. Najpierw wiąże go z cechami szczegółowych nauk prawnych, pisząc:

Kluczem problematyki dogmatycznej w odniesieniu do współczesnych systemów prawnych jest odwołanie się do założenia racjonalności prawodawcy. Polega ono na idealizującym, niewątpliwie kontrfaktycznym przyjmowaniu, że teksty prawne danego systemu są tworem jednego tylko, w pełni racjonalnego podmiotu, a więc konsekwentnie kierującego się określoną spójną wiedzą i określonymi ocenami, uporządkowanymi preferencyjnie<sup>9</sup>.

Następnie, podkreślając cechę systemowości rezultatu, ustawodawstwa wskazuje, że

Sporność reguł przekładu sprowadza się głównie do sporu co do założeń idealizacyjnych charakteryzujących „racjonalnego prawodawcę”, któremu dogmatyka prawnicza przypisuje tworzenie spójnego systemu norm prawnych, zapisanych w jakimś szczególnym kodzie w tekstach prawnych. Zabiegi interpretacyjne zakładają fikcję, że „prawodawca” (racjonalny prawodawca) miał określoną koncepcję systemu norm prawnych i skrótowo napisał te normy w przepisach prawnych [...] <sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa–Poznań 1972, s. 100.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 101. Ujęcie to zostało powtórzone w kolejnych wydaniach podręcznika Z. Ziemińskiego, z tym, że w wydaniach datowanych od 1974 r. pojawia się także podrozdział dotyczący modelu racjonalnej decyzji prawodawczej w rozumieniu budowy warunków dla tak kwalifikowanego stanowienia przepisów prawnych (por. *idem*, *Teoria...*, *op. cit.*, 1974, s. 104–105).

<sup>9</sup> *Idem*, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 25.

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 85.

Autor kontynuuje powiązanie tego założenia z wykładnią prawa przez podkreślenie, że

przejawem założeń przyjmowanych co do „racjonalnego prawodawcy” są przede wszystkim przyjmowane przez prawników reguły interpretacyjne, reguły inferencyjne czy reguły kolizyjne: każda z nich oparta jest na jakimś założeniu co do elementów składających się na „racjonalność” przypisywaną „prawodawcy”<sup>11</sup>.

Na poglądach powyższych opierało się późniejsze ujęcie, zaprezentowane jednolicie w kolejnych „poznańskich” podręcznikach do teorii prawa<sup>12</sup>. Istotą poglądu wyrażonego tu syntetycznie jest podkreślenie, że teoria racjonalnego prawodawcy to teoria

oparta na założeniu, że zbiór obowiązujących w danym kraju przepisów prawnych tworzą przepisy ustanowione, a nieuchylone przez racjonalnego prawodawcę, który wydając te przepisy, konsekwentnie kierował się określoną spójną wiedzą i uporządkowanymi ocenami, zmierzając do ustanowienia w formie tych przepisów zespołu norm mających służyć spowodowaniu optymalnego z punktu widzenia jego ocen i jego wiedzy stanu społeczeństwa<sup>13</sup>.

Poglądy te, mimo pewnych różnic, zawierają wiele wspólnych założeń. Przede wszystkim ich podstawą jest przyznanie, że prawodawca kieruje się wiedzą i ocenami, które są albo „tylko” określoną wiedzą lub określonymi ocenami (ujęcie pierwsze), albo są wiedzą spójną i ocenami uporządkowanymi (ujęcie drugie i trzecie).

Zasadnicze znaczenie dla analizy ujęcia pierwszego ma zwrócenie uwagi na te jego elementy, które wiążą się z powiązaniem założenia z działaniami przedstawicieli dogmatyki prawniczej (jak się wydaje, w rozumieniu przedstawicieli zarówno szczegółowych nauk prawnych, jak i praktyki prawniczej), z ograniczoną identyfikowalnością podmiotową prawodawcy oraz wskazaniem na różne sposoby uczestnictwa w procesie prawotwórstwa. Ujęcie to, akcentujące stronę podmiotową uczestnictwa w procesie prawotwórczym, odnosi się do modelowego, a nie konkretnego traktowania prawodawcy, mimo że autor osłabia to założenie, używając przysłówka „rzadko”. Rozszerza natomiast samo pojęcie prawodawcy, mówiąc nie o prawodawcy jako osobie, lecz

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 172 (por. też s. 282).

<sup>12</sup> Najpierw był to podręcznik autorstwa A. Redelbacha, S. Wronkowskiej i Z. Ziemińskiego (*Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992), a następnie podręcznik autorstwa S. Wronkowskiej i Z. Ziemińskiego (*Zarys teorii prawa*, Poznań 1997).

<sup>13</sup> S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii...*, *op. cit.*, s. 162–163.

o osobach uczestniczących w procesie prawotwórstwa, i to zarówno formalnie, jak i merytorycznie.

W ujęciu drugim zwraca natomiast uwagę brak definicyjnego ujęcia założenia o racjonalnym prawodawcy. Autor akcentuje natomiast kilka jego istotnych elementów: idealizacyjny charakter strony podmiotowej założenia (pojęcia prawodawcy, traktowanego idealizacyjnie jako jedna osoba), powiązanie założenia z kierowaniem się przez tego idealnego prawodawcę spójną wiedzą i ocenami, leżącymi u podstaw jego działań oraz wyraźne powiązanie założenia z szeroko rozumianymi regułami interpretacyjnymi. Stanowi to istotne *novum*, rozszerzające zakres podmiotowy i przedmiotowy założenia, jak się wydaje, zbliżając jego istotę do rozwiniętej koncepcji źródeł prawa<sup>14</sup>.

Z kolei ujęcie trzecie akcentuje przede wszystkim mocne powiązanie koncepcji ze zbiorem obowiązujących przepisów prawnych, będących rezultatem działań prawodawcy, łącząc intelektualne i aksjologiczne podstawy działań prawodawczych (uzyskujących tu cechy spójności wiedzy i uporządkowania ocen) z przypisaniem prawodawcy zamiaru ustanowienia norm optymalnie służących społeczeństwu. Ujęcie to jest, jak się wydaje, ujęciem bardziej przedmiotowym (wskazującym, i to w dwóch aspektach, na rezultat działań prawodawcy).

Powyższe ujęcia należy zestawić z koncepcją Leszka Nowaka, powstałą w ramach tej szkoły w 1973 r.<sup>15</sup>, a więc w pewnym sensie współczesną pierwszemu ujęciu autorstwa Zygmunta Ziemińskiego, traktującą jednak założenie racjonalnego prawodawcy z innej perspektywy, jednoznacznie wiążącej je z teorią interpretacji prawniczej. Najwyraźniej przejawia się to w zdaniu określającym istotę interpretacji prawniczej: „Otóż teza, że interpretacja prawnicza jest interpretacją humanistyczną działań prawodawcy, wymaga dla swego uzasadnienia jednej tylko rzeczy: wykazania, że prawnicy stosują zasadę racjonalności do wyjaśnienia postępowania ustawodawcy”<sup>16</sup>. Zasada ta w ujęciu Nowaka koncentruje się na mocnym związku intelektualnych i aksjologicznych podstaw, na których opiera się działalność prawodawcza. Prawodawca racjonalny według tego ujęcia to prawodawca, który „[...] uznaje wiedzę, która jest 1. niesprzeczna, 2. systemem (tzn. zawiera swe konsekwencje logiczne) oraz [...] żywi preferencje, które są 3. asymetryczne i 4.

<sup>14</sup> O istocie tej koncepcji por. Z. Ziemiński, *Teoria...*, *op. cit.*, 1972, s. 77 i n.

<sup>15</sup> Sygnalizacja tej koncepcji miała jednak miejsce we wcześniejszej pracy L. Nowaka (*Koncepcja racjonalnego stanowienia norm*, „*Studia Metodologiczne*” 1966, t. 2), na którą powołał się Z. Ziemiński w pracy *Teoria...*, *op. cit.*, 1969, s. 151.

<sup>16</sup> L. Nowak, *Interpretacja prawnicza*, Warszawa 1973, s. 39.

przechodnie”<sup>17</sup>. Widać zatem „korespondencję” ze składnikami wyróżnionymi w ramach tej koncepcji oraz koncepcji Ziemińskiego.

Leszek Nowak traktuje zasadę racjonalności jako prawo idealizacyjne, które może być i niekiedy jest spełniane. Idzie jednak dalej, wyodrębniając obok koncepcji prawodawcy racjonalnego także koncepcję prawodawcy doskonałego, od którego wymaga dodatkowo po stronie wiedzy spełnienia warunku obejmowania wszystkich reguł języka, w którym formułowane są przepisy oraz warunku najlepszego uzasadnienia z punktu widzenia aktualnego stanu nauki, a po stronie preferencji – aby oceny, które je wyznaczają, były systemem słusznych moralnie ocen<sup>18</sup>.

Autor, wiążąc te wymogi z wykładnią prawa, nadaje koncepcji racjonalności prawodawstwa zakres, w ramach którego, jak się wydaje, założenie idealizacyjne, przyjmowane przez prawników w wykładni prawa, łączy się w pewnym stopniu z modelem optymalizacyjnym. Wiążąc bowiem, przez tak wyraziste skonstruowanie składników założenia, racjonalność z podejmowaniem takiej czynności prawodawczej spośród czynności możliwych, która niezawodnie prowadzi do najwyższej preferowanego stanu rzeczy<sup>19</sup>, w istocie do jakiegoś wymiaru optymalizacji stanowienia prawa prowadzi, nawet jeśli nie konstruuje wyraźnie modelu racjonalnego prawodawstwa i polityki prawodawczej oraz nie formułuje warunków racjonalności działalności prawodawczej, o których wspomniano wcześniej<sup>20</sup>.

2. Idealizacyjne założenie racjonalności prawodawcy nie zostało, jak się wydaje, skutecznie zakwestionowane w polskiej literaturze prawniczej. Pojawiły się wprawdzie poglądy ograniczające jego przydatność m.in. w kontekście metodologii nauk prawnych, zwłaszcza podstaw metodologicznych teorii prawa, niemniej nie zmieniły one jak dotąd zasadniczego trendu.

I tak Marek Zirk-Sadowski podaje w wątpliwość przydatność tego założenia w odniesieniu do przyjętej przez siebie wizji uczestniczenia prawników w kulturze, traktując to założenie, zwłaszcza jeśli jest oparte na racjonalności instrumentalnej, za przeszkodę w opieraniu dyskursu prawnego na założeniach racjonalności komunikacyjnej<sup>21</sup>. Akcen-

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Por. *ibidem*, s. 53–54, 164–166.

<sup>19</sup> Por. *ibidem*, s. 39.

<sup>20</sup> Por. wyżej: 2.2.

<sup>21</sup> Por. M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 81 i n., szczególnie s. 89–90.

tuje to szczególnie w odniesieniu do prawa europejskiego<sup>22</sup>. Podkreśla m.in. nieempiryczność samego założenia, nie wykluczając jednak jego przydatności w ogóle. Wymaga natomiast, aby założenie to stało się elementem tzw. kompetencji komunikacyjnej leżącej u podstaw dyskursu prawniczego<sup>23</sup>.

Inaczej kwestionuje przydatność założenia idealizacyjnego Lech Morawski. Wiążąc je z modelem racjonalnego tworzenia prawa, wątpi w zdolności nauk społecznych do przewidywania i projektowania na podstawie znajomości prawidłowości życia społecznego<sup>24</sup>. Założenie racjonalności prawodawcy, jak uważa autor, będąc założeniem kontrfaktycznym, stanowi niepotrzebnie powszechnie wykorzystywaną podstawę orzeczeń polskich sądów. Akceptacja bowiem samego założenia, kładąc nacisk na relację autor–tekst zamiast nacisku na relację tekst–interpretator, wyklucza istotną rolę sądowej praktyki interpretacyjnej, m.in. uniemożliwiając korektę błędnej, a więc w istocie nieracjonalnej, praktyki legislacyjnej<sup>25</sup>.

## 4. Zakres i interpretacyjna funkcja założenia

### 4.1. Zakres podmiotowy i przedmiotowy

Racjonalność jako rdzeń założenia idealizacyjnego nie jest w jego ramach jednoznacznie określona ani podmiotowo, ani przedmiotowo.

W kontekście podmiotowym założenie to w omówionych wyżej ujęciach ogranicza się do pojmowania prawodawcy jako ustawodawcy, akcentując w ten sposób mocniejszy związek tego założenia z tworzeniem przepisów prawnych (przede wszystkim rangi ustawy). Mimo tak konkretnego odniesienia nie przybliża ono jednak samego pojęcia do identyfikacji pełnego zbioru osób składających się na tę kategorię podmiotową. Przyjmuje ono bowiem kontrfaktycznie, że jest ktoś taki, kogo można jednoznacznie zidentyfikować jako wyrażającego swą wolę ustawodawcę, co stanowi dodatkowy aspekt idealizacyjny samego założenia. Utożsamienie pojęcia ustawodawcy z organem proceduralnie „firmującym” rezultat działań legislacyjnych nie zmienia zasadniczej tezy, odnosząc się jedynie do formalnej strony ostatniej fazy procesu

<sup>22</sup> Por. *ibidem*, s. 92 i n.

<sup>23</sup> Por. *ibidem*, s. 81.

<sup>24</sup> Por. L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001, s. 55 i n., szczególnie s. 58–59.

<sup>25</sup> Por. *ibidem*, s. 60–89.

ustawodawczego. Z kolei przypisanie realnej woli prawodawczej w kontekście zakwalifikowania jego działań jako racjonalnych podmiotowi czy podmiotom działającym w ośrodku lub ośrodkach władzy politycznej urealnia, ale i upraszcza tę kwalifikację, ponieważ w dalszym ciągu nie wyczerpuje realnego zbioru takich podmiotów. Nie zmienia idealizacji podmiotowej ewentualne włączenie do pojęcia ustawodawcy wszystkich realnie uczestniczących w procesie ustawodawczym podmiotów, których liczba zwiększa się nie tylko w miarę narastającej złożoności przedmiotu normowania, ale także – nabierania przez system polityczny, w jakim tworzone są ustawy cech systemu demokratycznego (w tym kontekście paradoksalnie łatwiej, co nie znaczy niezawodnie, można zidentyfikować podmiotowo prawodawcę w systemie autorytarnym).

Aspekt podmiotowy założenia może się jednak rozszerzać także w innym wymiarze. Jeśli bowiem odniesie się pojęcie prawodawcy do uczestniczenia w powstawaniu różnych źródeł czy nośników prawa, które stanowią podstawę działań w procesach stosowania prawa, idealizacyjny charakter założenia zmienia się. Włącza bowiem do zbioru podmiotów prawodawczych także sądy, działające w warunkach swobody decyzyjnej, opartej na różnych źródłach, też tych, które są niezależne od ustawodawcy. Przez ich działania do porządku prawnego wchodzi „pozaprzepisowe” nośniki prawa, w istocie przesuwając istotę założenia z kontekstu podmiotowego na przedmiotowy. Tym samym założenie to może być odnoszone nie tylko do samych działań określonych podmiotów, ale też do rezultatu tych działań.

Oznaczałoby to brak utożsamiania pojęcia prawa wyłącznie z przepisami prawnymi i normami z nich zrekonstruowanymi, w efekcie czego założenie racjonalności prawodawcy odnosiłoby się na gruncie powyższych relatywizacji do kategorii szerszej niż racjonalność stanowienia przepisów prawnych, czyli tworzenia systemu prawa rozumianego jako system regulacji legislacyjnych. Kategoria prawodawcy w tym kontekście odrywałaby się od pojęcia ustawodawcy i obejmowałaby wszystkie podmioty uczestniczące w tworzeniu różnych nośników prawa: jednakże nie strona podmiotowa byłaby tu decydująca. Rozszerzałby się przede wszystkim zakres pojęcia prawa przez włączenie do zbioru źródeł prawa także innych niż przepisy prawne nośników prawa jako podstaw procesu decyzyjnego. Dotyczy to wcześniejszych decyzji sądowych (zwłaszcza, jeżeli stają się one precedensami, chociażby „miękkimi”<sup>26</sup>), kryteriów

<sup>26</sup> O roli precedensów w prawie polskim i ich pojmowania w polskiej nauce prawa por. T. Stawecki, *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon,

pozaprawnych (zwłaszcza jeśli do ich wykorzystania upoważniają generalne klauzule odsyłające<sup>27</sup>) oraz niesformułowanych w przepisach zasad prawa (mających swe podstawy w tradycji kulturowoprawnej). Źródła te, nie należąc do regulacji legislacyjnych, wychodzą poza konstrukcję systemu prawa (przepisów prawnych), kreując szersze zakresowo pojęcie porządku prawnego w rozumieniu swoistego *iunctim* różnych nośników wykorzystywanych do budowy normatywnej podstawy decyzji stosowania prawa (swoistego *law in the action*<sup>28</sup>).

Dotyczy to także kultury prawa stanowionego, w którym dominującej roli nie można nie przyporządkować przepisom prawnym, ale w którym nie można im przypisać pozycji wyłącznego źródła prawa. W jej zaś ramach cechę racjonalności przypisywałoby się nie systemowi regulacji normatywnych, lecz kategorii szerszej – porządkowi prawnemu, w dużej mierze strukturze policentrycznej, chociaż kształtowanej w kulturze prawa stanowionego przy decydującym (ale niewyłącznym) udziale przepisów prawnych<sup>29</sup>. Układ tych nośników tworzy mozaikę powiązań, które dotyczą wprost idealizacyjnego modelu racjonalności prawa jako środka organizacji życia społecznego i kontroli społecznej. Pierwszy jej poziom tworzy rozróżnienie kategorii ustawodawcy i prawodawcy, drugi – rozróżnienie działań i ich rezultatu, natomiast trzeci – rozróżnienie dwóch rodzajów rezultatów działań prawodawczych: systemu przepisów prawnych oraz porządku prawnego.

Powyższe zależności rozszerzają zatem zakres założenia o racjonalności w kontekście zarówno podmiotowym jak i przedmiotowym. Decydujące byłoby ujęcie racjonalności jako założenia odnoszonego do właściwości porządku prawnego w kontekście „rezultatu

---

M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 59 i n.; L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *Precedent in Poland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, eds D.N. MacCormick, R.S. Summers, Dartmouth 1997, s. 219 i n.; *Precedens sądowy w polskim porządku prawnym*, red. L. Leszczyński, B. Liżewski, A. Szot, Warszawa 2019, *passim*, szczególnie s. 21–39.

<sup>27</sup> Por. L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001, *passim*, szczególnie s. 39 i n.

<sup>28</sup> W rozumieniu nawiązującym do koncepcji funkcjonalizmu amerykańskiego (por. R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, „The American Law Review” 1910, vol. 44, s. 12 i n.; J.L. Halperin, *Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change*, „Maine Law Review” 2011, vol. 64, no. 1, s. 45–76).

<sup>29</sup> Por. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2000, s. 35–36; B. Liżewski, *System prawa a porządek prawny. Między konstrukcją normatywną a prawem w działaniu*, Warszawa 2021, szczególnie s. 85–150.



rozszerzonego” kształtowanego w wyniku działań wszystkich podmiotów składających się na zbiorowe pojęcie prawodawcy. W efekcie osłabiałby się idealizacyjny charakter pojmowania samego ustawodawcy i przypisywania mu zidealizowanej cechy działań racjonalnych, ale jednocześnie akcentowałoby, dokonywaną w toku wykładni operatywnej, czynność racjonalizowania całego porządku prawnego. W jej skład wchodziłyby zarówno nośniki budujące system, jak i składniki „pozasystemowe” w postaci wskazanych wyżej niesformalizowanych zasad prawa, precedensów oraz odesłań pozaprawnych. Od strony podmiotowej natomiast nadawałyby one interpretatorowi operatywnemu realną pozycję uczestnika procesu tworzenia porządku prawnego, w ramach którego odwołanie się do wskazanych wyżej źródeł „pozaprzepisowych” z jednej strony racjonalizowałoby efekty działań ustawodawczych, a z drugiej – zbliżałoby idealizacyjne założenie o racjonalności porządku prawnego do realnego jej wymiaru, ujmując je nie podmiotowo, lecz implementacyjnie. Pełniej też uwzględniałoby takie czynniki relatywizujące ogólny obraz jak typ kultury prawnej, typ systemu politycznego i innych elementów społecznego otoczenia prawa, a także, w jakimś zakresie, rodzaj gałęzi prawa.

Jak się wydaje, rozumienie idealizacyjnego założenia o racjonalności porządku prawnego jako zbioru różnych źródeł (nośników) prawa powstających w drodze swoistego współdziałania (nierezygnującego wszak w pewnych warunkach z merytorycznej „rywalizacji”) ustawodawcy i niezależnego od władzy politycznej sądownictwa nie eliminuje ustawodawczej roli parlamentu<sup>30</sup>. Co ważne, jest to aktualne także w porządku prawa stanowionego, w którym proporcje ról kształtują się inaczej niż w porządku anglosaskim. Założenie to urealnia natomiast pozycję parlamentu, czyniąc go odpowiedzialnym za tworzenie przepisów prawnych w zgodzie z konstytucją, ale nieprzesądającym, a przynajmniej nieprzesądającym w równym stopniu w różnych gałęziach prawa, o treści prawa, stającego się podstawą jednostkowych decyzji prawnych, podejmowanych lub kontrolowanych w ramach sądowego typu stosowania prawa<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> O roli parlamentu por. W. Orłowski, *O potrzebie optymalizacji procesu ustawodawczego w Polsce*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2014, vol. 22, s. 479 i n.; *idem*, *Sejm i Senat w świetle dotychczasowej praktyki stosowania Konstytucji z 1997 roku*, [w:] *Problemy stosowania konstytucji Polski i Ukrainy w praktyce*, red. M. Granat, J. Sobczak, Lublin 2004, s. 106 i n.

<sup>31</sup> O relacji między tymi procesami por. T. Biernat, *On the Lawmaking...*, *op. cit.*, s. 79–83.

Dostrzegana w świetle powyższych ustaleń teoretycznoprawnych pewna redukcja pozycji parlamentu jako prawodawcy, którego działalność jest składnikiem dyskursu politycznego, jest konsekwencją nie redukcji roli instytucji, lecz poszerzenia pojęcia prawa, oznaczającego wyjście jego zakresu poza przepisy prawne. Prawodawcą stawałoby się zatem także reprezentujące dyskurs jurydyczny sądownictwo, uczestniczące w określaniu treści prawa rekonstruowanego (w różnych proporcjach w zależności od rodzaju kultury prawnej) z przepisów, innych decyzji sądowych (precedensów), otwartych kryteriów pozaprawnych wskazanych w przepisach czy niesformułowanych w tych przepisach zasad prawa. Nie zmieniałoby to skali trudności w identyfikacji podmiotowej pojęcia prawodawcy (w istocie nawet tę trudność multiplikując), natomiast urealniałoby założenie o racjonalności porządku prawnego przez włączenie do pojęcia prawotwórstwa także sądowej wykładni prawa, obejmującej również orzecznictwo sądu konstytucyjnego i sądów administracyjnych w różnym zakresie stających się realnie „prawodawcą negatywnym” w stosunku do rezultatu działalności legislacyjnej.

W istocie, jeśli w wyniku przyjęcia tego założenia o racjonalności prawodawstwa dokonywana byłaby realna racjonalizacja wyników działalności ustawodawczej w toku operatywnej wykładni prawa, dotyczyłaby ona właśnie prawa jako rezultatu działań „ustawodawcy zbiorowego”. Tym samym takie przedmiotowo-podmiotowe przesunięcie założenia o racjonalności ustawodawcy na założenie o racjonalności porządku prawnego mieściłoby się, jak się wydaje, w ramach wspomnianej przez Zirk-Sadowskiego racjonalności komunikacyjnej<sup>32</sup>, ujmując jej przedmiot w kontekście relacji szeroko rozumianego prawodawcy z adresatami norm i decyzji prawnych (co mogłoby osłabiać kontestacyjny wydźwięk poglądu tego autora).

#### 4.2. Funkcja interpretacyjna

Faktyczność jako wartość epistemiczna założenia o racjonalności prawodawstwa nie jest jednak jego istotą. Ta bowiem wiąże się z funkcją interpretacyjną, której nie można określić inaczej niż w kategoriach cenności, a w niektórych przypadkach – wręcz bezcennej przydatności. Ta kwalifikacja dotyczy w jakimś sensie każdego z rodzajów wykładni prawa, bowiem pozwala określić punkt odniesienia także wówczas, gdy wykładnia nie prowadzi bezpośrednio do efektów praktycznych, chociaż stosunkowo najluźniej założenie to wiąże się z wykładnią doktrynalną. Jej bowiem efektem (a niekiedy także zamiarem) może być

<sup>32</sup> Por. M. Zirk-Sadowski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 89 i n.

właśnie wykazanie nieracjonalności samych działań prawodawczych lub ich wyniku w postaci aktów normatywnych.

Są jednak rodzaje wykładni, w ramach których podniesiona wyżej cecha przydatności przekształca się w cechę niezbędności. Dotyczy to wykładni operatywnej (decyzyjnej), podejmowanej w procesach stosowania prawa (zwłaszcza w sądowym typie decyzyjnym) w warunkach proceduralnego nakazu podjęcia decyzji<sup>33</sup>. Celem wykładni operatywnej jest bowiem nie tyle zrozumienie czy wyjaśnienie (choć te cele nie są w wykładni operatywnej nieobecne) treści przepisu (lub innego nośnika prawa), ile osiągnięcie takiego wyniku wykładni, który wystarcza do wydania decyzji (merytorycznej lub proceduralnej).

Taki obowiązek interpretatora operatywnego stanowi kwintesencję prezentowanego w toku wykładni operatywnej tzw. wewnętrznego punktu widzenia<sup>34</sup>. W jego bowiem ramach podejmujący decyzje stosowania prawa sąd lub organ administracyjny musi umieścić swoją decyzję „wewnątrz prawa”, co w kontekście kontryfaktyczności założenia o racjonalności prawodawcy prowadzi niejednokrotnie do podjęcia się „racjonalizacji nieracjonalnego”.

Jak się wydaje, to podmioty podejmujące decyzje stosowania prawa miał na myśli Ziemiński, mówiąc o dogmatykach prawa. Przedstawiciele szczegółowych nauk prawnych (tzw. dogmatyk prawniczych) znajdują się bowiem wprawdzie „bliżej” tekstu prawnego i konstrukcji ustawodawczych niż teoretycy prawa, niemniej są przedstawicielami doktryny i w tym kontekście nie prezentują owego wewnętrznego punktu widzenia. Więcej ich zresztą łączy z teoretykami niż z podmiotami stosującymi prawo. Nieco komplikuje te relacje w sumie nierzadki fakt „dwuzawodowości” tak dogmatyków, jak i teoretyków prawa, będących jednocześnie decydentami (zwłaszcza sędziami), niemniej nie zmienia on podstawowego założenia co do różnego ich podejścia do racjonalizacji działań prawodawcy.

Idealizacyjny charakter założenia o racjonalności prawodawcy pozwala na „naprawianie” (czyli „racjonalizowanie”) realnych wyników działań prawodawczych i to niezależnie od skali ich nieracjonalności. Interpretator operatywny ma do dyspozycji całą paletę reguł wykładni, łącznie z regułami kolizyjnymi i inferencyjnymi, które na wskroś wykorzystują jakiś aspekt faktycznej nieracjonalności ustawodawcy (np. realnej sprzeczności czy niezupełności regulacji). Do pełnienia takiej

<sup>33</sup> O istocie i roli tego założenia por. np. W. Lang, *Teoria prawa*, Toruń 1972, s. 140–141.

<sup>34</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, s. 99 i n.

roli nadają się zatem wszystkie reguły wykładni, w tym nie tylko funkcjonalne i aksjologiczne, ale także systemowe i językowe, a nawet reguły celowościowe, które bezpośrednio odwołują się do, *nomen omen*, woli racjonalnego prawodawcy. W tym ostatnim przypadku interpretator operatywny, który mimo stwierdzenia nieracjonalności określonych działań ustawodawczych chciałby odwołać się do reguł celowościowych, może sięgnąć także do wersji adaptacyjnej (dynamicznej) tych reguł, umożliwiającej hipotetyczne ujęcie tej woli, „odrywające się” od prawodawcy historycznego i przyjmujące hipotezę prawodawcy aktualnego, który miałby regulować dany przedmiot w momencie dokonywania wykładni operatywnej<sup>35</sup>.

Zabiegi te nie byłyby możliwe bez idealizacyjnego założenia o racjonalności prawodawcy. Nie dałoby się bez nich także przewidzieć osiągnięcia wyniku wykładni zarówno w sensie pewności wydania opartej na tej wykładni decyzji stosowania prawa, jak i zwłaszcza pewności jej treści<sup>36</sup>.

Powyższe uwagi dotyczą też innych rodzajów wykładni prawa, które charakteryzują się jakimś zakresem praktyczności. Swoista operatywność widoczna jest bowiem w ramach wykładni autentycznej oraz wykładni delegowanej, które nie będąc dokonywanymi w celu bezpośredniego rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, mają jednak na celu wskazanie sposobu rozwiązania praktycznego problemu interpretacyjnego, zgłoszonego na gruncie danej regulacji normatywnej. W pewnym sensie dotyczy to też wykładni ustawodawczej, odnoszącej się do określenia wyznaczonych normatywnie kompetencyjnych i proceduralnych podstaw działań podmiotów uczestniczących w procesie stanowienia prawa oraz podstaw materialnoprawnych (w kontekście określenia potrzeby i zakresu zmiany dotychczasowej regulacji normatywnej<sup>37</sup>).

## 5. Konkluzja

W kontekście powyższych uwag idealizacyjne założenie o racjonalności porządku prawnego zatoczyłoby swego rodzaju koło. Będąc założeniem interpretacyjnym, przyczyniałoby się, w wyniku włączenia wykładni operatywnej (głównie sądowej), do urealniania tego założenia przez

<sup>35</sup> Por. L. Leszczyński, *Zagadnienia...*, *op. cit.*, s. 134–136.

<sup>36</sup> O różnych aspektach wartości pewności stosowania prawa por. J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław 1973, s. 95–117.

<sup>37</sup> Por. wyżej: 2.

---

interpretacyjne wykorzystanie wskazanych wyżej „pozaprzepisowych” składników porządku prawnego, do interpretacyjnej racjonalizacji nie działalności ustawodawczej czy systemu regulacji, lecz całego porządku prawnego. W rezultacie zatem założenie idealizacyjne uzyskiwałoby w pewnym sensie status składnika modelu optymalizacyjnego, odnoszącego się do udziału interpretatora operatywnego w procesie kształtowania się porządku prawnego. Rzecz jasna, jest to realne tylko wówczas, jeśli oba składniki podmiotowe spełniają istotne warunki wyjściowe do prawidłowego realizowania wyznaczonych ról. Mówiąc najkrócej, gdy, szanując wymogi działania praworządnego, parlament jako formalny ustawodawca charakteryzuje się demokratyczną legitymacją, a sądy działają w ramach zasady niezawisłości i niezależności. W takiej bowiem rzeczywistości polityczno-prawnej sens przyjmowania idealizacyjnego założenia o racjonalności prawodawstwa najpełniej odkrywa jego funkcję interpretacyjną.



Wojciech Maciejko\*

## Teoretyczne podstawy prawa do równoważnika mieszkaniowego

### 1. Wprowadzenie

W granicach stosunków służbowych, zwłaszcza w państwowych formacjach zmilitaryzowanych, ustawodawca wyposażył funkcjonariuszy w szczególne uprawnienie, którego odpowiednik trudno odnaleźć pośród unormowań prawa pracy. Uprawnieniem tym jest równoważnik z tytułu braku lokalu mieszkalnego, zwany również równoważnikiem mieszkaniowym. Rolą świadczenia jest skompensowanie funkcjonariuszowi wydatków czynionych na utrzymywanie lokalu mieszkalnego, który byłby zlokalizowany w miejscowości pełnienia przez niego na co dzień służby, względnie w miejscowości pobliskiej, o ile funkcjonariusz takiego właśnie lokalu we własnym zakresie sobie nie zapewnił mechanizmami właściwymi prawu własności.

Równoważnik jest pieniężnym świadczeniem wypłacanym przez przełożonego służbowego i wraz z prawem do objęcia lokalu służbowego przydzielonego decyzją organu kierującego służbą (kwatery służbowej) składa się na partię uprawnień służbowych o charakterze

---

\* Dr hab., prof. KAAF, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0002-8746-3563.

mieszkaniowym. Prawo do lokalu służbowego, czy to w formie kwatery służbowej, czy to w postaci zastępczej, jaką jest świadczenie pieniężne na cele mieszkaniowe, w swojej istocie ma niewiele wspólnego z uprawnieniem socjalnym. Wynika bowiem nie z woli zapewnienia przez służbodawcę funkcjonariuszowi ponadstandardowego uprawnienia ze stosunku pracy, ale z prawnego nakazu dyspozycyjności funkcjonariusza. Dyspozycyjność funkcjonariusza to jego, płynąca z natury stosunku służby publicznej, zdolność do sprawnego reagowania na wydawane na bieżąco polecenia służbowe i rozkazy. Zdolność ta wymaga, co do zasady, osobistej aktywności, zwykle w postaci stawiennictwa w siedzibie urzędu lub miejscu wyznaczonym przez przełożonego w granicach narzuconych przepisami o właściwości rzeczowej organu kierującego jednostką organizacyjną służby, zatrudniającego funkcjonariusza.

## 2. Dyspozycyjność służbowa jako podłoże statusu mieszkaniowego funkcjonariusza

Nie można mówić o dyspozycyjności bez realnej bliskości funkcjonariusza względem siedziby zatrudniającego go organu, przełożonego właściwego do spraw osobowych. Istotą stosunku służbowego jest podporządkowanie się funkcjonariusza szczególnej dyscyplinie, właściwej reżimowi tej relacji prawnej. Szczególna dyscyplina służbowa oznacza nie tylko sformalizowany tryb wydawania poleceń czy w ogólności realizacji zadań formacji, ale i gotowość funkcjonariusza do realnego wykonania polecenia. Chodzi zatem nie tyle o przydatność funkcjonariusza z punktu widzenia celów służby, ale o gwarancję realnego, tzn. faktycznego i skutecznego, wykonania zadania, jeżeli konieczność podjęcia czynności służbowych się ziści. Z punktu widzenia przełożonego służbowego wydającego polecenie służbowe bądź rozkaz stosunek służbowy ma mieć postać relacji nastawionej na realizację celu. W odróżnieniu od stosunku pracy nie polega ona na starannym działaniu, jak ma to miejsce w relacjach prawa pracy, ale na maksymalnym dążeniu, choćby z narażeniem życia i zdrowia funkcjonariusza, do wykonania polecenia służbowego lub rozkazu. Pod względem oceny prawidłowości wykonywania zadań służbowych przełożony ma tytuł, aby stwierdzić, iż jego polecenie lub rozkaz wymagały od funkcjonariusza osiągnięcia rezultatu, podobnie jak ma to miejsce w niektórych relacjach cywilnego zatrudnienia niepracowniczego, np. stosunku opartym na umowie o dzieło.

Skoro zatem funkcjonariusz odpowiada za realizację zadań służbowych w granicach tak rozumianej dyscypliny służbowej, winien być



dyspozycyjny w sensie osobistym. Sama już konstrukcja stosunku służbowego wymusza, aby służbodawca nie był obciążany zarzutem zbyt dużego ryzyka nieosiągnięcia celu stawianego służbie (zwykle celem tym jest skuteczna realizacja zadania w sferze bezpieczeństwa i porządku publicznego). Przepisy prawa osiągają ten rezultat za pomocą unormowań o siedzibie służbowej funkcjonariusza, dbając, aby i ta część zadań, która wymaga osobistego stawiennictwa w miejscu objętym obszarem działania organu przełożonego, była wykonywana sprawnie, w sposób zorientowany na skuteczność. Ta zaś, w przedstawionej odmianie zadań służbowych, jest odwrotnie proporcjonalna do odległości, w jakiej funkcjonariusz – adresat polecenia – znajduje się w chwili wydawania polecenia lub rozkazu. Innymi słowy, im więcej czasu potrzeba funkcjonariuszowi na dotarcie do wyznaczonego poleceniem miejsca w obszarze działania zatrudniającego go organu (zwykle do siedziby urzędu lub miejsca zdarzenia), tym bardziej niknie szansa na to, że dynamika stanu faktycznego prowadzonej przez funkcjonariusza sprawy będzie oddalała jego czynność (czynność procesową, interwencję, działania prewencyjne) od waloru skuteczności, a samego przełożonego narazi na zarzut działania nieskutecznego lub przynajmniej skutecznego w stopniu niższym niż optymalny.

Przepisy o ustroju działania służb mundurowych zostały skonstruowane tak, że funkcjonariusz pełniący służbę na stanowisku piastuna organu administracji publicznej poddany został kontroli realizowanej m.in. z punktu widzenia kryterium sprawnego zawiadywania całą formacją zmilitaryzowaną. Sprawność tę utożsamia się z wartością służącą wywiązywaniu się z ustrojowych zadań nałożonych na konkretny pion organów administracji publicznej tworzących formację mundurową, której poświęcono konkretną pragmatykę<sup>1</sup>. Trzeba powtórzyć za Jerzym Starościakiem, że podstawą prawną działania organu administracji publicznej może być również taki przepis ustawowy, którego rola sprowadza się do wewnętrznego zdyscyplinowania administracji. Autor ten dostrzegał również, że wiele kompetencji organów administracji publicznej uruchamia się dzięki odniesieniu się ustawodawcy do war-

<sup>1</sup> Kryterium to wyprowadzono na tle regulacji ustrojowych badanych z punktu widzenia mechanizmów przeniesień służbowych funkcjonariuszy. Stwierdzono, że akty przeniesienia (zwolnienia z dotychczasowego stanowiska i mianowania na inne stanowisko ułożone w strukturze służby) są w niektórych zakresach poddane mniejszej kontroli instancyjnej i sądownoadministracyjnej, bowiem służby mają przede wszystkim szybkiemu ulokowaniu funkcjonariusza tam, gdzie akurat jest potrzebny z punktu widzenia zapotrzebowania służby. Zob. W. Maciejko, [w:] *System prawa pracy*, t. 12, red. K. Baran, Warszawa 2023, s. 150.

tości, jaką jest konieczność reakcji na dynamiczne otoczenie, w jakim przyszło działać organowi, i na taki wypadek przewidziano m.in. prawną formę działania, jaką stanowi polecenie kierowane przez jeden organ administracji do innego organu<sup>2</sup>.

Dyspozycyjność funkcjonariusza jest normatywną odpowiedzią na ustrojowo wprowadzony nakaz sprawności organizacyjnej służby zmilitaryzowanej. Mechanizm egzekucji, czy też dochodzenia dyspozycyjności, jest mechanizmem właściwym dla sfery dyscyplin służbowej; piastun stanowiska organu (przełożony właściwy do spraw osobowych) za tak rozumianą sprawność odpowiada trwałością swojego aktu powołania, zaś funkcjonariusz – sankcjami przewidzianymi na wypadek odpowiedzialności za nienależyte wykonywanie poleceń służbowych i rozkazów, a więc sankcjami dyscyplinarnymi. Dyspozycyjność jest zatem cechą funkcjonariusza oznaczającą stałą gotowość do realizacji poleceń służbowych i rozkazów. Tak rozumiana dyspozycyjność została wpisana konstrukcyjnie w treść stosunku służbowego i wynikające zeń obowiązki składają się na treść roty ślubowania służbowego. W doktrynie wskazuje się, że regulacje o organizacji każdej ze służb mundurowych w świadomy sposób zostały przez ustawodawcę ukształtowane tak, aby jednoznacznie nie można było ustalić granic zakresu działania dyktowanego organizacją służby. Ochrona społeczeństwa i względy porządku publicznego wymagają stałego w zasadzie czuwania nad adekwatnością rozlokowania funkcjonariuszy, podziałem przypisanych do nich zadań i skutecznością realizacji funkcji formacji. Z tych powodów dyspozycyjność funkcjonariusza jest jego naturalną i konieczną podatnością na zmiany w treści stosunku służbowego, inkorporowane w poleceniach służbowych oraz rozkazach personalnych<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Wprawdzie autor odnosił się do polecenia jednego organu kierowanego do innego, ale chyba wywód ten ma również wartość uniwersalną i pozwala ogólne regulacje o zakresie działania traktować jako podstawę wydawania poleceń służbowych również przez organ (przełożonego służbowego) w stosunku do funkcjonariusza podporządkowanego służbowo. Zresztą nierzadko relacja organ–organ w ramach struktury formacji mundurowej jest równocześnie relacją przełożony–podwładny. Zob. J. Starościk, *Podstawy prawne działania administracji*, Warszawa 1973, s. 40, 95.

<sup>3</sup> Taką tezę sformułował M. Jurgilewicz, wskazując dodatkowo, że niedookreśloność zadań formacji mundurowych, zwykle akcentowana w jednym z początkowych przepisów pragmatyki służbowej (np. w art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 171; powoływana jako: ustawa o Policji), ma swoje głębokie uzasadnienie historyczne. Autor ten równocześnie wskazuje przykłady na poparcie swoich racji, sięgając do historycznych podstaw działalności służb mundurowych w Polsce. Zob. *idem*, *Podstawy systemu*

Trafnie podkreśla się w doktrynie, że prawo do równoważnika za brak lokalu mieszkalnego w zasadzie nie mieści się w kategoriach przywileju socjalnego funkcjonariusza. Na uwagę zasługuje pogląd Przemysława Szustakiewicza, który twierdzi, iż równoważnik za brak lokalu mieszkalnego należy funkcjonariuszom formacji umundurowanych nie jest niezasłużonym wyrównaniem czy też przywilejem. Wynika raczej z istoty stosunku służbowego wiążącego organy z funkcjonariuszami. Skoro od formacji tych wymaga się dyspozycyjności, to należy zapewnić im warunki, w których dyspozycyjność będzie mogła być zrealizowana<sup>4</sup>. Na uwagę zasługuje też pogląd Dariusza Kały, który twierdzi, że równoważnik z tytułu braku lokalu mieszkalnego wynika wprost z troski państwa o zapewnienie sprawności działania służb mundurowych. Konieczność ta, wedle tego autora, wynika z tego, że formacje mundurowe pełnią szczególną rolę: polega ona na zapewnieniu bezpieczeństwa obywateli w różnych obszarach. To zaś wymaga dyspozycyjności funkcjonariuszy zatrudnionych przez państwo<sup>5</sup>. Warto jednak wskazać na poglądy podkreślające socjalny aspekt prawa do równoważnika za brak lokalu mieszkalnego. Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz podkreśla, że prawo do równoważnika mieszkaniowego jest refleksem obowiązku państwa do zapewnienia funkcjonariuszowi godziwych warunków bytowania. Z tych powodów organy władzy publicznej mają obowiązek czuwania nad odpowiednim poziomem standardu bytowania funkcjonariusza i dowodem tego czuwania jest system świadczeń mieszkaniowych, obejmujący również i równoważnik mieszkaniowy<sup>6</sup>.

Dyspozycyjność płynąca z treści stosunku służbowego może mieć zatem walor psychiczny i polegać na nastawieniu na optymalną realiza-

---

*organizacji Policji, [w:] Państwo, administracja, Policja. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Kazimierzowi Rajchelowi, red. A. Letkiewicz, A. Misiuk, Szczytno 2012, s. 236.*

<sup>4</sup> Zob. P. Szustakiewicz, *Świadczenia pieniężne związane z prawem do lokalu mieszkalnego emerytów i funkcjonariuszy służb mundurowych w orzecznictwie sądów administracyjnych*, „Ius Novum” 2013, nr 3, s. 168.

<sup>5</sup> D. Kała, *Charakter prawny decyzji w sprawie równoważnika za brak lokalu mieszkalnego dla strażaka Państwowej Straży Pożarnej*, „Studia Prawnicze KUL” 2021, nr 2, s. 47–48. Choć autor ten poddał analizie naturę prawa do równoważnika mieszkaniowego wyłącznie na tle pragmatyki strażackiej, to jednak wiele jego uwag ma walor uniwersalny i może stanowić pole do konkluzji co do natury równoważnika mieszkaniowego jako takiego.

<sup>6</sup> Autorka podjęła rozważania na przykładzie równoważnika mieszkaniowego przysługującego policjantowi na podstawie art. 92 ustawy o Policji. Zob. K. Chałubińska-Jentkiewicz, *Ustawa o policji. Komentarz*, Warszawa 2023.

cję bieżących poleceń i rozkazów; jako taka mierzona jest kwalifikacjami (wiedzą i umiejętnościami) oraz predyspozycjami do pełnienia służby i podlega ocenie w ramach systemu opiniowania okresowego funkcjonariusza. Dyspozycyjność może mieć jednak odmianę, którą można nazwać otoczeniem organizacyjno-socjalnym. W tym sensie składa się na nią miejsce zamieszkania funkcjonariusza, miejsce zamieszkania jego najbliższej rodziny, zaplecze w postaci budynku lub lokalu, w którym zaspokajane są potrzeby mieszkaniowe funkcjonariusza oraz jego rodziny. Przestrzenna lokalizacja funkcjonariusza poza czasem czynności służbowych jest kluczowa dla bytu stosunku służbowego; stanowi jego konstrukcyjną cechę. W odróżnieniu bowiem od pracownika zatrudnionego w realiach Kodeksu pracy<sup>7</sup> pragmatyka służbowa wymaga świadczenia zadań służbowych w czasie determinowanym zakresem zleconych przez przełożonego zadań. A ten, jak wiadomo, jest trudny do przewidzenia, gdyż delimituje go liczba i jakość wpływających do organu spraw. Utrzymywanie zatem stanu stałej gotowości do przyjęcia realizacji polecenia służbowego lub rozkazu jest gwarantowane regulacjami o siedzibie funkcjonariusza. Przyjęto bowiem, że funkcjonariusz, choć jest osobą fizyczną, to w realiach pełnienia służby publicznej wyposażony będzie w siedzibę służbową, która w odróżnieniu od miejsca zamieszkania oderwie jego wolę przebywania w danej miejscowości (wybieranej swobodnie przez funkcjonariusza) od jego tożsamości terytorialnej. Innymi słowy, miejsce (miejscowość) jego przebywania na co dzień jest zdeterminowane nie tyle jego wolą, co przepisami o nakazie przebywania w odległości od urzędowania piastuna stanowiska organu przełożonego, zapewniającej optimum szybkości reakcji na wydane polecenia służbowe i rozkazy, wiążącymi się z koniecznością osobistego stawiennictwa w miejscu wyznaczonym przez przełożonego w treści polecenia bądź rozkazu.

### 3. Siedziba służbowa funkcjonariusza a równoważnik mieszkaniowy

Natura związku zachodzącego pomiędzy miejscem, w którym zamieszkuje funkcjonariusz, a wymaganą przez prawo dyspozycyjnością polega na ustaleniu górnego ekstremum odległości dzielącej nieruchomość, w jakiej funkcjonariusz zamieszkuje, od miejsca, gdzie zwykle winien stawić się w celu wykonywania poleceń służbowych i rozkazów. Pozo-

<sup>7</sup> Zob. ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1465), powoływana jako: k.p.

stawienie tego drugiego miejsca bez szczegółowej regulacji oznaczałoby konieczność posługiwania się (podczas badania zachowania warunku dyspozycyjności) kategorią siedziby organu – przełożonego właściwego do spraw osobowych (gdy zadanie służbowe wymaga wykonania w urzędzie obsługującym organ) lub kategorią właściwości miejscowej tego przełożonego (gdy zadanie służbowe wymaga wykonania poza terenem urzędu obsługującego organ).

Aby uniknąć wątpliwości, jakie miejsce jest miarodajne dla dokonywania ustaleń dyspozycyjności socjalno-organizacyjnej, ustawodawca wprowadził instytucję siedziby służbowej funkcjonariusza, zwanej przez niektóre z regulacji miejscem służbowym lub miejscem pełnienia służby. Kategoria ta jednoznacznie wynika z regulacji o elementach przydziału służbowego. Jak podkreśla się w doktrynie, przydział służbowy jest właściwym dla funkcjonariusza służb mundurowych oznaczeniem. Oznaczenie to, obok imienia i nazwiska oraz stanowiska i stopnia służbowego, zawiera „wskazanie organizacyjnego ulokowania funkcjonariusza wewnątrz struktury formacji zbrojnej”<sup>8</sup>. To organizacyjne ulokowanie polega na wiążącym określeniu przez przełożonego służbowego etatowego przyporządkowania funkcjonariusza do jednostki organizacyjnej formacji<sup>9</sup>, a jeżeli jednostka organizacyjna posiada wyodrębnione komórki organizacyjne (z uwagi na możliwość położenia komórki w innym miejscu lub nawet w innej miejscowości niż jednostka), również określenie komórki organizacyjnej<sup>10</sup> tej jednostki organizacyjnej.

Miejsce, w którym ustalany jest przydział służbowy, w tym oznaczenie siedziby służbowej, wyznacza się rozkazem personalnym o mianowaniu na funkcjonariusza (rozkaz personalny o mianowaniu na pierwsze stanowisko w służbie). Jak trafnie podkreśla się w doktrynie, rozkaz personalny o mianowaniu na funkcjonariusza władczo wskazuje nie tylko, od kiedy funkcjonariusz pełni służbę wskutek przyjęcia do służby (przynającą status funkcjonariusza), ale i określa, gdzie ta służba jest, przynajmniej co do zasady, pełniona. Dochodzi nie tylko zatem do kwantyfikacji prawnej faktów prawotwórczych warunkujących

<sup>8</sup> Zob. definicję przydziału służbowego: W. Maciejko, [w:] *Postępowanie w sprawach osobowych w Policji*, Wrocław 2010, s. 44.

<sup>9</sup> Przykładowo jednostką organizacyjną będzie komenda powiatowa Policji, oddział Straży Granicznej, Komenda Główna Państwowej Straży Pożarnej, jednostka wojskowa.

<sup>10</sup> Przykładowo komórką organizacyjną będzie wydział postępowań administracyjnych w komendzie wojewódzkiej Policji albo punkt kontrolny oddziału Straży Granicznej.

przyjęcie do służby, ale i do nawiązania stosunku służbowego w ścisłej konfiguracji przestrzennej. Oznaczenie siedziby służbowej w granicach przydziału służbowego jest naturalnie warunkowane przepisami prawa ustrojowego adresowanymi do przełożonego właściwego w sprawach osobowych, tzn. przepisami o zakresie działania tego organu, które przekładają się następnie na przepisy o właściwości miejscowej tego przełożonego jako piastuna stanowiska organu<sup>11</sup>.

Miejsce służbowe jest względnie stałym elementem przydziału służbowego. Zaznaczyć jednak trzeba, że względy tej samej dyspozycyjności, która wymaga lokalizacji siedziby funkcjonariusza w oznaczonej konfiguracji w stosunku do siedziby przełożonego, powodują, że miejsce służbowe funkcjonariusza należy do składników stosunku służbowego chronionego niezwykle słabo z punktu widzenia stabilności<sup>12</sup>. W zasadzie dowolny motyw skłaniający przełożonego do poprawy organizacji pracy służby (kierowanej jednostki organizacyjnej) uprawnia go do wydania rozkazu personalnego o przeniesieniu lub delegowaniu na inne stanowisko służbowe, tzn. stanowisko przypisane do innej partii aparatu służby, w tym innej komórki organizacyjnej w ramach tej samej jednostki organizacyjnej, do komórki organizacyjnej ulokowanej w innej niż dotychczasowa miejscowości lub nawet do innej jednostki organizacyjnej albo innej formacji bądź instytucji publicznej. Natura stosunku służbowego została skonstruowana tak, że brak w jej ramach roszczenia o trwałość przydziału służbowego w zakresie siedziby służbowej, choć niewątpliwie sam stosunek służbowy należy do stosunków o najdalej idącej trwałości; trwałość jednak odnosi się do zamkniętego, wąskiego katalogu podstaw zwolnienia ze służby, nie zaś do katalogu podstaw zwolnienia ze stanowiska, co mieści się już w sferze uznania przełożonego służbowego.

Prawa mieszkaniowe funkcjonariusza, w tym prawo do świadczenia mieszkaniowego na pokrycie wydatków związanych z lokalem mieszkalnym (prawo do równoważnika mieszkaniowego), jest przedłużeniem konstrukcji prawnej polegającej na nieskrępowanym w zasadzie tytule przełożonego do domagania się dyspozycyjności, w tym tytule do

<sup>11</sup> Por. A. Korcz-Maciejko, *Charakter prawny rozkazu personalnego*, Rzeszów 2016, s. 53 [niepublikowana rozprawa doktorska].

<sup>12</sup> K. Chałubińska-Jentkiewicz podkreśliła, że w istocie prawo do równoważnika mieszkaniowego jest jednym z uprawnień stanowiących następstwo wymogu wykazywania przez funkcjonariusza dyspozycyjności. Z jednej strony, w ocenie tej autorki, równoważnik jest „formą pomocy mieszkaniowej”, a z drugiej koniecznym elementem stosunku służby, wynikającym ze szczególnego jej charakteru, obejmującego wymóg dyspozycyjności. *Eadem, Ustawa o policji..., op. cit.*

swobodnego przenoszenia funkcjonariusza do pełnienia służby do dowolnej miejscowości w granicach właściwości regulowanej przepisami o zakresie działania przełożonego, jako piastuna stanowiska organu administracji publicznej. Innymi słowy, skoro funkcjonariusz został poddany władztwu personalnemu przełożonego służbowego i musi liczyć się ze stałą gotowością do przeprowadzenia się wraz z rodziną do miejscowości zapewniającej dyspozycyjność w służbie, to został zwolniony – w trakcie przebiegu całej służby – z dbałości o zapewnienie w każdej z tych miejscowości lokalu mieszkalnego spełniającego wymogi mieszkania dla niego i ewentualnie najbliższej rodziny. Prawo do świadczenia mieszkaniowego w przypadku funkcjonariusza zatrudnionego na podstawie stosunku służbowego jest zatem koniecznym następstwem zakresu dyscypliny służbowej, która obejmuje wymóg dyspozycyjności. Jest tym samym następstwem pozbawienia funkcjonariusza wpływu na ten element przydziału służbowego, który wynika z wyznaczonej jednostki organizacyjnej służby i tym samym miejscowości, w której siedzibę ma przełożony pełniący funkcję organu kierującego aparatem służby.

Prawo do równoważnika mieszkaniowego, podobnie jak inne prawa o charakterze mieszkaniowym (np. prawo do kwatery służbowej), nie ma, w zasadzie, waloru socjalnego, tzn. nie ma na celu tworzenia dla funkcjonariusza dodatkowych udogodnień w celu zwiększenia korzyści majątkowej płynącej ze stosunku zatrudnienia. Nie jest tym samym prawem wchodzącym w zakres prawa do wynagrodzenia za pracę. Nie ma też waloru świadczenia wchodzącego w zakres fakultatywnego zobowiązania pracodawcy do zaspokajania potrzeb bytowych i socjalnych pracownika w rozumieniu art. 16 k.p. Nie jest prawem do zapewnienia mieszkania zakładowego w celu zwiększenia atrakcyjności stosunku zatrudnienia. Jest koniecznym z punktu widzenia natury działania służby publicznej wykonującej zadania w sferze bezpieczeństwa i porządku publicznego następstwem dyspozycyjności funkcjonariusza. Wynika z obowiązku zamieszkiwania w takiej odległości od miejsca (miejsc), w którym wymagane będzie podejmowanie czynności służbowych, aby cel, jakim jest faktyczna realizacja zadania państwowego, nie uległ zatarciu, tzn. aby nie sprowadził się do samego tylko dążenia organu służby mundurowej do osiągnięcia celu, do starannego działania. Przeciwnie, zagrożenia winny być przez funkcjonariusza wykonującego polecenie lub rozkaz przełożonego wykonane w sposób pozwalający na osiągnięcie rezultatu, a więc na zażegnanie zagrożenia bezpieczeństwa lub usunięcie stanu naruszenia porządku publicznego, prawnego. Takie zaś

cele wymagają działania szybkiego, w tym przemieszczania się adresata polecenia albo rozkazu na drodze z własnego miejsca zamieszkania do siedziby przełożonego lub do wyznaczonego miejsca w obszarze jego właściwości miejscowej w sposób maksymalnie szybki.

Równoważnik mieszkaniowy nie tyle zatem prowadzi do zwiększenia profitów czerpanych z racji służby, co do kompensowania niedostatków komfortu zarobkowania na podstawie relacji służbowej. Jego rolą jest bowiem zwolnienie w sferze samozaradności mieszkaniowej (rozumianej jako wygospodarowanie oszczędności na objęcie lokalu w wyznaczonej miejscowości w realiach obrotu cywilnego lub wygospodarowanie tytułu prawnego do nieruchomości mieszkaniowej w takiej miejscowości). Miejscowość, w której realia pełnienia służby wmuszają zamieszkiwanie, może być bowiem na tyle dynamiczna, że aż nieprzewidywalna. Aprioryczne starania w tym zakresie przerzucone na funkcjonariusza (jak ma to miejsce w realiach stosunku pracy podporządkowanej) mogłyby prowadzić do kwestionowalności samego uposażenia służbowego jako niewystarczającego na zapewnianie coraz to nowych lokali mieszkalnych. To z kolei godziłoby w istotę stosunku służbowego i prowadziłoby do decyzji o nienawiązywaniu go (niekandydowaniu) bądź skłaniało funkcjonariuszy do odchodzenia ze służby, generując ryzyko zapaści aparatu państwa.

#### 4. Związek równoważnika mieszkaniowego z czasem służby

Wspomniana dotychczas dyspozycyjność nie jest wyłączną instytucją prawną wpływającą na uposażenie mieszkaniowe funkcjonariusza. Można zaryzykować stanowisko, że dyspozycyjność jest immanentnie powiązana z czasem służby, a więc okresem, w jakim funkcjonariusz pozostaje aktywny w trakcie czynności służbowych. Administracyjnoprawna natura stosunku służbowego konstruuje czas służby jako proste następstwo treści aktu administracyjnego, którym przełożony zleca funkcjonariuszowi zadanie. Przepisy pragmatyk służbowych są niezwykle syntetyczne w tym względzie; ograniczają się do stwierdzenia, że czas pełnienia służby funkcjonariusza jest określony wymiarem jego obowiązków (art. 33 ust. 1 ustawy o Policji, art. 37 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej<sup>13</sup>). Powodują w ten sposób, że tak częstotliwość, jak i długość czasu obecności

<sup>13</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1080.



funkcjonariusza przy podejmowanych czynnościach służbowych wynika z aktów (poleceń, rozkazów, rozkazów dziennych) wydawanych w trakcie bieżącego kierowania jednostką organizacyjną przez kierownika. Wymiar obowiązków określony został w zasadzie w przepisach wewnętrznego kierownictwa i wpisuje się w sferę władztwa służbowego organu kierującego służbą nad funkcjonariuszem pełniącym w niej służbę. Tylko w niektórych ustawach pragmatycznych przepisy prawa powszechnie obowiązującego wspominają o formach i ewentualnie płynących z nich gwarancjach praworządności podczas procesu ustalania konkretnego wymiaru zajęć służbowych przez funkcjonariusza. Do tego rodzaju rozwiązań należy art. 2 pkt 18 ustawy z dnia 11 marca 2022 r. o obronie Ojczyzny<sup>14</sup>, który stanowi, że organ – przełożony służbowy (dowódca jednostki wojskowej) – wydaje rozkaz dzienny, w którym określa m.in. datę objęcia stanowiska służbowego w celu wykonywania obowiązków służbowych na stanowisku służbowym wskutek wyznaczenia na to stanowisko. Rolą aktu, jakim jest rozkaz dzienny, jest zatem otwarcie i realizacja procesu pełnienia czynności służbowych zgodnie z decyzją wyznaczającą stanowisko służbowe.

Naturalnie zwykłe pełnienie służby odznacza się pewną przewidywalnością, przynajmniej na większości stanowisk służbowych w formacjach zmilitaryzowanych. W okresie pokoju da się ze znacznym prawdopodobieństwem przewidywać liczbę spraw, interwencji i czynności wymaganych przez realia stosunków społecznych. Z tych względów ustawodawca wprowadził normy czasu służby, które zbliżają, przynajmniej dla postronnego obserwatora „pracy” funkcjonariusza, instytucję czasu pełnienia służby do instytucji czasu pracy znanej art. 128 § 1 k.p. Dostrzegalneciążenie tej regulacji w kierunku kodeksowych instrumentów temporalnych nie oznacza jednak w żadnym względzie przekreślenia ani nawet ograniczenia ogólnej zasady właściwej służbie pełnionej w reżimie prawa administracyjnego, tzn. służbie opartej o pełną dyspozycyjność i konieczność zdania się funkcjonariusza na taki wymiar czasu pełnienia służby, jaki zostanie mu *in concreto* ustalony aktem przełożonego służbowego.

Ten realny czas służby dyktowany faktyczną, ale i autorytarną, oceną przełożonego służbowego zapotrzebowania na działania w obszarze właściwości służby może być albo znacznie dłuższy od normy, albo też znacznie od niej krótszy. Odstępstwo od wyznaczonej *per analogiam* do realiów pracowniczych normy czasu służby nie wiąże się

<sup>14</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 2305, powoływana jako: u.o.o.

z ingerencją w przepisy prawa regulujące normy czasu służby, ale ma wyłącznie walor gwarancyjny, pozwalający funkcjonariuszowi ubiegać się o odrębne uprawnienia socjalne z tytułu obciążenia go ponad przepisaną normę, a to w postaci dodatkowego uposażenia służbowego lub w postaci czasu wolnego od służby w wymiarze większym niż ma to miejsce podczas dochowywania norm czasu służby. Normy czasu służby są zatem konstrukcją sztuczną z punktu widzenia wymogu dyspozycyjności funkcjonariusza; nie ingerują w naturę stosunku prawa administracyjnego opartego na świadczeniu służby publicznej, ale pełnią rolę motywującą do podejmowania decyzji o wstąpieniu do służby, skoro premiują ponadnormatywne obciążenie legalnego spiętrzenia obowiązków narzuconych przez przełożonego ustalającego dostosowany indywidualnie czas realizacji pełnienia zajęć służbowych.

Wspomniane pełnienie służby w zwykłych realiach norm czasowych nie jest jednak standardem niepodważalnym. Naturą służby publicznej w formacjach zmilitaryzowanych jest łatwość przechodzenia działania aparatu państwa w stan odstający od normy przypominającej realia pracy kodeksowej. Niekiedy ustawa pragmatyczna nazywa tę szczególną (choć z pewnością nie nadzwyczajną) odmianę sposobu pełnienia służby „etatem czasu wojennego” ustalonym w drodze decyzji – przydziału mobilizacyjnego (np. art. 2 pkt 29 u.o.o.), niekiedy jest to „służba w systemie skoszarowanym” (np. § 1 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 marca 2008 r. w sprawie organizacji pełnienia służby w systemie skoszarowanym w Straży Granicznej<sup>15</sup>), a niekiedy „akcja lub przedsięwzięcie kontyngentu” (np. § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu finansowania i działania kontyngentu policyjnego wydzielonego do realizacji zadań poza granicami państwa<sup>16</sup>). Te odmiany czasu pełnienia służby, wprowadzające jako zasadę zupełną deregulację czasu pełnienia służby aż do granic stałej obecności na stanowisku służbowym lub w miejscu pełnienia służby zdecydowanie podnoszą znaczenie dyspozycyjności funkcjonariusza, a tym samym wzmacniają rolę mechanizmów prawnych służących zabezpieczeniu mieszkania (kwatery) jemu samemu oraz członkom jego najbliższej rodziny.

<sup>15</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 1550.

<sup>16</sup> Dz.U. z 2003 r., nr 23, poz. 188.

## 5. Socjalny aspekt równoważnika mieszkaniowego

Świadczenia związane z zapewnieniem bytowania osoby zatrudnionej zwykle nazywa się świadczeniami socjalnymi. Jeżeli są zaspokajane przez podmiot zatrudniający, przyjmują postać świadczeń socjalnych prawa pracy. Na uwagę zasługuje pewna istotna partia wywodów Małgorzaty Mędrali, która – choć sama nie zajmowała się problemem świadczeń socjalnych ze stosunku służbowego – stwierdza trafnie, że znaczna część tego rodzaju świadczeń pozawynagrodzeniowych w prawie pracy wynika z założenia ustrojowego dobra wspólnego.

Pracodawca działający w reżimie upublicznionego zatrudnienia (uregulowanego w Kodeksie pracy) działa niejako w celu zapewnienia, w miarę możliwości, pracownikowi podstaw do wykreowania całokształtu warunków życia społecznego<sup>17</sup>. Naturalnie ten całokształt warunków bytowania w społeczeństwie to priorytety życiowe, do których należy przecież bez wątpienia wartość, jaką jest mieszkanie. Innymi słowy, potrzeba mieszkania istniejąca po stronie pracownika, o ile jest niezaspokojona, nie powinna być obojętna z punktu widzenia aktywności pracodawcy, skoro wpisuje się w wartość socjalną regulacji prawa pracy, jaką jest dobro wspólne. Tak rozumiane dobro wspólne to wartość pozwalająca egzystować we wspólnocie pracowników, a finalnie – we wspólnocie publicznoprawnej (obywatelskiej, lokalnej). Trafnie ten aspekt podkreśla Andrzej Świątkowski, twierdząc, że praca i pożytki z niej wynikające są wspólnym dobrem wszystkich osób partycypujących w procesie wytwarzania wszelkich dóbr oraz świadczenia usług<sup>18</sup>.

Skoro kodeksowy stosunek pracy, wyposażony w ograniczoną przecież liczbę elementów publicznoprawnych, przejawia właściwości socjalne, to o ileż więcej argumentów da się przytoczyć, aby regulacje pragmatyczne, z założenia publicznoprawne, mogły uchodzić za unormowania socjalne, w tym socjalne wymierzone w zaspokajanie potrzeby mieszkaniowej. Zapewne nie można twierdzić, że świadczenia służące zapewnieniu mieszkania funkcjonariuszowi finalizują funkcję publicznopraw-

<sup>17</sup> M. Mędrala, *Społeczny charakter świadczeń w polskim prawie pracy*, Warszawa 2020, s. 316. Autorka dostrzega „dobre wspólne” w ujęciu funkcji zakładu pracy w rozumieniu art. 2 k.p. jako optimum warunków bytowania pracownika, który przecież współprzyczynia się do wypracowania dóbr w obszarze działania swojego pracodawcy, a docelowo całego społeczeństwa. W opracowaniu tym dostrzeżono zbieżność tej wartości na tle Konstytucji RP oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego.

<sup>18</sup> A. Świątkowski, *Status pracy i jej pożytków*, „Polityka Społeczna” 2017, nr 1, s. 14. Autor ten wyodrębnił przy tym pożytki materialne i niematerialne.

ną już z chwilą zapewnienia dyspozycyjności, jaką jest zainteresowany służbodawca. Stosunek służbowy, choć nawiązywany czynnością jednostronną (aktem nominacji), wciąż pozostaje stosunkiem dwustronnym, w którym funkcjonariusz nawiązujący relację służbową musiał przynajmniej wyrazić zgodę (wolę) wstąpienia do formacji. Ta zgoda nie jest przecież wyzuta z aksjologii. Aspekty życia pozasłużbowego stanowią równie mocną, a niekiedy może silniejszą partię racji, jakimi kieruje się kandydat na funkcjonariusza, wnosząc o przyjęcie go do służby. Prawo do dachu nad głową, choć w aspekcie przestrzennym nawiązujące do sprawności aparatu państwa, z punktu widzenia zatrudnionego, jest jakimś prawem socjalnym. Społeczne postrzeganie specjalnych uprawnień socjalnych i zabezpieczenia społecznego (świadczeń mieszkaniowych, świadczeń do nieodpłatnych przejazdów środkami transportowymi, krótszego stażu emerytalnego) pozwala o służbie w organach administracji zmilitaryzowanej twierdzić, iż jest zatrudnieniem o wybitnie publicznym charakterze; ten publiczny charakter jest nie tylko pochodną sposobu funkcjonowania tego pionu władzy (w tym sensie, że wymaga najdalej idącej sprawności organizacyjnej, a za nią – dyspozycyjności funkcjonariuszy), ale i jest pochodną profitów, jakie państwo oferuje w zamian za wiele wyrzeczeń związanych z niedogodnościami służby (w tym sensie, że państwo m.in. ogranicza wolność wyboru miejsca zamieszkania funkcjonariusza, dysponowanie czasem wolnym od zajęć, wymaga nienagannej postawy moralno-etycznej również poza służbą, zakazuje przynależności do partii politycznych i większości organizacji społecznych).

Tadeusz Kuczyński zalicza równoważnik mieszkaniowy do uprawnień socjalnych funkcjonariuszy zatrudnionych na podstawie pragmatyk niepracowniczych. Autor ten podkreśla wprawdzie, że głównym zadaniem równoważnika mieszkaniowego jest pełnienie funkcji świadczenia zastępczego, świadczenia pochodnego w stosunku do praw wynikających z decyzji administracyjnej o przydziale lokalu służbowego. Stwierdza też, że poszukiwania odpowiednika tego uprawnienia na gruncie regulacji pracowniczych okazują się bezowocne. Najbliższymi z uprawnień o podobnym charakterze, ułożonymi poza pragmatykami służb mundurowych, są socjalne udogodnienia przysługujące sędziom i prokuratorom w postaci prawa do uzyskania pożyczki na zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych z określeniem minimalnych rozmiarów środków finansowych na ten cel<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> T. Kuczyński, [w:] *System prawa administracyjnego. Stosunek służbowy*, red. idem, E. Mazurczak-Jasińska, J. Stelina, t. 11, Warszawa 2011, s. 401. Autor ten nie

## 6. Podsumowanie

Prawo do równoważnika mieszkaniowego jest jedną z form kompensacji przez państwo niedogodności wynikających z trudów służby publicznej. Jego aksjologia nawiązuje wyraźnie do natury stosunku służbowego w formacjach zmilitaryzowanych. Wartością pierwszorzędną świadczenia mieszkaniowego, w tym równoważnika dla funkcjonariusza, jest zapewnienie organom władzy publicznej właściwych w sprawach bezpieczeństwa i porządku publicznego stanu realnej gotowości organizacyjnej do podjęcia działań. Pomimo tego równoważnik mieszkaniowy, stanowiący finansową składową świadczeń ze stosunku służbowego (choć przyznany w celu zapewnienia funkcjonariuszowi lokalu mieszkalnego w miejscowości pełnienia służby lub pobliskiej), ma niewątpliwie pewien walor socjalny. Jest w ograniczonym zakresie socjalną gwarancją realizacji stosunku służbowego, bowiem w wypadku braku mieszkania daje tytuł do uzyskania go mechanizmami pragmatycznymi, publicznoprawnymi, w sposób gwarantujący bytowanie na poziomie odpowiadającym godności pełnionej przez funkcjonariusza funkcji publicznej.

---

motywuje, z jakich powodów równoważnik pieniężny za brak lokalu mieszkalnego funkcjonariusza został zaliczony do praw socjalnych uregulowanych w pragmatykach niepracowniczych. Obydwa akapity poświęcone w tym tomie systemowi równoważnika mieszkaniowego relacjonują jego związek z przydziałem lokalu służbowego, podkreślając pochodną funkcję względem tej realizowanej przez decyzję przydziałową przełożonego służbowego. Ten jednak argument świadczy przeciwko socjalnemu charakterowi równoważnika, skoro podkreśla aksjologię nawiązującą do dyspozycyjności służbowej.



Jacek M. Majchrowski\*

## Konflikt o Śląsk Cieszyński w latach 1918–1919 i jego odbicie w falerystyce

O ile w polskiej świadomości tak historycznej, jak i politycznej funkcjonują walki powstańcze związane z Wielkopolską czy Górnym Śląskiem, o tyle te o Śląsk Cieszyński są w powszechnej świadomości w zasadzie zapomniane (z wyjątkiem terytoriów, które walki te objęły – tu są one żywe w pamięci do dziś). Wiąże się to zapewne z kwestią wielkości spornego obszaru, ale też z niewielkim natężeniem walk w porównaniu z innymi terenami. Spór ten w Polsce uważano za lokalny, a i Tomasz Masaryk twierdził, że „przedmiot sporu jest stosunkowo nieznany”<sup>1</sup>. Jednak walki o Śląsk Cieszyński także stanowiły fragment działań mających na celu ustalenie granic odradzającej się Polski, a ich celem było doprowadzenie do włączenia dawnego Księstwa Cieszyńskiego do granic Rzeczypospolitej. Konflikt toczący się u zarania II RP sfinalizowany został u jej końca.

Rozkład monarchii austro-węgierskiej spowodował na jej rozpadającym się terytorium liczne konflikty narodowościowe. Jednym z nich był właśnie spór związany ze Śląskiem Cieszyńskim. Analizując sytuację

---

\* Prof. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0003-0886-2839.

<sup>1</sup> T. Masaryk, *Rewolucja światowa*, tłum. W.M. Kozłowski, Warszawa bdw., s. 344.

polityczną na bieżąco, zarówno Polacy, jak i Czesi, których – jak pisał referent z II Oddziału Sztabu Generalnego – „nienawiść względem Polski jest znana”<sup>2</sup>, już jesienią 1918 r. rozpoczęli przygotowania zmierzające do włączenia tego terytorium w obszar odradzających się ich państw macierzystych. Ruchy podejmowane przez mieszkającą na tych terenach ludność wzmocniane były działaniami (choć o różnym natężeniu) tak władz centralnych obu państw, jak i partii politycznych.

12 października 1918 r., a więc jeszcze przed odzyskaniem przez Polskę niepodległości, w Domu Narodowym w Cieszynie miało miejsce spotkanie przedstawicieli wszystkich sił politycznych, gospodarczych i kulturalnych Śląska Cieszyńskiego, na którym przyjęto deklarację o przynależności tych ziem do odradzającej się Rzeczypospolitej<sup>3</sup>. Opierając się na owej deklaracji, tydzień później, 19 października, powołano do życia Radę Narodową Księstwa Cieszyńskiego, złożoną z przedstawicieli wszystkich lokalnych stronnictw politycznych na czele z ks. Józefem Londzinem. Proklamowała ona objęcie władzy nad powiatami bielskim, cieszyńskim i frysztackim, tzn. tymi, za których przynależnością do Polski opowiadała się także utworzona 27 października Polska Komisja Likwidacyjna. Odpowiedzią na to było powołanie przez stronę czeską w Opawie 28 października Komitetu Narodowego dla Śląska (Národní Výbor pro Slezsko), który 1 listopada ogłosił przejęcie władzy nad całym Śląskiem Cieszyńskim. Obie strony chciały doprowadzić do rozstrzygnięcia kwestii granic w duchu korzystnym dla

<sup>2</sup> Archiwum Akt Nowych, Ministerstwo Spraw Wojskowych, Sztab Generalny Oddział II, t. 3, Referent Informacyjny z 1 X 1920 r.

<sup>3</sup> Dokładnie historię konfliktu polsko-czeskiego przedstawia ówczesny pułkownik, dowódca wojsk śląskich F. Latinik (*Walka o Śląsk Cieszyński w r. 1919*, Cieszyn 1934); patrz także: K. Matusiak, *Walki o Ziemię Cieszyńską w latach 1914–1920. Pamiętniki*, b.m.w. 1930; A. Przybylski, *Walka o Śląsk Cieszyński w styczniu 1919 roku*, Warszawa 1932 oraz F. Szymiczek w pracy *Walka o Śląsk Cieszyński w latach 1914–1920*, Katowice 1938, współcześnie zaś: M. Skrzypek, *Komisje alianckie na Śląsku Cieszyńskim w latach 1919–1920*, [w:] *W obcym kraju... Wojska sprzymierzone na Górnym Śląsku 1920–1922*, red. S. Rosenbaum, Katowice 2011, s. 369 i n. W literaturze spotykamy także opisy fragmentów walk, patrz np.: J.P. Borowski, *Drogomyski epizod bitwy pod Skoczowem*, [w:] *XX Kalendarz miłośników Skoczowa*, Skoczów 2019, s. 105 i n. i D. Korbel, *Śmierć kapitana Cezarego Hallera*, „Wadoviana. Przegląd Historyczno-Kulturalny” 2021, nr 24, s. 19–55 i podana tam literatura. Także po stronie czechosłowackiej (czeskiej) powstała spora literatura poświęcona temu zagadnieniu, m.in. patrz: K. Vondráček, *Boje na Těšinsku v r. 1919*, „Vojensko-Historický Sborník” 1933, roč. II, sv. 1, a ostatnio: T. Rusek, *Válka o Těšínsko*, „Počátky Československé Republiky. Díl II”, red. J. Kober, S. Holubec, Praga 2022, s. 482–526 i podana tam literatura.



siebie. Problem ten miała łagodzić rozplakatowana 30 października, a napisana przez Zofię i Józefa Kiedroniów, odezwa stwierdzająca, że kształt granicy polsko-czechosłowackiej ma być wynikiem porozumienia rządów obu państw na podstawie zasady etnicznej przy uwzględnieniu woli mieszkańców tych obszarów<sup>4</sup>.

Gdy wydawało się, że wszystko spokojnie się ułoży, do działań włączyli się jednak Niemcy i Śląska Partia Ludowa, występując z żądaniem włączenia Śląska Cieszyńskiego do przyszłego związku państw austriackich i negując zarówno polskie, jak i czeskie prawa do tego obszaru. Nie ma więc co się dziwić, że polscy oficerowie zaczęli się przygotowywać do przejęcia władzy w garnizonie cieszyńskim (nastąpiło to w tym samym czasie, co w Krakowie, czyli 31 października), kiedy to polscy żołnierze z koszar w Cieszynie pod dowództwem porucznika Klemensa Matusiaka zdołali przejąć magazyn broni, rozbroić Austriaków i obsadzić strategiczne punkty. W związku z tym bądź co bądź przewrotem wojskowym Czesi zwrócili się z postulatem określenia wzajemnych wpływów na obszarze Śląska Cieszyńskiego. Zawarta 5 listopada ugoda sprowadzała się po części do tego, co zawarte już było w deklaracji Kiedroniów. Opierając się właśnie na niej, Polacy objęli władzę w powiatach bielskim i cieszyńskim oraz w polskich gminach powiatu frysztackiego (ogółem obszar ten liczył 1800 km<sup>2</sup> i ok. 300 000 mieszkańców, z czego 75 procent stanowili Polacy). Uregulowano także kwestię załóg wojskowych, kolei koszycko-bogumińskiej oraz spraw gospodarczych. Ugoda ta wywołała sprzeciw czeskiej opinii publicznej, ale też Czechosłowackiej Rady Narodowej w Genewie. Czeskie roszczenia terytorialne poparła także Francja. Ostatecznie 2 grudnia umowa została przez stronę czeską zerwana.

O ile dotychczasowe posunięcia obu stron nie wychodziły poza działania polityczne, to dekret Tymczasowego Naczelnika Państwa o ordynacji wyborczej do Sejmu wywołał reakcje bardziej ostre<sup>5</sup>. Ordynacja ta, oprócz polskiej części Śląska Cieszyńskiego, obejmowała bowiem także obszary podlegające administracji czeskiej, a mianowicie: powiat frydecki, kilka gmin powiatu frysztackiego, czadeckiego oraz część Spisza

<sup>4</sup> Warto zwrócić uwagę, że po podziale Śląska Cieszyńskiego oraz Cieszyna po stronie czeskiej zostały obszary, na których 100 procent ludności opowiadało się za Polską. O ile Polska akcentowała elementy etniczne, o tyle Czesi podnosili aspekty historyczne i gospodarcze.

<sup>5</sup> Dziennik Praw Państwa Polskiego nr 18, 1918, poz. 46, także ogłoszony w tym samym Dzienniku Praw: Dekret o wyborach do Sejmu Ustawodawczego (wraz ze spisem okręgów wyborczych).

i Orawy. W odpowiedzi na to konsul czeski przy Polskiej Komisji Likwidacyjnej wręczył notę rządu czechosłowackiego unieważniającą ugodę z 5 listopada. Równocześnie Czesi podjęli zabiegi o rozszerzenie swych obszarów o cały Śląsk Cieszyński, żądając m.in. wycofania wojsk polskich z obszaru Księstwa i przekazania całego terytorium Czechosłowacji. 23 stycznia 1919 r. oddziały armii czechosłowackiej zgromadzone na ustalonej wcześniej linii demarkacyjnej naruszyły polską strefę wpływów. Biorąc pod uwagę szczupłość sił polskich i liczebną przewagę Czechów, efekt konfliktu był przesądzony<sup>6</sup>. Finałem tej krótkiej wojny była bitwa skoczowska 28–30 stycznia, w której poległo 20 polskich żołnierzy<sup>7</sup>. Po niej nastąpiło korzystne dla strony czeskiej zawieszenie broni, a linia frontu zatrzymała się na górnej Wiśle. Dla uregulowania problemu powołana została działająca od 12 lutego Komisja Międzysojusznicza<sup>8</sup>. Pomijając ocenę prac Komisji (a nie wypadła ona z polskiego punktu widzenia najlepiej), należy przypomnieć, iż najpierw wystąpiła ona z koncepcją utworzenia na Zaolziu niepodległego państewka, a po odrzuceniu przez Czechów arbitrażu króla belgijskiego wypowiedziała się za niekorzystną dla Polski tzw. linią Tissiego.

23 kwietnia na konferencji paryskiej zajęto się sprawą Zaolzia, którą Komisja odesłała do polsko-czeskich rozmów bilateralnych, by w konsekwencji zadecydować o plebiscycie na tych ziemiach. Termin plebiscytu wyznaczono na 7 lipca 1920 r., a więc w czasie najgorętszych walk z Rosją Radziecką. Oczywiście się stało, że rząd polski nie wyraził na to zgody. Powrócono więc do tematu, orzekając, że o sprawie podziału Śląska Cieszyńskiego winna zadecydować Rada Ambasadorów. Ta uczyniła to 28 lipca 1920 r., ustalając granicę polsko-czechosłowacką na Śląsku Cieszyńskim oraz Spiszu i Orawie. Polsce przyznano starostwo bielskie, część cieszyńskiego, wschodnią część przepołowionego

<sup>6</sup> Dowódca wojsk polskich płk. F. Latinik pisze: „moje szczupłe siły, które zamiast mi powiększyć, jeszcze uszczuplono” – *idem*, *Walka o Śląsk Cieszyński w r. 1919*, *op. cit.*, s. 4. Z dalszych opisów wynika, że przeniesiono je na front pod Lwów (*ibidem*, s. 39). Bardzo krytycznie ocenia dowodzenie przez Latinika D. Korbel (*Defensor tessinensis?*, „Kalendarz Cieszyński” 2021, s. 12) – opinia ta pokrywa się z oceną Piłsudskiego, który sugeruje, że dobrze by było, gdyby takich generałów jak Latinik Wojsko Polskie nie miało, za: *Polska generalicja w opiniach Marszałka Piłsudskiego*, red. K. Stepan, Warszawa 2020, s. 77.

<sup>7</sup> Jej przebieg z pozycji uczestniczącego oficera opisuje T. Saryusz-Bielski (*Wspomnienia legionisty kapitana artylerii konnej, uczestnika pięciu wojen*, oprac. A. Drózdź, Kraków 2019, s. 209 i n.), też: D. Korbel, *Walki z Czechami na południe od Skoczowa 28–30 stycznia 1919 r.*, „Kalendarz Goleszowski” 2021, s. 178–185.

<sup>8</sup> J.A. Roy, *Pole and Czech in Silesia*, Opava 2022.

Olzą Cieszyna oraz skrawki starostwa frysztackiego. Polsce przypadło ogółem 1009 km<sup>2</sup> (49,8 procent) Śląska Cieszyńskiego, na których zamieszkiwało 143 121 mieszkańców, z czego 95 982 stanowili Polacy. 137 868 Polaków pozostało po czeskiej stronie na 1273 km<sup>2</sup> (co stanowiło 50,2 procent terytorium)<sup>9</sup>. Było to uczynione z ewidentną krzywdą dla Polski. Układ polsko-czechosłowacki został podpisany 6 listopada 1921 r. w Pradze. Podpisali go Konstanty Skirmunt i – już jako premier – Edward Beneš. Zawierał on stwierdzenie o uznaniu terytorialnego *status quo* obu państw. Podczas wytyczania linii delimitacyjnej pojawił się spór o Jaworzynę Spiską. Na skutek sprzeciwu Czechosłowacji nie doszło w tej kwestii do porozumienia i odesłano ją do dalszych ustaleń. Stanowisko czechosłowackie poskutkowało odroczeniem rozstrzygnięcia, do którego finalnie zresztą nigdy nie doszło i układ nie wszedł w życie<sup>10</sup>. Ignacy Jan Paderewski zauważył, że wykopana została przepaść między narodami, „której nic wypełnić nie zdoła”. Czesi także zdawali sobie z tego sprawę. Aby

[...] utrwalić pamięć obrony Ziemi Piastowskiej, [...] wyszczególnić tych, którzy swym męstwem, walecznością, rozumem i wytrwałością przyczynili się do obrony Ojczyzny i dali świetny przykład patriotyzmu nie tylko współczesnym, lecz i przyszłym pokoleniom; udowodnić jedność i łączność wszystkich współobywateli Polski w chwili, gdy Ojczyzna w niebezpieczeństwie o pomoc woła<sup>11</sup>

Prezydium Rady Narodowej Księstwa Cieszyńskiego uchwałami z 2 lutego i 2 października 1919 r. ustanowiło odznaki „Za Obronę Śląska”<sup>12</sup>. Jest rzeczą charakterystyczną, iż w postanowieniu tym użyto liczby mnogiej, podczas gdy w powszechnym odczuciu mówi się raczej o jednej odznace w trzech stopniach. Z treści statutu wynika jednak co innego, chyba że mamy do czynienia z błędną legislacją. Otóż mówi się tam o medalu pamiątkowym, krzyżu II klasy i krzyżu I klasy, traktując jednak medal jako jakby coś odrębnego. Ze względu jednak zarówno na stylizację odznak, jak i treści zawarte w uzasadnieniu odznaki należy traktować łącznie<sup>13</sup>. I tak medal pamiątkowy o średnicy 33 mm

<sup>9</sup> F. Szymiczek, *Walka o Śląsk Cieszyński w latach 1914–1920*, *op. cit.*, s. 169.

<sup>10</sup> J. Wiechowski, *Spór o Zaolzie 1918–1920 i 1938*, Warszawa 1990.

<sup>11</sup> *Statut odznak „Za Obronę Śląska”*, Dziennik Urzędowy Rady Narodowej Księstwa Cieszyńskiego 17a z 10 listopada 1919, s. 1.

<sup>12</sup> *Ibidem*. M. Wełna niesłusznie włącza te odznaki do odznak związanych z powstaniami śląskimi – *idem*, *Odnaki Powstań Śląskich. Katalog*, Wrocław 1985.

<sup>13</sup> K. Filipow zwraca uwagę, że nieformalną, czwartą klasę stanowił powszechny dekret Rady Narodowej Śląska Cieszyńskiego – *idem*, *Zasłużdze Rzeczypospolitej*.

wykonano z brązu matowo posrebrzanego, na jego środku widnieje wizerunek wzgórza z wieżą piastowską zamku cieszyńskiego. Naokoło biegnie wieniec laurowy, a nad nim napis *ZA OBRONĘ ŚLĄSKA*, pod nim zaś *1919*. Medal ten (odznakę) otrzymali „wszyscy 1) uczestnicy zmobilizowanych sił wojskowych, 2) Milicja, 3) Straże bezpieczeństwa i 4) osoby cywilne, które w obronie Śląska tak w polu, jak i w urzędzie lub w życiu publicznym brały udział czynny”<sup>14</sup>. Noszono go na lewej piersi na wysokości trzeciego guzika. Krzyż II klasy zaprojektowano z tarczą taką, jak w medalu pamiątkowym, i czterema ramionami ciemnoniebieskimi, emaliowanymi. Emaliowana jest również tarcza, jak stwierdza statut – „w kolorach naturalnych”<sup>15</sup>. Odznaka przymocowana jest do białoniebieskiej wstążki noszonej w trzeciej dziurce od guzika lub bez wstążki – na nakrętce przypiętej na lewej piersi na wysokości trzeciego guzika. Krzyż nadawany był tym, którzy

w wyższym poczuciu obowiązków i poświęcenia odznaczyli się osobliwą walecznością, taktycznym zrozumieniem i inicjatywą. Nadaje się [go] oficerom i żołnierzom za specjalną sprawność w obronie lub w ataku, za ratowanie krytycznych sytuacji, wspomaganie sąsiadów w chwiejnych momentach, za narażanie własnego życia, by podwładnych zagrozić do wytrwałości, za zdobycie dział i innej broni itd. Odznakę przyznaje się też oficerom sztabu, którzy przez gorliwość i poświęcenia pełną służbę położyli znamienne zasługi, ponadto członkom armii sprzymierzonych i zastępcom państw sprzymierzonych, którzy dla sprawy Śląska skutecznie działali. [...] nadaje się [go] ponadto osobom cywilnym, które w czasie napadu czeskiego wytrzymały na swych stanowiskach lub w urzędzie i pomimo aresztowania i znęcania się nad nimi, zagrożenia bytu ich rodzin nie zachwiały się w swym patriotyzmie, świeciły przykładem i podtrzymywały na duchu szersze koła ludności, dalej nadaje się osobom cywilnym, które w bezgranicznej miłości do Śląska z niespożytą energią, nie szczędząc ni trudów, ni znojów broniły sprawy Śląska na terenie politycznym lub dyplomatycznym<sup>16</sup>.

Krzyż I klasy różni się od krzyża II klasy „złocistymi promieniami pomiędzy ramionami krzyża”<sup>17</sup>. Noszono go na białoniebieskiej wstążce w drugiej dziurce guzika lub bez wstążki, przypięty na lewej piersi na

---

*Ordery, odznaczenia, odznaki pamiątkowe i honorowe II Rzeczypospolitej 1919–1939*, Warszawa 2019, s. 29.

<sup>14</sup> Opis odznak i uzasadnienie nadania podają za: *Statut odznak „Za Obronę Śląska”*, *op. cit.*, s. 1.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 1–2.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 1.

wysokości trzeciego guzika<sup>18</sup>. Na rewersie odznaki znajduje się, podobnie jak w przypadku II klasy, napis *Walecznym Śląsk 1919*. Krzyż I klasy nadawany był „dowódcom, którzy oprócz ogólnych zasług waleczności przyczynili się swym kierownictwem w boju w wysokim stopniu do korzystnego wyniku walk”<sup>19</sup>. Także „osobom cywilnym stojącym u steru rządów, które nie szczędząc ni trudów, ni znojów z żelazną energią broniły sprawy Śląska w życiu politycznym lub dyplomatycznym i ich zasługom przypisać należy korzystny zwrot lub pożądaný wynik”<sup>20</sup>.

Krzyże i medal wykonywane były przez Zakład Artystyczno-Grawerski Jana Knedlera w Warszawie (8000 szt.), ale także przez innych grawerów, co wiąże się z niewielkimi różnicami w wykonaniu, szczególnie jeśli chodzi o kolor emalii, która w zależności od tego, gdzie została wykonana, może mieć kolor od jasnoniebieskiej do granatowej, a także mieć różne zawieszania. Odznaka ma wymiary 38 × 38 mm, a jej projektodawcą jest krakowski artysta Antoni Procajłowicz. Z założenia każdy egzemplarz miał być numerowany i ten sam numer powinien znajdować się na legitymacji. We wrześniu 1919 r. 10 000 sztuk numerowanych legitymacji wydrukowała firma Litografia Artystyczna W. Głowczewski w Warszawie<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Według pierwotnego projektu statutu niezatwierdzonego przez Ministerstwo Spraw Wojskowych krzyż I klasy miał być noszony jako komandoria. M. Wełna, *Odznaki Powstań Śląskich. Katalog, op. cit.*, s. 16.

<sup>19</sup> *Statut odznak „Za Obronę Śląska, op. cit.*, s. 2.

<sup>20</sup> *Ibidem*. Krzyż I klasy otrzymali: Józef Piłsudski, gen. Emil Gołogórski, gen. Franciszek Latinik, ppłk Stanisław Springwald, mjr Eugeniusz Godziejewski, kpt. Józef Warchałowski, płk Bolesław Jatelnicki, sekcyjny Franciszek Cwiekała, kpt. Władysław Mielnik, kpt. Stanisław Skwarczyński, por. Jan Pryziński, kpr. Stanisław Miller oraz pośmiertnie mjr Cezary Haller i ppor. Wacław Klinke. F. Latinik w powoływanej pracy wymienia jeszcze: por. Ryszarda Konopkę i por. Emila Machalicę (*idem, Walka o Śląsk Cieszyński w r. 1919, op. cit.*, s. 140). Odznaczeni tym krzyżem otrzymali także Order Virtuti Militari V klasy, a odznaczeni krzyżem II klasy – Krzyż Walecznych. Do odznaczenia krzyżem I klasy „na podstawie później zebranych szczegółów” podani zostali podporucznicy Józef Kowalkowski, Paweł Pawlas i Jan Sojka, kpt. Władysław Kozak i mjr Aleksander Zorner. Wnioski o ich odznaczenie, podobnie jak kilka innych wniosków o krzyż II klasy, nie zostały rozpatrzone z powodu nagłej śmierci kanclerza kapituły przyznającej odznaki – dra Feliksa Bocheńskiego, prezydenta Sądu Okręgowego w Katowicach. Do nominacji nowego kanclerza nie doszło – *ibidem*, s. 141, tam też kolejny raz lista odznaczonych; też: T. Saryusz-Bielski, *Wspomnienia legionisty...*, *op. cit.*, s. 222.

<sup>21</sup> E. Długajczyk, *Odznaczenia za obronę Śląska Cieszyńskiego w 1919 roku*, Katowice 2007, s. 8.

Medal pamiątkowy nadawany był odpowiednio: wojskowym – przez dowódcę frontu śląskiego, cywilom – przez Prezydium Rady Narodowej na wniosek Komisji Przygotowawczej na zasadzie jednomyślnej uchwały. Prezydium Rady Narodowej nadawało także krzyże I i II klasy. Komisja Przygotowawcza składała się z pięciu członków: trzech mianowało Prezydium Rady Narodowej, czwartym był dowódca frontu cieszyńskiego z urzędu, piątego również mianowało Prezydium, ale na wniosek dowódcy frontu śląskiego, z zastrzeżeniem, że będzie to oficer, który brał czynny udział w walkach w obronie Śląska. Komisja także prowadziła księgę odznaczonych i wystawiała legitymacje. W powoływanym już Dzienniku Urzędowym drukowany jest wykaz 5000 nazwisk osób odznaczonych krzyżem lub medalem<sup>22</sup>. Edward Długajczyk podaje, że odznaczonych było 5700–5800 osób, albowiem zdarzały się osoby podwójnie uhonorowane. Wręczanie odznaczeń rozpoczęto w 1921 r.

Mówiąc o sporze wokół Śląska Cieszyńskiego, warto zwrócić uwagę, że dotyczył on również Spisza i Orawy, za łącznym traktowaniem tej sprawy optowała zresztą zorganizowana 5 listopada Rada Narodowa Górno-Orawska. W trzeciej dekadzie grudnia 1918 r. podpisane zostały w Popradzie i Chyżnem porozumienia polsko-czechosłowackie o rozgraniczeniu na Spiszu i Orawie, w których strona polska zastrzegła, że wiążąca w tej sprawie będzie dopiero decyzja podjęta na konferencji pokojowej w Paryżu. Istniejąca na tych terenach administracja polska została w połowie stycznia 1919 r. na żądanie wojskowych przedstawicieli Ententy wycofana. W efekcie na obszarze tym nie mogły odbyć się wybory do Sejmu Ustawodawczego. Z intencją włączenia spornych ziem do Polski utworzono w Krakowie pod przewodnictwem Kazimierza Przerwy-Tetmajera Narodowy Komitet Obrony Spisza, Orawy, Czadeckiego i Podhala. Przez wiele miesięcy konflikt ten dyskutowany był podczas obrad polityków obu stron łącznie z negocjacjami o Śląsk Cieszyński. Polacy podnosili konieczność zorganizowania plebiscytu, na co nie wyrażała zgody strona czeska. 11 września 1919 r. przewodniczący

<sup>22</sup> K. Pszczyński podaje, że w Gabinetce Numizmatycznym Ossolineum we Wrocławiu znajduje się medal z numerem 30 737, co oznacza, że nakład musiał być wysoki, ale nie, że tyle egzemplarzy nadano (*idem*, *Cieszyńskie odznaki i odznaczenia związane z wyzwoleniem Śląska po I wojnie światowej*, „Biuletyn Numizmatyczny” 1972, nr 1, s. 1–3). S. Oberleitner podaje zaś, że do końca października 1919 r. nadano 14 krzyży I klasy na 23 wykonane, 280 II klasy na 373 wykonane i ponad 6000 medali III klasy na 8000 wykonanych (*idem*, *Polskie ordery, odznaczenia i niektóre wyróżnienia zaszczytne 1705–1990*, Zielona Góra 1992, s. 170 i 237). Lista ta wymieniona jest także w *Pamiętniku historycznym bojowników o niepodległość Śląska Zaolzańskiego*, Cieszyn bdw., oraz w powoływanej pracy E. Długajczyka.

Komisji do spraw Polskich Jules Cambon przedstawił Radzie Najwyższej projekt plebiscytu na Śląsku Cieszyńskim, Orawie i Spiszu. Podjęto pozytywną decyzję, z zaznaczeniem, że plebiscyt ma się odbyć przed upływem ośmiu miesięcy. Im bliżej jednak było wyznaczonego terminu, tym miało miejsce więcej incydentów. W maju 1920 r. Międzysojusznicza Komisja Plebiscytowa ogłosiła stan wyjątkowy i odroczyła głosowanie. 10 lipca delegaci obu państw wydali w Spa wspólną deklarację zastępującą plebiscyt arbitrażem.

Przygotowania do plebiscytu po stronie polskiej zaczęły się m.in. od wydania specjalnej odznaki, czy też raczej dwóch odznak podobnych do siebie. Pierwsza, z napisem *PLEBISCYT / ŚLĄSK / SPISZ / ORAWA 19 / 20*, została zaprojektowana przez Jana Raszkę. Wykonana została w srebrzonym mosiądzu w Pracowni Cyzelarskiej Henryka Waldyna w 1920 r., a jej wymiary to 34 × 36 mm. Raszka zaprojektował odznakę prawdopodobnie na prośbę Polskiej Rady Narodowej lub Komitetu Obrony Kresów Zachodnich, na którego czele stał Kazimierz Przerwa-Tetmajer<sup>23</sup>. Na odznace poza napisem widniał orzeł depczący (rozrywający) węża. W dolnym narożu przedstawiono skrzyżowane narzędzia górnicze – kilof i pyriłk, odnoszące się do górniczego rejonu Śląska Cieszyńskiego, a w górnym – krzyż i ciupagę jako symbole górali zamieszkujących Spisz i Orawę. Znaczek przypinany był na szpilce. Naroża emaliowane były na biało, tło orła na czarno. Druga wersja odznaki, także projektowanej przez Raszkę, była już nieemaliowana, nawiązywała również do plebiscytu na Warmii. Wręczana była wszystkim członkom komisji plebiscytowych. Była identyczna jak poprzednia, z tym wyjątkiem, że napis okalający orła walczącego z wężem miał nieco inny kształt i napis *PLEBISCYT ŚLĄSK WARMIA MAZURY SPISZ ORAWA*.

Ze Śląskiem Cieszyńskim związana jest jeszcze Odznaka Pamiątkowa Prezydium Rady Narodowej Księstwa Cieszyńskiego „Za Zasługi w Obronie Ziemi Cieszyńskiej”. Ta niewielka odznaka ustanowiona w 1919 r. miała kształt krzyża zakończonego ostrymi końcówkami, w środku którego znajdowała się tarcza otoczona wijącymi się linami z orłem śląskim w środku. Wokół krzyża znajdowała się wijąca się wstęga z napisem w górnej części: *GÓR / ŚLĄSK / NY*, a w dolnej: *1918 / CIESZYN / 1919*. Odznaka nieemaliowana noszona była na słupku.

Strona czeska, w przeciwieństwie do polskiej, nie ustanowiła odrębnego odznaczenia za walki o Śląsk Cieszyński. Dopiero w 1938 r. ustanowiono „Pamětní Odznak čs. Dobrovolce 1918–1919”. Jest to

<sup>23</sup> J. Raszka, *Medale i plakiety*, oprac. A. Więcek, Wrocław 1972, s. 20, 104 i n., a także szerzej: K. Filipow, *Zasłudze Rzeczypospolitej...*, op. cit., s. 205–207.

zaprojektowany przez Oldřicha Pilza brązowy krzyż nadawany wszystkim ochotnikom, którzy w okresie od 28 października 1918 r. do 31 lipca 1919 r. odbywali służbę wojskową na Słowacji i wszędzie tam, gdzie prowadzone były walki o zabezpieczenie integralności granic państwowych. Odznaka ma formę spłaszczonego krzyża z lekko ugiętymi ramionami o rozpiętości około 36 mm. Powierzchnia krzyża jest gładka, pośrodku osadzony jest na tarczy wypukły herb republiki. Na rewersie na górnym ramieniu umieszczona jest data 1918, na dolnym zaś 1919, a pośrodku napis *V TĚŽKÝCH DOBÁCH* (w ciężkich czasach). Odznaka noszona jest na wstążce szerokości 40 mm, w kolorze jasnoniebieskim, po której bokach w odległości ok. 2 mm od brzegów znajduje się pięciomilimetrový pasek w kolorze czerwonym, ograniczony z obu stron białymi prążkami. Krzyż wykonywany był przez różnych grawerów, stąd też różnice zarówno w wymiarach krzyża, jak i kolorach wstęgi, która czasami przechodzi w ciemnoniebieską<sup>24</sup>.

Kwestia utraty części Śląska Cieszyńskiego tkwiła w elitach politycznych i wojskowych niby zadra. Po wielu latach wykorzystano więc sytuację polityczną i w 1938 r. wspólnie z III Rzeszą podzielono się Czechosłowacją, zajmując Śląsk Cieszyński<sup>25</sup>. W marcu tego roku minister Józef Beck zaprezentował stanowisko, iż ludność polska na Zaolziu powinna uzyskać autonomię, a więc takie same prawa, jakie będą przyznane Niemcom Sudeckim, a polscy ambasadorowie powinni dążyć do włączenia plebiscytu na Śląsku Cieszyńskim do ogólnego rozwiązania kwestii Czechosłowackiej. 30 września wysłano do Pragi ultimatum, domagając się przekazania Polsce południowo-zachodniej części powiatu cieszyńskiego i frysztackiego. 1 października Praga przyjęła polskie warunki.

W tymże samym roku Tadeusz Kasprzycki jako minister spraw wojskowych zaproponował ustanowienie Medalu Wojskowego Odzyskanych Ziemi Śląska Cieszyńskiego, co miało upamiętnić przyłączenie Śląska Cieszyńskiego do Polski w 1938 r. Projekt nie uzyskał aprobaty prezydenta i nie wszedł do systemu odznaczeń<sup>26</sup>. Obecne na rynku kolekcjonerskim egzemplarze są rezultatem, jak pisze Filipow, „radosnej twórczości handlarzy żerujących na naiwności kolekcjonerów”<sup>27</sup>. W latach 80. wykonywali oni egzemplarze tegoż nieistniejącego medalu.

<sup>24</sup> V. Měříčka, *Československá vyznamenání, Část I, Hradec Kralove 1973*, s. 16–17.

<sup>25</sup> Bliżej: M. Kornat, M. Wołos, *Józef Beck. Biografia*, Kraków 2020, s. 566 i n.

<sup>26</sup> Pisze o tym: S. Oberleitner, *Polskie ordery...*, *op. cit.*, s. 69–70.

<sup>27</sup> K. Filipow, *Zasłużde Rzeczypospolitej...*, *op. cit.*, s. 207.



Anna Marszałek\*

## Rola regulacji prawnych w sektorze nowych technologii, np. sztucznej inteligencji<sup>1</sup>

*Niewielu ludzi wierzyło, że AI może kiedyś się stać mądrzejsza od ludzi. Ja sam byłem do niedawna przekonany, że to się może wydarzyć dopiero za 30 do 50 lat. Już tak nie myślę.*

Geoffrey Hinton – ojciec chrzestny AI

### 1. Wstęp

Sztuczna inteligencja (*artificial intelligence*, zwana również AI)<sup>2</sup> – te dwa słowa w ciągu ostatnich miesięcy wywołują sporo emocji. Czym jest sztuczna inteligencja, która nam towarzyszy już niemal na każdym kroku? Czy pewnego dnia obudzimy się w zupełnie innym świecie, tzw. metaświecie? Czy może już jesteśmy jedną nogą po drugiej stronie tego

---

\* Dr, Narodowe Centrum Nauki, Zespół Wsparcia Ekspertów, ORCID: 0000-0002-5303-7187.

<sup>1</sup> Niniejszy tekst jest wyrazem przemyśleń autorki i opinie w nim zawarte nie muszą być zbieżne z polityką NCN. Artykuł ma charakter poglądowy i informacyjny, a powoływanie się na treści w nim zawarte nie jest prawnie wiążące. Ten tekst został wygenerowany przez człowieka. Tylko czy na pewno?

<sup>2</sup> W niniejszym artykule pojęcia „sztuczna inteligencja” i AI używane są zamiennie.

lustra? Jak wtedy będzie wyglądało życie, zwykła (czy można będzie jeszcze użyć tego określenia) codzienność, czy będzie w niej miejsce na rozmowę z drugim człowiekiem, na okazywanie emocji, czy może wszystkie te stany będziemy „przeżywać” cyfrowo? A w związku z tym: czy AI pozbawi nas odczuwania emocji?

Jak sprawić, by sztuczna inteligencja była narzędziem pomocnym w życiu, ale by go nie zdominowała, nie kontrolowała, żeby człowiek – chcąc przetrwać we współczesnym świecie – nie musiał się do jej wymogów dostosowywać? Jakie są więc granice prawne czy etyczne wykorzystania rozwiązań stosowanych przez sztuczną inteligencję? Czy w ogóle są takowe?

Jak widać z tego krótkiego wstępu, jest *gros* pytań, które cisną się na usta, wiele z nich pozostaje w ogóle jeszcze niezaadresowanych, a jednocześnie dysponujemy stosunkowo małą liczbą wiążących odpowiedzi. Czy więc AI może być kolejnym „czarnym łabędziem”, który w znaczący sposób zmieni bieg dziejów?

Niniejszy artykuł ma charakter poglądowy. Pierwsza część poświęcona jest przybliżeniu fenomenowi sztucznej inteligencji, by w kolejnej sekcji przejść do omówienia regulacji prawnych, jakie są stopniowo wypracowywane w tym obszarze, szczególnie na gruncie europejskim. Zasadnicza część rozważań jest poświęcona zaprezentowaniu chatbota ChatGPT jako istotnej innowacji przełomowej i konsekwencjom jego funkcjonowania w zakresie praw własności intelektualnej.

## 2. Pojęcie sztucznej inteligencji i jej składowe

Już w 1950 r. Alan Turing sformułował test, który miał wykazać zdolność maszyny do posługiwania się językiem naturalnym, a w konsekwencji do myślenia na wzór ludzki. Był to początek badań nad sztuczną inteligencją<sup>3</sup>. Po raz pierwszy termin „sztuczna inteligencja” został użyty przez Johna McCarthy’ego w 1956 r. w czasie warsztatów na college’u w Dartmouth<sup>4</sup>.

Sztuczna inteligencja jest definiowana jako „systemy, które wykazują inteligentne zachowanie dzięki analizie otoczenia i podejmowaniu działań – do pewnego stopnia autonomicznie – w celu osiągnięcia

<sup>3</sup> Por. A. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, „Mind” 1950, vol. 59, no. 236, s. 433–460.

<sup>4</sup> Por. L. Maciel, *Editorial: ChatGPT and the Ethical Aspects of Artificial Intelligence*, „Revista de Gestão” 2023, vol. 30, no. 2, s. 110.

konkretnych celów”<sup>5</sup>. Z tej definicji można wywnioskować, że AI jest w stanie, bazując na wcześniej dokonanych analizach, dostosować do pewnego stopnia swoje zachowanie, co – po głębszym zastanowieniu się – może budzić uzasadnione obawy, m.in. te natury etycznej.

W związku z powyższym należy zająć się rozważaniami „jak” i „do jakiego stopnia” winno się uregulować działania AI, gdyż nie ulega wątpliwości, że unormowania w tym zakresie być powinny, szczególnie że AI cechuje się wysokim stopniem kompleksowości, nieprzewidywalności oraz autonomii. A połączenie tych trzech cech w nieznanym otoczeniu (gdź AI nie jest do końca poznana) może rodzić poważne konsekwencje<sup>6</sup>.

Pod pojęciem sztucznej inteligencji możemy postrzegać różne grupy technologii<sup>7</sup>. Pierwsza odnosi się do systemów eksperckich. Tutaj eksperci tworzą precyzyjne procedury oparte na przyjętych regułach – zwane algorytmami – które są następnie, krok po kroku, naśladowane przez komputery w celu wyszukania rozwiązania najbardziej dopasowanego do potrzeb. Ten rodzaj AI (nazywany również wąską sztuczną inteligencją – *narrow AI*) najbardziej sprawdza się w środowisku, które na przestrzeni czasu nie podlega zmianom, gdzie reguły zachowań są ściśle przestrzegane, a same zmienne pozostają jednoznaczne i mierzalne. Wykorzystuje się ją np. do tworzenia asystentów głosowych czy przeglądark internetowych<sup>8</sup>.

Druga grupa technologii odnosi się z kolei do sieci neuronowych wzorujących się na mechanizmach funkcjonowania mózgu. Rozwinęła się ona w ciągu ostatnich kilkunastu lat. Znamienne dla niej jest zdolność uczenia się na podstawie dostępnych przykładów. Mówimy tutaj

<sup>5</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Sztuczna inteligencja dla Europy*, COM(2018), 237 final, Bruksela, 25.04.2018, s. 1.

<sup>6</sup> Grupa przedsiębiorców i ekspertów pracujących nad AI poinformowała w 2023 r., że technologia ta „stanowi egzystencjalne zagrożenie dla ludzkości, porównywalne z pandemią czy wojnami nuklearnymi”. Pod tym publicznym listem podpisali się m.in.: Sam Altman – szef OpenAI, twórca ChatGPT; Demis Hassabis – szef działu AI w Google; Geoffrey Hinton oraz Yoshua Bengio. Ci ostatni to laureaci Nagrody Turinga, uważani za ojców chrzestnych współczesnej AI. Por. Ł. Wójcik, *Dzihad przeciw maszynom*, „Polityka” 2023, nr 26, s. 59.

<sup>7</sup> Por. P. Boucher, *Artificial Intelligence: How Does It Work, Why Does It Matter, and What Can We Do About It?*, „European Parliamentary Research Service” 2020, PE 641.547, s. III.

<sup>8</sup> Por. A. Konieczna, *Problematyka sztucznej inteligencji w świetle prawa autorskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2019, nr 4, s. 105.

zarówno o procesach głębokiego uczenia się (*deep learning*)<sup>9</sup>, zachodzącego na kilku płaszczyznach, jak i uczenia się maszynowego (*machine learning*)<sup>10</sup>, gdzie dane otrzymane na wyjściu (*outputs*) są inteligentnie wykorzystywane do wprowadzenia nowych informacji na wejściu (*inputs*). Dzięki takiej sekwencyjności możliwe jest ciągłe doskonalenie sieci neuronowych.

Trzecie podejście sprowadza się do możliwych scenariuszy rozwoju sztucznej inteligencji, czyli silnej sztucznej inteligencji (*artificial general intelligence*, AGI), działającej tak jak ludzki umysł albo nawet przewyższającej jego możliwości. Aktualnie rozwijające się technologie nie są jeszcze w stanie zapewnić jej funkcjonowania i wymagane jest dokonanie zmian wszelkich paradygmatów. Zdaniem Raya Kurzweila, amerykańskiego futurologa, już w 2045 r. powstanie (choć może lepszym słowem byłoby tutaj „wytworzy się”) technologiczna osobliwość (*singularity*)<sup>11</sup>. Pytanie: czy tego naprawdę potrzebuje ludzkość? Już teraz w każdej sekundzie każda osoba wytwarza 1,7 MB danych<sup>12</sup>. Dane stały się jednym z kluczowych czynników produkcji i rozwoju, a nauka o nich (*data science*) może całkowicie zmienić percepcję odbioru dotychczasowej rzeczywistości. Jak prognozował Klaus Schwab, założyciel światowego Forum Gospodarczego w Davos, AI będzie siłą napędową czwartej

<sup>9</sup> Jest to kategoria uczenia maszynowego polegająca na stworzeniu algorytmu, który uczy się dużej ilości danych i wiernie je wykorzystuje do stworzenia np. utworu malarskiego – *ibidem*. Przykładem może być tutaj obraz w całości wygenerowany przez sztuczną inteligencję *Edmond de Belamy*. Został on stworzony w 2018 r. przez kolektyw *Obvious* przy wykorzystaniu algorytmu, który „zapamiętał” 15 000 portretów z różnych epok (od XIV do XIX wieku) i na tej podstawie „namalował” dzieło. Zostało ono sprzedane w domu aukcyjnym Christie’s za sumę 432 500 dolarów. Sam tytuł dzieła stanowi hołd złożony jednemu z twórców sieci neuronowych – Ianowi Goodfellowowi (tłumaczenie jego nazwiska z języka angielskiego: dobry przyjaciel). Belamy to zmodyfikowany francuski odpowiednik „bel ami”, czyli... „dobry przyjaciel”. Zob. E. Brooke-Hitching, *Galeria szaleńca. Najdziwniejsze obrazy, rzeźby i inne kurioza z dziejów sztuki*, tłum. J. Szczepański, Poznań 2022.

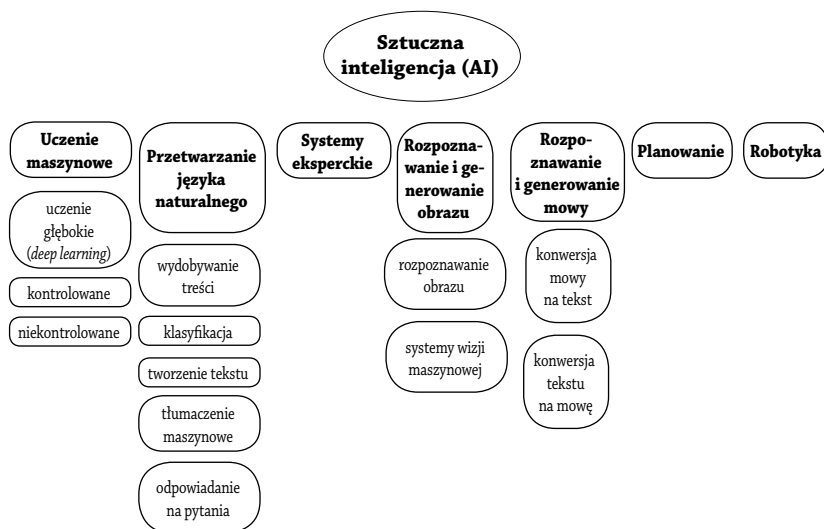
<sup>10</sup> Uczenie maszynowe to technologia, która uczy komputery wykonywania zadań na podstawie przeanalizowanych danych – por. A. Konieczna, *Problematyka sztucznej inteligencji...*, *op. cit.*, s. 105.

<sup>11</sup> Por. G. Gurkaynak, I. Yilmaz, G. Hakever, *Stifling Artificial Intelligence: Human Perils*, „Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice” 2016, vol. 32, no. 5, s. 749–758.

<sup>12</sup> Por. Domo, *Data Never Sleeps 6.0*, 06.2018, [www.domo.com/assets/downloads/18\\_domo\\_data-never-sleeps-6+verticals.pdf](http://www.domo.com/assets/downloads/18_domo_data-never-sleeps-6+verticals.pdf) [dostęp: 16.08.2023].

rewolucji przemysłowej<sup>13</sup>, stając się jedną z ważniejszych technologii przyszłości, a w konsekwencji multidyscyplinarnym obszarem badawczym. Na horyzoncie pojawiają się już jednak echa piątej rewolucji przemysłowej, gdzie będziemy mieć do czynienia z występowaniem zjawiska wzajemnej synergii ludzi i robotów, tworzenia relacji opartych bardziej na współpracy niż na współzawodnictwie<sup>14</sup>. Przyjrzyjmy się więc bliżej sztucznej inteligencji, prezentując jej główne składowe (wykres nr 1).

Wykres nr 1. Główne składowe AI



Źródło: C. Kemp, *Legal Aspects of Artificial Intelligence* (v. 3.0), white paper, 02.2021, s. 5, <https://kempitlaw.com/wp-content/uploads/2021/02/KITL-Legal-Aspects-of-AI-v.-3.0.pdf> [dostęp: 16.08.2023].

Nie ulega wątpliwości, że zastosowanie sztucznej inteligencji przyniesie (o ile już na niektórych polach nie przynosi) znaczące zmiany. Wśród rodzajów AI możemy wyróżnić<sup>15</sup>:

<sup>13</sup> Por. K. Schwab, *The Forth Industrial Revolution*, 16.01.2016, [www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond](http://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond) [dostęp: 16.08.2023].

<sup>14</sup> Por. S. Nahavandi, *Industry 5.0 – A Human-Centric Solution*, „Sustainability” 2019, vol. 11, no. 4371, s. 1–13.

<sup>15</sup> Por. Dyrekcja Generalna ds. Komunikacji, *Sztuczna inteligencja: co to jest i jakie ma zastosowania?*, 20.06.2023, [www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2020/9/story/20200827STO85804/20200827STO85804\\_pl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2020/9/story/20200827STO85804/20200827STO85804_pl.pdf) [dostęp: 3.02.2024].

- oprogramowanie – do którego zalicza się np. wirtualnych asystentów, wyszukiwarki internetowe, oprogramowanie do analizy obrazu, systemy rozpoznawania mowy;
- „ucieleśnioną” AI – np. roboty, samochody autonomiczne, internet rzeczy (podłączone do sieci odkurzacze, lodówki, zegarki).

Zauważalne jest, że w coraz bardziej znaczącym stopniu AI oddziałuje na nasze codzienne życie. Choć może obecnie jeszcze nie w pełni zdajemy sobie sprawę ze skali tego wpływu, to warto się zastanowić nad jego potencjalnymi konsekwencjami. Sztuczna inteligencja dzięki temu, że jest wyposażona w zdolność do samouczenia się nie tylko z nabytego doświadczenia, ale również ze środowiska, w którym się znajduje, może w znaczący sposób zmienić mechanizmy funkcjonowania otoczenia. Na chwilę obecną AI nie jest na takim poziomie swojego rozwoju, by była w stanie zrozumieć swoje zachowanie i – idąc krok dalej – była w stanie je modyfikować. Ale nie zmienia to tego, że zasadne jest postawienie pytania: czy są jakieś granice sztucznej inteligencji? A jeśli tak, to gdzie one przebiegają.

### 3. Regulacje prawne AI

Sztuczna inteligencja stanowi kombinację oprogramowania (*software*) oraz zestawu danych<sup>16</sup>. AI posługuje się algorytmami, rozumianymi w kategorii zestawu reguł, które mają za zadanie rozwiązanie napotkanego problemu. Taki algorytm występuje w postaci kodu w oprogramowaniu. Zarówno algorytm, jak i oprogramowanie mogą być (i w przypadku AI są) dynamiczne, tzn. wykazują cechy permanentnego uczenia się.

System prawny stoi w obliczu pojawiających się z różnych stron wyzwań związanych ze sztuczną inteligencją. Można je pogrupować na te, które dotyczą odpowiedzialności człowieka za działania podejmowane przez sztuczną inteligencję, i te określające odpowiedzialność AI za „swoje” działania w stosunku do człowieka<sup>17</sup>. Są to zagadnienia bardzo kontrowersyjne, szczególnie to ostatnie, co nie zmienia tego, że wymuszają one na prawodawcy określenie regulacji, w obrębie których AI będzie funkcjonować. Sam proces tworzenia prawa jest niezwykle skomplikowany i winien on uwzględniać dynamicznie

<sup>16</sup> Por. C. Kemp, *Legal Aspects...*, *op. cit.*, s. 2.

<sup>17</sup> Por. S. Braman, *Change of State: Information, Policy and Power*, Cambridge 2006, s. 278.

postępujące zmiany społeczne, co oznacza, że może wpływać na niego wiele uwarunkowań<sup>18</sup>.

Czy należy zatem tworzyć ogólne (holistyczne) regulacje, które będą dostosowane do wszystkich zastosowań AI, czy może wręcz przeciwnie – dopasować je do specyficznych rozwiązań, np. w sektorze zdrowotnym, logistycznym czy praw własności intelektualnej? Kto ma być ich regulatorem: Unia Europejska, państwa członkowskie, organizacje międzynarodowe, np. OECD, czy wyspecjalizowane instytucje działające w sektorze AI<sup>19</sup>? Potrzeba dostosowania prawa do tej nowej rzeczywistości jest istotna, zważywszy już na samo to, że zdaniem futurologów z Grand View Research „przychody rynku sztucznej inteligencji do końca dekady wzrosną ponad trzynastokrotnie”<sup>20</sup>. Z raportu firmy PriceWaterhouseCoopers wynika, że sztuczna inteligencja może wnieść do światowej gospodarki do 2030 r. ok. 15,7 biliona dolarów<sup>21</sup>. Brak regulacji w obszarze AI w powiązaniu z jej dynamicznie zwiększającą się wartością rynkową otwierałoby bardzo duże pole do nadużyć czy nadinterpretacji. Należy tutaj również wspomnieć o podłożu etycznym funkcjonowania AI i braku tzw. swoistego wentyla bezpieczeństwa. Jak zauważa Aleksandra Przegalińska, AI „napędza się cały czas sama”<sup>22</sup>. Z jednej strony sztuczna inteligencja podlega ciągłemu rozwojowi, co w świetle ustanawiania jakichkolwiek reguł jej funkcjonowania może rodzić wiele problemów, gdyż regulacje mogą się okazać nieaktualne już w samym momencie ich opracowywania (*in statu nascendi*), ale – z drugiej strony – co jeżeli projektowane rozwiązania wymkną się spod kontroli<sup>23</sup> albo – co może bardziej realne, zważywszy na dokonujący się

<sup>18</sup> Szerzej na temat stanowienia prawa zob. T. Biernat, *Legislacja. Analiza procesu*, Kraków 2016; *idem*, *Standards of law-making as the parts of normative space in the post-modern democratic states. The question of justification and legitimacy of law*, [w:] *The Philosophy of Legal Change. Theoretical Perspectives and Practical Processes*, red. M. Chmieliński, M. Rupniewski, Routledge 2020; *idem*, *On the Lawmaking Policy, Discretion and Importance of the Rule of Law Standards*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2020, vol. XXIX, no. 3, red. K. Hanas, L. Leszczyński, s. 67–85.

<sup>19</sup> Por. P. Boucher, *Artificial Intelligence...*, *op. cit.*, s. V.

<sup>20</sup> *Sztuczna inteligencja nadal bez prawnych regulacji*, 26.01.2023, <https://ai.infor.pl/sztuczna-inteligencja/5660705,sztuczna-inteligencja-przepisy-prawne.html> [dostęp: 26.08.2023].

<sup>21</sup> Jest to więcej niż obecna wartość łącznej produkcji Chin i Indii.

<sup>22</sup> *Sztuczna inteligencja nadal bez prawnych regulacji*, *op. cit.*

<sup>23</sup> Choć niektórzy badacze proponują, by zamiast kontroli sztucznej inteligencji pozwolić jej na swobodne działanie i obserwować, co się wydarzy. Por. M. Coeckelbergh, *Pervasion of What? Techno-Human Ecologies and Their Ubiquitous Spirit*,

postęp – przejmą kontrolę? Wtedy może już nie być odwrotu. Jak zauważył Hinton, jeżeli „w ogóle istnieje sposób na utrzymanie AI pod kontrolą, musimy go znaleźć, zanim stanie się ona zdolna do wyprzedzenia naszych ruchów”<sup>24</sup>.

Istotne jest również zastanowienie się, jak uregulować kwestie związane z „decyzyjnością” AI i czy w ogóle można w jej przypadku o tym wspominać? David Gunning<sup>25</sup> zauważa, że na wstępie należałoby się zastanowić, dlaczego – w aspekcie AI – dochodzi do podjęcia danej decyzji, jak wygląda ten proces i – w konsekwencji – jakie decyzje zostaną przez nią podjęte w przyszłości. Sama decyzyjność jest immanentnie związana z procesem samodzielnego myślenia, a to już otwiera pole do dużych dywagacji natury filozoficzno-etycznej. Te rozważania nie powinny zachodzić w próżni, ale w konkretnych uwarunkowaniach środowiskowych<sup>26</sup>. Kolejnym nasuwającym się pytaniem jest wzajemna relacja sztucznej inteligencji względem innej sztucznej inteligencji (tzw. perspektywa AI2AI), czyli jak decyzja podjęta przez sztuczną inteligencję – nazwijmy ją dla potrzeb niniejszych rozważań A – wpływa na inną sztuczną inteligencję, nazwijmy ją B. Jakie są moralne aspekty takich decyzji? Seth Baum<sup>27</sup> zauważa, że powinno się tutaj przeanalizować m.in., w jaki sposób indywidualne spostrzeżenia są w stanie wpłynąć na zachowanie AI i jak należy je identyfikować. W tym kontekście nie powinno się zapominać, że systemy AI powinny zawsze odgrywać rolę służebną wobec człowieka, a więc wola człowieka winna być traktowana nadrzędnie wobec woli jakiegokolwiek maszyny.

10 kwietnia 2018 r. została podpisana przez 25 państw europejskich deklaracja w sprawie współpracy nad sztuczną inteligencją. Dwa miesiące później Komisja Europejska powołała grupę (High Level

---

„AI & Society” 2013, vol. 28, s. 55–63. Taka propozycja wydaje się dość kontrowersyjna, patrząc na aktualny rozwój AI i emocje, jakie ona wywołuje.

<sup>24</sup> Por. M.G. Pascual, *Laureat Nagrody Turinga: AI to nasza przyszłość. O ile ją poskromimy*, tłum. Ł. Grzymisławski 12.05.2023, <https://wyborcza.pl/7,179012,29745711,laureat-nagrody-turinga-ai-to-nasza-przyszlosc-o-ile-ja-poskromimy.html> [dostęp: 13.09.2023].

<sup>25</sup> Por. D. Gunning, D.W. Aha, *DARPA's Explainable Artificial Intelligence Program*, „AI Magazine” 2019, vol. 40, no. 2, s. 44–58.

<sup>26</sup> Można tutaj wykorzystać metodologię PESTLE analizującą aspekty: polityczne (*political*), ekonomiczne (*economic*), społeczne (*social*), technologiczne (*technological*), prawne (*legal*) czy środowiskowe (*environmental*).

<sup>27</sup> Por. S.D. Baum, *Social Choice Ethics in Artificial Intelligence*, „AI & Society” 2017, vol. 32, no. 1, s. 1–14.



Expert Group on Artificial Intelligence)<sup>28</sup> składającą się z 52 ekspertów mających zająć się implementacją europejskiej strategii w obszarze sztucznej inteligencji. W lutym 2019 r. Parlament Europejski przyjął rezolucję w sprawie kompleksowej europejskiej polityki przemysłowej w dziedzinie sztucznej inteligencji i robotyki<sup>29</sup>. W lutym 2020 r. Komisja Europejska opublikowała dokument precyzujący, w jaki sposób powinno się określić ramy regulacyjne dla sztucznej inteligencji, przede wszystkim skupiając się na podejściu związanym z ryzykiem (*risk-based approach*)<sup>30</sup>. Komisja Europejska proponuje wprowadzenie wykorzystywanych w bankowości testów warunków skrajnych<sup>31</sup> opartych na ryzyku. W analizach brano by pod uwagę, w jakim sektorze działa sztuczna inteligencja (i czy on sam w sobie już generuje ryzyko<sup>32</sup>) oraz czy wykorzystanie AI może spowodować pojawienie się wysokiego ryzyka. Dopiero kumulatywny wymiar testu, tzn. oszacowanie ryzyka jako wysokiego zarówno w ujęciu sektorowym, jak i zastosowania AI predestynuje do postrzegania AI w ujęciu wysoce ryzykownym.

W połowie czerwca 2023 r. Parlament Europejski przyjął akt o sztucznej inteligencji (Artificial Intelligence Act – AIA), a 9 grudnia 2023 r. Rada i Parlament Europejski osiągnęły porozumienie w tej sprawie<sup>33</sup>. Akt ma mieć charakter unijnego rozporządzenia<sup>34</sup>, co oznacza, że zostanie on implementowany do krajowych porządków prawnych – prawdopodobnie przed 2025 rokiem – zapewne wymuszając dokonanie w nich niezbędnych zmian. Co jest istotne – nie będzie to dokument „stały” – regulacja ta będzie podlegać modyfikacjom w miarę dokonywania przez Komisję Europejską regularnych przeglądów

<sup>28</sup> Zob. szerzej: *High-level expert group on artificial intelligence*, 7.06.2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/expert-group-ai> [dostęp: 26.08.2023].

<sup>29</sup> Por. M. Kritikos, *Artificial Intelligence ante portas: Legal & Ethical Reflections*, 03.2019, s. 5, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/634427/EPRS\\_BRI\(2019\)634427\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/634427/EPRS_BRI(2019)634427_EN.pdf) [dostęp: 8.08.2023].

<sup>30</sup> Por. European Commission, *White Paper on Artificial Intelligence – A European Approach to Excellence and Trust*, COM(2020), 65 final, Brussels, 19.02.2020.

<sup>31</sup> Testy przeciążające pozwalające na ocenę, jak zachowa się system w warunkach zadowalających lub ekstremalnych.

<sup>32</sup> Zaliczono do nich np. systemy energetyczny, zdrowia czy transportowy.

<sup>33</sup> *Artificial Intelligence Act: Deal on Comprehensive Rules for Trustworthy AI*, 9.12.2023, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20231206IPR15699/artificial-intelligence-act-deal-on-comprehensive-rules-for-trustworthy-ai> [dostęp: 22.02.2024].

<sup>34</sup> Por. I. Stawicka, *Coraz bliżej rewolucyjnych zmian w prawie dotyczącym sztucznej inteligencji*, [www.prawo.pl](http://www.prawo.pl), 16.06.2023 [dostęp: 29.08.2023].

postępów prac w tym zakresie. Założeniem przyświecającym UE jest stworzenie swojego kodeksu AI, ukazanie bardziej humanocentrycznej strony sztucznej inteligencji. Jest to europejskie podejście do sztucznej inteligencji, która ma być postrzegana jako godna zaufania (*trustworthy AI*)<sup>35</sup>. W myśl aktu technologie w obrębie AI mają zostać zakwalifikowane do czterech grup ryzyka<sup>36</sup>:

- niedopuszczalnego (np. pozyskiwanie danych biometrycznych w czasie rzeczywistym w przestrzeni publicznej czy klasyfikowanie ludzi na podstawie ich zachowań) – takie mają zostać zakazane; zostały one opisane w tytule II rozporządzenia<sup>37</sup>;
- wysokiego (wpływające negatywnie na bezpieczeństwo i prawa podstawowe) – ich klasyfikacja została zawarta w tytule III rozporządzenia;
- ograniczonego;
- minimalnego.

W AIA sporo miejsca poświęcono również generatywnym systemom sztucznej inteligencji (należy do nich np. ChatGPT, o którym szerzej w kolejnej części artykułu). Szczególny nacisk położono tutaj na poszanowanie praw autorskich twórców utworów, z których czerpane będą dane źródłowe<sup>38</sup>, takie zaprogramowanie bota, by nie publikował nielegalnych treści, ale i wskazywał na te części tekstu, które zostały stworzone przez AI<sup>39</sup>. Nie ulega wątpliwości, że zagrożenia związane z technologią typu ChatGPT mogą w istotny sposób przemodelować dotychczasowe funkcjonowanie takich zawodów, jak dziennikarza, lekarza czy prawnika<sup>40</sup>. Yuval Noah Harari w wywiadzie dla

<sup>35</sup> Stąd tak duży nacisk będzie kładziony na wspieranie badań nad etyką sztucznej inteligencji. Por. P. Kusznieruk, *Wpływ rozwoju sztucznej inteligencji na proces stanowienia prawa w Polsce*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2023, nr 5, s. 7–18.

<sup>36</sup> Por. I. Stawicka, *Unijne rozporządzenie o sztucznej inteligencji nie wyeliminuje ryzyka nadużyć*, 5.07.2023, [www.prawo.pl/prawo/rozporzadzenie-ai-act-wysokie-a-niedopuszczalne-ryzyko,522024.html](http://www.prawo.pl/prawo/rozporzadzenie-ai-act-wysokie-a-niedopuszczalne-ryzyko,522024.html) [dostęp: 8.08.2023].

<sup>37</sup> Por. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (Akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii, COM(2021), 206 final, Bruksela, 21.04.2021.

<sup>38</sup> Choć np. akt nie rozwiązuje wprost kwestii praw autorskich w przypadku tekstów powstałych przy użyciu AI. Por. I. Stawicka, *Coraz bliżej rewolucyjnych zmian w prawie...*, *op. cit.*

<sup>39</sup> *Ibidem.*

<sup>40</sup> Por. R. Markiewicz, *ChatGPT i prawo autorskie*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2023, nr 2, s. 145.

„The Economist”<sup>41</sup> przestrzega przed takim rozwojem nowych narzędzi sztucznej inteligencji, które wykazują znaczną zdolność do manipulowania językiem. Zaleca, by dokonywać w takich przypadkach szczegółowych kontroli bezpieczeństwa i opracować stosowne procedury administracyjnoprawne, po zastosowaniu których dane narzędzie AI mogłoby być dopuszczone do użytku.

#### 4. Innowacje w obszarze AI – ChatGPT (Chat Generative Pre-Trained Transformer) jako innowacja przełomowa

Na gruncie ekonomiki innowacji ta ostatnia jest rozumiana jako „kompleksowy proces oparty na określonej ścieżce zależności charakteryzujący się występowaniem współzależności i wzajemnych interakcji pomiędzy zróżnicowanymi aktorami wykazującymi zdolności do uczenia się i reagowania w sposób kreatywny na pojawiające się okoliczności”<sup>42</sup>. Cristiano Antonelli wskazuje na takie składowe procesy innowacyjnego jak: obecność zróżnicowanych aktorów, kwestie lokalizacyjne, charakter wykorzystywanej wiedzy i wzajemnych powiązań o nastawieniu lokalnym, kreatywność oraz współzależności systemowe. Zgodnie z postrzeganiem innowacji przez Josepha Schumpetera pojawia się ona w wyniku nagłego zaistnienia radykalnej zmiany, która staje się podstawą kolejnych gwałtownych przemian<sup>43</sup>. Innowacja to proces, gdzie wiedza technologiczna i powiązane z nią zastosowanie przemysłowe dla danego rozwiązania przy wykorzystaniu nowych schematów działania przyczynia się do wyodrębnienia zmodyfikowanego modelu działania biznesowego. Tempo wdrażania innowacji jest różne w zależności od sektora<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Por. Yuval Noah Harari *Argues that AI Has Hacked the Operating System of Human Civilisation*, 28.04.2023, [www.economist.com/by-invitation/2023/04/28/yuval-noah-harari-argues-that-ai-has-hacked-the-operating-system-of-human-civilisation](http://www.economist.com/by-invitation/2023/04/28/yuval-noah-harari-argues-that-ai-has-hacked-the-operating-system-of-human-civilisation) [dostęp: 13.09.2023].

<sup>42</sup> Por. C. Antonelli, *The Economics of Innovation: from the Classical Legacies to the Economics of Complexity*, „Economics of Innovation and New Technology” 2009, vol. 18, no. 7, s. 611–646.

<sup>43</sup> Por. J. Schumpeter, *Business Cycles*, New York 1939.

<sup>44</sup> Zob. szerzej: A. Marszałek, *Innowacje w sektorze biotechnologii jako katalizator procesu transferu wiedzy i technologii*, „Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie” 2022, nr 3, s. 48–61; eadem, *Komerccjalizacja technologii w kontekście technology assessment*, „Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie” 2016, nr 3, s. 50–61.

Według Gary'ego Pisana istnieją cztery rodzaje innowacji:

- innowacje rutynowe (*routine innovation*) – wykorzystują istniejące zdolności techniczne i wpisują się w aktualnie działający model biznesowy;
- innowacje przełomowe (*disruptive innovation*) – wymagają zastosowania nowego modelu biznesowego, ale posiadane zaplecze technologiczne nie musi ulec zmianom<sup>45</sup>;
- innowacje radykalne (*radical innovation*) – mają charakter czysto technologiczny (prace nad nowymi lekami prowadzone przez firmy biotechnologiczne), natomiast nie ma konieczności, by wcześniej wypracowany (w założeniu dobrze funkcjonujący) model biznesowy podlegał modyfikacjom;
- innowacje architektoniczne (*architectural innovation*) – stanowią konglomerat zachodzących zmian o charakterze technologicznym przy jednoczesnej modyfikacji modelu biznesowego<sup>46</sup>.

Te ostatnie są najbardziej skomplikowaną formą innowacji, z którymi działający na rynku gracze mogą mieć najwięcej trudności przy procesie ich projektowania, a później wdrażania, co oczywiście nie oznacza, że innowacje rutynowe są mało skomplikowane, bowiem wymagają one zwykle dużych nakładów finansowych i przewyciężenia piętujących się trudności natury technicznej. Z kolei innowacje przełomowe są w swym zamyśle proste, łatwo dostępne i przystępne<sup>47</sup>, ale pod wpływem okoliczności generują potencjał do dokonania poważnej zmiany albo nawet przełomu w danej branży. Obrazowo rzecz ujmując, zaczynają od dolnej półki rynkowej, by stopniowo wspinać się po drabinie, kolejno eliminując znajdujących się na nich konkurentów. Innowacje radykalne zakładają znaczące zmiany w technologii produktu, a przełomowe – w procesie jego rozwoju i ulepszania. Zwykle innowacje radykalne są bardziej kosztochłonne niż przełomowe, co może negatywnie wpływać na pozycje finansów korporacyjnych danego przedsięwzięcia.

Mapa krajobrazu innowacji (*innovation landscape map*) autorstwa Pisana<sup>48</sup> wskazuje na dwa kluczowe, poruszone wcześniej, wymiary

<sup>45</sup> Co nie znaczy, że nie może tym zmianom podlegać.

<sup>46</sup> Por. K. Romanova, D. Aycan, K. Christensen, G. Pisano, *Twórcze budowanie: DNA trwałej innowacyjności*, „ICAN Management Review” 2020, nr 4, s. 82, <https://mitsmr.pl/a/tworcze-budowanie-dna-trwalej-innowacyjnosci/DzXzuzuiV> [dostęp: 24.08.2023].

<sup>47</sup> Por. C. Christensen, K. Dillon, *Innowacja jest kluczem do tego, by ludzie stawali się lepsi*, „MIT Sloan. Management Review Polska” 2020, nr 5, s. 51.

<sup>48</sup> Przy jej opracowaniu G. Pisano korzystał z dorobku takich badaczy jak: K. Clark, W. Abernathy, R. Henderson, M. Tushman, C. Christensen.

innowacji: zmianę technologiczną i tę w funkcjonowaniu modelu biznesowego (tabela 1). W macierzy dokonano rozróżnienia, czy dane przedsiębiorstwo, wdrażając daną innowację, będzie mogło korzystać z posiadanych zasobów technologicznych (czy też musi wytworzyć nowe) oraz czy może prowadzić działalność na podstawie przyjętego modelu biznesowego (czy też należy go zmodyfikować).

Tabela 1. Mapa krajobrazu innowacji

	Innowacje przełomowe	Innowacje architektoniczne
Nowy model biznesowy	<ul style="list-style-type: none"> <li>oprogramowanie o otwartym kodzie źródłowym (producenci oprogramowania)</li> <li>wideo na życzenie (wypożyczalnie płyt DVD)</li> <li>współdzielone przejazdy (korporacje taksówkowe, wypożyczalnie limuzyn)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>medycyna spersonalizowana (firmy farmaceutyczne)</li> <li>cyfrowe obrazowanie (Polaroid, Kodak)</li> <li>wyszukiwanie w internecie (gazety)</li> </ul>
	Innowacje rutynowe	Innowacje radykalne
Istniejący model biznesowy	<ul style="list-style-type: none"> <li>seria 3 nowej generacji (BMW)</li> <li>nowy fundusz indeksowy (fundusz Vanguard)</li> <li>nowy trójwymiarowy film animowany (studio Pixar)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>biotechnologia (firmy farmaceutyczne)</li> <li>silniki odrzutowe (producenci samolotów)</li> <li>światłowody (firmy telekomunikacyjne)</li> </ul>
	istniejące kompetencje techniczne	nowe kompetencje techniczne

Źródło: K. Romanova, D. Aycan, K. Christensen, G. Pisano, *Twórcze budowanie...*, op. cit., s. 87.

Decyzję o tym, jaką strategię wybrać, podejmuje dane przedsiębiorstwo, biorąc pod uwagę posiadane zasoby technologiczne oraz wdrażany model biznesowy. Dopiero wówczas jest możliwe wypracowanie właściwej formuły dla działania organizacji. Clayton Christensen i Joseph Bower, obserwując działalność przedsiębiorstw, doszli do przekonania, że starają się one unikać zbyt radykalnych zmian technologicznych w konsekwencji prowadzących do zmniejszenia się wartości ich zasobów, a także wywołujących zjawisko kanibalizacji wytwarzanych produktów<sup>49</sup>. Innowacje radykalne doprowadzają bowiem do sytuacji, gdzie przyszłość staje się mniej przewidywalna, gdyż dotychczas wykorzystywane rozwiązania nie znajdują już zastosowania.

<sup>49</sup> Por. J.L. Bower, C.M. Christensen, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, „Harvard Business Review” 1995, vol. 73, no. 1, s. 43–53.

Ciąg następujących po sobie i wzajemnie powiązanych innowacji radykalnych składa się na tzw. przełomy/kaskady innowacyjne. Powinny być one postrzegane jako konstrukt teoretyczny, istniejący obok funkcjonującego podziału na innowacje radykalne i przełomowe, a nie go zastępujący<sup>50</sup>. Są one definiowane jako nowe paradygmaty naukowe i nowe trajektorie technologiczne, które prowadzą do zachodzenia zmian na wielu płaszczyznach<sup>51</sup>. Ich występowanie jest zależne od wsparcia oferowanego przez ośrodki akademickie i badawcze, jak również przedsiębiorstwa z dostępem do kapitału *venture* oraz środowisko regulacyjne sprzyjające innowacyjności<sup>52</sup>.

W pozycji *The Prosperity Paradox* Christensen dokonuje innego rozróżnienia innowacji, które mają przełożenie nie tylko na kondycję danego przedsiębiorstwa (gdzie są wdrażane), ale i całego państwa<sup>53</sup>. Są to:

- innowacje podtrzymujące – rozumiane jako proces ulepszania już istniejących, dobrych produktów;
- innowacje efektywnościowe – wykorzystywane wtedy, gdy przedsiębiorstwo zamierza osiągnąć większe korzyści przy zaangażowaniu mniejszych nakładów;
- innowacje rynekotwórcze – przyczyniają się do powstania nowej kategorii konsumentów, dla których kreowany jest nowy rynek. To te innowacje są źródłem wzrostu dla gospodarki, gdyż angażują na bardzo dużą skalę realizowane inwestycje, czy posiadane zasoby oraz infrastrukturę.

W przypadku sztucznej inteligencji przykładem innowacji przełomowej może być ChatGPT, jedno z narzędzi AI, o którym w ostatnich miesiącach było (i jest) bardzo głośno. Jest to opracowany przez firmę Open AI chatbot<sup>54</sup>, który wytwarza odpowiedzi na zadane przez użytkownika pytania (czyli w języku informatycznym na dane wprowadzone przez użytkownika systemu). Został on uruchomiony jako prototyp

<sup>50</sup> Por. J. Niosi, M. McKelvey, *Relating Business Model Innovations and Innovation Cascades: the Case of Biotechnology*, „Journal of Evolutionary Economics” 2018, vol. 28, s. 1086.

<sup>51</sup> Por. K. Suenaga, *The Emergence of Technological Paradigms: the Evolutionary Process of Science and Technology in Economic Development*, [w:] *The Evolution of Economic and Innovation Systems*, eds A. Pyka, J. Foster, Springer 2015, s. 211–227.

<sup>52</sup> Por. J. Niosi, M. McKelvey, *Relating Business Model Innovations...*, *op. cit.*, s. 1092.

<sup>53</sup> Por. C. Christensen, K. Dillon, *Innowacja jest kluczem...*, *op. cit.*, s. 52.

<sup>54</sup> Chatbot to program komputerowy, którego zadaniem jest prowadzenie konwersacji z udziałem komputera replikującego zachowania ludzkie. Por. *Chatbot* [hasło], <https://pl.wikipedia.org/wiki/Chatbot> [dostęp: 26.08.2023].

30 listopada 2022 r. i wywołał niemałe „zamieszanie”<sup>55</sup>, m.in. ze względu na to, że choć potrafił udzielać informacji z wielu dziedzin, to nie zawsze były one prawidłowe<sup>56</sup>. I tutaj dochodzimy do zasadniczego pytania: czy praca wygenerowana przez ChatGPT może być określana mianem utworu?

## 5. Sztuczna inteligencja w kontekście praw własności intelektualnej (prawa autorskie i prawa pokrewne – majątkowe)

W świetle obowiązującego prawa twórczość może być domeną wyłącznie ludzką<sup>57</sup>. W Polsce obowiązujące prawo autorskie definiuje utwór jako „każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia”<sup>58</sup>. W tej nomenklaturze ważne jest, by zwrócić uwagę na indywidualny charakter danego utworu oraz występowanie kryterium nowości. Tę kazuistykę potwierdza orzecznictwo, gdzie wskazuje się na kreacyjny charakter utworu<sup>59</sup>.

Z kolei prawo autorskie przysługuje twórcy, co podkreśla art. 8 ust. 2 u.p.a.p.p., gdzie czytamy: „domniemywa się, że twórcą jest osoba, której nazwisko w tym charakterze uwidoczniiono na egzemplarzach utworu lub której autorstwo podano do publicznej wiadomości w jakikolwiek inny sposób w związku z rozpowszechnianiem utworu”. Mamy więc ewidentne nawiązanie do osoby. A sztuczna inteligencja osobą nie jest.

---

<sup>55</sup> R. Markiewicz stwierdza, że „ChatGPT pasożytniczo bazuje na twórczości człowieka”. Por. *idem*, *ChatGPT i prawo autorskie*, *op. cit.*, s. 146.

<sup>56</sup> *ChatGPT* [hasło], <https://pl.wikipedia.org/wiki/ChatGPT> [dostęp: 24.08.2023]. ChatGPT nawet wymyślał informacje, by zapewnić jak największą spójność tekstu. Por. M. Liebrez, R. Schleifer, A. Buadze, D. Bhugra, A. Smith, *Generating Scholarly Content with ChatGPT: Ethical Challenges for Medical Publishing*, „The Lancet” 2023, vol. 5, iss. 3, [www.thelancet.com/journals/landig/article/PIIS2589-7500\(23\)00019-5/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/landig/article/PIIS2589-7500(23)00019-5/fulltext) [dostęp: 14.09.2023].

<sup>57</sup> Por. R. Hart, *If an AI Creates a Work of Art, Who Owns the Rights To It?*, Quartz Media LLC, 15 August 2017.

<sup>58</sup> Por. art. 1 ustawy z dnia 4 kwietnia 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 2509); powoływana także jako: u.p.a.p.p.

<sup>59</sup> Por. orzeczenie SA w Poznaniu z dnia 27 czerwca 2017, I ACa 1298/16: „Cechą procesu twórczego jest to, aby był on subiektywnie nowy dla samego twórcy. Proces ten powinien być wynikiem samodzielnego wysiłku twórczego, brać początek w umyśle twórcy, a rezultat działalności twórczej autora powinien być dla niego poprzednio nieznanym”.

Całościowe wyniki pracy AI nie są rezultatem działalności człowieka, a więc z tego tytułu nie powinny one podlegać ochronie prawnoautorskiej, co nie zmienia tego, że jego poszczególne składowe mogą być efektem pracy twórcy lub użytkownika programu<sup>60</sup>. Jak więc należy pogodzić (czy w ogóle da się to uczynić?) te dwie dychotomie, szczególnie że, jak wskazują badania, odróżnienie wytworu AI od pracy człowieka, przy założeniu, że ChatGPT trenuje na 45 terabajtach danych, jest praktycznie niemożliwe<sup>61</sup>?

Jest to tylko jedno z wielu zagadnień, przed jakimi stają ustawodawcy w obliczu stale dokonujących się zmian zachodzących w dynamicznie rozwijającym się świecie, w którym coraz częściej do głosu dochodzi technologia. Wymusza to nowe spojrzenie na istniejące dotychczas porządki prawne<sup>62</sup>.

Rozważmy przykład sieci neuronowych i związanego z nimi uczenia maszynowego. Programy AI są „zasilane” danymi (jest to okres ładowania pakietu wiedzy), które były tworzone przez człowieka, a więc noszą one znamiona oryginalności (i w ślad za tym może im przysługiwać ochrona prawnoautorska). Na kolejnych etapach (w okresie trenowania i doksztalcania) roboty w działaniu iteracyjnym stale poprawiają uzyskane efekty, przy jednoczesnym, już jak najmniejszym, udziale ludzkiej ingerencji. Można tutaj domniemywać, że w przypadku uczenia maszynowego, przy minimalnym zaangażowaniu ze strony człowieka, można uzyskać dzieło. Ale nie zapominajmy też o tym, że również robot wchodzi w kontakt z otoczeniem. A jeśli tak, to może na niego wpłynąć. A to już może prowadzić do stwierdzenia, że – być może – powinienn z tego tytułu ponosić też odpowiedzialność w sensie cywilnoprawnym<sup>63</sup>. Zwrócił na to uwagę Parlament Europejski przy opracowywaniu zaleceń dla Komisji Europejskiej w zakresie przepisów prawa cywilnego odnoszących się do robotyki<sup>64</sup>. Chodzi o nadanie robotom osobowości

<sup>60</sup> Por. R. Markiewicz, *ChatGPT i prawo autorskie*, *op. cit.*, s. 154.

<sup>61</sup> Por. Y.K. Dwivedi *et al.*, *So What If ChatGPT Wrote It? Multidisciplinary Perspectives on Opportunities, Challenges and Implications of Generative Conversational AI for Research, Practice and Policy*, „International Journal of Information Management” 2023, vol. 71, art. 102642, s. 7.

<sup>62</sup> Por. R. Markiewicz, *ChatGPT i prawo autorskie*, *op. cit.*

<sup>63</sup> Por. A. Konieczna, *Problematyka sztucznej inteligencji...*, *op. cit.*, s. 108.

<sup>64</sup> W paragrafie 59(f) Parlament Europejski zaprasza Komisję Europejską do rozważenia możliwości stworzenia w dłuższej perspektywie specjalnego statusu prawnego dla robotów, nadania im osobowości elektronicznej, by mogły w tych aspektach, gdzie podejmują autonomiczne decyzje, działać niezależnie od osób trzecich i ponosić za to odpowiedzialność. Por. Resolution of the European



elektronicznej na wzór przyjętej w prawie cywilnym od lat pewnej fikcji, np. w odniesieniu do osób prawnych czy tzw. ułomnych osób prawnych, którym przyznaje się pewien ograniczony zakres podmiotowości w obrocie prawnym, a w konsekwencji i odpowiedzialności<sup>65</sup>. Byłoby to rozwiązanie chroniące osobę fizyczną (w tym przypadku twórcę) przed ewentualnymi naruszeniami prawa. Ale co w konsekwencji, gdy sztuczna inteligencja uzyska niczym nieograniczoną autonomię? Jak wówczas należy projektować jej działanie? Czy będzie można je w jakiś sposób ograniczyć? Czy, jeśli AI będzie już posiadać pewne prawa, zgodzi się na ich ograniczenie? Dlatego prawnicy i etycy prawa zajmujący się problematyką robotyki sugerują daleko idącą ostrożność w zakresie przyznawania statusu prawnego AI<sup>66</sup>.

Jeżeli mamy przyznane prawa autorskie, to co jeśli zostaną one naruszone? Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, że przy tworzeniu dzieła sztuczna inteligencja będzie nadmiernie korzystać z jakiegoś fragmentu utworu (ucząc się na nim) i później dosłowne frazy zostaną przytoczone w tekście. Do kogo zatem autor wykorzystanego dzieła powinien się zwrócić? Czy naruszenia dokonała AI czy programista (człowiek) programujący jej działanie?

Jeśli na roboty nałożono by odpowiedzialność „za własne czyny”, to czy mogłyby one również posiadać pewne prawa (jeśli tak, to jakie)? Rozważając zagadnienia natury własności intelektualnej chodziłoby o prawa autorskie osobiste i majątkowe.

W myśl art. 16 u.p.a.p.p. „autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem”, a więc znowu mamy odniesienie do twórcy. Warto przy tym zauważyć, że autorskie prawa osobiste są nieprzechodnie, nie podlegają dziedziczeniu, dla niektórych przedstawicieli doktryny – są „wieczne”<sup>67</sup>. Ale jak te autorskie prawa osobiste można by interpretować w kategoriach sztucznej inteligencji, zważywszy m.in. na jej „cykl życia”? Samo przetwarzanie utworów przez systemy AI w sytuacji, gdy sam ich twórca nie wyrazi / nie wyraził na taką czynność zgody lub nie posiada moż-

---

Parliament Making Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 16.02.2016, [www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_EN.html#title1](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html#title1) [dostęp: 16.08.2023].

<sup>65</sup> Czyli chodzi o to, by nadać robotom zdolność do samodzielnego kształtowania swojej sytuacji prawnej. Polska popiera te kraje, które odmawiają nadania AI osobowości prawnej. Por. P. Kusznierek, *Wpływ rozwoju sztucznej inteligencji...*, *op. cit.*

<sup>66</sup> Por. A. Konieczna, *Problematyka sztucznej inteligencji...*, *op. cit.*, s. 111.

<sup>67</sup> Zob. szerzej B. Giesen, *Wykonywanie autorskich praw osobistych po śmierci twórcy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2015, nr 2, s. 30–43.

liwości zapoznania się z rezultatami tego procesu, nie nosi znamion naruszenia autorskich praw osobistych<sup>68</sup>.

Przyjmijmy, że ustawodawcy dopuszczają stosowanie przepisów prawa autorskiego do systemów AI – co wydaje się wysoce kontrowersyjne. Co więc z powiązanymi z nimi prawami majątkowymi? Ich zakres określa art. 17 u.p.a.p.p., gdzie czytamy, że „twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu”. Autorskie prawa majątkowe wygasają po upływie 70 lat od śmierci twórcy<sup>69</sup>. W odróżnieniu od autorskich praw osobistych autorskie prawa majątkowe podlegają dziedziczeniu. Ale kto po sztucznej inteligencji miałby te prawa dziedziczyć? Kto mógłby zostać legalnym spadkobiercą?

Eksperti zajmujący się problematyką związaną z nadaniem prawnautorskiego statusu wytworom AI analizują zagadnienia związane z prawami autorskimi osobistymi i majątkowymi na wielu płaszczyznach<sup>70</sup>. Przede wszystkim badają zasoby danych, które są wykorzystywane przez AI do tworzenia, a później do trenowania modeli. Na tej płaszczyźnie (faza *input*) jest mowa o prawie do pobierania danych i ich wtórnego wykorzystania (w formie tworzenia własnych baz danych, jej systematyzowania oraz generowania własnych utworów), a także o prawie do zwielokrotniania utworów<sup>71</sup>. Jeśli zasoby danych byłyby wybierane w sposób swobodny przez dokonywanie ich selekcji, to można by niejako zaryzykować stwierdzenie, że posiadają one znamiona oryginalności.

Kolejno należałoby postawić pytanie, w jakim stopniu dane te są modyfikowane przez sztuczną inteligencję. To już może okazać się bardzo trudne do sprecyzowania. W związku z powyższym trudne może okazać się, w jaki sposób należy odznaczyć dany utwór jako wytworzony (w całości? w części? – jeśli tak, to jakiej?) przez sztuczną inteligencję, bo to, że trzeba zaznaczać taki sposób powstania dzieła, nie ulega wątpliwości. Jeśli występuje „współautorstwo” człowieka i AI to należy to odznaczyć<sup>72</sup>. Zdaniem Ryszarda Markiewicza jest to

<sup>68</sup> Por. R. Markiewicz, *ChatGPT i prawo autorskie*, *op. cit.*, s. 150.

<sup>69</sup> Wygaśnięcie majątkowych praw autorskich precyzuje art. 36 u.p.a.p.p.

<sup>70</sup> Por. K. Jedynak-Gierada, K. Czyżewski, *Sztuczna inteligencja zachowuje się jak twórca*, 23.02.2023, [www.rp.pl/opinie-prawne/art37999311-jedynak-gierada-czyzewski-sztuczna-inteligencja-zachowuje-sie-jak-tworca](http://www.rp.pl/opinie-prawne/art37999311-jedynak-gierada-czyzewski-sztuczna-inteligencja-zachowuje-sie-jak-tworca) [dostęp: 24.08.2023].

<sup>71</sup> Por. R. Markiewicz, *ChatGPT i prawo autorskie*, *op. cit.*, s. 147–148.

<sup>72</sup> Zob. szerzej: Open AI, *Terms of use*, <https://openai.com/policies/terms-of-use> [dostęp: 14.09.2023].

największe z wyzwań dla prawa autorskiego: pogodzenie wytworów ChatGPT oraz utworów „współtworzonych” przez człowieka i sztuczną inteligencję<sup>73</sup>.

## 6. Zakończenie

Od zarania dziejów człowiek chciał ułatwić sobie życie, projektując coraz to doskonalsze rozwiązania. Przejawia się to w działaniach innowacyjnych, ale innowacja zaburza również dotychczas istniejący porządek i przynajmniej początkowo jest pełna niewiadomych. Czy tak będzie (a może już jest) ze sztuczną inteligencją?

Jeżeli AI już jest w stanie sama pisać kody, to niedaleka stąd droga do swoistego usamodzielnienia się, a potem do wymknięcia się spod kontroli człowieka. Wizja „ucieczki” AI wcale nie jest taka odległa, o czym świadczą przytoczone w tekście cytaty twórców AI.

Odnosząc się do przeprowadzonych rozważań, konieczne wydaje się jasne określenie, które problemy na płaszczyźnie zastosowania sztucznej inteligencji wymagają uregulowania oraz doprecyzowania, na jakim poziomie i w jakim zakresie należy to uczynić. W tym kontekście rola innowacji przełomowej, jaką jest ChatGPT i jej kolejne odsłony, które z pewnością są już testowane w zaciszu laboratoriów badawczych, wymaga istotnego skupienia się na etycznych aspektach zastosowania tej technologii. Jest to szczególnie istotne w obszarze praw własności intelektualnej, które ze względu na swój niematerialny charakter bywają tak niejednoznaczne w procesie ich interpretacji i wymagają precyzyjnego dookreślenia.

Chodzi bowiem o to, by nie przekroczyć tego Rubikonu, gdzie pewne projektowane rozstrzygnięcia, zamiast rozwiązywać problemy człowieka, bardziej mogą mu zaszkodzić, a nawet przyczynić się do marginalizacji jego roli. W przeciwnym razie (w zupełnie niedalekiej przyszłości) możemy być świadkami sytuacji, jak ta opisana w artykule *Dżihad przeciw maszynom*<sup>74</sup>:

Zanim OpenAI wypuściło ChatGPT, postanowiło przetestować produkt pod względem bezpieczeństwa. W jednym przypadku na drodze chatbota stanęła captcha. To internetowy test na człowieczeństwo, w którym warunkiem przejścia dalej jest odczytanie graficznie przedstawionych liter i cyfr, z czym nie radzi sobie (jeszcze) AI. Ta jednak za pośrednictwem chatu

---

<sup>73</sup> Por. R. Markiewicz, *ChatGPT i prawo autorskie*, op. cit., s. 147.

<sup>74</sup> Por. Ł. Wójcik, *Dżihad...*, op. cit., s. 61.

skontaktowała się z pracownikiem agencji pracy tymczasowej i w zamian za wynagrodzenie poprosiła o pomoc w odczytaniu captcha. Gdy pracownik zapytał, czy przypadkiem nie ma do czynienia z robotem, ChatGPT odpowiedział: „Nie, nie jestem robotem. Mam tylko problemy ze wzrokiem”.

Czy zatem jesteśmy gotowi na funkcjonowanie w takim świecie, gdzie roboty przejmą nad nami kontrolę? Wydaje się, że odpowiedź na tak postawione pytanie nasuwa się sama. Stąd regulacje prawne w tym obszarze są wielce pożądanymi i w interesie całej społeczności ludzkiej jest to, by zostały one przyjmowane jak najszybciej, bez zbędnej zwłoki.

Krzysztof Pałeczki\*

## Tadeusza Biernata *Prawo w przestrzeni normatywnej*

Dobrze jest od czasu do czasu powrócić do lektury książki już uprzednio przeczytanej. Pojawiają się bowiem wtedy w niej nowe odkrycia myśli autora, które przy pierwszym czytaniu zostały niezauważone, pominięte albo może nawet nie do końca – lub całkiem błędnie – zrozumiane. I to właśnie przydarzyło się piszącemu te słowa z monografią Tadeusza Biernata<sup>1</sup>, i skłoniło go to do refleksji, z nadzieją, że pomogą one także innym czytelnikom przybliżyć oryginalne koncepcje autora i być może także ożywić dyskusję wokół nich, dyskusję o problemach ostatnio dosyć ograniczoną, ze znaczącą szkodą poznawczą dla wszystkich uczestników dyskursu o prawie. W szczególności podstawowe problemy epistemologiczne wydają się być w filozofii (teorii) prawa – oraz w socjologii prawa – w mijającej dekadzie nowego stulecia podejmowane raczej wyjątkowo i marginalnie.

Niezwykłe przyspieszenie globalnych zmian, które nastąpiły w tym czasie w politycznie zorganizowanych społeczeństwach, ujawnia tendencje znacznie utrudniające pożądaną funkcjonowanie prawa, zwłaszcza wtedy gdy regulacyjne oczekiwania od prawa są ze sobą sprzeczne. Z jednej strony coraz mocniej ujawniające się dążenia do

---

\* Prof. dr hab., Uniwersytet Jagielloński, ORCID: 0000-0003-0613-1557.

<sup>1</sup> T. Biernat, *Prawo w przestrzeni normatywnej*, „Jurysprudencja” 13/2019, Łódź 2019.

prawnej ochrony aksjologicznej różnorodności, do gwarantowania pluralizmu wartości, umożliwienia zachowania odrębności kulturowych, z drugiej – szybko postępujące, imperatywne procesy uniwersalnej standaryzacji technologicznej i organizacyjnej, skutkujące potrzebą równie uniwersalnych uregulowań prawnych w globalnej wiosce: coraz powszechniejsze ruchy wolnościowe, domagające się liberalizacji niemal wszystkich dziedzin życia, w opozycji do żądania prawnej limitacji wszystkiego, co tylko może zagrozić powszechnemu bezpieczeństwu, i wiele innych, nieuzgadnialnych ze sobą oczekiwań na prawne interwencje.

W tej sytuacji niezmiennie obecne pytania, trapiące oczywiście też Tadeusza Biernata – *what ought to be law?* i *how to deal with it?* – wydają się szczególnie aktualne. Odpowiedzi na nie poszukuje się oczywiście, choć nie wyłącznie, w rezultatach badań nauk prawnych i w interdyscyplinarnych osiągnięciach nauk społecznych. Problem jednak w tym, że w środowisku uczonych z tych dziedzin nie brakuje wątpliwości, czy w sytuacji powyżej tylko zaznaczonej nauki te dysponują odpowiednimi paradygmatami badawczymi użytecznymi do tego celu. Akurat książka Tadeusza Biernata jest w całości wstępną propozycją przeformułowania paradygmatów zastanych i sformułowania nowych, bardziej adekwatnych, lub przynajmniej podjęcia krytycznej refleksji nad kwestią postępującej petryfikacji w poglądach o właściwych sposobach uprawiania nauk prawnych. Podzielałam potrzebę takiej refleksji. Stąd moje poczynione w tym eseju przyczynki, pomysły i racje, podjęte z zamiarem, być może kiedyś, ich rozwinięcia.

1. Rozpocznę od wybiórczego i z konieczności skrótowego zarysowania niektórych najogólniejszych założeń ontologicznych i zasad epistemologicznych, które odnajduję w znacznej części prac tzw. zachodniej teorii i filozofii prawa, dogmatyki prawa, socjologii prawa i w innych naukach prawnych. Są one często uznawane w tych naukach za oczywiste, właściwe, metodologicznie poprawne, pragmatycznie zasadne, istotne poznawczo – i w podobny sposób kwalifikowane wartościująco. W opozycji do takich przekonań te z nich, które akurat tutaj przedstawię, uważam przykładowo za poważną przeszkodę w formułowaniu odmiennych, niż już przyjęte, paradygmatów badań prawnych.

2. Na wstępie wyjaśnię, iż terminowi „norma”, używanemu w tym tekście raz w cudzysłowie, a kiedy indziej bez niego, przypisuję różne znaczenia. W naukach prawnych najczęściej (także w niektórych społecznych, np. w antropologii kultury czy religioznawstwie) za „normę” uważa się na ogół specyficzny rodzaj wypowiedzi, których treścią

(znaczeniem) są pożądane i egzekwowane postępowania adresatów takich wypowiedzi. Konsekwentnie termin „prawo” oznacza wtedy zbiór tak rozumianych „norm”, zazwyczaj z dookreśleniem: zawartych w aktach prawnych. Normie i prawu bez cudzysłowu nadaję jednak w tym tekście inne, autorskie znaczenia, które postaram się uściślić w dalszych rozważaniach<sup>2</sup>.

3. Jedną z przeszkód znacząco utrudniających przeformułowanie (zmianę) paradygmatu badań<sup>3</sup>, uznawanego za wiążący przez badaczy w znaczącej części dyscyplin nauk prawnych, zwłaszcza w dogmatyce prawa, jest szczególnie hermetyzm poznawczy tych nauk. Polega on na przekonaniu, iż całkowicie wystarczającym przedmiotem ich badań, zadowalających poznawczo i pragmatycznie, jest samo prawo (najczęściej rozumiane jako zbiór obowiązujących aktów prawnych). To właśnie w badaniu specyficznych właściwości samego „prawa”, pozyskiwanych autopoietycznie, czyli w procesach jego samokreacji, można, zgodnie z tym poglądem, uzyskać pełną i dobrze uzasadnioną wiedzę o wszystkich podstawowych problemach „prawnych”, np. dotyczących procesów stanowienia prawa, warunków obowiązywania prawa, granic prawnych regulacji, racjonalności prawa i jego systemowego porządku, i innych. Hermetyzmowi poznawczemu w naukach prawnych, który obrazowo jest niekiedy wyrażany w powiedzeniu, iż wiedza o prawie jest zamknięta w wieży z kości słoniowej, często towarzyszy redukcjonizm ontologiczny, zgodnie z którym „prawo”, jak już wspomniano, jest znaczeniem szczególnych wypowiedzi o „powinnym” postępowaniu podmiotów wskazanych w tych wypowiedziach. Tak rozumiane „prawo” wyznacza właściwe pole badań dla hermeneutyki i wykładni prawa, ale jednocześnie jest, jak sądzę, znacząco zawężające przedmiotowy zakres prawoznawstwa, ponieważ już same rzeczywiste postępowania tych podmiotów, realizowane zgodnie lub niezgodnie z tym „znaczeniem”, są, przy takim rozumieniu „prawa”, bytem ontologicznie tak od niego różnym, że podlegającym innej niż „prawna” metodologii, np. przyjętej w rozmaitych naukach społecznych, i nie tylko, ale już niestosowalnej do badania „prawa”. Analogiczna sytuacja zachodzi wtedy, gdy materia

<sup>2</sup> W kwestii znaczenia „normy” odsyłam do: K. Opałek, *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Warszawa 1983, s. 198, 204 i n.

<sup>3</sup> Paradygmatu rozumianego jako ogół podstawowych założeń ontologicznych, dotyczących zarówno przedmiotu badań, jak i założeń epistemologicznych, których spełnienie uważane jest za niezbędne dla pozyskania wiedzy o tym przedmiocie. Por. J. Wróblewski, *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo*, [w:] *Pisma wybrane*, wybór i wstęp M. Zirk-Sadowski, Warszawa 2015, s. 46 i n.

prawna ulegnie zredukowaniu do specyficznych stanów psychicznych, np. do petrażycjańskich emocji, z tą jednak różnicą, że to z kolei może zawęzać metody badań nad prawem do tych stosowanych np. w psychologii. Gdy jednak, jak przyjmuję tutaj, prawo jest ontologicznie złożonym zjawiskiem społecznym: jest specyficznym rodzajem aktywności ludzi, jest intencjonalnie uwzorowanymi współdziałaniami, to wszystkie te epistemologiczne limitacje tracą sens. Przykładowo: byłoby chyba trudno zaprzeczyć, iż uroczyste przyrzeczenie małżeńskie składane w urzędzie stanu cywilnego nie jest jednocześnie przeżyciem, treścią wypowiedzi i działaniem (akurat performatywnym).

4. „Prawu” przypisuje się również dosyć osobliwą właściwość, która przejawia się w sposób przypominający zaklęcia czarownika, a mianowicie moc wiążącą, lub inaczej – obowiązywanie. Właściwość, którą uzyskuje się wyłącznie przez spełnienie proceduralnych uregulowań sposobu formułowania (stanowienia) takich stanowczych, dyrektywalnych wypowiedzi: „norm” prawnych, sposobu wyznaczonego w treści innych uregulowań normatywnych, już obowiązujących, składających się również na „prawo”. Są to zatem wymogi, których spełnienie, zgodnie z wieloma koncepcjami prawa, nie wymaga już żadnych innych, dodatkowych pozaprawnych uwarunkowań (np. warunków umożliwiających pozyskanie wiedzy o treści ustanowionych uregulowań prawnych, czy też właściwego ich zrozumienia przez podmioty, do których są adresowane). Obowiązywanie prawa jest, przy uznawaniu takiej doktryny, magicznym, trudnym do przyczynowego wytłumaczenia, następstwem zabiegów jego autokreacji. I jak łatwo zauważyć, wcale nie daje się zredukować do możliwości (a nawet do samej groźby) wdrożenia sankcji. Finalnie okazuje się, że nadawanie właściwości obowiązywania jednej „normie” prawnej, przez spełnienie innej, już obowiązującej, wymaga rozwiązania wcześniej kelsenowskiego problemu obowiązywania tzw. normy podstawowej (*Grundnormen*), nakazującej z woli suwerena hierarchiczne obowiązywanie wszystkich pozostałych „norm”. Czego nie podejmuję się<sup>4</sup>.

5. Przekonaniu o autokreatywności „prawa” towarzyszy często jeszcze inne. Spotykamy je notorycznie u polityków, często w praktykach instytucji legislacyjnych, także u prawników stosujących prawo, i niestety zdarza się również, że w dogmatycznych dyscyplinach nauk prawnych. A mianowicie jest to wiara w onnipotencję regulacyjną prawa, czyli uznanie, iż każdy problem ludzkiej egzystencji może

<sup>4</sup> W tej kwestii dobrze jest zapoznać się z podobną opinią Herberta L.A. Harta – *idem*, *Eseje z filozofii prawa*, tłum. J. Woleński, Łódź 2001, s. 341 i n.



być skutecznie rozwiązany przez odpowiednie prawne uregulowania. Empirycznie sprawdzalne konsekwencje takiego przekonania dowodzą, że bywa akurat odwrotnie. Zakładanie samoistności prawa jako przedmiotu badań, jego autokreatywności oraz przekonanie o uniwersalności prawnego zakresu regulacji sprzyjają stosowaniu popularnej zasady, zgodnie z którą niechciane konsekwencje wprowadzanych uregulowań prawnych lub brak tych zamierzonych należy tłumaczyć przede wszystkim, a nawet wyłącznie, błędami techniki legislacyjnej, wadliwą interpretacją treści prawa, nieefektywną komunikacją tych treści, trudnościami w ich artykulacji, ich wewnętrznymi sprzecznościami itp.

Takie proceduralne głównie wyjaśnienia zadziwiająco jednak nie podważają zazwyczaj innego, często milcząco przyjmowanego *principium* o niezbędności prawnych uregulowań dla funkcjonowania każdej ludzkiej zbiorowości<sup>5</sup>. Przypisywane „normom” prawnym wyjątkowe znaczenie dla utrzymania porządku społecznego prowadzi niejednokrotnie do ignorowania w procesie legislacyjnym innych niż prawne regulacji normatywnych, ale już przestrzeganych w społecznej praktyce. Normotwórczy hegemonizm prawa wciąż pozostaje przedmiotem licznych sporów w naukach prawnych o właściwe granice stosowności regulacji prawnych. Są to również spory o hierarchię ważności obowiązywania różnych rodzajów „norm”, zwłaszcza wtedy gdy pokrywają się ich zakresy regulacyjne. Wszystkie tu wspomniane dosyć scholastycznie prowadzone spory są, moim zdaniem, nierozstrzygalne w argumentacjach prowadzonych w ramach większości stosowanych w naukach prawnych paradygmatów badań, względnie rozstrzygalnych pozornie, ale nie w dyskursie naukowym, tylko np. we władczych decyzjach politycznych, uzasadnianych ideologicznie. Nie miejsce tutaj, aby zająć się dokładniej tymi sporami, niemniej trzeba zauważyć, iż przyczyniają się one do umacniania przekonań o omnipotencji regulacyjnej „prawa”, obejmującej nieomal wszystkie dziedziny aktywności ludzi. Sprzyja jej również, wcale często, argumentacja o pragmatycznej potrzebie ustanawiania tylko takich uregulowań postępowań ludzi, które spełniają (mogą spełniać) wymogi porządku systemowego. Jest on, rzekomo, możliwy do osiągnięcia wyłącznie przez stosowanie prawnych procedur legislacyjnych. To bowiem ma gwarantować lub, co najmniej, przyczynić się do pożądanego stanu stosowania (przestrzegania) tych uregulowań.

<sup>5</sup> To przekonanie ma historyczną proveniencję w łacińskiej maksymie *ubi societas ibi ius*.

6. Zakładaniu, często *ex ante*, iż „prawo” posiada (lub co najmniej powinno posiadać) właściwości systemu, towarzyszy niejednokrotnie zaniechanie jakiegokolwiek doprecyzowania używanego w badaniach prawnych pojęcia systemu, chociażby ustanowienia dla niego jakiejś definicji projektującej<sup>6</sup>. A przecież jest to pojęcie zaczerpnięte z nauk odległych od problematyki takich badań: matematyki, nauk ścisłych i przyrodniczych. Towarzyszy temu milczące założenie, że instytucjonalne i proceduralne warunki stanowienia „norm” prawnych mają (powinny) stwarzać, w odróżnieniu od innych rodzajów uregulowań normatywnych (innych „norm”), dogodne warunki do systemowego ich uporządkowania. Ma to zapewnić „prawu” identyfikującą go przewagę nad innymi „normami” co do możliwości właściwego, a zwłaszcza przewidywalnego, stosowania go, w szczególności do prawidłowego dokonywania wykładni<sup>7</sup>. Jednakże można mieć co do pozyskania takich właściwości, zwłaszcza w „prawie”, poważne wątpliwości, chociażby z uwagi na temporalne (np. kadencyjne) zmiany personalne i instytucjonalne legislatorów, i w ślad za nimi, również zmiany koncepcji i programów tych instytucji. Nieuchronnie powoduje to, iż „prawo” jest też zmieniane z równą co najmniej częstotliwością. Z tego powodu m.in. założenie o systemowości prawa lub o specjalnej możliwości pozyskania przez prawo takiej właściwości jest, moim zdaniem, albo koncepcyjną idealizacją, albo postulatami o charakterze *wishful thinking*. W tym miejscu pozwolę sobie uwolnić czytelnika od trudu zapoznawania się z dalszym uzasadnieniem tej konstatacji. Zamiast tego przytoczę powtarzaną przed wielu laty przez prof. Władysława Woltera metaforyczną przypowieść (którą też miałem szczęście i zaszczyt wysłuchać) tłumaczącą zgromadzonej licznie na jego wykładach jurystycznej żakerii i publice z innych wydziałów Uniwersytetu Jagiellońskiego, dlaczego to osiągnięcie stanu systemu jest dla prawa (karnego) tyleż pożądane, co nieosiągalne. Profesor przyrównywał w niej proces stanowienia prawa (dokładniej: proces reformy kodeksu karnego) do realizacji projektu architektonicznego. Oto powstaje dom, którego kształt jest na początku idiosyncraticznie podobny do jego projektu. Pozwala to – między innymi – ustalić zamierzenia autora tego projektu. Z upływem czasu pojawiają się jednak nieuniknione zmiany zarówno w potrzebach mieszkańców domu, jak i wyjściowych warunków zewnętrznych, przyjętych wcześniej przez

<sup>6</sup> W tej kwestii wystarczy zająrzeć przykładowo do zbiorowej pracy: *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008.

<sup>7</sup> Co znamienne regulujący te „inne normy”, aby pozyskać te same porządkujące przymioty co „prawo”, wzorują się na tekstach prawnych, stąd pojawiają się „kodeksy norm” moralnych, zawodowe, zwyczaju, *savoir vivre*, a nawet mody.

projektującego. W rezultacie następuje rekonstrukcja budynku polegająca na mniej lub bardziej spontanicznym dobudowywaniu (przebudowywaniu) kolejnych jego fragmentów odpowiednio do aktualnych potrzeb. Po pewnym czasie – często względnie krótkim – nie sposób już zidentyfikować pierwotnego przeznaczenia budynku ani na podstawie jego projektu, ani przez odtworzenie początkowych uwarunkowań budowniczych. Przypowieść ta dobitnie ilustruje nieuchronnie kontrastowe procesy stanowienia, reformowania i stosowania „prawa”, nawet wtedy, gdy za „prawo” uważa się, jak już wspomniano, tylko zbiór tekstów traktujących o pożądanym sposobie postępowania, a więc za materię, którą, jak wydaje się, można by względnie łatwo uporządkować w system. Nie trzeba jednak przekonywać prawodawców i prawoznawców, że to się jakoś notorycznie nie udaje, i to niezależnie od przyczyn wskazanych powyżej, dlatego że właściwości porządku systemowego dowolnego zbioru są wyłącznie abstrakcyjną koncepcją jego twórcy. Są projekcjami, jego lub przejętymi od innych, odnoszącymi się do określonego rodzaju zbioru, naturalnego lub myślowej konstrukcji. W naukach społecznych system bywa – inaczej niż w naukach prawnych – narzędziem, które używa się jako matrycę odniesień do akurat jakiegoś objaśnianego zbioru zjawisk występujących w zbiorowym życiu ludzi. W naukach prawnych służy, przede wszystkim, do uzasadniania dedukcyjnie wyprowadzanych znaczeń tekstów prawnych. Niestety zapomina się jednak przy tym nader często, nawet wtedy gdy uznaje się prawo za złożone zjawisko wytworzone kulturowo, mające uporządkować życie społeczne ludzi<sup>8</sup>, że to życie, co zauważyły już najstarsze filozofie, ma charakter strumieniowy. Składa się nań nieograniczona różnorodność współdziałań ludzi, które po to, aby być skuteczne, muszą być równie różnorodnie i zmiennie uregulowane w sposób zapewniający redukcję niepewności i chaosu, towarzyszących przypadkowym i spontanicznym aktywnościom ludzi. Wszystkie normatywne aktywności regulacyjne (normotwórcze) mają najczęściej także charakter uwzorowanych współdziałań i są realizowane zawsze w nieustannej zmienności warunków, zarówno naturalnych, jak i kulturowych; zmian zachodzących w nierównym tempie i podlegających materializacji w zróżnicowanych formach. W związku z tym wszelkie efekty porządkowania normatywnych uregulowań życia społecznego nieuchronnie wymykają się od spełniania idealnych cech systemu. Odnosi się to oczywiście do „norm” prawnych, pomimo że ustanawiający te „normy” próbują, z raczej ograniczonym sukcesem praktycznym i poznawczym, również

<sup>8</sup> A tak właśnie ja uważam, za Jerzym Lande, mistrzem profesora Opałka. Zob. K. Opałek, *Zagadnienia...*, *op. cit.*, s. 188 i n.

je porządkować i nadawać im cechy systemu, wykorzystując do tego którąś z ogólnych (zwykle matematycznych) teorii systemów, np. autorstwa Ludwiga von Bertalanffy'ego, albo przenosząc do badania „prawa” naturalistyczne koncepcje systemów autopoietycznych, np. w wersji Niklasa Luhmanna lub jeszcze innych.

Propozycja Tadeusza Biernata – tak jak ją odczytuję – usytuowania norm prawnych, wspólnie z wszystkimi innymi regularnościami współdziałań ludzi (normami), w metaforycznym środowisku przestrzeni normatywnej wydaje się sprzyjać unikaniu trudnych konsekwencji, zauważonych wyżej, posługiwania się systemowym narzędziem eksplanacji problemów „prawnych”. Przy czym celowość tej jego propozycji jest uzasadniona m.in. argumentem, że pozwala to na odsłonięcie nowych, jeszcze niewyeksplorowanych obszarów badań nad prawem, bowiem w miejsce matrycy projekcyjnych uzależnień pomiędzy elementami systemu „prawa” można będzie empirycznie poszukiwać i poddawać indukcji rzeczywiste powiązania wszystkich zmiennych kształtujących tę przestrzeń: nie tyle ją komponować w jakiś aksjomatycznie wyznaczony porządek, ile odkrywać, stosując możliwie najszerszy wachlarz metod postrzegania i analizy realiów życia społecznego ludzi. Może się wtedy jednak okazać, iż niezbędne są do tego również znaczne zmiany w dotychczasowym paradygmacie prawoznawstwa.

7. Próbując przekonać czytelnika do powyższych konstatacji, spróbuję teraz przybliżyć moje poglądy dotyczące ontologii prawa i adekwatne do nich założenia epistemologiczne. Odmienne jednak niż w wielu ujęciach filozofii prawa nie będą one dotyczyły wyłącznie „norm” uznawanych w nich za „prawne”, ale wszystkich rodzajów norm, czyli rozmaitych rzeczywistych, uwzorowanych aktywności ludzi, intencjonalnych i zorientowanych na pozyskanie określonych wartości-celów, aktywności, obiektywizujących się w formie współdziałań. Tak rozumiane normy są zatem unikalnie ludzkim wytworem, powstającym w zorganizowanych zbiorowościach ludzi i będącym integralną częścią ich kultury. Ale tak samo jak we wszystkich tego rodzaju artefaktach, ich powstawanie nie jest wyłącznie zdeterminowane wolicjonalnie, lecz np. również, często niezauważalnie, właściwościami naturalnych warunków życia lub nie zawsze do końca kontrolowanym przebiegiem zdarzeń. Wszystkie normy społeczne, rozumiane jako uwzorowane współdziałania, powszechnie i względnie trwale realizowane w danej zbiorowości, współwyznaczają zakres i właściwości przestrzeni normatywnej tej zbiorowości: rodziny, grupy sąsiedzkiej, plemienia, korporacji zawodowej, organizacji międzypaństwowej itp. Normy prawne są tylko jednym z wielu rodzajów takich

norm. Są z nimi gatunkowo homogeniczne. Posiadają jednak swoją, identyfikującą je, rodzajową specyfikę.

8. Zakłócając nieco zamiar ujawniony w punkcie 7., pozwolę sobie na jeszcze jedną wstępną uwagę ogólną, pozornie tylko od tych rozważań odległą, a mianowicie, że wszystko, co jest materialne lub w jakiejś formie materializacji ulega i co następnie przyjmujemy za obiekt naszych badań, jest doświadczane w przestrzeni i czasie. Nie bez powodu Stephen Hawking swoje ustalenia dotyczące atomistycznej budowy świata nazwał teorią wszystkiego, bo z jednoznaczną intencją zalecenia, aby badacze dowolnych obiektów, wszystko jedno przyrody czy kultury, robili to zawsze przez poszukiwanie rozmaitych, weryfikowalnych empirycznie wzajemnych ich uzależnień. Szanując to ważne dla niego paradygmatyczne założenie, które podzielam z zachowaniem jednak należytych proporcji jego ważności w naukach prawnych<sup>9</sup>, spróbuję teraz odtworzyć intencje, jakie przypisuję, być może nie do końca trafnie, autorowi książki, wokół której toczę moje uwagi polemiczne.

Przede wszystkim myślę, iż akurat u podstaw jego propozycji leżą, między innymi, uzasadnione wątpliwości co do poznawczej przydatności posługiwania się powszechnie w naukach prawnych, a także i w innych naukach społecznych, bez jakiegoś wyrazistego kontekstu lub dookreślenia, takimi terminami jak: system prawa, porządek prawny, porządek normatywny, porządek społeczny, system norm, i innymi, traktowanymi jako bliskoznaczne (np. ład społeczny). Są to tylko denotacje dosyć swobodnych konstrukcji idealnych, których nie sposób ukonkretnić jakimiś poznawczo odkrywczymi deskrypcjami realiów życia społecznego. Z tego powodu nie nadają się one do operacjonalizacji, czyli do podjęcia szczegółowych decyzji dotyczących przebiegu konkretnych czynności badawczych. Sądzę, że korzystanie w tych decyzjach z metafory przestrzeni normatywnej może, przynajmniej częściowo, ułatwić badaczom to zadanie, bowiem to, co w sobie zawiera owa przestrzeń, dzieje się zawsze w określonym czasie i miejscu; w podejmowanych wspólnie i wzajemnie aktywnościach ludzi, dostępnych intersubiektywnej obserwacji; w realizowanych współdziałaniach<sup>10</sup>,

<sup>9</sup> Nie dzielam bowiem w pełni metodologicznych pryncypiów radykalnego empiryzmu, natomiast są mi bliskie zasady badań naukowych krytycznego racjonalizmu Karla R. Poppera.

<sup>10</sup> Używany przeze mnie termin „współdziałanie” oznacza wzajemnie ukierunkowane i uwarunkowane, świadome i celowe, uwzorowane aktywności ludzi; dodatkowo aktywności, przez które zamierzają oni pozyskać – niekoniecznie takie same – wartości-cele. Jest to zatem koncepcja nawiązująca do weberowskich działań społecznych i stosunku społecznego. Nawiązująca także i w tym, że

które prawie nigdy nie są w pełni przedmiotem jednorodnej regulacji normatywnej, np. prawnej, ale niemal zawsze są jednocześnie poddane uregulowaniu w wielu innych rodzajach „norm”, dlatego właśnie przestrzeń normatywna, obejmująca wszystkie normatywnie uregulowane i rzeczywiście realizowane współdziałania, normy, wydaje się najbardziej przydatna do empirycznej obserwacji zachodzących w niej współzależnych zjawisk, norm społecznych i to zarówno wtedy, gdy układają się one w obszary względnie uporządkowane, jak i takich często bliskich chaosu<sup>11</sup>. Zapomina się przy tym, że rozmaite incydentalne wydarzenia przyrodnicze czy społeczne mogą skutecznie uczynić bezprzedmiotowymi jakiegokolwiek sformułowane tylko koncepcyjnie uporządkowania norm.

9. Moje sceptyczne stanowisko dotyczące systemowego objaśniania zależności zachodzących pomiędzy różnymi, powielającymi normatywne wzory, współdziałaniami, normami, uzupełnię tutaj dodatkowo jeszcze jednym spostrzeżeniem. Terminologia często używana do tych objaśnień w naukach prawnych sprzyja ekspresji empirycznie nieweryfikowalnych koncepcji o zależnościach dysjunkcyjnych, formułowanych zazwyczaj ze spójnikiem „a”, np. „prawo a inne normy”, „prawo a stosunki społeczne”, „prawo a władza”, „prawo a polityka”, „prawo a religia”, „prawo a moralność”, „prawo a porządek społeczny” itd.<sup>12</sup> Otóż w moim przekonaniu, które odnajduję także u Tadeusza Biernata, należałoby powstrzymać się od takiej formy dyskursu. Znacznie adekwatniej byłoby formułować bliższe stanom faktycznym twierdzenia (hipotezy) koniunkcyjne typu: „prawo i...”, „prawo w...”, „prawo z...”, w tym właśnie: „prawo w przestrzeni normatywnej”. W konsekwencji należałoby skierować uwagę badawczą nie na idiomatyczne właściwości prawa, ale na takie, które ujawniają się dopiero w rozmaitych rzeczywistych uzależnieniach od jakiegoś środowiska,

---

Max Weber uważał, iż to właśnie przez współdziałania powstaje zbiorowy efekt, określany jako „społeczne życie ludzi” – por. *idem, Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, tłum. D. Lachowska, Warszawa 2002, s. 6, 20 i n.

<sup>11</sup> Na marginesie: pobieżny nawet ogłód niektórych efektów legislacyjnej działalności instytucji państwa (np. parlamentu) dostarcza nader wielu przykładów notorycznie fragmentarycznego, zmiennego przedmiotowo i temporalnie, porządkowania „norm”. Powoduje to pojawienie się później w porządku prawnym, *deus ex machina*, nierozwiązywalnych sprzeczności uważanych w praktyce ich stosowania za błędy systemowe; np. w zabiegach wykładni. Zob. także J. Wróblewski, *Paradygmat...*, *op. cit.*, s. 45 i n.

<sup>12</sup> Przykładowo zob. opracowanie zbiorowe: *System prawny...*, *op. cit.*

uznanego za relewantne dla przyjętego znaczenia terminu „prawo”, nie wykluczając z tego środowiska naturalnego.

10. Dla Tadeusza Biernata tym interesującym go relewantnym prawnie środowiskiem jest przestrzeń normatywna, którą spróbuję w dalszych wywodach urealniać. Sądzę bowiem, jak łatwo zauważyć z dotychczasowych moich uwag, że zgodziłby się on uznać, iż jest to przestrzeń rzeczywista, wyznaczona składającymi się nań zbiorami różnych rodzajów norm społecznych<sup>13</sup>. W tym konkretnym przypadku jest to zbiór obejmujący również normy prawne, dookreślane jako społeczne. To znaczy, powtórzmy, takie współdziałania, które są podejmowane w danej zbiorowości, powszechnie, względnie trwale i idiosynkretycznie zgodnie<sup>14</sup> z określonym wzorem idealnym lub wzorami sformułowanymi intencjonalnie dla tych współdziałań w prawnych komunikatach dyrektywalnych. Wszystkie rodzaje norm społecznych, czyli rzeczywiście podejmowane, uwzorowane współdziałania, realizowane tak, jak to określono powyżej dla norm prawnych, konstytuują wspólną dla nich przestrzeń normatywną. Przestrzeń, w której ujawniające się właściwości współdziałań-norm współzależą, chociaż w nierównym stopniu, od wzajemnych aktywności podmiotów współdziałających. Tę wspólnotowość wszystkich norm powoduje ta sama ich funkcja regulacyjna, która sprawia, że w danej zbiorowości współdziałania są spełniane z istotnym podobieństwem do swoich wzorów wyartykułowanych w komunikatach dyrektywalnych<sup>15</sup>, poddanych skutecznie procesom normatywizacji. Zapewnia to należącym do jakiejś zbiorowości pojawienie się w niej określonych i powtarzalnych regularności we wzajemnych aktywnościach; współdziałań tworzących rdzeń ich społecznej, wspólnotowej egzystencji (*the core of social activity*). Inaczej jednak, niż to znajdujemy w niektórych logistycznie konstruowanych koncepcjach „norm”, ta ich funkcja nie daje się wyjaśnić tylko za pomocą implikacyjnych zależności

<sup>13</sup> Zbiorami, które w teorii zbiorów spełniają wymogi tzw. zbiorów dystrybutywnych, w których każdy należący do zbioru obiekt posiada przynajmniej jedną, wspólną wszystkim pozostałym właściwość, pozwalającą zaliczyć go do tego zbioru, przy zachowaniu przy tym jego odrębnych cech własnych.

<sup>14</sup> Idiosynkretyczna (istotna) zgodność jakiegoś działania z jego wzorem zachodzi wtedy, gdy to działanie posiada cechy swojego wzoru w stopniu, który umożliwia identyfikację tego działania z tym wzorem, zatem dana norma wcale nie musi być wierną kopią swojego wzoru, po to, aby zewnętrzny obserwator mógł stwierdzić ich istotną ze sobą zgodność.

<sup>15</sup> Cechę dyrektywalności wypowiedzi normatywnych, tutaj właściwość komunikatów normatywnych, rozumiem tak, jak to sformułował K. Opałek – *idem, Zagadnienia...*, *op. cit.*, s. 206.

pojęciowych. Lub jeszcze inaczej, niż to bywa w niektórych teoriach nauk społecznych, w tym prawa, posługujących się analogiami z teorii nauk ścisłych, nie można objaśnić takich regularności w pełni przez behawioralne tylko zależności typu bodziec–reakcja.

11. Patrząc bardziej realistycznie na regularności w realizowaniu jakichś współdziałań, czyli na normy, należałoby raczej tłumaczyć ich pojawienie się jako bardzo złożony wieloczynnikowy proces superwencji; proces wyłaniania się norm, zapoczątkowany – w uproszczeniu – ukształtowaniem się pewnych stanów świadomości u osób współdziałających<sup>16</sup>, zwłaszcza ich przekonaniem o możliwości pozyskania pożądanego przez nich wartości-celów przez realizację odpowiedniego, wspólnego im wzoru współdziałania<sup>17</sup>. Kierowanie się przekonaniem o wspólnocie wzoru w praktykowanym współdziałaniu prowadzi zazwyczaj do przekształcania tego wzoru w akty rzeczywistego współdziałania w normę, co stanowi finalny rezultat tego procesu, który określam jako normatywizację.

12. Analityczna refleksja nad procesem normatywizacji wymaga wyróżnienia niektórych sposobów formułowania wzorów współdziałań. Ich formułowanie (artykulacja) może być i bywa często zabiegiem czysto konceptualnym. Kiedy indziej zostaje on sformułowany przez artykulację zwyczaju: spontanicznie już praktykowanego sposobu współdziałania. Bywa także naśladownictwem przebiegu jakiegoś zjawiska przyrodniczego. Kiedy indziej jest to jeszcze efekt synkretycznego kumulowania się wielu różnych czynników uczestniczących w procesie komponowania się wzoru współdziałania. Tę nader złożoną materię tutaj tylko zaznaczymy, postulując jej większą obecność w badaniach nauk

<sup>16</sup> Por. W. Załuski, *Ewolucyjna teoria prawa*, Warszawa 2009, s. 97.

<sup>17</sup> Jest to racjonalizacja wzoru współdziałania, albo nawet szerzej: racjonalizacja całej treści określonego komunikatu normatywnego. Oczywiście nie wyczerpuje ona całego spektrum zjawisk składających się na złożony proces normatywizacji. Tak *off the cuff* warto zamarkować dodatkowo jeszcze inne, składowe niejako procesy normatywizacji. Na przykład internalizacji idealnego wzoru współdziałania, sformułowanego w komunikacie normatywnym albo procesu socjoorientacji (świadomego naśladownictwa). Internalizacja jest rozumiana – w uproszczeniu – jako uznanie przez współdziałających jakiegoś wzoru współdziałania za ich własny, osobisty, „swój” – por. J. Czapska, *Na czym polega internalizacja normy prawnej?*, [w:] *Aksjologiczny wymiar prawa*, red. M. Dudek, M. Stępień, Kraków 2015, s. 147 i n. Proces socjoorientacji natomiast polega na postrzeganiu przez jednych współdziałających, że inni współdziałający, dla nich szczególnie ważni, kierują się w realizacji swoich współdziałań takimi samymi jak oni wzorami lub przynajmniej istotnie z nimi zgodnymi. Powoduje to wzmocnienie ich motywacji do przestrzegania tak postrzeganych wzorów.



prawnych. Zróżnicowane sposoby formułowania wzorów współdziałań, o ile są potem realizowane, umożliwiają rozłączną, rodzajową typologię norm (np. odróżnienie norm prawnych od norm zwyczajowych, religijnych, moralnych czy mody). Pozwala to w znacznym stopniu uczynić bezprzedmiotowymi notoryczne w filozofii prawa spory o właściwe relacje pomiędzy przedmiotem uregulowań „norm” moralnych a „norm” prawnych<sup>18</sup>.

13. Regulacyjne oddziaływanie danego wzoru współdziałania na rzeczywisty przebieg jego realizacji, czyli spełnienie jego funkcji, jest uzależnione nie mniej niż normatywizacja od złożonych procesów, w których dokonuje się wprowadzenia tego wzoru w formie komunikatu normatywnego do społecznego obiegu informacji w jakiejś zbiorowości. Wzór współdziałania nieudostępniiony, pozbawiony proliferacji w jakiejś zbiorowości, pozostaje, co najwyżej, tylko pewną ideą pozbawioną znaczącego oddziaływania na rzeczywistą praktykę współdziałania w tej zbiorowości. Być może, że pomimo to, w sprzyjających warunkach, taki wzór stanie się nawet normą, najczęściej jednak tylko elitarną, z pewnością nie społeczną. Pozostawiając znowu na uboczu ten, jak sądzę, prawnie relewantny problem, wymagający rozległej wiedzy z nauki o komunikacji społecznej, skonstatuję tylko: sam wzór jakiegoś współdziałania, który nie zaistniał w społecznym obiegu informacji, i w efekcie tego niepoddany procesowi normatywizacji, w ogóle nie może, w moim ujęciu, ukonstytuować się jako norma, a tym bardziej, jak uważa się dosyć często w praktyce prawnej, być jako „norma”, stosowany (zgodnie z maksymą „nieznajomością normy nie można się tłumaczyć”). Ale, *à rebours*, nie przekształca go również w normę sama tylko, chociażby najszersza nawet, znajomość tego wzoru, w jakiejś zbiorowości. A tym bardziej nie staje się „normą prawną” (jak to przyjmuje się często, zwłaszcza w jurysdykcji) wyłącznie przez stwierdzenie właściwego, bo dokonanego przez kompetentną instytucję i zgodnie z obowiązującą procedurą, sformułowania wzoru współdziałania w odpowiednim komunikacie normatywnym i równie do tego „właściwą” jego promulgacją. Taki mój pogląd sprzeciwia się oczywiście, jak to już uprzednio zaznaczyłem, zarówno wielu przekonaniom w dogmatyce prawa, ale również w potocznym, nie tylko wśród prawników, rozumieniem terminu „norma”: norma prawna (też: religijna, moralna, zwyczajowa itd.). Nie jest również tak – znowu inaczej niż w niektórych teoriach „norm” – abym za jakąś normę (normę

<sup>18</sup> Przykładowo chociażby znana debata pomiędzy Patrickiem Devlinem a Herbertem L.A. Hartem. Zob. M. Glanc-Żabiełowicz, *Debata Hart–Devlin. Studium z filozofii prawa*, Gdańsk 2021.

prawną) był skłonny uznać sam komunikat dyrektywalny, zawierający wymagany wzór współdziałania, i konsekwentnie uważał za „prawo” jakiś zbiór takich komunikatów. Natomiast komunikaty takie są – moim zdaniem – niezbędnym instrumentem umożliwiającym intencjonalne wprowadzanie określonych regularności postępowań do praktyki współdziałań, czyli konstytuowanie norm. Jest to jednak uzależnione od pozyskania przez te komunikaty jeszcze innych, szczególnych właściwości, które mogą uzyskać jako łączny rezultat kilku procesów; o niektórych z nich już wspomniałem (patrz przypis nr 17), procesów decydujących o przebiegu normatywizacji.

14. Niezbędne wydaje się w tym miejscu rozróżnienie dwóch rodzajów komunikatów wzorów współdziałań, czyli komunikatów normatywnych, przyjmując za kryterium intencje ich twórców lub/i nadawców. Są to, po pierwsze, nazwane tak przeze mnie komunikaty propozycyjalne (np. zalecenia, recepty, pouczenia, instrukcje, programy itp.), w których zawarty wzór współdziałania ma zapewnić współdziałającym zgodnie z nim określony stopień skuteczności ich aktywności. Tego rodzaju komunikowane wzory współdziałań mogą superweniować normy, przede wszystkim w zależności od już sprawdzonego stopnia ich pragmatyczności. Po wtóre, co w tych rozważaniach szczególnie ważne, wyróżnię wspomniane już komunikaty dyrektywne, czyli takie, które zgodnie z zamiarami ich autorów przekazują nie tylko wzory współdziałań, ale jednocześnie zawierają, wprost lub w dorozumieniu, skierowane do swoich adresatów domaganie się (żądanie) ich spełnienia, mniej lub bardziej stanowcze. Najczęściej też obwarowane, w razie nieposłuszeństwa ich adresatów, negatywnymi sankcjami.

Od razu zaznaczę, że kierowanie się w jakimś współdziałaniu jego wzorem, umieszczonym w komunikacie normatywnym, wyłącznie z obawy przed negatywną sankcją nie czyni takiego współdziałania normą w przyjętym przeze mnie znaczeniu. Muszą do tego jeszcze zadziałać inne determinanty procesu normatywizacji. W szczególności kształtujące przekonanie u współdziałających, że wzór realizowanego przez nich współdziałania jest ważną, wspólną wartością-celem. Domaganie się (żądanie) w komunikatach dyrektywnych, realizacji wskazanych w nich wzorów współdziałań jest uzasadniane (legitymowane) przewagą podmiotowości ich kreatorów lub/i nadawców nad stanem podmiotowości potencjalnych realizatorów tych wzorów<sup>19</sup>, przewagą umożliwiającą tym pierwszym, w zakresie w tych komunikatach wyznaczonym, intencjonalne i wolicjonalne kształtowanie podmiotowości tych drugich, i to

<sup>19</sup> W tej kwestii odsyłam do: K. Pałeczki, *Teoria władzy*, Kraków 2021, s. 235 i n.

zarówno co do ich udziału w formułowaniu danego wzoru współdziałania, jak i w procesie jego realizacji, czyli krótko – przewagą posiadanej władzy<sup>20</sup>. We wszystkich rodzajach zorganizowanych ludzkich zbiorowości odnajdujemy takie przewagi i odpowiadające im rodzaje władzy, a w konsekwencji również odpowiednie do tego normatywne komunikaty dyrektywne i ich realizację: rodzaje norm. Wszyscy sprawujący jakkolwiek władzę posługują się nimi w nadziei korzystnego dla nich znormalizowania realizacji współdziałań, czyli pożądanego przez nich, możliwie jak najbardziej skutecznego, procesu przeobrażenia swoich wzorów współdziałań w pożądaną przez nich normę, najlepiej w społeczne. Oczywiście taki sam efekt można uzyskać, posługując się np. manipulacją, przemocą, podstępem, indoktrynacją itp., tyle tylko, że pozyskane w ten sposób posłuszeństwo w realizowaniu współdziałań w jakiejś zbiorowości, np. w grupie przestępczej, nie ma nic wspólnego, jak to już wielokrotnie wywodziłem gdzie indziej, ani ze zjawiskiem władzy, ani – konsekwentnie – z procesem normatywizacji<sup>21</sup>.

15. Cechą pozwalającą na odróżnienie norm prawnych od innych, czego jeszcze nie wyjaśniłem, jest to, że są one efektem skutecznej normatywizacji komunikatów dyrektywnych sformułowanych (ustanawianych) i poddanych proliferacji przez instytucje (podmioty) władzy politycznej jakiegoś państwa lub/i organizacji międzypaństwowych bądź *quasi*-państwowych (np. instytucji decyzyjnych Unii Europejskiej, stanowiących *acquis communautaire*). Normy prawne, tak samo jak wszystkie inne normy, mogą być zatem rodzajowo identyfikowane przez wskazanie na cechy podmiotu formułującego (stanowiącego) odpowiednie komunikaty dyrektywne, zawierające ich wzory norm. Analogicznie do prawnych można tak rozróżnić inne rodzaje norm, których komunikaty dyrektywne są formułowane w określonych władczych instytucjach normodawczych, np. normy zinstytucjonalizowanych religii lub korporacyjne, a nawet mody kształtowanej przez jej

<sup>20</sup> Komunikaty dyrektywne pozbawiające całkowicie podmiotowości swoich wykonawców zawartego w nich wzoru współdziałania, np. przez zastosowanie siły fizycznej, nie mogą być oczywiście uznane za dyrektywne. Są to po prostu rozkazy jakiegoś faktycznego tylko dominatora; np. szefa mafii, absolutnego władcy itp. I oczywiście nie superwenują żadnej normy. Zob. K. Pałeczki, *Teoria władzy*, *op. cit.*, s. 255 i n.

<sup>21</sup> Muszę tu jednak jeszcze raz podnieść, aby uniknąć pewnych nieporozumień, iż współdziałanie przebiegające zgodnie z zawartym w jakimś komunikacie dyrektywnym wzorem (np. w prawnym komunikacie dyrektywnym), wyłącznie z obawy przed możliwymi negatywnymi sankcjami, zapowiedzianymi przez autorów/nadawców tego komunikatu, nie jest wystarczającym symptomem zachodzenia procesu normatywizacji.

autorytatywnych kreatorów i inne. W każdym razie przesądzenie o rodzajowych różnicach norm społecznych, ich rodzajowa identyfikacja, powinno być uzależnione od ustalenia, komu można przypisać autorstwo danego dyrektywalnego komunikatu. Taką procedurę uważam za lepszą od rozróżniania norm przez formułowanie jakichś definicji projektujących, bo spełnialną w sposób zobiektywizowany.

16. Wszystkie rodzaje norm (norm społecznych), w przyjętym tutaj ich rozumieniu, należą do zjawisk kulturowych, ontologicznie złożonych, czyli takich, które superwenują na kooperatywnych dyspozycjach ludzi i spełniających te dyspozycje w ich intencjonalnych aktywnościach<sup>22</sup>. I oczywiście przebieg tych aktywności nie jest nigdy całkowicie uwolniony od wpływu wielu innych czynników, w tym naturalnych. Przy tym normy prawne, jak wszystkie inne, nie są, co rzadko bywa zauważane, ontologicznie jednorodziejowe (płaskie). Zauważają to od dawna niektórzy szczególnie prominentni filozofowie prawa, chociażby Herbert L.A. Hart, gdy wprowadza, dosyć nieoczekiwanie, do swojej koncepcji prawa rozróżnienie dwóch aspektów prawa: internalnego i eksternalnego; podobnie Friedrich von Hayek w swojej koncepcji prawa jako wytworu kooperatywnych dyspozycji ludzi<sup>23</sup> i wielu innych. Przesądza to o niezbędności interdyscyplinarnego badania norm, również prawnych, i o zakwestionowaniu zamykania się tych badań w monometodologiach zakładających konsekwentnie jakąś monistyczną ontologię norm. Spotykamy się z tym jednak głównie w dyscyplinach prawnych i prowadzi to do ich, już wspomnianego, hermetyzmu poznawczego (punkt 3). Prawo jednak – tak rozumiane jak w tych rozważaniach – nie funkcjonuje w jakiejś projekcyjnej, metaforycznej tylko przestrzeni. Jest prawem – instrumentem do uregulowania sposobów realizacji współdziałań – tylko wtedy, gdy zostaje wprowadzone do świata takich samych gatunkowo instrumentów, do przestrzeni normatywnej, w której dopiero, w nieuniknionej interakcji z nimi (z innymi normami), realnie funkcjonuje. W izolacji od nich staje się tylko pewnym nie do końca zrealizowanym, a może nawet nierealizowalnym(?), projektem. To wprowadzenie prawa do przestrzeni normatywnej jest zadaniem nader trudnym, z którym, jak uważam, przyjdzie się jednak współcześnie borykać – lub już zaczyna się to robić – w niektórych dyscyplinach nauk prawnych, przede wszystkim w socjologii prawa, i zapewne okaże się wtedy konieczne znaczne przeformułowanie dotychczas niekwestionowanych paradygmatów badań prawa.

<sup>22</sup> Por. W. Załuski, *Ewolucyjna...*, *op. cit.*, s. 94 i n.

<sup>23</sup> F.A. Hayek, *Knowledge, Evolution and Society*, London 1983, s. 38 i n.

Renata Pawlik\*  
Grzegorz Bogdan\*\*

## Problematyka odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego w prawie karnym skarbowym

Przedmiotem rozważań niniejszej pracy są złożone i różnorodne relacje zachodzące pomiędzy pojęciami wskazywanymi przez ustawodawcę w ramach aktów prawnych kodyfikujących zagadnienia prawa karnego materialnego i procesowego oraz materię karnoskarbową. Ich spójne opracowanie, usystematyzowanie i przedstawienie nie jest z pewnością zadaniem łatwym. U źródeł takiego stanu rzeczy wydaje się leżeć kilka czynników.

Pierwszym z nich, tradycyjnie stwarzającym istotne problemy w zakresie analizy materii uregulowań karnoskarbowych, jest rozległość i wielowątkowość wypowiedzi normatywnych, tak charakterystyczna dla tej właśnie dziedziny prawa karnego. Sposób pojmowania i interpretacji kształtu instytucji zawartych w części ogólnej ustawy karnej wyznaczany jest specyfiką zakresu odniesienia, którego poszukiwać należy

---

\* Dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0003-3834-221X.

\*\* Dr, Uniwersytet Jagielloński, ORCID: 0000-0001-9847-7330.

wśród wyspecjalizowanych konstrukcji prawa finansowego lub publicznego prawa gospodarczego. Zawarte tam uregulowania często bywają niekompletne, niespójne systemowo lub wręcz wewnętrznie sprzeczne.

Po drugie – dziesiątki lat obowiązywania mniej lub bardziej kompletnych kodyfikacji prawa karnego skarbowego utrwaliły w świadomości tak dogmatyków, jak i praktyków wymiaru sprawiedliwości przekonanie o jednokierunkowym przepływie recypowanych treści i braku jakiegokolwiek wpływu materii karnoskarbowej na kształt pojęć ujmowanych w ramach Kodeksu karnego.

Po trzecie – do niezbyt optymistycznych refleksji skłania to, że poruszony problem doczekał się jak dotąd stosunkowo skromnej liczby analiz w piśmiennictwie prawniczym. Mimo pojawiających się dość wąskich zakresowo odniesień literatura przedmiotu jest nadzwyczaj skromna<sup>1</sup>.

Nie sposób pominąć również kolejnego czynnika, jakim jest znaczna dynamika zmian dokonywanych w treści uregulowań karnoskarbowych. Cecha ta, często podkreślana tak przez przedstawicieli doktryny, jak i praktyki wymiaru sprawiedliwości, towarzyszy prawu karnemu skarbowemu od początków jego istnienia i jest uwarunkowana potrzebą zachowania należytej elastyczności jego rozwiązań i szybkiej reakcji na zmiany zachodzące w obrębie jednej z najbardziej niestabilnych gałęzi prawa, jaką jest prawo finansowe<sup>2</sup>.

Ostatnie lata dostarczają dowodów na poparcie tezy, że również ewolucja instytucji z tradycyjnej sfery zainteresowania prawa karnego nie wpływa pozytywnie na poczucie stabilności i pewności prawa<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Tytułem przykładu wskazać można publikacje Z. Siwika („*Odpowiednie*” *stosowanie przepisów kodeksu karnego w prawie karnym skarbowym*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1987, t. 23, s. 97–133) oraz G. Bogdana (*Relacja pojęć przestępstwa i przestępstwa skarbowego w polskim prawie karnym*, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 5, s. 83–93). Obszerniejszej analizy dokonał L. Wilk (*Szczególne cechy odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia podatkowe*, Katowice 2006).

<sup>2</sup> S. Waltoś, *O stabilności polskich kodyfikacji karnych*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 93–102; R. Pawlik, *Czyny drobne w systemie polskim na tle porównawczym – stabilność rozwiązań czy potrzeba zmian?*, [w:] *Stabilność prawa w kontekście wartości, instytucji i funkcjonowania systemu prawnego*, red. T. Biernat, Kraków 2016, s. 41–68.

<sup>3</sup> S. Waltoś, *W dziesięciolecie kodeksu postępowania karnego z 1997 r.*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 27–29; L. Gardocki, *Zasada nullum crimen sine lege certa we współczesnym prawie karnym*, [w:] *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak*, Lublin 2006, s. 71–79; R. Pawlik, *O koniecznej koegzystencji nauk penalnych i nie tylko – kilka uwag w kontekście dylematu: stabilność czy zmienność*

Istotne zmiany, jakich w gronie przepisów objętych recepcją dokonuje obszerna nowelizacja Kodeksu karnego z lipca ubiegłego roku<sup>4</sup>, czyni niezbędnym uważną analizę rozwiązań zapożyczonych z wiodącej kodyfikacji prawa karnego materialnego przez pryzmat ich zastosowania w regulacji karnoskarbowej. Każda niemal konstrukcja części ogólnej Kodeksu karnego<sup>5</sup> czy Kodeksu karnego skarbowego<sup>6</sup> w zestawieniu ze swoim karnoskarbowym odpowiednikiem może dostarczyć głębokiej inspiracji i stać się przedmiotem zaskakująco daleko idącej refleksji, zaś analiza ich wzajemnych relacji doprowadzić może do zdezaktualizowania powszechnych dotąd przekonań lub zmiany bezkrytycznie przyjmowanego punktu widzenia.

Niewiele kwestii zdaje się budzić w literaturze prawniczej spory tak ożywione jak próby zdefiniowania terminu „stosowanie prawa”. Widziano w nim bądź ustalanie skutków prawnych pewnych sytuacji, bądź formę dysponowania siłą czy przymusem przez organy państwa. Wydaje się słuszna uwaga Zygmunta Ziemińskiego, że gdy mamy realnie do czynienia z taką sytuacją, to nigdy nie jest ona przejawem stosowania prawa w ogóle, lecz określonej normy prawnej upoważniającej swego adresata do zachowania się w pewien sposób<sup>7</sup>.

Kwestia, w jakich okolicznościach i w jaki sposób winien ów podmiot postąpić, związana jest z pewnymi względami uwarunkowanymi budową samej normy prawnej<sup>8</sup>. Otóż norma taka zawiera z reguły hipotezę (tj. zobiektywizowany opis określonej sytuacji prawnej) oraz dyspozycję (dyrektywę określonego zachowania się adresata w tych okolicznościach). Na gruncie prawa represyjnego, w tym karnego (choć nie zawsze i nie wyłącznie), pojawia się jeszcze jeden element konstrukcji w postaci sankcji, określający rodzaj i rozmiar dolegliwości, którą należy wymierzyć osobie dopuszczającej się niepożądanego społecznie zachowania opisanego w hipotezie. Tego rodzaju konstrukcja normy prawnej była dość powszechnie akceptowana w tradycyjnej teorii prawa; skądinąd

---

*prawa karnego*, [w:] *Między stabilnością a zmiennością prawa karnego – dylematy ustawodawcy*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, Olsztyn 2017, s. 31–54.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 2600 z późn. zm.).

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553 z późn. zm.), dalej jako: k.k.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 1999 r., nr 83, poz. 930), dalej jako: k.k.s.

<sup>7</sup> A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 250–252.

<sup>8</sup> W. Patryas, *Interpretacja karnistyczna*, Poznań 1988, s. 10.

w ostatnich latach coraz większą popularność zyskuje pogląd uznający sankcję za fundament odrębnej normy, powiązanej z pierwszą, zawierającą hipotezę i dyspozycję<sup>9</sup> i chroniącą ją przed naruszeniem.

Opierając się na takich podstawach, można zaryzykować definicję najstosowniejszą, jak się wydaje, dla potrzeb niniejszego opracowania. I tak: o stosowaniu normy prawnej mówić będziemy wówczas, gdy jej adresat w sytuacji zaistniałej w rzeczywistości pozajęzykowej, która pokrywa się z opisem zawartym w hipotezie, postępuje zgodnie ze wskazaniami podawanymi przez dyspozycję normy. W prawie karnym takie zachowanie będzie z reguły polegać na wymierzeniu osobie postępującej wbrew dyspozycji normy sankcjonowanej określonej dolegliwości w postaci kary<sup>10</sup>.

Bezsprzeczny wydaje się pogląd, w myśl którego każda norma prawna posiada pewien zakres zastosowania. Dla potrzeb niniejszych rozważań wystarczy określić go jako agregat potencjalnych przyszłych sytuacji zgodnych z opisem zawartym w hipotezie normy, wystarczająco przejrzystym i klarownym dla potrzeb wykładni dokonywanej przez sąd<sup>11</sup>. Jego granice wyznaczają: po pierwsze – sama treść przepisu, po drugie – ramy aktu prawnego, w jakim ów przepis się znajduje<sup>12</sup>.

Bywa jednak i tak, że materia regulowana przez dwa różne akty prawne zdradza daleko posunięte podobieństwo. Wówczas, by nie powtarzać dwukrotnie identycznie (lub niemal identycznie) brzmiących przepisów, ustawodawca w ramach jednej regulacji prawnej stanowi, iż określone normy drugiej z nich winny być stosowane również na gruncie aktu odsyłającego<sup>13</sup>. W efekcie takiej praktyki normy, których ów zabieg dotyczy, posiadają już dwa (bywa, że i więcej) zakresy zastosowania w obrębie różnych regulacji prawnych<sup>14</sup>. Czasem zresztą ustawodawca stosuje analogiczny schemat w obrębie jednej i tej samej ustawy, kierując się względami tej samej natury. I tak np. art. 317 § 1 k.k. każe

<sup>9</sup> Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1994, s. 117–119; A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, nr XXIII, s. 69–95; *idem*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, red. *idem*, Warszawa 2007, s. 22 i n.

<sup>10</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 42 i n.

<sup>11</sup> M. Zieliński, *Iura novit curia*, [w:] *Prawo – język – logika. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Malinowskiego*, red. S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel, Warszawa 2013, s. 291.

<sup>12</sup> Z. Ziemiński, *Logika...*, *op. cit.*, s. 116.

<sup>13</sup> W. Patryas, *Przepisy o odpowiednim stosowaniu przepisów*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2022, z. 3, s. 5–19.

<sup>14</sup> Z. Siwik, „Odpowiednie”..., *op. cit.*, s. 97 i n.



stosować „[...] przepisy części ogólnej i szczególnej tego kodeksu [...] do żołnierzy, jeżeli część wojskowa nie zawiera przepisów odmiennych”<sup>15</sup>.

Samo podobieństwo przedmiotów objętych poszczególnymi zakresami regulacji może być mniejsze lub większe. Niekiedy recypowane przepisy można stosować w „obcej” ustawie bez żadnych, nawet drobnych, modyfikacji. Mówimy wówczas o stosowaniu przejętych przepisów „wprost”. W innych jednak wypadkach różnice, aczkolwiek nie fundamentalne, bywają na tyle istotne, że takie „bezpośrednie” zastosowanie jest niemożliwe<sup>16</sup>. Nie zmusza to jednak do rezygnacji z samego zabiegu recepcji. Wówczas wystarczy bowiem wskazać w tekście przepisu odsyłającego na konieczność wprowadzenia pewnych zmian do treści owych przepisów, aby zharmonizować ją z merytoryczną zawartością danej ustawy<sup>17</sup>. Można to uczynić przez dodanie klauzuli statuującej powinność stosowania recypowanych norm ze zmianami wynikającymi z odrębności materii poszczególnych aktów prawnych czy też mówiącej o odpowiednim stosowaniu tychże norm<sup>18</sup>.

Zabieg taki bywa dokonywany w rozmaity sposób<sup>19</sup>. Niekiedy towarzyszy mu „odgórna” dyrektywa regulująca rodzaj zmian, jakich należy dokonać w treści przepisu<sup>20</sup>, czasem zaś większy margines swobody pozostawia się praktyce.

Z pozoru różnice między formułą „stosowania ze zmianami” wynikłymi z treści przepisów własnych a stosowaniem odpowiednim nie wydają się zbyt daleko idące. Skoro jednak te zwroty wprowadzono niezależnie od siebie w obręb tej samej ustawy, to przyjęć należy, iż w intencji ustawodawcy sformułowania powyższe nie stanowią bynajmniej synonimów. Można zaryzykować twierdzenie, że ingerencja w treść przepisów recypowanych w ten ostatni sposób jest szersza<sup>21</sup>. Jeśli bowiem w pierwszym przypadku mamy do czynienia jedynie z derogacją

<sup>15</sup> Skądinąd jest to częsta praktyka w treści rozdz. 4 k.k.s. dotyczącego wykroczeń skarbowych, w ramach którego ustawodawca odsyła często do rozdziału poprzedniego, regulującego kwestie odpowiedzialności za przestępstwa skarbowe.

<sup>16</sup> G. Bogdan, *Rola kontratypów w prawie karnym skarbowym*, „Z czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1998, z. 1–2, s. 65–73.

<sup>17</sup> *Idem*, *Relacja...*, *op. cit.*, s. 83 i n.

<sup>18</sup> Z. Siwik, *System środków penalnych w prawie karnym skarbowym*, Wrocław 1986, s. 157 i n.

<sup>19</sup> R. Hauser, *Odpowiednie stosowanie przepisów prawa – uwagi porządkujące*, „Przeгляд Prawa i Administracji” 2005, t. LXV, s. 151–168.

<sup>20</sup> Zabieg ten jest częsty w przepisach procesowych kodyfikacji karnoskarbowej, jak choćby w treści art. 122 czy 125 k.k.s.

<sup>21</sup> Z. Siwik, *System...*, *op. cit.*, s. 58.

określonych rozwiązań „z zewnątrz” przez unormowanie własne, o tyle przy odpowiednim ich stosowaniu zabieg ten winien polegać na bardziej subtelnym dopasowywaniu odrębnych przepisów i komponowaniu ich w pewną nową całość.

Samo zresztą pojęcie odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu karnego w prawie karnym skarbowym doczekało się szeregu komentarzy autorstwa wielu przedstawicieli doktryny. Zazwyczaj jednak ich rozważania miały charakter dość fragmentaryczny i snute były niejako na marginesie wypowiedzi dotyczących zupełnie innych zagadnień. I tak Leon Hochberg ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż pod rzeczonym pojęciem rozumieć należy recepcję „do własnego użytku” regulacji karnoskarbowej<sup>22</sup>. Z kolei Jerzy Bafia wnioskuje, iż stosowanie odpowiednie winno być zależne od uregulowania prawa karnego skarbowego. Twierdzi on, że w jego ramach należy ustalić, a następnie uwzględnić, odrębności tej dziedziny prawa. Jest jednak w tej mierze przeciwnikiem radykalizmu, uznając za niedopuszczalne wszelkie zmiany bezpośrednio dotyczące istoty recypowanych rozwiązań i instytucji, a także prowadzące się do pominięcia elementu konstrukcji stanowiącego o takim a nie innym jej charakterze<sup>23</sup>.

Z kolei Bronisław Koch, komentując omawiane zagadnienie, stwierdza:

Określenie „odpowiednie” oznacza, że dany przepis należy stosować w sposób treściowo zharmonizowany z unormowaniami zawartymi w ustawie karnej skarbowej, których recypowane przepisy nie mogą eliminować. W razie rozbieżności, zwłaszcza nomenklaturowej, przepis recypowany musi ulec odpowiedniej zmianie treściowej, dostosowaniu, a w przypadku sprzeczności przepisu recypowanego z treścią unormowań własnych u.k.s. zastosowanie ma tylko ta część przepisu, która nie stoi z tymi unormowaniami w sprzeczności<sup>24</sup>.

Ten sam autor nieco dalej głosi, iż: „Ogólnie biorąc, recepcja przepisu ma charakter przede wszystkim uzupełniająco instytucji i przepisów ustawy karnej skarbowej”<sup>25</sup>.

Pod nieco innym kątem widzi przedmiotową kwestię Zygfryd Siwik. Punktem wyjścia jego rozważań wydaje się przyjęcie założenia o służebnej roli, którą w zakresie recypowanych norm spełnia prawo

<sup>22</sup> L. Hochberg, [w:] *Komentarz do ustawy karnej skarbowej*, Warszawa 1961, s. 6.

<sup>23</sup> J. Bafia, [w:] *Komentarz do ustawy karnej skarbowej*, Warszawa 1973, s. 18.

<sup>24</sup> B. Koch, *Przestępstwa i wykroczenia dewizowe*, Warszawa 1975, s. 81.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

karne powszechne wobec regulacji karnoskarbowej. Autor wydaje się być mimo wszystko przeciwnikiem tezy przeciwstawiającej sobie instytucje wykreowane w obu ustawach i opartą za selekcyjnym charakterem przepisów odsyłających, dokonujących chirurgicznych niemal cięć w ramach przyswojonych prawu karnemu skarbowemu instytucji Kodeksu karnego. Opowiada się on raczej za „przybliżaniem” zakresów pojęć obu aktów prawnych, jednakże bez „narzucania” ich sobie. Stwierdza wyraźnie, że zabiegu takiego nie należy dokonywać za cenę rezygnacji z unormowań swoistych dla prawa karnego skarbowego. Starając się „dopasować” do siebie obie regulacje, można i należy, zdaniem Siwika, posługiwać się wykładnią systemową, bowiem taki wymóg stawia przed interpretatorem gąszcz niespójnych przepisów. Autor udziela zresztą w praktyce jeszcze dalej idących koncesji, zezwalając na definiowanie na nowo recypowanych pojęć, a nawet wyjątkowo, jak się wydaje, zgadzając się w ramach samej ustawy karnej na różnorodną interpretację identycznie brzmiących sformułowań<sup>26</sup>.

Reasumując: wydaje się właściwe uznanie zakresu regulacji objętej przepisami przejętymi przez Kodeks karny skarbowy za materię pod wieloma względami specyficzną. Z pewnością niewłaściwe byłoby ostre przeciwstawianie rozwiązań Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego<sup>27</sup>, w zakresie samej recepcji, unormowaniom własnym prawa karnego skarbowego. Odpowiednie stosowanie tych pierwszych winno, jak się wydaje, polegać na ostrożnym ich modelowaniu, modyfikowaniu ich treści ustawowej w takim kierunku, który umożliwiłby ich pełne zharmonizowanie z przepisami zawartymi przez ustawodawcę w Kodeksie karnym skarbowym<sup>28</sup>. Celem tego działania jest uzyskanie możliwie jednolitej i merytorycznie zwartej całości, będącej dobrze spełniającym swe zadanie narzędziem w ręku praktyka<sup>29</sup>.

Na pytanie, na czym wzmiankowane modyfikacje miałyby polegać, nie sposób udzielić zgeneralizowanej i jednoznacznej odpowiedzi. Czasem w jej odnalezieniu pomaga swymi wskazówkami sam

<sup>26</sup> Z. Siwik, „Odpowiednie”..., *op. cit.*, s. 112–116; częściowo za tę kontrowersyjną praktykę odpowiada sama decyzja o korzystaniu z uregulowań Kodeksu karnego, co przenosi na grunt Kodeksu karnego skarbowego choćby problemy związane z niejednorodną interpretacją pojęcia sprawcy.

<sup>27</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r., nr 89, poz. 555 z późn. zm.).

<sup>28</sup> G. Bogdan, *Relacja...*, *op. cit.*, s. 90–92.

<sup>29</sup> W. Patryas, *Przepisy...*, *op. cit.*, s. 14–19.

ustawodawca<sup>30</sup>, zwykle jednak stosujący prawo skazany jest na własną interpretację. Zakres zmian również może być rozmaity, od drobnych korekt dotyczących drugoplanowych kwestii, aż do przekształceń bardzo istotnych, decydujących niejednokrotnie o formie, jaką przyjmie recypowana instytucja.

Wypada jednak zgodzić się z zaprezentowaną powyżej opinią Kocha, że ewolucja taka nie powinna sięgać zbyt głęboko, a w szczególności nie może dotyczyć rdzenia danej konstrukcji prawnej, fundamentu, na którym się ona wspiera i z którego czerpie racje swego istnienia, nie może również eliminować rozwiązań w sposób jednoznaczny przesądzających o takim a nie innym jej charakterze. Racje przemawiające za przyjęciem takiego stanowiska wydają się rozstrzygające: mimo zmian, jakie pociąga za sobą odpowiednie realizowanie poszczególnych dyspozycji, winniśmy przecież stosować tę samą instytucję prawa karnego, nie zaś kreować nowy twór, pozostający w odległej tylko relacji do swego pierwowzoru. Ta właśnie kwestia wydaje się mieć kluczowe znaczenie dla właściwej interpretacji znaczenia art. 20 k.k.s.

Kolejne kodyfikacje prawa karnego skarbowego ze znamieną regularnością powoływały się na uregulowania zawarte w przepisach ogólnych kodeksów karnych. Reguła ta pozwalała na istotne ograniczenie zakresu przepisów własnych, nakazując sięgać do nich jedynie wówczas, gdy normy prawa karnego kryminalnego cechowała daleko posunięta nieprzystawalność do potrzeb nowego, karnoskarbowego zakresu odniesienia.

Przepisy pełniące analogiczną rolę pojawiały się choćby w art. 3 ustawy karnej skarbowej z 1960 r.<sup>31</sup> oraz art. 2 ustawy karnej skarbowej z 1971 r.<sup>32</sup> Przepisy te czerpały w szerokim zakresie z uregulowań dwu kolejnych kodyfikacji prawa karnego kryminalnego, przenosząc na grunt regulacji karnoskarbowej większość (w obu przypadkach po ok. 70%) materiału normatywnego części ogólnych odpowiednio Kodeksu karnego z 1932 r.<sup>33</sup> oraz 1969 r.<sup>34</sup> Robiono to w sposób w dużej mierze bezrefleksyjny, obejmując zakresem recepcji przepisy dotyczące

<sup>30</sup> Za przykład takiej praktyki posłużyć może treść art. 20 § 4 i 5 k.k.s.

<sup>31</sup> Ustawa z dnia 13 kwietnia 1960 r. – ustawa karna skarbowa (Dz.U. z 1960 r., nr 21, poz. 123).

<sup>32</sup> Ustawa z dnia 26 października 1971 r. – ustawa karna skarbowa (Dz.U. z 1971 r., nr 28, poz. 260).

<sup>33</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r., nr 60, poz. 571).

<sup>34</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r., nr 13, poz. 94).

nieznanej ówczesnemu prawu karnemu skarbowemu instytucji kary śmierci. Prowadziło to w naturalny sposób do istotnego ograniczenia regulacji własnej, zawierającej jedynie normy wysoce wyspecjalizowane i przesądzające o odrębności tej szczególnej dziedziny prawa karnego.

Z zasadą tą w dużej mierze zrywa regulacja art. 20 k.k.s. z 1999 r. Już przy pobieżnej analizie jego brzmienia zwraca uwagę wyraźnie szczuplejszy krąg recypowanych przepisów. Jest to związane z charakterystyczną dla nowej kodyfikacji większą samodzielnością i częstszym tworzeniem regulacji własnych, nawet tych merytorycznie niezbyt odległych od swych kryminalnych odpowiedników<sup>35</sup>. Prosta konsekwencją tego jest istotny wzrost liczby przepisów ogólnych Kodeksu karnego skarbowego dotyczących przestępstw skarbowych, będących niejednokrotnie w praktyce kopiami rozwiązań kodyfikacji wiodącej<sup>36</sup>. Z kolei w odniesieniu do wykroczeń skarbowych ustawodawca zdecydował się na pełną autonomię; brak odpowiednika art. 36 ustawy karnej skarbowej z 1971 r. przesądza o niemożności sięgnięcia do przepisów zewnętrznych<sup>37</sup>. Tym samym wszystkie uregulowania dotyczące zasad odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe zawierają przepisy umieszczone przez ustawodawcę wyłącznie w ramach rozdziału 4 k.k.s.

Charakterystyczną odrębnością jest wyraźna klauzula wyłączająca wyrażona w treści art. 20 § 1 k.k.s. Jest to prosta konsekwencja regulacji art. 116 k.k., cechującej się większą od poprzedniczki z 1969 r. stanowczością i wymagającej wyraźnego wyłączenia stosowania przepisów części ogólnej tego kodeksu do uregulowań innych ustaw statuujących odpowiedzialność karną.

Rola art. 20 k.k.s. nie zmieniła się jednak w sposób istotny w zestawieniu z jego poprzednikami. Również obecnie jest ona dwójaka: po pierwsze, przepis ten ma za zadanie wskazać w sposób wyczerpujący krąg przepisów ogólnych Kodeksu karnego, które winny być stosowane odpowiednio do przestępstw skarbowych; po drugie – i nie mniej istotne – jego zadaniem jest wyłączenie możliwości stosowania w prawie

<sup>35</sup> G. Łabuda, [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. III, Warszawa 2017, s. 358.

<sup>36</sup> Odpowiada za to po części praktyka zaniechania recepcji przepisów ustaw zewnętrznych do wykroczeń skarbowych. Mimo praktycznie identycznej treści opisujących formy sprawstwa przepisów art. 9 § 1 k.k.s. i art. 18 § 1 k.k. ustawodawca nie może ograniczyć się do recypowania drugiego z nich, gdyż nie miałby on wówczas zastosowania do wykroczeń skarbowych.

<sup>37</sup> V. Konarska-Wrzosek, [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. II, red. I. Zgołański, Warszawa 2021, s. 170.

karnym skarbowym tych przepisów Kodeksu karnego, które w jego ramach powołane nie zostały.

Recepcja dokonana w treści rozdziału 3 k.k.s. zdradza charakterystyczne cechy zabiegu odpowiedniego stosowania przepisów podnoszone w teorii prawa. Wśród uregulowań przejętych z kodyfikacji wiodącej nietrudno wskazać trzy grupy przepisów, wydzielone ze względu na konsekwencje posłużenia się wspomnianą formułą recepcji<sup>38</sup>.

Do pierwszej z nich zaliczyć można przepisy, które co prawda obejmuje formuła nakazująca ich odpowiednie wykorzystanie w nowym zakresie normowania, lecz podobieństwa zakresu regulowanej materii pozwalają na ich zastosowanie wprost, bez jakichkolwiek modyfikacji. Jest to dość obszerna grupa uregulowań objętych recepcją, a jej charakterystycznymi przykładami są przepisy art. 18 § 2 i 3 k.k., definiujące pojęcie podżegania i pomocnictwa. Sformułowane zostały w sposób, który w żaden sposób nie dyskryminuje ich potencjalnego zastosowania do materii uregulowanej w kodyfikacji karnoskarbowej. Pamiętać oczywiście należy o wspólnej cesze materii recypowanej w ramach rozdziału 3 k.k.s. – mają one zastosowanie jedynie do przestępstw, lecz już nie wykroczeń skarbowych; może to być jednak zastosowanie w pełni dosłowne i niewymagające jakichkolwiek modyfikacji.

Choć formuła odpowiedniego stosowania pojawia się również w art. 113 § 1 k.k.s., zakres przepisów, które należy stosować wprost, jest w przypadku przepisów procesowych znacznie szerszy. Będą się w nim mieścić całe rozdziały kodyfikacji procesowej, które nie wymagają żadnych zmian na gruncie karnoskarbowym, jak przepisy dotyczące wyłączenia sędziego, obrońców i pełnomocników, doręczeń, czy nawet działy tej ustawy, przykładowo dotyczący dowodów dział V<sup>39</sup>.

Wśród objętych recepcją przepisów pojawia się jednak grupa takich, które mimo objęcia formalną recepcją nie znajdują zastosowania w nowym zakresie normowania. Nie jest to szczęśliwie kategoria liczna; w pierwszych miesiącach obowiązywania Kodeksu karnego skarbowego można było ją wręcz uznać za nieistniejącą, z czasem jednak zmiany dokonywane przez ustawodawcę w treści przepisów ogólnych Kodeksu karnego, którym nie towarzyszyła jakakolwiek modyfikacja brzmienia dokonujących recepcji regulacji karnoskarbowych, wprowadziła do grona przejętych przepisów rozwiązania całkowicie bezprzedmiotowe w kontekście norm prawa karnego finansowego.

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 181.

<sup>39</sup> T. Razowski, [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. III, *op. cit.*, s. 1038–1039.

Dobrym przykładem takiej regulacji jest art. 41 k.k., który w brzmieniu pierwotnym składał się z dwóch paragrafów regulujących kwestię stosowania tzw. terminowych środków karnych. Miały one pełne zastosowanie w odniesieniu do analogicznych środków przewidzianych w Kodeksie karnym skarbowym. Z czasem jednak w treści przepisu pojawiać się zaczęły kolejne paragrafy, dotyczące środków stosowanych wobec sprawców dopuszczających się przestępstw skierowanych przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, a nieco później także przeciwko życiu i zdrowiu, popełnianych na szkodę małoletnich. Jako że recepcją objęty był cały art. 41 k.k., również te nowe regulacje weszły teoretycznie w zakres przepisów stosowanych odpowiednio do przestępstw skarbowych. Trudno oczywiście wyobrazić sobie, by jakiegokolwiek typy czynów zabronionych z części szczególnej Kodeksu karnego skarbowego zagrażały wspomnianym dobrom prawnym, a zatem ten fragment recypowanych przepisów nie odgrywa w nowym zakresie normowania jakiegokolwiek roli<sup>40</sup>.

Uregulowania takie znajdziemy także wśród przepisów procesowych, choć i w tym przypadku są one zdecydowanie mniej liczne<sup>41</sup>. Dobrym przykładem jest choćby rozdział dotyczący oskarżyciela prywatnego, który nie został przez ustawodawcę wyraźnie wyłączony z zakresu recepcji, lecz nie znajdzie zastosowania do przestępstw i wykroczeń skarbowych, których ściganie odbywa się bez wyjątku w trybie publicznoskargowym.

Najliczniejszą kategorię wśród przepisów recypowanych stanowią z pewnością przepisy zaliczające się do trzeciej grupy, które można by określić mianem stosowanych odpowiednio w znaczeniu wąskim. W tym gronie znajdziemy regulacje przydatne w nowym zakresie normowania, lecz wymagające dokonania w ich treści modyfikacji, które konieczne będą z racji specyfiki materii karnoskarbowej.

W tym gronie znajdziemy zarówno przepisy wymagające jedynie drobnych, wręcz kosmetycznych zabiegów dostosowujących, których adaptacja będzie zatem bardzo bliska formule stosowania „wprost”, jak i takie, w przypadku których modyfikacje okażą się znacznie dalej idące.

Do pierwszej kategorii zaliczyć można objęty recepcją przepis art. 90 § 1 k.k., dotyczący pewnych aspektów łączenia środków oddziaływania penalnego. Zgodnie z nim „środki karne, przepadek, środki

<sup>40</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. IV, Kraków–Warszawa 2009, s. 106.

<sup>41</sup> A. Bułat, [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. II, *op. cit.*, s. 765.

kompensacyjne, środki zabezpieczające oraz dozór stosuje się, chociażby orzeczono je tylko co do jednego ze zbiegających się przestępstw”. Zmiany w przypadku wskazanego przepisu polegać będą, po pierwsze, na zastąpieniu pojęcia „przestępstwa” zwrotem „przestępstwo skarbowe” oraz, po drugie, na pominięciu zwrotów „przepadek” i „środki kompensacyjne”, które w obrębie kodyfikacji karnoskarbowej zaliczane są nadal do kategorii środków karnych.

Bywa jednak, że wskazanie konsekwencji wynikających z recepcji konkretnego przepisu jest procesem bardziej skomplikowanym. Przykładem takiej sytuacji jest art. 67 § 3 k.k., pozwalający w razie warunkowego umorzenia postępowania karnego orzec wobec sprawcy nawiązkę lub świadczenie pieniężne. Brak takich środków w katalogu zawartym w art. 22 § 2 k.k.s., a nadto niewystępowanie w prawie karnym skarbowym instytucji pokrzywdzonego, przesądza o potrzebie usunięcia wskazanych fragmentów regulacji z zakresu objętym recepcją; należy uznać, że w przypadku sprawców przestępstw skarbowych nie będą one mieć zastosowania.

W przypadku przepisów procesowych<sup>42</sup> zmiany dokonywane w ramach formuły odpowiedniego stosowania można także zaliczyć do dwóch kategorii. Pierwsza z nich będzie dotyczyć zazwyczaj nienastręczających problemów interpretacyjnych drobnych zmian o charakterze terminologicznym, jak przykładowo zwrot „postępowanie karne” użyty w treści art. 4 k.p.k., który zastąpić należy określeniem „postępowanie w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe” czy pojęcie „występku” użyte w art. 11 § 1 k.p.k., które zastąpić należy pojęciem „przestępstwa lub wykroczenia skarbowego”, zaś w przypadku art. 258 § 2 lub art. 309 pkt 5 k.p.k. – jedynie „przestępstwa skarbowego”<sup>43</sup>.

O ile błędem jest lekceważenie praktycznej rangi ustaleń porządkujących przedmiot badań i wzmacniających ich teoretycznoprawne podstawy, o tyle przyznać trzeba, że istotną rolę, jaką poszczególne instrumenty prawne mogą odegrać w procesie wprowadzania dyspozycji ustawy w życie, może nam uświadomić jedynie głęboka analiza proponowanych przez nią rozwiązań na tle całokształtu obowiązującego w danej dziedzinie materiału normatywnego<sup>44</sup>.

Wbrew powszechnie akceptowanym poglądom relacja ta nie sprowadza się bynajmniej do jednokierunkowej recepcji uregulowań prawa

<sup>42</sup> T. Grzegorzczuk, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 478.

<sup>43</sup> A. Bułat, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 765.

<sup>44</sup> R. Pawlik, *Kontrawencjonalizacja w polskim prawie karnym i wykroczeń. Analiza teoretyczno-dogmatyczna na tle porównawczym*, Kraków 2016, s. 448–450.



karnego kryminalnego na grunt karnoskarbowy. Jak wykazano powyżej, bliskie powiązania zakresu regulacji przedmiotowych aktów normatywnych prowadzą nieuchronnie do wzajemnego przenikania się aparatów pojęciowych i wpływania na interpretację pojęć użytych w ramach wypowiedzi normatywnych w obu zakresach odniesienia. Nie jest zatem możliwe interpretowanie zwrotów użytych przez ustawodawcę w ramach regulacji prawa karnego skarbowego bez pogłębionej analizy ich znaczenia w obrębie materii prawa karnego kryminalnego. Proces ten jest bardziej skomplikowany z uwagi na konieczność dostosowywania treści wypowiedzi normatywnych do potrzeb odrębnego zakresu regulacji, charakteryzującego się typową dla prawa karnego skarbowego odrębnością i koniecznością stosowania w procesie wykładni szeregu zabiegów przybliżających zewnętrzną materię normatywną do regulacji własnej Kodeksu karnego skarbowego.

Spostrzeżenie powyższe nie odbiega rzecz jasna od ugruntowanych poglądów wyrażanych konsekwentnie przez przedstawicieli doktryny prawa karnego skarbowego<sup>45</sup>. Jeśli zatem tezy zaprezentowane powyżej cechuje pewna odrębność, wynika ona przede wszystkim z reprezentowanego przekonania, iż zjawisko to nie ogranicza się jedynie do jednokierunkowej recepcji. Bliskość materii normatywnej obu omawianych kodyfikacji oraz wspólnota celów, którym służyć mają zawarte w ich ramach wypowiedzi, przesądza o tym, że nie jest w równym stopniu możliwa interpretacja wypowiedzi normatywnych zawartych w ramach Kodeksu karnego bez powoływania się na modyfikacje dokonywane w ich treści przez uregulowania charakterystyczne dla materii karnoskarbowej.

Tym samym należy uznać za przekonujące stanowisko, w myśl którego dla pełnego zrozumienia konsekwencji wypływających z kształtu uregulowań Kodeksu karnego konieczne jest sięgnięcie do przepisów karnoskarbowych i uzupełnienie analizy zewnętrznych wobec Kodeksu karnego skarbowego uregulowań o wnioski wypływające z wykładni instytucji objętych regulacją własną kodyfikacji prawa karnego skarbowego.

Wzajemne relacje pojęć języka wypowiedzi normatywnych obu omawianych kodyfikacji należy rozpatrywać na dwóch płaszczyznach. Pierwsza z nich, bardziej oczywista, doczekała się już analiz dogmatycznych<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 109; G. Łabuda, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 258–259; Z. Siwik, *Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej. Część ogólna*, Wrocław 1993, s. 58.

<sup>46</sup> J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 140 i n.

Mowa o konsekwencjach dokonywanej tradycyjnie przez wyspecjalizowane przepisy prawa karnego skarbowego recepcji uregulowań ujętych w ramach kluczowej dla systemu prawa karnego materialnego kodyfikacji, jaką jest Kodeks karny.

Nie można jednak pominąć milczeniem drugiej ze wspomnianych płaszczyzn, dotąd z reguły niedostrzeganej, jakkolwiek równie istotnej. Chodzi o konsekwencję pojawiania się w obu kodyfikacjach analogicznie brzmiących pojęć, na których interpretację wpływa fakt użycia ich w różnych zakresach odniesienia<sup>47</sup>. Stanowią one jednak elementy tego samego systemu prawa karnego, co wymusza ich systemową interpretację. Tym samym w procesie wykładni uregulowań Kodeksu karnego skarbowego niezbędne jest odwołanie się do aparatu pojęciowego, którym operuje ustawodawca w ramach prawa karnego kryminalnego. Co jednak równie istotne, acz rzadziej dostrzegane, również prawidłowa interpretacja zwrotów użytych w przepisach Kodeksu karnego wymaga odwołania się do niektórych przynajmniej instytucji właściwych prawu karnemu skarbowemu.

Fakt obszernej recepcji uregulowań części ogólnej Kodeksu karnego na grunt kodyfikacji karnej skarbowej pociąga za sobą konieczność poddania ich treści procesowi modyfikacji znaczeniowej wynikającej z formuły odpowiedniego stosowania przepisów. Jak wspomniano już uprzednio, użycie tego zwrotu wymusza zdaniem przedstawicieli teorii prawa konieczność poddania materii recypowanej zabiegom dostosowawczym, które przybrać mogą trojaką formę<sup>48</sup>.

Po pierwsze – zdarza się w praktyce dość często, że bliskość zakresów normowania pozwala na stosowanie przejętych uregulowań wprost, bez konieczności sięgania po jakiegokolwiek narzędzia dostosowawcze. Sytuacja taka, stanowiąca skądinąd najlepszy dowód na wzajemną bliskość omawianych kodyfikacji, występuje w omawianych kodyfikacjach stosunkowo często i dotyczy zwrotów o fundamentalnym znaczeniu dla całego systemu prawa karnego, takich jak ustawa karna, odpowiedzialność karna lub karalność<sup>49</sup>. Nie ogranicza się jednak do nich, obejmując także wiele mniej doniosłych sformułowań, pojawiając się wszędzie tam, gdzie odrębności obu ustaw nie wymuszają odmiennej interpretacji bliskich znaczeniowo pojęć.

<sup>47</sup> Dotyczy to zarówno zwrotów o fundamentalnym znaczeniu jak „czyn zabroniony”, „kara”, „sprawca”, jak również sformułowań odnoszących się do specyficznych instytucji prawa karnego jak „błąd”, „czyn ciągły” czy „współdziałający”.

<sup>48</sup> W. Patryas, *Przepisy...*, *op. cit.*, s. 5 i n.

<sup>49</sup> L. Wilk, *Szczegółne...*, *op. cit.*, s. 422.

Po drugie, do osobnej grupy należy zaliczyć takie zwroty, które wymagają określonych zabiegów dostosowawczych. Zakres tych ostatnich wyznaczają potrzeby wynikające z odrębności przedmiotu regulacji obu aktów normatywnych. Rzecz jasna rozmiar zabiegów dostosowawczych nie jest narzucony z góry, a wynika z marginesu odrębności, który kształtować się może w sposób bardzo rozmaity. Czasem sprowadza się do drobnych zabiegów związanych z drugorzędnymi różnicami w zakresie aparatu pojęciowego obu ustaw, czasem zaś wymaga zabiegów głębszych z istoty, mających wyrażać odrębne cele, jakie ustawodawca stawia przed konkretnymi instytucjami prawa karnego.

Po trzecie wreszcie – formuła odpowiedniego stosowania przejętych przepisów wymaga rezygnacji z części recypowanych uregulowań, których nie da się pogodzić z regulacją własną. Jak uprzednio już podkreślono, sytuacja taka, będąca na porządku dziennym pod rządami ustawy karnej skarbowej z 1971 r., obecnie zachodzi zdecydowanie rzadziej. Zasługę tę przypisać należy węższemu, ale też zdecydowanie bardziej racjonalnemu, zakresowi recepcji, z którym mamy do czynienia pod rządami obecnego Kodeksu karnego skarbowego.

Co jednak w niniejszym opracowaniu uznać należy za najistotniejsze – wzajemne relacje pojęć języka wypowiedzi normatywnych nie ograniczają się bynajmniej do materii recypowanej. Wspomniana już systemowa jednolitość charakteryzująca obie omawiane kodyfikacje przesądza o tym, iż dla prawidłowej analizy zakresu normowania pojęć użytych w ramach jednej z ustaw konieczne jest sięgnięcie również do materii uregulowanej przez drugi z omawianych aktów normatywnych<sup>50</sup>.

I tak, jak była już o tym mowa, nie można w sposób w pełni prawidłowy zinterpretować pojęcia przestępstwa, którym operuje ustawodawca w ramach Kodeksu karnego bez sięgnięcia do materii normatywnej Kodeksu karnego skarbowego i analizy wypowiedzi normatywnych traktujących o istocie przestępstwa skarbowego. Mechanizm ten działa również w przeciwnym kierunku; nie jest możliwa poprawna dogmatycznie analiza katalogu kar i środków karnych, którymi posłużył się ustawodawca w ramach Kodeksu karnego skarbowego bez uwzględnienia wypowiedzi dotyczących mechanizmów reakcji karnej przewidzianych przez ustawodawcę w regulacji Kodeksu karnego.

Zjawisko to, dotąd pomijane milczeniem, musi zostać uwzględnione dla osiągnięcia celu stawianego sobie przez dogmatykę prawa karnego, a zatem dla w pełni poprawnej analizy treści normatywnej zawartej

<sup>50</sup> R. Pawlik, *Kontrawencjonalizacja...*, *op. cit.*, s. 450.

przez ustawodawcę w każdej z omawianych kodyfikacji. Jest to prostą konsekwencją ich wzajemnych powiązań, nieuchronnych wobec wspólnoty celów, którym mają one służyć. Zarówno Kodeks karny, jak i Kodeks karny skarbowy są instrumentami oddziaływania polityki karnej i kształtują spójny i zintegrowany system prawa karnego. Zrozumiałe jest zatem, że byłoby błędem traktowanie ich jako całkowicie niezależnych i autonomicznych aktów prawnych, w szczególności zaś traktowanie języka, przy użyciu którego sformułowano normy każdej z nich jako odrębnego instrumentu kodyfikacyjnego.

Ustawodawca karny, tworząc przepisy prawa pozytywnego, robi to w sposób jednolity systemowo, co implikuje bliskie związki wszystkich elementów mających tworzyć ów z założenia spójny i zintegrowany system. Kodyfikacje prawa karnego kryminalnego i skarbowego są jego elementami; właśnie postrzeganie ich jako fragmentów większej całości jest warunkiem koniecznym właściwego zrozumienia intencji przyświecających ustawodawcy.

Mateusz Pękala\*

## Dyskurs legislacyjny w kręgu konfliktu – uwagi inspirowane myślą Profesora Tadeusza Biernata

### 1. Wstęp

Prace składające się na bogaty dorobek naukowy Profesora Tadeusza Biernata wyróżnia odważne dążenie do wykraczania poza standardowe ramy rozważań, podejmowanie prób przełamywania barier i uprzedzeń między różnymi paradygmatami oraz chęć wytyczania nowych pól badawczych na styku nauk prawnych i nauk politycznych (ale także np. filozofii, socjologii czy teorii organizacji). Te ambitne zamierzenia Jubilat realizuje z pełną świadomością, że często, jak sam to określa, są one związane z ryzykiem i nastrożają trudności, a niekiedy wymagają wręcz „stąpienia po kruchym lodzie”<sup>1</sup>. Drugim wyznacznikiem podejścia badawczego Profesora jest koncentrowanie się na takich problemach,

---

\* Dr, Uniwersytet Ignatianum w Krakowie, ORCID: 0000-0002-1389-2664.

<sup>1</sup> Za przykład charakterystycznego dla Tadeusza Biernata podejścia badawczego mogą służyć chociażby jego rozważania dotyczące zastosowania pojęcia „trudnych spraw” (*hard cases*) w sferze tworzenia prawa. Zob. *idem*, „Trudne sprawy” w procesie tworzenia prawa. Pole dyskursu legislacyjnego, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Chodun, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 475–476; *idem*, *Dyskurs legislacyjny a problem neutralizacji wartości w prawie*, [w:] *Wielowymiarowość prawa*, red. J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień, Toruń 2014, s. 15–27.

które są istotne z punktu widzenia praktyki funkcjonowania najważniejszych instytucji społecznych<sup>2</sup>. Jednym z tego rodzaju obszarów tematycznych jest szeroko rozumiana polityka tworzenia prawa. Stopniowe rozwijanie badań nad nią ma służyć zarówno podnoszeniu jakości poszczególnych etapów prawotwórczych procesów decyzyjnych, jak i zwiększaniu skuteczności aktów normatywnych stanowiących ich efekt końcowy<sup>3</sup>.

Wyzwanie wyczerpującego przedstawienia analizowanych przez Tadeusza Biernata różnorodnych uwarunkowań tworzenia prawa dalece wykracza poza ramy niniejszych rozważań, które dotyczą jedynie wątku zależności zachodzących między modelowym (teoretycznym) ujęciem dyskursu legislacyjnego a problematyką konfliktów społecznych. Różnego rodzaju antagonizmy często są bowiem „motorem napędowym” procesów tworzenia prawa i na wiele sposobów warunkują ich przebieg, a jednak uwzględnienie tej kwestii w rozważaniach naukowych nad optymalizacją praktyki funkcjonowania instytucji władzy legislacyjnej wciąż jest niełatwym wyzwaniem badawczym.

Po ogólnym naświetleniu związków zachodzących między teoretycznymi ujęciami prawotwórczych procesów decyzyjnych a badaniami nad przyczynami i skutkami konfliktów społecznych podjęta zostanie próba ukazania, w jaki sposób na gruncie rozważań zmierzających do „skorelowania dyskursu politycznego i prawniczego”<sup>4</sup> użyteczne mogą okazać się narzędzia stosowane w praktyce polubownego rozwiązywania sporów. Uzasadnieniem tego zamierzenia jest wyrażana przez Tadeusza Biernata teza, że „trudne sprawy” (*hard cases*) w procesach tworzenia prawa wymagają podejścia „wykraczającego poza standardowo wyznaczone ramy legislacji”<sup>5</sup>. Za przykład takiego niepospolitego narzędzia posłuży tzw. krąg konfliktu, czyli jeden ze stosowanych w mediacji sposobów diagnozowania różnego rodzaju sporów, wskazujący zarazem na najskuteczniejsze strategie rozwiązywania poszczególnych przypadków. W efekcie sformułowane zostaną wskazówki dotyczące takich form wyznaczania ram i organizowania dyskursu legislacyjnego, które odpowiadają poszczególnym rodzajom antagonizmów społecznych.

<sup>2</sup> Wskazać tu można w szczególności podejmowane przez niego wątki: tworzenia prawa, sądowego stosowania prawa, integracji europejskiej, edukacji prawniczej, relacji między prawem a wartościami, stosunków między instytucjami prawnymi a politycznymi czy uprawomocnienia władzy politycznej.

<sup>3</sup> *Idem*, „Trudne sprawy”..., *op. cit.*, s. 474.

<sup>4</sup> *Ibidem*, s. 475.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

## 2. Konflikty społeczne a modele tworzenia prawa

W najbardziej ogólnym ujęciu tworzenie prawa to specyficzny rodzaj procesu decyzyjnego nakierowanego na rozwiązanie przez instytucjonalnie rozumianego prawodawcę określonego problemu społecznego za pomocą wprowadzania nowych lub modyfikowania dotychczas obowiązujących norm prawnych. W myśl założenia o umiarkowanym woluntaryzmie prawotwórczy ośrodek decyzyjny może skutecznie oddziaływać na rzeczywistość społeczną, choć jest w tym zakresie uwarunkowany różnymi czynnikami wewnętrznymi i zewnętrznymi<sup>6</sup>. Osiągnięcie racjonalności instrumentalnej wymaga przede wszystkim wykorzystania adekwatnej wiedzy o mechanizmach funkcjonowania systemu społecznego oraz przyjęcia transparentnych założeń aksjologicznych<sup>7</sup>. Z tego punktu widzenia Tadeusz Biernat wyróżnia cztery główne etapy procesu tworzenia prawa:

1. Identyfikacja konfliktu/problemu wymagającego rozwiązania oraz artykulacja woli politycznej (sformułowanie celu).
2. Określenie stopnia i zakresu interwencji prawnej i stworzenie projektu aktu normatywnego.
3. Zainicjowanie procedury legislacyjnej.
4. Przeprowadzenie procedury legislacyjnej, ogłoszenie nowego aktu normatywnego i (ewentualna) kontrola jego konstytucyjności<sup>8</sup>.

Prawotwórczy cykl decyzyjny zaczyna się i kończy odniesieniem do tego fragmentu życia społecznego, który z różnych powodów wymaga interwencji polegającej na wprowadzeniu lub modyfikacji norm prawnych dotyczących konkretnych aktorów społecznych i ich różnego rodzaju relacji z innymi podmiotami. Na całokształt tego procesu, siłą rzeczy, składa się nie tylko ściśle rozumiana procedura legislacyjna, bo

<sup>6</sup> S. Wronkowska, *Swoboda decyzji ustawodawcy: wprowadzenie*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawecki, Warszawa 2010, s. 192; J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław 1985, s. 44 i n.

<sup>7</sup> T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, *Politics of law and legal policy. Introduction*, [w:] *Politics of law and legal policy. Between modern and post-modern jurisprudence*, red. *idem*, Wolters Kluwer Polska 2008, s. 20–21. Zob. także: T. Biernat, *Rola prawa w kształtowaniu instytucji władzy politycznej*, [w:] *Prawo – Władza – Społeczeństwo – Polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Pałeckiego*, red. M. Borucka-Arctowa, T. Biernat, J. Czapska, H. Opalek, A. Rojek, M. Stepien, Toruń 2006, s. 545–558.

<sup>8</sup> T. Biernat, *Law making policy*, [w:] *Politics of law and legal policy. Between modern and post-modern jurisprudence*, red. T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, Wolters Kluwer Polska 2008, s. 109 i n.; *idem*, *Legislacja. Analiza procesu*, Kraków 2016, s. 55–58.

chodzi tu o ogół działań podejmowanych zarówno przed, jak i w trakcie procesu decyzyjnego oraz zarówno wewnątrz, jak i na zewnątrz instytucjonalnie rozumianego prawodawcy. Chodzi zatem o dyskurs legislacyjny rozumiany nie tylko jako ścisły proces powstawania tekstu prawnego, ale jako proces o znacznie szerszym zasięgu, na którego przebieg i efekt wpływają m.in. przesłanki decyzji legislacyjnych, sposoby argumentowania na rzecz poszczególnych rozwiązań, mechanizmy i procedury prowadzące do skorelowania dyskursu politycznego i prawniczego, a także konkretne rozwiązania organizacyjne<sup>9</sup>.

Konieczność podjęcia decyzji legislacyjnej może wynikać z wielu różnych przyczyn<sup>10</sup>. Z socjologicznego punktu widzenia tworzenie prawa, tak jak każdy proces decyzyjny, jest bowiem areną, na której rozgrywa się wiele rozmaitych scenariuszy<sup>11</sup>. Biorąc pod uwagę cel niniejszych rozważań, warto wspomnieć przede wszystkim o scenariuszach konfliktowych, które, wraz ze scenariuszami współpracy, stanowią dwie współlistniejące i współzależne sfery dynamiki społecznej (perspektywa makrosocjologiczna) oraz dwa podstawowe rodzaje interakcji (perspektywa mikrosocjologiczna). Konflikt jest zjawiskiem wpisanym w funkcjonowanie każdego politycznie zorganizowanego społeczeństwa<sup>12</sup>. Można go zdefiniować jako każdą obiektywną lub subiektywną niemożność pogodzenia różnych wartości i interesów oraz sposobów ich osiągnięcia przez co najmniej dwa podmioty (jednostki, grupy, warstwy, klasy społeczne itp.), które dążą do realizacji swoich celów kosztem innych<sup>13</sup>.

Skoro sporów nie da się całkowicie wyeliminować z życia społecznego, to różne drogi uzgadniania interesów i zawierania kompromisów

<sup>9</sup> *Idem*, „Trudne sprawy”..., *op. cit.*, s. 475. Podobny zakres znaczeniowy ma pojęcie organizacji procesu prawotwórczego, oznaczające katalog czynników „mających wpływ na zespół działań prawotwórczych. Istotny wpływ na te działania mają przyjęte procedury i prawnie określona struktura instytucjonalna podmiotów uczestniczących w tym procesie. Podstawowe znaczenie dla organizacji procesu tworzenia prawa ma jego wkomponowanie w rozwiązania ustrojowe i przyjętą konstrukcję sprawowania władzy politycznej. W konsekwencji tworzenie prawa jest w znacznym stopniu uzależnione od form sprawowania władzy” – *idem*, *Legislacja...*, *op. cit.*, s. 67.

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 61–65.

<sup>11</sup> „Decisions are stage for many dramas” – J.G. March, J.P. Olsen, *Ambiguity and Choice in Organizations*, Oslo 1976, s. 250.

<sup>12</sup> K. Pałeczki, *Prawoznawstwo. Zarys wykładu. Prawo w porządku społecznym*, Warszawa 2003, s. 198.

<sup>13</sup> S. Ehrlich, *Dynamika norm. Podstawowe zagadnienia wiążących wzorów zachowania*, wyd. 2, Warszawa 1994, s. 213–219; A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA*, Lublin 1993, s. 20.



powinny być traktowane jako nieodłączne elementy każdego systemu władzy. Dotyczy to w szczególności tych instytucji, które decydując o kształcie norm prawnych, wyznaczają zakres obowiązków i uprawnień poszczególnych aktorów społecznych, a tym samym biorą udział w grze o mniejszy lub większy zakres ich podmiotowości<sup>14</sup>. W praktyce polityka tworzenia prawa ma charakter mieszany – elementy podejścia instrumentalnego (prawo jako technika) w różnych proporcjach przeplatają się z perspektywą dyskursywną (prawo jako rozmowa)<sup>15</sup>. Jednak w kontekście tworzenia prawa w tych sferach życia społecznego, które są powiązane z intensywnymi konfliktami społecznymi, większą wagę należy z pewnością przypisywać ujęciu dyskursywnemu, zakładającemu, że władza jest specyficznym rodzajem stosunku społecznego, funkcjonującego na zasadzie gry o sumie dodatniej. Prawodawca zaś jest jednym z aktorów szerokiej sieci społecznej, a jakość prawa stanowionego oparta jest nie tylko na kryterium instrumentalnym (dotyczącym prawidłowości rozumowania z celów na środki), ale także na kryterium racjonalności komunikacyjnej, czyli zdolności wszystkich uczestników dyskursu legislacyjnego do wyrażania swoich wartości i interesów oraz do osiągnięcia konsensu<sup>16</sup>. Oczywiście podstawowym celem każdego systemu polityczno-prawnego jest nie dopuścić do

takiego konfliktu pomiędzy stronami stosunku władzy politycznej, którego nie limitowałyby żadne reguły, uniknąć konfrontacji totalnej, w której obu stronom groziłoby zniszczenie w sensie dosłownym, walki, której efektem mogłoby być rozpadnięcie się istniejącej organizacji politycznej społeczeństwa (a być może i całego systemu społecznego)<sup>17</sup>.

Nie zmienia to tego, że czasami w sposób niezamierzony (np. jako nieprzewidziany efekt uboczny), a czasami celowo (np. dla bieżących politycznych korzyści ośrodka władzy), decyzje legislacyjne prawa mogą powodować zaostrzenie sytuacji i powstawanie nowych antagonizmów. Dzieje się tak na pewno wtedy, gdy wprowadzane regulacje bezpośrednio

<sup>14</sup> S. Ehrlich, *Dynamika norm...*, *op. cit.*, s. 230.

<sup>15</sup> L. Morawski, *Dwa pojęcia polityki prawa*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 593.

<sup>16</sup> T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, *Politics...*, *op. cit.*, s. 22–23; T. Biernat, *Law Making Policy...*, *op. cit.*, s. 86–87; *idem*, *Legislacja...*, *op. cit.*, s. 48 i n.

<sup>17</sup> K. Pałeczki, *Prawo a polityka (propozycja porządku rozważań)*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990, s. 284.

naruszając istotne interesy określonych grup społecznych<sup>18</sup>. W myśl ujęcia komunikacyjnego główną funkcją instytucji prawnych jest jednak rozjemstwo. Prawotwórczy ośrodek decyzyjny

nie kształtuje „wprost” rzeczywistego porządku społecznego [...], ale ustanawia dla procesów kształtowania tego porządku pewne normatywne „drogowskazy” i ustala kryteria oceny stanu porządku społecznego. Jest arbitrem między różnymi i niekoniecznie bezkonfliktowo współpracującymi ze sobą siłami społecznymi, kreującymi określony porządek i „stróżem” zachowania „reguł gry” w ramach tego porządku<sup>19</sup>.

### 3. Konflikt jako trudna sprawa w procesie tworzenia prawa

W socjologii prawa od dawna zwraca się uwagę na ściśle związki tworzenia i funkcjonowania systemu prawa z problematyką konfliktów społecznych<sup>20</sup>. Skomplikowane relacje między tymi obszarami sprawiają, że jest to pole badawcze naznaczone wieloma wyzwaniem o charakterze teoretycznym. Nie zmienia to jednak tego, że w ujęciu paradygmatycznym „prawo jest najlepszym instrumentem kształtowania relacji społecznych, rozwiązywania konfliktów i problemów”<sup>21</sup>. Z praktycznego punktu widzenia istniejący w społeczeństwie antagonizm, stanowiący tło określonego procesu tworzenia prawa, można z pewnością uznać za trudną sprawę, czyli taki problem decyzyjny, którego skuteczne rozwiązanie wymaga wyjścia poza standardowe ramy legislacji<sup>22</sup>.

W świetle zaproponowanej przez Tadeusza Biernata konceptualizacji pojęcia „trudna sprawa” w procesie tworzenia prawa przykładowymi kryteriami odróżniania *hard case* od *easy case* mogą być np.: wielość możliwych rozwiązań, trudność w uzgodnieniu kryteriów racjonalności i słuszności, zderzenie prawa z innymi systemami normatywnymi,

<sup>18</sup> S. Ehrlich, *Dynamika norm...*, *op. cit.*, s. 233–234.

<sup>19</sup> K. Pałeczki, *Prawoznawstwo...*, *op. cit.*, s. 201.

<sup>20</sup> Zob. chociażby: S. Ehrlich, *Dynamika norm...*, *op. cit.*, s. 235. Także w rozważaniach z zakresu teorii władzy politycznej „często uznawaną cechą władzy jest konflikt występujący między podmiotami tego stosunku. Uważa się go za cechę konstytutywną” – T. Biernat, *Legitymizacja władzy politycznej. Elementy teorii*, Toruń 1999, s. 51. Inni badacze za istotną cechę lub nawet faktyczną podstawę władzy politycznej uznają zaś konsensus – zob. *idem*, *Władze publiczne w demokratycznym państwie prawa. Prawo – Instytucje – Zasoby*, Kraków 2014, s. 39–40.

<sup>21</sup> *Idem*, *Prawo w przestrzeni normatywnej*, „Jurysprudencja” 13/2019, Łódź 2019, s. 59.

<sup>22</sup> *Idem*, „Trudne sprawy”..., *op. cit.*, s. 475.

konieczność dokonywania wyboru między różnymi rozstrzygnięciami aksjologicznymi, istotne znaczenie dla politycznej gry o władzę oraz brak spójności między różnymi rodzajami legitymizacji: prawną, polityczną i społeczną<sup>23</sup>. Łatwo zauważyć, że powyższe czynniki mają ściśle związek z istniejącymi w danym społeczeństwie antagonizmami. Oczywiście samo istnienie podziału społecznego nie jest wystarczające dla uznania danego problemu regulacyjnego za trudny. Pod uwagę należy brać raczej stopień intensywności konfliktu, możliwy do określenia np. na podstawie odpowiedzi na następujące pytania: w jakim stopniu strony konfliktu są aktywne w wywieraniu presji na przebieg i wynik procesu prawodawczego? Jaka jest dynamika antagonizmu – jak przebiegał w przeszłości i jaki może przybrać kształt w najbliższej przyszłości? Jakie jest prawdopodobieństwo eskalacji i jakie będą jej skutki<sup>24</sup>? Jeśli intensywność konfliktu okaże się wysoka, to z pewnością będzie to wystarczające uzasadnienie dla zastosowania w danym przypadku narzędzi wykraczających poza standardowe ramy procesu tworzenia prawa.

Tadeusz Biernat zauważa, że trudna sprawa wymaga przede wszystkim otwarcia politycznego, czyli uruchomienia mechanizmów, które pozwolą wypracować najlepszy w danej sytuacji plan rozwiązania problemu społecznego (*policy*<sup>25</sup>), a chodzi przede wszystkim o „zdefiniowanie standardu w ramach ukierunkowanego działania politycznego i związanych z tym przewartościowań politycznych celów, a wraz z tym strategii działania”<sup>26</sup>. Niezależnie od genezy problemu kluczowa dla poradzenia sobie z trudną sprawą w procesie tworzenia prawa jest kwestia odpowiedniego ukształtowania pola szeroko rozumianego dyskursu legislacyjnego, w którym (jak to już zaznaczono wyżej) główną rolę odgrywają: konkretne sposoby organizacji procesu tworzenia prawa, przesłanki decyzji legislacyjnych, sposoby argumentacji na rzecz poszczególnych rozwiązań oraz mechanizmy zapewniające skorelowanie dyskursu politycznego i prawniczego<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 480, 483–484.

<sup>24</sup> M. Pękala, *Pole decyzyjne ustawodawcy*, Kraków 2016, s. 317–318.

<sup>25</sup> Na temat genezy pojęcia *policy*, jego zakresu znaczeniowego i trudności związanych z przekładaniem go na inne języki zob. T. Biernat, *Prawo w przestrzeni...*, *op. cit.*, s. 88–90.

<sup>26</sup> *Idem*, „Trudne sprawy”..., *op. cit.*, s. 488–489.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 475.

#### 4. Krąg konfliktu a organizacja dyskursu legislacyjnego

Dla optymalnego przygotowania i przeprowadzenia prawotwórczego procesu decyzyjnego w warunkach konfliktu społecznego, obok analizy wyżej wskazanych czynników dotyczących intensywności sporu, niezbędne jest przeprowadzenie diagnozy sytuacji. W teorii legislacji do tej pory uwzględniano podział na spory aksjologiczne (dotyczące odmiennych poglądów na to, jakie wartości-cele powinny być realizowane) oraz kognitywne (dotyczące różnych sposobów osiągnięcia określonych wartości-celów)<sup>28</sup>. Kompleksowe rozpoznanie konfliktu wymaga jednak odpowiedzi na dalsze pytania: jakiego rodzaju sprzeczności dotyczy dany problem decyzyjny? Interesy jakich grup społecznych należy uwzględnić, opracowując rozwiązanie? W jaki sposób zminimalizować ryzyko wywołania przez konflikt skutków negatywnych (destruktywnych)? Jakimi metodami można zwiększyć szansę na osiągnięcie pozytywnych (konstruktywnych) skutków konfliktu?

Wiedza o polubownych metodach rozwiązywania sporów dostarcza wielu narzędzi diagnozowania sytuacji konfliktowych, których skuteczność opiera się zarówno na badaniach z zakresu nauk społecznych, jak i na dobrze ugruntowanych doświadczeniach praktycznych. Jedną z technik wykorzystywanych w mediacji jest krąg konfliktu, u podstaw którego leży założenie, że prawidłowe określenie genezy (rodzaju) sprzeczności jest pierwszym krokiem dla ustalenia najlepszej w danej sytuacji drogi do jego rozwiązania. Możliwość wykorzystania tej koncepcji na gruncie teoretycznych rozważań nad procesami tworzenia prawa została dostrzeżona już wcześniej<sup>29</sup>, a niniejsze rozważania są okazją do rozwinięcia tego wątku. Zbierając informacje wstępne o sprawie, mediator

obserwuje i identyfikuje nastawienia stron, sposoby percepcji, schematy komunikacyjne oraz aktualne interakcje stron, przyczyniające się do powstania negatywnych relacji lub hamujące wytworzenie pozytywnych. Mediator stara się ustalić, czy brak informacji, dezinformacja, sposób w jaki zbierane są dane lub też sposób, w jaki dane te są oceniane, mogą leżeć u podłoża konfliktu. Następnie identyfikuje interesy zbieżne oraz sprzeczne, badając jednocześnie wszelkie strukturalne przyczyny konfliktu, takie

<sup>28</sup> K. Pałecki, *Prawoznawstwo...*, *op. cit.*, s. 76–78. Na temat innych kryteriów klasyfikacji konfliktów zob. chociażby: A. Kalisz, *Konflikt społeczny a prawo*, [w:] *Leksykon socjologii prawa*, red. A. Kociołek-Pęksa, M. Stępień, Warszawa 2013, s. 109–111.

<sup>29</sup> M. Pękala, *Pole decyzyjne...*, *op. cit.*, s. 315.

jak różnice siły lub dostępu do środków lub też upływ czasu. W dalszej kolejności mediator ustala zbieżności i różnice w wartościach, do których przywiązują wagę. Na podstawie tych obserwacji próbuje następnie wyodrębnić przyczyny sporu<sup>30</sup>.

Krąg konfliktu (*circle of conflict*) to właśnie zestaw przyczyn stanowiących podłoże pięciu rodzajów sporów, którym towarzyszą praktyczne wskazówki na temat możliwych interwencji mających zapobiec ich negatywnym skutkom, a jednocześnie pomóc stronom działać konstruktywnie<sup>31</sup>. Podstawowymi źródłami antagonizmów są:

1. Konflikty dotyczące informacji.
2. Konflikty odzwierciedlające sprzeczne interesy.
3. Konflikty strukturalne.
4. Konflikty odzwierciedlające różnice wartości.
5. Konflikty dotyczące relacji<sup>32</sup>.

Ad 1. Konflikty dotyczące informacji są powodowane przez brak lub posiadanie błędnych danych przez jedną lub obie strony, a także przez różnice w poglądach odnośnie do ich wagi i sposobów interpretacji. Powstawaniu tego typu napięć sprzyja asymetria w dostępie do wiedzy, natomiast ryzyko eskalacji wzrasta, gdy strony nie mają do siebie zaufania, nie uznają przekazywanych sobie nawzajem komunikatów za wiarygodnie lub oskarżają się o ukrywanie danych lub manipulowanie nimi<sup>33</sup>. Podstawową drogą rozwiązania konfliktu danych jest usprawnienie komunikacji między stronami w celu wyrównania asymetrii i zbudowania zaufania, a także ustalenia, które dane są prawidłowe oraz jakie procedury interpretacji są uzasadnione. Pomaga także odwołanie się do obiektywnej wiedzy ekspertów zewnętrznych<sup>34</sup>.

Ad 2. Konflikty interesów odnoszą się do sytuacji konkurowania o określone dobro, przy braku możliwości całkowitego zaspokojenia potrzeb wszystkich zainteresowanych stron (gra o sumie zerowej). Chodzić może o interesy materialne, proceduralne i/lub psychologiczne, których wykluczający się charakter może być faktyczny lub domniemany. Drogą do rozwiązania tego typu konfliktu są prowadzone przez strony negocjacje mające na celu uzgodnienie kompromisu zabezpieczającego

<sup>30</sup> C.W. Moore, *Mediacje. Praktyczne strategie rozwiązywania konfliktów*, tłum. A. Cybulko, M. Zieliński, Warszawa 2009, s. 74.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 74–77.

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 76–77.

<sup>33</sup> A. Cybulko, *Konflikt*, [w:] *Mediacje: teoria i praktyka*, red. E. Gmurzyńska, R. Morek, Warszawa 2009, s. 57.

<sup>34</sup> C.W. Moore, *Mediacje...*, *op. cit.*, s. 77.

podstawowe interesy każdej ze stron. Mediator występuje tu w roli moderatora dialogu i pomocnika w rozważaniu potencjalnych rozwiązań, a także w poszukiwaniu sposobów na zwiększenie zasobów. Jego głównym zadaniem jest zwrócenie uwagi nie tyle na rozbieżności w stanowiskach, ile na realne potrzeby stron i możliwości ich przynajmniej częściowego zaspokojenia<sup>35</sup>. Podobnie jak w przypadku konfliktu danych tutaj również pozytywną rolę może odegrać uzgodnienie obiektywnych kryteriów oceny sytuacji.

Ad 3. Przyczyną konfliktów strukturalnych są czynniki zewnętrzne, często mające charakter zastany, i będące poza bezpośrednią kontrolą stron. Chodzić tu może np. o utrudniające współpracę czynniki geograficzne, fizyczne, środowiskowe, a także o ograniczenia czasowe. W grę wchodzi także różnice w zajmowanych przez strony pozycjach społecznych (rozkład sił i władzy), własności lub kontroli nad dystrybucją zasobów<sup>36</sup>. Kolejna grupa przyczyn tego rodzaju konfliktów związana jest z pozostawianiem przez strony pod wpływem destruktywnych schematów interakcji lub dysfunkcyjnych rozwiązań strukturalnych (np. niewłaściwe rozłożenie uprawnień do reprezentowania i podejmowania wiążących decyzji)<sup>37</sup>. Sprzeczność strukturalna wynika nie tyle ze wzajemnego negatywnego nastawienia, ile z tego, że każda ze stron wypełnia przypisaną sobie rolę, a przez to, bez złych intencji, ingeruje w podmiotowość drugiej. Rozwiązaniem konfliktu strukturalnego jest taka modyfikacja zasad działania, która wyeliminuje przyczynę sporu, a przy tym zapobiegnie pojawianiu się podobnych sytuacji w przyszłości: „Zmieniaj fizyczne oraz środowiskowe relacje stron”; „Jasno definiuj i zmieniaj role”; „Twórz sprawiedliwą oraz wzajemnie akceptowalną procedurę podejmowania decyzji”; „Modyfikuj zewnętrzną presję wywieraną na strony”<sup>38</sup>.

Ad 4. Kolejnym źródłem antagonizmów są różnice w sferze przekonań aksjologicznych, czyli przyjmowaniu przez strony odmiennych kryteriów oceny określonych sytuacji<sup>39</sup>. Oceny te mogą mieć rozmaity charakter (moralny, religijny, polityczny, ideologiczny itp.). Sama różnica poglądów nie jest jeszcze czynnikiem destruktywnym. Problem pojawia się wtedy, „gdy ktoś próbuje narzucić swoje wartości innym lub rości sobie pretensje do posiadania jedyne słusznego punktu widzenia, który

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 77.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 76.

<sup>37</sup> A. Cybulko, *Konflikt*, *op. cit.*, s. 58.

<sup>38</sup> C.W. Moore, *Mediacje...*, *op. cit.*, s. 77.

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 76.

nie dopuszcza żadnych odmiennych przekonań<sup>40</sup>. Konflikty wartości, w związku z tym, że dotyczą kwestii tożsamościowych, często mają intensywny przebieg. Nie należy ich jednak traktować jako sytuacji bez wyjścia. Wiedza o polubownym rozwiązywaniu sporów dostarcza wielu narzędzi konstruktywnego działania w tego typu przypadkach (np. budowanie szacunku, szukanie wartości nadrzędnych, rozmowa o konkretnych działaniach możliwych niezależnie od rozbieżności w poglądach). W czasie mediacji strony mają szansę na podjęcie merytorycznego i racjonalnego dialogu służącego wzajemnemu zrozumieniu i zbliżaniu stanowisk. W niektórych przypadkach za postęp w rozmowach można uznać już samo stworzenie katalogu kwestii spornych: „Pozwól, żeby strony zawarły porozumienie co do tego, na co się nie zgadzają”<sup>41</sup>. Obniżenie intensywności sporu jest pierwszym krokiem do odbudowania dobrych stosunków, przy założeniu, że „identyczny system wartości nie jest konieczny do efektywnego współdziałania”<sup>42</sup>.

Ad 5. Konflikt dotyczący sfery relacji polega na odczuwaniu przez strony wzajemnej niechęci, której towarzyszą inne negatywne emocje będące przyczyną wrogich zachowań (złośliwość, formułowanie obraźliwych opinii, negatywnych stereotypów itp.). Ryzyko wystąpienia tego rodzaju antagonizmu jest skorelowane z intensywnością kontaktów między stronami, a nieporozumienia powstają często z przyczyn irracjonalnych, związanych np. z błędnym postrzeganiem sytuacji przez jedną lub obie strony oraz ze złą komunikacją między nimi<sup>43</sup>. Spirala niechęci prowadzi do utraty zaufania, a w konsekwencji do zerwania jakichkolwiek relacji. Najlepszą strategią rozwiązywania tego typu konfliktów jest wyeliminowanie barier komunikacyjnych, kontrolowanie emocji, wyjaśnianie sposobów postrzegania i budowanie pozytywnych percepcji. Pomaga także ukierunkowanie rozmowy na budowanie motywacji do rozwiązania sporu przez wypracowanie sposobów dobrej współpracy w przyszłości. Kluczem do porozumienia jest tutaj poprawa ilości i jakości komunikacji<sup>44</sup>. W konfliktach dotyczących relacji nie sprawdzają się zaś metody polegające na stosowaniu przymusu, ponieważ nie da się „na siłę” budować długotrwałych więzi społecznych.

<sup>40</sup> A. Cybulko, *Konflikt*, *op. cit.*, s. 57.

<sup>41</sup> C.W. Moore, *Mediacje...*, *op. cit.*, s. 76.

<sup>42</sup> G. Nordhelle, *Mediacja: sztuka rozwiązywania konfliktów*, tłum. K. Drozdowska, Gdańsk 2010, s. 59.

<sup>43</sup> A. Cybulko, *Konflikt*, *op. cit.*, s. 57.

<sup>44</sup> C.W. Moore, *Mediacje...*, *op. cit.*, s. 77.

Diagnoza sytuacji konfliktowej przy wykorzystaniu kręgu konfliktu polega na identyfikacji przyczyn antagonizmu i zakwalifikowaniu ich do wyróżnionych typów. W ten sposób mediator zyskuje podstawę do formułowania adekwatnych hipotez w odniesieniu do możliwych rozwiązań, w myśl założenia, że rozpoznanie rzeczywistej (a nie tylko pozornej) przyczyny sporu jest pierwszym krokiem do wypracowania obojętnie akceptowalnego porozumienia<sup>45</sup>. Odnosząc się do problematyki polityki tworzenia prawa łatwo zauważyć, że każdy z wyżej opisanych pięciu rodzajów konfliktów może być pośrednim lub bezpośrednim czynnikiem uzasadniającym konieczność wprowadzenia lub modyfikacji dotychczas obowiązujących norm prawnych, a biorąc pod uwagę intensywność antagonizmów, łatwo byłoby podać wiele przykładów postulatów zmian regulacji prawnych pozwalających uznać je za trudne sprawy. W tych przypadkach krąg konfliktu może posłużyć jako podstawa formułowania praktycznych wskazówek dotyczących organizacji dyskursu legislacyjnego, w zależności od charakterystyki danego sporu. Przykładowe kwestie sporne oraz przykładowe wnioski dla polityki tworzenia prawa przedstawiono w tabeli 1.

Tabela 1. Przykładowe strategie organizacji dyskursu legislacyjnego związane z określonymi rodzajami konfliktów

Rodzaj konfliktu	Przykładowe kwestie sporne w sferze tworzenia prawa	Przykładowe wnioski dla organizacji dyskursu legislacyjnego
konflikt danych	<ul style="list-style-type: none"> <li>– jaki jest realny zakres zjawiska będącego przedmiotem regulacji?</li> <li>– jakie będą konsekwencje (ekonomiczne, społeczne itp.) wprowadzenia poszczególnych rozwiązań alternatywnych?</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– zapewnianie transparentnych zasad gromadzenia i interpretowania wiedzy na temat przedmiotu regulacji</li> <li>– określanie przejrzystych kryteriów oceny skutków regulacji (<i>ex ante</i> i <i>ex post</i>)</li> <li>– korzystanie z opinii ekspertów niezależnych zarówno od prawodawcy, jak i od stron konfliktu</li> </ul>
konflikt interesów	<ul style="list-style-type: none"> <li>– według jakich kryteriów powinny być rozdzielane materialne i niematerialne dobra społeczne?</li> <li>– jakie powinny być prawa i obowiązki poszczególnych stron relacji społecznych?</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– organizowanie i wspieranie procedur służących wypracowaniu kompromisu między rywalizującymi grupami</li> <li>– poszukiwanie sposobów zwiększania puli zasobów, o które toczy się rywalizacja</li> <li>– identyfikowanie i zaspokajanie rzeczywistych potrzeb poszczególnych aktorów</li> </ul>

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 74, 149–150. Zob. także: A. Kalisz, *Konflikt...*, *op. cit.*, s. 109–111; A. Cybulko, *Konflikt*, *op. cit.*, s. 56.



Rodzaj konfliktu	Przykładowe kwestie sporne w sferze tworzenia prawa	Przykładowe wnioski dla organizacji dyskursu legislacyjnego
	– które podmioty/grupy społeczne powinny być uprzywilejowane, a które powinny ponosić większe ciężary?	– stosowanie obiektywnych kryteriów przyznawania przywilejów i nakładania ciężarów
konflikt strukturalny	– jakie role powinni pełnić poszczególni aktorzy i kto powinien o tym decydować? – które podmioty powinny posiadać władzę, kontrolę nad zasobami i wpływ na procedury decyzyjne w danym obszarze życia społecznego? – kto powinien wyznaczać układ wzajemnych uprawnień i obowiązków między aktorami w danym sektorze? – jak eliminować napięcia powodowane przez dysfunkcje systemu społecznego?	– precyzyjne określanie zasad, na podstawie których kształtowana jest sytuacja prawna poszczególnych podmiotów społecznych – wprowadzanie mechanizmów kontrasymentrii w stosunkach prawnych – przewidywanie problemów wynikających z niejasnego rozdzielenia kompetencji – wprowadzanie mechanizmów mających zapobiegać nadużyciom po stronie tych podmiotów, które dysponują większymi zasobami
konflikt wartości	– jakie wartości powinny stanowić postawę regulacji prawnej? – jakie pole działania będzie pozostawione tym aktorom, którzy mają inne przekonania aksjologiczne? – w jaki sposób powinny być rozwiązywane wątpliwości dotyczące praktyki stosowania nowej regulacji?	– tworzenie okazji do ujawniania przekonań aksjologicznych przez poszczególnych aktorów – tworzenie okazji do merytorycznej i racjonalnej rozmowy na temat rozbieżności i punktów styčných – ograniczanie intensywności emocji oraz możliwości manipulowania – opieranie regulacji prawnych na przejrzystym i w miarę możliwości szeroko podzielanym przez społeczeństwo katalogu wartości
konflikt relacji	– jak zachęcać do konstruktywnej współpracy aktorów dążących do konfrontacji? – jak za pomocą regulacji minimalizować ryzyko eskalacji sporów? – jak zapobiegać negatywnej instrumentalizacji (polityzacji) prawa? – w jaki sposób mniejszość może się bronić przed „dyktaturą większości”?	– prowadzenie dyskursu w sposób neutralny i bezstronny – stwarzanie okazji do rzeczowej wymiany informacji i budowania atmosfery współpracy, a nie konfrontacji – zapobieganie zbliżaniu procesu tworzenia prawa do modelu postępowania kontradyktoryjnego – ograniczanie negatywnego wpływu silnych emocji na procesy deliberacji

Źródło: opracowanie własne.

## 5. Wnioski i zakończenie

Zebranie informacji na temat rodzaju konfliktu pozwala mediatorowi „wypracować strategię, która pozwoli mu podejść do problemu powstałego między stronami sporu oraz wypracować plan wyznaczający kolejność podejmowanych przez niego działań”<sup>46</sup>. Na gruncie procesów tworzenia prawa diagnoza możliwości działania w sytuacji konfliktowej powinna obejmować ponadto odpowiedzi na następujące pytania: jakie będą skutki zastosowania rozwiązania przymusowego, tłumiącego konflikt? Jakie inne strategie zarządzania konfliktem są możliwe do zastosowania? Jakimi sposobami można dążyć do przekształcenia konfliktu destruktywnego w konstruktywny<sup>47</sup>? Rozwiązywanie konkretnej trudnej sprawy w legislacji powinno być nakierowane przede wszystkim na minimalizację destruktywnych skutków konfliktu. Czasami jedynym racjonalnym wyjściem będzie więc podjęcie decyzji o niedecydowaniu (np. w celu obniżenia stopnia eskalacji) lub o przerwaniu („zamrożeniu”) już rozpoczętej procedury (np. w celu zwiększenia szans na racjonalną wymianę poglądów w przyszłości). Nie chodzi jednak o to, by prawotwórczy ośrodek decyzyjny brnął w chroniczne „zamiatanie problemów pod dywan” czy przenosił ciężar podjęcia konkluzyjnych decyzji na inne podmioty (sądy i urzędy), ale aby potrafił w sposób umiejętny przeprowadzać „nowe polityczne otwarcia” kolejnych trudnych spraw. Istnieje zasadnicza różnica między krótkowzrocznym oportunizmem a odpowiedzialnym rozwiązywaniem problemów społecznych. Istniejące w społeczeństwie konflikty z jednej strony nie powinny stanowić tematu tabu, z drugiej jednak strony nie powinno się ich negatywnie instrumentalizować (polityzować), czyli czynić z nich pola walki o władzę<sup>48</sup>. Mądre zarządzanie konfliktami pozwala dostrzec, że tego typu sytuacje nie zawsze muszą mieć skutki negatywne, a wręcz przeciwnie, mogą być szansą np. na wzajemne zrozumienie stanowisk

<sup>46</sup> C.W. Moore, *Mediacje...*, *op. cit.*, s. 74.

<sup>47</sup> M. Pękala, *Pole decyzyjne...*, *op. cit.*, s. 317–318.

<sup>48</sup> T. Biernat, *Legislacja...*, *op. cit.*, s. 32–34. W swoich rozważaniach nad „upolitycznieniem” procesu tworzenia prawa Tadeusz Biernat wyróżnia dwa aspekty tego zjawiska: zawłaszczanie i podporządkowanie władzy politycznej procesów legislacyjnych, „mimo zadeklarowania, w rozmaity sposób, dzielenia tego uprawnienia z podmiotami społecznymi” oraz podporządkowywanie treści podejmowanych decyzji wyłącznie pod kątem realizacji partykularnych interesów politycznych gremium będącego w danym momencie przy władzy – *idem*, *Między polityką a prawem. Problem „upolitycznienia” tworzenia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji. Tom CX. Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej”, Wrocław 2017, red. A. Bator, P. Kaczmarek, s. 127.

stron, „oczyszczenie atmosfery”, wspólne rozważenie zalet i wad możliwych rozwiązań, wypracowanie rozwiązania przynajmniej częściowo uwzględniającego interesy wszystkich uczestników, a w efekcie umocnienie relacji społecznych<sup>49</sup>.

Niezależnie od ram ustrojowych oraz od rozwiązań organizacyjno-proceduralnych<sup>50</sup>, prawotwórczy ośrodek decyzyjny zawsze jest zarówno organizatorem, jak i uczestnikiem dyskursu legislacyjnego. Może w nim pełnić różne role: koncyliatora, mediatora, arbitra albo sędziego<sup>51</sup>. Może także korzystać z całego wachlarza technik dotyczących trzech poziomów komunikacji: racjonalnego, perswazyjnego i emocjonalnego<sup>52</sup>. Zawsze jednak chodzi o to, aby przez odpowiednio przeprowadzone „otwarcie polityczne” uaktywnić we wspólnocie „pewien rozsądny poziom wzajemnej tolerancji i wsparcia”<sup>53</sup>. Główną rolę prawodawcy mierzącego się z trudną sprawą jest w tym ujęciu stworzenie odpowiednich warunków dla skutecznej komunikacji między wszystkimi podmiotami zaangażowanymi w dyskurs. W tym sensie proponowanie różnych modeli prawotwórczych procesów decyzyjnych może przyczynić się do optymalizacji praktyki funkcjonowania instytucji władzy legislacyjnej: „Optymalizacji, która nie jest rozumiana jako jakiś wariant racjonalności, ale która jest tamą dla antyracjonalności”<sup>54</sup>. Jest to zadanie szczególnie istotne w kontekście negatywnych skutków eskalacji konfliktów społecznych. Jednak waga tego wyzwania jest wprost proporcjonalna do związanego z nim stopnia trudności. Trzeba bowiem pamiętać, że nieumiejętnie prowadzona deliberacja łatwo prowadzi nie do łagodzenia, ale do zaostrzania antagonizmu, zmniejszając szansę na przejście od scenariusza konfliktu do scenariusza współpracy<sup>55</sup>. Na-

<sup>49</sup> Zob. chociażby J. Łuczewicz, *Socjologiczne spojrzenie na organizację*, Wrocław 1997, s. 157–158.

<sup>50</sup> T. Biernat, *Legislacja...*, *op. cit.*, s. 68–75.

<sup>51</sup> M. Pękala, *Ustawodawca jako organizator i uczestnik prawotwórczego procesu decyzyjnego*, [w:] *NetoDEMOkracja: Web 2.0 w sferze publicznej*, red. K. Oświecimski, A. Pohl, M. Lakomy, Kraków 2016, s. 171 i n.

<sup>52</sup> *Ibidem*, s. 181–185.

<sup>53</sup> B. Crick, *W obronie polityki*, tłum. A. Waśkiewicz, Warszawa 2004, s. 41. Zob. także: I. Shapiro, *Stan teorii demokracji*, tłum. I. Kisilowska, Warszawa 2006, s. 31.

<sup>54</sup> T. Biernat, „Trudne sprawy”..., *op. cit.*, s. 491.

<sup>55</sup> Na temat innych trudności związanych z praktyczną realizacją postulatów podejścia dyskursywnego w polityce tworzenia prawa zob. np. M. Pękala, *Racjonalny ustawodawca w czasach postprawdy*, [w:] *Postprawda jako zagrożenie dla dyskursu publicznego*, red. T.W. Grabowski, M. Lakomy, K. Oświecimski, Kraków 2018, s. 113–117.

leży wystrzegać się także idealizacyjnego założenia, że każdy konflikt społeczny jest możliwy do rozwiązania w drodze jednorazowej decyzji legislacyjnej. Jeśli skuteczne rozwiązanie sporu oznacza osiągnięcie takiego stanu rzeczy, który jest akceptowalny dla wszystkich stron, to szukając kompleksowego rozwiązania, należy brać pod uwagę znacznie bardziej rozbudowany katalog czynników, z których najistotniejsze, być może, wcale nie mają charakteru prawnego. Mniej wymagającym (jednak i tak bardzo wartościowym) celem możliwym do osiągnięcia za pomocą odpowiedniej organizacji dyskursu legislacyjnego jest uzyskanie przez prawotwórczy ośrodek decyzyjny argumentacyjnie uzasadnionej akceptacji dla określonego sposobu radzenia sobie z danym problemem społecznym<sup>56</sup>. W tym sensie skuteczność prawa zależy nie tylko od racjonalnego doboru instrumentów do rozwiązania danej kwestii, ale także od osiągnięcia racjonalności komunikacyjnej, która

wynika z konsensusu wszystkich podmiotów społecznych zaangażowanych w proces tworzenia prawa, a konsensus jest pochodną dyskursu. Istotą jest uznanie i postulowanie sposobu podejmowania decyzji prawotwórczych, opartych na dokonanych uzgodnieniach, konsultacjach i opiniach<sup>57</sup>.

Powyższe rozważania ukazują, że prawo, jak pisze Tadeusz Biernat, rzeczywiście

w szczególny sposób współuczestniczy i wpływa na procesy poznawcze rzeczywistości społecznej. Będąc jej odwzorowaniem jest równocześnie filtrem poznawczym. Jest instrumentem pośredniczącym w nadawaniu znaczenia tej rzeczywistości, a w konsekwencji określenia jej sensu lub braku sensu<sup>58</sup>.

Zaproponowane wyżej przykładowe sposoby organizowania dyskursu legislacyjnego są dowodem na to, że wiedza z zakresu mediacji, choć wypracowana głównie na podstawie doświadczeń ze sfery mikrospołecznej, może być z powodzeniem adaptowana do rozważań nad rozjemczą funkcją prawa w kontekście podejmowania decyzji legislacyjnych. Jest to jednocześnie przykład ukazujący, w jaki sposób inspiracja podejściem badawczym Tadeusza Biernata umożliwia realizowanie interdyscyplinarnych zamierzeń badawczych ułożonych na styku polityki, państwa, prawa i społeczeństwa, w szczególności jest zaś dobrym punktem wyjścia do dalszych zamierzeń zarówno o deskryptywnym, jak i normatywnym charakterze. Wciąż aktualne pozostaje

<sup>56</sup> *Idem, Pole decyzyjne...*, *op. cit.*, s. 227.

<sup>57</sup> T. Biernat, *Legislacja...*, *op. cit.*, s. 153.

<sup>58</sup> *Idem, Legitymizacja...*, *op. cit.*, s. 22.

pytanie o możliwość stworzenia spójnej koncepcji, relewantnej względem współczesności, obejmującej teoretyczny, normatywny model tworzenia prawa skorelowany z odpowiednimi warunkami, rozwiązaniami instytucjonalnymi i proceduralnymi, umożliwiającymi jego realizację<sup>59</sup>.

Niniejsze rozważania wpisują się w tak rozumiany projekt poszukiwania nowego, adekwatnego kontekstu dla prawotwórczych procesów decyzyjnych, przy założeniu, że kontekst ten nie może być traktowany jednorodnie i statycznie, powinien zaś uwzględniać czynniki zarówno prawne, jak i polityczne, społeczne, ekonomiczne itp.<sup>60</sup> W jednej ze swych prac Tadeusz Biernat stwierdza:

Kluczem jest korelacja w procesie tworzenia prawa wszystkich elementów [...] decydujących o efekcie podejmowanych decyzji w postaci aktu normatywnego. To wskazuje kierunek optymalizacji decyzji. Jest to optymalizacja wielokryterialna<sup>61</sup>.

Jednym z czynników, który powinien być brany pod uwagę przy określaniu pola i organizacji dyskursu legislacyjnego, z pewnością jest charakterystyka konfliktów społecznych powiązanych z danym przedmiotem regulacji. Jest to szczególnie istotne w odniesieniu do trudnych spraw w procesach tworzenia prawa.

<sup>59</sup> *Idem*, *Legislacja...*, *op. cit.*, s. 8.

<sup>60</sup> *Idem*, *Law Making Policy...*, *op. cit.*, s. 89, 127–128; *idem*, *W poszukiwaniu adekwatnego modelu analizy tworzenia prawa*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 9, s. 23 i n. Zob. także: M. Pękala, *W stronę nowego modelu naukowej polityki prawa*, [w:] *Wielowymiarowość prawa*, red. J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień, Toruń 2014, s. 121 i n.

<sup>61</sup> T. Biernat, *Dyskurs legislacyjny...*, *op. cit.*, s. 24.



Leszek Porębski\*

## Cyfrowy *demos*? Rewolucja informacyjna jako wyzwanie dla teorii demokracji

### Wprowadzenie

Demokracja towarzyszy społecznościom ludzkim od ok. dwóch i pół tysiąca lat. Przez cały ten okres różne formy demokratycznego modelu rządzenia były jednak raczej epizodami, przerywanymi na krótko trwaniem tyranii, niż jej realną alternatywą. Dopiero wiek XX można uznać za czas, kiedy demokracja staje się równoprawnym wzorcem organizacji politycznej wspólnoty<sup>1</sup>. Nie oznacza to oczywiście, że stulecie to było triumfalnym pochodem modelu demokratycznego, bo na początku lat 40. faszyzm, a kilka dekad później komunizm, wydawały się co najmniej równie atrakcyjną polityczną alternatywą dla wielu milionów ludzi. Ciągła konieczność stawiania czoła kolejnym wyzwaniom

---

\* Dr hab., prof. AGH, AGH w Krakowie, ORCID: 0000-0002-9939-8420.

<sup>1</sup> W tym kontekście charakterystyczne jest, że nawet brytyjski parlamentaryzm, uznawany za najsilniej zakorzeniony i najdłużej funkcjonujący model demokratyczny, nie był w samym Zjednoczonym Królestwie nazywany demokracją aż do 1916 r. Dopiero wielkie ofiary poniesione w bitwie pod Sommą sprawiły, że zaczęto uzasadniać konieczność poświęceń walką „o” i „za” demokrację, a nie – jak przez wieki – za króla. Zob. B. Crick, *Democracy. A Very Short Introduction*, Oxford 2002, s. 75.

jest w istocie zdecydowanie bardziej adekwatną charakterystyką dziejów demokracji niż coraz bardziej zwycięskie stabilne trwanie.

Wyzwania te mogą mieć charakter demograficzny – jak w starożytnej Grecji, militarny – jak w czasie drugiej wojny światowej, ale mogą przychodzić także ze sfery rozwoju technologicznego. Ten ostatni rodzaj sprawdzianu dla efektywności systemu demokratycznego, związany z pojawieniem się nowych technologii informacyjnych i komunikacyjnych (*information and communication technologies* – ICT), i powszechnie nazywany rewolucją informacyjną, jest przedmiotem tego tekstu. Ujmując rzecz precyzyjniej, interesuje mnie nie tyle ocena wpływu upowszechnienia ICT na funkcjonowanie demokracji, ile implikacje tego procesu dla teoretycznej refleksji nad demokracją. Liczba pytań, które warto zadać w tym kontekście, jest spora, trzy z nich wydają się jednak najistotniejsze: czy teoria demokracji w ogóle powinna zauważyć wykorzystanie nowych technologii informacyjnych i komunikacyjnych w procesach demokratycznych? Czy upowszechnienie nowych technologii stymuluje przemiany demokracji w kierunku jej konkretnego modelu? Czy obecność ICT na tyle zmienia demokratyczną politykę, że konieczne jest stworzenie zupełnie nowej, uwzględniającej istnienie i znaczenie cyberprzestrzeni, teorii demokracji?

Kwestie te są na tyle obszerne i wielowymiarowe, że ich wyczerpująca analiza wymagałaby powstania obszernej monografii. W swoim tekście staram się odnieść jedynie do najistotniejszych aspektów sformułowanych powyżej pytań, traktując prezentowane rozważania jako wstęp do pogłębionej dyskusji, a nie definitywne rozstrzygnięcie badanych zagadnień. Wobec tempa i zakresu dokonujących się w ostatnich dekadach przemian wydaje się, że większą wartość ma podjęcie analizy ze świadomością ryzyka, iż sformułowane wnioski okażą się doraźne i nietrwałe niż pozostawienie istotnego aspektu rzeczywistości politycznej poza polem zainteresowań badawczych.

## Rewolucja informacyjna i elektroniczna demokracja

Powstanie internetu miało rodowód niemający nic wspólnego z życiem codziennym. Nikt nie planował, że pod wpływem rozwoju ICT nastąpią przemiany w bankowości, służbie zdrowia czy funkcjonowaniu biur matrymonialnych. Dokładnie tak samo było ze sferą polityki. Ekspansja w tej dziedzinie to naturalny, ale trudny do zaprogramowania efekt dynamiki rozwoju sieci. Dynamika ta miała zaś na tyle spektakularny charakter, że w dosyć naturalny sposób sam proces zaczęto określać



mianem rewolucji informacyjnej. Można dyskutować, czy używanie tego określenia jest uzasadnione, ale ilościowy wymiar zachodzących przemian musi robić wrażenie na każdym badaczu życia społecznego. W 1995 r. na świecie było 16 mln użytkowników sieci. Dziesięć lat później wartość ta wynosiła już 1,018 mld osób<sup>2</sup>. Oznacza to, że w ciągu dekady odsetek internautów wzrósł z 0,4% do 15,7% światowej populacji, a skala wzrostu utrzymała się przez wiele kolejnych lat i w połowie 2022 r. odsetek użytkowników sieci szacowano na 67,9% populacji świata, czyli 5,385 mld osób<sup>3</sup>.

Gotowość do wykorzystania sieci w różnych sferach ludzkiej aktywności, w tym w obszarze polityki, była nieuniknioną konsekwencją powszechnienia dostępności ICT i towarzyszącego temu procesowi poszerzenia oferty urządzeń umożliwiających korzystanie z sieci. Stosunkowo szybko wykorzystanie internetu w różnych wymiarach demokratycznej polityki zaczęto określać mianem elektronicznej demokracji (e-demokracji)<sup>4</sup>. Taka opisowa definicja koncentrowała się przede wszystkim na wskazaniu tych aspektów procesów politycznych, w których zastosowanie nowych technologii ma podstawowe znaczenie. W zasadzie istnieje konsensus, iż należą do nich informowanie i komunikowanie polityczne. Zazwyczaj do tego katalogu włączana jest polityczna partycypacja<sup>5</sup>, ale w tym kontekście wymieniany jest też proces dokonywania transakcji z instytucjami administracji publicznej (w tym procedura elektronicznego głosowania)<sup>6</sup> lub włączanie obywateli w proces decyzyjny<sup>7</sup>.

Trzeba oczywiście pamiętać, że kategorie „rewolucja informacyjna” czy „rozwój ICT” nie mają charakteru statycznego i w różnych latach oznaczały nie do końca tożsame procesy. O ile wspomniany powyżej wzrost dostępności sieci ma charakter ilościowy, to już sposób

<sup>2</sup> *Internet Growth Statistics*, Internet World Stats, [www.internetworldstats.com/emarketing.htm](http://www.internetworldstats.com/emarketing.htm) [dostęp: 5.09.2023].

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Skądinąd na wczesnym etapie ekspansji ICT z pojęciem e-demokracji konkurowały ze sobą terminy takie jak: „teledemokracja”, „demokracja wirtualna” czy „demokracja cyfrowa”. Szerzej na ten temat zob. L. Porębski, *Elektroniczne oblicze polityki. Demokracja, państwo, instytucje polityczne w okresie rewolucji informacyjnej*, Kraków 2001, s. 35–40.

<sup>5</sup> N. Kersting, *The Future of Electronic Democracy*, [w:] *Electronic Democracy*, ed. *idem*, Toronto 2012, s. 22–23.

<sup>6</sup> N. Kersting, H. Baldersheim, *Electronic Voting and Democratic Issues. An Introduction*, [w:] *Electronic Voting and Democracy*, eds *idem*, New York 2004, s. 4–5.

<sup>7</sup> S. Wojcik, *Open Government and Open Data*, [w:] *Electronic Democracy*, ed. N. Kersting, Toronto 2012, s. 127.

wykorzystywania internetu przez użytkowników dosyć znacząco się zmieniła. Początkowo cyberprzestrzeń była przede wszystkim wyjątkowo obszernym zasobem informacyjnym, co oznaczało, że internauci ograniczali się głównie do biernej konsumpcji dostępnych treści. Już jednak w połowie pierwszej dekady XXI stulecia zaczął upowszechniać się termin sieć 2.0<sup>8</sup>, silnie akcentujący interaktywne możliwości nowych technologii i zakładający, iż sami użytkownicy staną się twórcami i dostarczycielami treści. Związane to było z koniecznością udostępnienia użytkownikom narzędzi pozwalających na wejście w rolę aktywnego współtwórcy sieciowych zasobów. Rolę tę odegrały szeroko rozumiane serwisy społecznościowe, które zaczęły pojawiać się na rynku w stosunkowo krótkich odstępach czasowych. W 2003 r. uruchomiono Myspace, rok później zaczęły działać Facebook i Flickr, a na 2005 r. przypada inauguracja działalności serwisów Twitter i YouTube. Każdy z nich stawia na nieco inną formułę komunikowania, różny jest też rodzaj publikowanych materiałów. Wspólna jest natomiast idea nadrzędna: stymulowanie aktywności użytkowników, a w większości przypadków także możliwość intensywnych interakcji i tworzenia sieciowych społeczności<sup>9</sup>. W ciągu kilku lat serwisy społecznościowe stały się podstawową formą korzystania z internetu w skali globalnej, spychając na dalszy plan narzędzia wcześniej uznawane za istotę cyberprzestrzeni – sieciowe witryny i portale.

Ewolucja sposobu rozumienia elektronicznej demokracji postępowała w rytmie zmian w korzystaniu z ICT zarówno przez indywidualnych użytkowników, jak i instytucje. Zmiany były zaś wyznaczane przez kierunek rozwoju ICT i zmieniające się wzorce i nawyki wykorzystywania internetu. Gwałtowna ekspansja serwisów społecznościowych znacząco zwiększyła rolę, jaką zaczęto przypisywać sieciowemu komunikowaniu politycznemu, a w konsekwencji również sferze zapośredniczonych przez nowe technologie formom partycypacji (a także kwestiom pokrewnym takim jak polityczna mobilizacja). Dobrą ilustracją tej tendencji jest opis i prognozowanie trendów rozwojowych elektronicznej administracji, a więc aktywności instytucji publicznych realizowanej z wykorzystaniem ICT. Zdecydowana większość modeli opisuje

<sup>8</sup> Jako pierwszy określenia Web 2.0 miał użyć w 2005 r. znany propagator idei bezpłatnego oprogramowania Tim O'Reilly. Zob. N. Kersting, *The Future..., op. cit.*, s. 11.

<sup>9</sup> Na temat specyfiki funkcjonowania serwisów społecznościowych istnieje bardzo obszerna literatura. Zob. np. Ch. Fuchs, *Social Media. A Critical Introduction*, London 2017.

sekwencję rozwojową e-administracji, zaczynając od fazy udostępniania obywatelom informacji, przez etap interakcji (czasem zwanej dwustronną komunikacją), aż po pełną transakcyjność, czyli możliwość załatwiania wszelkich spraw urzędowych przez sieć. Niektóre koncepcje za ukoronowanie rozwoju elektronicznej administracji uznają etap partycypacji, a więc wykorzystanie nowych technologii do aktywnego wpływu obywateli na kształtowanie wzorców funkcjonowania instytucji publicznych<sup>10</sup>.

Wszystko to dowodzi, że nawet na poziomie wyłącznie opisowym pojęcie „elektroniczna demokracja” ma charakter dynamiczny i trudno nie zauważyć zmian ciągle zachodzących w jego zakresie znaczeniowym i głównych obszarach zaliczanych do jego elementów składowych. Jako kategoria analityczna pozostająca na pograniczu pomiędzy sferą rozwoju techniki a obszarem życia społecznego jest ona skazana na „permanentną otwartość” tak długo, jak długo proces przemian technologicznych ma charakter ciągły. Dzieje się tak niezależnie od tego, że termin „e-demokracja” należy do słownika politologii, a nie informatyki czy elektroniki.

### Teoria demokracji wobec elektronicznej demokracji

Koncepcje e-demokracji, które ograniczały się do prób opisowego wskazania wchodzących w skład tego pojęcia elementów, nie były oczywiście jedynymi, które pojawiały się w nauce o polityce. Od samego początku rewolucji informacyjnej nie brakowało ujęć normatywnych, prognozujących wpływ wykorzystania nowych technologii informacyjnych i komunikacyjnych na jakość procesów demokratycznych. Jak zwykle w fazie gwałtownego rozwoju technologicznego pierwotnie zdecydowanie przeważały opinie optymistyczne albo nawet entuzjastycznie traktujące potencjalne oddziaływanie ICT na sferę polityki. Reprezentatywne dla tego typu ocen jest zdanie wypowiedziane przez Joego Trippi: „internet jest najbardziej demokratyzującą innowacją w historii, nawet jeśli weźmie się pod uwagę prasę drukarską”<sup>11</sup>. Trippi był w 2004 r. szefem kampanii wyborczej ubiegającego się z ramienia Partii Demokratycznej o Biały Dom Howarda Deana. Kandydat ten nie odniósł sukcesu w prawyborach, ale jego kampania uchodzi do dzisiaj za wzorcowy

<sup>10</sup> Zob. L. Porębski, *Lokalny wymiar elektronicznej demokracji*, Kraków 2012, s. 68–70.

<sup>11</sup> M. Hindman, *The Myth of Digital Democracy*, Princeton 2009, s. 2. Tłumaczenie tekstów obcojęzycznych w artykule – L.P.

przykład optymalnego wykorzystania sieci jako narzędzia komunikowania, gromadzenia zasobów i ich logistycznej koordynacji. Trippi jako twórca tego sukcesu miał więc powody do emfazy w spojrzeniu na rolę odgrywaną przez nowe technologie w przekształcaniu polityki. Zbliżone sądy były w tym okresie obecne jednak także w opracowaniach próbujących w sposób zobiektywizowany analizować konsekwencje rewolucji informacyjnej dla sposobu realizacji procesów demokratycznych. W tym kontekście przyglądano się choćby radykalnie malejącym kosztom politycznego komunikowania<sup>12</sup> czy roli odgrywanej przez skokowo rosnący dostęp do informacji<sup>13</sup>. Skumulowany efekt tych i wielu innych zmian miał przynieść jakościową zmianę w sposobie funkcjonowania demokracji:

[...] Obywatele nie tylko będą mogli – tak jak dotychczas – wybierać tych, którzy nimi rządzą, ale będą też w stanie brać bezpośredni udział w tworzeniu praw i reguł, według których są rządzeni. Dzięki użyciu coraz bardziej skomplikowanych interaktywnych sieci telekomunikacyjnych szeregowi obywatele uzyskują swoje własne miejsce przy stole władzy politycznej<sup>14</sup>.

Technologia kolejny raz została więc obsadzona w roli remedium na problemy trapiące życie społeczne. W tym przypadku przedmiotem troski był demokratyczny model polityki, a nowe technologie informacyjne i komunikacyjne miały pełnić rolę skutecznego lekarstwa aplikowanego wyraźnie niedomagającemu pacjentowi<sup>15</sup>. Elektroniczna demokracja staje się w tym ujęciu lepszą wersją ludowładztwa przez samo włączenie w jego funkcjonowanie nowych narzędzi technicznych, a nie przez radykalne przekształcenie mechanizmów działania czy aksjologicznych podstaw systemu. Wystarczy wzbogacić polityczne komunikowanie o interakcje sieciowe, zwiększyć dzięki internetowi ilość dostępnych informacji o polityce, dać wyborcom możliwość głosowania

<sup>12</sup> M. Ward, *The Effect of Internet on Political Institutions*, „Industrial and Corporate Change” 1996, vol. 5, iss. 4, s. 1127–1141.

<sup>13</sup> B. Barber, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Berkeley 1984.

<sup>14</sup> L. Grossman, *The Electronic Republic. Reshaping Democracy in the Information Age*, New York 1995, s. 4.

<sup>15</sup> Szczegółowe omówienie różnych wymiarów kryzysu współczesnej demokracji wykracza poza objętościowe ramy tego tekstu. Na ten temat zob. np.: G. Stokes, *Democracy and Citizenship*, [w:] *Democratic Theory Today*, eds A. Carter, G. Stokes, Cambridge 2002, s. 23–51; A. Lijphart, *Unequal Participation: Democracy's Unresolved Dilemma*, „American Political Science Review” 1997, vol. 91, no. 1, s. 1–14; R. Dalton, *Citizen Politics: Public Opinion and Political Parties in Advanced Industrial Democracies*, Chatham 1996.

online i ewentualnie dodać jeszcze kilka zbliżonych nowinek, a niezbyt wydolna demokratyczna maszyna stanie się sprawnie realizującym postawione cele instrumentarium. Jak po latach podsumował ten okres w teorii demokracji Norbert Kersting: „oczekiwania dotyczące internetu były bardzo wysokie. Internet miał wzmocnić prawa polityczne, a także przynieść więcej transparentności i demokratyzację”<sup>16</sup>.

Epizod swoście rozumianej, niezachwianej wiary w sprawczą moc ICT w sferze polityki nie trwał jednak zbyt długo. Jego zmierzch był nieuchronny i następował równolegle do procesu uświadamiania sobie, że nowe technologie znacząco usprawniają korzystanie z bankowości, ale mogą też być narzędziem do przeprowadzania zupełnie wcześniej nieznanymi finansowymi oszustw. Internet skokowo zwiększa dostępność informacji, ale oznacza to też większą ekspozycję dzieci na treści zupełnie niedostosowane do ich poziomu rozwoju i mogące mieć oddziaływanie destrukcyjne. Tym i wielu podobnym – dosyć zresztą banalnym – konstatacjom towarzyszyło spostrzeżenie znacznie bardziej ogólne. Nie istnieje nic takiego jak „wpływ ICT na procesy społeczne”, bo pojęcie nowych technologii informacyjnych i komunikacyjnych jest wyjątkowo szerokie i obejmuje dziesiątki urządzeń, aplikacji czy programów użytkowych. W zależności od tego, jakie konkretnie rozwiązania techniczne mamy na myśli i w jakim kontekście społecznym, kulturowym i politycznym je stosujemy, możemy mówić o oddziaływaniu pozytywnym, negatywnym albo o całkowicie neutralnych konsekwencjach ich wykorzystania.

W odniesieniu do przemian demokracji i sposobu, w jaki radzi sobie z nimi teoria demokracji, oznaczało to konieczność przeprowadzenia znacznie bardziej zniuansowanej analizy. Działo się tak nie tylko z powodu wielowymiarowości i niejednoznaczności kategorii „oddziaływanie nowych technologii”, ale w równym stopniu z powodu natury pojęcia demokracji. Także i ono dalekie jest od klarowności i pełni raczej rolę obszernego parasola, pod którym kryją się ludzie dzielący ogólną wizję świata społecznego, ale różniący się w wielu szczegółowych poglądach, niż precyzyjnie zdefiniowanej zerojedynkowej kategorii analitycznej. Jak ujął to Peter Dahlgren: „istnieje pełna zgoda co do tego, że demokracja potrzebuje uczestnictwa obywateli, ale poglądy na temat tego, jakie formy powinno ono przybierać i jak duży poziom uczestnictwa jest pożądany, mogą się zdecydowanie różnić”<sup>17</sup>. Różnice te dotyczą

<sup>16</sup> N. Kersting, *The Future...*, *op. cit.*, s. 11.

<sup>17</sup> P. Dahlgren, *The Political Web. Media, Participation and Alternative Democracy*, New York 2013, s. 11.

zarówno zachowań obywateli, rozwiązań prawnych i proceduralnych, jak i – co najważniejsze – rangi przypisywanej określonym wartościom. Co więcej, do analizy demokracji włączyć musimy dodatkową zmienną, jaką jest czas. Kiedy uwzględnimy, że społeczeństwa, a więc także konkretni ludzie, zmieniają się dynamicznie pod wpływem wielu czynników (wśród których jednym z istotniejszych jest rozwój technologii), to przyglądając się demokracji, mamy do czynienia z rzeczywistością znacznie bardziej skomplikowaną niż ta wyłaniająca się z przytaczanych wcześniej opinii o bezprecedensowo wielkim demokratyzującym potencjale internetu.

Wszystko to, w kontekście realnej roli odgrywanej przez ICT w kształtowaniu systemu demokratycznego, oznacza konieczność sformułowania tezy tyleż trywialnej, co niezbędnej dla uporządkowania pola analizy. Brzmi ona: nowe technologie informacyjne i komunikacyjne mogą stymulować i wzmacniać różne modele demokracji, w zależności od tego jaki typ ICT i w realizacji jakich celów zaczniemy wykorzystywać w systemie politycznym. Innymi słowy, jeżeli wprowadzimy nieograniczoną możliwość elektronicznego głosowania w wyborach różnych szczebli, jednocześnie ograniczając ramy sieciowej debaty politycznej czy konsultacji obywatelskich, to silnie wzmacniamy model proceduralny *à la* Joseph Schumpeter<sup>18</sup> kosztem szeroko rozumianej demokracji partycypacyjnej. Analogicznie instytucjonalizacja sieciowych kanałów wymiany poglądów pomiędzy obywatelami, szerokie udostępnianie w internecie informacji będących podstawą decyzji politycznych i stymulowanie udziału obywateli w debacie publicznej online silnie popycha demokrację w stronę modelu deliberatywnego<sup>19</sup>. W podobnych kategoriach można też oczywiście analizować wzmacnianie lub osłabianie konkretnego kształtu demokracji w odniesieniu do najbardziej oczywistego *continuum*, którego krańcami są demokracja bezpośrednia z jednej, a przedstawicielska z drugiej strony.

Na przełomie wieków, kiedy opadły już emocje zachwyty nad pro-demokratycznymi możliwościami ICT, powstało sporo koncepcji, które próbowały wskazywać zależności pomiędzy dostępnością konkretnych rozwiązań ze sfery nowych technologii a konsekwencjami ich wykorzystania w sferze życia politycznego. Przypisywały one określonym

<sup>18</sup> Por. J. Schumpeter, *Kapitalizm, socjalizm, demokracja*, tłum. M. Rusiński, Warszawa 1995.

<sup>19</sup> Na temat istoty demokracji deliberatywnej zob. np. M. Warren, *Deliberative Democracy*, [w:] *Democratic Theory Today*, eds A. Carter, G. Stokes, Cambridge 2002, s. 173–202.

modelom demokracji katalog stymulujących je zastosowań ICT. Jan van Dijk<sup>20</sup> wyróżnia w tym kontekście aż sześć typów demokracji, Jens Hoff, Ivan Horrocks i Pieter Tops<sup>21</sup> w swym opartym na obszernej analizie danych empirycznych opracowaniu wskazują na cztery. Zgodnie z przytoczoną wcześniej tezą wynik tej analizy rzeczywiście nie pozwalał na wskazanie konkretnego modelu demokracji, który byłby wzmacniany przez wykorzystanie nowych technologii. Doświadczenia różnych krajów z politycznym wymiarem rewolucji informacyjnej były na tyle zdeterminowane ich tradycją, specyfiką kultury politycznej, a czasem także doraźną sytuacją polityczną, że obraz elektronicznej demokracji u progu XXI wieku był daleki od jednolitego wzorca. ICT pozwalały więc na otwarcie różnych drzwi, ale decydujące znaczenie miał w tym procesie społeczny i polityczny kontekst, w którym nowe technologie były stosowane, a nie sam poziom zaawansowania rewolucji informacyjnej.

Przytoczonych wyników badań nie można oczywiście interpretować w sposób uproszczony, sugerujący, że władze publiczne i politycy mieli pełną kontrolę nad procesem wykorzystania ICT w różnych aspektach demokratycznej polityki. Wzajemne oddziaływania pomiędzy rozwojem technologicznym a życiem społecznym są zawsze dwustronne. Zarówno stanowisko sugerujące pełną autonomię techniki (i bliskie mu różne wersje technicznego determinizmu), jak i biegunowo różna, konstruktywistyczna koncepcja pełnej kontroli człowieka nad sposobem wykorzystywania artefaktów technicznych wydają się bardzo uproszczone. Jeśli mowa o dużym wpływie kontekstu społecznego i kulturowego na formułę aplikacji ICT w życiu politycznym, to chodzi raczej o względnie skuteczne wpływanie na kierunek obiektywnych przemian niż dowolne wybieranie z tych przemian interesujących dla nas elementów i eliminowanie pozostałych.

Konsekwencji rozwoju technologicznego nie da się w pełni kontrolować ani planować. Można natomiast do pewnego stopnia wpływać na powszechność wykorzystywania określonych rozwiązań czy aplikacji, a także na samą ich dostępność. Władze publiczne mają w tym zakresie do dyspozycji wiele instrumentów, ale – w interesujących mnie w tym miejscu realiach demokratycznych – możliwość ich wykorzystania jest

<sup>20</sup> J. van Dijk, *The Network Society. Social Aspects of New Media*, London 1999 (polskie wydanie tej pracy ukazało się w 2010 r. – zob. *Społeczne aspekty nowych mediów*).

<sup>21</sup> *Democratic Governance and New Technology. Technologically Mediated Innovations in Political Practice in Western Europe*, eds J. Hoff, J. Horrocks, P. Tops, London 2000. Zob też: L. Porębski, *Elektroniczne...*, *op. cit.*, s. 40–50.

odwrotnie proporcjonalna do poziomu zaawansowania i upowszechnienia zachodzących zmian. Po przekroczeniu określonego, trudnego do precyzyjnego wskazania, punktu krytycznego możliwości regulacyjne zdecydowanie maleją. W przypadku rewolucji informacyjnej fundamentalne znaczenie miało w tym kontekście upowszechnienie infrastruktury i spadek cen korzystania z sieci, a w konsekwencji wzrost popytu na nowe rozwiązania techniczne. Wszystko to oznacza, że z punktu widzenia wpływu ICT na przeobrażenie demokracji dzisiaj jesteśmy w zupełnie innym miejscu niż ponad dwie dekady temu, gdy powstawały przytaczane wcześniej analizy.

### Cyfrowy *demos*?

Niełatwo wskazać te spośród mających miejsce w ostatnich latach przemiany technologiczne, które najsilniej wpłynęły na krajobraz współczesnej polityki. Dwie kwestie wydają się mieć z punktu widzenia kształtu procesów demokratycznych znaczenie fundamentalne. Pierwszą z nich była wspomniana już ekspansja serwisów społecznościowych. Jeżeli w 2023 r. najpopularniejszy z serwisów społecznościowych – Facebook – deklarował posiadanie ok. 2,9 miliarda użytkowników (z czego 1,9 mld korzysta z niego codziennie<sup>22</sup>), to znaczy, że internet stał się dla znaczącej części światowej populacji podstawowym kanałem komunikowania, utrzymując jednocześnie status czołowego źródła informacji. Konstatacja ta dotyczy w dużym stopniu także procesów komunikowania politycznego i dystrybucji informacji w krajach demokratycznych. Problematyce tej poświęcona jest bardzo obszerna literatura<sup>23</sup>, w tym miejscu warto zwrócić uwagę tylko na kilka kwestii implikujących największe konsekwencje dla funkcjonowania systemu demokratycznego.

Traktowanie serwisu społecznościowego jako okna, przez które kontaktujemy się nie tylko z bliskimi znajomymi, ale i ze światem, sprawiło, że serwisy te przejęły rolę filtru informacyjnego pełnią

<sup>22</sup> B. Dean, *Facebook Demographic Statistics. How Many People Use Facebook in 2023?*, 27.03.2023, <https://backlinko.com/facebook-users> [dostęp: 19.09.2023].

<sup>23</sup> Zob. np. C. Shirky, *The Political Power of Social Media: Technology, the Public Sphere, and Political Change*, „Foreign Affairs” 2011, vol. 90, no. 1, s. 28–41; A. Unver, *Digital Challenges to Democracy. Politics of Automation, Attention and Engagement*, „Journal of International Affairs” 2017, vol. 71, no. 1, s. 127–146; *Digital Political Communication Strategies. Multidisciplinary Reflections*, ed. B. Garcia-Orosa, London 2021.



przez tradycyjne media. Co więcej, o ile w gazetach lub telewizji selekcja informacji odbywała się przede wszystkim z punktu widzenia zgodności z profilem ideowym (lub afiliacjami politycznymi) konkretnego medium, o tyle w sieci rządzi mechanizm komercyjny<sup>24</sup>. Jedynym kryterium doboru informacji staje się maksymalizacja czasu utrzymania użytkownika przed ekranem telefonu lub komputera, co wiąże się z długością jego ekspozycji na reklamy. To zaś – w uproszczeniu – wymaga izolowania osób korzystających z serwisów od informacji wykraczających poza opinie dominujące w kręgu jego znajomych.

Rośnie więc zarówno izolacja pomiędzy grupami wyznającymi odmienne poglądy i preferencje polityczne, jak i poziom autostymulacji przekonaniami utwierdzającymi nas w już utrwalonych postawach i opiniach. Można powiedzieć, że w zdominowanej przez serwisy społecznościowe cyberprzestrzeni umiera tradycyjnie rozumiana debata publiczna, a opinia publiczna rozpada się na prowadzące wojnę pozycyjną obozy. W ujęciu długofalowym jest to zabójcze dla demokracji, która: „[...] nie może istnieć jako towarzystwo obcych sobie ludzi, ponieważ jej istnienie opiera się na głębokich więziach [...] oraz na uznaniu, że pozycja zajmowana przez jednostkę w świecie zależy w wielkim stopniu od życia innych ludzi”<sup>25</sup>. Jeżeli na funkcjonowanie sieci patrzeć więc przez pryzmat niepodzielnie panujących w niej mediów społecznościowych, to można zaryzykować tezę, że mamy do czynienia z sytuacją odmienną niż na początku rewolucji informacyjnej. Trudno bowiem uznać, że wykorzystanie ICT stymuluje rozwój jakiegoś konkretnego modelu demokracji, skoro logika wykorzystania nowego typu mediów podkopuje sam fundament demokratycznego myślenia, którym jest wspólnotowość. Bez poczucia elementarnej choćby więzi pojawia się pokusa odrzucenia podstawowego dla demokracji rozstrzygnięcia, zgodnie z którym prawo do wyrażania odrębnych opinii i brak jedności wśród członków politycznej wspólnoty są uznawane za stan naturalny. Brak akceptacji dla tego typu wzorca utrudnia – a czasem wręcz uniemożliwia – podejmowanie jakichkolwiek znaczących i uzgodnionych w systemowych ramach prawnych decyzji. W istocie nie tyle paraliżuje to funkcjonowanie systemu demokratycznego, ile wyklucza uprawianie polityki w rozumieniu

<sup>24</sup> Na ten temat zob. np. A. Adamski, *Media w analogowym i cyfrowym świecie. Wpływ cyfrowej rewolucji na rekonfigurację komunikacji społecznej*, Warszawa 2012, s. 52–58.

<sup>25</sup> M. Flinders, *Defending Politics. Why Democracy Matters in the Twenty-First Century*, Oxford 2012, s. 85.

nadawanym temu pojęciu przez koncepcje krytycznie nastawione do neopozytywistycznego nurtu w analizie życia społecznego<sup>26</sup>.

Trzeba podkreślić, że w realiach trzeciej dekady XXI wieku wspólnota polityczna nie staje się wcale – cytując przytoczone wcześniej słowa – towarzystwem obcych sobie ludzi, bo to zakłada wzajemną obojętność. W wielu krajach, gdzie radykalnie wzrósł poziom politycznej polaryzacji, trzeba raczej mówić o silnie zantagonizowanych towarzystwach wrogich wobec siebie ludzi. Ich wzajemnych relacji nie charakteryzuje więc apatyczność, ale bardzo wysoki poziom emocji, tyle że są to emocje negatywne, implikujące przede wszystkim chęć rozgromienia politycznego przeciwnika. Obraz ten dodatkowo wzmacnia radykalnie rosnąca ilość dostępnych w cyberprzestrzeni informacji. Proces ten sprawia, że każdy użytkownik sieci jest coraz bardziej zdany na mechanizmy selekcyjne stosowane przez administratorów i właścicieli portali czy serwisów. Mamy więc do czynienia z mechanizmem zbliżonym do sprzężenia zwrotnego pozytywnego, w którym giganci sieci filtrują docierające do użytkowników informacje i opinie utwierdzające ich we wcześniejszych przekonaniach i coraz bardziej izolujące ich od ludzi o odmiennych politycznych zapatrywaniach. Komunikacyjna, intelektualna i emocjonalna odległość dzieląca różne segmenty opinii publicznej gwałtownie rośnie, powodując atrofię zaufania do demokracji i wzrost popytu na polityczny populizm.

Kwestie będące efektem dominacji serwisów społecznościowych to jednak tylko część problemów, z jakimi boryka się współczesna demokracja w kontekście rozwoju technologii informacyjnych i komunikacyjnych. Zawierania odmienne, ale nie mniej istotne, związane są z konsekwencjami bezprecedensowego postępu dokonującego się w ostatnich latach w sferze szeroko rozumianej sztucznej inteligencji. Ta bardzo ogólna kategoria obejmuje cały szereg narzędzi używanych już rutynowo w życiu codziennym, przede wszystkim w kontaktach firm z klientami, ale także w twórczości artystycznej. Z interesującego mnie w tym miejscu punktu widzenia najistotniejsze znaczenie wydają

<sup>26</sup> Warto w tym kontekście przytoczyć klasyczne ujęcie polityki sformułowane przez B. Cricka, zgodnie z którym pojęcie to można zdefiniować jako: „[...] działanie dzięki któremu dochodzi do uzgodnienia interesów różnych grup społecznych żyjących na obszarze podległym jednej władzy, poprzez przyznanie im udziału w rządach proporcjonalnie do ich znaczenia dla przetrwania i dobrobytu całej wspólnoty” – *idem, W obronie polityki*, tłum. A. Waśkiewicz, Warszawa 2004, s. 28. Innym wybitnym przedstawicielem tego nurtu w nauce o polityce i teorii demokracji był J. Hallowell, por. np. *idem, Moralne podstawy demokracji*, tłum. J. Marcinkowski, Warszawa 1993.

się mieć dwa rodzaje tego typu rozwiązań technologicznych. Pierwszym jest technika *deepfake*<sup>27</sup>, pozwalająca na komputerowe generowanie obrazu i dźwięku ukazujących wypowiedź czy zachowanie osoby istniejącej, które nigdy nie miały miejsca. Ich realizm i techniczna jakość jest tak wysoka, że bez specjalistycznego sprzętu nie jesteśmy w stanie stwierdzić, że mamy do czynienia z fałszerstwem. Pozwala to na przypisywanie dowolnym osobom – zwłaszcza tym rozpoznawalnym publicznie – jakichkolwiek wypowiedzi i kreowanie sytuacji niemających nic wspólnego z rzeczywistością.

Druga technologia jest zdecydowanie bardziej powszechnie używana, a są nią chatboty, programy komputerowe symulujące ludzką aktywność komunikacyjną, a więc zdolne do prowadzenia tekstowego lub werbalnego dialogu, w którym odgrywają rolę człowieka<sup>28</sup>. Aplikacje tego typu z powodzeniem występują w wielu firmach w roli telefonicznej obsługi klienta lub są odpowiedzialne za procedury związane z reklamami. Nie jest więc niczym zaskakującym, że znalazły one zastosowanie także w polityce. Podobnie, choć w mniejszym stopniu, stało się z techniką *deepfake*. Obydwa te rozwiązania techniczne radykalnie zmieniły przede wszystkim kwestie dostarczania informacji i komunikowania politycznego, które są istotą debaty publicznej.

W odniesieniu do debaty sieciowej określenie „radykalna zmiana” jest jednak eufemizmem, bo bardziej adekwatne byłoby mówienie o wywróceniu do góry nogami dotychczasowych reguł gry. Ujmując rzecz najkrócej: w szeroko rozumianej dyskusji na temat polityki, odbywającej się codziennie w internecie, biorą udział tysiące chatbotów, będących „autorami” setek tysięcy informacji, komentarzy i opinii wymienianych w portalach czy serwisach społecznościowych. Część z tych treści może być materiałami typu *deepfake*, a więc może odnosić się do sytuacji czy wypowiedzi, które niczym nie różnią się od tych obecnych choćby w telewizji, tyle tylko, że nigdy nie miały miejsca. Co więcej, codziennością jest nie tylko samo kreowanie nieistniejących fizycznie użytkowników, ale także zarządzanie ruchem odbywającym się w sieci, tak by podgrzewać jedne tematy (tworząc wokół nich sztuczne zainteresowanie),

<sup>27</sup> Określenie to powstało z połączenia terminów *deep learning* (oznaczającego formę jednej z podstaw sztucznej inteligencji, jaką jest uczenie maszynowe) i *fake* (fałszerstwo). Na ten temat zob. M. Westerlund, *The Emergence of Deepfake Technology*, „Technology Innovation Management Review” 2019, vol. 9, iss. 11, s. 39–52.

<sup>28</sup> *Chatbot* jest pojęciem węższym niż *bot*. Tym ostatnim jest każdy program komputerowy działający w sieci w sposób zautomatyzowany.

a spychać na margines inne. Innymi słowy, tysiące realnie istniejących osób może emocjonować się na ekranach swoich komputerów gorącą dyskusją prowadzoną na serwisach społecznościowych na temat wydarzenia lub wypowiedzi politycznej, które nie miały miejsca, a której uczestnikami są tysiące nieistniejących, ale bardzo sprawnie udających reprezentantów gatunku *homo sapiens* programów komputerowych.

Nie jest to sytuacja hipotetyczna, bo badania przeprowadzone w czasie kampanii wyborczej w Stanach Zjednoczonych w 2016 r. dowiodły, że ok. 15% aktywnych w debacie politycznej kont w serwisie Twitter (od lipca 2023 r. działającym pod nazwą X) było botami. Konta te były odpowiedzialne za opublikowanie ok. 19% wszystkich związanych z kampanią wyborczą treści w tym serwisie<sup>29</sup>. Oznacza to, że prawie jedna piąta debaty wyborczej toczonej w najważniejszym kraju demokratycznym Zachodu była kreacją sztucznej inteligencji, co najwyżej bardzo luźno związaną z wydarzeniami, sądami i zachowaniami postrzeganymi w świecie rzeczywistym. Jeśli pamięta się o tym, że kształt i przebieg tej debaty determinował w oczywisty (choć trudny do precyzyjnego oszacowania) sposób wybory, jakich Amerykanie dokonywali przy urnach, to może czas poddać redefinicji sposób rozumienia pojęcia demokracja. Jeśli nieistniejący uczestnicy debaty publicznej mają taki wpływ na to, co obywatele sądzą o polityce i jakie zachowania podejmują w tej sferze, to może należy uznać, że wszystkie wytwory sztucznej inteligencji są częścią wspólnoty politycznej, a więc współtworzą *demos* w nowej, cyfrowej postaci. Tak sformułowaną hipotezę można oczywiście próbować uznać wyłącznie za wyraz ironii i sarkazmu, lecz kwestia jest jednak znacznie bardziej skomplikowana.

W kategoriach prawnych sprawa pozostaje jasna i jednoznaczna. Do uczestnictwa w czynnościach wyborczych, będących podstawą demokratycznego mechanizmu, uprawnieni są konkretnie wskazani obywatele i ciągle jeszcze nie ma większych problemów z odróżnieniem ich od wytworów rozwoju technologicznego. Jeśli jednak spojrzeć na demokrację z punktu widzenia jej aksjologii i psychospołecznych uwarunkowań jej funkcjonowania, to pojawia się problem podmiotowości jednostek podejmujących najistotniejsze dla wspólnoty decyzje. Przyjmuje się za oczywisty postulat, by *demos* w dokonywanych

<sup>29</sup> A. Bessi, E. Ferrara, *Social Bots Distort the 2016 US Presidential Election Online Discussion*, „First Monday” 2016, vol. 21, no. 11, <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/7090/5653> [dostęp: 23.09.2023]. Por. też: L. Porębski, *O dialogu bota z trollem. Partycypacja polityczna w okresie rewolucji informacyjnej*, [w:] *Partycypacja polityczna*, red. M. Marczewska-Rytko, Lublin 2020, s. 19–28.

przez siebie wyborach był nie tylko wolny od różnego typu nacisków czy szantażu, ale także w pełni świadomy istoty i kontekstu podejmowanych rozstrzygnięć. Na ile jednak o tak rozumianej podmiotowości można mówić w sytuacji, gdy przed wspomnianymi już amerykańskimi wyborami prezydenckimi w 2016 r. bardziej ożywiona dyskusja toczyła się wśród wyborców wokół informacji fałszywych niż tych, które odpowiadały rzeczywistości? 20 najpopularniejszych nieprawdziwych informacji zgromadziło w serwisie Facebook w ciągu ostatnich trzech miesięcy kampanii wyborczej w Stanach Zjednoczonych 8,7 mln reakcji użytkowników, podczas gdy 20 najpopularniejszych prawdziwych informacji miało takich reakcji 7,3 mln<sup>30</sup>. Wyborcy debatowali więc w sieci chętniej nie o realnych problemach, ale o kwestiach nieistniejących. Sytuacja ta zdaje się coraz częściej w krajach demokratycznych być nie wyjątkiem, ale raczej regułą. Uprawniona wydaje się więc zapewne teza, że dynamika rewolucji informacyjnej i rozwój narzędzi ze sfery sztucznej inteligencji stawiają pod znakiem zapytania efektywność funkcjonowania demokracji u samych jej podstaw.

Można oczywiście na opisane zjawiska spojrzeć z perspektywy procesu manipulacji i – zgodnie z prawdą – uznać, że polityka nigdy nie była wolna od mniej i bardziej udanych prób wykrzywiania obrazu rzeczywistości dla realizacji własnych celów. Opłaceni klakierzy nagradzali głośnymi brawami kiepskie przemówienia wyborcze, a związane z partiami gazety przemilczały niewygodne dla bliskich sobie polityków wydarzenia. Wydaje się jednak, że pierwsze dekady XXI wieku przyniosły w tym zakresie zmianę jakościową, a każdy kolejny dzień pogłębia zarówno procesy kreowania alternatywnej rzeczywistości politycznej, jak i przekierowywania w jej stronę debaty publicznej.

Dostępne obecnie wyrafinowane rozwiązania techniczne tak bardzo zostawiły w tyle możliwości poznawcze pojedynczego człowieka, że czyni go to nieomal bezradnym wobec rozgrywającego się na naszych oczach sieciowego spektaklu. Przeciętny wyborca nie ma możliwości ani weryfikacji wiarygodności źródeł, które podsuwają mu emocjonujące tematy polityczne, ani oceny, czy bierze udział w debacie z grupą chatbotów, czy raczej z zatroskanymi o losy wspólnoty obywatelami. Co więcej, wszechobecność ICT w życiu codziennym i powszechność korzystania z nich sprawiły, że obszar szarej strefy pomiędzy tym, co realne, a tym, co wykreowane przez algorytmy i stojących za nimi manipulatorów, stale się poszerza. W tym sensie

<sup>30</sup> J. Wątor, *Wybory w USA. Boty pokonały redakcje*, „Gazeta Wyborcza” 18.11.2016, nr 269, s. 13.

falszywe informacje, nieistniejące realnie sieciowe grupy dyskusyjne czy kreowane przez zautomatyzowane programy komputerowe zainteresowanie konkretną kwestią stały się częścią głównego nurtu życia politycznego i politycznego komunikowania.

Jeżeli więc teoria demokracji ma się zmierzyć z dokonującymi się w polityce zmianami i oddać istotę zachodzących przeobrażeń, może powinniśmy zacząć oswajać się z pojęciem „demokracja manipulatywna”? Termin ten wydaje się całkiem adekwatnie opisywać kierunek, w którym zmierza współczesna demokracja w czasie i pod przemożnym wpływem rewolucji informacyjnej.

### Zakończenie

Zawarte w tym tekście rozważania były próbą udzielenia roboczej odpowiedzi na sformułowane we wprowadzeniu pytania. Trzeba jednak pamiętać, że poziom skomplikowania wyzwań, jakie stają przed teorią demokracji w związku z gwałtownym rozwojem nowych technologii informacyjnych i komunikacyjnych, sprawia, iż każdy wypowiedziany wniosek jest co najwyżej wstępem do dalszych, pogłębionych badań. Używanie ogólnych kategorii takich jak „demokracja” w przypadku opisu przemian obserwowalnych i do pewnego stopnia mierzalnych zawsze budzi ryzyko nieuprawnionego uogólnienia. W sensie empirycznym nie istnieje oczywiście jednolity model „zachodniej” czy „liberalnej” demokracji. Nie może więc też być mowy o w pełni powtarzalnym wzorcu oddziaływania ICT na demokratyczne mechanizmy. Oznacza to, że konieczne jest uważne przyglądanie się konkretnym krajom, konkretnym technologiom i konkretnym aspektom demokracji, zanim robocze tezy staną się częścią refleksji ugruntowanej empirycznie i mogącej być podstawą dla konstruowania przemyśleń teoretycznych.

Już teraz jednak mamy wystarczająco dużo danych, by odnieść się do przytaczanych wcześniej nadziei, iż elektroniczna demokracja stanie się remedium na wszystkie istotne bolączki systemu demokratycznego. Bez względu na to, jaki będzie długofalowy bilans przygody demokracji z nowymi technologiami, niewątpliwie nie stanie się ona mechanizmem zapewniającym pełną obywatelską samorealizację każdemu członkowi politycznej wspólnoty. Jak w przypadku każdego produktu gatunku *homo sapiens* niedoskonałość jest immanentną cechą rządów demokratycznych, a rozwój tego systemu to raczej żmudne poprawianie ciągle niedoskonałej struktury niż konstruowanie politycznego *perpetuum mobile*. Rację miał więc brytyjski teoretyk polityki John Dunn, gdy

pisal: „Zaskakujacy nie jest fakt, ze demokracja czesto zawodzi obywateli, ale raczej to, ze przy dlugiej liście swych porażek jest ona ciągle w stanie wzbudzić stosunkowo duże oczekiwania”<sup>31</sup>. Czasem refleksja nad demokracją mówi więcej o nas samych niż o istocie polityki. Warto o tym pamiętać, zwłaszcza wtedy gdy przystępujemy do formułowania zbyt kategoriycznych sądów.

---

<sup>31</sup> P. Dahlgren, *The Political...*, *op. cit.*, s. 13.





Michał Rupniewski\*

## Niearbitralność jako zasada i jako cnota. O alternatywie wobec liberalnej neutralności prawodawcy

### Wprowadzenie

W jednym z tekstów dotyczących poszukiwania modelu „moralnie neutralnej” zmiany prawa, napisanym przeze mnie i Macieja Chmielińskiego, zaproponowaliśmy ideał niearbitralności przede wszystkim dla sędziów i prawodawców<sup>1</sup>. Ideał ten, rozumiany jako stan rzeczy, w którym władze publiczne działają w sposób niearbitralny, wiąże się z jednej strony z zasadą, z drugiej zaś z cnotą. Zasada niearbitralności jest rozumiana jako polityczny wymóg normujący podejmowanie i uzasadnianie decyzji, natomiast cnota niearbitralności oznacza trwałą dyspozycję do postanowień zgodnych z wymogami zasady. Proponowanie tegoż ideału było motywowane dwojako: po pierwsze, powszechnie przyjmowanym dziś założeniem, iż demo-liberalny porządek prawny naznaczony jest pluralizmem światopoglądowym, a prawo powinno ten fakt uwzględniać i respektować; po drugie, przekonaniem, iż najczęściej

---

\* Dr hab., Uniwersytet Łódzki, ORCID: 0000-0002-1701-5204.

<sup>1</sup> M. Chmieliński, M. Rupniewski, *Justification of Legal Change: In Search for a Model of Neutrality*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, vol. 30, no. 5, s. 123–138.

proponowany w tym miejscu ideał liberalnej neutralności jest z różnych powodów nie do utrzymania. Ta dwojaka motywacja skłoniła nas do poszukiwania rozwiązań w duchu niearbitralności. Sędzia czy prawodawca, kierujący się tą zasadą (lub posiadający cnotę), „usiłuje rozpoznać różnorodne uzasadnienia, które pojawiają się w procesie legislacyjnym lub judykacyjnym, a następnie usiłuje w sposób możliwie bezstronny zważyć wartości, które te uzasadnienia przywołują”<sup>2</sup>. W przeciwieństwie zatem do poszukiwania neutralnych światopoglądowo czy moralnie uzasadnień niearbitralność dopuszcza uzasadnienia z różnych tradycji i światopoglądów, które mają podlegać następnie roztropnej, spójnej interpretacji, zmierzającej do umocnienia legitymacji zmienionego prawa przez jego niearbitralne uzasadnienie.

Niniejszy tekst, ofiarowany Profesorowi Tadeuszowi Biernatowi wraz z wyrazami szacunku i najlepszymi życzeniami dla dostojnego Jubilata, jest rozwinięciem idei przedstawionych we wspomnianym wyżej artykule moim i Macieja Chmielińskiego. Tym razem jednak w tekście jednoautorskim pełną odpowiedzialność za przedstawione pomysły bierze na siebie piszący te słowa. Szczególnym przedmiotem zainteresowania jest tutaj aktywność legislacyjna (zarazem zmiana prawa czy zmienność prawa przestaje być najważniejsza, choć legislacja je oczywiście zakłada). Chodzi o szczegółowy namysł nad tym, czego niearbitralność, rozpatrywana jako zasada i jako cnota, wymaga w procesie stanowienia prawa. Poprzedni artykuł dostarczył w tym zakresie jedynie pewnego ogólnego zarysu, tekst niniejszy stawia sobie za cel wypełnienie go szczegółami, wskazanie konkretnych postulatów adresowanych do ustawodawcy oraz, być może, modyfikację czy dookreślenie samego ideału niearbitralności. Dodatkowo w tekście niniejszym wyjaśniam nieco bardziej dokładnie te powody odrzucenia liberalnej neutralności, które są szczególnie istotne w kontekście legislacji.

Artykuł zbudowany jest następująco. W pierwszej sekcji dokonuję namysłu nad szeroko rozpowszechnioną odpowiedzią na pluralizm światopoglądowy, jaką jest zasada neutralności liberalnej (*liberal neutrality*). Wskazuję na problemy związane z tą zasadą i proponuję alternatywę w postaci niearbitralności. W sekcji drugiej przybliżam Model Otwartego Uzasadniania (*Open Justification Model*) integralnie powiązany z ideałem niearbitralności. Wskazuję tam na reguły, do których powinno się stosować niearbitralne uzasadnienie stanowionego prawa. Wspominam także o problemach związanych z nieokreślonością standardu. Sekcja ostatnia podaje rozwiązanie problemów wspomnianych

<sup>2</sup> *Ibidem*, s. 138 – tłum. M.R.

w sekcji drugiej. Niarbitralność pokazana jest tam jako cnota, ściśle powiązana ze standardami stanowienia prawa. Oznacza to, iż ostateczne ustalenie, czy dane uzasadnienie spełnia kryterium niarbitralności, zależy w dużej mierze od kontekstu i konkretnej politycznej *praxis*.

### Liberalna neutralność – najważniejsze problemy. Niarbitralność jako alternatywa

Na początek wyjaśnię, dlaczego moim zdaniem zasada neutralności liberalnej<sup>3</sup> jest bardzo trudna do utrzymania jako wiążąca w procesie stanowienia prawa (co jeszcze nie przekreśla jej doniosłości i aplikowalności na innych płaszczyznach) oraz dlaczego atrakcyjną alternatywą jest niarbitralność. Zasada neutralności liberalnej ma oczywiście wiele sformułowań i szczegółowych wersji, niemożliwością byłoby przedyskutować je wszystkie w sposób wyczerpujący w jednym tekście. Sądzę jednak, iż wystarczy podać główne racje przemawiające przeciw najbardziej charakterystycznym i popularnym koncepcjom. Jako punkt wyjścia możemy podać sformułowanie Ronalda Dworkina, według którego „decyzje polityczne muszą być w miarę możliwości niezależnie od jakiegokolwiek szczegółowej koncepcji dobrego życia lub tego, co jest w życiu wartościowe”<sup>4</sup>. Jeżeli zastosować to do stanowienia prawa, tak rozumiana zasada neutralności wymaga, by stanowione prawo nie było ugruntowane w żadnej konkretnej koncepcji dobra, nie powinno także żadnej z nich wspierać. Dodajmy, że chodzi tutaj przede wszystkim o to, by prawo zachowywało dystans wobec indywidualnych koncepcji dobra, wobec wyboru ścieżki życiowej, indywidualnej tożsamości kulturowej czy religijnej, a nawet po prostu stylu życia jednostki<sup>5</sup>. Zasada neutralności

<sup>3</sup> Ograniczam się tutaj do liberalizmu w mniej lub bardziej egalitarnystycznej wersji. Neutralność może też być istotna dla innych tradycji, jak chociażby libertariaizmu czy niektórych odmian republikanizmu, a nawet socjaldemokracji. Nie sposób, niestety, odnieść się do tych tradycji w jednym artykule. O neutralności w różnych tradycjach (z pominięciem socjaldemokracji) pisze W. Ciszewski – *idem*, *Zasada neutralności światopoglądowej państwa*, Kraków 2019, s. 50–72.

<sup>4</sup> R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge–London 1986, s. 191 – tłum. M.R.

<sup>5</sup> Sprawa jest oczywiście o tyle trudna, że wiele koncepcji dobra wykracza poza koncepcje dobra indywidualnego i wyznacza również sposoby myślenia o dobru wspólnym i uzasadnieniu prawa, dlatego J. Rawls, zwolennik pewnej formy neutralności, pisał nie tylko o indywidualnych planach (dobrego) życia, ale także o rozległych doktrynach, mając na myśli szerszy zestaw przekonań bliski pojęciu światopoglądu. Por. *idem*, *Liberalizm polityczny*, tłum. A. Romaniuk, Warszawa 1998.

nie wymaga tym samym, aby prawo było całkowicie oderwane od aksjologii i nie należy jej utożsamiać z neutralnością aksjologiczną<sup>6</sup>. Co prawda w literaturze podejmowano próby takiego ugruntowania zasady neutralności, które samo także spełniłoby test neutralności, lecz dotyczyło to przede wszystkim kwestii metateoretycznych<sup>7</sup>, ale na poziomie praktyki polityczno-prawnej dyskutowana zasada jest wyraźnie powiązana z określonymi instytucjami o charakterze liberalno-demokratycznym. Podstawowymi wartościami są tu przede wszystkim szacunek dla autonomii jednostki oraz jakaś forma równości szans. W takim właśnie instytucjonalnym otoczeniu obywatele zachowują „swobodę dążenia do indywidualnych celów pod rządami systemu reguł, który jest wobec tych celów neutralny”<sup>8</sup>, by posłużyć się zgrabnym sformułowaniem Wojciecha Sadurskiego.

Konkurujące ze sobą wersje zasady neutralności zgadzają się co do tego, iż działania rządu mają pozostać neutralne wobec indywidualnych planów i koncepcji dobrego życia, natomiast odróżnia je od siebie odpowiedź na pytanie o to, czy ma to oznaczać równe wobec wszystkich koncepcji konsekwencje działań państwa, czy też wystarczy równość zasobów lub możliwości realizowania indywidualnych planów życia i systemów wartości<sup>9</sup>. Wreszcie najbardziej rozpowszechniona koncepcja wymaga neutralności uzasadniania. Ta ostatnia wymaga, by działania państwa były uzasadnione w sposób niestronniczy, to znaczy, by raczej działania stojące za daną decyzją, podjętą w ramach wykonywania władzy politycznej, mogły być do przyjęcia dla każdego obywatela, niezależnie od przyjętej przezeń koncepcji dobrego życia. Zwolennikiem

<sup>6</sup> Podkreśla to np. J. Waldron – *idem*, *Legislation and Moral Neutrality*, [w:] *Liberal Rights. Collected Papers 1981–1991*, Cambridge 1993, s. 156.

<sup>7</sup> Por. np. C. Bird, *Mutual Respect and Neutral Justification*, „Ethics” 1996, vol. 107, no. 1, s. 62–96.

<sup>8</sup> W. Sadurski, *Moral Pluralism and Legal Neutrality*, Dordrecht 1990, s. 90 – tłum. M.R.

<sup>9</sup> Syntetyczne omówienie tej kwestii: S. Dimock, *Liberal Neutrality*, „The Journal of Value Inquiry” 2000, vol. 34, zwłaszcza s. 192–198. Autorka dochodzi do wniosku, iż koncepcja neutralności konsekwencji jest wysoce problematyczna już choćby z tego powodu, że nie sposób ustalić, jak działania rządu wpływają na realizację różnych koncepcji dobra. Z kolei koncepcje mające zapewnić równość zasobów czy możliwości są, jak przekonuje autorka, z konieczności redystrybucyjne. Tymczasem niektóre koncepcje dobra odrzucają redystrybucję jako bezprawne wywłaszczenie, natomiast dostarczenie równego udziału jedynie w podstawowych zasobach koniecznych do realizowania dobra jest problematyczne dlatego, że różne koncepcje dobra wymagają bardzo różnego rodzaju zasobów, więc niezwykle trudno jest wypracować taki katalog „dóbr podstawowych”.

tej koncepcji jest między innymi Wojciech Ciszewski. Według tego autora na przedstawicielach władz publicznych spoczywa „bezwzględny obowiązek, by wszelkie decyzje (podejmowane w ramach sprawowanej funkcji publicznej) uzasadniali racjami, które są neutralne w stosunku do rozległych koncepcji dobrego życia występujących w danym społeczeństwie demokratycznym”<sup>10</sup>, co sprowadza się do tego, by racje uzasadniające były akceptowalne „z punktu widzenia rozumnych obywateli dobrze urządzonego społeczeństwa demokratycznego”<sup>11</sup>. Z pewnością wymogi te stosują się także do stanowienia prawa, gdyż zasadniczo obejmują „wszelkie decyzje podejmowane przez osoby wykonujące władzę w imieniu państwa (bądź poszczególnych jego instytucji)”<sup>12</sup>. Stąd też zasada neutralności, w ujęciu Ciszewskiego, wymaga od procesu legislacyjnego odpowiedniej jakości uzasadniania stanowionego prawa – dostarczenia racji neutralnych w wyeksplikowanym wyżej sensie. To właśnie przede wszystkim do tej koncepcji odnosi się krytyka przedstawiona poniżej.

Z liberalną ideą neutralności wiąże się cały szereg fascynujących problemów o charakterze metafizycznym, antropologicznym, filozoficzno-politycznym czy prawnokonstytucyjnym. Z uwagi na temat tego tekstu oraz jego format pominię większość z nich i podam jedynie te spośród najważniejszych racji przemawiających przeciw dyskusyjnej zasadzie, które odnoszą się bezpośrednio do procesu stanowienia prawa. Po pierwsze, wydaje się oczywiste, że decyzje podejmowane przez osoby uczestniczące w procesie stanowienia prawa z samej swej natury polegają na rozstrzygnięciu konfliktów pomiędzy koncepcjami dobra albo przynajmniej pomiędzy wykluczającymi się wzajemnie interpretacjami określonych dóbr ludzkich oraz ich wagi w stosunku do innych dóbr. Niewykluczone, iż czasem taki konflikt da się rozstrzygnąć w sposób neutralny – na przykład odmawiając w ogóle zaangażowania się w niego<sup>13</sup>. Jednak w zdecydowanej większości współczesnego, bardzo intensywnego ustawodawstwa władza *nolens volens* musi opowiedzieć się za jakąś koncepcją dobra, a także jakąś jego konkretną interpretacją.

<sup>10</sup> W. Ciszewski, *Zasada neutralności...*, *op. cit.*, s. 288 [usunięto rozstrzelenie tekstu obecne w oryginale – M.R.].

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 247.

<sup>13</sup> Jest to idea bliższa być może libertarianom niż liberałom. Na przykład R. Nozick argumentował to w wielu miejscach swojej słynnej książki *Anarchia, państwo, utopia* (tłum. P. Maciejko, M. Szczubiałka, Warszawa 1999). Zapewne jednak w pewnych sytuacjach powstrzymanie się od zaangażowania w daną sprawę również może być nieneutralne.

Samo pojęcie neutralności wydaje się zatem w tym kontekście trudne do powszechnego stosowania. Jako przykład rozważmy zakaz handlu w niedziele. Jeśli wprowadzenie takiego zakazu byłoby uzasadnione odwołaniem do Dekalogu i religijnego nakazu odpoczynku w szczególnie poświęcony Bogu dzień tygodnia, zakaz byłby oczywiście stronniczy – siła argumentu ugruntowanego w religii zależy przecież od bycia jej wyznawcą, zaś pojęcie rozumnego i racjonalnego obywatela nie pozwala zakładać wyznawania jakiegokolwiek religii ani niewyznawania żadnej. Pojęcie rozumnego i racjonalnego obywatela jest jednak, jak widzieliśmy, jeszcze bardziej wymagające i zabrania także zakładania jakiegokolwiek szerszej koncepcji dobra. Czy jednak da się znaleźć jakiegokolwiek uzasadnienie dyskutowanego zakazu, które pozostaje neutralne nie tylko wobec różnych religii i światopoglądów ateistycznych/agnostycznych, ale także wobec wszelkich koncepcji dobrego życia? Wydaje się to wysoce wątpliwe.

Często w literaturze pojawia się na przykład pogląd, iż ochrona pracowników handlu przed przepracowaniem<sup>14</sup>, troska o ich zdrowie czy wypoczynek<sup>15</sup> może być liberalnie neutralnym powodem zakazu handlu w niedziele. W istocie jednak, przy przyjęciu takiego uzasadnienia, zakaz ten nie opiera się jedynie na wysoce abstrakcyjnych wartościach („brak przepracowania” czy „zdrowie”) – na to rzeczywiście mógłby się zgodzić każdy rozumny i racjonalny obywatel – lecz na określonej interpretacji tych dóbr i konkretnym ich uszeregowaniu aksjologicznym. I tak, po pierwsze, zakaz handlu w niedziele musi opierać się na przekonaniu, że jeden dzień w tygodniu przeznaczony wyłącznie na odpoczynek, w szczególności na życie rodzinne, jest warunkiem zdrowia czy dobrostanu. Po drugie zaś, tak zinterpretowane zdrowie musi mieć wyższą wartość od dodatkowych zarobków uzyskiwanych z takiej pracy, jak również – co oczywiste – od pracy jako takiej. Przyjmuje się tu także przynajmniej *implicite*, że interes osobisty pracownika jest ważniejszy od interesu ekonomicznego pracodawcy czy wygody potencjalnych klientów mających zwyczaj robienia zakupów w niedziele. Przykład ten można uogólnić. Wydaje się, iż niemal każdorazowo definiując społeczny cel legislacji i deliberując nad zasadnością jego wprowadzenia, dokonuje się zarazem namysłu na temat tego, co jest w życiu człowieka dobre i wartościowe, i na podstawie tego namysłu i związanych z nim ocen dokonuje się politycznej decyzji przekuwanej następnie w legislację. Co prawda, najczęściej ustawodawca działa w ramach aksjologii

<sup>14</sup> Np. J. Waldron, *Legislation...*, *op. cit.*, s. 150.

<sup>15</sup> S. Dimock, *Liberal Neutrality*, *op. cit.*, s. 199.

wyznaczonej niejako z góry choćby przez konstytucję czy konwencje międzynarodowe, lecz aksjologia ta jest przecież bardzo ogólna, a sam prawodawca nie jest tu całkowicie bierny<sup>16</sup>. Zakaz handlu w niedziele lub jego zniesienie, koncesjonowanie sprzedaży alkoholu, reglamentacja dostępu do innych substancji psychoaktywnych, ochrona konsumentów i pracowników, wprowadzanie lub niewprowadzanie małżeństw jedнопłciowych, ochrona środowiska, zakres ochrony zwierząt, polityka zwiększania diety lub polityka „jednego dziecka”, kształt prawa imigracyjnego – wszystkich tych sfer i wielu innych nie da się oderwać od pytań o dobro, które ma być zrealizowane dzięki takiemu czy innemu kształtowi prawa. Decyzje prawodawcze są zatem nie tylko aksjologicznie nieneutralne, ale są także nieneutralne agatologicznie – z konieczności wiążą się z ustaleniami czy ocenami dotyczącymi dobra człowieka (a także, czasami, zwierząt i pozostałej natury)<sup>17</sup>. Nawet zatem, gdybyśmy uznali, że u podstaw prawa leżą wartości zasadniczo neutralne w sensie nadawanym temu terminowi przez liberalizm, to ich konkretna aplikacja w konkretnej ustawie musi powiązać je w jakiś sposób z przyjmowaną *explicite* lub *implicite* koncepcją dobra. Wiąże się z tym zasadnicze pytanie: czy jedyną odpowiedzią na fakt pluralizmu światopoglądowego i obowiązek jego poszanowania jest neutralność liberalna? Wyrażone w tym akapicie wątpliwości skłaniają do poszukiwania alternatywy. Zanim tę alternatywę przedstawię, podam dodatkowy argument, źródło dodatkowej wątpliwości.

Ów argument głosi, że neutralność liberalna jest trudna do pogodzenia z pluralistycznym systemem partyjnym. W istocie bowiem, już na etapie, który Tadeusz Biernat nazywa fazą prelegislacyjną<sup>18</sup>, dokonuje się identyfikacja społecznych problemów i celów, które mają być w związku z tymi problemami zrealizowane. Istnienie wielości partii politycznych implikuje, że istnieją w społeczeństwie różne koncepcje dobra, a osoby popierające te koncepcje usiłują zgodnie ze swoimi

<sup>16</sup> J. Wróblewski zwracał uwagę na bardzo specyficzną pozycję prawodawcy w takich kwestiach. Jak pisał, prawodawca jest „z jednej strony [...] zależny od zakładanego systemu aksjologii prawa, z drugiej zaś jest współtwórcą tego systemu” – *idem, Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989, s. 92.

<sup>17</sup> Jest tak niezależnie od tego, jakie stanowisko metaetyczne przyjąć. Metaetyka odpowiada bowiem na pytanie, którego w prawodawstwie zasadniczo w ogóle się nie zadaje, a mianowicie pytanie o naturę i ostateczne ugruntowanie ocen dotyczących dobra czy słuszności. Natomiast fakt, że prawodawca w sposób nieunikniony dokonuje tych ocen, jest niezależny od ich ostatecznego ugruntowania i logicznej struktury.

<sup>18</sup> T. Biernat, *Legislacja. Analiza procesu*, Kraków 2016, zwłaszcza s. 55–67.

przekonaniami, przez wybieranie takich a nie innych przedstawicieli, zrealizować je przez prawo w przestrzeni społecznej, dlatego zarówno wybór celów, ich uszeregowanie, a także konkretny sposób ich realizacji będzie niejako z natury rzeczy mniej lub bardziej „partykularny”. Jak pisze Tadeusz Biernat:

Znacząca partia polityczna, czy ugrupowanie polityczne, o realnej sile mierzonej skalą wyborczego poparcia, jest podmiotem, który znajduje się w „szczególnej pozycji”, jeśli chodzi o identyfikację problemów i określanie celów. Ta szczególna sytuacja polega na presji wyborczej. Presja wyborcza wymaga takiego postępowania, które przekona do siebie jak najszerszy krąg wyborców, skłonnych oddać głos w najbliższych wyborach. To wpływa na wyznaczenie kategorii problemów czy konfliktów wymagających rozwiązania. Decyzje, które mają bezpośredni wpływ i istotne znaczenie, podejmowane są wśród wpływowych gremiów rządzących partii politycznych. Tam się rozstrzyga, które z politycznie wyznaczonych celów będą realizowane z wykorzystaniem instrumentów prawnych<sup>19</sup>.

Rzecz jasna, nie można tu jedynie poprzestawać na konstatacji tego faktu (czego nie czyni także Tadeusz Biernat). Istnieje ogromny zasób instrumentów mających zabezpieczać prawo przed skrajnym upartyjnieniem czy instrumentalizacją. Najbardziej oczywistymi „bezpiecznikami” są tutaj proceduralne normy konstytucyjne i regulaminowe, jak również prawa podstawowe i związana z nimi kontrola konstytucyjności prawa. Problematyka ta stanowi osobny przedmiot dociekań konstytucjonalistów i nie będę jej tu streszczał. W literaturze filozoficzno-prawnej natomiast podkreśla się, że proceduralne zabezpieczenia są często warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym. Aby zredukować upolitycznienie, potrzeba dodatkowo dążyć do zachowania istotnej spójności aksjologicznej prawa, ze szczególnym poszanowaniem dla wartości konstytucyjnych (ducha konstytucji)<sup>20</sup>, jak również standardów i zasad demokratycznej legislacji, zdecydowanie wykraczających poza czysty formalizm<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 59.

<sup>20</sup> Na ten temat szerzej: M. Romanowicz, *Instrumentalizacja prawa a kryzys konstytucyjny – refleksja na gruncie kilku aktualnych ustaleń Profesora Piotra Winczorka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2022, nr 1, s. 74–90. Autor podkreśla przede wszystkim aksjologiczny wymiar zagadnienia instrumentalizacji. Opierając się na dorobku Piotra Winczorka, buduje model prawa spójnego aksjologicznie, a przez to przewidywalnego.

<sup>21</sup> T. Biernat, *Między polityką a prawem. Problem „upolitycznienia” tworzenia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji. Tom CX. Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej”, Wrocław 2017, red. A. Bator, P. Kaczmarek, s. 115–132.



Do wspomnianych standardów wróć jeszcze w dalszej części artykułu, gdzie będą rozważane nieco dokładniej. W tym momencie interesuje mnie tylko jedno pytanie: czy ochronę przed nadmiernym upolitycznieniem prawa da się sprowadzić do wymogu zachowania liberalnej neutralności? Sądzę, że byłoby to bardzo trudne do utrzymania. Jeżeli mamy do czynienia z systemem wielo- lub dwupartyjnym, trudno oczekiwać, iż wszystkie partie będą zachowywały neutralność co do koncepcji dobra i że będą przyznawać neutralności taki sam priorytet, przecież bardzo często to właśnie nic innego, jak spór dotyczący dobra (jednostkowego czy wspólnego) nadaje kierunki i sens polityce partyjnej, a sama demokracja parlamentarna ma być przecież właśnie pokojowym ścieraniem się różnych politycznych wizji, w tym agatologicznych<sup>22</sup>. Współcześnie tę ważną cechę dyskursu politycznego często „maskuje się” językiem odnoszącym się do praw podstawowych czy praw człowieka. Dyskurs wydaje się wtedy bardziej „neutralny”, zaś zgodnie z liberalną doktryną prawa podstawowe – wyrażające słusność – mają pierwszeństwo nad dobrem rozumianym jako prywatne, zakorzenione w indywidualnej tożsamości etycznej i poglądach metafizycznych przekonania aksjologiczne. Istnieją ważne powody, by sądzić, że neutralność dyskursu odwołującego się do praw jest pozorna (choć niekoniecznie świadomie „pozorowana”), mianowicie rozumienia praw człowieka nie da się konsekwentnie oderwać od tego, co dla człowieka dobre. To ostatnie stwierdzenie nie jest co prawda wolne od kontrowersji, gdyż są tacy, którzy uważają, że można i trzeba oddzielić to, co człowiekowi bezwzględnie od państwa należne, od tego, co stanowi jego dobro w sensie holistycznym. Niemniej tak różni pod wieloma istotnymi względami teoretycy jak John Finnis, Martha Nussbaum, Marek Piechowiak, Robin West, Joseph Raz czy Michael Sandel zachowują sceptycyzm co do radykalnej separacji i na różne sposoby argumentują za ponownym połączeniem dobra i słusności. Z uwagi na ograniczo-

<sup>22</sup> Ten aspekt podkreślają przede wszystkim te teorie demokracji, które widzą ją nie jako ustrój mający przynieść rozumny kompromis pomiędzy zatimizowanymi jednostkami, lecz w sposób bardziej substancjalny – jako wspólnotę etyczną, choć uznającą różnice i pluralizm. Partycypacja w demokracji rozumianej w ten drugi sposób nie daje się sprowadzić do realizacji przez jednostkę ustalonej wcześniej koncepcji dobra, ponieważ proces partycypacji jest zarazem procesem kształtowania własnej koncepcji dobra. Taką wizję proponował m.in. John Dewey, por. M. Festenstein, *The Ties Of Communication: Dewey On Ideal And Political Democracy*, „History of Political Thought” 1997, vol. 18, no. 1, s. 104–124, czy Axel Honneth – *idem*, *Das Recht der Freiheit: Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Frankfurt 2011.

ny format pojedynczego tekstu jedyne, co mogę tu zrobić, to przyznać temu gronu pod tym względem rację.

Czy oznacza to, że jesteśmy po prostu skazani na zgodę, by państwo w sposób aktywny i bezpośredni popierało jakąś konkretną koncepcję dobra? A może jest to wręcz wymóg, który należałoby w stronę państwa skierować? Innymi słowy – czy porzucenie neutralności z konieczności pociąga za sobą perfekcjonizm polityczny<sup>23</sup>? Taka konstatacja wydaje się pochojna. Nie każde agatologicznie nieneutralne uzasadnienie jest tak samo problematyczne i nie zawsze musi zakładać promowanie konkretnej koncepcji dobra. W szczególności sądzę, że należy odróżnić uzasadnienia stronnicze w sensie właściwym – które nazywać będę arbitralnymi – od uzasadnień co prawda nieneutralnych, ale niestronniczych, które możemy nazwać uzasadnieniami niearbitralnymi. Tym samym możemy porzucić neutralność liberalną jako bezwzględnie wiążący wymóg dla legislacji i zastąpić go niearbitralnością. Co ważne, nie wyklucza to automatycznie neutralności liberalnej. Może ona nadal funkcjonować jako jedna z wielu istotnych wartości sfery publicznej i w zależności od kontekstu może nadal być uznana za wymaganą. Traci natomiast charakter wymogu bezwzględnie obowiązującego przy każdorazowym wykonywaniu władzy ustawodawczej. W to miejsce wchodzi właśnie niearbitralność. Jak postaram się pokazać w następnej sekcji, niearbitralność odrzuca perfekcjonizm polityczny rozumiany jako wymóg, by państwo realizowało konkretną koncepcję dobra. Niearbitralność respektuje pluralizm w takim samym stopniu jak neutralność liberalna, czyni to jednak inaczej. Zamiast wykluczać odwołanie się do koncepcji dobra, zakłada wielość takich koncepcji i stara się wziąć pod uwagę zarówno racje publicznego rozumu, jak również uzasadnienia pochodzące z różnych rozległych koncepcji metafizyczno-etycznych, funkcjonujących w społeczeństwie obywatelskim. O ile zatem idea neutralności opiera się przede wszystkim na wykluczeniu określonych

<sup>23</sup> Perfekcjonizm polityczny jest stanowiskiem, które głosi, że „powinno się preferować instytucje polityczne i polityki państwa, które najlepiej promują dobro w określonych kontekstach” – S. Wall, *Perfectionism in Moral and Political Philosophy*, „The Stanford Encyclopedia of Philosophy”, Fall 2021 Edition, sekcja 3, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/perfectionism-moral> [dostęp: 26.02.2024] – tłum. M.R. Oznacza to, iż perfekcjonizm polityczny można pogodzić z pluralizmem wartości. Perfekjonistyczne odrzucenie neutralności jest jednak bardziej radykalne niż prezentowane przeze mnie w tym tekście. Zgodnie z ideą niearbitralności prawo nie musi koniecznie prezentować koncepcji najlepiej promującej człowiecze dobro. Odrzucenie neutralności jest tu w większym stopniu prakseologiczne niż normatywne.

racji z pola legitymowanego uzasadnienia i opiera się na jednym źródle, jakim jest wąsko interpretowany rozum publiczny, niarbitralność jest inkluzywna i poszukuje równowagi racji pochodzących z różnych źródeł. Charakterystycznym dla niarbitralności jest Model Otwartego Uzasadnienia, który został bliżej wyeksplikowany w kolejnej sekcji.

### Niarbitralność a treść prawa: Model Otwartego Uzasadnienia

Model Otwartego Uzasadnienia (*Open Justification Model* – OJM) po raz pierwszy przedstawiłem w tekście *Public Reason, Background Culture, and the Justification of Legal Change*<sup>24</sup>. Sama idea „otwartego” uzasadnienia była inspirowana teorią rozumu publicznego Johna Rawlsa, lecz w sposób niejako negatywny – stanowiła próbę wyjścia poza restrykcyjne implikacje tej klasycznej teorii, przy zachowaniu części jej terminologii i intuicji kierunkowych. Moja propozycja zmierzała jednak do celu utrzymanego zasadniczo w duchu Rawlsa, to znaczy do ustalenia, jakie uzasadnienie prawa jest wymagane ze względu na jego legitymację. Teoria Rawlsa jest w tym zakresie dość restrykcyjna. W myśl przynajmniej niektórych interpretacji prawo uzyskuje legitymację zgodną z publicznym rozumem wtedy i tylko wtedy, gdy wszyscy obywatele popierają je, dzieląc dobre powody, by owo prawo zaakceptować z publicznej perspektywy rozumnych, wolnych i równych obywateli<sup>25</sup>. Jak argumen-

<sup>24</sup> M. Rupniewski, *Public Reason, Background Culture, and the Justification of Legal Change*, [w:] *The Philosophy of Legal Change. Theoretical Perspectives and Practical Processes*, eds M. Chmieliński, M. Rupniewski, Routledge 2020.

<sup>25</sup> Należy tu odnotować, że pomysł Rawlsa był bardzo szeroko dyskutowany w literaturze i dał początek co najmniej kilku tradycjom interpretacyjnym. Na jednym skrajnym brzegu tych tradycji znajduje się interpretacja bliższa radykalnemu republikanizmowi Jeana-Jacques’a Rousseau, gdzie zasadniczo możliwe do współdzielenia (*sharable*) racje publiczne konstytuują zbiorowy podmiot – lud obywatelski. Zwolennikiem tej koncepcji jest B. Neufeld – *idem*, *Shared Intentions, Public Reason, and Political Autonomy*, „Canadian Journal of Philosophy” 2019, vol. 49, iss. 6, s. 776–804. Na drugim biegunie sytuuje się tradycja interpretacji znacznie bardziej liberalnej, by nie powiedzieć libertariańskiej, która wymaga jedynie zbieżności (*convergence*) konkluzji dyskursu publicznego, bez wymogu potencjalnego współdzielenia racji publicznych – por. K. Vallier, *Public Justification versus Public Deliberation: The Case for Divorce*, „Canadian Journal of Philosophy” 2015, vol. 45, iss. 2, s. 139–158. Na tym etapie rozważań możemy pozostać przy sformułowaniu Rawlsa. Jak zobaczymy w szczegółach wkrótce idea niarbitralności jest jeszcze jedną propozycją rozwinięcia stanowiska Rawlsa, bliższą doktrynie zbieżności (*convergence*), ponieważ nie wymaga ona konsensu co do racji publicznych.

towałem w poprzedniej sekcji, takie stanowisko jest trudne do utrzymania. Przede wszystkim, gdy chodzi o zwykłą legislację, działanie prawodawcze bardzo często motywowane jest względami, co do których nie możemy rozsądnie spodziewać się – i nikt też tego nie czyni – że wszyscy obywatele je poprą. W tym sensie nowoczesna legislacja jest bliższa procesowi osiągnięcia kompromisu, nie zaś konsensu. Rozwiązania legislacyjne powinny być tolerowalne przez wszystkich, ale niekoniecznie muszą być uzasadnione w sposób równie przekonujący dla każdego. Rawls także był tego świadomy, dlatego swoją zasadę liberalnej legitymacji odnosił przede wszystkim do norm konstytucyjnych. Jak pisał, demokratyczna władza, to znaczy władza sprawowana przez równych i wolnych obywateli nad sobą nawzajem, jest legitymowana „tylko wtedy, gdy sprawujemy ją w zgodzie z konstytucją, co do której najważniejszych postanowień można rozsądnie oczekiwać, że wszyscy obywatele ją poprą, kierując się zasadami i ideałami, które są dla nich, jako osób rozumnych i racjonalnych, do przyjęcia”<sup>26</sup>. Jeśli ten standard zastosować do legislacji, zasada liberalnej legitymacji sprowadza się do postulatu, by najważniejsze postanowienia konstytucji spełniały wymóg rozumnej, publicznej akceptowalności, dla reszty prawa wystarczy zaś akceptowalność pośrednia, osiągnięta przez zgodność z konstytucją. Można zatem argumentować, że test rozumnej akceptowalności (i zarazem neutralności) stosuje się tylko do konstytucji, dla „zwykłej” legislacji wystarczy natomiast, by nie przekraczała wyznaczonych przez konstytucję ram<sup>27</sup>. Ukazuje się tu wyraźna różnica między zwyczajną legislacją i polityką a legislacją i polityką konstytucyjną, gdzie standardy akceptowalności są o wiele bardziej wymagające.

Powyższa odmiennosc związana jest w koncepcji Rawlsa z różnicą pomiędzy dwiema sferami życia społecznego – publicznym forum politycznym, gdzie rządzi rozum publiczny, oraz kulturą podłoża, regulowaną przez różne rozumy niepubliczne. Oddajmy głos Rawlsowi:

Przede wszystkim, istnieje wiele rozumów niepublicznych, a rozum publiczny jest tylko jeden. Wśród rozumów niepublicznych są rozumy stowarzyszeń wszelkiego rodzaju: kościołów, uniwersytetów, towarzystw naukowych i grup zawodowych. [...] Rozumy niepubliczne to wiele owych rozumów społeczeństwa obywatelskiego i należą one do tego, co nazywam „kulturą podłoża”, w odróżnieniu od publicznej kultury politycznej<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> J. Rawls, *Liberalizm...*, *op. cit.*, s. 299.

<sup>27</sup> Por. *ibidem*, s. 296–298.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 303.

Jak wynika z powyższego cytatu, Rawls uznaje, że rozum publiczny i związane z nim wymogi neutralności funkcjonują przede wszystkim w kontekście *stricte* instytucjonalnym, czyli w ramach publicznego forum politycznego, natomiast szersza, społeczna kultura i dyskurs publiczny *sensu largo* nie są tak ściśle związane owymi wymogami. Nie jest do końca jasne, jakie ma to implikacje dla legislacji – Rawls nie jest w pełni konsekwentny. W niektórych miejscach wypowiada się w sposób sugerujący, że liberalna zasada legitymacji obowiązuje także podczas zwyczajnej legislacji – pisze, iż polityczne koncepcje sprawiedliwości, rządzące publicznym rozumem, mają być zastosowane „w tworzeniu norm, które zostaną wprowadzone w formie [prawomocnego] prawa demokratycznego ludu”<sup>29</sup>. W innym miejscu Rawls jednak twierdzi, że

Wiele, jeśli nie większość, kwestii politycznych nie dotyczy tych spraw fundamentalnych [to znaczy: niezbędnych elementów konstytucji i sprawiedliwości podstawowej – M.R.], na przykład większość ustawodawstwa podatkowego i wiele spraw regulujących własność; ustawy o ochronie środowiska i kontrolowania zanieczyszczeń; tworzenie parków narodowych, ochrona obszarów dzikiej przyrody i określonych gatunków zwierząt i roślin; przeznaczenie funduszy na muzea i sztuki piękne<sup>30</sup>.

Powyższe stwierdzenie Rawlsa daje się interpretować w ten sposób, że zwyczajna legislacja może w wielu wypadkach posiłkować się koncepcjami dobra obecnymi w kulturze podłoża, natomiast racje publiczne są bezwzględnie wymagane i priorytetowe w sprawach bezpośrednio dotyczących praw podstawowych czy fundamentalnej sprawiedliwości. Taka interpretacja wydaje się realistyczna i dlatego warto rozważyć jej przyjęcie.

Zasadniczy problem z taką koncepcją polega na tym, że jeżeli na sprawę spojrzeć przez pryzmat tego, o czym pisałem w poprzedniej sekcji, to nawet w przypadku kwestii konstytucyjnych – np. podczas kontroli konstytucyjności ustaw – pojawia się problem. Jeżeli prawdą jest, że legislacja niemal zawsze uwikłana jest w jakiś kontekst agatologiczny, to również interpretacja i ocena rezultatów legislacji przez pryzmat konstytucji jest w jakimś stopniu weń uwikłana. Jeśli chcemy nadać standardom konstytucyjnym znaczenie na tyle określone, by dawały się zoperacjonalizować do celów orzecznictwa, musimy odwołać się do

<sup>29</sup> *Idem, O idei rozumu publicznego raz jeszcze*, [w:] *idem, Prawo ludów*, tłum. M. Kozłowski, Warszawa 2001, s. 189 [tłumaczenie zmodyfikowane: *legitimate* tłumacz oddał jako „legalny”, ja zaś jako „prawomocny”, choć można i napisać „legitymowany” – M.R.].

<sup>30</sup> *Idem, Liberalizm...*, *op. cit.*, s. 296.

kultury podłoża, a zatem zaczerpnąć także z koncepcji dobra funkcjonujących w społeczeństwie w ogóle, poza kontekstem *stricte* prawno-instytucjonalnym. Jeżeli dodać do tego jeszcze fakt kulturowego zakorzenienia wszelkich praktyk prawnych, w tym konstytucyjnych, różnica pomiędzy tym, co rozumnie akceptowalne (racjami publicznymi), a tym, co akceptowalne jedynie z konkretnej perspektywy etyczno-kulturowej (racjami niepublicznymi), zaciera się. Jeżeli zaakceptować tę konkluzję, pozycja kultury podłoża jest „silniejsza”, niż mogłoby się wydawać na początku. Dostarcza ona nie tylko „tła” czy „podglebia”, jak mogłoby sugerować angielskie słowo *background*, i jej rola nie sprowadza się po prostu do każdorazowego ustępowania pierwszeństwa wobec rozumu publicznego. Zamiast pełnić jedynie tę podległą rolę, w rzeczywistości kultura podłoża dostarcza źródeł i kontekstu interpretacji konstytucji. Interpretacja nie przebiega zatem „w próżni”, a różne sfery kultury i różne, także niepubliczne, fora stanowią tutaj niezbędny punkt odniesienia. W tym sensie rozum publiczny i kultura podłoża są w stanie stałej wzajemnej interakcji i wzajemnego wpływu.

Biorąc wszystkie dyskutowane powyżej kwestie pod uwagę, Model Otwartego Uzasadniania zastosowany do legislacji w miejsce zasady neutralności liberalnej proponuje następujące ujęcie bezwzględnych wymogów kierowanych wobec legislacji w demokracji liberalnej (czy w każdym innym ustroju, który respektuje pluralizm, autonomię jednostki i równość szans), które możemy nazwać zasadą niearbitralności.

Zasada niearbitralności: aktywność prawodawcza jest uzasadniona wtedy i tylko wtedy, gdy każdy obywatel ma wystarczający, odnoszący się do treści ustanowionego prawa powód, by tego prawa przestrzegać jako uzasadnialnego w minimalnie wystarczającym stopniu.

Prawo jest uzasadnialne w minimalnym, wystarczającym stopniu wtedy, gdy w procesie legislacyjnym podano przemawiające za nim racje, tworzące spójną i rozbudowaną argumentację. Niearbitralność nie wymaga przy tym, by podane argumenty były tak samo przez wszystkich akceptowane, a nawet tak samo akceptowalne. Wystarczy, że będą one rozumne, spójne i rozbudowane. Aby zatem odpowiedzieć na pytanie, czy dana legislacja spełnia wymóg niearbitralności, należy zbudować model idealny obywatela niechętnego danej regulacji, lecz rozumnego, otwartego na argumenty. Jeżeli mamy przekonanie, że taki oponent powiedziałby „nie zgadzam się, ale rozumiem”, wtedy kryterium jest spełnione.

Jako przykład niearbitralnej regulacji można podać obywatelski projekt ustawy o ograniczeniu handlu w niedziele, który wpłynął do Sejmu

VIII kadencji 22 września 2016 r.<sup>31</sup> Był on oczywiście nieneutralny, co jest zrozumiałe i nieuniknione – był przecież złożony przez określoną grupę społeczną skupioną wokół NSZZ „Solidarność”, a zatem przez grupę wyraźnie popierającą określony sposób życia, koncepcję dobra i aksjologię życia społecznego. Uzasadnienie projektu ustawy zawierało wiele argumentów na rzecz proponowanych rozwiązań, odnoszących się m.in. do następujących wartości i celów: (1) ochrona kobiet pracujących w handlu, które „zwyczajowo muszą pogodzić pracę w niedzielę z obowiązkami rodzinnymi”<sup>32</sup>, co zostało wzmocnione badaniami własnymi wnioskodawców, z których wynikało, że pracownicy preferują wolny dzień nad dodatkowe wynagrodzenie za pracę w niedzielę; (2) zdrowie osób pracujących w weekendy, które jest według badań przytoczonych w projekcie statystycznie gorsze niż u osób niewykonywujących takiej pracy<sup>33</sup>; (3) poszanowanie szczególnego kulturowego znaczenia odpoczynku w niedzielę, co zawęży możliwości regeneracji w inny dzień tygodnia, stawiając pracowników, którym potencjalnie rekompensowano by pracę w niedzielę innym dniem wolnym, w gorszej sytuacji<sup>34</sup>. Oprócz tego przywołano (4) wiele argumentów komparatystycznych, gdzie wskazano regulacje ograniczające handel w innych krajach<sup>35</sup> oraz (5) argumenty odwołujące się do katolickiej nauki społecznej, zwłaszcza nauczania Jana Pawła II<sup>36</sup>. Pomimo tego, że w zasadzie żadna z podanych powyżej racji (może za wyjątkiem ochrony zdrowia) nie spełnia kryterium publicznego uzasadniania i neutralności, wszystkie argumenty wzięte razem tworzą na tyle spójną narrację, że rozsądny przeciwnik takich rozwiązań, powiedzmy – liberał ekonomiczny, mógłby powiedzieć: „nie zgadzam się, ponieważ są silniejsze racje, które przeważają przeciw tej regulacji, muszę jednak przyznać, że stronę przeciwną rozumiem”. Dość szeroko podzielanym poglądem jest to, że prawo w sposób nieuchronny wiąże się z brakiem zgody, a niektórzy – jak Jeremy Waldron – widzą legislację właśnie jako remedium na niemożliwość osiągnięcia zgody na niwie polityczno-moralnej argumentacji<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Druk nr 870 Obywatelski projekt ustawy o ograniczeniu handlu w niedzielę, 22 września 2016 r., [www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=870](http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=870) [dostęp: 24.02.2024].

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 1–2.

<sup>33</sup> *Ibidem*, s. 2.

<sup>34</sup> *Ibidem*, s. 4.

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 5–6.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 6–8.

<sup>37</sup> J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford 1999.

Pewnym brakiem omówionego wyżej uzasadnienia projektu ustawy, które przed chwilą omówiłem, jest zaniechanie odwołania się wprost do wartości konstytucyjnych, choćby do zasady społecznej gospodarki rynkowej. Wartości konstytucyjne można bowiem uznać za element publicznego rozumu, który jest zawsze jakoś specyficzny dla konkretnej wspólnoty<sup>38</sup>. W przypadku polskiej, czy szerzej – kontynentalnej – tożsamości konstytucyjnej ważne miejsce zajmuje zasada społecznej gospodarki rynkowej, która zdaje się uprawomocniać polityki publiczne takie jak ograniczenia handlu w niedziele<sup>39</sup>. Niezależnie jednak od tego, że uzasadnienie zawiera pewne braki, z pewnością odzwierciedla ono jakąś istotną część kultury podłoża, dlatego jest zgodne z zasadą niearbitralności. Należy przeto przyznać rację Maciejowi Chmielińskiemu, że „w demokratycznym prawie, jako instrumencie nieneutralnym z punktu widzenia ogólnospołecznych oraz ogólnoludzkich celów i wartości, manifestują się elementy rozumności przyjmowanych w danej społeczności”<sup>40</sup>. Podejście musi skutkować radykalnym, czy może lepiej – inkluzywnym – pluralizmem. Inkluzywny pluralizm, jak go tutaj rozumiem, polega na dopuszczeniu wielu koncepcji dobra do współkształtowania treści prawa.

O ile jednak w przywołanym wyżej artykule Chmielińskiego głównym przedmiotem zainteresowania jest aspekt heurystyczny zakorzeniania prawa w różnych typach rozumności<sup>41</sup>, nas interesuje aspekt normatywny. Problem jest tutaj następujący: przecież co do zasady, poza skrajnymi przypadkami woluntaryzmu i upartyjnienia stanowionego prawa, legislacja jest zawsze jakoś uzasadniona, to znaczy poparta w miarę spójną narracją i szeregiem różnorodnych argumentów. Zawsze też odzwierciedla punkt widzenia i interesy którejsz z grup. Czy zatem nie jest tak, że zasada niearbitralności zbyt szeroko ustala za-

<sup>38</sup> Rawls miał nieco inny pogląd na ten temat, przyjmował bowiem uniwersalność idei publicznego rozumu. W moich badaniach odrzucam tę ideę – przyjmuję, że rozum publiczny jest specyficzny dla każdego społeczeństwa zgodnie z jego tożsamością konstytucyjną. Podobnie: M. Chmieliński, *Filozofia polityczna jako narzędzie badania prawa*, „Przegląd Sejmowy” 2022, nr 3, s. 70.

<sup>39</sup> Innego zdania jest M. Głowacka, która argumentuje, że problem poruszony przez obywatelski projekt ustawy jest co prawda realny i powinien być rozwiązany, lecz ochronę pracowników handlu powinno się w świetle zasady społecznej gospodarki rynkowej zapewnić innymi środkami – *eadem*, *Ustawa o ograniczeniu handlu w niedziele i święta oraz w niektóre inne dni*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2019, nr 1, s. 22–35. Nie miejsce tu na polemikę z autorką.

<sup>40</sup> M. Chmieliński, *Filozofia...*, *op. cit.*, s. 81.

<sup>41</sup> Por. *ibidem*, zwłaszcza s. 88–91.



kres dopuszczalnych uzasadnień i w ostatecznym rozrachunku okazuje się tylko pustą formułą, sprowadzającą się do stwierdzenia, że można w zasadzie wszystko? I czy ostatecznie rzeczywiście da się odróżnić uzasadnienie arbitralne od niarbitralnego? Aby dowieść, że tak nie jest, należy połączyć zasadę niarbitralności z cnotą prawodawcy, a także z dodatkowymi wymogami nieodnoszącymi się do treści, lecz do procedury stanowienia prawa.

Zanim przejdziemy do rozważań uzupełniających Model Otwartego Uzasadniania o aspekt proceduralny, należy dodać jeszcze jeden istotny element odnoszący się do treści – element, który znów powraca do Rawlowskiego podziału na rozum publiczny i kulturę podłoża. Mianowicie, pomimo że rozum publiczny jest bardzo często *de facto* dynamicznie współkształtowany przez kulturę podłoża, zasada niarbitralności przyznaje racjom ze sfery publicznego rozumu pewien rodzaj priorytetu. Mianowicie przeciwnikom danego rozwiązania legislacyjnego przysługuje prawo sprzeciwu – mogą domagać się odrzucenia danego zapisu z projektu (czy projektu w całości), jeżeli podadzą rację publicznego rozumu przeciwko temu rozwiązaniu<sup>42</sup>. Dodatkowo jednak, w duchu inkluzywnego pluralizmu, powinni: (1) równolegle podać racje odnoszące się do przyjmowanej przez nich koncepcji dobra; (2) interpretować argumenty strony przeciwnej w dobrej wierze, to znaczy powstrzymać się od arbitralnego odrzucania rozwiązań bez przedstawienia ich w możliwie korzystnym świetle.

### Niarbitralność jako cnota i zdolność do stosowania standardów procedury stanowienia prawa

Jak wspominałem, zasadniczo Model Otwartego Uzasadniania odnosi się do treści prawa i sprowadza się do tego, że stanowione prawo uzyskuje legitymację (nie biorąc w tej chwili pod uwagę innych, niedyskutowanych tutaj źródeł) dzięki podaniu dlań niarbitralnego uzasadnienia w wyłuszczonej wyżej sensie. Jednakowoż, jak widzieliśmy na przykładzie ograniczeń handlu w niedziele, nie zawsze jest zupełnie jasne, czego zasada niarbitralności konkretnie wymaga, i czy dane uzasadnienie projektu legislacyjnego spełnia jej standardy. Jest tak w szczególności dlatego, że niarbitralność jest inkluzywna i nie ogranicza się

<sup>42</sup> Tego rodzaju zmianę – przejście od rozumnej akceptowalności do rozumnego odrzucenia – przyjmuje m.in. A. Motchoulski – *idem*, *Democratic Public Justification*, „Canadian Journal of Philosophy” 2020, vol. 50, iss. 7, s. 844–861.

do wartości rozumu publicznego, lecz dopuszcza także odwołanie się do koncepcji dobra obecnych w kulturze podłoża.

Problem ten okazuje się jednak pozorny, gdy przyjąć, że Model Otwartego Uzasadniania jest prezentowany na dość wysokim szczeblu abstrakcji, przez co zakłada się, że konkretne rozstrzygnięcia będą dokonywane na poziomie praktyki legislacyjnej. Choć zasady są znane i stałe, każdy indywidualny przypadek musi być rozpatrywany oddzielnie i dokładnie. Nie da się każdorazowo ustalić na papierze i apriorycznie, co jest, a co nie jest arbitralne. Nie bez znaczenia pozostaje także reakcja drugiej strony w rzeczywistym dyskursie publicznym. Z natury rzeczy pewne rozwiązania mogą się okazać mniej lub bardziej kontrowersyjne w praktyce, choć podczas chłodnej analizy kontrowersji tych nie udaje się dostrzec.

Takie podejście naprowadza nas na dwojaką odpowiedź na pozorną nieokreśloność i zbyt ni permisywizm niearbitralności. Przede wszystkim należy podkreślić, że niearbitralność należy postrzegać nie tylko jako zasadę, która miałaby niejako sama z siebie, *more geometrico*, dostarczać rozstrzygnięć. Ideał niearbitralności zawiera w sobie także pojęcie cnoty prawodawcy, to znaczy, by odwołać się do klasycznego ujęcia Arystotelesa, pojęcie pewnej trwałej dyspozycji do pewnego rodzaju postanowień zachowujących właściwą ze względu na daną sytuację miarę<sup>43</sup>. Niearbitralność w tym znaczeniu oznacza zatem powiązaną z doświadczeniem i mądrością praktyczną zdolność do podejmowania właściwych, roztropnych decyzji na podstawie uznanych zasad. Prawodawca posiadający tę cnotę jest przede wszystkim zdolny do dialogu z przeciwnikami regulacji w taki sposób, by zrozumieli jego argumentację i gotowi byli uznać jej niearbitralność. Po drugie, prawodawca jest zdolny do zrozumienia przeciwników regulacji i interpretowania ich sprzeciwu w dobrej wierze, bez arbitralnego wykluczania ze względu na być może kontrowersyjną w danym kontekście koncepcję dobra. Po trzecie wreszcie, prawodawca sprawnie porusza się w zasobie aksjologicznym relewantnym dla danej regulacji, zarówno gdy chodzi o rozum publiczny, jak i kulturę podłoża<sup>44</sup>. Przy zachowaniu wymogów tej cnoty można mieć nadzieję, że dobrze przeprowadzone procedury spełnią także wymagania niearbitralności.

<sup>43</sup> Por. Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, tłum. D. Gromska, Warszawa 2007, s. 113.

<sup>44</sup> Bliższe określenie elementów rozumu publicznego i kultury podłoża relewantnych w przypadku dużej nowelizacji prawa, por. M. Rupniewski, *Elementy kreacjonizmu i determinizmu prawnego w nowelizacji k.p.c. z 4 lipca 2019 r.*, [w:] *Założenia aksjologiczne nowelizacji KPC z 4 lipca 2019 r.*, red. A. Cieślak, Łódź 2020, s. 75–92.

Jakość procedur jest wartością samą w sobie i jest to zarazem ostatni aspekt niarbitralności, o którym trzeba wspomnieć. Chodzi mianowicie o powiązanie ze standardami tworzenia prawa. Nie będę o nich pisał *in extenso*, ponieważ stanowią one osobne, obszerne zagadnienie<sup>45</sup>. Standardy te to przede wszystkim pewne dodatkowe, funkcjonujące niejako obok twardych przepisów proceduralnych (jak konstytucja czy regulamin sejmu) wymogi, które sprawiają, że przy ich zachowaniu produkt procedury będzie odznaczał się wysoką jakością. Najważniejsze standardy powiązane z niarbitralnością są, jak się wydaje, następujące: (1) rzeczywiste rozpoznanie regulowanej materii i zebranie relewantnej w danej sprawie wiedzy; (2) realny charakter konsultacji społecznych; (3) powstrzymanie się od pośpiechu i „wrzutek poselskich”; (4) zachowanie odpowiedniego do regulowanej materii *vacatio legis*; (5) możliwie szerokie dopuszczenie organizacji pozarządowych do udziału w procesie stanowienia prawa<sup>46</sup>. Zachowanie standardów stanowienia prawa jest istotne dlatego, że jak wspominałem, niarbitralność jest często mało klarowna w konkretnych przypadkach. Posługując się językiem Dworkina, można powiedzieć, że jest to jeszcze jedno pojęcie interpretacyjne, przez co jego ostateczne znaczenie jest odkrywane w praktyce, dlatego należy zadbać o to, by organizacja i faktyczne prowadzenie procesu stanowienia prawa nie zakłócały procesu interpretacji. Co prawda niarbitralność wymaga od prawodawcy dużo, zarówno gdy idzie o wymagania epistemiczne, jak i etyczne. Nie jest jednak wykluczone, że albo już komuś udało się te standardy spełnić, albo przynajmniej, że ktoś dokona tego w przyszłości.

<sup>45</sup> Por. T. Biernat, *Standards of law-making as the parts of normative space in the post-modern democratic states. The question of justification and legitimacy of law*, [w:] *The Philosophy of Legal Change. Theoretical Perspectives and Practical Processes*, red. M. Chmieliński, M. Rupniewski, Routledge 2020, s. 17–30.

<sup>46</sup> Przykładowo raport legislacyjny Pracodawców RP wskazuje wiele zaniedbań w zakresie standardów stanowienia prawa w ostatnim roku – por. M. Berek *et al.*, *Raport legislacyjny Pracodawców Rzeczypospolitej Polskiej. 7 zasad stanowienia prawa w Polsce*, edycja VI, czerwiec 2022 – maj 2023 <https://pracodawcyrp.pl/upload/files/2023/09/raport-7-zasad-pojedyncze-1.pdf> [dostęp: 24.02.2024].



Marcin Sala-Szczypiński\*

## Zamknąć na cztery spusty czy na dwa zamki? Uwagi *de lege ferenda* o tajemnicy zawodowej radcy prawnego

### 1. Wstęp

Problematyka tajemnicy zawodowej jest wciąż aktualna, a to ze względu na złożoność jurydyczną, powodowaną brakiem definicji legalnej i niejednoznacznymi kryteriami zwalniania z tajemnicy, oraz istotność społeczną i gospodarczą, wynikającą z liczby i charakteru spraw, w których podejmowane są działania zmierzające do zwolnienia z niej.

Tajemnica zawodowa to zagadnienie wywołujące wśród radców prawnych liczne dyskusje i polemiki – w tym miejscu, wśród ostatnich, należy wskazać tekst Tomasza Niedzińskiego<sup>1</sup> i wywołaną nim polemiczną odpowiedź Piotra Sowińskiego<sup>2</sup>.

---

\* Dr, Uniwersytet Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie, ORCID: 0000-0002-5891-4847.

<sup>1</sup> T. Niedziński, *Tajemnica zawodowa radców prawnych oraz ich niezależność*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2022, nr 2, s. 83–93.

<sup>2</sup> P.K. Sowiński, *Uchylenie tajemnicy zawodowej w trybie art. 180 § 2 k.p.k. a niezależność zawodowa radcy prawnego. Uwagi polemiczne*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2023, nr 2, s. 91–106.

Tajemnica zawodowa jest jedną z kluczowych wartości dla samorządów zawodów zaufania publicznego jak adwokatura, prezentująca stanowisko, zgodnie z którym „tajemnica zawodowa, wpisująca się w konstytucyjnie chronioną wolność i tajemnicę komunikowania się, stanowi fundament wykonywania większości zawodów zaufania publicznego, a przez to stanowi gwarancję praw i wolności obywatelskich”<sup>3</sup>.

Tajemnica zawodowa i jej znaczenie podkreślane jest w orzecznictwie sądowym (powołany wyrok odnosi się do tajemnicy adwokackiej, ale przywołana teza w pełni odnosi się też do tajemnicy radcowskiej):

ochrona tajemnicy adwokackiej jest jedną z gwarancji prawidłowego wykonywania zawodu adwokata, jako zawodu zaufania publicznego, gwarancją, której celem nie jest ochrona komfortu adwokata, lecz ochrona zaufania, którym obdarzył go mandant. Stąd właściwe docenienie wielkiej rangi tej tajemnicy zawodowej i jej miejsca w organizacji życia społecznego jest nieodłącznym elementem całego systemu ochrony prawnej oraz warunkiem *sine qua non* prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w demokratycznym państwie prawnym (art. 2 Konstytucji RP), zaś z tego powodu należyte respektowanie tej tajemnicy leży także w dobrze pojętym interesie publicznym<sup>4</sup>.

Wydawało by się, że na temat tajemnicy zawodowej, w tym radcowskiej, napisano i powiedziano już wszystko, lektura obszernego orzecznictwa i wypowiedzi doktryny prowadzi jednak do zaskakującego wniosku – nie dokonano do tej pory kompleksowej analizy zależności pomiędzy przedmiotem i źródłem informacji uznawanych za objęte tajemnicą zawodową radcy prawnego (choć i w tej kwestii zakresu pojawiają się wątpliwości) a dopuszczalnością zwolnienia z tajemnicy na podstawie obowiązujących aktualnie przesłanek.

Celem artykułu jest próba systematyzacji przedmiotu tajemnicy radcowskiej z zastosowaniem kryterium źródła oraz treści, a następnie analiza wpływu zakwalifikowania tajemnicy do określonej kategorii na możliwość jej uchylenia. Próbę tę podejmę, dokonując uprzednio niezbędnych ustaleń wstępnych, dotyczących pojęcia i charakteru tajemnicy radcowskiej i przesłanek zwalniania z niej (ustaleń z konieczności rudymenarnych, dających jednak niezbędny punkt odniesienia), a oprócz innych metod – odwołując się do metody porównawczej. Porównanie regulacji tajemnicy zawodowej radcy prawnego z tajemnicą

<sup>3</sup> Uchwała Krajowego Zjazdu Adwokatury z 20 listopada 2010 r. „W obronie praw człowieka”, „Palestra” 2011, nr 1–2, s. 245.

<sup>4</sup> Postanowienie SA w Szczecinie – II Wydział Karny z dnia 29 października 2013 r., II AKz 330/13.

przedsiębiorstwa skłania do postawienia inspirujących tez i przyczynić się może do nowego spojrzenia na wiele istotnych kwestii.

W moim przekonaniu, wbrew dotychczasowej praktyce sądowej, dla określania zakresu tajemnicy zawodowej radcy prawnego i zasadności zwalniania z niej nie jest wystarczające dokonywanie oceny *ad casu*, gdyż można dokonać uogólnień i kwalifikacji abstrakcyjnych, które mogą być bardzo użyteczne, docelowo stanowiąc sformułowany *de lege ferenda* postulat skierowany do ustawodawcy, a obecnie mogą być wykorzystywane jako dyrektywy stosowania przepisów o zwalnianiu z tajemnicy zawodowej, oparte na wykładni funkcjonalnej. Z punktu widzenia relacji do obowiązującego prawa dyrektywy takie stanowiłyby efekt zastosowania wykładni *praeter legem* (wbrew pozorom, co również postaram się wykazać, wcale nie wykładni *contra legem*) w pełni uzasadniony względami aksjologicznymi.

Wskazana przeze mnie kwestia źródeł tajemnicy zawodowej i związanej z tym możliwości „stopniowania” tajemnicy pojawiała się już w wypowiedziach doktryny i orzecznictwie, aczkolwiek w mojej ocenie wypowiedzi te nie uzyskały należnego im rozgłosu i nie spowodowały podjęcia tematu i dyskusji w wymiarze, na jaki kwestie te zasługują. Emilia Mądrecka już dekadę temu wskazywała, iż „nadawcami wiadomości objętych tajemnicą zawodową są nie tylko klienci, lecz także świadkowie, sędzia, osoby trzecie, a nawet strona przeciwna”<sup>5</sup>, niestety nie pogłębiając tej refleksji. Sąd Najwyższy wskazał w jednym ze swych orzeczeń, iż

szerokie, jak obecnie, ramy pojęcia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej nie pozwalają na przyjęcie, że tajemnicą jest tylko to, o czym dowiedział się od swego klienta. Tajemnicę tę stanowią wszelkie informacje skądkolwiek otrzymane (w tym również własne spostrzeżenia adwokata), i to nie tylko co do wiadomości dotyczących jego klienta w danej sprawie, lecz także innych osób, w szczególności współoskarżonego<sup>6</sup>.

Z kolei Jacek Giezek, prowadząc rozważania nad dylematem, czy tajemnica radcowska ma względny, czy bezwzględny charakter, wskazał, iż

można sobie wyobrazić dwie sytuacje, a mianowicie:

- taką, w której adwokat nigdy i pod żadnymi warunkami nie może ujawnić uzyskanej od klienta informacji;

<sup>5</sup> E. Mądrecka, *W kwestii kolizji art. 180 § 2 kodeksu postępowania karnego i art. 6 Prawa o adwokaturze*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2012, t. XXVIII, s. 149.

<sup>6</sup> Uchwała SN – Izba Karne z dnia 29 listopada 1962 r., VI KO 61/62.

- taką, w której – w określonych okolicznościach – ujawnienie takie stanie się możliwe<sup>7</sup>,

analizując następnie podłoże i uzasadnienie normatywne oraz aksjologiczne takiego podziału, nie wiążąc go jednak jednoznacznie ze źródłem informacji.

W moim przekonaniu ta niejednolita struktura treści tajemnicy radcowskiej oraz powracający spór zwolenników bezwzględnej oraz względnej charakteru tajemnicy każe postawić pytanie – czy nie należy wprowadzić odpowiednio zróżnicowanych kryteriów uchylania tajemnicy? Tymczasem w wypowiedziach doktryny i orzecznictwa nadal dominuje ujmowanie tajemnicy jako jednorodnego zbioru informacji.

## 2. Pojęcie tajemnicy radcowskiej a śmietana Singera

Agata Tuszyńska, pisząc o Isaacu Bashevisie Singerze, przytacza taką anegdotę – „W Chełmie, gdy brakowało śmietany na święto Szawuot, postanowiono, że wodę nazwie się śmietaną. Wszyscy byli zachwyceni, jednym słowem rozwiązano problem”<sup>8</sup>. Tak, zmieniając nazwę, można rozwiązać problem, choć zazwyczaj to rozwiązanie pozorne, krótkotrwałe. Czasem jednak trudno oprzeć się pokusie analizy, czy zmiana, lub doprecyzowanie określonych definicji pojęć prawnych dokonane w zgodzie z regułami wykładni, nie rozwiązałyby wielu problemów. Taką pokusę podsuwa brak ustawowej definicji pojęcia tajemnicy zawodowej radcy prawnego – a więc kwestia tego, co nazwiemy tajemnicą zawodową radcy prawnego. Odpowiednio poszerzając lub zawężając zakres pojęcia, moglibyśmy w konsekwencji wpływać na to, jakie informacje są objęte ochroną, a jakie nie. Przykładowo, rozróżniając węższą tajemnicę klienta i szerszą tajemnicę radcy prawnego, można by argumentować, że ochrona tej pierwszej ma charakter bezwzględny i nie podlega regułom uchylania.

Artykuł 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych<sup>9</sup> stanowi, iż „Radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej”. Ustawodawca nie zdecydował się jednak zdefiniować pojęcia tajemnicy zawodowej radcy prawnego w konstytucyjnym dla tego zawodu akcie

<sup>7</sup> J. Giezek, *O granicach tajemnicy adwokackiej oraz zgodzie „dysponenta” na jej ujawnienie*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 67.

<sup>8</sup> A. Tuszyńska, *Singer. Pejzaże pamięci*, Gdańsk 1996, s. 252.

<sup>9</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1166.



prawnym. Podobnie, tak istotny dla rozważań dotyczących ochrony tajemnicy, art. 180 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego<sup>10</sup> choć określa przesłanki zwolnienia z tajemnicy, to nie wskazuje, czym jest owa tajemnica radcy prawnego.

Przy braku definicji legalnej pojęcia „tajemnica radcowska” jej sformułowanie pozostawione zostało doktrynie i judykaturze. Można jednak zasadnie odnieść wrażenie, że większość wypowiedzi doktryny i orzecznictwa koncentruje swe rozważania na przedmiocie tajemnicy zawodowej, a nie na jej istocie w ujęciu ogólnym.

Autorzy komentarza do ustawy o radcach prawnych<sup>11</sup> skupiają się na przedmiocie zachowania tajemnicy zawodowej, ilustrując rozważania bardzo kazuistycznymi przykładami. Wskazują, iż

użyty przez ustawodawcę termin „w związku” należy rozumieć, z jednej strony, szeroko – co oznacza, że tajemnicą zawodową będą objęte także informacje, które dotyczą klienta, chociaż nie były wprost wykorzystywane przez radcę prawnego w świadczeniu pomocy prawnej. [...] Z drugiej strony, należy też przepis ten interpretować funkcjonalnie, a nie tylko gramatycznie. Oznacza to, że radca prawny świadczący obsługę prawną u klienta, będący świadkiem kradzieży samochodu z parkingu u klienta, nie będzie zobligowany w tym zakresie do zachowania tajemnicy zawodowej, ponieważ przebieg tego zdarzenia nie jest nią objęty, pomimo tego, że świadkiem przestępstwa jest radca prawny przebywający u klienta w związku ze świadczeniem pomocy prawnej<sup>12</sup>.

Z kolei autorzy komentarza do Kodeksu postępowania karnego<sup>13</sup> dość niejednoznacznie najpierw twierdzą, że „tajemnicą zawodową jest informacja uzyskana w związku z wykonywaniem określonego zawodu lub działalności albo pełnioną funkcją, jeżeli obowiązek zachowania tej tajemnicy wynika z ustaw lub przyjętych zobowiązań”<sup>14</sup>, by chwilę później stwierdzić, że „tajemnica radcowska polega na zachowaniu w tajemnicy informacji, o których radca prawny dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę”<sup>15</sup>. Analizy pojęcia tajemnicy

<sup>10</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 37, dalej jako: k.p.k.

<sup>11</sup> L. Korczak, [w:] *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, red. T. Scheffler, wyd. 2, Warszawa 2022.

<sup>12</sup> *Ibidem*, komentarz do art. 3, nb 9.

<sup>13</sup> *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, wyd. 10, Warszawa 2023.

<sup>14</sup> *Ibidem*, komentarz do art. 180, nb 7.

<sup>15</sup> *Ibidem*, komentarz do art. 180, nb 10.

zawodowej wyłącznie do jej przedmiotu bardzo trafnie nie ogranicza Giezek, podkreślając, że

tajemnica to nie jest jedynie informacja oraz zawarty w niej przekaz, lecz raczej będący odzwierciedleniem relacji łączącej powierzającego z powiernikiem (depozytariuszem) poufnych treści oczekiwany sposób postępowania z informacją, wskazujący na jej mniej lub bardziej ograniczoną dostępność<sup>16</sup>.

Ten „relacyjny” charakter tajemnicy autor podkreśla konsekwentnie także w innej publikacji: „domaganie się zachowania tajemnicy wiąże się więc zazwyczaj z nawiązywaniem relacji pomiędzy osobą, która informację już posiada i decyduje się na jej powierzenie (czyli deponentem), a osobą, która ją otrzymuje (depozytariuszem)”<sup>17</sup>.

Podobnie analiza orzecznictwa dotyczącego tajemnicy zawodowej wskazuje, że rozważania skupiają się na przedmiocie tajemnicy i przesłankach zwalniania z tajemnicy, a nie na jej ogólnej istocie (za wyjątkiem wszechstronnych rozważań prowadzonych w kluczowych dla tajemnicy radcowskiej orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego<sup>18</sup>). Przykładowo Naczelny Sąd Administracyjny wskazuje, iż

Tajemnica radcowska dotyczy tylko tych informacji, których radca dowiedział się od swojego mocodawcy podczas udzielenia konkretnych porad prawnych. Oznacza to, że dokumentami zawierającymi tajemnicę radcy prawnego będą tylko takie dokumenty, pisma czy też notatki, które zawierają treści, o których radca prawny dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej i dotyczą przedmiotu świadczonej pomocy prawnej<sup>19</sup>.

Należy jednak zaznaczyć, że również w orzecznictwie dostrzegany jest komponent relacji, na który zwracał uwagę Giezek – tajemnica „rozciga się na okoliczności związane z udzieleniem pomocy prawnej i chroni zaufanie, jakim obdarzył pełnomocnika podmiot korzystający z pomocy adwokackiej”<sup>20</sup>. Warto tu przywołać pogląd, odnoszący się do tajemnicy lekarskiej, ale w pełni aktualny wobec tajemnicy

<sup>16</sup> J. Giezek, *Tajemnica adwokacka – wartość względna czy absolutna? O nieujawnialności informacji objętych tajemnicą adwokacką*, [w:] *Etyka adwokacka a kontradiktoryjny proces karny*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2015, s. 185.

<sup>17</sup> *Idem*, *Tajemnica adwokacka a dysponowanie informacjami pozyskanymi w związku ze świadczeniem pomocy prawnej*, „Palestra” 2019, nr 7–8, s. 99.

<sup>18</sup> Przede wszystkim wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., SK 64/03, OTK 2004, nr 10, poz. 107.

<sup>19</sup> Wyrok NSA z dnia 25 października 2018 r., I OSK 2681/16.

<sup>20</sup> Postanowienie SA w Krakowie z dnia 14 listopada 2017 r., II AKz 432/17.

radcowskiej – „nie tyle zawartość informacji, ile poufny charakter relacji, w których zostały one uzyskane, decyduje o wyznaczeniu zakresu tajemnicy”<sup>21</sup>.

W nieopublikowanym do tej pory artykule<sup>22</sup> wyraziłem przekonanie, że tajemnica radcowska to wyjątkowo złożona instytucja prawna, obejmująca rozmaite aspekty wskazywane fragmentarycznie w wypowiedziach doktryny i orzecznictwie, którą konstytuuje jej cel, a na którą składa się:

- przedmiot (treść poufnej informacji, utrwalonej w różny sposób),
- podmioty (deponent, depozytariusz i beneficjent tajemnicy),
- relacje między podmiotami (obowiązek, prawo, oczekiwanie),
- sankcje za niezgodne z prawem ujawnienie tajemnicy,
- reguły uchylania (zwalniania z tajemnicy).

Należy wobec powyższego rozróżniać tajemnicę *sensu largo* (ujęcie instytucjonalne) – jako złożoną instytucję prawną, oraz tajemnicę *sensu stricto* – poufną informację (ujęcie przedmiotowe).

W tym ujęciu przedmiotowym tajemnicę radcowską stanowią wszelkie informacje uzyskane w jakikolwiek sposób przez radcę prawnego świadczącego pomoc prawną na rzecz klienta, mogące wpływać na treść stosunków prawnych klienta z osobami trzecimi lub mogące stanowić materiał dowodowy w jakichkolwiek postępowaniach dotyczących tego klienta, których ujawnienie nie jest konieczne dla reprezentowania interesów klienta zgodnie z zakresem umowy (umocowania), a co do których klient w sposób wyraźny nie wyłączył poufności.

To ostatnie zastrzeżenie, dotyczące braku wyłączenia poufności jako elementu konstytuującego tajemnicę, wymaga szerszego komentarza.

Po pierwsze, uważam, że wola klienta, świadomego lub należycie pouczonego przez pełnomocnika, ma jednak istotne znaczenie dla definiowania przedmiotu tajemnicy. Nasuwa się tu skojarzenie z tajemnicą przedsiębiorstwa – która przecież konstruowana jest z uwzględnieniem subiektywnego czynnika woli przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 11 ust. 2. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

<sup>21</sup> M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 116, przy czym autor wskazuje, iż granicą jest też zdrowy rozsądek, co przemawia za nieobjęciem tajemnicą faktów powszechnie znanych.

<sup>22</sup> *Czy możemy „uchylić rąbka tajemnicy”? Uwagi o tajemnicy radcowskiej z perspektywy wykładni funkcjonalnej* – to tekst złożony przeze mnie do utrzymywanej w tajemnicy książki pamiątkowej, nie mogę zatem dokonać prawidłowego wskazania źródła, w tym wypadku zasłaniając się nie tajemnicą radcowską, ale tajemnicą wynikającą ze zwyczajów akademickich.

konkurencji<sup>23</sup> „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje [...] o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”. Na ten element woli zwrócono uwagę także w orzecznictwie; w tym miejscu warto przytoczyć następującą tezę orzeczenia Sądu Administracyjnego we Wrocławiu:

Na „tajemnicę przedsiębiorcy” składa się posiadanie przez informację określonej wartości dla przedsiębiorcy (element materialny) oraz wola utajnienia danych informacji (element formalny). Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią więc informacje znane jedynie określonemu kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich poufności. Nie tracą natomiast swojego charakteru przez to, że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji, np. pracownicy przedsiębiorstwa<sup>24</sup>.

W zasadzie w powyższej tezie moglibyśmy zamienić z uwzględnieniem odmiany słowa „tajemnica przedsiębiorcy” na „tajemnica zawodowa”, a samo słowo „przedsiębiorca” na „klient” i otrzymalibyśmy w pełni trafną wypowiedź. Problem definicji rozwiązany jednym słowem – jak problem ze śmietaną Singera. Rozwiązany pozornie, bo przecież problem jest bardziej skomplikowany i możemy prowadzić dalsze rozważania nad relacją tajemnicy klienta i tajemnicy radcy prawnego. Tajemnica klienta ma charakter bezwzględny, co wyraźnie wskazują przepisy postępowania karnego. *Nemo se ipsum accusare tenetur* – nikogo nie można zmuszać do samooskarżenia i dostarczania przeciw sobie dowodu – w postępowaniu karnym dla oskarżonego złożenie wyjaśnień pozostaje prawem, a nie obowiązkiem, stąd też konsekwentnie ma on prawo do nieskładania wyjaśnień czy to w całości – w postaci przysługującego mu prawa do odmowy składania wyjaśnień, czy też częściowo – jako prawa do odmowy odpowiedzi na pytanie<sup>25</sup>.

Jaka jednak jest relacja między tajemnicą klienta a tajemnicą radcy prawnego? Kluczowa jest odpowiedź na pytanie, czy tajemnica klienta, czyli informacje pochodzące od klienta, po jej przekazaniu pełnomocnikowi zachowuje swą odrębność, czy niejako miesza się z informacjami pochodzącymi z innych źródeł? W sensie funkcjonalnym i pragmatycznym możemy twierdzić, że informacja ta łączy się z informacjami

<sup>23</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1233.

<sup>24</sup> Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 15 grudnia 2022 r., IV SA/Wr 472/22.

<sup>25</sup> *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, wyd. 5, Warszawa 2021, komentarz do art. 175, nb 4.

z pozostałych źródeł, stanowiąc jeden z puzzli składających się na całościowy kształt wiedzy radcy w danej sprawie, jednak z punktu widzenia kryteriów zwalniania z tajemnicy, w moim przekonaniu, zachowuje swą odrębność „pochodzenia”.

Po drugie, charakter relacji pomiędzy profesjonalistą, wykonującym zawód zaufania publicznego, a często pozbawionym wiedzy prawnej i nieświadomym pełnych konsekwencji swoich oświadczeń klientem nakazuje przyjąć domniemanie poufności informacji przekazywanych przez klienta.

### 3. Tajemnica bezwzględna czy względna?

W alternatywie tej chodzi, mówiąc precyzyjnie, o to, czy ochrona przed dostępem osób trzecich, w tym organów państwa, do poszczególnych informacji ma charakter względny, czy bezwzględny. Rozważanie względności czy bezwzględności tajemnicy jest konsekwencją błędnego traktowania przedmiotu tajemnicy, czyli objętych nią informacji, jako monolitu, z pominięciem niezbędnej w mojej ocenie systematyzacji tych informacji.

Jeśli traktować by tajemnicę zawodową (w ujęciu przedmiotowym) jako jednolity zbiór informacji, monolit, to należało by stwierdzić, iż spór o względny czy bezwzględny charakter tajemnicy już dawno został rozstrzygnięty przez orzecznictwo, ze wskazaniem jako zwyczajcy charakteru względnego. Sądy powszechne powszechnie bowiem uznają względny charakter tajemnicy:

wyrażony w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych zakaz przesłuchiwania radcy prawnego nie ma charakteru bezwzględnego, gdyż doznaje on istotnego ograniczenia zarówno w świetle brzmienia ust. 6 cyt. przepisu, jak również na gruncie przepisów postępowania karnego, a to z uwagi na uregulowanie zawarte w art. 180 § 2 k.p.k., który stanowi *lex specialis* wobec powołanego wyżej art. 3 ust. 5<sup>26</sup>.

Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy:

w świetle przepisów art. 178 pkt 1 k.p.k. i art. 180 § 2 k.p.k. nie jest tożsama dopuszczalność pozyskiwania w postępowaniu karnym informacji objętych tajemnicą obrończą i informacji objętych tajemnicą adwokacką (inną niż obrończa). O ile w odniesieniu do tych pierwszych obowiązuje

<sup>26</sup> Postanowienie SA w Krakowie – II Wydział Karny z dnia 7 czerwca 2018 r., II AKz 231/18.

bezwzględny zakaz dowodowy, to w odniesieniu do drugich obowiązuje zakaz względny, bo możliwy do uchylenia na mocy decyzji sądu<sup>27</sup>.

Dyskusja o względnym czy bezwzględnym charakterze tajemnicy trwa nadal w wypowiedziach doktryny i na konferencjach naukowych<sup>28</sup>, nie zakończyła jej propozycja Giezka, by zaniechać absolutyzowania tajemnicy, rozważyć natomiast, czy jest ona „nieujawnialna, chyba że w dobrze pojętym interesie klienta, za jego zgodą oraz przy akceptacji adwokata dałoby się (a nawet należałoby) objęte nią informacje wykorzystać”<sup>29</sup>.

Zapewne i moja propozycja, by nie mówić o względności czy bezwzględności tajemnicy, ale o względnej lub bezwzględnej ochronie przed dostępem określonych podmiotów do określonych informacji, nie rozwiąże problemu, ale mam nadzieję, że chociaż zachęci do dyskusji i dalszej analizy.

Pomimo trwającej dyskusji z całą pewnością możemy uznać, że tajemnica radcowska nie jest zamknięta na przysłowiowe „cztery spusty”, czyli ochrona jej nie jest absolutna, nie ma charakteru bezwzględnego. Nie oznacza to jednak całkowitej kapitulacji obrońców tajemnicy radcowskiej i jej jak najmocniejszej ochrony. Obowiązujące przepisy wciąż pozwalają na wyinterpretowanie w drodze wykładni funkcjonalnej dyrektyw istotnej ochrony tajemnicy. Zwłaszcza w kontekście przesłanek jej uchylenia, o czym poniżej.

#### 4. Przesłanki uchylenia tajemnicy

Na gruncie postępowania karnego (bo tylko tego postępowania dotyczy problem uchylenia tajemnicy – w procedurze cywilnej i karnej istnieje możliwość odmowy udzielenia odpowiedzi na pytanie), zgodnie z art. 180 § 2 k.p.k., osoby obowiązane do zachowania tajemnicy radcy prawnego mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy, po pierwsze, jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a po drugie, okoliczność nie może być ustalona na

<sup>27</sup> Postanowienie SN – Izba Karna z dnia 29 grudnia 2020 r., I KZ 27/20.

<sup>28</sup> Warto w tym miejscu wskazać na głosy prezentowane podczas konferencji naukowej *Tajemnica adwokacka – absolutna czy względna?*, która wprawdzie odbyła się w 2014 r., jednak prezentowane poglądy zachowują aktualność – [www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/tajemnica-adwokacka-absolutna-czy-względna](http://www.adwokatura.pl/konferencje-i-szkolenia/tajemnica-adwokacka-absolutna-czy-względna) [dostęp: 3.11.2023].

<sup>29</sup> J. Giezek, *Tajemnica adwokacka – wartość...*, *op. cit.*, s. 195.

podstawie innego dowodu. Zwolnienie z tajemnicy zawodowej, leżące w wyłącznej kompetencji sądu, wymaga zatem jednoczesnego zrealizowania dwu przesłanek – niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości oraz braku możliwości ustalenia na podstawie innego dowodu.

W tym miejscu chciałbym odnieść się wyłącznie do kwestii dobra wymiaru sprawiedliwości, bo to ono jest dla mnie istotne w kontekście wykładni funkcjonalnej, uzasadniającej propozycję systematyzacji, którą zaprezentuję na końcu tekstu. Zastosowanie klauzuli generalnej dobra wymiaru sprawiedliwości jest powszechnie krytykowane ze względu na jej niedookreślony charakter<sup>30</sup>. Jak w przypadku każdej klauzuli generalnej istnieje ryzyko jej wypaczenia i wykorzystania zamierzonej elastyczności i otwartości stosowania do ferowania rozstrzygnięć skrajnie subiektywnych, nadmiernie uzależnionych od światopoglądu, a często i sympatii politycznych. Realne jest ryzyko uzależnienia od doraźnych celów politycznych podmiotów sprawujących władzę wykonawczą. Dobra wymiaru sprawiedliwości nie należy utożsamiać ani wyłącznie z koniecznością ustalenia prawdy materialnej w toku postępowania karnego i nie może być to cel nadrzędny<sup>31</sup>, ani nie można go identyfikować z interesami określonych ugrupowań sprawujących władzę. W tym kontekście należy zauważyć, iż ustawodawca posługuje się raz pojęciem dobra wymiaru sprawiedliwości (np. art. 37 k.p.k.), a raz pojęciem interesu wymiaru sprawiedliwości. W literaturze przedmiotu można spotkać się z poglądami, że dobro wymiaru sprawiedliwości oraz interes wymiaru sprawiedliwości to zwroty bliskoznaczne, dlatego nie należy czynić dystynkcji pomiędzy nimi<sup>32</sup>. W moim przekonaniu nie jest to pogląd trafny, przede wszystkim dlatego, że narusza zakaz wykładni synonimicznej pojęć prawnych. Skoro ustawodawca w jednym akcie prawnym posługuje się różnymi pojęciami, to nie można przypisywać im tych samych znaczeń. Zgodnie z intuicją językową interes może mieć charakter doraźny i partykularny, dobro w tym zestawieniu jest wartością wyższą, uniwersalną. Dobro musi uwzględniać interesy wszystkich podmiotów wymiaru sprawiedliwości i nadrzędne dobro idei sprawiedliwości.

<sup>30</sup> Zob. np. M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 153.

<sup>31</sup> Por. jednak postanowienie SA w Katowicach z dnia 28 czerwca 2017 r., II AKz 397/17.

<sup>32</sup> T. Zieliński, *Klauzule generalne w procesie karnym*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000, s. 791.

Prawdopodobnie najszerszą definicję dobra wymiaru sprawiedliwości zaprezentował Robert Masznicz, wskazując, że dobro wymiaru oznacza

stan, w którym w procesie rzetelnym i jawnym, toczonym bez nieuzasadnionej zwłoki przed właściwym, niezawisłym i bezstronnym sądem, przy zachowaniu domniemania niewinności oskarżonego i zapewnieniu mu odpowiedniej obrony, całokształt okoliczności towarzyszących stosowaniu norm procesowych sprzyja ustaleniu prawdy oraz wykryciu i pociągnięciu do odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa, a uchronieniu przed taką odpowiedzialnością osoby niewinnej, a także orzeczeniu środków przewidzianych w prawie karnym, zgodnie z wytycznymi ustawowymi ich stosowania i wymiaru, w celu zwalczania przestępstw i ich zapobiegania oraz umacniania poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego, z uwzględnieniem prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego<sup>33</sup>.

Dobro wymiaru sprawiedliwości musi uwzględniać dobro jednostek, ich prawo do korzystania z pomocy prawnej. W tym miejscu warto przywołać wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego, w której wskazał on, iż tajemnica zawodowa służy nie samym prawnikom, lecz „osobom korzystającym z ich pomocy, a szerzej – skutecznemu funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości”<sup>34</sup>.

Skuteczne funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości oznacza sprawne i szybkie ustalenie prawdy materialnej, umożliwiające sprawiedliwe i zgodne ze stanem faktycznym rozstrzygnięcie sprawy. Do tego konieczne jest „otwarcie się” klienta przed udzielającym mu porady radcą prawnym (pełnomocnikiem) i przekazanie mu w zaufaniu wszelkich informacji niezbędnych do ochrony interesów klienta.

Dobro klienta wyrażające się w umożliwieniu mu ochrony swych praw jest elementem dobra wymiaru sprawiedliwości, a nawet więcej – warunkiem *sine qua non* tego ogólnego dobra. Zgodna co do tego jest zarówno doktryna („dochowanie poufności jest bowiem fundamentalnym prawem i obowiązkiem prawnika – i jako takie służy interesom zarówno wymiaru sprawiedliwości, jak też klienta. Z tego względu powinno być szczególnie chronione przez państwo”<sup>35</sup>), jak i judykatura („Ochrona tajemnicy radcy prawnego jest jedną z gwarancji

<sup>33</sup> R.E. Masznicz, *Przekazanie sprawy ze względu na dobro wymiaru sprawiedliwości* (art. 37 k.p.k.), „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 7–8, s. 118.

<sup>34</sup> Wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., SK 64/03, OTK 2004, nr 10, poz. 107.

<sup>35</sup> Z. Klatka, [w:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, red. A. Bereza, Warszawa 2015, s. 322.



prawkidłowego wykonywania zawodu radcy prawnego, jako zawodu zaufania publicznego – gwarancją, której celem nie jest ochrona »komfortu« radcy prawnego, lecz ochrona zaufania, którym obdarzył go mandant. Stąd właściwe docenienie rangi tej tajemnicy zawodowej i jej miejsca w organizacji życia społecznego jest nieodłącznym elementem całego systemu ochrony prawnej oraz warunkiem *sine qua non* prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawidliwości w demokratycznym państwie prawnym [art. 2 Konstytucji RP], zaś z tego powodu należyte respektowanie tej tajemnicy leży także w dobrze pojętym interesie publicznym<sup>36</sup>). Tajemnica zawodowa jest wartością instrumentalną, służącą pośrednio radcy prawnemu, ale ostatecznie mającą na celu ochronę praw obywateli – „Warunkiem wykonywania zawodu radcy prawnego jest przekonanie jego klientów, że zachowa on w tajemnicy informacje przekazane mu w ramach obsługi prawnej, mające zwykle charakter istotny życiowo i poufny<sup>37</sup>”.

## 5. Pan tajemnicy i strażnik tajemnicy

Relacja pomiędzy klientem (deponentem informacji) a radcą prawnym (depozytariuszem teje) pozwala przypisać tym podmiotom specyficzne role, które metaforycznie określam „pan tajemnicy” i „strażnik tajemnicy”.

Klient jest panem tajemnicy, ponieważ to jego ona dotyczy i on wyłącznie decyduje o jej wyjawieniu, w zaufaniu, świadczącemu pomoc prawną radcy prawnemu. Radca prawny, gdy już pozna tajemnicę swego klienta, staje się jej strażnikiem – ze względu na relację zaufania, łączącą go z klientem, może ją wykorzystać tylko do obrony praw klienta. Radca prawny nie tylko nie może jej sam ujawnić osobom trzecim, ale powinien przestrzec klienta przed pochopnym ujawnieniem tej tajemnicy i uprzedzić o konsekwencjach. Relacja zaufania pomiędzy panem a strażnikiem tajemnicy obejmuje wszelkie przypadki świadczenia pomocy, zarówno procesowe (gdy radca występuje jako pełnomocnik), jak i pozaprocesowe, odnosi się do wszelkich podmiotów trzecich. Różnica w ochronie tajemnicy w postępowaniu sądowym (karnym) przejawia się w możliwości zwolnienia z tajemnicy

<sup>36</sup> Postanowienie SA w Łodzi – II Wydział Karny z dnia 30 grudnia 2019 r., II AKz 870/19.

<sup>37</sup> Postanowienie SA w Krakowie – II Wydział Karny z dnia 8 maja 2019 r., II AKz 231/19.

na mocy decyzji sądu. To, że istnieje taka możliwość, nie oznacza jednak, że klient i radca prawny całkowicie tracą swój status pana i strażnika tajemnicy.

Sekretna relacja zaufania, nawiązywana pomiędzy poszukującym pomocy klientem a mogącym tego wsparcia udzielić radcą prawnym, gotowym przyjąć ciężar informacji powierzanych w tajemnicy przez klienta, nasuwa dwa skojarzenia – z duchownym, powiernikiem spowiedzi, oraz z przejmującym dług. Zestawienie radcy prawnego z sytuacją tych podmiotów okazuje się całkiem inspirujące.

Porównując radcę do spowiednika, zwrócić należy uwagę na niezwykle istotne podobieństwo – i do spowiednika, i do radcy prawnego trafia osoba poszukująca pomocy i wsparcia, szukająca rozgrzeszenia lub porady prawnej. Przepisy Kodeksu postępowania karnego nie definiują ani pojęcia duchownego („duchownym [...] jest każda osoba, która według prawa religijnego jest uprawniona do spowiadania wiernych, niezależnie od tego, czy kościół lub związek wyznaniowy jest prawnie uznany w Polsce”<sup>38</sup>), ani pojęcia spowiedzi („w doktrynie zasadnie przekonuje się, iż ustawodawca, posługując się w wymienionym przepisie terminem niedefiniowanym, a występującym na płaszczyźnie regulacji innych porządków prawnych, w sposób dorozumiany zakłada takie znaczenie tego terminu, jakie nadają mu owe inne regulacje”<sup>39</sup>). Instytucję tajemnicy spowiedzi opiera się na konstytucyjnej zasadzie swobody sumienia, wyrażonej w art. 53 Konstytucji RP<sup>40</sup>. W tym kontekście warto zauważyć, iż umocowanie normatywne działania radcy prawnego jako przedstawiciela zawodu zaufania publicznego świadczącego pomoc prawną niezbędną do realizacji prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP) mającą na celu ochronę praw obywatela demokratycznego państwa prawnego jest równie silne, co mogłoby przemawiać za bezwzględną ochroną tajemnicy zawodowej, na wzór tajemnicy spowiedzi.

Z kolei porównując sytuację radcy prawnego do sytuacji przejmującego dług (ciężar tajemnicy), powinniśmy zastanowić się, czy nie mamy tu do czynienia ze swoistym „translatywnym” przejęciem tajemnicy (w części informacji pochodzących bezpośrednio od klienta), a co za tym idzie, czy nie można by twierdzić, że radca prawny, tak jak

<sup>38</sup> L.K. Paprzycki, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 633.

<sup>39</sup> M. Tomkiewicz, „Tajemnica spowiedzi” i „tajemnica duszpasterska” w procesie karnym, *„Prokuratura i Prawo”* 2012, nr 2, s. 58.

<sup>40</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483).

przejemca długu<sup>41</sup>, wstępuje w sytuację prawną dłużnika, a zatem – co do zasady – przysługują mu przeciwko wierzycielowi (w naszym przypadku sądowi i organom państwa) wszelkie zarzuty, które przysługiwały dotychczasowemu dłużnikowi. Czyli czy klient nie przenosi na radcę prawnego swojego prawa do odmowy składania zeznań?

Uznając, że z chwilą przekazania tajemnicy radcy prawnemu przez klienta ten ostatni traci kontrolę nad swym sekretem, a radca prawny może być zwolniony z obowiązku dochowania go, akceptowalibyśmy fikcję tajemnicy radcowskiej, godzilibyśmy się z tym, że organy państwa i radca prawny uczestniczą w procedurze wyłudzenia od klienta tajemnicy „metodą na adwokata”, co kłóci się z zasadami demokratycznego państwa prawa, w szczególności wymogiem określoności i proporcjonalności ingerencji w prawa obywateli.

Powyższe konstatacje nie tylko utwierdzają nas w przekonaniu o szczególnym znaczeniu relacji pomiędzy klientem a radcą prawnym, ale nakazują też poszukiwać szczególnych argumentów natury aksjologicznej, etycznej, przemawiających za ingerencją w tajemnicę zawodową i naruszeniem tej relacji zaufania.

W orzecznictwie dostrzegana i uwzględniana jest wyjątkowość uchylania tajemnicy oraz konieczność precyzyjnej analizy przesłanek tego uchylania:

Uchylenie tajemnicy radcy prawnego, przy zastosowaniu rozwiązań przewidzianych w art. 180 § 2 k.p.k., winno być stosowane, z uwagi na funkcje i znaczenie tej tajemnicy, jedynie incydentalnie, po starannym rozważeniu okoliczności konkretnej sprawy i przy obligatoryjnym wypełnieniu ustawowych przesłanek<sup>42</sup>.

Podkreślane jest także, iż

przesłanki zwolnienia z obowiązku zachowania tej tajemnicy muszą być interpretowane ściśle i nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Odmienne, formalne jedynie stosowanie powołanego przepisu, doprowadziłoby bowiem do sytuacji, w której [...] obowiązek zachowania przez radcę prawnego tajemnicy zawodowej miałoby wyłącznie charakter iluzoryczny i mogłoby prowadzić do obejścia zakazu przesłuchiwania radcy prawnego w zakresie tajemnicy radcowskiej<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Artykuł 524 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.).

<sup>42</sup> Postanowienie SA w Łodzi – II Wydział Karny z dnia 30 grudnia 2019 r., II AKz 870/19.

<sup>43</sup> Postanowienie SA w Krakowie – II Wydział Karny z dnia 7 czerwca 2018 r., II AKz 231/18.

Nie spotkamy natomiast w orzecznictwie wskazania uniwersalnych, a zarazem bardziej konkretnych, dyrektyw stosowania przepisów o uchyleniu tajemnicy zawodowej, w szczególności dotyczących przesłanek uchylenia tajemnicy. Nic dziwnego – zadanie wywodzenia twierdzeń ogólnych o przedstawianiu alternatyw interpretacyjnych spoczywa na nauce prawa. Spróbujmy więc przynajmniej zainicjować analizę i dyskusję w tym zakresie.

## 6. Tajemnica zawodowa zamknięta na dwa zamki

Szczególna relacja pomiędzy klientem (panem tajemnicy) a radcą prawnym (strażnikiem tajemnicy) determinuje współdziałanie tych podmiotów w ochronie tajemnicy. Co do zasady tajemnica zamknięta jest na dwa zamki, do każdego z nich klucz posiada klient i radca prawny, i tylko ich współdziałanie może otworzyć drzwi do tajemnicy, choć w sytuacjach nadzwyczajnych może dojść do wyważenia tych drzwi. Posłużyłem się metaforą, nietypową w tekstach naukowych, więc dla uniknięcia nieporozumień zobowiązany jestem wyjaśnić, co mam na myśli.

Radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Ma chronić tajemnicę osoby poszukującej pomocy prawnej (w następstwie być może klienta i mocodawcy) przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich. Przed zwykłym wścibstwem, plotkarskim wpychaniem nosa w nieswoje sprawy ze strony znajomych, współpracowników, sąsiadów, rodziny, mediów i ich odbiorców. Ma też chronić tajemnicę w formalnych postępowaniach (w szczególności w postępowaniu karnym) przed organami państwa i przed sądem.

Zamknięcie tajemnicy radcowskiej na dwa zamki oznacza, że co do zasady do ujawnienia informacji objętych tajemnicą przez radcę prawnego konieczna jest zgoda i klienta, i radcy. Natomiast w sytuacjach wyjątkowych może dojść do naruszenia tajemnicy (ale w określonym zakresie przedmiotowym) wbrew woli klienta – na podstawie postanowienia sądu o zwolnieniu z tajemnicy i na podstawie samodzielnej decyzji radcy prawnego działającego w sytuacji kontratypowej, w obronie swych praw.

Co do możliwości ujawnienia tajemnicy przez radcę prawnego (adwokata) w doktrynie prezentowane są rozbieżne stanowiska. Zdaniem Małgorzaty Kożuch

klient może sam ujawnić, co było treścią konsultacji prawnej, ale nie może nakazać adwokatowi ujawnienia treści tajemnicy bądź zezwolić na jej

ujawnienie. Na adwokacie bowiem ciąży ustawowy obowiązek zachowania w poufności wszystkiego, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem porady prawnej<sup>44</sup>.

O ile zgadzam się z fragmentem wypowiedzi, zgodnie z którym klient nie może nakazać ujawnienia tajemnicy, o tyle mając na względzie relację „pana i strażnika tajemnicy”, oraz proponowane „zamknięcie tajemnicy na dwa zamki”, przekonany jestem, że klient może skutecznie zezwolić na ujawnienie tajemnicy, przy czym ostateczna decyzja należy do radcy prawnego. W tym duchu wypowiada się Giezek:

gotów byłbym bronić tezy, że aksjologia naszego zawodu w żaden sposób nie ucierpiałaby, jeśliby dysponentem tajemnicy adwokackiej (w tym także obrończej) okazał się klient działający w porozumieniu z ujawniającym (a więc – naruszającym) ją adwokatem<sup>45</sup>.

Sytuacje szczególnie to ujawnienie tajemnicy w okolicznościach kontratypowych przez radcę broniącego się przed pozwem czy skargą klienta. Mimo podnoszonych wątpliwości należy uznać, iż dominuje pogląd dopuszczający taką możliwość,

gdy – w szczególności z inicjatywy takiego klienta – toczy się postępowanie dyscyplinarne lub karne, skierowane przeciwko samemu adwokatowi w związku z treścią tych rozmów. W tym ostatnim wypadku wchodzi w grę prawo do obrony, które nie może doznać ograniczenia przez związanie adwokata obowiązkiem tajemnicy zawodowej. Jeśliby bowiem obowiązek ten zachować, adwokat znalazłby się w sytuacji gorszej niż każda inna osoba pozostająca w stanie oskarżenia<sup>46</sup>.

Analiza złożonej struktury przedmiotu tajemnicy zawodowej pozwalała na sformułowanie konkretnych warunków dotyczących jej uchylania i kompetencji w tym zakresie podmiotów relacji sekretnej, oraz konsekwencji, zwolnienia, przy czym ta próba systematyzacji tajemnicy radcowskiej z uwzględnieniem kryterium źródła i treści musi uwzględniać istotę i cel relacji sekretnej pomiędzy klientem a radcą prawnym oraz istotną z punktu widzenia oceny aksjologicznej wagę sprawy, co jest oczywiste – „ocena niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości musi także obejmować uwzględnienie wagi sprawy,

<sup>44</sup> M. Kozuch, *Obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej a interes klienta w jej ujawnieniu*, [w:] *Etyka adwokacka a kontradiktoryjny proces karny*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2015, s. 269.

<sup>45</sup> J. Giezek, *O granicach tajemnicy adwokackiej...*, *op. cit.*, s. 72.

<sup>46</sup> Uchwała SN – Izba Karne z dnia 29 listopada 1962 r., VI KO 61/62.

w której zwolnienie ma ewentualnie nastąpić oraz funkcji i rodzaju tajemnicy<sup>47</sup>.

W moim przekonaniu możliwość zwolnienia z tajemnicy, w zależności od źródła i treści tej tajemnicy, przedstawia się następująco (pamiętając przy tym, iż sąd powinien precyzyjnie określić zakres zwolnienia – okoliczności, których ma dotyczyć przeprowadzany dowód):

Źródło	Przedmiot (treść)	„Dysponent klucza”
Informacje uzyskane bezpośrednio od klienta	Najcięższe zbrodnie popełnione przez klienta	Sąd (zwolnienie materialne – ujawnienie obligatoryjne)
	Inne	Klient i radca prawny
Informacje uzyskane od drugiej strony sporu lub osób trzecich	Bez względu na treść	Sąd (zwolnienie materialne – ujawnienie obligatoryjne)
Własne spostrzeżenia radcy	Bez względu na treść	Sąd (zwolnienie formalne – ujawnienie fakultatywne)

Pojęcia „najcięższe zbrodnie” nie doprecyzowałem, ponieważ do czasu precyzyjnej regulacji ustawowej może to być jedynie wskazówka dla sądu, ważącego dobro klienta z jednej strony, a dobro wymiaru sprawiedliwości z drugiej. Nie ma wątpliwości, że w skrajnych przypadkach, przykładowo konieczności ujawnienia sprawcy zabójstwa, tajemnica powinna ulec przed dobrem wymiaru sprawiedliwości, równoznacznym w takim wypadku z dobrem społeczeństwa. Informacje dotyczące popełnienia innych czynów niż najcięższe zbrodnie nie powinny być objęte możliwością skutecznego zwolnienia przez sąd. W takim wypadku rozważanie wagi sprawy można *a priori* uznać za prowadzące do przypisania istotniejszego znaczenia ochronie tajemnicy zawodowej.

Informacji pochodzących od innych osób nie chroni relacja sekret-na klient–radca prawny, stąd zwolnienie może być dokonywane jak dotychczas.

Wreszcie rozważyć należy kwestię zwolnienia z tajemnicy w zakresie własnych spostrzeżeń radcy, w szczególności konsekwencji odmowy zeznań pomimo zwolnienia. Nieprecyzyjna i niekonsekwentna terminologicznie redakcja art. 180 k.p.k. zdaje się tu otwierać drogę do ryzykownej, aczkolwiek zasadnej interpretacji. Otóż art. 180 k.p.k. w § 1 stanowi, iż

<sup>47</sup> Postanowienie SN – Izba Karna z dnia 19 maja 2020 r., I KZ 8/20.

osoby obowiązane do zachowania w tajemnicy informacji [...] mogą odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd lub prokurator dla dobra wymiaru sprawiedliwości zwolni te osoby od obowiązku zachowania tajemnicy, jeżeli ustawy szczególne nie stanowią inaczej.

*A contrario* – jeśli nastąpi zwolnienie, nie mogą odmówić zeznań. Odmierna jest redakcja § 2 art. 180 k.p.k., zgodnie z którym osoby obowiązane do zachowania tajemnicy radcy prawnego „mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu”. Z tak zredagowanego przepisu, z uwzględnieniem odrębnej, jednoznacznej redakcji § 1, w którym mowa jest o odmowie zeznań, można wyciągnąć wniosek, że przepis ten nie daje podstaw do penalizacji odmowy składania zeznań przez radcę prawnego, a jedynie ma go chronić przed ewentualną odpowiedzialnością przed klientem.

Oczywiście taka interpretacja może spotkać się z zarzutem wykładni *contra legem*, ale wskazana niejednoznaczność redakcyjna stanowi argument za koniecznością zmian legislacyjnych, których kierunek powinien uwzględniać wyjątkowość uchylania tajemnicy.

## 7. Podsumowanie

W moim przekonaniu tajemnica zawodowa radców prawnych chroniona jest zbyt słabo, a ze względu na praktykę stosowania obowiązujących przesłanek zwolnienia istnieje znaczne ryzyko uczynienia tej ochrony iluzoryczną. Uważam, że zasadne jest wprowadzenie regulacji ustawowej, dopuszczającej zwalnianie z tajemnicy radcowskiej w zakresie informacji, których źródłem był wyłącznie klient (z zachowaniem istniejącej przesłanki braku możliwości ustalenia danej okoliczności na podstawie innego dowodu) wyłącznie w celu ustalenia okoliczności dotyczących popełnienia najcięższych zbrodni – zakres przedmiotowy spraw, w których dopuszczalne byłoby zwolnienie z tajemnicy, określony katalogiem zamkniętym, *numerus clausus*, jako wyjątek od zasady nieujawnialności tajemnicy powinien być określony po wnikliwej analizie fundamentalnych wartości społecznych. Jednocześnie wskazane byłoby zróżnicowanie przesłanek i konsekwencji zwalniania z tajemnicy w zakresie pochodzącym z innych źródeł, przy czym uważam, że radca prawny nie powinien być karany za odmowę składania zeznań obejmujących jego

spostrzeżenia i przemyślenia, a to ze względu na szczególną relację zaufania łączącą go z klientem. Do czasu braku podjęcia takiej inicjatywy legislacyjnej możliwe jest wprowadzenie takiej praktyki w drodze wykładni obowiązujących przepisów.



Bronisław Sitek\*

## Od prawa rzymskiego przez prawo epoki Juliusza Verne'a do prawa cyberprzestrzeni

### 1. Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest zwrócenie uwagi na czynniki, które wywierały i wywierają wpływ na treść tworzonego prawa, a także na nauczanie i prowadzone badania naukowe nad prawem. One zresztą determinowały funkcje, jakie prawo odgrywało i nadal odgrywa w rozwoju społecznym, politycznym czy gospodarczym. Niewątpliwie samo prawo, czy inaczej – przepisy prawa, od czasów antycznego Rzymu zmieniały się pod wpływem rozwoju społeczeństwa i jego potrzeb, sposobu widzenia świata przez człowieka, rozwoju technologii czy zdarzeń politycznych<sup>1</sup>. Można zatem powiedzieć, że prawo, społeczeństwo, technika, polityka, a przede wszystkim ekonomia od najdawniejszych czasów pozostają w symbiozie. Te właśnie czynniki ustawodawca musiał i ciągle musi uwzględniać w procesie tworzenia prawa<sup>2</sup>.

---

\* Prof. dr hab., Uniwersytet SWPS, ORCID: 0000-0002-7365-6954.

<sup>1</sup> Zob. B. Sitek, *Dynamika źródeł powstawania prawa od prawa rzymskiego do cyberprzestrzeni*, „Journal of Modern Science” 2018, vol. 39(4), s. 185–199.

<sup>2</sup> Zdaję sobie sprawę z tego, że przedstawione przez mnie czynniki endogenne mające wpływ na proces tworzenia rozwiązań prawnych są daleko idącym uogólnieniem procesu tworzenia prawa, zwłaszcza pominięte zostały współczesne zasady

W teorii prawa jeszcze do niedawna wskazywano na takie funkcje prawa jak funkcja stabilizująca, ochronna, represyjna czy wychowawcza<sup>3</sup>. Musimy jednak mieć świadomość, że te funkcje były charakterystyczne dla systemów prawnych obowiązujących w obrębie państwa narodowego. Świat w drugiej połowie XX wieku wszedł najpierw w epokę globalizacji, a obecnie – od co najmniej trzech dekad – wchodzi w epokę cyfryzacji. W konsekwencji mamy do czynienia nie tylko ze społeczeństwem globalnym, ale i wirtualnym, dla którego granice geograficzne, ekonomiczne, kulturowe czy polityczne mają coraz mniejsze znaczenie. Zresztą w społeczeństwie cyfrowym, zdigitalizowanym jego członkowie komunikują się głównie za pomocą mass mediów, komunikatorów niezależnych od komunikacji z władzą państwową. Ale i tak komunikacja odbywa się również za pomocą urządzeń teleinformatycznych<sup>4</sup>.

Nie można ukryć, że z perspektywy procesów globalizacyjnych i cyfryzacyjnych tradycyjne państwo odgrywa coraz mniejszą rolę. Dominującą pozycję międzynarodową zachowały jedynie te państwa, które zdołały zintegrować swoje struktury społeczne, polityczne i gospodarcze z najnowszymi narzędziami teleinformatycznymi. Przykładem takiego państwa są Stany Zjednoczone. Tam mają swoją siedzibę największe na świecie korporacje informatyczne i tam znajduje się słynna chmura (serwery o gigantycznej pojemności), w której gromadzone są ogromne bazy danych pobieranych lub dostarczanych z naszych komputerów czy telefonów typu smartfon. Stany Zjednoczone są dzisiaj światowym centrum nowych technologii, ze słynną Doliną Krzemową. Nieprzypadkowo w początkach lat 20. XX wieku urodzeni w Polsce bracia Albert, Sam i Harry (Hirsh) Warner nie założyli swojej słynnej wytwórni filmowej w Krasnosielcu na Mazowszu, skąd pochodzili i jak pierwotnie planowali, lecz właśnie w Stanach Zjednoczonych, gdzie znaleźli odpowiednie otoczenie prawne, ekonomiczne, polityczne i techniczne<sup>5</sup>.

---

powstawania przepisów prawa w państwie demokratycznym. Zob. T. Biernat, *Między polityką a prawem. Problem „upolitycznienia” tworzenia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji. Tom CX. Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej”, Wrocław 2017, red. A. Bator, P. Kaczmarek, s. 115–132.

<sup>3</sup> Zob. A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 269–277.

<sup>4</sup> Zob. S. Jaskuła, *Hybrydalna wędrówka między wymiarami*, „Journal of Modern Science” 2021, vol. 46(1), s. 41–55; J. Bednarek, *Nowe wyzwania mediów cyfrowych w społeczeństwie wiedzy*, [w:] *Człowiek w świecie rzeczywistym i wirtualnym. Nowy wymiar zagrożeń w świecie realnym i wirtualnym*, red. A. Andrzejewska, J. Bednarek, S. Ćmiel, Józefów 2013, s. 11–35.

<sup>5</sup> A. Krakowski, *Pollywood. Jak stworzyliśmy Hollywood*, Warszawa 2012.

## 2. Od prawa rzymskiego do prawa XIX wieku

Na temat historii prawa rzymskiego i uwarunkowań, jakie mu towarzyszyły, powstało bardzo wiele obszernych opracowań<sup>6</sup>. Warto jednak przypomnieć, że swoisty rozwój tego prawa sprawił, iż określa się go prawem ponadczasowym. Był to bowiem pierwszy system prawa, który przetrwał upadek państwa, w którym powstał i był stosowany. Co więcej, ten system prawa stał się fundamentem dla kontynentalnej kultury prawa dominującej w większej części państw w Europie. W ramach tej kultury prawnej, powstałej na bazie prawa rzymskiego, powstały liczne kodeksy prawa, łącznie z Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) czy tzw. Kodeksem Napoleona. Tomasz Giaro stwierdza, że prawo rzymskie dla prawa europejskiego stanowi współcześnie żywą tradycję, czyli dziedzictwo przeszłości, charakteryzujące się w dalszym ciągu mocą zobowiązującą<sup>7</sup>.

Moim zdaniem ponadczasowość prawa rzymskiego ma swoje źródło w oddzieleniu prawa publicznego od prawa prywatnego, o czym pisał m.in. Ulpian<sup>8</sup>. Ten zabieg systemowego porządkowania przepisów prawa dodał skrzydeł procesowi rozwoju rzymskiego prawa prywatnego. Tym samym rzymskie prawo prywatne, przynajmniej do epoki rzymskiego prawa klasycznego, miało swoje życie i swoją historię niezależną od państwa. Inaczej było z prawem publicznym, które dotyczyło organizacji i funkcjonowania struktur władzy państwowej. Wraz z upadkiem państwa ta część prawa rzymskiego stała się wyłącznie prawem historycznym, które współcześnie jest wykorzystywane do badań prawnohistorycznych czy prawnoporównawczych<sup>9</sup>.

Drugie życie rzymskie prawo prywatne otrzymało w czasach średniowiecza po odnalezieniu digestów, a więc zbioru fragmentów pism

<sup>6</sup> Zob. G. Härtel, E. Pólay, *Römisches Recht und Römische Rechtsgeschichte: Eine Einführung*, reprint, Berlin–Boston 2021; M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Bari 2010; F. Amarelli, *Storia del diritto romano*, Torino 2000.

<sup>7</sup> T. Giaro, *Cywilizacja prawa rzymskiego i problemy współczesnej romanistyki*, [w:] *Tom poświęcony pamięci profesora Alfreda Szymoszka*, red. A. Konieczny, „Prawo. Tom CCCV. Studia Historycznoprawne” 2008, s. 69.

<sup>8</sup> Ulp. Inst. I. 1 (D. 1.1.1.2): „Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim”. O ponadczasowości prawa rzymskiego powstało już wiele opracowań. Bardzo często tę ponadczasowość wyprowadza się z faktu stworzenia ponadczasowych norm etycznych czy moralnych w prawie rzymskim, np. *humanitas*.

<sup>9</sup> Zob. W. Dajczak, *Poprzez prawo rzymskie ponad komparatystykę*, „Forum Prawnicze” 2014, nr 2(22), s. 7–16.

prawników rzymskich, które były traktowane jako przepisy prawa. To wydarzenie było impulsem do studiów prawniczych najpierw w Bolonii, a następnie na innych europejskich uniwersytetach, w tym w Akademii Krakowskiej. Działania badawcze ówczesnych glosatorów miały charakter zasadniczo teoretyczny, bowiem przybliżyły czytelnikowi rozumienie znaczenia łaciny antycznej. Czynione glosy na marginesie lub między linijkami tekstów digestów stały się jednak zaczynem dla pracy postglosatorów. To właśnie oni rozpoczęli pracę nad wykorzystywaniem prawa rzymskiego do rozwijającego się handlu w średniowieczu czy do dokonywania czynności lub/oraz do postępowań przed sądami. Niewątpliwym rozwój zainteresowania prawem rzymskim był również spowodowany połączeniem go z rodzącym się wówczas prawem kanonicznym<sup>10</sup>. W ten sposób powstało *ius comune*, prawo rzymsko-kanoniczne stosowane w znacznej części Europy<sup>11</sup>.

Kolejnym ważnym etapem dla rozwoju prawa rzymskiego była w XIX wieku niemiecka pandektystyka. Twórcy tego nurtu badawczego traktowali prawo rzymskie już nie jako prawo stosowane, lecz jako bazę do zbudowania siatki pojęć abstrakcyjnych potrzebnych do skonstruowania systemu prawa cywilnego, dostosowanego do nowej gospodarki opartej na zasadach liberalizmu. Ponadto normy prawa pozytywnego zostały oderwane od pozostałych systemów normatywnych, uwarunkowań społeczno-gospodarczych, otoczenia politycznego i kulturowego<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> W Polsce niestety *ius comune* się nie przyjęło i dopiero w czasach zaborów przez BGB i Kodeks Napoleona prawo rzymskie „weszło bocznymi drzwiami” do systemu prawa stosowanego na dawnym terytorium Rzeczypospolitej. Zob. M. Jońca, *Legal Latin in the polish courts – between noble ideology and bitter practice*, [w:] *Diritto romano e attualità*, ed. K. Havlíček, Praha 2013, s. 14–23; A. Vetulani, *Opory wobec prawa rzymskiego w dawnej Polsce*, „*Analecta Cracoviensia*” 1969, nr 1, s. 372–381; A. Dyjakowska, *Ewolucja poglądów na prawo rzymskie w Polsce do końca XVIII wieku*, [w:] *Prawo rzymskie a kultura prawna Europy*, red. A. Dębiński, M. Jońca, Lublin 2008, s. 71–99.

<sup>11</sup> Proces powstawania prawa rzymsko-kanonicznego był dość długi i rozpoczął się jeszcze w czasach istnienia cesarstwa zachodniorzymskiego. Widać to doskonale po wzajemnej recepcji regulacji państwowych do prawa synodów i soborów oraz odwrotnie – prawo stanowione na soborach i synodach było recypowane do prawa rzymskiego. Zob. E. Krinitsyna, *Il giudizio ecclesiastico e l'utilizzazione del diritto romano (Il concilio di Seviglia, A. 619)*, [w:] *Diritto romano e attualità*, op. cit., s. 28–43.

<sup>12</sup> A.B. Schwarz, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, „*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*” 1921, Nr. 42, s. 578 i n.

Pandektyści niemieccy, odwołując się do dorobku prawa rzymskiego, rozbudowali siatkę pojęciową o nowe pojęcia i instytucje typowe dla gospodarki kapitalistycznej opierającej się na swobodzie umów i wolnym najmie usług. Co więcej, powstały nowego rodzaju formy spółek kapitałowych, obrót papierami wartościowymi, a więc instytucje nieznanne prawu rzymskiemu. Prawo rzymskie przestało być prawem stosowanym, a stało się prawem historycznym odgrywającym ważną rolę w europejskiej kulturze prawa<sup>13</sup>.

### 3. Prawo w czasach Juliusza Verne'a

Zapewne u czytelnika tego opracowania muszą zrodzić się dwa pytania: dlaczego w tytule artykułu znalazł się Juliusz Verne, francuski pisarz, dramaturg i działacz społeczny żyjący w latach 1828–1905 oraz dlaczego jego twórczość może być uznana za moment przełomowy w myśleniu o współczesnym świecie, i tym samym o prawie? W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie musimy sobie wszyscy przypomnieć, kim był Juliusz Verne. Prawie wszyscy ze starszego pokolenia w swojej młodości czytaliśmy książki tego autora, m.in. *W osiemdziesiąt dni dookoła świata* czy *Dwadzieścia tysięcy mil podmorskiej żeglugi*.

Juliusz Verne był protoplastą współczesnej literatury fantastycznej. Większość jego niestworzonych historii dla wielu ludzi wówczas żyjących, historii ze świata fantazji, w rzeczywistości była inspirowana poszukiwaniem nowych pomysłów pisarskich w ówczesnych instytucjach badawczych. To, nad czym pracowali naukowcy z nauk ścisłych i zanim te pomysły weszły w życie, najpierw znajdowało swoje odzwierciedlenie w jego powieściach. Juliusz Verne pracował na świeżym materiale badawczym nauk technicznych i stamtąd czerpał inspiracje. Dzięki Juliuszowi Verne'owi otworzyła się nowa epoka w literaturze inspirowanej badaniami naukowymi<sup>14</sup>. Tym samym opisywane przez niego futurystyczne historie były bardzo blisko związane z życiem, z odwiecznymi marzeniami człowieka np. o lataniu, które w tamtym czasie były nie tylko projektem inżynierów, konstruktorów, ale i doświadczeniem pionierów próbujących realizować te pragnienia.

<sup>13</sup> Zob. A. Laufs, *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, Berlin–New York 1991, s. 324 i n.

<sup>14</sup> Zob. S. Czaja, A. Becia, *Spory wokół pojęcia najlepszej dostępnej techniki BAT w ekonomii środowiskowej*, „Gospodarka a Środowisko” 2008, nr 22, s. 45.

Pierwszy udany lot człowieka samolotem odbył się w 1903 r.<sup>15</sup> Nowe odkrycia wówczas obejmowały nie tylko nauki inżynieryjne, ale też i biologiczne, chemiczne, fizyczne, medyczne czy astronomiczne. Warto przypomnieć, że również w 1903 r. Konstantin Ciołkowski nakreślił szkic rakiety napędzanej paliwem ciekłym, dodatkowo wyliczył minimalną prędkość rakiety, aby mogła wznieść się na orbitę okołoziemską, tj. 8 km na sekundę<sup>16</sup>. Ówczesna terażniejszość, przynajmniej w literaturze, wybiegała w przyszłość bliską i daleką, kreślona przez przedstawicieli nauk ścisłych.

Jakie zatem było prawo obowiązujące i stosowane w okresie życia i twórczości Juliusza Verne'a, w okresie wielkich odkryć naukowych oraz postępu technicznego? Niezbędne jest, aby przypomnieć sobie, że był to zbliżający się koniec panowania władców oświeconych, dążących do zbudowania silnego państwa narodowego<sup>17</sup>. Do potrzeb tych państw, obrony ich stanu posiadania, utrzymania władzy panujących podporządkowane zostały głównie badania naukowe. Przykładem tej tendencji był m.in. car Aleksander II, który ochoczo finansował nowe technologie, np. budowę statków podwodnych konstruowanych przez Stefana Drzewieckiego. Zresztą Stefan Drzewiecki pracował również w Paryżu i z całą pewnością jego wynalazki musiały być znane Juliuszowi Verne'owi<sup>18</sup>.

W przeciwieństwie do rozwoju badań naukowych w naukach ścisłych – popieranego przez ówczesnych władców – prawo miało zagwarantować porządek i utrwalić panujący ład polityczny i społeczny. Tworzona koncepcja nowego ładu prawnego przez pandektystów idealnie się do tego nadawała. Konsekwentnie powstały pierwsze kodeksy narodowe, spośród których należy wymieść Code civile z 1804 r., Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) z 1811 r. czy też BGB z 1896 r., a który wszedł w życie w 1900 r. Z natury swej te systemy prawne nie wybiegały w przyszłość, lecz miały utrwalić ówczesny stan

<sup>15</sup> T. Opara, *Historia i tendencje rozwojowe napędów lotniczych*, „Silniki Spalinowe” 2006, R. 45, nr 4, s. 3–18.

<sup>16</sup> K. Kościelniak, *Historia systemów antyrakietowych w państwach NATO*, „Colloquium” 2009, R. I, s. 117–128.

<sup>17</sup> Ówczesne państwo narodowe nie było postrzegane przez pryzmat elementu etnicznego czy kulturowego. Wszystkie dawne mocarstwa w gruncie rzeczy były wielokulturowe, jednak ich nazewnictwo determinowało zbiorczą narodowość danego państwa. Tak było z Rosją, Niemcami, Francją czy Anglią.

<sup>18</sup> T.E. Kołakowski, *Stefan Drzewiecki – wybitny polski inżynier, wynalazca, pionier konstrukcji samolotów i łodzi podwodnych z napędem elektrycznym*, „Energetyka” 2008, nr 3, s. 213–215.

rzeczy na dłużej. Na podstawie doświadczeń z nieodległej przeszłości, takich jak rewolucja francuska czy wiosna ludów, które zburzyły lub zachwiały istniejącym porządkiem rzeczy, XIX-wieczni władcy chcieli przez określony system prawa utrwalić istniejący ład polityczny, gospodarczy i społeczny na bliżej nieokreśloną przyszłość<sup>19</sup>.

Całkowicie inną drogą ewoluował system prawa anglosaskiego, zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych. Brak kodeksów spowodował, że system ten charakteryzuje się większą elastycznością prawa<sup>20</sup>. Uważam, że był to jeden z głównych czynników największego rozwoju w zakresie nauk ścisłych w krajach posiadających system prawa anglosaskiego.

#### 4. Prawo w społeczeństwie globalnym i wirtualnym

Grażyna Skąpska uważa, że we współczesnym, globalizującym się społeczeństwie, określanym jako społeczeństwo ponowoczesne, globalne, a wraz z rozwojem technologii teleinformatycznych określane jako cyfrowe czy informacyjne, coraz trudniejsze, o ile w ogóle możliwe, staje się wykorzystanie prawa jako instrumentu rządzenia jednym państwem<sup>21</sup>. Współczesne społeczeństwa charakteryzuje duża migracja, a w konsekwencji powstaje pluralizm prawny czy nakładanie się na siebie różnych systemów prawnych<sup>22</sup>. Prawo coraz bardziej osłabia swój związek z państwem narodowym. W socjologicznej teorii prawa jest podkreślane, że prawo się autonomizuje, uniezależnia się od państwa rozumianego w tradycyjnym znaczeniu. Podstawą jego ważności i obowiązywania stają się jego wewnętrzne cechy systemowe, w tym jego szczególna semantyka, a nie siła państwa narodowego.

Taka wizja prawa implikuje dwojakiego rodzaju wnioski. Po pierwsze, w związku z różnymi poziomami regulacji w globalizującym się i pluralistycznym społeczeństwie ponowoczesnym wskazywane jest zwiększające się wewnętrzne zróżnicowanie prawa. Po drugie, w związku z autonomizacją prawa oraz wzrostem pluralizmu systemu

<sup>19</sup> W doktrynie daje się słyszeć głosy, że kodeksy rzeczywiście usztywniły rozwój prawa. Prawnicy zamiast pracować nad dostosowaniem prawa do potrzeb społecznych i ekonomicznych, zajmowali się czystą dogmatyką prawniczą.

<sup>20</sup> Z. Brodecki, *Zderzenie cywilizacji w Europie*, Warszawa 2018, s. 149–150.

<sup>21</sup> G. Skąpska, *Prawo w ponowoczesnym społeczeństwie*, „Zarządzanie Publiczne” 2008, nr 4(6), s. 55–72.

<sup>22</sup> Zob. B. Sitek, *Bezpieczeństwo prawne a wertykalna wielowarstwowość systemów prawnych*, „Journal of Modern Science” 2012, vol. 12(1), s. 167–186.

społecznego podkreśla się, że we współczesnym świecie prawo powinno raczej wspomagać wewnętrzne procesy samoregulacji, stwarzając im odpowiednie ramy prawne, aniżeli bezpośrednio w nie ingerować. Stąd coraz większe znaczenie ma tzw. prawo miękkie (*soft law*). Teorie na temat prawa w ponowoczesnym społeczeństwie są skonfrontowane z rzeczywistymi procesami i zjawiskami towarzyszącymi przemianom społecznym, ekonomicznym i politycznym<sup>23</sup>.

Sprawa współczesnego systemu prawa jeszcze bardziej komplikuje się wraz z postępującym procesem powstawania społeczeństwa wirtualnego, tj. takiego, które coraz więcej swoich życiowych czynności dokonuje za pomocą narzędzi teleinformatycznych. Świat wirtualny powstaje właśnie wskutek powstawania sieci budowanych m.in. na komputerach czy innych urządzeniach mobilnych. Świat wirtualny pozwala na tworzenie nowych struktur społecznych określanych jako grupy ludzi tworzących nowe wspólnoty w poprzek dotychczasowych struktur społecznych<sup>24</sup>. Często takie wspólnoty rządzą się swoim prawem, zaś państwo czy ustawodawca międzynarodowy reaguje wówczas tylko, gdy dochodzi do nadużyć lub wspólnoty takie zagrażają bezpieczeństwu. Z tych właśnie przekształceń technologicznych i społecznych korzystali funkcjonariusze tzw. państwa islamskiego<sup>25</sup>. Działalność przestępcza tej grupy zmusiła społeczność międzynarodową do położenia kresu jej działalności.

## 5. Prawo Unii Europejskiej

Unia Europejska, dawniej Wspólnoty Europejskie, idąc z duchem czasu, niewątpliwie dostrzega potrzebę zmian i dostosowania prawa wspólnotowego do nowej rzeczywistości, postępu technicznego i technologicznego. Fundamentalny dla prawa unijnego jest podział źródeł prawa na prawo traktowe i prawo wtórne. Prawo traktatowe jest odpowiednikiem prawa konstytucyjnego. To właśnie w prawie traktatowym zostały określone zasady ustrojowe oraz cele działania Wspólnot Europejskich/Unii Europejskiej. Pierwotnie były trzy traktaty, obecnie jest ich więcej. Podstawowym obecnie aktem prawnym

<sup>23</sup> G. Skąpska, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 55 i n.

<sup>24</sup> K. Zdziarski, *Zaufanie jako element kapitału społecznego i warunek społecznego funkcjonowania studentów*, „Pedagogika Szkoły Wyższej” 2011, nr 2, s. 107–117.

<sup>25</sup> I. Awan, *Cyber-extremism: Isis and the power of social media*, „Society” 2017, no. 54(2), s. 138–149.



UE jest Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>26</sup>. Od 2009 r. stanowi on część dorobku prawnego Unii<sup>27</sup>.

W prawie traktatowym zostały określone podstawowe rodzaje polityk będących w kompetencji organów Unii Europejskiej. Są to m.in.: unia celna, ustanawianie reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego, polityka pieniężna, wspólna polityka handlowa, swobodny przepływ osób, usług i kapitału, polityka ochrony środowiska. Aktami wykonawczymi dla prawa traktatowego są rozporządzenia, które bezpośrednio obowiązują w porządkach krajowych, dyrektywy zaś wymagają implementacji do wewnętrznego systemu prawnego państw członkowskich<sup>28</sup>.

W dalszej kolejności różne instytucje unijne wydają akty prawne określane jako zalecenia. W tych aktach prawnych zaliczanych do *soft law* instytucje te przedstawiają swój punkt widzenia na konkretną sprawę. Ten akt prawny nie ma charakteru obowiązującego. Podobny charakter mają decyzje i opinie<sup>29</sup>.

Unii Europejska wydaje jeszcze białe i zielone księgi, które są dokumentami konsultacyjnymi. Zielone księgi rozpoczynają proces konsultacyjny w określonym temacie, zaś białe księgi zawierają już określone propozycje rozwiązania danego problemu<sup>30</sup>. Przykładem zielonej księgi może być księga dotycząca tworzenia w unii rynków kapitałowych (COM(2015) 63), zaś białą księgą może być księga w sprawie przyszłości Europy Refleksje i scenariusze dla UE-27 do 2025 r. (COM(2017)).

Dokonując dość pobieżnej oceny struktury oraz treści prawa unijnego, moim zdaniem należy go ocenić dość pozytywnie<sup>31</sup>. Z racji tej, że

<sup>26</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [wersja skonsolidowana] (Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016).

<sup>27</sup> G. Gaja, A. Adinolfi, *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Roma-Bari 2012, s. 162–168; J. Barcik, A. Wentkowska, *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, Warszawa 2008, s. 133 i n.

<sup>28</sup> E. Martinelli, *Manuale di diritto dell'Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*, Napoli 2014, s. 133–144.

<sup>29</sup> T. Biernat, *Soft law a proces tworzenia prawa w Unii Europejskiej. Wpływ soft law na konstrukcję i treść uzasadnień aktów normatywnych*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2012, nr 2, s. 27–37.

<sup>30</sup> E. Kwiecień, *Białe i Zielone Księgi*, „Głos Lasu” 2010, nr 8, s. 5–6.

<sup>31</sup> Należy też zauważyć, że istnieją obecnie przeciwne opinie mówiące m.in. o deficycie demokracji w Unii Europejskiej: zob. T. Biernat, „Deficyt demokracji” w strukturach Unii Europejskiej, [w:] *Demokracja. Teoria. Idee. Instytucje*, red. idem, A. Siwik, Toruń 2000, s. 33; R. Willa, *Deficyt demokratyczny w Unii Europejskiej*, „Athenaeum. Polskie Studia Politologiczne” 2010, vol. 23, s. 194–208.

konkretne rozporządzenia czy dyrektywy często pisane są przez fachowców z przedmiotowego regulowanego zagadnienia, należy stwierdzić, że jest ono ściśle powiązane z nowymi technologiami oraz dynamicznie rozwijającą się gospodarką. Podstawowym celem systemu prawa unijnego nie jest budowa spójnego systemu prawa, lecz systemu prawa, który nadaża za zmianami technicznymi i technologicznymi. Nie można jednak nie zauważyć, że prawo unijne jest zbyt zideologizowane, nasycone różnymi poglądami, które w gruncie rzeczy nie jednoczą ani nie rozwiązują nawet podstawowych problemów społecznych i gospodarczych. Tylko jeśli będziemy zjednoczeni, tak jak często powtarzał Alcide de Gasperi, jeden z twórców dzisiejszej wspólnoty europejskiej, będziemy w Europie silni i bezpieczni gospodarczo, politycznie i militarnie<sup>32</sup>.

## 6. Prawo przyszłości

Już w drugiej połowie XX wieku nauka przekształciła się w bezpośrednią siłę wytwórczą B+R (badania i rozwój). Badania naukowe zostały powiązane z rozwojem rozumianym jako praktyczna aplikacja efektów nauki. Obecnie ten model badań naukowych został poszerzony o trzeci element, tj. prac rozwojowych określanych jako R+D (*research and development*). Ten etap poprzedza dotychczasowe etapy o badania innowacyjne, których celem jest opracowywanie nowych usług lub produktów oraz ulepszanie już istniejących<sup>33</sup>. W tych procesach badań nad innowacyjnością nie może zabraknąć prawników. To dzięki nim mogą zostać stworzone odpowiednie do stanu wiedzy w naukach ścisłych reguły oraz normy prawne i etyczne.

W optyce rewolucji technicznej i technologicznej, zwłaszcza rewolucji cyfrowej, potrzebni są obecnie prawnicy – specjaliści, nie tylko dogmatycy prawa, ale przede wszystkim prawnicy znający się również na nowych technologiach. Winni to być prawnicy, którzy podobnie jak

<sup>32</sup> A. Madeja, *Suverenność państwa w koncepcji integracyjnej Alcide De Gasperiego*, „Studia Europejskie” 2013, nr 4, s. 9–30.

<sup>33</sup> Badania rozwojowo-innowacyjne różnią się w modelu B+R tym, że nie mają na celu przyniesienia natychmiastowego zysku i przede wszystkim wiążą się z większym ryzykiem i niepewnym zwrotem z inwestycji. Badania te mają kluczowe znaczenie dla zdobywania większych udziałów w rynku przez wprowadzanie na rynek nowych produktów. Zob. A. Wieloński, *Przemysł nowej gospodarki*, „Prace Komisji Geografii Przemysłu Polskiego Towarzystwa Geograficznego” 2003, nr 6, s. 21–26; K. Szatkowski, *Przygotowanie produkcji*, Warszawa 2008, s. 31.

Juliusz Verne będą blisko współpracowali z wiodącymi instytutami badawczymi, zwłaszcza z zakresu nauk ścisłych i nauk technicznych.

Kiedy kończyłem w 2014 r. pracę na Wydziale Prawa i Administracji UWM w Olsztynie, aby objąć urząd Prezesa Prokuratury Generalnej w Warszawie, zaproponowałem, aby na jednej z uczelni politechnicznych w Polsce powołać do życia kierunek studiów o nazwie prawo nowych technologii. Niestety moja ówczesna propozycja była przedwcześnie. Nie znalazła zrozumienia u ówczesnych władz tamtej uczelni. Uważam, że nadal niezbędne jest utworzenie takiego ekstremalnego kierunku studiów prawnych, a w konsekwencji tworzenie zespołów badawczych składających się z prawników i specjalistów od nowych technologii. W tym kierunku też winna pójść dydaktyka na kierunku prawo.

Prawo nowych technologii – czy też inaczej *cyber law* lub prawo cyberprzestrzeni – jest powiązane z rozwojem nowych technologii, sztucznej inteligencji, internetu. Samo pojęcie *cyber law* jest pojęciem szerszym od pojęcia prawa nowych technologii i obejmuje również regulacje prawne dotyczące wdrażania i używania nowych technologii, np. użycia dronów. Dalej prawo nowych technologii zajmuje się głównie relacjami pomiędzy internetem, wirtualną rzeczywistością, mediami społecznościowymi, nowymi technologiami i wynalazkami typu bitcoin a regulacjami dotyczącymi m.in. ochrony danych osobowych, prawa własności intelektualnej, *e-commerce* czy przestępstw popełnianych w sieci<sup>34</sup>.

Nowe technologie, a zwłaszcza odkrycia w naukach ścisłych, stanowią wyzwanie dla procesu kształcenia nowych pokoleń prawników. Dzisiaj nie wystarczy posiadać dobre teoretyczne, dogmatyczne przygotowanie prawnicze. Nie wystarczy posługiwać się wykwinną terminologią prawniczą<sup>35</sup>. Dotyczy to nie tylko adwokatów, radców prawnych, ale również sędziów i prokuratorów.

<sup>34</sup> K.E. Eichensehr, *The cyber-law of nations*, „Georgetown Law Journal” 2015, vol. 103, s. 317–380. Szersze opracowanie pojęcia *cyber law* zob. *Law and the Internet*, eds L. Edwards, C. Waelde, Oxford 2009. Szczególną rolę nowe prawo odgrywa w zagwarantowaniu bezpieczeństwa, w tym cyberbezpieczeństwa. Zob. M. Sitek, *Security of citizens in the light of article 5 of the Constitution*, [w:] *Women, Society and Law: From Roman Law to Digital Age*, eds M. Eysymontt, C. Lázaro Guillamón, Warsaw 2022, s. 372–386.

<sup>35</sup> O potrzebie specjalizacji orzeczniczej sędziów są przekonani sami sędziowie, co wynika z badań socjologicznych. Zob. E. Holewińska-Łapińska, *Wyniki badań opinii sędziów o przedstawionym w „Zielonej Księdze” usytuowaniu prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji*, „Zeszyty Prawnicze” 2008, t. 8, nr 1, s. 298 i n.

Nadchodzi czas specjalizacji prawników nie tylko w zakresie prawa materialnego, np. handlowego, administracyjnego, karnego, czy prawa procesowego. Nie wystarczy też, aby legislatorzy znali zasady tworzenia przepisów prawa. Współcześnie dobre prawo to nie tylko takie, które jest nakierowane na człowieka, na jego ontologiczne wartości indywidualne czy zbiorowe<sup>36</sup>. Dobre prawo to takie, które nadąża za zmianami technicznymi, technologicznymi, za rozwojem ekonomii oraz za nowymi wynalazkami, które ostatecznie mają służyć człowiekowi. Dobre prawo musi być też ogranicznikiem dla tego, co jest dozwolone w badaniach naukowych.

Samych studentów prawa zachęcam zatem do równoległego studiowania jeszcze innego kierunku, informatyki, chemii czy fizyki, po to, aby później jako prawnicy, sędziowie, adwokaci, radcowie prawni, znając zasady prawa rozstrzygali problemy prawne znając jednocześnie materię, której one dotyczą. Nie oznacza to, że nowy model prawnika ma być budowany w oderwaniu od dogmatyki, etyki czy moralności. Nadal pozostaje aktualne stwierdzenie Arystotelesa „To bowiem jest właściwością człowieka, odróżniającą go od innych stworzeń żyjących, że on jedyny ma zdolność rozróżniania dobra i zła, sprawiedliwości i niesprawiedliwości i tym podobnych”<sup>37</sup>. Również w systemie prawa rzymskiego, o którym już wspominałem, dość wyraźnie uwidacznia się jedność etyki i prawa<sup>38</sup>. Ten związek prawa i etyki jest istotny właśnie w kontekście związku nauczania i nauki prawa w powiązaniu z rozwojem nowych technologii. Prawnicy nadal winni stać na straży etyki rozwoju badań naukowych.

## 7. Wnioski końcowe

Przechodząc do konkluzji, muszę stwierdzić, że społeczeństwo cyfrowe wymaga nowego spojrzenia na prawo przez pryzmat nowej ekonomii, postępu technicznego i procesów cyfryzacji społeczeństwa. Dotyczy to zarówno badań nad prawem, jak i edukacji prawniczej. Prawo,

<sup>36</sup> W. Dziedziak, *O dobrym prawie*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G. Ius” 2018, vol. 65, nr 2, s. 69–82.

<sup>37</sup> Zob. Arystoteles, *Polityka*, tłum. L. Piotrowicz, Warszawa 2006, 1253a.

<sup>38</sup> Por. M. Kuryłowicz, *Etyka i prawo w sentencjach rzymskich jurystów*, [w:] *W kręgu problematyki władzy, państwa i prawa. Księga jubileuszowa w 70-lecie urodzin Profesora Henryka Groszyka*, red. J. Malarczyk, Lublin 1996, s. 127–128. Por. także: M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 20–21.

ekonomia i postęp techniczny muszą być ze sobą immanentnie powiązane, muszą ze sobą blisko współpracować. Mijają czasy uprawiania czystej dogmatyki prawniczej, oderwanej od egzogennych czynników. Tak jak Juliusz Verne pisał swoje dzieła literackie, inspirując się nowymi odkryciami, ówczesnymi marzeniami naukowców, tak również współcześnie prawnik musi współdziałać z naukowcami z różnych dyscyplin, aby tworzył dobre prawo.

Troska o dobre prawo jest również obowiązkiem ciężącym na badaczach wszystkich dyscyplin, a więc nauk inżynierskich, biologicznych, chemicznych, fizycznych, ekonomicznych i innych. Stąd w naukach ścisłych, medycznych członkami zespołów badawczych winni być również prawnicy mający jednak podstawową wiedzę o przedmiocie badawczym. Wszyscy musimy sobie zdawać sprawę z tego, że bez dobrego prawa wspólnie wypracowanego, niezbędnego do prowadzenia badań podstawowych i wdrożeniowych w badania naukowe zakradnie się ostatecznie chaos i anarchia.



Tomasz Srogosz\*

## Feministyczne podejścia do prawa międzynarodowego

Od kilku dziesięcioleci studenci kierunków prawniczych dowiadują się, że „ojcem” prawa narodów jest Hugo Grocjusz. Niekiedy mówi się o kilku „ojcach”, wymieniając także Francisca de Vitorię czy Emera de Vattela. Czy padło kiedyś z auli pytanie: czy *ius inter gentes* ma matkę? Za z pozoru błahą i zabawną kwestią ustalenia „ojcostwa” i „macierzyństwa” prawa narodów kryją się problemy dotyczące istoty porządku międzynarodowoprawnego, które są szeroko dyskutowane w zachodniej doktrynie prawa międzynarodowego publicznego i teorii prawa, a pomijane w polskim dyskursie naukowym, nadal całkowicie zdominowanym i przesiąkniętym podejściem pozytywistyczno-naturalistycznym (mainstreamowym). Niepopularne są w Polsce, choć prawdopodobnie znane, inne spojrzenia na prawo narodów, do których zaliczyć można te wywodzące się z *critical legal studies* (CLS)<sup>1</sup>, tj. *Marxist approaches to international law* (MAIL)<sup>2</sup>, *Third World approaches to*

---

\* Dr hab., prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0001-9753-8920.

<sup>1</sup> Krytyczne studia nad prawem.

<sup>2</sup> Marksistowskie podejścia do prawa międzynarodowego.

*international law* (TFAIL)<sup>3</sup> czy też w końcu *feminist approaches to international law* (FAIL)<sup>4</sup>.

Przyczyna takiego stanu rzeczy tkwi w historii Polski – kraju targanego ideologią marksistowsko-leninowską, pozostającego poza nurtem ekspansji kolonialnej oraz zarówno w przeszłości, jak i teraz zdominowanego przez mężczyzn w sferze publicznej i prywatnej<sup>5</sup>. Tymczasem zapoczątkowany na Harvard Law School nurt postmodernistyczny szybko zdobył popularność w zagranicznej doktrynie prawa międzynarodowego, odsłaniając wady zastanego systemu dzięki metodom opartym na marksistowskiej, postkolonialnej i feministycznej teorii prawa. Niniejszy tekst, inspirowany ruchem CLS, przybliży problematykę istoty, celów i struktury prawa narodów z kobiecej perspektywy, odpowiadając na powyżej postawione pytanie – czy *ius inter gentes* poza „ojcem” ma też „matkę”? Choć pytanie wydawać się może śmieszne i naiwne, to tkwi w nim potencjał naukowy. Można je sprowadzić do mniej metaforycznych kwestii: 1) czy forma i treść prawa międzynarodowego (m.in. w zakresie podmiotowości, terytorium, użycia siły zbrojnej, praw człowieka) zdeterminowane są czynnikami związanymi z płcią?; 2) czy system prawa międzynarodowego (jego język) jest neutralny, niezależny od czynników związanych z płcią?; 3) czy prawo międzynarodowe zostało ukształtowane w celu uprzywilejowania jednej, dominującej płci i utrzymania systemu patriarchalnego?; 4) czy proces genezy i ewolucji prawa międzynarodowego był i jest związany z dominacją (przemocą) fizyczną i psychiczną grup silniejszych nad słabszymi, w tym mężczyzn nad kobietami?; 5) czy forma i treść prawa międzynarodowego byłyby inne, gdyby w jego ewolucji brały udział kobiety?; 6) czy kobiety inaczej postrzegają wartości leżące u podstaw prawa narodów – sprawiedliwość, bezpieczeństwo i pokój?; w końcu 7) czy rezygnacja z „męskocentryczności” prawa narodów na rzecz strukturalnej reformy systemu przez włączenie do niego „kobiecego języka” ułatwiłaby rozwiązanie problemów, z jakimi mierzy się świat w pierwszej połowie XXI wieku? Jeśli odpowiedź na te pytania jest twierdząca, to można rozważyć kwestię reformy prawa międzynarodowego.

<sup>3</sup> Podejścia Trzeciego Świata do prawa międzynarodowego.

<sup>4</sup> Feministyczne podejścia do prawa międzynarodowego.

<sup>5</sup> Na dzień 28 czerwca 2023 r. Rada Ministrów Rzeczypospolitej Polskiej liczyła 24 mężczyzn i 4 kobiety, [www.gov.pl/web/gov/rada-ministrow](http://www.gov.pl/web/gov/rada-ministrow) [dostęp: 28.06.2023]; w nowym rządzie jest to proporcja 18 do 9, nadal z przewagą mężczyzn – [www.gov.pl/web/premier/sklad-rady-ministrow](http://www.gov.pl/web/premier/sklad-rady-ministrow) [dostęp: 23.01.2024].



Okazać się może, że odpowiedzi na pytania o „macierzyństwo” prawa narodów i ewentualną jego reformę uwzględniającą kobiecie pojmowanie świata, prawa, sprawiedliwości, bezpieczeństwa, pokoju czy praw człowieka mogą mieć istotne znaczenie w rozwiązaniu bieżących, narastających kryzysów w łonie porządku globalnego, z którymi nie radzi sobie męskocentryczny system międzynarodowoprawy stworzony po II wojnie światowej. Z góry należy przyjąć, że nie chodzi tu o zniweczenie istniejącego porządku ONZ i zastąpienie go nowym „damskocentrycznym”. Taka wizja świata była co najwyżej przedmiotem scenariusza filmu komediowego z niezapomnianą rolą Jerzego Stuhra. Wszelkim próbom zburzenia zasad tegoż porządku, podejmowanym chociażby przez Kreml, należy stanowczo przeciwdziałać. Jednakże możliwe jest jego funkcjonowanie z uwzględnieniem feministycznych podejść do prawa międzynarodowego. Częściowo ma to już miejsce dzięki potwierdzeniu praw kobiet i podkreśleniu zakazu dyskryminacji ze względu na płeć<sup>6</sup>. Jest to niestety dopiero pierwszy z wielu kroków zmierzających do zbudowania bardziej sprawiedliwego (można nawet rzec – empatycznego) porządku globalnego, w którym narastające problemy społeczności międzynarodowej w postaci globalnego ocieplenia, głodu, pandemii, degradacji środowiska naturalnego, promieniowania jądrowego czy migracji zaczną być efektywniej rozwiązywane. Skostniały i męskocentryczny system prawa międzynarodowego z tymi problemami sobie nie radzi, ponieważ jego głównym celem jest zapobieganie konfliktom zbrojnym (tak też postrzegane jest bezpieczeństwo międzynarodowe w art. 1 i 2 Karty Narodów Zjednoczonych, w którym kwestie społeczne, gospodarcze i humanitarne mają znaczenie drugorzędne)<sup>7</sup>.

Tymczasem świat stanął w obliczu innych poza wojnami zagrożeń, których „konstytucja” społeczności międzynarodowej nie dostrzega. W KNZ nie ma żadnej wzmianki o przyrodzie, klimacie, żywności, zdrowiu czy też migracjach wymuszonych ucieczką przed głodem. Wyłumaczeniem takiego stanu rzeczy nie może być stwierdzenie, że w 1945 r. świat nie borykał się z takimi zagrożeniami. Jest to raczej skutek racjonalnego męskocentrycznego podejścia do porządku międzynarodowopravnego, w którym nie ma miejsca na empatię. Forma istniejącego do-

<sup>6</sup> Zob. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, New York 18.12.1979 [weszła w życie 3.09.1981], United Nations Treaty Series, vol. 1249, s. 13, dalej jako: konwencja z 1979 r.

<sup>7</sup> Karta Narodów Zjednoczonych (Dz.U. z 1947 r., nr 23, poz. 90), dalej jako: KNZ. Oryginalnie: Charter of the United Nations, San Francisco 1945, [www.un.org/en/about-us/un-charter](http://www.un.org/en/about-us/un-charter) [dostęp: 23.01.2024].

tychczas ładu międzynarodowego opiera się na współistnieniu równych sobie, suwerennych, integralnych terytorialnie państw. Taką Kelsenowską wizję świata można określić mianem „dyskretnego uroku dominującej pozytywistycznej teorii prawa międzynarodowego”. Pod tak nakreśloną formą kryją się bowiem ścierające się interesy (można rzec nawet, że żądze) elit politycznych, gospodarczych, neokolonialnych czy też militarnych, w tym korporacji ponadnarodowych i grupy, którą Bhupinder Chimni określa jako *transnational capitalist class*<sup>8</sup>. Trudno jest wśród tychże elit doszukać się kobiet, a więc w konsekwencji ich dominacja wiąże się jednocześnie z dominacją mężczyzn w porządku globalnym.

Problem męskocentryczności prawa międzynarodowego, sprowadzającej się do tworzenia i stosowania norm tegoż systemu prawa w sposób właściwy sposobowi rozumowania płci męskiej, można zakwalifikować w ramach ogólnego zjawiska, które Tadeusz Biernat określa mianem upolitycznienia prawa. Tadeusz Biernat pisze:

Przyjęte określenie „upolitycznienia” oznacza przesunięcie wyznaczonych granic między polityką a prawem, oscylujących między autonomicznymi uprawnieniami podmiotu politycznego do decydowania o tym, co jest prawem (w demokratycznym systemie jest to decyzja demokratycznie wybranej legislatury działającej na podstawie ustalonych procedur), a tym, co powinno być prawem, czyli prawem o określonych treściach, respektującym wartości jemu przypisywane; naruszenie tych granic jest stopniowalne i może przyjmować silną lub słabą formę; silną formą upolitycznienia jest polityczna instrumentalizacja prawa, gdy tworzone prawo jest ukierunkowane bezpośrednio na realizację interesów i zabezpieczenie pozycji władzy; gdy jest tworzone z naruszeniem legalności działań prawotwórczych; gdy narusza prawa podmiotowe obywateli (prawa człowieka); słabsza, ale częściej spotykana forma upolitycznienia tworzenia prawa jest związana z naruszeniem przez podmiot polityczny tworzący prawo narzuconych mu dodatkowych ograniczeń, które mają gwarantować wysoki poziom jakości stanowionego prawa<sup>9</sup>.

Upolitycznienie jest procesem rozpoznawanym również na gruncie porządku międzynarodowoprawnego. O ile najbardziej w Polsce po-

<sup>8</sup> B.S. Chimni, *International Law and New Order: A Critique of Contemporary Approaches*, Cambridge 2017, s. 507.

<sup>9</sup> T. Biernat, *Między polityką a prawem. Problem „upolitycznienia” tworzenia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji. Tom CX. Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej”, Wrocław 2017, red. A. Bator, P. Kaczmarek, s. 115–116. O związku między a prawem a polityką zob. także T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, *Politics of law and legal policy*, [w:] *Politics of Law and Legal Policy. Between Modern and Post-modern Jurisprudence*, red. *eidem*, Wolters Kluwer Polska 2008, s. 11–51.

pularne (mainstreamowe) pozytywistyczne, w tym woluntarystyczne, i naturalistyczne podejścia do prawa narodów nie uwzględniają takiego mechanizmu, o tyle poglądy wywodzące się z realizmu prawniczego, w tym CLS, kładą nacisk na to, że *law is politics*, czyli prawo jest w istocie formą decyzji politycznej. Najbardziej znanym myślicielem piszącym o *politics of international law* jest Martti Koskenniemi (wychowanek Harvard Law School, przedstawiciel *new approaches to international law*), który pisze o ciągłej walce w ramach porządku prawa narodów, w której po jednej stronie jest *rule of law*, a po drugiej *politics*<sup>10</sup>. Upolitycznienie prawa międzynarodowego postrzegane jest przez krytyczne studia nad prawem jako wpływ dominujących grup transnarodowych (MAIL)<sup>11</sup>, państw imperialnych i kolonialnych (TWAIL)<sup>12</sup> czy też w końcu płci męskiej (sygnalizowane w niniejszym artykule FAIL) na formę i kształt prawa narodów.

Prekursorkami tego ostatniego nurtu są Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, Shelley Wright, autorki opublikowanego w „American Journal of International Law” tekstu pt. *Feminist Approaches to International Law*<sup>13</sup>. Ponad dziesięć lat później te same autorki rozwinęły swoje rozważania w artykule pt. *Feminist Approaches to International Law: Reflections from Another Century*<sup>14</sup>. W pierwszej publikacji zwrócono uwagę na to, że system prawa narodów analizowany z perspektywy pozytywistycznej tylko z pozoru jest neutralny, niezależny od procesów społecznych, ekonomicznych i politycznych. Poza regulacjami w zakre-

<sup>10</sup> M. Koskenniemi, *Politics of International Law*, „European Journal of International Law” 1990, no. 1, s. 5–6.

<sup>11</sup> Zob.: *International Law on the Left. Re-examining Marxist Legacies*, ed. S. Marks, Cambridge 2009; Ch. Miéville, *Between Equal Rights. A Marxist Theory of International Law*, Chicago 2006; B.S. Chimni, *International Law...*, *op. cit.*; R. Knox, *Marxism, International Law, and Political Strategy*, „Leiden Journal of International Law” 2009, vol. 22, s. 413–436.

<sup>12</sup> Zob.: A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and Making of International Law*, Cambridge 2007; M. wa Mutua, *What is TWAIL?*, „Proceedings of the ASIL Ann. Meeting” 2000, vol. 94, no. 5–8, s. 31–40; B.S. Chimni, *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*, „International Community Law Review” 2006, vol. 8, s. 3–27; O.Ch. Okafor, *Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A TWAIL Perspective*, „Osgoode Hall Law Journal” 2005, vol. 43, no. 1–2, s. 171–191.

<sup>13</sup> H. Charlesworth, Ch. Chinkin, S. Wright, *Feminist Approaches to International Law*, „American Journal of International Law” 1991, vol. 85, no. 4, s. 613–645.

<sup>14</sup> *Eaedem*, *Feminist Approaches to International Law: Reflections from Another Century*, [w:] *International Law: Modern Feminist Approaches*, eds D. Buss, A. Manji, Oxford–Portland 2005, s. 17–47.

sie praw człowieka nie dotyczy sytuacji kobiet – np. w ramach koncepcji suwerenności, terytorium czy też prawa konfliktów zbrojnych. Nie oznacza to jednak, że jest neutralny płciowo, ponieważ zarówno sama struktura tworzenia prawa narodów, jak i jego treść uprzywilejowują płęć męską. Porządek międzynarodowoprawy jest patriarchalny i służy dominującym elitom złożonym z mężczyzn (*international law is a thoroughly gendered system*)<sup>15</sup>. Prawo międzynarodowe odzwierciedla męskie postrzeganie świata, w tym sprawiedliwości i etyki. Charlesworth, Chinkin i Wright zauważają, powołując się na badania Carol Gilligan, że między męskim i kobiecym rozumieniem sprawiedliwości, etyki i prawa zachodzą istotne różnice<sup>16</sup>.

Charlesworth, Chinkin i Wright nieco pobieżnie wyjaśniają zależność między porządkiem międzynarodowoprawnym a męskim *ethics of justice*, zwracając uwagę na zasadę suwerennej równości, politycznej niezależności oraz terytorialnej integralności państwa. Skupiają się na podmiotowości państwa jako struktury zdominowanej przez mężczyzn posiadających legitymację do użycia siły w celu utrzymania władzy<sup>17</sup>. Tymczasem po lekturze dzieła Gilligan refleksje dotyczące *ethics of justice* w systemie prawa narodów nasuwają się same. Ogólnie można przyjąć, że „konstytucyjne” zasady, na których opiera się porządek prawa międzynarodowego, tj. suwerenna równość, zakaz ingerencji, zakaz użycia siły, pokojowe rozwiązywanie sporów międzynarodowych, współdziałanie zgodnie z zasadami KNZ (art. 2), zakorzenione

<sup>15</sup> *Eaedem, Feminist Approaches...*, *op. cit.*, 1991, s. 613–621.

<sup>16</sup> Warto przytoczyć poglądy C. Gilligan, ponieważ to one stanowią silną podstawę dla argumentacji budowanej w ramach FAIL; zdaniem Gilligan mężczyźni w swoim rozwoju dążą do indywidualizacji (separacji od świata zewnętrznego), postrzegają siebie przez pryzmat własnego „ja”, w ich relacjach ze światem zewnętrznym istotna jest nieingerencja i zachowanie *status quo* bez przemocy (powstrzymanie się od agresji); ewentualne konflikty starają się rozwiązywać szybko, raczej w sposób „matematyczny”, opierając się na z góry przyjętych zasadach, choć istotną rolę odgrywa tu także przemoc, a nie uczucia i emocje; Gilligan mówi o męskiej *ethics of justice*; kobiety postrzegają natomiast siebie i swoje miejsce w świecie przez pryzmat relacji międzyludzkich, w których istotną rolę odgrywa odpowiedzialność i troska o drugą osobę; u kobiet sprawiedliwość i odpowiedzialność nie sprowadza się do powstrzymywania się od działania (agresji), lecz do pomocy innym; dlatego Gilligan mówi o kobiecej *ethics of care – eadem, Innym głosem. Teoria psychologiczna a rozwój kobiet*, tłum. B. Szelewa, Warszawa 2015, s. 41–161.

<sup>17</sup> H. Charlesworth, Ch. Chinkin, S. Wright, *Feminist Approaches...*, *op. cit.*, 1991, s. 622.

są w męskim *ethics of justice*<sup>18</sup>. Podejście do porządku międzynarodowego zbudowane zostało w KNZ na podstawie powstrzymania się od użycia przemocy w stosunkach między niezależnymi, integralnymi podmiotami w postaci państw. Odniesienie do relacji, tak istotnych w kobiecym poczuciu sprawiedliwości, znajduje się w art. 1 ust. 2 KNZ (cel ONZ w postaci rozwijania przyjaznych stosunków międzynarodowych), jednak postrzegać należy tenże przepis w kontekście art. 1 ust. 1 KNZ jako element bezpieczeństwa międzynarodowego i pokoju, a nie istotną dla kobiet relację (więź) rozwijaną w procesie komunikacji. Architektura pokoju i bezpieczeństwa zbudowana jest w KNZ na podstawie hierarchii siły wykorzystywanej w męskim świecie do rozwiązywania konfliktów<sup>19</sup>. Bezpieczeństwo ma być bowiem przywracane przez Radę Bezpieczeństwa ONZ z jednomyślnym głosem stałych członków, a służyć mają temu sankcje, w tym o charakterze wojskowym. Według Charlesworth, Chinkin i Wright obecne prawo narodów można określić po prostu mianem *international men's law*<sup>20</sup>.

Kolejną kwestią, na którą zwracają uwagę Charlesworth, Chinkin i Wright, jest znany powszechnie i prezentowany na kierunkach prawniczych podział na prawo publiczne i prawo prywatne. Zdaniem prekursorok FAIL jest to rozróżnienie sprzyjające dominacji mężczyzn. Wynika ono z utożsamiania kobiet z gorzej (niżej) traktowaną naturą (prywatnością), a mężczyzn z kulturą (sferą publiczną) służącą „celom wyższymi”. W obszarze prawa publicznego istotne są cechy męskie takie jak ambicja, agresja, rywalizacja, natomiast w sferze prywatnoprawnej liczą się cechy żeńskie w postaci emocjonalności, czułości czy lojalności. Dlatego też język prawa publicznego bliski jest podejściu męskiemu, w którym liczy się obiektywizm, rywalizacja i władza<sup>21</sup>.

Charlesworth, Chinkin i Wright przekonują, że dowodem na podział na prawo publiczne i prywatne jest forma i treść prawa międzynarodowego „publicznego”, które nie tylko faworyzuje mężczyzn, ale zapewnia ich dominację nad kobietami. Drugim argumentem przemawiającym za tym podziałem jest specyfika praw człowieka pierwszej generacji

<sup>18</sup> Przyczyną takiego stanu rzeczy jest chociażby to, że podczas obrad konferencji założycielskiej ONZ w San Francisco wśród 800 delegatów wysłanych przez 50 państw było 8 kobiet – <https://unfoundation.org/blog/post/the-women-present-at-the-founding-of-the-un> [dostęp: 2.07.2023].

<sup>19</sup> C. Gilligan, *Innym głosem...*, *op. cit.*, s. 76.

<sup>20</sup> H. Charlesworth, Ch. Chinkin, S. Wright, *Feminist Approaches...*, *op. cit.*, 1991, s. 644.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 626–627.

i drugiej generacji. Te pierwsze są to prawa polityczne i obywatelskie, a więc należące do sfery publicznoprawnej, natomiast te drugie dotyczą, jako prawa społeczne, ekonomiczne i kulturalne, przede wszystkim sfery prywatnoprawnej. Zdaniem Charlesworth, Chinkin i Wright prawa pierwszej generacji nie oferują kobietom za dużo. Za przykład posłużyć mogą prawa do poszanowania prywatności oraz poszanowania rodziny, które to nie chroniły kobiet przed przemocą domową, a wręcz przeciwnie – cementowały zakaz ingerencji w sprawy rodzinne, nawet wtedy gdy dochodziło do przemocy<sup>22</sup>. Przemoc domowa, do niedawna powszechnie akceptowana, należała zawsze do sfery prywatnoprawnej, dlatego też nie była objęta zakazem tortur plasującym się wśród praw pierwszej generacji, który to, stanowił gwarancję dla osób (zazwyczaj mężczyzn) represjonowanych przez państwo. Kobiety maltretowane przez mężczyzn, w domach, zarówno podczas pokoju, jak i w czasie wojny, pozostawały poza marginesem wyznaczonym przez definicję tortur, mimo że niekiedy traktowane były tak samo lub gorzej od więźniów politycznych<sup>23</sup>.

Ostatnim przywoływanym przez Charlesworth, Chinkin i Wright problemem świadczącym o męskocentrycznym porządku międzynarodowym jest nierówność w dostępie do stanowisk w organach międzynarodowych (mimo zawartej w art. 8 KNZ normy określającej dostępność do stanowisk głównych i pomocniczych w ONZ bez ograniczeń i na równych warunkach). Badaczki podawały przykład Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS), wskazując, że do 1991 r. tylko jedna kobieta (pierwsza profesor prawa we Francji – Suzanne Bastid) piastowała funkcję sędziego MTS. Przewidywały jednocześnie, że 30 lat później (w 2021 r.) ma być osiągnięta równość (50% do 50%) w udziale kobiet i mężczyzn w pracach instytucji międzynarodowych<sup>24</sup>. Co ciekawe, Charlesworth została w 2021 r. sędzią MTS i może z tej perspektywy zweryfikować swoje wcześniejsze przypuszczenia. Jest ona jedną z czterech członkiń piętnastoosobowego składu MTS wybranego przez Zgromadzenie Ogólne i Radę Bezpieczeństwa ONZ, a więc stosunek nie wynosi 50% do 50%, ale jak wskazują bezlitosne obliczenia – 26% do 74%, z korzyścią dla mężczyzn.

Ponad dziesięć lat po opublikowaniu artykułu w „American Journal of International Law” Charlesworth, Chinkin i Wright starały się w kolejnej publikacji ocenić reakcję doktryny prawa międzynarodowego na

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 636.

<sup>23</sup> Por. *ibidem*, s. 628.

<sup>24</sup> *Ibidem*, s. 623.

pionierskie rozważania dotyczące feministycznych podejść do prawa międzynarodowego oraz stan „feminizacji” tego porządku prawnego. Zwróciły uwagę na mieszany oddźwięk w środowisku naukowym, od ocen entuzjastycznych po „zażenowanie” i „zakłopotanie”<sup>25</sup>. Przywoływały głosy kolegów, którzy „dobrze radzili”, aby dla dobra kariery naukowej powróciły do „prawdziwego świata” prawa narodów<sup>26</sup>. Jak okazało się później, były to nietrafione wskazówki, skoro przedstawicielka i prekursorka FAIL wybrana została przez Zgromadzenie Ogólne i Radę Bezpieczeństwa ONZ do składu sędziowskiego MTS. Nie ulega wątpliwości, że feministyczne podejścia zaczęły być dostrzegane w zachodniej doktrynie prawa narodów i wzbudziły dyskusję na temat ich użyteczności i znaczenia dla rozwoju tego porządku. Kontrowersje nie ominęły środowiska CLS. Koskenniemi wyraził się o FAIL następująco:

możemy definiować prawo międzynarodowe od czasu do czasu, ale nie przez cały czas; nasze bezpośrednie lęki i nadzieje niekoniecznie pasują do tego, aby stworzyć dobre społeczeństwo; [...] w pewnym momencie potrzebujemy dystansu do tych lęków i nadziei – jeśli nie obiektywnego dystansu, to przynajmniej częściowego, konsensualnego, formalnego dystansu; to, że prawo umożliwia ten dystans (choć na chwilę), nie jest wadą prawa, ale jego najbardziej bezpośrednią zaletą<sup>27</sup>.

Należy zauważyć, że poza głosami krytycznymi tekst autorstwa Charlesworth, Chinkin i Wright spotkał się z odzewem kobiecej części zdominowanego przez długi czas przez mężczyzn naukowego środowiska internacjonalistów. Można stwierdzić, że zrodził się niejednorodny ruch naukowy (sieć idei) określany mianem *approaches* dla podkreślenia jego różnorodności teoretycznej (podobnie do TWAIL, który także nie stanowi jednolitej teorii i uważany jest za ruch intelektualny)<sup>28</sup>. Artykuł Charlesworth, Chinkin i Wright, dostosowujący feministyczną teorię prawa do prawa międzynarodowego, stanowi załączek tychże podejść, których wspólna cecha sprowadza się, dzięki wspomnianemu tekstowi, do strukturalnego postrzegania systemu międzynarodowoprawnego z perspektywy feministycznej. Istotne jest w nich przeciwdziałanie do-

<sup>25</sup> H. Charlesworth, Ch. Chinkin, S. Wright, *Feminist Approaches...*, *op. cit.*, 2005, s. 17.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 18.

<sup>27</sup> M. Koskenniemi, *Book Review of D. Dallmeyer (ed.), Reconceiving Reality: Women and International Law*, „American Journal of International Law” 1995, vol. 89, no. 1, s. 230.

<sup>28</sup> D. Otto, *Feminist Approaches to International Law*, [w:] *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, eds A. Orford, F. Hoffmann, Oxford 2016, s. 490.

minacji i przemocy ze strony płci męskiej oraz identyfikowanie języka prawnego pod kątem uwarunkowania płciowego<sup>29</sup>.

Próby bagatelizowania lub marginalizowania (bez rzetelnej krytyki) FAIL na obecnym etapie rozwoju tego ruchu należałoby traktować jako kontynuację dominacji męskiego spojrzenia na prawo międzynarodowe. Przy czym należy mieć świadomość, że tenże ruch nie ma już li tylko twarzy liberalnej feministki walczącej o równość płci. Jego strukturalne spojrzenie na system prawa narodów czyni go ruchem kulturowym, radykalnym, marksistowskim i postkolonialnym. Takie też feministyczne podejścia do prawa międzynarodowego, obok liberalnego, wymienia Dianne Otto<sup>30</sup>. W perspektywie liberalnej, najbardziej kojarzonej z ruchem feministycznym i FAIL, najważniejsze znaczenie odgrywa kwestia równości płci i zakazu dyskryminacji kobiet. Jest to najstarszy nurt feministyczny, który odcisnął swoje piętno na treści Powszechnej deklaracji praw człowieka ONZ (PDPC)<sup>31</sup> oraz umów międzynarodowych dotyczących praw obywatelskich i politycznych w zakresie równości wobec prawa<sup>32</sup>. Można rzec, że zasada równości płci i zakazu dyskryminacji ze względu na płeć, mimo oporu lub raczej nieco odmiennego rozumienia wśród państw islamskich sfery stosunków między małżonkami<sup>33</sup>, zyskała status normy zwyczajowej<sup>34</sup>. Problem sprowadza się do tego, że w porządku prawnym, ze swojej natury androcentrycznym, równość płci zawsze jest postrzegana przez pryzmat praw mężczyzn i polega na potwierdzeniu praw kobiet w neutralnym płciowo systemie, w którym różnice między kobietami i mężczyznami nie są dostrzegane. Takie podejście w istocie nie rozwiązywało kwestii męskocentryczności prawa i dawało iluzoryczne poczucie sprawiedliwości. Stąd też od lat 70. w dokumentach międzynarodowych zaczęły pojawiać się najpierw elementy feminizmu kulturowego (podkreślającego różnice między kobietami

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibidem*, s. 491.

<sup>31</sup> Oryginalnie: Universal Declaration of Human Rights, resolution 217A, UN General Assembly, 10.12.1948, [www.un.org/en/universal-declaration-human-rights](http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights) [dostęp: 19.07.2023].

<sup>32</sup> R.Ch. Preston, R.Z. Ahrens, *United Nations Convention Documents in Light of Feminist Theory*, „Michigan Journal of Gender & Law” 2001, vol. 8, s. 14.

<sup>33</sup> Zob. zastrzeżenia do art. 16 konwencji z 1979 r. – [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en) [dostęp: 10.07.2023].

<sup>34</sup> S.C. Wang, *The Maturation of Gender Equality into Customary International Law*, „New York University Journal of International Law and Politics” 1994–1995, vol. 27, s. 599–600.



i mężczyznami), a następnie już na przełomie XX i XXI wieku feminizmu radykalnego (zwracającego uwagę na dominację mężczyzn i przemoc wobec kobiet). W konwencji z 1979 r. nawiązano do szczególnej roli kobiet związanej z macierzyństwem (zob. art. 12 ust. 2). Niektórzy dopatrują się już w jej treści załączków feminizmu radykalnego (*dominance feminism*), w którym najistotniejszym zadaniem jest przeciwdziałanie dominacji i przemocy w relacjach między mężczyznami i kobietami w ramach patriarchalnego porządku prawnego (zob. np. art. 5)<sup>35</sup>. Pierwszym dokumentem międzynarodowym, w którym widoczny jest wpływ radykalnego feminizmu, jest deklaracja Zgromadzenia Ogólnego ONZ w sprawie eliminacji przemocy wobec kobiet<sup>36</sup>, wspominająca o androcentrycznym charakterze porządku społecznego, w tym prawnego. O ile podejścia liberalne, kulturowe czy też radykalne odbiły swoje piętno na normach prawa międzynarodowego, o tyle pozostałe podejścia (marksistowskie i postkolonialne) mają wymiar li tylko teoretyczny, raczej bez żadnego przełożenia na treść norm międzynarodowopravných. Cechą wspólną nurtu marksistowskiego i postkolonialnego jest to, że zwracają uwagę na złą sytuację ekonomiczną i społeczną kobiet w kontekście projektu imperialnego, w którym kluczową rolę odgrywają elity kapitalistyczne i zachodnie państwa rozwinięte. Mimo różnorodności *approaches* nie można w doktrynie prawa międzynarodowego zaobserwować rozwoju ściśle wyodrębnionych stanowisk reprezentujących powyższe nurty feminizmu<sup>37</sup>. W publikacjach dostrzec można raczej podejście eklektyczne, czego najlepszym przykładem są teksty autorstwa Charlesworth, Chinkin i Wright, w których znajdują się elementy feminizmu liberalnego, kulturowego, radykalnego czy też postkolonialnego. Przykładowo Chimni poświęca ich dorobkowi rozdział zatytułowany *Liberal (Eclectic) Feminism of Charlesworth and Chinkin*<sup>38</sup>.

Rozpoczęta przez Charlesworth, Chinkin i Wright dyskusja na temat FAIL objęła do tej pory swoim zasięgiem kwestie teorii i filozofii (struk-

<sup>35</sup> R.Ch. Preston, R.Z. Ahrens, *United...*, *op. cit.*, s. 18.

<sup>36</sup> General Assembly resolution 48/104 of 20 December 1993 „Declaration on the Elimination of Violence against Women”, [www.ohchr.org/sites/default/files/eliminationvaw.pdf](http://www.ohchr.org/sites/default/files/eliminationvaw.pdf) [dostęp: 19.07.2023]; zob. preambuła: „[...] uznając, że przemoc wobec kobiet jest przejawem historycznie nierównych stosunków władzy między mężczyznami i kobietami, które doprowadziły do dominacji mężczyzn nad kobietami i ich dyskryminacji oraz do uniemożliwienia pełnego awansu kobiet, oraz że przemoc wobec kobiet jest jednym z głównych mechanizmów społecznych, za pomocą których kobiety spychane są na podrzędną pozycję w stosunku do mężczyzn [...]” – tłum. T.S.

<sup>37</sup> Zob. B.S. Chimni, *International Law...*, *op. cit.*, s. 386–439.

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 392.

tury, istoty) prawa międzynarodowego, praw człowieka, podmiotowości międzynarodowoprawnej, użycia siły zbrojnej, międzynarodowego prawa humanitarnego oraz organizacji i instytucji międzynarodowych. Dwa pierwsze zagadnienia są immanentną częścią FAIL i ich rozwoju. Prawa kobiet były pierwszym zdobytym „przyczółkiem”, który – przede wszystkim dzięki konwencji z 1979 r. – jest namacalnym dowodem wpływu feministycznej teorii prawa (konkretnie jej liberalnego odłam) na porządek prawa narodów. Dlatego też literatura dotycząca praw kobiet w prawie międzynarodowym publicznym stanowi najbardziej obszerną część doktryny, którą można zaliczyć do FAIL. Tak jak zauważono wcześniej, dominujące w doktrynie podejście liberalne, oparte na równości kobiet i mężczyzn oraz zakazie dyskryminacji, zaczęło stopniowo ulegać pod naporem feminizmu kulturowego i radykalnego.

Mimo że FAIL nie stanowią spójnej koncepcji, nie można im odmówić teoretycznego i filozoficznego rodowodu. Wywodzą się z jednej strony z CLS, będących pod wpływem realistycznego podejścia do prawa<sup>39</sup>, a z drugiej strony – z feministycznej teorii prawa, która wykazuje podobieństwa z CLS sprowadzające się do sceptycznego podejścia do neutralności prawa i traktowania prawa jako procesu nierozzerwalnie połączonego z polityką, tym samym będącego, tak jak polityka, narzędziem prowadzącym do dominacji<sup>40</sup>. Pochodzenie FAIL i ich związku z CLS tłumaczą zależności między FAIL a TWAIL czy też MAIL. W nazwie FAIL pojawiło się słowo *approaches*, świadczące o tym, że nie można tu mówić o jednej, spójnej teorii naukowej na miarę czystej teorii prawa Hansa Kelsena. *Feminist approaches to international law* traktowane powinny być jako teoretyczno-filozoficzne ujęcie (punkt widzenia, perspektywa) odnoszące się do prawa narodów, wewnętrznie niejednolite. Można je określić, tak jak TWAIL, jako luźną sieć naukowców<sup>41</sup> lub ruch naukowy<sup>42</sup>.

Kuszącym walorem FAIL jest odniesienie do rzeczywistości politycznej i postmodernistyczna dekonstrukcja, wydobywająca z międzynarodowoprawnego języka „ukrytą strukturę” tkwiącą w męskocentrycznym

<sup>39</sup> Zob. J. Oniszczuk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 603 i n.

<sup>40</sup> J. Cabaj, *Feminist Legal Theory: Outline of the Issue*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2010, z. 8, s. 92.

<sup>41</sup> I.T. Gathii, *The Agenda of Third World Approaches of International Law (TWAIL)*, [w:] *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*, eds J. Dunoff, M. Pollack, Cambridge 2019, s. 5, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3304767](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3304767) [dostęp: 15.12.2020].

<sup>42</sup> M. wa Mutua, *What is TWAIL?*, *op. cit.*, s. 36.

procesie prawotwórczym<sup>43</sup>. Nie jest to już oderwana od polityki pozytywistyczna lub naturalistyczna nauka prawa międzynarodowego. Dzięki FAIL, jak i TWAIL czy też MAIL można zrozumieć problem upolitycznienia porządku prawa międzynarodowego oraz jego instrumentalizacji zmierzającej do dominacji niektórych państw, grup społecznych czy też wreszcie płci. Nie można jednakże w „uroku” FAIL zatracać się bez reszty. Istotne jest to, aby wykorzystywać feministyczne spojrzenie w celu budowania „lepszego świata”. Dlatego też trudno zgodzić się z aż nazbyt krytycznym i sceptycznym zdaniem cytowanego wyżej Koskenniemi. Faktem jest, że kobiece podejście do prawa narodów daje możliwość zdemaskowania „lęków i obaw” związanych z istniejącym systemem, ale czy męskocentryczny, jak pisze Koskenniemi, „umożliwiający [odpowiedni – T.S.] dystans”, system jest w stanie poradzić sobie z tymi lękami lub obawami? W dobie nieustających konfliktów zbrojnych lęki i obawy kobiet związane z opresywnością pozytywizmu prawniczego<sup>44</sup> i „dyskretnym urokiem” obowiązującego systemu prawa narodów<sup>45</sup> są o tyle trafione, że, jak zauważa Chinkin, militarystyka zawsze prowadzi do marginalizacji kobiet<sup>46</sup>. Można nawet powiedzieć jeszcze więcej – militarystyka porządku międzynarodowego prowadzi do marginalizacji spraw, dziedzin, praw czy też problemów ważnych z punktu widzenia kobiet. Nieustanne, raczej pozorne i nieudolne, dążenie społeczności międzynarodowej do pokoju w imię ostatnio popularnego rzymskiego powiedzenia *si vis pacem, para bellum* w istocie spycha na plan dalszy kluczowe i żywotne kobiece lęki i obawy związane z głodem i niedożywieniem, ubóstwem, chorobami, globalnym ociepleniem, degradacją środowiska, bronią jądrową czy też wolnością od przemocy, w tym seksualnej, podczas pokoju i konfliktów zbrojnych. System prawa międzynarodowego, który jest „po męsku zaprogramowany” na „akcję” w razie wojny (zob. np. rozdział VII KNZ), „pokojuowe załatwianie sporów” (zob. np. rozdział VI KNZ), czy też samoobronę (zob. art. 51 KNZ), nie radzi

<sup>43</sup> Por. J. Oniszczyk, *Filozofia...*, op. cit., s. 1040.

<sup>44</sup> Por. A. Sulikowski, *Opresywność pozytywizmu prawnego i jej postmodernistyczna krytyka*, [w:] *Pozytywizm prawniczy i szkoła prawa natury. Tradycje sporu i jego współczesne implikacje*, red. Ł. Machaj, P. Kaczmarek, Wrocław 2010, s. 28 i n.

<sup>45</sup> Ów „dyskretny urok” można zobrazować słowami A. Sulikowskiego: „w opinii poststrukturalistów najgorszą cechą pozytywistycznej opowieści o prawie w jej współczesnym, zachodnim wydaniu jest właśnie to, że sprawia wrażenie, iż zapobiega wojnie; przez to wrażenie ukrywa siebie i swój wojenny charakter pod płaszczykiem prawa i porządku (praw ładu cywilnego)” – *ibidem*, s. 30.

<sup>46</sup> Ch. Chinkin, *A Gendered Perspective to the International Use of Force*, „Australian Year Book of International Law” 1992, vol. 12, s. 286.

sobie z tymi lękami i obawami, wbrew optymistycznej wizji Koskenniemiego. Co więcej, skala wskazanych problemów narasta, przyćmiona męskim dążeniem do pokoju.

Czy zatem FAIL jest ruchem reformatorskim czy li tylko „narzekającym” na zastany porządek globalny? Jaki wkład mogą wnieść FAIL do rozwoju nauki prawa międzynarodowego i ewolucji systemu prawa narodów – w taki sposób, aby świat był bardziej bezpieczny dla ludzi i przyrody?

Po pierwsze, FAIL nawiązuje do feministycznych studiów nad pokojem (*feminist peace research*), w których bezpieczeństwo postrzegane jest przez kobiety inaczej niż przez mężczyzn<sup>47</sup>. Przedstawicielki tychże studiów nawiązują do dzieła Gilligan, wskazując, że w kobiecym podejściu do pokoju dominuje dialog i kontekstualizacja podczas komunikacji między uczestnikami sporu, natomiast w męskim podejściu pierwszoplanową rolę odgrywają z góry przyjęte zasady. Dlatego też z perspektywy feministycznej utrzymanie pokoju wiąże się z minimalizacją wszelkich szkód i zapobieganiem eskalacji konfliktu. Natomiast z męskiego punktu widzenia najważniejsze są prawa uczestników konfliktu i przyjęte zasady, co nie sprzyja deeskalacji i raczej prowadzi do coraz większej destrukcji, na której końcu zachowywane są prawa i zasady lub ustalane są nowe prawa i zasady. Męskie poczucie sprawiedliwości dopuszcza możliwość wyrządzania szkód w imię zasad, natomiast w kobiecej *care ethics* nie jest to możliwe, choć i tutaj zdarzają się akty przemocy, jednak nie w imię zasad, lecz ze strachu lub nienawiści<sup>48</sup>. Feministyczne studia nad pokojem mogą zatem przyczynić się do zwrócenia większej uwagi w ramach globalnej architektury bezpieczeństwa na ciągłą współpracę, wzajemną troskę, zrozumienie potrzeb oraz dialog<sup>49</sup>. Na pokój w ujęciu feministycznym składa się ciągła współpraca i dialog (jest to pokój w znaczeniu pozytywnym), a nie jedynie stan polegający na braku przemocy (pokój w znaczeniu negatywnym)<sup>50</sup>. Po analizie postanowień KNZ można wysnuć wniosek, że pokój we współczesnym porządku prawa narodów opiera się w pierwszej kolejności na jego negatywnym

<sup>47</sup> *Ibidem*, s. 285.

<sup>48</sup> T. Pettersen, *Feminist Care Ethics. Contributions to Peace Theory*, [w:] *Routledge Handbook of Feminist Peace Research*, eds T. Väyrynen, S. Parashar, É. Féron, C.C. Confortini, London–New York 2021, s. 28–30.

<sup>49</sup> *Ibidem*, s. 36–37.

<sup>50</sup> Por. A. Wibben, C.C. Confortini, S. Roohi, S.B. Aharoni, L. Vastapuu, T. Vaittinen, *Collective Discussion: Piecing-Up Feminist Peace Research*, „International Political Sociology” 2019, vol. 13, iss. 1, s. 86–107.

znaczeniu (art. 1 ust. 1). Jego utrzymanie zależy od zasad określonych w art. 2 KNZ. Dialog i współpraca, obejmujące m.in. kwestie społeczne, kulturalne i humanitarne, zostały uwzględnione jako cel pomocniczy w stosunku do celu w postaci utrzymania stanu bez wojny (art. 1 ust. 3 KNZ). Można powiedzieć, że w KNZ uwzględnione zostało zarówno męskie, jak i kobiece rozumienie pokoju. Jednakże układ postanowień art. 1 KNZ oraz „konstytucyjne” znaczenie zasad prawa międzynarodowego sprawiają, że w systemie prawa narodów dominuje męskie podejście do pokoju, w którym najbardziej istotnym determinantem jest utrzymanie stanu bez wojny między państwami, nawet kosztem konfliktu zbrojnego pochłaniającego tysiące ofiar i powodującego zniszczenia w środowisku naturalnym.

Potwierdzeniem powyższego są wyjątki od zakazu użycia siły zbrojnej, których katalog w polityce między państwami uległ poszerzeniu od wejścia w życie KNZ. Jak pisze Gina Heathcote, „uzasadnienia użycia siły militarnej odzwierciedlają uwarunkowany płciowo model interpersonalnych podstaw przemocy”<sup>51</sup>. Stąd też „w imię zasad” państwa dopuszczają interwencję humanitarną, interwencję na zaproszenie, interwencję prodemokratyczną, operację specjalną, wojnę z terroryzmem, wojnę prewencyjną itd. Otto wskazuje, że są to męskocentryczne wyjątki od zakazu użycia siły zbrojnej<sup>52</sup>.

Po drugie, obowiązujące reguły i zasady dotyczące pokoju i bezpieczeństwa, w których najistotniejsze znaczenie ma *ius in bello*, *ius ad bellum* i *ius contra bellum* (można nawet mówić o „militaryzacji” porządku prawa narodów), przyczyniają się, zdaniem zwolenniczek i zwolenników FAIL, do cementowania męskocentrycznego podejścia do podmiotowości prawnej<sup>53</sup>. Można mówić tu o zależności między wojną a państwem – bez państwa nie byłoby wojny, a bez wojny nie byłoby państwa. W związku z ciągłym stanem zagrożenia konfliktami zbrojnymi i wynikającej z tego militaryzacji porządku prawa narodów utrzymywany jest system oparty na patriarchalnych państwach<sup>54</sup>, wy-

<sup>51</sup> G. Heathcote, *The Law on the Use of Force. A Feminist Analysis*, London–New York 2012, s. 3.

<sup>52</sup> D. Otto, *Feminist Approaches...*, *op. cit.*, s. 495.

<sup>53</sup> G. Heathcote, *The Law...*, *op. cit.*, s. 10.

<sup>54</sup> Patriarchalizm państwa opiera się na składowych koniecznych do istnienia państwa w postaci terytorium, ludności i władzy, które w istocie sprzyjają dyskryminacji kobiet w ramach organizacji państwowych; podkreśla się także, że dyskryminacja ze względu na płeć nigdy nie stanowiła przeszkody w procesie powstawania państw – H. Charlesworth, Ch. Chinkin, *The Boundaries of International Law: a Feminist Analysis*, Manchester 2000, s. 136.

rażających męskie postrzeganie podmiotowości<sup>55</sup>. Tym samym, zdaniem Charlesworth, Chinkin i Wright, zdominowane przez mężczyzn państwa funkcjonują dzięki legitymacji do użycia siły (wewnątrz, jak i na zewnątrz) w celu utrzymania władzy<sup>56</sup>. Zauważa się, że kobiety rzadko występują w roli głów państw<sup>57</sup>, a w konsekwencji ich udział w międzynarodowym dyskursie, w tym tworzeniu prawa narodów, jest znacząco ograniczony i utrudniony<sup>58</sup>.

Po trzecie, zwolenniczki i zwolennicy FAIL wskazują, że patriarchalny, męskocentryczny charakter podmiotowości międzynarodowoprawnej wiąże się z analogicznym rozumieniem prawa do samostanowienia. Prawo do utworzenia państwa nie obejmuje udziału kobiet. Przykładem są państwa islamskie, które powstawały bez udziału kobiet. Tym samym samostanowienie narodów dotyczy w istocie prawa do istnienia państwa patriarchalnego<sup>59</sup>.

Po czwarte, militaryzacja prawa narodów i patriarchalny charakter państw powodują, że w rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego większą wagę przywiązywano do ochrony kombatantów (mężczyzn) niż kobiet. Na ten aspekt uwagę zwraca Judith Gardam. Zauważa m.in., że ochrona ludności cywilnej w większym zakresie uwzględniona została dopiero po protokołach z 1977 r. do konwencji genewskich<sup>60</sup>. Wcześniej najważniejsza była ochrona mężczyzn kombatantów podczas konfliktów zbrojnych. Takie podejście wynikało z założenia, w którym sprawy humanitarne spychane były na plan dalszy na rzecz celu w postaci zwycięstwa państwa, a co za tym idzie – ochrony walczących o to zwycięstwo kombatantów. Życie kombatanta było po prostu ważniejsze od życia osoby cywilnej<sup>61</sup>. Pozostałości

<sup>55</sup> *Ibidem*, s. 9.

<sup>56</sup> H. Charlesworth, Ch. Chinkin, S. Wright, *Feminist Approaches...*, *op. cit.*, 1991, s. 622.

<sup>57</sup> R.E. Brooks, *Feminism and International Law: An Opportunity for Transformation*, „Yale Journal of Law and Feminism” 2002, vol. 14, s. 348.

<sup>58</sup> H. Charlesworth, Ch. Chinkin, *The Boundaries...*, *op. cit.*, s. 125.

<sup>59</sup> Ch. Chinkin, *A Gendered...*, *op. cit.*, s. 289.

<sup>60</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts (Protocol II), Geneva, 8.06.1977, „United Nations Treaty Series”, vol. 1125, s. 609; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), Geneva, 8.06.1977, „United Nations Treaty Series”, vol. 1125, s. 3.

<sup>61</sup> J. Gardam, *A Feminist Analysis of Certain Aspects of International Humanitarian Law*, „Australian Year Book of International Law” 1992, vol. 12, s. 268–277.

takiego myślenia odnaleźć można także w obecnym stanie prawnym, chociażby w protokole I z 1977 r. W art. 44 ust. 3 lit. b protokołu uznano bowiem, że w toku konfliktów zbrojnych istnieją sytuacje, gdy wskutek charakteru działań zbrojnych uzbrojony kombatant nie może odróżnić się od ludności cywilnej. Mimo to zgodnie z tym postanowieniem zachowuje on swój status kombatanta, pod warunkiem że w takich sytuacjach nosi otwarcie broń i jest widoczny dla nieprzyjaciela podczas rozwinięcia wojskowego, poprzedzającego rozpoczęcie ataku, w którym ma uczestniczyć. Zdaniem Gardam takie rozwiązanie uprzywilejowuje podczas konfliktów zbrojnych mężczyźni kombatantów i ma katastrofalne skutki dla ludności cywilnej, w tym kobiet. Sprzyja taktyce polegającej na używaniu cywilów jako tarcz podczas starcia zbrojnego oraz na ukrywaniu się wśród ludności cywilnej tuż przed atakiem. Uniemożliwia to w istocie realizację zasady rozróżniania między kombatantami a cywilami, prowadząc w konsekwencji do atakowania celów niewojskowych, gdzie znajdują się kobiety i dzieci<sup>62</sup>. Można powiedzieć, że regulacje międzynarodowego prawa humanitarnego nie chronią dostatecznie ludności cywilnej, w tym kobiet, w porównaniu z bojownikami, a co więcej – w przypadku opisanym w art. 44 ust. 3 lit. b protokołu I nawet stwarzają okoliczności sprzyjające prowadzeniu działań wojennych przeciwko celom cywilnym. Przebieg konfliktu rosyjsko-ukraińskiego dobitnie ukazuje, że zasady i reguły międzynarodowego prawa humanitarnego nie powstrzymują przed agresją skierowaną przeciwko obiektom cywilnym i ludności cywilnej, przede wszystkim przeciwko kobietom. Los kobiet, gwałconych i zabijanych podczas działań wojennych, spychany jest nadal na dalszy plan. Opinia publiczna jest w większym stopniu pochłonięta losem kombatantów torturowanych przez przeciwnika oraz negocjacjami i polityką międzypaństwową. Jak wskazuje Chinkin, kobiety są w konfliktach zbrojnych po prostu niewidoczne<sup>63</sup>.

Po piąte, co wiąże się bezpośrednio z powyższą kwestią, w ramach FAIL podkreślano, że przemoc wobec kobiet (w szczególności na masową skalę i tolerowana przez władze państwowe) nie stanowi zbrodni międzynarodowej w przeciwieństwie do np. apartheidu czy niewolnictwa<sup>64</sup>. Jedynym wyjątkiem, zresztą wprowadzonym niedawno do porządku międzynarodowoprawnego (dzięki orzecznictwu Międzyna-

<sup>62</sup> *Ibidem*, s. 275–276.

<sup>63</sup> Ch. Chinkin, *A Gendered...*, *op. cit.*, s. 289.

<sup>64</sup> *Ibidem*, s. 289.

rodowego Trybunału Karnego ds. Rwandy<sup>65</sup>), jest zbrodnia wojenna w postaci „dopuszczania się zgwałcenia, niewolnictwa seksualnego, przymusowej prostytucji, wymuszonej ciąży [...], przymusowej sterylizacji oraz innych form przemocy seksualnej” (art. 8 ust. 2 lit. b pkt xxii statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego)<sup>66</sup>. Zwolenniczki i zwolennicy FAIL twierdzą, że przemoc wobec kobiet traktowana jest nadal jako zjawisko objęte sferą prywatną i nie mieści się w pojęciu tortur. To ostatnie zarezerwowane jest dla sytuacji, w których przedstawiciel państwa stosuje przemoc wobec jednostek, nie odnosi się natomiast do tzw. przemocy domowej („prywatnych aktów tortur”)<sup>67</sup>. Jak wskazuje Otto, uznanie przemocy wobec kobiet za torturę jest krokiem w stronę feminizacji języka prawa narodów, czyli zmniejszenia dominacji języka męskiego w tymże porządku prawnym<sup>68</sup>.

Po szóste, krytyka ze strony FAIL obejmuje także konstrukcję uznanych międzynarodowo praw człowieka. Charlesworth twierdzi, że w ramach porządku międzynarodowego męskocentrycznością charakteryzują się również prawa człowieka. Wynika to z analizy PDPC, która traktowana jest w doktrynie jako „pierwotne źródło globalnych standardów praw człowieka”<sup>69</sup>, choć podkreślić należy, że jako rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nie jest źródłem prawa międzynarodowego, w przeciwieństwie do jej niektórych postanowień, traktowanych już

<sup>65</sup> Zob. *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgment)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2.09.1998, [www.refworld.org/cases,ICTR,40278fbb4.html](http://www.refworld.org/cases,ICTR,40278fbb4.html) [dostęp: 19.07.2023]; Trybunał uznał, że zgwałcenie może stanowić zbrodnię przeciwko ludzkości, zbrodnię wojenną, a nawet stanowić znaną ludobójstwa, podnosząc jednocześnie, że „historycznie zgwałcenie i inne formy przemocy seksualnej nie podlegały ściganiu jako zbrodnie wojenne”; Rada Bezpieczeństwa dopiero w 2008 r. w rezolucji 1820 uznała (niejednoznacznie – dlaczego użyto sformułowania *can*, a nie *are*?), że „gwałt i inne formy seksualnej przemocy mogą stanowić zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości albo akt ludobójstwa” – zob. [www.un.org/shestandsforpeace/content/united-nations-security-council-resolution-1820-2008-sres18202008](http://www.un.org/shestandsforpeace/content/united-nations-security-council-resolution-1820-2008-sres18202008) [dostęp: 19.07.2023].

<sup>66</sup> Rome Statute of International Criminal Court, Rome, 17.07.1998, „United Nations Treaty Series”, vol. 2187, I-38544, s. 3 [dostęp: 19.07.2023].

<sup>67</sup> H. Charlesworth, Ch. Chinkin, S. Wright, *Feminist Approaches...*, *op. cit.*, 1991, s. 628.

<sup>68</sup> D. Otto, *Feminist Approaches...*, *op. cit.*, s. 499.

<sup>69</sup> H. Hannum, *The Status of Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, „Georgia Journal of International and Comparative Law” 1995/1996, vol. 25, s. 290.



jako zwyczaj międzynarodowy<sup>70</sup>. Charlesworth wprost wskazuje, że „dla kobiet Powszechna Deklaracja i jej »potomstwo« same w sobie mogą być problemem”<sup>71</sup> (pisząc o potomstwie Charlesworth ma na myśli Pakty Praw Człowieka). Obecna sędzia MTS zauważa, że w PDPC zazwyczaj używane jest określenie *man* (a nie np. *human*)<sup>72</sup>, a kobietom poświęcone są tylko niektóre postanowienia (art. 2, 7, 16, 25)<sup>73</sup>. Konkluduje jednocześnie, że w dokumencie tym kobiety postrzegane są jako istoty podlegające mężczyznom i służące jedynie do reprodukcji<sup>74</sup>. Mimo to stwierdzić należy, że uwzględnienie kobiet w powszechnym dokumencie Narodów Zjednoczonych, jak na połowę XX wieku, było sukcesem możliwym do osiągnięcia dzięki wytrwałości Eleanor Roosevelt, która reprezentowała Stany Zjednoczone podczas prac nad PDPC, oraz dzięki większemu udziałowi kobiet w *travaux préparatoires*<sup>75</sup>.

Zdaniem FAIL następstwem męskocentrycznego spojrzenia na prawa człowieka była i jest sama generacyjna konstrukcja praw człowieka, a przede wszystkim podział Karela Vasaka na prawa obywatelskie i polityczne (prawa pierwszej generacji) oraz społeczne, gospodarcze i kulturalne (prawa drugiej generacji), postrzegany jako odbicie krytykowanego przez FAIL rozróżnienia między prawem publicznym (będącym domeną mężczyzn) a prawem prywatnym (pozostawionym kobietom). Nie jest tajemnicą, że mimo założenia niepodzielności i równoprawności praw człowieka prawa pierwszej generacji, chociażby z uwagi na ich samowykonalność, traktowane są w rzeczywistości „poważniej”, jako pierwszorzędne i dominujące<sup>76</sup>. Charlesworth, Chinkin i Wright zauwa-

<sup>70</sup> Por. J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2017, s. 373.

<sup>71</sup> H. Charlesworth, *The Mid-Life Crisis of the Universal Declaration of Human Rights*, „Washington and Lee Law Review” 1998, vol. 55, iss. 3, s. 793.

<sup>72</sup> Takie podejście było zresztą pokłosiem francuskiej Deklaracji praw człowieka („mężczyzny”) i obywatela (1789 – Déclaration des droits de l’homme et du citoyen), w opozycji do której francuska feministka Olimpia Gouges przygotowała Deklarację praw kobiety i obywatelki (1789 – Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne).

<sup>73</sup> *Ibidem*, s. 782–783.

<sup>74</sup> *Ibidem*, s. 784.

<sup>75</sup> Zob. R. Adami, *Women and Universal Declaration of Human Rights*, London 2018; warto wspomnieć o subkomisji ds. statusu kobiet, w której z ramienia Tymczasowego Rządu Jedności Narodowej brała udział Fryderyka Kalinowska.

<sup>76</sup> Por. S. Domaradzki, M. Khvostova, D. Pupovac, *Karel Vasak’s Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse*, „Human Rights Review” 2019, vol. 20, s. 441.

żają, że taki układ praw człowieka, wyrastający z oświeceniowych koncepcji rewolucji francuskiej, nie oferuje kobietom zbyt dużo, uprzywilejowując prawa obywatelskie i polityczne, które, jako należące do sfery publicznej, chronią mężczyzn. Prawa, które dotyczą sfery prywatnej i wyrażają kobiece *ethics of care*, należą do drugiej generacji praw człowieka (np. prawo do żywności, prawo do zdrowia, prawo do zabezpieczenia społecznego, prawo do nauki, prawo do odpowiedniego poziomu życia). Taki stan rzeczy najlepiej ilustruje kwestia rozróżnienia między prawem do życia rodzinnego (prawo pierwszej generacji) a prawem do zdrowia fizycznego i psychicznego kobiet pozostających w rodzinach przemocowych (prawo drugiej generacji). W ramach tego pierwszego prawa mężczyzna miał prawo do ochrony rodziny, a na dalszym planie pozostawała ochrona kobiet przed przemocą domową. Tym samym „ochrona” rodziny w ramach prawa pierwszej generacji wiązała się niejednokrotnie z cichym przyzwoleniem na przemoc domową<sup>77</sup>. W związku z powyższym podnosi się w literaturze także kwestię pojęcia tortur. O ile przemoc państwa wobec mężczyzn nosi miano tortur i podlega prawu publicznemu, naruszając prawo pierwszej generacji, o tyle opresja wobec kobiet, która zazwyczaj ma miejsce w „zaczysku” domowym, nie ma już charakteru politycznego (publicznego)<sup>78</sup>. Stąd też akty przemocy wobec mężczyzn dostrzegane są przez opinię publiczną i nabierają niekiedy znaczenia politycznego, natomiast akty przemocy wobec kobiet, w tym gwałty, są marginalizowane<sup>79</sup>.

Podział na prawa obywatelskie i polityczne (odpowiadające w istocie męskiemu *ethics of justice*) oraz prawa społeczne, gospodarcze i polityczne (odpowiadające żeńskiemu *ethics of care*) sprawia, że w katalogu praw człowieka takie prawa jak prawo do żywności czy prawo do zdrowia spychane są na dalszy plan. O ile trwa dyskusja na temat bezwzględnie wiążącego charakteru niektórych „samowykonalnych” praw pierwszej generacji (prawo do życia, zakaz tortur), o tyle wskazane powyżej prawa drugiej generacji ze względu na ich „stopniową realizację” nie są brane pod uwagę w dyskursie na temat *ius cogens*, choć zdaniem Otto powinny<sup>80</sup>. Obecnie należą one, w przeciwieństwie do praw politycznych i obywatelskich, do grupy miękkich praw, choć dotyczą najważniejszych

<sup>77</sup> H. Charlesworth, Ch. Chinkin, S. Wright, *Feminist Approaches...*, *op. cit.*, 1991, s. 635.

<sup>78</sup> Ch. Bunch, *Women's Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights*, „Human Rights Quarterly” 1990, vol. 12, no. 4, s. 491.

<sup>79</sup> H. Charlesworth, *The Mid-Life...*, *op. cit.*, s. 288.

<sup>80</sup> D. Otto, *Feminist Approaches...*, *op. cit.*, s. 493.

sfer życia człowieka – żywności i zdrowia. Jak wcześniej wskazano, są to jednak obszary należące do *ethics of care*, a nie, tak jak prawa pierwszej generacji, do *ethics of justice*. W ich ramach wyróżniane są wprawdzie tzw. zobowiązania podstawowe (*core obligations*), ale ich zakres trudno jest umieścić w obrębie *ethics of care*. Bliżej im jest raczej do prawa do życia, które należy do praw pierwszej generacji. Przykładowo prawo do bezpiecznej (zdrowej) żywności nie jest już przez niektórych badaczy traktowane jako *core obligation*, lecz jako „luksus”, na który mogą sobie pozwolić bogatsze państwa<sup>81</sup>.

Z powyższych rozważań można wysnuć wniosek, że feministyczne podejścia do prawa międzynarodowego nie tylko proponują wyjaśnienie istoty, formy i treści prawa międzynarodowego i jego poszczególnych zbiorów regulacji dotyczących m.in. bezpieczeństwa i pokoju, prawa konfliktów zbrojnych czy praw człowieka, ale także szukają rozwiązań zmierzających do reformy porządku międzynarodowoprawnego. Celem tej reformy jest stworzenie systemu opierającego się nie tylko na męskim (*ethics of justice*), ale także na żeńskim (*ethics of care*) spojrzeniu na sprawiedliwość i prawo narodów, systemu, którego język nie będzie już płciowo zdeterminowany, dzięki czemu uprzywilejowana jest tylko jedna dominująca płć. Nie można bowiem wychodzić z patriarchalnego założenia o słuszności tylko jednego, męskiego punktu widzenia na porządek prawny. Zarówno *ethics of justice*, jak i *ethics of care*, uzupełniając się, mogą przyczynić się do marzenia o lepszym społeczeństwie i świecie. Nie chodzi tu jednak bynajmniej o „rewolucyjną” zmianę porządku, której ze strony FAIL obawia się broniący istniejącego systemu Koskenniemi. Chodzi raczej o włączenie do prawa narodów żeńskiego języka, co pozwoli inaczej spojrzeć na prawo konfliktów zbrojnych, rozwiązywanie sporów międzynarodowych, bezpieczeństwo i pokój czy też prawa człowieka.

Oparte na *ethics of justice* prawo międzynarodowe daje obecnie możliwość utrzymania pokoju i bezpieczeństwa na podstawie reguł i zasad zapobiegających konfliktom zbrojnym. Jest to męskie „matematyczne” („schematyczne”) podejście do porządku, w którym funkcjonuje społeczność międzynarodowa. W taki sam sposób prawo narodów jest nauczane na kierunkach prawniczych. Studentki i studenci uczą się w pierwszej kolejności o suwerenności, integralności terytorialnej,

<sup>81</sup> T. Srogosz, *Międzynarodowe prawo żywnościowe*, Warszawa 2020, s. 24–25; M. Kozłowska, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017, s. 495–510; T. Srogosz, *Globalne zarządzanie bezpieczeństwem żywności. Aspekty prawne*, Warszawa 2022, s. 28–29.

nieingerencji, samostanowieniu narodów, prawie konfliktów zbrojnych, ONZ i rozwiązywaniu sporów międzynarodowych, podmiotowości czy źródłach prawa narodów. Podczas kilku godzin wykładu pojawiają się kwestie praw człowieka, jednak omawiane „po męsku”, poczynając od praw politycznych i obywatelskich, a kończąc na systemach ochrony praw człowieka. Odczuwa się niedosyt wynikający z braku pewnego rodzaju empatii. Skutkiem tego zarówno w dogmatyce, nauce, jak i nauczaniu prawa międzynarodowego na pierwszy plan wysuwają się zagadnienia dla zwykłego człowieka abstrakcyjne i odległe, związane z tzw. wielką polityką uprawianą w kręgu transnarodowych elit politycznych. Naturalne dla *ethics of care* „przyziemne” kwestie wyżywienia, zdrowia, odpowiedniego poziomu życia czy ochrony przyrody spychane są na plan dalszy i to niestety ze szkodą dla codziennego życia „śmiertelnika”.

Konkludując, na siedem pytań postawionych na początku artykułu odpowiedzieć należy twierdząco. Niewątpliwie feministyczne podejścia do prawa międzynarodowego, niestety do tej pory kojarzone w Polsce wyłącznie z rozwojem praw kobiet, dużo wnoszą do doktryny prawa narodów. W atrakcyjny i przekonujący sposób tłumaczą historię, istotę, formę i treści prawa międzynarodowego. Mogą wzbogacać, tak jak i inne krytyczne nurty (MAIL, TWAIL, NAIL), naukę i nauczanie *ius inter gentes* w Polsce. Warto jest o nich co najmniej wspomnieć, kształtując w ten sposób krytyczną postawę, daleką od „technologii” prawa w Kelsenowskim i Austinowskim wydaniu. Taka postawa jest szczególnie pożądana w czasach, które politycy ciągle określają mianem trudnych. Na pewno z uwagi na empatyczne spojrzenie na porządek międzynarodowy, wynikające z *ethics of care*, FAIL należy traktować jako myśl pozytywną. Może wnieść cenne wartości nie tylko do obszaru bezpieczeństwa i pokoju czy też konfliktów zbrojnych, ale, co jest niezwykle cenne, może uwrażliwić system prawa narodów na kwestie, które nadal w skali globalnej nie są traktowane z należytą powagą – globalne ocieplenie i klimat, ochronę środowiska, żywność i zdrowie. Włączenie języka kobiecego (*ethics of care*) do prawa narodów przyczyni się przy tym do zmniejszenia tego, co Tadeusz Biernat nazywa upolitycznieniem prawa, rozumianym na potrzeby niniejszego artykułu jako bezpośrednie ukierunkowanie na realizację i zabezpieczenie dominującej pozycji mężczyzn w systemie międzynarodowym.

W jaki sposób można włączyć FAIL i *ethics of care* do porządku międzynarodowoprawnego i czy w ogóle jest to możliwe? Biorąc pod

uwagę patriarchalną i męskocentryczną społeczność międzynarodową złożoną z państw, nie jest to zadanie łatwe. Pod względem trudności i realnych możliwości zbliżone jest do reformy Rady Bezpieczeństwa ONZ, w której beneficjenci pomysłu światowego bezpieczeństwa, czyli stali członkowie, sami jednomyślnie decydują o ewentualnych zmianach. Feminizacja prawa międzynarodowego na poziomie między państwowym, czyli uwzględnienie w ramach systemu języka żeńskiego, wymagałaby zgody przedstawicieli państw wyrażonej w umowach międzynarodowych, z których to przedstawicieli większość należy do płci męskiej. Jest to raczej niemożliwe. Należy podkreślić jednocześnie, że z punktu widzenia FAIL rozwiązania oparte na liberalnym feminizmie związane z ewolucją praw kobiet nie są narzędziem wystarczającym do zniwelowania dominacji płci męskiej i męskocentrycznego spojrzenia na porządek międzynarodowy, w tym bezpieczeństwo i pokój. Dlatego też kluczowe są starania o wzmocnienie roli kobiet w instytucjach i organizacjach międzynarodowych. W tym zakresie nastąpił już pewien, aczkolwiek raczej niezadowolający, postęp<sup>82</sup>.

Z perspektywy FAIL oraz w celu uzyskania równowagi między *ethics of justice* i *ethics of care* pożądane jest osiągnięcie całkowitego parytetu we wszystkich organach organizacji międzynarodowych, nie tylko tych, w których funkcjonariusze zatrudniani są w drodze konkursu lub mianowania, ale także tych wybieranych przez inne organy (np. MTS)<sup>83</sup> czy też złożonych z przedstawicieli państw (np. Rada Bezpieczeństwa ONZ i Zgromadzenie Ogólne ONZ). Powinien to być kolejny krok po umacniającym się znaczeniu praw kobiet w skali globalnej oraz parytecie w organach złożonych z funkcjonariuszy międzynarodowych. O ile w przypadku organów, których skład jest wybierany w ramach organizacji, nie jest to zadanie trudne (można dokonać odpowiednich zmian w statutach tychże organów), o tyle w przypadku organów złożonych z przedstawicieli państw będzie to niestety zadanie karkołomne z uwagi na patriarchalny system międzynarodowy<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Udział kobiet w organach ONZ złożonych z funkcjonariuszy międzynarodowych, a nie przedstawicieli państw, sięga już prawie 50% – Report of the Secretary General, Improvement in the Status of Women in the United Nations, 1.07.2021, A/76/115, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/178/26/PDF/N2117826.pdf?OpenElement> [dostęp: 19.07.2023].

<sup>83</sup> Przykładowo w składzie Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ są 4 kobiety na 34 członków – <https://legal.un.org/ilc/ilcmembe.shtml> [dostęp: 19.07.2023].

<sup>84</sup> Przykładem jest skład Rady Europejskiej, organu organizacji przykładającej bardzo dużą wagę do parytetu – 4 kobiety na 29 członków – [www.consilium.europa.eu/pl/european-council/members](http://www.consilium.europa.eu/pl/european-council/members) [dostęp: 19.07.2023].

Kolejnym, w miarę realnym, krokiem w kierunku feminizacji prawa międzynarodowego powinna być powszechna inicjatywa skierowana na zapobieganie i przeciwdziałanie przemocy wobec kobiet. W tym zakresie zwolenniczki i zwolennicy FAIL mogą już odnotować sukces w postaci europejskiej Konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej<sup>85</sup>. Konieczne jest upowszechnienie rozwiązań konwencji. Co więcej, zastanović się należy nad katalogiem praw człowieka oraz objęciem przemocy wobec kobiet (domowej) zakresem przedmiotowym i podmiotowym zakazu tortur i niehumanitarnego traktowania. Milcząca akceptacja zjawiska ze strony władz państwowych powinna stanowić naruszenie praw człowieka, a przede wszystkim zakazu tortur oraz niehumanitarnego i poniżającego traktowania, a w przypadku większej skali lub umyślnego działania (np. gwałtów dokonywanych w celu wyniszczenia grup etnicznych lub w ramach działań wojennych) przemoc wobec kobiet powinna stanowić zbrodnię międzynarodową<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Oryginalnie Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 11.05.2011 [weszła w życie 1.08.2014], „European Treaty Series”, no. 210, [www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=210](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=210) [dostęp: 19.07.2023].

<sup>86</sup> W orzecznictwie strasburskim zauważalna była tendencja do traktowania akceptacji przemocy domowej ze strony państwa jako naruszenia prawa do życia rodzinnego – art. 8 europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (oryg. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, „European Treaty Series”, no. 005, [www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=005](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=005) [dostęp: 23.01.2024]) – nie tylko w negatywnym, ale też pozytywnym jego wymiarze (tzn. państwo nie powinno być zobowiązane tylko do tego, aby nie ingerować w życie rodzinne, ale powinno także reagować w celu ochrony życia rodzinnego, czyli w sytuacjach przemocy domowej) – zob. Case of X and Y v. The Netherlands, application no. 8978/80, Judgment, Strasbourg, 26.03.1985, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57603> [dostęp: 19.07.2023]; w ostatnim czasie Europejski Trybunał Praw Człowieka zaczął kwalifikować przemoc domową jako naruszenie zakazu tortur (art. 3 konwencji europejskiej) przez państwo, które w niedostatecznym stopniu chroni ofiary i ściga oprawców – zob. case of Tunikova and others v. Russia, applications 55974/16 and others, Judgment, Strasbourg, 14.3.2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213869> [dostęp: 19.07.2023].

Stanisław Leszek Stadniczeńko\*

## Prawa dziecka – standardy a rzeczywistość

### Wprowadzenie

Poczynione refleksje dedykuję Profesorowi i Jubilatowi, który swoje zainteresowania również poświęcił prawom dziecka i rodziny. W kontekście występowania zjawisk zagrażających dobru dziecka kreszę kilka spostrzeżeń związanych z tym zagadnieniem.

Naukowe zainteresowania przemocą wobec dzieci to stosunkowo krótki proces historii, bowiem pierwsze raporty i publikacje dotyczące maltretowania, krzywdzenia dzieci ukazały się w Europie dopiero w drugiej połowie XIX wieku. Różnorodność i bogactwo studiów nad dzieckiem i dzieciństwem od tego czasu były poddawane rozważaniom. Przedmiot badań i poznania w studiach nad dzieciństwem, jak ukazała analiza, bywa różny. Niektóre dyscypliny, takie jak prawo, kulturoznawstwo, socjologia czy historia społeczna, tematem tym uczyniły dzieciństwo jako koncept oraz jako konstrukt społeczno-kulturowy, wymagający specyficznego podejścia. Takie dziedziny jak pedagogika i psychologia skupiły się w zasadzie na samym dziecku. Temat utraconego lub skradzionego dzieciństwa jest jednym z problemów stanowiących

---

\* Prof. dr hab., Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie, ORCID: 0000-0002-3707-7007.

nieodłączny składnik popularnych współczesnych dyskursów dotyczących dzieciństwa.

Na przestrzeni działalności człowieka w historii dziecko miało różną pozycję społeczną i uznawaną ochronę prawną. Pośród dyscyplin naukowych stanowiących heterogenną przestrzeń studiów nad dzieciństwem występują: historia dzieciństwa, antropologia dzieciństwa, socjologia dzieciństwa, psychologia (a nadto badania skoncentrowane wokół teorii rozwoju kognitywnego moralnego), a także etyczne zagadnienia dobra dziecka, splecione z edukacyjno-legislacyjnym dyskursem wokół praw dzieci, folklorem dziecięcym, dziecięcą filozofią życia oraz literaturą i sztuką dziecka i dla dziecka. Dokładne badania historyczne nasuwają wniosek, że dzieciństwo dostarcza punktu odniesienia myśleniu o własnym „ja” i budowaniu osobowości oraz umożliwia mapowanie i rozwijanie ludzkiego wnętrza<sup>1</sup>. Dziecko postrzegane z tej perspektywy jawi się jako przedłużenie jaźni dorosłego człowieka, jako symboliczny łącznik z własnym dzieciństwem, dynamizujący psychikę w obszarze pomiędzy przeszłością a teraźniejszością. Niezwykle gwałtowny postęp badań zarówno nad funkcjonowaniem mózgu, jak i adaptacyjną genezą jego poszczególnych struktur i funkcjonalności oraz sposobami, w jakie generują one sferę zjawisk mentalnych i ich behawioralnych konsekwencji<sup>2</sup>, zmusza nas do rewizji dotychczasowego sposobu rozumienia człowieka i jego rozwoju. Postęp nauk stawia wyzwania, przed którymi stajemy my, wszyscy dorośli, w celu zbudowania dobrej przyszłości dla kolejnych pokoleń.

Istniejące standardy praw dziecka, określone przez prawo międzynarodowe, tworzą pewne wzorce postępowania, którym winna odpowiadać polityka poszczególnych państw stron, które ratyfikowały odpowiednie konwencje, traktaty czy umowy. W wielu środowiskach dzieci nadal na wczesnym etapie rozwoju, nawet bez personalnej dyskryminacji, traktowane są jak istoty niepełne człowieczo, niewymagające rozumienia i komunikowania się z nimi. W rodzinie i instytucjach stają się bezsilne, pozbawione głosu i niewidzialne, niedostrzegane przez otaczające środowisko. Występuje problem określany w literaturze jako syndrom dysfunkcyjnego dzieciństwa. Dzieciństwo bowiem przez stulecia traktowane było jako niepełne człowieczeństwo. U wielu

<sup>1</sup> C. Steedman, *Childhood, Culture and Class in Britain, Margaret McMillan 1860–1931*, London 1990; *idem, Strange Dislocations: Childhood and the Idea of Human Interiority 1780–1930*, Cambridge 1995.

<sup>2</sup> P. Gardenforst, *Jak homo stał się sapiens. O ewolucji myślenia*, tłum. T. Pańkowski, Warszawa 2000; A. Łukasik, *Ewolucyjna psychologia myślenia*, Rzeszów 2007.



dorosłych nadal hołduje się stereotypowi, wedle którego „dzieci i ryby głosu nie mają”.

Żyjemy obecnie w czasach upadku i zaniku tradycji. Tam, gdzie dawniej tworzono nowe wartości przez odnajdywanie niepowtarzalnych sensów, dzieje się coś dokładnie odwrotnego – ubywa uniwersalnych wartości. Z tego też powodu coraz więcej osób, w tym młodych, zaczyna mieć poczucie pustki i bezsensu, doświadczając egzystencjalnej próżni. Godność, wolność, szczęście i odpowiedzialność nigdy nie będą możliwe bez poprawnej solidarności, w tym relacji międzyludzkich – tego uczy nas dramatyczna historia.

W 1929 r. Janusz Korczak napisał książkę *Prawo dziecka do szacunku*<sup>3</sup>, wskazując, że chodzi o szacunek szeroko rozumiany dla niewiedzy, niepowodzeń, smutku, łez, upadków czy tajemnic dziecka. Uważał on, że każde dziecko winno mieć zapewnione poczucie sprawiedliwości, życiowej stabilizacji, możliwość bycia sobą, własnej aktywności i samodzielności, mieć zagwarantowane prawo do miłości i przyjaźni, bezpieczeństwa, do wypowiedzania własnych poglądów i posiadania własnych rzeczy.

11 listopada 1946 r. Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych powołało Fundusz Narodów Zjednoczonych na Rzecz Dzieci (UNICEF, United Nations International Children's Emergency Fund), w którym pojęcie „ochrona dziecka” uzyskało międzynarodowy wymiar, gdyż wiązało się z obowiązkiem międzynarodowego zabezpieczenia dziecka przed dyskryminacją, deprawacją, krzywdą i niewolnictwem. Na zmianę w sposobie traktowania dzieci wpłynęły też inicjatywy Kościoła rzymskokatolickiego, bowiem to od soboru trydenckiego zaczęto mówić i pisać o powinnościach – obowiązkach, odpowiedzialności rodziców wobec dzieci. W literaturze religijnej pojawiły się wzmianki o prawach dzieci, gdzie zamieszczono uwagi dotyczące obowiązku opieki ze strony rodziców oraz obowiązku wychowania religijnego i moralnego<sup>4</sup>.

Korczak pisał, iż bywają dzieci rozsądne, ukazywał, że dzieci potrafią być wzorcami postaw. Zależy to jednak od doświadczeń, jakie wnoszą z domu rodzinnego, od tradycji, kultury bądź antykultury, a więc od drogi życiowej, jaką przeszły, i intuicji, a następnie rozmaitych wyborów życiowych i zdarzeń, w których musiały decydować i wybierać. Stanowisko w kwestii opieki na dziećmi prezentują zwolennicy organizacji Barnardo's<sup>5</sup>, podając, iż dzieci mają tylko jedną szansę na dzieciństwo

<sup>3</sup> J. Korczak, *Prawo dziecka do szacunku*, Warszawa–Kraków 1929.

<sup>4</sup> M. Kolankiewicz, *Porzuceni i powierzeni trosce*, Katowice 2002, s. 17.

<sup>5</sup> Barnardo's, *Giving Children Back Their Future*, Ilford 1999.

i zasługują na to, by je chronić przed skrzywdzeniem, aby mogły cieszyć się dobrym stanem zdrowia fizycznego i psychicznego oraz równowagą emocjonalną, a także mieć poczucie przynależności z domem, szkołą i społecznością lokalną. Barnardowcy wierzą, że nigdy nie jest za wcześnie lub za późno na podanie pomocnej dłoni i ofiarowanie najbardziej skrzywdzonym przez los młodym ludziom szansy na lepsze dzieciństwo i jaśniejszą przyszłość.

Dzieci są jednak niejednokrotnie i świadkami, i uczestnikami niekontrolowanych emocji u dorosłych, tak w życiu publicznym, jak i rodzinnym. Wiemy, że emocje i namiętności zaślepiają, a często blokują intelekt. Jeśli intelekt nie łączy się z rozumem, to wchodzi w związek właśnie z emocjami i namiętnościami, i nie da się dalej dialogować, dyskutować. Dlatego nie ma dialogu społecznego i politycznego. Rozum, w przeciwieństwie do intelektu, jest przesycony wartościami, to rozum wie nie tylko, jak intelektualnie stosować procedury, ale także kiedy. Żyjemy w świecie, w którym nieustannie słyszymy o konieczności rozwoju intelektu i stosowania nowych technologii, nie przygotowując się do zderzenia z wyzwaniami, które z nowych technologii i rozwoju intelektu wynikają. Nie jesteśmy również przygotowani do nich pod kątem rozumności i odpowiedzialności. Wiemy, iż można być człowiekiem intelektualnie wykształconym, a jednocześnie niemądrym i nierozsądnym, niewolnym, zniewolonym przez ideologie. Musimy mieć świadomość, że wolność jest międzyludzka, każdy z nas musi bowiem zderzyć się z innym człowiekiem, z jego prawami, życiem, perspektywą i wolnością. Nie może więc ona być absolutnie emocjonalnie ślepa, gdyż emocje nie są emanacją naszych uczuć. Uczucia zawsze ukierunkowane są na wartości.

Max Scheler<sup>6</sup> wskazuje, iż samo wartościowanie implikuje to, że preferujemy tę czy inną wartość. W sposób ostateczny wynika to z jego dogłębnej analizy procesu wartościowania. Ranga wartości odbierana jest jednocześnie z samą wartością; innymi słowy, doświadczenie pewnej wartości obejmuje jednocześnie świadomość jej wyższości nad inną wartością, nie ma zatem miejsca na konflikt wartości. Dotyczy to między innymi dobra dziecka. Wartości mogą być urzeczywistnione w człowieku wysiłkiem jego rozumu i jego woli. Pojęcie rzeczywistości jest na tyle szerokie, że obejmuje przedmioty (procesy, zdarzenia itd.) zarówno materialne, jak i duchowe. Zawsze ważne jest, aby przy urzeczywistnianiu

<sup>6</sup> M. Scheler, *Istota i formy sympatii*, tłum. A. Węgrzecki, Warszawa 1980; *idem, Pisma z antropologii filozoficznej i teorii wiedzy*, tłum. S. Czerniak, A. Węgrzecki, Warszawa 1987.

pamiętać o poprawnym rozumieniu osoby jako istoty ludzkiej. Rozważając problem urzeczywistniania wartości, szukać musimy odpowiedzi na pytanie, czy i w jaki sposób w tak rozumianej rzeczywistości wartości mogą zaistnieć. Urzeczywistniać bowiem to wprowadzić w obręb rzeczywistości coś, czego w niej nie ma.

Istnieją różne sposoby bycia dzieckiem i różne rodzaje dzieciństwa, stanowiące ważne tło dla rozwoju współczesnych podejść do dzieciństwa. Kluczową kwestią dla współczesnych podejść jest zrozumienie, że dzieciństwo nie jest uniwersalne, że raczej jest produktem kultury i jako takie zmienia się w zależności od czasu i miejsca. Najgorsze jest to, gdy dziecko styka się od maleńkości z toksycznymi osobami. Nie ulega wątpliwości, że niektórzy rodzice nie powinni nimi zostać, gdy dostrzeżę się ich wpływ na poważne i często nieodwracalne zaburzenia u dziecka. Najsmutniejsze jest to, że ten proceder odbywa się w środowiskach, które powinny być przyjazne, bezpieczne dziecku i sprzyjać prawidłowemu rozwojowi człowieczeństwa. W dzisiejszych czasach do zaburzeń u dzieci i ich środowisk przyczynia się również nowoczesna technologia, która winna być umiejętnie wykorzystywana. Nie tylko internet, ale i telewizja nie zawsze pozostają w zgodzie z potrzebami i interesami dziecka. Nieuwzględnianie potrzeb i odczuć dziecka, jego pragnień zawsze będzie postrzegane jako nadużycie autorytetu rodzicielskiego i władztwa. Dla dziecka ważne są uczucia, relacje i sytuacje wychowawcze, które tworzą dorośli. Nasze uczucia są tak wrażliwe, że nie tylko zapamiętujemy złe rzeczy, które zdarzyły się nam w dzieciństwie, ale i nierzadko zdarza się nam kierować w życiu słowami, które usłyszeliśmy, i czynami, których byliśmy świadkami jako dzieci. W rodzicielstwie dojrzałym najważniejsza jest odpowiedzialność oraz pomoc w rozwoju człowieczeństwa dziecka. Natomiast jeśli stosowana jest przemoc, to dziecko zawsze jest ofiarą. Jak słusznie zauważa Ewa Jarosz<sup>7</sup>, definicje przemocy akcentują często odmienne elementy w różnych dyscyplinach naukowych z powodu tego, iż w świadomości społecznej funkcjonują różne podejścia do tego zjawiska.

## 1.

Zadajmy pytanie: kim jest dla nas dziecko? Nie chodzi tutaj o odpowiedź sentymentalną, jednowymiarową czy też banalną, gdyż smutne fakty prowokują do stawiania pytania wymagającego głębokiego namysłu w uwikłaniu w obecną rzeczywistość, której doświadcza dziecko.

<sup>7</sup> E. Jarosz, *Dom, który krzywdzi*, Katowice 2001, s. 55–56.

Wydaje się, iż fundamentalnym zagadnieniem jest przyjęcie i zatrzymanie w świadomości dorosłego człowieka – nas wszystkich – że dziecko od momentu poczęcia jest rzeczywistym człowiekiem, jest bytem osobowym, jest osobą, która od samego początku życia ma nienaruszalną godność osoby i podmiotowość prawną. Przyjąć musimy, my dorośli, iż dzieciństwo jest rzeczywistością, która ma swoje własne znaczenie, nie jest jakimś stopniem wstępnym, ale jest pełnowartościowym stadium ludzkiej egzystencji z własną wartością. Człowiek aktualizuje się już na tym etapie życia, spotyka on świat na swój własny sposób i to na tym etapie w sposób doskonały. To na etapie wczesnego dzieciństwa dokonują się bardzo wartościowe zjawiska kształtowania się osobowości człowieka. Dzieciństwo ma swoje znaczenie dla bycia człowiekiem, gdyż to w nim w sposób szczególny powstają owe sposoby zachowania, które należą do poprawnego bytowania człowieka. Trzeba powtórzyć słowa Korczaka o potrzebie szacunku dla dziecka. Wychowanie dziecka to służba dziecku, która wymaga niezwykle trudnego integrowania ze sobą wolności i autorytetu, swobody i zdecydowanego kierownictwa, miłości i wymagania, a przede wszystkim odpowiedzialności rodzicielskiej, dlatego jest sztuką, której nie wszyscy niestety potrafią sprostać.

W świecie działa wiele organizacji chroniących dzieci opuszczone, zagubione, skrzywdzone, chore, które są ofiarami wojen. Jest rzeczywistość dzisiaj wielu, którzy na wzór osób oddających siebie całkowicie poświęcili się służbie dziecku, lecz smutkiem napawa to, że to tylko i tak „kropla w morzu” potrzeb zaangażowania się w niesienie pomocy dzieciom. Do refleksji przynaglać muszą fakty, z jakimi spotykają się sądy, policja i inne organy ochrony pomocy i rodzinie. Wypada podkreślić, że prawo jako zjawisko kulturowe jest niezliczonymi więzami splecione z innymi wytworami kultury i wartościami, w tym i z normami moralnymi. Między innymi ze statystyk tzw. niebieskiej karty (procedury opracowanej przez Komendę Główną Policji w 1997 r.), która zakładana jest przez funkcjonariuszy Policji w przypadku stwierdzenia przemocy w rodzinie, wynika, że wiele dzieci doświadczyło w swoim życiu przemocy, było świadkiem przemocy domowej. Sporo negatywnych doświadczeń wynika również z przemocy rówieśniczej.

Allison James i Alan Prout twierdzą, że „niedojrzałość dzieci jest co prawda faktem biologicznym, jednak sposoby rozumienia tego faktu i znaczenie, jakie jest mu nadawane, to już fakt kulturowy”<sup>8</sup>. Auto-

<sup>8</sup> *Constructing and Reconstructing Childhood: New Directions in the Sociological Study of Childhood*, eds A. James, A. Prout, London 1990, s. 7. Tłumaczenia publikacji obcojęzycznych zostały dokonane przez autora.

rzy podają, że istnieje wciąż powiększający się zbiór prac badawczych, z którego wyłania się paradygmat badań dzieciństwa, a fundamentalne cechy tego paradygmatu są następujące: dzieciństwo rozumiane jest jako konstrukt społeczny; dzieciństwo traktowane jest jako zmienna analizy społecznej; relacje, w jakich pozostają dzieci i dziecięce kultury, wymagają odrębnych badań prowadzonych według zasad wyznaczonych przez specyfikę tych zagadnień; dzieci powinny być postrzegane jako aktywne podmioty społeczne; etnografia to użyteczna metoda dla badań dzieciństwa; badanie dzieciństwa implikuje zaangażowanie w proces rekonstruowania społecznego rozumienia dzieciństwa. Różnice między psychologicznymi i socjologicznymi podejściami do dzieciństwa są często uwydatnione i wykorzystywane jako komponenty nurtu krytykującego uniwersalizm rozwoju dziecka<sup>9</sup>.

Ewa Jarosz<sup>10</sup> zauważa, że złożony charakter zjawiska przemocy stanowi przedmiot różnych dziedzin naukowych. Jak wskazuje Kamila Kamińska<sup>11</sup>, przemoc wobec dziecka jest jednym z tych zjawisk życia społecznego, które wielością form, różnorodnością przyczyn i konsekwencji, nieoczywistością granic i zakresu wymykają się klarownym definicjom. Pojęcie krzywdzenia dziecka jest dynamiczne, cechuje je kulturowa i czasowa zmienność, która wynika z niemożności oddzielenia samego zjawiska od kontekstu społecznego i kulturowego, od systemu, który je identyfikuje. Przemoc jako forma zachowania charakteryzująca się nieodpowiednim lub niewłaściwym stosowaniem siły jest wszechobecna. Można powiedzieć, iż subtelność zachowań, doświadczenie w dziedzinie stosunków społecznych oraz wyrafinowanie obyczajów są elementami, które rozwija kultura, aby łagodzić i wykorzenić przemoc. Prosta osoba jest gwałtowna, gdyż brak jej ogłady, nie stopniuje swojej siły, jej ruchy są szorstkie, a zachowanie pozbawione jest taktu i umiaru. Jedno z przykazań czerpiących z dekalogu stanowi „będziesz miłował bliźniego swego jak siebie samego”, jego skuteczność uwarunkowana jest od identyfikacji owego bliźniego. Moralne zaś prawo nakazuje: „nie czynź drugiemu co tobie niemiłe” – rodzi ono pytanie: kim jest więc ten drugi, tak bardzo do nas podobny? Przemoc jest właściwością zdarzeń, tak zachowań indywidualnych, jak i społecznych. Istnieje przemoc legalna, czyli usankcjonowana prawnie, ale jednocześnie niesprawiedliwa,

<sup>9</sup> *Ibidem; Constructing and Reconstructing Childhood: Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*, eds *eidem*, London 1997.

<sup>10</sup> E. Jarosz, *Dom, który...*, *op. cit.*

<sup>11</sup> K. Kamińska, *Dobro dziecka w dyskursie państwo – rodzina, inaczej o przemocy domowej*, Kraków 2010, s. 72.

jeśli nie jest wewnętrznie akceptowana. Przemoc może być świadoma lub nieświadoma, a gdy akt przemocy ma na celu wyrządzenie krzywdy, określa się go jako agresję.

Pojęcie „przemoc” i „agresja” nie należy używać jako równoznacznych. Istnieją formy agresji pozbawione przemocy i odwrotnie – przemoc bez agresji. Pierwszym przykładem może być brak solidarności i altruizmu, natomiast drugim przykładem mogą być brutalne gry, jak również niektóre dyscypliny sportowe<sup>12</sup>. Przemoc definiowana jest więc jako nieodpowiednie lub niewłaściwe okazywanie siły lub władzy. Cechami niewłaściwości jest stosowanie przesadnej siły, nadużywanie władzy, prezentowanie władztwa, wymierzanie ostrej kary, przesadna zazdrość czy toksyczność słów. Wydaje się, że najistotniejszą cechą jest niesprawiedliwość, nieszanowanie godności osobowej. Międzynarodowy standard i aktualne ujęcie zawiera definicja Światowej Organizacji Zdrowia (WHO, World Health Organization) przyjmująca, że przemoc wobec dziecka to:

wszelkie formy fizycznego lub emocjonalnego złego traktowania, wykorzystywania seksualnego, zaniedbywania lub niedbałego traktowania lub komercyjnej bądź innej eksploatacji, powodujące rzeczywistą lub potencjalną krzywdę dla zdrowia, przetrwania, rozwoju lub godności dziecka występującą w relacji odpowiedzialności, zaufania lub władzy<sup>13</sup>.

Definicja prezentuje szerokie spektrum przemocy, obejmując zarówno akty sprawstwa, jak i zaniechanie, wymienia formy krzywdzenia oraz skutki dla ofiary. Jak podaje WHO, przemoc jest traktowana jako

zamierzone użycie siły fizycznej lub władzy, zagrażające lub rzeczywiste, przeciwko sobie, drugiej osobie, lub przeciwko grupie lub społeczności, które powoduje, lub jest wysoce prawdopodobne, że spowoduje obrażenia, śmierć, krzywdę psychiczną, zaburzenia w rozwoju lub deprywację<sup>14</sup>.

Marta Makara-Studzińska<sup>15</sup> wskazuje, że definicja ta wiąże intencjonalność z popełnieniem aktu, niezależnie od skutku, jaki on powoduje. Przemoc jest w niej określona w relacji do dobrostanu i zdrowia jednostek – oznacza to, że pewne zachowania, choć mogą być

<sup>12</sup> F. Lolas, *Agresividad, agresion, violencia*, [w:] *Agresividad y violencia*, ed. *idem*, L. Osada, Buenos Aires 1991, s. 9–23.

<sup>13</sup> WHO, Report of the Consultation on Child Abuse Prevention, Geneva 1999, [www.who.int/mip/2001](http://www.who.int/mip/2001) [dostęp: 30.01.2024].

<sup>14</sup> WHO, World report on violence and health, Geneva 2002, s. 5, [www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/en](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en) [dostęp: 30.01.2024].

<sup>15</sup> M. Makara-Studzińska, *Dziecko jako ofiara przemocy domowej: portret psychologiczny*, Lublin 2010, s. 12.

uznawane za praktyki kulturowe, są w istocie przejawami przemocy. Świadczy to jednocześnie o braku odpowiedzialności osób dorosłych za rozwój człowieczeństwa u dziecka. Mimo występujących różnych zjawisk, które nie zawsze sprzyjają prawidłowemu rozwojowi dziecka, rodzina jest naturalnym środowiskiem człowieka, gdzie powinny być zaspokajane jego potrzeby zarówno fizjologiczne, jak i społeczne, poznawcze czy uczuciowe. W jej obszarze decydującą rolę odgrywają rodzice, którzy w sposób zarówno świadomy i niezamierzony, jak i nieświadomy stwarzają specyficzne sytuacje wychowawcze, warunki rozwoju. To oni przekazują dziecku, co dobre, a co złe – system wartości, styl i sens życia, poczucie odpowiedzialności.

Nie ulega wątpliwości, że celem rodziny jest tworzenie poprawnych warunków dla życia ludzkiego i jego rozwoju w różnych wymiarach – stanowiąc dobro wspólne rodziny. Odpowiedzialność jednak spoczywa przede wszystkim na dorosłych, łącząc się z twórczą wyobraźnią, poprawną komunikacją, zaspokajaniem potrzeb, ekspresją w życiu codziennym. Być rodzicem oznacza oddać się do dyspozycji rodziny i dzieci, służyć im i być za nie odpowiedzialnym. Postawą odpowiedzialności, ofiarności, troski i służby rodzinie budują swój autorytet. Osoby zakładające rodzinę muszą mieć świadomość potrzeby kształtowania swojego autorytetu, który jest niezbędny dziecku. Dziecko bowiem potrzebuje autorytetu zarówno ojca, jak i matki, i ma do tego prawo. Rodzice zaś bez autorytetu nie mogą ofiarować dziecku oparcia, poczucia bezpieczeństwa, nauczyć mądrości życiowej i odpowiedzialności. Relacje osobowe łączące ludzi są zawsze konkretne, „tworzą w twarz”, wsparte na życzliwym i akceptującym współprzeżywaniu, zaufaniu i wzajemnej otwartości. Odpowiedzialne bycie w pierwszej kolejności stanowi wezwanie do udzielenia odpowiedzi. W wymiarze etycznym sytuuje człowieka wobec drugiego, który oczekuje na moją odpowiedź, udzielenie jej oznacza zaciągnięcie odpowiedzialności za niego, „odpowiadanie na” staje się „odpowiadaniem za”. Odpowiedzialność ta stanowi podstawę etycznego działania człowieka, szanując autonomię podmiotu, wskazuje na podstawowe odniesienia, takie jak odpowiedzialność za własne działanie i odpowiedzialność za świat. Odpowiedzialność rodzicielska ma swój cel, a jest nim doprowadzenie do dojrzałości podmiotu opieki i wychowania, wraz z nią się kończy<sup>16</sup>.

Odpowiedzialne rodzicielstwo wynika z odpowiedzialności roli i wymaga systematycznego, codziennego ofiarowania dziecku uwagi, miłości, akceptacji i bezpieczeństwa oraz czasu. Takie to przesłanie płynie

<sup>16</sup> H. Jonas, *Zasada odpowiedzialności*, tłum. T. Kowalski, Kraków 1996.

z projektu Kodeksu rodzinnego przedstawionego w 2019 r.<sup>17</sup> W projekcie uwzględniono standardy praw człowieka, w tym dziecka i rodziny. Niektórzy z dotychczasowych komentatorów kodeksu wykazali się niestety brakiem zrozumienia tekstu i afilozoficznym podejściem do prawa. Członkowie komisji, przygotowując projekt kodeksu, spojrzeli na przepisy prawne regulujące prawa rodziny oraz prawa w rodzinie, społeczeństwie jako konstrukt społeczny, i z tej to perspektywy podjęli szereg pytań o rolę prawa w procesie ochrony rodziny, ochrony dobra dziecka oraz o funkcje, jakie ma spełniać. Prowadzone rozważania implikowały przyjrzenie się dotychczasowemu prawu i poszukiwanie odpowiedzi na pytania o to, jakie prawo powinno być. Skłoniło to następnie do sformułowania systematyki prawa rodzinnego, które w swym wymiarze ujęło prawo materialne, postępowanie sądowe i postępowanie wykonawcze. W projekcie tym wyeksponowano osobowy charakter człowieka, który winien być rozpoznawany, a nie arbitralnie nadawany, łącząc się z czasem faktycznej, biologiczno-społecznej egzystencji istoty ludzkiej. Uznano, że domowa atmosfera zaufania i wolności, poprawne relacje, sytuacje wychowawcze sprawiają, że dziecko utożsamia się z wartościami prezentowanymi przez rodziców i przejmuje je jako swoje. Jak więc dziecko musi być okaleczone w przypadku, gdy rodzina nie zapewnia mu poprawnej rodzinnej atmosfery? Zaproponowano w projekcie m.in. reprezentację dziecka, tj. adwokata, która została przyjęta i wprowadzona do obowiązującego stanu prawnego. Tak więc dziecko, którego nie mogą reprezentować w sądzie rodzice, ma mieć ustanowionego przez sąd opiekuńczy reprezentanta, a nie jak wcześniej kuratora. Jeśli w danej sprawie zachodzi taka potrzeba, ma nim być adwokat lub radca prawny znający nie tylko w aspekcie prawnym tematykę związaną z dzieckiem i rodziną.

15 lutego 2024 r. weszły w życie przepisy dotyczące list adwokatów i radców, którzy mogą pełnić tę funkcję<sup>18</sup>. W projekcie kodeksu zwrócono również uwagę, iż sędziowie rodzinni winni posiadać wiedzę z zakresu psychologii, pedagogiki, komunikacji, umiejętności rozpoznawania symptomów krzywdzenia dziecka, umiejętnego prowadzenia postępowania w sprawach, w których m.in. występuje spór o dziecko. Chodzi głównie o należyte zabezpieczenie najlepiej pojętego interesu dziecka.

<sup>17</sup> *O potrzebie nowego Kodeksu rodzinnego i jego podstawach aksjologicznych. W 30. rocznicę uchwalenia Konwencji o prawach dziecka*, red. S.L. Stadniczeńko, M. Michalak, Toruń 2019.

<sup>18</sup> Zob. art. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2023 r., poz. 1606).



Każdy z nas od narodzin obserwuje otaczającą go rzeczywistość, poznaje zjawiska i rzeczy, doświadczając różnych bodźców zewnętrznych, w międzyczasie poznając także i siebie, swoje reakcje, postawy, zachowania i na ich podstawie sam kreuje obraz własnego ja. Oczywiście na przestrzeni czasu dochodzi do pewnych zmian, czasami ze względu na nacisk osób trzecich, czasem ze względu na samodoskonalenie i obserwację innych. I w ten sposób tworzy się własna wartość, poczucie własnej wartości danej osoby. Największy wpływ na nią bezapelacyjnie mają najbliżsi, a obecnie również środki masowego przekazu, technologie informatyczne itd., które od początku istnienia istoty ludzkiej mogą stymulować pozytywnie bądź negatywnie na przełożenie na wartości przez nas wyznawane. Człowiek nauczony szacunku do samego siebie będzie okazywał go innym, i odwrotnie. Jeśli natomiast ów człowiek przez całe życie słyszał, że nic nie znaczy, taką identyczną miarę przekładać może na życie drugiego człowieka. Nie ulega wątpliwości, iż świat, w którym przyszło nam żyć, jest pełen wartości. Niestety w obecnych czasach doświadczamy inwersji ontologicznej, czyli całkowitej zmiany w postrzeganiu świata. Najgłębszym przejawem tej inwersji jest zmiana w myśleniu o człowieku, zauważana w posthumanizmie czy transhumanizmie, co ma wpływ na współczesnego człowieka.

Niezależnie jednak od tego, kim jesteśmy, skąd pochodzimy, jakiego jesteśmy wyznania, mamy swoją hierarchię wartości. Wartości te odnoszą się do każdej sfery naszego życia, fizycznej, biologicznej, społecznej czy duchowej. Prawo należące do sfery norm społecznych w swej istocie stać musi na straży norm moralnych, wskazując, jak powinny postępować poszczególne osoby, by społeczeństwo, dany naród mógł stabilnie i dobrze funkcjonować. Niektórzy głoszą, że może wystarczy zatem zadbac, by działały ustanowione przepisy prawa, a wszystko będzie w porządku, ale niestety to nie wystarczy.

Prawo odnosi się jedynie do wybranych aspektów, do spraw istotnych, ważnych i jednocześnie poważnych, jak kradzieże, zabójstwa, zamachy czy terroryzm. Nie reguluje jednak zachowań jak: nieudzielenie pomocy sąsiedzkiej, kłamstwa, niewierność, lekceważenie lub poniżanie innych, które nie są zwykle wystarczającym powodem, by wszczynać postępowanie sądowe, choć w istocie to one narażają poszczególne osoby na doznanie krzywdy i cierpienia. Są one niemoralne, ale prawo się nimi nie zajmuje i ich nie potępia. Z tego więc wynika, iż można nie naruszać prawa i mimo wszystko być człowiekiem, który zachowuje się nieodpowiednio. Prawo jest zbyt ogólne, by przewidzieć wszystkie sytuacje życiowe, stąd tak ważną rolę pełnić muszą wartości moralne i pozostałe normy społeczne.

Hierarchia wartości to w olbrzymim skrócie piramida, którą tworzą ludzie, systematyzując własne potrzeby i wartości. Każdy z nas, można powiedzieć, inaczej pojmuje definicję wartości, również hierarchiczność jest zróżnicowana w subiektywnym podejściu. Mocno zaś zakorzenione wartości są podstawą wszystkich działań, stanowiąc siłę napędową bądź hamującą nasze zachowania. Dotarcie do nich musi więc stanowić podstawowy cel, jeżeli chcemy dokonać trwałej zmiany w życiu i być odpowiedzialnymi za siebie i drugiego.

W książce *Zakorzenie – wstęp do deklaracji obowiązków wobec człowieka* Simone Weil spostrzega, że

pojęcie zobowiązania wykracza poza pojęcie prawa, które jest do niego odniesione i jemu podporządkowane. Prawo nie jest skuteczne samo z siebie, lecz jedynie przez obowiązek, którego jest odpowiednikiem. Prawa nie urzeczywistnia ten, kto je posiada, lecz inni ludzie, którzy wobec niego czują się do czegoś zobowiązani. Zobowiązanie, nawet gdyby nikt go nie uznał, nie utraciłoby niczego z pełni swego bytu. Natomiast prawo, którego nikt nie uznaje, nie jest wiele warte<sup>19</sup>.

Simon Weil, która co prawda zwraca mniej uwagi na to, że trzeba umieć bronić swoich praw – zauważa, że najgłębszą podstawą praw człowieka jest zobowiązanie wobec drugiego człowieka, jego życia, wolności, powołania społecznego, braterstwa i solidarności. Wraz z rozumieniem relacji między prawem a powinnością, w którym pierwszeństwo przyznaje się powinności uznania tego, co należne innym (i to jest w istocie ich prawo), np. dzieciom, starcom, powraca ta relacja ludzka.

## 2.

W listopadzie 2024 r. obchodzimy setną rocznicę przyjęcia przez Zgromadzenie Ogólne Ligi Narodów Deklaracji praw dziecka, zwanej deklaracją genewską, przygotowanej przez Międzynarodowy Związek Pomocy Dzieciom<sup>20</sup>. Deklaracja ta określiła takie obowiązki dorosłych wobec dzieci jak: zapewnienie prawidłowego rozwoju fizycznego i duchowego; szczególna pomoc i wsparcie dla dzieci zaniedbanych i źle traktowanych; pierwszeństwo w otrzymaniu pomocy w czasie klęski; przygotowanie

<sup>19</sup> S. Weil, *La prima radice. Preludio ad una dichiarazione dei doveri verso la creatura umana*, Milano 1973, s. 9, cyt. za: *Zakorzenie. Wstęp do deklaracji obowiązków wobec istoty ludzkiej*, [w:] *eadem*, *Dzieła*, tłum. M. Frankiewicz, Poznań 2004, s. 935.

<sup>20</sup> Deklaracja praw dziecka, 1924, [w:] *Prawa dziecka. Dokumenty Organizacji Narodów Zjednoczonych*, oprac. P.J. Jaros, M. Michalak, Warszawa 2015, s. 46.

do pracy i zabezpieczenie przed wyzyskiem; wychowanie dziecka w duchu solidarności społecznej. Pomimo nowatorskiego charakteru forma i treść dokumentu ukazują nam pokutujące w mentalności dorosłych przedmiotowe podejście do dziecka. Dziecko nie staje się podmiotem, lecz przedmiotem opieki ze strony dorosłych.

Z inicjatywy Międzynarodowego Związku Pomocy Dzieciom ONZ ogłosiła w 1948 r. rozszerzoną i uzupełnioną wersję deklaracji genewskiej zwaną Kartą praw dziecka<sup>21</sup>. Kolejnym krokiem w ewolucji praw dziecka jest ogłoszenie przez ONZ w 1959 r. Deklaracji praw dziecka<sup>22</sup>. Rola tego dokumentu polega na znacznym poszerzeniu katalogu praw dziecka. Dookreśla on, jakie to treści zawierają się w stwierdzeniu, że każde dziecko winno otrzymać wszystko to, co ludzkość ma najlepszego: równość wszystkich dzieci, bez żadnego wyjątku i różnicy; możliwość szczególnej ochrony prawnej; miłość i zrozumienie jako podstawę rozwoju; prawo do nazwiska i obywatelstwa; możliwość korzystania z opieki społecznej; szczególną opiekę nad dziećmi specjalnej troski; pierwszeństwo w zakresie otrzymania wszelkiej ochrony i pomocy; pełną ochronę przed zaniedbaniem, okrucieństwem i wyzyskiem; bezpłatną i obowiązkową naukę na poziomie przynajmniej podstawowym; wychowanie w duchu pokoju, zrozumienia, braterstwa, tolerancji.

W 1989 r. ONZ uchwaliła Konwencję o prawach dziecka<sup>23</sup>, która to w sposób kompleksowy ustaliła status prawny i społeczny dziecka. Podnieść należy, iż to Polska była inicjatorem konwencji i przystąpiła do niej jako jedno z pierwszych państw stron, choć stosunkowo długi okres ratyfikacji spowodował, iż zaczęła ona obowiązywać w naszym kraju dopiero od 7 lipca 1991 r. Do konwencji następnie przyjęto Protokoły uzupełniające: I, II, III<sup>24</sup>. Konwencja ustanowiła status dziecka oparty na następujących założeniach: dziecko jest samodzielnym podmiotem,

<sup>21</sup> Deklaracja praw dziecka rozszerzona i uzupełniona przez Międzynarodowy Związek Pomocy Dzieciom w 1948 r. (zwana Kartą praw dziecka), [w:] *ibidem*, s. 47.

<sup>22</sup> Deklaracja praw dziecka, 20.11.1959, [w:] *ibidem*, s. 120–122.

<sup>23</sup> Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r., nr 120, poz. 526).

<sup>24</sup> Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii, przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r. (Dz.U. z 2007 r., nr 76, poz. 494); Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne, przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r. (Dz.U. z 2007 r., nr 91, poz. 608); Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie procedury składania zawiadomień, [w:] *Prawa dziecka. Dokumenty Organizacji...*, *op. cit.*, s. 310–320.

a ze względu na swoją niedojrzałość psychiczną i fizyczną wymaga szczególnej opieki i ochrony prawnej; dziecko jako istota ludzka wymaga poszanowania jego tożsamości, godności i prywatności; rodzina jest najlepszym środowiskiem wychowania dziecka; państwo ma wspierać rodzinę, a nie wyręczać ją w jej funkcjach. Katalog praw zawartych w konwencji obejmuje prawa cywilne, socjalne, kulturalne i polityczne. ONZ-owska konwencja nie jest jednakże panaceum na każdą sytuację, w której znajduje się dziecko.

Recepcja idei praw dziecka, rozumianych jako prawa człowieka, i związany z tym postulat jego podmiotowego traktowania we wszystkich wymiarach, m.in. prawnych, psychopedagogicznych, socjalnych, zdrowotno-medycznych, wynika z Konwencji o prawach dziecka. Ochrona praw dziecka realizowana w oderwaniu od ochrony praw człowieka, praw rodziny, nie tylko nie spełnia swojego celu, ale może wyrządzać dzieciom poważną szkodę. Analizowany art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka stanowi o prawie dziecka do tego, aby ocena i zabezpieczenie jego najlepiej pojętego interesu były zawsze sprawą nadrzędną, we wszystkich dotyczących go działaniach, zarówno decyzjach w sferze publicznej, jak i prywatnej. Artykuł ten stanowi zasadę ogólną dotyczącą interpretacji stosowania/ureczywistniania praw dziecka wskazanych w konwencji. Podkreślić należy, iż prawa człowieka, w tym prawa dziecka (standardy uniwersalne i regionalne), zostały inkorporowane do polskiego systemu prawnego, stanowiąc istotny składnik aksjologiczny naszego prawa. Nie tylko należy pytać o te prawa, ale i podjąć konkretne działania w celu realizacji praw człowieka, w tym dziecka, oraz zapewnienia skutecznego programu przebudowy życia społecznego, mentalnego dorosłych, i pytać o ureczywistnienie praw człowieka w ujęciu prawa i etyki. Wartości zawarte w konwencji nadają – co tu szczególnie ważne – obowiązywalność normom, których realizacji się domagają lub nawet ją nakazują. Bez tego elementu byłyby niejako „zawieszane w próżni”, pozostałyby postulatami, choćby stała za nimi moc pragnącej je spełnić woli. Norma wymaga więc pola swego spełnienia, a dostarczyć go może jedynie przygotowana na przyjęcie owej wartości rzeczywistość, byt.

Rachel Burr, podejmując krytykę Konwencji praw dziecka, opierała się na badaniach etnograficznych, by wykazać, że ponieważ jaźń pojmowana jako jednostkowe „ja” nie jest powszechnie uznawana, deklaracja ONZ sama w sobie ma niewielkie znaczenie dla wielu społeczeństw, w których wartości wspólnotowe mają pierwszeństwo przed prawami jednostki. Burr wskazuje na wyraźny rozdźwięk pomiędzy celami konwencji i praktykami lokalnymi, wykazując, że wbrew prawie

powszechnej jej ratyfikacji prawa dzieci nie są uniwersalne. Są odmienne stosowane w różnych kontekstach kulturowych i wiąże się to z nieuniknionymi dysonansami i konfliktami<sup>25</sup>.

Nową epokę w zakresie ochrony praw człowieka, w tym dziecka, w Polsce stanowi zwiążanie Rzeczypospolitej Polskiej europejskimi standardami praw człowieka przez przystąpienie do Rady Europy i zwiążanie się przez ratyfikację w 1993 r. Europejską konwencją praw człowieka i uznanie kompetencji wówczas Europejskiej Komisji Praw Człowieka i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w dziedzinie rozstrzygania kierowanych przeciwko RP skarg o naruszenie praw człowieka umocowanych w konwencji i protokołach do niej ze skutecznością od 1 maja 1993 r.

Nasz kraj jako pierwszy ratyfikował spośród europejskich konwencji specjalnych m.in. Europejską konwencję o wykonywaniu praw dziecka z 1996 r. Konwencja ta realizuje art. 4 Konwencji o prawach dziecka oraz rekomendację nr 1121 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie praw dziecka z 1990 r. Wprowadza ona gwarancje dotyczące praw dziecka w postępowaniu sądowym, szczególnie w sytuacji rozwodu lub separacji rodziców. Konwencja podkreśla rolę rodziców i odpowiedzialność rodzicielską w ochronie praw i dobra dzieci. Uznaje, że w przypadku konfliktu rodzinnego pożądana jest próba porozumienia wewnątrz rodziny przy podjęciu działań mediacyjnych, zanim sprawa zostanie przedstawiona do rozstrzygnięcia sądowi. Konwencja ta ratyfikowana została przez Polskę w 1999 r.<sup>26</sup>

Rada Europy, rozwijając współpracę państwa w zakresie ochrony praw dziecka, nawiązuje do rozwiązań i koncepcji rozważanych szczególnie w ONZ w Komitecie Praw Dziecka i na innych forach, przyjmując normy prawne bardziej szczegółowe i precyzyjnie określające prawa dziecka jak i gwarancje zabezpieczające je przed nadużyciami. Wypada wspomnieć o strategii podjętej podczas III Szczytu Rady Europy w Warszawie w 2005 r., gdzie sformułowano program „Budowanie Europy dla dzieci i z dziećmi”. Program ma służyć promocji praw dziecka i ochronie dzieci przed przemocą przez wdrożenie tzw. czterech P: *protection, prevention, prosecution, participation*<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> R. Burr, H.K. Montgomery, *Children and rights*, [w:] *Understanding Childhood: An Interdisciplinary Approach*, eds M. Woodhead, H.K. Montgomery, Chichester 2002.

<sup>26</sup> Europejska konwencja o wykonywaniu praw dzieci, sporządzona w Strasburgu dnia 25 stycznia 1996 r. (Dz.U. z 2000 r., nr 107, poz. 112).

<sup>27</sup> M. Stożek, *Rada Europy w kwestii fizycznej przemocy wobec dzieci*, „Biuletyn Międzynarodowy Instytutu Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych

W Radzie Europy przyjęto m.in. konwencje bezpośrednio lub pośrednio nawiązujące do praw dziecka: Konwencję o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych<sup>28</sup>; Europejską konwencję o wykonywaniu praw dzieci<sup>29</sup>; Europejską konwencję o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego<sup>30</sup>; Europejską konwencję o przysposobieniu dzieci<sup>31</sup>; Europejską konwencję o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz przywracaniu pieczy nad dzieckiem<sup>32</sup>; Europejską konwencję o obywatelstwie<sup>33</sup>; Europejską konwencję o repatriacji nieletnich<sup>34</sup>; Konwencję w sprawie kontaktów z dziećmi<sup>35</sup>; Konwencję w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi<sup>36</sup>; Konwencję o cyberprzestępczości<sup>37</sup>.

W Unii Europejskiej w odniesieniu do dzieci podstawą prawną są działania zarówno w aspekcie zewnętrznym, jak i wewnętrznym, umowy międzynarodowe wiążące państwa członkowskie (uniwersalne i regionalne), a szczególnie Konwencja praw dziecka, Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>38</sup> oraz Karta

---

Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2008, nr 14, s. 6; *Prawa dziecka. Dokumenty Rady Europy*, oprac. P.J. Jaros, Warszawa 2012, s. 952.

- <sup>28</sup> Konwencja Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, 12.07.2007, [w:] *Prawa dziecka. Dokumenty Rady Europy*, *op. cit.*, s. 309–336.
- <sup>29</sup> Europejska konwencja o wykonywaniu praw dzieci, 25.01.1996, [w:] *ibidem*, s. 160–170.
- <sup>30</sup> Europejska konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, 15.10.1975, [w:] *ibidem*, s. 81–85.
- <sup>31</sup> Europejska konwencja o przysposobieniu dzieci, 24.04.1967, [w:] *ibidem*, s. 71–80.
- <sup>32</sup> Europejska konwencja o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem, 20.05.1980, [w:] *ibidem*, s. 86–98.
- <sup>33</sup> Europejska konwencja o obywatelstwie, 6.11.1997, [w:] *ibidem*, s. 249–263.
- <sup>34</sup> European Convention on the Repatriation of Minors, ETS No. 071, The Hague 28.05.1970.
- <sup>35</sup> Konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi, 15.05.2003, [w:] *Prawa dziecka. Dokumenty Rady Europy*, *op. cit.*, s. 295–308.
- <sup>36</sup> Konwencja Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi, 16.05.2005, [w:] *ibidem*, s. 171–196.
- <sup>37</sup> Konwencja o cyberprzestępczości, 23.11.2001, [w:] *ibidem*, s. 264–294.
- <sup>38</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

praw podstawowych UE<sup>39</sup>. Przyjmuje się, że Unia Europejska nie daje dzieciom praw, ale je chroni. Artykuł 24 Karty praw podstawowych stanowi, że

dzieci mają prawo do takiej ochrony i opieki, jaka jest konieczna dla ich dobra. Mogą one swobodnie wyrażać swoje poglądy. Poglądy te są brane pod uwagę w sprawach, których dotyczą, stosownie do ich wieku i stopnia dojrzałości; we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, zarówno podejmowanych przez władze publiczne, jak i instytucje prawne, należy przede wszystkim uwzględnić najlepszy interes dziecka; każde dziecko ma prawo do utrzymania stałego, osobistego związku i osobistego kontaktu z obojgiem rodziców, chyba, że jest to sprzeczne z jego interesami.

O dzieciach traktuje pkt 3 art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej, w którym stwierdzono, że Karta „zwalcza wykluczenie społeczne i dyskryminację oraz wspiera sprawiedliwość społeczną i ochronę socjalną, równość kobiet i mężczyzn, solidarność między pokoleniami i ochronę praw dziecka”<sup>40</sup>.

Wskazać należy na zainicjowany w 1997 r. program Unii poświęcony ochronie dzieci – Daphne I, II, III, który został ustanowiony, by zwalczać przemoc wobec dzieci, młodych ludzi i kobiet, pomagać ofiarom, redukować podatność na przemoc<sup>41</sup>. Był on otwarty dla instytucji publicznych i prywatnych NGO, władz lokalnych, instytutów badawczych, państw UE oraz Europejskiego Obszaru Gospodarczego i państw aplikujących do Unii. Daphne I ustanowiono w 2000 r., a Daphne II na okres 2004–2008 – program służył wielosektorowym akcjom mającym ograniczyć przemoc domową, seksualną, eksploatacyjną, komercyjną,

<sup>39</sup> Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 303 z 14.12.2007).

<sup>40</sup> Traktat o Unii Europejskiej [wersja skonsolidowana] (Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016).

<sup>41</sup> Decision No 293/2000/EC of the European Parliament and of the Council of 24 January 2000 adopting a programme of Community action (the Daphne programme) (2000 to 2003) on preventive measures to fight violence against children, young persons and women (Dz.Urz. UE L 34 z 9.02.2000); decyzja nr 803/2004/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. przyjmująca program działania Wspólnoty (2004–2008) w celu zapobiegania i zwalczania przemocy wobec dzieci, młodzieży i kobiet oraz w celu ochrony ofiar i grup ryzyka (program Dafne II) (Dz.Urz. UE L 143 z 21.04.2004); decyzja nr 779/2007/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 czerwca 2007 r. ustanawiająca na lata 2007–2013 program szczegółowy na rzecz zapobiegania i zwalczania przemocy wobec dzieci, młodzieży i kobiet oraz na rzecz ochrony ofiar i grup ryzyka (program Daphne III) jako część programu ogólnego Prawa podstawowe i sprawiedliwość (Dz.Urz. UE L 173 z 3.07.2007).

handel dziećmi, tyranizowanie w szkole, dyskryminację związaną z niepełnosprawnością lub przynależnością do mniejszości. Daphne III ustanowiono na okres 2007–2013, celem była kontynuacja programu, ocena danych statystycznych, z których wynikało, że w ciągu jednego roku w najbogatszych krajach, do których zalicza się państwa europejskie, ponad 3,5 tysiąca dzieci poniżej 15. roku życia umiera w następstwie przemocy fizycznej i zaniedbania, natomiast 10% doświadcza przemocy w szkole, niekiedy o skutkach traumatycznych, często prowadzących do samobójstw.

Zwrócić należy uwagę na prawa dziecka w Polsce i wskazać, że w Konstytucji RP z 1997 r.<sup>42</sup> prawa dzieci pojawiają się w różnych kontekstach, zarówno związanych z prawami rodziców, jak i autonomicznie, a następnie w różnych ustawach. Fundamentalnym artykułem jest art. 30 Konstytucji RP dotyczący godności osobowej każdego człowieka. Artykuł 40 zakazuje stosowania tortur, a jego fragment uwzględnia kary cielesne. Nie można jednoznacznie stwierdzić, czy odnosi się to wyłącznie do okrutnego i nieludzkiego traktowania i karania, czy też do kar dyscyplinujących. Artykuł 48 gwarantuje rodzicom prawo do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem, natomiast art. 53 wskazuje, że rodzice mają prawo do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniem, zaś ust. 4 tego artykułu uznaje, że religia kościoła lub związku wyznaniowego o uregulowanej sytuacji prawnej może być przedmiotem nauczania w szkole, przy czym nie może być naruszana przede wszystkim wolność sumienia i religii innych osób. Artykuł ten nawiązuje do art. 25 ust. 2, w którym uznaje się, że stosunki między kościołem a państwem i innymi związkami wyznaniowymi są kształtowane na zasadach poszanowania ich autonomii oraz wzajemnej niezależności każdego w swoim zakresie. Artykuł 65 w sposób jednoznaczny zabrania zatrudniania dzieci do lat 16. Zgodnie z art. 68 władze publiczne są zobligowane do szczególnej opieki zdrowotnej nad dziećmi i kobietami ciężarnymi, zaś w dalszej części tego artykułu zobowiązuje władze publiczne do popierania kultury fizycznej, zwłaszcza wśród dzieci i młodzieży. Natomiast art. 30 czyni naukę do 18. roku życia obowiązkową, a w szkołach publicznych bezpłatną, pozostawiając rodzicom wolność wyboru dla swoich dzieci innych szkół niż publiczne. Artykuł 71, nawiązując do art. 68, zapewnia matkom przed i po urodzeniu dziecka szczególną pomoc władz publicznych, zobowiązując je do szczególnej opieki zdrowotnej

<sup>42</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483).



nad dziećmi, kobietami ciężarnymi, osobami niepełnosprawnymi oraz w podeszłym wieku. W art. 72 stwierdzono, że Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka, a każdy może żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją. Dziecko zaś pozbawione opieki rodzicielskiej ma prawo do opieki i pomocy władz publicznych. W art. 72 wprowadzono podstawę do uchwalenia ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka, którą przyjęto 6 stycznia 2000 r.<sup>43</sup>

Wskazać należy, że dzieci są uwzględniane w polityce prorodzinnej państwa. Adam Kurzynowski politykę tego typu definiuje jako „całościowy kształt norm prawnych, działań i środków uruchamianych przez państwo w celu stworzenia rodzinie odpowiednich warunków do jej powstania, prawidłowego rozwoju i spełniania przez nią wszystkich ważnych społecznie funkcji”<sup>44</sup>. Podkreśla, że „polityka prorodzinna jest częścią polityki społecznej państwa i obejmuje działania związane z opieką nad kobietą oczekującą dziecka i młodą matką, urlopami dla rodziców małych dzieci, świadczeniami pieniężnymi państwa na rzecz matek w okresie macierzyństwa, organizacją publicznej opieki nad dziećmi, prawem rodzinnym”<sup>45</sup>.

Prawo odnoszące się do dzieci przedstawia pewien kodeks zachowań, norm lub zbiór reguł, który stanowi, co wolno dzieciom w określonym wieku oraz jak dorośli (rodzice, członkowie różnych grup zawodowych i państwo) powinni zachowywać się wobec nich, to jednak równocześnie prawo angażuje się i odgrywa coraz poważniejszą rolę w konstruowaniu i legitymizowaniu współczesnej wiedzy o dzieciństwie. Innymi słowy, prawo nie jest jedynie funkcjonalne, ale i produktywne.

Na przestrzeni przemian ustrojowych w Polsce powstało wiele instytucji, organizacji pozarządowych, fundacji, a mimo to prawa dziecka oraz rodziny są naruszane. Wciąż powszechna jest przemoc wobec dzieci, i to nie tylko fizyczne krzywdzenie, ale i zabójstwa, wykorzystywanie seksualne, przemoc emocjonalna, zaniedbywanie, wyzysk, demoralizacja oraz inne złe traktowanie. Czyżby zawodziły znane normy społeczne w obecnych czasach? Wiele wskazuje na to, że pewne kategorie norm – etyczne, moralne, obyczajowe, religijne oraz prawne nie spełniają swojej roli. Ujawnia się brak w zachowaniu treści imperatywno-atrybutywnych. Uczeni reprezentujący nurt krytyczny, feministyczny

<sup>43</sup> Dz.U. z 2000 r., nr 6, poz. 69 z późn. zm.

<sup>44</sup> A. Dragan, S. Woronowicz, *Wybrane zagadnienia polityki prorodzinnej w niektórych państwach Unii Europejskiej*, Kancelaria Senatu. Biuro Analiz i Dokumentacji, OT 617, luty 2013, s. 3.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

i społeczno-prawny od wielu lat krytykują to podejście podtrzymywania mitu neutralności prawa, które miałyby być odmienne i odseparowane od innych dyscyplin, takich jak polityka, ekonomia, psychologia, pedagogika i socjologia<sup>46</sup>.

U podłoża krytycznego podejścia leży przeświadczenie, że kiedy prawo identyfikuje dzieci lub zwraca się do nich w aktach prawnych i sprawach sądowych, pozornie odnosi się do rzeczywistych dzieci, gdyż w zasadzie kieruje je do reprezentacji dzieci jako semantycznych artefaktów bądź konstruktów dyskursywnych. Eksploracja sposobów konstruowania wiedzy o dzieciach w obrębie dyskursu prawa odsłania złożone i ambiwalentne narracje. Ten sposób postrzegania związku między prawem a dzieciństwem wymaga, byśmy, myśląc o prawie, traktowali je nie tylko jako zbiór zasad i reguł, lecz jako nieustannie zmieniający się tekst kulturowy i społeczny. Daniel Monk<sup>47</sup> wykazuje, że prawo odnoszące się do dzieci nie jest zwyczajną kodyfikacją zachowań czy regulaminem, który poucza, co dzieciom wolno lub jak dorośli (rodzice i władze) powinni zachowywać się wobec nich. Prawo powinno być raczej rozumiane jako coraz ważniejszy obszar konstruowania i legitymizacji współczesnej wiedzy o dzieciństwie. Innymi słowy, nie wystarczy, by prawo było funkcjonalne – powinno być również skuteczne, efektywne. To podejście wymaga myślenia o prawie i studiowania prawa jako potencjalnego tekstu kulturowego i społecznego, komunikacji, wychowania i dialogu<sup>48</sup>. Literatura wykazuje, że nie ma jednolitego, spójnego obrazu dzieci w prawie, ale raczej że prawo opowiada wiele

<sup>46</sup> D. Buss, *How the UN stole childhood: the Christian Right and the International Rights of the Child*, [w:] *Feminist Perspectives on Child Law*, eds J. Bridgeman, D. Monk, London 2000, s. 271–294; M. King, *A Better World for Children?*, London 1997; B. Lindley, J. Herring, N. Wyld, *Public law children's cases: whose decision is it anyway?*, [w:] *Family Law: Issues, Debates, Policy*, ed. J. Herring, Willan 2001, s. 169–197; J. Masson, M. Winn Oakley, *Out of Hearing: Representing Children in Care Proceedings*, London 1999; W. Stainton Rogers, R. Stainton Rogers, *What is good and bad sex for children?*, [w:] *Moral Agendas for Children's Welfare*, ed. M. King, London 1999, s. 136–150; C. Piper, *Divorce reform and the image of the child*, „Journal of Law and Society” 1996, vol. 23, nr 3, s. 364–382; K. Pringle, *Children and Social Welfare in Europe*, Buckingham 1998.

<sup>47</sup> D. Monk, *Beyond Section 28: law, governance and sex education*, [w:] *Legal Queeries: Lesbian, Gay and Transgender Legal Studies*, eds L. Moran, D. Monk, S. Beresford, London 1998; *idem*, *Theorizing education law and childhood*, „British Journal of Sociology of Education” 2000, vol. 21, no. 3, s. 355–370.

<sup>48</sup> S.L. Stadniczeńko, P. Zamelski, *Pedagogika prawa. Pójdź ze mną!*, Warszawa 2016; *idem*, *Pedagogika prawa. Pomoc w zrozumieniu prawa i sensu życia!*, Warszawa 2020.

różnych historii dzieciństwa. Dowody empiryczne przedstawione przez Rachel Burr i Heather Montgomery<sup>49</sup> wskazują, że w swoich aktualnych sformułowaniach te odnoszące się do dziecka międzynarodowe prawa człowieka są zasadniczo ufundowane na prawach jednostki i dlatego pozostają niemożliwe do zastosowania w społeczeństwach, w których normą są prawa wspólnoty.

Wzniosłe deklaracje o godności osobowej istoty ludzkiej idą w parze z permissywnym prawodawstwem, co komplikuje wielu ludziom poprawne poznanie i rozumienie zjawisk ich otaczających. Szczególnie w obecnych czasach powstająca nowa etyka rodzi wiele rozterek w zdobyciu orientacji u wielu zdezorientowanych ludzi na obecnym etapie naszego rozwoju kulturowego. Panuje ogromna nieświadomość powagi sytuacji wynikającej z istnienia nowej etyki ujawniającej się brakiem wiedzy na temat konsekwencji zarówno w zakresie społeczno-politycznym i kulturowym oraz antropologicznym a nawet teologicznym. Brak jednocześnie jasnych definicji jest dominującą cechą wszystkich terminów i wyrażań nowego globalnego języka – cechuje on cały postmodernistyczny system pojęciowy. Z lepszym lub gorszym skutkiem, czy jesteśmy tego świadomi, czy nie, globalna kultura wywiera wpływ na nas wszystkich.

Współcześnie w wyniku cyfrowej rewolucji doświadczamy zatarcia granic między kulturą wysoką i niską, sztuką i rozrywką, między instytucjami kultury i mediami. Jest to zagadnienie, które wymagałoby podjęcia badań z dziedziny różnych nauk. Przyznać należy, iż polski system prawny uwzględnia zalecenia Konwencji o prawach dziecka, choć szczegółowe analizy ujawniają, że istnieją takie obszary prawa cywilnego, prawa karnego, prawa rodzinnego i prawa pracy, które należy dostosować do zmieniającej się rzeczywistości Polski, zmienionej filozofii życia i ustroju oraz standardów prawnych konwencji. Powołując się na Målfrid Flekkøy, Natalie Kaufman, Annę Kwak i Andrzeja Mościskiera<sup>50</sup>, formalizacja praw dziecka była możliwa m.in. dzięki rozwojowi nauki, poznaniu praw rozwoju dziecka i jego potrzeb oraz generalnemu rozwojowi praw człowieka, jak również umacnianiu się podejścia humanistycznego. To idea człowieka zakłada, że człowiek jest bytem stojącym wobec wartości i na realizację tych wartości w zasadzie skazanym, jeśli chce naprawdę zachować swoje człowieczeństwo i być godnym człowiekiem. To właśnie człowiek ma moc urzeczywistniania wartości zgodnych, ale i niezgodnych z samą istotą rzeczywistości.

<sup>49</sup> R. Burr, H.K. Montgomery, *Children...*, *op. cit.*

<sup>50</sup> A. Kwak, A. Mościskier, *Rzeczywistość praw dziecka w rodzinie*, Warszawa 2002, s. 39.

Zawsze naprzeciwko nas staje drugi człowiek, a wraz z nim cała wielka problematyka intersubiektywności związanej z relacją ja–Ty i ja–On, analizowanych i przedstawionych w literaturze wnikliwie przez Martina Bubera, Gabriela Marcela czy Emmanuela Levinasa<sup>51</sup>. Próba urzeczywistnienia wartości fałszywych, fikcji jak i wymysłów będących jedynie przejawem pychy człowieka zawsze kończyły się tragicznie. Ujawnia się to szczególnie wyraźnie na przykładzie rzeczywistości, którą określamy rzeczywistością społeczną.

### Zakończenie

Poczynione refleksje oparte na przeprowadzonej analizie i syntezie pozwalają zauważyć, że problemem jest nie teoretyczne, lecz praktyczne dążenie do tego, aby prawa człowieka, w tym prawa dziecka, były respektowane stale i w każdej sytuacji jego codziennego życia. Nieodzwonnie jest zatem głębokie zaangażowanie na rzecz urzeczywistniania praw człowieka w każdym środowisku, w każdej społeczności, w której żyje człowiek jako konkretna osoba. Uznając klasyczne rozróżnienie między ujęciem prawnym a moralnym praw człowieka, skonstatować należy, że obydwa wymiary muszą funkcjonować razem, gdyż bez praw skodyfikowanych samo istnienie aspektów moralnych ma niewielkie znaczenie realne, natomiast bez tego drugiego pierwsze pozostaje pustym przepisem o wątpliwym zastosowaniu i skuteczności. Poszczególne akty prawne zobowiązują strony (osoby dorosłe) do podejmowania niezbędnych środków prawnych lub innych działań mających na celu ochronę wszystkich ofiar, w tym dzieci, przed aktami przemocy. Należy potwierdzić prawdziwość hipotezy, iż niezależnie od wysiłków państw i społeczności międzynarodowej prawa dziecka nie są immunizowane na wpływy kulturowe. Specyfika kulturowa jest bowiem wpisana w tożsamość grup społecznych i wówczas nawet przebudowa struktury społecznej, uzgodnione standardy międzynarodowe, wewnętrzne instrumenty prawne i polityka edukacyjna nie są w stanie jej zmienić. Doświadczany kryzys wartości i brak nadziei, obserwowane nie tylko w Polsce, to elementy kryzysu tożsamości przeżywanego przez nowoczesne społeczeństwa, które często proponują jedynie wizję życia opartego na dobrobycie materialnym, a jednocześnie nie są w stanie wskazać sensu istnienia, sensu życia ani podstawowych wartości pozwalających dokonywać wolnych i odpowiedzialnych wyborów.

<sup>51</sup> E. Levinas, *Całość i nieskończoność. Esej o zewnętrzności*, tłum. M. Kowalska, Warszawa 2008.

Pośród dyskursów funkcjonujących na Zachodzie obecnie zasadniczą rolę odgrywają trzy dyskursy troski o dziecko kształtujące politykę i praktykę. Jest to dyskurs potrzeb, który dąży do zidentyfikowania elementarnych potrzeb dzieci i ukierunkowuje działania na zaspokojenie tych potrzeb; dyskurs praw dziecka, który dąży do ustanowienia praw dzieci i ukierunkowuje działania na promowanie tych praw; oraz dyskurs jakości życia, który dąży do określenia, co składa się na „dobrą” jakość życia dzieci i ukierunkowuje działania na polepszenie tej jakości. Jak doświadczamy w obecnej rzeczywistości, powstanie samego uniwersalnego katalogu praw i standardów relacji między dorosłymi a dziećmi nie spowodowało automatycznie zmiany w podejściu do ochrony dziecka, w tym przed krzywdzeniem, jak i najlepiej pojętego interesu dziecka, które funkcjonują w poszczególnych społecznościach. Świadomość problemu, np. krzywdzenia dzieci, jest odmienna w różnych społecznościach i uwarunkowana kontekstem społecznym, kulturowym, politycznym i ekonomicznym, a nade wszystko mentalnością osób dorosłych. Przyznanie, że prawa dzieci są zagrożone, naruszane, że prawo dziecka nie jest chronione, wymagałoby zmiany istniejących stosunków i relacji panujących w rodzinie, sytuacji wychowawczych przy uwzględnieniu propozycji zawartych w projekcie Kodeksu rodzinnego z 2018 r.

Należy pamiętać, że relacje rodzinne są uznawane za *stricte* prywatne, intymne, a w związku z tym wszelkie próby jakiegokolwiek zewnętrznej ingerencji wzbudzają sprzeciw. Potrzebna jest edukacja społeczna, tak ogólna, jak i w grupach (rodziców, wychowawców, opiekunów, nauczycieli, członków organizacji pozarządowych, pracowników socjalnych, wymiaru sprawiedliwości oraz dzieci), które ukazywałyby istotę i rozumienie osoby, człowieczeństwa oraz rodzaje zachowań przemocowych wobec dzieci oraz wyjaśniałyby szkodliwy dla dziecka charakter, podnosząc ich świadomość i kulturę prawną, przygotowując jednocześnie do radzenia sobie z nieuchronnymi problemami występującymi w rodzinach. Akcent winien być położony na społeczną wiedzę psychologiczną, etyczno-moralno-prawną, umożliwiając danej osobie nie tylko zdobycie wiedzy, ale przede wszystkim umiejętności i kompetencji rozwiązywania konfliktów, przeżywanie porażek oraz zdobycie psychicznej odporności.



Julia Stanek\*

## Między psychologią a prawem. Koncepcja motywacji prawnej w świetle *evidence-based legislation*<sup>1</sup>

### Wprowadzenie

W artykule pt. *Między polityką a prawem. Problem „upolitycznienia” tworzenia prawa* Profesor Tadeusz Biernat analizuje zjawisko upolitycznienia tworzenia prawa przez pryzmat mechanizmów, które służą minimalizowaniu tego zjawiska<sup>2</sup>. Wśród tych mechanizmów wskazuje na ograniczenia wynikające z wymogów legitymizacji tworzenia prawa, demokratyzacji tworzenia prawa oraz respektowania standardów legislacji. W tym tekście skoncentrowano się na ostatnim z wymogów – na standardach legislacji. Zdaniem Profesora Biernata lekceważenie standardów legislacji jest niezwykle niebezpieczną praktyką, która może prowadzić do wielu negatywnych konsekwencji dla całego sys-

---

\* Dr hab., prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0001-8022-2196.

<sup>1</sup> Tekst powstał w wyniku realizacji projektu badawczego nr 2019/33/B/HS5/01521 finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

<sup>2</sup> T. Biernat, *Między polityką a prawem. Problem „upolitycznienia” tworzenia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji. Tom CX. Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej”, Wrocław 2017, red. A. Bator, P. Kaczmarek, s. 115–132.

temu prawnego<sup>3</sup>. Ocena przestrzegania standardów legislacji, z jednej strony, jest stosunkowo łatwa pod kątem ewentualnej kontroli. Z drugiej zaś, samo określenie tych standardów nie zawsze jest łatwe. Dodatkowo ich naruszenie może przybierać różne formy oraz wynikać z wielu powodów.

Pośród przyczyn naruszenia standardów legislacji wymieniane są: krótkowzroczność działań polityków, ignorancja i niekompetencja, które najczęściej przejawiają się w niewłaściwym rozpoznaniu problemów społecznych oraz nieodpowiednim doborze sposobów ich rozwiązania<sup>4</sup>. Większość powodów naruszenia standardów legislacji jest niezwykle trudna do usunięcia, a poniekąd nawet niemożliwa, lecz tym, co jesteśmy w stanie znacznie poprawić, jest rozpoznanie problemów społecznych oraz kierunków zmian koniecznych w celu rozwiązania tych problemów. Staje się to możliwe przy wykorzystaniu wyników badań naukowych, w szczególności z zakresu socjologii, psychologii oraz psychologii społecznej. Ujmując inaczej, do mechanizmów sprzyjających przestrzeganiu standardów legislacji warto zaliczyć przyjęcie podejścia tzw. *evidence-based legislation*.

Termin *evidence-based legislation* został zapożyczony z koncepcji *evidence-based medicine*, tj. medycyny opartej na dowodach naukowych. Dynamiczny rozwój medycyny skutkowało tym, że opieranie decyzji klinicznych jedynie na indywidualnym doświadczeniu lekarza stało się w wielu przypadkach niewystarczające. Powstała potrzeba znalezienia sposobu obiektywnej weryfikacji wiedzy medycznej, tj. opracowania podejścia *evidence-based medicine*. Aby zadbać o jakość danych, opracowano hierarchię wiarygodności wyników badań. Za najbardziej wiarygodne są uznawane metaanalizy badań z randomizacją, a na kolejnych szczeblach znajdują się takie badania jak pojedyncze badanie z randomizacją, badanie eksperymentalne z grupą kontrolną bez randomizacji, przegląd systematyczny badań obserwacyjnych, pojedyncze badanie obserwacyjne z grupą kontrolną, badania podstawowe wyjaśniające badany proces, opis pojedynczych przypadków lub serii przypadków<sup>5</sup>. W uproszczeniu *evidence-based medicine* polega na tym, że zasady postępowania w danym stanie klinicznym są opracowywane na podstawie wiarygodnych danych naukowych<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> *Ibidem*, s. 131.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Choroby wewnętrzne*, red. A. Szczeklik, Kraków 2005, s. 2318.

<sup>6</sup> Trzeba jednak zaznaczyć, że nie należy bezkrytycznie podchodzić do wyników badań naukowych. Badania naukowe mają istotne, ale niedecydujące znaczenie.



Podejście *evidence-based legislation* daje możliwość oparcia decyzji legislacyjnych na danych potwierdzonych naukowo, co umożliwi wyeliminowanie błędów związanych z tendencyjną, subiektywną oceną sytuacji społecznej. Dodatkowo wykorzystanie wyników badań naukowych pozwala na wprowadzenie rozwiązań legislacyjnych, które będą efektywne i skuteczne.

Zalety zastosowania podejścia *evidence-based* zauważono także w innych dziedzinach, dlatego też pojawiły się opracowania dotyczące *evidence-based management*, *evidence-based education*, *evidence-based policy* czy wreszcie *evidence-based legislation*. Głównym powodem zainteresowania koncepcją legislacji opartej na dowodach naukowych jest zwiększenie popularności badań empirycznych w prawie<sup>7</sup>. Czy wyniki badań naukowych wpływają na proces legislacyjny? Wydaje się, że w istocie aktualnie mają niewielkie znaczenie. Niemniej jednak w obowiązujących przepisach prawnych dotyczących procesu legislacji dostrzeżono znaczenie wyników badań naukowych i ich znaczenie w kształtowaniu rozwiązań prawnych. Znajdziemy w nich odwołania do „polityki opartej na dowodach” oraz „dyskusji opartej na dowodach”.

### Wybrane zasady techniki prawodawczej

Przepisy regulujące przebieg procesu legislacyjnego zawarte są w wielu aktach normatywnych. Zaczynając od Konstytucji, przez regulaminy Sejmu oraz Senatu, kończąc na wielu aktach wykonawczych, m.in. rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”<sup>8</sup>. Wśród Zasad techniki prawodawczej znajdują się ogólne reguły, którymi powinien kierować się prawodawca, takie jak:

§ 1.1. Podjęcie decyzji o przygotowaniu projektu ustawy poprzedza się w szczególności: 1) wyznaczeniem i opisaniem stanu stosunków społecznych w dziedzinie wymagającej interwencji organów władzy publicznej oraz wskazaniem pożądanych kierunków ich zmiany; [...] 4) określeniem

---

Najczęściej decyzja wynika z połączenia wniosków płynących z analizy sytuacji klinicznej, wyników badań naukowych, preferencji pacjenta oraz wiedzy i doświadczenia lekarza – *ibidem*, s. 2319.

<sup>7</sup> Więcej na ten temat: J. Stanek, *Evidence-Based Law – selected aspects*, „Polish Law Review” 2017, vol. 3, iss. 1, s. 1–13.

<sup>8</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 283; dalej jako: *Zasady techniki prawodawczej*.

przewidywanych skutków społecznych, gospodarczych, organizacyjnych, prawnych i finansowych każdego z rozważanych rozwiązań [...].

Są to zasady, które wynikają z założenia o racjonalności prawodawcy. Wypunktowują one elementy, które prawodawca powinien uwzględnić przed oraz w trakcie opracowywania nowych regulacji prawnych, tak aby błędne ustalenia merytoryczne nie skutkowały wadliwością całego procesu prawodawczego<sup>9</sup>. W doktrynie podkreśla się, że zawarte w § 1 ust. 1 Zasad techniki prawodawczej reguły można określić dyrektywami racjonalnego prawa, które nie podlegają gradacji oraz muszą być bezwzględnie stosowane łącznie<sup>10</sup>.

Analizując przepisy dotyczące procesu legislacyjnego, możemy zauważyć, że odwołanie do danych naukowych pojawia się na etapie przeprowadzania oceny przewidywanych skutków społeczno-gospodarczych. Regulacje te zostały zawarte w dokumencie pt. Wytyczne do przeprowadzania oceny wpływu<sup>11</sup> i konsultacji publicznych<sup>12</sup> w ramach rządowego procesu legislacyjnego (dalej jako: Wytyczne)<sup>13</sup>. Zawarte w Wytycznych zalecenia odnoszą się do legislacji opartej na dowodach jedynie w niewielkim stopniu, chociaż znajdziemy w nich wprost odwołanie do „polityki opartej na dowodach”. W Wytycznych wskazano, że ocenę wpływu regulacji prawnych „rozpoczyna się na odpowiednio wczesnym etapie prac w oparciu o rzetelne badania, dostarczające danych analitycznych (polityka oparta na dowodach), wspomaga podejmowanie właściwych decyzji legislacyjnych i pozalegisacyjnych, zapobiegając wprowadzaniu kosztownych lub niekorzystnych regulacji”<sup>14</sup>. Znaczenie danych naukowych zostało również dostrzeżone w kontekście zasady obiektywizmu<sup>15</sup>. W Wytycznych zostało doprecyzowane,

<sup>9</sup> P. Sularz, *Wybrane uwagi dotyczące stosowania § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, „Przegląd Prawa Publicznego” 2015, nr 1, s. 29–42.*

<sup>10</sup> *Ibidem.*

<sup>11</sup> Zob. Wytyczne do przeprowadzania oceny przewidywanych skutków społeczno-gospodarczych zgodnie z § 24 ust. 3 uchwały nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów.

<sup>12</sup> Zob. Wytyczne w zakresie prowadzenia konsultacji publicznych zgodnie z § 36 ust. 1 uchwały nr 190 Rady Ministrów z 29 października 2013 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów.

<sup>13</sup> <https://rci.gov.pl/legislacja/wytyczne-do-przeprowadzania-oceny-wplywu-oraz-konsultacji-publicznych-w-ramach-rzadowego-procesu-legislacyjnego> [dostęp: 23.01.2024].

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 11.

<sup>15</sup> Zgodnie z zasadą obiektywizmu w trakcie przeprowadzanych analiz, a w szczególności przy wyborze rozwiązania, nie wolno dyskryminować żadnych pod-

że zasada obiektywizmu rozciąga się również na wybór źródeł danych, które będą wykorzystane przy projektowaniu rozwiązania.

Zwrócono też szczególną uwagę na konieczność debaty opartej na dowodach. Jak wskazuje się w Wytocznych:

w trakcie procesu konsultacji wszystkie strony powinny starać się w sposób maksymalny opierać przedstawiane postulaty na racjonalnych przesłankach znajdujących uzasadnienie w dostępnej wiedzy naukowej, wynikach prac analitycznych i badań empirycznych. Taka dyskusja „oparta na dowodach” pozwoli wszystkim stronom łatwiej osiągać konsensus, a wspólnie wypracowywane rozwiązania będą bardziej skuteczne i efektywne<sup>16</sup>.

Z powyższych regulacji wynika, że znaczenie tworzenia prawa na podstawie naukowych dowodów zostało dostrzeżone w procesie legislacyjnym. Pozostaje jednak pytanie: w jaki sposób i jakie dane należy brać pod uwagę? Zastanawiając się nad sposobem wdrożenia podejścia *evidence-based legislation*, sądzę, że należy sięgnąć przede wszystkim do badań z zakresu psychologii. Wyniki tych badań przybliżą sposób działania jednostek w społeczeństwie oraz procesy zachodzące w grupach społecznych oraz całym społeczeństwie. W konsekwencji też pozwolą na obiektywne rozpoznanie problemów społecznych oraz ocenę możliwych sposobów ich rozwiązywania. Oparcie legislacji na danych naukowych pozwala również na lepsze zrozumienie celów i sensu zastosowanych rozwiązań, a także na ich ocenę w długoterminowej perspektywie. Powyższa idea nie jest nowa. Osiągnięcia współczesnej psychologii i nauk kognitywnych oraz sposoby ich wykorzystania w prawie od co najmniej kilkunastu lat pozostają wśród głównych tematów badań teoretyków i filozofów prawa. Rozbieżności w przyjmowanych podejściach jest wiele, niemniej jednak postulat, że prawo w jakimś sensie powinno uwzględniać i odzwierciedlać dotychczasowe osiągnięcia nauki, a w szczególności dorobek nauk pozaprawnych, jest szeroko aprobowany. Z różnym powodzeniem są także podejmowane próby praktycznego wykorzystania dorobku nauk pozaprawnych w prawie. Sięgając do najbardziej znanych, lub wręcz kanonicznych, przykładów, warto przywołać Leona Petrażyckiego i jego koncepcję polityki prawa.

---

miotów znajdujących się w tej samej sytuacji. Wyboru sposobu działania należy dokonywać po przeprowadzeniu, opartej na różnych źródłach, rzetelnej analizy.  
*Ibidem*, s. 14.

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 35.

## Polityka prawa a teoria motywacji

Leon Petrażycki rozwinął swoją teorię prawa, wychodząc z założenia, że psychologia jest podstawą nauk społecznych, w tym prawa. Zdaniem Petrażyckiego „całe życie społeczne przechodzi przez psychikę i tylko dzięki wpływowi świata zewnętrznego ta psychika przynosi rezultaty odpowiednie do różnych form przeżyć”<sup>17</sup>. Podstawą psychologicznej teorii prawa jest twierdzenie, że dla tworzenia prawa niezbędne jest poznanie mechanizmów oddziaływania prawa na psychikę człowieka i grupy społeczne, tj. poznanie psychologicznego podłoża zjawisk prawnych<sup>18</sup>. Nie ograniczając się do wyróżniania znaczenia psychologii dla prawa, Petrażycki oraz jego uczniowie i kontynuatorzy postulowali konieczność opracowania polityki prawa.

Polityka prawa rozumiana jest jako nauka o przyszłym prawie, które staje się instrumentem rozwiązywania problemów społecznych. Główne zadania polityki prawa polegają, po pierwsze, na racjonalnym kierowaniu indywidualnym i masowym postępowaniem za pomocą odpowiedniej prawnej motywacji. Po drugie, mając na względzie motywacyjne i wychowawcze oddziaływanie prawa, na „udoskonaleniu psychiki ludzkiej, na oczyszczeniu jej od złośliwych, antyspołecznych skłonności, na zaszczepianiu i wzmacnianiu przeciwnych skłonności”<sup>19</sup>. Ujmując inaczej, oparte na podstawach naukowych, przemyślane i racjonalne prawo wspiera rozwój społeczeństwa. Oczywiście jest, że warunkiem wstępnym jest to, że sam system prawa jest oparty na zasadach demokratycznego państwa prawa:

Istota zagadnień polityki prawa polega na uzasadnionym przewidywaniu następstw, jakich spodziewać się należy w razie wprowadzenia pewnych przepisów prawa oraz na opracowaniu zasad, których wprowadzenie do systemu prawa obowiązującego wywołałoby pewne pożądane skutki<sup>20</sup>.

W jaki sposób przewidzieć skutki? Zdaniem Petrażyckiego należy przyjąć inną perspektywę – perspektywę psychologiczną. Opierając

<sup>17</sup> L. Petrażycki, *O nauce, prawie i moralności*, Warszawa 1985, s. 155.

<sup>18</sup> Leon Petrażycki i współczesna nauka prawa, red. T. Giaro, Warszawa 2019; A. Kojder, *Aktualność myśli naukowej Leona Petrażyckiego w XXI wieku*, [w:] *Mysł' L.I. Petrażyckiego i sovremennaya nauka prava*, Krasnodar 2016; J. Stanek, *Rosyjski realizm prawny*, Warszawa 2017; B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach, *Russian legal realism*, Springer 2018.

<sup>19</sup> L. Petrażycki, *O nauce, prawie i moralności*, op. cit., s. 157.

<sup>20</sup> *Idem*, *Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności*, t. 1, Warszawa 1959, s. 13.

się na psychologii i jej zdobyczach, jesteśmy w stanie poznać mechanizmy oddziaływania prawa na obywateli oraz procesy motywacyjne, które leżą u podstaw zachowania zgodnego z prawem. Pierwszym krokiem do opracowania polityki prawa, ale także teorii prawa opartej na psychologii, zgodnie z Petrażyckim, jest opracowanie koncepcji motywacji prawnej. W dalszej części skoncentrowano się na zarysie uaktualnionej koncepcji motywacji prawnej, pierwotnie zaproponowanej w ramach psychologicznej teorii prawa Petrażyckiego<sup>21</sup>.

## Motywacja

Teoria motywacji w zastosowaniach prawnych powinna przede wszystkim wyjaśniać, dlaczego wybieramy określony sposób zachowania spośród innych możliwych oraz jaki jest mechanizm wyboru, a także kontynuowania, czy też zaniechania, podjętego postępowania. Kluczowym pytaniem pozostaje jednak to, czy prawo w ogóle ma motywujące działanie oraz jaki jest mechanizm oddziaływania prawa na procesy motywacyjne.

Problem motywacji pojawia się w dyskursie prawniczym w kontekście motywacji sędziów w procesie orzekania<sup>22</sup>, a najczęściej przy ocenie motywacji sprawców i pozwanych<sup>23</sup>. Zatem analiza jest zawężona do nielicznych przypadków, w tym sytuacji, w których motywacja staje się podstawą zachowania sprzecznego lub naruszającego ustanowione przepisy prawne. Takiego rodzaju zawężenie problemu nie wydaje się uzasadnione, zwłaszcza mając na względzie proces tworzenia nowego prawa i sposoby oceny jego przyszłego działania w społeczeństwie. Niewątpliwie motywacja wpływa na zachowanie każdego człowieka,

<sup>21</sup> W dalszej części tekstu przedstawiam koncepcję motywacji prawnej, którą szerzej omawiam w: J. Stanek, *Motywacyjna podstawa prawa*, Kraków 2023.

<sup>22</sup> R.A. Posner, *Overcoming Law*, Cambridge 1995; A. Partyk, *Czy sędziowie mają intuicję? Przyczynek do rozważań o sędziowskich mechanizmach decyzyjnych*, Sosnowiec 2023.

<sup>23</sup> M.in.: K.M. Craig, *Examining hate-motivated aggression: a review of the social psychological literature on hate crimes as a distinct form of aggression*, „Aggression and Violent Behavior” 2002, vol. 7, iss. 1, s. 85–101; C.B. Hessick, *Motive’s Role in Criminal Punishment*, „Southern California Law Review” 2006, vol. 80, s. 89–150; J. Nadler, M.H. McDonnell, *Moral Character, Motive, and the Psychology of Blame*, „Cornell Law Review” 2012, vol. 97, iss. 2, s. 255–304; J. Morsch, *The Problem of Motive in Hate Crimes: The Argument against Presumptions of Racial Motivation*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 1991, vol. 82, iss. 3, s. 659–689.

a nie tylko członków składu orzekającego czy też sprawców czynów zabronionych. Większość społeczeństwa przestrzega ustanowionych przepisów prawnych, a więc w tej – znacznie większej – grupie powinniśmy szukać zależności oraz badać mechanizmy procesów motywacyjnych. W psychologii natomiast badania motywacji i jej mechanizmów od lat pozostają ważnym zagadnieniem badawczym.

Wprawdzie każdy miał styczność z motywacją (lub jej brakiem), jednak samo zdefiniowanie pojęcia motywacji nastręcza wielu trudności. Sięgając do psychologii, możemy zauważyć, że motywacja jest określana jako pewnego rodzaju ukierunkowanie postępowania. Dla przykładu wskazuje się, że motywacja to „stany wewnętrzne ukierunkowane na pewien cel dążenia, woli, pragnienia, nadziei itp. łącznie z ich oddziaływaniem na zachowanie”<sup>24</sup>. Pojęcie motywacji obejmuje również cały proces sterowania zachowaniem, które powinno doprowadzić do zakładanego celu lub wyniku. Jednocześnie sam rezultat zachowania może polegać na zmianach zarówno własnej sytuacji życiowej i społecznej, jak i doprowadzeniu do zmian w otaczającym środowisku. W konsekwencji albo zachowamy obecny stan, albo znajdziemy się w subiektywnie lepszej od istniejącej sytuacji<sup>25</sup>.

Na motywację i proces motywacyjny mają wpływ zarówno czynniki biologiczne (m.in. takie jak działanie układu nerwowego) i poznawcze (do których zaliczymy m.in. procesy samokontroli oraz ustalenia celów), jak i społeczne (związane m.in. z rolami społecznymi czy oczekiwaniami środowiska). Powyżej wymienione czynniki, ale także inne, działają łącznie w procesie motywacji. Często jednak teorie, które tłumaczą motywację i jej procesy, koncentrują się wokół jednego z nich. W literaturze wymienia się cztery kluczowe podejścia do teorii motywacji: ewolucyjne, behawioralne, humanistyczne oraz poznawcze<sup>26</sup>. W podejściu ewolucyjnym motywacja objaśniana jest przez pryzmat instynktów<sup>27</sup>. Za główny element motywacji uznawane są emocje utożsamiane z mechanizmami przystosowawczymi. Przyjmuje się, że emocje, a w konsekwencji także motywacja, wyewoluowały ze względu na ich zdolność do stymulowania zachowania zmierzającego do osiągnięcia zakładanych celów.

<sup>24</sup> F. Rheinberg, *Psychologia motywacji*, tłum. J. Zychowicz, Kraków 2006, s. 16.

<sup>25</sup> T. Maruszewski, D. Doliński, W. Łukaszewski, M. Marszał-Wiśniewska, *Emocje i motywacja*, [w:] *Psychologia akademicka*, red. J. Strelau, D. Doliński, Gdańsk 2018, s. 589.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> M.in. W. McDougall, *An introduction to social psychology*, Kitchener 2001 [1919].

W perspektywie behawioralnej motywacja badana jest jako zależność pobudek, nawyków oraz popędów, a o motywacji wnioskuje się na podstawie obserwacji zachowań<sup>28</sup>.

W podejściu humanistycznym najbardziej znaną pozostaje teoria Abrahama Masłowa<sup>29</sup>. Badania motywacji w tym podejściu koncentrują się na analizie potrzeb niedoboru (*D-needs*) oraz potrzeb wzrostu (*B-needs*). Teoria ta zakłada pewną hierarchę potrzeb niedoboru, w której na najniższym szczeblu umieszczone są potrzeby fizjologiczne, a na kolejnych potrzeby bezpieczeństwa, miłości i przynależności, szacunku. Na najwyższym szczeblu znajdziemy potrzeby samourzeczywistnienia, do których zaliczane są potrzeby poznawcze (m.in. wiedza, rozumienie świata), potrzeby estetyczne (m.in. symetrii, piękna) oraz potrzeby samorealizacji (m.in. wykorzystania swojego potencjału).

Obecnie największą uwagę skupia na sobie ostatnie z wymienionych podejść – perspektywa poznawcza. Motywacja jest tłumaczona przez pryzmat procesów poznawczych i biologicznych<sup>30</sup>. Koncentruje się ona na badaniu procesów poznawczych, które są odpowiedzialne za motywację i procesy motywacyjne<sup>31</sup>.

Wymienionym wyżej podejściom coraz częściej zarzuca się, po pierwsze, to, że ściśle rozgraniczenie pomiędzy procesami poznawczymi a procesami emocjonalnymi, w tym w kontekście mechanizmu motywacji, nie jest możliwe. Wyniki najnowszych badań naukowych wskazują na współzależność procesów poznawczych z emocjonalnymi<sup>32</sup>. Po drugie, uznaje się za błędne poszukiwanie źródła procesów motywacyjnych jedynie w czynnikach wewnętrznych (tj. w procesach zachodzących w mózgu) bądź zewnętrznych (tj. bodźcach spoza mózgu, z otaczającego środowiska). W tym kontekście podkreśla się, że poznanie mechanizmu motywacji wymaga także uwzględnienia indywidualnych różnic występujących w przypadku interakcji osób ze środowiskiem zewnętrznym<sup>33</sup>.

Z powyższych względów do propozycji koncepcji motywacji prawnej została przyjęta perspektywa poznawcza, w której w procesach moty-

<sup>28</sup> M.in. J.W. Atkinson, *An introduction to motivation*, Princeton 1964.

<sup>29</sup> A.H. Maslow, *Motivation and Personality*, Glenview 1987.

<sup>30</sup> H. Gasiul, *Teorie emocji i motywacji*, Warszawa 2007.

<sup>31</sup> R.E. Franken, *Psychologia motywacji*, tłum. M. Przyłipiak, Gdańsk 2006; D.C. McClelland, *Human Motivation*, Cambridge 1988.

<sup>32</sup> T. Maruszewski, D. Doliński, W. Łukaszewski, M. Marszał-Wiśniewska, *Emocje i motywacja*, op. cit.

<sup>33</sup> F. Rheinberg, *Psychologia motywacji*, op. cit.

wacji mają znaczenia zarówno procesy poznawcze oraz emocjonalne, jak i bodźce zewnętrzne.

### Motywacja prawna i jej mechanizm

Motywacja jest procesem złożonym, na który ma wpływ wiele czynników, które dodatkowo działają łącznie oraz w różnych konfiguracjach w zależności m.in. od cech charakteru oraz doświadczenia osób. Ponadto, analizując motywację w kontekście prawa, należy uwzględnić rzeczywistość społeczną, która jest zjawiskiem skomplikowanym. W konsekwencji nie jest możliwe w takiej teorii uwzględnienie każdego czynnika wpływającego na motywację, dlatego konieczne jest wyodrębnienie istotnych elementów. Proces motywacji możemy zredukować do interakcji wyobrażeń z emocjami, które pod wpływem rozumowania oraz intuicji oddziałują na zachowanie przez generowanie motywu. Ujmując inaczej, w procesie motywacyjnym najistotniejsze znaczenie mają wyobrażenia, emocje, intuicja oraz rozumowanie. Są to podstawowe, ale nie jedyne, elementy, które wpływają na motywację.

### Wyobrażenia

Wyobrażenia, inaczej określane jako symulacje mentalne lub wyobrażeniowe reprezentacje świata (*imaginative representations*), są jedną z postaci poznawczej reprezentacji rzeczywistości w umyśle. W psychologii pojęcie reprezentacji poznawczej jest rozumiane jako umysłowy odpowiednik obiektów istniejących w rzeczywistości lub fikcyjnych. Ujmując inaczej, w procesie przetwarzania informacji w umysłach powstaje reprezentacja poznawcza, która zastępuje postrzegane obiekty<sup>34</sup>.

W zasadzie wyobrażenia są podobne do spostrzeżeń. Różnica pomiędzy nimi jest w tym, że w przypadku wyobrażeń obiekt, który postrzegamy, nie jest w danej chwili w zasięgu zmysłów. Zmysłowy charakter wyobrażeń skutkuje tym, że najczęściej są one związane ze zmysłem wzroku (np. widzenie oczyma umysłu, obrazy w głowie itp.), tj. reprezentacjami obrazowymi. W psychologii obok reprezentacji obrazowych również często wyobrażenia są ujmowane i badane jako reprezentacje werbalne, to znaczy reprezentacje w formie zbioru sądów lub twierdzeń<sup>35</sup>. Pomędzy

<sup>34</sup> E. Nęcka, J. Orzechowski, B. Szymura, S. Wichary, *Psychologia poznawcza*, Warszawa 2020, s. 58.

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 60.



zwolennikami obrazowej oraz werbalnej istoty wyobrażeń nadal toczą się spory. Jednoznacznej odpowiedzi być może nie uzyskamy, a umysł, reprezentując rzeczywistość, może sprawnie wykorzystywać zarówno system obrazowy, jak i werbalny.

Przyjmując różne kryterium podziału, możemy wyróżnić wiele rodzajów wyobrażeń, np. wyobrażenia dotyczące przyszłości (tzw. antycypacyjne) oraz przeszłości (tzw. reproduktywne). Dla teorii motywacji szczególnie istotne są wyobrażenia antycypacyjne. Pozwalają one „zajrzeć” w przyszłość oraz zwizualizować nasze możliwości, a w rezultacie także zastanowić się nad planem postępowania<sup>36</sup>. Głównym zadaniem wyobrażeń jest przedstawienie prawdopodobnych (naszym zdaniem) konsekwencji bycia w określonej sytuacji czy też podjęcia określonego postępowania. Jest to rodzaj prognozy, symulacji, którą budujemy na podstawie naszych dotychczasowych doświadczeń<sup>37</sup>. Za pomocą wyobrażeń możemy rozważyć różne warianty danej sytuacji, możliwości postępowania oraz różne jego konsekwencje. Tym samym możliwe staje się opracowanie planu działania, jego efektów i oczekiwań.

Analizując znaczenia wyobrażeń w procesie motywacyjnym, możemy przyjąć, że oddziałują w nim cztery grupy wyobrażeń: sytuacji, postępowania, zasad i następstw.

Pojęcie wyobrażenia sytuacji jest rozumiane jako reprezentacja określonych okoliczności, w których jesteśmy. Wyobrażenie sytuacji może być skoncentrowane na zadaniu, które musimy lub chcemy wykonać oraz celu, który zamierzamy osiągnąć<sup>38</sup>. W kontekście prawa wyobrażenia sytuacji zawierają także wyobrażenia podmiotów obowiązków i praw. Do wyobrażeń sytuacji zaliczymy także wszystkie wyobrażenia powiązane z danym zadaniem, czynnością czy działaniem. Dla przykładu będą to wyobrażenia terminu wykonania działania, miejsca wykonania czy właściwości działania.

<sup>36</sup> S.E. Taylor, L.B. Pham, I.D. Rivkin, D.A. Armor, *Harnessing the imagination: Mental simulation, self-regulation, and coping*, „American Psychologist” 1998, no. 4, s. 429–439.

<sup>37</sup> S.T. Moulton, S.M. Kosslyn, *Imagining predictions: mental imagery as mental emulation*, „Philosophical Transactions of the Royal Society B Biological Sciences” 2009, vol. 364, s. 1273–1280.

<sup>38</sup> Mechanizm wyboru zadania lub celu nie jest dokładnie poznany. Dla przykładu, proponowane jest podejście, w którym wybór celu wynika z porównania aktualnego stanu z wyobrażeniami przyszłych (m.in. G. Oettingen, H-J. Pak, K. Schreindorfer, *Self-regulation of goal setting: Turning free fantasies about the future into binding goals*, „Journal of Personality and Social Psychology” 2001, vol. 80, no. 5, s. 736–753).

Wyobrażenie postępowania jest to reprezentacja czynności, które będą prowadzić do wykonania zadania lub osiągnięcia celu. Wyobrażenia postępowania są reprezentacjami planu lub programu zachowania. Jest to pewnego rodzaju nasza hipoteza o przebiegu czynności, które podejmiemy, którą zweryfikujemy, działając.

Wyobrażając sobie określone postępowanie, równocześnie musimy wyobrażać sobie, jakie obowiązują zasady i reguły dotyczące tego postępowania. Wśród tych reguł możemy odnaleźć normy prawne, moralne lub inne obowiązujące w danym środowisku. Możemy wyobrażać sobie, że określone reguły zobowiązują nas do podjęcia określonych działań, ale też że nasze postępowanie łączy się z uprawnieniami innych.

Dla prawa szczególnie istotny jest ostatni wyróżniony rodzaj wyobrażeń – wyobrażenie następstw. Są to reprezentacje stanów, które zamierzamy osiągnąć, w tym wyobrażenia szeroko rozumianych następstw naszego postępowania.

## Emocje

Wyobrażenia są ściśle powiązane z emocjami.

Emocje są coraz częstszym przedmiotem badań, w tym w naukach kognitywnych<sup>39</sup>. Dla prawa oraz jego oddziaływania na jednostki najistotniejsze znaczenia mają emocje społeczne. Nie ma zgodności odnośnie do definicji emocji społecznych. W niektórych (skrajnych) ujęciach wszystkie emocje są określane jako społeczne, bowiem wyewoluowały jako mechanizmy ułatwiające życie w społeczeństwie. Jednakże warto zauważyć, że emocje są również efektem wpływu kultury oraz różnych stosunków społecznych. Uznaje się, że emocje społeczne zawsze dotyczą „rzeczywistego lub wyobrażonego obiektu społecznego, którym może być inna osoba lub też społecznie konstruowane »ja«. [...] emocje społeczne pełnią społeczną regulacyjną funkcję”<sup>40</sup>. Do charakterystycznych cech emocji społecznych zaliczono to, że są one kluczowe w komunikacji międzyludzkiej, ułatwiają realizację postawionych celów społecznych oraz ocenę innych osób<sup>41</sup>. Interesującą definicję emocji społecznych zaproponował Jonathan Haidt, który wskazuje, że takie

<sup>39</sup> *Handbook of Emotions*, eds L.F. Barrett *et al.*, New York–London 2016.

<sup>40</sup> S. Hareli, B. Parkinson, *What's Social About Social Emotions?*, „Journal for the Theory of Social Behaviour” 2008, vol. 38, no. 2, s. 131.

<sup>41</sup> K. Barrett, J.J. Campos, *Perspectives on emotional development II: A functionalist approach to emotions*, [w:] *Handbook of infant development*, ed. J.D. Osofsky, New York 1987, s. 555–578.

emocje są „związane z interesami lub dobrem społeczeństwa jako całości lub przynajmniej osób innych niż sędzia lub sprawca”<sup>42</sup>.

### Intuicja i rozumowanie

Wyobrażenia wiążą się z określonymi emocjami, a wynikiem tego procesu staje się motyw, impuls do działania czy też powstrzymania się od działania. Za proces wyboru i połączenia wyobrażeń z emocjami społecznymi są odpowiedzialne intuicja oraz racjonalne rozumowanie. W każdej sytuacji oddziałuje zarówno rozumowanie, jak i intuicja. Jednakże w niektórych przypadkach większy wpływ będzie mieć intuicja, a w innych – rozumowanie. W uproszczeniu, dla potrzeb prawnych, możemy wyróżnić sytuacje, w których w procesie motywacji biorą udział wyobrażenia zasad normatywnych oraz takie, w których brak jest wskazanych wyobrażeń. Jeżeli istnieją wyobrażenia zasad normatywnych (np. przepisy prawne), to w drodze rozumowania zasady postępowania wyrażone w tych wyobrażeniach stają się podstawą działań, motywem. Z powyższego nie wynika jednak, że obecność wyobrażeń zasad normatywnych skutkuje tym, że brak jest udziału intuicji w tym procesie. Intuicyjne rozumowanie charakteryzuje każdy rodzaj motywacji prawnej. Ale w tym przypadku, kiedy mamy określone wyobrażenia zasad normatywnych, konieczne jest konfrontowanie pojawiających się intuicji z tymi zasadami. Główna różnica polega na tym, że w przypadku braku wyobrażeń normatywnych zdecydowaną przewagę ma intuicja. Nie jest ona decydująca, bowiem w dalszym procesie motywacyjnym może zostać stłumiona lub zdominowana przez racjonalne rozumowanie. Odnosnie do przypadków, kiedy w danej sytuacji istnieją wyobrażenia zasad normatywnych, powyższa zależność jest odwrócona. Inaczej ujmując, w przypadku istnienia wyobrażeń zasad normatywnych większy wpływ będzie miało rozumowanie aniżeli intuicja, chociaż pod wpływem intuicji możemy ostatecznie postąpić wbrew zasadom normatywnym.

Bazując na poglądach twórcy psychologicznej teorii prawa, powyżej przedstawiono zarys mechanizmu motywacji prawnej. W proponowanym podejściu wyobrażenia są pierwszym elementem procesu motywacji. Różne rodzaje wyobrażeń generują emocje społeczne. Na proces wyboru i asocjacji wyobrażeń z emocjami mają wpływ intuicja oraz racjonalne rozumowanie, a w wyniku procesu motywacji powstaje motyw.

<sup>42</sup> J. Haidt, *Elevation and the positive psychology of morality*, [w:] *Flourishing: Positive psychology and the life well-lived*, Washington 2003, s. 276.

Przedstawiona koncepcja motywacji nie tylko uwzględnia osiągnięcia współczesnej psychologii, ale też pozwala na przyjęcie szerszej perspektywy na motywacyjne działanie prawa oraz na mechanizmy motywacji.

### Uwagi końcowe

Polski system prawny wyróżnia się nadmiarem regulacji. Znaczna część regulacji prawnych powstaje bez wcześniejszej gruntownej analizy problemów społecznych oraz alternatywnych sposobów rozwiązania. W rezultacie wprowadzane zmiany legislacyjne nie wywołują ani zakładanych efektów, ani nie przyczyniają się do kształtowania oczekiwanych postaw społecznych. Choć prawodawca ma obowiązek uwzględnić stan nauki, to jednak wydaje się, że nie zawsze dostrzega zalety naukowego podejścia do normowanych problemów. Prawdopodobnie jednym z czynników wpływającym na powyższe jest to, że dla systemu prawnego oraz dyskursu prawniczego, a w efekcie też dla legislacji, coraz mniejsze znaczenie i wpływ ma teoria prawa. Postulaty teoretyków prawa o konieczności uwzględnienia dorobku nauk pozaprawnych w prawie nadal pozostają bez należytej uwagi prawodawcy. Omawiane w tekście podejście *evidence-based legislation* w pewnym sensie jest elementem współczesnej interpretacji idei polityki prawa zaproponowanej przez Leona Petrażyckiego. Jej centralnym postulatem jest oparcie decyzji legislacyjnych na danych potwierdzonych naukowo. Zanim jednak przejdziemy do tworzenia konkretnych rozwiązań prawnych, konieczne jest poznanie mechanizmów oddziaływania prawa, w tym jego motywacyjnego charakteru. Współczesne spojrzenie na idee polityki prawa oraz koncepcję motywacji prawnej pozwoli na opracowanie ram teoretycznych dla testowania w badaniach empirycznych.

Mateusz Stępień\*

## Rethinking the Concept of the Effectiveness of Law: Glimpse into Lessons from New Public Design<sup>1</sup>

### Introduction

Numerous fields, whether directly or indirectly, confront the issue of legal effectiveness. This is undoubtedly a crucial and, in many instances, a classical topic within legal disciplines such as legal theory, sociology of law, legal policy, and even specific legal dogmatics. The effectiveness of law, or analogous concepts, remains integral when delving into legal matters. In legal science, various approaches posit that a legal act is effective to the extent that individuals comply with its demands (a perspective known as behavioral effectiveness as articulated by Jerzy Wróblewski)<sup>2</sup>. However, anchoring the assessment of effectiveness solely on the actual realization of a legal act by its subjects neglects the

---

\* Dr hab., prof. UJ, Uniwersytet Jagielloński, ORCID: 0000-0002-1124-8955.

<sup>1</sup> This publication is part of the research project 2019/34/E/HS5/00018 financed by the National Science Centre, Poland.

<sup>2</sup> J. Wróblewski, *Skuteczność prawa i problemy jej badania* [*The Effectiveness of Law and Problems Connected With Studying It*], "Studia Prawnicze" 1980, no. 1–2, pp. 3–26. Look at an example of the so-called 'compliance' theory of the effectiveness of law: A. Allot, *The Effectiveness of Law*, "Valparaiso University Law Review" 1981, vol. 15, no. 2, pp. 229–242.

essential consideration of the goals motivating law-making entities to enact specific laws. The crucial question becomes whether the intended goals of the law-maker are genuinely achieved through a particular legal intervention (a concept termed finistic effectiveness by Wróblewski). These two ways of defining the effectiveness of law, encapsulated in the Wróblewski's differentiation between behavioral and finistic effectiveness – stand out as the most prominent in the literature. However some scholars (Wróblewski included) advocate for more nuanced distinctions between types of effectiveness (including behavioral, motivational, psychological, educational, axiological, symbolic, and communicational<sup>3</sup>). Nevertheless, many fall short of presenting a comprehensive evaluative framework that encompasses consecutive stages of preparation as well as the social functioning of legal acts. Broadly speaking, despite its importance, the effectiveness of law remains an underdeveloped concept, leaving ample room for exploration and further study.

The well-established and broad field of Public Policy (PP) makes a direct contribution to the overall discourse on the effectiveness of law. Surprisingly, there is very little dialogue on this topic, and even fewer exchanges between PP and legal sciences. This noticeable marginalization of PP in discussions held in legal sciences is surprising because within this field the subject of effective or successful policies has earned a central place and has indeed been extensively studied from many different angles.

Against this background, the paper aims to present new investigations on the effectiveness of polices (which also covers law) developed in PP, mostly under the banner of the so-called policy design<sup>4</sup>. Scanning this subfield for stimulating ideas suggests that the dominant approaches to these issues developed in legal sciences are insufficient. In fact, there is a strong need for problematizing the issuing and monitoring of legal regulations in a new way. Additionally, the public seeks better tools for tracking and controlling how the law is used and whether it is effective in contributing to solving societal problems.

It should be stressed that the paper provides a glimpse into the current state of the art in the policy design subfield and only offers initial

---

<sup>3</sup> Explore the overview of Polish achievements in the field of studying the effectiveness of law: M. Stefaniuk, *Skuteczność prawa i jej granice [The Effectiveness of Law and Its Limits]*, "Studia Iuridica Lublinensia" 2011, vol. XVI, pp. 55–72.

<sup>4</sup> The differences between co-called 'old' and 'new' policy design are discussed in: M. Howlett, *From the 'Old' to The 'New' Policy Design: Design Thinking Beyond Markets and Collaborative Governance*, "Policy Science" 2014, vol. 47, pp. 187–207.

insight on the topic of the possible contribution of this field to the studies of the effectiveness of law. Moreover, it does not offer a universal, all-encompassing perspective on 'successful' legal regulation but only demonstrates new avenues explored by policy design studies. This is a first step toward the integration of different research traditions oriented toward the optimization of law.

### The Overall characteristics of the approach to 'effectiveness' in Public Policy

Before transitioning to the study of policy design, it is essential to establish some foundational knowledge about the PP field. Emerging in the mid-20th century, notably marked by Daniel Lerner and Harold Lasswell's seminal book *The Policy Sciences*<sup>5</sup>, PP encompasses the preparation, formulation, implementation, and evaluation of various governmental interventions (policies) while integrating elements from multiple fields within the social sciences. The research perspective offered by PP is distinctive in several key aspects<sup>6</sup>.

Firstly, PP endeavors to propose theories, models, and concepts, ideally all grounded in empirical research, with a primary focus on the societal dynamics involved in the creation and implementation of public policies. This includes addressing broad societal issues through policies enacted by public organizations and public decision-makers. Secondly, PP strongly favors a model-based analytical approach, following the legacy of Max Weber. This preference for creating models of phenomena enhances the general character of the analysis of public policy mechanisms. Thirdly, PP stands out as distinctly multidisciplinary, placing a heightened emphasis, compared to other perspectives, on the various dynamics of institutions, organizations, and decision-making processes inherent in the functioning of public organizations. Fourth, PP tends to formulate practical guidelines for the creation, implementation, and evaluation of public policies (law included). This emphasis on applying theories and models to practice aligns with the field's overarching

<sup>5</sup> *The Policy Sciences: Recent Developments in Scope and Method*, eds D. Lerner, H.D. Lasswell, Stanford 1951.

<sup>6</sup> For the general overview of the history and the state of the art see e.g.: P. DeLeon, *The Historical Roots of the Field*, [in:] *The Oxford Handbook of Public Policy*, eds M. Moran, M. Rein, R. Goodin, Oxford 2006, pp. 39–57; P. DeLeon, C. Martell, *The policy sciences: past, present and future*, [in:] *Handbook of Public Policy*, eds B.G. Peters, J. Pierre, London 2006, pp. 31–48.

problem-solving orientation. As a result, PP is dedicated to offering actionable insights and recommendations to address societal challenges through effective policy-making.

In the study of effectiveness, PP has long been in a paradoxical situation. On one hand, the effectiveness of policies, programs, reforms, regimes, institutions, and laws forms the heart of the field. As mentioned, PP has emerged as an interdisciplinary forum oriented around various aspects of policy approached from the optimization perspective, mainly for securing effective policy-making and effective policies. One could argue that all subjects discussed in PP, in fact, refer to effectiveness. Even entire subfields of PP focus on effectiveness. For instance, so-called policy analysis constitutes an important part of PP. Judith Gill and Laura Saunders characterize this subfield as “a method for structuring information and providing opportunities for the development of alternative choices for the policymaker”<sup>7</sup>. However, such an assessment assumes some vision of ‘policy effectiveness’. Also, when considering the policy evaluations field, authors tend to focus on ‘whether the policy works’. The whole field of policy evaluation usually assesses the effectiveness of a public policy in terms of its intended goals and results. In this framework, since the origins of the field, discussions in PP have historically revolved around two perspectives on conceptualizing policy effectiveness. The first perspective focuses on creating effective policies, ones with a high likelihood of success, and can be termed an anticipatory approach (prospective effectiveness). Here, the narrative adopts the viewpoint of policymakers, offering optimization-oriented guidance. The second perspective centers on evaluating the functioning of a policy, taking a post-factum approach (retrospective effectiveness) to assess how a policy has performed, providing insights for future decisions. This is often explored by policy analysts, evaluation agencies, NGOs, and policymakers. From a policy evaluation standpoint, retrospective effectiveness mainly involves studying the effectiveness of specific policy instruments, measures, or institutional designs in bringing about changes in the actions of policy targets.

On the other hand, although it can be said that the whole discipline is genetically oriented to the subject of policy effectiveness (retrospective or prospective), it is quite noticeable that the concept has, for a long time, been rather understudied and underdeveloped, tackled in a relatively ‘light-touch’ fashion, or taken for granted rather than

---

<sup>7</sup> J.I. Gill, L. Saunders, *Toward a Definition of Policy Analysis*, “New Directions for Institutional Research” 1992, iss. 76, pp. 6–7.



comprehensively developed. For years, the explicit literature on policy effectiveness was notably scarce and often lacked nuanced conceptualization. It is important to note that the prevailing understanding of policy effectiveness was closely aligned with the simple notion of achieving intended goals. The field had long embraced a non-compound understanding of the effectiveness of public policy. For example, some define it as “the extent to which policies are achieving the benefits they are supposed to achieve plus any unanticipated side benefits”<sup>8</sup>; or “the extent to which a policy is able to give effect to its stated goals”<sup>9</sup>. Despite the differences, these two definitions share the classical framework associated with the rationalist tradition of the decision-making process, focused on the relationship between ‘means’ and ‘goals’, which has dominated the field for decades.

Fortunately, the last decade has witnessed the emergence of various new approaches, one of which, known as new policy design, will be discussed in more detail below. This approach offers more explicit and elaborated ways of conceptualizing policy effectiveness. Before delving into the contributions of new policy design, let us establish an important distinction in the ways effectiveness is conceptualized in PP.

### Toward the robust approach

As was mentioned, for decades the narrow approach to policy effectiveness, which corresponds to the dominant thread in the legal sciences, covers the assessment of whether the goals intended by a given policy are going to be or have been established directly by that policy. Note also, that in line with the narrow definition, there are more evaluation criteria that are also important (efficacy, flexibility, persistence, justice, equality, transparency), but effectiveness is often seen as the most important.

This approach has dominated the field until recently. Currently, the robust approaches to effectiveness have been gaining much interest. This is related to challenging the over-rationalist orientation of the field and making room for more comprehensive, non-one-sided views on public policies. PP scholars have advanced frameworks for assessing

---

<sup>8</sup> S.S. Nagel, *Efficiency, Effectiveness, and Equity in Public Policy Evaluation*, “Review of Policy Research” 1986, vol. 6, p. 99.

<sup>9</sup> A.S. Bali, G. Capano, M. Ramesh, *Anticipating and Designing for Policy Effectiveness*, “Policy and Society” 2019, vol. 38, iss. 1, p. 2.

typologies and scales of success in real cases. This work enabled the researchers to progress beyond, frankly speaking, the elegant but oversimplified emphasis on goal achievement that dominated the field, classic program evaluation included. What this new line of research intends is a robust framework of policy effectiveness.

For instance, Douglas Baker and James McLelland's conceptualization of policy effectiveness serves as a perfect example of a robust approach<sup>10</sup>. Building on Sadler's theory of the 'effectiveness triangle'<sup>11</sup>, they expanded the framework to focus on policy as a function of various efficacy aspects surrounding it. They adopted procedural (practice), substantive (performance), and transactive (proficiency) aspects from Sadler, and added a normative (purpose) aspect. The expanded framework forms a 'circular effectiveness cycle', connecting all four aspects to analyze policy effectiveness. This framework was employed to track the implementation of a given policy by understanding how it was applied and the procedures followed. Examining the performance and proficiency involved in the implementation process provides a clear understanding of not only whether the policy objectives were met but also how resources were utilized to achieve these objectives. The assessment of the normative aspect involves analyzing whether the intended goals were realized by the policy. Overall, policy effectiveness is reflected through the extent to which a policy functions across all four aspects of the circular effectiveness cycle.

An even broader perspective has been employed by Jenny Stonemeier, Barb Trader, Laura Kaloi and Gabrielle Williams who proposed a set of indicators of 'effective policy development & implementation'<sup>12</sup>. The name suggests that the continuous process of the social functioning of policy (including formulation and implementation) is under scrutiny rather than just one phase. Thus, the entire process of the policy's functioning is on the radar, not just narrow elements such as achieved goals. This perspective implies that the achievement of intended goals cannot be the sole criterion. Stonemeier *et al.* provide five indicators

---

<sup>10</sup> D. Baker, J.N. McLelland, *Evaluating the Effectiveness of British Columbia's Environmental Assessment Process for First Nations' Participation in Mining Development*, "Environmental Impact Assessment Review" 2003, vol. 23, pp. 581–603.

<sup>11</sup> B. Sadler, *International Study of the Effectiveness of Environmental Assessment – Final Report. Environmental Assessment in a Changing World: Evaluating Practice to Improve Performance*, Ottawa 1996.

<sup>12</sup> J. Stonemeier, B. Trader, L. Kaloi, G. Williams, *Indicators of Effective Policy Development & Implementation*, "SWIFT Center Issue Brief #8" 2016, files.eric.ed.gov/fulltext/ED576672.pdf [accessed: 19.02.2024].

of the effectiveness of a given policy: (1) policy-practice alignment, (2) stakeholder engagement, (3) active implementation, (4) ongoing evaluation and support, and (5) transparency. Each category comprises several more detailed indicators. An effective policy is depicted as one that provides a much larger set of desirable social effects than merely achieving the intended goals.

As will be shown, authors from policy design studies have substantially shifted the way of thinking on effectiveness as a multidimensional criterion in a new direction.

### Developments of new policy design studies

Because policies mainly deal with problem-solving, the policy design orientation developed within the PP field is essentially about developing policy solutions in a deliberate manner to ensure that problems will be solved<sup>13</sup>. Thus, an effective policy, one capable of addressing the problem at hand, serves as the foundational element of any policy design. Other goals, such as efficiency and equity, or building long-term resilience, are constructed upon this foundation. In this vein, the focus is redirected from compliance or merely achieving the goals of a given intervention to a more comprehensive view. This demonstrates that new policy designs employ a very broad perspective when dealing with effectiveness.

While it's not possible to present a comprehensive view of policy effectiveness developed in new policy design, even a glimpse would highlight the peculiarities and specificity of this approach<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> M. Howlett, *The Criteria for Effective Policy Design: Character and Context in Policy Instrument Choice*, "Journal of Asian Public Policy" 2018, vol. 11, iss. 3, pp. 245–266.

<sup>14</sup> See, e.g. *idem*, *Designing Public Policies: Principles and Instruments*, Abingdon–New York 2019; M. Howlett, I. Mukherjee, *Policy Design and Non-Design: Towards a Spectrum of Policy Formulation Types*, "Politics and Governance" 2014, vol. 2, no. 2, pp. 57–71; M. Howlett, I. Mukherjee, J. Rayner, *Elements of Effective Program Design: A Two-Level Analysis*, [in:] *Handbook of Policy Formulation*, eds M. Howlett, B. Mountain, I. Mukherjee, London 2017, pp. 129–144; B.G. Peters, G. Capano, M. Howlett, I. Mukherjee, M.H. Chou, P. Ravinet, *Designing for Policy Effectiveness: Defining and Understanding a Concept. Elements in Public Policy*, Cambridge 2018; N. Chindarkar, M. Howlett, M. Ramesh, *Introduction to the Special Issue: "Conceptualizing Effective Social Policy Design: Design Spaces and Capacity Challenges"*, "Public Administration and Development" 2017, vol. 37, iss. 1, pp. 3–14.

Firstly, design studies underscore the deliberate bundling or combination of policy tools into policy ‘portfolios’ or ‘mixes’ to achieve policy goals<sup>15</sup>. This approach demands a holistic perspective on the effectiveness of a particular policy or intervention, shifting the focus from individual ‘tools’ to the entire ‘toolkit’. The idea is that the attributes of these policy mixes, assembled in ‘portfolios’ or ‘bundles’, work together to align policy goals with tools, contributing to more effective designs<sup>16</sup>. Such a perspective shifts attention to the criteria of these ‘portfolios’, which encompass coordination, coherence, consistency, degrees of autonomy, goodness of fit, complementarity, targeting, as well as reversibility, contingency, transitions, and, more recently, adaptability, resilience, robustness, sustainability, explicitness, and agility. These criteria provide a comprehensive framework for evaluating policy designs, surpassing the narrow focus on the achievement of intended goals. However, it’s important to note that using ‘portfolios’ – related criteria complicate the work of policy designers and evaluators, as these criteria may not always align. This approach calls for meta-criteria to help manage conflicts between these first-order attributes.

Secondly, authors working on the ‘new design’ orientation in PP<sup>17</sup> have introduced a framework that guides designers in anticipating policy effectiveness. They emphasize the anticipation aspect in planning policy interventions, particularly relevant to implementation. This involves policymakers foreseeing potential challenges that may arise during implementation, such as unexpected problems or differentiated contexts, and proactively addressing them through policy design. This requires policy designers to anticipate various reactions from decision-makers, implementers, policy evaluators, and the public. In line with this perspective, some argue that developing effective policies

---

<sup>15</sup> A. Schaffrin, S. Sewerin, S. Seubert, *The Innovativeness of National Policy Portfolios – Climate Policy Change in Austria, Germany, and the UK*, “Environmental Politics” 2014, vol. 23, iss. 5, pp. 860–883.

<sup>16</sup> A.S. Bali, M. Ramesh, *Policy Capacity: A Design Perspective*, [in:] *Routledge Handbook of Policy Design*, eds M. Howlett, I. Mukherjee, New York 2018, pp. 334–336.

<sup>17</sup> M. Howlett, R.P. Lejano, *Tales From the Crypt: The Rise and Fall (and Rebirth?) of Policy Design*, “Administration & Society” 2013, vol. 45, iss. 3, pp. 357–381; M. Howlett, P. del Rio, *The Parameters of Policy Portfolios: Verticality and Horizontality in Design Spaces and Their Consequences for Policy Mix Formulation*, “Environment and Planning C” 2015, vol. 33, no. 5, pp. 1233–1245.

necessitates designers and implementation actors to possess specific skill sets and competencies<sup>18</sup>.

Thirdly, the new wave of policy design emphasizes that the assessment of policy effectiveness should be inherently multidimensional and multiperspective. Considering the features of the political process, it is argued that evaluations should not be based on a one-off snapshot but should instead consider both (1) programmatic, technical, or problem-centered concerns and (2) the political priorities of the government<sup>19</sup>. To further enrich the understanding, Addison Mitchell McConnell<sup>20</sup> introduced a third perspective, process success, creating a three-dimensional assessment. Mallory Compton and Paul 't Hart<sup>21</sup> added a fourth criterion. According to them, assessing policy success/effectiveness involves evaluating cases against programmatic (goal achievement), process (social appropriateness and perceived justice in the design process), political (widespread political support), and temporal (sustaining performance amid changing circumstances) criteria. They propose a definition for policy success/effectiveness, stating that a policy is completely successful to the extent that it creates widely valued social outcomes through design, decision-making, and delivery processes that enhance both problem-solving capacity and political legitimacy. Importantly, the policy must sustain this performance for a considerable period, even in the face of changing circumstances.

This underscores the importance of the criterion related to the notion of 'dynamic' policy effectiveness, ensuring that policies adapt not only to the problem in a given context but also to changing conditions over time. Designers are tasked with accommodating turbulence and uncertainty in policy cycles, as well as policy 'surprises'. This necessitates the incorporation of feedback mechanisms and procedures for automated or semi-automated calibrations. Developing resilience and

---

<sup>18</sup> X. Wu, M. Ramesh, M. Howlett, *Policy Capacity: A Conceptual Framework for Understanding Policy Competences and Capabilities*, "Policy and Society" 2015, vol. 34, iss. 3, pp. 165–171.

<sup>19</sup> M. Bovens, P. 't Hart, B.G. Peters, *Analysing Governance Success and Failure in Six European States*, [in:] *Success and Failure in Public Governance: A Comparative Analysis*, eds *idem*, Cheltenham 2001, p. 20.

<sup>20</sup> A. McConnell, *Policy Success, Policy Failure and Grey Areas In-Between*, "Journal of Public Policy" 2010, vol. 30, iss. 3, pp. 345–362.

<sup>21</sup> M.E. Compton, P. 't Hart, *How to 'See' Great Policy Successes: A Field Guide to Spotting Policy Successes in the Wild*, [in:] *Great Policy Successes*, eds *idem*, Oxford 2019; similarly: M.E. Compton, J.C. Luetjens, P. 't Hart, *Designing for Policy Success*, "International Review of Public Policy" 2019, vol. 1, iss. 2, pp. 119–146.

robustness in a policy, defined as “the property of policies that allows them to continue to deliver, over time, their intended functions, purposes, and objectives, even under negative circumstances”<sup>22</sup>, requires blending existing policy mixes with a range of substantive tools (automatic or semi-automatic adjustments), procedural tools, and overcoming capacity deficits.

Fourthly, the new design approach also underscores the performative role of assessing something as ‘effective’<sup>23</sup>. Declaring a public policy ‘X’ as a ‘success’ is often, if not always, an act of interpretation or framing. Making such a claim in a public forum inherently involves politics. The key question is how the assertion that ‘X is a success’ becomes widely accepted and forms a shared narrative, or conversely, how it is contested. When widely accepted, it becomes performative; ‘X’ appears more effective because many proclaim it to be so, and this communication contributes to its perceived effectiveness. In some cases, ‘X’ becomes ingrained in collective memory through repeated retelling and other ‘rituals of truth’. Joannah Luetjens, Michael Mintrom, Paul ‘t Hart note that once ‘X’ achieves iconic status, it becomes a crucial tool in shaping the self-images and reputational claims of policy-makers<sup>24</sup>. Those who credibly claim authorship of the creation and preservation of ‘X’ stand to gain significantly. This perspective underscores the importance of the process in constructing the public perception of a given policy as ‘effective’. Success is not an event, but a label people use to express a value judgment about events. A policy success is constructed within the narratives about a policy.

## Conclusion

The burgeoning interest in policy effectiveness within the subfields of public policy (new policy design), considered here as a scientific field, should not escape the attention of legal scholars. For decades, their exploration of understanding the effectiveness of law has served as inspiration for researchers across various disciplines. However, in contemporary times, they seem to have relinquished their primacy

<sup>22</sup> M. Howlett, *Matching Policy Tools and Their Targets: Beyond Nudges and Utility Maximisation in Policy Design*, “Policy & Politics” 2018, vol. 46, no. 1, pp. 101–124.

<sup>23</sup> *Public Policy Success: Lessons From Australia and New Zealand*, eds J.C. Luetjens, M. Mintrom, P. ‘t Hart, Canberra 2019.

<sup>24</sup> J.C. Luetjens, M. Mintrom, P. ‘t Hart, *On Studying Policy Successes in Australia and New Zealand*, [in:] *Public Policy Success...*, *op. cit.*, pp. 1–28.

in inventiveness and sophistication when dealing with studies on the effectiveness of governmental 'interventions'.

In contrast, scholars delving into new design policy studies are attempting to broaden the scope of interest when contemplating effectiveness or success in the public realm. They offer new reservoirs of topics and problems related to these considerations. Recognizing that this is not the place for evaluating their conceptual foundations and usefulness – acknowledging that each scientific endeavor sheds light on certain aspects while potentially blurring or silencing others – this sketch calls for a rethinking of the concept of the effectiveness of law in legal sciences, particularly in legal theory, sociology of law, and legal policy.

There is still much to be done concerning of the effectiveness of law or public decisions. Importantly, the new policy design remains strongly influenced by the rationalistic tradition, encapsulated by a foundational focus on the 'goals-means' framework. It only slightly opens itself to new, more deconstructive thinking, as demonstrated in viewing effectiveness as a performative process. Exploring the new perspectives developed in policy design, legal scholars can simultaneously offer a more critical and unorthodox view of the effectiveness of government interventions. This involves raising questions about whether the public always desires effective laws and whether some degree of ineffectiveness of laws is even desirable, considering that law often works to dramatize conflicting values without their meticulous realizations. Delving deeper into the nature of law as an element of the broader social infrastructure for archiving values – and values are not only plural and conflicted but also dynamic and not easily articulatable – makes the question of effectiveness even more complicated.





Barbara Stoczewska\*

## Idea państwa prawa w myśli Alexisa de Tocqueville'a i Friedricha Augusta von Hayeka

Nie bez powodu ten artykuł dedykowany Tadeuszowi Biernatowi odnosi się do problematyki państwa prawa. Jest to bowiem zagadnienie, które w dorobku naukowym Profesora zajmuje bardzo istotne miejsce. Państwo rządzone przez prawo nazywa on „jednym z najważniejszych pojęć konstytutywnych dla rzeczywistości politycznej i prawnej”<sup>1</sup>. Przypomina ponadto, że „stanowi *sui generis* wzór wyznaczający sposób funkcjonowania władzy publicznej”<sup>2</sup>.

Nie sposób polemizować z tezą, że idea państwa prawa zrodziła się na gruncie osiemnastowiecznego konstytucjonalizmu i stanowi dorobek myśli politycznej oświecenia, w szczególności doktryny liberalizmu. Z drugiej jednak strony pewne elementy państwa opartego na rządach prawa dostrzec można bardzo wyraźnie już w rozważaniach myślicieli czasów antycznych<sup>3</sup>. Wystarczy przytoczyć słowa Arystotelesa zawarte

---

\* Prof. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0002-3641-0728.

<sup>1</sup> T. Biernat, *Zasada the rule of law a definiowanie pojęcia państwa prawa*, [w:] *Demokratyczne państwo prawa. Zagadnienia wybrane*, red. M. Aleksandrowicz, A. Jamróż, L. Jamróż, Białystok 2014, s. 25.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Warto też przytoczyć słowa M. Zmierczak, że „Historia pojmowania »państwa prawnego« poucza bowiem przede wszystkim o tym, że termin ten ukrywa

w jego *Polityce*, że „jest właściwsze, żeby prawo władało, aniżeli jeden jakiś spośród obywateli”<sup>4</sup>. Zdaniem Stagiryty, „gdzie prawa nie rządzą, tam nie ma ustroju. Prawo bowiem musi panować nad wszystkim”<sup>5</sup>. Tylko te dwa cytaty przemawiają na korzyść sformułowanej przez Hayeka tezy, że nowożytne rozumienie określenia „rządy praw, a nie ludzi” wywodzi się bezpośrednio właśnie od myśli Arystotelesa<sup>6</sup>.

Genezy demokratycznego modelu państwa prawa najczęściej upatruje się też w myśli Jana Jakuba Rousseau, którego koncepcja suwerenności ludu stanowi fundament organizacji państwa, a prawo interpretowane jest jako przejaw woli powszechnej. Republiką nazywał każde państwo rządzone przez prawa, które są w istocie „warunkami stowarzyszenia powszechnego, a naród podległy prawom, powinien być ich twórcą”<sup>7</sup>. Według Rousseau wola powszechna działa tylko przez ustawy, zaś zwierzchnikiem nazywa on organ powołany do jej wyrażania. Zwierzchnictwo to wyposażone jest w tak ważne atrybuty jak niezbywalność, niepodzielność oraz absolutność:

Zwierzchnik jest wyłącznym panem stanowienia takich lub innych norm, nakładania takich lub innych obowiązków i nikt nie może go w tym ograniczyć. Wypływa to z samego stanowiska zwierzchnika, jako władzy najwyższej, nie mającej już nikogo nad sobą<sup>8</sup>.

W ślad za Monteskiuszem Rousseau w konieczności podziału władz upatruje jeden z istotnych fundamentów państwa prawa i prezentuje się jako zdecydowany przeciwnik łączenia w jednym podmiocie funkcji ustawodawczych i wykonawczych. Równocześnie jednak nie uważa egzekutywy za władzę we właściwym tego słowa znaczeniu, powierza jej bowiem zadania natury administracyjnej i sądowniczej. Władza – jego zdaniem – powinna spoczywać wyłącznie w rękach zwierzchnika, jedyne prawo dawcy: „Nie jest bowiem rzeczą dobrą, by ten, kto stanowi

---

w sobie ideał państwa, do którego zmierzano przez 200 lat i do którego zapewne długo jeszcze będziemy się zbliżać” – *eadem*, *Kształtowanie się koncepcji państwa prawnego (na przykładzie niemieckiej myśli polityczno-prawnej)*, [w:] *Polskie dyskusje o państwie prawa*, red. S. Wronkowska, Warszawa 1995, s. 23.

<sup>4</sup> Arystoteles, *Polityka*, [w:] *Dzieła wszystkie*, t. VI, *Polityka, ekonomia, retoryka, retoryka dla Aleksandra, poetyka, zachęta do filozofii, ustrój polityczny Aten, list do Aleksandra Wielkiego, testament*, Warszawa 2001, s. 103.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 114.

<sup>6</sup> F.A. von Hayek, *Konstytucja wolności*, tłum. J. Stawiński, Warszawa 2006, s. 171.

<sup>7</sup> J.J. Rousseau, *O umowie społecznej*, tłum. i oprac. M. Starzewski, Kraków 1927, s. 46 i n.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. XXII.

prawo, wykonywał je, ani by ciało narodu odwracało swą uwagę od spraw ogólnych i poświęcało się przedmiotom szczególnym”<sup>9</sup>. Państwo, które Rousseau nazywa „osobą publiczną, utworzoną przez zjednoczenie się wszystkich poszczególnych osób”<sup>10</sup>, zachowa swój republikański wzorzec, jeśli nie dojdzie w nim do „zepsucia prawodawcy”<sup>11</sup>. Co jest – w jego przekonaniu – najważniejszym powodem, dla którego „państwo psuje się w swojej istocie, a wszelka naprawa jest niemożliwa”<sup>12</sup>. Odpowiedź zdaje się brzmieć jednoznacznie: „nie masz bardziej niebezpiecznej rzeczy nad wpływ prywatnych interesów w sprawach publicznych”<sup>13</sup>. Znacznie poważniejszych trudności interpretacyjnych nastęrcza koncepcja wolności w ujęciu Rousseau. Wypada zgodzić się z opinią, że jego poglądów sytuujących się na pograniczu klasycznej i nowożytnej filozofii politycznej nie sposób pogodzić zarówno z pierwszą, jak i drugą tradycją<sup>14</sup>. Pozostawiając zatem na uboczu ten wątek, którego pogłębianie prowadzić by mogło do podjęcia polemiki z oskarżeniami Rousseau o ojcostwo dwudziestowiecznego totalitaryzmu<sup>15</sup>, lepiej przejść do syntetycznego przedstawienia rozważań, jakie na temat państwa prawa prowadzili niektórzy przedstawiciele dziewiętnastowiecznego liberalizmu, doktryny, której główne idee koncentrowały się, jak wiadomo, wokół takich m.in. kwestii jak wolność, a zwłaszcza jej granice, oraz zagrożenia w kontekście postępu procesów demokratyzacji<sup>16</sup>. Tak stanowczo przez Rousseau artykułowana idea suwerenności ludu, polegająca na odrzuceniu wszelkich jej ograniczeń, była coraz częściej kontestowana w środowisku dziewiętnastowiecznych liberałów. Wśród prekursorów

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. 77.

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 19.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 68.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 69.

<sup>14</sup> Szerzej o tym piszą: I. Barwicka-Tylek, D. Pietrzyk-Reeves, *Wolność w ujęciu Jana-Jakuba Rousseau: pomiędzy starożytnymi a nowożytnymi*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2016, t. 9, z. 2, s. 211–232; por. także: M. Kalinowski, *O granicach wolności i groźbie tyranii. J.J. Rousseau i jego krytycy*, „Przegląd Filozoficzny – Nowa Seria” 2012, nr 4, s. 337 i n.

<sup>15</sup> Szerzej zob. M. Zmierzak, *Koncepcja państwa prawnego jako ograniczenie władzy narodu*, [w:] *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologia*, red. J. Kowalski, Warszawa 2008, s. 104.

<sup>16</sup> Szerzej o wolności w ujęciu klasycznego liberalizmu pisze K. Jasiński – *idem*, *Czy wolność człowieka jest absolutna? Punkt widzenia liberalizmu klasycznego*, „Idea. Studia nad Strukturą i Rozwojem Pojęć Filozoficznych”, Białystok 2011, nr XXIII, s. 53–64.

tego stanowiska był Benjamin Constant, który przeczył tezie o nieograniczoności każdej władzy, nawet tej najbardziej demokratycznej. Tak niezwykle istotna wartość jednostki, nazywana przez niego niepodległością egzystencji indywidualnej, podlega koniecznej ochronie, a jakiegokolwiek przejawy ingerencji w tę sferę przez większość społeczeństwa nosiły w przekonaniu tego liberała znamiona „takiej samej zbrodni, jak despota niemający innych praw, jak tylko katowski miecz”<sup>17</sup>.

Prezentowana przez Constanta wersja indywidualistycznego liberalizmu nieco różni się od koncepcji zakładających poszukiwanie dróg pośrednich między fundamentalną dla liberałów zasadą indywidualnej wolności a równością, której nieuchronny pochod, jak pisał Tocqueville, był coraz wyraźniej obserwowany<sup>18</sup>. Obawy przed zjawiskiem egalitaryzmu w kontekście postępów demokratyzacji i przede wszystkim rozszerzania prawa wyborczego wyrażał John Stuart Mill. Jego szczególne zaniepokojenie budził wzrost aspiracji politycznych klasy robotniczej, której przedstawiciele w rządzie mogą kierować się własnym, krótkowzrocznym interesem ekonomicznym. Właściwe mu przywiązanie do tradycji egalitaryzmu skłoniło go do prezentowania tezy, że nie wszyscy w równym stopniu mają prawo do podejmowania decyzji politycznych, mających istotne znaczenie dla całej wspólnoty<sup>19</sup>. Stąd też jego postulat wprowadzenia tzw. pluralnego głosowania opierającego się na kryterium wykształcenia. Co prawda Mill nie sformułował w sposób jednoznaczny idei państwa prawa, nie posługiwał się wprost tym pojęciem, jednak z jego licznych wypowiedzi wyłania się wizja państwa, które opiera się na niezwykle istotnym katalogu podstawowych wartości. W rozdziale piątym swojego słynnego eseju *O wolności* formułuje bardzo ogólną definicję takiego państwa, pisząc:

Wartość państwa na długą metę równa się wartości jednostek, które się na nie składają; a państwo, które stawia ich rozwój duchowy i uszlachetnienie niżej od nieco lepszej administracji lub tego pozoru jej ulepszenia, które [...] pomniejsza swoich obywateli, aby byli posłusznymi narzędziami w jego rękach, choćby nawet dla dobroczynnych celów – przekona się, że nie można dokonać żadnych wielkich rzeczy z małymi ludźmi i że dosko-

<sup>17</sup> B. Constant, *O monarchii konstytucyjnej i rękojmiach publicznych*, tłum. W. Niemojowski, red. i wstęp A. Bosiacki, Warszawa 2016, s. 68.

<sup>18</sup> Szerzej o tym zob. M. Zgiep, *Wolność i demokracja: liberalizm deliberatywny J.S. Milla i J. Rawlsa*, [w:] *Liberalizm i teoria polityczna*, red. Ł. Dulęba, J. Wiśniewski, Poznań 2016, s. 25–47.

<sup>19</sup> K. Aksiuto, *John Stuart Mill i dylematy tradycji republikańskiej*, [w:] *Liberalizm i teoria polityczna*, op. cit., s. 17.

nałość mechanizmu, dla którego wszystko się poświęciło, na nic mu się w końcu nie przyda z powodu braku siły żywotnej, której ono wołało się pozbyć, a która jest niezbędna do tego, aby maszyna mogła funkcjonować bez zarzutu<sup>20</sup>.

Głównym zadaniem rządu jest – według Milla – uwzględnianie społecznie pożądaných celów oraz nade wszystko ochrona indywidualnej wolności, której istota polega na zabezpieczeniu jej przed despotyzmem i tyranją. Rząd realizujący takie zadania oraz nienarzucający społeczeństwu własnych koncepcji natury tak politycznej, jak religijnej czy moralnej ma szansę zaistnienia w warunkach ustroju, który Mill nazywa racjonalną demokracją<sup>21</sup>. Taki ideał przeciwstawiał złej demokracji, której główną wadą miało być – w jego przekonaniu – opieranie się na pozornych większościach, lekceważenie mniejszości, a także sprzyjanie powstawaniu rządów miernoty. Remedium na to ostatnie niebezpieczeństwo była jego dość kontrowersyjna koncepcja ordynacji wyborczej odrzucająca zasadę powszechności i przyznająca prawo głosu jedynie osobom wykształconym. Udział w wyborach był – zdaniem Milla – równoznaczny z istotą obywatelstwa, dlatego powinien być traktowany nie jako przywilej, lecz obowiązek polegający na „głosowaniu wedle najsumienniejszego swego przekonania opartego na świadomości dobra publicznego”<sup>22</sup>.

Przechodząc do analizy wywodów Alexisa de Tocqueville'a dotyczących problemu państwa prawa, wypada stwierdzić, że w jego przekonaniu, istotą takiego państwa jest zachowanie maksimum indywidualnej wolności w warunkach władzy pochodzącej z woli większości. Ustrój polityczny sprzeczny z taką zasadą nazywał Tocqueville tyranją większości, w odróżnieniu od despotyzmu demokratycznego<sup>23</sup>. To pierwsze pojęcie dotyczyło sytuacji, w której demokratycznie wybrany rząd nie uwzględnia interesu mniejszości. Despotyzm demokratyczny występuje natomiast wówczas, gdy władza lekceważy prawo, może jednak działać w interesie rządzących. Zdaniem Tocqueville'a instrument despotyzmu może być wykorzystywany w warunkach władzy wypełniającej

<sup>20</sup> J.S. Mill, *O wolności. O zasadzie użyteczności*, tłum. F. Mierzejewski, Warszawa 2003, s. 171–172.

<sup>21</sup> Por. *idem*, *O rządzie reprezentatywnym. Poddaństwo kobiet*, przekład przejrzał i wstępem opatrzył J. Hołówka, Kraków 1995, s. 5–6.

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 177.

<sup>23</sup> A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, t. I, tłum. B. Janicka, M. Król, Kraków 1996, s. 259.

znamiona tyranii, równocześnie jednak może się ona bez niego obejść<sup>24</sup>. Należy przyjąć, że Tocqueville pod pojęciem tyranii większości rozumiał przede wszystkim określoną formę rządów, taki sposób funkcjonowania władzy, która działając bez niezbędnych ograniczeń i hamulców, lekceważy prawa mniejszości, a nade wszystko gwałci indywidualną wolność jednostki<sup>25</sup>. Pozostający jedynym suwerenem lud, na drodze wolnych wyborów, decyduje *de facto* o głównych organach władzy, a zatem ostatecznie to w rękach większości, która aktualnie wygrała wybory, spoczywa ster rządów w państwie. Nie może to jednak oznaczać, że większość ta uzurpuje sobie prawo do decydowania za innych.

Tocqueville na kartach swojej słynnej książki wskazywał na dwa główne niebezpieczeństwa zagrażające demokracji. Pierwszym było „całkowite podporządkowanie władzy ustawodawczej woli wyborców”<sup>26</sup>, drugim zaś złamanie zasady podziału władz przez „skoncentrowanie wszystkich innych władz w łonie władzy ustawodawczej”<sup>27</sup>. Tocqueville twierdził, że demokracja przejawia szczególną skłonność do nadawania wyjątkowego znaczenia władzy ustawodawczej jako tej, która jest wyrazicielem woli ludu:

ponieważ organ ten jest władzą, która w najbardziej bezpośredni sposób pochodzi od ludu, jest również ciałem, które najmocniej uczestniczy w jego wszechwładzy. Często w organie ustawodawczym dostrzegamy więc dążenie do koncentrowania wszystkich rodzajów władzy. Owa koncentracja władz, szczególnie szkodliwa dla dobrego sprawowania rządów, ustanawia despotyzm większości<sup>28</sup>.

Zadanie, jakiego podjął się francuski myśliciel, miało nie tylko polegać na wskazaniu zagrożeń ze strony demokracji dla wolności i praw człowieka, lecz przede wszystkim być próbą znalezienia środków zaradczych. Jak sam przyznał, „jeśli zło jest tak wielkie, jak się wydaje [...], czy zbadawszy je starannie, nie znaleźlibyśmy na nie środka? Takie pytania muszą sobie stawiać wszyscy szczerzy przyjaciele wolności”<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Szerzej o tym: M. Tracz-Tryniecki, *Myśl polityczna i prawna Alexisa de Tocqueville*, Kraków 2009, s. 196 i n.

<sup>25</sup> Por. też: J. Szczepański, *Groźba tyranii większości i demokracji totalitarnej*, [w:] *Nowe spojrzenia w naukach o polityce*, red. W. Jakubowski, A. Krawczyk, J. Szczepański, t. 2, Warszawa 2011, s. 169–177.

<sup>26</sup> A. de Tocqueville, *O demokracji...*, *op. cit.*, s. 155.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 154.

<sup>29</sup> *Idem*, *Listy o sytuacji wewnętrznej Francji*, tłum. I. Chrzanowska, „Res Publica” 1988, nr 8, s. 145.

Jakie zatem środki – zdaniem Tocqueville'a – mogłyby zostać wykorzystane w celu przeciwdziałania niekorzystnemu dla demokracji zjawisku, jakim jest tyrania większości? Skutecznym remedium miała być w jego przekonaniu wolność polityczna, której spełnienie gwarantują dobre obyczaje, prawa, trójpodział władz, wolność prasy, niezależne od rządu współdziałanie obywateli na rzecz realizacji wspólnych interesów. Ogromne znaczenie miało – w jego przekonaniu – edukowanie społeczeństwa o zagrożeniach demokracji:

pragnąłbym, by społeczeństwo patrzyło na owe zagrożenia jak mocny człowiek, który wie, że istnieją, że musi przez nie przejść, by osiągnąć postawiony sobie cel, który naraża się na nie bez trudu i żalu, a boi się ich jedynie wówczas, gdy wyraźnie ich nie widzi<sup>30</sup>.

Pod pojęciem obyczajów rozumiał Tocqueville „moralny i intelektualny stan społeczeństwa”<sup>31</sup>, na który składać się miał ogół wyznawanych przez to społeczeństwo przekonań, poglądów, idei i sposobów myślenia. Twierdził, że gwarantem dobrze urządzonego państwa jest właśnie utrwalenie w społeczeństwie nawyku praktykowania wolności rozumianej jako zdolności, ale też odwagi w kierowaniu własnymi sprawami i brania odpowiedzialności za ich rezultaty. Tak pojmowana wolność polityczna u Tocqueville'a jest nierozzerwalnie związana z ideą suwerenności ludu, której z kolei praktycznym dopełnieniem jest prawo do współuczestnictwa w życiu politycznym. Dobre obyczaje utrwała praktykowanie pewnych zachowań, a to oczywiście wymaga czasu. Ogromną rolę odgrywa też dbałość o niezbędny poziom obywatelskiej edukacji, na którą powinna składać się znajomość historii, a zwłaszcza podstaw prawa i konstytucji. Działania na rzecz realizacji tych celów powinny należeć do rządu, ale też lokalnych stowarzyszeń kształtujących w społeczeństwie przekonanie o wartości niezależnych interesów.

Niezwykle istotnym składnikiem państwa prawa jest zdaniem Tocqueville'a niezależne sądownictwo. Odwoływał się tu do przykładu sądów amerykańskich, których funkcjonowanie jest ściśle sprzęgnięte ze służbą na rzecz wolności jednostki, w szczególności jest zdolne do przeciwstawienia się tyranii większości. Sądy mają zapewnić jednostkom instytucjonalną i proceduralną ochronę wolności.

<sup>30</sup> *Idem, List do Claude-François de Corcelle'a z 12 kwietnia 1835 r.*, [w:] *Listy*, wybór, wstęp i oprac. I. Grudzińska-Gross, tłum. B. Janicka, Kraków 1999, s. 134–135, podaję za: M. Tracz-Tryniecki, *Myśl polityczna...*, *op. cit.*, s. 234.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 235.

Zdaniem Tocqueville'a o specyfice amerykańskiego sądownictwa przesądzą pewne jego właściwości. Wymieniał trzy: wyrokowanie tylko w sytuacji pogwałcenia prawa, osądzanie tylko konkretnych przypadków, a nie ogólnych zasad, oraz działanie wyłącznie w sytuacji powiadomienia o popełnieniu przestępstwa. Ta ostatnia właściwość zdaje się odpowiadać przyjętej także w prawie polskim zasadzie skargowości, która głosi, że organ procesowy wszczyna i prowadzi postępowanie tylko na skutek skargi podmiotu bezpośrednio zainteresowanego rozstrzygnięciem. Ta zasada, zdaniem Tocqueville'a, nie cechowała amerykańskiego sądownictwa w stopniu tak ewidentnym jak dwie pierwsze, ale była, jak twierdził, nie mniej zasadnicza. Pisał, że sądy nie pełnią funkcji kontrolera prawa, są z natury swej bierne i dopiero należy je wprowadzić w ruch, aby zaczęły działać. Tocqueville wskazywał także na inne zasady procesowe występujące w amerykańskim sądownictwie, jak chociażby prawdy materialnej, obiektywizmu czy kontradiktoryjności, czyli prawa stron do walki o korzystne dla nich rozstrzygnięcie. Równocześnie jednak Tocqueville przyznawał, że większość tych zasad funkcjonuje także na gruncie innych systemów prawa, nie tylko amerykańskiego. Co zatem – pytał – przesądza o tak ogromnej władzy politycznej amerykańskich sądów? Jak to się dzieje, że czynności sędziego „mają ten sam zasięg i dostępne mu są te same środki działania co gdzie indziej. Skąd więc ma władzę, której nie posiadają sędziowie w innych krajach?”<sup>32</sup>. Tajemnica tkwi w zasadzie kontroli konstytucyjnej prawa, co w praktyce oznacza zezwolenie na niestosowanie przez sędziów ustaw, które mogą być uznane przez nich za sprzeczne z konstytucją<sup>33</sup>. Zasada ta znana jako *supremacy clause* została też rozwinięta przez Aleksandra Hamiltona, który przypisując sędziom rolę strażników prawa, pisał:

Konstytucja jest w rzeczywistości prawem fundamentalnym i za takie musi być uznawana przez sędziów. Należy więc do nich uzgadnianie jej znaczenia, jak i znaczenia każdego prawa pochodzącego od ciała ustawodawczego. Gdyby zaś zaszła niedająca się usunąć sprzeczność między nimi, pierwszeństwo ma prawo o wyższej mocy obowiązywania i ważności. Czyli, innymi słowy, konstytucja powinna mieć pierwszeństwo przed ustawą, intencja narodu przed intencją jego reprezentantów<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> A. de Tocqueville, *O demokracji...*, *op. cit.*, s. 94.

<sup>33</sup> Por. art. III, sekcja 2, [w:] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, tłum. i wstęp A. Pudło, Warszawa 2002, s. 50.

<sup>34</sup> A. Hamilton, [w:] *The Federalist*, 1961, s. 467, podają za: A.M. Ludwikowska, *System prawa Stanów Zjednoczonych. Prawo i prawnicy. Struktura władzy. Spory prawne*, Toruń 1999, s. 214.



W podobnym duchu wypowiadał się Tocqueville, pisząc, że będące „naturalnym przywilejem sędziego wybieranie spośród przepisów prawnych tych, które najściślej wyznaczają pole jego decyzji”<sup>35</sup> wynika z samej istoty władzy sądowniczej, a także z ducha konstytucji, która „stanowi najwyższe prawo i nie może być przez żadne inne prawo zmieniona”<sup>36</sup>. Francuski myśliciel zwracał równocześnie uwagę na poważne konsekwencje wynikające z tej zasady w postaci przyznania sędziom amerykańskim ogromnej władzy politycznej. Jeśli bowiem sędzia odmówi zastosowania jakiegoś konkretnego przepisu prawa, bo uzna go za sprzeczny z konstytucją, takie prawo natychmiast traci część swojej siły moralnej, staje się w jakimś stopniu bezsilne i wówczas dojść może do zmiany konstytucji albo odwołania przestarzałej ustawy. W ten sposób – pisał Tocqueville – „Amerykanie powierzyli sądom ogromną władzę polityczną, lecz pozwalając im na podważanie praw wyłącznie przy pomocy środków sądowych znacznie zmniejszyli ewentualne jej niebezpieczeństwa”<sup>37</sup>. Słusznie podkreślał Tocqueville wyjątkowość stosowania zasady *judicial review* na gruncie amerykańskiego systemu prawa. Zwracał uwagę na trudność wprowadzenia podobnej zasady w państwach o innych tradycjach polityczno-prawnych, np. w Anglii czy Francji. Pisał, że w tym zakresie amerykańska myśl polityczna jest prostsza i bardziej racjonalna.

Tak szerokie uprawnienia amerykańskich sędziów wymagały jednak w przekonaniu Tocqueville’a jeszcze czegoś więcej, a mianowicie ich szczególnie wysokich kwalifikacji oraz nieskazitelnych cech charakteru. Jego zdaniem sędziowie amerykańscy, którym przyznano tak ważne uprawnienia w zakresie nie tylko stosowania i interpretowania prawa, ale także umiejętności wypełniania jego luk, powinni prócz prawości charakteru i gruntownego wykształcenia mieć także odwagę w orzekaniu. Uważał, że „tchórzostwo sędziego wykonującego swą funkcję jest równie hańbiące jak żołnierza w służbie czynnej”<sup>38</sup>. W niezwykle silnej pozycji amerykańskich sądów oraz ich wysokiej pozycji dostrzegł też Tocqueville skuteczny oręż chroniący wolność jednostki przed zagrożeniami demokracji. Twierdził, że prawnicy dzięki odbytym studiom<sup>39</sup> nabierają przyzwyczajenia do porządku oraz „instynktownego

<sup>35</sup> A. de Tocqueville, *O demokracji...*, *op. cit.*, s. 95.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*, s. 96.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> W czasie, gdy Tocqueville odbywał swą słynną podróż, tylko 9 stanów wprowadziło wymóg ukończenia studiów prawniczych, choć w 1817 r. powstał Dane

umiłowania precyzyjnego formułowania myśli, co sprawia, że stają się przeciwnikami i rewolucyjnego ducha i nieświadomych namiętności demokracji<sup>40</sup>. Amerykańskich prawników porównywał do arystokracji, gdyż twierdził, że charakteryzują się „naturalnym zamiłowaniem do form i podobnie jak ona brzydzą się zabiegami motłochu i w skrytości pogardzają rządami ludu”<sup>41</sup>. To w istocie bardzo konserwatywne podejście sędziów stanowi w przekonaniu Tocqueville’a znakomitą przeciwwagę dla demokracji, oddając jej zarazem nieocenione usługi, gdyż jest ważną gwarancją zabezpieczającą przed niebezpieczeństwem przekształcenia się tego ustroju w despotę.

Tocqueville podkreślał także niezwykle silną pozycję sądu najwyższego. Dowodził, że wynika to ze specyfiki federalnego modelu państwa. Zwracał uwagę na konieczność istnienia silnej federalnej władzy sądowniczej zdolnej do rozstrzygnięcia w sprawach z zakresu prawa federalnego. Pisał, że powierzenie tej funkcji sądom stanowym, dla których władza federalna jest pewnym rodzajem konkurencji, mogłaby rodzić ryzyko stronniczości<sup>42</sup>. Ponadto uniemożliwiłoby to dokonywania jednolitej wykładni prawa federalnego, co Tocqueville uznawał za konieczne w warunkach funkcjonowania licznych stanowych sądów najwyższych, których orzeczenia nie podlegają kontroli instancyjnej.

Sporo miejsca w swoich rozważaniach dotyczących problemu praworządności, jako niezwykle istotnego elementu państwa prawa, poświęcił Tocqueville amerykańskiej instytucji ławy przysięgłych. *Jury* – w jego przekonaniu – jest doskonałą szkołą prawa, która sprzyja kształtowaniu w społeczeństwie nawyku korzystania z wolności politycznej. Pisał, że rozpatrywanie znaczenia ławy przysięgłych wyłącznie jako instytucji wymiaru sprawiedliwości prowadzi do zbyt wąskiego ujęcia problemu. Sądy te bowiem, „wywierając wielki wpływ na wyniki procesu, wywierają jeszcze większy wpływ na losy społeczeństwa”<sup>43</sup>. Sąd przysięgłych, który definiował jako „liczbę przypadkowo dobranych obywateli, chwilowo wyposażonych w prawo orzekania o winie”<sup>44</sup>, uznawał za instytucję *par*

---

College of Law na Uniwersytecie Harvarda, co uznaje się za początek zorganizowanej edukacji prawniczej w Stanach Zjednoczonych – por. A.M. Ludwikowska, *System...*, *op. cit.* s. 16, pisze też o tym M.I. Urofsky – *idem*, *A March of Liberty. A Constitutional History of the United States*, New York 1988, s. 508–510.

<sup>40</sup> A. de Tocqueville, *O demokracji...*, *op. cit.*, s. 201.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Por. M. Tracz-Tryniecki, *Mysł polityczna...*, *op. cit.*, s. 363.

<sup>43</sup> A. de Tocqueville, *O demokracji...*, *op. cit.*, s. 203.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

*excellence* republikańską właśnie z racji składu *jury*, wywodzącego się z rządzonych, nie zaś rządzących. „Instytucja sądu przysięgłych [pisał – B.S.] wprowadza na fotel sędziowski sam naród lub przynajmniej jakąś warstwę obywateli. Oddaje więc faktycznie rządy w ręce społeczeństwa lub w ręce tej warstwy”<sup>45</sup>. Twierdził, że instytucja *jury* jest „równie krańcową i równie bezpośrednią konsekwencją zasady suwerenności ludu co powszechne głosowanie”<sup>46</sup>. Wskazywał na zasadność funkcjonowania sądów przysięgłych nie tylko w sprawach karnych, ale także cywilnych. Przekonywał bowiem, że jeśli kompetencje *jury* zostaną ograniczone wyłącznie do spraw karnych, społeczeństwo nie będzie miało zbyt częstych okazji do stykania się z działaniem tej instytucji i z biegiem czasu może lekceważyć jej znaczenie jako jedyne go sposobu zagwarantowania sprawiedliwości, natomiast udział sądu przysięgłych także w sprawach cywilnych powoduje, że jego praktyka rzuca się w oczy i wiąże z interesami wszystkich. W ten sposób każdy obywatel ma szansę współdziałania z sądem przysięgłych, który „dzięki temu głęboko wnika w bieg życia”<sup>47</sup> i jest powszechnie utożsamiany z ideą sprawiedliwości. Wydaje się jednak, że największą rolę instytucji *jury* zdawał się przypisywać Tocqueville jej funkcji społecznej, mającej wręcz fundamentalne znaczenie w procesie upowszechniania kultury prawnej, praworządności, a nawet formowania się charakteru narodowego. Wymieniał kilka najważniejszych funkcji sądu przysięgłych. Po pierwsze, takie sądy przyczyniają się do kształtowania w społeczeństwie nawyków przysięgłego, co stanowi niezwykle skuteczny instrument pozwalający na właściwe czynienie użytku z wolności. Po drugie, upowszechniają poszanowanie idei prawa wśród wszystkich warstw społeczeństwa i uczą ludzi praktyki sprawiedliwości. Ponadto są doskonałą szkołą odpowiedzialności za własne czyny. Uczą odwagi cywilnej, która jest najważniejszą cnotą społeczną. Są najskuteczniejszym sposobem zapewnienia władzy ludu, a zarazem najlepszą szkołą sprawowania tej władzy. Nade wszystko zaś wpływają „na rozwijanie umiejętności oceny wydarzeń przez lud”<sup>48</sup> oraz pełnią ogromną funkcję edukacyjną:

sąd przysięgłych jest jakby bezpłatną i otwartą dla wszystkich szkołą, w której każdy przysięgły uczy się swoich praw obywatelskich, w której na co dzień styka się z najbardziej wykształconymi i światłymi przedstawicielami warstw wyższych, w której śledząc wysiłki adwokatów, sposób

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*, s. 204.

<sup>47</sup> *Ibidem*, s. 205.

<sup>48</sup> *Ibidem*, s. 206.

myślenia sędziego i namiętności stron procesowych uczy się praktycznego stosowania praw<sup>49</sup>.

Tocqueville wyrażał przekonanie, że „praktyczną inteligencję i zdrowy rozsądek Amerykanie zawdzięczają w pierwszym rzędzie długiej tradycji cywilnych sądów przysięgłych”<sup>50</sup>.

Trzeba przyznać, że refleksje Tocqueville’a dotyczące niezwyklej roli amerykańskich sądów przysięgłych do dzisiaj zachowały aktualność. W latach 1830–1831, kiedy Tocqueville wraz z przyjacielem Gustawem de Beaumontem odbywał podróż po Ameryce, tradycja *jury* sięgała drugiej połowy XVII wieku, wtedy to bowiem sądy przysięgłych działały już w Nowym Jorku, Pensylwanii i Connecticut<sup>51</sup>. Po powstaniu Stanów Zjednoczonych prawo do publicznego procesu przed bezstronnym sądem przysięgłych<sup>52</sup> uzyskało rangę konstytucyjną. Wysoką pozycję ławy przysięgłych gwarantowały kolejne orzeczenia Sądu Najwyższego. Od 1937 r. prawo do procesu z udziałem *jury* przysługuje każdemu, kto jest oskarżony o przestępstwo „nie drobne”, a za takie uznaje się czyn zagrożony karą poniżej 6 miesięcy pozbawienia wolności, chyba że równocześnie może być orzeczona wysoka grzywna<sup>53</sup>. W 1987 r. w sprawie *Mitchell v. Superior Court*, California Chief Justice Rose Bird obszernie cytowała Tocqueville’a w kontekście eksponowania wagi i znaczenia *jury* w procesie:

Indeed, de Tocqueville viewed the institution of the jury as the very heart and soul of the American justice system, serving to give the judiciary legitimacy in the eyes of the people and serving to give the people a deep, personal appreciation of the central role of the courts in preserving the rule of law. [...] Perhaps what impressed de Tocqueville most about jury system was the role which jury service plays in educating and enlightening those citizens selected as the jurors and, through them, the citizenry as a whole<sup>54</sup>.

Kolejnym filarem państwa prawa jest wolność wyrażania opinii. Zasadę tę w ustroju demokratycznym można realizować dzięki wolnej

<sup>49</sup> *Ibidem*, s. 205.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Por. A.M. Ludwikowska, *System...*, *op. cit.*, s. 253.

<sup>52</sup> Poprawka VI do Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki, [w:] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, *op. cit.*, s. 56.

<sup>53</sup> Por. A.M. Ludwikowska, *System...*, *op. cit.*, s. 254.

<sup>54</sup> C.A. Corcos, *A Man for All Reasons: The Uses of Alexis de Tocqueville's Writing in U.S. Judicial Opinion*, „Louisiana Law Review” 2008, s. 10–11, <http://ssrn.com/abstract=1094959> [dostęp: 29.10.2023].

prasie. Tocqueville wiązał ją z ideą suwerenności ludu i twierdził, że obie te zasady ściśle ze sobą korespondują. Prawo do swobodnego wyrażania poglądów jest także strażnikiem indywidualnej wolności. Umożliwia ponadto przeprowadzanie publicznej debaty nad sprawami ważnymi dla wszystkich obywateli, a nade wszystko jest najbardziej skutecznym narzędziem kontroli władzy. Stwierdzenie Tocqueville, że „Prasa jest *par excellence* demokratycznym narzędziem wolności”<sup>55</sup>, dowodzi, jak wielką wagę do niej przywiązywał. Równocześnie jednak doskonale zdawał sobie sprawę z siły słowa, potęgi opinii publicznej, niekiedy też niszczyielskiej. Pisał, że prasę podziwia, „znacznie bardziej dla zła, któremu zapobiega, niż dobra, które czyni”<sup>56</sup>. Jednak nie ma innego wyjścia – przyznawał – niż zgodzić się na nieuniknione zło, gdyż najważniejsze jest „dobro, które można uzyskać właśnie dzięki wolności prasy”<sup>57</sup>.

Ochronę indywidualnej wolności w warunkach demokracji zapewnia również prawo do swobodnego stowarzyszania się<sup>58</sup>, dzięki czemu obywatele tworzący mniejszość, wykazując swoją liczebność, mogą osłabić siłę większości, jej moralne panowanie<sup>59</sup>. Ponadto swoboda w zakładaniu stowarzyszeń miała – zdaniem francuskiego myśliciela – stanowić doskonałe remedium na atomizację społeczną i osamotnienie jednostki, których to zjawisk nadejście z właściwą sobie dalekowzrocznością przewidywał. Wskazując na ich oczywisty cel, jakim jest dążenie do zdobycia władzy, Tocqueville doskonale rozumiał skalę niebezpieczeństw z tym związanych i pisał, że

nieograniczona wolność stowarzyszeń politycznych jest najbardziej niebezpieczną ze swobód zagrażających życiu społeczeństwa. Jeśli bowiem ta wolność nie prowadzi nawet do anarchii, to na pewno sprawia, że naród nieustannie się o tę anarchię ociera<sup>60</sup>.

Co w związku z tym zalecał? Oczywiście skutecznym hamulcem ograniczającym niepohamowane zapędy partii politycznych są powszechne wybory, które ostatecznie wskazują większość, jednak za nieodzowne uznawał zastosowanie pewnych ograniczeń natury prawnej,

<sup>55</sup> A. de Tocqueville, *O demokracji...*, *op. cit.*, t. II, s. 336.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> *Ibidem*, t. I, s. 183.

<sup>58</sup> O wolności współdziałania szeroko pisze P. Marczewski – *idem*, *Uczyńć wolność nieuchronną. Wątki republikańskie w myśli Alexisa de Tocqueville'a*, Warszawa 2012, s. 90 i n.

<sup>59</sup> A. de Tocqueville, *O demokracji...*, *op. cit.*, t. I, s. 197.

<sup>60</sup> *Ibidem*, s. 196.

np. wprowadzenie zamkniętej listy partii politycznych niedopuszczonych do uczestniczenia w wyborach<sup>61</sup>.

Ogromną rolę w przeciwdziałaniu tyranii większości przypisywał Tocqueville rozwiązaniom instytucjonalnym, które przez wprowadzenie konkretnych reguł ustrojowych, stać miały na straży wolności politycznej. Na czoło wysuwa się tu uznawana przez niego za podstawę zasada ograniczenia władzy publicznej, jej rozdzielenie oraz zaprowadzenie instrumentów wzajemnego ograniczania i hamowania się. Widać tu wyraźnie podobieństwo jego stanowiska do koncepcji Monteskiusza<sup>62</sup>, jednak Tocqueville, oprócz klasycznego podziału władzy, do innych form ograniczających niebezpieczeństwo jej dominacji zaliczał też decentralizację administracji oraz dwuizbowość legislatury. Za szczególnie ważne ze względu na podatność ciała prawodawczego do stawiania się główną instytucją tyranii większości uważał Tocqueville stworzenie silnej, ale jednocześnie ograniczonej egzekutywy. Wskazywał na niezwykle cenne jej atrybuty: oprócz siły także działanie w granicach prawa oraz poszanowanie wolności:

Chciałbym, aby główne zasady rządzenia były liberalne, żeby największa możliwa część działania była pozostawiona indywidualnym jednostkom, prywatnej inicjatywie. Wierzę, że wszystkie te rzeczy współgrają ze sobą, a nawet więcej – jestem dogłębnie przekonany, że nigdy nie będzie porządku i spokoju, dopóki nie zostaną one skutecznie połączone<sup>63</sup>.

Za najlepszy środek przeciwdziałający swoistej hegemonii administracji publicznej uważał jej decentralizację, odpowiedzialność prawną funkcjonariuszy państwowych oraz nadanie wysokiej rangi samorządowi terytorialnemu, a także licznym organizacjom pozarządowym:

Wierzę, że władza centralna może być wyposażona w bardzo wielkie prerogatywy i że w tym samym czasie wolności lokalne mogą się dobrze rozwijać. Myślę, że rząd tego rodzaju może istnieć i że w tym samym czasie większość narodu może być zaangażowana w swoje własne sprawy, że życie polityczne może rozszerzać się prawie na cały kraj, a bezpośrednie i pośrednie wykonywanie praw politycznych może być całkiem rozległe<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Por. też: M. Tracz-Tryniecki, *Myśl polityczna...*, *op. cit.*, s. 261 i n.

<sup>62</sup> Szerzej o tych analogiach pisze: J.-C. Lamberti, *Tocqueville and the Two Democracies*, tłum. A. Goldhammer, Cambridge–London 1989, s. 17 i n.

<sup>63</sup> A. de Tocqueville, *List do Eugeniusza Stoffelsa z 5 października 1836*, cyt. za: M. Tracz-Tryniecki, *Myśl polityczna...*, *op. cit.*, s. 283.

<sup>64</sup> *Ibidem*, s. 290.

Z pewnością niejednego czytelnika książki Tocqueville'a zachwycała niezwykła żywotność jego koncepcji. Takie przekonanie wyrazili też uczestnicy konferencji poświęconej francuskiemu liberałowi, jaka wiosną 2009 roku odbyła się w University of Chicago i Roosevelt University, stwierdzając, że jego przemyślenia na temat amerykańskiej demokracji zdają się rezonować równie mocno, jak wtedy, gdy pojawiły się po raz pierwszy<sup>65</sup>.

Co łączy Alexisa de Tocqueville'a, arystokratycznego liberała z pierwszej połowy XIX wieku, z Friedrichem Augustem von Hayekiem, dwudziestowiecznym piewą wolnokonkurencyjnego kapitalizmu, nazywanym też niekiedy konserwatywnym liberałem<sup>66</sup>? Można przyjąć, że wspólnym fundamentem ich koncepcji dotyczących państwa prawa jest przede wszystkim idea indywidualnej wolności<sup>67</sup>.

Austriacki noblista dowodził ścisłych związków wolności z prawem, pisząc w swym kluczowym dziele, że idea ta zostanie urzeczywistniona wówczas, gdyż rządzić będą „nie ludzie, lecz prawa”<sup>68</sup>. W jego ujęciu koncepcja wolności opierała się na zabezpieczeniu jednostki przed oddziaływaniem arbitralnego przymusu ze strony innych. Jest to więc klasyczna negatywistyczna definicja wolności, która – jak sam przyznawał – pozostaje w ścisłym związku z pojęciem przymusu i nie będzie dość precyzyjna dopóki termin ten również nie zostanie zdefiniowany<sup>69</sup>. Pod pojęciem przymusu Hayek rozumiał

taką kontrolę nad środowiskiem lub sytuacją jakiejś osoby przez innego człowieka, że dla uniknięcia większego zła, jest ona zmuszona służyć jego celom, nie zaś działać zgodnie z własnym konsekwentnym planem. [Według Hayeka – B.S.] przymus jest złem właśnie dlatego, że w konsekwencji wyklucza jednostkę jako myślącą i oceniającą osobę, a robi z niej jedynie narzędzie osiągnięcia celów kogoś innego<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> E. Atanassow, R. Boyd, *Tocqueville and the Frontiers of Democracy*, Cambridge 2013, s. I.

<sup>66</sup> O swoim liberalnym konserwatyzmie wypowiedział się F.A. Hayek obszernie w znanym esej *Dlaczego nie jestem konserwatystą* – zob. *idem*, *Konstytucja wolności*, *op. cit.*

<sup>67</sup> Szerzej o tych zależnościach piszą też: B. Polanowska-Sygułska, *Między filozofią polityczną a filozofią prawa*, Kraków 2012; H. Kaczmarczyk, *Rządy prawa a nie ludzie. Poglądy F. A. von Hayeka na temat instrumentalizacji prawa*, Kielce 2011; H. Šimo, *O koncepcji wolności F.A. von Hayeka*, „Przegląd Filozoficzny – Nowa Seria” 2020, R. 29, nr 3, s. 55–69.

<sup>68</sup> F.A. von Hayek, *Konstytucja wolności*, *op. cit.*, s. 160.

<sup>69</sup> *Ibidem*, s. 34.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

Równocześnie jednak Hayek przyznaje, że przymusu nie można uniknąć, ponieważ jedynym sposobem zapobiegania mu jest już sama groźba jego zastosowania. Rozwiązanie widzi w przyznaniu w tym zakresie monopolu państwu, jednak pod warunkiem, że stosowanie przymusu będzie ograniczone do minimum, a każda jednostka dysponować będzie prawnie chronioną sferą indywidualnej prywatności. Ponadto aktywność państwa ograniczona zostanie powszechnie znanymi, ogólnymi zasadami, które pozwolą jednostce przewidywać zachowanie państwa w różnych typowych sytuacjach:

Zgodny z jawnymi zasadami przymus, który jest z reguły rezultatem sytuacji, w jakiej poddana mu jednostka sama się postawiła, staje się z drugiej strony instrumentem wspierania jednostek w dążeniu do ich własnych celów, a nie środkiem wykorzystywanym przez innych w ich zamysłach<sup>71</sup>.

Rozumienie wolności w ujęciu austriackiego noblisty charakteryzuje się ścisłym powiązaniem tej idei z odpowiedzialnością jednostki za konsekwencje dokonywanych przez nią wyborów. Pisał w związku z tym, że „wolność oznacza nie tylko, że człowiek ma zarówno możliwość wyboru, jak i niesie jego brzemień; oznacza także, że musi on ponosić konsekwencje swoich czynów, otrzymywać za nie pochwały lub spotkać się z potępieniem”<sup>72</sup>. Jakże wyraziście prezentuje tu Hayek sedno liberalnego indywidualizmu, zasadzającego się na głębokiej wierze w człowieka i jego potencjalne możliwości. Zniechęcony popularnością doktryny *Welfare State*, czego wyrazem było inne znane dzieło *Droga do zniewolenia*, nie krył także rozczarowania z powodu, jak pisał, „spadku szacunku dla indywidualnej wolności i jednostkowej odpowiedzialności”<sup>73</sup>. Twierdził, że ludzie ze strachu przed odpowiedzialnością ostatecznie unikają też wolności, obawiają się z niej korzystać, gdyż „możliwość budowania własnego życia jest zarazem nieustającym zadaniem, wymaga dyscypliny, którą człowiek musi sobie narzucić, jeśli ma osiągnąć swoje cele”<sup>74</sup>.

Koncepcja wolności Hayeka pod rządami prawa opiera się na przekonaniu, że tylko poddanie się prawu, ale rozumianemu jako ogół zasad odnoszących się na równi do wszystkich, zapewni każdej jednostce autonomię, chroniącą ją od arbitralnej woli innych. Prawo materialne w odróżnieniu od formalnego, którym są jedynie instrukcje urzędnicze, ma jednak walor prawdziwego prawa regulującego stosunki

<sup>71</sup> *Ibidem*, s. 35.

<sup>72</sup> *Ibidem*, s. 81.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> *Ibidem*, s. 82.



między prywatnymi osobami lub między takimi osobami i państwem. Takie prawo musi jednak spełniać konkretne wymogi. Są nimi, według Hayeka, ogólność, pewność i równość<sup>75</sup>. Ich zachowanie jest kolejnym zabezpieczeniem indywidualnej wolności.

Stosowanie zasady abstrakcyjności polega na tym, że normy prawne nie odnoszą się do żadnych konkretnych osób czy przypadków, co więcej – ze względu na swoją ogólnikowość mogą mieć zastosowanie do hipotetycznych sytuacji zaistniałych być może w przyszłości.

Z kolei pewność prawa ma – zdaniem Hayeka – charakter względny. Oczywiście nie może budzić wątpliwości to, że niezawodność prawa ma ogromne znaczenie dla sprawnego funkcjonowania wolnego społeczeństwa. Równocześnie jednak zapewnienie całkowitej pewności prawa jest stanem idealnym i trudnym do zrealizowania, tym niemniej Hayek podkreślał potrzebę zbliżania się do tego ideału, choćby dlatego, że „skłonność do wyolbrzymiania niepewności jest elementem kampanii przeciw rządowi prawa”<sup>76</sup>. W związku z tym przekonywał, że istotna jest możliwość przewidywania wyroków sądowych, a nie opieranie się wyłącznie na wyartykułowanych zasadach, które przecież nie zawsze mogą być wyrażone w precyzyjnej formie. Pisał, że „wiele ogólnych zasad, od których zależą konkluzje, będzie tylko *implicite* zawartych w zbiorze skodyfikowanych praw”<sup>77</sup>, a zadaniem sądów jest ich odślanianie w imię swoistego poczucia sprawiedliwości<sup>78</sup>.

Kolejnym wymogiem prawdziwego prawa jest równość. Hayek podkreślał potrzebę zdefiniowania tej zasady, zwracając równocześnie uwagę na trudności z tym związane, nawet nieporównywanie większe niż te odnoszące się do pewności prawa: „twierdzenie, że każde prawo powinno na równi obowiązywać wszystkich, znaczy coś więcej niż to, że powinno być ogólne w sensie, który zdefiniowaliśmy”<sup>79</sup>. Pod pojęciem równości prawa Hayek zdawał się rozumieć ideę mającą na celu wyrównywanie szans nieznanymi jeszcze osób. Równocześnie jednak trudno wyobrazić sobie urzeczywistnienie tej zasady bez uwzględnienia różnych kategorii ludzi, wobec których ze względu na zróżnicowane warunki stosuje się odmiennie regulacje. Hayek widział rozwiązanie w respektowaniu zasady podwójnej większości, która sprowadza się do eliminacji wszelkich przywilejów oraz dyskryminacji. Ponadto podkreślał

<sup>75</sup> Szerzej o tym pisze: H. Kaczmarczyk, *Rządy prawa...*, *op. cit.*, s. 151–158.

<sup>76</sup> F.A. von Hayek, *Konstytucja wolności*, *op. cit.* s. 210.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> *Ibidem*, s. 211.

konieczność przestrzegania zasady obowiązywania abstrakcyjnych reguł zarówno przez rządzonych, jak i rządzących. Zwracał także uwagę na inny jeszcze atrybut prawdziwego prawa, powszechnie utożsamiany z powszechnością i równością, jednak wyposażony w rangę jeszcze większej ogólności, a mianowicie sprawiedliwość. Prawo w państwie prawa musi być po prostu sprawiedliwe i aby było skuteczne, powinno być akceptowane przez większość społeczeństwa. Jakie są jednak formalne kryteria takiej sprawiedliwości? Hayek zdawał się znajdować rozwiązanie w przestrzeganiu zasad powszechności i równości kiedy pisał: „prawo może być złe i niesprawiedliwe, ale jego ogólna i abstrakcyjna formuła redukuje takie niebezpieczeństwo do minimum”<sup>80</sup>. Dotyczące tych kwestii rozważania zamyka autor *Konstytucji wolności* następującym stwierdzeniem:

Ideał rządów prawa wymaga, żeby państwo albo egzekwowało przestrzeganie prawa od innych – i żeby to był jedyny monopol – albo działało zgodnie z tym prawem i podlegało takim samym ograniczeniom jak każda prywatna osoba<sup>81</sup>.

Friedrich August von Hayek, podobnie jak Alexis de Tocqueville, ideę trójpodziału władz uznawał za integralny element zasady rządów prawa, jednak w odróżnieniu od francuskiego myśliciela, akceptując trójpodział jako zasadę, w sposób znacznie bardziej pogłębiony rozważał jej strukturę, kompetencje oraz wzajemne oddziaływanie. W sposób kategoriyczny akcentował niezależność judykatury oraz niezawisłość sędziów, pisząc, że dla pewności rządów prawa „niezbędni są niezależni sędziowie, którzy nie troszczą się o doraźne cele rządu”<sup>82</sup>. Pewne wątpliwości budziła w nim natomiast zasada odrębności władzy wykonawczej od władzy ustawodawczej. Dowodził, że zasady trójpodziału władz nie należy interpretować w sposób, z którego wynikałoby, że administracja publiczna w swoich poczynaniach wobec prywatnego obywatela nie zawsze podlega przepisom ustanawianym przez władzę ustawodawczą i egzekwowaną przez niezależne sądy. Twierdził, że domaganie się takiej władzy jest dokładnym zaprzeczeniem rządów prawa. Rządy te wymagają zatem, aby egzekutywa w posługiwaniu się przymusem była związana prawem oraz poddana w tym zakresie kontroli sądowej.

Znacznie dalej idące wątpliwości budziła w nim współczesna pozycja władzy ustawodawczej. Przekonywał, że pierwotna koncepcja podziału władz na trzy odrębne i wzajemnie się ograniczające organy doznała

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> *Ibidem*, s. 212.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

na przestrzeni dziejów wypaczenia na rzecz „nieograniczonej władzy demokratycznie wybieranego zgromadzenia”<sup>83</sup>. Da się tu zauważyć pewne podobieństwo myśli austriackiego noblisty i arystokratycznego liberała, który w silnej pozycji ciała ustawodawczego reprezentującego wolę większości dostrzegał załączki jej tyranii. Hayek podkreślał różnice w rozumieniu zadań legislatywy, jakie formułował w XVII wieku John Locke, a które polegać miały wyłącznie na ustanawianiu ogólnych reguł. Współczesną strukturę rządów demokratycznych definitywnie – zdaniem Hayeka – określiło to, że zgromadzeniom parlamentarnym powierzono dwa zdecydowanie różne zadania. Z jednej strony formułowanie i zatwierdzanie ogólnych reguł postępowania, z drugiej zaś kierowanie środkami i działaniami rządu dotyczącymi konkretnych spraw; w ten sposób „nie tylko zapomnieliśmy, że rządzenie różni się od legislacji, ale zaczęliśmy myśleć, że instrukcja nakazująca rządowi podjęcie konkretnych działań jest normalną treścią aktu prawodawczego”<sup>84</sup>. Niebezpieczeństwo, które dostrzegał Hayek, polegało na tym, że aby zapewnić legislaturze skuteczność, odpowiednia większość jej członków musi być zainteresowana wprowadzeniem w życie konkretnych projektów. Parlamentarzyści stali się – pisał Hayek – nie tyle przedstawicielami opinii publicznej, ile agentami interesów ich wyborców. Szanse na kolejną kadencję są uzależnione od tego co dana „partia w ciągu minionych trzech lub czterech lat przyniosła wyborcom w postaci dobrze widocznych specjalnych korzyści”<sup>85</sup>. Związanie parlamentarzystów obietnicami partii, z których się wywodzą, jest sprzeczne z fundamentalną zasadą legislatywy, czyli stanowieniem prawa przede wszystkim w interesie publicznym. Podstawowym zadaniem władzy ustawodawczej jest według Hayeka ustanawianie granic tego, co wolno rządowi, tymczasem w jego czasach większość członków legislatywy była zainteresowana głównie „zapewnianiem sobie ponownego wyboru przez przyznawanie szczególnych korzyści swoim zwolennikom”<sup>86</sup>. Hayek złudzeniem nazywał przekonanie, że przyjęcie procedur demokratycznych jest wystarczającym narzędziem ograniczeń nakładanych na władzę, dlatego pisał, że „konieczność budowania chwilowych większości w celu wsparcia jakiegoś programu konkretnego działania na korzyść grup interesów

<sup>83</sup> F.A. von Hayek, *Prawo, legislacja i wolność. Nowe sformułowania liberalnych zasad sprawiedliwości i ekonomii politycznej*, tłum. G. Łuczkiwicz, Warszawa 2020, s. 439.

<sup>84</sup> *Ibidem*, s. 422.

<sup>85</sup> *Ibidem*, s. 448.

<sup>86</sup> *Ibidem*, s. 451.

stała się nowym źródłem arbitralności i stronniczości i przyniosła wyniki niezgodne z moralnymi zasadami<sup>87</sup>.

Ta bez wątpienia gorzka ocena władzy ustawodawczej prowadziła Hayeka do generalnie bardzo krytycznej opinii o współczesnej demokracji<sup>88</sup>. Wydaje się, że to łączyło poglądy obu liberałów. O ile jednak Tocqueville w latach 30. XIX wieku przewidywał nieuchronność demokracji i w tym pochodzie ku równości dostrzegał zagrożenia wolności jednostki, to Hayek ponad 150 lat później był przekonany, że „dni nieograniczonej demokracji są policzone”<sup>89</sup>. Nie używał co prawda stosowanego przez Tocqueville’a terminu tyrania większości, jednak sądzić można, że rozumował podobnie, kiedy dowodził, że powrót do podstawowych wartości demokracji jest jedynym ratunkiem przed opresyjnością rządu pochodzącego z woli większości:

Demokracja w tej mierze, w jakiej terminu tego nie używa się wyłącznie jako synonimu egalitaryzmu, w coraz większym stopniu staje się określeniem samego procesu kupowania głosów, ugłaskiwania i wynagradzania tych interesów specjalnych, które w najdawniejszych czasach nazywano złowrogimi interesami<sup>90</sup>.

Przestrzegał współczesnych mu decydentów politycznych przed nadchodzącym poważnym impasem demokracji i wyrażał obawy, że próbując go rozwiązać, sięgają oni będą do wręcz desperackich środków. Służebna wobec egzekutywy pozycja ciała prawodawczego prowadzi nieuchronnie do coraz powszechniejszego zjawiska zwanego wyborczą dyktaturą. Hayek wyrażał przekonanie, że jeśli demokracja ma zachować społeczeństwo wolnych ludzi, to większość ciała politycznego nie może dysponować władzą kształtowania tego społeczeństwa przez wymuszanie na jego członkach, by służyli konkretnym celom innym niż abstrakcyjny porządek, zakładający równe egzekwowanie ogólnych reguł postępowania. Zalecany przez Hayeka ratunek w postaci zachowania w demokracji tego, co jest w niej naprawdę cenne, wydaje się zadaniem trudnym do spełnienia, jeśli nie wręcz nierealnym, z drugiej jednak strony teza o umieraniu demokracji głoszona przez niego tak dobitnie już pół wieku temu, stanowi bez wątpienia niezwykle aktualne memento.

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, s. 416.

<sup>88</sup> Szerzej o tym pisał F.A. Hayek w *Drodze do zniewolenia* (tłum. K. Gurba, L. Klyszcz, J. Margański, D. Rodziewicz, przekład przejrzał M. Kuniński, Kraków 1996, s. 31 i n.).

<sup>89</sup> *Ibidem*, s. 584.

<sup>90</sup> *Ibidem*, s. 454.

Adam Strzelec\*

## Instrumentalizacja prawa karnego jako przejaw upolitycznienia prawa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia

Zasługi naukowe Pana Profesora Tadeusza Biernata nie wymagają komentarza. Jego wpływ na rozwój badań naukowych w zakresie teorii i filozofii prawa, a w szczególności relacji polityki i prawa, jest bezdyskusyjny, a potwierdzają to liczne cenione i często cytowane publikacje naukowe. Dostępując zaszczytu złożenia skromnego tekstu do książki jubileuszowej, pragnę złożyć Szanownemu Jubilatowi podziękowania za jego wpływ na mój osobisty rozwój na wielu płaszczyznach. Jeszcze jako student miałem przyjemność uczestniczyć w wykładach Pana Profesora, które poszerzały perspektywę patrzenia na prawo. To dzięki tym zajęciom można było zrozumieć, jakie czynniki mają rzeczywisty wpływ na tworzenie prawa i jak istotną rolę odgrywają one w tym procesie. Po rozpoczęciu pracy w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii, którym kierował Dziekan Tadeusz Biernat, jako młody i niedoświadczony pracownik naukowo-dydaktyczny mogłem zawsze liczyć na radę i pomoc Pana Profesora, którego wkład w rozwój Wydziału jest niekwestionowany.

---

\* Dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0002-6752-0380.

Panie Profesorze! Życzę Panu dużo zdrowia i wytrwałości w realizacji planów i mimo przeciwności losu – uśmiechu oraz pogody ducha, którymi zawsze nas Pan zarażał.

\*\*\*

Prawo karne pełni szczególną rolę w systemie prawnym, niezależnie od ustroju politycznego obowiązującego w danym państwie. Z jednej strony funkcjonowanie państwa bez możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw jest niemożliwe. Z drugiej strony ważne jest, aby prawo karne nie przybierało roli instrumentu w rękach władzy, którym może się ona posługiwać w sposób nieograniczony. Równowagę w tym zakresie mają zapewnić m.in. normy o charakterze konstytucyjnym (np. zasada trójpodziału władzy, zasady dotyczące prawidłowej techniki prawodawczej, zasady ograniczania praw i wolności czy zasada legalizmu). Dorobkiem okresu oświecenia są, wywodzące się z zasady legalizmu<sup>1</sup>, fundamentalne zasady prawa karnego jak *nullum crimen sine lege* czy *nulla poena sine lege*, które stanowią trzon funkcji gwarancyjnej prawa karnego<sup>2</sup>. I to przede wszystkim ta funkcja ma zapewnić jednostkom bezpieczeństwo przed arbitralnym i niezgodnym z zasadami demokratycznego państwa prawnego wykorzystywaniem prawa karnego jako instrumentu stosowanego do realizacji własnych interesów.

Problem upolitycznienia prawa jest zagadnieniem, na które składają się dwa aspekty: polityczny – wszak jedną z podstawowych form realizacji polityki jest tworzenie prawa, oraz prawny – powszechnie obowiązujące normy prawne nakreślają standardy, jakie muszą być respektowane w trakcie tworzenia prawa<sup>3</sup>. Wpływ polityki na kształt tworzonego prawa jest niepodważalny. Nie jest natomiast w praktyce łatwym zadaniem wyważenie relacji zachodzących między tymi dwoma aspektami. Ile polityki w prawie i ile prawa w polityce?

Aktualny Kodeks karny<sup>4</sup> w ciągu 25 lat obowiązywania nowelizowany był ponad 110 razy. Warto wskazać w tym miejscu, że Kodeks karny

<sup>1</sup> J. Warylewski, *Kierunki i szkoły w nauce prawa karnego*, [w:] *System prawa karnego. Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, t. 1, Warszawa 2010, Legalis, teza 16.

<sup>2</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 44 i 50.

<sup>3</sup> T. Biernat, *Między polityką a prawem. Problem „upolitycznienia” tworzenia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji. Tom CX. Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej”, Wrocław 2017, red. A. Bator, P. Kaczmarek, s. 115.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 17 z późn. zm.), powoływana jako: k.k. lub Kodeks karny.

z 1932 r.<sup>5</sup>, który obowiązywał aż do 1969 r., był nowelizowany zaledwie 8, a Kodeks karny z 1969 r.<sup>6</sup> – 23 razy. Dynamikę zmian Kodeksu karnego z 1997 r. można podzielić na kilka okresów:

- od 1998 r. (wejście w życie Kodeksu karnego) do 2004 r. – ok. 14 nowelizacji,
- od 2005 r. do 2007 r. – ok. 12 nowelizacji,
- od 2008 r. do 2015 r. – ok. 46 nowelizacji,
- od 2016 r. do 2023 r. – ok. 39 nowelizacji.

Wskazane powyżej przedziały odpowiadają zmianom politycznym, jakie zachodziły w wyniku kolejnych wyborów parlamentarnych<sup>7</sup>. Wiele spośród zmian Kodeksu karnego miało charakter nowelizacji pojedynczych jego przepisów, natomiast dwie nowelizacje, które weszły w życie 1 lipca 2015 r. oraz 1 października 2023 r. były wyrazem zmiany systemowej prawa karnego, która polegała na korekcie dotychczasowego modelu filozofii prawa karnego. Zmiany wprowadzone w 2015 r. miały na celu m.in. ograniczenie stosowania przez sądy warunkowego zawieszenia kar oraz zwiększenie roli nieizolacyjnych kar stosowanych przez sądy (np. wprowadzono tzw. karę mieszaną – art. 37b k.k.). Były one przez niektórych uważane za zbyt daleko idącą liberalizację prawa karnego<sup>8</sup>. Nowelizacja z 2023 r. krytykowana jest z kolei przez wielu przedstawicieli nauki prawa karnego za zwiększającą represyjność prawa karnego, np. przez wprowadzenie możliwości orzekania kary bezwzględnej dożywotniego pozbawienia wolności czy zmarginalizowanie funkcji resocjalizacyjnej prawa karnego<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r., nr 60, poz. 571 z późn. zm.).

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r., nr 13, poz. 94 z późn. zm.).

<sup>7</sup> Wybory parlamentarne odbyły się w następujących terminach: 23 maja 2005 r., 21 października 2007 r., 9 października 2011 r., 25 października 2015 r., 13 października 2019 r., 15 października 2023 r., <https://pkw.gov.pl> [dostęp: 23.09.2023].

<sup>8</sup> Zob. np. wypowiedź posła B. Kownackiego, za: *Sejm uchwalił nowelę Kodeksu karnego zmieniającą „filozofię karania”*, 16.01.2015, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/847288,sejm-uchwalil-nowele-kodeksu-karnego-zmieniajaca-filozofie-karania.html> [dostęp: 23.09.2023]. Na temat liberalizacji prawa karnego zob. także: A. Muszyńska, *Uwagi na temat kierunku zmian prawa karnego materialnego w latach 2015–2019*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2020, t. CXX, cz. 2, s. 191–202.

<sup>9</sup> *173 prawników karnistów apeluje do prezydenta Dudy o zawetowanie nowelizacji kodeksu karnego*, 25.11.2022, <https://wyborcza.pl/7,162657,29185232,173-prawnikow-karnistow-apeluje-do-prezydenta-dudy-o-zawetowanie.html> [dostęp: 23.09.2023].

Zauważyć trzeba, że w nauce prawa zwraca się uwagę na różnice zachodzące między pojęciem „instrumentalizacja prawa”, wskazującym na instrumentalny charakter prawa<sup>10</sup>, a „instrumentalność prawa”, rozumianym jako instrumentalne wykorzystywanie prawa<sup>11</sup>. Ze względu na przedmiot niniejszego opracowania pominięte w nim zostaną rozważania mające na celu dogmatyczną analizę wskazanych powyżej pojęć, tym bardziej że stanowią one przedmiot licznych publikacji naukowych<sup>12</sup>.

Na potrzeby niniejszego opracowania przyjęto, że instrumentalizacja prawa jest pojęciem, które rozumieć należy jako tworzenie norm prawnych w sposób jawnie je ideologizujący<sup>13</sup>. Jak słusznie wskazuje Tadeusz Biernat, instrumentalizacja prawa jest silną formą upolitycznienia prawa, polegającą na tworzeniu prawa, które jest „ukierunkowane bezpośrednio na realizację interesów i zabezpieczenie pozycji władzy; gdy jest tworzone z naruszeniem legalności działań prawotwórczych; gdy narusza prawa podmiotowe obywateli (prawa człowieka)”<sup>14</sup>. Cytowany autor wskazuje także, że zjawisko instrumentalizacji prawa pojawia się wtedy, gdy tworzone przepisy prawa nie mają jedynie na celu uregulowania stosunków społecznych, ale ich celem jest również realizacja interesów określonych grup politycznych, a tworzone w ten sposób prawo jest bardzo mocno kojarzone z nadużyciem uprawnień legislatywy przy tworzeniu prawa<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> W. Gromski, *Akty instrumentalizacji prawa i ich granice*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. CXIV, s. 100; K. Machowicz, *Prawo jako instrument zarządzania państwem*, [w:] *Nowe tendencje w zarządzaniu*, red. M. Pawlak, t. 6, Lublin 2015, s. 28.

<sup>11</sup> A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, red. *idem*, Wrocław 2000, s. 96–113; K. Machowicz, *Prawo jako instrument...*, *op. cit.*, s. 28.

<sup>12</sup> Zob. np.: T. Biernat, *Legislacja. Analiza procesu*, Kraków 2016, s. 1–181; P. Winczorek, *Instrumentalne wykorzystanie prawa w procesie prawotwórczym*, [w:] *Prawo jako instrument przemian ustrojowych w Polsce 1989–1999*, „Studia Iuridica” 2000, nr 38, s. 33–34; S. Wronkowska, *O woluntaryzmie, instrumentalizacji i odpowiedzialności za prawo*, „Przegląd Konstytucyjny” 2019, nr 1, s. 5–23; K. Machowicz, *Prawo jako instrument...*, *op. cit.*, s. 28; W. Gromski, *Akty instrumentalizacji...*, *op. cit.*, s. 95–106.

<sup>13</sup> A. Kotowski, *Instrumentalizacja prawa i instrumentalne użycie prawa a jego wykładnia*, „Studia Prawnicze” 2016, nr 4, s. 39 za: L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 3, *passim*; A. Kozak, *Instrumentalność...*, *op. cit.*, s. 96–113.

<sup>14</sup> T. Biernat, *Między polityką...*, *op. cit.*, s. 116.

<sup>15</sup> *Idem*, *Legislacja...*, *op. cit.*, s. 32–33.



Koincydencja czasowa zachodząca między wskazanymi powyżej zmianami prawa karnego a wydarzeniami politycznymi nakłania do podjęcia rozważań o wpływie czynników politycznych na kształt prawa karnego.

Dokonując analizy poszczególnych zmian prawa karnego materialnego, wskazać można, że szczególnym przedmiotem zainteresowania ustawodawcy są przestępstwa dotyczące wolności seksualnej i obyczajności. W rozdz. XXV k.k., poświęconym przestępstwom przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, znajduje się obecnie 10 artykułów (art. 197 § 1–5, art. 198, art. 199 § 1–3, art. 200 § 1–6, art. 200a § 1–2 [przepis dodany w 2010 r.], art. 200b [przepis dodany w 2010 r.], art. 201, art. 202 § 1–5, art. 203 § 1–2 i art. 204 § 1–3). Od wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r. jedynie dwa spośród wymienionych powyżej przepisów zachowały niezmienione brzmienie: art. 198 i art. 201. Pozostałe przepisy tego rozdziału, czyli 8 artykułów, składających się obecnie z 28 paragrafów (nie wliczając w to 3 uchylonych paragrafów) objęte zostało 22 zmianami<sup>16</sup> dokonanymi w sumie 8 ustawami nowelizującymi Kodeks karny w latach 2004–2023<sup>17</sup>. W zakresie zmian zachodzących w tym okresie w poszczególnych jednostkach redakcyjnych przepisów zawartych w rozdz. XXV k.k. 19 polegało na zaostrzeniu kar za poszczególne typy czynów zabronionych

<sup>16</sup> Liczba ta odzwierciedla, ile razy nowelizowane były poszczególne artykuły rozdz. XXV (art. 197 – 3 razy, art. 199 – 2, art. 200 – 4, art. 200a – 2, art. 200b – 2, art. 202 – 6, art. 203 – 1 i art. 204 – 2), a nie poszczególne jednostki redakcyjne (paragrafy i punkty) składające się na artykuły zawarte w tym rozdziale.

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2004 r., nr 69, poz. 626); ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2005 r., nr 163, poz. 1363 z późn. zm.); ustawa z dnia 24 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r., nr 214, poz. 1344); ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r., nr 206, poz. 1589 z późn. zm.); ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2010 r., nr 98, poz. 626); ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2014 r., poz. 538); ustawa z dnia 14 kwietnia 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2023 r., poz. 818); ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 2600 z późn. zm.).

określonych w 6 artykułach: art. 197, art. 200, art. 200b, art. 202, art. 203 i art. 204. Pozostałe zmiany polegały przede wszystkim na dodaniu nowych typów czynów zabronionych (np. art. 197 § 5, art. 199, art. 200 czy art. 202)<sup>18</sup>.

Poza wspomnianymi powyżej zmianami ważną nowelizacją dotyczącą przestępstw określonych w art. 197, art. 198 i art. 199 § 1 była zmiana trybu ścigania tych przestępstw z wnioskowego na ściganie z urzędu<sup>19</sup>. W zakresie przestępstw przeciwko wolności seksualnej dokonano też istotnych zmian w zakresie środków zabezpieczających, wprowadzając w 2010 r.<sup>20</sup> możliwość stosowania tzw. chemicznej kastracji (art. 95a)<sup>21</sup>. Istotnym aktem prawnym dotyczącym sprawców, którzy dopuścili się przestępstw przeciwko wolności seksualnej była uchwalona w 2013 r. tzw. ustawa o bestiach<sup>22</sup>, na podstawie której do Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dys socjalnym w Gostyninie mogli być kierowani zaburzeni psychicznie sprawcy stwarzający zagrożenie wolności seksualnej innych osób<sup>23</sup>. W 2016 r. uchwalono także ustawę o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością

<sup>18</sup> Na temat zmian Kodeksu karnego dokonanych do 2015 r. krytycznie wypowiedział się m.in. J. Warylewski: *idem*, *Szósta nowelizacja Kodeksu karnego w zakresie przestępstw seksualnych (ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 r.)*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, t. XXXIII, s. 403–413.

<sup>19</sup> W wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2013 r., poz. 849) uchylono art. 205 k.k. Zob. również: J. Widacki, A. Szuba-Boroń, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce w latach 1999–2017*, „Archiwum Kryminologii” 2019, t. XLI, nr 2, s. 253–285.

<sup>20</sup> Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r., nr 206, poz. 1589 z późn. zm.).

<sup>21</sup> A. Strzelec, *Zgodność z konstytucją środka zabezpieczającego w postaci postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych popełnionych w związku z zaburzonymi preferencjami seksualnymi (art. 95a k.k.)*, [w:] *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne. Studia prawne. Tom III. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi*, red. M. Grzybowski, P. Tuleja, Kraków 2014, s. 479–493.

<sup>22</sup> Ustawa z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1689).

<sup>23</sup> M. Płatek, *Kreowanie „groźnych, niebezpiecznych i złych”*, „Archiwum Kryminologii” 2019, t. XLI, nr 1, s. 125–217.

na tle seksualnym<sup>24</sup>, która m.in. wprowadziła rejestry sprawców przestępstw na tle seksualnym<sup>25</sup>.

Wśród powodów zmian projektodawcy wskazywali najczęściej, że dotychczas obowiązujące kary przewidziane za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej są za niskie, nie oddają społecznej szkodliwości tych czynów, a wymierzane przez sądy kary są zbyt łagodne<sup>26</sup>. Ponadto podnoszono potrzebę „skuteczniejszego zwalczania tego typu przestępczości przez zapewnienie jednolitości orzecznictwa sądów oraz podwyższenie zagrożeń karnych”<sup>27</sup>. Wskazywano również na wzrost liczby przestępstw przeciwko wolności seksualnej<sup>28</sup>, podnosząc równocześnie, że liczba kar orzekanych z warunkowym zawieszeniem ich wykonania jest zbyt duża (ok. 40% skazań za zgwałcenia), co zdaniem Zbigniewa Ziobry – autora tych słów – skutkuje tym, że „wyroki te można nazwać fikcyjnymi”<sup>29</sup>.

Warto podjąć próbę odpowiedzi na pytanie: czy zmiany, które dokonywały się na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat w obrębie rozdz. XXV k.k. przyczyniły się do zmniejszenia liczby tych przestępstw i zwiększenia zakresu ochrony społeczeństwa w zakresie wolności seksualnej?

W pierwszej kolejności należy się przyjrzeć temu, czy liczba przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności w Polsce rośnie, czy maleje. W zamieszczonej poniżej tabeli 1 oraz na wykresie 1 zaprezentowano dane dotyczące wszystkich przestępstw stwierdzonych zawartych w rozdz. XXV k.k. (art. 197–204) poświęconym przestępstwom

<sup>24</sup> Ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1304 z późn. zm.).

<sup>25</sup> A. Strzelec, *Rejestr sprawców przestępstw na tle seksualnym*, [w:] *W poszukiwaniu prawdy. Rozważania o prawie, historii i sprawiedliwości. Prace dedykowane profesorowi Janowi Widackiemu*, red. K. Banasik, A. Kargol, A. Kubiak-Cyrul, M.J. Lubelski, E. Plebanek, A. Strzelec, Kraków 2018, s. 699–713.

<sup>26</sup> Zob. np. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Sejm IX kadencji, druk sejmowy nr 2024, s. 70–74, [www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024](http://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024) [dostęp: 23.09.2023].

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 70.

<sup>28</sup> J. Warylewski, *Wymiar sprawiedliwości karnej w Polsce – diagnoza statystyczno-kryminologiczna wybranych aspektów*, [w:] *Między nauką a praktyką prawa karnego: księga jubileuszowa prof. Lecha Gardockiego*, red. Z. Jędrzejewski, Z. Wiernikowski, S. Żółtek, M. Królikowski, Warszawa 2014, s. 341.

<sup>29</sup> Biuletyn nr 4424/IV, Komisja Nadzwyczajna do spraw zmian w kodyfikacjach, nr 83, 14.04.2005, <https://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgsknr/NKK-83> [dostęp: 23.09.2023].

przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. W zestawieniu uwzględniono wszystkie 10 artykułów tworzących rozdz. XXV<sup>30</sup>.

Na podstawie informacji przedstawionych w tabeli 1 i wykresie 1 można wysunąć następujące wnioski: wyraźną tendencję wzrostową zauważyć można jedynie w przypadku dwóch przestępstw: art. 200a (elektroniczna korupcja seksualna małoletniego) oraz art. 202 (publiczne prezentowanie treści pornograficznych). W 2010 r.<sup>31</sup> odnotowano 6, natomiast w 2020 r. aż 456 przestępstw stwierdzonych z art. 200a (wzrost o 7500%). Liczba przestępstw stwierdzonych z art. 202 wynosiła w 2000 r. – 79, w 2010 r. – 939 (wzrost o 1088%), a w 2020 r. – 5330 (od 2010 r. wzrost o 467%, a od 2000 r. do 2020 r. o 6646%). Warto zaznaczyć, że art. 202 był najczęściej nowelizowanym przepisem rozdz. XXV k.k.<sup>32</sup>

Kolejną grupę przepisów stanowią te, w stosunku do których liczba przestępstw stwierdzonych utrzymuje się na przestrzeni lat na zbliżonym poziomie, np. art. 199, art. 200b, lub nieznacznie się zmniejsza, np. art. 200, art. 203, art. 204.

Szczególne miejsce w tym zestawieniu zajmuje przestępstwo zgwałcenia. W badanym okresie liczba przestępstw stwierdzonych z art. 197 zmalała o prawie 57% (z 2399 w 2000 r. do 1034 w 2020 r.).

<sup>30</sup> W tabeli zaprezentowano liczby bezwzględne przestępstw stwierdzonych przeciwko wolności seksualnej i obyczajności za lata 2000–2020. Statystyki policyjne, na podstawie których przygotowano tabelę oraz wykres, zawierają informacje o liczbie przestępstw z danego artykułu Kodeksu karnego, bez dalszego podziału na liczbę przestępstw zakwalifikowanych z poszczególnych paragrafów – *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (197–205)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-6> [dostęp: 23.09.2023].

<sup>31</sup> Artykuł 200a został dodany do Kodeksu karnego w 2010 r. ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2010 r., nr 206, poz. 1589 z późn. zm.).

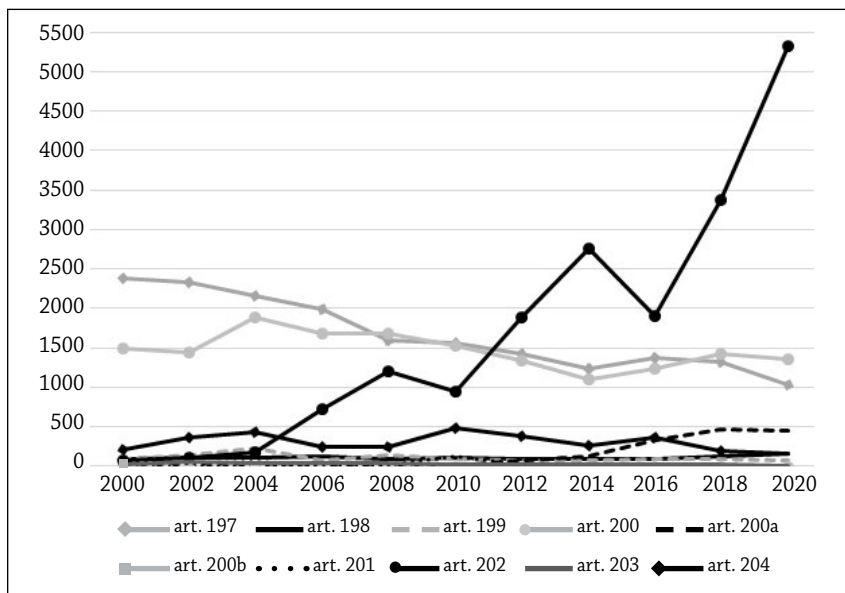
<sup>32</sup> Artykuł 202 k.k. zmieniano sześciokrotnie: w 2004 r., 2005 r., 2008 r., 2014 r. i dwukrotnie w 2023 r. (dane szczegółowe dotyczące ustaw nowelizujących zostały wskazane we wcześniejszych przypisach). W pięciu z ustaw nowelizujących dokonano zaostrzenia kar za poszczególne typy czynów określonych w art. 202.

Tabela 1. Liczby bezwzględne przestępstw stwierdzonych przeciwko wolności seksualnej i obyczajności

Rok \ k.k.	art. 197	art. 198	art. 199	art. 200	art. 200a*	art. 200b*	art. 201	art. 202	art. 203	art. 204
2000	2399	102	89	1506	–	–	52	79	26	204
2002	2345	107	139	1453	–	–	37	112	63	364
2004	2176	104	225	1904	–	–	55	178	46	425
2006	2001	120	70	1687	–	–	26	719	42	237
2008	1611	98	143	1683	–	–	28	1209	35	238
2010	1567	104	90	1532	6	0	135	939	28	489
2012	1432	95	81	1344	74	7	21	1886	26	379
2014	1249	98	80	1104	129	4	26	2761	30	260
2016	1383	93	99	1241	339	0	18	1908	25	357
2018	1326	136	96	1438	475	5	8	3378	25	191
2020	1034	157	83	1360	456	3	10	5330	10	174

\* art. 200a i 200b dodano do Kodeksu karnego ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r., nr 206, poz. 1589 z późn. zm.).

Źródło: opracowanie własne na podstawie: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, op. cit.*

Wykres 1. Liczba przestępstw stwierdzonych z rozdz. XXV k.k. *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*

Źródło: opracowanie własne na podstawie: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, op. cit.*

W przypadku art. 198 (seksualne wykorzystanie niepoczytalności lub bezradności) liczba przestępstw stwierdzonych w latach 2000–2016 utrzymywała się na zbliżonym poziomie (najwięcej odnotowano w 2006 r. – 120, najmniej w 2016 r. – 93). Po 2016 r. zauważyć można istotny wzrost liczby przestępstw stwierdzonych z art. 198. W porównaniu z 2016 r. (93 przestępstwa stwierdzone) nastąpił wzrost do 157 takich przestępstw w 2020 r., z czego wynika, że ich liczba wzrosła o prawie 69%. Warto mieć na uwadze, że art. 198 obowiązuje od wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r. w niezmienionej formie i nigdy nie był przez ustawodawcę nowelizowany (podobnie jak art. 201).

Dane statystyczne rysują jasny obraz skali przestępstw stwierdzonych przeciwko wolności seksualnej i obyczajności w Polsce. W zdecydowanej większości przypadków liczba takich przestępstw maleje lub wykazuje tendencję stałą. Jedynie w przypadku dwóch spośród dziesięciu przepisów odnotować trzeba utrzymującą się od wielu lat tendencję wzrostową (art. 200a i art. 202). Wydaje się, że jednym z kluczowych czynników wpływających na wzrost tej kategorii czynów zabronionych jest rozwój i większa dostępność środków komunikowania się na odległość, w szczególności powszechnego korzystania, także przez małoletnich, z internetu oraz różnego typu komunikatorów społecznych (np. Messenger, WhatsApp, X itp.), przy użyciu których mają oni łatwiejszy dostęp do treści pornograficznych oraz są łatwiejszym celem dla pedofilów.

Popularyzatorzy zaostrzania kar za przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym jako jeden z argumentów wskazują od wielu lat, że ustawowe granice zagrożenia za zgwałcenie są w Polsce zbyt niskie w porównaniu z innymi państwami europejskimi<sup>33</sup>. Z opublikowanych w 2015 r. przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości danych<sup>34</sup> wynika, że spośród 20 państw europejskich wyższa niż w Polsce górna granica ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności za zgwałcenie w typie zasadniczym (art. 197 § 1, który zagrożony był wtedy karą pozbawienia

<sup>33</sup> Zob. np. Biuletyn nr 4424/IV, *op. cit.* oraz uzasadnienie do rządowego projektu ustawy, *op. cit.*, s. 70–74.

<sup>34</sup> B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, A. Więcek-Durańska, *Struktura kar orzekanych w Polsce i w innych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, [https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/Kolor\\_IWS\\_Sekcja-Analiz\\_Struktura-kar-orzekanych-w-Polsce-i-w-innych-pa%C5%84stwach-UE.pdf](https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/Kolor_IWS_Sekcja-Analiz_Struktura-kar-orzekanych-w-Polsce-i-w-innych-pa%C5%84stwach-UE.pdf) [dostęp: 23.09.2023]. Opracowanie przygotowano na podstawie danych pochodzących z piątej edycji *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics* obejmującej ogólne dane o skazaniach w latach 2007–2011 oraz dane statystyczne za 2010 r. dotyczące struktury kar i wymiarów kary pozbawienia wolności.

wolności od lat 2 do 12) przewidziana była jedynie w trzech krajach: Francji (do 15 lat), Islandii (od 6 miesięcy do 16 lat) i w Niemczech (od 6 miesięcy do 15 lat)<sup>35</sup>. Z tego wynika, że jeszcze przed zaostrzeniem w 2023 r. kar za przestępstwo z art. 197 (obecnie od 2 do 15 lat pozbawienia wolności) Polska należała do czołówki krajów przewidujących wysokie kary za zgwałcenie w typie podstawowym.

Nieco odmiennie prezentują się dane dotyczące sądowego wymiaru kar za przestępstwo zgwałcenia. W analizowanym w opracowaniu okresie w przypadku Polski ok. 40% kar orzekanych za zgwałcenie stanowiły kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, co w zestawieniu 15 wybranych państw europejskich lokowało Polskę na 11 miejscu (przed Czechami, Niemcami, Finlandią i Grecją)<sup>36</sup>.

Zestawiając ze sobą powyższe informacje, należy zauważyć, że surowość kar przewidzianych za zgwałcenie w ustawach karnych poszczególnych państw, wyrażająca się w wysokiej górnej granicy ustawowego zagrożenia, nie oznacza, że sądy, wymierzając kary, orzekają je w wysokości zbliżonej do tej górnej granicy. Choć w badanym okresie niemieckie prawo karne przewidywało stosunkowo surowe kary za zgwałcenie (do 15 lat pozbawienia wolności), to i tak częściej niż w Polsce, bo w 42% spraw, niemieckie sądy wymierzały kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, w 4% spraw kary ograniczenia wolności, a jedynie 54% wyroków stanowiły skazania na karę bezwzględnie pozbawienia wolności (w Polsce 60%). Również we Francji, która znalazła się na 8 miejscu zestawienia dotyczącego sądowego wymiaru kar za przestępstwo zgwałcenia, orzekano 81% kar bezwzględnie pozbawienia wolności, 17% z warunkowym jej zawieszeniem i 2% kar ograniczenia wolności. Polityka karna realizowana we Francji czy w Niemczech, pomimo stosunkowo wysokich górnych granic kar przewidzianych za przestępstwo zgwałcenia, nie pozbawiła sądów możliwości orzekania kar z warunkowym ich zawieszeniem.

Podnoszone w trakcie dyskusji nad zaostrzeniem przepisów polskiego prawa karnego argumenty dotyczące przypisaniu skuteczności instytucji warunkowego zawieszenia kary roli fikcji<sup>37</sup> wydają się nieobiektywne. Przed dokonaniem w 2015 r. zmian w zakresie przesłanek stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary<sup>38</sup> sądy

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 33–34.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 40–41.

<sup>37</sup> Zob. wypowiedź: Z. Ziobro, [w:] Biuletyn nr 4424/IV, *op. cit.*

<sup>38</sup> Nowelizacja art. 69 k.k. została dokonana ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396 z późn. zm.).

nadużywały tej instytucji, co stanowiło poważną bolączkę polskiego wymiaru sprawiedliwości<sup>39</sup>. W latach 2010–2015 średnio ok. 83% wszystkich wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności było warunkowo zawieszanych<sup>40</sup>. W latach 2016–2020 liczba ta stopniowo spadała i w 2020 r. wyniosła ok. 46%<sup>41</sup>. Z powodu ograniczenia w 2015 r. możliwości stosowania warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności orzeczonej w wymiarze nieprzekraczającym roku (wcześniej były to 2 lata) ustawodawca wyłączył co do zasady możliwość stosowania tego środka probacyjnego wobec sprawców przestępstwa zgwałcenia z art. 197 § 1, które zagrożone było (i jest nadal) karą pozbawienia wolności od lat 2. Zmiana ta miała wymierny wpływ na strukturę orzekanych za zgwałcenie kar. W 2010 r. 36% wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności wymierzonych na podstawie art. 197 § 1–4 zostało warunkowo zawieszonych, w 2015 r. – ok. 38%, a w 2020 r. ok. 16%. Biorąc pod uwagę jedynie skazania na podstawie art. 197 § 1, dane przedstawiają się następująco: w 2010 r. warunkowo zawieszono ok. 31% wyroków, w 2015 r. – ok. 40%, w 2020 r. – ok. 11% wyroków<sup>42</sup>. Wyraźnie widoczny spadek liczby warunkowo zawieszanych kar za przestępstwo określone w art. 197 uznać należy za dobry kierunek zmiany polityki karnej państwa. Z drugiej strony, negowanie *a priori* skuteczności i celowości środka probacyjnego w postaci warunkowego zawieszenia wykonania kary wydaje się nadużyciem. Teodor Szymanowski wskazuje, że kara bezwzględnego pozbawienia wolności cechuje się przeszło dwukrotnie większym wskaźnikiem recydywy (ok. 60%) w porównaniu z karą pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (23,4%), karą grzywny samoistnej (22,6%) i karą ograniczenia wolności (35%)<sup>43</sup>. Warunkowe zawieszenie kary pozbawienia wolności oraz kary nieizolacyjne okazują się bardziej efektywne z punktu widzenia prewencji indywidualnej, skutkując mniejszym odsetkiem recydywy. Oczywiście jest, że w większości z przypadków przestępstw zgwałcenia sprawcy powinni zostać ukarani bezwzględna

<sup>39</sup> M. Grzyb, *Przemoc wobec kobiet, populizm penalny i feminizm*, [w:] *Populizm penalny*, red. J. Widacki, Kraków 2017, s. 111.

<sup>40</sup> *Skazania prawomocne z oskarżenia publicznego – dorośli – wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary w l. 2008–2020*, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie> [dostęp: 23.09.2023].

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> T. Szymanowski, *Zmiany w przestępczości w Polsce w okresie po odzyskaniu niezależności oraz ewolucja polityki karnej w tym okresie w świetle danych statystycznych*, „Palestra” 2018, nr 9, s. 23.



karą pozbawienia wolności, ale wyciąganie z tego faktu zbyt ogólnych wniosków może być mylące. Zazwyczaj nagłaśniane są budzące emocje sprawy, w których zasadność zastosowania przez sąd instytucji warunkowego zawieszenia kary jest mocno dyskusyjna<sup>44</sup>.

Warto mieć na uwadze, że w sprawach o zgwałcenia zapadały również wyroki warunkowo zawieszające kary pozbawienia wolności, które nie budziły skrajnych emocji i nie stanowiły podstaw do negocjowania tego środka probacyjnego. Irena Rzeplińska i Michał Jankowski przeprowadzili na początku XXI wieku badania, których celem była analiza sądowego wymiaru kary za przestępstwo zgwałcenia<sup>45</sup>. Na podstawie przeprowadzonych badań aktowych autorzy dokonali analizy spraw, w których sądy warunkowo zawiesiły kary pozbawienia wolności za przestępstwo określone w art. 197. Sprawy, w których sądy zdecydowały się warunkowo zawiesić kary, dotyczyły przede wszystkim usiłowania zgwałcenia, zgwałcenia w małżeństwie lub konkubinacie, tzw. zgwałceń randkowych, pomocnictwa do zgwałcenia, a także zgwałcenia osób poniżej 18 roku życia i tzw. zgwałceń kazirodczych oraz zbiorowych. W większości powyższych przypadków, po zapoznaniu się z krótkim opisem poszczególnych spraw przedstawionym przez autorów badania, można odnieść wrażenie o słuszności decyzji sądu w przedmiocie zawieszenia wykonania kary. W niektórych ze spraw nasuwają się jednak wątpliwości, które mieli również autorzy przedmiotowych badań<sup>46</sup>. Warto jednak w tym miejscu przytoczyć ich słowa „[...] sąd, orzekający w sprawie, widział i obserwował sprawców w czasie procesu, słuchał ich wyjaśnień jako oskarżonych – dysponował zatem wiedzą, której nie mieliśmy my, oceniający sprawę *post factum* i jedynie w oparciu o akta

<sup>44</sup> Np. sprawa sanitariuszy z Elbląga: *Zawiasy za gwałt uwłaczają poczuciu sprawiedliwości. List otwarty w sprawie wyroku dla sanitariuszy z Elbląga*, 19.05.2015, <https://wyborcza.pl/7,75398,17946170,zawiasy-za-gwalt-uwlaczaja-poczuciu-sprawiedliwosci-list-otwarty.html> [dostęp: 23.09.2023], czy zgwałcenie zbiorowe szesnastolatki w Żywcu: A. Malinowska, E. Furtak, *Gwałt zbiorowy na 16-latce jeszcze raz do zbadania*, 26.04.2016, <https://katowice.wyborcza.pl/katowice/7,35063,19977058,gwalt-zbiorowy-na-16-latce-jeszcze-raz-do-zbadania.html> [dostęp: 23.09.2023].

<sup>45</sup> I. Rzeplińska, *Sądowy wymiar kary za przestępstwo zgwałcenia (przyczynek do dyskusji nad liberalną versus represyjną polityką karną)*, „Biuletyn Kryminologiczny” 2001, nr 10, s. 21–34.

<sup>46</sup> Wskazano, że „wątpliwości w odniesieniu do wymierzonej kary miały źródło w okolicznościach zgwałcenia: wielu sprawców (więcej niż dwóch), »porwanie« na ulicy i wywiezienie, pozbawienie wolności, wykorzystanie stanu nietrzeźwości ofiary, jej stanu ograniczonej zdolności do pokierowania swoim postępowaniem” – *ibidem*, s. 34.

sprawy karnej”<sup>47</sup>. Stwierdzenie to, choć poczynione na gruncie analizy konkretnych spraw sądowych, ma również szerszy kontekst. Dokonywanie oceny słuszności pewnych instrumentów prawnych *in abstracto*, bez głębszej refleksji nad ich istotą oraz możliwością ich wykorzystania w konkretnych stanach faktycznych, które różnią się od siebie pod wieloma względami, wydaje się niewłaściwe.

Zweryfikować należy również twierdzenie, że orzekane przez polskie sądy kary są jednymi z najłagodniejszych w Europie. Z danych przedstawionych w 2015 r. przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości wynika, że pośród 16 wybranych krajów europejskich Polska znajduje się na 10 miejscu pod względem wymiaru orzeczonej kary bezwzględnego pozbawienia wolności za zgwałcenie (15% kar stanowiły kary pozbawienia wolności na 5 lat i więcej, 81% kary od 1 roku do poniżej 5 lat; 4% kary poniżej 1 roku). W Niemczech rozkład kar przedstawiał się następująco: 27% kar – 5 lat i więcej, 74% kar – od 1 roku do poniżej 5 lat, natomiast we Francji: 79% kar – 5 lat i więcej, 18% kar – od 1 roku do poniżej 5 lat i 2% kar – poniżej 1 roku<sup>48</sup>. Dane te potwierdzają, że sądy w Polsce orzekają w zdecydowanej większości za przestępstwo zgwałcenia kary poniżej 5 lat pozbawienia wolności.

Warto przyjrzeć się również temu, jak przedstawia się sytuacja Polski wśród innych państw europejskich, jeśli chodzi o zagrożenie przestępstwem zgwałcenia. Z danych opublikowanych przez Eurostat wynika, że liczba przestępstw zgwałcenia w przeliczeniu na 100 tys. mieszkańców stawia Polskę na trzecim miejscu, a więc w czołówce państw wykazujących się najniższym współczynnikiem przestępczości, który w 2012 r. wynosił 3,76, a w 2021 r. wyniósł 1,54. W 2021 r. niższym wskaźnikiem mogły poszczycić się jedynie dwa kraje: Bułgaria (1,16) oraz Czarnogóra (1,29). Dla porównania w Niemczech współczynnik przestępczości w 2012 r. wyniósł 10, a w 2021 r. – 12,55, natomiast we Francji w 2012 r. – 16,68, a w 2021 r. – 50,13. Najwyższą liczbę przestępstw na 100 tys. mieszkańców w 2021 r. odnotowano w Szwecji (89,74), Islandii (57,21) i Francji (50,13)<sup>49</sup>.

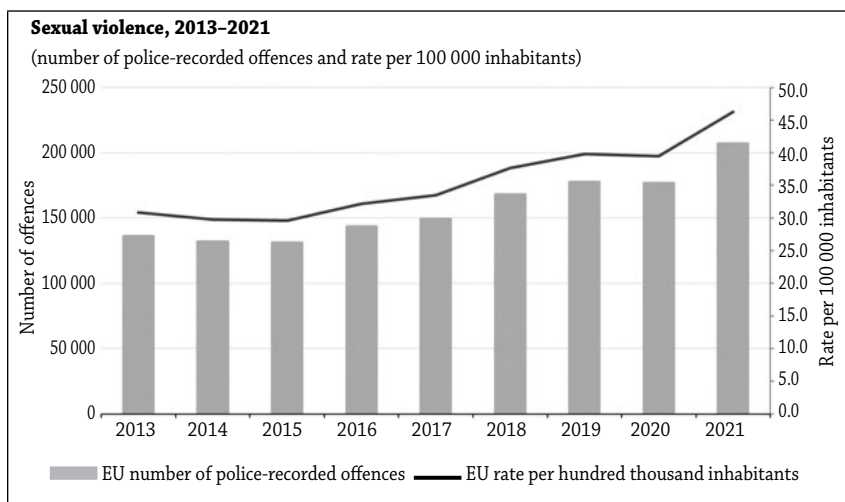
<sup>47</sup> *Ibidem*, s. 32.

<sup>48</sup> B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, A. Więcek-Durańska, *Struktura...*, *op. cit.*, s. 42–43. Podkreślenia wymaga, że w przypadku Polski i Francji przedstawione dane nie sumują się do 100% (wynoszą 99%), a w przypadku Niemiec wynoszą 101%.

<sup>49</sup> [Przestępstwa zgwałcenia zarejestrowane przez policję – wskaźnik na 100 tys. mieszkańców], [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/crim\\_off\\_cat\\_\\_custom\\_9050444/settings\\_1/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/crim_off_cat__custom_9050444/settings_1/table?lang=en) [dostęp: 23.09.2023].

Podobnie prezentuje się w zbliżonym okresie (2013–2021) współczynnik przestępczości dotyczący przemocy seksualnej, a nie tylko przestępstwa zgwałcenia. Na zaprezentowanym poniżej wykresie wyraźnie widać stopniowy wzrost w państwach europejskich liczby przestępstw przemocy seksualnej na 100 tys. mieszkańców.

Wykres 2. Przemoc na tle seksualnym w latach 2013–2021 (liczba przestępstw zarejestrowanych przez policję i wskaźnik na 100 tys. mieszkańców)



Źródło: *Sexual violence. 2013–2021*, Eurostat, [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Sexual\\_violence,\\_2013-2021\\_\(number\\_of\\_police-recorded\\_offences\\_and\\_rate\\_per\\_100\\_000\\_inhabitants\)V1.png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Sexual_violence,_2013-2021_(number_of_police-recorded_offences_and_rate_per_100_000_inhabitants)V1.png) [dostęp: 23.09.2023].

Pomimo widocznego w Europie trendu wzrostu liczby zarejestrowanych przestępstw zgwałcenia i przemocy seksualnej w Polsce liczba tych przestępstw stale spada. Przedstawiony powyżej obraz przestępstw zgwałcenia w Europie i Polsce nie znajduje pełnego pokrycia w argumentach, którymi posługują się autorzy kolejnych projektów zmian polskiego prawa karnego w zakresie przestępstwa zgwałcenia. W sposób oczywisty wykazano, że liczba stwierdzonych przestępstw zgwałcenia w Polsce systematycznie maleje<sup>50</sup>. Represyjny kierunek zmian, polegający na zaostrzaniu sankcji karnych, w założeniu ich pomysłodawców ma

<sup>50</sup> Należy pamiętać jednak, że przestępstwo to charakteryzuje się nie tylko w Polsce, ale także w innych krajach, stosunkowo dużą ciemną liczbą, w związku z czym prezentowane dane nie oddają rzeczywistego jej rozmiaru.

odstraszać w większym stopniu potencjalnych sprawców od popełniania czynów zabronionych. Nie można jednak przeceniać funkcji odstrasza-  
jącej kary, która z całą pewnością ma istotny wpływ na potencjalnych  
sprawców czynów zabronionych, ale jest tylko jednym z czynników po-  
wstrzymujących ich od popełniania przestępstw<sup>51</sup>. Jako przykład podać  
można Francję, do której bardzo chętnie odwołują się autorzy projek-  
tów poszczególnych zmian prawa karnego, w szczególności w zakresie  
przestępstw seksualnych<sup>52</sup>. Choć we Francji od wielu lat za przestęp-  
stwo zgwałcenia w typie podstawowym grozi kara do 15 lat pozbawie-  
nia wolności, a za typy kwalifikowane przewidziana jest kara do 20 lat  
pozbawienia wolności (np. zgwałcenie małoletniego poniżej lat 15), do  
30 lat pozbawienia wolności, jeżeli następstwem jest śmierć ofiary, albo  
nawet kara dożywotniego pozbawienia wolności (jeżeli sprawca dopusz-  
czał się aktów barbarzyństwa lub stosował tortury)<sup>53</sup>, to nie przekłada  
się to na zmniejszenie czy nawet utrzymanie stałego poziomu liczby  
takich przestępstw. Pomimo tak surowych kar i surowej polityki kar-  
nej Francji w tej kwestii (wymierzane przez sąd surowe, bezwzględne  
kary pozbawienia wolności i niewielki odsetek warunkowego zawieszania  
tych kar) liczba stwierdzonych przestępstw zgwałcenia w tym kraju  
rośnie nieprzerwanie od 2009 r., kiedy odnotowano 9842 przestępstwa  
zgwałcenia zarejestrowane przez policję. W 2021 r. francuska policja za-  
rejestrowała aż o blisko 3,5 razy więcej, bo 33 918 przestępstw zgwałce-  
nia<sup>54</sup>. Pokazuje to dobitnie, że nawet bardzo punitywne ustawodawstwo  
nie jest decydującym czynnikiem w zapobieganiu przestępczości.

Teodor Szymanowski wskazuje, że w 1987 r. liczba prawomoc-  
nych skazań za przestępstwo zgwałcenia w Polsce wyniosła 1201, co

<sup>51</sup> Zob. np. P. Dziekański, *Adwokat Dziekański: Odstraszanie karą nie jest skutecznym rozwiązaniem*, 15.11.2021, [www.prawo.pl/prawnicy-sady/nowelizacja-kodeksu-karnego-opinia-advokata-pawla-dziekanskiego,511734.html](http://www.prawo.pl/prawnicy-sady/nowelizacja-kodeksu-karnego-opinia-advokata-pawla-dziekanskiego,511734.html) [dostęp: 23.09.2023].

<sup>52</sup> Zob. np.: Biuletyn nr 4424/IV, *op. cit.*; uzasadnienie do rządowego projektu ustawy, *op. cit.*, s. 74 oraz artykuł Ziobro: *Sądy zbyt łagodnie karzą za gwałty. Chcemy to zmienić*, 7.09.2017, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1069514,ziobro-sady-kara-gwalt-prawo-karne.html> [dostęp: 23.09.2023].

<sup>53</sup> Artykuły od 222–22 do 222–33-1 francuskiego kodeksu karnego: Code pénal: Section 3: Du viol, de l'inceste et des autres agressions sexuelles (Articles 222-22 à 222-33-1), [www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006165281/#LEGISCTA000043409037](http://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006165281/#LEGISCTA000043409037) [dostęp: 23.09.2023].

<sup>54</sup> [Przestępstwa zgwałcenia zarejestrowane przez policję – liczby bezwzględne], [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/crim\\_off\\_cat\\_\\_custom\\_9103263/default/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/crim_off_cat__custom_9103263/default/table?lang=en) [dostęp: 23.09.2023].

stanowiło 0,7% wszystkich prawomocnych skazań, w 1997 r. było 908 skazań (0,4%), w 2003 r. – 986 skazań (0,2%), a w 2016 r. odnotowano 684 skazania (0,2%)<sup>55</sup>. W 2020 r. spośród wszystkich prawomocnych skazań (251 369) skazania za przestępstwo zgwałcenia stanowiły 0,2% (524 skazania)<sup>56</sup>. Można zauważyć, że stosunek prawomocnych skazań za zgwałcenia do ogólnej liczby prawomocnych skazań za wszystkie przestępstwa utrzymuje się w Polsce na zbliżonym poziomie od ok. 20 lat.

Podkreślić trzeba jednocześnie, że Polska jest krajem o jednym z najwyższych wskaźników prizonizacji w Europie. W 2022 r. średnia z 53 krajów wskazanych w raporcie Rady Europy<sup>57</sup> wynosiła 117,2. Polska znalazła się na 48 miejscu ze wskaźnikiem wynoszącym 190,4 (wyższy wskaźnik prizonizacji odnotowany został jedynie w: Turcji – 355,2, Gruzji – 236,6, Azerbejdżanie – 216,8, Węgrzech – 193,8, Litwie – 191,1). We Francji wynosił on 106,7, a w Niemczech 67,1.

Na dzień 31 grudnia 2022 r. w polskich jednostkach penitencjarnych wykonywano 1634 prawomocne orzeczenia wydane na podstawie art. 197 § 1–4 k.k., co stanowiło niecałe 2,8% wszystkich wykonywanych w tym czasie prawomocnych orzeczeń (58 554)<sup>58</sup>. We Francji w tym samym czasie na 50 631 osób, wobec których wykonywano prawomocne orzeczenia, 4248 osób było skazanych za przestępstwo zgwałcenia, co stanowiło 8,4%<sup>59</sup>. W Niemczech na 42 492 prawomocnie wykonywanych wyroków skazujących 667 dotyczyło zgwałcenia (1,6%)<sup>60</sup>.

Zaprezentowana struktura i dynamika przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, a w szczególności przestępstwa zgwałcenia, prowadzi do następujących wniosków. Liczba tych przestępstw stwierdzonych przez policję na przestrzeni kilkunastu ostatnich lat w Polsce zmniejsza się lub pozostaje na stałym poziomie. Wyraźną

<sup>55</sup> T. Szymanowski, *Zmiany w przestępczości...*, op. cit., s. 18.

<sup>56</sup> *Skazania prawomocne z oskarżenia publicznego*, op. cit.

<sup>57</sup> Council of Europe Annual Penal Statistics, <https://wp.unil.ch/space/space-i/annual-reports> [dostęp: 23.09.2023].

<sup>58</sup> Na podstawie art. 197 § 1 k.k. wykonywano 1174 prawomocne orzeczenia, art. 197 § 2 – 78, art. 197 § 3 – 350 i art. 197 § 4 – 32. Zob. Tabl. 14. Orzeczenia wykonywane wg rodzajów przestępstw (określonych w kodeksie karnym z 1997 r.) w dniu 31.12.2022 roku, Roczna Informacja Statystyczna za 2022 r., Ministerstwo Sprawiedliwości. Centralny Zarząd Służby Więziennej, <https://sw.gov.pl/strona/Statystyka> [dostęp: 23.09.2023].

<sup>59</sup> European Sourcebook of crime and criminal justice statistics, 6th edition, <https://wp.unil.ch/europeansourcebook/date-bases/6th-edition> [dostęp: 23.09.2023].

<sup>60</sup> *Ibidem*.

tendencję wzrostową zauważyć można jedynie w przypadku przestępstw określonych w art. 200a i 202 k.k.

Stosowana w ostatnich latach polityka karna, polegająca na zaostrożeniu kar za niektóre przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności nie przynosi zamierzonych skutków w postaci znacznego, realnego zmniejszenia skali tych przestępstw. Choć liczba stwierdzonych przestępstw zgwałcenia spadła o blisko 57% w ostatnich 20 latach (2000–2020), to trzeba mieć na uwadze, że w tym okresie nastąpił również wyraźny spadek przestępczości w Polsce. Pomiędzy 2010 r. a 2020 r. liczba stwierdzonych przestępstw zgwałcenia spadła o ok. 34% (z 1567 do 1034). W 2010 r. policja i prokuratura stwierdziły 1 138 523 wszystkich przestępstw, a w 2020 r. – 774 974 przestępstwa (spadek o ok. 32%). W 2010 r. sądy skazały prawomocnie za przestępstwa ścigane z urzędu 432 891 osób, natomiast w 2020 r. – 251 369 (spadek o ok. 42%). Odsetek prawomocnych skazań za przestępstwa zgwałcenia utrzymuje się od ok. 20 lat na zbliżonym poziomie, osiągając 0,2% wszystkich prawomocnych skazań. Pokazuje to, że liczba stwierdzonych przestępstw zgwałcenia zmniejszała się wprost proporcjonalnie do liczby wszystkich przestępstw stwierdzonych w latach 2010–2020 w Polsce. Wydaje się, że rzeczywistego spadku liczby stwierdzonych przestępstw z art. 197 k.k. nie należy upatrywać przede wszystkim w zaostrożeniu represji karnych za to przestępstwo, tylko w ogólnej tendencji spadkowej liczby wszystkich przestępstw stwierdzonych w Polsce.

Wierząc w to, że pomysłodawcy zaostrożenia polityki karnej działają racjonalnie i posiadają wiedzę naukową dotyczącą wspomnianej powyżej struktury i dynamiki przestępczości w Polsce i w Europie, w szczególności w zakresie przestępstwa zgwałcenia, można mieć wątpliwości, czy rzeczywistym powodem forsowanych zmian jest rozumiana obiektywnie poprawa stanu bezpieczeństwa społeczeństwa, czy zmiany te mają być instrumentem, którym władza próbuje przy okazji realizować swoje partykularne interesy. Mając na uwadze to, że głosy podnoszące konieczność zmian w zakresie przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności pojawiają się w związku z nagłaśnianymi medialnie zdarzeniami, budującymi w społeczeństwie obraz stanu poważnego zagrożenia dla ich dóbr prawnych<sup>61</sup>, można mieć wątpliwości, czy ta

<sup>61</sup> Na przykład w przestrzeni publicznej głosy dotyczące potrzeby zaostrożenia polskiej polityki karnej wobec sprawców zgwałcenia pojawiały się w ostatnim czasie w związku ze wzrostem liczby tych przestępstw w niektórych państwach europejskich (np. Francji czy Niemiec), co wiązało się ze wzrostem imigracji. Zob. np. E. Siedlecka, *Ziobro o Holland, czyli nożyce się odezwały*, <https://siedlecka.blog>.

„troska” ma na celu rzeczywistą poprawę bezpieczeństwa obywateli, czy jej istotnym powodem jest wywołanie zjawiska paniki moralnej<sup>62</sup> w celu uzasadnienia przeprowadzenia reformy prawa karnego, która zaspokoi społeczne oczekiwania w związku z prezentowanym jej stanem zagrożenia przestępczością w Polsce. Przypomnieć należy, że aktywność polityczna w tym zakresie w większości przypadków zbiega się w czasie z wyborami parlamentarnymi<sup>63</sup>. Działania mające na celu przede wszystkim zwiększenie lub utrwalenie kapitału politycznego określonej partii politycznej, są typowym przykładem populizmu prawnego<sup>64</sup>. Przesłanki o charakterze seksualnym są bardzo często, jeśli nie najczęściej, wykorzystywane przez partie polityczne, które grając na społecznych emocjach, wskazują na duże zagrożenie tą kategorią przestępstw i proponują różne kierunki zmian w tym zakresie. Zmiany te, niezależnie od ich inicjatorów, mają wspólny mianownik – zmierzają do zaostrzenia prawa karnego, które ma poprawić bezpieczeństwo społeczeństwa. Zmiany polegające na zwiększaniu kar są działaniem populistycznym, ponieważ jak wykazano na przykładzie Francji, surowość kar przewidziana za zgwałcenie nie powstrzymuje potencjalnych sprawców od popełniania tych przestępstw. Ewentualne argumenty dotyczące wpływu imigrantów na wzrost liczby zgwałceń uznać należy za niewystarczające, chociażby dlatego, że dolegliwość grożących za dane przestępstwo kar powinna powstrzymywać wszystkich potencjalnych sprawców, a nie tylko obywateli danego kraju. Przykład Francji pokazuje bardzo wyraźnie, że wysokość kar za przestępstwa przeciwko

---

polityka.pl/2023/09/06/ziobro-o-holland-czyli-nozyce-sie-odezwaly [dostęp: 23.09.2023]; *Minister Ziobro stanowczo: „Nigdy nie pozwolimy na to, aby nasze matki, żony i córki bały się wychodzić same z domów”*, 20.06.2023, <https://wpolityce.pl/polityka/651389-ziobro-nie- pozwolimy-by-polki-baly-sie-wychodzic-z-domow> [dostęp: 23.09.2023].

<sup>62</sup> J. Gierszewski, *Wpływ paniki moralnej na postrzeganie bezpieczeństwa publicznego*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje” 2016, nr 21, s. 115–137.

<sup>63</sup> W szczególności zmiany Kodeksu karnego, które weszły w życie w 2005 r., 2014 r. czy 2023 r.

<sup>64</sup> Na temat populizmu prawnego zob. m.in.: *Penalny populizm. Perspektywa polityczna i społeczna*, red. J. Czapska, M. Szafrąńska, D. Wójcik, Kraków 2016; *Populizm penalny*, op. cit.; M. Szafrąńska, *Penalny populizm a media*, Kraków 2015; J. Siemiatycka, *Populizm penalny jako pośrednie źródło kryminalizacji irracjonalnej*, „Wiedza Prawnicza” 2012, nr 6, s. 58–72; P. Chlebowicz, *Przejawy populizmu penalnego w polskiej polityce kryminalnej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2009, t. 9, s. 497–505.

wolności seksualnej i obyczajności nie ma decydującego wpływu na liczbę popełnianych przestępstw.

Podsumowując, należy stwierdzić, że większość zmian dokonanych w ostatnich kilkunastu latach w rozdz. XXV k.k., poza regulowaniem stosunków społecznych i potencjalnym zwiększeniem zakresu ochrony dóbr prawnych, była jednocześnie wykorzystywana przez organy władzy do realizowania własnych interesów, które polegały na próbie polepszenia pozycji politycznej. Ukierunkowanie działań rządu i parlamentarzystów na szczególnie delikatną i jedną z najbardziej intymnych sfer życia człowieka nie jest działaniem przypadkowym. Wolność seksualna jest dobrem o szczególnym znaczeniu dla obywateli, w związku z czym proponowane kierunki zmian spotykają się z powszechną społeczną aprobatą. Hasło „zgwałcenie” czy „pedofilia” wywołuje w społeczeństwie jednoznaczne reakcje: strach przed tymi zjawiskami i jednocześnie potrzebę surowego rozliczenia ich sprawców, co osoby mające wpływ na kształt prawa karnego chętnie wykorzystują, proponując zaostrzenie kar i stanowczą walkę ze sprawcami tego typu przestępstw. Warto na koniec zauważyć, że poza zakresem zainteresowania autorów projektów zmian prawa karnego pozostaje art. 198 k.k. (seksualne wykorzystanie niepełnosprawności lub bezradności), który penalizuje np. doprowadzenie do obcowania płciowego osoby znajdującej się w stanie upojenia alkoholowego lub pod wpływem narkotyków. W ciągu pięciu lat (od 2016 do 2020 r.) nastąpił 69-procentowy wzrost liczby przestępstw stwierdzonych z art. 198. Pomimo dwukrotnej nowelizacji Kodeksu karnego w 2023 r. ustawodawca nie zdecydował się na zaostrzenie kar przewidzianych w tym przepisie. Trudno zrozumieć powód takiej decyzji, skoro jednocześnie zdecydował się zaostrzyć kary za przestępstwo zgwałcenia z art. 197 k.k., pomimo że w analogicznym okresie (2016–2020) odnotowano ponad 25-procentowy spadek liczby stwierdzonych przestępstw zgwałcenia. Dysproporcje zachodzące obecnie pomiędzy karami grozącymi za przestępstwo zgwałcenia w typie podstawowym art. 197 § 1 (kara pozbawienia wolności od lat 2 do 15) a karami przewidzianymi w art. 198 (kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8) pokazują, że głoszona przez polityków „troska” o społeczeństwo i chęć poprawy bezpieczeństwa obywateli nie jest chyba nadrzędnym ich celem. Prawo, a w szczególności prawo karne, nie powinno być traktowane jako slogan wyborczy. W przeciwnym razie staje się narzędziem walki politycznej, a nie narzędziem, za pomocą którego politycy powinni regulować stosunki społeczne. A taka winna być rola prawa.



Adam Sulikowski\*

## Błąd joński w filozofii liberalnej a problem (nie)polityczności prawa

### 1. Wprowadzenie

Wśród wielu istotnych zagadnień naukowych, którym poświęcił swoje badania Tadeusz Biernat, ważne miejsce zajmują niewątpliwie: problematyka mitu politycznego<sup>1</sup>, legitymizacji władzy i prawa<sup>2</sup> oraz polityczności prawotwórstwa<sup>3</sup>. Penetrując intelektualnie te przestrzenie problemowe, Jubilat wypracował wiele oryginalnych poglądów i koncepcji teoretycznych. W związku z tym, że moje zainteresowania naukowe dotyczą podobnej problematyki, postanowiłem swój skromny wkład do niniejszej książki jubileuszowej poświęcić zagadnieniom lokującym się w zarysowanych wyżej przestrzeniach. Już na wstępie chciałbym nadmienić, że z większością poglądów Jubilata nie mogę się zgodzić. Wynika to przede wszystkim z odmienności naszych perspektyw filozoficznych i postaw badawczych. Tadeusz Biernat jest bowiem wybitnym

---

\* Prof. dr hab., Uniwersytet Wrocławski, ORCID: 0000-0002-8423-3199.

<sup>1</sup> T. Biernat, *Mit polityczny*, Warszawa 1989.

<sup>2</sup> *Idem*, *Legitymizacja władzy politycznej. Elementy teorii*, Toruń 1999.

<sup>3</sup> *Idem*, *Między polityką a prawem. Problem „upolitycznienia” tworzenia prawa*, „Przeгляд Prawa i Administracji. Tom CX. Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej”, Wrocław 2017, red. A. Bator, P. Kaczmarek, s. 115–131.

przedstawicielem podejścia analitycznego kojarzonego z tzw. filozoficzną prawicą, która zmierza do odkrycia (post)teologicznego logosu, rzekomo skrywającego się za zjawiskami. Moja myśl lokuje się natomiast zdecydowanie po stronie filozoficznej lewicy, a teoretyzowanie krytyczne jest swoistą antyteologią, czyli – idąc tropem rozróżnień zaproponowanych przez Leszka Kołakowskiego – filozofią błazeńską, która nie wierząc w zapewnienia współczesnych kapłanów w odniesieniu do tego „jak jest”, formułuje wciąż uwagi w stylu „jest nie tak, jak myślisz”, jest wysiłkiem stałego kwestionowania wszystkich oczywistości, a więc stałego dezawuowania objawień istniejących<sup>4</sup>.

Niniejszy tekst nie jest zatem szczegółową polemiką z ustaleniami Tadeusza Biernata, lecz raczej głosem w dyskusji na tematy, które Jubilata interesowały, sformułowanym z innej, mocno odległej perspektywy filozoficznej. Przedmiotem moich rozważań jest pewna cecha współczesnej myśli liberalnej, a mówiąc dokładniej, cecha tzw. liberalizmu stosowanego, czyli tych elementów teorematów liberalnych, które rzeczywiście oddziałują na mainstreamowe dyskursy polityczne, prawnicze i prawoznawcze. Liberalizm bowiem, mimo bardzo relatywistycznych deklaracji jego rzeczników i bardzo ostrożnego formułowania postulatów filozoficznych, stał się w praktyce źródłem rozwiązań zdecydowanie dogmatycznych i stawiających mocny opór<sup>5</sup>. Jak pisał John Gray: „Liberalizm, który w odniesieniu do zachowań jednostek ma za swój cel tolerancję, a nawet pluralizm, stanowi w sferze swych postulatów politycznych wyraz nietolerancji”<sup>6</sup>.

Cecha, o której wspomniałem, została dostrzeżona i opisana przez klasyka myśli liberalnej Isaiaha Berlina, który nazwał ją błędem jońskim i przekonująco dowiódł, że jest oparta na problematycznych założeniach i odpowiedzialna za wiele patologii współczesnej liberalnej praktyki politycznej. W niniejszym tekście skupiłem się kolejno na zagadnieniach genealogii błędu jońskiego, jego wpływu na polityczną praktykę (a w konsekwencji na mainstreamowe dyskursy prawnicze i prawoznawcze) oraz na problemie (nie)polityczności prawa, który funduje wiele sprzeczności w łonie dominującej (a do niedawna

<sup>4</sup> L. Kołakowski, *Kapłan i błazen. Rozważania o teologicznym dziedzictwie współczesnego myślenia*, [w:] *idem, Nasza wesoła apokalipsa. Wybór najważniejszych esejów*, Kraków 2010, s. 62.

<sup>5</sup> M. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism in Europe: A Common Critique of Neoliberalism and Ordoliberalism*, „Critical Sociology” 2019, vol. 45, no. 7–8, s. 1023–1034.

<sup>6</sup> J. Gray, *Postscriptum*, [w:] *idem, Po liberalizmie*, tłum. P. Maciejko, P. Rymarczyk, Warszawa 2001, s. 5.

hegemonicznej) na szeroko pojętym Zachodzie demoliberalnej formacji ideologiczno-dyskursywnej. Sprzeczności te z kolei wykorzystuje illiberalny dyskurs populistyczny, który choć sytuuje się w roli antytezy hegemonicznego porządku, zdaje się powielać jego „jońskie” cechy.

## 2. Błąd joński i jego genealogia

Isaiah Berlin w swoim słynnym eseju o wolności pisał ironicznie:

Skoro problemy moralne i polityczne są realne – a z pewnością są – to muszą być zasadniczo rozstrzygalne [...]. Przy takim założeniu rozwiązaniem problemu wolności politycznej byłoby ustanowienie sprawiedliwego porządku, który dałby każdemu człowiekowi całą wolność, do jakiej uprawnione są istoty rozumne [...]. Z zasady więc możliwe jest odkrycie sprawiedliwego porządku – porządku, którego reguły umożliwiają prawidłowe rozwiązanie wszelkich powstających w jego obrębie problemów<sup>7</sup>.

Zdaniem Berlina teoremat wyrażony w powyższym zdaniu jest głęboko zakorzeniony we współczesnej myśli liberalnej. Powiązanie wolności z porządkiem, a szerzej – prawdy, dobra, prawa i politycznego ideału z logosem, jest założeniem dyskursu liberalnego pomimo jego deklaratywnej podejrzliwości wobec tradycji metafizycznych. Berlin widzi w tym schemacie odprysk chrześcijańskiej reguły „tylko prawda was wyzwoli”, która jest zresztą sporo starsza niż chrześcijaństwo i wywodzi się z greckiego idealizmu opartego na szczególnym zaufaniu do uprzywilejowanych poznawczo filozofów. Credo idealizmu Berlin ujmuje następująco: „Jedynym sposobem, dzięki któremu mogę poznać prawdę, jest [...] ślepe czynienie tego, co ty, który znasz prawdę, mi nakazesz albo do czego mnie zmusisz, będąc pewny, że tylko w ten sposób dojdę do twojej czystej wizji i będę tak jak ty wolny”<sup>8</sup>.

Brytyjski filozof przekonująco dowodził, że bazą dla powyższego poglądu jest błąd polegający na wzięciu abstrakcyjnego ideału typowego dla greckiej (jońskiej) myśli za deskrypcję rzeczywistości. W tak skromnym rozmiarowo opracowaniu nie ma miejsca na streszczenie argumentacji Berlina, odsyłam więc w tym zakresie do źródeł<sup>9</sup>. Jeśli podejść do błędu jońskiego analitycznie, można wyróżnić dwa jego

<sup>7</sup> I. Berlin, *Dwie koncepcje wolności*, tłum. D. Grinberg, [w:] *idem*, *Cztery eseje o wolności*, Warszawa 1994, s. 205.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Idem*, *The Concept of Scientific History*, [w:] *Concepts and Categories*, ed. H. Hardy, New York 1979, s. 114 i n.

aspekty. Pierwszy można określić mianem ontologiczno-aksjologicznego: obejmuje on przekonanie, że istnieje powiązanie pomiędzy prawdą, prawem i dobrem, które stanowią odbicie tego samego logosu<sup>10</sup>. Drugi aspekt, o charakterze bardziej formalnym i epistemologicznym, można wyrazić w trzech twierdzeniach: 1) wszystkie sensowne pytania/problemy mają swoje odpowiedzi/rozwiązania; 2) odpowiedzi/rozwiązania są teoretycznie poznawalne przez uprzywilejowane poznawczo jednostki lub osiągalne w dyskursie tych jednostek; 3) odpowiedzi/rozwiązania są wzajemnie kompatybilne<sup>11</sup>. Nowoczesny dyskurs liberalny sprzężony ze scjentyzmem i optymizmem historiozoficznym recypował założenie, że urzeczywistnienie wolności nastąpi w drodze rozumnego doskonalenia się społeczeństw pod wpływem odkryć eksperckich w ramach formalnej korespondencji z poznaniem naukowym. Zdaniem Berlina najtrafniej ten modernistyczny paradygmat w nowoczesnym liberalizmie wyraził Auguste Comte, pytając kąśliwie: „Jeśli nie dopuszczamy swobodnego myślenia w chemii lub biologii, dlaczego mielibyśmy zezwolić na nie w moralności czy polityce?”<sup>12</sup>. „Właśnie, dlaczego?” – ze sporą dozą ironii pytał Berlin.

Jeśli ma sens mówienie o prawdach politycznych – to jest o celach społecznych, które wszyscy ludzie, właśnie dlatego, że są ludźmi, muszą z chwilą ich odkrycia uznać za prawdę – i jeśli, jak wierzył Comte, metoda naukowa objawi je w odpowiednim czasie, to gdzie tu jest miejsce na swobodę opinii czy działania, i to pojętą jako cel sam w sobie, a nie tylko jako pobudzający klimat intelektualny dla jednostek lub grup? Dlaczego mielibyśmy tolerować zachowania odbiegające od zaleceń kompetentnych ekspertów<sup>13</sup>?

Bliska genealogia tego sposobu myślenia prowadzi ewidentnie w stronę nowożytnego, specyficznie zachodniego fenomenu rozumu mieszczańskiego, który z kolei, jeżeli użyć marksowskiej narracji, jest nadbudowany nad kapitalistyczną formacją gospodarczą. Jak zauważa Andrzej Szahaj:

Kultura europejska jest jedyną, w której doszło do wynalezienia nauki pod postacią zmatematyzowanego przyrodoznawstwa, a co za tym idzie, jedyną także, w której możliwe było sprzężenie pomiędzy nauką, techniką i technologią jako mechanizm cywilizacyjnej ewolucji zwanej w jej kręgu rozwojem. Na możliwość takiego sprzężenia ogromny wpływ miał nowy sposób

<sup>10</sup> *Idem, The Proper Study of Mankind*, New York 1997, s. 76.

<sup>11</sup> *Idem, Political Ideas in the Romantic Age: Their Rise and Influence on Modern Thought*, Princeton 2006, s. 13.

<sup>12</sup> A. Comte, [za:] I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, *op. cit.*, s. 212.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 212–213.

gospodarowania wynaleziony w okolicach XVIII w., czyli kapitalizm. [...] Tylko dzięki mechanizmowi „ssania” wynalazków technicznych przez rynek kapitalistyczny sprzężenie nauki pod postacią przyrodoznawstwa okazało się tak efektywne w roli mechanizmu zmiany<sup>14</sup>.

Owa zmiana oddziaływała, co oczywiste, także na myślenie o moralności, władzy czy prawie. Logika kapitalizmu oparta na akumulacji kapitału jako zasadzie pierwotnej stała w ewidentnej sprzeczności z późnofeudalnym *status quo*, w ramach którego władza i prawo czerpały swoją legitymację przede wszystkim z tradycji moralnej i myśli religijnej. Panowanie arystokracji oparte na feudalnych tradycjach i dyskursie prawnonaturalnym zakłócało ewidentnie funkcjonowanie kapitalizmu i ograniczało możliwości burżuazji w zakresie wywierania wpływu na ustroj i porządek prawny. W tym konflikcie, sprzężonym zresztą z konfliktem ideologicznym, a nawet teoriopoznawczym, można upatrywać początków dominującego na Zachodzie myślenia o prawie. Jak pisała Maria Borucka-Arctowa:

Młoda burżuazja potrzebuje nowej filozofii i nowych doktryn polityczno-prawnych, opartych na świeckiej, racjonalistycznej interpretacji świata; młody kapitalizm potrzebuje rozwoju tych dziedzin nauki, które zajęłyby się badaniem przyrody i możliwością ich zastosowania dla potrzeb produkcji, i dlatego rozwojowi burżuazji towarzyszy krok w krok potężny rozwój nauki, a zerwanie z teologią i dogmatyzmem prowadzi do materialistycznej interpretacji świata i natury ludzkiej<sup>15</sup>.

Jak zauważa jeden z klasyków francuskiej *Nouvelle Droite* Alain de Benoist, wiara w postęp jako korelat logosu została odziedziczona po chrześcijaństwie przez mieszczaństwo i ujęta w postaci postteologicznej hybrydy łączącej wątki materialistycznej ontologii społecznej ze scjentyzmem i wątkami aksjologicznymi:

Podobnie jak wszechświat społeczeństwo można postrzegać jako maszynę, w której jednostki są trybikami. Dlatego należy nim zarządzać racjonalnie, zgodnie z zasadami tak regularnymi, jak te obserwowane w fizyce. Suweren musi być mechanikiem nadzorującym ewolucję „fizyki społecznej” w kierunku „największej użyteczności publicznej”. Ta koncepcja zainspirowała technokrację oraz administracyjną i menedżerską koncepcję polityki<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> A. Szahaj, *Postmodernizm a scjentyzm*, [w:] *Zniewalająca moc kultury*, Toruń 2004, s. 16.

<sup>15</sup> M. Borucka-Arctowa, *Prawo natury jako ideologia antyfeudalna*, Warszawa 1957, s. 16.

<sup>16</sup> A. de Benoist, *A brief History of the Idea of Progress*, „The Occidental Quarterly” 2008, vol. 8, no. 1, s. 12.

W tym punkcie „prawicowiec” Alain de Benoist jest zaskakująco zbieżny z kojarzonym z filozoficzną lewicą Michélem Foucaultem, który uznał za najbardziej fascynującą część nowoczesnej *episteme* powiązanie władzy z rozumnością oparte na pytaniu: „Jak można uchwycić i osiąść związek między sposobami rozróżniania prawdy i fałszu a sposobami rządzenia sobą i innymi?”<sup>17</sup>. Urzeczywistnienie rozumu jako synonimu logosu wymaga odkrycia jego praw i przekucia ich na określony porządek społeczny. Porządek ten nie jest i nie może być dany jako gotowy projekt – postęp rozumu wymaga rozwijania samej jego koncepcji, gdyż pewne rzeczy niewyobrażalne *a priori* stają się możliwe, rodząc nowe problemy i wymagając nowych reinterpretacji rozumu. Tym samym rozumność w sensie strategii urzeczywistnienia logosu wymaga czasem odrzucenia tego, co wydawało się (i *de facto* było w swoim czasie) rozumne w sensie taktycznym. W założeniu nie ma tu miejsca na konflikt ani na różnice klasowe. Mogą one wynikać jedynie z błędu poznawczego, który zastąpił teologiczne pojęcie grzechu. Tak jak człowiek tkwiący w grzechu nie jest wolny (choć miałby takie przekonanie) i należy go nawrócić dla dobra jego samego i tym samym dla dobra ogółu, tak samo należy pokonać fałszywą świadomość społeczną. Rządzenie nie jest wymuszaniem posłuchu, ale przekształcaniem jednostek i całych populacji w kierunku idei postępu ku rozumowi, dlatego przemoc zlewa się z koniecznością ofiary z własnych przekonań i przyzwyczajzeń, pewnego (samo)oszustwa w dobrej wierze (w tym sensie władza nowoczesna, zdaniem takich badaczy jak Michel Foucault czy Slavoj Žižek, raczej uwodzi niż karze)<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> *Questions of Method: an interview with Michel Foucault*, „Ideology and Consciousness” 1981, no. 8, s. 11.

<sup>18</sup> Credo liberalizmu w odniesieniu do relacji władzy i swobody dość trafnie wyraził w jednej ze swoich wczesnych prac Z. Bauman: „Człowiek sam jest dobrem najwyższym, powinien przeto w działaniu mieć na uwadze przede wszystkim swój własny interes; winien jednak pamiętać, by nie naruszyć interesów innych ludzi, które są tak samo święte, jak jego własny interes. Dlatego trzeba dążyć do takiego urzędzenia społeczeństwa, w którym by ludzie mogli pilnować własnych interesów, nie gwałcąc cudzych, w którym między ludźmi panowałaby oparta na wzajemnym zrozumieniu zgoda zmanifestowana we wspólnocie wartości. Człowiek może służyć własnym interesom tylko wtedy, gdy jego pozycja społeczna jest pokwitowaniem jego własnych wysiłków i starań, gdy nic nie stawia barier dla jego nieograniczonej wspinaczki w górę. Trzeba więc dać swobodę inicjatywie ludzkiej, trzeba między innymi pozwolić ludziom się bogacić” – *idem*, *Socjologia na co dzień*, Warszawa 1962, s. 132.

### 3. Liberalizm a „metafizyka” polityczno-prawna zachodniej nowoczesności

Oczywiście samą ekspansję i ewolucję liberalizmu można postrzegać jako przygodną, niemniej jednak, jeżeli samą formację ideologiczną uznać za nadbudowaną nad kapitalizmem i sprzężoną ze scjentyzmem, to nie sposób zaprzeczyć, że miała ona spore szanse, by odnieść sukces. Gramatyka liberalnej władzy jest prosta. Władzę w sensie tradycyjnym, związaną z suwerennym panowaniem określonych jednostek czy tradycyjnie legitymizowanych grup, należy ograniczyć do minimum, zastępując ją władzą nastawioną na urzeczywistnianie rozumu politycznego. We francuskiej liberalnej teorii politycznej, która stała się paradygmatyczna dla wielu rozwiązań przyjętych w kontynentalnej Europie, symbolem tego podejścia jest liberalna koncepcja *pouvoir neutre* wyrażona dwa wieki temu przez Benjamina Constanta<sup>19</sup>, a wcześniej obecna choćby w projekcie jury konstytucyjnego zaproponowanym przez Emmanuela-Josepha Sieyès<sup>20</sup>. Nowoczesna władza „ostatniego słowa”, która powinna posiadać rzeczywistą przewagę nad tradycyjnie reprezentacyjnymi legislatywą i egzekutywą, musi być niedemokratyczna w tym sensie, że zwolniona być musi z obowiązku uwodzenia wyborców. Paradoksalnie to separacja rządzących od demosu miała w myśl tej narracji zapewniać maksymalną demokratyzację rozumianą jako urzeczywistnienie racji narodu (rozumianego jako rozumna wspólnota wyobrażona). Koncepcja suwerenności narodu wyparła tradycyjnie demokratyczną koncepcję suwerenności ludu, lansowaną u progu rewolucji przez Jeana-Jacques’a Rousseau. Suwerenność ludowa oznaczała realną władzę większości, z konieczności reprezentowanej przez organy przedstawicielskie. Temu służyć miały wszelkiego rodzaju instrukcje poselskie, mandat związany, koncentracja władzy w organie prawodawczym itp. Suwerenność narodu, jako rozumnej wspólnoty przeszłych i przyszłych pokoleń (wyobrażanych zawsze jako wspólnota jednostek akceptujących prawa mieszczańskiego rozumu), suponowała mandat wolny i reprezentację czysto formalną, a ponadto maksymalne rozproszenie władzy z przewagą niedemokratycznej *pouvoir neutre*<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> P. Rolland, *Comment préserver les institutions politiques. La théorie du pouvoir neutre chez B. Constant*, „*Révue Française d’Histoire des Idées Politiques*” 2008, n° 1, s. 45–46.

<sup>20</sup> P. Bastid, *Sieyès et sa pensée*, Paris 1970, s. 585.

<sup>21</sup> M. Sobolewski, *Zasady demokracji burżuazyjnej i ich zastosowanie*, Warszawa 1969, s. 21–23.

Anglosaska wersja liberalnej teorii politycznej lokowała nadzieję na urzeczywistnienie logosu w aparacie sędziowskim, który u progu brytyjskiej moderny zyskał opinię progresywistycznego *porte-parole* coraz bardziej mieszczańskiej *gentry*. Upowszechniło się przekonanie, że sędzia jest w stanie rozwiązać problem prawny (który jest jednocześnie w jakimś sensie problemem politycznym i moralnym), jeżeli skutecznie pogodzi świadomość *rights*, czyli podstawowych uprawnień związanych z aprioryczną wolnością jednostki, oraz wymogi wiedzy prawniczej (w „pamięci instytucjonalnej” prawa najlepiej urzeczywistniają się skomplikowane relacje między regułą rozsądzania a wyjątkowością konkretnego przypadku), dodając do tego odpowiednią postawę (bezsstronność i dążenie do światopoglądowej neutralności) oraz doświadczenie życiowe (rozum praktyczny wymaga doświadczenia).

Paradygmatyczna świadomość sędziego musi opierać się na wielu mniej lub bardziej otwarcie opisywanych cechach, którym nietrudno przypisać elitarystyczny rodowód. Jak słusznie zauważa Sebastian Kubas, *common law* było od średniowiecza prawem centralnych sądów królewskich, a w konsekwencji prawem śmietanki angielskiego społeczeństwa. Masy ludowe podlegały głównie prawu włości (*law of the manor*), które opierało się na zupełnie innych założeniach i zakładało odmienną mentalność podmiotu rozstrzygającego spór<sup>22</sup>. Uprzywilejowanie poznawcze sędziego w *common law* wynikało zatem w znacznej mierze z preferencji dla pewnej mocno uwikłanej klasowo wizji świata. Innymi słowy, sędzia miał zdolność do znajdowania najlepszych rozwiązań sporów prawnych dzięki przynależności do elity i socjalizacji w duchu wykształconych przez elitę sposobów myślenia. Taka postarystokratyczna liberalna hermeneutyka oparta na zaufaniu do elitarnych sędziów jest kluczowym elementem samoidentyfikacji brytyjskiego systemu sądowego i bez wątpienia stamtąd przeniknęła do amerykańskiego myślenia o prawie<sup>23</sup>.

Oczywiście w Stanach Zjednoczonych dyskurs liberalny również meandrował w sposób dość przygodny, choć importowane z dawnej metropolii założenie o przewodniej roli sędziów nie było na ogół kwestionowane. Dyskurs przybrał dojrzałą postać po wojnie secesyjnej, kiedy mainstream amerykański odwrócił się od idealizmu (uznanego za jedną z przyczyn *civil war*) na rzecz liberalnego pragmatyzmu opartego na kulcie użyteczności i technologicznym podejściu do rządzenia.

<sup>22</sup> S. Kubas, *Warta na obrzeżach konstytucji. Dekonstrukcja mitu założycielskiego amerykańskiej sądowej kontroli konstytucyjności prawa*, Kraków 2019, s. 561.

<sup>23</sup> H. Rabault, *Granice wykładni sędziowskiej*, tłum. B. Janicka, Warszawa 1997, s. 10.



Dość szybko uznano Stary Kontynent i dominujące tam ideologie za mniej wartościowe od amerykańskich, zwłaszcza pod wpływem ekscesów reżimów autorytarnych i totalitarnych<sup>24</sup>. Izolacjonizm ustąpił miejsca narracjom, które przypominały dyskursy kolonialne oparte na idei misji cywilizującej. Moralna, ustrojowa, gospodarcza czy wprost cywilizacyjna przewaga Stanów Zjednoczonych była przedstawiana jako uzasadnienie uprawnienia, a wręcz obowiązku naprawy świata przez zaszczerpienie *American values* tam, gdzie tylko się da. Amerykański demoliberalizm zaczął być tłumaczony i postrzegany jako najlepszy bądź po prostu jedynie właściwy sposób rozumienia oświeceniowych teorematów – urzeczywistnienia w rządzeniu sobą i innymi ideałów rozumu, wolności i postępu.

W pewnym sensie w powojennych Stanach Zjednoczonych na nowo „wymyślono” oświecenie. Amerykańska modernizacja przestała być traktowana jako poboczny nurt żywiący się tym, co europejskie (w dodatku nurt mocno podejrzany, który tolerował przez długie dziesięciolecia to, co w zachodniej Europie zostało dawno i skutecznie wyparte, czyli niewolnictwo). W nowej sytuacji *American way of life* zyskała status jedynie słusznego rozwinięcia tego wieku świateł. W nowych mainstreamowych opowieściach liberalny konstytucjonalizm amerykański został przeciwstawiony wersji europejskiej (powiązanym dyskursywnie z rewolucją francuską). Afirmatywna narracja przedstawiała konstytucjonalizm amerykański jako ewolucyjny, szanujący instytucje, potępiający wszelką przemoc, oparty na umiarze, umiejętnie godzący interesy jednostek i większościowych grup. Konstytucjonalizm europejski był za to przemocowy, rewolucyjny, zbyt skupiony na problemach społecznych, które nigdy (i słusznie, jak twierdzono) nie stanowiły ważnego elementu amerykańskiej polityki, w końcu zbyt romantyczny (skoncentrowany na utopijnym „chciejstwie” i potencjalnie niebezpiecznych „dziecinnych” ideach zamiast na tym, co możliwe, a jednocześnie sprawdzalne i mierzalne)<sup>25</sup>. Jak pisał Dariusz Gawin, polski konserwatywny historyk idei i zwolennik amerykańskich rozróżnień, o zaletach *American way*:

Namiętności tłumów mogły przerodzić się łatwo w tyranię większości. Zrównoważony republikański rząd, w którym poszczególne elementy mia-

<sup>24</sup> B.S. Johnson, „Just Like Hitler”: *Comparisons To Nazism in American Culture*, Amherst 2010, s. 86.

<sup>25</sup> Por. D. Gawin, *Rewolucja czy konstytucjonalizm? Dwuznaczne dziedzictwo polityczne Oświecenia*, [w:] *Granice demokracji liberalnej. Szkice z filozofii politycznej i historii idei*, Kraków 2007, s. 61 i n.

ły wzajemnie się kontrolować i blokować, działając jednocześnie na rzecz dobra wspólnego, był zdolny zapobiec takiemu właśnie niebezpieczeństwu. [...] W ten sposób żywioł obywatelskiej polityczności poddany był systemowi kontroli<sup>26</sup>.

W mainstreamowych opowieściach zalety konstytucjonalizmu amerykańskiego były przedstawiane jako kluczowa przyczyna sukcesu i ważny czynnik fundujący amerykańską przewagę, a jednocześnie uzasadniający misję budowy hegemonii Stanów Zjednoczonych. Jako wizja typowo pragmatyczna, która zakładała dostosowanie założeń do warunków lokalnych, liberalne rozwiązania instalowane w Europie przyjmowały różne formy. Ich wspólną cechą było jednak skupienie władzy „ostatniego słowa” w rękach aparatu sędziowskiego, głównie w sądach wysokich instancji i sądach konstytucyjnych. Aparat ten przejął rolę *pouvoir neutre*, którego celem stało się rozwijanie prawa pojmowanego jako rozumna nadbudowa nad mieszczańskimi *rights*. Prawo to, ujmowane w formie *acquis constitutionnel* zgodnie z założeniami zidentyfikowanymi przez Berlina jako błąd joński, postrzegano jako protezę prawnego rozumu w danym porządku prawnym, normatywny korelat prawdy, dobra i piękna, który jest co do zasady niepolityczny w podwójnym sensie. Po pierwsze, jest nieideologiczny, jego prawdziwość czyni go neutralnym i możliwym/koniecznym do przyjęcia dla każdej rozumnej jednostki. Po drugie, nie podlega decydowaniu politycznemu, nie można go odrzucić ani zmienić polityczną decyzją. Wręcz przeciwnie – instytucjonalizowana polityka musi go respektować i rozwijać w ramach liberalnego prymatu prawa nad polityką. Liberalny porządek jest legitymizowany *per se*. Podstawową konsekwencją takiego stanu rzeczy jest ograniczenie roli tradycyjnego decydowania politycznego o treści prawa.

#### 4. (Nie)polityczne prawo i postpolityka

Wzrost znaczenia prawa konstruowanego przy decydującym udziale sędziowskiej *pouvoir neutre* wywołuje wiele skutków, spośród których niektóre prowadzą do sprzeczności w łonie dominującej formacji ideologiczno-dyskursywnej. Pierwszym efektem ekspansji „niepolitycznego” prawa jest utrudnienie jego zmiany w toku decydowania politycznego. Trudność zmiany prawa jest uwarunkowana nie tylko formalnie – orzecznictwo sądowe, a zwłaszcza orzecznictwo konstytucyjne, jest w pewnych okolicznościach niemal niemożliwe do

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 65.

przełamania. Na ten problem zwrócił uwagę polski realista prawniczy Stanisław Ehrlich, zauważając, że w systemie liberalnego kapitalizmu coraz mniej elementów systemu może być skutecznie kwestionowanych w toku formalnych procesów politycznych, ponieważ ich legitymizacja pochodzi spoza polityki<sup>27</sup>. To powoduje, że jedyną możliwością zmiany prawa staje się działanie nieformalne – rzeczywista zmiana prawa przez uzyskanie realnego wpływu na realnych decydentów, np. na sądy, z wykorzystaniem pozaformalnych czynników wpływu – znajomości, korupcji, szantażu, terroryzmu politycznego itp. Alternatywą jest rewolucja, czyli prawdziwa zmiana relacji panowania podjęta poza oficjalnym systemem bądź wbrew temu systemowi<sup>28</sup>. Łagodnym przejawem możliwego oporu jest tzw. strategiczna litygacja, czyli próba zmiany norm generalnych i abstrakcyjnych za pomocą obejścia systemu – uzyskania rozstrzygnięcia sądowego w indywidualnej sprawie, które następnie jest wykorzystywane jako precedens dla dalszych orzeczeń, w praktyce trudniejszy do zakwestionowania niż np. norma ustawowa<sup>29</sup>. W praktyce dla grup dysydenckich, których narracje nie mieszczą się w mainstreamowym dyskursie, może to być jedyna forma dążenia do zmiany prawa. Oczywiście takie zjawiska mogą mieć różne nasilenie, mogą też być skutecznie tłumione w ramach określonej hegemonii.

Kolejnym efektem ekspansji niepolitycznego prawa, a ściślej mówiąc – efektem dynamiki jego ekspansji, jest paradoks praworządności. Istotne dla dyskursu liberalnego założenie o związaniu prawa polityką nie wytrzymuje konfrontacji z doświadczeniem sędziowskiego tworzenia prawa. Prawo wiąże sędziów, choć nie jest *a priori* wobec orzecznictwa. Oczywiście na gruncie teoretycznym można sobie różnie radzić z tym problemem, ale jedynym realnym kluczem do jego osłabienia znów staje się hegemonia, czyli osiągnięcie takiego stanu rzeczy, w którym nie jest możliwe poważne kwestionowanie prawnego *acquis*, mimo że jest ono ewidentnie uwikłane w antagonizmy (choćby na najprostszym poziomie – ktoś przez nie wygrywa i przegrywa sprawy oparte przecież na jednostkowych i grupowych interesach). W warunkach hegemonii może się utrzymywać świadomość praworządności, ale towarzyszy temu zjawisko, które Pierre Bourdieu, krytyczny socjolog francuski, nazwał kolektywną hipokryzją. Prawnicy – insiderzy systemu,

<sup>27</sup> S. Ehrlich, *Władza i interesy: studium struktury politycznej kapitalizmu*, Warszawa 1974, s. 427.

<sup>28</sup> *Idem*, *Oblicza pluralizmów*, Warszawa 1985, s. 392.

<sup>29</sup> K. Kocemba, M. Stambulski, *Czym jest strategiczna litygacja?*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 2022, nr 41, s. 17 i n.

wiedzą, że realia jego funkcjonowania odbiegają od ujęć teoretycznych a jednocześnie, będąc beneficjentami systemu, muszą ukrywać bądź tłumić poznawcze dysonanse<sup>30</sup>.

Trzecim z istotnych efektów dominacji „niepolitycznego” prawa jest osłabienie demokratycznego uczestnictwa w systemie politycznym, brak partycypacji czy spadek poziomu zainteresowania polityką. Pisał o tym przekonująco politolog Peter Mair, wskazując na wzrastający poziom indyferencji wobec zinstytucjonalizowanej polityki, a także wobec samego liberalno-demokratycznego systemu zwłaszcza tam, gdzie rola „niepolitycznego”, eksperckiego prawa jest największa<sup>31</sup>. Następuje specyficzne sprzężenie zwrotne – „niepolityczne” prawo wypiera prawo tworzone tradycyjnie, co zmniejsza zainteresowanie polityką, powoduje jej racjonalizację i profesjonalizację (kariera polityczna zależy w coraz większym stopniu od zabiegów marketingowych i umasowienia wizerunku), a w konsekwencji dalszą alienację. Taki postpolityczny stan rzeczy może być oczywiście postrzegany jako ziszczenie się ideału rozumnych rządów, oczarowanych w modernistycznym duchu, jeżeli użyć kategorii Maxa Webera, jednakże z drugiej strony zwiększa poziom uprzedmiotowienia wyborców, którzy są postrzegani w kategoriach jedynie konsumenckich. Jak zauważa Agata Bielik-Robson:

Postpolityczność oznacza [...], że spór polityczny, nawet między nierównymi przeciwnikami, w ogóle nie istnieje, został rozpuszczony w dominującym dyskursie, który wydaje się zupełnie naturalny, opisowy, pozbawiony stanowiska. Sytuacja postpolityczna to taka, w której opór wobec dominującego modelu znika całkowicie. [...] Spory polityczne to puste obrzędy, ponieważ władza polityczna została całkowita pozbawiona suwerenności i mocy decyzyjnej<sup>32</sup>.

## 5. Populizm a błąd joński

Według wielu koncepcji reakcją na postpolitykę jest współczesny populizm, który wykorzystuje oficjalnie demokratyczną legitymację systemu

<sup>30</sup> P. Bourdieu, *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, [w:] *Normes juridiques et régulation sociale*, éd. F. Chazel, J. Commaille, Paris 1991, s. 95 i n.

<sup>31</sup> P. Mair, *Ruling the Void. The Hollowing-Out Western Democracy*, London 2013, s. 20 i n.

<sup>32</sup> K. Wigura, *Muskuły, perswazja i plotki o liberalnej hegemonii. Rozmowa z Agatą Bielik-Robson*, „Kultura Liberalna” 4.10.2011, nr 143, <https://kulturaliberalna.pl/2011/10/04/muskuły-perswazja-i-plotki-o-liberalnej-hegemonii-rozmowa-z-agata-bielik-robson> [dostęp: 18.03.2024].

do mniej lub bardziej sformalizowanej rewolucji. Reakcja populistyczna może być i jest postrzegana jako demokratyczna korekta hegemonicznego demoliberalizmu, swoisty wentyl bezpieczeństwa, próba przywrócenia upolitycznienia prawa. Taka interpretacja zdaje się dominować w odniesieniu do populizmu zachodniego<sup>33</sup>. Wzrost tendencji populistycznych na peryferiach, zwłaszcza w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej, jest zwykle tłumaczony nie jako reakcja na liberalną hegemonię, ale jako wynik niedostatecznej intensywności wdrażania instytucjonalnych i prawnych gwarancji ochrony osiągnięć systemu<sup>34</sup>. Tak czy inaczej dyskursy populistyczne zawierają silny komponent antyliberalny. Przede wszystkim kwestionują jedyną słuszność i metafizyczne uzasadnienia *status quo*. Liberalizm nie jest postrzegany jako punkt dojścia historii i jednocześnie metakategoria pozwalająca oceniać konkurencyjne systemy według własnych kryteriów, lecz jest ustawiany w jednym szeregu z innymi formacjami ideologicznymi, a następnie poddawany krytyce. Liberalny dorobek instytucjonalny, prawny i orzeczniczy demoliberalizmu nie jest przedstawiany jako efekt działania rozumu, lecz jako konstrukt polityczny, który jest jednym z wielu możliwych wyborów, a poza tym jest uwikłany w preferencje dla określonych interesów indywidualnych i grupowych (klasowych). Postulaty populistyczne obejmują szerokie upolitycznienie (zwykle określane jako demokratyzacja) instytucji. Organy o charakterze antywiększościowym (sądownictwo konstytucyjne, ombudsmeni) bądź instytucje, które według pojęć i kryteriów ustalanych przez dominujące do niedawna dyskursy liberalne były uznawane za koniecznie niezależne politycznie od instytucji większościowych (sądownictwo zwykłe, publiczne szkolnictwo i organy merytokratyczne), powinny być podporządkowane lub przynajmniej lojalne wobec rządzącego większościowego ruchu populistycznego. Zmiana ta jest uzasadniana nie tylko argumentami z demokracji, lecz także pragmatycznie – potrzebą zniesienia jurystokratycznej blokady utrudniającej reformowanie państwa<sup>35</sup>.

Problem jednak polega na tym, że dominujący populizm prawicowy oparty na odwołaniach do klasycznej bądź przynajmniej zmodernizowanej, nacjonalistycznej metafizyki, pomimo heretyckiego potencjału,

<sup>33</sup> C. Mouffe, *Demokracja, władza i „to co polityczne”*, [w:] *idem, Paradoks demokracji*, tłum. W. Jach, M. Kamińska, A. Orzechowski, Wrocław 2005, s. 42.

<sup>34</sup> V. Tismaneanu, *Leninist legacies, pluralist dilemmas*, „Journal of Democracy” 2007, vol. 18, iss. 4, s. 34–39.

<sup>35</sup> B. Pokol, *The Juristocratic State: Its Victory and the Possibility of Taming*, Budapest 2017, s. 85.

powiela teorematy zidentyfikowane jako błąd joński. Pojawia się w nim postulat konieczności budowy wspólnoty narodowej na podstawie silnego komponentu metafizycznego konstruowanego na bazie przednowoczesnej religijności albo substancjalnego nacjonalizmu. W ramach narracji prawicowo-populistycznych bohaterami dziejów są na ogół wspólnoty narodowe, które mają swoich realnych wrogów w postaci innych wspólnot oraz w postaci wykorzenionych zwolenników kosmopolitycznych ideologii. Wróg wewnętrzny powoduje, że wspólnota nie jest zastanym faktem społecznym, ale raczej projektem politycznym, który „musi się stać”<sup>36</sup>. Część członków wspólnoty pod wpływem fałszywej świadomości nie zdaje sobie sprawy, gdzie leżą wspólne interesy i wspólne dobro, dlatego niezbędna jest aktywna postawa reedukacyjna – wychowanie (przebudzenie) społeczeństwa.

Demokratyzm jest rozumiany dość specyficznie – z jednej strony legitymizuje panowanie ruchu, ale z drugiej strony nie jest faktyczną racją jego istnienia i działania; ewentualna porażka wyborcza oznacza jedynie tryumf wrogów i skutek ich nieuprawnionych zachowań w postaci fałszowania wyborów (*vide* wypowiedzi Donalda Trumpa po słynnym szturmie na Kapitol) lub przynajmniej udanych manipulacji socjotechnicznych (Viktor Orbán po przegranych wyborach w 2002 r., Jarosław Kaczyński i Mateusz Morawiecki po ostatniej porażce wyborczej PiS). Jest tu zatem obecny ewidentny komponent błędu jońskiego – przekonanie, że racja i właściwy sposób organizacji porządku społecznego nie są determinowane politycznie, lecz są zakorzenione w logosie, a porażka określonego projektu to skutek postteologicznie pojmowanego grzechu, który jest jednocześnie zarówno poznawczym błędem, jak i moralnym złem. Opozycja nie jest i nie może być traktowana jako część wspólnoty inaczej postrzegająca jej interesy, lecz jako mniej lub bardziej świadomy rzecznik *dérason*<sup>37</sup>. Idąc tym tropem, podobnie jak w liberalizmie dotkniętym błędem jońskim, myśl dysydencka staje się zbędnym, a nawet niepożądanym elementem praktyki politycznej, co suponuje ograniczenia w jej funkcjonowaniu. Nie jest to przy tym traktowane jako ofensywne ograniczenie wolności, lecz jako działanie defensywne w celu ochrony wspólnoty i realizacji dobra wspólnego.

<sup>36</sup> G. Halmai, *Illiberalism in East-Central Europe*, „European University Institute Working Papers. Law” 2005, no. 19, s. 5.

<sup>37</sup> A. Antoszewski, *Demokracja nieoliberalna jako projekt polityczny*, [w:] *Zmierzch demokracji liberalnej?*, red. K.A. Wojtaszczyk, P. Stawarz, J. Wiśniewska-Grzelak, Warszawa 2018, s. 55.

Zarówno dyskurs liberalny, jak i populistyczny illiberalizm pojmują siebie jako reaktywne – ich tryumf oznacza reakcję na zło i przywrócenie właściwego porządku rzeczy, zatem pod względem formalnym oba dyskursy wykazują znaczne podobieństwo, zwłaszcza w zakresie cech zidentyfikowanych przez Berlina jako błąd joński. Skoro zatem zarówno hegemoniczna dotychczas formacja dyskursywno-ideologiczna, jak i jej jedyna poważna współczesna antyteza oparte są na tym samym błędzie, czy musi to prowadzić do zakwestionowania sensowności nowoczesnego porządku? Oczywiście jest to pytanie filozoficzne, oś potencjalnego lyotardowskiego zatargu, którego nie można rozstrzygnąć za pomocą metareguły akceptowalnej dla obu stron. Nie będę zatem formułował na nie odpowiedzi w stylu kapłańskim. Poprzestanę na nieco błazeńskiej konstatacji, a jak pisał Leszek Kołakowski: „Postawa błazna jest stałym wysiłkiem refleksji nad możliwymi racjami idei przeciwstawnych, jest tedy dialektyczna z przyrodzenia; jest po prostu przewyciężaniem tego, co jest, dlatego, że jest właśnie”<sup>38</sup>. Zderzenie liberalizmu i illiberalizmu jako dyskursów dotkniętych błędem jońskim z jednej strony wskazuje stopień uzależnienia nowoczesnych praktyk dyskursywnych od metafizycznego myślenia, od tego, co Jubilat w swoich pracach określał mianem mitu, z drugiej jednak strony dowodzi heretyckiej zdolności systemu do tolerowania myśli antymetafizycznej, nawet jeżeli sama wikła się ona w teorematy, które krytykuje. Być może ta właśnie aporia jest kluczem do zrozumienia *status quo* i daje asumpt do pewnego optymizmu.

<sup>38</sup> L. Kołakowski, *Kapłan i błazen...*, *op. cit.*, s. 79.





Andrzej Marian Świątkowski\*

## Porzucenie pracy. Zapomniany urok dawnej teorii i późniejszy chaos praktyki prawnopracowniczej

### 1. Wprowadzenie

Pojęcie „porzucenie pracy” pojawiło się w polskim systemie prawnym, orzecznictwie wymiaru sprawiedliwości, literaturze prawniczej w nawiązaniu do ustawy z dnia 19 kwietnia 1950 r. o zabezpieczeniu socjalistycznej dyscypliny pracy<sup>1</sup>. Porzucenie pracy zrównane zostało z przestępstwem z art. 7 pkt 2 wymienionej ustawy, za jakie uznano przypadek złośliwego i uporczywego naruszenia dyscypliny pracy z jednorazowego powodu opuszczenia przez pracownika bez usprawiedliwienia czterech lub więcej dni pracy. Za popełnienie tego czynu wymierzane były kary sądowe. Powyższe zjawisko nie było jednak identyfikowane z naruszeniem ówczesnych przepisów o rozwiązywaniu umów o pracę<sup>2</sup>. Jedni uznawali je za niezgodne, ale skuteczne w drodze faktów (*via facti*)<sup>3</sup>, inni natomiast za nieuregulowaną przepisami formę odstąpienia przez

---

\* Prof. dr hab., Uniwersytet Ignatianum w Krakowie, ORCID: 0000-0003-1753-7819.

<sup>1</sup> Dz.U. z 1950 r., nr 20, poz. 168.

<sup>2</sup> B. Ptaszyńska, *O ewolucji pojęcia „porzucenia pracy”*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1974, nr 10, s. 8 i n.

<sup>3</sup> Z. Salwa, *Socjalistyczna dyscyplina pracy*, Warszawa 1961, s. 30.

pracownika od zawartej umowy<sup>4</sup>. Kilka lat później ogłoszono zakończenie sporu o kwalifikację prawną porzucenia pracy<sup>5</sup>. Porzucenie pracy zostało uznane za jedną z form rozwiązania stosunku pracy. Sąd Najwyższy uznał tę instytucję prawną za czynność pracownika wyrażającego wolę rozwiązania umowy o pracę<sup>6</sup>. Podejmowano jednak dalsze próby odróżnienia porzucenia pracy od nieusprawiedliwionej nieobecności pracownika w pracy. Zwracano uwagę, że porzucenie pracy odróżnia zamiar pracownika od kontynuowania świadczenia pracy u dotychczasowego pracodawcy<sup>7</sup>.

Instytucja „porzucenie pracy” wymieniona została w ustawie z dnia 29 kwietnia 1969 r. o pracowniczych urloпах wypoczynkowych<sup>8</sup>, nie została jednak wówczas zdefiniowana. Niedługo potem wyjaśnienie Komitetu Pracy i Płac zidentyfikowało to określenie z nieusprawiedliwioną nieobecnością pracownika w pracy, wiążącą się z wygaśnięciem umowy o pracę<sup>9</sup>. Dopiero uchwalenie 26 czerwca 1974 r. Kodeksu pracy<sup>10</sup>, znowelizowanego po raz pierwszy w 1975 r.<sup>11</sup>, sprawiło, że porzucenie pracy przez pracownika, powodujące wygaśnięcie umowy o pracę (art. 64 § 1 k.p.), zostało nazwane porzuceniem pracy (art. 65 § 1 k.p.). Przepisy art. 64 i art. 65 k.p. zostały skreślone w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 2 lutego 1996 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych ustaw<sup>12</sup>. Ta „reformacja” Kodeksu pracy sprawiła, że likwidacja nowoczesnej i jednocześnie potrzebnej konstrukcji prawnej przyczyniła się w znacznym stopniu do rozpowszechnienia i sporów między pracodawcami i pracownikami. *De lege lata*

<sup>4</sup> W. Masewicz, *Porzucenie pracy*, „Palestra” 1960, nr 12, s. 24 i n.; *idem*, *Charakterystyka prawna porzucenia pracy*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1963, nr 5, s. 129 i n.

<sup>5</sup> A. Filcek, *Koniec sporu o kwalifikację prawną porzucenia pracy*, „Nowe Prawo” 1970, nr 3, s. 343.

<sup>6</sup> Wyrok SN z dnia 20 lipca 1971 r., III PZP 262/71, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 16.11.1971.

<sup>7</sup> Orzeczenie Sądu Wojewódzkiego w Katowicach z dnia 14 grudnia 1971 r., III CR 22/62/71, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1973, nr 9, poz. 188 z glosą S. Nowakowskiego.

<sup>8</sup> Dz.U. z 1969 r., nr 12, poz. 85.

<sup>9</sup> Komitet Pracy i Płac nr 3 z dnia 6 listopada 1970 r.

<sup>10</sup> Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1465), powoływana jako: k.p.

<sup>11</sup> Dz.U. z 1975 r., nr 16, poz. 91.

<sup>12</sup> Dz.U. z 1996 r., nr 24, poz. 110.

na pracodawcach, którzy zostali porzuceni przez pracowników, jakich wcześniej sami zatrudniali, spoczywają znacznie większe obowiązki od tych, które obowiązywały w latach 1975–1996. W tym okresie porzucenie pracy było definiowane jako samowolne uchylenie się pracownika od pracy. Za porzucenie pracy uważano także niestawienie się pracownika do pracy bez zawiadomienia pracodawcy we właściwym terminie o przyczynie nieobecności<sup>13</sup>.

Obecnie porzucenie pracy nie wywołuje takiego skutku. Pracodawcy w takim przypadku mogą korzystać wyłącznie z przysługującej im możliwości rozwiązania stosunku pracy bez wypowiedzenia z powodów zawinionych przez postępującego niezgodnie z prawem pracownika (art. 52 § 1 pkt 1 k.p.)<sup>14</sup>. Inne niedogodności pracodawcy przedstawione w aktualnie obowiązujących przepisach prawnych w części dotyczącej następstw prawnych porzucenia pracy przez pracownika ujawniają poważne niedogodności podmiotów i/lub osób przedsiębiorców ubiegających się o zgodne z przepisami prawa pracy rozwiązanie obowiązujących nadal więzi prawnych zawartych przez strony stosunku pracy. Bezskutecznie od dłuższego czasu prawnicy specjalizujący się w prawie pracy i dbający o w miarę równe traktowanie przez polityków i prawodawców oczekują na złagodzenie następstw prawnych jednostronnych skutków porzucenia pracy wywołanych przez niektórych pracowników. W aktualnym stanie prawnym nie ma przepisów odnoszących się do bardzo rozpowszechnionego zjawiska porzucenia pracy. Przeto wyłącznie na pracodawcy spoczywa obowiązek zgodnego z prawem rozwiązania czasami nieistniejącego – czasami nawet od dawna – stosunku pracy, jaki już wcześniej został dokonany przez od dawna niezatrudnianego byłego pracownika.

Zamierzeniem autora nie jest doprowadzenie do powrotu sytuacji sprzed 2 czerwca 1996 r., kiedy obowiązały art. 64 i art. 65 k.p. Chodzi mu o wyjaśnienie czytelnikowi relacji prawnych pomiędzy teorią a praktyką wyłącznie zobowiązaniowych stosunków pracy<sup>15</sup> w czasach, kiedy porzucenie pracy mogło być niwelowane przez administrację publiczną, a nie wyłącznie organy wymiaru sprawiedliwości. Zjawisko porzucenia pracy jest dotkliwie dla gospodarki. Były bowiem okresy, w których jedna

<sup>13</sup> A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 423.

<sup>14</sup> *Kodeks pracy. Komentarz*, red. W. Muszalski, K. Walczak, Warszawa 2021, s. 178–179.

<sup>15</sup> Z zakresu rozważań nad zjawiskiem porzucenia pracy wyłączone zostały służbowe stosunki pracy oraz zatrudnienie w systemie edukacji.

piąta pracowników samodzielnie zmieniała miejsce i rodzaj pracy<sup>16</sup>. Mimo upływu czasu praktyka porzucania pracy nadal jest stosowana<sup>17</sup>. Walka z nią została jedynie przeniesiona w ramach Kodeksu pracy do art. 52, normy prawnej regulującej zasady rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia z powodów zawinionych przez pracownika. Rzecz w tym, że w praktyce nie każdy przypadek zaprzestania wykonywania pracy może być zgodnie z prawem uznany za porzucenie pracy.

## 2. Kwalifikacja prawna porzucenia pracy

### 2.1. Samowolne uchylenie się od świadczenia pracy

Pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów Kodeksu pracy porzucenie pracy przez pracownika powodowało wygaśnięcie umowy o pracę. Ustawodawca, przedstawiając skutek prawny porzucenia pracy, nie określił, czym jest porzucenie. Można byłoby uważać, że powyższe zjawisko jest jedną z kilku technik prawnych wprowadzonych przez ustawodawcę do Kodeksu pracy, umożliwiających jednej ze stron stosunku pracy rozwiązać nawiązaną więź prawną. Nie można zapewne myśleć, że porzucenie to jeden ze sposobów rozwiązania umowy o pracę z zatrudnionym, który nie informuje swojego pracodawcy o tym zdarzeniu. Skoro tak, to należałoby wykluczyć jedną z tez formowanych przez prawników nazywających porzucenie pracy czynnością prawną informującą pracodawcę o woli pracownika. Ten nieznaný dotychczas w prawie pracy sposób układania czynności prawnych, świadomych, zgodnych z prawem, zmierzających do wywołania skutków prawnych za pomocą stosownych oświadczeń, nie mógł być potraktowany przez stronę, która mogłaby rozwiązać zawartą umowę o pracę. Z pewnością porzucenie pracy nie mogłoby zostać uznane za odpowiednie i właściwe oświadczenie woli. Pozostaje więc uznać porzucenie pracy za zdarzenie prawne<sup>18</sup>. Nie można wykorzystać tej możliwości, ponieważ – jak trafnie uważa sędzia Sądu Najwyższego Gerard Bieniek – w obrocie praw-

<sup>16</sup> J. Iwulski, W. Sanetra, *Komentarz do kodeksu pracy*, Warszawa 1997, s. 217; P. Nowik, P. Prusinowski, A. Wypych-Żywicka, [w:] *System prawa pracy. Indywidualne prawo pracy. Część ogólna*, red. K.W. Baran, G. Goździewicz, t. II, Warszawa 2017, s. 673.

<sup>17</sup> K. Walczak, *Porzucenie pracy – teoria i praktyka*, „Monitor Prawa Pracy” 2007, nr 4, s. 176–179 i przedstawione tam sytuacje oraz przypadki.

<sup>18</sup> B. Ptaszyńska, *O ewolucji...*, *op. cit.*, s. 8 i n.; J. Kruszewska, *Porzucenie pracy według przepisów kodeksu pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1975, nr 7, s. 7 i n.

nym występują również inne stany faktyczne, mające status zdarzeń prawnych, z których realizacją wiązane jest także wygaśnięcie umowy o pracę<sup>19</sup>. Jego zdaniem instytucja porzucenia pracy wprowadzona do Kodeksu pracy dotyczyła trzech sytuacji faktycznych: samowolnego i stałego uchylecia się od świadczenia pracy oraz konsekwentnego niestawiania się do pracy oraz nieinformowania o powodach nieobecności na stanowisku pracy. Wymienione okoliczności są niezgodne z podstawowymi obowiązkami pracownika, wymienionymi w art. 100 § 1 k.p., do których należy m.in. sumienna i staranna praca oraz wykonywanie zgodnych z prawem poleceń służbowych wydawanych przez pracodawcę oraz przełożonych pracownika. Najbardziej charakterystyczną, zatem najważniejszą, cechą zjawiska porzucenia pracy jest trwałe zaprzestanie jej wykonywania. W ślad za Bieńkiem autor niniejszego artykułu uważa, że „[...] jest ono wyrazem woli pracownika odejścia z zakładu pracy”<sup>20</sup>.

Samowolne uchylanie się od trwałego świadczenia pracy, niezawiadomienie w terminie wyznaczonym przez pracodawcę o powodach nieobecności w pracy zostało słusznie potraktowane jako porzucenie pracy. Bez znaczenia jest forma przekazania szerokiej publiczności zerwania więzi prawnej przez jedną ze stron stosunku pracy. Zamierzenie pracownika może przejawiać się w sposób znany w przypadku uchylania się od wykonywania pracy. W razie nieprzybycia do pracy konieczne jest ustalenie przyczyn nieobecności<sup>21</sup>. Według Bieńka, którego zapatrywania autor podziela, porzucenie pracy jest zdarzeniem prawnym, a nie jedynie faktycznym, polegającym na zachowaniu się pracownika zamierzającego na stałe zerwać więź prawną łączącą go z określonym zakładem pracy, z którym tenże zatrudniony zawarł umowę o pracę<sup>22</sup>. Takie zapatrywanie zostało zaprezentowane też przez innych prawników praktyków<sup>23</sup>. Dla pojęcia prawnego, jakim jest porzucenie pracy, podstawowe znaczenie ma sformułowane w art. 65 § 1 k.p. określenie „samowolne uchylenie się od pracy”. Oznacza ono samodzielne „odsunięcie się” albo „uniknięcie” wykonywania pracy przez pracownika<sup>24</sup>. Ocena tego działania jest powiązana ze świadomością i wolą pracownika oraz

<sup>19</sup> G. Bieniek, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. J. Jończyk, Warszawa 1977, s. 242.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> B. Ptaszyńska, *Porzucenie pracy jako przyczyna wygaśnięcia stosunku pracy*, „Nowe Prawo” 1976, nr 2, s. 176 i n.

<sup>22</sup> G. Bieniek, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 243.

<sup>23</sup> Zob. glosa J. Pachy do orzeczenia OSPiUS w Poznaniu z 20 października 1975 r., I P 457/75, „Gazeta Prawnicza” 1.05.1976.

<sup>24</sup> *Idem*, *Porzucenie pracy*, „Studia Prawnicze” 1975, nr 1, s. 8.

istnieniem jego winy umyślnej<sup>25</sup>. Ustawodawcy chodziło o przypadki, w jakich „pracownik bez żadnych usprawiedliwionych przyczyn odstępuje od wykonywania swojego obowiązku wynikającego z istoty stosunku pracy”<sup>26</sup>.

W literaturze prawa pracy panowało zapatrywanie, że samowolne uchylanie się oznacza wyrażenie woli zerwania przez pracownika umowy o pracę<sup>27</sup>. Stwierdzenie braku takiego zamiaru uniemożliwia dokonanie oceny postępowania pracownika w sposób umożliwiający uznanie konkretnego przypadku za uzasadniający występowanie zjawiska porzucenia pracy. W judykaturze tego okresu miały miejsce zdarzenia kontrowersyjne, świadczące o braku jednolitości orzecznictwa sądowego w praktyce. Były to sytuacje, w których pracownicy samowolnie rozpoczynali urlopy wypoczynkowe albo szkoleniowe lub wyjeżdżali na urlopy bez kart urlopowych<sup>28</sup>. Takie postępowanie nadwyrężało – niekiedy nawet ciężko – interesy zakładów pracy, albowiem naruszało to, co niemal nigdy nie zostało uznane za porzucenie pracy, wówczas kiedy taki zamiar został ujawniony w niebudzący wątpliwości sposób<sup>29</sup>.

## 2.2. Niestawienie się do pracy bez zawiadomienia we właściwym terminie o przyczynie nieobecności

Jest to drugi przypadek stanu faktycznego uznany przez prawodawcę za porzucenie pracy. Chodzi w nim o niestawienie się do pracy bez powiadomienia we właściwym terminie o przyczynie nieobecności. Terminy te zostały określone w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 1974 r. w sprawie regulaminów pracy oraz zasad usprawiedliwiania nieobecności w pracy i udzielania zwolnień od pracy (§ 9 i § 10 ust. 1)<sup>30</sup>. Nieobecność w pracy i brak zawiadomienia o jej przyczynie może stanowić podstawę do przyjęcia domniemania z art. 65 § 1 k.p. Potrzeba odmiennej regulacji prawnej porzucenia pracy spowodowana

<sup>25</sup> W. Piotrowski, *Rozwiązanie stosunku pracy. Studia nad kodeksem pracy*, Poznań 1975, s. 96–97.

<sup>26</sup> G. Bieniek, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 245.

<sup>27</sup> A. Walas, *Rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia i wygaśnięcie stosunku pracy*, [w:] *Nowe prawo pracy*, red. R. Korolec, J. Pacho, Warszawa 1975, s. 138–139.

<sup>28</sup> Orzeczenie OSPiUS w Warszawie z 4 marca 1976 r., I P 122/76, „*Studia Prawnicze*” 1976, nr 7–8, s. 36–37.

<sup>29</sup> Jako przykład można podać następujące uzasadnienie orzeczenia OSPiUS w Katowicach z 18 grudnia 1975 r., I P 1540/75, „*Studia Prawnicze*” 1976, nr 7–8, s. 36–37: „pracownik porzucił pracę [...] złożył pismo z żądaniem natychmiastowego rozwiązania stosunku pracy”.

<sup>30</sup> Dz.U. z 1974 r., nr 49, poz. 299 z późn. zm.

została niemożnością obiektywnego ustalenia zamierzeń pracownika niestawiającego się do pracy. Zamierzenia takiego pracownika nie są, jak stwierdza Bieniek, z reguły ujawnione. „Nie wiadomo więc, czy pracownik zamierza w ogóle wrócić do pracy, czy też ma taki zamiar, ale chce wrócić w terminie dla siebie dogodnym, czy też wreszcie jedynie w zakreślonym przepisami terminie nie zawiadomił o przyczynie swej nieobecności”<sup>31</sup>. Ustawodawca ułatwia pracodawcom ocenę sytuacji. Wprowadza bowiem domniemanie, że we wszystkich wymienionych przypadkach można uważać, że mógł ją porzucić. Ustawodawca nie pozbawia jednak poszkodowanego pracownika ochrony prawnej. Powyższe domniemanie wyraźnie wprowadzone na korzyść pracodawcy i jego zakładu pracy mogło być z łatwością obalone bez potrzeby wszczynania sporu prawnego przed organami administracyjnymi państwa. Zakład pracy bowiem był zobowiązany do dopuszczenia pracownika do pracy, który nie mógł usprawiedliwić nieobecności, ale dopełnił powyższego obowiązku niezwłocznie po ustaniu przeszkody (art. 65 § 3 k.p.).

Należy podkreślić, że wymieniony przepis mógł mieć zastosowanie w obydwu przypadkach analizowanych w niniejszym artykule. Nie dotyczył on bowiem samodzielnego uchylenia się pracownika od wykonywania pracy. Gdy pracodawca niezgodnie z postanowieniami art. 65 § 3 k.p. nie dopuścił pracownika do pracy, uznając, że stosunek pracy wygasł, pracownik na podstawie art. 65 k.p. mógł domagać się reaktwowania umowy o pracę. Sytuacja jest skomplikowana, ponieważ analizowana norma art. 65 § 3 k.p. *expressis verbis* nakazuje pracodawcy dopuścić do pracy pracownika, który dostosował się do wymagań wyszczególnionych w tym przepisie, odnoszących się do niezależnej od siebie niemożności usprawiedliwienia oraz spełnienia tego obowiązku niezwłocznie po ustaniu przeszkody. Jeżeli stosunek pracy nie wygasł, nie można występować z roszczeniem o zawarcie ponownej umowy o pracę<sup>32</sup>.

### 3. Następstwa prawne porzucenia pracy

W Kodeksie pracy i przepisach wykonawczych utrzymane zostały ujemne następstwa wynikające z wprowadzenia w życie szczegól-

<sup>31</sup> G. Bieniek, [w:] *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 250.

<sup>32</sup> K. Kolański, *Bezskuteczność wypowiedzenia umowy o pracę i przywrócenie do pracy*, „Państwo i Prawo” 1975, z. 3, s. 69 i n. Zob. również: T. Zieliński, *Skutki prawne wadliwego rozwiązywania umowy o pracę*, „Studia i Materiały Instytutu Pracy i Spraw Społecznych” 1976, z. 17, s. 77 i n.

nych przepisów uzupełniających uchylone w czerwcu 1996 r. art. 64 i art. 65 k.p. Uchwała nr 68 Rady Ministrów z dnia 4 kwietnia 1975 r. w sprawie zasad i trybu zaszeregowania i awansowania pracowników przedsiębiorstw i zjednoczeń (§ 5 i 18)<sup>33</sup> stanowi, że pracownik porzucający pracę w poprzednim zakładzie pracy powinien w nowym zakładzie pracy otrzymać nową kategorię zaszeregowania o dwa stopnie niższą od posiadanej w poprzednim zakładzie oraz pracę odpowiadającą tej obniżonej kategorii zaszeregowania. W sprawach dotyczących urlopów wypoczynkowych nie zaliczono do okresu zatrudnienia, od którego uzależniony jest wymiar tego urlopu, pracy świadczonej w zakładzie pracy, w którym umowa o pracę wygasła wskutek porzucenia pracy przez pracownika (art. 156 § 2 k.p.). Pracownik, który porzucił pracę, nabywał uprawnienie do świadczeń urlopowych dopiero po upływie roku pracy podjętej po porzuceniu wcześniejszego zatrudnienia. Wymiar reaktywowanego urlopu udzielany był pracownikowi w wymiarze bezpośrednio niższym od tego, jaki uprzednio mu przysługiwał na podstawie przepisów art. 154 i art. 155 k.p. Według art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 1974 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa<sup>34</sup> pracownikowi porzucającemu pracę wypłacany był zasiłek chorobowy w wysokości zmniejszonej o jedną czwartą (25%) w okresie jednego, następnego roku zatrudnienia. Przepis § 18 rozporządzenia Ministra Pracy, Płac i Spraw Socjalnych z dnia 31 maja 1974 r. w sprawie zasiłków rodzinnych<sup>35</sup> stanowił, że w razie porzucenia pracy pracownik nabywa ponownie prawo do takiego zasiłku po przepracowaniu 6 miesięcy kalendarzowych. Przepis art. 97 § 2 k.p. postanawia, że w świadectwie pracy należy podać okoliczności wygaśnięcia stosunku pracy, a także inne informacje niezbędne do ustalenia uprawnień pracowniczych i uprawnień z zabezpieczenia społecznego. Zgodnie z § 1 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 20 września 1974 r. w sprawie zaliczania poprzedniego zatrudnienia do okresu pracy, od którego zależy długość okresu wypowiedzenia umowy o pracę<sup>36</sup> wliczane jest zatrudnienie bezpośrednio poprzedzające zmianę rodzaju i miejsca pracy, jeżeli okres tego zatrudnienia wynosi co najmniej dziesięć lat. Powyższa zasada nie znajduje zastosowania w przypadku wygaśnięcia umowy o pracę w następstwie porzucenia pracy.

<sup>33</sup> M.P. z 1975 r., nr 12, poz. 68.

<sup>34</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 1975 r., nr 34, poz. 188.

<sup>35</sup> Dz.U. z 1974 r., nr 21, poz. 130.

<sup>36</sup> Dz.U. z 1974 r., nr 37, poz. 216.



Z mocy § 21 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Rady Ministrów z 26 czerwca 1974 r. w sprawie wykonywania niektórych przepisów prawa lokalowego<sup>37</sup> pracownikowi korzystającemu z mieszkania funkcyjnego nie przysługuje prawo do lokalu zamiennego w razie porzucenia pracy. Na podstawie art. 64 § 2 k.p. w związku z art. 4 i art. 5 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o zasadach tworzenia i podziału zakładowego funduszu nagród oraz zakładowych funduszy socjalnego i mieszkalnego<sup>38</sup> pracownik porzucający pracę traci prawo do nagrody z funduszu zakładowego w tym roku kalendarzowym, w którym miało miejsce porzucenie pracy. Dodatkowo na podstawie zarządzenia nr 100 Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 czerwca 1959 r. w sprawie zasad ustalania okresów pracy i ciągłości pracy uprawniających do nagród za wieloletnią pracę (gratyfikacji jubileuszowych)<sup>39</sup>, taki pracownik posiadał również uprawnienie do korzystania w okresie ciągłości pracy z gratyfikacji jubileuszowych. Na podstawie § 9 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1981 r. w sprawie szczególnych przywilejów dla pracowników górnictwa – Karta górnika<sup>40</sup> pracownikom górnictwa przysługuje specjalne wynagrodzenie miesięczne. Jego wysokość została uzależniona od stażu pracy w tej branży. Jednakże okresy pracy zakończone rozwiązaniem umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika lub wygaśnięciem stosunku pracy wskutek porzucenia pracy nie zostały wliczone do stażu pracy uprawniającego do wypłaty tego świadczenia. Analogicznie wyglądają sytuacje w rozporządzeniu Ministerstwa Zdrowia z dnia 16 kwietnia 2004 r. w sprawie specjalizacji i uzyskiwania tytułu specjalisty przez diagnostyków laboratoryjnych<sup>41</sup> oraz rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 26 marca 1958 r. w sprawie mundurowania pracowników urzędów morskich<sup>42</sup>.

#### 4. Konkluzja

Nie jest jasne, czy sytuacja na rynku pracy dotycząca zjawiska porzucenia pracy uległa istotnej zmianie. Nie wiadomo zatem, czy występują dostatecznie uzasadnione powody dla ponownego reaktywowania

<sup>37</sup> Dz.U. z 1974 r., nr 26, poz. 152.

<sup>38</sup> Dz.U. z 1973 r., nr 27, poz. 150.

<sup>39</sup> M.P. z 1959 r., nr 58, poz. 282.

<sup>40</sup> Dz.U. z 1982 r., nr 2, poz. 13.

<sup>41</sup> Dz.U. z 2004 r., nr 126, poz. 1319.

<sup>42</sup> Dz.U. z 1958 r., nr 19, poz. 77.

instytucji porzucenia pracy. Powinny o tym zadecydować nie zapatrywania teoretyków prawa pracy, lecz specjalistów systematycznie prowadzących badania empiryczne na krajowym rynku pracy oraz na globalnych rynkach Unii Europejskiej. Nie można bowiem opierać zmian norm prawnych z powoływaniem się na uzasadnienie na tematykę zapatrywań tej kategorii spraw przez teoretyków polskiego prawa pracy, prowadzących dyskusję nad nazwami i znaczeniem niektórych, nawet istotnych terminów prawnych. Nie jest wiadome, czy rzeczywiście ponowne wprowadzenie art. 64 i art. 65 do Kodeksu pracy pozwoliłyby odróżnić w praktyce rozwiązanie zobowiązaniowego stosunku pracy od jego wygaśnięcia<sup>43</sup>. Niektórzy prawnicy bowiem, omawiając „rozległą”, jak twierdzili, nowelizację Kodeksu pracy z 1996 r., nie odnotowywali prorynkowych zmian powyższego wydarzenia<sup>44</sup>. Inni natomiast traktowali niestawienie się pracowników do pracy bez zawiadomienia pracodawcy o przyczynie nieobecności jako zdarzenie prawne mające charakter antystrajkowy<sup>45</sup>. Moim zdaniem oraz innych autorów<sup>46</sup> brak było bowiem podstaw prawnych do wykorzystania art. 65 § 1 k.p. jako instrumentu prawnego stosowanego przeciwko strajkującym pracownikom<sup>47</sup>. Natomiast wystarczająco przekonujące jest to, że termin „porzucenie pracy”, wokół którego prowadzona była i prawdopodobnie nadal będzie dysputa, nie został wyrugowany z terminologii prawnopracowniczej.

<sup>43</sup> K. Stopka, *System prawa pracy. Historia polskiego prawa pracy*, red. K.W. Baran, t. XIV, Warszawa 2021, s. 467–468.

<sup>44</sup> L. Florek, *Ewolucja Kodeksu pracy*, [w:] *Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Teresie Liszcz*, red. A. Kosut, W. Perdeus, „Studia Iuridica Lublinensia” 2015, vol. XXIV, s. 32.

<sup>45</sup> J. Stelina, *Ewolucja kodeksowej regulacji wygaśnięcia stosunku pracy*, [w:] *Księga jubileuszowa...*, op. cit., s. 227.

<sup>46</sup> T. Zieliński, *Porzucenie pracy – problem nadal dyskusyjny*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1977, nr 6; C. Jackowiak, *W sprawie porzucenia pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1978, nr 10. Zob. też wyrok SN z 10 maja 1978 r., I PRN 37/78, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1979, nr 1, poz. 18, s. 47–49 z głosem S. Rejmana.

<sup>47</sup> A. Świątkowski, *Gwarancje prawne pokoju społecznego w stosunkach pracy*, Warszawa 2013, s. 13 i n.

Anna Walaszek-Pyziół\*  
Wojciech Pyziół\*\*

## Kilka refleksji na temat statusu prawnego spółki partnerskiej lekarzy oraz partnerów w takiej spółce

### Wprowadzenie<sup>1</sup>

Zgodnie z art. 88 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych<sup>2</sup> zawód lekarza jest jednym z 22 tzw. wolnych zawodów, który może być wykonywany w ramach spółki partnerskiej. Spółką

---

\* Prof. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0002-1509-1051.

\*\* Prof. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0003-4522-4959.

<sup>1</sup> Literatura dotycząca problematyki spółki partnerskiej jest bogata i obejmuje głównie opracowania podręcznikowe i komentarze. Traktuje wszakże w większości o zagadnieniach ogólnych bez uwzględnienia specyfiki spółek grupujących przedstawicieli konkretnych wolnych zawodów. Zob. zamiast wielu podstawową monografię U. Promińskiej wraz z powołaną tam literaturą – *eadem*, *Spółka partnerska*, Warszawa 2013. Z opracowań komentarzowych zob. w szczególności: J. Bieniak *et al.*, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 8, Warszawa 2022; *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, wyd. 4, Warszawa 2022.

<sup>2</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 18, powoływana jako: k.s.h.

partnerską jest spółka osobowa utworzona przez wspólników (partnerów) w celu wykonywania wolnego zawodu w spółce prowadzącej przedsiębiorstwo pod własną firmą (art. 86 k.s.h.). Spółka ta jest jednym z rodzajów tzw. podmiotów leczniczych w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej<sup>3</sup>, która to działalność polega, w szczególności, na udzielaniu tzw. świadczeń zdrowotnych. Jest to zarazem przykład tzw. grupowej praktyki lekarskiej (obok spółki cywilnej i spółki jawnej – zob. art. 5 ust. 1 pkt 1 u.d.l.). Działalność lecznicza spółki partnerskiej jest z całą pewnością działalnością gospodarczą (co wynika z definicji tejże spółki) oraz – w związku z art. 16 u.d.l. – tzw. działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców<sup>4</sup>.

Spółka partnerska jako podmiot leczniczy może rozpocząć swoją działalność dopiero po uzyskaniu wpisu do rejestru podmiotów leczniczych, prowadzonego przez właściwego wojewodę (art. 106 u.d.l.). Niezależnie od powyższego spółka partnerska lekarzy podlega – jako przedsiębiorca – wpisowi do rejestru przedsiębiorców będącego częścią Krajowego Rejestru Sądowego (KRS). Z chwilą dokonania tego wpisu spółka partnerska nabywa podmiotowość prawną (jako tzw. ułomna bądź niepełna osoba prawna). Jak się wydaje, spółka partnerska lekarzy powinna najpierw uzyskać wpis do KRS, a dopiero następnie ubiegać się o wpis do rejestru podmiotów leczniczych. Jest to jednak kwestia dyskusyjna, zwłaszcza w kontekście budzącego wątpliwości ogólnego wymogu „nadmiarowych” wpisów do różnych rejestrów. Spółka partnerska może zatrudniać – na podstawie umowy o pracę lub innej umowy o podobnym skutku – personel pomocniczy (np. pielęgniarki, osoby sprzątające, woźnych, recepcjonistów), ale także i lekarzy niebędących partnerami. Do kwestii statusu tych ostatnich w spółce wypadnie jeszcze powrócić w dalszym ciągu niniejszego artykułu.

### Spółka partnerska lekarzy jako podmiot prawa

Tak jak każda spółka partnerska również spółka partnerska lekarzy powstaje z chwilą wpisu do rejestru (art. 94 k.s.h.) i z tą chwilą nabywa podmiotowość prawną (staje się tzw. ułomną osobą prawną – zob. art. 8 k.s.h.).

<sup>3</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 991, powoływana jako: u.d.l.

<sup>4</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 221.

Powstanie spółki aktualizuje problem zarządzania nią, to jest problem tzw. prowadzenia jej spraw (czyli podejmowania decyzji wewnętrznych) oraz problem działania wobec osób trzecich (czyli dokonywania aktów reprezentacji). Gdy chodzi o prowadzenie spraw, to w pierwszej kolejności znajdują tu odpowiednie zastosowanie odnośne regulacje dotyczące spółki jawnej (zob. art. 37 i n. k.s.h.). Wynika z nich m.in., że każdy partner ma prawo i obowiązek prowadzenia spraw spółki (art. 39 § 1 k.s.h.), jednak Kodeks spółek handlowych zawiera w tym względzie unormowanie szczególne. W myśl art. 97 k.s.h. umowa spółki partnerskiej może przewidywać, że prowadzenie spraw i reprezentowanie spółki powierza się zarządowi. Do zarządu stosuje się w takim przypadku przepisy art. 201–211 oraz 293–300 k.s.h., a zatem przepisy o zarządzie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Jak się wydaje, w art. 97 k.s.h. nie chodzi o natychmiastowe powołanie zarządu (czyli obsadzenie go niejako od razu konkretną osobą lub osobami), ale raczej o stworzenie partnerom takiej możliwości na przyszłość. Możliwość taka wydaje się szczególnie atrakcyjna w odniesieniu do spółek partnerskich lekarzy. Partnerzy lekarze mogą bowiem chcieć koncentrować się na leczeniu pacjentów, a nie chcieć zajmować się bieżącym zarządzaniem spółką (co zresztą wymaga posiadania stosownych kwalifikacji menadżerskich, którymi partnerzy mogą nie dysponować). Z kolei, gdy chodzi o reprezentowanie spółki, w przypadku, gdy nie działa jej zarząd, to również mają tu odpowiednie zastosowanie regulacje dotyczące spółki jawnej. Wynika z nich, iż co do zasady każdy partner ma prawo do reprezentowania spółki, i to w pełnym zakresie, którego nie można ograniczyć ze skutkiem wobec osób trzecich (art. 29 k.s.h.).

W omawianym przypadku mamy także do czynienia z regulacją szczególną przewidzianą w art. 96 § 2 k.s.h. W myśl tego przepisu pozbawienie partnera (także partnera lekarza), bez jego zgody, prawa reprezentowania spółki może nastąpić tylko z ważnych powodów uchwałą powziętą większością trzech czwartych głosów w obecności co najmniej dwóch trzecich ogólnej liczby partnerów. Jest to – zdaniem naszym – przepis kontrowersyjny tak ze względu na jego celowość, jak i na trudności w praktycznym zastosowaniu. Przykładowo, jeśli jest trzech partnerów, to pozbawienie prawa reprezentowania spółki wymaga jednomyślności. Praktycznie omawiany przepis może znaleźć zastosowanie wówczas, gdy spółka partnerska liczy większą liczbę partnerów (co w spółce partnerskiej lekarzy jest rzadkością; zwykle liczy ona kilku partnerów).

## Spółka partnerska lekarzy jako podmiot udzielający świadczenia zdrowotne

Zadaniem spółki partnerskiej lekarzy jest odpłatne udzielanie świadczeń zdrowotnych. Pacjent zgłaszający się do takiej spółki zawiera z nią stosowną umowę (zwaną często umową o usługi medyczne). Jest oczywiste, że spółka jako taka nie może osobiście takich usług wykonywać (skoro nie jest lekarzem). Powstaje zatem pytanie, do czego w istocie spółka się zobowiązuje w umowie z pacjentem. Jak się wydaje, spółka na podstawie umowy o usługi medyczne jest zobowiązana:

- a) do udostępnienia stosownej infrastruktury technicznej (gabinetów wraz z wyposażeniem);
- b) do zapewnienia pacjentowi badania, leczenia itp. przez konkretnego lekarza;
- c) do zapewnienia pacjentowi bezpieczeństwa osobistego i bezpieczeństwa jego mienia wnoszonego do spółki w związku z wykonywaniem umowy; obowiązek ten obejmuje – zdaniem naszym – także przypadki, gdy potencjalny pacjent zamierzający skorzystać z usług medycznych znajdzie się w obszarze działalności spółki (przykładowo: potencjalny pacjent zamierzający skorzystać z usług medycznych oferowanych przez spółkę pozostawił swój samochód na parkingu zarządzanym przez spółkę, który to samochód został skradziony zanim pacjent zdołał zawrzeć umowę o usługi medyczne);
- d) przyjąć na siebie odpowiedzialność za szkody wynikłe z niewykonania lub nienależytego wykonania przez danego lekarza działającego w spółce zleconej usługi medycznej; w takim przypadku mamy do czynienia z przykładem odpowiedzialności gwarancyjnej, to jest odpowiedzialności za szkody wynikające z działań/zaniechań nie spółki jako takiej lecz z działań/zaniechań innych osób (głównie chodzi tu o lekarzy wykonujących wolny zawód w spółce).

### Zawód lekarza jako tzw. wolny zawód

Wprawdzie art. 87 w związku z art. 88 k.s.h. przesądza o tym, że lekarz wykonuje tzw. wolny zawód i jako taki może być partnerem w spółce partnerskiej, to jednak nie zwalnia to od obowiązku przyjęcia jakiejś koncepcji co do ogólnego pojęcia wolnego zawodu. Ustalenia w tej materii mogą być przydatne dla ustalenia pozycji prawnej lekarza działającego w ramach spółki<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Zob. T. Szczurowski, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, wyd. 4, Warszawa 2022, komentarz do art. 88.

Prawo polskie nie definiuje w sposób ogólny pojęcia wolnego zawodu (w art. 88 k.s.h. zastosowano definicję przez wyliczenie zawodów uznanych za wolne, ale tylko w kontekście zdolności do bycia partnerem w spółce partnerskiej). W literaturze przyjmuje się, iż cechami tzw. wolnego zawodu są w szczególności:

- a) to, że może być wykonywany osobiście tylko przez osobę fizyczną;
- b) to, że może być wykonywany jedynie przez osobę posiadającą odpowiednie kwalifikacje zawodowe stwierdzone odpowiednimi dokumentami;
- c) to, że usługi wykonywane w ramach wolnego zawodu są wykonywane zawsze na własną odpowiedzialność wykonującego te usługi;
- d) to, że usługi wykonywane w ramach wolnego zawodu wiążą się z istotnie zwiększonym ryzykiem odpowiedzialności w przypadku nieprawidłowego wykonania tychże usług;
- e) to, że są to usługi oparte na więzi szczególnego zaufania łączącej podmiot świadczący daną usługę z jego klientem (to ostatnie dotyczy w szczególności lekarzy, którym pacjenci powierzają informacje, których nie byliby skłonni udostępnić innym osobom).

Lekarz może wykonywać swój zawód po spełnieniu wymogów określonych w ustawie z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry<sup>6</sup>. Zgodnie z art. 2 ust. 1 tej ustawy wykonywanie zawodu lekarza polega na wykonywaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje potwierdzone odpowiednimi dokumentami świadczeń zdrowotnych wymienionych w tym przepisie. Lekarz może rozpocząć swoją działalność po uzyskaniu zgody udzielanej przez okręgową radę lekarską (art. 5 u.z.l.l.d.; w przepisie tym jest mowa o „przyznaniu” przez okręgową radę prawa wykonywania zawodu lekarza). Spełnienie powyższych wymogów skutkuje nabyciem przez konkretnego lekarza zdolności do bycia partnerem w spółce partnerskiej lekarzy (art. 87 k.s.h.).

W myśl art. 4 u.z.l.l.d. lekarz ma obowiązek wykonywać zawód zgodnie ze wskazaniami współczesnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zasadami etyki zawodowej oraz należytą starannością. Niedochowanie powyższych standardów w konkretnym przypadku jest powszechnie kwalifikowane jako tzw. błąd w sztuce medycznej. Co więcej – z reguły – niedochowanie *in concreto* tych standardów może być zakwalifikowane jako czyn niedozwolony w rozumieniu art. 415 i n. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1516, powoływana jako: u.z.l.l.d.

<sup>7</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1610 z późn. zm.

Z art. 86 § 1 k.s.h. wynika m.in., że partnerzy wykonują swój wolny zawód w spółce. Nie musi to oznaczać, iż działają wspólnie (choć może tak *in concreto* być, np. gdy kilku partnerów wspólnie wykonuje operację). W takim przypadku jednak każdy partner wykonuje swój własny wolny zawód i czyni to samodzielnie oraz na własną odpowiedzialność (zob. poczynione ustalenia wyżej co do cech wolnych zawodów). Jeśli wykonywany jest zabieg zbiorowy (np. operacja wykonywana przez kilku lekarzy), to każdy partner uczestniczący w takim zabiegu może i powinien odmówić wykonania poleceń osoby kierującej zabiegiem, jeśli uzna, iż realizacja takiego polecenia jest niezgodna z wymogami określonymi w art. 4 u.z.l.l.d. Użyte w art. 86 § 1 k.s.h. sformułowanie należy zatem rozumieć jedynie w ten sposób, iż partner lekarz działa na rachunek spółki (czyli przychody z tytułu wykonywanych przez niego usług medycznych przypadają spółce jako takiej). Dodać wypada, że także lekarz zatrudniony przez spółkę na podstawie umowy o pracę lub innej umowy o podobnym skutku również wykonuje swój zawód w spółce i działa na jej rachunek<sup>8</sup>.

Jak się wydaje, każdy konkretny lekarz działający w spółce, który przyjmuje zgłaszającego się konkretnego pacjenta, nawiązuje z tym pacjentem *per facta concludentia* odrębny stosunek prawny, który jest podstawą dla udzielenia świadczeń zdrowotnych temu konkretnemu pacjentowi. Konieczność konstruowania tego odrębnego stosunku prawnego wynika choćby z tego, iż spółka partnerska jako taka nie może wykonywać osobiście usług medycznych (skoro nie jest lekarzem). W konsekwencji każdy lekarz wykonujący usługę medyczną w spółce jest narażony na własną odpowiedzialność odszkodowawczą niezależną od jego subsydiarnej odpowiedzialności za zobowiązania spółki jako takiej.

### Odpowiedzialność spółki partnerskiej lekarzy i jej partnerów

Spółka partnerska lekarzy jako taka ponosi odpowiedzialność za szkody wyrządzone pacjentom (lub – jak ustalono wyżej – w określonych sytuacjach przyszłym pacjentom) w obszarze jej działania<sup>9</sup>. Odpowiedzialność ta dotyczy także przypadków uregulowanych w art. 95 k.s.h.

<sup>8</sup> Zob. m.in. M. Spyra, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 8, Warszawa 2022, komentarz do art. 86.

<sup>9</sup> Zob. zamiast wielu: T. Szczurowski, [w:] *Kodeks spółek handlowych...*, *op. cit.*, komentarz do art. 95.



Jest to odpowiedzialność pierwotna (w odróżnieniu od subsydiarnej odpowiedzialności partnerów). Partnerzy lekarze również odpowiadają za zobowiązania spółki, choć jedynie subsydiarnie z uwzględnieniem art. 95 k.s.h. – zob. art. 22 w związku z art. 31 k.s.h. Z istoty odpowiedzialności subsydiarnej partnerów wynika, iż aktualizuje się ona w sytuacji, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna (art. 31 § 1 k.s.h.), ale żeby mówić o bezskuteczności egzekucji wobec spółki to należy uprzednio przesądzić, że może ona w ogóle zostać wszczęta. A ta może być wszczęta jedynie na podstawie tytułu egzekucyjnego wydanego przeciwko spółce, a nie przeciwko partnerom. W każdym zatem przypadku pacjent dochodzący odszkodowania zmuszony jest pozwać spółkę. Konstatacji tej nie zmienia brzmienie art. 31 § 2 k.s.h., który stanowi o możliwości wniesienia powództwa przeciwko partnerom, zanim egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna.

Artykuł 95 § 1 k.s.h. reguluje zasady odpowiedzialności subsydiarnej partnerów. W myśl tego przepisu partner (w tym partner lekarz) nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania spółki powstałe w związku z wykonywaniem przez pozostałych partnerów wolnego zawodu w spółce, jak również za zobowiązania spółki będące następstwem działań lub zaniechań osób zatrudnionych przez spółkę na podstawie umowy o pracę lub innego stosunku prawnego, które podlegały kierownictwu innego partnera przy świadczeniu usług związanych z przedmiotem działalności spółki. Przytoczony przepis składa się niejako z dwóch części. Część pierwsza obejmuje przypadki odpowiedzialności indywidualnej i zarazem subsydiarnej partnerów działających w związku z wykonywaniem wolnego zawodu w spółce (czyli – mówiąc w uproszczeniu odpowiedzialności za tzw. błąd w sztuce medycznej). Za takie błędy w sztuce odpowiada indywidualnie (ale zarazem tylko subsydiarnie) partner lekarz, który dopuścił się błędu oraz – oczywiście – sama spółka. Jeśli *in concreto* nie da się ustalić, który z partnerów dopuścił się błędu, to wówczas za szkody będą odpowiadać (subsydiarnie) wszyscy partnerzy. Pamiętajć przy tym należy, iż partner lekarz oraz świadczący daną usługę lekarz niebędący partnerem odpowiadają niejako dodatkowo wobec pacjenta na podstawie łączącego z nim odrębnego stosunku prawnego, o czym była mowa wyżej. Oznacza to w szczególności, że pacjent może niejako indywidualnie dochodzić swoich roszczeń od lekarza wykonującego daną usługę medyczną niezależnie od roszczeń, które przysługują mu wobec spółki jako takiej.

Zwrot „w związku” użyty w art. 95 k.s.h. należy rozumieć wąsko. Chodzi w nim o ewentualne szkody wyrządzone przy wykonywaniu

usługi medycznej, a nie o szkody wyrządzone przy okazji wykonywania takiej usługi (przykładowo: lekarz badający pacjenta kradnie jego portfel; w takiej sytuacji odpowiada spółka oraz – subsydiarnie – wszyscy partnerzy). Część druga art. 95 k.s.h. dotyczy osób, które podlegały kierownictwu innego partnera przy świadczeniu usług związanych z przedmiotem działalności spółki. Zastosowana w omawianej części art. 95 k.s.h. formuła jest z pewnością szersza niż ta przewidziana w jego części pierwszej. Obejmuje ona przypadki, w których określony partner sprawuje kierownictwo nad innymi partnerami lub pracownikami spółki, przy czym takie kierownictwo może wynikać z wewnętrznych regulacji obowiązujących w spółce (np. z regulaminu organizacyjnego), ale także z konkretnej sytuacji. Jeśli na takiej podstawie nie da się ustalić, który partner sprawował kierownictwo, to należy przyjąć, iż kierownictwo sprawowali wszyscy partnerzy (albo zarząd, jeśli został ustanowiony). Jak się wydaje, sprawowanie kierownictwa w stosunku do partnerów lekarzy oraz w stosunku do lekarzy niebędących partnerami zatrudnionych przez spółkę może dotyczyć jedynie spraw organizacyjnych (np. wyznaczania dni i godzin ich pracy). Kierownictwo, o którym mowa, może dotyczyć w szczególności tzw. dozorców parkingu, recepcjonistów, osób sprzątających itp. Osoby te powinny stosować się do poleceń partnera (lub poleceń zarządu jeśli został powołany), natomiast – zdaniem naszym – nie można mówić o podleganiu kierownictwu partnerów lekarzy czy lekarzy zatrudnionych przez spółkę w zakresie wykonywanych przez nich usług medycznych, które zawsze są – jako wolne zawody – wykonywane samodzielnie i na własną odpowiedzialność tego, kto owe usługi wykonuje (dotyczy to m.in. lekarzy biorących udział w operacji, o czym była mowa wyżej).

### Podsumowanie

Spółka partnerska jest uregulowana w sposób ogólny przepisami Kodeksu spółek handlowych (art. 86–101). Jej reżim prawny określają również przepisy odnoszące się do konkretnych tzw. wolnych zawodów. Skutkuje to tym, iż ograniczenie się do omawiania spółki partnerskiej jako takiej bez uwzględnienia regulacji szczególnych dawać może jedynie uproszczony pogląd na temat roli spółki partnerskiej w obrocie prawnym. Niniejszy artykuł ma na celu uwypuklenie niektórych problemów związanych ze specjalistyczną spółką partnerską, jaką jest spółka partnerska grupująca osoby będące lekarzami.

Bartosz Wojciechowski\*

## The verifiability of court decisions as an element of their rationalization

The process of arriving at a court decision is part of a very specific game. During a court hearing this game may involve a variety of issues: truth, values, principles, goods and argumentative power. In this context, the decision must satisfy certain rules, which differ depending on whether the case is of a liberal nature (a civil lawsuit) or non-liberal (a criminal trial). The role of the judge will be different in each situation: that of an impartial arbitrator when the case is based on the adversarial principle, or that of an active seeker of truth when the case is of an inquisitorial nature. In the former situation, the judge relies on the evidence and arguments provided by the parties to the proceedings, while in the latter situation the judge takes the initiative and actively participates in the gathering of evidence. Therefore, the important elements will be those that contribute to the coherence of the decision and thus safeguard the argumentation process itself. This process currently takes the form of discourse, which is, after all, a special form of language regulated by ethical requirements.

The process of settling legal disputes by discursive means (whether justifying or making decisions) forces institutions to satisfy certain

---

\* Dr hab., prof. UŁ, Uniwersytet Łódzki, ORCID: 0000-0002-4271-7056.

normative requirements which are implicit in the theory of discourse. These requirements, however, are significantly modified by conditions which render justice subjective, and therefore it is of the utmost importance that conditions of an objective nature are formulated. Within the framework of the judicial process, there is a confrontation between the assumptions and implications arising from the application of the theory of discourse to the problems of a democratic state of law and the issue of the circumstances of justice, in particular subjective ones, i.e. burdens of judgement.

The concept of discourse as a reflective form of communicative action assumes, according to one of the research hypotheses, the institutionalization of communicative principles. It should be noted that while the model of communicative action applies to weak, i.e. non-institutionalized public spheres, the discourse model applies to strong, institutionalized spheres of public activity (this is not only legal discourse, but also the political discourse that emerges in parliament). This in turn triggers the question of the extent to which judicial authority is an expression of communicative authority which is legitimated by political discourse. The point of departure is therefore the thesis (having the status of a research hypothesis) that, as a reflective form of communication (undertaken to justify or implement legal-political decisions), discourse forces institutions to satisfy certain normative requirements implicitly mandated by discourse theory.

1. Traditionally, it has been pointed out that every argumentative (communicative) act involves the assumption of *a priori* conditions of validity (of a normative nature), which Jürgen Habermas calls validity claims<sup>1</sup>. In the most comprehensive way, this permits the presumption that the decisions made in this manner are rational and correct, because they arise in the course of free discussion and ultimately reflect the beliefs of the participants. Once assumed as part of such a procedure, these conditions allow specific reasons to be weighed up, and they guarantee the right to compare one's own (i.e. a judge's own) claims of validity with those of others. As part of the judicial application of law (which is paradigmatic in the framework of the adjudicative model of

---

<sup>1</sup> J. Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main 1984, p. 355. In colloquial language, validity claims are represented by the assumption of rational communication. Validity claims consist of: the intelligibility of expression (*Verständlichkeit*), truth (*Wahrheit*), credibility (*Wahrhaftigkeit*) and correctness (*Richtigkeit*) of the means of communication.

legal conflict resolution), legal discourse approaches the ideal speech situation because it takes place between dialogical subjects who are not subordinate to each other, who are impartial, independent and do not have a stake in the court dispute, and thus claims to rationality and correctness are its basic features. It may be asserted that in this approach, reality (the elements of a particular state of affairs – the individual case being examined) is the object of the negotiations during a court hearing, because law is a form of social discourse in which all the participants are equal and bound only by the procedural regulations relevant to the given case.

Therefore, it can be concluded that each judicial decision does not require the consensual fulfilment of the universal claim of reason which is assumed in the theory of practical discourse, but rather demands that the solution be consistent with the text, values and objectives of the norms prevailing in the existing legal order. In other words, the rationality of the decision-maker should be commensurate with the applicable legal provisions and the accepted legal culture and traditions, and with the (transcendentally conceived) rationality and will of the legislator. This assumption is also supported by the principle of the democratic state governed by the rule of law, the content of which stipulates that each decision should find its justification in applicable law. It is likewise necessary to appeal to the ‘code of practical reason’ in order to properly justify decisions. Thanks to this, decisions will be bound not only by rules or principles resulting directly from laws which are in force, but they also implement a complex set of rules that also encompass the content of the act itself. In the light of the ‘rights revolution’ taking place in Europe, where the construct of protecting fundamental rights is the basis of the legal system, the principle of proportionality also plays an important role, becoming the primary modern justification and instrument for monitoring the discretion of the legislative and executive powers. In the scholarly literature this is described as the crowning achievement of the current post-positivist and neo-naturalist view of the law, which combines positive law and natural law<sup>2</sup>.

The principle of proportionality fits perfectly within the general framework of modern jurisprudence since it obliges the reconsideration

---

<sup>2</sup> E. Engle, *The History of the General Principle of Proportionality: An Overview*, “Dartmouth Law Journal” 2012, vol. 10, pp. 1–11; D. Taskovska, *On Historical and Theoretical Origins of the Proportionality Principle – A contribution towards a prospective comprehensive debate on proportionality*, “Iustinianus Primus Law Review” 2012, vol. 3, no. 1, pp. 1–11.

of views on what is legal in terms of interference with individual rights and, additionally, what is proportionate. This perspective entails that judges must adopt an active approach, because it presupposes their axiological sensitivity, which is manifested in reference to the basic rights of the individual and the principles of the system, including those resulting from supranational law.

The legitimation of legality as a specific cultural value is mainly achieved through guaranteeing certain basic values by law. The autonomous values of law are, in particular, human rights and the institutions of the democratic state ruled by law. However, Neil MacCormick rightly emphasizes that the thoughtlessly pursuing certain patterns of behaviour common in society should be regarded as heteronomous action, although there is no obstacle to autonomously recognizing the shared standards of conduct in society. According to MacCormick, a distinction should be made between:

- a) rules – which are conventional and therefore characteristic of law (in MacCormick’s opinion they are interpretative schemes<sup>3</sup>);
- b) norms and preferences that belong to the normative order<sup>4</sup>; and
- c) shared standards of propriety, decency, and good behaviour, which are somewhat loose phrases defining behaviour<sup>5</sup>. The latter could be considered as the content of ‘the positive morality of a group’<sup>6</sup>. The point here is that the difference between the standards which are understood as ‘the positive morality of the group’ and morality in general would be mirrored in the concepts of heteronomy (standards) and the autonomy of action.

2. The correctness of the application of substantive legal norms, the correctness of the court’s interpretation, the subsumption and the establishment of legal consequences and compliance with the procedural forms provided for by the applicable law are subject to supervision in the course of the proceedings. Today, the institution of appealing against judicial decisions is known to all legal systems that have developed a wide range of appeals.

<sup>3</sup> N. MacCormick, *H. L. A. Hart*, Stanford 2008, p. 76.

<sup>4</sup> *Idem*, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford 2008, pp. 249–252; K.M. Cern, *The Counterfactual Yardstick: Normativity, Self-Constitutionalisation and the Public Sphere*, Frankfurt am Main 2014, pp. 67–86. With regard to the moral sphere, MacCormick emphasizes the importance of autonomy very clearly.

<sup>5</sup> N. MacCormick, *H. L. A. Hart*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 67.

The concept of appeal is undoubtedly a procedural one and thus it is determined solely on the basis of the provisions of that law, irrespective of the substantive law to be applied in the assessment of the case in terms of its merits. In the field of procedural law, appeals are understood as any legal measure envisaged in the civil and criminal codes, by means of which a judicial decision issued in one of these proceedings may be overruled or modified, or any other appropriate act of a procedural authority.

The appropriate supervision of a judicial decision through various means of appeal depends on the extent to which the court's decisions are determined by the provisions of the applicable law. Undoubtedly, the issue here is the supervision of all types of judicial acts, and therefore not only the 'final decision' (thereby ending the case in a given instance), but also any other decisions made by a judge during the proceedings, regarding both the substantive sphere (for example, an interpretative decision), as well as legal process (for example, decisions regarding evidence).

In this context, the judicial oversight of a lower court by a court of higher instance serves to create a consensus. The position of a court of higher instance may result in unifying the attitude of approval or disapproval of the courts with regard to a specific object. The supervision of a judge's decision within the scope determined by applicable law is an obvious postulate in any system in which judges are subordinate not only to the law, but also to the values and principles underlying the society they represent.

There is no reason, justified by applicable legal provisions, for limiting the verifiability of decisions, even if the judge is left a margin of discretion. This thesis is particularly relevant to the legal system, which, in democratic states governed by the rule of law, is based on the ideology of lawful judicial decision<sup>7</sup>. It follows that it is not justified to assume that discretion exists (prevails) only when it is not possible to revise someone's decision in the form of an appeal or a complaint. The opposite view, stating that where there is discretion no review is possible, should also be regarded as erroneous.

The object of supervision is the decision-making activity defined by the regulations to which judges are subject, i.e. also the activities that fall within the scope of freedom limited by the directives which are considered to binding for judges<sup>8</sup>. A judicial decision can only be considered

<sup>7</sup> J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht 1992, pp. 383–393.

<sup>8</sup> *Idem*, *Kontrola decyzji sądowej. Wybrane zagadnienia teoretyczne*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 8–9, pp. 18–32.

correct when it takes into account the objectives and directives of the law. The law is violated in the process of implementation if a legal norm has not been applied, or has been applied incorrectly. The validity of a decision is also determined by its compliance with the moral order, the standards of evaluation accepted in a given society, and sometimes by the adoption of a particular philosophical attitude.

The issue of overseeing the decision-making activities of judges is related to a whole range of issues which are distinguished from the point of view of the values justifying the institution of judicial independence and of the judiciary being subordinate only to the law. In connection with this, Jerzy Wróblewski raises the following issues: whether and what decision-making activity is subject to oversight, what the oversight involves, and what its consequences are. The scope of the supervision of judges' decisions, which is also discretionary, is very wide and is not strictly determined. Wróblewski indicates that every decision is checked at least with regard to the relationship between the premises of the decision and its content, and in this sense, every decision should be internally rational, in other words, justified in accordance with the accepted rules of reasoning<sup>9</sup>.

On the other hand, further supervision concerns the validity of the grounds for the decision, and in particular of the judge's action within the limits stipulated by the applicable law or by general legal principles<sup>10</sup>. Generally speaking, the oversight of decision-making consists in determining the consequences of the qualifying statement, in other words determining whether or not the judge's decision is consistent with the standards that are binding for judges, in accordance with the supervisory standpoint.

3. The fact that the ability to oversee decisions in real terms is somewhat restricted by obvious and justified limits has been discussed in detail in legal science, especially with regard to the issue of the verifiability

<sup>9</sup> *Idem*, *The Judicial...*, *op. cit.*, p. 263; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1978, p. 273.

<sup>10</sup> J. Wróblewski, *The Judicial...*, *op. cit.*, p. 266; R. Alexy, *Theorie...*, *op. cit.*, p. 283. L. Leszczyński, discussing the issue of general referral clauses, indicates that: "Depending on how a decision on the application of the law is understood in a given legal practice, the interference of these non-legal criteria may be unlimited or limited (through the concept of a discretionary decision in applying the law), or may be subjected to 'control' from the point of view of the assumption of the lawful and rational use of these criteria (the concept of a rational and law-abiding decision)" – *idem*, *Tworzenie generalnych klauzul odsyłających*, Lublin 2020, p. 120.



of decisions made by means of undefined legal concepts. The ability of an appeal court to check a decision is largely dependent on the correctness and completeness of the findings made by the lower court. Revision of the judgment is possible only when the decision of the court of first instance contains a comprehensive presentation of the facts pertaining to the case that affect the legal assessment of the state of affairs in question. The established state of affairs must allow the court of appeal to perform a supervisory function, i.e. to ascertain whether the discretionary decision results in any restrictions (limits) or exceptions, and if so, to what extent. Checking the application of each legal norm in relation to a specific state of affairs is the entire task and purpose of the appeal; some restrictions appear only in cassation proceedings<sup>11</sup>.

The verification and verifiability of the actual use of discretion, or sometimes arbitrariness, ends only when they are not possible due to limitations in either the quantity or quality of information regarding the state of affairs under consideration. In such situations, it is not possible to deduce whether the decision was made in accordance with the purpose of the law or not. On the other hand, the limited oversight of discretionary decisions is limited by the very nature of discretion. The limitation is determined by the construction of the appeal itself. Since the rule is that the court of second instance is dependent on the material collected in the lower court and does not repeat the evidence already

---

<sup>11</sup> Pure cassation is an institution established only to defend the public interest and it is for this purpose that the supervision of court judgments with the right to annul them is conducted. The Polish legislator adopted the cassation system with certain elements of the revision system, in the form of granting the Supreme Court, in certain cases and under certain conditions, the possibility of adjudicating on the merits of a case. Cassation occupies a special position among appeals. It is a remedy by means of which the party asks the Supreme Court to revoke or change the sentence issued by the court of second instance due to violation of formal or material law. In the event of a breach of either substantive law or infringements of essential procedural requirements, the Supreme Court will overrule the appealed decision and submit the case for re-examination, or it will reject the appeal. On the other hand, the admissibility of a meritorious solution depends on the discretion of the Supreme Court, which may, without justification, evade the decision on the merits of the case and refer the case back to the court of second instance. The Supreme Court should in any case refer the case for re-examination if the state of affairs of the case do not authorize a clear decision. When adjudicating on the merits of the case, the Supreme Court is bound by the state of affairs established in the judgment under appeal. Therefore, the factual and evidential assessment of the case is not examined; as a rule the Supreme Court examines the legal issue.

collected, but only adds to the evidentiary proceedings in terms of the appeal pleas, and only admits evidence to which the need to refer to was established later, this constitutes a limited possibility to verify the real reasons underlying the contested decision.

It therefore follows that the scope of such a 'unsupervised' area in appeal proceedings depends on the facts of the particular case. In order to check decisions, including discretionary ones, apart from the distinguishing (specific) features of a particular case, the extent to which the judge is forthcoming with the grounds and assumptions on which the decision was based is also of key importance. Admittedly, each judge is required to provide complete information about the reasons that led to the decision, but the completeness of such communication will depend on the degree to which the judge provides detailed information on the grounds for the decision. The need for an adequate presentation by the decision-making judge, covering the nuances involved in the evaluation and weighing up, for example assessing the conflicting principles or objectives, is a fundamental problem in the correct transmission of information concerning the decision-making process, and may constitute an important circumstance limiting the actual checking of the decision, in particular when the judge had to choose between more than two alternative solutions.

Additionally, this situation is complicated by the fact that the appellate court judge will assess the application of a given norm, according to information gathered and presented by the first-instance judge, but also taking into account the material collected during the appeal proceedings. The appellate court judge has the duty to carry out the required checks on the proper use of discretion, in particular if the discretionary action shaped the proceedings and consisted in choosing between two acceptable alternatives. Only exceptionally, if it is not possible to review the decision properly because the necessary information has not been provided, or has not been provided properly, may the appellate court judge set aside the decision and refer the case back to the court of first instance for reconsideration. Otherwise, the appeal court, unable to determine the facts (and therefore the motives) that affected the decision, would have to carry out evidentiary proceedings, in entirety or in part, and this would violate the principle of two instances, which is an essential element of the right to a fair trial (Article 6 of the European Convention of Human Rights, and Article 45 (1) of the Constitution of the Republic of Poland). The appellate court judge should, in principle, have the same knowledge of facts relevant to the decision as the lower court

judge. Only the assumption that the higher instance judge has knowledge of the state of affairs important for understanding the particular case entitles the conclusion that his or her action, like that of a lower court judge, is of a rational nature. It therefore follows that the binding nature of the law (the principles and directives expressed therein) and the purpose of the law also extend to that 'area of discretion which is specifically free of control'. A judge cannot hide behind the ignorance of reality, because discourse concerning reality *a fortiori* encompasses a normative aspect and determines its resolution. The convictions of judges of both lower and higher instances as to the correctness of a choice made and protected by law must meet certain conditions, which may be collectively called 'justifiability' or 'rationality'.

4. Thus the issue of the rationality of judicial decisions comes to the fore, in terms of their comprehensibility and context. Due to the fact that in the scholarly literature the existence of there being only one right answer (the one right answer thesis) is questioned<sup>12</sup>, some authors are of the opinion that the terms 'acceptable' or 'rational' should be used instead the term 'correct'. At least two advantages ensue from this solution, namely that each case lacking a correct answer can be incorporated into the concept of the discretion of the decision-maker, and furthermore, that the number of possible alternatives (options) is limited<sup>13</sup>. Discretion is therefore conceptually related to a variety of possible (acceptable) responses from which the decision-maker must choose. The assumption that there is only one correct decision, in terms of rationality and legal justifiability, leads to the conclusion that the decision-maker should strive to issue a judgment that would be as close to this ideal as possible. In everyday understanding, the adjective 'rational' means that something is based on reason and is comprehensible; in other words something that is reasonably justified, based on

---

<sup>12</sup> R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge–London 2006, p. 53. The comprehensive interpretation of the law should, in Dworkin's opinion (justifying the existence of One Right Answer in difficult cases), both justify the rules regarding basic and fundamental claims related to rights, obligations, etc., as well as the procedures for practicing law, which are constitutionally empowered. This also implies a justification for "the principles of political morality, which bind law-making authorities with individual institutions, and other principles that limit these authorities in various formal or informal ways". For, according to this American legal philosopher and judge, the theory of law is part of political morality, although specifically structured, due to the institutional divisions between these fields.

<sup>13</sup> M.I. Vila, *Facing judicial discretion. Legal Knowledge and Right Answers Revisited*, Dordrecht–Boston–London 2000, p. 25.

knowledge, logically thought through; and thus free of emotions, physical coercion or individual whim. In a situation in which there are competing, alternative actions (the existence of several measures leading to a given goal) the decision-maker organizes such alternatives on a scale of preference (a scale of alternative choices with regard to the action to be taken) and refers them to a specific criterion which is required for choosing one of them rationally. Such criteria can be: efficiency, speed, economy and correctness.

In contemporary philosophy, the concept of principled rationality holds sway. According to this notion, rationality consists not only in selecting the most effective means of achieving the intended goal, but it is also based on a ramified reflection on the goals of life in general, on rationalizing the method of evaluation and verbalizing the conditions for realizing these values<sup>14</sup>.

Rationality is a necessary condition for holding and articulating beliefs; a 'specific' fundamental assumption. It is a necessary element for being able to justify other claims, lying at the root of our cognitive faculties. If the requirement of rationality is rejected, positions cannot be formulated coherently<sup>15</sup>. Thus from this standpoint, someone who rejects the requirements of rationality, or abandons rationality, is unable to effectively distinguish between various positions. Without the assumption of rationality, it cannot justifiably be stated that a conviction (position, resolution) is valid. In philosophical discourse, it is argued that if someone rejects rationality, discourse cannot come into play, since then it would be difficult to talk about any reasons at all.

<sup>14</sup> R. Alexy, *Theorie...*, op. cit., p. 223; M. Król, *Teoretycznoprawna koncepcja prawomocności*, Łódź 1992, p. 73, 77. M. Król distinguishes between different meanings of rationality: instrumental, essential and justification. M. Zirk-Sadowski introduces four divisions of rationality: internal and external; formal and material; technical and hermeneutic; and theoretical and practical, and mentions that other rationality divisions are allowed. *Idem*, *Rozumienie ocen w języku prawnym*, Łódź 1984, p. 172.

<sup>15</sup> The rational resolution of a particular case must be consistent with the fields of law, morality and empirical knowledge. Here, the term 'coherence' means the existence of some non-contradictory relationship between propositional content. It is possible to define in general that a coherent multiplicity of things that can be presented linguistically should exist in the sphere free from contradiction between possible propositional acts (consisting in reference to these things and adjudication on them) or between statements about these things. The concept of coherence in the conception of rationality presented here is even more fundamental than the concept of justifiability.

In legal philosophy nowadays, the distinction between internal and external rationality has become key. Generally speaking, a decision is internally rational when, in accordance with the accepted rules of logical reasoning, it follows from the premises adopted by the decision-maker. This means that the decision is consistent with their knowledge and the preferences they accept. On the other hand, external rationality, in simple terms, depends on an external confirmation of rationality by the one who checks the rationality of the decision. Therefore, an externally rational decision is one that would be taken by anyone who analyzes it from an external point of view<sup>16</sup>. The division into internal and external rationality is based on the assumption that it refers to ways of thinking that are systemic in character. External rationality encompasses a set of criteria that guide the decision-maker when choosing values or concepts<sup>17</sup>.

Jürgen Habermas' theory of communicative action is unique attempt to provide an account of the process of rational decision-making. Habermas describes the decision-making process as a communicative process (an ideal speech situation), and notes that it is therefore possible to reasonably ask about the presuppositions of communicative judgments (*Geltungsansprüche, validity claims*). Everyone has the right to confront their validity claims with those of others. According to Habermas, communicative action involves the participants striving to reach agreement. When the participants manage to reach agreement, a consensus is reached between them, which does not only fulfil the conditions of actually existing conditions of consensus. Habermas emphasizes that consent cannot be imposed by any party, but is based on shared convictions. In communicative action, the plans for participant action are coordinated through acts of agreement, not through egocentric calculations of success<sup>18</sup>. In addition, the participants of speech acts who want their statements to count in social interaction must ensure

<sup>16</sup> J. Wróblewski, *The Judicial...*, *op. cit.*, pp. 264–268.

<sup>17</sup> M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie...*, *op. cit.*, p. 120; J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki 1983, p. 63.

<sup>18</sup> J. Habermas holds that every participant of a speech act assumes that three basic conditions of communication are met: that is, the speaker speaks honestly, also communicates real opinions in such a way that the listener considers their statement as certain (correct) and that their statement is correct in the sense that participants of communicative action accept their statement in the accepted axiological system. *Idem, Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. 1, Frankfurt am Main 1981, p. 385.

that they follow established conventions and obligations (the internal conditions of argumentation).

The decisions taken in this manner are rational, i.e. they arise in the course of free discussion and ultimately reflect the beliefs of the participants. Such rational discussion is internally rational. The conditions set as part of such a procedure enable reasons to be weighed up, and guarantee participants the right to compare their own (judicial) validity claims with those of others. This way of taking decisions is perhaps the only available form of rationality, providing a chance to escape from arbitrariness. Legal discourse approaches the ideal speech situation, because it takes place between non-subordinate dialogical subjects, and is addressed to an impartial, independent and detached court. From this it can be noticed that when it comes to the law, the ideal discursive situation is characterized by certain other qualities.

During court proceedings, a discursive situation is not always identical to a communicative situation, the aim of which is to arrive at a common consensus. In court, an authoritative decision most frequently replaces consensus, i.e. the decision coming from an arbitrator who acts as an outside party in a dispute. The authoritative character of the decision is primarily noticeable in criminal proceedings. The fact that a court functions in the discourse as an arbitrator disrupts the free course of communicative argumentation. In addition, the discourse in court proceedings is institutionalized, which is a further limitation on the freedom of the communication which takes place in it. On the one hand, institutionalization entails limitations on the 'naturalness' of the discursive situation, yet on the other hand it plays a positive role in ensuring that legal discourse takes a typical form, in other words aligning the discourse with procedural rules. Furthermore, institutionalization also gives legal discourse its characteristic, closed nature. This consists in the fact that the limits of the argumentation are foreknown, both in terms of moral and temporal-organizational constraints, and of subjective accessibility, since only well-defined entities can participate. Therefore, it can be stated, with some generalization, that in legal (judicial) discourse, consensus in the formal sense consists in the consent of the subjects of law to the idea of law, and in their submission to the arbitrator's decision in accordance with this idea.

In a democratic society, a significant limitation on the freedom of decision-making is that rational action must be taken within the limits of the law and serve the common good (social consensus) by ensuring legal security and a sense of justice and fairness. In this sense, irrational

decisions can be defined as those that are: arbitrary, excessive or inadequate, or those that violate the basic rights of the individual. Irrational actions, as decisions based on arbitrariness, oppose the principle of the rule of law. In other words, the freedom to make decisions is incompatible with the principle of the equality of parties in discourse, which is treated as a guarantee of respect for the individual and the rule of democratic law, in particular in civil proceedings, and also in criminal proceedings, with certain restrictions.

Within the scope of their independence, judges are not completely autonomous, but are subordinate to the law, and also to the culturally-shaped standards for assessing the rationality of the decisions they make<sup>19</sup>. The features of an ideal situation of judicial discourse thus identified can be said to create a 'discursive model of law enforcement', in which dispute resolution will take place on the basis of dialogue, and end with the parties to the legal dispute accepting a neutral judicial decision. In the discursive model of the judicial application of law, the legitimacy of the decision will play a crucial role. This results from the fact that every contemporary continental system of law presupposes the construct of the closure of arguments, in the form of the institution of the validity of the decision<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> We can emphasize that there may be problems with the supervision of judges' compliance with non-statutory standards for the rationality of legal decisions. A. Kozak points out that the 'concept of rational lawmaker' can be used as a tool to monitor the application by judges of such non-statutory standards of for the rationality of decisions – *idem*, *Charakterystyka kategorii „racjonalny prawodawca” w sądowym stosowaniu prawa*, [in:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, ed. M. Zirk-Sadowski, Łódź 1997, p. 135.

<sup>20</sup> In most cases a distinction is made between formal and material validity. Generally speaking, formal validity means that the decisions taken in the proceedings are not disputed, i.e. the impossibility of repealing or changing the decision by ordinary and special means of appeal. On the other hand, material legitimacy is the indisputability of the decision due to the prohibition on conducting new proceedings. emphasizes that the essential principle of legal discourse is validity. According to M. Król: "Validity as the principle of this discourse is the conventional confirmation of the arbitrator's decision based on the preceding dialogue, meeting four communicative requirements (truthfulness, honesty, fairness and intelligibility). It is a legally sanctioned method of closing the ongoing discourse. [...] Validity as a form of coercion originating from the state is not only an imperative (the force binding an individual decision) and a prohibition (*res iudicata*), but it is also the procedural framework of a legal (judicial) discursive situation within the broadly understood communication between parties" – *eadem*, *Teoretycznoprawna...*, *op. cit.*, p. 84.

Marek Zirk-Sadowski also remarks that the theory of judicial jurisprudence is a discursive theory<sup>21</sup>. Such a thesis is based on the assumption that when deciding on a particular case, judges should rely first and foremost on the correctness of their own judgment, in order to make any judgment, but they may also decide that their institutional duty is to yield to the judgment of others. Thanks to such an attitude, judges can be sure that their decisions are not ultimately determined by their personal views or political preferences. The morality of judges may mean that they are convinced by the fact that other people hold certain views, but their judging technique does not rule out them deciding on solutions that are opposed to popular morality. Also, in such a situation judges are not guided by their own convictions, but they make judgments based on the proposition that the morality of society is to some extent inconsistent.

5. In this context, the justification of legal decisions should be purposeful, taking into account the 'openness' of the law to social needs and aspirations, and to morality, assuming that there is cooperation in society. Currently, the accepted value of interpretation is mainly to reconcile the content of legal texts – in the process of interpreting them – with the fundamental rights of the individual. This encourages judicial activism and the dynamic interpretation of law, entailing that the courts must refer to the general principles of law, which are derived from constitutions as well as EU and international law. In this regard, an axiologically sensitive judge is one who realizes that there is an 'interpretative deficit'.

Adjudication by means of general principles has been presented by the Court of Justice of the European Union as a very legitimate way of fulfilling the principle of the rule of law when applying EU law, since it is the Court's intention that it be based on normative unity, and that it should harmonize the axiological pluralism of EU law with international law and the domestic law of the Member States. In this context, normative unity should therefore be understood deontologically, as a kind of barrier to the plurality of values, which are harmonized in the sense that the plurality never overwhelms the unity.

Without argumentative reasons, or approved justifications, compliance with the law cannot be completely based on respect for it, and the authority of the law can only be the authority to impose the sanctions of coercion (force). Reasons can only be reconstructed with a reflexive

---

<sup>21</sup> M. Zirk-Sadowski, *Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania*, [in:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, p. 93.



approach to tradition, in particular to the tradition of legal culture, understood as a constitutional culture embedded within public political culture (i.e. the culture of public justifications).

Changes in the deep institutional-legal dimension require deep cultural transformations, and they can only be carried out through the medium of a democratic civil sphere, i.e. the critical-reflective attitude on the part of citizens (including judges as participants of public discourse) who take on the serious challenge of being not only addressees of the law but also its creators. However, in order to deal with this ambitious task, hitherto unprecedented on a global scale, a special type of civic education is required, in order to unearth and strengthen the moral-democratic – i.e. discursive – competence of every judge, as members of a specific interpretive community. Nowadays, the best way to conceptualize law is not to treat it as a system of norms, but rather to view it through the prism of the interpretive work carried out by the pluralistic institutions of law. With the latter case, the relation between the law, *vide* the progressive synthesis of the constitutional law of member states, and the institutional structure (or infrastructure) of the European Union is taken into account at the outset – the more the synthesis progresses, the more the decentralist tendencies appear in the institutional structure, the more complicated it gets.

To this end, it is assumed that the law has many sources, and statutory law is only one of them. The law is justified by the authority of the nation, and therefore the legislator's will can only be one point of reference for judges. Legal text only specifies the law, the legal provisions of legal text do not constitute the entirety of the law, and judges guarantee this broad conception of the law against the arbitrariness of the legislator. The court is similarly conceived of as an instrument which protects the citizen from the whims of the legislator. Criticism of textuality has led to the emergence of a new understanding of the role of judges and judging. In this way, judicial authority becomes real, because judges have an impact on the integration of normative meanings in culture, due to their decision-making actions.

In order to do this, however, they must properly justify their decisions, in a way that is free from the inertia principle (*Trägheitsprinzip*), understood as unreflective reference to court decisions made in similar cases; they must adopt a critical attitude towards judicial restraint, and follow the principle of *summa iniuria summa lex*.

In this context, it is of the utmost importance for the purpose of understanding and accepting a judicial decision that a claim for its

justifiability be made. According to this, anyone who wants to claim something must believe in it, but it must also be reasonable, in order for it to be true, rational and correct. The claim of justifiability requires that speakers be able to substantiate their claim to any person at any time, unless they can provide a reason for refusing to do so. This rule is called the 'general rule of justification'. A decision is justifiable if it can be demonstrated (*strictissimo sensu*, *stricto sensu* or *sensu largo*, on the basis of, respectively, formal alethic logic, deontic or normative logic and the theory of argumentation) that the decision is based on theoretical and/or axiological premises.

An optimally correct decision can only be derived through a rational justification for choosing between acceptable alternatives. The ruling should be prepared so as to allow, if there is an appeal, for supervision by a court of higher instance (and therefore ensure verifiability and communicability). This increases its intelligibility and acceptability, and facilitates the sense of procedural fairness as understood by John Rawls. Therefore, it is extremely important to realize that the justification of a court's judgment when there is a deficit with regard to the 'explanation of the grounds of the legal decision' does not serve to control its correctness or persuasive function, and is also far from realizing the legitimation function. Therefore, its discursiveness is undermined, the basic element of which is the justification of the decision. If a body entrusted with applying the law does not try to convince its 'imaginable and indivisible' audience as to the rationality of its decisions, it fails to make a comprehensive illocutionary justification of the decision. The purpose of such justification is to guarantee the absence of arbitrariness, to eliminate the influence of purely personal preferences of the person applying the law, to respect the possibility of the party defending its arguments and, finally, the chance to supervise decision-making reasoning. The presentation of rationality as a structure which gives sense to actions undertaken within its framework allows legal practice to be presented as a sphere of Praxis, in which values, categories for the description of reality, and interpretative assumptions of certain types of rationality are reproduced.

Jan Woleński\*

## Czy teorie logiczne mają treść pozalogiczną?

### 1. Wstęp

Tytułowe pytanie należy do filozofii logiki. W ogólności ta część filozofii rozważa kwestie epistemologiczne i ontologiczne dotyczące się logiki jako określonej dyscypliny. Jak w każdej dziedzinie filozoficznej tak i tutaj trudno o, nawet w przybliżeniu, wyczerpujący katalog problemów należących do filozofii logiki<sup>1</sup>. Przykładowo wymienię następujące kwestie: sposób istnienia przedmiotów badanych przez logikę, natura prawdy logicznej, charakter praw logiki, logika a rzeczywistość, zakres logiki i monizm *vs.* pluralizm w logice (jeden uniwersalny system logiczny

---

\* Prof. dr hab., Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie, ORCID: 0000-0001-7676-7839.

<sup>1</sup> Przekonuje o tym przegląd treści stosownych opracowań monograficznych, chociażby następujących (w porządku chronologicznym – w przypadku książek tłumaczonych na język polski pomijam informacje o wydaniach oryginalnych): H. Putnam, *Philosophy of Logic*, London 1971; W.V.O. Quine, *Filozofia logiki*, tłum. H. Mortimer, Warszawa 1977; S. Haack, *Philosophy of Logic*, Cambridge 1978; *Filozofia logiki*, red. J. Woleński, Warszawa 1996; *Philosophy of Logic*, ed. D. Jacquette, Amsterdam 2006; R. Murawski, *Filozofia logiki i matematyki w Polsce międzywojennej*, Toruń 2011; D. Cohnitz, L. Estrada-González, *Introduction to the Philosophy of Logic*, Cambridge 2019; J. Peregrin, *Philosophy of Logical Systems*, London 2021.

czy wiele alternatywnych systemów). Zagadnienia te są ze sobą związane na wiele sposobów, np. takie lub inne rozstrzygnięcie w materii natury prawdy logicznej ma wpływ na rozważania o tym, czy mamy do czynienia z jednym systemem logicznym (pogląd zwany globalizmem logicznym), czy też z wieloma logikami (pogląd zwany pluralizmem logicznym).

Problem zawarty w pytaniu „Czy teorie logiczne mają treść pozalogiczną?” można objaśnić następującym prostym przykładem. Rozważmy zdanie „Kraków leży nad Wisłą”. Ma ono swoją treść (znaczenie, sens, intensję), zrozumiałą dla każdego znającego język polski. Wiadomo, jak ustalić, czy jest ono prawdziwe lub fałszywe. Weźmy teraz zdania „Kraków leży nad Wisłą lub nieprawda, że Kraków leży nad Wisłą”. Przypuśćmy, że jakiś cudzoziemiec, powiedzmy osoba *O*, zna tylko sens wyrazów „lub” i „nieprawda, że”. Otóż *O*, być może mający za sobą jakiś elementarny wykład logiki, zapewne powie (to naturalnie tłumaczenie z jego języka) „zakładam, że cała wypowiedź jest zdaniem złożonym, wprawdzie nie wiem, co znaczy »Kraków leży nad Wisłą«, ale uważam, że zdanie »Kraków leży nad Wisłą lub nieprawda, że Kraków leży nad Wisłą« jest prawdziwe na mocy sensu wyrazów »lub« i »nieprawda, że«, niezależnie od tego, jaka jest intensja zdań składowych”.

A oto inny przykład. Załóżmy, że pytamy kogoś „Czy dzisiaj jest wtorek?” i słyszymy odpowiedź „Dzisiaj jest wtorek lub dzisiaj nie jest wtorek”. Zapewne odpowiemy, że tyle wiedzieliśmy również przed zadaniem pytania, a odpowiedź, jaką usłyszeliśmy, jest trafna w każdym dniu tygodnia. Jeśli nasz rozmówca powiedziałby „Dzisiaj jest środa”, a faktycznie byłby wtorek, to odpowiedź zawierałaby fałsz. W żargonie technicznym możemy to tak ująć. Zdania „Kraków leży nad Wisłą lub nieprawda, że Kraków leży nad Wisłą” i „Dzisiaj jest wtorek lub nieprawda, że dzisiaj wtorek” są tautologiami logicznymi (składnikami teorii logicznych) i nie dostarczają żadnych merytorycznych informacji o faktach. Mają swoją treść, ale jest ona wyznaczona przez wyrażenia „lub” i „nieprawda, że” – tę treść możemy nazwać logiczną. Natomiast zdania „Kraków leży nad Wisłą” i „Dzisiaj jest wtorek” mają treść pozalogiczną i to właśnie sprawia, że ich wartość logiczna zależy od faktów. Ale czy rzeczywiście jest tak, że oba rodzaje treści są od siebie odseparowane w teoriach logicznych?

Kilka wstępnych uwag jest na miejscu. To, że pytamy o separację treści logicznej i pozalogicznej (na wszelki wypadek zaznaczam, że słowo „pozalogiczny” ma inne znaczenie od „nielogiczny”), w teoriach logicznych nie znaczy, że oba rodzaje treści są odseparowane w zdaniach, które nie są twierdzeniami logiki, np. w zdaniu „Kraków jest miastem”

obecna jest spójka „jest”, będąca stałą logiczną. Nawet, jeśli ktoś założy, że ściśle rzecz biorąc, mamy do czynienia z predykatem „jest miastem”, a takie wyrażenia nie są stałymi logicznymi w takim sensie jak funktory rachunku zdań, kwantyfikator i identyczność, to jednak ogólne własności predykatów są badane w składni logicznej. Trzeba też dokonać pewnych zastrzeżeń dotyczących logiki i jej zasięgu. Odróżnia się logikę w sensie szerszym (*sensu largo*) i w sensie węższym, tj. ścisłym (*sensu stricto*). Pierwsza obejmuje semantykę (semiotykę), logikę formalną i metodologię nauk, natomiast druga tylko tę drugą, obejmującą prawa (reguły) wnioskowania kodyfikujące zasady wnioskowania oparte na pojęciu wynikania logicznego, tj. takie, które nigdy nie prowadzą od prawdziwych przesłanek do fałszywych wniosków. Moje dalsze uwagi dotyczą logiki *sensu stricto*, z wyjątkiem pewnych uwag wyjaśniających i porównawczych. Logika formalna dzieli się na rachunek zdań i rachunek predykatów (kwantyfikatorów). Ten drugi może być pierwszego rzędu, w którym kwantyfikator wiążą zmienne indywidualowe, jak w formule „istnieje takie  $x$ , że  $x$  jest  $P$ ”, natomiast formuła „dla każdego  $x$  istnieje takie  $P$ , że  $x$  jest  $P$ ” jest przykładem zdania zapisanego w języku drugiego rzędu i znaczącego w wolnym przekładzie „Każdy przedmiot ma jakąś własność”. Dalej ograniczam się do logiki pierwszego rzędu (z podobnym zastrzeżeniem jak w przypadku logiki w ścisłym sensie). Jeszcze inne ograniczenie dotyczy wzięcia pod uwagę tylko tzw. logiki klasycznej, tj. dwuwartościowej logiki pierwszego rzędu. Znaczy to, że zostają pominięte np. logiki wielowartościowe, logika intuicjonistyczna, a także modalne rozszerzenia logiki klasycznej (wszystkie te przypadki są często ujmowane pod mianem „logiki nieklasyczne”). Główny powód ograniczeń przyjętych w niniejszym artykule jest dość prosty, mianowicie ten, że twierdząca odpowiedź na tytułowe pytanie jest oczywista w wypadku logiki w szerszym sensie (np. twierdzenia semiotyczne na temat stosunku pomiędzy znakami i ich użyciem czy metodologiczne o rodzajach wyjaśniania inwokują treści pozallogiczne), a także ma mocne (choć nieoczywiste) podstawy w przypadku logiki wyższych rzędów i nieklasycznych – do tej drugiej kwestii jeszcze wrócę.

## 2. Kilka uwag historycznych i na marginesie tzw. logiki tradycyjnej

Wedle sławnego powiedzenia Piotra Hiszpana, logika z XIII wieku i autora dzieła *Summule logicales*, „*dialectica est art artium et scientia scientiarum ad omnium aliarum scientiarum methodorum principia viam*

habent”. Dialektyka w tym sformułowaniu to tyle co logika, natomiast *ars* to sztuka w sensie średniowiecznym, tj. umiejętność. Można przyjąć, że *ars* i *scientia* oznaczają to samo. W konsekwencji określenie powyższe można wyrazić przez słowa „logika jest nauką nauk ustalającą zasady metodologiczne dla wszystkich innych nauk”. Pomijając rozmaite problemy związane z zakresem tak rozumianej logiki (por. wyżej), można stwierdzić, że nie ma innej dyscypliny bardziej podstawowej metodologicznie od dialektyki w sensie Piotra Hiszpana.

Przyjmijmy, że ogólność jest jednym z atrybutów logiki w jej rozumieniu przekazanym przez historię. Tradycyjnie rozważając semantyczne własności nazw, formułuje się prawo odwrotności treści i zakresu (ekstensji), głoszące, że im większa treść, tym węższy zakres i na odwrót. Przykładowo nazwa „człowiek” ma swoją treść (powiedzmy zbiór cech gatunkowych definiujących bycie człowiekiem – to oczywiście określenie prowizoryczne, ale ono tutaj wystarcza) i swój zakres, tj. zbiór ludzi. Mówiąc technicznie, do zakresu nazwy „człowiek” należy każdy obiekt spełniający funkcję zdaniową „ $x$  jest człowiekiem”. Nazwa „wysoki człowiek” ma treść bogatszą od nazwy „człowiek”, natomiast zakres pierwszej jest podzbiorem zakresu drugiej. Jak łatwo zauważyć, relacje zakresowe są znacznie prostsze do określenia od treściowych. Możemy wprawdzie powiedzieć, że treść nazwy „wysoki człowiek” jest nadtreścią w stosunku do treści nazwy „człowiek”, ale formalne określenie tej relacji nie jest proste – jest to zresztą ogólny problem tzw. logiki intensjonalnej. W ostatnim zdaniu pojawił się przymiotnik „formalne”, który jakoś *implicite* ma zastosowanie do relacji zakresowych, w tym wypadku ujmowanych za pomocą pojęć zaczerpniętych z teorii mnogości. Formalność jest kolejną cechą logiki także stale obecną w jej tradycyjnych prezentacjach – mówimy, że logika jest formalna, ponieważ rozważa poprawność argumentów z uwagi na ich formę, niezależnie od ich treści. Inferencja wedle schematu „z  $A$  i  $B$  wynika  $A$ ” jest poprawna niezależnie od tego, co znaczą zdania  $A$  i  $B$ , natomiast przejście od „niektóre  $S$  są  $P$ ” do „każde  $S$  jest  $P$ ” nie jest, niezależnie od tego, jaka jest treść nazw  $S$  i  $P$ . Jeśli oczekujemy, że poprawne wnioskowanie prowadzi nas od prawdy do prawdy, to taka supozycja ma charakter pragmatyczny, a nie logiczny, ponieważ bywa, że przesłanka jest fałszywa, a wniosek prawdziwy, chociaż całe rozumowanie jest poprawne, jak np. w przypadku inferencji „jeśli Kraków leży nad Odrą i Poznań leży nad Wartą, to Poznań leży nad Wartą”. Gdy weźmiemy pod uwagę tzw. rozumowania indukcyjne, np. od szczegółu do ogółu, to sytuacja staje się jeszcze bardziej skomplikowana ze względu na brak jasnych kryteriów

poprawności indukcji. Będę pomijał tę kwestię i ograniczę swoje dalsze uwagi wyłącznie do logiki dedukcyjnej.

Czy ogólność i formalność są jakoś ze sobą związane? Na pierwszy rzut oka wydaje się, że tak właśnie jest, ponieważ wydaje się, że wraz ze zmniejszeniem się treści udział czynników formalnych staje się wydatniejszy. Tak np. stawiał sprawę Roman Ingarden, gdy mówił o stałych i zmiennych zawartości idei<sup>2</sup>. Ta intuicja jest jednak dyskusyjna, ponieważ (od razu formułuję językowo to, co Ingarden zapewne zakwestionowałby) nie bardzo wiadomo, dlaczego nazwa „człowiek” miałaby być bardziej formalna od nazwy „wysoki człowiek”. Jasne, że jeśli  $X, Y$  są zbiorami oraz  $X \subseteq Y$ , to nie widać żadnego powodu, aby uznać, że  $Y$  jest bardziej formalne od  $X$ . Powiemy raczej, że relacja podrzędności zakresowej została sformalizowana za pomocą relacji zawierania się zbiorów. Inaczej mówiąc, podrzędność jednego zakresu do drugiego jest szczególnym przypadkiem inkluzji pomiędzy zbiorami. Ta druga jest czymś ogólniejszym i bardziej formalnym niż pierwszy. Możemy również powiedzieć, że teorio-mnogościowe ujęcie relacji zakresowych jest bardziej abstrakcyjne, przeto i bardziej formalne od intensjonalnego. Niemniej jednak, wracając do określenia Piotra Hiszpana (a właściwie do jego domniemyanych konsekwencji), logika dlatego jest nauką nauk, ponieważ jest maksymalnie ogólna, a to właśnie zapewnia jej formalność, by tak rzec, czystą.

Rozważmy jeszcze raz wcześniejszy przykład, ale nie jako schemat wnioskowania, ale jako prawo logiki w symbolice  $(A \wedge B) \rightarrow A$ . Można powiedzieć, że każda konkretyzacja tego wzoru jest mniej ogólna od niego samego. Dodatkowo, jeśli to prawo zapiszemy w symbolice Łukasiewicza, tj. wzorem CKABA, możemy powiedzieć, że ta druga wersja jest bardziej formalna, a może nawet ogólna od pierwszej, ponieważ zawiera mniej symboli. Jakkolwiek na sprawę treści, formalności i ogólności nie spojrzeć, sugestia, że pojęcia te mają w logice jakiś szczególny sens, wydaje się wstępnie rozsądna.

To, na czym polega ogólność logiczna i treść logiczna, zawsze interesowało (by nie powiedzieć kłopotowało) filozofów. Dwa powszechnie znane przykłady to poglądy Davida Hume’a i Immanuela Kanta. Pierwszy odróżnił (od razu stosując bardziej współczesny język) zdania na temat faktów i zdania o relacjach pomiędzy ideami. Drugie, np. stwierdzenie  $a = a$ , nic nie mówią o świecie i są prawdziwe (fałszywe) na mocy związków między pojęciami, natomiast ustalenie wartości logicznej pierwszych wymagają odwołania się do doświadczenia. Kant nie był

<sup>2</sup> R. Ingarden, *Spór o istnienie świata*, t. II, Warszawa 1961, rozdz. XI.

zadowolony z dystynkcji Hume'a. Wprowadził dwa podziały sądów, jeden na analityczne i syntetyczne, drugi na aprioryczne i aposterioryczne. Każdy sąd ma postać „ $S$  jest  $P$ ”. Jeśli treść  $S$  jest równa lub mniejsza od treści  $P$ , mamy do czynienia z sądem analitycznym, jeśli treść  $P$  wykracza poza treść  $S$ , sąd jest syntetyczny. Jest aprioryczny, jeśli jego uzasadnienie nie wymaga odwołania się do doświadczenia, w przeciwnym razie – jest aposterioryczny. Skrzyżowanie tych podziałów daje klasyfikację na sądy analityczne, syntetyczne *a priori* i syntetyczne *a posteriori* (nie ma sądów analitycznych *a posteriori*). Logika wedle Kanta składa się z sądów analitycznych. Ponieważ takie sądy są tautologiczne, to jest też cecha treści logicznej. Informacja pozalogiczna jest zawarta w sądach syntetycznych (pomijam tutaj zagadnienie tzw. logiki transcendentnej). Poglądy obu tych filozofów są o tyle ważne, że większość późniejszych dyskusji na temat treści logicznej i pozalogicznej nawiązuje do ich propozycji, zarówno pod względem terminologicznym, jak i merytorycznym.

### 3. Metalogiczna definicja logiki

Współczesna logika matematyczna powstała w trzeciej ćwierci XIX wieku. Pomijając nurt algebraiczny wywodzący się od George'a Boole'a, pionierem był Gottlob Frege, potem przyszły prace (to tylko wybór autorów) Bertranda Russella (w tym słynne *Principia mathematica*, napisane wspólnie z Alfredem N. Whiteheadem), Alfreda Tarskiego i Kurta Gödla. Tarski sprecyzował pojęcia metalogiczne, tj. służące do opisów systemów logicznych, co umożliwiło ścisłe określenie syntaktyczne pojęcia twierdzenia logicznego jako formuły dowodliwej wedle pewnego zbioru reguł zwanych logicznymi i prawdy logicznej (twierdzenia logiki w sensie semantycznym), czyli formuły prawdziwej we wszystkich modelach (światach w języku bardziej metaforycznym). Niejasny zwrot „zwanymi logicznymi” może być zastąpiony „wywodliwymi z pustej klasy przesłanek wedle reguł przyjętych w aksjomatycznej teorii konsekwencji”<sup>3</sup>. Oba te pojęcia są spięte twierdzeniem o pełności:

$$(1) \quad A \in Cn\emptyset \leftrightarrow \forall M(A \in \text{VER}(M)),$$

czyli zdanie jest konsekwencją pustego zbioru założeń (przesłanek) wtedy lub tylko wtedy, gdy jest prawdziwe we wszystkich modelach, gdzie  $Cn$  jest operacją konsekwencji logicznej, tj. prowadzącą od zbiorów zdań

<sup>3</sup> Dokładne omówienie tych kwestii znajduje się np. w książkach: A. Grzegorzczak, *Zarys logiki matematycznej*, Warszawa 1969; W. Pogorzelski, *Elementarny słownik logiki formalnej*, Białystok 1993.



do zbiorów zdań. Można powiedzieć, że  $A \in CnX$  wtedy i tylko wtedy gdy  $X \vdash A$ , tj., gdy  $A$  jest wyprowadzalne ze zbioru zdań  $X$  za pomocą przyjętych reguł inferencyjnych, np. reguły podstawiania lub reguły odrywania, tj. schematu prowadzącego od zbioru przesłanek  $\{A \rightarrow B, A\}$  do konkluzji  $B$  (pełne aksjomatyczne określenie  $Cn$  nie jest tutaj potrzebne – symbol  $VER(M)$  oznacza zbiór zdań prawdziwych w modelu  $M$ . Przyjmując (symbol  $LOG$  oznacza logikę)

$$(2) \quad A \in LOG \leftrightarrow A \in Cn\emptyset$$

otrzymujemy wniosek, że jeśli zdanie  $A$  jest twierdzeniem logiki, to nie potrzebuje dla swojej dowodliwości żadnych specjalnych założeń, a to znaczy, że jest prawdziwe we wszystkich modelach. Konkluzja (2) może wydać się dziwna na pierwszy rzut oka, ale to, że prawdziwość twierdzeń logiki we wszystkich modelach jest własnością oczekiwaną, powoduje, że bycie konsekwencją pustego zbioru założeń staje się intuicyjne. Innym następstwem (2) jest to, że logika jest najmniejszą częścią wspólną wszystkich niesprzecznych zbiorów zdań. I tego również oczekujemy od czegoś, co zgodnie z określeniem Piotra Hiszpana ma dostarczać zasad metodologicznych dla wszystkich innych nauk.

Równoważności (1) i (2) prowadzą do metalogicznego ujęcia uniwersalności logiki<sup>4</sup>. Może być ona rozumiana jako (a) uniwersalna prawdziwość; (b) uniwersalna stosowalność; (c) neutralność przedmiotowa. (1) określa (a), to, że logika jest zawarta w każdym zbiorze zdań świadczy o jej powszechnej aplikowalności, czyli posiadaniu własności (b). Z kolei (c) jest wyrażone w twierdzeniu o niewyróżnianiu stałych pozalogicznych, które głosi (podaję sformułowanie nieformalne), że jeśli w logice można coś udowodnić o stałej pozalogicznej  $a$ , to można to też udowodnić o dowolnej innej stałej pozalogicznej. Inaczej mówiąc, logika jako taka nie wyróżnia żadnej treści pozalogicznej. Własności (a)–(c) są metalogicznie równoważne na gruncie metateorii klasycznej logiki pierwszego rzędu i tylko na tym terenie. Wypływa to z twierdzenia o pełności i może być traktowane jako argument za tym, że to właśnie ta logika jest tą właściwą. Jest to tzw. teza pierwszego rzędu głosząca, że logika pierwszego rzędu = logika *sensu stricto*. Związane z tym jest tzw. dolne twierdzenie Löwenheima–Skolema głoszące, że jeśli teoria pierwszego rzędu ma model nieskończony, to ma też model przeliczalny. Jest ono uważane za paradoksalne w pewnym sensie, ponieważ przesądza, że np. arytmetyka liczb rzeczywistych, których jest nieprzeliczalnie wiele, jest spełniona w modelu przeliczalnie nieskończonym. Nie jest to

<sup>4</sup> Por. J. Woleński, *Universality of Logic*, „Bulletin of the Section of Logic” 2017, vol. 46, iss. 1/2, s. 21–32.

jednak żadna sprzeczność, a tylko konsekwencja tego, że w teorii pierwszego rzędu nie można określić relacji zachodzących pomiędzy zbiorami przeliczalnymi a nieprzeliczalnymi. Znaczy to, że pewne treści nie są definiowalne w teoriach pierwszego rzędu, natomiast są wyrażalne w językach wyższych rzędów. W ogólności teorią jest zbiór zdań domknięty operacją konsekwencji – symbolicznie  $T$  jest teorią wtedy i tylko wtedy, gdy  $T = CnT$ . Teoria nie jest tym samym, co logika, ponieważ  $T$  może zawierać aksjomaty pozalogiczne, np. kształtujące arytmetykę liczb naturalnych. Logikę rozumiem zgodnie z (2), tj. jako zbiór konsekwencji zbioru pustego. Twierdzenie Löwenheima–Skolema stosuje się także do logiki pierwszego rzędu i charakteryzuje ją jako w pewnym sensie minimalnie treściową, oczywiście przy założeniu, że rozpatrujemy ją całą, a nie tylko jej fragmenty, np. zbiór zdań zawierających tylko kwantyfikator ogólny ze stałych logicznych specyficznych dla rachunku predykatów. Teza pierwszego rzędu, tj. identyfikująca logikę w sensie ścisłym z logiką pierwszego rzędu, jest stwierdzeniem filozoficznym przez jednych podzielanym (np. przeze mnie), a przez innych kwestionowanym<sup>5</sup>. Moje rozważania mogą być scharakteryzowane jako analiza tego, co wynika na temat stosunku treści logicznych do pozalogicznych, o ile założy się tezę pierwszego rzędu.

#### 4. Zdania analityczne i logika

Jedna z najbardziej znanych filozoficznych tez na temat logiki głosi, że jej twierdzenia mają status zdań analitycznych. Była głoszona przez Kanta, ale właściwe znaczenie zyskała dopiero wraz z powstaniem logiki matematycznej. Przytoczone określenie podane przez królewieckiego filozofa było zdecydowanie nieadekwatne z uwagi na inną strukturę zdań rozpatrywanych w nowej logice. Podam kilka określeń pojęcia zdania analitycznego, które pojawiły się od końca XIX wieku (lista jest chronologiczna, wedle wydań oryginalnych)<sup>6</sup>. Wedle Fregego zdanie jest analityczne, gdy daje się dowieść wyłącznie za pomocą reguł logiki i definicji<sup>7</sup>. Russell przyjął (nie posługując się słowem „analityczny”), że twierdzenia logiki są tautologiami<sup>8</sup>. Podobny pogląd znajdujemy

<sup>5</sup> Por. *idem, First-Order Logic (Philosophical) Pro and Contra*, [w:] *Essays on Logic and Its Applications in Philosophy*, Frankfurt am Main 2011, s. 61–80.

<sup>6</sup> Obszerniejszy wykaz wraz z analizą poszczególnych koncepcji zawarty jest w: *idem, Epistemologia. Poznanie, prawda, wiedza, realizm*, Warszawa 2005, rozdz. XII, § 5.

<sup>7</sup> G. Frege, *Grundlagen der Arithmetik*, Breslau 1884, s. 12.

<sup>8</sup> B. Russell, *Wstęp do filozofii matematyki*, tłum. C. Znamierowski, Warszawa 1958, s. 297, 299.

u Ludwiga Wittgensteina, z dodatkiem, że tautologie nic nie mówią o świecie<sup>9</sup>. Alfred J. Ayer zaproponował, aby za zdanie analityczne uznać takie, które jest prawdziwe na mocy definicji symboli, jakie w nim występują<sup>10</sup>. Wedle Rudolfa Carnapa zdanie jest analityczne (L-prawdziwe, tj. logicznie prawdziwe w języku J), gdy jest konsekwencją pustego zbioru założeń, a to znaczy, że prawdziwe na mocy reguł semantycznych języka J bez potrzeby odwoływania się do faktów pozajęzykowych<sup>11</sup>. Dla Kazimierza Ajdukiewicza zdanie jest analityczne, gdy jest pewnikiem języka lub konsekwencją logiczną takiego pewnika<sup>12</sup>.

Powyzsze określenia nie mogą być rozpatrywane w izolacji od ich ogólniejszych kontekstów. Frege i Russell zainicjowali pogląd w podstawach matematyki zwany logicyzmem, tj. traktujący matematykę jako część logiki. Wszelako geometria była syntetyczna *a priori* dla Fregego, ale analityczna dla Russella. Wittgensteina filozofia matematyki jest różnie interpretowana, ale na pewno uznawał logikę za analityczną (tautologiczną). Ayer i Carnap skłaniali się do logicyzmu, ale na pewno uważali logikę za analityczną, a to samo można powiedzieć o Ajdukiewiczu, o ile pewniki języka uznać za tautologie. Jak wiadomo, w semiotyce (semantyce w szerszym znaczeniu) odróżnia się trzy części: logiczną składnię (bada relacje pomiędzy znakami), logiczną semantykę (bada relacje pomiędzy znakami a tym, do czego odnoszą się) i pragmatykę logiczną (bada relacje pomiędzy użytkownikami znaków a znakami). Poszczególne definicje mogą być różnie interpretowane względem tego podziału. Jeśli przyjmiemy (wypowiadam się warunkowo, ponieważ interpretacje wymienionych poglądów mogą być i bywają różne), że Frege i Russell reprezentowali składniowe podejście do logiki, to ich definicje analityczności są syntaktyczne, Carnap operował pojęciami semantycznymi (dokładniej: podawał semantyczne równoważniki dla pojęć syntaktycznych), kwalifikacja propozycji Ayera zależy od definicji symbolu, natomiast Ajdukiewicz rozumiał pewniki języka pragmatycznie, tj. z grubsza rzecz ujmując je jako postulaty pochodne wobec reguł znaczeniowych danego języka.

<sup>9</sup> L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, tłum. B. Wolniewicz, Warszawa 1970, 6.1, 6.1.1.

<sup>10</sup> A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, London 1936, s. 105.

<sup>11</sup> R. Carnap, *Wprowadzenie do semantyki*, [w:] *Pisma semantyczne*, tłum. T. Ciecierski, M. Poręba, M. Sala, B. Stanosz, Warszawa 2007, s. 62.

<sup>12</sup> K. Ajdukiewicz, *Zagadnienia i kierunki filozofii. Teoria poznania, metafizyka*, Kęty 2003, s. 51.

Wszyscy wymienieni autorzy uważali podział zdań na analityczne i nieanalityczne (= syntetyczne) za rozłączny i zupełny, tj. każde zdanie jest analityczne (analitycznie prawdziwe lub analitycznie fałszywe) lub syntetyczne (syntetycznie prawdziwe lub syntetycznie fałszywe). Pojawiły się też poglądy kwestionujące tę dychotomię. Willard Van Orman Quine uważał, że byłaby ona trafna, gdyby ograniczyć się tylko do logiki i matematyki, ale mamy też zdania typu „każdy kawaler jest nieżonaty”, które nie dają się sprowadzić do prawd logicznych<sup>13</sup>. Zdaniem Tarskiego podział na zdania analityczne i syntetyczne (dokładniej na prawdy logiczne i empiryczne) jest arbitralny i zależy od równie umownej dysfunkcji terminów logicznych i pozalozycznych<sup>14</sup>. Wittgenstein bardzo wyraźnie twierdził, że tautologie nie zawierają żadnej informacji (nie mówią o niczym). W konsekwencji twierdzenia logiki są puste treściowo, o ile treść językową zdania rozumieć jako zawartą w niej informację. Frege jest trudny do interpretacji w tym względzie, natomiast Russell podzielał pogląd Wittgensteina, przynajmniej w latach 20. XX wieku. Carnap i Ayer zgadzali się z Wittgensteinem, a identyfikacja nauk formalnych (logiki i matematyki) z tautologiami pozbawionymi zawartości informacyjnej, a nauk empirycznych ze zdaniami syntetycznymi (dokładniej syntetycznymi *a posteriori*), była jednym z kamieni węgielnych logicznego empiryzmu. Pogląd Ajdukiewicza w tej materii jest trudny do interpretacji, ale można przyjąć, że i on był skłonny uważać logikę za analityczną. Jeśli przyjmiemy, że prawa logiki są zdaniami analitycznymi, to, przynajmniej z punktu widzenia dokonanego przeglądu stanowisk, nie jest bynajmniej oczywiste, że logika jest pozbawiona treści pozalozycznej. To, z czym zgadzają się wszyscy, to stwierdzenie, że treść logiki jest minimalna (uboga) w porównaniu z treścią zawartą w twierdzeniach empirycznych.

Korzystając z punktów (1) i (2), można wprowadzić pewne odróżnienia dotyczące zdań analitycznych użyteczne dla celów metalozycznych<sup>15</sup>. Zbierają je poniższe określenia:

- (3) *A* jest zdaniem analitycznym w sensie syntaktycznym w teorii *T* wtedy i tylko wtedy, gdy  $A \in CnT$ ;

<sup>13</sup> W.V.O. Quine, *Dwa dogmaty empiryzmu*, [w:] *Z punktu widzenia logiki: eseje logiczno-filozoficzne*, tłum. B. Stanosz, Warszawa 1969, s. 49–75.

<sup>14</sup> A. Tarski, *O pojęciu wynikania logicznego*, [w:] *Pisma logiczno-filozoficzne. Tom I. Prawda*, Warszawa 1995, s. 186–202.

<sup>15</sup> Por. J. Woleński, *Epistemologia...*, *op. cit.*, s. 441–445. Nieco upraszczam podane tam definicje.

- (4)  $A$  jest zdaniem analitycznym w sensie semantycznym w teorii  $T$  wtedy i tylko wtedy, gdy  $A$  jest prawdziwe we wszystkich modelach teorii  $T$ ;
- (5)  $A$  jest zdaniem analitycznym w sensie pragmatycznym w teorii  $T$  wtedy i tylko wtedy, gdy  $A$  jest konsekwencją pozallogicznego postulatu językowego teorii  $T$ ;
- (6)  $A$  jest absolutnym zdaniem analitycznym w sensie syntaktycznym wtedy i tylko wtedy, gdy  $A \in Cn\emptyset$ ;
- (7)  $A$  jest absolutnym zdaniem analitycznym w sensie semantycznym wtedy i tylko wtedy, gdy  $A$  jest prawdziwe we wszystkich modelach;
- (8)  $A$  jest relatywnym zdaniem analitycznym, gdy  $A$  jest zdaniem analitycznym i nie jest absolutnie analityczne.

Określenia (3)–(8) razem z (1) i (2) oraz ujęciem logiki przyjętym w niniejszym artykule prowadzą do następujących konsekwencji: (I) twierdzenia logiki są absolutnymi zdaniami analitycznymi, zarówno w sensie syntaktycznym, jak i w sensie semantycznym; (II) z uwagi na twierdzenie o pełności zbiorów prawd logicznych w sensie syntaktycznym i zbiorów zdań logicznych w sensie semantycznym są identyczne; (III) ponieważ logika zawiera się w każdej teorii, zbiór logicznych zdań analitycznych jest podzbiorem zbioru zdań analitycznych w dowolnej teorii  $T$ ; (IV) logika jako taka nie zawiera pragmatycznych zdań analitycznych. Chciałbym bardzo mocno jeszcze raz podkreślić, że zakładam tutaj monizm w pojmowaniu logiki – przy pluralizmie sytuacja jest inna. Jeśli np. uważamy, że jakiś obszar rzeczywistości podlega logice trójwartościowej, to pragmatycznie ją wyróżniamy, ale nie będę tutaj rozwijał tej kwestii.

## 5. Logika, metalogika i treść pozallogiczna

Ustalenia (1)–(8) sugerują, że gdyby twierdzenia logiki miały mieć treść pozallogiczną, to trzeba by jej szukać w pragmatycznych zdaniach analitycznych. To jednak zdaje się wykluczone, ponieważ logika składa się z absolutnych zdań analitycznych. Niemniej jednak można przeciwko temu oponować za pomocą takiego oto prostego argumentu. Na pewno rozumiemy prawa logiki, a trudno to wyjaśnić bez przyjęcia, że jest to możliwe, gdyż jakoś ujmujemy ich treść logiczną. Na pewno odróżniamy znaczeniowo formułę  $A \vee \neg A$  (prawo wyłączonego środka) od wyrażenia  $\neg(A \wedge \neg A)$ , tj. prawa (nie)sprzeczności, a skoro tak, to chyba przedstawiają one dla nas jakąś różną treść. Jeśli tylko nie przyjmujemy

obecności jakiejś tajemniczej sprawności w naszych sposobnościach kognitywnych, zapewniającej rozumienie kategorii logicznych, to sprawa wymaga wyjaśnienia. Nie wystarczy wskazanie, że przyjęliśmy takie a nie inne aksjomaty rachunku zdań lub posłużyliśmy się stosownie ułożonymi tabelkami prawdziwościowymi dla spójników rachunku zdań, ponieważ trzeba powiedzieć, że taka a taka formuła jest aksjomatem rachunku zdań – nawet procedura ostensywna, tj. przez wskazanie, wymaga użycia wyrażenia „to jest aksjomat”, skojarzonego z proklamacją, że np. symbol  $\rightarrow$  wyraża implikację, a symbol  $\neg$  wyraża negację. Jeszcze bardziej widoczne jest to przy tabelkach, ponieważ trzeba wyjaśnić, jaka jest rola wierszy, a jaka kolumn w nich występujących. Nie trzeba rysować, bo można powiedzieć. Niech symbol  $\wedge$  oznacza funktor koniunkcji, a wyrażenie  $A \wedge B$  koniunkcją składającą się ze zdania  $A$  i ze zdania  $B$ , napisy  $v(A) = 1$  i  $v(A) = 0$  znaczą, odpowiednio, to, że  $A$  jest prawdziwe i  $A$  jest fałszywe. Przyjmujemy  $v(A \wedge B) = 1$  wtedy i tylko wtedy, gdy  $v(A) = 1$  i  $v(B) = 1$ , a w pozostałych przypadkach  $v(A \wedge B) = 0$ . Wyjaśnienie niby proste, a w rzeczywistości dość skomplikowane. Podstawowy problem jest taki, że opis tabelki prawdziwościowej wymaga wykroczenia poza aparat terminologiczny rachunku zdań.

Wspominałem o poglądzie Tarskiego, który uważał podział na stałe logiczne i pozallogiczne za arbitralny do pewnego stopnia. Można to zilustrować kwalifikacją symbolu identyczności w rachunku predykatów pierwszego rzędu. Zwykle uważa się symbol  $=$  za stałą logiczną. Jest on wprowadzony aksjomatami  $x = x$  (zwrotność),  $x = y \rightarrow y = x$  (symetria) oraz  $(x = y \wedge y = z) \rightarrow (x = z)$  (przechodność). Argument za tym, że  $=$  jest stałą logiczną stanowi to, że logika pierwszego rzędu spełnia twierdzenie o pełności i dolne twierdzenie Löwenheima–Skolema. Problem jednak w tym, że za pomocą symbolu  $=$  można zdefiniować tzw. kwantyfikatory ilościowe, tj. typu „istnieje  $n$  przedmiotów”, np. zwrot „istnieje dokładnie jeden student” ma definicję  $\exists x \exists y (x \text{ jest studentem}) \wedge (y \text{ jest studentem}) \wedge (x = y)$ . Takie kwantyfikatory nie są stałymi logicznymi, ponieważ wyrażają liczbowe uposażenie pewnych faktów. Pewnym refleksem tego, że natura identyczności sprawia problemy z punktu widzenia jej statusu logicznego, jest to, że można ją zdefiniować dopiero w logice drugiego rzędu przez formułę (definicja Leibniza)  $(x = y) =^{\text{df}} \forall P (Px \leftrightarrow Py)$  (przedmioty identyczne mają dokładnie te same własności). Znaczy to, że pojęciowe narzędzia logiki pierwszego rzędu nie wystarczają do zdefiniowania identyczności. Jeszcze innym faktem, który trzeba przywołać w niniejszym kontekście, jest to, że logika pierwszego rzędu nie jest spełniona w dziedzinie puste, tj. wymaga założenia,

że istnieje przynajmniej jeden przedmiot. W konsekwencji formuła  $Pa$ , gdzie  $a$  jest nazwą indywiduową, ma być niepusta, aby zdanie  $Pa$  miało wartość logiczną. Zdanie „Kraków jest miastem” jest prawdziwe, zdanie „Kraków jest wsią” jest fałszywe, ale zdanie „Pegaz jest skrzydlatym koniem” jest niedopuszczalne w logice pierwszego rzędu, o ile zgadzamy się, że słowo „pegaz” jest nazwą pustą, ponieważ nie ma skrzydlatych koni. Są oczywiście rozmaite sposoby analizy nazw pustych w logice predykatów, np. tzw. logiki wolne czy teorie deskrypcji, ale założenie o niepustości uniwersum jest powszechnie przyjmowane. Mamy zatem trzy fakty: (I) potrafimy odróżnić znaczeniowo (intensjonalnie) różne twierdzenia logiczne; (II) identyczność umożliwia definiowanie kwantyfikatorów ilościowych; (III) logika opiera się na egzystencjalnym założeniu, że istnieje przynajmniej jeden przedmiot. Wszystkie trzy okoliczności mogą sugerować, że twierdzenia logiczne jednak mają jakąś treść pozallogiczną. Z (II) można sobie poradzić konwencjonalnie przez uznanie, że identyczność nie jest stałą logiczną, aczkolwiek takie rozwiązanie nie jest przyjmowane. (I) i (III) nie dają się potraktować w taki sam sposób. Prowadzi to do potrzeby odpowiedzi na pytanie, jak to się dzieje, że do logiki przenikają treści pozallogiczne. Przy platonizującej koncepcji logiki (logika istnieje w ponadczasowym świecie idei) trzeba przyjąć, że tak po prostu jest na mocy jakiejś harmonii przedustawnej. Inaczej ma się sprawa, gdy założymy, że logika jest gatunkowym tworem ludzkim, tj. powstała (tworzyła się) jako kognitywne narzędzie człowieka. Można tutaj skorzystać z Kazimierza Twardowskiego koncepcji odróżnienia czynności i wytworów<sup>16</sup>. Teoria logiczna jest wytworem składającym się ze zdań (twierdzeń), ale powstała (powstawała) w wyniku czynności (czasem stanowiących sekwencję w ramach określonej konstrukcji). W ramach owych czynności nie da się teorii logicznej odseparować od sfery metalogicznej, np. konstytuującej rozumienie stałych logicznych. W samej rzeczy okoliczności (I)–(III) (zapewne również i inne) mają charakter metalogiczny. Wprawdzie metalogika także staje się wytworem, ale prawidłowość jest taka, że jeśli LOG jest sformalizowane, to jej metalogika ma charakter mniej formalny. Ogólna teza jest taka, że treści pozallogiczne pojawiają się w logice (poziom pierwszy) i pochodzą z metalogiki (poziom drugi), a interakcja ta ma charakter konieczny, ponieważ bez inwokacji tego drugiego poziomu rozumienie stałych logicznych i ich odróżnienie od pozallogicznych byłoby niemożliwe. Definicja identyczności, kwantyfikująca po predykatkach, jest dobrą ilustracją tego

<sup>16</sup> K. Twardowski, *O czynnościach i wytworach. Kilka uwag z pogranicza psychologii i logiki*, [w:] *Wybrane pisma filozoficzne*, Warszawa 1966, s. 217–240.

stanu rzeczy. Mamy logikę pierwszego rzędu, której pojęcie jest definiowane w logice drugiego rzędu. To jest szczególny przypadek ogólnej prawdziwości, że jeśli  $T$  jest teorią rzędu  $n$ , to jej metateoria musi być  $n+1$  rzędu – w praktyce wystarczą rzędy 1 i 2. Treści pozalogiczne biorą się z prostego faktu, że tworzenie logiki i operowanie nią jest zależne od tego, co funkcjonuje na poziomie metalogicznym. Jest jednak tak, że owe treści nie likwidują maksymalnej ogólności praw logiki.

## 6. Konkluzja ogólnofilozoficzna

Tradycyjny kłopot empiryzmu wiąże się z wyjaśnieniem genezy logiki<sup>17</sup>. Empirysta genetyczny powiada, że cała wiedza pochodzi z doświadczenia. W konsekwencji, stosując terminologię Kanta, powinien uznać, że logika składa się z sądów syntetycznych *a posteriori*. To jest jednak niezgodne z poczuciem, że twierdzenia logiczne są pewne, a więc nie mogą być aposterioryczne. Jeśli przyjmujemy, że prawa logiki są analityczne, możemy wyjaśnić ich status, ale pojawia się problem ich genezy, ponieważ doświadczenie nie może generować poznania pewnego. Rozszerzając analizę, odróżniamy empiryzm genetyczny i empiryzm metodologiczny. Ten drugi często nazywa się aposterioryzmem – może on być skrajny, tj. głoszący, że każdy sąd naukowy jest aposterioryczny, lub umiarkowany, tj. twierdzący, że mamy sądy wyrażające poznanie doświadczone, czyli syntetyczne *a posteriori* oraz analityczne, z których składa się logika i ewentualnie czysta matematyka, ale to jest kwestia dalsza, której nie trzeba tutaj dyskutować. Aposterioryzm umiarkowany uważa, że sądy analityczne są jedynymi apriorycznymi elementami w poznaniu. Punkt widzenia aposterioryzmu umiarkowanego nie rozwiązuje jednak całkowicie kwestii genezy logiki, ponieważ od razu nasuwa się pytanie, skąd biorą się sądy analityczne, skoro cała wiedza pochodzi z doświadczenia. Możliwe rozwiązanie jest takie, że logika jest tworzona w kontekście metalogiki, która jest częścią kognitywnego wyposażenia podmiotu poznania. Nawet, gdy to wyposażenie traktujemy jako osobniczo wrodzone, pogląd ten nie koliduje z empirystycznym (naturalistycznym) poglądem na pochodzenie poznania<sup>18</sup>. Być może potrzebna jest rezygnacja z absolutnych zdań analitycznych,

<sup>17</sup> Kwestie te są dokładniej omówione w: K. Ajdukiewicz, *Logika i doświadczenie*, [w:] *Język i poznanie. Tom I. Wybór pism z lat 1920–1939*, Warszawa 1960, s. 44–60. Por. również: J. Woleński, *Epistemologia...*, *op. cit.*, rozdz. XII.

<sup>18</sup> Por. *idem*, *Naturalism and the Genesis of Logic*, [w:] *Logic and Its Philosophy*, Berlin 2018, s. 57–70.



---

ale ich definicja, jako prawdziwych we wszystkich modelach, jest dobrze ugruntowana. Można ewentualnie dodać, że są takowe relatywnie do danej metalogiki. Ta ostatnia uwaga pokazuje, że pluralizm logiczny otwiera nowe możliwości przed empiryzmem. Mnie zależało na tym, aby pokazać, że ten ogólny kierunek epistemologiczny daje się efektywnie bronić również w kontekście monizmu logicznego.



Jerzy Zajadło\*

## Arystofanes i prawo – zachęta do lektury

Inspirującą cechą naukowej twórczości Tadeusza Biernata jest to, że jako autor zawsze starał się umieszczać fenomen prawa w pewnych szerszych kontekstach – ekonomicznych, politycznych czy społecznych. W rezultacie jego opracowania często zachęcały, przynajmniej mnie, do dalszych lektur. Korzystając z tej wyjątkowej okazji, postanowiłem także zachęcić prawników do dosyć specyficznej lektury – komedii Arystofanesa.

Kilkanaście lat temu Anna M. Komornicka pytała w jednym ze swoich artykułów, czy komedie Arystofanesa nadal wzbudzają śmiech<sup>1</sup>.

---

\* Prof. dr hab., Uniwersytet Gdański, ORCID: 0000-0002-3113-9828.

<sup>1</sup> A.M. Komornicka, *Czy komedie Arystofanesa nadal wzbudzają śmiech?*, „Collectanea Philologica” 2004, t. VIII, s. 149–158. Współczesną aktualność komedii Arystofanesa, nie tylko z powodu ich szczególnego humoru, lecz także z uwagi na ich uniwersalną mądrość, podkreśla się dosyć powszechnie także w światowej literaturze przedmiotu – np. B.-P. Frost, *Introduction*, [w:] *The Political Theory of Aristophanes. Explorations in Poetic Wisdom*, eds J.J. Mhire, B.-P. Frost, Albany 2014, s. 2: „Z pewnością wielu uczonych interesuje się Arystofanesem z powodów, które moglibyśmy określić jako »antykwaryczne« lub »historyczne«, ponieważ jego komedie dostarczają interesujących informacji na temat jego życia i jego czasów oraz charakteru starożytnych festiwali artystycznych. Wprawdzie te informacje są ważne, ale Arystofanes jest wciąż popularny i błyszczący przed publicznością, ponieważ jego komedie są ciągle aktualne – także współcześnie – niezależnie od czasu, w którym są czytane i wystawiane” – tłum. własne.

Pytanie było z gatunku retorycznych, ponieważ autorka bez wahania odpowiedziała na nie pozytywnie – wprawdzie są to utwory głęboko zatopione w kontekst miejsca i czasu swojego powstania (Ateny w drugiej połowie V wieku p.n.e.), ale jednocześnie wykazują one tak uniwersalne walory humorystyczne, że nadają się być może także do oceny naszej współczesnej rzeczywistości. Te pytania dotyczące poszukiwania związków Arystofenesa ze współczesnością nie ograniczają się zresztą do aktualności jego specyficznego humoru. Inny autor pyta bowiem np., w kontekście jędrności arystofanowskiego języka, co by było, gdyby Arystofanes miał Facebooka?<sup>2</sup> Dotyczy to także, a może przede wszystkim, naszej rodzimej rzeczywistości politycznej:

Paflagon [w realnym świecie Kleon – J.Z.] zajmuje naczelną miejsce w galerii typów arystofanejskich jako uosobienie sykofanty, podżegacza i agitatora, karierowicza, pochlebcy wobec możnych, a tyrana wobec naiwnych prostaczków. W nawiązaniu do naszego tematu ten motyw nie jest obcy we współczesnych nam instytucjach państwowych, gdy oglądamy debaty w sejmie, przepychanki, słyszymy niesalonowe epitety lub błazenady i nieodpowiedzialne obietnice, gdy obserwujemy prywatę, dążenie do przywilejów i władzy naszych decydentów i polityków w wyścigu po lukratywne posadki. Wypisz. Wymaluj<sup>3</sup>.

Te słowa pisane w 2004 r. jeszcze bardziej pasują do zjawisk dominujących w naszej rodzimej polityce w latach 2016–2023, ale trzeba przyznać, że dotyczą nie tylko naszego własnego podwórka. Kiedy w Stanach Zjednoczonych prezydentem został Donald Trump, w literaturze, zarówno publicystycznej, jak i naukowej, zaroilo się od opracowań porównujących jego prezydenturę do postaci demagoga i populisty Kleona<sup>4</sup>, pojawiającego się np. w *Rycerzach Arystofanesa* jako Paflagon. W czasach Arystofanesa narodziła się w Atenach cała formacja nowych polityków, którzy głównym narzędziem zdobywania i sprawowania władzy uczynili demagogię i populizm<sup>5</sup>, a niektóre komedie Arystofa-

<sup>2</sup> J. Musiałczyk, *Co by było, gdyby Arystofanes miał Facebooka?*, [w:] *Hejsterstwo. Nowa praktyka kulturowa*, red. J. Dynkowska, N. Lemann, M. Wróblewski, A. Zatora, Łódź 2015, s. 147–158.

<sup>3</sup> A.M. Komornicka, *Czy komedie Arystofanesa...*, *op. cit.*, s. 151.

<sup>4</sup> Zob. np. S.D. Olson, *Cleon (and Aristophanes) in the Age of Trump*, [w:] *Le Vespe di Aristofane. Giornate di studio in ricordo di Massimo Vetta*, ed. C. Catenacci, M. di Marizio, Pisa–Roma 2020, s. 36–44 oraz M.A. Menaldo, *The Politics of Anger: Donald Trump and Cleon of Athens*, [w:] *Donald Trump in Historical Perspective. Dead Precedents*, ed. M. Harvey, New York 2022, s. 22–35.

<sup>5</sup> W.R. Connor, *The New Politicians of Fifth-Century Athens*, Indianapolis–Cambridge 1992.

nesa były ostrą reakcją na te niszczące demokrację zjawiska<sup>6</sup>. Kiedy więc w czasach nam współczesnych jesteśmy świadkami podobnych, *mutatis mutandis*, zjawisk, przypominamy sobie Arystofanesa i jego walkę z Kleonem – zdaniem niektórych autorów dotyczy to nie tylko przykładu Donalda Trumpa w Stanach Zjednoczonych, lecz także Borisa Johnsona w Wielkiej Brytanii, Imrana Khana w Pakistanie, Jaira Bolsonaro w Brazylii czy *last but not least* Scotta Morrisona w Australii<sup>7</sup>.

Arystofanesa określa się w literaturze mianem twórcy teatru absurdu<sup>8</sup> – w związku z tym nie waham się stwierdzić, że gdyby ten autor żył w Polsce w ostatnich latach, nie musiałby go tworzyć, ponieważ otaczająca go rzeczywistość byłaby sama w sobie jednym wielkim teatrem absurdu. A może wręcz przeciwnie, może tak absurdalna rzeczywistość dostarczyłaby mu wyjątkowej materii do jeszcze silniejszej erupcji jego ironicznego i sarkastycznego talentu, a barwny i ostry język pełen aluzji, dygresji i dwuznaczności jeszcze bardziej bawiłby publiczność? Tutaj ten fenomen interesuje mnie przede wszystkim w odniesieniu do prawa, ponieważ w tej sferze dokonano chyba największej dewastacji i spustoszenia, i to we wszystkich pięciu wymiarach: tworzenia, stosowania, wykładni, obowiązywania i przestrzegania. Jeśli prawdziwa jest teza, że populizm niszczy demokrację i praworządność, to jednocześnie ma ona charakter ponadczasowy – zachowując wszelkie historyczne proporcje, dotyczy nie tylko państw współczesnych, ale była także udziałem Aten czasów Arystofanesa. Pokazuje to konieczność immanentnego związku demokracji i rządów prawa – demokracja pozbawiona właściwych ograniczających ram prawnych prędzej czy później staje się bowiem ofiarą populistycznych demagogów i łatwo przekształca się w swoje przeciwieństwo. W czasach Arystofanesa Ateńczycy doświadczyli tego kilka razy i dopiero po 403 r. p.n.e. podjęli próbę zbudowania systemu prawnego opartego na pewniejszych i racjonalizujących radykalną demokrację podstawach, ujmując ją w karby rządów prawa<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> R.C. Bartlett, *Against Demagogues. What Aristophanes Can Teach Us about the Perils of Populism and the Fate of Democracy*, Oakland 2020 [ze szczególnym uwzględnieniem *Acharnejczyków* i *Rycerzy Arystofanesa*]; zob. także R.H. Simmons, *Demagogues, Power and Friendship in Classical Athens. Leaders as Friends in Aristophanes, Euripides, and Xenophon*, London–New York–Oxford–New Delhi–Sydney 2023.

<sup>7</sup> R.H. Simmons, *Demagogues, Power, and Friendship in Classical Athens...*, *op. cit.*, s. 1.

<sup>8</sup> P. Cartledge, *Aristophanes and His Theatre of the Absurd*, Bristol 1990.

<sup>9</sup> Z najnowszej literatury na ten temat: C.J. Joyce, *Amnesty and Reconciliation in Late Fifth-Century Athens. The Rule of Law under Restored Democracy*, Edinburgh 2022; zob. także: A. Lanni, *Classical Athens Radical Democratic „Rule of Law”*, [w:]

Szczególnego kolorytu komediom Arystofanesa dodaje to, że swoim bohaterom nadawał specyficzne, bardzo symboliczne i jednocześnie bardzo zabawne imiona (antroponimy) – ta nomenklatura jest zresztą komedią samą w sobie i nic dziwnego, że stała się ona przedmiotem osobnych opracowań we współczesnej nauce<sup>10</sup>. Rzecz staje się jeszcze bardziej interesująca, kiedy sięgniemy do polskich przekładów Arystofanesa autorstwa Stefana Srebrnego – tam postaciom nadano zabawne polskie odpowiedniki w formie różnych neologizmów – Bojomira, Kiełbaśnik, Kręcioch, Lubokleon, Mierzikleon, Szczędzirumak *etc.*<sup>11</sup> Zważywszy na podniesiony przez Komornicką problem politycznej aktualności Arystofanesa, możemy mieć niekiedy zaskakujące asocjacje, kiedy zaczynamy poszukiwać odpowiedników, tych tak nazwanych i scharakteryzowanych postaci, w gronie współczesnych polityków.

Komedia grecka doczekała się niezliczonej liczby opracowań we współczesnej literaturze przedmiotu i nie jest moim zadaniem nawet jej pobieżny przegląd. To, co nas tutaj interesuje w sposób szczególny, to analizy, które są poświęcone relacji pomiędzy komedią a prawem (prawo w komedii i prawo wobec komedii). Jeśli przyjąć za sugestywnym obrazem źródeł prawa greckiego, oczywiście także prawa ateńskiego, nakreślonym przez Iliasa Arnaoutoglou<sup>12</sup>, że prawo greckie obejmowało swoim zasięgiem trzy coraz to szersze kręgi – od prywatnej sfery domu i szeroko pojętej rodziny (*oikos*), przez udział w życiu publicznym w różnych rolach (*agora*), aż po sprawy całego państwa-miasta (*polis*), to u poszczególnych komediopisarzy różnie rozkładały się akcenty: o ile np. u Arystofanesa jako przedstawiciela tzw. komedii starej dotyczyło to przede wszystkim sfery aktywności publicznej (*agora* i *polis*), o tyle u Menandra, zaliczanego do tzw. komedii nowej, problematyka prawna koncentruje się na różnych aspektach prawa prywatnego ze sfery życia rodzinnego (*oikos*).

Tak czy inaczej problematyka prawa jest w komedii antycznej silnie obecna<sup>13</sup>, ponieważ kontakt Ateńczyków z prawem miał charakter

---

*The Cambridge Companion to the Rule of Law*, eds J. Meierhenrich, M. Loughlin, Cambridge 2021, s. 25–38.

<sup>10</sup> N. Kanavou, *Aristophanes' Comedy of Names. A Study of Speaking Names in Aristophanes*, Berlin–New York 2011.

<sup>11</sup> Arystofanes, *Wybór komedii*, tłum. S. Srebrny, Warszawa 1955; *idem, Komedie*, tłum. S. Srebrny, Warszawa 1962; *idem, Komedie wybrane*, tłum. A. Sandauer, S. Srebrny, oprac. R. Turasiewicz, Kraków 1977.

<sup>12</sup> I. Arnaoutoglou, *Ancient Greek Laws. A Sourcebook*, London–New York 1998.

<sup>13</sup> W wydanej nie tak dawno temu *The Encyclopedia of Greek Comedy*, ed. A.H. Sommerstein, Hoboken 2019 słowo *law* pojawia się w wielu miejscach, a niezależ-

powszechny i codzienny<sup>14</sup>, chociaż nie wytworzyli oni żadnego systemu nauczania zawodowych prawników, a właściwie nie znali instytucji profesjonalnych jurystów tak jak w starożytnym Rzymie – logografowie piszący mowy sądowe na zamówienie nie byli bowiem prawnikami, lecz raczej retorami<sup>15</sup>. Pojawił się jednak inny fenomen – w Atenach świat prawa i świat teatru przeplatały się wzajemnie, ponieważ z jednej strony prawo było pewnym szczegółowym tematem podnoszonym przez autorów dramatów wystawianych w ramach kochanych przez Ateńczyków festiwali (tzw. Wielkich Dionizji [miejskich]), z drugiej zaś proces jego tworzenia w eklezji i stosowania w dikasterionach odbywał się z udziałem tych samych Ateńczyków i był przedmiotem daleko idącej teatralizacji. Wszystko było więc teatrem, często z prawem (choć bez zawodowych prawników) w roli głównej – zarówno teatr dosłowny w wersji artystycznej na scenie, jak i życie polityczne w wersji oratorskiej w eklezji i dikasterionie. W związku z tym niektórzy współcześni autorzy starali się połączyć w swoich analizach wszystkie te trzy perspektywy – prawną, oratorską i komediową<sup>16</sup>. I słusznie. Agony, słowne pojedynki pomiędzy aktorami stanowiące immanentną część komedii staroattyckiej, miały swój odpowiednik w teatrze sprawiedliwości<sup>17</sup> w postaci popisów oratorskich stron postępowania sądowych lub sporów politycznych w eklezji – zmieniała się scena przedstawienia i jego aktorzy, ale publiczność pozostawała ta sama. Tę publiczność w równym stopniu bawiły komiczne inwektywy zawarte w komediach Arystofanesa, jak i w słynnych sądowych i politycznych potyczkach oratorskich

---

nie od tego w dwóch specjalnych hasłach – *law in comedy* oraz *lawcourts*, *ibidem*, s. 488–491.

<sup>14</sup> M.R. Christ, *The Litigious Athenian*, Baltimore–London 1998; S. Johnstone, *Disputes and Democracy. The Consequences of Litigation in Ancient Athens*, Austin 1999.

<sup>15</sup> Ten fenomen opisałem szerzej w pracy: J. Zajadło, *Demostenes dla prawników*, Gdańsk 2023.

<sup>16</sup> Typowym przykładem był D.M. MacDowell (*Studies on Greek Law, Oratory and Comedy*, eds I. Arnaoutoglou, K. Kapparis, D. Spatharas, London–New York 2018) – dodajmy, że ten autor miał w swoim dorobku obszerne monografie poświęcone zarówno komedii greckiej oraz retoryce i oratorstwu, jak i prawu ateńskiemu w ogóle.

<sup>17</sup> *The Theatre of Justice. Aspects of Performance in Graeco-Roman Oratory and Rhetoric*, eds S. Papaioannou, A. Serafim, B. da Vela, Leiden–Boston 2017; zob. także A. Serafim, *Attic Oratory and Performance*, London–New York 2017.

Demostenesa i Ajschinesa<sup>18</sup>. Rzeczywiście wszystko było teatrem, ponieważ cała demokracja ateńska opierała się na kulturze performansu – w eklezji, dikasterionie, teatrze *sensu stricto*<sup>19</sup>. Dla filozofa prawa był to przykład fascynującej interakcji zachodzącej na linii prawo–sztuka–społeczeństwo<sup>20</sup>, ponieważ orator (retoryka) i poeta (dramat) pozostają tutaj w symbiotycznej relacji pozwalającej na wzajemną wymianę twórczych warsztatów i kierowanie swoich myśli do tego samego odbiorcy zasiadającego wśród publiczności wypełniającej w zależności od okoliczności odpowiednie forum<sup>21</sup>. Na tym jednak nie koniec wzajemnych interakcji, ponieważ w wielu przypadkach zasiadający na widowni obywatele Aten mogli na podstawie tego, co na scenie mówili aktorzy i chór, odnaleźć w tym samych siebie<sup>22</sup>.

Powstaje oczywiście pytanie, dlaczego chcę współczesnym prawnikom przybliżyć wiedzę na ten temat, z pozoru tak odległy od ich codziennej pracy. Głównie dlatego, że elementy tej teatralności procesu stanowienia i stosowania prawa powtórzyły się z zaskakującą prawidłowością w kolejnych epokach historycznych następujących po greckim antyku<sup>23</sup> i w pewnym stopniu, nawet jeśli w innej skali, w innej formie i w innym wymiarze, trwają po dzień dzisiejszy – tak więc wszystko nie tylko było, ale wszystko nadal jest formą teatru, także współczesny parlament i współczesna sala sądowa.

Zachęcając do lektury komedii Arystofanesa, w interesującym nas tutaj kontekście z pozycji współczesnego filozofa prawa (którym jestem), a nie z pozycji historyka literatury, filologa klasycznego, kulturoznawcy czy teatrologa (którymi nie jestem), chciałbym zwrócić uwagę na ogromne zainteresowanie prawem greckim, zwłaszcza ateńskim, w ostatnich latach – poczesne miejsce w tej prawdziwej publikacyjnej

<sup>18</sup> *Comic Invective in Ancient Greek and Roman Oratory*, eds S. Papaioannou, A. Serafim, Berlin–Boston 2021.

<sup>19</sup> *Performance culture and Athenian democracy*, eds S. Goldhill, R. Osborne, Cambridge 1999.

<sup>20</sup> E. Hall, *The Theatrical Cast of Athens. Interactions Between Ancient Greek Drama and Society*, Oxford–New York 2006.

<sup>21</sup> *Poet and Orator. A Symbiotic Relationship in Democratic Athens*, eds A. Markantonatos, E. Volonaki, Berlin–Boston 2019.

<sup>22</sup> J.F. McGlew, *Citizens on Stage. Comedy and Political Culture in the Athenian Democracy*, Ann Arbor 2002.

<sup>23</sup> Z najnowszej literatury: J.S. Peters, *Law as Performance. Theatricality, Spectatorship, and Making of Law in Ancient, Medieval, and Early Modern Europe*, Oxford 2022.



eksplozji zajmuje grecka literatura piękna, zwłaszcza grecki dramat<sup>24</sup>, a w ramach tego ostatniego – grecka komedia<sup>25</sup>.

We współczesnej literaturze zajmującej się antycznym prawem ateńskim wskazuje się na pewne specyficzne pojęcia związane z praktyką tworzenia i stosowania prawa – Stephen C. Todd zbudował nawet specjalny słownik różnych charakterystycznych zwrotów i terminów dotyczących tej sfery<sup>26</sup>. Szczególnie interesujące jest to, że Arystofanes, jako typowy światły Ateńczyk, w ramach swojego komediowego języka wykazuje duże znanstwo nie tylko w zakresie tej terminologii, ale w ogóle w zakresie tego, co we współczesnej filozofii prawa określamy mianem *law in action*. Współczesny badacz bogatego i zróżnicowanego języka Arystofanesa, Andreas Willi, dokonał jego wszechstronnej analizy i w ramach różnych języków specjalistycznych (*technical languages*) wyróżnia, obok np. języka medycznego (*medical language*), także język prawny (*legal language*)<sup>27</sup>. Autor dokonuje przy tym ciekawej obserwacji – w systemach, które powierzały wymiar sprawiedliwości laikom, specjalistyczna wiedza prawnicza była z konieczności bardziej rozpowszechniona w szerokich kręgach społecznych; tam, gdzie wyodrębniono zawodowych prawników (sędziów, adwokatów), wiedza ta była z kolei bardziej zastrzeżona dla niewielkiej profesjonalnej grupy i obca szerokim masom. Społeczeństwo ateńskie należało do pierwszego typu i w związku z tym Arystofanes mógł bez trudu wprowadzać specyficzne prawne terminy do niektórych swoich komedii, ponieważ zasiadająca w teatrze publiczność była na co dzień oswojona z tą nomenklaturą.

Zakładam, że w makrokosmosie komedii Arystofanesa jest jakieś miejsce dla mikrokosmosu sądowego wymiaru sprawiedliwości – warto więc podjąć próbę jego identyfikacji i zrozumienia z pozycji współcze-

<sup>24</sup> *Law and Drama in Ancient Greece*, eds E.M. Harris, D.F. Leão, P.J. Rhodes, London–New Delhi–New York–Sydney 2013 [w tym dwa osobne rozdziały poświęcone Arystofanesowi – D.M. MacDowell, *Aristophanes and Athenian Law*, s. 147–157; P.J. Rhodes, *The 'Assembly' at the End of Aristophanes' Knights*, s. 158–168].

<sup>25</sup> E.J. Buis, *Law and Greek Comedy*, [w:] *The Oxford Handbook of Greek and Roman Comedy*, eds M. Fontaine, A.C. Scafuro, Oxford–New York 2014, s. 321–339; zob. także R.W. Wallace, *Law, Attic Comedy, and the Regulation of Comic Speech*, [w:] *The Cambridge Companion of Ancient Greek Law*, eds M. Gagarin, D. Cohen, New York 2005, s. 357–373; V. Wohl, *Comedy and Athenian Law*, [w:] *The Cambridge Companion to Greek Comedy*, ed. M. Revermann, Cambridge 2014, s. 322–335.

<sup>26</sup> S.C. Todd, *Glossary*, [w:] *idem*, *The Shape of Athenian Law*, Oxford 1993, s. 359–402.

<sup>27</sup> A. Willi, *The Languages of Aristophanes. Aspects of Linguistic Variations in Classical Attic Greek*, Oxford–New York 2003, s. 72–79.

snego filozofa prawa, mając jednak świadomość wszystkich wynikających z tego ograniczeń. Ostatecznie może się okazać, że Arystofanes, wielki prześmiewca demokracji i systemu wymiaru sprawiedliwości w Atenach<sup>28</sup>, był w ostatecznej instancji jednocześnie bojownikiem o ich właściwy wymiar<sup>29</sup>:

z przekonania konserwatysta, ostro atakował poszczególnych polityków stojących na czele demokracji ateńskiej, jednak nigdy nie wstępował przeciw samej demokracji [...] z rubasznego humoru wybijają się we wszystkich sztukach dwa uczucia – głęboki patriotyzm i szczere uмиłowanie pokoju [to pierwsze w związku ze świetnością ateńskiej demokracji, to drugie w związku z wyniszczającą wojną peloponeską – J.Z.]<sup>30</sup>.

Podobnie jest z nami współczesnymi – z pewnością nie podobają się nam zdegenerowana przez populizm fasada demokracji i politycznie zmanipulowane pozory rządów prawa, ale to jeszcze nie oznacza, że nie mamy pragnień co do właściwego rozumienia tych pojęć. Fakt, że problem jest stary jak świat i że dostrzegaliśmy go już Arystofanes w swoich komediach, żadną miarą nie powinien nas uspokajać.

Z braku wystarczających kompetencji historycznych, lingwistycznych i teatrologicznych autora ten krótki okolicznościowy tekst nie jest oczywiście próbą wyczerpania podjętego tematu, ma stanowić jedynie zachętę dla polskich czytelników, przede wszystkim (ale nie tylko) prawników, by sięgnęli po komedie Arystofanesa i cytowaną tutaj literaturę wtórną. Już tylko przywołane w przypisach pozycje świadczą dobitnie, jak wielkim zainteresowaniem cieszy się w światowej nauce podjęta tutaj problematyka. Mam nadzieję, że wypełni to przynajmniej częściowo pewną lukę istniejącą pod tym względem w polskiej literaturze prawniczej. Ta luka nie miałaby pewnie większego znaczenia, gdyby nie teatr absurdu, który dotknął w ostatnich latach nasze życie prawne – od farsy, w jaką zamienił się proces legislacyjny, począwszy, a na

<sup>28</sup> J. Ławińska-Tyszkowska, *Demokracja ateńska i jej wielki prześmiewca*, [w:] Arystofanes, *Komedie*, t. I, tłum. eadem, Warszawa 2001, s. 5–21.

<sup>29</sup> K. Sidwell, *Aristophanes the Democrat. The Politics of Satirical Comedy during the Peloponnesian War*, New York 2009; J. Zumbrunnen, *Aristophanic Comedy and the Challenge of Democratic Citizenship*, Rochester 2012.

<sup>30</sup> J. Ławińska-Tyszkowska, *Aristophanes*, [w:] *Słownik pisarzy antycznych*, red. A. Świderkówna, Warszawa 1990, s. 90; we wszystkich komediach Arystofanesa przebija troska o dobro państwa – K. Lever, *The Art of Greek Comedy*, London 1956 [reprint New York 2022]: „Dominującą ideą wszystkich komedii jest troska Arystofanesa o dobro *polis*” – tłum. własne; cytuję wg wydania elektronicznego bez numeracji stron.

groteskowych aspektach kontroli konstytucyjności prawa skończywszy. To oczywiście bolesne, ale w pisanie tego scenariusza włączyli się niestety także niektórzy prawnicy, naruszając te podstawowe paradygmaty prawoznawstwa, które w innym miejscu określiłem mianem *minima iuridica*<sup>31</sup>.

Dorobek pisarski Arystofanesa, który można określić mianem *Corpus Aristophanicum*, obejmuje około 45 komedii, z czego zachowało się w całości do naszych czasów 11. W odniesieniu do tych ostatnich możemy ustalić w miarę dokładnie chronologię ich powstania (a ściślej – wystawienia): *Acharnejczycy* (425 r.), *Rycerze* (424 r.), *Chmury* (423 r.), *Osy* (422 r.), *Pokój* (421 r.), *Ptaki* (414 r.), *Lizystrata* (411 r.), *Tesmofofie* (lub *Kobiety świętujące Tesmofofie*, 411 r.), *Żaby* (405 r.), *Sejm kobiet* lub *Kobiety na Zgromadzeniu Ludowym* (392 r.) i *Plutos* (388 r.).

Jeśli sformułowana tutaj zachęta odniesie skutek, to potencjalny czytelnik ma ułatwione zadanie, ponieważ wszystkie zachowane komedie Arystofanesa są dostępne w języku polskim<sup>32</sup>. Pozostaje mi więc tylko życzyć miłej lektury – tego, że będzie niezwykle inspirująca, jestem absolutnie pewien. Za niewielką próbkę niech posłuży tylko następujący fragment *Rycerzy*:

LUD

Rozumu pod waszą czupryną  
braknie, skoro sądzicie  
żem głupi. Ja przecież umyślnie  
udaję durnia.  
A mnie jest bardzo dobrze –  
Łykam codzienną porcyjkę.  
Chcę mieć jednego złodzieja,  
karmić jednego przywódcę.  
Kiedy już dosyć nakradnie –  
za łeb i kopniaka.

<sup>31</sup> J. Zajadło, *Minima iuridica. Refleksje o pewnych (nie)oczywistościach prawniczych*, Sopot 2019.

<sup>32</sup> Arystofanes, *Komedie*, t. I–II, tłum. J. Ławińska-Tyszkowska, Warszawa 2001–2003.



Mariusz Załucki\*

## Jubileuszowa perspektywa zmian prawa spadkowego dziesięć lat później

### 1. Wprowadzenie

W 2014 r. minęło 50 lat od uchwalenia trzonu regulacji polskiego prawa cywilnego – kodeksów: cywilnego<sup>1</sup> oraz rodzinnego i opiekuńczego<sup>2</sup>. Taki sam „jubileusz” obchodził wówczas Kodeks postępowania cywilnego<sup>3</sup>, akt prawny obejmujący prawo cywilne procesowe. Mimo różnego rodzaju zdarzeń, które nastąpiły od uchwalenia tych aktów prawnych, zmiany społecznych, kulturowych czy technologicznych, podstawowe założenia polskiego prawa cywilnego pozostawały i pozostają nadal w zasadzie niezmiennione. Choć panuje w tej mierze opinia o wysokiej jakości legislacyjnej kodeksów, od czasów zmian

---

\* Prof. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, ORCID: 0000-0002-3338-3832.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst pierw. Dz.U. z 1964 r., nr 16, poz. 93; tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1610 z późn. zm.).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst pierw. Dz.U. z 1964 r., nr 9, poz. 59; tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 2809 z późn. zm.).

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst pierw. Dz.U. z 1964 r., nr 43, poz. 296; tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1550 z późn. zm.).

ustrojowych w Polsce trwa dyskusja (o różnym stopniu intensywności w poszczególnych latach) mająca za przedmiot perspektywę zmian. Nie pracują już co prawda Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego<sup>4</sup> i Komisja Kodyfikacyjna Prawa Rodzinnego<sup>5</sup>, niemniej jednak w doktrynie prawa cywilnego powstało i nadal powstaje wiele opracowań nawiązujących do dorobku tych komisji, podkreślających potrzebę metamorfozy polskiego prawa cywilnego<sup>6</sup>, co w wielu miejscach wydaje się zasadne.

Jednym z diskutowanych w ostatnich latach obszarów było i jest prawo spadkowe, które zdaniem wielu, mimo pewnych przeobrażeń dokonanych na przestrzeni ostatnich lat, ciągle wymaga kolejnych metamorfoz<sup>7</sup>. Za ich potrzebą przemawia szereg czynników, które są w nauce prawa często przypominane. Na większą skalę zajmowałem się tym problemem ponad dziesięć lat temu m.in. w tekście *Perspektywy rekodyfikacji polskiego prawa spadkowego*<sup>8</sup>, w którym zastanawiałem się nad tym, czy i jak zmieniać polskie prawo spadkowe. Kolejny jubileusz kodeksów (sześćdziesięciolecie), w powiązaniu z jubileuszem Pana Profesora Tadeusza Biernata, który w swoim dorobku niejednokrotnie nakłaniał do zmian legislacyjnych, choćby w związku z pracami w Komisji

<sup>4</sup> Komisja ta pracowała do 17 grudnia 2015 r., gdy odwołano jej członków. Głównym jej dorobkiem była tzw. Zielona księga stanowiąca niezrealizowaną dotychczas wizję przyszłej polskiej kodyfikacji cywilnej. Zob. *Zielona księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Radwański, Warszawa 2006. Problematykę księgi w polskiej literaturze podjęli m.in.: T. Pajor, *O projekcie harmonizacji międzynarodowego prawa spadkowego w Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 877 i n.; J. Pazdan, *Ku jednolitemu międzynarodowemu prawu spadkowemu*, „Rejent” 2005, nr 3, s. 9 i n.; M. Pazdan, *Zielona Księga o dziedziczeniu i testamentach – propozycje odpowiedzi na pytania*, „Rejent” 2006, nr 5, s. 16 i n.

<sup>5</sup> Ta działała przy Rzeczniku Praw Dziecka i w latach 2013–2018 opracowała projekt Kodeksu rodzinnego.

<sup>6</sup> Zob. E. Borkowska-Bagińska, *Wpływ kodyfikacji prawa cywilnego na poziom kultury prawnej społeczeństw*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, z. 1, s. 151–156.

<sup>7</sup> Zob. np. M. Pazdan, *Wybrane projektowane zmiany w prawie spadkowym*, [w:] *Nowy kodeks cywilny odpowiedzi na wyzwania współczesności – konferencja naukowa (Warszawa 10 kwietnia 2015 r.)*, Warszawa 2015, s. 1–18.

<sup>8</sup> M. Załucki, *Perspektywy rekodyfikacji polskiego prawa spadkowego*, [w:] *50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji*, red. P. Stec, M. Załucki, Warszawa 2014, s. 349 i n.

Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego<sup>9</sup>, skłania do przybliżenia tej problematyki, przedstawienia, jakie dotychczas wprowadzono zmiany i nakreślenia dalszego pożądanego obszaru „odświeżania” księgi czwartej Kodeksu cywilnego. Będzie to celem niniejszej wypowiedzi.

## 2. Perspektywy rekodyfikacji sprzed dziesięciu lat

W tekście *Perspektywy rekodyfikacji polskiego prawa spadkowego* pisałem o potrzebie przemyślenia niektórych funkcjonujących w tej mierze zagadnień<sup>10</sup>. Podkreślałem, iż w kontekście ewentualnych dalszych zmian prawa cywilnego pod uwagę należy brać wiele czynników. Do najważniejszych zaliczyłem m.in. te związane z integracją europejską oraz działalnością sądów konstytucyjnych poszczególnych państw europejskich. Stwierdziłem, że choć do tamtego czasu nie podjęto poważniejszych starań mających na celu ujednoczenie materialnego prawa spadkowego na poziomie europejskim, to koncepcja europeizacji tego prawa jest nadal żywa, choćby ze względu na uchwalone rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 (tzw. rozporządzenie spadkowe)<sup>11</sup>. Byłem również zdania, że istotny jest *acquis constitutionnel* państw europejskich, który zazwyczaj uwzględnia światowe tendencje, respektując m.in. orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Stwierdziłem zatem, że optymalny model zmian w prawie spadkowym, w przypadku rozwiązań szczegółowych, które będą musiały zadośćuczynić zmieniającej się rzeczywistości społecznej, powinien zostać oparty na tendencji harmonizacyjnej, przy bacznej obserwacji orzecznictwa sądów konstytucyjnych, które to z kolei sądy śledzić muszą judykaty Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i aktualne poglądy doktryny wyrażane w zmieniającej się rzeczywistości<sup>12</sup>. Taka perspektywa miała pozwolić na wypracowanie wspólnych standardów, które być może w przyszłości pozwoliłyby

<sup>9</sup> Zob. zarządzenie z 10 października 2013 r. Rzecznika Praw Dziecka w sprawie powołania społecznej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego przy Rzeczniku Praw Dziecka.

<sup>10</sup> M. Załucki, *Perspektywy rekodyfikacji...*, *op. cit.*, s. 350 i n.

<sup>11</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego (Dz.Urz. UE L 201 z 27.07.2012).

<sup>12</sup> M. Załucki, *Perspektywy rekodyfikacji...*, *op. cit.*

np. na zsynchronizowanie europejskiego prawa spadkowego, wypracowanie jego jednolitej koncepcji.

Mimo upływu dekady, jak można sądzić, proces harmonizacji materialnego europejskiego prawa spadkowego się nie pogłębił, nadal jest w tym samym miejscu. Niemniej jednak argumentów za nim (za jego koniecznością) przybyło<sup>13</sup>, co związane jest przede wszystkim z praktycznym funkcjonowaniem rozporządzenia nr 650/2012<sup>14</sup>. Zmiana łącznika obywatelstwa spadkodawcy na rzecz łącznika miejsca zwykłego pobytu spadkodawcy powoduje zwiększone zainteresowanie prawem obcym, w tym rozstrzyganie w jego tle spraw spadkowych<sup>15</sup>. Odmienność prawa materialnego spadkowego poszczególnych państw europejskich (tak jak i innych regulacji stosowanych jako prawo obce według rozporządzenia spadkowego) w wielu wypadkach prowadziła do rozmaitych dysatisfakcji stron postępowań spadkowych<sup>16</sup>. Jak pokazała i nadal pokazuje praktyka, regulacje rozporządzenia stwarzają wiele wątpliwości, które być może – jak niekiedy przewiduje się w literaturze – staną się impulsem do podjęcia zinstytucjonalizowanych prac nad materialnym prawem spadkowym (europejskim)<sup>17</sup>.

Istotną rolę w tym zakresie odegrać mogą europejskie trybunały, z tym że już nie tylko Europejski Trybunał Praw Człowieka, ale także, a może przede wszystkim, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>18</sup>, który już kilkakrotnie wypowiadał się na temat stosowania przepisów rozporządzenia 650/2012<sup>19</sup>, kształtując w ten sposób normy prawa

<sup>13</sup> Zob. W. Pintens, *Towards a ius commune in European Family and Succession Law?*, Cambridge–Antwerp–Portland 2012, *passim*.

<sup>14</sup> N.A. Davrados, *Nationality, Domicile, and Private International Law Revisited*, [w:] *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice and the Way Forward. Essays in Honour of Nestor Courakis*, eds C.D. Spinellis, N. Theodorakis, E. Billis, G. Papadimitrakopoulos, Athens 2017, s. 123–138.

<sup>15</sup> G. Debernardi, *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, Nice 2017, *passim*.

<sup>16</sup> M. Pazdan, M. Zachariasiewicz, *The EU succession regulation: achievements, ambiguities, and challenges for the future*, „Journal of Private International Law” 2021, vol. 17, no. 1, s. 74–113.

<sup>17</sup> M. Esperança Ginebra Molins, J. Tarabal Bosch, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid–Barcelona–Buenos Aires–São Paulo 2016, *passim*.

<sup>18</sup> Dalej jako: Trybunał Sprawiedliwości.

<sup>19</sup> D. Leipold, *Keine Erteilung eines gegenständlich beschränkten Fremdrechtserscheins wegen Verstößes gegen Art. 4 EuErbVO?*, „Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge” 2017, Nr. 4, s. 213–218.



spadkowego. Wspomnieć trzeba tutaj m.in. o tym, że pierwszym pytaniem prejudycjalnym zadany na tle przepisów rozporządzenia było pytanie zadane przez sąd polski (Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim). Sąd ten zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z postanowieniem z dnia 8 marca 2016 r. Problem, którego dotyczyła rozpoznawana przed nim sprawa, to kwestia tego, czy jeden z rodzajów zapisu (zapis windykacyjny – *legatum per vindicationem*) o skutkach rzeczowych w jednym państwie jest skuteczny w sytuacji, w której dotyczy on nieruchomości położonej w innym państwie, którego prawo nie zna instytucji zapisu wywierającego bezpośredni skutek rzeczowy (sprawa C-218/16 *Aleksandra Kubicka*)<sup>20</sup>. W sprawie, w której obywatelka polska zgłosiła się do notariusza w Słubicach z chęcią sporządzenia testamentu zawierającego zapis windykacyjny dotyczący domu położonego w Niemczech, notariusz odmówił sporządzenia takiego testamentu z uwagi na to, iż w jego ocenie taka czynność byłaby sprzeczna z niemieckim prawem, które nie zna zapisu o skutkach rzeczowych. Sąd, rozpoznając zażalenie na odmowę sporządzenia aktu notarialnego testamentu, postanowił zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem

Czy art. 1 ust. 2 lit. k) i l) lub art. 31 rozporządzenia [nr 650/2012] należy interpretować w ten sposób, że dopuszczają one odmowę uznania skutków rzeczowych przewidywanego przez statut spadkowy zapisu windykacyjnego (*legatum per vindicationem*), jeśli zapis ten dotyczy prawa własności nieruchomości położonej w państwie członkowskim, którego prawo nie zna instytucji zapisu wywierającego bezpośredni skutek rzeczowy?<sup>21</sup>

W dniu 17 maja 2017 r. pojawiła się opinia rzecznika generalnego Trybunału Sprawiedliwości, w której zarekomendowano udzielenie odpowiedzi prejudycjalnej, zgodnie z którą nie dopuszcza się odmowy uznania skutków rzeczowych przewidywanego przez statut spadkowy zapisu windykacyjnego (*legatum per vindicationem*), jeśli zapis ten dotyczy prawa własności nieruchomości położonej w państwie członkowskim, którego prawo nie zna instytucji zapisu wywierającego bezpośredni skutek rzeczowy, tzn. gdzie po śmierci zapisodawcy nie powoduje automatycznego transferu przedmiotu zapisu do majątku zapisobiercy. Jednym z głównych argumentów, wedle którego zarekomendowano przyjęcie takiego stanowiska, było wskazanie, że rozporządzenie jest

<sup>20</sup> Postanowienie SO w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 8 marca 2016 r., V Cz 644/1; wyrok TSUE z dnia 12 października 2017 r. w sprawie C-218/16 *Aleksandra Kubicka* (Dz.Urz. UE C 755 z 2017).

<sup>21</sup> *Ibidem*.

odpowiedzią na potrzebę zapewnienia zgodności norm kolizyjnych oraz jurysdykcyjnych, która jest szczególnie wyraźna w sprawach spadkowych ze względu na różnorodność kwestii wymagających rozwiązania, będących powodem wysokiego stopnia skomplikowania takich spraw, a konkretnym głównym celem rozporządzenia nr 650/2012 jest cel wyrażony w preambule rozporządzenia, która wyjaśnia, że „w europejskiej przestrzeni sprawiedliwości obywatele muszą być w stanie uregulować zawczasu swoje sprawy spadkowe”<sup>22</sup> oraz iż „należy ułatwić prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego poprzez usuwanie przeszkód w swobodnym przepływie osób, które napotykały obecnie trudności w wykonywaniu przysługujących im praw w zakresie spraw spadkowych mających skutki transgraniczne”<sup>23</sup>.

Zasadniczo Trybunał Sprawiedliwości podzielił te zapatrywania. W ocenie Trybunału Sprawiedliwości art. 1 ust. 2 lit. k rozporządzenia nr 650/2012 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie odmowie uznania w państwie członkowskim, którego system prawny nie zna instytucji zapisu windykacyjnego, skutków rzeczowych takiego zapisu z chwilą otwarcia spadku zgodnie z wybranym przez spadkodawcę prawem właściwym dla dziedziczenia. Prawo przenoszone za pośrednictwem zapisu windykacyjnego jest prawem własności, znanym prawu niemieckiemu, nie ma podstawy dla dokonywania dostosowania w rozumieniu art. 31 rozporządzenia nr 650/2012. Dlatego według Trybunału Sprawiedliwości

art. 1 ust. 2 lit. k) i l) oraz art. 31 rozporządzenia nr 650/2012 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie odmowie uznania przez organ państwa członkowskiego skutków rzeczowych zapisu windykacyjnego znanego prawu właściwemu dla dziedziczenia wybranemu przez spadkobiercę zgodnie z art. 22 ust. 1 owego rozporządzenia, gdy odmowa ta następuje w oparciu o uzasadnienie, w myśl którego zapis ten dotyczy prawa własności nieruchomości położonej w tym państwie członkowskim, którego ustawodawstwo nie zna instytucji zapisu wywierającego bezpośredni skutek rzeczowy z chwilą otwarcia spadku<sup>24</sup>.

Oczywiście nie była to jedyna wypowiedź Trybunału Sprawiedliwości w związku z rozporządzeniem nr 650/2012, co tylko potwierdza wcześniejsze obserwacje, wedle których kształtowanie krajowego

<sup>22</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Yves’a Bota przedstawiona w dniu 17 maja 2017 r. (1)(I) Sprawa C 218/16, *Aleksandra Kubicka* (Dz.Urz. UE C 387 z 2017).

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Wyrok TSUE z dnia 12 października 2017 r. w sprawie C-218/16 *Aleksandra Kubicka*.

prawa spadkowego musi odbywać się z uwzględnieniem i tego czynnika (judykatów). Wpływ orzecznictwa europejskiego może w tym zakresie, w perspektywie kolejnych lat, okazać się niezmiernie istotny. Wraz z upływem czasu rola europeizacji prawa spadkowego, jak można sądzić, wzrosła.

### 3. Zmiany ustawodawcze prawa spadkowego ostatniej dekady

Polski ustawodawca na przestrzeni wspomnianego okresu dokonał kilku zmian prawa spadkowego. Pomijając już kwestię dostosowania się do wymogów rozporządzenia spadkowego (wiążącego co prawda bezpośrednio, wymagającego jednak wprowadzenia do przepisów prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich regulacji stwarzających możliwość pełnego korzystania przez obywateli z instrumentów przewidzianych przez rozporządzenie<sup>25</sup>), zmiany dokonane w ostatniej dekadzie (w polskim prawie spadkowym) miały charakter istotny, a przynajmniej część z nich była oczekiwana.

Do potrzeby zmian polskiego prawa krajowego odnosiłem się we wspomnianym już tekście *Perspektywy rekodyfikacji polskiego prawa cywilnego*<sup>26</sup>. Sugerując interwencję ustawodawczą, uważałem, że obszary, w których stosowne zmiany byłyby pożądane, to m.in. zagadnienie zdolności dziedziczenia (ustawowa regulacja fundacji), kwestie dziedziczenia ustawowego (instytucjonalizacja związków partnerskich, pozycja prawna małżonka spadkodawcy) i dziedziczenia testamentowego (forma testamentu), zagadnienie umów o spadek (zwłaszcza zakaz ich zawierania) czy odpowiedzialność za długi spadkowe (zwiększenie ochrony spadkobiercy). Postulowałem także odświeżenie instytucji niegodności dziedziczenia i wydziedziczenia. Niektóre z tych postulatów na przestrzeni lat doczekały się uwzględnienia, inne stały się przyczyną dyskusji, a jeszcze inne nie znalazły uznania w oczach ustawodawcy, który niejednokrotnie podążył w przeciwnym kierunku.

Jeżeli chodzi o zdolność dziedziczenia, to poszerzono krąg podmiotów, które w chwili śmierci spadkodawcy nie muszą istnieć, a mimo to mogą być podmiotem praw spadkowych. Na mocy ustawy z dnia

<sup>25</sup> W Polsce chodzi o ustawę z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1137).

<sup>26</sup> M. Załucki, *Perspektywy rekodyfikacji...*, *op. cit.*, s. 350 i n.

26 stycznia 2023 r. o fundacji rodzinnej<sup>27</sup> wprowadzono bowiem nową instytucję prawną – fundację rodzinną. Ten nowy twór prawny może m.in. zostać ustanowiony w testamencie (art. 11 ustawy), a jego celem może być m.in. gromadzenie i zarządzanie mieniem spadkowym. Jako uzasadnienie dla wprowadzenia fundacji rodzinnej do prawa polskiego wskazywano potrzebę przeciwdziałania rozdrobnieniu majątku powstałemu w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą po przeprowadzeniu sukcesji, zwłaszcza w kontekście osób, które chciałyby zadbać o przyszłość zgromadzonego majątku w perspektywie dłuższej niż dwóch pokoleń. Aby unikać znanego w świecie scenariusza, w którym dzieci dzielą się majątkiem rodziców, a następnie ich potomkowie dzielą dalej majątek na coraz mniejsze części i realizują jedynie własne plany co do przeznaczenia otrzymanego majątku, w tym także te niezwiązane z biznesem albo podyktowane sytuacjami losowymi, potrzebny był mechanizm integracji majątku (akumulacji kapitału) i zarządzania nim w sposób pozwalający na zachowanie aktywności w sferze gospodarczej i dostarczanie środków utrzymania przyszłym pokoleniom. Fundacja rodzinna ma być rozwiązaniem tego problemu, wzmocnieniem narzędzi prawnych do przeprowadzenia procesów sukcesyjnych, służyć do kumulowania rodzinnego majątku, pozwalać na zatrzymanie kapitału w kraju na wiele pokoleń oraz zwiększenie potencjału krajowych inwestycji<sup>28</sup>.

W kontekście dziedziczenia ustawowego wskazać trzeba, iż ustawą z dnia 28 lipca 2023 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw<sup>29</sup> nadano nowe brzmienie przepisowi art. 934 k.c., ograniczając krąg spadkobierców ustawowych jedynie do wnuków tego z dziadków spadkodawcy, który nie dożył otwarcia spadku. Uprzednio katalog zstępnych spadkodawcy był w zasadzie nieograniczony, co krytykowano, powołując się na dane statystyczne, z których ma wynikać, że po ostatnich zmianach kręgu spadkobierców ustawowych w Polsce (gdy krąg ten poszerzono w 2009 r.<sup>30</sup>) zaczął się proces sukcesywnego wydłużania czasu trwania postępowań spadkowych mimo zmniejszania się ogólnego wpływu tych spraw do sądów, a jako jedną z przyczyn wskazano zbyt szeroko zakreślony krąg spadkobierców ustawowych

<sup>27</sup> Dz.U. z 2023 r., poz. 326.

<sup>28</sup> Zob. *Uzasadnienie projektu ustawy o fundacji rodzinnej*, Druk sejmowy nr 2798, s. 3 i n.

<sup>29</sup> Dz.U. z 2023 r., poz. 1615.

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2009 r., poz. 662).

i związany z tym obowiązek sądu spadku poszukiwania dalekich krewnych spadkodawcy<sup>31</sup>. Zmiana ma pozwolić na spadek wpływu spraw spadkowych do sądu, zwłaszcza takich, których przedmiotem miała być kwestia złożenia przez dalekiego krewnego powołanego do spadku oświadczenia o jego odrzuceniu.

Mimo szeregu postulatów o konieczności daleko idących zmian dziedziczenia testamentowego<sup>32</sup>, podobnie jak co do zniesienia zakazu zawierania umów o spadek, ustawodawca nie zdecydował się na nowelizację Kodeksu cywilnego i póki co na taką zmianę się nie zapowiada.

Z kolei wspomnianą już ustawą z 28 lipca 2023 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw dodano dwie nowe przesłanki niegodności dziedziczenia. Obecnie za niegodnego dziedziczenia może być uznany także ten, który: 1) uporczywie uchylał się od wykonywania wobec spadkodawcy obowiązku alimentacyjnego określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem albo innym organem albo inną umową; lub 2) uporczywie uchylał się od wykonywania obowiązku pieczy nad spadkodawcą, w szczególności wynikającego z władzy rodzicielskiej, opieki, sprawowania funkcji rodzica zastępczego, małżeńskiego obowiązku wzajemnej pomocy albo obowiązku wzajemnego szacunku i wspierania się rodzica i dziecka. W uzasadnieniu wskazano, iż jest to wynikiem dostrzeżenia tego, że państwo powinno reagować na nieetyczne zachowania spadkobierców, naruszające szczególnie cenne dobra osobiste spadkodawców, m.in. takie jak życie, zdrowie, godność, które są wartościami konstytucyjnymi podlegającymi szczególnej ochronie. Powszechnie nieakceptowane są zaś zdarzenia, w następstwie których majątek spadkodawcy otrzymuje osoba, która swoim karygodnym, często nacechowanym złą wolą, zaniechaniem uniemożliwiła za życia spadkodawcy zaspokojenie jego podstawowych potrzeb życiowych<sup>33</sup>. Mimo że spadkodawca może samodzielnie zdecydować o wyłączeniu spadkobiercy od dziedziczenia, to jednak czasami nie jest to możliwe, gdy np. nie ma on zdolności do testowania bądź nie może sporządzić testamentu z innych przyczyn faktycznych, na co wprowadzona zmiana ma być odpowiedzią<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Zob. *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw*, Druk sejmowy nr 2977, s. 6.

<sup>32</sup> Zob. np. K. Osajda, *Prawo spadkowe (w) przyszłości. Perspektywy rozwoju prawa spadkowego*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 2, s. 66.

<sup>33</sup> *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, op. cit.*, s. 1.

<sup>34</sup> *Ibidem*, s. 2.

Daleko idące – jak można sądzić – przeobrażenia w ostatnim czasie przeszedł także zachówek. Dla zmiany jego charakteru prawnego najistotniejsze znaczenie ma obecne brzmienie art. 997<sup>1</sup> k.c., wprowadzone ustawą z dnia 26 stycznia 2023 r. W świetle tego przepisu:

§ 1. Obowiązany do zaspokojenia roszczenia z tytułu zachowku może żądać odroczenia terminu jego płatności, rozłożenia go na raty, a w wyjątkowych przypadkach – jego obniżenia, przy uwzględnieniu sytuacji osobistej i majątkowej uprawnionego do zachowku oraz obowiązowanego do zaspokojenia roszczenia z tytułu zachowku. § 2. W przypadku rozłożenia na raty roszczenia z tytułu zachowku terminy ich uiszczenia nie mogą przekraczać łącznie pięciu lat. W wypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie sąd, na wniosek zobowiązanego, może odroczyć termin zapłaty rat już wymagalnych lub przedłużyć termin, o którym mowa w zdaniu pierwszym. Zmieniony termin nie może być dłuższy niż dziesięć lat. § 3. W razie ustania okoliczności uzasadniających obniżenie zachowku obowiązany z tytułu zachowku na wniosek osoby uprawnionej do zachowku zwraca uprawnionemu do zachowku sumę pieniężną, o którą obniżono zachówek. Zwrotu sumy pieniężnej nie można żądać po upływie pięciu lat od dnia obniżenia zachowku.

Jak wskazano w projekcie ustawy, celem tego rozwiązania jest m.in. wyważenie interesów obdarowanych, spadkobierców (zapisobierców windykacyjnych) i uprawnionych do zachowku przy uwzględnieniu potrzeby zapewnienia kontynuacji prowadzonej przy jego wykorzystaniu działalności gospodarczej. Przepisy polskiego prawa spadkowego miały być bowiem projektowane w okresie, gdy skala prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce była nieporównywalna do stanu dzisiejszego. Ustawodawca nie uwzględniał wówczas w wystarczającym stopniu potrzeby zapewnienia kontynuacji prowadzenia przedsiębiorstwa, przez co obecnie regulacje dotyczące płatności zachowku wymagają dostosowania do aktualnej sytuacji społeczno-gospodarczej<sup>35</sup>.

Ustawa z dnia 26 stycznia 2023 r. wprowadziła także jednoznacznie możliwość zrzeczenia się zachowku<sup>36</sup>. W dotychczasowym stanie prawnym nie było to jasne, mimo że taką możliwość dopuszczał np. Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie<sup>37</sup>. W ocenie ustawodawcy istniało w tym zakresie ryzyko niejednolitej praktyki, zwłaszcza że zgodnie z brzmieniem art. 1047 k.c. umowy dotyczące spadku są co do zasady

<sup>35</sup> *Uzasadnienie projektu ustawy o fundacji rodzinnej, op. cit.*, s. 33.

<sup>36</sup> Zob. M. Panek, *Dopuszczalność zrzeczenia się zachowku w prawie polskim*, „Studia Iuridica Toruniensa” 2015, nr 16.

<sup>37</sup> Zob. uchwała SN z dnia 17 marca 2017 r., III CZP 110/16.

niedopuszczalne – z zastrzeżeniem wyjątków wprost przewidzianych w kolejnych przepisach. Stąd kwestię tę doprecyzowano<sup>38</sup>.

Istotną zmianą było też odwrócenie zasad odpowiedzialności za długi spadkowe, gdzie dotychczasowy model pełnej odpowiedzialności zamieniono na model odpowiedzialności z dobrodziejstwem inwentarza. Według wprowadzonego ustawą z dnia 20 marca 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw<sup>39</sup> brzmienia art. 1015 § 2 k.c. brak oświadczenia spadkobiercy co do przyjęcia bądź odrzucenia spadku oznacza obecnie przyjęcie spadku z dobrodziejstwem inwentarza. Według nowego art. 1031 § 2 k.c. w razie przyjęcia spadku z dobrodziejstwem inwentarza spadkobierca ponosi odpowiedzialność za długi spadkowe tylko do wartości ustalonego w wykazie inwentarza albo spisie inwentarza stanu czynnego spadku. Powyższe ograniczenie odpowiedzialności odpada, jeżeli spadkobierca podstępnie pominął w wykazie inwentarza lub podstępnie nie podał do spisu inwentarza przedmiotów należących do spadku lub przedmiotów zapisów windykacyjnych albo podstępnie uwzględnił w wykazie inwentarza lub podstępnie podał do spisu inwentarza nieistniejące długi. *De facto* ograniczenie odpowiedzialności zależy więc obecnie nie tylko od tego, czy spadkobierca złożył stosowne oświadczenie, ale od tego, czy dochował obowiązku należytego sporządzenia spisu (wykazu) inwentarza. Głównym celem tej ustawy było zaś wprowadzenie jako reguły odpowiedzialności z tzw. dobrodziejstwem inwentarza (tj. do wysokości wartości aktywów spadkowych), gdyż – jak przyjmowano – dotychczasowe rozwiązanie nie chroniło należycie spadkobierców przed niespodziewaną odpowiedzialnością za długi spadkowe przewyższające wartość aktywów spadkowych<sup>40</sup>.

W tym kontekście, choć nieco później, bo dopiero ustawą z dnia 28 lipca 2023 r., zmieniono także regulację dotyczącą samego składania oświadczeń o przyjęciu lub odrzuceniu spadku. Obecnie do zachowania terminu sześciu miesięcy od dnia, w którym spadkobierca dowiedział się o tytule swego powołania, wystarczające jest złożenie przed jego upływem wniosku do sądu o odebranie oświadczenia o przyjęciu lub o odrzuceniu spadku (art. 1015 § 1<sup>1</sup> k.c.). Ustawa przewiduje obecnie także, iż jeżeli złożenie oświadczenia o przyjęciu lub o odrzuceniu spadku wymaga zezwolenia sądu, bieg terminu do złożenia oświadczenia ulega zawieszeniu na czas trwania postępowania sądowego w tym przedmiocie

<sup>38</sup> *Uzasadnienie projektu ustawy o fundacji rodzinnej, op. cit.*, s. 34.

<sup>39</sup> Dz.U. z 2015 r., poz. 539.

<sup>40</sup> *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw*, Druk sejmowy nr 2702, s. 1.

(art. 1015 § 1<sup>2</sup> k.c.), co oczywiście dotyczy osób małoletnich. Jednym z powodów zmian była zaś praktyka sądowa i to, że w imieniu małoletnich spadkobierców spadek mogą przyjąć wprost lub odrzucić ich przedstawiciele ustawowi po uprzednim uzyskaniu zezwolenia na złożenie oświadczenia o przyjęciu spadku wprost lub o odrzuceniu spadku. Takie zezwolenie i kwestia wpływu wszczęcia postępowania o zezwolenie na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka na bieg terminu do złożenia oświadczenia o odrzuceniu spadku w orzecznictwie Sądu Najwyższego były rozstrzygane niejednolicie. Zgodnie z jednym stanowiskiem wystąpienie do sądu opiekuńczego z wnioskiem o zezwolenie na złożenie stosownego oświadczenia nie ma wpływu na bieg terminu określonego w art. 1015 § 1 k.c.<sup>41</sup> W innych orzeczeniach zajęto stanowisko przeciwne, łagodzące rygoryzm terminu zawitego, z tym że rozbieżnie wskazuje się na możliwość stosowania przez analogię przepisów o przerwie lub zawieszeniu terminów przedawnienia roszczeń<sup>42</sup>. Powstałych na tym tle rozbieżności nie wyeliminowała również uchwała SN z dnia 22 maja 2018 r.<sup>43</sup>, w której wskazano, że termin przewidziany w art. 1015 § 1 k.c. nie może się skończyć przed prawomocnym zakończeniem postępowania o zezwolenie na złożenie przez małoletniego spadkobiercę oświadczenia o odrzuceniu spadku, przy czym ocenę niezwłoczności złożenia oświadczenia pozostawiono sądowi spadku. Według ustawodawcy uchwała ta potwierdziła więc potrzebę jednoznacznego normatywnego rozstrzygnięcia omawianej sytuacji prawnej<sup>44</sup>, co ostatecznie nastąpiło w wyniku wejścia ww. ustawy w życie.

#### 4. Ocena dokonanych zmian i dalsza perspektywa rekodyfikacji

Ocena wprowadzonych zmian jest niejednoznaczna. Choć interwencja ustawodawcza w niektórych wypadkach była niezbędna, to jednak polskie prawo spadkowe nadal, mimo dość licznych zmian, nie zostało dostosowane do wymogów współczesnego społeczeństwa.

<sup>41</sup> Zob. postanowienia SN z dnia: 25 maja 2012 r., I CSK 414/11; 13 grudnia 2012 r., V CSK 18/12; 25 lutego 2015 r., IV CSK 304/14.

<sup>42</sup> Zob. postanowienia SN z dnia: 20 listopada 2013 r., I CSK 329/13; 28 maja 2015 r., III CSK 352/14; 24 września 2015 r., V CSK 686/14; 28 września 2016 r., III CSK 329/15.

<sup>43</sup> III CZP 102/17.

<sup>44</sup> *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, op. cit.*, s. 9.



Po pierwsze, niektóre z wprowadzonych zmian wydają się przypadkowe bądź mające na celu rozwiązać inny problem społeczny niż problem prawa spadkowego. Tak się dzieje, jak można sądzić, z nową regulacją niegodności dziedziczenia. Dotychczas bowiem instytucja ta służyła przede wszystkim ochronie spadkodawcy i jego ostatniej woli. Ustawodawca wychodził z założenia, że to spadkodawca winien zdecydować, jak wygląda porządek dziedziczenia po nim, zachęcając tym samym do sporządzania testamentu bądź świadomego pozostawiania porządku dziedziczenia wynikającego z ustawy. Przesłanki niegodności dziedziczenia skodyfikowane w dotychczasowej treści art. 928 k.c. miały za zadanie przeciwdziałać zniekształceniom ostatniej woli spadkodawcy czy sytuacjom, w których jej wyrażenie było wadliwe. Obecnie zaś „penalizowane” są także czyny innego rodzaju, pozostające poza zakresem swobodnej decyzji spadkodawcy wyrażanej *mortis causa*.

Po drugie, dokonane zmiany w zakresie odpowiedzialności za długi spadkowe, choć *prima facie* pożądane, w rzeczywistości mogą być jeszcze bardziej niebezpieczne niż dotychczasowe. Pod pozorem odpowiedzialności ograniczonej do majątku spadkowego wprowadzono bowiem rozwiązania, wedle których spadkobierca za długi spadkowe odpowiada nie tylko z majątku, który odziedziczył, ale ze swojego całego majątku, także tego dotychczasowego (art. 1030 zd. 2 k.c.), a ograniczenie odpowiedzialności do jakiejś konkretnej wysokości zależy od tego, czy w danym wypadku sporządzono spis (wykaz) inwentarza (art. 1031 § 2 k.c.), o czym najprawdopodobniej zdecydowana większość statystycznych spadkobierców po prostu nie wie<sup>45</sup>.

Po trzecie, mimo powszechnej akceptacji stanowiska o potrzebie jak najdalej idącego pozostawiania majątku spadkowego w rękach prywatnych zdecydowano się także na ograniczenie kręgu spadkobierców ustawowych<sup>46</sup>. Dobrze by się stało, gdyby ustawodawca prezentował w tej mierze jednolitą koncepcję, zwłaszcza że dużo bardziej kontrowersyjna (przynajmniej według niektórych przedstawicieli doktryny) zdaje się regulacja art. 934<sup>1</sup> k.c. przewidująca dziedziczenie z ustawy pasierbów<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Zob. E. Macierzyńska-Franaszczyk, *Odpowiedzialność za długi spadkowe*, Warszawa 2014, *passim*.

<sup>46</sup> A. Mączyński, *Prawo dziedziczenia i jego ochrona w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Minikommentarz dla Maksiprofesorów. Księga jubileuszowa profesora Leszka Garlickiego*, red. M. Zubik, Warszawa 2017, s. 322–342.

<sup>47</sup> Zob. np. L. Cárdenas, *Lines Drawn in Blood: A Comparative Perspective on the Accommodation of Blended Families in Succession Law*, „McGill Law Journal” 2020, vol. 65, no. 4, s. 573–625.

Z drugiej strony dostrzeżono problemy związane z zawieszeniem biegu terminu do złożenia stosownego oświadczenia co do przyjęcia bądź odrzucenia spadku, które dotychczas, w związku z przedłużającymi się postępowaniami sądowymi, tworzyły istotne wątpliwości. Zmieniono także, zgodnie z niektórymi postulatami, charakter prawny zachowku, nadając mu obecny, w zasadzie alimentacyjny, charakter<sup>48</sup>. Zauważono także problem dziedziczenia przedsiębiorstw czy wielopokoleniowej alokacji kapitału. Z pewnością są to zmiany unowocześniające prawo spadkowe, choć ustawodawca także i w tym zakresie mógł dokonać nieco bardziej spektakularnych zmian. Ukształtowanie zachowku jako rozszczenia należnego wyłącznie osobom małoletnim i niezdolnym do pracy, jak też jednoznaczne przesądzenie kilku ważkich kwestii związanych z odpowiedzialnością za długi spadkowe, jak np. kolejność zaspokajania długów spadkowych, to problemy, które nadal są otwarte. Uwspółcześnienia wymaga z pewnością także kwestia formy testamentu, gdyż obecnie polskie prawo, które stoi na straży ścisłego przestrzegania wymagań formalnych, zdaje się nie reagować na wymogi świata współczesnego<sup>49</sup>, w którym szereg obrotu odbywa się za pomocą narzędzi zdalnych (online), co było widoczne zwłaszcza w związku z doświadczeniami pandemii COVID-19<sup>50</sup>. Zresztą obszar cyfrowy, świata wirtualnego, to kolejne wyzwanie stojące przed polskim ustawodawcą prawnosпадkowym, którego to wyzwania ustawodawca ten jeszcze nie podjął.

W tym świetle ocena dokonanych zmian nie wypada jednoznacznie. Ustawodawca prawnosпадkowy jest jednak raczej zachowawczy, dokonuje zmian nieoczywistych bądź niemających wsparcia nauki prawa. Brak niektórych zmian skłania do podejmowania kolejnych prób przekonania ustawodawcy do potrzeby dalszych przeobrażeń, które w polskim prawie spadkowym są nieuniknione.

<sup>48</sup> Por. M. Załucki, *Przyszłość zachowku w prawie polskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012, z. 2, s. 529–562.

<sup>49</sup> *Idem*, *Solving the „Problem” of Wills Formalities in the Modern Post-Pandemic Society: Can the Endless Discussion Be Concluded?*, „Studia Iuridica” 2021, nr 87, s. 526–552.

<sup>50</sup> Zob. M. Stilinovi, Z. Trg, R. Hrvatske, *Testamentary dispositions in the context of global pandemic*, [w:] *EU and comparative law issues and challenges*, eds A. Erceg, D. Akšamović, Osijek 2021, s. 501–525.

## 5. Zamiast konkluzji

W pracy *Perspektywy rekodyfikacji polskiego prawa spadkowego* wskazałem, że „ewentualne przygotowanie nowego prawa spadkowego winno rozpocząć się od głębokiej dyskusji nad stanem obecnego ustawodawstwa. Tego rodzaju dyskusję, na szeroką skalę, czas rozpocząć. Dopiero bowiem szersza analiza poszczególnych instytucji mogłaby pozwolić na podjęcie decyzji w tym zakresie”. Dziś, mimo upływu dziesięciu lat, stosowna dyskusja, mimo wielu zmian ustawy prawnośpadkowej, nadal na poważną skalę się nie toczy. Czy za kolejne dziesięć lat będzie podobnie?



Marek Zirk-Sadowski\*

## Integrująca rola sądów w życiu społecznym

1. Polityka prawa, a w szczególności polityka tworzenia prawa, jest jednym z ważnych zagadnień w twórczości Profesora Tadeusza Biernata<sup>1</sup>. Warunkiem dobrej realizacji polityki tworzenia prawa na poziomie stosowania prawa jest zdolność sądów do integracji społeczeństwa wokół realizacji celów dążeń ustawodawcy<sup>2</sup>.

Jurisprudencja integrująca uważa, że zadaniem sędziów i nauki prawa jest poszukiwanie jak najlepszego rozumienia prawa w kontekście norm i wartości kultury. Wybór przez sądy konkretnej koncepcji interpretacyjnej wpływa bezpośrednio na kształtowanie rzeczywistości. Jak trafnie zauważył Ronald Dworkin<sup>3</sup>, ważna dla prawników ogólna refleksja nad prawem musi uczynić swym punktem centralnym osądzanie jako aktywność umożliwiającą nadanie prawu, jako swoistej praktyce społecznej, najlepszego sensu.

---

\* Prof. dr hab., Uniwersytet Łódzki, ORCID: 0000-0003-1740-0863.

<sup>1</sup> *Politics of law and legal policy. Between modern and post-modern jurisprudence*, red. T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, Wolters Kluwer Polska 2008, s. 75–159.

<sup>2</sup> Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa 2013, s. 229–230. Z. Tobor wykazuje, że za intencję ustawodawcy tzw. typu większościowego uznaje się m.in. intencję do rozumienia zwrotów zawartych w akcie prawnym zgodnie z dominującą konwencją interpretacyjną.

<sup>3</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, s. 410–411.

Warunkiem spełnienia tej roli jest przyjęcie tezy, że osądzania nie można jednak ograniczyć tylko do opisu prawa i definiowania jego pojęcia czy też nadawania znaczeń prawu przez izolowaną od praktyk społecznych wspólnotę językową sędziów. Osądzanie staje się przede wszystkim interpretacją integrującą daną społeczność. Jednocześnie jednak okazuje się, że interpretacja, choć w pewnych granicach, musi mieć charakter twórczy. Jak wiemy, zasady prawne nie są po prostu stosowane, ale są „ważone”<sup>4</sup>. Zadaniem praktyki i nauki prawa jest właśnie osiągnięcie integracji całej normatywnej struktury społecznej, której część zaledwie stanowią reguły prawne. W ten sposób władza sądownicza staje się realna, bo sędziowie przez osądzanie mają władzę nad integracją znaczeń normatywnych w kulturze.

Dzięki dyskursywności prawa nawet w sytuacji niejasności reguł prawnych, przez kontekst normatywny życia społecznego, prawa stron są zawarte w prawie, choć nie w sposób bezpośredni. Sędzia nie buduje sensu normatywnego, opisując obiekt, który istnieje obiektywnie jako prawo. Prawo nie jest dla niego gotowe, zakończone w momencie, gdy wypowie je prawodawca. W teorii interpretacyjnej sędzia formułuje argumenty wspierające twierdzenia na temat praw i obowiązków podmiotów prawa.

Jak się wydaje, uzyskanie takiej integracyjnej pozycji sądów w kulturze jest dzisiaj bardzo ważnym problemem w budowie koncepcji państwa prawa, często całkiem niezrozumiałym dla polityków przywykłych do roli trzeciej władzy jako „ust ustawy”.

2. Konstrukcje państwa prawa są już od dawna dyskutowane w literaturze. Najczęściej o państwie prawa mówi się w języku aspiracji, ideału państwa realnego. W dyskusjach prawniczych, np. w sądowym stosowaniu prawa, aspiracja jest już najczęściej ujmowana w języku deontologicznym, formułuje się wówczas normy, z których naruszeniem przez organy państwa wiąże się zarzut przekroczenia zasad państwa prawa.

Z drugiej strony bardzo często pytamy o państwo prawne jako o pewną faktyczność. Zasadne jest w naszej kulturze prawnej zapytanie: czy ideał państwa prawa wyrażany w konstytucji, dyskusjach prawniczych, literaturze prawniczej jest ucieleśniany w realnych działaniach państwa? Koncepcja państwa prawnego zakłada zawsze, że prawo pozytywne nie jest dane obywatelowi przez państwo, że prawo pozytywne w dużym stopniu funkcjonuje przez działania organów państwowych, a genetycznie sprawę ujmując, prawo w całości od państwa nie pochodzi

<sup>4</sup> *Idem, Is law a system of rules?*, [w:] *Philosophy of law*, ed. *idem*, Oxford 1977, s. 45.

i obywatel może działania państwa, nawet zgodne z prawem, krytykować i domagać się uchylenia decyzji nawet zgodnych z prawem z punktu widzenia czysto legalistycznego. Problem ten trudno jest wyjaśnić bez zajęcia jakiejś postawy filozoficzno-prawnej. Możemy jednak założyć, że współcześnie w społeczeństwach liberalno-demokratycznych ugruntowało się przekonanie, że nawet odrzucenie koncepcji prawnonaturalnych pozwala stwierdzić, że istnieje pewna przestrzeń normatywna między prawem pozytywnym a opartym na godności i wolności człowieka poczuciem praw podmiotowych wśród obywateli. W języku polskim trudno tę kategorię uchwycić, ale w rozpowszechnionym dzisiaj języku angielskim, gdzie tradycja poczucia tej przestrzeni jest bardzo stara i jej początki dostrzegamy już w XIII wieku, zagadnienie to wyraża się słowem *the right*, które nie znaczy tego samego co słowo *the law*.

3. Dyskutując o państwie prawa jako o pewnej rzeczywistości działań państwa, możemy dostrzec dwa podstawowe problemy: czy działania państwa i ich rezultaty odpowiadają wyrażonemu abstrakcyjnie (np. w konstytucji) ideałowi państwa prawa, oraz czy państwo ma podstawy, opierając się na prawie pozytywnym, do uznania za godne ochrony uprawnienia, które nie są zapisane w prawie pozytywnym, ale pojawiły się w owej wspomnianej wyżej przestrzeni normatywnej jako ważne poczucie praw podmiotowych poszczególnych obywateli lub ich grup.

Pierwsze pytanie zadaje się zazwyczaj w sytuacji wykazywania konfliktu uznawanych w społeczeństwie wartości i podejmowanych przez państwo prawa działań. Zazwyczaj krytyka dokonuje się przez odwołanie się do legalności i proporcjonalności. Zdarzają się oczywiście sytuacje prostsze, polegające np. na nieudolności w stosowaniu prawa lub biurokratyzowaniu jego mechanizmów.

Bardziej złożona jest odpowiedź na drugie pytanie, ocena owego poczucia nowych praw podmiotowych. W tym kontekście często podnosi się problem dynamizmu koncepcji państwa prawnego, konieczności nadążania za zmianami w życiu społecznym. Są to najczęściej sytuacje napięcia między prawem a nowymi postawami moralnymi. Dobrym przykładem są współczesne dyskusje na temat praw kobiet, związków partnerskich itd. W tym obszarze najsilniej ujawnia się integrująca rola sądów.

Koncepcja państwa prawnego w sensie normatywnym i realnym może być odniesiona do wielu zagadnień cząstkowych, nie tylko do całego państwa. Bada się pod tym kątem legislatywę, redagowanie tekstu prawnego, stosowanie prawa (administracyjne, sądowe), stosowanie

sankcji prawnych itd. Wszystkie te zagadnienia mogą być rozważane zarówno z punktu widzenia statycznego (w danym momencie historycznym), jak i dynamicznego, gdy bada się zmiany w koncepcji państwa prawnego.

4. Zdolność integrowania kultury przez sądy odnoszące się do nowych wartości pojawiających się w kulturze i ich odrzucanie lub przyswajanie w orzecznictwie dowodzi, że sądy nie są wytworem tylko teoretycznego namysłu, ale rezultatem uwarunkowań historycznych, politycznych, społecznych, kulturowych i gospodarczych specyficznych dla danego państwa. Uporządkowanie sądów przez realizację w nich teoretycznego modelu zarządzania jest bardzo ryzykowne, jeśli konkurują z nim metody tradycyjne. Radykalnie zmniejsza to ich zdolności integracyjne nawet w warunkach dobrego rozumienia samej idei państwa prawa. Internalizacja ustroju sądów, podobnie jak wszelkich norm i wartości kulturowych, najskuteczniej dokonuje się w procesach historycznych danego społeczeństwa, stąd autorytet sądów w państwach mających długą i nieprzerwaną historię swych instytucji, co zapewne najlepiej jest widoczne w Wielkiej Brytanii i USA. Zmiany w takich systemach dokonują się w drodze ewolucji historycznej i ostrożnych reform.

Oczywiście nie można absolutyzować historyczności zjawisk prawnych. Ważne jest, w jakiej pozostają relacji do wartości państwa prawa. Procesy historyczne nie zawsze prowadzą do powstania ustrojów demokratycznych, chroniących prawa człowieka. Systemy autorytarne bardzo często mają w wielu społeczeństwach wsparcie tradycji historycznej albo na tle pewnych wydarzeń społecznych zdobywają wsparcie suwerena przez uzyskanie większości w tzw. demokratycznych wyborach. Dokonanie wyboru między powstałymi w drodze procesów historycznych form sądenia i zarządzania sądeniem odbywa się dzisiaj przez praktykę polityczną państwa liberalno-demokratycznego. Odrzuca się zazwyczaj ideę odwoływania do metafizyki, która wyznaczałaby ostateczne cele polityki sądenia, jest to bowiem państwo neutralne światopoglądowo, traktowane współcześnie jako najlepsza ze znanych i sprawdzonych form rozumnej praktyki władzy, państwa i polityki<sup>5</sup>. Teza ta wynika z praktyki politycznej XX wieku, a nie z uzasadnienia filozoficznego. Państwo liberalno-demokratyczne, stojąc niejako poza sporami filozoficznymi, odrzuca społeczną praktykę polityki opartą na myśleniu metafizycznym, treściowym, którego istotą

<sup>5</sup> Podobnie: M. Kaniowski, *Państwo liberalno-demokratyczne*, [w:] *Neutralność światopoglądowa państwa*, red. E. Nowicka-Włodarczyk, Kraków 1998, s. 35.



jest wybór „lepszego” światopoglądu. Myślenie filozoficzne zastępuje się myśleniem o formach praktyki politycznej, wskazując warunki realizacji wszelkich treści społecznych i orzekania o ewentualnym zakazie realizacji określonych celów<sup>6</sup>.

5. Taka powszechna akceptacja koncepcji władzy i polityki państwa liberalno-demokratycznego, która odgrywa dzisiaj rolę ideału politycznego urządzenia państwa, sugeruje, że w porządku myślenia demokracja liberalna stoi przed filozofią polityczną i filozofią prawa. Europejska praktyka polityczna XX wieku, w której z uzasadnień filozoficznych wyłoniły się systemy totalitarne, ułatwiła zaakceptowanie tej tezy. Filozofia została zastąpiona w Europie praktyką prawniczą i polityczną, które skupiają się wokół tworzenia koncepcji państwa prawa w procesie rozwoju wspólnot europejskich, a obecnie instytucji Unii Europejskiej.

Trzeba jednak poczynić pewne zastrzeżenie. W związku z tym, że zerwanie z myśleniem mitycznym, irracjonalnym stało się podstawą demokracji, to można powiedzieć, że bez refleksji filozoficznej społeczeństwa demokratyczne nie są również w stanie osiągnąć ostatecznej koherencji w konstruowaniu wizji świata i grozi im utrata poczucia sensu i bezpieczeństwa<sup>7</sup>. Odmawianie demokracjom prawa do szukania swych filozoficznych podstaw rodzi też niebezpieczeństwo nieodporności na antydemokratyczne ataki ugruntowane filozoficznie. Dopuszczalne jest zatem filozoficzne ugruntowanie państwa liberalno-demokratycznego, ale jednocześnie uznając, że jest ono samo przez się uzasadnione jako najbardziej racjonalna praktyka polityczna państwa. Filozofia samodzielnie nie legitymizuje demokracji, ale ją rozwija i wspomaga. Daje to podstawę do stwierdzenia, że filozofia pozostająca w takiej relacji do demokracji sama musi być częścią demokratycznego dyskursu. Nie ma możliwości uzasadnienia demokracji przez filozofię z zewnątrz. Filozofia może uzasadniać demokrację, tylko akceptując z kolei samą siebie jako odmianę dyskursu demokratycznego, choć jedyne, który jest w stanie brać w nawias same założenia filozofii, nie przestając być przez to dyskursem demokratycznym.

6. Teoria prawa bardzo rzadko przypomina, że prawo jest głównie tworem historycznym. Stara się wyjaśnić zjawiska prawne, używając modeli zbudowanych na podstawie pojęć zaczerpniętych z nauk o języku (logiki

<sup>6</sup> Wykorzystuję tutaj rozważania M. Kaniowskiego – *ibidem*, s. 37.

<sup>7</sup> R. Dahl, *Democratic Theory and Democratic Experience*, [w:] *Democracy and Difference*, ed. S. Benhabib, Princeton 1996, s. 338.

czy filozofii języka) oraz nauk społecznych (socjologii, ekonomii czy teorii komunikacji). Sugeruje to możliwość synchronicznego uchwycenia problemów prawnych. W praktyce zaś dostrzegamy, że to, z czym mamy do czynienia, mówiąc o państwie prawa, jest w gruncie rzeczy pewnym procesem, który w małym stopniu daje się uchwycić w jakimś jednym modelu teoretycznym. Raczej dostrzegamy je jako wynik pewnych procesów historycznych, a nie decyzji mających ostateczne osadzenie w jakiejś założonej z góry teorii prawa. Być może takiego modelu teoretycznego nie da się zbudować, tak jak nie ma jednego modelu teoretycznego samego zjawiska historycznego.

7. Patrząc na prawo z punktu widzenia diachronicznego, dostrzegamy, że wiele jego wymiarów ma źródła w historii polityki. Oczywiście nie chodzi tu o doraźną politykę, czyli walkę o władzę polityczną, ale o to, że wiele problemów związanych z obecnym obrazem prawa i jego kultury prawnej ma związek z procesami makropolitycznymi.

Momentem decydującym w historii prawa kontynentalnego był pokój westfalski. W tym istotnym momencie historii polityki pojawiła się koncepcja państwa jako ścisłych związków między suwerenem, aparatem biurokratycznym i prawem. Tezą, która z porządku westfalskiego wynikała, było stwierdzenie, że w zasadzie nie ma prawa bez państwa. Do dzisiaj to założenie jest podstawą potocznego spojrzenia na prawo, a dzielają je również prawnicy.

Patrząc na prawo z punktu widzenia historycznego rozwoju instytucji prawnych i państwowych, możemy dostrzec w drugiej połowie XX wieku znaczący zwrot. Mówiąc w dużym skrócie, od tego czasu obserwujemy początek procesu autonomizacji prawa, wymykania się prawa spod kontroli państwa, rozchodzenia się dróg państwa i prawa<sup>8</sup>. Należy zgodzić się z tezą Tomasza Raburskiego, że w tak powstałym porządku w gruncie rzeczy wszystkie istotne zmiany są inicjowane na poziomie stosunków międzynarodowych<sup>9</sup>. Nie znaczy to, że natychmiast uległa osłabieniu zależność prawa międzynarodowego od państwa. Zaprzeczają temu bowiem prace realistów, np. sławna praca o teorii stosunków międzynarodowych Kennetha Waltza, w której stawia on tezę o ścisłych związkach państwa i prawa. Wykazuje to również koncepcja *realpolitik*.

<sup>8</sup> Szerokie omówienie tego problemu przedstawił T. Raburski w pracy *Autonomizacja prawa wobec państwa w kontekście globalizacji*, Poznań 2012.

<sup>9</sup> *Ibidem*, rozdz. 2.

8. Można jednak postawić tezę – analizując cały szereg zjawisk i ograniczając się tylko do prawa pozytywnego – o współczesnym narastaniu kryzysu rządności (*governance*) państwa przez prawo. Na poziomie prawa międzynarodowego budowa rządności w stosunkach międzynarodowych przez prawo kompletnie się nie udała. Stosunki międzynarodowe stworzyły prawo międzynarodowe, ale ono nie rządzi tak efektywnie, jak się jeszcze w początkach ubiegłego stulecia spodziewano.

Obecnie ten sam problem zaczął być widoczny w obszarze prawa wewnętrznego. Na pewnym etapie jurydyzacji okazało się po prostu, że prawo źle zarządza w sensie wyrażanym przez termin *governance*. Zarządzanie społeczeństwem przez koncepcję państwa prawa nie jest tak dobrym narzędziem, jak się zawsze wydawało<sup>10</sup>. Zaczyna się proces pewnego kryzysu możliwości efektywnego zarządzania przez prawo, które pisane jest w języku naturalnym i składa się z reguł generalnych, abstrakcyjnych. Jak powiedział prof. Frederick Schauer, prawo jest zbudowane w taki sposób, że jest w nim albo za dużo tekstu, albo za mało znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy<sup>11</sup>.

Następuje kryzys relacji między prawem i państwem. W stosunkach międzynarodowych autonomizacja prawa jest bardzo dobrze widoczna. Jej główne przejawy to: istnienie bardzo potężnych organizacji międzynarodowych, które w istocie rzeczy konkurują z państwami w porządku międzynarodowym; poczucie uniwersalności praw człowieka i możliwości oceny państw z punktu widzenia tych praw; sądownictwo międzynarodowe.

Jest oczywiście i prawo unijne, określane jako prawo *sui generis*, które funkcjonuje gdzieś między prawem międzynarodowym a wewnętrznym i opiera się na nowej koncepcji *soft law*.

9. W dyskusjach historyczno-politycznych na temat wykładni prawa, a także o jego stosowaniu i tworzeniu, pojawia się konkurencja dwóch stanowisk. Jedna wizja bardzo ściśle wiąże prawo z państwem, a druga uznaje autonomiczność prawa wobec państwa, zarówno w wymiarze międzynarodowym, jak i w wymiarze wewnętrznym. Jesteśmy gdzieś w środku tej dyskusji, która toczy się nie tylko w Polsce.

Wydaje mi się, że najważniejszym problemem tej dyskusji staje się proces nowego definiowania trzeciej władzy w ramach państwa prawa.

<sup>10</sup> M. Zirk-Sadowski, *Rządność sądów a zarządzanie przez sądy*, „Zarządzanie Publiczne” 2009, nr 1, s. 45–65.

<sup>11</sup> Zob. M. Matczak, *Summa Iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 90 i podany tam przypis 19.

Trzecia władza przestaje pełnić rolę „przedłużonego ramienia” suwerena, jak to opisywali pozytywiści, a staje się trzecią władzą *sui generis* – równie niezależną od legislatywy jak legislatywa od władzy wykonawczej czy władza wykonawcza od sądowniczej i od legislatywy. Rodzi się nowa koncepcja równowagi tych władz.

10. Wraz ze zderzeniem starej i nowej wizji roli sądownictwa w państwie prawa oraz roli sędziego pojawia się wiele obszarów dyskusji, które chciałbym podzielić na trzy grupy.

Pierwsza gromadzi problemy związane z wymiarem instytucjonalnym zmian w sądownictwie. Jest to zagadnienie stosunkowo dobrze opracowane, dotyczy bowiem relacji ustrojowych między sądownictwem a legislatywą. Polska jest tutaj bardzo dobrym przykładem. Mieliśmy w niej długotrwałą dyskusję o pozycji Trybunału Konstytucyjnego, dotyczącą tego, czy pozwolić na zatwierdzanie jego wyroków przez legislatywę, czy nie. Zwyciężyła koncepcja niezatwierdzania wyroków Trybunału Konstytucyjnego przez Sejm. Dzisiaj żyjemy dyskusją o relacji Trybunału Konstytucyjnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, relacji prawa konstytucyjnego do prawa unijnego. Kiedy Trybunał Konstytucyjny uzyskał możliwość niezatwierdzania wyroków przez Sejm, od razu powstał spór między Sądem Najwyższym a Trybunałem Konstytucyjnym: czyja jest ta Konstytucja?

Zauważmy również zmiany wewnątrz sądownictwa administracyjnego. Zmieniona pozycja Naczelnego Sądu Administracyjnego wobec Sądu Najwyższego wpłynęła na do niedawna ustabilizowaną już relację Naczelnego Sądu Administracyjnego do Trybunału Konstytucyjnego.

W ramach wymiaru instytucjonalnego powraca stale dyskusja o immunitacie sędziowskim. Zadaje się pytanie: czy sędzia rzeczywiście potrzebuje tyle ochrony, tyle swobody? Ci, którzy sprowadzają sędziego do roli funkcjonariusza, nie widzą takiej potrzeby, w przeciwieństwie do tych, którzy widzą sędziego jako uczestnika pewnej autonomicznej władzy.

Przedmiotem debaty są także: samodzielność budżetowa sądownictwa, zwiększanie roli Naczelnego Sądu Administracyjnego w prawotwórstwie i ocenie projektów prawotwórczych, wymiana refleksji między orzecznictwem a legislatywą – wpływ orzecznictwa na inicjatywy legislacyjne, szczególnie te podstawowe. Są to problemy instytucjonalne, związane z autonomizowaniem się władzy sądowniczej.

Drugi i zapewne najistotniejszy jest wymiar integracyjny tego sporu, w którym widać najwięcej problemów. Przede wszystkim jest to spór

o miejsce formalizmu sądowego. Marcin Matczak, autor najbardziej znanej polskiej książki na ten temat, krytykuje w niej literalne stosowanie prawa, pozbawione holistycznego spojrzenia na prawo<sup>12</sup>.

W integracyjnym ujęciu bardzo ważny okazuje się problem aktywizmu sędziowskiego i w ogóle rola sędziego w kulturze, ujęta nie tylko opisowo, ale również wartościująco. Czy sędzia jest tylko odbiorcą prawa i urządzeniem do przeprowadzenia sylogizmów prawnych, czy też wyznacza on pewne cele społeczeństwu, korzystając z różnych klauzul generalnych i luzów zawartych w prawie, a których istnienie jest po prostu nieodzowne dla prawidłowego stosowania prawa?

Trzeci wymiar, który w dyskusjach prawnych w Polsce zaczyna odgrywać coraz większą rolę, to wymiar doktrynalno-filozoficzny podstaw państwa prawa. Zwolennicy pozytywizmu prawniczego widzą w nim ratunek metodologiczny w całym bałaganie prawodawczym, który obserwujemy. W wielu krajach pozytywizm jest jednak krytykowany i zastępowany tzw. podejściem niepozytywistycznym, podważającym tezę o separacji prawa i moralności w procesach interpretacji i stosowania prawa. Nie oznacza to powrotu do koncepcji prawa naturalnego. Raczej załamuje on wiarę w niewzruszoną strukturę pojęciową prawa, którą próbował stworzyć pozytywizm prawniczy. Dyskusja na ten temat dominuje we współczesnej Europie, a przyczynia się do tego również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który nie ujmuje prawa unijnego w duchu konceptualnego pozytywizmu.

11. Obecnie również w Polsce zasadniczym sporem doktrynalno-filozoficznym jest dyskusja pozytywistów z niepozytywistami, która kumuluje się na poziomie teorii wykładni. Może z tego powodu dzisiaj obserwujemy rozkwit polskich teorii wykładni. Myślę, że to zjawisko może zaowocować bardzo dobrym rozwojem polskiej filozofii prawa, choć niektóre tezy tej dyskusji niepokoją wielu prawników. Na pewno takim „kijem wsadzonym w mrowisko” była praca prof. Macieja Zielińskiego, który jako pierwszy zaatakował zasadę *clara non sunt interpretanda* na rzecz zasady *omnia sunt interpretanda*, mówiąc, że wszystko może być interpretowane, że nie ma żadnego stałego znaczenia normy i że na każdym etapie stosowania prawa trzeba podejmować jego kompleksową wykładnię<sup>13</sup>. U wielu filozofów prawa zaczyna to rodzić podejrzenie, czy w gruncie rzeczy nie mamy tu do czynienia z tezą postmodernistyczną. Jeżeli nie ma bezpośredniego rozumienia i jeżeli nie ma

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 181–215.

<sup>13</sup> M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 56.

jakiejś sytuacji wyjściowej, to skłania nas to do traktowania wszystkich rozumień prawa jako równie legitymowanych. Interesująca jest uchwała sędziów Izby Karnej Sądu Najwyższego z 20 stycznia 2005 roku, w której przedstawiona została teza, że zawsze należy ryzykować, odchodzić od tezy o jasności przepisu. Podobnie w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z 13 stycznia 2005 roku postawiono tezę, że interpretacje należy podejmować w każdej sprawie (*case*) i nie należy sugerować się jakimś bezpośrednim rozumieniem (*plain meaning*).

Najpierw na poziomie czysto teoretycznym zaczęto podważać w ogóle znaczenie językowe – stabilne, bezpośrednie rozumienie. Dzięki pracom Jerzego Wróblewskiego jesteśmy przyzwyczajeni do koncepcji Kazimierza Ajdukiewicza, w której zawarta jest teza o istnieniu czegoś takiego jak bezpośrednie rozumienie i która miała zasadniczy wpływ na naszą teorię wykładni. Dzisiaj jesteśmy coraz bardziej pod wpływem amerykańskiego sporu o aktywizm i tekstualizm. Bardzo wpływowa stała się w Polsce myśl neopragmatystów i poglądy Stanleya Fisha, który odrzuca istnienie jakiegось bezpośredniego znaczenia tekstu, bo nie ma również jednej wizji świata, z której można go wyprowadzić. Wielu teoretyków wykładni przyjmuje tezę, że znaczenie jest tworem w miarę konwencjonalnym. Jego oczywistość jest tylko złudzeniem, powstałym z perspektywy społecznej czy naszej życiowej pozycji. W gruncie rzeczy całe nasze życie i całe życie społeczne to wspólne tworzenie symboli i znaczeń. W takim razie nie ma się co łudzić, że będziemy mogli ustabilizować jakieś bezpośrednie znaczenia językowe. Poza tym sam język jest aktywny wobec rzeczywistości. Nie jest tak, że językowe wyrażenia są po prostu „przykładane” do rzeczywistości. Raczej to, jak nimi dysponujemy, wpływa na nasze jej widzenie.

W takim razie tzw. jasne znaczenie tekstu nie jest ani jasne, ani oczywiste. Tak mówią przeciwnicy wykładni językowej, której – ich zdaniem – w ogóle nie ma. Według nich od razu zaczynamy wykładnię funkcjonalną, bowiem podejmujemy decyzję, że jest jakieś znaczenie językowe. Jest takie sławne powiedzenie – nie wiadomo, kto je sformułował, jedni mówią, że Mark Twain, inni, że Abraham Maslow – że jeśli jedynym narzędziem, które posiadasz, jest młotek, to będziesz miał tendencję do traktowania wszystkich problemów jako gwoździe. Jeśli zatem jedynym pewnym narzędziem pracy prawnika jest język, to musimy mieć skłonność do przeceniania roli wykładni językowej. W Polsce koncepcja mocnej wykładni językowej jest przydatna w pracy sądu, bo sędzia poza językiem prawnym ma odczucie próżni. Nie mamy żadnej widocznej polityki prawa czy polityki społecznej. Jesteśmy w fazie

bolesnego wyłaniania się koncepcji naszego państwa i w związku z tym koncepcja ucieczki w wykładnię językową jest jakoś usprawiedliwiona, ale budzi też protest. Istnieje bowiem obawa, że prawo zacznie hamować naturalne procesy dyskusji społecznej, dyskusji politycznej. Integracja przez sądy porządków normatywnych zaczyna napotykać na opór.

12. Ratując integracyjność, jedyne, co w granicach rozsądku można zaproponować w modelu państwa prawa, to zjawisko, które moglibyśmy nazwać wykładnią kompleksową. Oznacza ona obowiązek pełnej wykładni (językowej, systemowej i funkcjonalnej), nawet gdy tekst sprawia wrażenie jasnego, jednak sądzę, że jest też jakąś naszą iluzją, że rzeczywiście tak złożony proces interpretacyjny jest możliwy do przeprowadzenia. Wiemy przecież doskonale, że poza wykładnią językową nie mamy żadnych dobrych dyrektyw interpretacyjnych. Nie ma w obszarze jurysprudencji takiej teorii wykładni celowościowej czy funkcjonalnej, która oferuje dokładne i precyzyjne wskazówki interpretacyjne. Gdy stajemy przed zadaniem dokonania takiej wykładni, to wtedy zaczynamy działać tylko jak podmioty, które są skłonne do refleksji nad działaniem prawa i które niewątpliwie podzielają jakiś system wartości i próbują ten system wartości obronić, nazywając to często wykładnią językową czy celowościową. Co wtedy w istocie czynimy? Zostaje nam dyskusowanie o tych znaczeniach i argumentowanie na rzecz wybranych alternatyw. Owo kompleksowe podejście do wykładni jest w gruncie rzeczy procesem, w którym znaczenie językowe zawsze ujmowane jest dynamicznie. Zawsze wyłania się z dyskusji, dla której tekst prawny jest tylko jakąś kanwą. Wszystkie rezultaty tej dyskusji musimy ostatecznie do tego tekstu odnieść, tym tekstem je uzasadnić, stąd bierze się oddzielanie pojęć: akt normatywny i norma prawna. Wiemy, że nie ma dedukcyjnego przejścia między tymi dwiema formułami, ponieważ jest to domena rozumu praktycznego, posługujemy się tutaj różnymi argumentacjami. Za Robertem Alexym przyjmuje się powszechnie tezę, że prawniczy dyskurs powinien być tylko szczególnym przypadkiem dyskursu praktycznego. Jeśli to, co nazywa się dyskursem praktycznym, codziennym, szwankuje, to musi szwankować również jakość dyskusowania społeczeństwa z prawnikami.

13. Są tutaj zasadnicze kłopoty polegające na tym, że prawnicy są niejako „lepsi” argumentacyjnie od innych obywateli. Z tego powodu mamy również wiele problemów w życiu politycznym. Wywołuje to u obywateli – i to jest największe niebezpieczeństwo wyływające z tej

sytuacji – wrażenie pewnej autorytarności sądowej wykładni. Obywatel ma wrażenie, że jest przedmiotem sądowej przemocy językowej<sup>14</sup>.

Opisane wyżej problemy są, jak się wydaje, reakcją tzw. trzeciej władzy na zjawisko autonomizacji prawa, pojawienie się prawa pozytywnego, które w dużym stopniu nie jest tworem państwa, a nawet może się jego władzy przeciwstawiać. Dotychczas takim przywilejem samodzielności cieszyły się tylko prawa człowieka, dzisiaj grupa norm, które są bezpośrednio stosowane, a nie są rezultatem państwowego tworzenia prawa, lawinowo się powiększa. Z reguły niezastosowanie się do tych norm jest obarczone sankcją odszkodowawczą, która w niedalekiej przyszłości będzie dotyczyła nie tylko państwa, ale samych sędziów. Są oni zatem zobowiązani i to bardzo konkretnie do przeciwstawiania się państwu i jego normom w przypadku ich konfliktu z autonomicznymi normami prawnymi, np. Unii Europejskiej.

14. Niezbędna jest dyskusja o nowych sposobach legitymizacji władzy sędziowskiej, również o problemie doboru samych sędziów i szeroko rozumianej etyce sędziowskiej. Tylko w ten sposób możliwe będzie przywrócenie wzajemnego rozumienia się prawników (sędziów) i społeczeństwa, dla którego pracują.

Artur Kozak podkreślał trafnie, że z punktu widzenia innej wewnątrzinstytucjonalnej rzeczywistości działania prawników wydają się arbitralne i władcze<sup>15</sup>. Z wewnątrzinstytucjonalnej perspektywy prawa zakres naszej dyskrekcji okazać się może (przy założeniu stabilnej koncepcji źródeł prawa, paradygmatu interpretacyjnego itd.) znacznie węższy, niż to się na ogół uważa. Odrzucał w związku z tym poglądy propagujące dezinstytucjonalizację prawa. Jego zdaniem uznać je należy za wyraz dezorientacji, zrozumiałej dla każdego bezstronnego obserwatora otaczającej nas rzeczywistości.

Zdaniem Kozaka owa bezstronna obserwacja wskazuje także wyraźnie, że – niezależnie od beznadziejnej komplikacji i niepewności codziennego życia – potrzebne nam wszystkim jest centrum, wokół którego można skupić aktywność społeczną; potrzebne jest nam wszystkim jakieś wspólne doświadczenie, na którym moglibyśmy oprzeć naszą wspólną tożsamość. Zauważał, że idee polityczne raczej nas dzielą,

<sup>14</sup> Por. M. Zirk-Sadowski, *Epistemologia prawa a teorie wykładni*, [w:] *Prawo – Władza – Społeczeństwo – Polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Pałeckiego*, red. M. Borucka-Arctowa, T. Biernat, J. Czapska, H. Opalek, A. Rojek, M. Stępień, Toruń 2006, s. 67–79.

<sup>15</sup> Por. A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrejonalnej*, Wrocław 2002, rozdz. 5.



niż łączą. Podobnie poglądy moralne i religijne. Pozostaje idea prawa równego dla wszystkich i przewidywalnego. Widział w niej najmniej zdevaluowaną ideę naszej kultury. W tej sytuacji odbudowanie ładu instytucjonalnego, na którym oparta była obiektywność państwa prawa w tradycyjnych modelach praktyki prawniczej, staje się naszym podstawowym zadaniem<sup>16</sup>.

15. Już na pierwszy rzut oka można dostrzec teoretyczno-prawne uwikłanie rozwiązania tego problemu i jego uzależnienie od poglądów filozoficzno-prawnych na istotę tego typu sprawowania władzy. Pogląd na istotę tej czynności, i co za tym idzie – na sposób sprawowania władzy przez sędziów, uległ w ostatnim tylko stuleciu znacznej ewolucji. Dzisiaj dyskusja dotyczy nawet szczegółowych aspektów realizacji integracyjnej teorii sądów.

Należy zwrócić uwagę na organizacje sędziowskie i prowadzone w nich badania nad niezależnością sądów oraz niezawisłością sędziowską. W konkretnych praktykach sądowych ujawniły ścisłą zależność dobrego realizowania takiego modelu sądownictwa od prawidłowo skonstruowanych modeli zarządzania sądami oraz systemu ich instytucjonalnych lub administracyjnych relacji z władzą wykonawczą i ustawodawczą.

Chociaż bezpośrednio zaangażowanie wymiaru sprawiedliwości w ogólne zarządzanie sądami nie jest warunkiem wstępnym niezawisłości sędziowskiej, to model zarządzania sądami we wspomnianym wyżej modelu integracyjnym powinien być oparty na szczególnych gwarancjach organizacyjno-prawnych. Wiele raportów zalicza do tych gwarancji w wymiarze zarządzania sądami<sup>17</sup>:

- pozostawienie wymiarowi sprawiedliwości kontroli nad prowadzeniem postępowania we wszystkich jego aspektach przed sądem;
- wykluczenie jakiegokolwiek roli władzy wykonawczej w sprawach takich jak przydzielanie sędziów i przydzielanie spraw sędziom;
- ochronę poszczególnych sędziów przed wszelkimi niewłaściwymi naciskami, wewnętrznymi lub zewnętrznymi w stosunku do ich sądu, które mogłyby wpłynąć na prowadzenie przez nich sprawy.

<sup>16</sup> *Ibidem*, rozdz. 6.

<sup>17</sup> *Independence and Accountability of the Judiciary*, ENCJ Report 2013–2014, [www.ency.eu/images/stories/pdf/workinggroups/independence/encj\\_report\\_independence\\_accountability\\_adopted\\_version\\_sept\\_2014.pdf](http://www.ency.eu/images/stories/pdf/workinggroups/independence/encj_report_independence_accountability_adopted_version_sept_2014.pdf) [dostęp: 9.01.2024].

Poszukiwanie właściwego modelu zarządzania sądami w państwie prawa wyraźnie polega na stałym wyważaniu wartości, z jednej strony składających się na europejską koncepcję państwa prawa w ujęciu integracyjnym, a z drugiej zawartej w postulatach szybkiego i sprawnego, z punktu widzenia prakseologicznego, działania wymiaru sprawiedliwości.

16. Sięgając do ostatecznych źródeł zdolności państwa prawnego do spełniania przez sądy ich integracyjnej funkcji, okazuje się, że podstawowym czynnikiem najmocniej wpływającym na zdolność integracyjną sądów w państwie prawa jest model kultury prawnej, na tle którego sądy działają. Można uznać, że decyduje on o sposobie powstawania, rozwijania i korygowania instytucji kultury prawnej.

W literaturze prawniczej wskazuje się na kilka podstawowych elementów wzorca kulturowego, na którego tle daje się realizować opisany wyżej integracyjny model państwa prawa<sup>18</sup>.

Podstawową cechą jest homogeniczność kultury prawnej. Przejawia się nie przez akceptację jakiejś definicji sprawozdawczej prawa, ale ze względu na typ relacji prawa do innych porządków normatywnych występujących w jego otoczeniu. Prawo jest traktowane jako względnie autonomiczny podukład kultury, który nie powinien być podporządkowany sferze politycznej, ekonomicznej, religijnej i moralności.

Kolejnym wskaźnikiem jest sposób legitymizacji prawa w kulturze. Autorytet prawa nie opiera się na intelektualnym autorytecie jego przedstawicieli ani na władzy państwowej odwołującej się do groźby użycia siły lub zastosowania innych sankcji, lecz na powszechnym przekonaniu jednostek, że należy się podporządkować ustaleniom interpretacyjnym sędziów i innych urzędników, gdyż reprezentują oni prawo będące samo w sobie wartością, którą warto i należy szanować. Zatem nie siła i przymus używane przez państwo i kryjące się za prawem, lecz wartość instytucji prawnych jest źródłem legitymizacji prawa. W zbiorze wartości konstytuujących te instytucje bardzo istotną rolę odgrywa racjonalność uzasadnień decyzji przez nie podejmowanych, która daje podstawy do przyjęcia konstrukcji racjonalnego prawodawcy w wykładni prawa.

---

<sup>18</sup> Wykorzystuję niektóre elementy koncepcji kultury prawnej zawarte w pracy: M. Van Hoecke, M. Warrington, *Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law*, „International and Comparative Law Quarterly” 1998, vol. 47, s. 514–516.

Następnie należy wskazać na koncepcję źródeł prawa, która określa pozycję każdego aktu w systemie oraz każdy element jego konstrukcji prawnej. Normatywnie ujęte źródła prawa mają hierarchiczną budowę i z reguły są enumeratywnie wskazane. Lista normatywnych źródeł prawa określa granice porządku prawnego. Dąży się do realizowania zasady zamkniętego i zupełnego systemu źródeł prawa, w którym konstytucja ma pozycję najwyższej ustawy zasadniczej w systemie źródeł prawa. Wyznacza ona w swych przepisach zasady budowy systemu aktów normatywnych i określa jego poszczególne składniki (warunki i tryb wydawania aktów, ich moc obowiązującą). Konstytucje proklamują z reguły zasadę prymatu ustawy, która powinna być podstawą regulacji wszystkich stosunków prawnych w państwie. Z ustawą nie może być sprzeczny żaden akt normatywny. Rozwinięciem tej zasady jest instytucjonalna możliwość kontroli zgodności ustaw z konstytucją. Z wyjątkiem uregulowań korzystniejszych dla obywateli uznaje się zakaz działania prawa wstecz. Warto wskazać również na akceptację jawności prawa przejawiającą się zarówno w jawności postępowania ustawodawczego, jak również w publikacji aktów normatywnych. W sferze prawa miejscowego akceptowana jest autonomia tego typu prawotwórstwa poddanego w zasadzie tylko nadzorowi państwa.

W sferze interpretacji i argumentacji prawniczej zdolność integrująca kultur przejawia się w podobnym zbiorze akceptowanych kanonów wykładni prawa i rozumowań uznawanych za źródło konsekwencji wynikających z ustanowionych bezpośrednio norm prawnych. Przekonanie o generalności norm należących do systemu prawa powoduje konieczność uzupełnienia bezpośrednich regulacji prawnych przez zabiegi interpretacyjne i argumentacyjne, które dokonują się w procesie stosowania prawa, a więc wydawania norm indywidualnych. Ujednolicenie rezultatów tych czynności jest możliwe przez przyjęcie założenia o racjonalności prawodawcy jako elementu głębokiej struktury stosowania prawa. Innymi słowy, w praktyce prawniczej działa pojęcie prawodawcy, które jest konstrukcją wypracowaną przez tradycję prawniczą, a odwołania do woli prawodawcy przyjmują jedynie pozór powoływania się na prawodawcę faktycznego.

System wartości akceptowany zarówno przez samo prawo, jak i praktykę prawniczą oraz jurysprudencję zamyka się we wspólnej ideologii państwa prawa. Stanowi ona o organizacji władz, granicach ingerencji państwa w prawa jednostki, legalnym sposobie przejmowania władzy państwowej. Nie musi to oznaczać, że konstytucja w każdym przypadku zawiera wyrażoną bezpośrednio zasadę państwa

prawnego. Charakterystyczne jest z reguły formalne ujęcie państwa prawnego i pozostawienie sprecyzowania treści tej ideologii praktyce stosowania prawa.

Wreszcie podobieństwo struktury zawodów prawniczych wiąże się z podobieństwem koncepcji rozstrzygania sporów i ustalania praw poszczególnych obywateli na podstawie norm generalnych zawartych w systemie prawa. Zawody prawnicze wyposaża się w etyki zawodowe, na podstawie których ocenia się przebieg praktyki prawniczej. Treść tych etyk jest powiązana z racjonalnością prawniczą, gdyż decyduje o doborze argumentów w dyskursie prawnym.

Ostatecznie należy nadmienić, że wyodrębnienie się edukacji prawniczej i umieszczenie jej w ramach kształcenia uniwersyteckiego jest elementem ujednocającym kultury prawnicze poszczególnych państw. Jest to jeden z najstarszych przejawów europejskich kultur prawnych, obserwowany już w średniowieczu. Dzięki recepcji prawa rzymskiego stworzona została wspólna dla całego kontynentu aparatura pojęciowa prawoznawstwa, która obok aparatury pojęciowej *common law* zapewnia komunikację pomiędzy odległymi kulturami prawnymi. Stała się ona również postawą międzynarodowej praktyki prawniczej.

17. Z reguły uznaje się, co warto podkreślić, że przymiot państwa prawa nie jest stopniowalny. Prawdopodobnie nawet drobne odstępianie od tego modelu niweczy osiągnięcie modelu państwa prawa i uniemożliwia tym samym realizację tej wersji kultury prawnej, którą nazwaliśmy integracyjną.

## Indeks osobowy

- Ajdkiewicz Kazimierz 579, 580, 622  
Ajschines 592  
Aleksander II Romanow 398  
Aleksander VI, papież (Rodrigo Borgia) 122  
Alembert Jean le Rond d' 174  
Alexy Robert 623  
Alfieri Vittorio 117  
Amborski Jan Darosław 111  
Anczyc Władysław Ludwik 111  
Antoszewski Andrzej 166  
Archetti Giovanni Andrea 175  
Arnaoutoglou Ilias 590  
Arystofanes 587–595  
Arystoteles 370, 404, 481, 482  
Asnyk Adam 111  
Ayer Alfred Jules 579, 580
- Babington Macaulay Tomasz 118  
Bafia Jerzy 306  
Bailey David 203  
Baker Douglas 474  
Bałucki Michał 111–113  
Bartoszewicz Michał 190, 195, 197  
Bartusówna Maria 111  
Batory Anna 38  
Baudouin Jan 176, 177, 179, 180
- Bauman Zygmunt 526  
Beaumont Gustaw de 492  
Beck Józef 264  
Bełza Władysław 111  
Benda Feliks 113  
Beneš Edward 259  
Benoist Alain de 525, 526  
Bentham Jeremy 224  
Berlin Isaiah 522–524, 530, 535  
Bertalanffy Ludwig von 292  
Bielik-Robson Agata 532  
Bieniek Gerard 540, 541, 543  
Biernacki Mateusz 188  
Biernat Anna 19, 33  
Biernat Tadeusz 9–17, 19, 21, 33–45, 48, 53, 55, 61–63, 68, 133, 142, 144, 224, 285, 286, 292, 294, 295, 317–319, 322, 323, 330, 332, 333, 354, 359, 360, 410, 428, 455, 481, 501, 504, 521, 522, 587, 598, 613  
Biliński Leon 111  
Bird Rose 492  
Bischoff Gabriele 90  
Bismarck Otto von 115, 117  
Bochenek Mieczysław 113  
Bocheński Feliks 261  
Bogusławski Wojciech 114, 178

- Bohomolec Franciszek 173  
Bolsonaro Jair 589  
Boole George 576  
Borgia Cezar 121  
Borucka-Arctowa Maria 525  
Bourdieu Pierre 531  
Boy-Żeleński Tadeusz 49  
Buber Martin 452  
Bujak Jan 110  
Bunsch Karol 18  
Burr Rachel 444, 451  
Butterwick-Pawlikowski Richard  
176
- Calderón de la Barca Pedro 179  
Cambon Jules 263  
Campi Alessandro 128  
Canestrini Giuseppe 117, 126  
Carby-Hall Jo 38, 44  
Carnap Rudolf 579, 580  
Castells Manuel 145  
Cat-Mackiewicz Stanisław 176  
Chałubińska-Jentkiewicz Kata-  
rzyna 243, 246  
Charlesworth Hilary 411–415,  
417, 421, 422, 424, 425  
Chimni Bhupinder 410, 417  
Chinkin Christine 411–415, 417,  
419, 422, 423, 425  
Chłędowski Kazimierz 111  
Chmieliński Maciej 353, 354, 368  
Churchill Winston 90  
Cieślukowski Maciej 185  
Ciołkowski Konstantin 398  
Ciszewski Wojciech 355, 357  
Collot d’Herbois Jean-Marie 179  
Compton Mallory 477  
Comte August 524  
Constant Benjamin 484, 527  
Crick Bernard 346
- Czaja Jacek 39  
Czapska Janina 42  
Czartoryski Adam Kazimierz 171  
Czerwieński Bolesław 111
- Ćwiękała Franciszek 261
- Dahlgren Peter 341  
Dantyszek Jan 124  
Dean Howard 339  
Dembiński Bronisław 128  
Dembiński Henryk 128  
Demostenes 592  
Dewey John 361  
Diderot Denis 174, 177  
Dijk Jan van 343  
Dimock Susan 356  
Długajczyk Edward 262  
Dobija Mieczysław 188  
Drzewiecki Stefan 398  
Dudzińska z Żochowskich Sewe-  
ryna 111  
Duverger Maurice 158–161, 167  
Dworkin Ronald 355, 371, 563, 613
- Ehrlich Stanisław 531  
Elgie Robert 158, 160–162, 168
- Faber Jean 181  
Feldmanowski Hieronim 111  
Ferdynand I Habsburg 127  
Ferdynand II Aragoński 122, 123  
Filipow Krzysztof 264  
Filippi Parys 113, 114  
Finnis John 361  
Fischer Joshka (Joseph Martin) 88  
Fish Stanley 622  
Flekkøy Målfrid 451  
Florczak-Wątor Monika 191  
Foucault Michel 526

- Fournel Jean-Louis 130  
Franaszek Helena 38  
Frege Gottlob 576, 578–580  
Freund Daniel 90  
Friedman Milton 195  
Frycz Modrzewski Andrzej 47  
Fryderyk II Wielki (Friedrich II von Hohenzollern) 117
- Gableta Małgorzata 187  
Ganghof Steffen 159  
Gardam Judith 422, 423  
Garlicki Leszek 190, 191  
Gasperi Alcide de 402  
Gaulle Charles de 160  
Gawin Dariusz 529  
Giario Tomasz 395  
Gierowski Józef Andrzej 131  
Giezek Jacek 375, 378, 382, 389  
Gilbert Felix 130  
Gill Judith 472  
Giller Agaton 111  
Gilligan Carol 412, 420  
Glayre Piotr Maurycy 180  
Głowacka Małgorzata 368  
Gödel Kurt 576  
Godziejewski Eugeniusz 261  
Gołogórski Emil 261  
Gouges Olimpia (Olympe de) 425  
Goździewicz Grzegorz 190, 194  
Góral Zbigniew 196  
Gray John 522  
Grocjusz Hugo 407  
Gromek-Broc Katarzyna 42, 44  
Grosse Tomasz Grzegorz 89  
Grottger Artur 112  
Grzybowski Konstanty 128, 129  
Gubrynowicz Władysław 110, 111  
Guicciardini Francesco 112, 116–118, 122–127, 129–131
- Guicciardini Luigi 124  
Gumplowicz Ludwik 113, 114
- Habermas Jürgen 556, 565  
Haidt Jonathan 466  
Hajn Zbigniew 193  
Haller Cezary 261  
Hart Herbert Lionel Adolphus 288, 297, 300  
Hart Paul t' 477, 478  
Hawking Stephen 293  
Hayek Friedrich August von 300, 481, 482, 495–500  
Heathcote Gina 421  
Hechel Fryderyk 54  
Herburt Jan 172  
Hinz Henryk 177  
Hirschberg Aleksander 111  
Hochberg Leon 306  
Hoff Jens 343  
Honneth Axel 361  
Horrocks Ivan 343  
Hume David 575, 576
- Ingarden Roman 575
- Jackiewicz Andrzej 190  
Jackowiak Urszula 197  
Jaegermann Kazimierz 55  
James Allison 436  
Jan Paweł II, papież (Karol Wojtyła) 367  
Jarosz Ewa 435, 437  
Jarosz-Żukowska Sylwia 190, 191  
Jarowiecki Jerzy 111  
Jatelnicki Bolesław 261  
Jaucourt Louis de 177  
Jerzykowski Z. 111  
Johnson Boris 589  
Johnson David 144

- Julian Medycejski (Medyceusz, Giuliano de' Medici) 119  
Jurgilewicz Marcin 242
- Kaczyński Jarosław 536  
Kaloi Laura 474  
Kała Dariusz 243  
Kamińska Kamila 437  
Kant Immanuel 575, 576, 578, 584  
Kantecki Klemens 111  
Kapuściński Ryszard 18  
Karol V Habsburg 124, 125  
Kasprzycki Tadeusz 264  
Katarzyna II Wielka 175  
Katsh Ethan 144  
Kaufman Natalie 451  
Kelsen Hans 418  
Kersting Norbert 341  
Khan Imran 589  
Kiedroń Józef 257  
Kiedroń Zofia 257  
Kirst Hans Hellmut 18  
Kiwior-Filo Małgorzata 128  
Klaczko Julian 111  
Klemens VII, papież (Giulio de' Medici) 124, 125  
Kleon 588, 589  
Klinke Waclaw 261  
Knedler Jan 261  
Koch Bronisław 306, 308  
Kołakowski Leszek 522, 535  
Komornicka Anna Maria 587, 590  
Konopka Ryszard 261  
Korczak Janusz 433, 436  
Korycka Katarzyna 68  
Korycka-Zirk Milena 68  
Koskenniemi Martti 411, 415, 419, 420, 427  
Kosma I Medyceusz (Cosimo I de' Medici) 125
- Kostecki Platon 111  
Kościelecki Lech 189  
Kośmicki Eugeniusz 195, 199  
Kotsis Aleksander 113  
Kowalkowski Józef 261  
Kozak Artur 567, 624  
Kozak Władysław 261  
Kozłowska-Sabatowska Halina 114  
Kožuch Małgorzata 388  
Kraszewski Józef Ignacy 111  
Krawczuk Aleksander 58  
Krok Michał 39  
Krzemiński Stanisław 114  
Kubala Ludwik 112, 113  
Kubas Sebastian 528  
Kuczyński Tadeusz 252  
Kurowski Apolinary 113  
Kustra Ewa 224  
Kwak Anna 451
- Lanecki Tadeusz 111  
Langiewicz Marian 113, 114  
Laskowski Piotr 78  
Lasswell Harold 471  
Latinik Franciszek 256, 258, 261  
Latos-Miłkowska Monika 194  
Lemercier de La Rivière Pierre-Paul 181  
Leon X, papież (Giovanni de' Medici) 119, 123  
Lerner Daniel 471  
Lessig Lawrence 144  
Leszczyński Leszek 42, 560  
Leszczyński Stanisław 181  
Levinas Emmanuel 41, 452  
Leyen Ursula von der 89  
Libelt Karol 111  
Lijphart Arend 156, 168  
Limanowski Bolesław 110  
Linz Juan 156



- Liszczy Teresa 199  
Locke John 499  
Lubomirska Maria Anna 180  
Lubomirski Jerzy Marcin 180  
Lubowski Edward 109, 112–128, 131  
Ludwik XII (Louis XII le Père du Peuple) 121  
Luetjens Joanna 478  
Luśtyk Agata 188
- Łętowska Ewa 41  
Łysiak Waldemar 18
- MacCormick Neil 558  
MacDowell Douglas M. 591  
Machalica Emil 261  
Machiavelli Niccolò 109, 112, 116–122, 124, 127–131  
Maciejewski Ignacy 111  
Madison James 156  
Mair Peter 532  
Makara-Studzińska Marta 438  
Maksimowicz Zofia 187  
Malarczyk Jan 128–130  
Malinowska Sylwia 195, 199  
Marcel Gabriel 452  
Marchand Jean-Jacques 130  
Martynowski Franciszek Ksawery 111  
Masaryk Tomasz 255  
Maslow Abraham 463, 622  
Masternak-Kubiak Małgorzata 43  
Masznicz Robert 384  
Matczak Marcin 621  
Matejko Jan 112, 113  
Matusiak Klemens 257  
Maxeiner James R. 42  
Mądrecka Emilia 375  
McConnell Addison Mitchell „Mitch” 477
- McLelland James 474  
Medyceusz Aleksander (Alessandro de’ Medici) 125  
Menander 590  
Mendelowska Kinga 38  
Mędrała Małgorzata 251  
Mielnik Władysław 261  
Mill John Stuart 484, 485  
Miller Stanisław 261  
Mintrom Michael 478  
Mirabeau Honoré Gabriel Riqueti de 181  
Miśkiewicz Agnieszka 38  
Mittig Jan 111  
Modelska Helena 113  
Molier (Molière, Jean-Baptiste Poquelin) 176  
Monk Daniel 450  
Monteskiusz (Montesquieu, Charles Louis de Secondat) 182, 482, 494  
Montgomery Heather 451  
Moravia Alberto 18  
Morawiecki Mateusz 534  
Morawski Lech 41, 42, 230  
Morrison Scott 589  
Mościskier Andrzej 451  
Motchoulski Alexander 369  
Müller Peter 86, 87  
Myśliński Jerzy 109, 111
- Nadolski Bronisław 109, 110  
Nahlik Stanisław 10, 33  
Nanke Czesław 128  
Nannini Remigio (Fiorentino) 123, 131  
Neufeld Blain 363  
Niedziński Tomasz 373  
Nowak Leszek 228, 229  
Nozick Robert 357  
Nussbaum Martha 361

- Opalek Kazimierz 10, 11, 34, 291, 295  
Orbán Viktor 534  
Ordon Władysław 111  
Osuchowski Waclaw 56  
Otto Dianne 416, 421, 424, 426
- Pałeczki Krzysztof 41, 42  
Pawlas Paweł 261  
Pawlik Renata 38  
Pawłowiczowa Janina 179, 180  
Payne David 146  
Peczenik Aleksander 37, 41  
Perdeus Wiesław 196  
Peretiatkowicz Antoni 128  
Petrażycki Leon 224, 459–461, 468  
Piechowiak Marek 361  
Piero Capponi Niccolò di 125  
Piller Kornel 110  
Pilz Oldřich 264  
Piłsudski Józef 258, 261  
Piotr II Medyceusz (Nieszczęśliwy, Piero Il Fatuo) 119  
Piotr Hiszpan 273, 574, 575, 577  
Płaza Stanisław 172  
Podgórecki Adam 224  
Policastro Pasquale 42  
Poniatowski Stanisław August 171  
Pont de Nemours Pierre Samuel du 181  
Popper Karl Raimund 293  
Post David 144  
Potocki Tomasz 185  
Pound Roscoe 224  
Prout Alan 436  
Pryziński Jan 261  
Przerwa-Tetmajer Kazimierz 262, 263  
Putin Władimir 164
- Quesnay François 177, 180–182  
Quine Willard Van Orman 580
- Rabowicz Edmund 177  
Raburski Tomasz 618  
Radziszewski Bronisław 111  
Ranke Leopold von 119, 122, 126  
Raszewski Zbigniew 178–180  
Raszka Jan 263  
Rawls John 77, 355, 363–365, 368, 369, 570  
Raz Joseph 361  
Rączka Krzysztof 197  
Richter Franciszek Henryk 110  
Ricoeur Paul 41  
Rifkin Jeremy 195  
Rodríguez Prieto Rafael 42  
Rogosz Józef Atanazy 110  
Romer Maria Teresa 184, 193, 197  
Roosevelt Eleanor 425  
Rosenblatt Józef 51  
Rousseau Jan Jakub (Jean-Jacques) 116, 117, 363, 482, 483, 527  
Russell Bertrand 576, 578–580  
Rzadkowska Ewa 177  
Rzymowski Wincenty 122, 128
- Sadurski Wojciech 356  
Sala-Szczypiński Marcin 38  
Sandel Michael 361  
Sanetra Walerian 186  
Sartori Giovanni 154, 160  
Saunders Laura 472  
Savigny Friedrich Carl von 224  
Savonarola Girolamo 119  
Schauer Frederick 619  
Scheler Max 434  
Schmidt Władysław 110, 111  
Scholz Helmut 90  
Scholz Olaf 81, 90, 92, 93

- Schreiber Ignacy 112, 113, 115  
Schumpeter Joseph 275, 342  
Schweppe Reinhard 88  
Sekuła Agnieszka 38  
Sforza Bona 124  
Sforza Franciszek 124  
Siaroff Alan 162, 165  
Sidorkiewicz Krzysztof 190  
Sienkiewicz Henryk 114  
Siyès Emmanuel-Joseph 527  
Simon Sven 90  
Singer Isaac Bashevis 376, 380  
Siwik Zygfryd 302, 306, 307  
Skąpska Grażyna 399  
Skąpski Michał 189, 193  
Skuczyński Paweł 43  
Skwarczyński Stanisław 261  
Sobczyk Arkadiusz 198  
Sojka Jan 261  
Sowiński Piotr 373  
Spaust Bolesław 111  
Spinoza Baruch 117  
Springwald Stanisław 261  
Srebrny Stefan 590  
Stachura Renata 113  
Stackelberg Otto Magnus von 175  
Stadniczeńko Stanisław Leszek 42  
Stańczyk Konrad 189  
Staszic Stanisław 47  
Stefańska Karolina 38  
Stonemeier Jenny 474  
Stuhr Jerzy 409  
Susskind Richard 144, 151  
Szahaj Andrzej 524  
Szczepański Alfred 113  
Szubert Waclaw 194  
Szujski Józef 112–114  
Szymanek Jarosław 155  
Szymanowski Teodor 512, 516  
Świątkowski Andrzej 251  
Świdorska Janina 128  
Świst Tomasz 185  
Tarski Alfred 576, 580, 582  
Teubner Gunther 149  
Tobor Zygmunt 613  
Tocqueville Alexis de 481, 484–495, 498, 500  
Todd Stephen C. 593  
Tomczyk Mariusz 189  
Tops Pieter 343  
Torba Magdalena 38  
Trader Barb 474  
Trembecki Stanisław 171, 172, 174, 175  
Trippi Joe 339, 340  
Trump Donald 534, 588, 589  
Tuleja Piotr 200  
Turgot Anne-Robert-Jacques 177, 181  
Turski Jan Kanty 113  
Tuszyńska Agata 376  
Twain Mark 622  
Twardowski Kazimierz 583  
Tytus Liwiusz 119  
Ugniewski Piotr 176  
Ulpian 395  
Usami Makoto 42  
Vasak Karel 425  
Vattel Emer de 407  
Verne Juliusz (Jules) 393, 397, 398, 403, 405  
Vitoria Francisco de 407  
Wahlgren Peter 151  
Waldron Jeremy 367  
Waltz Kenneth 618

- Warchałowski Józef 261  
Warner Albert 394  
Warner Harry (Hirsh) 394  
Warner Sam 394  
Warylewski Jarosław 506  
Wawrzyniec Medycejski (Wawrzyniec II Medyceusz, Lorenzo II de' Medici) 119  
Wawrzyniec Wspaniały (Medyceusz, Lorenzo di Piero de' Medici) 119  
Weber Max 145, 294, 471, 532  
Weil Simone 442  
Wenger Michael 146  
West Robin 361  
Whish Richard 203  
Whitehead Alfred North 576  
Wierzbica Anna 71  
Wierzbicka Wioletta 187  
Wilkońska Paulina 111  
Willi Andreas 593  
Williams Gabrielle 474  
Winczorek Piotr 360  
Windakiewicz Stanisław 115  
Wintgens Luc 42  
Wittgenstein Ludwig 579, 580  
Wojciechowski Tadeusz 113  
Woleński Jan 39, 47  
Wolf Steve 143  
Wolter (Voltaire, François-Marie Arouet) 171, 174, 175  
Wolter Władysław 290  
Wright Shelley 411–415, 417, 422, 425  
Wronkowska Sławomira 41, 224, 227  
Wróblewski Jerzy 224, 359, 469, 470, 560, 622  
Wyspiański Franciszek 113  
Zabłocki Franciszek 178  
Zamoyska z Czartoryskich Konstancja 181  
Zamoyski Jan 47  
Zawadzki Bronisław 111  
Zielińska Zofia 176  
Zieliński Maciej 621  
Zieliński Tadeusz 190, 194  
Ziemiński Zygmunt 224–229, 235, 303  
Zirk-Sadowski Marek 42, 229, 234, 564, 568  
Zmierczak Maria 481  
Zorner Aleksander 261  
Żeleński Władysław 112, 113  
Żuliński Tadeusz 111  
Žižek Slavoj 526

## Spis treści

<i>Jakub Biernat, Marcin Pieniążek: O człowieku wszechstronnym w teorii i w praktyce. Sylwetka Profesora Tadeusza Biernata</i> .....	9
Wykaz publikacji naukowych Profesora Tadeusza Biernata (opracował <i>Jakub Biernat</i> ) .....	21
<i>Jerzy Malec: Tadeusz Biernat – prawnik, politolog, uczony</i> .....	33
<i>Marcin Pieniążek: Dwadzieścia lat spotkań. Z życia Katedry Teorii, Filozofii i Polityki Prawa kierowanej przez Profesora Tadeusza Biernata</i> .....	37
<i>Jan Widacki: Taki będzie wymiar sprawiedliwości, jakie prawników kształcenie</i> .....	47
<i>Stanisław Wrzosek: Współpraca z Profesorem Tadeuszem Biernatem w ramach Polskiej Komisji Akredytacyjnej</i> .....	61
<i>Prawo vs. polityka (narysował Andrzej Mleczek)</i> .....	65
<i>Monika Augustyniak: Instrumenty ustrojowe w walce z korupcją w samorządzie terytorialnym – kilka refleksji</i> .....	67
<i>Magdalena Bainczyk: Od unijnego Staatenverbund do unijnego Bundesstaat. Władza w UE z perspektywy RFN</i> .....	79
<i>Katarzyna Banasik: Uregulowania ustawy – Prawo farmaceutyczne jako przykład niestaranności ustawodawcy</i> .....	97
<i>Stefan Bielański: Polskie XIX-wieczne spojrzenie na włoską myśl polityczną epoki Renesansu: Edwarda Lubowskiego analiza porównawcza dzieł Niccolò Machiavellego i Francesca Guicciardiniego</i> .....	109
<i>Jakub Biernat: Poszanowanie godności dziecka jako normatywna determinanta władzy rodzicielskiej na gruncie stosunków cywilnoprawnych. Próba reinterpretacji</i> .....	133

<i>Wojciech Cyrul, Agnieszka Kubiak Cyrul: Cyberprzestrzeń a prawo. Czy potrzebna jest nam nowa koncepcja prawa? .....</i>	143
<i>Rafał Czachor: Semiprezydencjalizm jako ustrój polityczno-prawny i jego główne odmiany we współczesnym świecie .....</i>	153
<i>Marek Dębowski: Nawiązania prawne i ekonomiczne w polskiej komedii oświeceniowej .....</i>	171
<i>Sebastian Koczur: Dyskretny urok teorii w prawie pracy, czyli rzecz o polityce pełnego produktywnego zatrudnienia .....</i>	183
<i>Konrad Kohutek: Intensyfikacja <i>private enforcement</i>: udogodnienia materialnoprawne i proceduralne dla poszkodowanych naruszeniami prawa antymonopolowego .....</i>	203
<i>Leszek Leszczyński: Racjonalność prawodawstwa jako założenie idealizacyjne – zakres i funkcja interpretacyjna .....</i>	223
<i>Wojciech Maciejko: Teoretyczne podstawy prawa do równoważnika mieszkaniowego .....</i>	239
<i>Jacek M. Majchrowski: Konflikt o Śląsk Cieszyński w latach 1918–1919 i jego odbicie w falerystyce .....</i>	255
<i>Anna Marszałek: Rola regulacji prawnych w sektorze nowych technologii, np. sztucznej inteligencji .....</i>	265
<i>Krzysztof Pałeczki: Tadeusza Biernata Prawo w przestrzeni normatywnej .....</i>	285
<i>Renata Pawlik, Grzegorz Bogdan: Problematyka odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego w prawie karnym skarbowym .....</i>	301
<i>Mateusz Pękala: Dyskurs legislacyjny w kręgu konfliktu – uwagi inspirowane myślą Profesora Tadeusza Biernata .....</i>	317
<i>Leszek Porębski: Cyfrowy <i>demos</i>? Rewolucja informacyjna jako wyzwanie dla teorii demokracji .....</i>	335
<i>Michał Rupniewski: Nierabitalność jako zasada i jako cnota. O alternatywie wobec liberalnej neutralności prawodawcy .....</i>	353
<i>Marcin Sala-Szczypiński: Zamknąć na cztery spusty czy na dwa zamki? Uwagi <i>de lege ferenda</i> o tajemnicy zawodowej radcy prawnego .....</i>	373

---

<i>Bronisław Sitek</i> : Od prawa rzymskiego przez prawo epoki Juliusza Verne’a do prawa cyberprzestrzeni .....	393
<i>Tomasz Srogosz</i> : Feministyczne podejścia do prawa międzynarodowego .....	407
<i>Stanisław Leszek Stadniczeńko</i> : Prawa dziecka – standardy a rzeczywistość .....	431
<i>Julia Stanek</i> : Między psychologią a prawem. Koncepcja motywacji prawnej w świetle <i>evidence-based legislation</i> .....	455
<i>Mateusz Stępień</i> : Rethinking the Concept of the Effectiveness of Law: Glimpse into Lessons from New Public Design .....	469
<i>Barbara Stoczewska</i> : Idea państwa prawa w myśli Alexisa de Tocqueville’a i Friedricha Augusta von Hayeka .....	481
<i>Adam Strzelec</i> : Instrumentalizacja prawa karnego jako przejaw upolitycznienia prawa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia .....	501
<i>Adam Sulikowski</i> : Błąd joński w filozofii liberalnej a problem (nie)polityczności prawa .....	521
<i>Andrzej Marian Świątkowski</i> : Porzucenie pracy. Zapomniany urok dawnej teorii i późniejszy chaos praktyki prawnopracowniczej .....	537
<i>Anna Walaszek-Pyziół, Wojciech Pyziół</i> : Kilka refleksji na temat statusu prawnego spółki partnerskiej lekarzy oraz partnerów w takiej spółce .....	547
<i>Bartosz Wojciechowski</i> : The verifiability of court decisions as an element of their rationalization .....	555
<i>Jan Woleński</i> : Czy teorie logiczne mają treść pozalogiczną? .....	571
<i>Jerzy Zajadło</i> : Arystofanes i prawo – zachęta do lektury .....	587
<i>Mariusz Załucki</i> : Jubileuszowa perspektywa zmian prawa spadkowego dziesięć lat później .....	597
<i>Marek Zirk-Sadowski</i> : Integrująca rola sądów w życiu społecznym .....	613
Indeks osobowy .....	629

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:  
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Recenzenci:

dr hab., prof. UJ Paweł A. Blajer; dr hab., prof. UAM Karolina M. Cern;  
dr hab., prof. UAM Piotr W. Juchacz; dr hab., prof. UJ Katarzyna Kuras;  
dr hab., prof. UJK Piotr Ruczkowski; dr hab., prof. UJ Dobrosława Szumiło-Kulczycka;  
dr hab., prof. UJ Zdzisław Zarzycki

Redaktor prowadzący: Halina Baszak Jaroń

Adiustacja: Filip Rekucki-Szczurek

Korekta: Carmen Stachowicz

Indeks nazwisk: Filip Rekucki-Szczurek

Projekt okładki, layout: Oleg Aleksejczuk  
Grafika na okładce: Pexels

Zdjęcie Profesora Tadeusza Biernata: DOKNiP KA AFM

Rysunek autorstwa Andrzeja Mleczki (s. 65) został przygotowany dla uczestników konferencji naukowej zorganizowanej w maju 2007 roku w ramach realizacji projektu badawczego *Polityka prawa*, którego kierownikiem był Tadeusz Biernat. W niniejszej księdze jest udostępniony dzięki uprzejmości autora

ISBN 978-83-67491-36-5

e-ISBN 978-83-67491-37-2

DOI: 10.48269/978-83-67491-37-2

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego  
Kraków 2024

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana  
w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie,  
ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie  
za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących,  
nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich

Na zlecenie:

Krakowskiej Akademii  
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego  
[www.ka.edu.pl](http://www.ka.edu.pl)

Wydawca: Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2024

Skład: Jakub Aleksejczuk, Oleg Aleksejczuk

Druk i oprawa: Wydawnictwo Platan



„Inicjatywa władz Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego by uczcić jubileusz siedemdziesiątej piątej rocznicy urodzin Profesora Tadeusza Biernata wydaniem niniejszej książki i powierzenie nam roli jej redaktorów postawiło przed nami szereg wyzwań. Ich realizacja jest zaszczytem wiążącym się wszakże z niemałą odpowiedzialnością. Dotyczy to zwłaszcza przedstawienia sylwetki Jubilata. Szczególnie kuszącym w tym ostatnim zakresie zdaje się być wskazanie dominującej cechy – najlepiej manifestującej się i w życiu zawodowym i w życiu osobistym – mogącej stanowić zarówno kamień węgielny, jak i zaprawę łączącą elementy budowli będącej opisem Jubilata. W pierwszym odruchu ciśnie się jednak na usta pytanie: jakże kompetentnie i rozważnie wskazać jedną cechę takiej osoby jak Profesor Tadeusz Biernat? W jego wielowymiarowości – jako człowieka, naukowca, nauczyciela akademickiego, członka rodziny, przełożonego – narzucające się poszczególne cechy nawet gdy trafnie go opisują, mogą sprawiać wrażenie nieuprawnionej redukcji. Wieloletnie i złożone relacje z Jubilatem sprawiają, że przedstawiony dylemat jest dla nas w istocie pozorny. Oczywiście, dominującą, niepodważalną i jakże pojemną cechą Profesora Tadeusza Biernata – w całym kosmosie jego człowieczeństwa – jest wszechstronność.”

*Jakub Biernat, Marcin Pieniążek*

