



**TOWARZYSTWO
BIBLIOTEKI
SŁUCHACZÓW
PRAWA UJ**



INTERNETOWY PRZEGLĄD PRAWNICZY TBSP UJ

**Numer 2/2009 (3)
www.tbsp.pl
ISSN-1689-9601**



**PUBLIKACJA WYDAWANA PRZEZ
TOWARZYSTWO BIBLIOTEKI SŁUCHACZÓW PRAWA UJ**

AUTORZY: DAMIAN KARWALA, ŁUKASZ WIECZOREK, ALEKSANDER DUDA,
MACIEJ DURBAS, MARIUSZ OLEŚ, KRZYSZTOF SIELSKI, ELŻBIETA DĄBEK

SKŁAD: JAN BLINSTRUB, AGNIESZKA DUDUŚ

KOLEGIUM REDAKCYJNE ZESZYTÓW PRAWNICZYCH TBSP UJ

ORAZ

INTERNETOWEGO PRZEGLĄDU PRAWNICZEGO TBSP UJ

W SKŁADZIE:

MGR TOMASZ SROKA, MGR KATARZYNA PAŁKA, ŁUKASZ AMBROŻY, NATALIA NIŻNIK, MATEUSZ RÓWNICKI

ADRES REDAKCJI

UL. BRACKA 12/302,

31-005 KRAKÓW

E-MAIL: REDAKCJA@TBSP.PL

WWW.TBSP.UJ

© BY TBSP UJ

SPIS TREŚCI

Damian Karwala

Wokół „europejskiej konstytucji”

– transformacja Europy według Josepha H. H. Weilera 4

Łukasz Wieczorek

Skutki podwyższania kapitału zakładowego

w trybie zmiany umowy spółki z o.o.

wraz z określeniem jego repartycji

w jednej uchwale zgromadzenia wspólników 24

Aleksander Duda, Maciej Durbas

O synonimiczności znamion „przemoc wobec osoby”

i „gwałt na osobie” na gruncie kodeksu karnego

i kodeksu wykroczeń (dwugłos) 31

Mariusz Oleś

Pojęcie inwestycji celu publicznego

w polskim porządku prawnym 45

Krzysztof Sielski

Argumenty z przypadków wzorcowych

w filozofii prawa Herberta Harta 54

Andrzej Jezusek

Farmakologiczne obniżenie popędu seksualnego

stosowane w ramach represji karnej w świetle zakazu tortur,

niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. 61

Elżbieta Dąbek

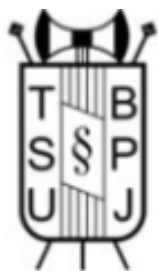
The weight of “good faith” on the result of contacts

in Common Law, Continental Codes

and international system of jurisprudence 78

Piotr Semeniuk

Ekonomiczna analiza międzynarodowej ochrony praw człowieka 87



Damian Karwala

Wokół „europejskiej konstytucji” – transformacja Europy według Josepha H. H. Weilera

1. Konstytucja jako proces

We wstępie do wydanego w 1999 r. zbioru esejów swego autorstwa zatytułowanego *The Constitution of Europe: „Do the New Clothes Have an Emperor?” and Other Essays on European Integration*¹, profesor Joseph H. H. Weiler – wykładowca uniwersytetu w Nowym Jorku – podaje kilka definicji pojęcia „konstytucja”. Obok powszechnie występujących skojarzeń, opisujących konstytucję jako system podstawowych zasad, na których oparte jest państwo, czy też przyrównujących to pojęcie do samego aktu (pisanego) zawierającego te zasady, pojawia się definicja nieczęsto spotykana. Zgodnie z nią konstytucję należy rozumieć jako „akt lub proces konstytuowania” (*act or process of constituting*)², bądź krócej – jako swego rodzaju „ustanowienie” (*establishment*)³. Przenosząc to rozumienie na grunt europejskiej integracji, należałoby zatem problem „konstytucji Europy” sprowadzić do pytania, w jaki sposób Wspólnota Europejskie (WE)⁴ a następnie Unia Europejska, (UE) ewoluowały w ciągu swej historii, czy – by skorzystać z obrazowego określenia Weilera – jak przebiegał proces „europejskiej transformacji”.

Joseph H.H. Weiler w swym najgłośniejszym esej – *The Transformation of Europe*⁵, pochodzącym z 1991 r. próbuje odpowiedzieć na te pytania, prezentując jedną z najbardziej błyskotliwych, a jednocześnie najbardziej trafnych wizji europejskiej integracji w ramach Wspólnot, a obecnie Unii. Doprowadzona do roku 1991 – a więc nieobejmująca nawet fundamentalnego dla historii integracji traktatu z Maastricht – „opowieść” Weilera znajduje swą kontynuację (niestety jedynie częściową i dość rozproszoną) w późniejszych jego tekstach. Prześledzenie drogi, którą przebyła integrująca się Europa, przyjrzenie się poszczególnym etapom owej „transformacji” widzianej oczyma jednego z najwybitniejszych konstytucjonalistów, wydaje się ze wszech miar wartościowe. J. H. H. Weiler, prawnik z zawodu i zamiłowania, w swej wizji zmieniającej się Europy nie ogranicza się jednak wyłącznie do prawniczej analizy fenomenu europejskiej integracji. Unika tym samym błędu popełnianego wielokrotnie przez prawników, którzy zapatrzeni w swą dyscyplinę, zdają się nie dostrzegać znacze-

1 J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe: ‘Do the New Clothes Have an Emperor?’ and Other Essays on European Integration*, Cambridge 1999.

2 Wszystkie tłumaczenia tekstów J. H. H. Weilera – D.K.

3 *Ibidem*, s. VIII.

4 W pracy posługuję się zamiennie określeniami Wspólnota Europejskie bądź Wspólnota Europejska/Unia Europejska. Rozróżnienie to nie wydaje się w niniejszej pracy konieczne; sam zresztą Weiler nie przywiązuje też do niego dużego znaczenia.

5 Opublikowanym po raz pierwszy w „Yale Law Journal” 1991, Vol. 100, s. 2403; następnie uaktualnionym na potrzeby wydania zbioru *The Constitution of Europe*.

nia innych dziedzin, takich jak ekonomia, nauki polityczne wraz ze stosunkami międzynarodowymi, socjologia itd. Jak zresztą sam Weiler przyznaje, jednym z jego celów była analiza „porządku konstytucyjnego Wspólnoty i Unii w odniesieniu ich żywego, politycznego kontekstu oraz z zamiarem demistyfikacji prawniczego dyskursu”⁶.

2. „Zmiany podpowierzchniowe”

Zmiany w Europie, jakie dokonały się w ostatnim półwieczu, bez problemu dostrzec można, patrząc na liczbę foteli w Europejskim Parlamencie, ilość państw członkowskich, ludność zamieszkującą obszar UE, czy też porównując wskaźniki ekonomiczne z różnych lat procesu integracji. Powiększa się stale ilość wspólnotowych polityk, ewoluują poszczególne instytucje oraz stosunki pomiędzy nimi, zmienia się wreszcie ocena „europejskiego przedsięwzięcia” wśród obywateli Unii. Wszystkie te zmiany są jednak wyłącznie manifestacją, obrazem procesów zachodzących wewnątrz Wspólnot; bądź – jak pisze J. H. H. Weiler – „te podpowierzchniowe oznaki są jedynie wskaźnikiem sejsmografu odwzorowującym głębsze, podpowierzchniowe zjawiska”⁷.

Zdaniem Weilera najbardziej znacząca zmiana, jaka dokonała się w Europie od początku procesu integracji w ramach Wspólnot, zmiana zasługująca na miano prawdziwej „metamorfozy” czy też tytułowej „transformacji”, dotyczy relacji na linii WE (UE)–państwa członkowskie. W kontekście tej relacji kluczowa jest oczywiście transformacja prawna, jednak – co często Weiler powtarza w swej analizie – przy odpowiednim uwzględnieniu interakcji z procesem politycznym oraz innymi procesami zachodzącymi we Wspólnotach.

Pisząc *The Transformation of Europe* w roku 1991, Weiler nie mógł nie pozostać pod wpływem – jak sam to określa – „wybuchu” tego okresu, związanego z pracami nad dalszym, rewolucyjnym pogłębieniem integracji europejskiej. Weiler nie ulega jednak pokusie oparcia swego wykładu na opisie wyłącznie najważniejszych wydarzeń, będących niejako kamieniami milowymi w procesie rozwoju WE. Historię przemieniającej się Europy Weiler dzieli na trzy okresy (niezbyt wyraźnie przy tym zaznaczone) pozwalające przeanalizować i ocenić skalę zmian. Transformacja Europy to bowiem według amerykańskiego profesora nie ciąg spektakularnych wydarzeń, znaczonych kolejnymi szczytami oraz „falami” rozszerzania, lecz bardziej proces powolnych, dokonujących się „pod powierzchnią” (a przez co, mniej dostrzegalnych) przeobrażeń. W takim ujęciu, przy uwzględnieniu odrębnej charakterystyki każdego z okresów oraz ich wszystkich wspólnie, zrozumiały stały się nie tylko proces, którego świadkiem był Weiler w 1991 r., lecz także wydarzenia i zmiany dokonujące się obecnie w UE.

3. Okres fundacyjny: w kierunku równowagi

Podkreślając olbrzymie znaczenie okresu „fundacyjnego”⁸ (*the foundational period*) w procesie transformacji Europy, Joseph H. H. Weiler pisze:

6 J. H. H. Weiler, *The Constitution...*, s. X.

7 *Idem*, *Transformation of Europe*, [w:] *idem*, *The Constitution...*, s. 12.

8 Przypadający na pierwsze dwie dekady rozwoju Wspólnot, tj. na lata 1953/58 – poł. lat siedemdziesiątych.

Znaczenia wydarzeń tego początkowego okresu nie sposób przecenić. Wydarzenia te przewyższają wszystko, co miało miejsce później. To właśnie w tym okresie Wspólnota – odchodząc w sposób wyraźny od początkowej koncepcji traktatowej – obrała swą podstawową charakterystykę prawną i polityczną. Jednak zrozumienie dynamiki okresu fundacyjnego ma znaczenie nie tylko historyczne; wzorce relacji na linii Wspólnota–państwo członkowskie, jakie wykrystalizowały się w tym okresie, uwarunkowały wszelkie następujące potem wydarzenia w Europie⁹.

Co takiego jednak wydarzyło się w tym początkowym okresie rozwoju Wspólnoty, co niejako „napiętnowało” cały jej dalszy rozwój? Odpowiadając na to pytanie, Weiler korzysta z pewnego paradoksu. Paradoks ów sprowadza się do tego, że zapytany o ocenę pierwszego okresu europejskiej integracji prawnik udzieliłby diametralnie różnej odpowiedzi niż poproszony o to samo przedstawiciel nauk politycznych. O ile ten pierwszy byłby przekonany o postępującej ewolucji Wspólnoty w kierunku struktury federacyjnej (bądź, co najmniej, pre-federacyjnej, *pre-federal*), o tyle ten drugi miałby wrażenie dokonywania się wręcz przeciwnego (!) procesu – tj. umacniania się pozycji państw członkowskich kosztem samej WE. Jak zauważa Weiler:

Z punktu widzenia prawno-normatywnego Wspólnota rozwijała się w tej pierwszej fazie z nieubłaganim dynamizmem wzmocnionej ponad-narodowości [*inexorable dynamism of enhanced supranationalism*]. Europejska integracja prawna parła z siłą przed siebie. Z punktu widzenia polityczno-decyzyjno-proceduralnego ten sam okres charakteryzowany był zupełnie odmiennie – jako rozwój w stronę luźniejszych form współpracy [*intergovernmentalism*], daleko od europejskiej integracji¹⁰.

Według autora, dopiero połączenie tych dwóch przeciwnych trendów i wizji, zbadanie przyczyn tak zasadniczo różnych ocen, wreszcie dostrzeżenie relacji między prawną a polityczną stroną integracji pozwala w pełni zrozumieć znaczenie zarówno okresu fundacyjnego, jak i kolejnych etapów w procesie transformacji Europy.

Dla lepszego zilustrowania wzajemnych powiązań pomiędzy prawnym a politycznym aspektem rozwoju WE, autor *The Constitution of Europe* posługuje się obrazowymi i jednocześnie niezwykle sugestywnymi metaforami „Wyjścia” (*Exit*) oraz „Głosu” (*Voice*). Autor zapożycza je od Alberta Hirschmana, który przy ich pomocy – na gruncie nauk ekonomicznych – analizował relacje zachodzące między siłami rynkowymi oraz nie-rynkowymi¹¹. To, co przysłużyło się w opisie zjawisk ekonomicznych, równie dobrze – dzięki sprawnemu wykorzystaniu przez Weilera – sprawdza się na styku nauk prawnych oraz politycznych. „Wyjście” zatem, jak definiuje je za Hirschmanem Weiler, jest to „mechanizm organizacyjnej rezygnacji w obliczu niezadowolających osiągnięć”¹². „Głos” z kolei to „mechanizm wewnątrzorganizacyjnej naprawy oraz uzdrowienia”¹³. Transponując te pojęcia na grunt Wspólnoty: „Wyjście” to prawna strona europejskiej integracji, „Głos” zaś jest jej stroną polityczną. Pomiedzy tymi dwoma

9 *Ibidem*, s. 16.

10 *Ibidem*.

11 A. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty - Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge 1970.

12 J. H. H. Weiler, *Transformation...*, s. 17.

13 *Ibidem*, s. 17.

siłami zachodzi dodatkowo swoista gra o sumie zerowej (tzw. *zero-sum game*): słabnący „Głos” zwiększa presję na „Wyjście”; zamknięcie „Wyjścia” prowadzi z kolei do wzmocnienia „Głosu”. Bardziej szczegółowa analiza obu tych przeciwstawnych, a zarazem silnie ze sobą powiązanych sił pozwoli lepiej zrozumieć relacje pomiędzy nimi zachodzące, a w rezultacie da czytelny obraz „europejskiej transformacji”.

3.1. „Wyjście” we Wspólnocie Europejskiej: proces konstytucjonalizacji oraz system kontroli sądowej

Pisząc o „Wyjściu”, Weiler rozróżnia dwie jego kategorie, tzw. „Wyjście Formalne” („Zupełne”, *Formal Exit*) oraz „Selektywne” (*Selective Exit*). Pierwsze oznacza wystąpienie państwa członkowskiego (państw członkowskich) ze Wspólnot, które – jako akt jednostronny – jest zgodnie z opinią doktryny prawnej niedopuszczalne¹⁴. O wiele większe znaczenie ma zatem w ramach Wspólnoty praktyka tzw. „Selektywnego Wyjścia”. Pojęcie to obrazuje postępowanie państw, które formalnie pozostając w organizacji, próbują unikać zobowiązań traktatowych wcześniej przez siebie przyjętych. Zdaniem Weilera podstawowa cecha pozwalająca opisać i zrozumieć okres fundacyjny łączy się ze zjawiskiem owego „Selektywnego Wyjścia”, a w praktyce – z procesem jego stopniowego „zamykania się”.

Wyjaśniając ten proces, Weiler opisuje w pierwszej kolejności zjawisko konstytucjonalizacji prawnego systemu Wspólnoty, a następnie zatrzymuje się przy systemie wspólnotowej kontroli prawnej oraz sądowej (*the Community system of judicial review*).

Wspólnota została powołana do życia w klasyczny, zgodny z wymogami prawa międzynarodowego sposób. Państwa – Wysokie Układające się Strony (w traktatach mowa o Państwach Sygnatariuszach) – po odpowiednich negocjacjach podpisały, a następnie ratyfikowały dokumenty traktatowe, które po okresie stosownego *vacatio legis* weszły w życie, ustanawiając nowy podmiot prawa – organizację międzynarodową. Zdaniem Weilera:

Ten sposób powołania powinien, w toku normalnego międzynarodowego funkcjonowania, zdeterminować genetyczny oraz prawny kod tego nowego tworu: międzynarodowej organizacji z wyodrębnioną podmiotowością prawną, jednak bez środków samodzielności oraz mocy niesubordynacji w stosunku do swych państw-rodziców [...] ¹⁵.

Co zatem takiego zaszło, że Wspólnota bardzo szybko zmieniła swój „kod genetyczny” i dziś zachowuje się w sposób nieprzystający zupełnie do klasycznych wzorów prawa międzynarodowego? Jak doszło do tego, że Weiler, charakteryzując w swym eseju *The Reformation of European Constitutionalism*¹⁶ porządek prawny Wspólnot, mógł napisać, iż:

14 Traktaty Wspólnotowe nie regulują kwestii wystąpienia z organizacji, jednak w doktrynie prawnej przeważa pogląd, zgodnie z którym możliwe jest wycofanie członkostwa za zgodą wszystkich stron (zgodnie z art. 54.b Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów, stosowanym tu odpowiednio). Zob. w tej kwestii m.in.: *The Oxford Encyclopedia of European Community Law*, Vol. I, Oxford 1991, s. 7.

15 W oryginale: “[t]his manner of conception would, in the normal course of international life, determine the genetic - as well as the legal - code of the new infant: an international organization with a separate legal personality but with no measure of independence or power to eradicate its subordination to its states parents (...)” (J. H. H. Weiler, *The autonomy of the Community legal order: through the looking glass* [w: *The Constitution...*, op. cit.], s. 292).

16 Opublikowany w „Journal of Common Market Studies”, Vol. 35, Nr 1, Marzec 1997, s. 97-131.

Wspólnota wykształciła się i obecnie zachowuje się tak, jak gdyby jej założycielskimi instrumentami były nie traktaty rządzone prawem międzynarodowym, lecz [...] konstytucyjna karta podlegająca prawu konstytucyjnemu” [*a constitutional charter governed by a form of constitutional law*]¹⁷.

Głównym sprawcą tego jest najważniejszy w strukturach WE organ sądowiczy – Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS), który w serii prawdziwie rewolucyjnych w swych skutkach decyzji wprowadził do porządku prawnego Wspólnot kolejne „doktryny” (zasady), wstrząsając raz po raz tym porządkiem. Weiler w *The Transformation of Europe* omawia cztery z tych doktryn: doktrynę bezpośredniego skutku (*direct effect*), prymatu prawa wspólnotowego (supremacji, pierwszeństwa), doktrynę *implied powers* oraz doktrynę praw człowieka.

Pierwsza z nich – doktryna *direct effect*¹⁸ – ogłoszona przez ETS w 1963 r. w głośnej sprawie *van Gend an Loos*¹⁹, następnie stopniowo rozwijana i dookreślana, zakłada, iż normy prawa wspólnotowego, które są bezwarunkowe, jasne, kompletne i precyzyjne

[...] nakładają na państwo członkowskie obowiązek podjęcia lub zaniechania działania nie wymagając od krajowego ustawodawcy żadnych dodatkowych środków wykonawczych [...] są bezpośrednio skuteczne w stosunku do ich adresatów, włącznie z osobami fizycznymi i prawnymi²⁰.

Co więcej, normy te nie tylko kreują bezpośrednio prawa i obowiązki pomiędzy państwami członkowskimi a jednostkami, lecz również pomiędzy samymi jednostkami (osobami fizycznymi oraz prawnymi)²¹. W praktyce znaczenie tej doktryny sprowadza się do możliwości powoływania się przez jednostki przed organami krajowymi na normy wspólnotowe, jak gdyby były one częścią prawa krajowego (*being part of the law of the land*)²². Z kolei organy państwowe, sądowe oraz administracyjne, mają obowiązek zapewnienia odpowiednich środków prawnych dla realizacji uprawnień przewidzianych w przepisach wspólnotowych, tak jakby przepisy te były uchwalone przez krajowe organy ustawodawcze (*just as if they were enacted by the state legislature*)²³.

Wprowadzenie tej doktryny to pierwsze tak znaczące odstępstwo od tradycyjnych reguł prawa międzynarodowego. Zgodnie z nimi (jednak – co wymaga podkreślenia – jedynie w systemach tzw. dualizmu prawnego)²⁴ zobowiązania międzynarodowe skierowane są tylko i wyłącznie do państw; od regulacji krajowych zależy, w jaki sposób (o ile w ogóle) zobowiązania te wywierają skutek w odniesieniu do jednostek. W systemach dualizmu mamy więc do czynienia z niejako dwustopniowym procesem:

17 *Idem*, *Introduction: the reformation of European constitutionalism*, [w:] *idem*, *The Constitution...*, s. 221.

18 W polskiej doktrynie prawa wspólnotowego występuje w tym zakresie także nazewnictwo anglojęzyczne.

19 Orzeczenie 26/62, *Van Gend an Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, [1963] ECR I.

20 R. Streinz, *Prawo europejskie*, Warszawa 2002, s. 129.

21 Z pewnymi odstępstwami w przypadku dyrektyw wspólnotowych, które wywołują bezpośredni skutek wyłącznie w relacji wertykalnej, tj. pomiędzy państwem a jednostką.

22 J. H. H. Weiler, *Transformation...*, s. 19.

23 *Ibidem*.

24 W systemach dualizmu przyjmuje się, iż normy prawa międzynarodowego mogą uzyskać moc obowiązującą w porządku wewnętrznym państwa wyłącznie w drodze transformacji, a nie bezpośrednio, jak ma to miejsce w systemach monistycznych (zob. R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. 5, Warszawa 1995, s. 26 i n.).

wpierw państwa przyjmują na siebie określone obowiązki, bądź też prawa, później dopiero przenosząc je na jednostki zgodnie ze swymi wewnętrznymi regułami. Wówczas dopiero jednostki mogą powoływać się na określone normy prawa międzynarodowego, np. regulujące kwestię ochrony praw człowieka. W ramach Unii Europejskiej występuje wyłącznie jeden stopień implementacji norm tworzonych na poziomie ponadnarodowym (z odstępstwami w przypadku dyrektyw, których jednak nie sposób tu szczegółowo analizować).

J. H. H. Weiler dostrzega jeszcze jedną różnicę w omawianym w tym miejscu kontekście. Zgodnie mianowicie z kanonami prawa międzynarodowego, typowym środkiem przysługującym jednostce w przypadku braku przyznania przez państwo praw zawartych w traktatach międzynarodowych (bądź złamania przyznanych praw) jest „pozwanie” państwa przed określony organ międzynarodowy. Zdaniem Weilera w tym właśnie przejawia się największe znaczenie doktryny *direct effect*, iż wprowadza ona – w sytuacji złamania zobowiązania międzynarodowego przez państwo – odpowiednie środki wewnętrzne (wewnątrz krajowe), tak że: „państwa członkowskie łamiące swe zobowiązania wspólnotowe nie mogły już przenieść sporu na poziom międzynarodowy lub wspólnotowy”²⁵.

Wieloletnia praktyka w ramach Wspólnot dowiodła, że osoby prywatne umiejętnie korzystają z tych środków. Nie dziwi więc, iż to właśnie jednostki Weiler określa jako „głównych strażników prawnej integracji w Europie” (*the principal „guardians” of the legal integrity of Community law within Europe*)²⁶.

Znaczenie zasady bezpośredniego skutku w pełni widoczne staje się w połączeniu z kolejną doktryną, tj. doktryną pierwszeństwa (supremacji) prawa wspólnotowego (*the doctrine of supremacy*). Choć traktaty nie zawierają, typowej dla konstytucji państw federacyjnych, tzw. klauzuli pierwszeństwa (*supremacy clause*), ETS wprowadził w swym orzecznictwie²⁷ zasadę supremacji prawa WE ponad prawem krajowym. Określając ową zasadę jako „bezkompromisową wersję supremacji” (*an uncompromising version of supremacy*) Weiler w następujący sposób wyjaśnia jej znaczenie:

[...] w obrębie stosowania prawa wspólnotowego oraz normy wspólnotowej, zarówno artykuł traktatu („karty konstytucyjnej”), jak i małe przepisy administracyjne przyjęte przez Komisję „przeważają” nad konkurencyjnym prawem krajowym, bez znaczenia, czy przyjęte ono zostało przed, czy też po wprowadzeniu normy wspólnotowej²⁸.

25 J. H. H. Weiler, *Transformation...*, s. 20.

26 *Ibidem*.

27 Orzeczenie 6/64, *Costa v. ENEL* [1964] ECR 585. Następnie rozwijana m.in. w orzeczeniach: 14/68, *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt* [1969] ECR I; sprawa 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal* [1978] ECR 629.

28 W oryginale “[...] in the sphere of application of Community law, and Community norm, be it an article of the Treaty (the constitutional charter) or a minuscule administrative regulation enacted by the Commission, ‘trumps’ conflicting national law whether enacted before or after the Community norm” (J. H. H. Weiler, *Transformation...*, s. 20). Uściślając definicję J. H. H. Weilera „należy tylko zauważyć, iż norma prawa wspólnotowego posiadająca cechę „pierwszeństwa” nie wypiera w efekcie (nie „deroguje”) konfliktującej z nią normy prawa krajowego z porządku prawnego. Prawny skutek zasady supremacji sprowadza się do tego, że organy państwowe nie mogą zastosować przepisu prawa krajowego kolidującego z regulacjami wspólnotowymi (tzw. pierwszeństwo stosowania).

Połączenie tych dwóch wyżej przedstawionych doktryn jeszcze dobitniej poświadcza o wyjątkowości systemu prawnego Wspólnot. Hierarchia (pozycja) norm prawa międzynarodowego jest w klasycznym prawie międzynarodowym określana przez prawo wewnętrzne: może mu ono nadać pozycję wyższą bądź też równą prawu krajowemu. W sytuacji drugiej (tj. równorzędności pomiędzy prawem zewnętrznym a wewnętrznym) państwo może:

[...] niezadowolone z normy traktatowej, po prostu przyjąć krajowy środek prawny przeciwny tej normie, co w rezultacie sprawi, że praktyczne skutki wewnętrzne tej normy, wynikające z jej transpozycji, znikną²⁹.

Zatem ustanowiona później norma krajowa, zgodnie z zasadą *lex posterior derogat lex anteriori*, w efekcie wyprze z porządku prawnego wcześniejszą normę międzynarodową. Jak konkluduje Weiler: „normy wspólnotowe, które wywołują bezpośredni skutek są nie tylko częścią prawa krajowego, są one «prawem nadrzędnym» tego kraju” (*Community norms that produce direct effects are not merely the law of the land but the „higher law” of the land*)³⁰.

W traktatach ustanawiających Wspólnoty (lecz nie tylko tam) wiele mówi się o „efektywności” (*efficiency*). Jednym z powodów dla wprowadzenia scharakteryzowanych powyżej zasad była właśnie chęć zwiększenia efektywności wykonywania przez Wspólnotę zadań wyznaczonych jej w traktatach. Jednakże zarówno doktryna *direct effect*, jak i zasada supremacji nie spełniałyby należycie swych funkcji, gdyby WE nie posiadała odpowiednich instrumentów do swej dyspozycji. Często zdarza się mianowicie, że traktaty, nakładając zadania i obowiązki na Wspólnoty, a co więcej – nakazując ich efektywne wykonanie, milczą na temat środków umożliwiających ich realizację. ETS stanął przed tym problemem na początku lat 70., gdy okazało się, iż w wielu przypadkach Wspólnoty nie posiadają kompetencji do zawierania traktatów międzynarodowych z państwami trzecimi, mimo że uprawnienia te wydają się niezbędne do właściwej („efektywnej”) realizacji nałożonych na WE zadań. W orzeczeniu ERTA³¹ Trybunał stwierdził, iż: „przekazanie wewnętrznych kompetencji należy rozumieć jako pociągające za sobą uprawnienie do zawierania traktatów w relacjach zewnętrznych”³². Następnie ETS przyjął, iż istnienie danej kompetencji implikuje istnienie innej kompetencji (koniecznej dla wykonania poprzedniej), a nawet, że istnienie tylko danego celu bądź funkcji implikuje istnienie wszelkich kompetencji koniecznych dla ich osiągnięcia (tzw. doktryna *implied powers*)³³.

J. H. H. Weiler, omawiając znaczenie doktryny *implied powers*, sygnalizuje działanie dwu kolejnych, ściśle z nią związanych doktryn, dotyczących zakresu kompetencji Wspólnot. Ponieważ traktaty milczą także i w tej kwestii, wydawać by się mogło, że kompetencje przyznane WE powinny być dzielone odpowiednio z państwami członkowskimi, z uwzględnieniem jedynie zasady supremacji. Tym samym organy krajowe mogłyby wprowadzać regulacje wewnętrzne dotyczące zagadnień prze-

29 *Ibidem*, s. 21.

30 *Ibidem*, s. 22.

31 Orzeczenie 22/70, *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities* [1971] ECR 263.

32 Za: J. H. H. Weiler, *The Constitution...*, s. 22. Orzeczenie 22/70, *Komisja v. Rada* [1971] ECR 263 (tłumaczenie - D.K.).

33 Patrz także: A. Wyrozumska, *Państwa członkowskie a Unia Europejska* [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*; red. J. Barcz, Warszawa 2003, s. 311.

kazanych Wspólnotom, z zastrzeżeniem jedynie, że nie kłóciłyby się one z regulacjami WE. ETS stanowczo sprzeciwił się jednak takiej praktyce, ogłaszając zasadę tzw. wyłączności (*exclusivity*), zgodnie z którą, w sytuacji gdy WE przysługuje kompetencja wyłączna (*exclusive powers*), wówczas państwa członkowskie nie mogą podejmować żadnych działań, nawet tych, które z prawem wspólnotowym nie kolidują. W odniesieniu natomiast do kompetencji konkurencyjnych przyjęto doktrynę tzw. skutku prekluzyjnego; według niej dopiero podjęte na szczeblu WE działania (np. wydanie rozporządzenia) skutkują tym, że państwa członkowskie nie mogą już w tym zakresie działać.

Przyznanie tak znacznej władzy Wspólnocie, wyposażenie jej organów w szereg prerogatyw, które niejednokrotnie – właśnie na skutek przyjęcia wymienionych zasad – wkraczały swym działaniem bezpośrednio w sferę prawną jednostek, nie mogło obyć się bez wprowadzenia odpowiednich „ograniczników” czy też swoistych „hamulców”. Rolę tę spełniają w systemie prawnym WE prawa człowieka. Jak pisze autor *The Constitution of Europe*:

[...] podstawowe przesłanie [wyływające z faktu ich wprowadzenia – D.K.] polegało na tym, że przekazanie władzy wynikające z trzech poprzednich doktryn nie mogło być pozostawione bez żadnej kontroli. Normy wspólnotowe, czasem wywodzące się z kompetencji konkurencyjnych, często bezpośrednio skuteczne i zawsze nadrzędne, zostały poddane badaniu przez Trybunał w zakresie ich zgodności z prawami człowieka [*human-rights scrutiny by the Court*]³⁴.

Zasady wprowadzone przez ETS do prawnego porządku wspólnotowego czyniły z niego już i tak system znacznie różniący się od układu znanego z klasycznych organizacji międzynarodowych. Jednakże Weiler w swym wykładzie o procesie „konstytucjonalizacji” prawnych struktur Wspólnot porusza dodatkowo zagadnienie tzw. systemu kontroli sądowej (*juridical review*), tak by jeszcze mocniej podkreślić wyjątkowość owego porządku. W ramach WE kontrola ta – czego nie spotyka się w tradycyjnych organizacjach – przebiega na dwóch poziomach: wspólnotowym oraz krajowym. Zgodnie z art. 169-171 (obecnie art. 226-228 TWE) komisja bądź też państwo członkowskie może skierować sprawę do Trybunału Sprawiedliwości, jeżeli uzna, że inne państwo członkowskie nie wypełnia zobowiązań przyjętych na podstawie traktatów. O ile więc powszechna praktyka w ramach „klasycznych” organizacji międzynarodowych „Umawiającym się Stronom” powierza obowiązek kontroli właściwego wykonywania traktatów (czasem przenosząc go na specjalnie powołany do tego celu organ), o tyle w ramach WE kontrola międzynarodowa jest w zasadzie tylko wycinkiem w ramach szeroko ukształtowanej kontroli na poziomie krajowym. Na tym niższym poziomie kontroli najważniejszą rolę odgrywa instytucja pytań prejudycjalnych (art. 177 TWE, obecnie art. 234), która mimo licznych słabości sprawia, iż „sądy krajowe wraz z Trybunałem Europejskim są tym sposobem zintegrowane w jednolity system kontroli prawnej”³⁵. Tak działający system sądowej kontroli – przedstawiony w tym miejscu z konieczności jedynie w niewielkim zarysie – zdaniem Weilera stanowi najbardziej znaczące odejście od kanonów międzynarodowych:

34 J. H. H. Weiler, *The Constitution...*, s. 24.

35 *Ibidem*, s. 27.

Połączenie konstytucjonalizacji i ewolucji systemu środków prawnych skutkowało – jak uważa Weiler – usunięciem z porządku prawnego Wspólnoty jednego z najbardziej podstawowych wytworów prawnych prawa międzynarodowego: pojęcia (wraz z aparaturą doktrynalną) wyłącznej odpowiedzialności państwa wraz z towarzyszącą jej zasadą wzajemności [...]. Wspólnotowy porządek prawny, w tym ujęciu, jest prawdziwie samowystarczalnym reżimem prawnym [*self-contained legal regime*], niemający potrzeby uciekania się do mechanizmu odpowiedzialności państwa, przynajmniej w tradycyjnym rozumieniu tego terminu [...]. Bez tego elementu, kluczowego dla klasycznego porządku prawnomiędzynarodowego, Wspólnota rzeczywiście stała się czymś „nowym”³⁶.

W tym miejscu warto przedstawić, przynajmniej w niewielkim zarysie, stanowisko, jakie zajmuje Weiler w niemającym końca sporze o charakter systemu prawnego Wspólnot³⁷. Profesor odrzuca w pierwszej kolejności pogląd tych przedstawicieli doktryny prawa europejskiego, którzy każą traktować porządek wspólnotowy – już od samego początku, tj. niejako od jego „narodzin” – jako porządek konstytucyjny. Jednakże Weiler nie zgadza się także z innym poglądem, zgodnie z którym porządek WE stanowi wynik całkowitego zerwania z zasadami prawa międzynarodowego, dokonanego w procesie stopniowej ewolucji. Píše mianowicie:

[...] jednym z najpoważniejszych dostrzeganych truizmów czy też mitów, związanych z porządkiem prawnym Unii Europejskiej, jest przekonanie o rzekomym zerwaniu, lub też mutacji od prawa międzynarodowego publicznego w kierunku konstytucyjnego porządku prawnego³⁸.

Zdaniem Weilera system prawny WE to unikalne połączenie obu tych elementów – konstytucyjnego oraz międzynarodowego. Z jednej strony bowiem w ramach systemu wspólnotowego występują przedstawione powyżej cechy „konstytucjonalizacji”, inne jest także podejście do prawa wspólnotowego ze strony sądów i innych krajowych organów³⁹. Z drugiej jednak strony państwa członkowskie nadal posiadają władzę nad traktami, zachowując się niczym „greccy bogowie” (bądź, zgodnie z niemieckim określeniem, *Herren der Verträge*), którzy „na zawsze pozostają ostatecznymi władcami ich powołania i istnienia”⁴⁰. Dlatego też, pisząc o konstytucyjności porządku WE, Weiler posługuje się często określeniem „porządku konstytucyjnego bez konstytucjonalizmu” (*a constitutional order without constitutionalism*), zwracając uwagę na faktyczne występowanie licznych konstytucyjnych zasad, praktyk, a także nawyków, którym brak jednak odpowiedniej legitymacji.

36 *Ibidem*, s. 29 (podkr. – D.K.).

37 W tej kwestii zob. w szczególności esej J. H. H. Weilera, *The Autonomy...*

38 *Ibidem*, s. 295. Sprzeciw Weilera budzi także pomysł „powrotu” do prawa międzynarodowego i traktowanie porządku WE jako klasycznego systemu międzynarodowej organizacji, co sugerują niektórzy przedstawiciele doktryny, zwłaszcza po orzeczeniu *Maastricht* Niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego (patrz: pkt 6).

39 Jak píše Weiler: “[European law] has been treated frequently and consistently by national courts differently from most other treaty law and from the decisions of most other international organizations”. (J. H. H. Weiler, *The Autonomy...*, s. 296).

40 *Ibidem*, s. 292.

3.1. Zamknięcie „Selektywnego Wyjścia”

Przedstawione powyżej doktryny, zasady, praktyki oraz środki, z taką starannością i konsekwencją wypracowywane przez luksemburski Trybunał byłyby jednak zaledwie kuszącym tematem naukowych rozpraw, gdyby nie zostały przez państwa członkowskie zaakceptowane. To właśnie przyjęcie, upowszechnienie się i stosowanie w praktyce owych zasad („doktryn”) i środków doprowadziło w efekcie do zamknięcia „Selektywnego Wyjścia” we Wspólnotach Europejskich. Kluczowe są tu słowa Weilera, który dostrzegł ten proces:

Zamknięcie Wyjścia [...] oznaczało, że zobowiązania wspólnotowe, wspólnotowe prawo oraz wspólnotowe polityki były „na serio”. Raz przyjęte (z naciskiem na „raz przyjęte”), skutkowały tym, że państwa członkowskie z trudem mogły uniknąć wspólnotowych zobowiązań⁴¹.

Zgodnie ze wspomnianymi wcześniej regułami gry o sumie zerowej, gdy „Wyjście” zostaje zamknięte, wówczas wzmacnia się siła „Głosu”. Dokładnie właśnie z tym zjawiskiem, zdaniem Weilera, mamy do czynienia w okresie fundacyjnym: państwa członkowskie, w sytuacji gdy zamknięto im wszelkie drogi prawnego „wyłamania się” ze struktur wspólnotowych, wzmożły presję polityczną, co w praktyce sprowadzało się do stopniowego przejęcia przez nie kontroli nad procesem decyzyjnym w ramach Wspólnot.

Wzmocnienie Głosu – wyjaśnia Weiler – stanowiło „naturalną reakcję” w ramach tego procesu. Państwa członkowskie zdały sobie bowiem sprawę ze znaczenia, jakie ma przejęcie kontroli nad procesem decyzyjnym [...]. Przez „naturalną reakcję” – jak pisze Weiler – nie rozumiem jednak zwykłej kauzalnej reakcji. Nie sugeruję tym samym, że bezpośrednim następstwem rozstrzygnięcia Trybunału w sprawie, powiedzmy – *van Gend and Loos* (w 1963) lub *Costa v. ENEL* (w 1964) – była decyzja rządu francuskiego (w 1965 r.) o uczestnictwie w kryzysie, który prowadził do porozumienia luksemburskiego. Sugeruję jedynie, że ten proces konstytucjonalizacji wytworzył specyficzną normatywną konstrukcję, w ramach której takie wydarzenia polityczne stają się zrozumiałe. Ponieważ oczywiste było, że treść norm wspólnotowych jest istotna, a ponadto, że usytuowane są one w kontekście, który wykluczał wybiórcze ich stosowanie, kontrola nad tworzeniem tych norm stawała się jedynym możliwym rozwiązaniem dla poszczególnych państw⁴².

Zapisane w traktatach reguły podejmowania wspólnotowych decyzji nacechowane były silnie elementami ponadnarodowymi. I tak, dla przykładu, prawo inicjatywy ustawodawczej, jak również obowiązek wykonania uchwalonych przepisów, powierzono Komisji Europejskiej. Praktyka szybko jednak zmieniła ten układ, a w konsekwencji „na każdym z etapów podejmowania decyzji, państwa członkowskie, często kosztem Komisji, objęły kontrolę”⁴³.

41 *Idem, Transformation...*, s. 30.

42 *Ibidem*, s. 35.

43 *Ibidem*, s. 30.

Najbardziej spektakularnym objawem tego procesu „wzmacniania głosu” państw członkowskich był zdaniem Weilera kryzys roku 1965 (tzw. „kryzys pustego krzesła”, kiedy to Francja wobec groźby przegłosowania w Radzie przez sześć miesięcy bojkotowała współpracę w ramach WE) zakończony porozumieniem luksemburskim (styczeń 1966 r.), zgodnie z którym:

jeżeli decyzje podejmowane większością [...] mogą naruszyć ważne interesy jednego lub kilku partnerów, to członkowie Rady w odpowiednim okresie będą się starali znaleźć rozwiązanie, które będzie mogło być zaakceptowane [...] przez wszystkich członków Rady z zachowaniem ich wzajemnych interesów i interesu Wspólnoty⁴⁴.

Ta wyszukana konstrukcja oznaczała, iż przy podejmowaniu decyzji wymagana była *de facto* jednomyślność, co w konsekwencji „sygnalizowało szybki upadek wszelkich ponadnarodowych cech wspólnotowego modelu podejmowania decyzji”⁴⁵. J. H. H. Weiler podaje wiele innych przykładów świadczących o owym „upadku” zasad wspólnotowej współpracy. Miejsce Komisji, która formalnie nadal posiadała wyłączne prawo inicjatywy ustawodawczej, w wyznaczaniu kierunku rozwoju Wspólnot i określaniu jej bieżącego programu zajęła Rada Ministrów. Tym samym rola Komisji ograniczona została do swoistego „sekretariatu” WE. Skomplikowane kwestie techniczne – omawiane wcześniej w ramach Komisji i jej komórek organizacyjnych – z czasem stały się przedmiotem uzgodnień grup złożonych z narodowych, lecz nie wspólnotowych, ekspertów. Komisja przyjęła ponadto praktykę, która z czasem stała się regułą, nieoficjalnych negocjacji z COREPER⁴⁶ w procesie formułowania propozycji legislacyjnych. Wyraźne osłabienie wspólnotowych cech w ramach procesu decyzyjnego dotknęło nie tylko etapu tworzenia prawa. Także proces wykonania wspólnotowych regulacji został «obciążony» rozległym zakresem zarządów i komitetów złożonych z przedstawicieli państw członkowskich⁴⁷.

Umacnianie pozycji państw członkowskich w ramach procesu decyzyjnego Wspólnot, a praktycznie przejęcie kontroli nad całym procesem integracyjnym (wzmacnianie siły „Głosu”, by skorzystać z określenia Weilera) doprowadziło w konsekwencji do tego, że „pierwotne struktury instytucjonalne, przewidziane w traktatach, załamały się”⁴⁸. Stało się to przyczyną tzw. *lourdeur*, czyli okresu wspólnotowej ociężałości oraz niewydolności procesu decyzyjnego we WE, a w konsekwencji – wywołało największy kryzys w historii tej organizacji.

44 Za: F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa–Wrocław 2001, s. 18. Punkt drugi porozumienia brzmiał: „W odniesieniu do poprzedniego ustępu francuska delegacja jest zdania, że przy bardzo ważnych interesach rozmowy muszą być kontynuowane aż do uzyskania jednomyślnej zgody”. Pomimo jednak wspólnego uzgodnienia, iż „różnice poglądów nie przeszkadzają w podjęciu pracy przez Wspólnotę według normalnego trybu [wspólnotowego – D.K.]”, przez ok. 20 kolejnych lat współpracy w ramach Wspólnot przy podejmowaniu decyzji wymagano jednomyślności”.

45 *Ibidem*, s. 30.

46 Komitetem Stałych Przedstawicieli złożony z ambasadorów Państw Członkowskich.

47 J. H. H. Weiler, *Transformation...*, s. 31.

48 *Ibidem*.

3.1. Wytworzenie się równowagi: przyczyny i konsekwencje

Kłopoty, o których Weiler wspomina, pojawiły się jednak później; sam okres fundacyjny oceniany jest przez niego pozytywnie:

[...] równowaga pomiędzy konstytucjonalizmem a instytucjonalizmem, pomiędzy zredukowanym Wyjściem a wzmocnionym Głosem, stały się dziedzictwem okresu fundacyjnego i wyjaśniają wiele z następującej potem siły i stabilności polityki Wspólnoty⁴⁹ [...], polityki, która osiągnęła poziom integracji podobny do tego, jaki daje się zauważyć jedynie w pełni dojrzałych państwach federalnych [...]⁵⁰.

Równowaga wytworzona pomiędzy tymi dwoma przeciwstawnymi siłami wymaga jednak zastanowienia się nad jej przyczynami. Weiler pyta, jak to możliwe, że kształtowanie się konstytucyjnych zarysów porządku prawnego WE, a tym samym poważne osłabienie prerogatyw (suwerenności!) państw członkowskich, odbyło się bez wyraźnego sprzeciwu z ich strony; co więcej – zostało przez nie zaakceptowane. Po części przyczyna tego leży w fakcie, iż „konstytucjonalizacja Europy” to dzieło ETS, którego poczynania rządy państwowe często zwyczajnie... nie rozumiały. Jednak zasadniczy powód – zdaniem Weilera – leży w czymś innym: państwa członkowskie, mając świadomość wagi wprowadzanych zmian w strukturze wspólnotowej, godziły się na nie, wiedząc, iż zachowują dla siebie władzę decyzyjną. Jak wyjaśnia Weiler:

[...] one [państwa członkowskie – D.K.] były w stanie zaakceptować konstytucjonalizację, ponieważ objęły rzeczywistą kontrolę nad procesem decyzyjnym, minimalizując w ten sposób jej groźne skutki⁵¹.

J. H. H. Weiler nie poprzestaje jednak na tym argumentie. Próbuje zrozumieć nie tylko to, dlaczego państwa zaakceptowały „konstytucyjną rewolucję”, ale także – jaki miały w tym interes, zgodnie z przekonaniem, że każde działanie państwa należy rozpatrywać w kategoriach gry interesów, ważenia „zysków i strat”. Tego interesu doszukuje się Weiler w fakcie wzmocnienia pozycji państw członkowskich⁵². Okres fundacyjny, a w jego ramach wzajemną relację pomiędzy Wspólnotą a jej członkami, można bowiem rozpatrywać w kategoriach gry, w której osłabienie jednej strony wiązało się ze wzmocnieniem „przeciwnika”. Weiler uważa jednakże, iż ewolucja WE w jej początkowej fazie zrywa ten układ – zwycięzcami okazały się bowiem obie strony. „Zwycięstwo” państw wiąże się ze wzmocnieniem właśnie ich „pozycji przetargowej” (a position of power brokerage), której „nigdy nie osiągnęłyby w ramach bardziej tradycyjnej współpracy międzynarodowej”⁵³. Ujmując rzecz prościej:

49 *Ibidem*, s. 66.

50 *Ibidem*, s. 39.

51 *Ibidem*, s. 36.

52 J. H. H. Weiler w dalszej części swej analizy uściśla pojęcie wzmocnionego „Głosu”, zauważając, iż w zasadzie nie należy mówić o wzmocnieniu głosu państwa jako całości, lecz bardziej o wzmocnieniu głosu rządów. Przedstawiciele egzekutywy tworzyli bowiem Radę oraz pozostałe formalne czy też nieformalne ciała decyzyjne. Narodowe parlamenty w całym tym procesie straciły na znaczeniu. Dopiero okres ostatnich kilkunastu lat znamionuje wzmacnianie pozycji europejskiej legislatury.

53 *Ibidem*, s. 37.

państwa tworzące WE stały się w jej ramach bardziej liczącymi się aktorami na arenie europejskiej oraz międzynarodowej; przy czym dotyczy to nie tylko państw niewielkich, jak państwa Beneluksu, lecz także dużych, posiadających samodzielnie znaczącą pozycję międzynarodową.

4. Okres „cichej rewolucji konstytucyjnej”

Okres w rozwoju Wspólnot, którego początek Weiler datuje na rok 1973⁵⁴, tradycyjnie uznawany jest za czas integracyjnej stagnacji. WE poszerzona o kolejne kraje utraciła wiele ze swej wcześniejszej mobilności i skuteczności. Kryzys paliwowy lat 70. ukazał w pełni niezdolność WE do wypracowania i przyjęcia wspólnego stanowiska. Unaoczniał on wszystkim, że Wspólnota nie jest w stanie właściwie odpowiadać na nowe wyzwania. Zawiódł zwłaszcza proces decyzyjny, bowiem wymagany konsensus, trudny do osiągnięcia w gronie sześciu państw, w sytuacji powiększenia liczby członków WE, okazał się praktycznie nieosiągalny. Mimo tego proces transformacji postępował nadal. Zmiany, niezauważalne przez bezpośrednich uczestników i świadków⁵⁵, mają zdaniem Weilera równie kluczowe znaczenie w całym procesie ewolucji Europy, jak „konstytucyjna rewolucja” z okresu fundacyjnego. Zmiany te dotknęły kluczowej dla całej architektury wspólnotowej kwestii – zasady podziału kompetencji pomiędzy Wspólnotę a państwa członkowskie.

Traktaty same w sobie nie definiują precyzyjnie materialnych granic dla działania Wspólnot, art. 2 oraz 3 TWE stanowią jedynie o „zadaniach” i „celach” WE. Nie ulegało jednak wątpliwości, że zakres kompetencji wspólnotowych należy odczytywać ściśle, ograniczając go tym samym do pozycji wyrażnie w traktatach wymienionych; w doktrynie prawniczej mowa w tym przypadku o tzw. zasadzie enumeratywnego upoważnienia jednostkowego bądź o zasadzie ograniczonej kompetencji szczegółowej. Takie rozumienie enumeracji podzielali nie tylko przedstawiciele doktryny prawnej, lecz także główni aktorzy europejskiej sceny, tj. państwa członkowskie oraz wspólnotowe organy.

Zmiany, które zaszły w drugim z wyodrębnionych przez J. H. H. Weilera okresów, odmieniły diametralnie to rozumienie, tak iż „zasada enumeratywnego upoważnienia jako ograniczenie dla wspólnotowej kompetencji materialnej [...] stopniowo korodowała, by w praktyce zupełnie zniknąć”⁵⁶. Z punktu widzenia europejskiego konstytucjonalizmu oznaczało to, że praktycznie „żaden z kluczowych składników suwerenności państwowej nie pozostawał wolny, poza zasięgiem Wspólnoty”⁵⁷. Naturalnym sposobem na poszerzenie katalogu wspólnotowych kompetencji jest wprowadzenie odpowiednich zmian traktatowych. W takim przypadku jednak mówienie o „rewolucyjnej zmianie” bądź „mutacji” nie byłoby uprawnione. Zmiany dotyczące rozdziału kompetencji na linii WE – państwa członkowskie są dziełem zupełnie innego procesu. Po raz kolejny też głównym „sprawcą” wydarzeń okazał się Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

54 Data ta wiąże się z deklaracją ze szczytu paryskiego, podczas którego podjęto decyzję o szerszym wykorzystaniu art. 235 WTE (obecnie art. 308).

55 Budzi to nieukrywane zdziwienie Weilera, tym większe, gdyż zmiany te miały tak fundamentalne znaczenie.

56 *Ibidem*, s. 42. Weiler zaznacza jednak, iż w analizie swej ogranicza się do kompetencji materialnych, pozostawiając poza polem zainteresowań zmiany „organiczne oraz instytucjonalne”.

57 *Ibidem*, s. 43.

4.1. Kategorie „mutacji”

Jak podkreśla Weiler, mutacja, która dokonała się w latach 70. „nie była przypadkowa ani ograniczona, lecz przejawiała się wielością form”⁵⁸. J. H. H. Weiler omawia cztery podstawowe formy poszerzenia kompetencji WE: rozszerzenie (*extension*), absorpcję (*absorption*), inkorporację (*incorporation*) oraz rozciągnięcie (*expansion*). Trzy pierwsze kategorie oddziałują w zakresie spraw przekazanych już do jurysdykcji Wspólnot (wyłącznej lub konkurencyjnej). Za ich pomocą ETS rozwinął m.in. doktrynę praw człowieka, przyznał nowe uprawnienia nieprzewidziane prawem wspólnotowym (np. stypendia dla studiujących za granicą) czy też poszerzył kompetencje Parlamentu Europejskiego. Ostatnia z form jest najbardziej radykalna – sprowadza się ona do rzeczywistego „przełamania” granic wspólnotowych kompetencji. Za pomocą specjalnego mechanizmu zapisanego w art. 235 TWE (obecnie art. 308), a zawierającego rodzaj otwartej klauzuli (tzw. *necessary and proper-clause*), która „poza katalogiem kompetencji umożliwia w określonych przypadkach wydanie obowiązujących norm”⁵⁹, Wspólnota może podejmować działania także w tych sferach, które przynależą do kompetencji wyłącznej państwa, pod warunkiem jednakże, że wszystkie państwa wyrażą na to zgodę. Do roku 1973 mechanizm ten jednak nie był powszechnie stosowany, dopiero od szczytu paryskiego radykalnie – jak zaznacza Weiler – wzrosło jego znaczenie. Posłużył on m.in. rozszerzeniu kompetencji WE w zakresie polityki fiskalnej⁶⁰, socjalnej oraz rolnej; często jednak stosowany był zbyt „liberalnie”⁶¹.

4.2. „Pęd przez otwarte drzwi”

Podobnie jak w przypadku procesu konstytucjonalizacji, praca ETS miałaby niewielkie znaczenie, gdyby nie spotkała się z odpowiednią reakcją ze strony państw członkowskich oraz organów WE. Zdaniem Weilera, Trybunał z Luksemburga swym orzecznictwem niejako „otworzył drzwi” (*judicial door*), przez które następnie „runął” cały polityczny proces.

Pierwszym z objawów tego swoistego „poruszenia” była, co prawda słabo dostrzegalna i zakończona porażką (patrząc z perspektywy czasu), tzw. „strategia ożywienia” (*a strategy of revival*). Zapożyczona wraz z końcem epoki de Gaulle’a, a mająca swój punkt kulminacyjny w zakończonych sukcesem negocjacjach akcesyjnych z Wielką Brytanią, Danią i Irlandią (1973 r.) dawała nadzieję na to, iż pozwoli Wspólnocie „pozbyć się kaca po kryzysie luksemburskim, wydobyć z traumy związanej z podwójnym odrzuceniem członkostwa przez Wielką Brytanię, aby na nowo odzyskać siły”⁶². Szczyt paryski wprowadzał „ambitny plan zasadniczego rozszerzenia kompetencji Wspólnot i odświeżenia marzenia o unii europejskiej”⁶³. W ramach tego programu art. 235 TWE miał odgrywać kluczową rolę. Wskutek jednak postępującego kryzysu decyzyjnego stosunkowo szybko „ożywienie” to wygasło. Art. 235 nadal jednakże spełniał swe zadanie „kruszenia” zasady enumeratywnego upoważnienia jednostkowego, nawet w okresie największego kryzysu Wspólnot.

58 *Ibidem*, s. 44.

59 F. Emmert, M. Morawiecki, *op. cit.*, s. 151.

60 Umożliwił przyznanie pomocy państwom rozwijającym się, czego nie przewidywał TWE.

61 Dopiero w 1996 r. w opinii 2/94 w sprawie przystąpienia WE do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ETS sprecyzował warunki korzystania z art. 235 TWE.

62 J. H. H. Weiler, *Transformation...*, s. 58.

63 *Ibidem*, s. 58.

J. H. H. Weiler podaje jeszcze inną przyczynę owego „poruszenia” we WE, przyczynę o charakterze strukturalnym, która w pełni zrozumiała staje się w perspektywie przeobrażeń dokonanych we wcześniejszym okresie rozwoju Wspólnoty. W sposób niezwykle zrozumiały Weiler wyjaśnia problem: państwa członkowskie osiągnąwszy po okresie fundacyjnym silną pozycję decyzyjną, znalazły się w sytuacji na tyle komfortowej, że nie musiały obawiać się poszerzania wspólnotowych kompetencji. Wręcz przeciwnie – dla państw, a zwłaszcza dla ich rządów, zwiększenie uprawnień Wspólnot oznaczało w prostej drodze zwiększenie (!) ich własnych uprawnień⁶⁴. Jaki rząd nie skorzystałby z podobnej szansy rozszerzenia zakresu swej władzy? Jeśli do obrazu tego dodamy postawę organów wspólnotowych, zwłaszcza Komisji oraz Parlamentu, które w poszerzeniu uprawnień dla WE słusznie upatrywały szansy na zwiększenie własnych uprawnień, zrozumiałe staje się zjawisko „erozji kompetencyjnej” Wspólnot.

Co warto podkreślić – Weiler nie krytykuje Trybunału za przyjęcie tak liberalnej, nakierowanej na poszerzenie wszelkimi sposobami kompetencji WE, praktyki wykładniczej. Uważa, iż skorzystały na tym zarówno Wspólnoty, jak i państwa (a zatem i ich obywatele). Zarazem jednak w swym późniejszym eseju konstatuje, iż „proces ten był tykającą bombą konstytucyjną (*a ticking constitutional time bomb*), która pewnego dnia mogła wstrząsnąć stabilnością i dalszym rozwojem Wspólnoty”⁶⁵.

Kolejny etap europejskiej transformacji miał zrewidować obawy Weilera.

5. Rok 1992 i lata kolejne – stan równowagi oraz pata

Wspólnoty Europejskie wyszły z tych wszystkich, opisanych powyżej, przeobrażeń jako zbalansowana struktura, w której elementy narodowe i ponadnarodowe wzajemnie się bilansowały, gdzie – jak zauważa Weiler – prawny aspekt integracji miał swą siłę równoważącą w politycznym procesie, gdzie „normatywny supranacjonalizm” współgrał z „decyzyjnym supranacjonalizmem”⁶⁶. W tak ukształtowanym układzie państwa członkowskie, mając zagwarantowaną kontrolę nad procesem decyzyjnym, a w konsekwencji – nad całą WE, były w stanie zgodzić się zarówno na proces konstytucjonalizacji, jak i na poszerzenie kompetencji przez Wspólnoty. Sprawując faktyczny zarząd nad organizacją, nie obawiały się utraty władzy w tych wszystkich dziedzinach, które tradycyjnie uznawane są za przynależne do państwa. Ujmując rzecz inaczej – spokojne były o swą suwerenność, nad której procesem stałego „rozmiękczenia” miały (a przynajmniej zdawały się mieć) pełną kontrolę.

Wytworzenie tego równoważącego się układu nie odbyło się jednakże bez pewnych kosztów. „Ofiarami” były w głównej mierze organy WE, tracąc wiele ze swej faktycznej władzy; przede wszystkim jednak – o czym już wspomniano – ucierpiał proces decyzyjny. Wymóg jednomyślności to – zdaniem Weilera – zasadnicza, leżąca u samych podstaw, przyczyna tego kryzysu. Zgoda wszystkich zainteresowanych, trudna często do wypracowania w gronie sześciu państw, po kolejnych rozszerzeniach Wspólnoty stała się w sposób oczywisty jeszcze trudniej osiągalna. Dodatkowo kwestię komplikował fakt utracenia przez WE początkowej „homogeniczności”, w wyniku kolejnych etapów, najpierw

64 Paradoksalnie zatem: kolejne zwiększenie uprawnień państw członkowskich osiągnięte na drodze umacniania Wspólnot.

65 J. H. H. Weiler, *The autonomy...*, s. 319.

66 *Idem*, *Transformation...*, s. 96.

„północnego”, a następnie „południowego”, poszerzenia integracji. Ten ostatni fakt silnie akcentuje Weiler, stwierdzając, iż efekt nie mógł być inny: „proces podejmowania decyzji we Wspólnocie ogarnęła głęboka niemoc”⁶⁷.

Kryzys podejmowania decyzji w ramach Wspólnot to jednak zaledwie część problemu. O osłabieniu (jeśli nie utraceniu) zdolności odpowiadania na nowe wyzwania i zagrożenia była już mowa. J. H. H. Weiler dodaje do tego obrazu dodatkowy element, wskazujący w sposób bardzo wymowny powagę sytuacji. Przykład z trudnościami w ustanawianiu wspólnego rynku, którym Weiler się posługuje, wydaje się tu bardzo trafny. Aby wprowadzić ujednolicone (wspólnotowe) normy ograniczające pozataryfowe przeszkody w swobodnym przepływie towarów, należało osiągnąć, tak trudny do wypracowania z powodów podanych powyżej, konsensus. Wypracowanie go było jednak o tyle trudniejsze, gdyż państwa członkowskie zaczęły obawiać się, że w przypadku przyjęcia odpowiednich regulacji (*once such a norm was adopted*), które następnie – mocą zasad wypracowanych przez ETS – wiązałyby Wspólnoty, ale także i ich samych. Trudno wiązać się bowiem takimi międzynarodowymi normami, mając świadomość, że ewentualna ich zmiana jest tak bardzo utrudniona, wymaga bowiem znów jednomyślności. Stawiałoby to państwo w sytuacji, gdy wiąże sobie ręce (w dodatku – dobrowolnie) bez możliwości odwrotu!

W rezultacie powstał więc stan swoistego pata, który groził nie tylko pogłębieniem kryzysu decyzyjnego – bądź, jak pisze Weiler, postępującym „ochładzaniem klimatu” wewnątrz Wspólnot – lecz który zagrażał samej idei integracyjnej.

5.1. Głosowanie większościowe – zburzenie równowagi

Wyjścia z kryzysu, w który popadły Wspólnoty, szukano przez długi czas. *Biała Księga Komisji*⁶⁸ pochodząca z 1985 r., zawierająca strategię działań zmierzających do wprowadzenia rynku wewnętrznego, to jedna z takich prób. Dokument ten, jak pisze Weiler, rozczarował jednak bezpośrednich obserwatorów (Weiler, pisząc *The Transformation of Europe* był jednym z nich). Podobnym rozczarowaniem dla komentatorów okazał się także Jednolity Akt Europejski (Single European Act, SEA).

Zaledwie po trzech latach ocena ta uległa jednak diametralnej zmianie. Jak pisze Weiler: „stało się jasne, że rok 1992 [tj. program reformy z 1992 roku – D.K.] oraz SEA stanowią erupcję o znacznych rozmiarach”⁶⁹, zaskakując zarówno obserwatorów, jak i samych aktorów europejskiej wspólnoty. Co takiego zawierały te dokumenty, że wprowadziły aż takie poruszenie w środowisku europejskim? Odpowiedź Weilera jest prosta: o rewolucyjności przyjętych rozwiązań świadczy w głównej mierze przyjęcie w niespotykanym dotąd stopniu systemu głosowania większościowego, a w zasadzie – powrót do niego po latach dominacji zasady jednomyślności⁷⁰. Co jednak warte podkreślenia, państwa członkowskie:

67 *Ibidem*, s. 67.

68 *Biała Księga o urzeczywistnieniu Rynku Wewnętrznego*, Com (85) 310 (*White Paper from the Commission to the European Council*).

69 J. H. H. Weiler, *Transformation...*, s. 65 (podkr.– D.K.).

70 Kluczowy jest tu art. 100A (obecnie art. 95 TWE), jako podstawa wszystkich niezbędnych przedsięwzięć harmonizacyjnych na drodze do ustanowienia Wspólnego Rynku.

[...] podjęły się tego rozwiązania nie jako radykalnego kroku politycznego ukierunkowanego na osiągnięcie wyższego poziomu europejskiej integracji, lecz raczej jako czystej technicznej konieczności dla realizacji „niekontrowersyjnych” celów Białej Księgi⁷¹.

Jak bowiem uchwalić prawie 300 rozporządzeń i dyrektyw, wymaganych do wprowadzenia wspólnego rynku, w obliczu paraliżującego wymogu jednomyślności?

Ta niepozorna na pierwszy rzut oka zmiana doprowadziła do prawdziwego „przewrotu”, który zrozumiały i czytelny staje się w kontekście poprzednich zmian systemu wspólnotowego. Tak znaczne rozszerzenie zastosowania głosowania większościowego w ocenie Weilera burzyło cały system równowagi, tak długo i konsekwentnie kształtowany we wcześniejszych okresach. Jednym z filarów, na których oparty był ten system, było przecież prawo weta, które przysługiwało każdemu państwu i z którego mogło ono skorzystać w każdej chwili.

Artykułem 100A – pisze Weiler – państwa członkowskie, akceptując formę głosowania większościowego, zdawały się burzyć jeden z dwóch filarów stanowiących fundamenty równowagi⁷².

Na pytanie, dlaczego członkowie WE tak naprawdę (pomijając zamiar „technicznego” jedynie usprawnienia działania Wspólnot) zgodzili się na wprowadzenie głosowania większościowego, Weiler nie udziela jednoznacznej odpowiedzi. Można jedynie spekulować, dlaczego tak się stało. Jedną z możliwych odpowiedzi sprowadza się do tego, że niektóre państwa zorientowały się, iż czasem bardziej opłacalna jest możliwość przegłosowania innego, sprzeciwiającego się, państwa niż dalsze utrzymywanie prawa weta. W odczuciu Weilera wiele jednak tłumaczy zwyczajna nieświadomość znaczenia wprowadzanych zmian, bądź także zwykły... błąd popełniony przez państwowych „graczy”⁷³.

5.2. „W cieniu głosu”

Wprowadzenie głosowania większościowego, które zachwiało równowagą systemu wspólnotowego, postawiło państwa członkowskie w takiej oto sytuacji:

Państwa członkowskie znalazły się obecnie w sytuacji, gdy to podlegają wiążącej normie, przyjętej w całości lub w części wbrew ich woli, normie wywierającej skutek bezpośredni w ramach ich narodowych porządków prawnych [*Member States are now in a situation of facing binding norms, adopted wholly or partially against their will, with direct effect in their national legal orders*]⁷⁴.

De facto oznaczało to wyraźną ingerencję w sferę władztwa państwowego, na którą jednak państwa Wspólnoty Europejskiej – świadomie czy też nieświadomie – przystały. „Erozja” systemu ścisłej enumeracji dodała do tego ponadto postępującą utratę dalszych kompetencji państwowych. Praktyka podejmowania decyzji w ramach Wspólnoty nadal co prawda świadczy o tym, iż większość porozumień wymaga jednomyślności (a przynajmniej dążenia do niej), nadal olbrzymią rolę odgrywa sztuka

71 J. H. H. Weiler, *Transformation...*, s. 68.

72 *Ibidem*, s. 69. Drugi z filarów („zamknięte Wyjście”) – zdaniem Weilera – także uległ jednak „korozji”: „[...] pozwolenie państwu członkowskiemu na odstąpienie od zobowiązania, nawet wówczas gdy wynika ono z normy wspólnotowej (przyjętej większością!) sprawiło, że również drugi z filarów – pełna kompetencja Wspólnoty – zdawał się równomiernie korodować, tym samym utrzymując ogólną równowagę” (*ibidem*, tłum. D.K.).

73 Jak nieco ironicznie komentuje Weiler: „Niezdolność Państw Członkowskich do zrozumienia całości skutków swych własnych działań nie jest niczym nowym.” (*Ibidem*, s. 73, tłum. D.K.).

74 *Ibidem*, s. 73.

poszukiwania konsensusu, godzenie się na wzajemne ustępstwa – mające z modelem wspólnotowym niewiele wspólnego. Jak słusznie jednak dostrzega J. H. H. Weiler, inaczej dochodzi do uzgodnień w sytuacji gdy wymagana jest jednomyślność, zupełnie inaczej, gdy wymogu tego brak:

Osiąganie konsensu w cieniu głosu jest czymś zupełnie innym od osiągnięcia go w cieniu *veta*. Możliwość przełamania impasu z wykorzystaniem prawa głosu sprawia, że strony negocjujące przełamują impas bez odwoływania się w zasadzie do głosu [*Reaching consensus under the shadow of the vote is altogether different from reaching it under the shadow of the veto. The possibility of breaking deadlocks by voting drives the negotiators to break the deadlock without actually resorting to the vote*]⁷⁵.

Wyrażnemu wzmocnieniu uległa w nowej sytuacji pozycja organów wspólnotowych, w szczególności zaś Komisji, która stała się niezwykle ważnym „pośrednikiem” w negocjacjach prowadzonych „w cieniu głosu”. Co oczywiste, przyspieszeniu i usprawnieniu uległ proces decyzyjny w ramach całej WE.

Weiler, pozostawiając innym pogłębioną analizę znaczenia wprowadzonych zmian w kontekście instytucjonalnym oraz proceduralnym, sam zastanawia się nad wpływem, jaki zmiany te mogą mieć w szerszej perspektywie – w jaki sposób reagować będą państwa członkowskie, jak potoczy się proces dalszej europejskiej transformacji, wreszcie – sama integracja.

6. Reakcja państw członkowskich – „Głos” wzmacnia swą siłę

Relacja występująca pomiędzy „Głosem” a „Wyjściem”, na co zwrócono już uwagę, przypomina grę o sumie zerowej: osłabienie jednego elementu prowadzi do wzmocnienia drugiego. Zamknięcie „Wyjścia” w okresie fundacyjnym, zgodnie z regułami tej gry, wzmocniło siłę „Głosu”. W sytuacji natomiast gdy „Głos” słabnie, te same reguły każą oczekiwać wzrostu znaczenia „Wyjścia”. Co zdaniem Weilera oznacza to w przypadku Wspólnoty Europejskiej?

Przede wszystkim wzrasta niebezpieczeństwo nieprzestrzegania przez państwa członkowskie wspólnotowych ustaleń. Jak jednak słusznie zauważa J. H. H. Weiler problem ten nie pojawił się w historii WE z momentem wprowadzenia Jednolitego Aktu Europejskiego. Państwa członkowskie zawsze miały większe bądź mniejsze trudności z dostosowaniem się do wymagań wspólnotowych (nawet gdy same je na siebie nakładały). Tymczasem w nowej rzeczywistości, „zgodnie z nowymi zasadami niepodporządkowywanie się mogło przybrać postać strategii” (*under the new regime non-compliance could become more of a strategy*)⁷⁶. Wówczas – co proponuje Weiler – należałoby odwołać się do swojego „zaworu bezpieczeństwa”, tj. do trzeciej z kategorii wprowadzonej przez Hirschman – do zasady „lojalności” (*Loyalty*).⁷⁷ Często jednak i ona zawodzi.

Jako próbę „wyjścia” z „wspólnotowej dyscypliny” (*community discipline*) można odczytać także samą konstrukcję Unii Europejskiej, opartą na słynnych trzech filarach. Wyłączenie II i III filaru spod reguł wspólnotowych to nic innego jak próba, o ile nie „wyjścia”, to z pewnością „ominięcia” (*bypassing*) tych zasad i kontynuacja procesu integracji w oparciu o tradycyjny model współpracy międzyrządowej. Sposobem na „wyjście” dla poszczególnych Państw są z kolei często przez nie stosowane przeróżne deklaracje, protokoły oraz oświadczenia, mocą których zastrzec można nieobowiązywanie

⁷⁵ *Ibidem*, s. 72.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 76 (podkr. – D.K.).

⁷⁷ *Ibidem*, s. 77. Zagadnienie „lojalności” we Wspólnotach omawia Weiler szerzej w swych nowszych tekstach.

w stosunku do państwa zastrzegającego określonych postanowień (praktyka tzw. *opt-out*). W okresie po wprowadzeniu SEA państwa – a zwłaszcza ich rządy oraz orany sądowe – gdy wytrącono im z rąk prawo weta, uważniej przyglądają się podziałowi kompetencji, inaczej także podchodzą do idei ich dalszego przekazywania na szczebel wspólnotowy. Zasada subsydiarności, zapisana w traktacie z Maastricht to, zdaniem Weilera, dowód nie tylko starania o „przybliżenie Unii jej obywatelom”, lecz też potwierdzenie „troski” o zupełnie inny charakter – zachowania jak największego zakresu kompetencji na poziomie krajowym. Zagadnienie rozdziału kompetencji na linii WE–państwa członkowskie stał się także przedmiotem zainteresowania narodowych sądów, zwłaszcza tych najwyższego szczebla. Sądy krajowe, które bez oporów przyjęły wypracowane przez ETS zasady, uczyniły to jednak pod pewnym warunkiem. Warunkiem tym – jak uważa J. H. H. Weiler – było ograniczenie obowiązywania powyższych zasad do ściśle wyznaczonych granic, które określa katalog wspólnotowych kompetencji. Zresztą sam Trybunał zdawał się godzić na ten warunek, zastrzegając:

Wspólnota stanowi nowy porządek prawny w systemie prawa międzynarodowego [...], na rzecz którego państwa przekazały swe prawa zwierzchnie, jakkolwiek w ograniczonym zakresie⁷⁸.

W sytuacji, gdy granice te okazały się wyjątkowo nieszczelne, tylko kwestią czasu było, kiedy sądy najwyższe państw członkowskich poruszą ten problem. W najszerzej dyskutowanym⁷⁹ orzeczeniu (tzw. orzeczenie „Maastricht”⁸⁰, pochodzące z 1993r.), dotyczącym tej właśnie kwestii, niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny nie tyle skrytykował zbyt liberalną wykładnię postanowień traktatowych w kierunku poszerzania kompetencji WE, co wyraźnie postanowił, iż to nie do sądu wspólnotowego, lecz do sądów krajowych (!) należy ostateczny głos w kwestii rozdziału kompetencji. Trudno o bardziej zdecydowaną „odповідь” w praktyce ETS. Nie dziwi więc, że Weiler przyrównuje orzeczenie „Maastricht” do aktu „wypowiedzenia wojny” pomiędzy najwyższymi organami sądowymi Wspólnoty⁸¹. W bliźniaczym orzeczeniu, badając ważność ratyfikacji przez Danię Traktatu o Unii Europejskiej, także Duński Sąd Najwyższy (*Højesteret*) rozważał zgodność art. 235 TWE z par. 20 duńskiej ustawy zasadniczej, według którego możliwe jest przekazanie suwerenności tylko w ograniczonym i ściśle zdefiniowanym obszarze. W odpowiedzi sąd duński uznał ratyfikację za ważną, lecz podobnie jak niemiecki Trybunał, sobie pozostawił prawo ostatecznego wypowiedzenia się w kwestii rozdziału kompetencji we WE.

Ostatni okres integracji europejskiej, okres wyjątkowego „ożywienia”, a w szczególności proces największego w historii rozszerzenia UE oraz przebieg ratyfikacji traktatu konstytucyjnego, jak również inne bieżące wydarzenia dają przykłady występowania podobnych zależności.

78 Sprawa 26/62, *Van Gend and Loos*. (tłum – D.K.).

79 Zob. m.in. J. Wieland, *Germany in the European Union – The Maastricht Decision of the Bundesverfassungsgericht*, „European Journal of International Law” 1994, Vol. 5, no. 2.

80 BverfGE 89, 155 (tłumaczenie angielskie w ILM 33[1994], s. 422). W orzeczeniu tym niemiecki TK badał zgodność z konstytucją ratyfikacji Traktatu z Maastricht.

81 J. H. H. Weiler, *The autonomy...*, s. 320. Zob. także poświęcony w całości orzeczeniu Maastricht tekst J. H. H. Weilera: *Demos, Telos, Ethos and the Maastricht Decision* [w:] *The Question of Europe*, ed. P. Gowan, P. Anderson, London – New York 1997.

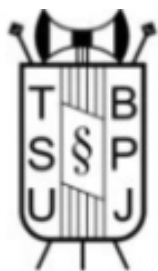
7. Zakończenie

Przedstawione powyżej – z konieczności jedynie skrótowe – spojrzenie prof. J. H. H. Weilera, wybitnego konstytucjonalisty i teoretyka integracji europejskiej, na dotychczasowy rozwój oraz obecny stan europejskiej integracji wydaje się szczególnie cenne, zwłaszcza w obliczu naszego członkostwa i ciągłego (jeszcze) „uczenia się” Unii. Spojrzenie to, charakteryzujące się wyjątkową interdyscyplinarnością, tworzy imponujący obraz jednoczącej się Europy, w którym na bok odsunięte zostały bieżące spory polityczne i gdzie widać jedynie spojrzenie wnikliwego naukowca starającego się dociec przyczyn oraz skutków wydarzeń zachodzących na „europejskiej arenie”. Jak napisał jeden z recenzentów *The Constitution of Europe*, G. Silverstein:

[...] książka Weilera jest doskonałym dowodem tego, że zrozumienie roli prawa w Europie jest niemożliwe bez wyraźnego uwzględnienia polityki – teorii politycznej, politycznych instytucji oraz politycznego zachowania, jak również ekonomii, socjologii, stosunków międzynarodowych, historii, a nawet wcale pokażnej dawki religii⁸².

Słowa te powinny szczególnie zapaść w pamięć tym, którzy starają się – podobnie jak Weiler – zgłębić tajemnice Wspólnoty/Unii, a którzy ograniczają się jedynie do swojej dyscypliny naukowej, nie dostrzegając innych elementów, współtworzących barwny i wciąż zmieniający się obraz europejskiej integracji. Jak dowodzi przykład Weilera, dopiero połączenie wielu perspektyw pozwala zrozumieć ten fenomen.

82 „Law and Politics Book Review” 1999, Vol. 9, no. 8, s. 354-359; recenzja dostępna na stronie: <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr>.



Łukasz Wieczorek

Skutki podwyższania kapitału zakładowego w trybie zmiany umowy spółki z o.o. wraz z określeniem jego repartycji w jednej uchwale zgromadzenia wspólników

1. Wprowadzenie

Podwyższenie kapitału zakładowego w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością stanowi zmianę strukturalną¹ charakterystyczną dla kapitałowego typu spółki handlowej. Wskutek podwyższenia wartości istniejących udziałów lub utworzenia nowych spółka pozyskuje środki niezbędne do rozszerzenia rozmiarów swej działalności gospodarczej czy też przezwyciężenia okresowych trudności ekonomicznych². Na gruncie spółki z o.o. kodeks spółek handlowych przewiduje dwa tryby postępowania w sprawie podwyższenia kapitału zakładowego – tryb zakładający jednoczesną zmianę umowy spółki z o.o. oraz tryb, w którym zmiana umowy spółki nie jest konieczna.

Z racji najczęstszego stosowania w praktyce funkcjonowania spółek z o.o. szczególnie interesujące wydaje się postępowanie zmierzające do podwyższenia kapitału zakładowego w spółce z o.o. wraz ze zmianą postanowień umowy spółki. Mimo że procedura podwyższenia kapitału zakładowego w spółce z o.o. jest stosunkowo mniej sformalizowana niż w spółce akcyjnej, skuteczne podwyższenie kapitału w spółce z o.o. może napotkać wiele problemów³ i prowadzić do nieporozumień między wspólnikami.

Aktywne występowanie spółek z o.o. w obrocie gospodarczym zrodziło kwestię możliwości objęcia jedną uchwałą zgromadzenia wspólników decyzji o podwyższeniu kapitału zakładowego w trybie zmiany umowy spółki, oraz zawarcie w tej samej uchwale decyzji o sposobie repartycji podwyższonego kapitału zakładowego. To zasadnicze zagadnienie stanowi jądro dalszych analiz, zmierzających do ustalenia potencjalnych skutków i celowości takiego zabiegu w kontekście poszanowania prawa pierwszeństwa i dopuszczalności zaskarżenia uchwały zgromadzenia wspólników.

1 Zob. I. Weiss [w:] W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz-Kraków 2006, s. 327.

2 P. Zakrzewski, *Cele podwyższenia kapitału zakładowego – materiały edukacyjne*, PPH 2000, nr 2, s. 25 i nast.

3 Już teraz można wspomnieć, że problemy te pośrednio mogą wynikać z istnienia elementów osobowych w normatywnej konstrukcji spółki z o.o., będącej spółką kapitałową. Zob. A. Szajkowski, M. Tarska [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Tom II. Komentarz do artykułów 151-300*, Warszawa 2005, s. 10-12.

2. Podwyższenie a prawa udziałowe

Jak już zostało zasygnalizowane na wstępie, podwyższenie kapitału zakładowego w spółce z o.o. może służyć wielu celom⁴. K.s.h. przewiduje przy tym dwa tryby dokonywania podwyższenia. Z punktu widzenia dalszego wywodu istotne i prakseologicznie uzasadnione wydaje się zarysowanie tła normatywnego tematycznego podwyższenia kapitału zakładowego w trybie zmiany umowy spółki z o.o.

Przedmiotowe podwyższenie kapitału zakładowego odbywa się w drodze podjęcia uchwały przez zgromadzenie wspólników kwalifikowaną większością $\frac{2}{3}$ głosów. Należy zaznaczyć, iż pokrycie podwyższenia kapitału zakładowego może nastąpić w drodze wniesienia wkładów przez dotychczasowych lub nowych wspólników, przez kapitalizację rezerw (art. 260 k.s.h.), bądź w rezultacie konwersji na kapitał zakładowy wierzytelności przysługujących względem spółki wspólnikowi lub osobie trzeciej. Co prawda to ostatnie źródło finansowania podwyższenia kapitału zakładowego w spółce z o.o. nie znajduje *expressis verbis* zaczepienia w przepisach k.s.h., lecz zostało zaaprobowane tak przez judykaturę⁵, jak i doktrynę⁶.

W świetle brzmienia art. 257 § 3 k.s.h. podwyższenie kapitału zakładowego może nastąpić w drodze podwyższenia wartości nominalnej dotychczas istniejących udziałów lub poprzez utworzenie nowych udziałów, przy czym można zastosować oba sposoby równocześnie (ustawodawca zastosował alternatywę łączną). Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego, nie można przeprowadzić podwyższenia kapitału zakładowego poprzez ponowne oszacowanie wkładów niepieniężnych (aportów) wniesionych już wcześniej na pokrycie kapitału zakładowego⁷.

Podjęcie uchwały o podwyższeniu kapitału zakładowego może prowadzić do fluktuacji składu osobowego spółki, a także modyfikacji statusu prawnego poszczególnych wspólników wskutek zmiany ich praw udziałowych. Ściśle koresponduje to z określeniem sposobu repartycji podwyższonego kapitału zakładowego, a także prawem pierwszeństwa przysługującym dotychczasowym wspólnikom (art. 258 k.s.h.).

Decyzja o sposobie rozdziału podwyższanego kapitału jest o tyle istotna, iż określa podmioty obejmujące istniejące udziały o zwiększonej wartości nominalnej lub którym przypadną udziały nowoutworzone (dotychczasowi wspólnicy lub nowy wspólnik). Z kolei prawo pierwszeństwa aktualizuje się jedynie w sytuacji podwyższenia kapitału zakładowego w drodze utworzenia nowych udziałów⁸, niezależnie od tego, czy w świetle umowy spółki lub uchwały zgromadzenia wspólników mają one zostać zaoferowane jedynie dotychczasowym wspólnikom, czy także osobom trzecim, wyrażającym

4 Z punktu widzenia prawa bilansowego warto zauważyć, iż nie do końca słuszne wydaje się przeprowadzanie podwyższenia kapitału zakładowego w celu pokrycia strat spółki. Wniesienie do spółki wkładów na objęcie podwyższanego kapitału zwiększa wartość aktywów spółki, ale też powoduje odpowiednie zwiększenie wartości pasywów w pozycji „Kapitał zakładowy”. W rezultacie wysokość straty, która miała zostać pokryta, pozostaje taka sama. Zmniejszeniu ulega jedynie relacja deficytu do całości majątku spółki. Zob. R. Pabis, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością* [w:] *Pisma Spółek Handlowych. Tom 3*, Warszawa 2003, s. 271.

5 Uchwała SN z 26 marca 1993 r., III CZP 20/93, OSNCP 1993, nr 9, poz. 157.

6 Zob. A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 699.

7 Uchwała SN z 25 stycznia 1995 r., III CZP 177/94, OSNC 1995, nr 5, poz. 75.

8 J. A. Strzępka, E. Zielińska [w:] (red.) J. A. Strzępka, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo do artykułów 1-300. Tom I*, Warszawa 2005, s. 879.

chęć przystąpienia do spółki. W razie nieskorzystania przez dotychczasowych wspólników z prawa poboru, zarząd spółki może zaoferować nieobjęte udziały osobom dowolnie obranym⁹, nie wyłączając osób trzecich.

Zmiana statusu prawnego wspólnika związana tak z określeniem sposobu objęcia podwyższonego kapitału, jak i wyłączeniem (lub pozostawieniem) prawa pierwszeństwa jest kwestią szczególnie delikatną, która może prowadzić do sporów między wspólnikami, jak też pokrzywdzenia wspólnika, przeciwko któremu niechętni mu pozostali wspólnicy mogą realizować pod oficjalnymi działaniami spółki partykularne interesy, zmierzające np. do marginalizacji znaczenia danego wspólnika w spółce. Mając to na uwadze warto przeanalizować podjęcie uchwały o podwyższeniu kapitału zakładowego z jednoczesnym określeniem w niej sposobu repartycji zważając na potencjalne możliwości zinstrumentalizowania tego postępowania.

3. Argument ekonomiczny

W obecnym stanie normatywnym k.s.h. nie zawiera przepisu, który *expressis verbis* zakazywałby podejmowania przez wspólników w jednej uchwale decyzji o sposobie podwyższenia kapitału zakładowego oraz określenia sposobu rozdziału podwyższonego kapitału. Co więcej, praktyka życia gospodarczego nie jest wolna od przykładów podobnego postępowania. Judykatura nie wypowiada się wprost w tej materii uważając jednak, iż jedną uchwałą wspólników spółki z o.o. mogą być objęte tylko te sprawy, dla których przepisy k.s.h. lub postanowienia umowy spółki wymagają jednakowego kworum oraz takiej samej większości głosów¹⁰. Wobec braku bezpośredniej regulacji legislacyjnej i orzeczniczych wskazówek interpretacyjnych odpowiednie wydaje się przeanalizowanie skutków praktyki życia gospodarczego ze szczególnym uwzględnieniem konsekwencji wynikających z takiego jej ukształtowania dla samych spółek z o.o.

W tym kontekście, obracając się w sferze prawa gospodarczego, nie należy zapominać o aspekcie ekonomicznym podejmowanych działań przez wspólników podmiotów partycypujących w obrocie gospodarczym. Z tego punktu widzenia podjęcie dwóch powyższych decyzji w jednej uchwale stwarza wiele zagrożeń. Otóż w sytuacji gdyby wadą było dotknięte choćby jedno z postanowień zawartych w danej uchwale, np. na skutek nieosiągnięcia wymaganego kworum, całej uchwale groziłaby eliminacja z obrotu prawnego w drodze powództwa o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwały.

Nietrudno wyobrazić sobie dla przykładu sytuację, w której skuteczne zaskarżenie uchwały w zakresie dotyczącym sposobu repartycji podwyższonego kapitału zakładowego prowadziłoby zarazem do unicestwienia samego podwyższenia kapitału zakładowego – sąd bowiem nie może orzec o częściowym uchyleniu lub częściowej nieważności danej uchwały. Odwrócenie następstw podwyższenia kapitału zakładowego może poważnie skomplikować funkcjonowanie spółki z o.o., która mogła

⁹ Wedle stanowiska SN, wykonanie prawa pierwszeństwa jest prawem, a nie obowiązkiem wspólnika (wyrok SN z 2 czerwca 2004 r., IV CK 449/03, MoP 2004, nr 13 z krytyczną glosą R. Pabisa, MoP 2005, nr 12). Nie wyklucza to zawarcia w umowie spółki zobowiązania wspólników do objęcia nowych udziałów.

¹⁰ Wyrok SN z 6 kwietnia 2000 r., II CKN 268/00 [w:] E. Skibińska, *Kodeks spółek handlowych*, Warszawa 2004, s. 190.

np. poczynić zobowiązania finansowe dzięki pozyskaniu nowych aktywów. W rezultacie potencjalne ekonomiczne koszty podjęcia dwóch fundamentalnych decyzji w jednej uchwale wydają się nader oczywiste – jest to świadome podjęcie biznesowo nieopłacalnego ryzyka.

Choć argument ekonomiczny sugeruje powstrzymanie się od łączenia w jednej uchwale decyzji o podwyższeniu kapitału zakładowego z określeniem sposobu jego rozdziału, w praktyce organy właścicielskie spółek z o.o. podejmują takie działania. Wspólnicy, podejmując uchwałę o podwyższeniu kapitału zakładowego spółki z o.o., decydują się na jednocześnie określenie sposobu repartycji w sytuacji, gdy z góry wiadomo, kto i w jakiej części obejmie podwyższony kapitał zakładowy, bez konieczności oczekiwania na upływ terminu na skorzystanie z prawa pierwszeństwa¹¹. Istotą takiego zabiegu wydaje się założenie osiągnięcia konsensusu pomiędzy wspólnikami jeszcze przed przystąpieniem do głosowania nad uchwałą, obejmującego swym zakresem sposób podwyższenia kapitału zakładowego, jak i jego rozdział. Jest to o tyle istotne, iż brak oczekiwania na wykonanie prawa pierwszeństwa związany jest z brakiem formalnego wyłączenia prawa pierwszeństwa w umowie spółki bądź samej uchwale zgromadzenia wspólników.

Uprzednie porozumienie między wspólnikami jest tu więc niezbędne z racji przysługującego prawa pierwszeństwa, które jeśli nie zostało wprost wyłączone w umowie spółki lub uchwale wspólników, może zostać w ciągu miesiąca wykonane przez dotychczasowych wspólników – a to spowodowałoby inny status udziałowy wspólników, niż zamierzony na etapie planowania rozdziału podwyższonego kapitału. Rzeczywisty konsensus co do sposobu repartycji podwyższonego kapitału zakładowego zapewnia więc, że żaden ze wspólników nie zdecyduje się na skorzystanie z prawa pierwszeństwa w ustawowym terminie miesięcznym.

4. Wpływ prawa pierwszeństwa

Powyższy fragment wyводу dotyczący zaistnienia konsensusu przed podjęciem uchwały o podwyższeniu i jednocześnie rozdziale kapitału zakładowego jest tylko jedną z możliwych spekulacji, zabarwioną w tym przypadku psychologicznie¹² – mnogość potencjalnych motywów danego postępowania wspólników w sprawie podwyższenia kapitału zakładowego wydaje się ograniczona jedynie wyobraźnią. Oczywiście wydaje się tu po prostu włączenie do treści uchwały (łączącej decyzję o podwyższeniu kapitału, jak i sposobie jego rozdziału) postanowienia o wyłączeniu prawa pierwszeństwa, co przecięłoby wszelkie dywagacje związane z potrzebą pierwotnego konsensusu wspólników.

Tym niemniej faktem jest, iż z różnych względów wspólnicy nie wyłączają prawa pierwszeństwa, *de facto* testując zdolność osiągnięcia porozumienia między nimi. Niepowodzenie staje się faktem, a konsensus mitem, gdy któryś ze wspólników podczas aktu głosowania jednak sprzeciwia się podjęciu uchwały. Jeżeli prawo pierwszeństwa nie zostało w żaden sposób wyłączone, to niezależnie od określenia sposobu repartycji nowo utworzonych udziałów głosujący przeciw wspólnik uzyskuje legitymację do wniesienia powództwa o uchylenie bądź stwierdzenie nieważności przedmiotowej uchwały (pomijając tu na razie spełnienie innych formalnych przesłanek dopuszczalności powództwa).

11 M. Król-Gajewska, A. Wyrzykowska, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2008, s. 203.

12 W tym kontekście czysto teoretycznie można by się zastanawiać nad kwalifikowaniem działań wspólników po utworzeniu spółki jako *sui generis* emanacji *affectio societatis*.

Prawo wytoczenia powództwa wynika z braku formalnej zgody dotychczasowego wspólnika na wyłączenie prawa poboru. Brzmienie art. 258 § 1 *in principio* k.s.h. wskazuje, że wyłączenie tego prawa nie następuje w sposób dorozumiany; określenie sposobu rozdziału podwyższonego kapitału zakładowego nie może tu *per se* oznaczać wyłączenia prawa pierwszeństwa. W literaturze nie ulega wątpliwości, że pozbawienie dotychczasowego wspólnika prawa poboru nowych udziałów w spółce musi nastąpić w sposób wyraźny – może to przewidywać umowa spółki bądź uchwała zgromadzenia wspólników o podwyższeniu kapitału zakładowego. Przepis art. 258 k.s.h. pozostaje w ścisłej korelacji z art. 246 § 3 k.s.h., w świetle którego uchwała o wyłączeniu prawa pierwszeństwa, jako dotycząca prawa udziałowego wspólnika, wymaga zawsze jego zgody¹³. Ani wyłączenia prawa pierwszeństwa, ani zgody na pozbawienie tego prawa nie można domniemywać.

Powracając w tych okolicznościach do przedstawionej wcześniej praktyki określania sposobu repartycji podwyższonego kapitału zakładowego bez wyłączenia przy tym wprost prawa pierwszeństwa, brak wspomnianego konsensusu obejmującego sposób repartycji implikuje konieczność uzyskania zgody wspólnika na pozbawienie go możliwości skorzystania z prawa pierwszeństwa. Wspólnik w sposób nieuprawniony traci możliwość ewentualnego skorzystania z prawa pierwszeństwa – na co nie było jego zgody, a o czym świadczy jego sprzeciw wobec uchwały. Logicznym tego następstwem jest sprzeczność z prawem powziętej uchwały z uwagi na nieuzyskanie zgody wspólnika na odebranie mu prawa pierwszeństwa. Co więcej, zgoda powinna zostać uzyskana także od wszystkich pozostałych wspólników, którym w danej sytuacji przysługiwało prawo pierwszeństwa.

5. Zaskarżenie uchwały

Przedstawiona powyżej sytuacja pozwala na uruchomienie jednego z kodeksowych trybów wzruszenia uchwały wspólników (powództwo o uchylenie uchwały lub stwierdzenie nieważności uchwały – art. 249 i 252 k.s.h.). Uchwała zgromadzenia wspólników nie może mieć cech uchwały nieistniejącej (*non existens*), która zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego nie podlega zaskarżeniu w żadnym z powyższych trybów¹⁴.

Możliwość wniesienia powództwa o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwały w przypadku wspólnika spółki z o.o. uzależniona jest od oddania głosu przeciwko wzruszanej uchwale oraz żądania zaprotokołowania sprzeciwu. Dopełnienie tych czynności realizuje przesłanki dopuszczalności wniesienia danego powództwa. W praktyce najwygodniejsze dla niezadowolonego wspólnika jest wniesienie powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały wspólników, z powołaniem się na sprzeczność z przepisem art. 246 § 3 w związku z art. 258 k.s.h. Wnoszący powództwo może podnieść, iż określenie sposobu repartycji podwyższonego kapitału zakładowego w uchwale wspólników z pominięciem uzyskania jego zgody na wyłączenie prawa pierwszeństwa narusza przepisy kodeksowe.

W świetle powyższego rodzi się konkluzja, iż określenie w uchwale o podwyższeniu kapitału zakładowego również sposobu rozdziału podwyższonego kapitału zakładowego, w sytuacji braku wyraźnego wyłączenia prawa pierwszeństwa, oznacza działanie *contra legem* z uwagi na uczynie-

13 A. Szajkowski, M. Tarska [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Tom II. Komentarz do artykułów 151-300*, Warszawa 2005, s. 759.

14 Uchwała SN z 2 lutego 1994 r., III CZP 191/93, OSNC 1994, nr 9, poz. 167.

nie niemożliwym skorzystanie przez wspólników z przysługującego prawa pierwszeństwa. Określenie w uchwale sposobu repartycji nowych udziałów udaremnia realną okazję dla dotychczasowych wspólników do skorzystania z pierwszeństwa objęcia tych udziałów.

Jasne przy tym okazuje się, że tak wspólnicy *in gremio*, jak i wspólnik występujący z powództwem o uchylenie bądź stwierdzenie nieważności uchwały, mogą wykorzystywać procedurę podwyższenia kapitału zakładowego do realizacji własnych interesów, szkodząc finalnie w każdym przypadku spółce. Wystarczy bowiem zauważyć, że wspólnik głosujący przeciw uchwale o podwyższeniu kapitału (zawierającej jednocześnie określenie sposobu repartycji) może to uczynić „na wszelki wypadek” – uchwała na zasadzie majoryzacji zostanie powzięta większością $\frac{2}{3}$ głosów, przy czym ów wspólnik, po zaprotokołowaniu sprzeciwu, uzyskuje narzędzie szantażu wobec spółki w postaci eliminacji przedmiotowej uchwały z obrotu prawnego w trybie powództwa o jej uchylenie lub stwierdzenie nieważności. Co prawda stan taki nie będzie utrzymywał się dłużej niż kodeksowe terminy na wniesienie obu powództw¹⁵, jednak wystarczająco długo, by uwidoczniły się ewentualne konsekwencje ekonomiczne w razie skutecznego podważenia zaskarżanej uchwały.

6. Zakończenie

Każda normatywna konstrukcja spółki w swej specyfice pozwala lepiej osiągnąć inny cel gospodarczy. Jednocześnie budowanie modelu spółki w oparciu o różne znane już typy spółek, które w różnej konfiguracji pozwalają na otrzymanie pożądanej konstrukcji, pociąga za sobą ryzyko transpozycji problemów praktycznych na nowo kreowaną spółkę¹⁶. W tym kontekście wątpliwości na tle podwyższania kapitału zakładowego w spółce z o.o. wynikają m.in. z połączenia w niej elementów osobowych i kapitałowych. Te pierwsze bowiem w założeniu wspomagają i zarazem bazują na współpracy wspólników w ramach spółki jako wspólnego przedsięwzięcia ekonomicznego, podczas gdy elementy kapitałowe – przyczyniają się często do antagonizowania wspólników, o tym bardziej rozbieżnych interesach, im wyższy rozmach działalności lub kapitał zakładowy spółki.

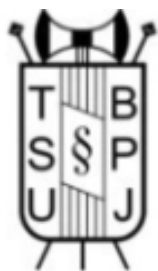
Tak daleka generalizacja ma służyć tylko ukazaniu genezy problemu, występującego w sferze konstrukcyjnej spółki z o.o. Oczywistym bowiem jest, że sprawne funkcjonowanie spółki z o.o. wskutek nadania jej takiego charakteru przez ustawodawcę wymaga porozumienia i zgodnej współpracy wspólników, co nie zawsze może zostać osiągnięte, szczególnie tam, gdzie chodzi o repartycję profitów finansowych. Umiejętności kooperacji nie może tu zastąpić art. 3 k.s.h., który pozwala wspólnikom na dążenie do osiągnięcia wspólnego celu przez działanie w sposób oznaczony (prowadzący do określenia dodatkowych obowiązków lub korzyści danego wspólnika).

Nie pomijając teoretycznych podwalin funkcjonowania spółki z o.o., w praktyce jej aktywność moderują działania wspólników. Wydaje się, że w pewnym stopniu skuteczność współdziałania wspólników spółki z o.o. można mierzyć miarą problemów, jakie napotyka w trakcie swego funkcjonowania. Wyjście zatem z założenia, że potencjalnie niekorzystne bądź nieekonomiczne działania

15 W przypadku obu powództw w praktyce w grę będą wchodzić dolne limity czasokresu na wytoczenie powództwa (odpowiednio miesiąc bądź 6 miesięcy), ponieważ k.s.h. nakazuje obliczać upływ terminów od otrzymania wiadomości o uchwale, którą wspólnik w sposób oczywisty posiada po oddaniu głosu przeciw uchwale i zaprotokołowaniu sprzeciwu.

16 Zob. K. Kruczałak, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Gdańsk 1997.

powinny być możliwie wcześnie identyfikowane i zaniechane, może przyczynić się do sprawniejszego osiągnięcia wyznaczonego celu gospodarczego. Nie inaczej jest z podejmowaniem uchwał o podwyższeniu kapitału zakładowego w spółce z o.o., gdzie co najmniej ryzykowne może okazać się obejmowanie jedną uchwałą decyzji wspólników o podwyższeniu kapitału zakładowego i zarazem decyzji o sposobie jego repartycji.



Aleksander Duda, Maciej Durbas¹

0 synonimiczności znamion „przemoc wobec osoby” i „gwałt na osobie” na gruncie kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń (dwugłos)

Aleksander Duda

1. Wstęp

Relacja między sformułowaniami „przemoc wobec osoby” i „gwałt na osobie” użytymi w art. 280 k.k. i 130 § 3 k.w. od dłuższego czasu stanowi przedmiot sporów zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie sądów. Problem związany z „przepełnieniem” przestępstwa rozboju ma w praktyce ważne znaczenie i z tego względu pożądane jest jednolite stanowisko w kwestii synonimiczności lub niesynonimiczności wspomnianych pojęć. Kilkakrotnie głos w dyskusji zabrał Sąd Najwyższy, do którego kierowano w tej sprawie pytania prawne. Tu, pojawiły się jednak kontrowersje, a stanowiska poszczególnych składów SN były odmienne². Wypada przypomnieć, iż kwestia tego czy sprawca używający przemocy wobec osoby w celu zaboru cudzej rzeczy ruchomej o wartości nie przekraczającej 250 zł może ze względu na konstrukcję przepisów 280 k.k. i 130 k.w. odpowiadać za wykroczenie, pojawiła się dopiero wraz z uchwaleniem nowego k.k. w 1997 roku. W akcie tym powrócono do znanej z art. 259 k.k. z 1932 roku formuły „używa przemocy wobec osoby”, odstępując od dotychczasowej „używa gwałtu wobec osoby” istniejącej na gruncie kodeksu z 1969 roku. Ponadto wyeliminowano z kodeksu karnego typ kradzieży szczególnie zuchwałej. Mimo wspomnianych zmian nie dostosowano do nich w odpowiedni sposób art. 130 § 2 k.w. pozostawiając w jego treści znamię „gwałtu na osobie”.

Rozważając powstałą na tym gruncie kontrowersję interpretacyjną, za celowe uznać należy odniesienie się do kilku kluczowych kwestii:

- ustalenia znaczenia pojęć „przemoc wobec osoby” i „gwałt na osobie”,
- relacji znaczeniowych między tymi pojęciami na gruncie dotychczasowych polskich kodyfikacji karnych,
- aktualnego kontekstu systemowego w jakim użyto tych pojęć,
- skutków przyjęcia innego niż synonimiczne znaczenie pojęć „przemoc wobec osoby” i „gwałt na osobie”.

¹ Autorzy są studentami III roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Uchwała SN z dnia 21 marca 2007 r., I KZP 39/06, OSNKW 2007, z. 4, poz. 30; I KZP 10/08; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 2008 r., II KK 301/07 (niepublikowany); Wyrok z dnia 3 września 2008 r., II KK 1/08, Biuletyn Prawa Karnego 2008/11; Wyrok SN z dnia 3 września 2008 r., II KK 1/08, Biuletyn Prawa Karnego 2008/11; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2008 r., sygn. II KK 252/07, Uchwała SN z dnia 30 VI 2008 r., I KZP 10/08, OSNKW 2008, z. 7, poz. 53.

2. Znaczenie pojęć „przemoc wobec osoby” i „gwałt na osobie”

Odnosząc się do pierwszego z zagadnień należy za uchwałą SN z 30 VI 2008 roku (I KZP 10/08) podkreślić, iż rozważania powinny być skierowane przede wszystkim na znaczenie pojęć „gwałt” i „przemoc” w kontekście w jakim zostały użyte w przepisach, a więc wraz z dookreślającą je częścią odnoszącą się do „osoby”, która wskazuje na jeden ze sposobów dokonania kradzieży kwalifikowanej. Niemniej jednak, istotne jest również odniesienie do znaczenia tych pojęć w języku ogólnym. Odwołując się więc do źródłosłowu „przemocy” i „gwałtu” słowniki języka polskiego³ wskazują, iż „gwałt” to: „przemoc, bezprawie dokonane przy użyciu siły fizycznej”, „robienie coś innej osobie siłą, wbrew jej woli”, „przemoc, bezprawie popełnione przy użyciu siły fizycznej lub moralnej”. Natomiast „przemoc” to: „siła przeważająca czyjąś siłę, fizyczna przewaga wykorzystywana do czynów bezprawnych dokonywanych na kimś, czyny bezprawne dokonane z użyciem fizycznego przymusu; gwałt”.

Na synonimiczny charakter tych pojęć wskazuje przede wszystkim słownik synonimów polskich⁴, dla przykładu podać można: synonimem „przemocy” jest „gwałt (wymuszenie)”. Dodatkowo pamiętać trzeba, iż kodeks karny nie zawiera żadnych definicji legalnych dotyczących „gwałtu na osobie” lub „przemocy wobec osoby”. Tym ważniejsze stało się więc znaczenie tych pojęć nadane im przez uniwersalny język prawniczy, w którym występują one jako znaczeniowo tożsame⁵. W swych orzeczeniach SN zaznaczył, iż pojęcie „gwałtu” podkreśla bezpośredniość ataku na ofiarę, intensywność działania i szybki przebieg zdarzenia⁶. Niemniej jednak, jak twierdzi SN nie może być mowy o nadaniu omawianym pojęciom innego znaczenia językowego, bowiem: „żadne względy semantyczne nie uzasadniają konkluzji, że gwałt stanowi tak silną formę przemocy, iż stwarza ona zagrożenie co najmniej dla zdrowia ofiary i pozbawia ją możliwości i woli stawienia oporu”⁷.

W związku z powyższym, wypada podkreślić, iż oba pojęcia z semantycznego punktu widzenia są tożsame, a ich rola w przepisach kodeksu, dotyczy opisu zachowania sprawcy polegającego na użyciu siły fizycznej nakierowanej na osobę w celu realizacji powziętego przez niego zamiaru.

Na kanwie czynionych wyżej uwag, należy zauważyć, iż w ramach wykładni językowej najważniejszą dyrektywą interpretacyjną jest domniemanie języka potocznego⁸, od którego odstępstwa dozwolone są jedynie z ważnych powodów. Tak więc od ustalonego powyżej znaczenia pojęć „groźba” i „przemoc” można by zrezygnować, gdyby ustawodawca sam wyraźnie od znaczenia potocznego odstąpił, a więc posłużył się definicją legalną (czego jak zastrzeżono wyżej nie uczynił). Dodatkową, możliwość odstąpienia od znaczenia potocznego pojęć „groźba” i „przemoc” stwarza nadanie im w orzecznictwie i na gruncie uniwersalnego języka prawnego, odmiennego (specjalnego) znaczenia⁹. Jak już jednak zaznaczono, w ramach tego ostatniego, funkcjonuje synonimiczne ujęcie

3 M. Szymczak, *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1984; E Sobol, *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2002; M. Bańko, *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2003.

4 A. Kubiak-Sokół, *Słownik synonimów PWN*, Warszawa 2007, str. 140.

5 E. Smoktunowicz, C. Kosikowski: *Wielka encyklopedia prawa*, Białystok - Warszawa 2000, str. 278 i 786.

6 Uchwała SN z dnia 30 VI 2008 r., I KZP 10/08, OSNKW 2008, z. 7, poz. 53.

7 Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z 17 grudnia 2008 (KZP 27/2008).

8 L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2006, s. 170.

9 *Ibidem*, s.171.

„przemocy” i „gwałtu”. Dlatego też, wątpliwości budzić może stanowisko zaprezentowane w uchwale SN z 21 III 2007¹⁰, w której odstąpiono od domniemania języka potocznego i posłużono się dyrektywą języka specjalnego.

Bardziej skomplikowaną wydaje się być (obecna także w powołanej uchwale SN z 21 III 2007 r.) kwestia zakazu nadawania różnym zwrotom tego samego znaczenia, a więc zakazu wykładni synonimicznej. Wynika to z tego, że w ramach kodeksu karnego funkcjonuje już pojęcie „gwałtu na osobie” w art. 166 k.k. Przyjęcie więc synonimiczności „przemocy wobec osoby” i „gwałtu na osobie” w k.k. i k.w. powoduje, iż „przemoc” z art. 280 k.k. stanowi „gwałt” z art. 130 k.w. jednocześnie nie będąc nim na gruncie art. 166 k.k. Zdając sobie sprawę z problematyczności tej sytuacji należy jednak zauważyć, zgadzając się w tej kwestii z M. Bielskim¹¹ i przywołanymi przez niego judykatami SN¹² i TK¹³, iż zakaz wykładni synonimicznej nie ma charakteru bezwzględnego i opisana wyżej sytuacja możliwa jest do zaakceptowania. Ponadto, pojawiają się już w orzecznictwie głosy, które opowiadają się za synonimicznym ujęciem „przemocy wobec osoby” z art. 280 k.k. i „gwałtu na osobie” z art. 166 k.k. Na ten temat wypowiedział się SN w uchwale z 30 VI 2008¹⁴. We wspomnianym judykacie najwyższa polska instancja sądowa w składzie 7 sędziów stwierdziła, iż: „przy konstruowaniu znamion tego przestępstwa (piractwo w komunikacji wodnej lub powietrznej – przyp. A.D.) ustawodawca zsyntetyzował treść trzech, wiążących Rzeczpospolitą Polską aktów prawa międzynarodowego: 1) Konwencji o morzu pełnym, sporządzonej w Genewie w dniu 29 kwietnia 1958r. 2) Konwencji o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi, sporządzonej w Hadze w dniu 16 grudnia 1970r. 3) Konwencji w sprawie przeciwdziałania bezprawnym czynom przeciwko bezpieczeństwu żegluga morskiej, sporządzonej w Rzymie w dniu 10 marca 1988 roku. Każda z konwencji w sposób sobie właściwy, a jednak treściowo ze sobą zbieżny, określa zachowania sprawców, które w prawie wewnętrznym Państw – stron, powinny być uznane za czyn zabroniony. Wszystkie te zachowania, ujęte w różną szatę słowną, oznaczają formy zmuszania – od zastraszania, po bezpośrednie stosowanie siły fizycznej wobec osób. Określając w art. 166 § 1 k.k. czynność sprawczą jako stosowanie <<gwałtu na osobie>>, ustawodawca objął tym sformułowaniem wszystkie formy przemocy opisane w Konwencjach różnymi słowami i w ten właśnie sposób wykonał w pełni zobowiązanie międzynarodowe Państwa, wynikające z ich ratyfikacji. Nie jest więc trafny argument, jakoby zamieszczenie w art. 166 § 1 k.k. określenia <<gwałt na osobie>> miało potwierdzać wyróżnienie tej postaci zachowania sprawcy jako szczególnej, kwalifikowanej stopniem natężenia przemocy wobec osoby. Przeciwnie, treść art. 166 § 1 k.k., zważywszy na syntetyczny i szeroki zasięg określenia <<gwałt na osobie>>, potwierdza jego **równoważność znaczeniową ze sformułowaniem <<przemoc wobec osoby>>** (podkreślenie – A.D.)”. Oznacza to, iż SN odstąpił w uchwale od zakazu wykładni synonimicznej na gruncie jednego aktu prawnego. Mimo, iż orzeczenie w tej jego części zostało skry-

10 Uchwała SN z dnia 21 marca 2007 r., I KZP 39/06, OSNKW 2007, z. 4, poz. 30.

11 M. Bielski, *Wokół „przepełowionego” charakteru przestępstwa rozboju*, PiP nr 2/2009, s. 92.

12 Uchwała SN z 27 II 2007, I KZP 36/06, OSNKW nr 3/2007, poz. 21.

13 Wyrok TK z 14 IX 2001, SK 11/00, OTK nr 6/2001, poz. 166.

14 Uchwała SN z dnia 30 VI 2008 r., I KZP 10/08, OSNKW 2008, z. 7, poz. 53.

tykowane¹⁵ wydaje się, iż stanowisko to należałoby rozważyć. SN powraca bowiem, do rozwiązań znanych już kodeksowi karnemu z 1932 roku, w którym pojęcia „gwałt” i „przemoc” występowały jako synonimy mimo, iż znajdowały się w jednym akcie prawnym (patrz rozważania w punkcie 3). Inną możliwością, która także została przedstawiona w orzecznictwie SN¹⁶ jest akceptacja wspomnianego już stanu niesynonimiczności pojęć „gwałt” i „przemoc” na gruncie k.k. i synonimiczności tych pojęć na gruncie k.k. i k.w. Odnosząc się do tego stanowiska M. Bielski stwierdził, iż zaistniała w takiej sytuacji „sprzeczność systemowa (czyli odmienne znaczenie „gwałtu” w k.k. i k.w.– przyp. A. D.), zwłaszcza przy marginalnym znaczeniu art. 166 k.k., jest niewątpliwie wyborem mniejszego zła”¹⁷. Nie przecząc trafności tego stwierdzenia podkreślić należy, iż argumentu tego można użyć także w obronie tezy o synonimiczności „przemocy” i „gwałtu” na gruncie k.k. przedstawionej w uchwale z 30 VI 2008 roku.

Mając bowiem na uwadze wyniki wykładni językowej pojęć „gwałt” i „przemoc”, rozwiązania kodeksu karnego z 1932 roku, a także „marginalne znaczenie art. 166 k.k.” ewentualne złamanie zakazu wykładni synonimicznej na gruncie jednego aktu prawnego wydaje się być właśnie „wyborem mniejszego zła”.

3. Relacje znaczeniowe znamion „przemoc wobec osoby” i „gwałt na osobie” na gruncie dotychczasowych polskich kodyfikacji karnych

Przy dokonywaniu wykładni terminów używanych już wcześniej, w k.k. z 1932 i 1969 roku, należy wziąć pod uwagę, znaczenie nadane im w czasie ich obowiązywania i upewnić się czy kontekst systemowy w jakich były one kiedyś stosowane nie przypomina aktualnego. Jak już wspomniano w 1997 roku powrócono do znanej kodeksowi z 1932 roku konstrukcji znamion przestępstwa rozbój. Art. 259 brzmiał : „Kto zabiera innej osobie cudze mienie ruchome w celu przywłaszczenia, używając przemocy albo grożąc użyciem natychmiastowego gwałtu na osobie albo doprowadzając człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności(...)”¹⁸. Jak widać przepis ten używał zarówno pojęcia „przemocy” jak i „gwałtu”. W orzeczeniu SN z 11 XII 1933 stwierdzono iż: „Kwestia biernego zachowania się pokrzywdzonego nie ma znaczenia przy kwalifikacji czynu z art. 259, skoro ustalone zostało **użycie gwałtu czyli przemocy**, celem przywłaszczenia sobie cudzego mienia”. J. Makarewicz w swoim komentarzu¹⁹ pisał odnośnie innego artykułu zawierającego omawiane znamiona: „**Przemoc z art. 258 jest użyciem gwałtu na osobie** (nie na przedmiotach) bezpośrednio lub pośrednio”. Pisał także²⁰, iż „gwałt na osobie oznacza bezpośrednie działanie przeciw nietykalności cielesnej o mniejszej lub większej intensywności: od uderzenia do uśmiercenia”. Warto podkreślić, iż wielu

15 M. Bielski, *op.cit.*, s. 97.

16 Postanowienie SN z 21 II 2008, III KK 401/07.

17 M. Bielski, *op.cit.*, s. 97.

18 J. Makarewicz, *Kodeks karny z Komentarzem*, Lwów 1935, s. 449.

19 *Ibidem*, s. 449.

20 *Ibidem*, „tego autora *Kodeks karny z Komentarzem*, Lwów 1938, str. 592 i 593.

innych przedstawicieli doktryny prawa karnego okresu międzywojennego poglądy te akceptowało²¹. Wobec powyższego nie może ulegać wątpliwości, iż na gruncie k.k. z 1932 pojęcia „gwałt” i „przemoc” były synonimami.

Sytuacja skomplikowała się w 1969 roku kiedy to wraz z wprowadzeniem nowego k.k.²² zmianie uległo brzmienie typu czynu zabronionego rozboju a dotychczasową „przemoc” zastąpił „gwałt na osobie”. Ponadto w art. 208 k.k. utworzono zupełnie nowy typ – kradzież szczególnie zuchwałą. W początkowej fazie obowiązywania kodeksu karnego, zarówno doktryna²³ jak i judykatura²⁴ rozumiały „gwałt na osobie” w sposób przyjęty w k.k. z 1932 roku a więc jako użycie siły fizycznej. Jak stwierdził W. Gutekunst: „z nielicznymi wyjątkami także **doktryna prawa karnego pozostaje przy dotychczasowym ujmowaniu gwałtu na osobie**”²⁵. W 1975 roku SN²⁶ ostatecznie rozstrzygnął omawianą kwestię stwierdzając, iż: „za użycie <<gwałtu na osobie>> w rozumieniu art. 210 § 1 k.k. należy uważać takie oddziaływanie sprawcy siłą fizyczną bezpośrednio na posiadacza rzeczy (lub inną osobę), które stwarza niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia”. Trzeba podkreślić, iż w ówczesnym kontekście systemowym różnicowanie znaczenia pojęć „gwałtu i „przemocy” poprzez odstąpienie od domniemania języka potocznego i zastosowanie dyrektywy języka specjalnego miało swoje uzasadnienie. Między innymi dlatego, że art. 210 podwyższał dolny próg zagrożenia w stosunku do art. 259 k.k. z 1932, z 6 miesięcy do 3 lat²⁷. W takim razie zawężenie zakresu znamion rozboju służyło ograniczeniu nadmiernej represyjności kodeksu karnego. Ponadto różnicowanie takie umożliwiałoby odróżnienie rozboju od kradzieży szczególnie zuchwałej i pozwalało na pozostawienie poza zakresem przestępstwa rozboju, użycia przemocy w celu zaboru cudzego mienia²⁸. Podsumowując należy uznać, iż w czasie obowiązywania k.k. z 1969 istniała zasadność niesynonimicznej wykładni „przemocy” i „gwałtu”.

4. Aktualny kontekst systemowy

Na kanwie poczynionych wyżej ustaleń, należy się zastanowić czy w aktualnym stanie prawnym zasadność różnicowania omawianych pojęć nadal istnieje. Bezsprzecznie kontekst systemowy po wprowadzeniu kodeksu z 1997 roku uległ zmianie. Jak już wspomniano z regulacji kodeksowej zniknęła kradzież szczególnie zuchwałą, a także powrócono do konstrukcji znamion rozboju z 1932 roku. Ważnym argumentem przeciwko pozostaniu przy wykładni obowiązującej na gruncie k.k. z 1969 roku, jest konstrukcja przestępstw przeciwko mieniu i związana z nią kontrawencjonalizacja. Nigdy nie obejmowała ona kwalifikowanych typów kradzieży. Gdyby zatem pozostać przy niesynonimicz-

21 J. Nisenson, *Przestępstwa przeciwko wolności według projektu kodeksu karnego i projektu ustawy o wykroczeniach, Opinie o projekcie Kodeksu karnego*, Warszawa 1931, z. IV, str. 42-43; W. Makowski, *Prawo karne, o przestępstwach w szczególności*, Warszawa 1924, str. 418; L. Peiper, *Komentarz do Kodeksu karnego*, Kraków 1936, str. 550; A. Mogilnicki, *Kodeks karny- Komentarz*, Kraków 1934, s. 807.

22 Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. - Kodeks karny (Dz. U. z dnia 14 maja 1969 r.)

23 W. Radecki, K. Urbanek, *Zagadnienia kwalifikacji prawnej przestępstwa rozboju*, PP. 12/1972; (odmiennie) T. Hanusek, *Przemoc jako forma działania przestępnego*, 1966.

24 Wyrok SN z dnia 17 X 1972 r. VKRN 279/72, OSN GP z 11/1972, poz. 176.

25 W. Gutekunst, *Kradzież szczególnie zuchwałą a rozbój*, PP. 7/1973.

26 Uchwała SN z dnia 18 IV 1975 r. VI KZP 47/74.

27 Z. Krauze, *Z problematyki rozboju i jej pogranicza*, NP. nr 5/1975.

28 M. Bielski, *op.cit.*, s. 94.

nej wykładni „gwałtu” i „przemocy” doszłoby do niepożądanego z kryminalno-politycznego punktu widzenia „przepoławienia” przestępstwa rozboju. Te zmiany systemowe powodują, iż – jak trafnie twierdzi M. Bielski: „brak podstaw do odstąpienia od domniemania języka potocznego na rzecz dyrektywy języka specjalnego, która miała rację bytu na gruncie kodeksu karnego z 1969 roku”²⁹. Podobnie M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas, którzy twierdzą, iż: „w nowym stanie prawnym, brak jest podstaw do różnicowania zakresów pojęć „gwałt” i „przemoc”³⁰. Niewątpliwie, zasadne jest aktualnie synonimiczne rozumienie tych znamion³¹. **Zniknęły bowiem wszelkie przyczyny dla których odstąpiono od ich znaczenia przyjętego w k.k. z 1932 roku.** Skoro więc ustawodawca nawiązuje (nie tylko konstrukcją rozboju) do k.k. z 1932 roku, należy skorzystać także z rozwiązań tam przyjętych, a jak wiadomo na gruncie tego kodeksu możliwym było używanie zamiennie pojęć „gwałt” i „przemoc”.

5. Skutki przyjęcia wykładni niesynonimicznej

Przestępstwo rozboju z art. 280 k.k. ma dwa przedmioty ochrony. Głównym, jest mienie, pobocznym zaś, nietykalność cielesna, wolność, zdrowie i życie człowieka. J. Makarewicz w swoim komentarzu pisał: „punkt ciężkości (powód surowszej kwalifikacji) tkwi w przemocy wzgl. groźbie; tem większa będzie karygodność, im drastyczniejszy wypadek przemocy lub groźby, choćby kradzież sama przez się nie była ani skomplikowana, ani znaczna pod względem wartości przedmiotu skradzionego”³². Wypowiedź odzwierciedla istotę rozboju, który uznany jest za kwalifikowany typ kradzieży właśnie ze względu na użytą przemoc. Nie ulega wątpliwości, że ten aspekt decyduje m.in. o wysokiej społecznej szkodliwości czynu jak i w konsekwencji wysokiej sankcji karnej – od 2 do 12 lat. Z tej perspektywy należy więc oceniać skutki zastosowania niesynonimicznej wykładni znamion „gwałt” i „przemoc”. Najbardziej niepożądaną konsekwencję stanowi „przepoławienie” przestępstwa rozboju. Dochodzi wtedy bowiem do stanu, w którym kradzież rzeczy o wartości do 250 złotych, dokonana z użyciem przemocy nie stanowiącej gwałtu byłaby wykroczeniem z art. 119 k.w. Dodatkowo kradzież rzeczy takiej samej wartości, w połączeniu z samą tylko groźbą użycia gwałtu stanowiłaby przestępstwo - podobnie jak doprowadzenie pokrzywdzonego do stanu bezbronności na przykład w wyniku demonstracji siły przez liczną grupę sprawców³³. Kuriozalność takiej sytuacji jest oczywista. Ponadto oznaczałaby ona wprowadzenie dodatkowego (obok wartości mienia) kryterium „przepoławienia”, w postaci stopnia nasilenia przemocy. Inną, niezrozumiałą konsekwencją wykładni niesynonimicznej jest fakt, iż przestępstwa określone w art. 278 § 5 k.k. i w art. 279 k.k., których społeczna szkodliwość co do zasady mniejsza jest od szkodliwości przestępstwa z art. 280 k.k. nie są czynami „przepoławionymi”.

29 M. Bielski, *op.cit.*, s. 96.

30 M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególn. Komentarz. Tom III*, Warszawa 2006, s. 107.

31 Tak też: W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 559 – 560; A. Marek, *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa, 2006, s. 505; A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2006, s. 135 – 136; B. Michalski [w:] A. Wąsek (red.), O. Górniok, W. Koziół, E. Pływaczewski, B. Kunicka – Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, J. Skorupka, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Tom II*, Warszawa 2006, s. 868 i n.

32 J. Makarewicz, *Kodeks...*, Lwów 1935, s. 449.

33 Uchwała SN z dnia 30.06.2008 r., I KZP 10/08, OSNKW 2008, z. 7, poz. 53.

Ważną kwestią jest także zwrócenie uwagi na *ratio legis* zmiany brzmienia znamion rozboju. Wydaje się, że celem ustawodawcy było rozszerzenie zakresu zastosowania przestępstwa rozboju, na wszystkie przypadki zaboru rzeczy ruchomej przy użyciu przemocy. Bez wątplenia intencją twórców kodeksu karnego nie było natomiast przeprowadzenie zabiegu kontrawencjonalizacji. Przepołowienie rozboju pozostaje więc w sprzeczności z celem jaki ustawodawca chciał zrealizować poprzez nowe brzmienie znamion tego przestępstwa.

6. Uwagi końcowe

Na gruncie poczynionych wyżej rozważań, nie ulega wątpliwości, iż synonimiczne rozumienie znamion „gwałt” i „przemoc”, ma silne podstawy w wykładni językowej i tradycji polskiego prawa karnego. Przystaje ono do aktualnego kontekstu systemowego wytworzonego przez nowy k.k. i jest zgodne z celami kryminalno-politycznymi. Aby jednak zakończyć niepotrzebny spór – wynikający zapewne w dużym stopniu z przyzwyczajenia znacznej części doktryny do rozwiązań zawartych w k. k. z 1969 roku – należy postulować o dostosowanie treści art. 130 k.w. do treści art. 280 k.k.

Maciej Durbas

Wstęp

Problem ustalenia zakresu pojęciowego pomiędzy zwrotami „gwałt na osobie” i „przemoc wobec osoby” stanowi jedno z ciekawszych zagadnień doktryny prawa karnego ostatnich lat i jest poruszany w niemal każdym opracowaniu poświęconym przestępstwu rozboju. Powstał on na tle zmian kodyfikacji penalnych w postaci wprowadzenia nowego kodeksu karnego z 1997 r., oraz ustawy nowelizującej³⁴ kodeks wykroczeń, w której ustawodawca zdecydował się pozostawić w treści artykułu 130 § 3 k.w. zwrot „gwałt na osobie”, właściwy dla definiowania znamion rozboju w kodeksie karnym z 1969 r., a obcy nowemu ustawodawstwu karnemu, przynajmniej w zakresie opisywania znamion rozboju, które używa zwrotu „przemoc wobec osoby”. Problem ten stał się także przedmiotem rozważań A. Dudy, który usystematyzował argumenty przemawiające za synonimicznością wspomnianych pojęć. W moim przekonaniu nie sposób się z nimi zgodzić. Niniejszy tekst stanowi krytyczną analizę tej wypowiedzi oraz prezentację racji przemawiających za ujęciem niesynonimicznym.

Na wstępie należy z pewnością przypomnieć, iż powstały problem nie jest zagadnieniem wyłącznie teoretycznym – prawnym, posiada on bowiem doniosłe znaczenie praktyczne. Przyjęcie niesynonimiczności pojęć „gwałt na osobie” i „przemoc wobec osoby”³⁵, skutkować będzie – z racji „przepołowienia”

34 Ustawa z dnia 28 sierpnia 1998 r. zmianie ustawy - Kodeks wykroczeń, ustawy - Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń, ustawy - Kodeks pracy i niektórych innych ustaw, Dz. U. 1998 r. Nr 113 poz. 717.

35 Z ostatniego orzecznictwa: Uchwała SN z 24 września 1997 r., IV KZ 19/99, Biul. SN 1999, nr 6, poz. 16; Postanowienie SN z 16 marca 1999 r., I KZP 32/98, OSNKW 1997, nr 7 – 8, poz. 47 z krytyczną glosą K. Daszkiewicz, OSP 2000/3 str. 162; Uchwała SN z dnia 21 marca 2007 r., I KZP 39/06, OSNKW 2007, z. 4, poz. 30; Uzasadnienie zdania odrębnego sędziego SN W. Koziół do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2008 r., I KZP 10/08; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2008 r., sygn. II KK 252/07, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2008/4 poz. 10; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 2008 r., II KK 301/07 (niepublikowany); Wyrok SN z dnia 3 września 2008 r., II KK 1/08, Biuletyn Prawa Karnego 2008/11; Z prac doktryny: O. Górniak w: O.

przestępstwa rozboju – odpowiedzialnością za wykroczenia sprawców takich kradzieży, w których wartość zabranych rzeczy nie przekracza 250 zł oraz popełnionych z użyciem przemocy, która nie jest „gwałtem na osobie”, a zatem nie stwarza zagrożenia dla życia lub zdrowia pokrzywdzonego³⁶. Jeśli jednak ustali się tożsamość i synonimiczność tych pojęć – jak zrobił to Sąd Najwyższy, między innymi w ostatniej uchwale z 17 grudnia 2008 roku³⁷ – dopuszczalna będzie odpowiedzialność sprawców za przestępstwo rozboju (art. 280 k.k.).

Artykuł „synonimiczności znamion <<przemoc wobec osoby>> i <<gwałt na osobie>> na gruncie kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń” obszernie relacjonuje próby utożsamiania zakresowego pojęć „gwałt na osobie” i „przemoc wobec osoby”, dlatego też w swojej pracy będę posługiwał się zaproponowaną przez A. Dudę systematyką, częściowo ją modyfikując.

1. Ustalenie znaczenia pojęć „przemoc wobec osoby” i „gwałt na osobie” oraz relacji znaczeniowych między tymi pojęciami na gruncie k.k. z 1969 i 1997 r.

Przedstawiony przez A. Dudę i charakterystyczny dla stanowiska synonimicznego pogląd, iż znaczenie pojęć „przemocy” i „gwałtu” jest tożsame, jest wadliwy głównie z powodu błędnego zastosowania zasady wykładni prawa karnego w postaci nieprzywiązania właściwej wagi do istniejącej w języku prawniczym definicji nadanej pojęciu „gwałt na osobie”, niezastosowania dyrektywy języka specjalnego, a także niewłaściwego zastosowania zasady domniemania racjonalności ustawodawcy w wykładni przepisu art. 130 § 3 k.w.

1.1. Wykładnia pojęć „gwałt na osobie” i „przemoc wobec osoby” oraz ich kontekst systemowy

Krytyce należy poddać, po pierwsze, zapatrywanie zwolenników stanowiska synonimicznego, iż zwrot „gwałt na osobie” nie ma definicji w uniwersalnym języku prawniczym. Definicja ta wszakże istnieje i została utrwalona przez wielu przedstawicieli doktryny. Za kwalifikowaną formę przemocy uznał gwałt na osobie między innymi, T. Hanusek już w 1966 r.³⁸. Na gruncie obecnej kodyfikacji

Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Tom II, Gdańsk 2005, s. 392; M. Kulik [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 449; M. Szwarczyk w: T. Bojarski (red.), A. Michalska – Warias, J. Piórkowska – Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 373; D. Wysocki, *Kradzież szczególnie zuchwała w prawomocnym wyroku - przestępstwo czy wykroczenie*, Przegląd Sądowy 2000/4 str. 55; A. Zoll, *Glosa do Uchwały Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 10 grudnia 1998 r.*, I KZP 22/98, OSN nr 5/1999, s. 243 – 244.

36 Wyrok z dnia 3 września 2008 r., II KK 1/08, Biuletyn Prawa Karnego 2008/11.

37 Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z 17 grudnia 2008 (I KZP 27/2008)A także (z ostatniego orzecznictwa): Wyrok SN z dnia 30 czerwca 2004 r., II KK 35403, niepubl.; Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 30 czerwca 2006, I KZP 10/2008, OSNKW nr 7/2008 poz. 53; Postanowienie SN z dnia 21 lutego 2008, III KK 401/07, niepubl.

Z prac doktryny: M. Bielski, *Wokół „przepełnionego” charakteru przestępstwa rozboju*, PiP nr 2/2009, s. 99; M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas [w:] *Kodeks Karny. Część szczególna, Komentarz. Tom II*, red. A. Zoll, Warszawa 2006 s. 107; J. Kasprzycki, *Czy rozbój to także przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu?*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2003/2 str. 150; W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 559 – 560; A. Marek, *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa, 2006, s. 505; A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2006, s. 135 – 136; B. Michalski [w:] A. Wąsek (red.), O. Górniok, W. Koziół, E. Pływaczewski, B. Kunicka – Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, J. Skorupka, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Tom II*, Warszawa 2006, s. 868 i n.; J. Wojciechowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz, Orzecznictwo*, Warszawa 2005, str. 184-185.

38 T. Hanusek, *Przemoc jako forma działania przestępczego*, Kraków 1966.

karnej twierdzą tak przede wszystkim A. Zoll i M. Kulik³⁹. Solidną podstawę argumentacji zwolnikom zawierania się pojęcia „gwałt na osobie” w pojęciu „przemoc wobec osoby” dał także Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 18 kwietnia 1975 roku⁴⁰, który dokonał wykładni pojęć „gwałt wobec osoby” oraz „kradzież szczególnie zuchwałą”. Słusznie skonstatował Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 17.12.2008 r.⁴¹, iż definicja ta stworzona została w zupełnie odmiennych realiach, mając na celu wskazanie „organom procesowym kryterium rozróżnienia znamion przestępstw określonych w art. 208 kk i w art. 210 § 1 kk [z 1969 r – M.D.] w wypadkach, gdy działanie sprawcy kradzieży polegało na przemocy wobec osoby”. Nie zmienia to jednak faktu, iż definicja „gwałtu na osobie” nie traci na aktualności w świetle dzisiejszych realiów, jej funkcja uległa jednak zmianie. Nie służy ona już – jak w czasie obowiązywania k.k. z 1969 r. – rozróżnianiu rozboju od kradzieży szczególnie zuchwałej i prawidłowej kwalifikacji danego zachowania sprawcy, ale *de lege lata* na przezwycięzeniu trudności interpretacyjnych wynikających z – miejmy nadzieję tymczasowej – niezgodności pojęć między art. 130 § 3 k.w. i art. 280 § 1 k.k. Nie można też wszakże automatycznie zarzucić uchwale z 18 kwietnia 1975 roku nieaktualności i zapomnieć, że z poglądem w niej wyrażonym wielokrotnie zgodził się Sąd Najwyższy także w ostatnich latach⁴².

1.2. Zakaz wykładni synonimicznej pojęć „gwałt na osobie” i „przemoc wobec osoby”

Jeśli chodzi o próbę wykładni synonimicznej tych pojęć, A. Duda stwierdził, iż jest ona dopuszczalna ze względu na możliwość niezastosowania w tym przypadku zakazu wykładni synonimicznej dwóch różnych pojęć w ramach jednego systemu prawnego. Odnosząc się do tego argumentu, stwierdzić należy, iż trafnie podkreśla M. Kulik, iż „skoro ustawy używają dwóch różnych pojęć, przy czym w dotychczasowej doktrynie i orzecznictwie pojęcia te rozróżniano, nie ma podstaw do ich utożsamiania”⁴³. Stanowiłoby to w istocie przełamanie zasady zakazu stosowania interpretacji synonimicznej w postaci nadania dwóm różnym zwrotom tych samych znaczeń⁴⁴. Sąd Najwyższy zarówno w orzeczeniu z 17.12.2008 r., jak i innych, uznających tożsamość pojęć „gwałtu” i „przemocy”⁴⁵ nie uznawał tej zasady za bezwzględnie obowiązującą. Trzeba stwierdzić, iż – zgodnie z poglądem Trybunału Konstytucyjnego – odstępienie od językowego znaczenia danego wyrażenia, a taki charakter może mieć przełamanie zasady zakazu stosowania interpretacji synonimicznej, jest możliwe wyjątkowo, gdy u jego podstaw leży silne uzasadnienie aksjologiczne, odwołujące się przede wszystkim do wartości konstytucyjnych⁴⁶. W tym przypadku jednak przepisy konstytucyjne (art. 42 ust. 1 Konstytucji RP) statuują zasadę określoności czynu zabronionego i płynący z niej bezwzględny zakaz analogii na

39 Patrz przypis nr 34.

40 Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Karna z dnia 18 kwietnia 1975 r. VI KZP 47/74.

41 Patrz przypis nr 36.

42 Patrz przypis nr 34.

43 M. Kulik [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik M. Mozgawa (red.), Warszawa 2007, s. 449.

44 L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2006, s. 175.

45 Patrz przypis 36.

46 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2000, K 25/99, (OTK ZU 2000/5 poz. 141); por. także K. Pleszka, *Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni* (w:) *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, pod red. M. Zirka-Sadowskiego, Łódź 1997, str. 69-77.

niekorzyść sprawcy⁴⁷, co może wykluczać wspomnianą metodę wykładni. Nie można wszak zapomnieć, że wynik interpretacji prawa zawsze musi być zgodny z postanowieniami Konstytucji⁴⁸. **Uznać więc należy, że z norm o charakterze konstytucyjnym płynie zakaz takich zabiegów interpretatora, które prowadzą – poprzez złamanie zasad wykładni prawa karnego – do rozszerzenia zakresu odpowiedzialności sprawców.** Odpowiedzialność z art. 119 k.w. ma zdecydowanie mniej represyjny charakter niż odpowiedzialność na podstawie art. 280 § 1 k.k. Funkcja gwarancyjna prawa karnego powinna stanąć na przeszkodzie rozstrzyganiu wątpliwości na niekorzyść sprawcy.

Jeszcze większe zaniepokojenie budzić powinien fakt instrumentalnego stosowania tej zasady oraz złamanie kolejnej - *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*, dokonał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z 21 lutego 2008⁴⁹, uznając synonimiczność pojęć „gwałt” i „przemoc” na gruncie k.k. i k.w., natomiast niesynonimiczność pojęcia gwałt użytego w art. 130 § 3 k. w. i art. 166 k. k. Za nieintuicyjny i mogący prowadzić do trudnych do zaakceptowania konsekwencji należy uznać pogląd, iż zasada ta może być stosowana wybiórczo i wedle uznania, a w każdym razie z dużą dozą ostrożności należy odnieść się do poglądu, iż jest to wybór „mniejszego zła”⁵⁰. **W istocie należy uznać, iż w każdym wypadku większe zło przyniesie systemowi prawa karnego odformalizowanie metod wykładni, niż stosowanie ich w sposób restryktywny.**

1.3. Zasada *lex stricta*

Wspomniane zabiegi, stosowane przez Sąd Najwyższy i aprobowane przez przedstawicieli stanowiska synonimicznego, mogą prowadzić do wykładni rozszerzającej, a tym samym złamania kolejnego zakazu, literalnego interpretowania przepisów prawa karnego⁵¹. Każda gałąź prawa rządzi się jednak innymi zasadami wykładni, nie inaczej jest z prawem karnym. Jedną z podstawowych i fundamentalnych zasad nauk penalnych wyraża łacińska paremia *nullum crimen sine lege*. Jedną z jej emanacji statuuje wspomniany zakaz stosowania analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy (*lex stricta*)⁵², wsparty dodatkowo zasadą poszanowania zaufania obywatela do państwa wynikającą bezpośrednio z ustanowionej w art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasady demokratycznego państwa prawnego⁵³. Zastosowanie tego zakazu wymaga wielu zabiegów interpretatora. Musi on między innymi dostrzec w tekście ustawy wyrażenia użyte – nie w znaczeniu języka potocznego, do czego ograniczyliby wykładnię zwolennicy stanowiska większościowego, a za nimi A. Duda - ale przede wszystkim w sensie technicznym, czego dokonał SN we wspomnianej uchwale z 18 kwietnia 1975 r. Ich znaczenie i zakres ustalać należy zgodnie z regułami nadanymi im przez dogmatykę prawa karnego lub ustalone orzecznictwo⁵⁴. Za takie właśnie wyrażenie uznać należy sformułowanie „gwałt na osobie”. Pomimo tożsamości z pojęciem „przemoc wobec osoby” w języku po-

47 M. Bielski, *Wokół ...*, patrz przypis 36.

48 A. Zoll, *op.cit.*, s. 49.

49 Postanowienie Sądu Najwyższego z 21 lutego 2008, KK 401/07, niepubl.

50 M. Bielski, *op.cit.*, s. 97.

51 L. Morawski, *op.cit.*, s. 167.

52 A. Zoll [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Tom I - Część Ogólna*, Warszawa 2007, s. 35.

53 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 listopada 1997, K. 26/97, OTK ZU 1997/5-6 poz. 64.

54 A. Zoll, *op.cit.*, s. 47.

tocznym – którą trafnie wykazał Sąd Najwyższy m.in. w orzeczeniu z 17.12.2008 r., a za nim A. Duda, twierdząc ponadto, iż „w ramach wykładni językowej najważniejszą dyrektywą interpretacyjną jest domniemanie języka potocznego od którego odstępstwa dozwolone są jedynie z ważnych powodów” – **nie sposób pominąć faktu, iż doktryna i orzecznictwo, zgadzając się z interpretacją przyjętą przez Sąd Najwyższy w uchwale z 18 kwietnia 1975 r., potwierdzaną konsekwentnie przez kolejne uchwały Sądu Najwyższego, a zwłaszcza tę z 21 marca 2007 roku, przez kilkadziesiąt lat różnicowały te pojęcia, stosując dyrektywę języka specjalnego i uznając – jak wspomniano – „gwałt” za kwalifikowaną formę przemocy.**

Dodać też należy, za L. Morawskim, iż znaczeniem językowym przepisu jest jego znaczenie potoczne, a jeżeli normie nadano swoiste znaczenie prawne lub znaczenie specjalne to znaczeniem językowym jest to właśnie znaczenie⁵⁵. W przypadku pojęcia „gwałt na osobie”, nie można więc poprzestać wyłącznie na określeniu znaczenia tego zwrotu w języku potocznym, gdyż nadano mu wspomniane „swoiste znaczenie prawne lub znaczenie specjalne”. **To właśnie dyrektywa języka specjalnego powinna finalnie określić znaczenie językowe określenia użytego w art. 130 § 3 k.w.**

Interesujący wydaje się też pogląd W. Kozielewicza w uzasadnieniu zdania odrębnego do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2008 r., iż odstępstwo od ugruntowanego w orzecznictwie znaczenia pojęcia „gwałt na osobie” jest decyzją nietrafną, ponieważ „ustabilizowana linia orzecznicza Sądu Najwyższego jest również istotną wartością, gdyż może być uznawana za jeden z rudymentów zasady zaufania obywatela do państwa i obowiązującego w nim prawa, obywatel może bowiem zakładać, że treści obowiązującego prawa są dokładnie takie, jak zostało ustalone przez długotrwałą praktykę sądową”⁵⁶. Zgodzić się należy z tym poglądem, parafrazującym zasadę: „minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt” – **w jak najmniejszy sposób należy zmieniać to, co zawsze posiadało jednoznaczną interpretację.** W przeciwnym wypadku trudno będzie przyjąć, że przestępstwo rozboju spełni założenia postulatu określoności czynu zabronionego, przede wszystkim w ramach jego funkcji wewnętrznej – a zatem takiego określenia zachowania sprawcy, „aby można było wzajemnie odróżnić od siebie poszczególne typy czynów zabronionych”⁵⁷. W tym wypadku chodziłoby o możliwość jednoznacznego odróżnienia przestępstwa od wykroczenia.

Warto także na marginesie zastanowić się, czy ustalanie przez Sąd Najwyższy synonimiczności pojęć „gwałt” i „przemoc” nie jest w istocie odstępstwem od uchwały z 18 kwietnia 1975 roku. Jeśli odpowie się na to pytanie twierdząco, zastosowanie mieć może art. 62 § 1 ustawy o Sądzie Najwyższym⁵⁸, który statuuje w takim wypadku obowiązek przekazania sprawy pełnemu składowi izby.

55 L. Morawski, Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian, Warszawa 1999, str. 236.

56 W. Kozielewicz, *Uzasadnienie...*, patrz przypis 34. Szerzej na temat wartości ustabilizowanej linii orzeczniczej: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 kwietnia 1999 r. K. 36/98 OTK ZU 1999/3 poz. 40; W. Wróbel, Zmiana przyjętej linii orzeczniczej przez Sąd Najwyższy w świetle reguł intertemporalnych (w szczególności art. 4 k.k.) [w:] L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L. Paprzycki, Działalność orzecznicza Sądu Najwyższego a prawo wspólnotowe i unijne, Warszawa 2005, str. 34-46.

57 A. Zoll, op.cit., s. 39 i n.

58 Ustawa z 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym, .U. z 2002. r. nr 240 poz. 2052.

1.3. Zasada racjonalności ustawodawcy, a pozostawienie w kodeksie wykroczeń zwrotu „gwałt na osobie”

Przechodząc do kolejnego zagadnienia, pominiętego całkowicie w rozważaniach A. Dudy, tj. wadliwego zastosowania w wykładni pojęć „gwałt” i „przemoc” zasady domniemania racjonalności ustawodawcy, przypomnieć należy, że w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego⁵⁹ domniemanie to oznacza, iż zakładać należy, że ustawodawca „tworzy przepisy w sposób sensowny, celowy i racjonalny”.

Nowelizując w 1998 r. kodeks wykroczeń, ustawodawca zamierzał dostosować go do nowego kodeksu karnego. W tym celu usunął z art. 130 k.w. § 4, odnoszący się do mienia społecznego, a z § 2 usunął odwołanie do nieistniejącego na tle nowego ustawodawstwa karnego typu kradzieży szczególnie zuchwałej. Należy stwierdzić, na gruncie § 146 ust.1 pkt 4 Zasad Techniki Prawodawczej⁶⁰, iż w danym akcie normatywnym formułuje się definicję danego określenia, jeśli ze względu na dziedzinę regulowanych spraw istnieje potrzeba ustalenia nowego jego znaczenia. Domniemywać więc trzeba, że ustawodawca, pozostawiając w znowelizowanym art. 130 § 3 k.w. określenie „gwałt na osobie” i jednocześnie w żadnym miejscu nie formułując definicji legalnej tego pojęcia, dążył do utrzymania istniejącego już w języku prawniczym – na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. – rozumienia tego znaczenia, a nie – jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z 17.12.2008 r. – pozostawił wykładni sądowej ustalenie relacji między pojęciami „gwałtu” i „przemocy”⁶¹.

W istocie więc, **zastosowanie zasady domniemania racjonalności ustawodawcy przemawia za niesynonimicznym rozumieniem wspomnianych pojęć**, co Sąd Najwyższy uchwale z 17.12.2008 r. potraktował z nienależytą uwagą, konstatując jedynie, iż „nie ma podstaw, by utrzymywać, że pozostawienie niezmienionej redakcji przepisu art. 130 § 3 k.w., wobec zmiany treści art. 130 § 2 k.w., było przeoczeniem ustawodawcy”. W istocie pochylenie się nad tym zagadnieniem, w formie chociażby zbadania prac legislacyjnych i materiałów komisji tworzących nowe ustawodawstwo karne, być może pozwoliłoby stwierdzić, iż obowiązująca redakcja art. 130 § 3 jest przeoczeniem ustawodawcy, który nie dążył do „przepełnienia” typów kwalifikowanych kradzieży, a tym samym doprowadzić do obalenia domniemania racjonalności ustawodawcy, czego jednak Sąd Najwyższy nie zrobił.

2. Względy kryminalno polityczne a niesynonimiczność pojęć „gwałtu na osobie” i „przemocy wobec osoby”

Rozważając skutki przyjęcia synonimicznego lub niesynonimicznego ujmowania pojęć „gwałtu” i „przemocy” należy zgodzić się z A. Dudą, iż „przepełnienie” przestępstwa rozboju jest zjawiskiem jak najbardziej niepożądanym, głównie z punktu widzenia kryminalno - politycznego. Warto się jednak zastanowić, które czyny będą kontrawencjonalizowane. Na wstępie powtórzyć należy, że przemoc w przestępstwie gwałtu musi być skierowana wobec osoby. Oznacza to, że samo wyrwanie torebki z ręki zaskoczonego pokrzywdzonego, bez użycia siły wobec osoby nie mieści się w zakresie penalizacji przestępstwa rozboju. Na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. były to kradzieże szczególnie zuchwałej (art. 208 k.k. z 1969 r.), dziś należałoby powiedzieć, że jest to po prostu kradzież zwykła,

59 Postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6.07, OSNKW 2007/5 poz. 37.

60 Załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. Techniki Prawodawczej, Dz.U. z 2002 r., Nr 100, poz. 908.

61 Zob. także M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, str. 309-324.

określona w art. 278 § 1 k.k. Problem rysuje się, gdy sprawca użyje przemocy w natężeniu nie stwarzającym zagrożenia dla życia lub zdrowia pokrzywdzonego. Będzie to zatem przykład złapania za rękę w zamiarze zmuszenia osoby do wypuszczenia telefonu komórkowego. Zachowanie to samo w sobie jest naruszeniem nietykalności cielesnej i nie sprowadza zagrożenia dla życia lub zdrowia. Moim zdaniem jednak, przypadki, w których „uderzenie” lub naruszenie nietykalności cielesnej w inny sposób, o którym mowa w art. 217 k.k., zagrażało życiu lub zdrowiu człowieka nie są wcale takie rzadkie. Wyobraźmy sobie trójkę sprawców, która kopie dwukrotnie po głowie leżącego człowieka, by wydał im swój portfel. Zachowanie nie pozostawiło żadnych śladów, nawet zasinienia. Uznać jednak należy, iż uderzanie obutą nogą w tak newralgiczną część ciała, jaką jest głowa, prowadzić może do niesłychanie poważnych konsekwencji. Niewątpliwym jest więc fakt, iż to naruszenie nietykalności cielesnej (idące w tym wypadku w parze z uśiłowaniem wyrządzenia osobie uszczerbku na zdrowiu) stwarza zagrożenie nie tylko dla zdrowia, ale także dla życia osoby. Mieści się więc w pojęciu „gwałtu na osobie”, a zatem tacy sprawcy, pomimo niewyrządzenia żadnych widocznych obrażeń powinni odpowiadać z art. 280 § 1, a nie na zasadach przewidzianych w kodeksie wykroczeń.

Nie zmienia to jednak faktu, iż na gruncie zagadnień kryminalno – politycznych koncepcja niesynonimiczności pojęć „gwałtu” i „przemocy” jest najsłabsza i najwrażliwsza na argumenty, których nie można pozbawić pewnej dozy słuszności.

3. Reakcja ustawodawcy

Stwierdzić wreszcie należy, że komentowany problem dostrzeżono podczas prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego. Opracowała ona projekt ustawy nowelizującej⁶², zmieniającej między innymi art. 130 k.w., w którym termin „gwałt na osobie” zastąpiono zwrotem „przemoc wobec osoby”. Z opublikowanego również na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości uzasadnienia⁶³ projektu wynika, iż zmiana ustawy ma na celu dostosowanie treści artykułu 130 k.w. do art. 280 k.k., które nie były ze sobą do tej pory kompatybilne, co powodowało rozbieżności w orzecznictwie (nieusunięte – według autorów uzasadnienia – nawet uchwałą SN z 21 marca 2007), a czego Komisja pragnie uniknąć dokonując nowelizacji. Za znamienne należy uznać, że członkowie Komisji odwołali się do judykatu stwierdzającego niesynonimiczność pojęć „gwałtu” i „przemocy”, który „miał wyeliminować dotychczasowe rozbieżności”. Świadczy to o tym, iż – co prawda – istotnie pozostawiono problem ustalenia stosunku zakresowego między wspomnianymi pojęciami wykładni sądowej, jednak albo można wnioskować, iż nie stało się to na skutek celowego zabiegu ustawodawcy, ale w istocie jego przeoczenia, albo Komisja Kodyfikacyjna stwierdziła, iż judykatura sobie z tym zadaniem nie poradziła. Pozostaje jedynie mieć nadzieję, że projekt ten zostanie jak najszybciej przyjęty i usunie „problem, który przy należyтым poziomie legislacji nie powinien być w ogóle zaistnieć”⁶⁴. 15 grudnia 2008 r. propozycja nowelizacji została przekazana do uzgodnień międzyresortowych.

62 <http://www.ms.gov.pl/projekty/proj081219.rtf>.

63 http://www.ms.gov.pl/projekty/proj081219_uzas.rtf.

64 M. Bielski, *op.cit.*, s. 101.

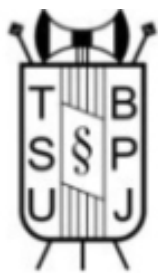
4. Podsumowanie

Kończąc niniejszą krytykę, chciałbym częściowo zgodzić się z A. Dudą, iż należy „zakończyć niepotrzebny spór – wynikający zapewne w dużym stopniu z przyzwyczajenia znacznej części doktryny do rozwiązań zawartych w k.k. z 1969 roku” oraz „postulować dostosowanie treści art. 130 k.w. do treści art. 280 k.k.” Spór ten, według mnie, a podobnego zdania jest M. Bielski wynika z „ewidentnych błędów ustawodawczych”⁶⁵. Autor ten twierdzi także, iż „trudno wypracować jednoznaczne wyniki, które już na płaszczyźnie językowej pozwoliłyby przyjąć synonimiczny bądź niesynonimiczny kierunek interpretacji”⁶⁶ pojęć „gwałtu” i „przemocy”. Można więc wywnioskować, że spór dogmatyczny istotnie jest niepotrzebny, ale głównie z powodu swojej nierozstrzygalności. **Warto zadać sobie tylko jedno pytanie: czy nie lepszą realizacją ustawowego zadania, jakim jest czuwanie nad jednolitością orzecznictwa sądów powszechnych (art. 1 ust. 1 lit. a ustawy o Sądzie Najwyższym), byłoby *de lege lata* wyraźne stwierdzenie przez Sąd Najwyższy różnicy znaczeniowej między pojęciami „gwałtu” i „przemocy” oraz *de lege ferenda* sygnalizacja szybkiej i w miarę nieskomplikowanej zmiany prawa.** W przeciwnym wypadku jedna z podstawowych zasad demokratycznego państwa prawnego, wyrażona w paremii *leges ab omnibus intellegi debent* (ustawy powinny być zrozumiałe dla wszystkich), pozostanie pustym sloganem. Wszak w świadomości społecznej treść prawa rozpoznawana jest przede wszystkim ze sposobu jego interpretacji w praktyce stosowania prawa przez organy państwowe⁶⁷.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 89.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 100; autor opowiada się jednak za synonimicznym rozumieniem pojęć „gwałtu” i „przemocy”.

⁶⁷ E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003, str. 349-350.



Mariusz Oleś¹

Pojęcie inwestycji celu publicznego w polskim porządku prawnym

1. Wprowadzenie

Pojęcie inwestycji celu publicznego wprowadzone przepisami ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. 2003 Nr 80 poz. 717 ze zm.) stanowi instytucję nową, nieznaną na gruncie wcześniejszego ustawodawstwa z zakresu planowania i zagospodarowania przestrzennego. Poprzedniczka obowiązującej ustawy – ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. 1999 Nr 89 poz. 415 ze zm.) jedynie marginalnie traktowała o celach publicznych². Mimo, iż ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym obowiązuje już niemal sześć lat, literatura poświęcona problematyce inwestycji celu publicznego jest niezwykle skromna, o monografiach nie wspominając. Wobec tego faktu warto pochylić się, chociażby w ograniczonym zakresie, nad charakterystyką prawną tej instytucji, ponieważ przy bliższym spojrzeniu regulacja zawarta głównie w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym rodzi pewne wątpliwości co do samej swej istoty.

Celem wprowadzenia instytucji inwestycji celu publicznego do polskiego ustawodawstwa jest generalna tendencja do promowania i ułatwiania rozwiązań służących realizacji interesu publicznego³. Tendencja ta widoczna jest w całej ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (dalej: u.p.z.p). Przejawia się ona w złagodzeniu rygorów proceduralnych związanych z realizacją inwestycji celu publicznego w stosunku do rygorów przewidzianych dla realizacji innych inwestycji. Najbardziej widoczne jest to w wypadku braku na danym obszarze miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, co wiąże się z koniecznością wydawania decyzji lokalizacyjnych w celu realizacji takich inwestycji. Dla lokowania inwestycji celu publicznego przewidziano bowiem zmodyfikowany tryb postępowania oraz wydanie odrębnej decyzji - decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego. Oprócz tego, uregulowania dotyczące inwestycji celu publicznego pojawiają się na każdym szczeblu w hierarchii aktów planistycznych przewidzianych w u.p.z.p.

Definicja omawianego pojęcia zawarta jest w art. 2 pkt 5 u.p.z.p. Szczególnie przydatny z punktu widzenia kompletnej rekonstrukcji pojęcia inwestycji celu publicznego jest także przepis art. 4 ust. 1 i 2 u.p.z.p. oraz cały Rozdział 5 u.p.z.p. pt. „Lokalizacja inwestycji celu publicznego i ustalanie warunków zabudowy

¹ Autor jest studentem V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² T. Bąkowski [w:] T. Bąkowski, W. Sz wajdler, *Proces inwestycyjno – budowlany. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Toruń 2004, s. 78-79.

³ Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 375.

w odniesieniu do innych inwestycji”; w szczególności zaś art. 50 ust. 1 i 2 u.p.z.p. Prócz wyżej wspomnianych przepisów, regulacje dotyczące inwestycji celu publicznego rozsiiane są jeszcze w innych częściach u.p.z.p., jak chociażby art. 10 ust. 2 pkt 6-7, art. 14 ust. 1, art. 21 ust. 2, u.p.z.p. i inne.

2. Analiza definicji inwestycji celu publicznego

Zgodnie z art. 2 pkt 5 u.p.z.p. ilekroć w ustawie jest mowa o inwestycji celu publicznego należy przez to rozumieć działania o znaczeniu lokalnym (gminnym) i ponadlokalnym (powiatowym, wojewódzkim, krajowym), stanowiące realizację celów, o których mowa w art. 6 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. 2000 Nr 46, poz. 543 ze zm.), (dalej: u.g.n.). Art. 4 ust. 1 u.p.z.p. stanowi, że ustalenie przeznaczenia terenu, rozmieszczenie inwestycji celu publicznego oraz określenie sposobów zagospodarowania i warunków zabudowy terenu następuje w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego. Zgodnie zaś z ust. 2 w przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego określenie sposobów zagospodarowania i warunków zabudowy następuje w drodze decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, przy czym, zgodnie z pkt. 1, lokalizację inwestycji celu publicznego ustala się w drodze decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego.

W kontekście zacytowanych przepisów warto przywołać także treść art. 50 ust. 1 u.p.z.p., według którego inwestycja celu publicznego jest lokalizowana na podstawie planu miejscowego, a w przypadku jego braku – w drodze decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Warunek, o którym mowa w art. 61 ust. 1 pkt 4, stosuje się odpowiednio⁴. Należy w tym miejscu nadmienić, że zdanie pierwsze powoływanej jednostki redakcyjnej jest zbędnym powtarzaniem się ustawodawcy ponieważ stanowi właściwie kopię uregulowań zawartych we wskazanych wyżej przepisach art. 4 ust. 1 i 2 u.p.z.p.

2.1 Treść pojęcia „działania”

W celu zdefiniowania pojęcia „działania” należy sięgnąć do przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 1994, Nr 89, poz. 414 ze zm., dalej: u.pr.b.). Mimo, iż definicja zawarta w punkcie 5 art. 2 u.p.z.p. nie odsyła wprost do odpowiednich przepisów u.pr.b., to jednak do zastosowania takiego odesłania upoważnia pośrednio art. 50 ust. 2 u.p.z.p. wskazujący na swoiste „przesłanki negatywne” ubiegania się o decyzję o lokalizacji inwestycji celu publicznego. Zgodnie z tym przepisem nie wymagają wydania przedmiotowej decyzji ściśle określone rodzaje robót budowlanych. Wynika stąd, że owe działania stanowiące element definicji inwestycji celu publicznego można sprowadzić do zbiorczego pojęcia robót budowlanych⁵. Definicja robót budowlanych znajduje się w u.pr.b. Słusznie w związku z tym jest stwierdzenie, że „(...) pojawiająca się w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym terminologia zaczerpnięta z Prawa budowlanego, powinna być rozumiana tak jak w ustawie z 7.7.1994 r. – Prawo budowlane”⁶.

4 Teren nie wymaga uzyskania zgody na zmianę przeznaczenia gruntów rolnych i leśnych na cele nierolnicze i nieleśne albo jest objęty zgodą uzyskaną przy sporządzaniu miejscowych planów, które utraciły moc na podstawie art. 67 ustawy, o której mowa w art. 88 ust. 1. Bliżej w tej kwestii por. Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie...*, s. 506 i n.

5 Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie...*, s. 377.

6 Ibidem, s. 377.

Zgodnie z art. 3 pkt. 7 u.pr.b. przez roboty budowlane rozumie się budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego⁷. Określeniem tym obejmuje się więc całokształt prac związanych z wykonywaniem obiektu budowlanego, bądź wyłącznie obejmujących prace montażowe, remontowe lub rozbiórkowe prowadzone w obiekcie budowlanym. Przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6 u.pr.b.). Z kolei jako przebudowę rozumie się wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji (art. 3 pkt 7a zd. 1 u.pr.b.)⁸. Remont zaś, to wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym (art. 3 pkt 8 u.pr.b.). W ustawie brak jest natomiast definicji określeń „montaż” i „rozbiórka”. Drogą wykładni pierwszy z tych terminów należy tłumaczyć jako składanie maszyn, urządzeń czy budowli z gotowych części, zakładanie instalacji, łączenie oddzielnych części w jedną całość. Drugi natomiast – rozłożenie na części składowe, burzenie⁹. Nie zostały też zdefiniowane wchodzące w skład definicji budowy pojęcia „odbudowa”, „rozbudowa” oraz „nadbudowa” obiektu budowlanego. Należy więc szukać definicji tych pojęć na gruncie orzecznictwa¹⁰, a także języka powszechnego. Jako odbudowę można więc rozumieć odtworzenie istniejącego wcześniej i zniszczonego obiektu budowlanego, w tym samym miejscu i z zachowaniem pierwotnej wielkości, kształtu i układu funkcjonalnego. Nadbudowa polega na powiększeniu istniejącego obiektu budowlanego poprzez zwiększenie jego wysokości z zachowaniem tej samej powierzchni zabudowanej¹¹.

2.2 Charakter lokalny lub ponadlokalny

Zdefiniowane powyżej działania powinny mieć charakter lokalny, lub ponadlokalny. Warto nadmienić, że ustawodawca ogranicza tu rozumienie określenia „lokalny” jedynie do obszaru gminy. Inwestycja musi mieć znaczenie lokalne bądź ponadlokalne, co oznacza, że powinna realizować potrzeby wspólnoty tworzącej związek publicznoprawny¹². Chodzi tutaj o wspólnoty samorządowe na poziomie gminy, powiatu i województwa, a także o społeczeństwo jako zbiór obywateli na obszarze państwa. W każdym wypadku więc inwestycja celu publicznego ma na celu urzeczywistnienie interesu publicznego istotnego dla danej zbiorowości, co najmniej zaś zbiorowości lokalnej¹³.

7 W kwestii definicji obiektu budowlanego – pkt 1 art. 3 u.pr.b.

8 W przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego (art. 3 pkt 7a zd. 2 u.pr.b.).

9 B. Kurzępa, *Prawo budowlane. Komentarz do ustawy i orzecznictwo*. Dom Organizatora, Toruń 2008, s. 105.

10 Por. Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 21 listopada 2006 r., sygn. II SA/Bk 428/06, Wyrok NSA z dnia 1 lipca 2003 r., II SA/Lu 13/02, niepubl.

11 T. Asman [w:] T. Asman, J. Dessoulavy, E. Janiszewska-Kuropatwa, Z. Niewiadomski (red.), A. Plucińska-Filipowicz, *Prawo budowlane. Komentarz.*, Warszawa 2007, s. 57.

12 W kwestii pojęcia wspólnoty tworzącej związek publicznoprawny por. W. Kisiel [w:] K. Bandarzewski, P. Chmielnicki, W. Kisiel, *Prawo samorządu terytorialnego w Polsce*, Warszawa 2006, s. 24 i n.

13 Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie...*, s. 367.

2.3 Cel publiczny

Kolejnym, niezwykle istotnym, elementem definicji inwestycji celu publicznego jest ów cel publiczny zdefiniowany w u.p.z.p. poprzez odniesienie systemowe do u.g.n. W doktrynie prawa administracyjnego przyjmuje się, że określenie celu publicznego jest zmienne w czasie i przestrzeni, zależne od określonego kontekstu prawnego, społecznego, politycznego, przyjmowanego systemu wartości. W związku z tym generalne zdefiniowanie tego pojęcia napotyka na poważne trudności, a wręcz wydaje się niemożliwe¹⁴. Potwierdzeniem tej tezy może być także fakt, iż pojęcie celu publicznego jest często używane zamiennie z pojęciem interesu publicznego, bądź zadań publicznych. Wszystkie te pojęcia są bliskoznaczne oraz nie mają, poza wyjątkami¹⁵, zdefiniowanej ustawowo treści. Każda bowiem próba definicji pojęcia celu publicznego (interesu publicznego, zadania publicznego) związana jest nieodłącznie z dokonywaniem oceny zaistniałego stanu faktycznego z punktu widzenia pewnych, zmiennych w czasie, przestrzeni, czy zależnych od rodzaju ocenianej sprawy wartości. Jan Zimmermann podkreśla, że istotą interesu publicznego jest to, że jest to interes jeszcze nie zrealizowany¹⁶. Zatem w sensie prawnym określanie pojęcia celu publicznego powinno odbywać się dynamicznie. Treść tego pojęcia musi być rekonstruowana w zależności od przyjmowanych wartości, relewantnych z punktu widzenia konkretnej sprawy. Pomimo wspomnianych trudności definicyjnych należy w każdym razie stwierdzić, że pojęcie celu publicznego obejmuje grupę spraw najpowszechniej spotykanych, służących zaspokajaniu bieżących potrzeb ludności i niezbędnych do funkcjonowania wspólnoty samorządowej¹⁷. Jan Szachułowicz natomiast twierdzi, że "działalność podjęta w sferze całej wspólnoty państwowej lub samorządowej na rzecz wszystkich jej członków na równych prawach, przy użyciu środków rzeczowych i finansowych tych wspólnot, daje podstawę do zakwalifikowania gospodarowania w interesie publicznym"¹⁸.

Jeżeli chodzi o pojęcie celu publicznego w odniesieniu do inwestycji celu publicznego, to jest ono skonstruowane za pomocą odesłania systemowego do u.g.n. Ustawodawca nie wprowadza definicji celu publicznego na użytek instytucji inwestycji celu publicznego, lecz konstruuje je poprzez odesłanie do otwartego wyliczenia celów publicznych zawartych w odrębnej ustawie. Zgodnie z art. 2 pkt 5 u.p.z.p. w związku z art. 6 u.g.n. inwestycję celu publicznego stanowi działanie realizujące m.in. cele takie jak: wydzielanie gruntów pod drogi publiczne i drogi wodne, budowa, utrzymywanie oraz wykonywanie robót budowlanych tych dróg, obiektów i urządzeń transportu

14 M. Stahl, *Cele publiczne i zadania publiczne* [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, pod red. J. Zimmermanna, Wolters Kluwer Polska 2007, s. 95.

15 Definicję legalną interesu publicznego na użytek konkretnej ustawy zawiera przepis art. 2 pkt 4 u.p.z.p. W myśl tego przepisu przez interes publiczny należy rozumieć „uogólniony cel dążeń i działań, uwzględniających zobiektywizowane potrzeby ogółu społeczeństwa lub lokalnych społeczności, związanych z zagospodarowaniem przestrzennym”. Sformułowanie definicji interesu publicznego nawet na użytek danej ustawy jest zabiegiem chybionym. Po pierwsze definicja ta wymaga ustalania treści wielu kolejnych pojęć niedookreślonych, co potwierdza jedynie brak możliwości zdefiniowania interesu publicznego, a po drugie w omawianej ustawie współistnieje bardzo bliskie pojęciu interesu publicznego pojęcie celu publicznego, które jest definiowane w zgoła odmienny sposób – poprzez odniesienie do szczegółowo wymienionych celów publicznych w art. 6 u.g.n.

16 J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Zakamycze 2005, s. 311-313.

17 Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie...*, s. 369.

18 J. Szachułowicz [w:] J. Szachułowicz, M. Krassowska, A. Łukaszewska, *Gospodarka Nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 608.

publicznego, a także łączności publicznej i sygnalizacji (art. 6 pkt 1 u.g.n.)¹⁹, budowa i utrzymywanie publicznych urządzeń służących do zaopatrzenia ludności w wodę, gromadzenia, przesyłania, oczyszczania i odprowadzania ścieków oraz odzysku i unieszkodliwiania odpadów, w tym ich składowania (art. 6 pkt 3 u.g.n.), czy chociażby ustanawianie i ochrona miejsc pamięci narodowej (art. 6 pkt 9a u.g.n.).

Nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem Zygmunta Niewiadomskiego dotyczącym katalogu celów publicznych z art. 6 u.g.n., iż „Interpretacja pojęcia celu publicznego w rozumieniu ustawy o gospodarce nieruchomościami, (...) prowadzi do wniosku, że mamy do czynienia z katalogiem zamkniętym”²⁰. Słuszne jest wprowadzić twierdzenie, że katalog ten nie może być dowolnie poszerzany drogą wykładni, jednakże pkt 10 art. 6 u.g.n. stanowi wyraźnie, że celami publicznymi są także inne cele określone jako cele publiczne w odrębnych ustawach. Ustawodawca dokonał zatem legislacyjnego odesłania blankietowego do innych, odrębnych aktów ustawodawczych, definiujących cele publiczne, uznając, że cele te będą traktowane jako cele publiczne także na obszarze u.g.n.²¹. Taki zapis wskazuje jednoznacznie, że katalog celów publicznych na gruncie u.g.n. nie jest katalogiem zamkniętym i inne cele publiczne mogą być w drodze ustawowej kreowane. Kwestią nie do końca klarowną jest natomiast to, w jakiej konkretnej formie (tzn. poprzez jakie zapisy) ustawodawca te nowe cele może kreować. Zarówno w doktrynie, jak i orzecnictwie prezentowany jest pogląd o ograniczonej dowolności kreowania przez ustawodawcę celów publicznych w drodze odrębnych ustaw. Zdaniem NSA pojęcie celu publicznego nie jest dowolne i przy jego interpretacji nie można się odwoływać do potocznego, czy ogólnego jego znaczenia. Celem publicznym może być tylko cel *expressis verbis* wyrażony w art. 6 pkt 1-9 u.g.n. albo zgodnie z art. 6 pkt 10 u.g.n. cel określony jako publiczny w innej ustawie²². Ponadto zdaniem sądu musi to być cel publiczny o przeznaczeniu wyraźnie powiązanym z przeznaczeniem celów określonych w art. 6 u.g.n. Poparcie takiego rozumowania zawiera także inny wyrok NSA, w którym sąd ten stwierdza, że celem na który można dokonać wyłączenia na podstawie art. 6 pkt 10 może być tylko taki cel, który został w innej ustawie wyraźnie określony jako cel publiczny, na który może nastąpić wyłączenie²³.

Wydaje się jednak, że przedstawiona wyżej wykładnia nie jest w pełni trafna. Podzielam wobec tego stanowisko Mariana Wolanina wyrażone w głosie krytycznej do powołanego wyżej wyroku NSA z dnia 15 lutego 2000 r., sygn. SA/Bk 901/99²⁴. Autor popiera stanowisko sądu w takim zakresie, w jakim sąd ten wskazuje, że ustawodawca chcąc wykreować w drodze ustawy nowy cel publiczny w rozumieniu art. 6 pkt 10 u.g.n. powinien określić *explicite*, że jest to cel publiczny. Nie podziela natomiast poglądu, że musi to być cel publiczny wyraźnie powiązany z przeznaczeniem celów określonych

19 Por. w tej kwestii wyrok WSA w Szczecinie z dnia 9 lutego 2006 r., II SA/Sz 1189/2004 w kwestii uznania stacji bazowej telefonii komórkowej za inwestycję celu publicznego.

20 Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie...*, s. 367.

21 Na gruncie poprzedniej regulacji – ustawy o gospodarce gruntami i wyłączeniu nieruchomości z 29 kwietnia 1985 r. zamiast odesłania do innych celów publicznych określonych w odrębnych ustawach istniało określenie „inne oczywiste cele publiczne”. Zatem w takim ujęciu to organ administracji, a nie ustawodawca decydował o poszerzeniu katalogu celów publicznych a ponadto czynił to w oparciu o niejasne kryteria uznaniowe.

22 Wyrok NSA z 10.10.2000 r., II SA/Kr 1010/2000.

23 Wyrok NSA z 15.2.2000 r., SA/Bk 901/99, OSP 2001, Nr 4, poz. 61.

24 M. Wolanin, *Glosa krytyczna do orzeczenia NSA z dnia 15 lutego 2000 r., SA/Bk 901/99*, OSP 2001/4, s. 202.

w art. 6 u.g.n. Innymi słowy ustawodawca nie musi za każdym razem, gdy kreuje nowy cel publiczny, wskazywać odniesienia tego celu publicznego do jakiejś konkretnej kategorii spraw (wywłaszczenie, czy inwestycja celu publicznego). „Zgodnie z art. 6 pkt 10 u.g.n. celem publicznym jest jego określenie w odrębnej ustawie bez zastrzeżenia tego określenia tylko na potrzeby odrębnej ustawy. Ustawodawca zatem nie musi precyzować w odrębnej ustawie celu publicznego na jej potrzeby, jako zarazem celu publicznego w rozumieniu u.g.n., co wynika z konstrukcji samego systemu prawnego. Jeżeli zatem ustawodawca zdecydował się w art. 6 pkt 10 u.g.n. uznać za cel publiczny każdy cel publiczny definiowany w drodze ustawy, to tylko taka ustawowa definicja celu publicznego nie jest objęta zakresem art. 6 pkt 10 u.g.n., którą sam ustawodawca postanowił ograniczyć do obszaru regulacji ustawy zawierającej tę definicję”²⁵. Odnosząc przedstawione stanowisko glosatora wprost do problematyki inwestycji celu publicznego należy podnieść jeszcze jedną niejasną kwestię. Jak wynika z ustawy, cele publiczne na użytek inwestycji celu publicznego są definiowane poprzez odniesienie do katalogu celów publicznych wymienionych w art. 6 u.g.n. Wedle prezentowanego stanowiska NSA, cel publiczny wyrażony w odrębnej ustawie musi zawierać wyraźne odesłanie do u.g.n., a konkretnie do art. 6 tej ustawy. Czy zatem zgodnie z takim stanowiskiem sądu ustawodawca chcąc wykreować prawidłowo nowy cel publiczny na użytek inwestycji celu publicznego powinien powiązać go wyraźnie z u.g.n., czy z u.p.z.p. ?

Wątpliwości budzi także fakt, iż decydując się już na określenie celów publicznych w odniesieniu do inwestycji celu publicznego poprzez ich wyliczenie, nie stworzono autonomicznego katalogu takich celów, zawartego u.p.z.p. Niekoniecznie nawet, jedynie na użytek instytucji inwestycji celu publicznego. Zastosowane proste odniesienie do katalogu celów publicznych stworzonego na użytek innej, mimo iż należące do podobnej dziedziny prawa ustawy, może budzić wątpliwości interpretacyjne. Ustawa o gospodarce nieruchomościami określa jak powszechnie wiadomo m.in. zasady podziału nieruchomości, ich scalania, pierwokupu, czy też wywłaszczania. Są to materie nieco odmienne, a co za tym idzie luźno powiązane z lokowaniem inwestycji.

Podsumowując rozważania dotyczące celu publicznego w odniesieniu do omawianej instytucji warto się w związku z takim, a nie innym zdefiniowaniem celu publicznego zastanowić, czy jest to słuszny zabieg legislacyjny. Z jednej strony wychodzi on naprzeciw stanowisku doktryny prawa administracyjnego, iż nie można skonstruować definicji legalnej pojęcia celu publicznego. W takim kontekście więc, wskazanie przez ustawodawcę katalogu (otwartego) celów publicznych poprzez pozytywne ich wyliczenie jest niewątpliwie bezpieczne. Z drugiej strony jednak pozytywne określenie celów publicznych poprzez ich wyliczenie musi siłą rzeczy powodować pojawienie się wielu tzw. „inwestycji o znaczeniu publicznym”²⁶, które zostaną wyłączone poza nawias regulacji celu publicznego²⁷, gdyż ich realizacja nie będzie stanowić jednego z celów publicznych zawartych w katalogu z art. 6 u.g.n., bądź innych ustaw szczególnych.

²⁵ *Ibidem*, s. 203.

²⁶ Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie...*, s. 372-373.

²⁷ W przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego takie „inwestycje o znaczeniu publicznym” będą musiały być realizowane na podstawie decyzji o warunkach zabudowy, a nie decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego.

2.4 Wymagania dotyczące zamierzenia inwestycyjnego

Jak wynika z przytoczonej wyżej definicji, pod pojęciem inwestycji celu publicznego kryją się wszelkie działania obejmujące swym zasięgiem potrzeby gminne, a także powiatowe, wojewódzkie i krajowe, stanowiące realizację celów wymienionych w art.6 u.g.n. Należy zwrócić uwagę, że będą to tylko zamierzenia bezpośrednio (wprost) prowadzące do urzeczywistnienia określonego w ustawie celu. Nie może więc wchodzić w rachubę inwestycja powiązana jedynie technicznie z inwestycją główną, będącą inwestycją celu publicznego. To samo stwierdzenie należy odnieść do inwestycji jedynie finansowanej z tego samego źródła co inwestycja główna. Do uznania za inwestycję celu publicznego nie jest także wystarczające co do zasady powiązanie funkcjonalne z inwestycją główną tak, że w rezultacie tworzyłyby one pewną całość²⁸.

2.5 Przedmiotowy charakter definicji

Należy także zwrócić uwagę, że realizacja inwestycji celu publicznego nie wymaga działania wyłącznie podmiotów publicznych. Pojęcie inwestycji celu publicznego jest w swej istocie bowiem oparte na kryterium przedmiotowym, nie zaś podmiotowym, czy funkcjonalnym. Taką inwestycję stanowi zgodnie z definicją działanie o znaczeniu lokalnym bądź ponadlokalnym, które realizuje cele publiczne bez względu na to, czy inwestorem jest podmiot publiczny, czy prywatny²⁹. Z powyższym nieodłącznie związana jest możliwość finansowania inwestycji celu publicznego równie dobrze w całości ze środków prywatnych, jak i publicznych. Kluczowe jest przy tym realizowanie jednego z celów publicznych określonych w art. 6 u.g.n., bądź w ustawach odrębnych.

3. Formy prawne realizacji inwestycji celu publicznego

Po dokonaniu analizy językowej pojęcia inwestycji celu publicznego niezwykle istotną kwestią jest przybliżenie spektrum form prawnych, w jakich inwestycja celu publicznego może być realizowana. Katalog owych form prawnych wynika, choć nie bezpośrednio, z u.p.z.p. Ustawa stanowi co do zasady dwa sposoby realizacji wspomnianych inwestycji, na co wskazuje treść art. 50 ust. 1 u.p.z.p.

3.1 Lokalizowanie inwestycji celu publicznego na podstawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego

W pierwszym przypadku inwestycja celu publicznego jest realizowana na podstawie planu miejscowego³⁰. Zgodnie zatem z art. 4 u.p.z.p. rozmieszczenie inwestycji celu publicznego następuje w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego. Dzieje się tak, ponieważ to właśnie plan jest podstawowym instrumentem kształtowania przestrzeni. Regulacje dotyczące inwestycji celu publicznego są zamieszczane w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego na skutek przetransponowania (oraz uszczegółowienia) postanowień innych aktów planistycznych, przede wszystkim aktów planowania wyższego rzędu. Koncepcja przestrzennego zagospodarowania kraju określa m.in. rozmieszczenie infrastruktury społecznej o znaczeniu międzynarodowym i krajowym (art. 47 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p.). W oparciu o ten dokument ministrowie i central-

28 Chyba, że bez przeprowadzenia takiej funkcjonalnie powiązanej inwestycji nie dałoby się w ogóle przeprowadzić inwestycji głównej.

29 Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie...*, s. 374.

30 W kwestii planu miejscowego por. T. Bąkowski [w:] T. Bąkowski, W. Sz wajdler, *Proces...*, s. 60 i n. oraz P. Kwaśniak, *Plan miejscowy w systemie zagospodarowania przestrzennego*, Warszawa 2007, s. 59-61

ne organy administracji rządowej sporządzają programy zawierające zadania rządowe służące realizacji inwestycji celu publicznego o znaczeniu krajowym (art. 48 ust. 1 i 3). W planie zagospodarowania przestrzennego województwa uwzględnia się m.in. rozmieszczenie inwestycji celu publicznego o znaczeniu ponadlokalnym (art. 39 ust. 3 pkt 3 u.p.z.p.). Postanowienia tego planu muszą być zgodne z powołanymi wyżej dokumentami planistycznymi wyższego szczebla (art. 39 ust. 4 u.p.z.p.). Wreszcie na poziomie gminy sporządza się studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy, które uwzględnia ustalenia planu zagospodarowania przestrzennego województwa i pozostałych aktów planistycznych (art. 9 w zw. z art. 11 pkt 4 i 7 u.p.z.p.). W studium określa się m.in. obszary na których rozmieszczone będą inwestycje celu publicznego o znaczeniu lokalnym oraz ponadlokalnym (art. 10 ust. 2 pkt 6 i 7 u.p.z.p.). Ostatecznie, zgodnie z art. 17 pkt 4 u.p.z.p., sporządza się projekt planu miejscowego uwzględniając przy tym ustalenia studium. Plan miejscowy uchwała rada gminy, po stwierdzeniu jego zgodności z ustaleniami studium (art. 20 ust. 1 zd. 1 u.p.z.p.).

Istnienie wspomnianego wyżej planu miejscowego sprawia, że podział na inwestycje celu publicznego i inne inwestycje traci na znaczeniu, choć formalnie zostaje utrzymany³¹. Dzieje się tak dlatego, że w przypadku istnienia na danym terenie planu wszystkie inwestycje będą wprowadzane w życie na skutek samego tylko pozwolenia na budowę. W przypadku bowiem istnienia planu nie ma na gruncie obowiązującej ustawy obowiązku wydawania żadnej z decyzji lokalizacyjnych.

3.2 Lokalizacja inwestycji celu publicznego na podstawie decyzji lokalizacyjnej

Pojęcie inwestycji celu publicznego ulega uwypukleniu w sytuacji braku na danym obszarze planu miejscowego. Zgodnie z u.p.z.p. w przypadku braku planu inwestycja celu publicznego jest realizowana na podstawie decyzji administracyjnej – decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego chyba, że zgodnie z art. 29 u.pr.b. realizacja danej inwestycji nie wymaga wydania pozwolenia na budowę³². Warto nadmienić, że wydawanie decyzji lokalizacyjnej w przypadku braku planu pozostaje ściśle związane z rezygnacją na gruncie u.p.z.p. z koncepcji decyzji administracyjnej jako „łącznika” pomiędzy miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego, a pozwoleniem na budowę³³.

3.3 Trzeci sposób lokalizacji inwestycji celu publicznego

Przy rozważaniu problematyki form prawnych realizacji inwestycji celu publicznego należy poruszyć kwestię trzeciego sposobu (a właściwie „pod-sposobu”) realizacji inwestycji celu publicznego. Z art. 50 ust. 1 u.p.z.p. wynika, że inwestycja ta może być realizowana w dwojaki sposób (albo na podstawie planu albo na podstawie decyzji lokalizacyjnej) i taki też pogląd jest reprezentowany w literaturze³⁴. Ten, wydawać mogłoby się, klarowny podział ulega jednak pewnemu zaciemnieniu w ust. 2 art. 50 u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem nie wymagają wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego roboty budowlane polegające na remoncie, montażu lub przebudowie, jeżeli nie powodują zmiany sposobu zagospodarowania terenu i użytkowania obiektu budowlanego oraz nie zmieniają jego formy architektonicznej, a także nie są zaliczone do przedsięwzięć wymagających przeprowadzenia postępowania w sprawie oceny

31 Zgodnie z Art. 10 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 15 ust. 1 i 2 pkt 1 u.p.z.p.

32 W kwestii zagadnień związanych z charakterem prawnym decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego por. Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie*, s. 362 i n.

33 *Ibidem*, s. 362.

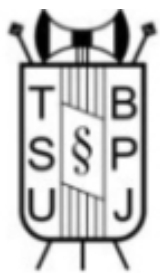
34 *Ibidem*.

oddziaływania na środowisko, w rozumieniu przepisów o ochronie środowiska, albo niewymagające pozwolenia na budowę. W mojej ocenie przepisy te ustanawiają trzeci sposób realizacji inwestycji celu publicznego. W przypadku bowiem zaistnienia przesłanek w tych przepisach przewidzianych, inwestycja celu publicznego nie będzie realizowana ani na podstawie planu miejscowego, ani też na podstawie decyzji lokalizacyjnej, a jedynie na podstawie pozwolenia na budowę, albo nawet bez tego pozwolenia w wypadkach przewidzianych w art. 29 u.pr.b. Należy jednak mieć na uwadze, że opisany powyżej sposób lokalizowania inwestycji celu publicznego nie jest w pełni autonomiczny, ponieważ jest on związany nieodłącznie z sytuacją, gdy na danym obszarze brak jest planu miejscowego.

Reasumując problematykę form prawnych realizacji inwestycji celu publicznego należy wskazać, że takie inwestycje mogą być lokalizowane na podstawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, a w przypadku braku tego planu albo w oparciu o decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, albo – w przypadku braku konieczności jej wydania – w oparciu o pozwolenie na budowę, bądź też nawet bez takiego pozwolenia.

4. Podsumowanie

Pojęcie inwestycji celu publicznego jest obecne w polskim porządku prawnym stosunkowo od niedawna. Wprowadzenie go miało na celu uporządkowanie regulacji związanych z procesem inwestycyjno – budowlanym realizującym zadania wchodzące w zakres celów publicznych. Inicjatywa taka rzeczywiście była niezbędna wobec niewątpliwych braków w tym zakresie na gruncie ustawy zagospodarowaniu przestrzennym z 1994 r. Jednakże definicja inwestycji celu publicznego na gruncie u.p.z.p. została skonstruowana w sposób nie w pełni zadowalający. Na pochwałę zasługuje ujęcie przedmiotowe inwestycji celu publicznego. Prowadzi to bezsprzecznie do ułatwienia realizacji celów publicznych, gdyż nie tylko administracja publiczna jest powołana do ich realizacji w omawianym zakresie. Ma to związek także z kwestią pozyskiwania środków finansowych na takie inwestycje – niekoniecznie zawsze muszą one być realizowane ze środków publicznych. Zgodne to jest z obecną na gruncie u.p.z.p. tendencją do promowania przedsięwzięć realizujących cele publiczne. Wątpliwości budzą nieomawiane tutaj bliżej pewne kwestie związane z charakterem prawnym decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, a także procedurą wydawania tejże decyzji. Niejasności wynikają też ze specyficznego określenia celów publicznych poprzez odniesienie do celów wskazanych w odrębnej ustawie – u.g.n. Szczególne znaczenie ma to w kontekście pojawiania się wspomnianych „inwestycji o znaczeniu publicznym”. Największy problem dotyczy moim zdaniem samego zdefiniowania pojęcia celów publicznych. Jak wspomniano wyżej, na gruncie doktryny prawa administracyjnego panuje przekonanie, iż skonstruowanie takiej definicji jest niemożliwe i każda próba syntetycznego ujęcia celu publicznego, nawet na potrzeby określonej ustawy, musi spełznąć na niczym. Jednakże z drugiej strony potrzeba wprowadzenia stosownych regulacji ustawowych była niewątpliwa, a brak możliwości zdefiniowania kluczowego pojęcia stanowił poważny problem, który jakoś musiał zostać rozwiązany. Dlatego moim zdaniem ustawodawca postanowił poszukać „złotego środka” i wprowadzić pojęcie celu publicznego poprzez pozytywne wyliczenie, które nie zostało domknięte i może być uzupełniane w razie potrzeby na drodze ustawowej. Na koniec wypada, mając jednakże świadomość licznych niedociągnięć, uznać celowość wprowadzenia do polskiego porządku prawnego instytucji inwestycji celu publicznego i jednocześnie wyrazić ubolewanie nad niewielkim zainteresowaniem doktryny tą tematyką.



Krzysztof Sielski

Argumenty z przypadków wzorcowych w filozofii prawa Herberta Harta

W niniejszym artykule chciałbym przybliżyć metodę wykładni zaproponowaną przez Herberta Harta w 1958 roku, polegającą na badaniu wzorcowych przypadków zastosowania danego pojęcia, a w drugiej kolejności na ustalaniu jak i na ile można takie zastosowanie rozszerzać. Hart dostrzega problemy związane z otwartością pojęć ogólnych, ich nieostrością, a metoda owa, ma pomóc w rozwiązywaniu takich problemów, w ustaleniu znaczenia pojęć ogólnych. Przedstawię także główne argumenty krytyczne sformułowane przeciw tej koncepcji przez doktrynalnych oponentów Harta, tj. Lona Fullera i Ronalda Dworkina.

Choć może się wydawać, że jest to temat, którego przydatność w pozytywistycznie ukształtowanym systemie, z przyjętymi i ustalonymi metodami wykładni (językową, systemową i teleologiczną) jest znikoma, to jednak uważam, że dokładna analiza filozofii Harta w tym wymiarze, może okazać się bardzo przydatna, przede wszystkim dla sędziów, zarówno gdy natrafiają na podstawowe problemy z interpretacją pojęć ogólnych, jak i wówczas, gdy rozważają możliwość zastosowania rozumowania na zasadzie analogii, gdyż wtedy rozważania Harta czy Fullera na temat celu reguły mogą okazać się bardzo pomocne.

Artykuł ten ma skłonić czytelnika do refleksji nad tym, czy poszukiwanie celu prawa powinno być ograniczane do sfery pólcienia reguły, czy może powinno dotyczyć także jej rdzenia, innymi słowy czy argumenty Fullera i Dworkina, są lepsze od tych, proponowanych przez Harta.

Wydaje się, że Herbert Hart był zawsze bardziej filozofem niż prawnikiem. Studiował zarówno filozofię jak i prawo, a także nauczał obydwu tych przedmiotów. Stworzył jeden z ciekawszych systemów prawa pozytywnego, mocno nacechowany jego poglądami filozoficznymi. System pozytywistyczny, ale jednocześnie, głównie dzięki umieszczonej w jego centrum niepisanej regule uznania, otwarty na wartości. Dość formalny, a dzięki temu bardzo uniwersalny. Prześiknięty na wskroś duchem filozofii analitycznej, pod której wyraźnym wpływem Hart pozostawał, a precyzyjniej mówiąc pod wpływem tej jej gałęzi, której reprezentantami byli G. E. Moore, a także L. Wittgenstein w późniejszym okresie swojej pracy naukowej, określanej mianem filozofii języka potocznego, która nie nawiązywała do formalno-logicznych metod (co proponował m.in. B. Russell), ale do języka potocznego, do badania konkretnego użycia wyrażen językowych. Dla Moore'a to język potoczny stanowi „początek filozofii”. Duży wpływ na poglądy Harta wywarła też jego przyjaźń z innym Oxfordzkim profesorem i zwolennikiem filozofii analitycznej, Johnem L. Austiem. Wpływ tej filozofii uwidacznia się zarówno w silnych tendencjach antydefinicyjnych występujących u Harta, a przejawiających się

m.in. uznaniem, że zdefiniowanie prawa jako takiego jest niemożliwe, ale także częstym poszukiwaniem presupozycji, czym chętnie zajmowali się przedstawiciele filozofii analitycznej, jak i kluczową z punktu widzenia problematyki tego artykułu, analizą otwartości pojęć ogólnych.

Hart, Oxfordczyk, przez dwa lata wykładał na Uniwersytecie Harwarda i poznał tam zarówno Lona Fullera, swojego największego doktrynalnego oponenta, z którym przez lata prowadził ożywione i bardzo emocjonalne dyskusje filozoficzno-prawne, które przeszły do historii sporów naukowych XX wieku, ale także emerytowanego już realistę prawniczego Roscoe Pounda oraz swojego późniejszego następcę i wielkiego krytyka, a wówczas studenta, Ronalda Dworkina. W czasie tej wizyty, Hart wygłosił fundamentalny wykład pt.: „Positivism and the separation of Law and Morals”, który zapoczątkował debatę z Fullerem, a także był bezpośrednią przyczyną artykułu Fullera pt.: „Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”. Debata tych dwóch wielkich postaci jurysprudence XX wieku skoncentrowana była na szeroko pojętych relacjach pozytywizmu prawniczego i prawa natury, prawa i moralności, czy inaczej mówiąc prawa takiego jakie jest i prawa takiego jakie być powinno, natomiast kwestia otwartości reguł została od tego centrum oddzielona, czy precyzyjniej mówiąc oddalona, ale nie przesądza to z góry o jej mniejszej wadze.

Hart sformułował swoją koncepcję podczas polemik prowadzonych z przedstawicielami amerykańskiego realizmu prawnego. Rozważa on przykład reguły, przewidującej zakaz poruszania się pojazdów po parku publicznym. Tym co interesuje Harta w tej regule jest analiza pojęcia „pojazd” i mnogość możliwości jego interpretacji.

Stwierdza on, że na pewno możemy określić desygnaty pojęcia pojazd, które nie będą budziły żadnych wątpliwości, jak np. samochód osobowy. Takie pojęcia Hart zalicza do tzw. rdzenia znaczeniowego (ang. *core*) słowa pojazd. Na pewno jednak pojawią się także takie przypadki, co do których przynależności do grupy desygnatów tego pojęcia w ramach tej reguły można mieć poważne wątpliwości, jak np. rowery, wrotki, samochody – zabawki, czy samoloty. Wszystkie te pojęcia można na pewno w pewien sposób wiązać z pojęciem pojazdu, choćby odnosząc się do metod wykładni językowej i definicji budowanej na zasadzie *per genus proximum et differentiam specificam*, jak np. urządzenie poruszane za pomocą silnika czy urządzenie służące do transportu osób.

Takie przypadki zalicza Hart do sfery półcienia (ang. *penumbra*). Innymi słowy nieraz bardzo problematyczny staje się proces subsumcji, podciągania konkretnego zachowania D pod ogólną normę n, gdyż w choć stosunku do ogólnych norm, takich jak n, jesteśmy w stanie ustalić takie zachowania A, B i C, które na pewno wchodzą w zakres n, to jednocześnie ustalamy także istnienie zachowania D, którego podpadanie pod regułę n jest wątpliwe. Hart stwierdza, że choć metody wykładni są pomocne w rozprawianiu się z takimi wątpliwościami, nie zlikwidują ich jednak nigdy, gdyż same pozostając ogólnymi regułami, posiadają sferę półcienia. Hart proponuje więc metodę interpretacji, która pozwoli określić czy dane pojęcia wchodzą w zakres pojęcia ogólnego.

Zainteresowanie Harta kwestią półcienia wywołał przykład B. Russella odnoszący się do łysego człowieka. Oczywiście jest, że gdy osoba nie ma ani jednego włosa na głowie jest łysa. Równie łatwo powiedzieć o osobie, która nie jest pozbawiona włosów, że łysa nie jest. Sfera półcienia odnosi się natomiast do odpowiedzi na pytanie – kiedy możemy zacząć mówić o człowieku, że jest łysy? Czy

wystarczy mieć zakola by uchodzić za łysego, czy może odwrotnie, nawet 3 włosy na głowie sprawiają, że ktoś jeszcze nie jest łysy? Jednym słowem wytyczenie jasnej granicy jest w tym wypadku niemożliwe, a każda wypowiedź może być narażona na zarzut subiektywności odczuć tego, kto tę opinię wyraża. Jednocześnie należy podkreślić, że oczywistym jest dla Harta, iż zawsze możemy mówić o jasnym i przejrzystym rdzeniu reguły, tak w przypadku łysego człowieka, jak i stwierdzając, że samochód będzie na pewno pojazdem mechanicznym, a np. dziecko wbiegające do parku już nie. Tak więc odpowiednio będziemy mieli do czynienia ze sprawami prostymi oraz ciężkimi, tzw. *hard cases*. Oczywiście każdy, nawet jak by się mogło wydawać, najjaśniejszy termin jest choćby potencjalnie narażony na sferę półcienia, gdyż nie jesteśmy, a w tym wypadku to legislator nie jest, w stanie przewidzieć rozwoju stosunków społecznych i tak choć sto lat temu termin matka wydawać by się mógł pozbawiony z grubsza rzecz biorąc sfery półcienia, tak dziś możemy się już zastanawiać, czy dana reguła mówi o matce zastępczej itp.

Kwestią najważniejszą jest to, co Hart proponuje jako narzędzie wyboru pomiędzy alternatywnymi możliwościami zaliczenia D w ramy *n* lub jego wykluczenia. W tym wypadku nie zastosujemy na pewno logicznych metod dedukcji, polegającej na wyprowadzaniu szczegółowych wniosków z ogólnych przesłanek, która mogłaby dać prawnikom tak pożądaną wiedzę pewną (prawnicy, którzy chcieliby w takich przypadkach stosować dedukcję, popełniają tzw. błąd formalizmu). Błędne byłoby więc przyjęcie jakiegoś zestawu cech konstytutywnych, których spełnienie pociągać by miało z koniecznością wchodzenie w zakres reguły *n* – np. posiadanie silnika.

Hart stwierdza, że tym co daje nam reguła jest przypadek wzorcowy, oczywisty. A tym, co należy zrobić analizując przypadki ze sfery półcienia, jest ustalenie, czy dany przypadek D, pod istotnymi względami podobny jest do przypadku wzorcowego. Oczywiście kwestią problematyczną przy tak formalnie zbudowanej zasadzie jest odpowiedź na pytanie o materialną treść wypełniającą pojęcie istotności. Jak rozumiem Hart nawiązuje tu do celu reguły i stwierdza, że rozstrzygnięcie takie nie może być automatycznym zastosowaniem mechanizmu sylogizmu prawniczego, tj. za pomocą wnioskowania dedukcyjnego wyprowadzaniem z przesłanek w postaci stanu faktycznego (będącego zdaniem) i normy prawnej (będącej rzeczą jasną normą) wniosku w postaci normy, dzięki czemu całemu rozumowaniu nada się charakter wnioskowania logicznego, (tak zdaniem Harta możemy postępować w przypadkach prostych, w czym przejawia się jego kognitywistyczne podejście do reguły), a musi odnosić się do celów, zadań czy polityki społecznej i przez to zmusza sędziego do interpretacji. Sędzia nie jest w tym wypadku „ustami ustawy”, a przeciwnie, twórczo wybiera jedno z rozwiązań. Wydaje się, że takiej wykładni dokonywanej przez sędziego, jest blisko do tezy o tym jakie prawo powinno być, by mogło realizować swoje cele, co z kolei bezpośrednio można łączyć z moralną oceną prawa. Myślę, że Hart akceptuje taki właśnie pogląd przy czym zależy mu na tym, by sfera półcienia pozostała wyraźnie oddzielona od sfery rdzenia. Nie jest to pierwszy wyłom w tzw. *separability thesis*, tj. tezie o rozdziale (stwierdzającej, że system prawa, by uchodzić za pozytywny, musi przyjmować założenie o braku koniecznego związku pomiędzy prawem i moralnością), dokonany przez Harta, ale wydaje

się że nie przekreśla to możliwości określania jego poglądu na prawo mianem pozytywistycznego, a tzw. „słabsza teza o źródłach”, która głosi, iż to tylko reguła uznania nie musi koniecznie spełniać kryteriów moralnych, wydaje się ze wszech miar słuszną.

Mamy tu więc przewidzianą swobodę uznania sędziego, gdyż choć jego wybór nie może być absurdalny, to jednak przepis pozostawia jemu margines uznania, w przeciwieństwie do sytuacji, w której regułę zastosować chcemy do elementów wchodzących w skład rdzenia. W ramach takich *hard cases* sędzia będzie zawsze zdany na tworzenie prawa. Ta kwestia jest powodem bardzo surowej krytyki ze strony Ronalda Dworkina, który stwierdza, że prawo, oprócz reguł rozumianych tak jak opisuje je Hart (tj. pierwotnych reguł obowiązku i wtórnych reguł drugiego stopnia, które pozwalają operować na regułach pierwotnych, wśród których najważniejszą jest wtórna reguła uznania, która pozwala nam określić, jakie reguły wchodzą w zakres prawa) zawiera w sobie także szeroko rozumiane zasady, niekiedy niespisane, ale także obowiązujące. Dworkin powołuje się na przykład sprawy *Riggs vs Palmer* z 1889 r., w której wnuczek zabija dziadka, by uzyskać spadek po nim w sytuacji, w której nie istnieje żadna spisana reguła podobna do tej znanej polskiemu kodeksowi cywilnemu o uznaniu spadkobiercy za niegodnego. Zdaniem Dworkina, Hart musiałby z konieczności zaliczyć tę sprawę w ramy rdzenia regulacji dotyczącej dziedziczenia i dopuścić wnuczka-zabójcę do spadku, gdyż nie mielibyśmy w tym wypadku do czynienia z koniecznością interpretacji, a raczej z mechanicznym zastosowaniem normy. Natomiast sam Dworkin stwierdza, że obowiązuje w systemie niepisana zasada, która nie mogłaby przejść pozytywistycznego testu pochodzenia i spełnić tzw. tezy o źródłach, gdyż obowiązuje nie dlatego, że została uchwalona przy zachowaniu odpowiedniej procedury, ale ze względu na odniesienie jej do kryterium sprawiedliwości, która mówi, że nikt nie powinien czerpać korzyści z własnej niegodziwości.

Sfera półcienia jest dla Harta kosztem jaki płacimy za użycie terminów ogólnych. Szczypta nieostrości, jak określa ją Hart, przynależy wszystkim regułom, w tym także wtórnej regule uznania. Języki naturalne cechuje otwartość, której z wielu powodów nie jesteśmy w stanie wyeliminować. Jednocześnie jałowy wydaje się postulat tworzenia norm tak szczegółowych, że byłyby pozbawione sfery półcienia. Świata nie jesteśmy w stanie zdefiniować przez określoną liczbę atrybutów i możliwości ich kombinowania, przez to mechaniczne stosowanie prawa, przez komputer, który po wpisaniu stanu faktycznego podałyby jedyne słuszne rozwiązanie, jest nierealne.

Odnosząc te rozważania do przedstawionego wyżej stanu faktycznego, mamy w nim określony jasno cel ustawy (spokój w parku), który nie został w ogólnej regule sprzężony z konkretnymi egemplifikacjami pojęcia pojazdu. Tak więc w danym stanie faktycznym, rozważamy czy ze względu na cel warto poświęcić dobro dzieci bawiących się samochodami – zabawkami i jednocześnie określamy znaczenie terminu ogólnego.

Hart podaje przykład reguł z wyraźnie określonym rdzeniem i sferą półcienia. Należy jednak podkreślić, że istnieją także reguły całkowicie pozostające w sferze półcienia. Po prostu pewne wyrażenia językowe są na tyle rozmyte, że bez odwołania się do intencji, nie będziemy w stanie orzec żadnej sprawie, że bezsprzecznie podpada pod daną regułę. Dobrym przykładem w polskim systemie prawnym mogą być klauzule generalne interesu społecznego z jednej strony czy stwierdzenia określa-

jące występek o charakterze chuligańskim jako czyn sprawcy działającego z oczywiście błędnego powodu, z drugiej. Hart na pewno uznałby, że w takim wypadku po prostu każde zastosowanie reguły wymaga uznania sędziowskiego, a ono odwołania się do elementów pozaprawnych.

Podstawowy zarzut Fullera sformułowany w stosunku do tej koncepcji sprowadza się do tego, że w jego opinii Hart nadmiernie koncentruje się na oderwanych od kontekstu słowach i ich znaczeniu, a to kontekst jest w tym wypadku podstawą. To kontekst pozwala nam uznać, że wrotki nie są pojazdem mechanicznym, a biznesmen, który przysnął na dworcu czekając w nocy na pociąg, który się spóźnił, nie narusza ustawowego zakazu spania na dworcach.

Inny przykład Fullera odnosi się do hipotetycznego uregulowania „Wszystkie poprawki muszą być niezwłocznie zgłaszane do (...)”. Hart, skoncentrowany jedynie na słowach, a nie kontekście ich użycia, musi przyjmować, że już taki wycinek reguły wystarczy do wyłożenia terminu „poprawki”, co, jak uważa Fuller, jest oczywistym nonsensem, zanim nie stwierdzimy, że druga część reguły brzmi np. „(...) do przełożonej pielęgniarek.”

Hart odpiera ten zarzut, podnosząc iż uznanie, że znaczenie słów istnieje tylko w kontekście ich użycia, uniemożliwiłoby przeprowadzenie jakiejkolwiek rozmowy. Choć kontekst może mieć znaczenie wręcz fundamentalne, dla zrozumienia sensu wypowiedzi, to jednak bez rozumienia słów na pewno także byśmy go nie rozumieli.

Fuller, podnosząc swoje zarzuty odnosi się często do pojęcia celu (Hart określał Fullera jako zafascynowanego pojęciem celu, a fascynacja jego zdaniem może człowieka tak inspirować jak i oślepić, co też uczyniła z Fullerem, na co ten odpowiedział określając to stwierdzenie mianem „nieco rubasnej, amatorskiej metafory”) i stwierdza, że Hart nie daje nam dobrej recepty na kategoryzację pojęć wchodzących w sferę rdzenia czy półcienia. Dla Fullera jasnym jest, że należy odnieść się w tym miejscu do celu i uznać, że samochody osobowe wchodzą w zakres pojazdów w rozumieniu reguły, gdyż dość jasno można uznać, że to właśnie jest celem tej reguły.

Fuller twórczo rozwija przykład „pojazdów w parku” analizując sytuację grupy patriotów, którzy chcą umieścić w parku ciężarówkę z okresu II wojny światowej. I stawia pytanie: czy takie pojęcie wchodzi w zakres rdzenia czy półcienia? W tej materii przykład Fullera wydaje się interesujący w tym zakresie, że dotyka on kwestii, w której językowe rozumienie nie stanowi kwestii spornej, na pewno taka ciężarówka językowo zostałaby uznana za pojazd. Problematiczne staje się natomiast rozumienie prawne, które prowadzi nas do rozstrzygnięcia niesprawiedliwego, niemoralnego czy nieracjonalnego. Fuller nakazałby poszukiwanie racjonalnego rozwiązania. Hart wbrew pozorom proponuje rozwiązanie nie różniące się tak bardzo w konsekwencjach od tego zaproponowanego przez jego oponenta. W „Pojęciu Prawa” podkreśla on, że reguły mogą być przedmiotem wyjątków, a te nie mogą być określone przed zastosowaniem prawa, w czym ujawnia się jego związek z kulturą *common law*. Dla Harta taki absurdalny wniosek wyciągnięty z normy prawnej jest po prostu podstawą do stworzenia wyjątku i zmiany reguły. Jednocześnie Hart podkreśla, że taka właśnie cecha prawa przynależy nie tylko systemowi *common law*, ale prawu jako takiemu.

Nie chciałby on zaakceptować rozwiązania odwrotnego, w którym istnienie reguły prowadzącej do rozwiązań absurdalnych, jest ceną płaconą za wartość, która w państwie prawa wydaje się nie do przecenienia, a którą jest pewność prawa.

Ale Hart daje nam także inne rozwiązanie tego problemu, w którym stwierdza, że rozróżnienie rdzenia od półcienia, jest możliwe niekiedy nie poprzez odwołanie się do znaczenia słów, ale do celu reguły, pisząc że: „(...) oczywisty lub uzgodniony cel przepisu może służyć do bliższego określenia przepisu, którego zastosowanie konwencje językowe pozostawiły otwarte (...)”.

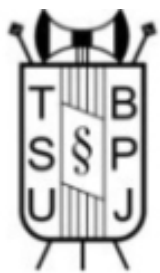
Trzeba podkreślić, że wymiana argumentów związanych z „pojazdami w parku” przeniesiona na wyższy poziom abstrakcji, dotyczy konfliktu pomiędzy literą prawa, a tym, co byłoby najsprawiedliwsze czy najlepsze. W prostej linii możemy odnosić ją do postulatów iusnaturalistów i orzekania sprawiedliwego, zgodnego z normami moralnym, zgodnego z celem itp. Hart i Fuller skłaniają nas do konstatacji czy w przypadku, gdy literalnie rozumiany przepis prowadzi do rozwiązania absurdalnego czy niesprawiedliwego, powinniśmy orzekać *contra* lub *praeter legem* czy przeciwnie, jest to zakazane i nie możemy wyklądać przepisu, czy szerzej orzekać, wbrew jego literalnemu brzmieniu. W zakresie tak szerzej pojmowanej debaty, przykład Harta można uznać za niefortunny, gdyż rozumienie słowa „pojazd mechaniczny” przez różne podmioty może się bardzo różnić, a przez to, często unikniemy właściwej dyskusji uprzednio eliminując jakiś przedmiot z grupy pojazdów mechanicznych np. samochód bez kół czy silnika. Inny przykład Fullera, o biznesmenie, który spóźniony na pociąg zasypia na stacji kolejowej i przez to narusza zakaz spania na stacji, regułę ewidentnie stworzoną dla bezdomnych (Fuller określa ich mianem *tramps*), wydaje się lepszy dla w/w ogólniejszego rozumienia debaty Harta z Fullerem. W tym wypadku zdaniem Fullera, bez odniesienia się do pojęcia celu ustawy, a stosując wykładnię proponowaną przez Harta, zbłądzimy i orzeczenie będzie niesprawiedliwe, gdyż pojęcie snu konieczności będziemy musieli zaliczyć do sfery rdzenia i stosując sylogizm prawniczy, automatycznie, wyprowadzić wnioski o odpowiedzialności biznesmena.

Podsumowując, należy rozważyć alternatywne możliwości odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność orzekania *contra legem* w imię rozstrzygnięcia sprawiedliwego. Innymi słowy, stawiam pytanie czy zasada pewności prawa, jest tylko środkiem do celu jakim jest orzekanie sprawiedliwe i może być w poszczególnych przypadkach pomijana. Stwierdzenie, iż celem systemu prawa jako całości czy poszczególnych instytucji prawnych jest z założenia umożliwienie sędziemu orzekania sprawiedliwego wydaje się truizmem. Ale czy najlepszą drogą ku temu, jest wykładanie prawa wbrew jego literalnemu brzmieniu, a za to zgodnie z poczuciem moralności sędziego? Pominę rozważania na temat owej moralności sędziego, który, wbrew Dworkinowskiej koncepcji sędziego – Herkulesa, jest tylko człowiekiem. Pominę także rozważania na temat tego, czym moralność, a zwłaszcza moralność powszechna jest, oraz tego, że w świetle badań opinii publicznej, większość społeczeństwa uważa karę śmierci czy zabójstwo złodzieja poruszającego się po terenie posesji, za moralnie usprawiedliwione i właściwe. Pominę wreszcie także i to, że negowanie zakazu wykładni *contra legem* samo w sobie wydaje się niesprawiedliwe i niemoralne.

Mój podstawowy argument sprowadzę natomiast do tego, że rozwiązania proponowane przez Harta pozwalają zachować wartość jaką jest pewność prawa, a jednocześnie orzekać sprawiedliwie. Na czele jego systemu prawa stoi niepisana reguła uznania, będąca nie tyle obowiązującą regułą, co raczej powszechną praktyką sędziów, urzędników i obywateli, która pomaga określić co wchodzi w zakres prawa. Reguła taka, może zawierać w sobie zasady prawne, tak jak pojmują je Dworkin, ale jednocześnie, dzięki generalnej możliwości identyfikacji ich obowiązywania (przejścia testu obowiązywania), pewność prawa zostaje zachowana.

BIBLIOGRAFIA:

- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- Fuller L.L., *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, Harvard Law Review 71 (4), s. 630–672.
- Hart H.L.A., *Eseje z filozofii prawa*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2002.
- Hart H.L.A., *Pojęcie prawa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- Pietrzykowski T., „Miękki” pozytywizm i spór o regułę uznania [w:] *Studia z filozofii prawa*, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 2001.
- Schauer F., *A Critical Guide to Vehicles in the Park*, www.law.nyu.edu/idcplg?IdcService=GET_FILE&dDocName=ECM_DLV_016298&RevisionSelectionMethod=LatestReleased, 14.05.2009 r.
- Zajadło J., Pięćdziesiąta rocznica debaty Hart – Fuller, *Państwo i Prawo* 2008, z. 7 s. 5 – 18.



Andrzej Jezusek

Farmakologiczne obniżenie popędu seksualnego stosowane w ramach represji karnej w świetle zakazu tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania.

1. Streszczenie

W X 2008 r. Rada Ministrów zaproponowała zmiany w prawie karnym, które zmieniają brzmienie art. 95a k.k. Art. 95a k.k. został dodany do k.k. w 2005 r. Przewiduje on możliwość orzeczenia wobec sprawcy przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, popełnionego w związku z zakłóceniem czynności psychicznych innych niż choroba psychiczna, skazanego na bezwzględną karę pozbawienia wolności środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zakładzie zamkniętym lub poddania go leczeniu ambulatoryjnemu. W nowej wersji tego przepisu sąd będzie mógł taką osobę, która popełniła przestępstwo w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, umieścić w zakładzie karnym lub skierować na leczenie ambulatoryjne w celu zastosowania farmakoterapii i psychoterapii zmierzających do obniżenia popędu seksualnego. Orzeczenie środka zabezpieczającego będzie możliwe bez zgody skazanego, a w przypadku niektórych kwalifikowanych typów zgwałcenia będzie ono obligatoryjne. Rozwiązanie takie budzi zastrzeżenia obrońców praw człowieka, którzy zarzucają rządowym propozycjom naruszenie zakazu tortur oraz innego niehumanitarnego lub poniżającego traktowania i karania. Rząd odpycha te zarzuty, powołując się na orzeczenia ETPC w sprawie *Nevmerzhitsky*, w którym Trybunał uznał, iż konieczny środek leczniczy co do zasady nie może stanowić naruszenia art. 3 Konwencji Europejskiej.

Zaburzenie preferencji seksualnych jest jednocześnie zaburzeniem seksualnym i zaburzeniem osobowości, które polega na ukierunkowaniu popędu seksualnego w sposób niezgodny z normami społecznymi, sam jednak poziom popędu seksualnego jest normalny, taki sam jak u osób z prawidłowymi preferencjami seksualnymi. Stosowanie przymusowej farmakoterapii polegającej na podaniu leków obniżających w sposób odwracalny poziom popędu seksualnego nie można nazwać zabiegiem leczniczym, lecz wywołaniem anomalii w funkcjonowaniu organizmu człowieka, które można uznać za czasowe okaleczenie. Z powodu skutków takiej farmakoterapii (impotencja, bezpłodność, inne liczne i dolegliwe skutki uboczne), brak terminu, który ograniczałby w czasie stosowanie środka zabezpieczającego z art. 95a k.k., stosowanie go wobec osoby poczytalnej po odbyciu zasłużonej i sprawiedliwej kary, biorąc pod uwagę zamierzony charakter działań, ich rozciągnięcie w czasie, intensywność dolegliwości spotykających osobę poddaną temu środkowi zabezpieczającemu, można uznać

jego stosowanie za traktowanie niehumanitarne w rozumieniu art. 3 Konwencji Europejskiej. Przywołanie przez Radę Ministrów orzeczenia w sprawie Nevmerzhtsky jest błędne z powodu licznych i istotnych różnic występujących między wspomnianą sprawą a proponowaną regulacją.

W wrześniu 2008 r. polską opinią publiczną wstrząsnął dramat Alicji B., 21-letniej dziewczyny z Siemiatycz, od sześciu lat gwałconej przez własnego ojca. Dziewczyna urodziła dwoje dzieci, które została zmuszona pozostawić w szpitalu. Sprawa została nagłośniona przez media, politycy poczuli się zobligowani do zabrania głosu. Najbardziej dosadnie zabrzmiął premier Donald Tusk, który stwierdził, iż w Polsce powinna zostać wprowadzona „chemiczna kastracja” wobec pedofilów nie na życzenie skazanego, ale jako element wyroku, gdyż nie można „wobec takich indywiduów, takich kreatur zastosować terminu człowiek. W związku z czym nie sądzę, aby obrona praw człowieka dotyczyła tego rodzaju zdarzeń”¹. Realizując polecenie premiera, Ministerstwo Sprawiedliwości przystąpiło do prac legislacyjnych mających na celu wprowadzenie stosownych środków do prawa karnego. Przedmiotem prac stał się środek zabezpieczający opisany w art. 95a k.k., który został dodany do kodeksu ustawą z 27 VII 2005 r. nowelizującą prawo karne.

Przesłankami stosowania środka zabezpieczającego z art. 95a k.k. są:

- popełnienie przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, z wyłączeniem przestępstw skierowanych jedynie przeciwko obyczajności (chodzi o przestępstwa z art. 197-201 i 203 k.k.);
- stwierdzenie przez sąd, iż przestępstwo to powstaje w związku z zaburzeniami czynności psychicznych o podłożu seksualnym innym niż choroba psychiczna;
- skazanie sprawcy na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Sąd w wyroku skazującym może sprawcę umieścić w zakładzie zamkniętym albo skierować go na leczenie ambulatoryjne. „Umieszczenie sprawcy w zakładzie zamkniętym będzie celowe jedynie, jeżeli zakłócenie czynności psychicznych o podłożu seksualnym będzie trwałe i powtarzające się, a ryzyko popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego tego samego rodzaju będzie istotne. Skierowanie na leczenie ambulatoryjne będzie celowe, jeżeli zakłócenie czynności psychicznych na tle seksualnym będzie trwałe lub powtarzające się, ale sprawca nie będzie stanowił istotnego zagrożenia dla porządku prawnego”². Sąd stosuje ten środek fakultatywnie. Środek z art. 95a k.k. ma charakter postpenalny, jest orzekany wobec sprawcy obok kary i stosowany po jej odbyciu, ewentualnie w razie warunkowego zwolnienia z wykonania jej reszty – o potrzebie stosowania tego środka orzeka sąd penitencjarny do 6 miesięcy przed tymi zdarzeniami.

W razie orzeczenia umieszczenia w zakładzie zamkniętym sąd musi zastosować art. 93 k.k., który statuuje przesłankę niezbędności izolacyjnego środka zabezpieczającego dla zapobieżenia ponownemu popełnieniu przez sprawcę przestępstwa pozostającego w związku z jego chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym, uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego, a także

1 Donald Tusk chce kastrować pedofilów, PAP z 9 IX 2008 r., na podst. <http://wiadomosci.wp.pl/kat,1342,title,Donald-Tusk-chce-kastrowac-pedofilow,wid,10342059,wiadomosc.html?ticaid=17376>.

2 Z. Cwiakalski, *komentarz do art. 95a w A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz* Warszawa 2007, s. 1072.

wymóg uprzedniego wysłuchania lekarza psychiatry i psychologa³. Sąd stosuje także odpowiednio art. 94 par. 2 i 3 k.k. – oznacza to, iż środek z art. 95a k.k. jest to środkiem stosowanym bezterminowo i może oznaczać trwałą izolację sprawcy. „Rozwiązanie takie należy ocenić zdecydowanie krytycznie, biorąc pod uwagę fakt, iż chodzi o sprawcę poczytalnego, u którego nie stwierdzono choroby psychicznej, a jedynie bliżej nieokreślone zaburzenia psychiczne o podłożu seksualnym”⁴. Przy wykonywaniu środka zabezpieczającego określonego w art. 95a k.k. stosuje się art. 203 i 204 k.k.w., które regulują nadzór sądu nad jego realizacją i zasady jego uchylenia. Ponadto wobec sprawcy umieszczonego w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym można stosować środki przymusu bezpośredniego przewidziane w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego (u.o.z.p.) – art. 204a k.k.w.⁵

Rada Ministrów przyjęła ostateczny projekt ustawy wprowadzającej „chemiczną kastrację” 9 X 2008 r. i przesłała go do Sejmu. Projekt przewidywał szereg zmian w k.k., k.k.w., k.p.k. i ustawie o Policji. Najważniejsze zmiany sprowadzają się jednak do nowelizacji art. 93 i 95a k.k.

W razie przyjęcia przez Sejm propozycji rządowych zmianie ulegnie art. 93 k.k. Otrzyma on następujące brzmienie: „Sąd może orzec przewidziany w tym rozdziale środek zabezpieczający związany z umieszczeniem w zakładzie zamkniętym lub skierowaniem na leczenie ambulatoryjne tylko wtedy, gdy jest to niezbędne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego związanego z jego chorobą psychiczną, zaburzeniami preferencji seksualnych, upośledzeniem umysłowym lub uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego; przed orzeczeniem tego środka sąd wysłuchuje odpowiednio lekarzy psychiatrów, lekarza seksuologa oraz psychologa”.

Różnice w stosunku do obecnego brzmienia art. 93 k.k. sprowadzają się do:

- rozszerzenia przedmiotowego zakresu zastosowania art. 93 k.k. – sąd będzie zobligowany do jego stosowania także w sytuacji, w której będzie kierował sprawcę czynu zabronionego na leczenie ambulatoryjne;
- sąd będzie mógł orzec środek zabezpieczający w postaci skierowania na leczenie zamknięte lub ambulatoryjne także wtedy, gdy popełnienie czynu zabronionego miało związek z zaburzeniami preferencji seksualnych jego sprawcy;
- przed orzeczeniem środka, o którym mowa w art. 93 k.k., sąd będzie miał obowiązek wysłuchać odpowiednio lekarza psychiatrę, lekarza seksuologa, psychologa, a nie jak teraz tylko lekarza psychiatrę i psychologa.

Art. 95a par. 1 k.k. w wyniku nowelizacji otrzyma następujące brzmienie: „Skazując sprawcę na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonywania za przestępstwo skierowane przeciwko wolności seksualnej, popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, sąd może orzec umieszczenie sprawcy, po odbyciu tej kary w zakładzie zamkniętym albo skierowanie

3 Ponieważ art. 95a k.k. przewiduje wśród przesłanek swojego stosowania zaburzenie czynności psychicznych o podłożu seksualnym innych niż choroba psychiczna, a art. 93 k.k. takiej przyczyny stosowania środka zabezpieczającego związanego z umieszczeniem w zakładzie zamkniętym nie przewiduje, równoległe stosowanie art. 93 i 95a k.k. jest niemożliwe – tak Z. Ćwiakalski, op. cit., s. 1070.

4 A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Łódź 2006, s. 224.

5 O środku z art. 95a k.k. zob. szerzej R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 192, N. Kłaczynska, *komentarz do art. 95a k.k.* w J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 624-625, A. Marek, op. cit., s. 224.

go na leczenie ambulatoryjne, w celu przeprowadzenia terapii farmakologicznej i psychoterapii, zmierzających do obniżenia jego popędu seksualnego. Terapii farmakologicznej nie stosuje się, jeżeli jej przeprowadzenie spowodowałoby poważne niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia skazanego”.

Do art. 95a zostanie dodany par. 1a, który będzie brzmiał: „Sąd orzeka umieszczenie sprawcy, o którym mowa w par. 1, skazanego za przestępstwo określone w art. 197 § 3 pkt 2 lub 3⁶ w zakładzie zamkniętym albo skierowanie go na leczenie ambulatoryjne”. W związku z jego treścią ulegnie zmianie art. 95a par. 2 k.k., którego treść będzie następująca: „W okresie do 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub przed wykonaniem kary sąd ustala:

- 1) potrzebę i sposób wykonywania orzeczonego środka, o którym mowa w par.1,
- 2) sposób wykonywania orzeczonego środka, o którym mowa w par. 1a”.

Ponadto zostaną dodane par. 2a i 2b o następującej treści: „par. 2a. Sąd może zarządzić zmianę sposobu wykonywania środka zabezpieczającego, określonego w par. 1 i 1a. par. 2b. Sąd zarządza umieszczenie w zakładzie zamkniętym, jeżeli sprawca uchyła się od leczenia ambulatoryjnego, określonego w par. 1 i 1a”.

Różnice w stosunku do obecnego brzmienia art. 95a k.k.:

- przestępstwo przeciwko wolności seksualnej ma być popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych sprawcy, a nie jak teraz w związku z zakłóceniem jego czynności psychicznych o podłożu seksualnym innych niż choroba psychiczna;
- doprecyzowano na czym ma polegać umieszczenie sprawcy w zakładzie zamkniętym albo skierowanie na leczenie ambulatoryjne, ma ono mianowicie prowadzić do obniżenia popędu seksualnego poprzez stosowanie psychoterapii i terapii farmakologicznej;
- orzeczenie tego środka w stosunku do osoby skazanej za przestępstwo zgwałcenia, którego dopuścił się wobec osoby małoletniej lub wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, rodzeństwa ma być obligatoryjne;
- na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem albo zakończeniem wykonywania kary sąd uzyskał kompetencję do orzekania o potrzebie wykonania środka z art. 95a k.k. oraz o sposobie jego wykonania, przy czym, jeżeli stosowanie środka z art. 95a jest obligatoryjne, sąd decyduje tylko o sposobie jego wykonania;
- sąd uzyska kompetencję do decydowania w trakcie stosowania środka z art. 95a o sposobie jego wykonania;
- sąd zostanie zobligowany do umieszczenia sprawcy w zamkniętym zakładzie, jeżeli ten będzie się uchylał od leczenia ambulatoryjnego.

Ponadto zmianie ma ulec k.k.w. Znowelizowany art. 200 k.k.w. przewiduje, że środek z art. 95 a k. k. wykonywany w formie umieszczenia w zakładzie zamkniętym ma być wykonany w zakładzie psychiatrycznym, który ma być organizowany jako zakład dysponujący warunkami wzmocnionego zabezpieczenia. Jeżeli środek ma postać skierowania na leczenie ambulatoryjne, będzie wykonywany w zakładach ambulatoryjnych.

6 W wyniku nowelizacji art. 197 par. 3 otrzyma brzmienie: „Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia: 1) wspólnie z inną osobą, 2) wobec małoletniego poniżej 15 lat, 3) wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3”.

W wyniku nowelizacji art. 201 k.k.w. będzie stanowił, że sąd wykonujący orzeczenie o zastosowaniu środka z art. 95a k.k., po zasięgnięciu opinii odpowiedniej w sprawach seksuologii sądowej jednostki organizacyjnej utworzonej przez ministra właściwego do spraw zdrowia, wskaże zakład zamknięty, w którym ma być wykonany ten środek i prześle odpis orzeczenia wraz z poleceniem doprowadzenia sprawcy właściwej jednostce Policji lub właściwemu organowi wojskowemu, a odpis orzeczenia i polecenie przyjęcia – kierownikowi właściwego zakładu zamkniętego. W przypadku skierowania sprawcy na leczenie ambulatoryjne, odpis orzeczenia sąd prześle właściwej jednostce Policji lub właściwemu organowi wojskowemu i kierownikowi zakładu ambulatoryjnego. W przypadku uchylania się sprawcy od leczenia, w szczególności w razie niestawiennictwa sprawcy w zakładzie ambulatoryjnym w wyznaczonym terminie, kierownik zakładu niezwłocznie zawiadomi o tym właściwą jednostkę Policji lub właściwy organ wojskowy. Policja lub właściwy organ wojskowy zatrzyma sprawcę i w ciągu 48 godzin od chwili zatrzymania przekaże go do dyspozycji sądu. Od zatrzymania będzie można odstąpić, jeżeli niestawiennictwo nastąpiło z przyczyn losowych, niezależnych od sprawcy. Zatrzymanego zwolni się, jeżeli w ciągu 24 godzin od przekazania go do dyspozycji sądu nie doręczono mu zarządzenia o umieszczeniu w zakładzie zamkniętym⁷.

2.

Zaproponowane zmiany w prawie karnym wzbudziły liczne kontrowersje w kręgach społecznych zaangażowanych w propagowanie praw człowieka i przestrzeganie standardów państwa prawa. W szczególności podnoszono zarzut naruszenia przez projekt nowelizacji art. 95a k.k. zakazu tortur oraz innego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania i karania, a także stosowania kar cielesnych, który jest statutowany przez art. 40 Konstytucji. Ponadto podobne zasady zawierają liczne akty prawa międzynarodowego, które wiążą Rzeczpospolitą Polską, takie jak: art. 5 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka⁸, art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁹ czy art. 3 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolnościach (Konwencja Europejska)¹⁰.

W przepisach zakazujących tortur oraz innego, okrutnego, niehumanitarnego albo poniżającego traktowania lub karania występuje pewien ciąg określeń wykluczających wiele zachowań ludzkich, określeń bliskoznacznych, z wyraźną intencją uczynienia nielegalnymi zachowań wymierzonych przeciwko samej naturze człowieka i tym samym jego godności¹¹. Podobny pogląd, wiążący powyższe zachowania z naruszeniem godności człowieka, wyraził Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził, że „na-leży bowiem rozdzielić urażenie jednostkowych ambicji, które może zostać spowodowane ustawowo dopuszczalnym ograniczeniem (...) od faktycznego naruszenia godności osoby ludzkiej – gdyż tylko tak interpretować można zawarte w art. 40 określenie – niehumanitarnie traktowanie”¹². Trybunał Konstytucyjny

7 Treść zmian na podstawie projektu ustawy z 9 X 2009, udostępnionego przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

8 „Nikt nie może być poddany torturom albo okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu”.

9 „Nikt nie będzie poddany torturom lub okrutnemu, niehumanitarnemu albo poniżającemu traktowaniu lub karaniu. W szczególności nikt nie będzie poddawany, bez swej swobodnie wyrażonej zgody, doświadczeniom lekarskim lub naukowym”.

10 „Nikt nie będzie poddany torturom, ani niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu bądź karaniu”.

11 Tak P. Sarnecki, *komentarz do art. 40 w L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 1.

12 Wyrok TK o sygn. SK 20/98 z 1 VI 1999.

tucyjny zwrócił uwagę na różnicę między tymi zachowaniami, a traktowaniem niehumanitarnym. „Traktowanie humanitarne obejmuje coś więcej niż tylko niestosowanie tortur i zakaz traktowania okrutnego, nieludzkiego i poniżającego, o którym mowa w art. 40 Konstytucji. Traktowanie humanitarne musi uwzględniać minimalne potrzeby każdego człowieka, z uwzględnieniem przeciętnego poziomu życia w danym społeczeństwie, i wymaga od władzy publicznej pozytywnych działań w celu zaspokojenia tych potrzeb”¹³.

Zakaz z art. 40 Konstytucji może być traktowany jako przepis chroniący życie i integralność cielesną człowieka¹⁴ lub jako przepis chroniący jego nietykalność osobistą¹⁵. Konsekwencje art. 40 konstytucji są różnorakie. Po pierwsze Konstytucja nie dopuszcza przywrócenia w Polsce tortur, bo ze zjawiskiem tym jako instytucją prawnokarną już dawno w Polsce nie mamy do czynienia. Po drugie Konstytucja zakazuje nieludzkiego lub poniżającego traktowania człowieka. Zakaz ten jest w pierwszej kolejności skierowany do organów państwa, ich funkcjonariuszy, zwłaszcza do ustawodawcy, który musi go uwzględnić w przepisach dotyczących kar, ich wykonywania, ale także do innych podmiotów we wzajemnych stosunkach¹⁶. Część doktryny uważa jednak, że zakaz z art. 40 jest kierowany jedynie do władz publicznych¹⁷. Ustawodawca realizując zasadę z art. 40 Konstytucji poprzez ustanowienie art. 3 k.k., który stanowi, że „kary i inne środki przewidziane w tym kodeksie stosuje się z uwzględnieniem zasad humanitaryzmu, z poszanowaniem godności człowieka” i art. 4 par. 1 k.k.w. nakazującego kary, środki karne, zabezpieczające, zapobiegawcze wykonywać w sposób humanitarny, z poszanowaniem godności skazanego oraz zakazującego stosowania tortur, oraz innego nieludzkiego lub poniżającego traktowania i karania sprawcy.

Art. 1 Konwencji przeciwko Torturom uznaje za tortury „wszelkie czyny, poprzez które dotkliwy ból lub cierpienie, fizyczne lub psychiczne, są świadomie zadawane osobie w takich celach, jak uzyskanie od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, ukaranie jej za czyn, który ona lub osoba trzecia popełniła lub o popełnienie którego jest podejrzana, albo zastraszanie lub zmuszanie jej lub osoby trzeciej, albo z jakiegokolwiek innej przyczyny opartej na jakiegokolwiek rodzaju dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie są zadawane przez albo za namową czy też za zgodą lub przyzwoleniem funkcjonariusza publicznego albo innej osoby działającej w oficjalnym charakterze. Nie obejmuje to bólu lub cierpienia wynikającego z zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie z nimi związanego lub przypadkowego”. Państwa – strony Konwencji zostały zobowiązane do podjęcia skutecznych środków legislacyjnych, administracyjnych, sądowych oraz innych w celu zapobieżenia stosowania tortur na całym terytorium znajdującym się pod ich jurysdykcją – art. 2 ust.1 Konwencji. Żadne wyjątkowe okoliczności (stan wojenny, zagrożenie wojenne, stan wewnętrznej niestabilności, inny publiczny stan wyjątkowy), ani żaden rozkaz zwierzchnika lub władzy publicznej nie może być powołany w celu usprawiedliwienia tortur – art. 2 ust. 2 Konwencji.

13 Wyrok TK o sygn. SK 25/07 z 26 V 2008.

14 Tak D. Górecki, *Polskie prawo konstytucyjne w zarysie*, Zakamycze 2007, s. 78.

15 Tak L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 105.

16 Tak J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, A. Rybczyńska, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Zakamycze 2004, s. 115.

17 Tak L. Garlicki, *Polskie...*, s. 105.

Ponadto państwa – strony Konwencji zostały zobowiązane także do zapobiegania na każdym terytorium podlegającym ich jurysdykcji innym aktom okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania. Konwencja uznaje za takowe akty, które nie stanowią tortur, gdy są popełniane przez urzędnika publicznego lub inną osobę działającą w charakterze oficjalnym, albo za ich namową, czy też za ich zgodą lub przyzwoleniem – art. 16 ust. 1 Konwencji. Bardziej precyzyjne określenie tych pojęć można znaleźć w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który orzeka w sprawie skarg na łamanie przez członków Rady Europy art. 3 Konwencji Europejskiej.

Zakaz z art. 3 Konwencji Europejskiej ma charakter bezwzględny. Konwencja nie przewiduje od niego wyjątków, jego naruszenie nie może być usprawiedliwione nawet w przypadku „wojny lub innego niebezpieczeństwa zagrażającego życiu narodu” – art. 15 ust. 2 Konwencji. „Trybunał wskazuje, że art. 3 chroni jedną z podstawowych wartości państwa demokratycznego i nie czyni od niej wyjątków”¹⁸. „Potrzeby śledztwa i niezaprzeczalne trudności związane z walką z przestępczością, w szczególności z działalnością terrorystyczną, nie mogą powodować ograniczeń w ochronie fizycznej integralności jednostek”¹⁹. „Przez wagę pozytywnych obowiązków nałożonych na państwo i absolutny charakter praw, których dotyczy, art. 3 obejmuje także niehumanitarnie i poniżające zachowania wynikające z działań jednostek prywatnych, jeżeli państwo poprzez swoje działanie lub zaniechanie nie wypełniło swoich obowiązków wynikających z Konwencji h²⁰. „Trybunał niezmiennie utrzymuje, że odpowiedzialność państw rozciąga się także na pogwałcenie praw i wolności zawartych w Konwencji, jeżeli wynika ono z nieprzestrzegania przez państwo jego obowiązku z art. 1, który polega na zabezpieczeniu tych praw i wolności w prawie krajowym dla wszystkich osób, znajdujących się pod jego władzą h²¹. „Skarżący słusznie wskazał, że art. 3 nie tylko zakazuje państwom – stronom powodować niehumanitarnie lub poniżające traktowanie lub działanie, które może zdarzyć się pod ich jurysdykcją, ale także zawiera zobowiązanie do nie stawiania osoby w sytuacji, w której mogłaby cierpieć takie traktowanie lub działanie z rąk innego państwa h²².

W zakresie rozumienia tortur Trybunał przyjmuje od czasów podpisania Konwencji przeciwko Torturom zawartą tam definicję tego zjawiska. Przyjmuje więc, że tortury to szczególna forma umyślnego, niehumanitarnego traktowania powodująca bardzo dolegliwe i poważne cierpienie. „Bez wątpienia jest to gorsza forma niehumanitarnego traktowania powodująca intensywne fizyczne lub/i psychiczne cierpienie. Chociaż stopień intensywności i długości tych cierpień konstytuuje podstawowe elementy tortur, należy brać pod uwagę wiele innych relewantnych elementów złego traktowania: użyte środki i metody, powtarzanie lub czas trwania takiego traktowania, wiek, płeć, kondycja zdrowotna osoby poddanej takiemu traktowaniu, prawdopodobieństwo, że takie zachowanie może spowodować uszczerbek w kondycji fizycznej i mentalnej osoby poddanej takiemu traktowaniu oraz konsekwencje takiego uszczerbku, ich waga i czas ich trwania”²³.

18 Orzeczenie Shamayev i dwanaście innych osób v. Gruzja i Rosja z 12 X 2005 r., par. 375. Podobnie w orzeczeniu Chahal v. Wielka Brytania z 15 XI 1996 r., par. 96.

19 Orzeczenie Tomasi v. Francja z 27 VIII 1992 r., par. 115. Podobnie w orzeczeniu Aksoy v. Turcja z 18 XII 1996, par. 62.

20 Orzeczenie H.L.R. v Francja z 29 IV 1997 r., par. 30.

21 Orzeczenie Costello-Roberts v. Wielka Brytania z 25 III 1993 r., par. 26.

22 Orzeczenie Soering v Wielka Brytania z 7 VII 1989 r., par 82.

23 Orzeczenie Irlandia v. Wielka Brytania z 18 I 1978 r., par. 162.

Traktowanie, które nie było torturami, może być uznane za nieludzkie lub poniżające. Nieludzkie traktowanie jest to „złe traktowanie”, które jest zamierzone, stosowanie nieprzerwanie przez długi czas i spowodowało u ofiary obrażenia ciała lub intensywne cierpienia fizyczne lub psychiczne²⁴. Traktowaniem poniżającym jest każde inne złe traktowanie, które osiągnęło minimalny stopień dolegliwości. „Byłoby absurdem utrzymywać, że kara sądowa generalnie, przez zwyczajny i zazwyczaj nieunikniony element upokorzenia, jest poniżająca w rozumieniu art. 3. Muszą być spełnione dodatkowe kryteria. W rzeczywistości art. 3 przez zakazanie nieludzkiego i poniżającego karania, rozróżnia między takim karaniem, a karaniem ogólnie. W opinii Trybunału karanie jest poniżające i narusza art. 3, gdy upokorzenie i związane z tym obniżenie wartości osiągnie pewien poziom i w każdym wypadku musi być inne niż zwyczajny element upokorzenia związany z postępowaniem karnym. Jego stwierdzenie zależy od okoliczności danego przypadku, w szczególności jego natury i kontekstu ukarania, sposobu i metod egzekucji kary”²⁵. „Złe traktowanie musi osiągnąć pewien poziom dolegliwości, aby podpadło pod zakres przedmiotowy art. 3, a stwierdzenie tego poziomu zależy od wszystkich okoliczności danego przypadku”²⁶.

Ze względu na temat pracy warto zauważyć, że Trybunał uznał, iż poniżające mogą być kary cielesne. „Istota sądowej kary cielesnej polega na tym, że jeden człowiek doświadcza fizycznej przemocy ze strony innego człowieka. Co więcej, jest to przemoc zinstrumentalizowana, dozwolona przez prawo, zarządzona przez władzę sądową i wykonana przez organy ścigania. Dlatego, chociaż skarżący nie cierpiał ani dolegliwie, ani skutki fizyczne nie były trwałe, jego kara, w której został potraktowany jak przedmiot w rękach władz, statuuje atak na dobra, które są chronione przez art. 3, mianowicie na ludzką godność i integralność fizyczną. Poza tym nie można wykluczyć, że kara wywarła skutki psychologiczne”²⁷. Jednak nie każda kara cielesna narusza art. 3 Konwencji, musi ona bowiem zawsze osiągnąć pewien stopień dolegliwości i wiązać się z poniżeniem, poczuciem obniżenia wartości ukaranego²⁸.

Niezbędny środek terapeutyczny nie może być w zasadzie uznany za nieludzki lub poniżający. To samo dotyczy przymusowego karmienia, mającego ratować życie więźnia świadomie odmawiającemu przyjmowania pokarmu, pod warunkiem, że środki te są rzeczywiście konieczne ze względów medycznych, oraz zapewniono odpowiednie gwarancje proceduralne²⁹. „Przymusowe karmienie może być w pewnych okolicznościach poniżającym traktowaniem zakazanym przez art. 3 Konwencji. Jeżeli jednak aresztowany prowadzi głodówkę, może dojść do konfliktu między prawem jednostki do integralności fizycznej a obowiązkiem państwa na podstawie art. 2 do ochrony życia, którego sama konwencja nie rozwiązuje”³⁰.

24 Zob. orzeczenia *Mayzit v. Rosja* z 9 III 2006 r., *Cenbauer v. Chorwacja* z 28 III 2006 r.

25 Orzeczenie *Tyrer* z 25 IV 1978 r., par. 30.

26 Orzeczenie *Shamayev*, par. 375.

27 Orzeczenie *Tyrer*, par. 33.

28 Szerzej orzeczenie *Costello-Roberts*, par. 30 – na jego podstawie należy przyjąć, iż Trybunał nie wyklucza tzw. kontratypu „karcenia małoletnich”.

29 Szerzej orzeczenie *Nevmerzhitsky v. Ukraina* z 5 IV 2005 r., par. 94.

30 *Ibidem*, par. 93.

3.

Środek zabezpieczający z nowelizowanego art. 95a k.k. będzie stosowany wobec sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej (art. 197-201 i 203 k.k.), którzy popełnili takie przestępstwo w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych (i zostali skazani na bezwzględną karę pozbawienia wolności).

Zaburzenie preferencji seksualnych, termin używany w ICD-10³¹, ma 2 aspekty. Po pierwsze jest zaburzeniem seksualnym o jakościowo „najcięższym” charakterze (wymiar seksuologiczny). Po drugie jest zaburzeniem osobowości (wymiar psychiatryczny).

Zaburzenia seksualne to termin nieprecyzyjny, najogólniej oznacza on jakąś patologię, nieprawidłowość seksualną. Ogólnie można powiedzieć, że zaburzenia seksualne to takie potrzeby, podstawy i zachowania seksualne, które utrudniają współżycie seksualne, stworzenie więzi seksualnej z partnerem, przystosowanie się do norm akceptowanych przez społeczeństwo i aprobowanych przez prawo³². Zaburzenie preferencji seksualnych ma postać zespołu zaburzeń seksualnych, czyli jest to stan zaburzeń seksualnych składający się z typowych, stałych i współtowarzyszących objawów, długotrwały i narastający³³.

W ICD-10 zaburzenia preferencji seksualnych zostały zaliczone do zaburzeń osobowości. ICD-10 rozumie pod pojęciem osobowości zespół trwałych wzorców myślenia, odczuwania i zachowania, charakteryzujący indywidualny styl życia i sposób adaptacji. Natomiast zaburzenia osobowości (psychopatie) są głęboko utrwalonymi i zakorzenionymi wzorcami zachowań, które mają charakter sztywnych i niedostosowujących się do sytuacji reakcji na różne okoliczności, zachodzących zarówno w życiu psychicznym jednostki, jak i w interakcjach społecznych. Reakcje takiej osoby różnią się od tego jak przeciętna jednostka w danej kulturze myśli, spostrzega, czuje, a w szczególności wchodzi w związki międzyludzkie³⁴. „Podobnie jak w formowaniu osobowości problem sprzeczności dialektycznej między zmiennością a niezmiennością natury człowieka odgrywa decydującą rolę i zwichnięcie równowagi przez zbytne utrwalenie pewnych cech prowadzi do skrzywienia struktury zwanego psychopatią. Dlatego też w życiu seksualnym oprócz silnych tendencji do utrwalenia się struktur czynnościowych, istnieje także ich duża zmienność, dzięki którym sfera bodźców i form doznań erotycznych nie pozostaje wciąż ta sama (...). Problem zboczeń seksualnych jest analogiczny jak w psychopatii. Polega na utrwaleniu pewnych form życia seksualnego, że aż naruszającego równowagę między zmiennością a niezmiennością”³⁵.

Wyróżnione przez WHO zaburzenia preferencji seksualnych można podzielić na trzy kategorie. Pierwsza z nich to zaburzenia preferencji seksualnych, które charakteryzują się tym, że podniecenie i satysfakcja seksualna jest związana z przedmiotami nieosobowymi (fetyszyzm³⁶, transwestytyzm

31 Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych Światowej Organizacji Zdrowia.

32 Definicja za Z. Lwem Starowiczem, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 1998, s. 7.

33 Szerzej *Ibidem*, s. 8-9.

34 Zob. szerzej J. Aleksandrowicz, *Zaburzenia nerwicowe, zaburzenia osobowości i zachowania dorosłych (według ICD-10)*, Kraków 1998, s. 122.

35 A. Kępiński, *Z psychopatologii życia seksualnego*, Kraków 2003, s. 55-56.

36 Podniecenie i satysfakcja seksualna jest uzależniona od obecności pewnego przedmiotu lub pewnego stanu rzeczy.

fetyszystyczny³⁷, nekrofilia³⁸). Druga kategoria to zaburzenia preferencji seksualnych, które wiążą satysfakcję seksualną z cierpieniem i upokorzeniem (sadyzm³⁹, masochizm⁴⁰). Trzecia kategoria to zaburzenia preferencji seksualnych, które prowadzą do zachowań seksualnych z udziałem niedobrowolnego partnera (ekshibicjonizm⁴¹, voyeryzm⁴², pedofilia⁴³, skatologia telefoniczna⁴⁴, frotteryzm⁴⁵)⁴⁶.

Zaburzenia preferencji seksualnych można podzielić na takie, które nie prowadzą do popełnienia czynu karalnego (np. transwestytyzm fetyszystyczny, w zasadzie fetyszyzm), na takie, które mogą prowadzić do popełnienia czynu karalnego (sdomasochizm, exhibicjonizm, nekrofilia) i na takie, których realizacja zawsze stanowi czyn karalny (pedofilia)⁴⁷.

Liczne kontrowersje budzi kwestia poczytalności osób z zaburzonymi preferencjami seksualnymi. „W przypadku przestępstw seksualnych do zakłóceń czynności psychicznych można zaliczyć różne formy dewiacji seksualnych czy związanych z nimi zaburzeń w rozwoju osobowości. O ile nie zdarza się, by te zaburzenia czyniły sprawców niepoczytalnymi, to mogą one wpływać na ograniczenie poczytalności. Poczytalność takich osób jest ograniczona albo w stopniu znacznym (...), albo o wiele częściej w stopniu nieznacznym. Może się zdarzyć, że zaburzenia te zdaniem biegłych nie wpływają ograniczająco na kryteria poczytalności w żadnym stopniu. (...) Mitem są poglądy, że wśród sprawców przestępstw seksualnych większość, a nawet znaczną część stanowią osoby chore psychiczne lub upośledzone umysłowo. (...) Nie zmienia to faktu, że wśród sprawców przeważają osoby o przeciętnym lub niskim poziomie intelektualnym. Dane dot. sprawców ujawniających deficyty intelektualne są niejednoznaczne i w przedziale od 4,5% do 30% mieszczą się sprawcy z pogranicza upośledzenia umysłowego (ociężałość umysłowa) i lekkim upośledzeniem umysłowym. W tych przypadkach funkcje życiowe sterowane są głównie instynktami wegetatywnymi a nie procesami intelektualnymi. Dlatego zjawiska, które u przeciętnego człowieka wywołują niespecyficzne doznania, u upośledzonego umysłowo mogą spowodować pobudzenie seksualne i doprowadzić do sytuacji krytycznej”⁴⁸.

Art. 95a k.k. przewiduje możliwość stosowanie wobec osób z zaburzonymi preferencjami seksualnymi, którzy popełnili przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i zostali skazani na bezwzględna karę pozbawienia wolności farmakoterapię i psychoterapię w celu obniżenia popędu seksualnego. Takie ujęcie problemu jest nieporozumieniem, ponieważ żadna stosowana w seksuologii i psychiatrii terapia nie ma na celu obniżenia popędu seksualnego, a tylko eliminację zaburzonych preferencji seksualnych oraz zastąpienie je prawidłowymi preferencjami, ewentualnie wzmocnienie mechanizmów

37 Podniecenie i satysfakcja seksualna uzależnione są od nałożenia ubrań używanych przez przeciwną płć.

38 Satysfakcja seksualna jest uzależniona od obecności ciała martwego człowieka.

39 Źródłem satysfakcji seksualnej jest zadawanie cierpienia innej osobie, dominacja nad nią.

40 Źródłem satysfakcji seksualnej jest poddanie się dominacji partnera seksualnego.

41 Polega na okazywaniu narządów płciowych nieznanym osobom.

42 Polega na podglądaniu innych osób w trakcie współżycia seksualnego.

43 Polega na osiągnięciu satysfakcji seksualnej poprzez kontakt z dzieckiem przed okresem pokwitania, kiedy różnica wieku między dzieckiem a osobą o zaburzonych preferencjach seksualnych wynosi co najmniej 10 lat.

44 Polega na molestowaniu seksualnym nieznaney osoby za pośrednictwem telefonu lub innych metod komunikowania się na odległość.

45 Inaczej ocieractwo, satysfakcję seksualną osiąga się poprzez kontakt z ciałem nieznaney osoby.

46 Za M. Seligman, E. Walker, D. Rosenham, *Psychopatologia*, Poznań 2003, s. 585

47 Wyliczenia za M. Cieślak, K. Spelt, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991, s. 226-228

48 J. Heitzman, *Opinia sądowo-psychiatryczna sprawców przestępstw seksualnych, ze szczególnym uwzględnieniem pedofilii*, s. 1-2.

kontroli nad zachowaniami seksualnymi. Ponadto obniżenie popędu seksualnego można spowodować jedynie farmakoterapią, psychoterapia jest zupełnie bezskuteczna w regulacji poziomu popędu seksualnego. Farmakoterapia powodująca obniżenie popędu seksualnego zastąpiła stosowaną wcześniej kastrację chirurgiczną, którą odrzucono z przyczyn etycznych, mimo że w sposób znaczący obniżała wskaźnik recydywy wśród sprawców przestępstw seksualnych (badania wykazywały, że wskaźnik recydywy spadł poniżej 5%). Farmakoterapia ma prowadzić do podobnych rezultatów przy zastosowaniu humanitarnych metod. Polega ona na zastosowaniu środków antyandrogennych – octanu cyproteronu (androcuru) oraz medroksyprogesteronu (depo provera). Rzadziej stosuje się triptorelin. Powyższe środki prowadzą do zablokowania produkcji męskich hormonów płciowych i tym samym do zaniku produkcji męskich komórek płciowych. Zewnętrznie działanie tych leków przejawia się w bezpłodności stosujących ich mężczyzn i ich impotencji. Co do zasady zmiany te są odwracalne, nie ma jednak pewności, co do możliwości przywrócenia płodności po długotrwałym stosowaniu antyandrogenów. Ponadto środki te powodują wiele innych skutków ubocznych.⁴⁹

Art. 95a k.k. nie określa okresu, w jakim ten środek ma być stosowany wobec sprawcy. Art. 95a k.k. w zw. z art. 94 k.k. stanowi tylko, że sąd orzeka zwolnienie sprawcy, jeżeli jego dalsze pozostawienie w zakładzie nie jest konieczne. Również art. 204 k.k.w. stanowi, że sąd niezwłocznie orzeka w sprawie dalszego stosowania środka z art. 95a k.k., kiedy „nie jest on konieczny”. Pojawiają się wątpliwości, kiedy jego stosowanie przestaje być „konieczne”. Art. 95a k.k. stanowi, że celem umieszczenia w zakładzie zamkniętym lub leczenia ambulatoryjnego jest farmakoterapia i psychoterapia zmierzająca do obniżenia popędu seksualnego. Z tych przepisów należałoby wnioskować, że celem środka z art. 95a k.k. jest obniżenie popędu. Środek z art. 95a k.k. przestaje być konieczny, kiedy nie będzie już potrzeby stosowania farmakoterapii obniżającej popęd płciowy. Rozumowanie takie oznacza, że środek z art. 95a k.k. powinien być stosowany do osiągnięcia wieku starczego, ponieważ dopiero wtedy popęd seksualny obniża się w sposób naturalny. Rozsądnym rozwiązaniem może być nawiązanie do art. 93 k.k. i uznanie, że stosowanie środka z art. 95a k.k. „nie jest konieczne”, kiedy przestaje on być niezbędny do zapobiegnięcia ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego związanego z zaburzeniem jego preferencji seksualnych. Są to nadal terminy bardzo niejasne. Rodzi się pytanie, jak stwierdzić, że sprawca nie popełni znowu czynu zabronionego związanego z zaburzeniem jego preferencji seksualnych. Przy założeniu, że powodem popełnienia przestępstwa było zaburzenie preferencji seksualnych, to środek ten staje się zbędny, kiedy sprawca będzie miał prawidłowe preferencje seksualne. Leczenie zaburzeń preferencji seksualnych jest trudne, lekarz nigdy nie może

49 Takich jak np.: produkcja uszkodzonych plemników, która może doprowadzić do powstania źle uformowanych embrionów, objawy zmęczenia, apatii, zmiany w owłosieniu, przyrost wagi, anemia, zaburzenia w oddychu i funkcjonowaniu wątroby, ginekomastia, mlekotok, zakłócenie metabolizmu węglowodanów (dot. octanu cyproteronu); bóle kostne, bóle w miejscu podania leku, kłopoty w oddawaniu moczu, krwiomocze, świąd skóry, nudności, wymioty, biegunka, zawroty głowy, duszności, zaburzenia widzenia, depresja, bezsenność, wzmożenie pocenia się i wypadanie włosów i wzrost ciśnienia tętniczego (dot. triptorelinu); bóle brzucha, zespół Cushinga, depresja, cukrzyca, mlekotok, kamica mlekowa, uszkodzenie wątroby, uderzenia gorąca, nadciśnienie i powikłania zakrzepowozatorowe (dot. medroksyprogesteronu). Na podstawie: J.E.F. Reynolds (red.), *Martindale. The Extra Pharmacopeia. XXXI edition*, Londyn 1996, s. 1476-1477, 1487, 1495-1496, J. Podlewski, A. Chwalibogowska-Podlowska, *Leki współczesnej terapii*, Warszawa 2001, s. 376 i 625, R. i R. Hall, *Profil pedofilii: definicja, charakterystyka sprawców, recydywa, wyniki leczenia i aspekty sądowe w Psychiatria po dyplomie*, 5/3/2008, s. 49 oraz P. Dutkowski, K. Kowalski, *Leki, encyklopedia dla pacjentów*, Gdańsk 2000, s. 22 i 417-418.

być pewien, czy osiągnął już sukces, niektórzy autorzy w ogóle poddają w wątpliwość możliwość wyleczenia tego typu przypadłości, stąd ponownie rodzi się wniosek, że środek z art. 95a k.k. będzie stosowany dopóki sprawca nie osiągnie wieku starczego lub znajdzie się w stanie, który uniemożliwi mu popełnianie przestępstw.

Pewne wątpliwości budzi możliwość stosowania przymusu bezpośredniego wobec osób uchylających się od farmakoterapii, na których nałożono obowiązki wynikające z art. 95a k.k. Początkowo projektodawcy przewidywali wyraźne zezwolenie na stosowanie przymusu bezpośredniego w art. 95a k.k. Z pomysłu tego jednak się wycofano, co część mediów uznała za „ucywilizowanie” zamierzonych zmian. Była to euforia przedwczesna, bowiem zdaniem Ministerstwa Sprawiedliwości zastosowanie przymusu bezpośredniego będzie możliwe na podstawie ogólnej klauzuli z art. 204a k.k.w., jeżeli sprawca przebywa w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym. Rozumowanie Ministerstwa jest prawidłowe, jeżeli uznamy podanie leków obniżających popęd seksualny za „czynność leczniczą”, a obniżenie popędu za cel umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym. Spełnione są wówczas warunki z art. 33 ust 1 u.o.z.⁵⁰, co z kolei umożliwia zastosowanie przymusu bezpośredniego na podstawie art. 34 ust. 1 u.o.z.⁵¹. Można mieć wątpliwości co do uznania podania leków obniżających popęd seksualny za „czynność leczniczą”, nie mniej jednak, zdaniem projektodawców, ma ono taki charakter i dla celów tej pracy trzeba przyjąć, że stosowanie przymusu bezpośredniego wobec sprawcy uchylającego się od farmakoterapii jest możliwe. Takie założenie jest zgodne z intencjami autorów zmian i zostanie uwzględnione przy ocenie instytucji z nowelizowanego art. 95a k.k. z punktu widzenia jej zgodności z zakazem tortur oraz innego niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania.

5.

Aby ocenić zgodność instytucji z art. 95a k.k. z zakazem tortur oraz innego niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, trzeba odpowiedzieć na pytanie, czy przewidziane przez art. 95a k.k. środki mają charakter leczniczy? Środek zabezpieczający z art. 95a k.k. nakazuje stosować wobec sprawcy farmakoterapię i psychoterapię w celu obniżenia popędu seksualnego. Osoba z zaburzonymi preferencjami seksualnymi ma przeciętny poziom popędu seksualnego, który jest tylko źle ukierunkowany, ponieważ jest uznany za nieprawidłowy z punktu widzenia norm społecznych. Tak więc art. 95a k.k. nakazuje obniżyć popęd seksualny, którego poziom jest prawidłowy. Takie traktowanie skazanego nie można nazwać leczeniem. Leczenie polega na usunięciu nieprawidłowości w funkcjonowaniu organizmu lub psychiki pacjenta, zawsze ma na celu jego dobro. Tymczasem przepis art. 95a k.k. nakazuje spowodować anormalne zmiany w funkcjonowaniu organizmu człowieka, odstające od normy, które będą się przejawiać w utracie zdolności posiadania potomstwa i impotencji sprawcy. Zmiany te teoretycznie są odwracalne, ale trzeba pamiętać, że art. 95a k.k. nie przewiduje okresu, w jakim środek ten ma być stosowany, a więc nie można wykluczyć sytuacji, w której będzie on stosowany dożywotnio,

50 Art. 33 ust. 1: Wobec osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody można stosować niezbędne czynności lecznicze, mające na celu usunięcie przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia bez zgody.

51 Art. 34: Wobec osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody przymus bezpośredni można stosować, poza okolicznościami określonymi w art. 18, także wtedy, gdy jest to konieczne do dokonania niezbędnych czynności leczniczych, o których mowa w art. 33. Przymus bezpośredni można także stosować w celu zapobieżenia samowolnemu opuszczeniu przez tę osobę szpitala psychiatrycznego. Wypisanie ze szpitala psychiatrycznego osoby przebywającej tam bez jej zgody.

a więc w rzeczywistości zmiany te mogą okazać się trwałe. Mamy więc do czynienia z okaleczeniem, tyle że dokonany w „białych rękawiczkach” – bez zastosowania metod chirurgicznych, za pomocą tabletek.

Podobnie należałoby ocenić rozwiązanie, które polegałoby na ukierunkowaniu środka z art. 95a k.k. na zmianę preferencji seksualnych sprawcy na prawidłowe lub wzmocnienie mechanizmów kontroli zachowań popędowych, przy czym środki farmakologicznie obniżające popęd byłyby stosowane pomocniczo w czasie leczenia, jako środek zapobiegający w tym okresie powrotowi sprawcy do dewiacyjnych zachowań. Wynika to z okoliczności, iż nieprawidłowa jest osobowość sprawcy i tylko ona może być leczona, obniżenie popędu płciowego zaś zawsze będzie spowodowaniem anomalii w funkcjonowaniu organizmu sprawcy. Anomalia ta nie jest jednak konieczna ani do zmiany preferencji seksualnych, ani wzmocnienia mechanizmów kontroli nad zachowaniami popędowymi. Farmakoterapia obniżająca popęd seksualny nie może być traktowana jako środek leczniczy, jej jedynym celem jest wspomoczenie woli pacjenta, który odrzucił zachowania dewiacyjne. Ze względu na konsekwencje w funkcjonowaniu organizmu i ewentualne skutki uboczne farmakoterapia mająca na celu obniżenie popędu seksualnego powinna być stosowana jedynie za zgodą osoby, która się jej poddała. Ponadto farmakoterapia zmierzająca do obniżenia popędu seksualnego traktowana jako środek zapobiegający powrotowi do zachowań dewiacyjnych w trakcie terapii jest niekonieczna w razie umieszczenia osoby jej poddanej w zakładzie zamkniętym, gdzie osoba taka jest pozbawiona wolności i poddana nadzorowi personelu medycznego. W takich warunkach nie ma ona możliwości ponownego podjęcia zachowań seksualnych związanych z zaburzeniem jej preferencji seksualnych. W powyższych okolicznościach stosowanie farmakoterapii pozbawione jest jakiegokolwiek sensu.

Stosowanie farmakoterapii w celu obniżenia popędu seksualnego jest okaleczeniem człowieka, tyle że odwracalnym. Nie zmienia to jednak zasadniczej natury tego środka. Godzi ono w integralność fizyczną osoby i wiąże się z znacznymi dolegliwościami, takimi jak impotencja, bezpłodność, objawy zmęczenia, zaburzenia oddechu, ginekomastia, rzadziej mlekotok i osteoporoza. Nie bagatelne są też cierpienia psychiczne sprawcy, postrzeganego przez samego siebie i resztę społeczeństwa jako „kastat”. W naszej kulturze impotencja u mężczyzny zawsze jest uznawana za powód do wstydu i okoliczność godząca w jego godność. Powyższe dolegliwości osiągają poziom wymagany przez Trybunał w Strasburgu, żeby uznać je za złe traktowanie, zakazane przez art. 3 Konwencji Europejskiej. Ze względu na ich zamierzony charakter, nieprzerwany, długi okres stosowania i intensywność dolegliwości, jakie spotyka sprawcę można je uznać za traktowanie nieludzkie⁵².

Ponadto art. 95a k.k. statuuje w rzeczywistości nowy środek karny, który polega na ukaraniu sprawcy przestępstwa o charakterze seksualnym na ciele, jest więc typową karą cielesną. Pogląd ten wynika z oświadczeń członków rządu i parlamentu, którzy nie ukrywają, że ich celem jest spowodowanie impotencji sprawcy przestępstw seksualnych, dokonanie ich „chemicznej kastracji”. Jako że wprowadzenie takiego środka karnego byłoby w sposób oczywisty pogwałceniem art. 40 Konstytucji zakazującego kar cielesnych, postanowiono wprowadzić go do k.k. w formie środka zabezpieczającego. Manewr ten wymagał ograniczenia zakresu podmiotowego tylko do sprawców cierpiących na zaburzenia preferencji

52 Zob. orzeczenia ETPC: w sprawie Mayzit i w sprawie Cenbauer.

seksualnych. Został on również załagodzony przez humanitarne zapisy art. 93 k.k. Nie mniej jednak nie stracił on moim zdaniem zasadniczego charakteru kary cielesnej, ponieważ jak w przypadku każdej kary, jego głównym celem w zamierzeniu projektodawców i w oczach opinii publicznej jest odpłata sprawcy za popełnione zło i to odpłata dokonana wedle średniowiecznych wzorów (kara odzwierciedlająca)⁵³. Ponadto art. 95a k.k. zakłada możliwość zastosowania przymusu bezpośredniego, a więc użycia przemocy fizycznej przez jednego człowieka wobec drugiego, jeżeli ten drugi nie chce się podporządkować rygorom przewidzianym w tej regulacji, co jest jedną z konstytutywnych cech kary cielesnej⁵⁴. Za uznaniem regulacji z art. 95 a k.k. za karę przemawia także fakt, że jest ona stosowana wobec osoby poczytalnej, która może pokierować swoim postępowaniem, a więc nie wymaga kontroli i nadzoru ze strony społeczeństwa. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie stwierdzał, że pojęcia konstytucyjne mają swoje własne znaczenie i nie mogą być interpretowane w ustawach. Z powyższych powodów, mimo pewnych rozwiązań, które mają upodobnić regulację z art. 95a k.k. do środka zabezpieczającego, jego prawdziwa natura przemawia za uznaniem go za, co prawda subtelną, karę cielesną zakazaną przez art. 40 Konstytucji.

Rada Ministrów, odpierając zarzuty sądów i prokuratur, że art. 95a k.k. może godzić w art. 40 Konstytucji i art. 3 Konwencji Europejskiej, powołała się na orzeczenie Trybunału w Strasburgu w sprawie *Nevmerzhitsky przeciwko Ukrainie*, w którym stwierdzono, że „środek wymagany na potrzebę określonej terapii, nie może być w zasadzie uznany za niehumanitarny lub poniżający”⁵⁵, o ile jest rzeczywiście niezbędny ze względów medycznych i zagwarantowane są odpowiednie gwarancje proceduralne.

Stan faktyczny sprawy był następujący. W IV 1997 r. aresztowano menadżera banku, podejrzanego o przeprowadzenie nielegalnych transakcji walutowych. Tymczasowe aresztowanie przedłużono pięciokrotnie, aby umożliwić dodatkowe śledztwo. Wniosek o zwolnienie za kaucją oddalono. Ponieważ bankowiec wielokrotnie podejmował głodówkę poddawano go przymusowemu dokarmianiu, z powodu którego, jak twierdził, poważnie cierpiał fizycznie i psychicznie. Jego protest dotyczył głównie sposobu dokarmiania: często przykuwano go do krzesła, bądź kaloryfera i zmuszano do połknięcia gumowego węża połączonego z pojemnikiem z substancją odżywczą. Twierdził, że nie leczono go w sposób odpowiedni a warunki w więzieniu naruszyły art. 3 konwencji. Maksymalny, dozwolony prawem okres aresztu upłynął w 1998 r., a przebywał on w więzieniu do 2000 r. Skazano go na 5,5 roku pozbawienia wolności, ale sąd darował mu resztę kary na podstawie amnestii, i dlatego że spędził w areszcie tymczasowym blisko trzy lata.

Trybunał w Strasburgu stwierdził, że z raportów lekarskich wynika, iż w okresie tymczasowego aresztowania skarżący zapadł na różne choroby skóry, jego zdrowie uległo poważnemu pogorszeniu, a otoczenie, w którym był przetrzymywany było niehigieniczne. Wszystko to miało bardzo negatywny wpływ na zdrowie i samopoczucie skarżącego, można więc uznać, że było to traktowanie poniżające. I z tego powodu doszło do naruszenia art. 3 konwencji.

53 O naturze kary odzwierciedlającej zob. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2005, s. 164.

54 Zob. orzeczenie ETPC w sprawie *Tyrer*.

55 Orzeczenie ETPC w sprawie *Nevmerzhitsky*, par. 94.

W kwestii przymusowego karmienia Trybunał stwierdził, że Komisja w swoim orzecznictwie stwierdziła, że przymusowe dokarmianie może być traktowaniem poniżającym zakazanym przez art. 3 konwencji. Jednak w razie kontynuowania głodówki może dojść do konfliktu między prawem jednostki do integralności fizycznej a obowiązkiem państwa z art. 2 konwencji, nakazującym ochronę życia. Komisja stwierdziła, że w prawie niemieckim konflikt ten rozwiązano w ten sposób, że przymusowe karmienie zostało dozwolone, jeżeli aresztowanemu grozi trwale kalectwo. W razie rzeczywistego zagrożenia życia jest ono obowiązkowe. Decyzję pozostawia się lekarzowi, który podejmuje ją za zgodą sądu.

Trybunał stwierdził, że „przymusowego środka wymaganego ze względu na potrzebę określonej terapii w zasadzie nie można uznać za nieludzki lub poniżający. To samo dotyczy przymusowego karmienia mającego ratować życie aresztowanego świadomie odmawiającego przyjmowania pokarmu. Organa konwencji muszą mieć jednak przekonanie, że jest to rzeczywiście konieczne ze względów medycznych. W związku z taką decyzją powinny również istnieć odpowiednie gwarancje proceduralne. Dolegliwość przymusowego karmienia nie może przekraczać poziomu minimum, od którego zaczyna wchodzić w grę art. 3 konwencji”⁵⁶. Zdaniem Trybunału władze Ukrainy nie wykazały, że przymusowe karmienie było środkiem niezbędnym. Można było założyć, że podjęto je arbitralnie, bez przestrzegania gwarancji proceduralnych. Nie można więc uznać, że władze działały w najlepszym interesie więźnia.⁵⁷

Powyższe uwagi Trybunału w Strasburgu są prawidłowe, ale w niczym nie wpływają na ocenę charakteru regulacji z art. 95a k.k., ponieważ między instytucją z art. 95a k.k. a opisanym powyżej przypadkiem i wnioskami Trybunału w Strasburgu istnieje wiele różnic o zasadniczym charakterze:

- po pierwsze, Trybunał zgodził się na stosowanie w pewnych wypadkach środka terapeutycznego lub dokarmiania wbrew woli osoby, a jak już wyżej wyjaśniono, trudno uznać farmakologiczne obniżenie popędu seksualnego za środek leczniczy, ponieważ nie wpływa on na usunięcie zaburzeń osobowości (które jest zjawiskiem patologicznym), a tylko obniża prawidłowy popęd seksualny;
- po drugie, farmakologiczne obniżenie popędu seksualnego nie jest środkiem koniecznym w terapii zaburzeń preferencji seksualnych, a tylko wspomaga osobę w unikaniu dewiacyjnych zachowań;
- po trzecie, stosowanie środka terapeutycznego ma być konieczne ze względów medycznych, a nie jak w art. 95a k.k. ze względów społecznych (ochrony społeczeństwa przed przemocą seksualną);
- po czwarte, farmakologiczne obniżenie popędu seksualnego ma na celu ochronę społeczeństwa przed jednostką, a nie jej dobro, a przecież Trybunał w Strasburgu wyraźnie podkreślił, że władze muszą działać w najlepszym interesie osoby poddanej takiemu przymusowemu środkowi;

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Omówienie wyroku zob. szerzej M.A. Nowicki, *Europejski trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń z 2005 r.*, Zakamycze 2006, s. 66-71.

- po piąte, Trybunał wyraźnie zwrócił uwagę na konflikt pomiędzy obowiązkiem państwa z art. 2 konwencji (ochrona życia) a zakazem z art. 3, należy więc wnioskować, iż powyższe uwagi Trybunału, aprobującego przymusowe środki terapeutyczne wchodzi w grę tylko w przypadku rzeczywistego zagrożenia życia osoby poddanej tym środkom, ewentualnie w razie groźby poważnego kalectwa (jak w prawie niemieckim), wydaje się, że wolność seksualna osób trzecich, która jest dobrem chronionym przez art. 95a k.k., nie jest dobrem tej wagi, który uzasadniałby naruszenie zakazu z art. 3 konwencji.

6.

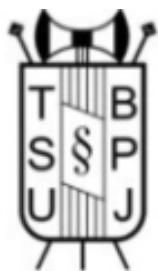
Proponowana przez Radę Ministrów nowa wersja art. 95a k.k. narusza zakaz niehumanitarnego traktowania lub karania. Zakaz z art. 40 Konstytucji i art. 3 Konwencji Europejskiej ma charakter absolutny, nie doznaje żadnych wyjątków, dlatego że każde naruszenie zakazu tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania godzi w integralność fizyczną i psychiczną człowieka i tym samym narusza godność osoby ludzkiej⁵⁸. Z tego powodu należy uznać, że nowe brzmienie art. 95a k.k. narusza także art. 30 Konstytucji.

BIBLIOGRAFIA:

- Aleksandrowicz Jerzy, *Zaburzenia nerwicowe, zaburzenia osobowości i zachowania dorosłych (wg ICD-10)*, Kraków 1998,
- Cieślak Marian, Spelt Karol, Szymusik Adam, Wolter Władysław, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991,
- Dutkowski Przemysław, Kowalski Krzysztof, *Leki, encyklopedia dla pacjenta*, Gdańsk 2000,
- Garlicki Leszek (red.), *„Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz”*, Warszawa 2003,
- Garlicki Leszek, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2007,
- Górecki Dariusz, *Polskie prawo konstytucyjne w zarysie*, Zakamycze 2007,

58 Zob. wyrok TK o sygn. SK 20/98, art. Konwencji Europejskiej chroni godność człowieka i jego integralność – zob. orzeczenie ETPC w sprawie Tyrer.

- Giezek Jacek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2006,
- Góral Roman, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007,
- Hall Ryan i Richard, *Profil pedofilii: definicja, charakterystyka sprawców, recydywa, wyniki leczenia i aspekty sądowe w Psychiatria po dyplomie*, 5/3/2008,
- Heitzman Janusz, *Opiniowanie sądowo-psychiatryczne sprawców przestępstw seksualnych ze szczególnym uwzględnieniem pedofilii*,
- Hołda Joanna, Hołda Zbigniew, Ostrowska Dorota, Rybczyńska Agnieszka, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Zakamycze 2004,
- Kępiński Antonii, *Z psychopatologii życia seksualnego*, Kraków 2003,
- Lew Starowicz Zbigniew, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 1988,
- Marek Andrzej, *Kodeks karny. Komentarz*, Łódź 2006,
- Nowicki Marek Antonii, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. wybór orzeczeń z 2005 r.*, Zakamycze 2006,
- Podlewski Jan, Chwalibogowska-Podlowska Alicja, *Leki współczesnej terapii*, Warszawa 2001,
- Reynolds James E.F., Martindale. *The Extra Pharmacopoeia*, Londyn 1996,
- Seligman Martin, Walker Elanie, Rosenhan David, *Psychopatologia*, Poznań 2003,
- Sójka-Zielińska Katarzyna, *Historia prawa*, Warszawa 2005,
- Zoll Andrzej (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Orzeczenia sądowe:
 - Wyroki Trybunału Konstytucyjnego:
 - wyrok TK o sygn. SK 20/98 z 1 VI 1999
 - wyrok TK o sygn. SK 25/07 z 26 V 2008
 - Orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka:
 - w sprawie Aksoy v. Turcja z 18 XII 1996
 - w sprawie Cenbauer v. Chorwacja z 28 III 2006
 - w sprawie Chahal v. Wielka Brytania z 15 XI 1996
 - w sprawie Costello-Roberts v. Wielka Brytania z 25 III 1993
 - w sprawie H.L.R. v. Francja z 29 IV 1997
 - w sprawie Irlandia v. Wielka Brytania z 18 I 1978
 - w sprawie Shamayev v. Gruzja i Rosja z 12 XII 2005
 - w sprawie Soering v. Wielka Brytania z 7 VII 1989
 - w sprawie Mayzit v. Rosja z 9 III 2006
 - w sprawie Nevmerzhistky v. Ukraina z 25 IV 2005
 - w sprawie Tomasi v. Francja z 27 VIII 1992
 - w sprawie Tyrer v. Wielka Brytania z 25 IV 1978



Elżbieta Dąbek

The weight of “good faith” on the result of contacts in Common Law, Continental Codes and international system of jurisprudence

There is no single definition of “good faith”. It means different things in different contexts and refers to “honesty”, “fair dealing” and “reasonableness”, which moderate unethical conduct. There is also a distinction between subjective and objective “bona fides”¹. Subjective “good faith” is related to knowledge of facts or events, or absence of it². “Honesty” refers to a subjective state of mind, while “fair dealing” to an objective state of affairs³.

Easier to define is “bad faith”. In most cases, “bad faith” can occur when one party, without reasonable justification, acts in a manner where the result would be to substantially invalidate the benefit or objective contracted by the other or to cause significant harm to the other, contrary to original purpose of the parties.⁴

The origin of “good faith” in law of contracts gives Roman law, where a court was enabled to take into account the circumstances of fairness. “Bona fides” in Roman law was based on an ethical concept that was applied in the form of rules, like “pacta sunt servanta”⁵ and “rebus sic stantibus”⁶. After the fall of Roman Empire, the concept of “good faith” appeared in the eleventh century in mercantile practice in “lex mercatoria”⁷ and in eighteenth century was adopted by the Continental Codes. In op-

1 Latin – “Good faith”.

2 The concept of subjective “bona fides” in Polish law is mostly related to property law and possession. Art 172 -176 of Polish Civil Code are giving protection of “bona fides” possessor, and moreover to the purchaser of goods from a seller without title while denying it to the acquirer in “bad faith.”

3 MacQueen, H., *Good faith in Scots Law of contract: an undisclosed principle?*, in AD.M Forte(ed), *Good faith in Contract and Property Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p.5.

4 Tetley, W., *Good faith in contract, particularly in the contract of arbitration and chartering* (2004) 35 JMLC 561.

5 “Pacta sunt servanta” (Latin - “pacts must be respected”). This rule refers to private contracts, stressing that contained pacts and clauses are law between the parties, and implies that non-fulfilment of respective obligations is a breach of the contract. However in some cases, like for example in Article 475 of Polish Civil Code (impossibility of performance) and Article 491 of Polish Civil Code (the general statutory provisions concerning delay), this rule is also limited.

6 “Clausula rebus sic stantibus” (Latin – “things thus standing”) is the limitation of the rule “pacta sunt servanta”. “Rebus sic stantibus” is a doctrine which stands for the proposition that a treaty may become inapplicable owing to a fundamental change of circumstances. It only relates to changed circumstances that were never contemplated by the parties.

7 Latin – “Law merchant”. This law had international character and was administered by merchants in special courts with speedy and informal procedures and gave merchants the capacity to control their own affairs. - Keily, Troy, *Good faith & Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (1999) 1 Vindobona Journal 15.

posite in Common Law system, despite the influence of Lord Mansfield,⁸ the common law position at that time witnessed the rise of legal positivism⁹, the pursuit of legal certainty and the concept of absolute freedom of contract¹⁰.

“Good faith” principle is one of the mains in civilian law system and the law protects it in many different ways. Thus the result of many legal acts depends on this principle. Article 72 (2) of Polish Civil Code (CC) states that the party, who entered or continued into negotiation under breach of good customs, in particular with no will to conclude the agreement, is obligated to repair the damage suffered by the other party¹¹. Thus Polish law protects the party from the dishonest behaviour. The Polish Civil Code also states that if one party discloses during the negotiations information under reserve of confidentiality, the other party is obliged not to reveal the information to third parties and not to use it to own purposes. The sanction in this case is the reparation of damages¹². Therefore under Polish law the parties must conduct the negotiations fairly and in “good faith”. In opposite, the common law does not create the obligation to act fair during the negotiations. The parties look after its own interest and are no obligated to the other party of not telling lies (misrepresentation), practising deception (fraud) or using force and fear to coerce the party to enter into the contract¹³. That kind of circumstances in the continental legal system have no right to exist during the negotiation and are the cause to invalid agreement and also obligates the party to repair the damages suffered by the other party¹⁴. The common law only in very thin way protects in negotiations the weak party by the institution of delictual liability¹⁵, of which example can be the negligent misrepresentation¹⁶.

In the *Walker v Milne*¹⁷, Scots case the key point was the question when it is contrary to “good faith” to break off a pre-contractual relationship. Thus the negotiations were essentially complete. The court’s award of damages was based upon what in Continental system is known as the “negative interest”¹⁸ and it seen like the concept of “culpa in contrahendo”¹⁹. However the Scots doctrine of law always claims that the decision in this case is an exception and does not give rise to a general rule of law; by insinuation that the universal rule is no pre-contractual liability. The comment according to “good faith” in Scots law of contract negotiations appeared very late, in 1995, which was connected

8 British XVIII century jurist. He adopted the guiding principle of “good faith”, which demanded an adherence to moral obligation.

9 The school of taught in the philosophy of law which states that there is no necessary connection between the validity conditions of law and ethic or morality.

10 Tetley, W., *Good faith*, *op. cit.* footnote no. 4.

11 Polish Civil Code (Dz. U. 16.05.1964 with later changes).

12 Article 72¹ (1) and (2) of Polish Civil Code.

13 MacQueen, H., *Good faith...*, *op. cit.*, footnote no. 3.

14 Article 56 – 65 of Polish Civil Code.

15 Delictual liability. The concept of civil law, which most commonly means the „civil wilful wrong”. In common law system is recognized as tort. There can be also distinguished the „quasi-delict”, which is an unintentional wrong (*negligence* in common law system).

16 MacQueen, H., *Good faith...*, *op. cit.*, footnote no. 3.

17 (1823) 2 S 379.

18 “Negative interest” (reliance damages) – i.e. the amount of useless costs, but not comprising the “positive interest”, i.e. missed profits to be expected.

19 Latin – „culpable conduct during contract negotiations”. The doctrine developed to improve the duty of care upon persons who were no yet bound by the contract.

with the harmonisation of European Contract Law.²⁰ Before, however, the principle of “bona fides” and “fair dealing” was treated as a general rule of law; however its existence was not clearly defined until now²¹.

Article 2:301 of Principles of European Contract Law (PECL²²) states that the party, which has negotiated or broken off negotiation in “mala fides” is responsible for the losses caused to the other party. Bad faith in this case means for examples the lack of real intention to reach an agreement with the other party²³. Thus this article creates the obligation to negotiate in good faith and states the sanction to the party with commit “culpa in contrahendo.” However the Article does not specify the kind of responsibility of the party. Thus the official commentary states that the legislator has on mind the responsibility not only for “damnum emergens,”²⁴ like the Polish one²⁵, but also the party is liable for “lucrum cessans”²⁶. According to PECEL, the parties during the negotiations are also obligated to disclosure information to the second party under the sanction of avoiding any resultant contract²⁷.

The Article 2.1.15 of the UNIDROIT Principles states that there is the freedom of negotiations and the party is not liable for failure to reach an agreement²⁸. Nevertheless a party which negotiates in “bad faith” is responsible for loses causes to the other party²⁹. The Principles does not specify the meaning of “loses”. Is that means the “damage suffered by the other party who expected the agreement to be concluded”³⁰? Does “loses” include the lost expectation? Article 7.4.2 of the UNIDROIT Principles states that the harm in the event of non-performance includes loses suffered by the party and *the gain* of which it was deprived³¹. Thus the expectations in Article 2.1.1 would count only as gains and not as losses, because, if so, then it would be specified as it is in Article 7.4.2.

20 MacQueen, H., *Good faith...*, *op. cit.*, footnote no.3.

21 MacQueen, H., Zimmermann, R., *European Contract Law. Scots and South African Perspectives*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2006.

22 The Principles of European Contract Law prepared by the Commission on European Contract Law (1999 text in English). Those principles may form a part of future European civil code.

23 The Principles of European Contract Law (1999).

24 Latin – “actual loss”. The harm consist of the lost suffered, loss occurring.

25 Article 415, 471 and others - Polish Civil Code.

26 Latin – “lost profit”. The gain lost, profit ceasing.

27 “A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party’s fraudulent representation, whether by words or conduct, of fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed.” - Article 4:107 of the Principles of European Contract Law .

28 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2004. the are the result of the quest for codifying the “lex mercatoria”. They become alternative to national contract laws in international disputes, as well as they have been accepted as model for reforming national laws. – Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (2004), Aug. 2008.

29 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2004.

30 That is the sanction in the same situation under Polish Civil Code (Article 72 (2)).

31 “The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which is suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm. Such harm may be non-performance and includes, for instance physical suffering or emotional distress”. - UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2004.

The requirements of “good faith” and fair dealing are the borders of the principle of “*libertas contrahendi*”³², which appears in the Article 1:102 of the PECL³³. Article 1:201 says: “Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.” And also “the parties may not exclude or limit this duty”³⁴. Thus the PECL states that the need to promote “good faith” is listed first and is ahead to the principle of legal certainty³⁵. Mr MacQueen claims that Article 1:201 refers to “good faith” in objective standard and arguments it by the fact that the legislator refers in this article also to „fair dealing”, which means „observance of fairness in fact which is an objective test”.

The concept of “good faith” can also mainly be found in the Article 1.7 of UNIDROIT, which obliges each party to act in accordance with “good faith” and fair dealing in international trade. The parties may not exclude or limit this duty³⁶.

Furthermore, the principle of “*bona fides*” lays at the roots of many other legal institutions, like for example the general rule of law “*pacta sunt servanda*”. However, article 79(1) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods³⁷, provides for exoneration for non-performance in the event of a *change the circumstances*³⁸ and thus stands *in contrario*³⁹ to the rule “*pacta sunt servanda*”. Nevertheless, Mr. Goldman comments this matter by the motto: “if it were generally accepted – one could add the limitation of «*pacta sunt servanda*» principles by an implicit clause of «*rebus sic stantibus*» (things thus standing)”⁴⁰. Thus the theory of changing the circumstances (“*rebus sic stantibus*” in other words) is not in opposition to the principle that “pacts must be respected”⁴¹, because it only limits this principle, creates its borders. Consequently can be said that “*bona fide*” is the base of those principles and thus the base of those relations. Thus in the case of when the performance of the contract becomes excessively onerous because of the change of the circumstance, the parties are

32 Latin – “the freedom of contract”. Is the idea that individuals should be free to bargain among themselves the terms of their own contracts, without governing interference. This basic rule of Polish law of obligation creates Article 353¹ of Polish Civil Code. Therefore, the parties entering into an agreement may shape their legal relationship at their discretion, however provided that its content is not in conflict with the nature of the relationship, the law or the principle of social co-existence. Consequently the sanction in this case when the party not worn those rules is very strict – the agreement is invalid. – The Polish Civil Code.

33 “Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles”. - The Principles of European Contract Law prepared by the Commission on European Contract Law (1999 text in English).

34 *Ibidem*.

35 “The principle of legal certainty” relates to the conceptual scale for weighing up and balancing between formal justice and material fairness in courts decisions. – J. Raitio, *The Principles of Legal Certainty in EC Law*, July 31, 2003, Springer.

36 MacQueen, H., Zimmermann, R., *European Contract Law...*, *op. cit.*, footnote no.22.

37 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980 (CISG), also called Vienna Convention. This is a treaty offering uniform international sales law. However this Convention does not include the reference to good faith as one of the mains principles of contract formation and performance. The CISG refers only to this principle in the interpretation of the Convention.

38 “A party is not liable for failure to perform any of his obligation if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences”. – Vienna Convention, 1980.

39 Latin – “In opposition”.

40 Guillemard, S., *A comparative study of the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contracts and some dispositions of the CISG*, *Kluwer Law International*, May 23, 1999, p. 83.

41 “*Pacta sunt servanda*”.

bound to enter into negotiations with the purpose to end the contract or adopt it in order to distribute between the parties the losses and gains resulting from the change of the circumstances with the regard to fair dealing and “good faith”⁴².

The term stemming from the intention of the parties, purpose of the contract as well as “good faith” may be implied to the agreement⁴³. However the party may avoid that term when it has not been individually negotiated and have caused a significant imbalance in the parties’ rights, contrary to the requirements of “good faith” and fair dealing⁴⁴. This remedy cannot be excluded or restricted⁴⁵. Nevertheless the remedies for mistake, incorrect information, non-performance may be excluded or restricted unless it would not be contrary to “bona fides”⁴⁶.

The Article 7.1.6 of the UNIDROIT Principles states that with limits a party’s liability for non-performance or permits the party to tender the different performance may not be invoked if it would be grossly unfair to do so in the comparison with the purpose of the agreement⁴⁷. Thus the Principle protects the parties from unfair clauses in the contract.

The Consumer Contracts Directive 1993⁴⁸ states that the contractual term, which has not been individually negotiated has to be regarded as unfair in the case when in the contrary to “good faith” that term causes a significant imbalance between the parties⁴⁹. Thus the directive in that way also protects the weaker (the consumer) part of the contract.

Instruments of European Law are giving vast range of protection of “good faith”, fair dealing and fairness. “Good faith” liability in the Anglo-American Law system is not nearly as extensive as those in Continental Law and its existence in contract law is one of the major divisions between those systems of law. The continental law jurisdiction states that “good faith” had to be applied to formation of contract and its performance. More narrow is common law system, which creates this obligation only to the performance of agreement. From the other side the Article 2:301 of the Principles of European Contract Law creates the exception from the general *freedom of contracts* and implements the “culpa in contrahendo” liability (obligations in negotiation). PECEL seek to maintain a balance between the contracting attitudes and concept of civil and common law in the process of harmonization. They are the product of compromise among law and embrace the concept of universal “lex mercatoria”. However the question “have we reached the state where “leges mercatoriae”⁵⁰ complements the self-supporting international order?”⁵¹ still stays open. Thus PECEL is only exemplar for Polish, English and any other legislator, not the rule of law. The mentioned articles, basically Article 1:102 and 1:201 of

42 Article 6:111 of the Principles of European Contract Law (1999).

43 “In addition to the express terms, a contract may contain terms which stem from the intention of the parties, the nature and purposes of the contract, and good faith and fair dealing” - Article 6:102 of the Principles of European Contract Law (1999).

44 Article 4:110 of The Principles of European Contract Law (1999).

45 Article 4:118 (1) of The Principles of European Contract Law.

46 Article 4:118 (2) and 8:109 of The Principles of European Contract Law

47 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2004.

48 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, O. J. L. 95, 21.4.1993.

49 Article 3 of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, O. J. L. 95, 21.4.1993.

50 “Leges mercatoriae” (basis from “lex mercatoria”) – Latin (Laws Merchant).

51 I mean: “Have we reached the state to implement one international law system?”

PECL prove that this act contains the general duty of fair dealing in contract law. However some comments argue that this solution would undermine commercial certainty, because the application of this rule may be random. “Good faith” seems to be predicated as intuitive sense of justice and have basic meaning in quality and functioning of market relations, however there is also the danger because it can lapse into generality and can become unpredictable. Thus it has to be created stricter border in this aspect of soft law.

BIBLIOGRAPHY:

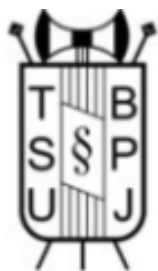
- Primary sources:
 - European Union legislation:
 - Council Directive 93/13/EEC, OJ 1993, L95/29; implemented in the UK by the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1994 (SI 1994 No 3159).
 - Council Directive 86/653/EEC, OJ 1986, L382/17; implemented in the UK by the Commercial Agents (Council Directive) Regulation 1993 (SI 1993 No 3053).
 - The Principles of European Contract Law prepared by the Commission on European Contract Law (1999 text in English).
 - Policy documents:

- Introduction to the Principles of European Contract Law prepared by the Commission on European Contract Law.
- International agreements:
 - UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2004.
 - The Vienna Convention on the International Sale of Goods, April 11, 1980.
- Polish Law:
 - Civil Code (Dz.U. 16.05.1964 with later changes).
 - Commercial Code (Dz. U. 15.09.2000).
 - 3Family Code (Dz.U. 05.03.1964 with later changes).
- Scots Law:
 - Law Reform (Miscellaneous Provisions) Scotland Act 1985.
- Case law:
 - Case *Smith v Bank of Scotland*, 1997 SC (HL) 111.
 - Case *Barclays Bank v O'Brien*, [1994] 1 AC 180.
 - Case *Walker v Milne*, [1992] 2 AC 128.
- Secondary sources:
 - Books:
 - Howells, G., *European Fair Trading Law*, Lancaster, Lancaster University, 2006.
 - Zimmermann, R., Whittaker, S., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
 - Chen-Wishart, M., *In Defence of Unjust Factors: a study of rescission for duress, fraud and exploitation*, Oxford University, 2000.
 - Micklitz, Hans-W., *The politics of judicial co-operation in the EU, Sunday trading, equal treatment and good faith*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
 - Beatson, J., & Friedmann, D., *Good faith and fraud in Contract Law*, Oxford, Clarendon, 1995.
 - Kotz, H., Flessner, A., *European Contract Law*, Oxford University Press, 2006.
 - MacQueen, H., “Good faith in Scots Law of contract: an undisclosed principle?”, in AD.M Forte(ed), “*Good faith in Contract and Property Law*“, Hart Publishing, Oxford, 1999.
 - Howells, G., Micklitz, H., Wilhelmsson, T., „*European Fair Trading Law*“, Ashgate Publishing, Lancaster University, 2006.
 - MacQueen, H., Zimmermann, R., *European Contract Law. Scots and South African Perspectives*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2006.
 - Sim, D., *The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, Institute for International Commercial Law, 2001.
 - Stefan Vogenauer, “Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004)”, Aug. 2008.
 - J. Raitio, “the Principles of Legal Certainty in EC Law”, July31, 2003, Springer.

• Journal Articles:

- Collins, H., “*Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*” (2006) 69 ML Rev 278.
- Dean, M., “*Defining Unfair Terms in Consumer Contracts – Crystal Ball Gazing?*”(2002) 65 ML Rev 773.
- Teubner, G., “*Legal Irritations: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends in New Divergences*” (1998) 61 ML Rev 11.
- Knoeber, C., “*An Alternative Mechanism to Assure Contractual Reliability*” (1983) 12 *The Journal of Legal Studies*, pp. 333.
- Macneil, I., “*Good faith and control of contract terms: the EC directive on unfair terms in consumer contracts*”, (1995) *Judicial Review* 147.
- Reich, N., “*A European Contract Law, an EU Contract Law Regulation for Consumers*” (2005) 28 *Journal on Consumer Policy* 383.
- Tetley, W., *Good faith in contract, particularly in the contract of arbitration and chartering* (2004) 35 *JMLC* 561.
- Polanski, P., *Towards a supranational Internet law* (2006) 1, *Journal of International Commercial Law and Technology*, University of Warsaw.
- Bassindale, J., *The UN Convention for the International Sale of Goods*, (1992) 3 *International Company and Commercial Law Rev.* 10.
- Guillemard, S., *A comparative study of the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contracts and some dispositions of the CISG*, Kluwer Law International, 23 May 1999, p. 83.
- Ferrari, F., *Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law* (1994) 24 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 183.
- Felemegas, J., *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Cambridge University Press, 1980.
- Flanagan, P., *Demythologising the law merchant: the impropriety of the lex mercatoria as a choice of law* (2004) 15 *International Company and Commercial Law Rev.* 297.
- Thomas E., *Lex Mercatoria and Arbitration*, Carbonneau ed., Juris Publishing, 1998, p. 173.
- Flanagan, P., *Demythologising the law merchant: the impropriety of the lex mercatoria as a choice of law* (2004) 15 *International Company and Commercial Law Rev.* 297.
- Keily, Troy, *Good faith & Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (1999) 1 *Vindobona Journal* 15.
- Berger, K., *The new law merchant and the global market: a 21st century view of transnational commercial law*, (2000) 3 *International Arbitration Law Rev.* 91.

- Bonell, J., *The UNIDROIT Principles and Transnational Law*, the seminar on “The Use of Transnational Law in International Contract Practice and Arbitration” organized by the Centre for Transnational Law in Munster (Germany), 4-5 May 2000.
- Websites:
 - European Commission, 2007, February 15, [on line] <http://europa.eu>.
 - Schulze, R., Schulte-Nölke, H., „*Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*”, June 2003, [on line], http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/unfair_practices_en.pdf.



Piotr Semeniuk

EKONOMICZNA ANALIZA MIĘDZYNARODOWEJ OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

1. Wstęp

Ekonomiczna analiza prawa (*Law & Economics*) w dalszym ciągu nie cieszy się w Polsce wysoką popularnością¹. W innych regionach świata, a w szczególności USA, stała się ona jednak jedną z naczelných metodologii analizy prawa. Rozmaitość dziedzin prawnych, w których ekonomiczna analiza prawa jest wykorzystywana, obejmuje zarówno prawo międzynarodowe², jak i prawa człowieka³.

2.1 Teoria wyboru publicznego

Jednym z działów badań ekonomicznej analizy prawa jest tzw. teoria wyboru publicznego, której celem jest zdefiniowanie funkcji użyteczności społecznej. Funkcja taka pozwoliła by określić, jaki społeczny stan rzeczy jest społecznie preferowany spośród kilku konkurencyjnych stanów rzeczy. Funkcję taką można utworzyć poprzez społeczne porównanie „rankingów indywidualnych” jednostek dotyczących różnych stanów społecznych. Przykładowo w 3-osobowym społeczeństwie składającym się z osób O_1 , O_2 i O_3 , jeżeli osoba O_1 preferuje stan rzeczy A nad B, osoba O_2 preferuje stan rzeczy B nad A, z kolei osoba O_3 podziela zdanie osoby O_1 i preferuje A nad B, to po dokonaniu porównania rankingów indywidualnych osób O_1 , O_2 i O_3 należałoby stwierdzić, że stan rzeczy A jest preferowany

- 1 Można szukać wielu przyczyn tego stanu rzeczy. Jerzy Stelmach przedstawił kilka „lęków podstawowych” polskich prawników wobec ekonomicznej analizy prawa, takich jak np: brak dostatecznej wiedzy, konserwyzm polegający na dogmatycznej akceptacji pozytywistycznej tradycji civil law, czy wreszcie nadmierna złożoność nowych metod, takich jak ekonomiczna analiza prawa. Zob. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, Dziesięć wykładów o ekonomii prawa, Warszawa 2007, s. 189-194.
- 2 W ekonomicznej analizie prawa międzynarodowego szczególnie popularna jest tzw. teza o strukturalnej analogii (structural analogy thesis). Zgodnie z tą tezą „społeczność międzynarodowa podobnie jak każda inna społeczność jest miejscem, gdzie poszczególne jednostki samodzielnie lub w grupach spotykają się i czasami współpracują i angażują się w coś, co może być nazwane transakcjami. Jednostki te starają się zrealizować swój własny egoistyczny interes poprzez najefektywniejsze dostępne sposoby.” Zob. J. L. Dunoff, J. Trachtman, *Economic Analysis of International Law*, Yale Journal of International Law 1999/24, p. 12-13.
- 3 Zob. JoonBeom Pae, *Sovereignty, Power, and Human Rights Treaties: An Economic Analysis*, Northwestern University Journal of International Human Rights 2005/71. Dokonując ekonomicznej analizy praw człowieka na płaszczyźnie międzynarodowej Pae uznając, że „współczesne traktaty praw człowieka nakładają prawa na jednostki, a nie na państwa”, stwierdza jednak, że nawet w zakresie tych traktatów „państwa w dalszym ciągu pozostają głównymi aktorami, które definiują i handlują (...) dobrami związanymi z suwerennością na międzynarodowym rynku politycznym.” (*48) Według Pae, ekonomiczna analiza prawa międzynarodowego w kontekście praw człowieka każe zwrócić uwagę na tzw. koszty zewnętrzne naruszeń praw człowieka (externalities), bowiem, gdy określone państwo podejmuje decyzje dotyczącą kwestii związanych z prawami człowieka, nie uwzględnia ono często negatywnych efektów, jakie decyzja ta może mieć na inne państwa. Przykładowymi efektami zewnętrznymi mogą być masowy napływ uchodźców, destabilizacja sytuacji w regionie, czy też wreszcie czysty altruizm (pure altruism), czyli troska państwa o prawa ludzi mieszkających na terytorium innego państwa. Analiza dokonana przez Pae, pomimo ciekawych obserwacji nie odpowiada zasadniczo głównej idei tego poniższego pracy, w którym ekonomiczna analiza ochrony praw człowieka została dokonana przez pryzmat jednostek, a nie państw.

społecznie względem stanu rzeczy B, ponieważ po porównaniu indywidualnych rankingów tych osób, okaże się, że stan A dwukrotnie „zajął pierwsze miejsce”, podczas gdy stan rzeczy B okazał się preferowany tylko w jednym rankingu indywidualnym. Tak zbudowana funkcja użyteczności społecznej nie zawsze daje się jednak zastosować. Jak wykazał K. Arrow przy trzech lub więcej stanach społecznych (stanach rzeczy) nie da się zbudować funkcji użyteczności społecznej, która polega na porównaniu indywidualnych rankingów poszczególnych stanów rzeczy⁴.

W związku z problemami wynikającymi z twierdzenia Arrowa inny rodzaj funkcji użyteczności społecznej zaproponował Richard Posner. Przede wszystkim Posner dopuścił możliwość porównania poszczególnych kwantyfikowalnych „wartości” (użyteczności) jaką poszczególni członkowie danej społeczności przypisują określonym stanom rzeczy, zamiast porównywania jedynie rankingów indywidualnych. Przykładowo, w opisanej powyżej 3-osobowej społeczności, osoba O_1 może „cenić” stan rzeczy A na 100, a stan rzeczy B na 20, O_2 stanowi rzeczy B przypisuje wartość 150, a stanowi rzeczy A wartość 10, natomiast O_3 stan rzeczy A „ceni” na 50, podczas gdy stan rzeczy B na 40. W takim wypadku całkowita wartość (użyteczność) jaką dana społeczność przypisuje stanowi rzeczy A wynosi 160, a stanowi rzeczy B – 210. W związku z powyższym stan rzeczy B jest preferowany względem A, ponieważ $210 > 160$. Posner uważa, że wartość jaką jednostki nadają poszczególnym stanom rzeczy należy mierzyć za pomocą pieniędzy, tzn. należy stwierdzić jakie korzyści przyniesie jednostkom podjęcie decyzji realizującej dany stan rzeczy i tym samym jaką sumę byłoby one gotowe zapłacić (*willingness to pay*) za podjęcie takiej decyzji. Nic jednak nie stoi na przeszkodzie skonstruowania funkcji użyteczności społecznej podobnej do tej zdefiniowanej przez Posnera, gdzie jednak wartość danych stanów rzeczy mierzona może być za pomocą abstrakcyjnych jednostek użyteczności, a nie pieniędzy – tak skonstruowaną funkcją użyteczności społecznej będę się posługiwał w dalszej części.

2.2. Prawa człowieka

Pojęcia praw podmiotowych i praw człowieka są wieloznaczne, istnieje w omawianej dziedzinie kilka koncepcji posługujących się różnymi definicjami. Nie mniej jednak wydaje się, że prawa podmiotowe najczęściej definiowane są jako: „sytuacja prawna jednostki polegająca na tym, że może ona żądać ze strony innego podmiotu określonego zachowania (...), natomiast na danym podmiocie ciąży prawny obowiązek realizacji tego zachowania”⁵. Prawami człowieka nazywa się często takie prawa podmiotowe, które: są gwarantowane przez organ publiczny (najczęściej poprzez zapisanie w konstytucji), dotyczą relacji wertykalnych (relacji państwo-jednostka) i chronią wartości o szczególnym znaczeniu⁶.

4 Twierdzenie o niemożliwości Arrowa i jego ewentualne rozwiązanie przez „rozluźnienie” niektórych założeń tego twierdzenia (np. przez przyjęcie metody Richarda Posnera, wykorzystanej w niniejszej pracy) omówione zostały przez J. Stelmacha, B. Brożka i W. Załuskiego, op.cit. s.159-162.

5 P. Sarnecki (red.), Prawo konstytucyjne RP, Warszawa 2005, s. 88.

6 Ibidem, s.88.

W polskim prawie konstytucyjnym ustawodawca może „ustanowić ograniczenia, które prowadzą do zawężenia zakresu ochrony wynikającej z konstytucji”⁷. Prawa te „nie są chronione w sposób bezwzględny (...)”⁸. Istnieją jednak prawa, określone w polskiej Konstytucji, których zakres nie może być ograniczony. Należą do nich np. „wolność od tortur, wolność od eksperymentów medycznych przeprowadzonych bez zgody pacjenta, wolność wyboru religii (...)”⁹. Można więc upraszczając powiedzieć, że niektóre prawa mają charakter relatywny (Konstytucja umożliwia ich ograniczanie), a inne charakter absolutny.

Podobne rozróżnienie ma miejsce w międzynarodowych systemach ochrony praw człowieka¹⁰. Zarówno Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka jak i Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności dopuszczają dwojaki rodzaj ograniczeń praw człowieka¹¹. Po pierwsze, mówi się o ograniczeniach odnoszących się do poszczególnych praw z powodów takich jak np. bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, czy zdrowie społeczne, wskazanych w tzw. „klauszulach ograniczających”. Po drugie, możliwe jest ograniczenie na podstawie zasady ogólnej dotyczącej wszystkich praw zawartych w danym akcie dopuszczalne w wypadku stanu wyjątkowego¹². Ograniczenie takie nazywane jest derogacją. Derogacji nie podlegają jednakże wszystkie prawa; przykładowo Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych nie dopuszcza możliwości derogacji prawa do życia, zakazu tortur, czy prawa każdego człowieka do uznania osobowości prawnej oraz kilku innych praw¹³. Część badaczy zdaje się też zasadniczo utożsamiać niederogowalne prawa człowieka z tzw. normami *ius cogens* prawa międzynarodowego, jest to jednak kontrowersyjna kwestia¹⁴. Na potrzeby niniejszego artykułu będę posługiwał się pojęciami absolutnego i relatywnego charakteru praw człowieka abstrahując od problemu *norm ius cogens*. Prawa człowieka mające absolutny charakter będę rozumiał jako takie prawa, których nie można w żaden sposób ograniczać ani w stanie wyjątkowym, ani w stanie pokoju, czyli zarówno prawa niederogowalne, jak i prawa, wobec których niedopuszczalne

7 Ibidem, s. 96. Dopuszczalność tych ograniczeń określa art. 31, ust.3 Konstytucji RP. Ten sam artykuł mówi jednak, że dopuszczalne ograniczenia „nie mogą naruszać istoty praw i wolności”.

8 Ibidem, s. 96.

9 Ibidem, s. 96.

10 Chodzi głównie o tzw. uniwersalny system ochrony praw człowieka ONZ, który opiera się przede wszystkim na dwóch Międzynarodowych Paktach Praw Człowieka: Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r. (T>z.U.1977 Nr 38. poz. 167) i Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (Dz.U.1977 Nr 38. poz. 1691 oraz regionalny system ochrony praw człowieka Rady Europy, w którym głównym traktatem dotyczącym ochrony praw człowieka jest Europejska Konwencja Praw Człowieka z 11 kwietnia 1950 r. („Dz.U.1993 Nr 61. poz. 284) powołująca Europejski Trybunał Praw Człowieka.

11 Zob. R. Wieruszewski [w:] Systemy Ochrony Praw Człowieka, B.Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wojtowicz, Kraków 2003, s. 41.

12 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych w art. 4 pkt.1 mówi o „publicznym stanie wyjątkowym, który zagraża życiu narodu i został urzędowo ogłoszony”.

13 Art. 4 ust. 2 Paktu.

14 C. Mik uważa, że „kluczową cechą norm *ius cogens* jest ich niederogowalność”. Jak jednak przyznaje sam Mik, Komitet Praw Człowieka ONZ zakwestionował powiązanie niederogowalnych praw człowieka z normami *ius cogens*, zob. C. Mik, Ochrona Praw Człowieka w Świetle Źródeł Współczesnego Prawa Międzynarodowego (Współczesne Tendencje Orzecznictwa), [w:] Prawa Człowieka w XXI w.- Wyzwania dla Ochrony Prawnej, praca zbiorowa pod redakcją C. Mika, Toruń 2005, s. 61.

jest stosowanie klauzul ograniczających¹⁵. Tak rozumiany katalog praw o absolutnym charakterze jest zasadniczo tożsamy zarówno dla systemu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jak i systemu uniwersalnego opierającego się na Międzynarodowych Paktach Praw Człowieka z 1966 r.

W tym miejscu proponowałbym przejść do istoty zawartego w tym artykule spojrzenia na prawa człowieka, prawa człowieka, czyli pewne określone sytuacje, w których jednostka może żądać od organu państwowego określonego zachowania proponuję rozumieć jako pewien „stan rzeczy” i na podstawie oceny wartości, jakie członkowie danej społeczności przypisują tym stanom rzeczy skonstruować funkcję użyteczności społecznej, która wskaże nam, jaki rodzaj ochrony praw człowieka jest najbardziej efektywny. Taką funkcję proponuję utworzyć zgodnie z koncepcją R. Posnera, czyli dopuszczając porównanie kwantyfikowalnych wartości jakie członkowie danej społeczności przypisują określonym uprawnieniom. Na podstawie takiej funkcji możliwe byłoby przypisanie pewnym prawom człowieka w określonych społecznościach odpowiadających im wartości (użyteczności), a potem porównując te skumulowane wartości, określenie, jakie decyzje dotyczące ochrony praw człowieka będą najbardziej efektywne. Jeżeli np. w hipotetycznej sytuacji organ publiczny musi dokonać wyboru między ochroną prawa P_1 , a ochroną prawa P_2 to powinien przyznać pierwszeństwo takiemu prawu, które jest społecznie preferowane, czyli bardziej wartościowe (użyteczne). Wynikiem bowiem ochrony społecznie preferowanego będzie większy dobrobyt (użyteczność) społeczna. Warunkiem koniecznym dokonania takiej kwantyfikacji (wartościowania) praw człowieka jest jednak przyznanie, że żadne z określonych w aktach prawnych praw człowieka nie ma absolutnego charakteru i tym samym dopuszczenie możliwości ograniczeń każdego z tych praw¹⁶. Można wprawdzie argumentować, że funkcja użyteczności społecznej może być konstruowana z wyłączeniem niektórych praw. W takim wypadku niektóre prawa (np. zakaz tortur) mogą zachować absolutny charakter, a w funkcji użyteczności społecznej nie będzie można uwzględniać preferencji społecznych dotyczących takiego prawa o absolutnym charakterze. Tym samym prawa o absolutnym charakterze będą po prostu wyjęte z funkcji użyteczności społecznej. Podobne stanowisko prezentują niektórzy z naukowców zaj-

15 Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 maja 2008 r., sygn. SK 25/07 (LexisNexis). Trybunał zdaje się rozumieć pojęcie „absolutnego charakteru praw człowieka” w podobny sposób, jak w niniejszej pracy. Według TK: „prawo do traktowania humanitarne, o którym mowa w art. 40 i art. 41 ust. 4 Konstytucji, jako jedno z niewielu praw obywatelskich ma charakter absolutny i nie może być w żadnych warunkach ograniczone”. Ewentualnych naruszeń tego prawa: „nie można więc rozważać w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, który określa warunki i granice ograniczania konstytucyjnych praw i wolności.” Prawo to jest też nied derogowalne, zgodnie z art. 233, ust.1 Konstytucji.

16 Dopuszczalność ograniczeń tak fundamentalnych praw człowieka, jak np. zakaz tortur czy też zakaz karania bez podstawy prawnej może budzić uzasadnione wątpliwości również na poziomie teoretyczno- prawnym. Filozofia i teoria prawa zdaje się jednak znajdować sposoby na poradzenie sobie z powyższym kłopotem. Jednym z wyjść na poziomie teoretyczno- prawnym może być zastosowanie tezy o dwoistej naturze prawa, która zakłada istnienie dwóch wymiarów prawa: idealnego i realnego. Zwolennikiem tej tezy jest Robert Alexy. Zgodnie z tezą o dwoistej naturze prawa: „istnieją konieczne właściwości prawa przynależące do jego rzeczowego lub realnego wymiaru, oraz konieczne właściwości, przynależące do jego wymiaru idealnego lub krytycznego. Przymus jest główną instancją po stronie rzeczowej, natomiast roszczenie do poprawności punktem kluczowym po stronie idealnej”. Modyfikując powyższą tezę, można powiedzieć, że w „sferze idealnej” prawa człowieka, takie jak np. zakaz tortur, czy wolność wyrażania religii mogą być uważane za „absolutne”, natomiast w „sferze realnej”, czyli w praktyce dopuszczalne jest ograniczanie tych praw. Zob. R. Alexy, O pojęciu i naturze prawa, Wykład im. Leona Petrażyckiego, Wydział Prawa i Administracji UW, Warszawa 2006, s. 21.

mujących się ekonomiczną analizą prawa¹⁷. Niemniej jednak, dla uniknięcia komplikowania modeli zaprezentowanych w niniejszej pracy, należy stwierdzić że w celu efektywnej ochrony praw człowieka, nie można mówić o absolutnym charakterze jakichkolwiek praw.

W tym miejscu należy dokonać ważnego według mnie rozróżnienia w obrębie pojęcia praw człowieka. Należy odróżnić prawa człowieka rozumiane jako uprawnienia konkretnych jednostek oraz normę prawną z której wynika określone prawo podmiotowe ujęte *in abstracto*¹⁸. Powyższe rozróżnienie jest o tyle ważne, że na jego podstawie można zbudować dwie odmiany funkcji użyteczności społecznej. Rozumiejąc prawa człowieka jako konkretne uprawnienia przysługujące danym jednostkom, można porównać użyteczności, jakie poszczególni członkowie społeczeństwa przypisują tym uprawnieniom. Załóżmy np. że osoba O_1 wykonując swoje prawo własności powoduje duży hałas i narusza prawo do prywatności swojego sąsiada, osoby O_2 . Zarówno prawo własności, jak i prawo do prywatności są prawami człowieka, czyli na państwie spoczywa obowiązek ich ochrony. Załóżmy np. że stan rzeczy, w którym ochronione będzie prawo własności należące do osoby O_1 (w zakresie, w jakim osoba O_1 będzie mogła powodować hałas uciążliwy dla swojego sąsiada) i w konsekwencji naruszone prawo do prywatności osoby O_2 , osoba O_1 wycenia na 50. Osoba O_2 za to taki stan rzeczy, w którym ochronione zostanie prawo do prywatności tej osoby i naruszone prawo własności osoby O_1 wycenia na 20. W powyższej sytuacji organ publiczny powinien ochronić prawo własności osoby O_1 ponieważ taka decyzja przyniesie zysk społeczny 30, podczas gdy ochrona prawa do prywatności osoby O_2 przyniosłaby stratę społeczną równą 20. Sytuacja zmieni się gdy ta sama osoba O_1 wykonując swoje prawo własności będzie miała 3 sąsiadów: O_2 , O_3 i O_4 , z których każdy stan rzeczy, gdzie chronione będzie prawo do prywatności tych osób, będzie cenił na 20. Wtedy łączna wartość „trzech praw do prywatności” wyniesie 60, a tym samym społecznie pożądanym rozwiązaniem będzie ochrona praw osób O_2 , O_3 i O_4 dlatego, że wygeneruje ona zysk społeczny w wysokości 10.

Nieco inaczej wyglądać będzie funkcja użyteczności społecznej dotycząca praw człowieka ujętych *in abstracto*. Przy takiej bowiem funkcji nie należy brać pod uwagę, jaką użyteczność członkowie danej społeczności przypisują konkretnym uprawnieniom (tzn. na ile własne uprawnienie osoby O_1 jest dla niej bardziej wartościowe niż uprawnienie należące do osoby O_2 dla tej osoby), ale jaką użyteczność dana społeczność przypisuje pewnym, ujętym *in abstracto*, rodzajom praw człowieka. Załóżmy,

17 Przykładowo dla Amyarty Sena prawo podmiotowe, czyli sfera prywatności jednostki to takie preferencje jednostki, które bezpośrednio przekładają się na preferencje społeczne. Zgodnie z tą koncepcją, jeżeli w ramach prawa podmiotowego osoby O_1 , osoba ta preferuje stan rzeczy A nad stan rzeczy B to całe społeczeństwo musi preferować stan rzeczy A nad stan rzeczy B. Innymi słowy, preferencje społeczeństwa nie mogą dotyczyć wyboru między stanami rzeczy A, a B, jeżeli decyzja cd. wyboru jednego z tych stanów rzeczy mieści się w zakresie prawa podmiotowego określonej jednostki. Mówiąc o absolutnym charakterze praw człowieka można by, stosując podejście A. Sena, mówiąc o absolutnym charakterze praw człowieka powiedzieć, że nadając np. zakazowi tortur charakter prawa absolutnego, każda jednostka w zakresie swojego prawa do nie bycia torturowaną mogłaby „utożsamiać” swoje preferencje z preferencjami określonej społeczności. Zob. A. Sen, Rights: Formulation and Consequences [w:] A. Sen, Rationality and Freedom, Harvard 2003.

18 Zob. np. P. Sarnecki, op cit, s. 88-89: „Każde prawo człowieka stanowi strukturę prawną o dwuwarstwowej budowie. (...) Obydwie warstwy- podmiotowa i przedmiotowa- są ze sobą ściśle związane i stanowią dwa aspekty jednej i tej samej struktury prawnej. Aspekt podmiotowy to spojrzenie z perspektywy („czyjeś prawo”), aspekt przedmiotowy to spojrzenie z perspektywy prawodawcy i społeczeństwa (norma prawna, element porządku prawnego).” Powyższe rozróżnienie bliskie jest dokonaniu przeze mnie rozróżnieniu praw człowieka jako konkretnych uprawnień i praw *in abstracto*.

że np. w 1000 osobowej społeczności organ publiczny musi podjąć działanie, które dotyczy uprawnień 1000 członków tej społeczności. Trudno, żeby w takim wypadku organ ten musiał pytać się wszystkich tych stu osób, o to na ile wyceniają one wszystkie możliwe kombinacje stanów rzeczy, w których poszczególne uprawnienia zostaną naruszone lub ochronione, w sposób większy bądź mniejszy. Dlatego, konstruuując funkcję użyteczności społecznej dla praw człowieka ujętych *in abstracto* należałoby ocenić na ile cała społeczność „ceni” określone uprawnienia ujęte, jako pewne prawa *in abstracto*. Załóżmy np. że pewne uprawnienie może być ujęte *in abstracto*, jako prawo do wolności wypowiedzi, a inne uprawnienie jako prawo do nie bycia poddawany eksperymentom medycznym bez własnej zgody. W takim wypadku należałoby zapytać całej wspomnianej 1000-osobowej społeczności jaką użyteczność przypisuje ona rozumianemu *in abstracto* prawu do wolności wypowiedzi oraz prawu do nie bycia poddawany eksperymentom medycznym bez własnej zgody. Po wyliczeniu „średniej użyteczności” jaką wszyscy członkowie tej społeczności przypisują wspomnianym prawom ujętym *in abstracto*, można określić, które z tych praw będzie bardziej użyteczne, a tym samym ochrona którego z nich będzie społecznie bardziej efektywna. Obydwie wersje funkcji użyteczności społeczne (funkcja dotycząca konkretnych uprawnień oraz funkcja dotycząca praw człowieka *in abstracto*) przydatne będą w innych sytuacjach. Przykładowo, przy podejmowaniu konkretnej decyzji, sąd mając do czynienia ze skonfliktowanymi interesami kilku osób, których prawa znajdują się w kolizji, chcąc podjąć efektywną decyzję powinien raczej posłużyć się funkcją dotyczącą konkretnych uprawnień. Natomiast przy działaniach obejmujących większą liczbę osób lub przy wytyczaniu pewnych ogólnych wskazówek dotyczących efektywnej ochrony praw człowieka, bardziej przydatne będzie posłużenie się funkcją dotyczącą praw człowieka *in abstracto*. Wydaje się, że taka funkcja mogłaby być szczególnie przydatna w działalności organów publicznych, które będą od tej pory nazywał organami ochrony praw człowieka.

Do tej pory używałem określenia „organ publiczny” mając na myśli każdy organ, który przy podejmowaniu decyzji powinien maksymalizować społeczną użyteczność. W tym miejscu chciałbym jednak zawęzić moje rozważania tylko do organu ochrony praw człowieka czyli takiego organu, który powołany został wyłącznie w celu ochrony praw osób należących do określonej społeczności. Niniejsza praca dotyczy bowiem właśnie systemów ochrony praw człowieka. Organ ochrony praw człowieka będę rozumiał jako taki organ który *ex definitione* powołany jest w celu ochrony praw człowieka i nie wymaga się od niego wykonania jakichkolwiek innych zadań. Takim organem będzie np. Rzecznik Praw Obywatelskich, ale już nie Trybunał Konstytucyjny, który przy wyrokowaniu musi brać pod uwagę nie tylko ochronę praw człowieka, ale też szeroko pojęty interes społeczny i przede wszystkim ograniczony jest treścią Konstytucji. Jeżeli chodzi o prawo międzynarodowe organami takimi będą np. Europejski Trybunał Praw Człowieka, Komitet Praw Człowieka ONZ, Rada Praw Człowieka, czy Wysoki Komisarz ONZ ds. Praw Człowieka. Przez organ ochrony praw człowieka można też rozumieć instytucje pozarządowe powołane w celu ochrony praw człowieka, jednak w tej pracy ograniczę swoją uwagę tylko do instytucji międzyrządowych.

Kluczowym zatem pytaniem, jakie od tej pory będę zadawał brzmieć będzie nie tyle, jaka decyzja organu publicznego będzie najefektywniejsza społecznie”, ale jaka decyzja organu ochrony praw człowieka będzie najefektywniej chroniła prawa człowieka”. Najbardziej efektywna będzie oczywiście taka decyzja, która ochroni jak największą ilość praw jak najbardziej wartościowych¹⁹. Wydaje się bowiem, że przed organami publicznymi, w tym również przed organami ochrony praw człowieka, niejednokrotnie stoi wybór między ochroną poszczególnych praw. Ma to miejsce po pierwsze i najczęściej wtedy, kiedy ze względu na ograniczone środki finansowe, czy też ograniczone kompetencje organy te są w stanie podjąć działanie ochronne wobec określonych osób, po drugie i rzadziej kiedy dochodzi do tzw. kolizji praw, takiej jak np. wspomniany wyżej konflikt prawa własności i prawa do prywatności, czy prawa do wolności religii i prawa do nauki²⁰. Ta druga sytuacja, najczęściej będzie jednak dotyczyć nie tyle organów ochrony praw człowieka, co w szczególności sądów krajowych, w zakresie spraw dotyczących konstytucyjnych uprawnień.

Jak wyżej wspomniałem, w działalności organu ochrony praw człowieka przydatna będzie szczególnie funkcja użyteczności społecznej dotycząca praw człowieka ujętych *in abstracto*. Organ ochrony praw człowieka korzystając z takiej funkcji byłby w stanie określić, jaka średnią wartość przypisywana jest określonym prawom ujętym *in abstracto* (takim jak np. prawo do prywatności, prawo do bezpieczeństwa osobistego) w obrębie społeczności w interesie której działa ten organ. Taką społecznością np. dla krajowego Rzecznika Praw Obywatelskich będzie społeczność kraju, którego jest on organem, a dla Rady Praw Człowieka, cały świat. Wbrew pozorom nie musi to być wcale takie trudne, organ nie musi bowiem wcale „wyliczać” dokładnie średniej wartości jaką członkowie danej społeczności przypisują poszczególnym prawom. Jest to w sposób oczywisty niewykonalne. Nie mniej jednak niekiedy intuicyjnie wiadomo, że pewne rodzaje praw są w danych społecznościach bardziej cenione od innych i tym samym możliwa jest hierarchizacja tych praw przez organ ochrony praw człowieka. Co do niektórych praw możemy z dużą dozą pewności powiedzieć, że są bardziej „wartościowe” od innych we wszystkich możliwych społecznościach. Niekiedy zaś różnica w wartościach, jakie przypisywane są poszczególnym prawom zależeć może od określonej społeczności; w takim przypadku organ ochrony praw człowieka musi wykazać się większą wnikliwością w badaniu preferencji społeczności, w której

19 Abstrahuję w tym miejscu od zasadniczej różnicy pomiędzy tzw. ochroną prewencyjną, która polega na podjęciu przez określony organ działań „mających na celu zapobieganie naruszeniom praw (jednostki)”, a ochroną represyjną, mającą miejsce wtedy, gdy „nastąpiło już naruszenie praw jednostki (...) i jednostka wzywa odpowiedni organ do ochrony jej praw”, a organ ten orzeka odpowiednią sankcję w postaci np. „ukarania, odszkodowania, nakazania przywrócenia stanu poprzedniego”. Zob. B. Banaszak, Systemy ochrony..., s. 14-15. Dla potrzeb niniejszego artykułu będę posługiwać się uproszczonym pojęciem ochrony, nie rozróżniając ochrony prewencyjnej i represyjnej. Co więcej, upraszczając, będę zakładał że ochrona może być albo w stu procentach skuteczna, albo bezskuteczna w ogóle, czyli, że organ ochrony praw człowieka może albo ochronić dane prawo albo nie ochronić go wcale.

20 Tego rodzaju konflikt był przedmiotem oceny Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych sprawie Wisconsin v. Yoder. W sprawie tej rodzice należący do społeczności religijnej Amiszów, wbrew stanowemu prawu, nakazującemu obowiązkową edukację dzieci do 16 roku życia, nie pozwalali swoim dzieciom na udział w zajęciach szkolnych uzasadniając ten zakaz swoim prawem do wolności religii wynikającym z pierwszej poprawki do Konstytucji USA. Podczas gdy większość składu orzekającego przyznało w tej sprawie pierwszeństwo prawu do wolności praktykowania religii przez Amiszów (*free exercise of religion*), w odrębnej opinii sędzieja Douglas stwierdził, że najważniejszym prawem jest w tym wypadku prawo dzieci Amiszów do podjęcia nauki, a konkretnie „prawo uczniów do bycia panami swojego przeznaczenia”. Wyrok Sądu Najwyższego USA, Wisconsin v. Yoder (1972), 406 United States Reports 205, 92 (Westlaw).

został powołany do działania i na tej podstawie dokonać pewnej hierarchizacji chronionych praw. Jak pokazuje praktyka hierarchizacja praw człowieka zdarza się bardzo często. Przykładowo, hierarchizację taką uznaje pośrednio doktryna wypracowana przez Komitet Praw Człowieka ONZ²¹. Możliwa do obrony wydaje się też teza, że same Pakty Praw Człowieka hierarchizują niejako zawarte w nich prawa, umieszczając „najbardziej wartościowe” prawa w początkowych artykułach, a te „mniej wartościowe” w artykułach dalszych. Do takiego w każdym razie wniosku mogłaby prowadzić wykładnia systemowa biorąca pod uwagę miejsce przepisu w systematyce wewnętrznej tekstu prawnego²².

Określenie wartości, jaką dana społeczność przypisuje określönemu prawu jest warunkiem koniecznym do tego, aby organ ochrony praw człowieka mógł podjąć efektywne działania. Poza określeniem wartości poszczególnych praw, organ ochrony praw człowieka powinien też wziąć pod uwagę także inne parametry związane z działaniami ochronnymi. Takimi parametrami są: intensywność naruszenia prawa, prawdopodobieństwo ochrony oraz ilość jednostek, których prawa można ochronić. Przyjrzyjmy się następującemu modelowi zastosowania funkcji użyteczności społecznej *in abstracto* przy działaniach organu ochrony praw człowieka:

Założmy, że organ ochrony praw człowieka stoi przed sytuacją alternatywną, w której może podjąć jedno z czterech działań (D) niosących za sobą następujące skutki:

D₁ – ochronić prawo do życia (P₁), gdzie: U_{p1}=100, I₁=100%, P₁= 70%, Q₁= 20

D₂ – ochronić prawo do nie bycia torturowanym (P₂) naruszone w sposób nadzwyczaj okrutny (np. przypalanie prętem), gdzie: U_{p2}=75, I₂=90%, P₂= 80%, Q₂=22

D₃ – ochronić prawo do nie bycia torturowanym (P₂) naruszone w sposób względnie łagodny (np. pozbawianie snu), gdzie: U_{p2}=75, I₃=50% P₃= 60%, Q₃= 30

D₄ – ochronić prawo do zawarcia małżeństwa (P₃), gdzie: U_{p3}= 20, I₄=100% P₄=50%, Q₄= 80, przy czym:

U – użyteczność (wartość) danego prawa

I – intensywność naruszenia tego prawa

P – prawdopodobieństwo ochrony tego prawa przed naruszeniem

Q – ilość jednostek, których te prawo można ochronić przed naruszeniem

21 Fakt, że pewne prawa, których naruszenie uznawane może być za kryminalne, mają szczególne znaczenie potwierdził np. Komitet Praw Człowieka ONZ w Uwagach Ogólnych nr 31 z 26 maja 2004 r. dotyczących generalnego prawnego obowiązku nałożonego na państwa- strony Paktu. Komitet wyraził się w tych Uwagach Ogólnych w następujący sposób: „obowiązek (nałożony na państwa) wzrasta szczególnie w wypadku naruszeń uznawanych zarówno przez krajowe jak i międzynarodowe prawo za kryminalne, czyli takie jak: tortury, bądź też podobne okrutne, nie-ludzkie i poniżające traktowanie (art. 7), doraźne i samowolne egzekucje (art.6) albo wymuszone zniknięcia.” Zob. General Comment No. 31 [80] Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant. W międzynarodowej ochronie praw człowieka mówi się też o „prawach o szczególnym znaczeniu” {rights of profound importance) oraz tzw. „dobrach nieodzyskiwalnych” (irreprecable commodities), takich jak życie i zdrowie, które powinny być chronione w szczególny sposób.

22 Zob. L. Morawski, Wstęp do prawoznawstwa, Toruń 2006, s.179.

Po dokonaniu obliczeń okazuje się, że:

$$D_1 - U_{P1} * I_1 * P_1 * Q_1 = 100 * 100\% * 70\% * 20 = 1400$$

$$D_2 - U_{P2} * I_2 * P_2 * Q_2 = 75 * 90\% * 80\% * 22 = 1254$$

$$D_3 - U_{P2} * I_3 * P_3 * Q_3 = 75 * 50\% * 60\% * 30 = 675$$

$$D_4 - U_{P3} * I_4 * P_4 * Q_4 = 20 * 100\% * 50\% * 80 = 800$$

Zatem priorytetowość poszczególnych działań organu może być przedstawiona za pomocą następującej nierówności:

$$D_1 > D_2 > D_4 > D_3$$

Działanie D_1 okazuje się w powyższym przykładzie najbardziej, podczas gdy działanie D_2 najmniej efektywne²³.

3. Międzynarodowa ochrona praw człowieka

W międzynarodowym systemie ochrony praw człowieka można wyróżnić określone kategorie organów ochrony praw człowieka. Są to przede wszystkim tzw. „organy polityczne” powołane przez ONZ zgodnie z procedurami działania tej organizacji określonymi w Karcie Narodów Zjednoczonych. Takimi organami są głównie Rada Praw Człowieka ONZ oraz Wysoki Komisarz Praw Człowieka ONZ. Organami ochrony praw człowieka można też nazwać organy sądowe i quasi-sądowe działające zarówno na poziomie uniwersalnym, (głównie komitety praw człowieka ONZ)²⁴, jak i na poziomie regionalnym, np. Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka oraz Europejski Trybunał Praw Człowieka²⁵.

23 Chciałbym w tym miejscu doprecyzować używanego przeze mnie pojęcia „efektywności”, czy też „użyteczności” działań organów ochrony praw człowieka. Przez te zasadniczo synonimiczne pojęcia rozumiem nie tyle skuteczność, sprawność podejmowania decyzji (notabene taka efektywność jest równie istotna, jeśli nie istotniejsza), co raczej efektywność samych decyzji, czyli ilość, intensywność naruszenia i prawdopodobieństwo ochrony uprawnień o określonej wartości.

24 Obecnie działa 8 komitetów powołanych na mocy konwencji ONZ. Poza Komitetem Praw Człowieka powołanym na mocy Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. są to wyspecjalizowane tematycznie komitety takie jak np. Komitet przeciw Torturom powołany przez Konwencję przeciwko Torturom i innemu Okrutnemu, Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu lub Karaniu z 10 grudnia 1984 r. (Dz.U.1989 Nr 63, poz. 378). Najkrócej działającym komitetem jest Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych (Committee on the Rights of Persons with Disabilities) powołany na mocy Konwencji Praw Osób Niepełnosprawnych (Convention on the Rights of Persons with Disabilities) <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>, 31.01.2009.

25 Takie sądowe i ćwówz'-sądowe organy najczęściej tworzone są przez traktaty mające na celu ochronę praw człowieka poprzez min. rozpatrywanie skarg indywidualnych, Mechanizm ochrony praw człowieka opierający się na działalności tych organów jest często nazywanym mechanizmem traktatowym. Warto jednak w tym miejscu dostrzec różnorodność kompetencji w jakie wyposażone są organy działające w tzw. mechanizmach traktatowych, zarówno uniwersalnych, jak i regionalnych. Np. działające w systemie uniwersalnym komitety ochrony praw człowieka takie jak Komitet Praw Człowieka rozpatrują też w regularnych odstępach czasu sprawozdania państw dotyczące sytuacji praw człowieka w tych państwach. Traktaty ochrony praw człowieka mogą też niekiedy powoływać bardzo specyficzne organy. Przykładowo Europejska Konwencja o Zapobieganiu Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu

Poza wyżej wymienionymi działają oczywiście inne organy, spośród których nie można zapominać o Komisarzu Praw Człowieka Rady Europy, czy Rzeczniku Praw Obywatelskich Unii Europejskiej.

Zgodnie z tym, co powiedzieliśmy do tej pory, należałoby skonstatować, że wymienione międzynarodowe organy ochrony praw człowieka powinny podejmować działania, które będą najbardziej efektywne, czyli takie dzięki którym można będzie ochronić jak najwięcej najbardziej wartościowych praw.

3.1. Ochrona, a promocja

Jak już powiedzieliśmy, zgodnie z zaprezentowanym modelem efektywnej ochrony praw człowieka, decyzje podejmowane przez organ ochrony praw człowieka powinny być jak najbardziej efektywne. Czy oznacza to jednak, że organ ochrony praw człowieka nie powinien poświęcać swojej energii na próbę ochrony określonego prawa na danym terytorium, jeżeli prawdopodobieństwo skuteczności takiej ochrony jest bardzo znikome? Czy organ taki nie powinien podejmować działań mających na celu ochronę prawa do wolności słowa w państwie, w którym najprawdopodobniej rząd takiego państwa w większości przypadków nie zareaguje na działania podjęte przez ten organ? Wydaje się, że działania organu praw człowieka mogą być w takim wypadku efektywne jeżeli do naszego modelu dodamy bardzo istotną zmienną określającą promocję. Promowanie praw człowieka, nawet bez gwarancji skutecznej ochrony, w państwach, które je naruszają, jest bardzo ważnym celem wpisanym we wszystkich międzynarodowych systemach ochrony praw człowieka²⁶. Model zastosowania funkcji użyteczności społecznej w zakresie ochrony praw człowieka powinien zatem uwzględniać promocję tych praw. Nie jest to niemożliwe. Warunkiem uwzględnienia promocji określonego prawa w tym modelu jest zdefiniowanie promocji jako: „możliwości ochrony prawa w przyszłości”. Rozbudowany model uwzględniający promocję mógłby wyglądać, jak poniżej:

Założmy, że organ ochrony praw człowieka może w sytuacji alternatywnej podjąć działanie D_1 albo działanie D_2 . D_1 powinno zatem zostać podjęte w sytuacji alternatywnej, jeżeli:

$$((U_1 * I_1 * P_1 * Q_1) + (U_{p1} * I_{p1} * P_{p1} * Q_{p1}) / N) > ((U_2 * I_2 * P_2 * Q_2) + ((U_{p2} * I_{p2} * P_{p2} * Q_{p2}) / N))$$

W powyższym modelu zmienne U_p , I_p , P_p i Q_p charakteryzują po prostu ochronę danego prawa w wypadku skutecznej promocji tego prawa. Natomiast zmienna N oznacza liczbę decyzji, jakie są niezbędne do promocji scharakteryzowanej zmiennymi U_p , I_p , P_p i Q_p .

Traktowaniu albo Karaniu powołuje do życia Europejski Komitet Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu, który koncentruje się przede wszystkim na wizytacjach zakładów zamkniętych (takich jak więzienia, izby wytrzeźwień, szpitale psychiatryczne) w państwach- stronach wspomnianej Konwencji.

26 Dowodem na bardzo ważną rolę promocji w uniwersalnym systemie ochrony praw człowieka ONZ może być np. fakt, że w czterostronicowej rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 60/251 z 3 kwietnia 2006 r. powołującej Radę Praw Człowieka słowo „promocja” (promotion) wpada aż 13 razy. http://www2.ohchr.Org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.25_1_En.pdf, 31.01.2009.

Zwróćmy uwagę, że zmienna Q_p będzie prawie zawsze o wiele większa od Q , bo o ile w przypadku ilości Q mówimy o ilości osób, których prawa uda się ochronić dzięki jednostkowej decyzji, to ilość Q_p określa liczbę osób, których prawa generalnie będzie można ochronić podejmując wiele decyzji (liczba ta dotyczyć więc może mieszkańców całego państwa, lub nawet wielu państw, jeżeli decyzja „wypromuje” określone prawo na większym obszarze). Stąd też obecność zmiennej N , która mówi nam o tym, jak regularny, częsty i stały musi być pewien „trend orzeczniczy”, żeby dostatecznie zwrócić uwagę na niedoceniane dotąd uprawnienie.

Oczywiście powyższy model jest bardzo uproszczony; w praktyce niezwykle trudno jednoznacznie przewidzieć, jakie rezultaty przyniosą w odległej przyszłości podjęte dzisiaj działania promocyjne. W związku z tym, przedstawiony powyżej model uwzględniający promocję będzie tym bardziej wiarygodny im krótszej perspektywy czasowej będzie dotyczyć.

3.2 Teoria, a praktyka

Zawarte powyżej rozważania teoretyczne pokazują pewien „efektywny”, czy też „użyteczny” sposób patrzenia na ochronę praw człowieka, który może być wykorzystywany przy refleksji nad działalnością i ewentualną reformą zarówno krajowych, jak i międzynarodowych systemów ochrony praw człowieka. Próba kompleksowej analizy tych systemów przez pryzmat zaprezentowanego powyżej „efektywnego ekonomicznie” punktu widzenia z pewnością przekracza ramy tej pracy. Nie mniej jednak suche rozważania teoretyczne nigdy nie zastąpią refleksji praktycznej, dlatego w tej części pragnąłbym poczynić kilka ogólnych uwag na temat funkcjonowania niektórych z organów ochrony praw człowieka. Będą to po pierwsze: sądowe oraz quasi-sądowe organy ochrony praw człowieka a po drugie: specyficzny organ ochrony praw człowieka jakim jest Europejski Komitet Zapobiegania Torturom.

Mechanizm rozpatrywania zawiadomień indywidualnych w systemie komitetów powołanych na mocy uniwersalnych traktatów ochrony praw człowieka ONZ, takich jak np. Komitet Praw Człowieka, boryka się z wieloma trudnościami. Organom tym brakuje funduszy na działalność, stąd też ich nieskuteczność. Poza tym, organy te często nie są w stanie rozpatrzyć w porę określonego zawiadomienia. Przykładowo Komitet Praw Człowieka ma sporą zwłokę w rozpatrywaniu zawiadomień indywidualnych, zdarza się, że moment orzekania przez Komitet o naruszeniu przez państwo któregoś z artykułów Paktu następuje, gdy naruszenie ma już charakter nieodwracalny (np. osoba zmarła w więzieniu). Komitety praw człowieka ONZ mają znaczące problemy problem ze sprawnym rozpatrywaniem skarg w związku np. z przewlekłością procedur²⁷. Ponadto prawdopodobieństwo zastosowania się państw do decyzji tych organów jest często niewielkie²⁸. W związku z powyższym, z „ekonomicznego” punktu widzenia należałoby stwierdzić, że skoro Komitety ochrony praw człowieka nie są w stanie skutecznie ochronić praw wszystkich osób zawiadamiających te organy o naruszeniach, to komitety te powinny uprzywilejować ochronę praw najbardziej wartościowych, wobec największej liczby osób, tam gdzie naruszenie jest najbardziej intensywne oraz z jak najwyższym prawdopodobieństwem skutecznej

27 Przeciętny czas postępowania przed Komitetem Praw Człowieka wynosi 4- 5 lat, zob. R. Wieruszewski, Systemy ochrony..., s.106. Przeciążony skargami jest również Europejski Trybunał Praw Człowieka.

28 Zgodnie z danymi na 2003 r. w zaledwie 21% spraw, w których Komitet Praw Człowieka stwierdził naruszenie Paktu strony zastosowały się do orzeczenia, ibidem, s. 107.

ochrony. Żeby jednak tak się stało, Komitety muszą zostać upoważnione do arbitralnego odrzucania niektórych zawiadomień o naruszeniach praw, których potencjalna ochrona byłaby mniej „użyteczna” niż w wypadku zawiadomień innych osób, w przypadku których ochrona spełniałaby postulat „efektywności”. Komitety powinny np. odrzucać zawiadomienia o naruszeniach mało „intensywnych”, tym bardziej że duża część zawiadomień napływa do komitetów z krajów zachodnich (takich jak Kanada i Australia), gdzie ewentualne naruszenia nie należą do najpoważniejszych. Kolejną grupą odrzucanych zawiadomień powinny być zawiadomienia w sprawach gdzie państwo najpewniej nie zastosuje się do opinii komitetów, czyli w wypadku bardzo niskiego prawdopodobieństwa ochrony, (oczywiście po uwzględnieniu promocji). Obecnie dyskrecjonalne odrzucanie skarg przez komitety nie jest możliwe ponieważ jeżeli zawiadomienie spełnia określone wymogi formalne, to komitety są zobligowane do zajęcia się daną sprawą²⁹.

Powyższe problemy związane z m.in. z przewlekłością postępowania i niewydolnością nie dotyczą wyłącznie komitetów ochrony praw człowieka ONZ. Podobne kłopoty ma też Europejski Trybunał Praw Człowieka. Doszło nawet do paradoksalnej sytuacji, w której przewlekłość postępowania do tej pory piętnowana przez Trybunał jako naruszenie art. 6 Konwencji, zaczęła doskwierać samemu Trybunałowi³⁰. Żeby zaradzić tym problemom doszło 13 maja 2004 r. do uchwalenia Protokołu Fakultatywnego nr 14 nowelizującego procedurę postępowania przed Trybunałem normowaną przez Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Po pierwsze, art. 17 Protokołu, przewiduje że „Trybunał może uznać za niedopuszczalną jakąkolwiek skargę indywidualną (...) jeżeli skarżący nie doznał znaczącej szkody”. Oznacza to, że nawet w razie spełnienia wymogów formalnych, jeżeli nie została spełniona przesłanka znaczącej szkody, Trybunał może zadecydować, że nie będzie rozpatrywał danej skargi. Powyższe rozwiązanie bywa krytykowane, głównie ze względu na dużą dozę arbitralności, jaką przy odrzucaniu skarg otrzyma na jego mocy Trybunał. Wydaje się jednak, że powyższa nowelizacja spełnia postulat efektywności. Jeżeli Protokół 14 wszedłby w przyszłości w życie, Trybunał mógłby odrzucać skargi na naruszenie praw, których ochrona byłaby o wiele mniej efektywna niż w wypadku innych, „czekających w kolejce” skarg³¹. Tym samym można byłoby uprzywilejować skargi o wysokim „parametrze wartości (użyteczności)” danego prawa, a w szczególności o wysokim „parametrze intensywności naruszenia”. Niestety Protokół 14 nie został do tej pory ratyfikowany przez wszystkie państwa członkowskie Rady Europy. Moment wejścia Protokołu w życie blokuje Federacja Rosyjska.

29 Wymogi formalne dopuszczalności indywidualnego zawiadomienia określa np. art.3 oraz art. 5 Protokołu Fakultatywnego z 16 grudnia 1966 r. do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Przykładowymi przesłankami niedopuszczalności są np. anonimowość, sprzeczność z postanowieniami Paktu, nadużycie prawa do złożenia zawiadomienia (art.3) oraz rozpatrzenie sprawy za pomocą innej międzynarodowej procedury.

30 Zob. Raport Rady Europy wyjaśniający potrzebę uchwalenia Protokołu Fakultatywnego nr 14 (Explanatory Report). <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>, 31.01.2009.

31 Należy jednak zauważyć, że Protokół stanowi też, że żadna sprawa nie może zostać odrzucona z powodu braku wystarczającej szkody, jeżeli nie została ona zbadana odpowiednio przez sąd krajowy (case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal). Powyższy przepis osłabia częściowo dyskreję Trybunału w preferowaniu skarg umożliwiających „efektywną” ochronę, gdyż nawet jeżeli w skardze spełniającej wymogi formalne, na pierwszy rzut oka widać, że szkoda nie jest wielka, to jeżeli sądy krajowe nie zbadały tej sprawy zgodnie z wymogami Konwencji, skarga nie może zostać odrzucona.

Innym, mniej formalnym mechanizmem, który toruje sobie drogę w postępowaniu przez Europejskim Trybunałem Praw Człowieka jest tzw. „procedura wyroku pilotażowego”. Została ona zastosowana po raz pierwszy w sprawie *Broniewski p. Polsce* (naruszenie zakazu niehumanitarnego i poniżającego traktowania w kontekście przeludnienia polskich więzień), a później w sprawie *Hutten-Czapska p. Polsce* (naruszenie prawa własności poprzez obowiązki nakładane na właścicieli budynków czynszowych przez polskie prawo). Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału procedura ta może mieć zastosowanie jedynie w wypadku zidentyfikowania przez Trybunał „sytuacji systemowej”, czyli tylko w wypadku kiedy naruszenie prawa opisane w skardze jest zjawiskiem powszechnym, a wydanie wyroku ma zapobiec napływowi do Trybunału skarg innych osób³². Wydając „wyrok pilotażowy” Trybunał nie tylko nakazuje państwu zareagowanie na naruszenie prawa osoby, która wniosła skargę, ale przede wszystkim zobowiązuje państwo do zapewnienia w krajowym porządku prawnym mechanizmu mającego położyć kres systemowemu naruszeniu zidentyfikowanemu w rozpatrywanej przez Trybunał sprawie. Wyrok pilotażowy nie tylko przyczynia się, jak to do tej pory miało miejsce, do represyjnej ochrony prawa skarżącego (najczęściej przez zasądzenie zadośćuczynienia) ale również, poprzez zobowiązanie państwa do rozwiązania systemowego problemu, do ochrony praw tysięcy osób³³.

Wydaje się zatem, że nawet jeżeli konsekwencją wyroku pilotażowego Trybunału będzie tylko częściowa poprawa sytuacji osób, których prawa naruszono, to ilość osób, których ta poprawa może objąć z pewnością uczyni ochronę bardziej efektywną niż w wypadku badania każdej skargi z osobna i zasądzania wobec każdej z osób zadośćuczynienia.

Po zaprezentowaniu tego, w jaki sposób ekonomiczna analiza prawa może być wykorzystana przy refleksji nad działalnością organów zajmujących się rozpatrywaniem skarg, takich jak Europejski Trybunał Praw Człowieka, czy też Komitety Praw Człowieka ONZ, pora wskazać przydatność ekonomicznej analizy w obrębie działalności nieco innego organu ochrony praw człowieka. Tym organem, którego działalność poddam krótkiej i abstrakcyjnej analizie, będzie Europejski Komitet Zapobiegania Torturom. Komitet ten został powołany na mocy Europejskiej konwencji o zapobieganiu torturom oraz niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu podpisanej 26 listopada 1987r.³⁴ Stronami Konwencji są wszystkie państwa członkowskie Rady Europy, tzn. wszystkie państwa członkowskie Rady Europy akceptują kompetencje nadane Komitetowi przez ową Konwencję. Na wstępie warto zauważyć, że zadaniem Komitetu jest ochrona tylko określonej grupy praw, przede

32 Trybunał w sprawie *Hutten- Czapska p. Polsce* stwierdził że: zidentyfikowanie „sytuacji systemowej” uzasadniającą zastosowanie procedury wyroku pilotażowego nie koniecznie musi się łączyć z (bądź opierać się na) konkretną liczbą podobnych zawisłych spraw. W kontekście naruszenia systemowego lub strukturalnego istotną okolicznością jest również potencjalny napływ przyszłych spraw, ze względu na zapobieganie gromadzeniu się spraw powtórkowych na wokandzie Trybunału, które utrudniają efektywne rozpatrywanie innych spraw będących źródłem naruszeń. Zob. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 28 kwietnia 2008 r. w sprawie *Hutten- Czapska p. Polsce*, skarga nr 35014/97. <http://www.echr.coe.int/ECHPJEN/Header/Case-Law/JTUDOC/HUDOC+database>, 31.01.2009.

33 Jak stwierdził Trybunał, problem systemowy w sprawie *Broniewski p. Polsce* może potencjalnie dotyczyć ok. 80.000 osadzonych, a w sprawie *Hutten- Czapska p. Polsce* ok. 100.000 właścicieli budynków czynszowych. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Heade> 31.01.2009.

34 Dz.U.1995Nr46, poz. 238.

wszystkim tej związanej z „torturami lub poniżającym traktowaniem albo karaniem”³⁵. Podstawową formą działalności Komitetu są wizytacje okresowe w państwach-stronach Konwencji. Zgodnie z Konwencją oprócz wizytacji okresowych Komitet może organizować inne wizytacje. W praktyce te „inne wizytacje” to tzw. wizytacje *ad hoc*. Po przeprowadzeniu wizytacji Komitet z reguły „sporządza sprawozdanie dotyczące faktów z czasu trwania wizytacji”. Sprawozdanie to jest zasadniczo poufne i nie podlega publikacji, chyba że zażąda tego zainteresowane państwo. Przede wszystkim jednak: Jeżeli Państwo-Strona odmawia współpracy czy poprawienia sytuacji zgodnie z zaleceniami Komitetu, może on zadecydować (...) o wydaniu publicznego oświadczenia w tej sprawie”³⁶. Z punktu widzenia efektywności ochrony praw człowieka ten mechanizm jest jak najbardziej zrozumiały: nie ma sensu stosować dodatkowych sankcji w postaci oświadczenia, gdy państwo współpracuje z Komitetem „w poprawieniu sytuacji”, czyli w zapewnieniu ochrony praw osób znajdujących się pod jurysdykcją określonego państwa. Po dodatkową sankcję w postaci oświadczenia sens jest sięgać jedynie wtedy, kiedy ochrona oparta na współpracy z państwem okaże się nieefektywna. Komitet zdecydował się do tychczas na środek w postaci publicznego oświadczenia wobec Turcji w latach 1992, 1996, oraz wobec Rosji w latach 2001, 2003 i 2007.

Ostatnio, „Komitet przeprowadza każdego roku dziesięć albo ponad dziesięć wizytacji okresowych”³⁷. Przykładowo od 1 sierpnia 2006 do 31 lipca 2007 Komitet przeprowadził dziesięć wizytacji okresowych i siedem wizytacji *ad hoc*. Najostrzejsze działania Komitet podejmował w ostatnich latach wobec Turcji i Federacji Rosyjskiej, świadczy o tym fakt, że tylko wobec tych dwóch krajów zastosował sankcje w postaci publicznego oświadczenia. O ile w przypadku Turcji „publiczne oświadczenia Komitetu wymusiły w końcu pozytywne zmiany” o tyle szczególnie w wypadku Czeczenii „rosyjskie władze ciągle tolerują drastyczne naruszenia praw człowieka i nie wykazują dobrej woli współpracy z Komitetem w tym przedmiocie”³⁸. W latach 2000-2008 na 168 wizytacji Komitetu, 15 dotyczyło Federacji Rosyjskiej (zarówno wizytacji okresowych, jak i wizytacji *ad hoc*), głównie Czeczenii i Północnego Kaukazu³⁹. W związku z powyższym, można zadać słuszne pytanie, czy Komitet powinien w dalszym ciągu koncentrować swoje wysiłki na sytuacji w Federacji Rosyjskiej, a w szczególności w Republice Czeczenii, skoro władze rosyjskie nie wykazują chęci współpracy z Komitetem? Przedstawię teraz przykładową, bardzo uproszczoną analizę wykorzystującą zaprezentowany powyżej model funkcji użyteczności społecznej, mogącą pomóc w odpowiedzi na to pytanie.

Oczywiście, należy na początku stwierdzić, że celem Komitetu powinna być ochrona praw gwarantowanych przez Konwencję wobec jak największej ilości ludzi. Każdy człowiek, znajdujący się po jurysdykcją państwa-strony Konwencji ma taką samą wartość. W związku z tym Komitetowi bardziej się „opłacać” ochronić „prawo do nie bycia torturowanym oraz traktowanym w sposób niehumanitarny i po-

35 Zgodnie z art.1 Konwencji o zapobieganiu torturom oraz niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu „Komitet będzie badał, poprzez wizytacje, traktowanie osób pozbawionych wolności w celu wzmocnienia, w razie potrzeby, ich ochrony przed torturami bądź niehumanitarnym lub poniżającym traktowaniem albo karaniem”.

36 Więcej informacji o Komitecie w: Z. Hołda, Publiczne oświadczenia Europejskiego Komitetu Zapobiegania Torturom, [w:] Przegląd Więziennictwa Polskiego, nr 60, Warszawa 2008.

37 Ibidem, s. 9.

38 Ibidem, s. 16.

39 <http://cpt.coe.int/en/visits.htm>, 30.01.2008.

niżający⁴⁰ wobec 100 osób niż 50 osób bez względu na to jakiego państwa działania ochronne Komitetu będą dotyczyły. Jeżeli np. Komitet będzie mógł ochronić to samo prawo względem 100 obywateli jednego państwa (np. Turcji) i 50 obywateli różnych państw (np. Francji, Belgii i Holandii razem wziętych) powinien wybrać to pierwsze rozwiązanie. Oczywiście decyzja Komitetu nie będzie nigdy taka prosta i nie będzie sprowadzała się jedynie do ilości osób, których prawa można ochronić. Komitet przy podejmowaniu decyzji co do tego, w którym państwie powinien przeprowadzić wizytację musi też brać pod uwagę takie czynniki jak intensywność naruszenia prawa, czy prawdopodobieństwo ochrony. W związku z tym należy stwierdzić, że Komitet powinien przeprowadzać w danym okresie wizytacje w takich państwach, żeby osiągnąć, po podliczeniu efektywności wszystkich wizytacji, jak największą efektywność ochrony praw człowieka w tym okresie. Załóżmy, że uprawnienie wynikające z art.1 Konwencji ma taką samą wartość dla osób znajdujących się pod jurysdykcją wszystkich państw-stron Konwencji, dlatego Komitet nie musi określać odrębnych wartości tego prawa in abstracto dla społeczności poszczególnych państw. Określmy wartość (użyteczność) tego prawa P jako 1 ($U_p=1$). Poza tym załóżmy, że w Rosji, a konkretnie podczas jednej wizytacji w Czeczenii, z powodu masowości naruszeń można ochronić to prawo wobec bardzo dużej liczby osób, np. 1000 ($Q_{CZ}=1000$). Naruszenia prawa P na terytorium Czeczenii są też bardzo intensywne ($I_{CZ}=90\%$). Nie mniej jednak prawdopodobieństwo skutecznej ochrony prawa jest tam stosunkowo niewielkie ($P_{CZ}=5\%$), ponieważ jak stwierdził sam Komitet poprawa sytuacji nie następuje. W przeciwieństwie do Czeczenii, np. w Polsce intensywność naruszeń prawa P wynosi $I_p=50\%$, ilość osób, których prawo można ochronić podczas jednej wizytacji to $Q_p=100$, a prawdopodobieństwo skutecznej ochrony jest nieco większe niż w przypadku Czeczenii, załóżmy, że wynosi ono $P_p=30\%$. Jeżeli chodzi o Francję, załóżmy że parametry te wynoszą odpowiednio: $I_F=30\%$, $Q_F=50$, $P_F=50\%$. Żeby określić efektywność poszczególnych działań Komitetu należy obliczyć $U \cdot I \cdot P \cdot Q$ w wypadku tych trzech państw. Działanie D_{CZ} polega na wizytacji Czeczenii, działanie D_p na wizytacji Polski, a działanie D_F na wizytacji Francji.

$$D_{CZ} = U \cdot I_{CZ} \cdot P_{CZ} \cdot Q_{CZ} = 1 \cdot 90\% \cdot 5\% \cdot 1000 = 45$$

$$D_p = U \cdot I_p \cdot P_p \cdot Q_p = 1 \cdot 50\% \cdot 30\% \cdot 100 = 15$$

$$D_F = U \cdot I_F \cdot P_F \cdot Q_F = 1 \cdot 30\% \cdot 50\% \cdot 50 = 7,5$$

Z powyższych obliczeń wyraźnie widać, że przy podanej wartości zmiennych Komitet powinien uprzywilejować działania (wizytacje) dotyczące Czeczenii ponieważ $D_{CZ} > D_p > D_F$.

Powyższa analiza nie uwzględnia oczywiście wielu czynników, np. kwestii promocji danego prawa oraz tego, że skala, a tym samym koszt poszczególnych wizytacji różnią się od siebie. Załóżmy jednak, że w określonym okresie czasu Komitet może odbyć 4 wizytacje, czyli podjąć 4 działania. Załóżmy ponadto, że koszt i skala każdej wizytacji są dokładnie takie same. Załóżmy poza tym, że z każdą kolejną wizytacją w Rosji spadać będzie liczba osób, których prawa można ochronić, za to minimalnie będzie też spadała intensywność naruszeń tych praw (np. stosowane tortury w skutek zainteresowania Komitetu staną się bardziej mniej godzące w integralność fizyczną, a bardziej wy-

40 Art. 1 Konwencji.

rafinowane). I tak, o ile przy pierwszej wizytacji (D_{CZ1}), $Q=1000$, a $I=90\%$, to już przy drugiej (D_{CZ2}) $Q=500$, a $I=85\%$, zaś przy trzeciej wizytacji tego samego roku (D_{CZ3}) $Q=200$ i $I=80\%$. Załóżmy, że z każdą kolejną wizytą prawdopodobieństwo ochrony praktycznie nie wzrasta i dalej wynosi 5%, ponieważ władze rosyjskie w dalszym ciągu nie chcą współpracować z Komitetem w zapewnieniu praw gwarantowanych przez Konwencję, za wyjątkiem tego, że „łagodzą” stosowane tortury, tym samym zmniejszając intensywność naruszeń.

Zatem:

$$D_{CZ1} - 1 \cdot 90\% \cdot 5\% \cdot 1000 = 45 \quad D_{CZ2} - 1 \cdot 85\% \cdot 5\% \cdot 400 = 17 \quad D_{CZ3} - 1 \cdot 80\% \cdot 5\% \cdot 100 = 4$$

Teraz priorytetowość działań, które może podjąć Komitet, wzięwszy pod uwagę zarówno wizytacje Polski, Francji, jak i trzy wizytacje Rosji dotyczące terytorium Czeczenii wygląda następująco:

$$D_{CZ1} > D_{CZ2} > D_P > D_{CZ3} > D_F$$

Zakładając, że Komitet może w tym określonym okresie czasu podjąć tylko cztery wizytacje *ad hoc*, powinien on zorganizować trzy wizytacje w Czeczenii i jedną w Polsce, z czego najważniejszymi i uprzywilejowanymi wizytacjami powinny być 2 wizytacje w Czeczenii, potem wizytacja Polski, ewentualnie trzecia wizytacja Czeczenii.

Kończąc powyższą przykładową analizę działalności Komitetu, należy podkreślić, że ma ona na celu jedynie pokazanie pewnego sposobu myślenia, a podane liczby mają, co oczywiste, niewielki związek z rzeczywistością, która o wiele lepiej znana jest członkom Komitetu

4. Zakończenie

Zaprezentowane powyżej rozważania miały na celu zwrócenie uwagi na to, że nurt *Law & Economics*, w Polsce nazywany też ekonomiczną analizą prawa może dostarczyć pewnego przydatnego punktu widzenia nawet w dziedzinie ochrony praw człowieka. Oczywiście w powyższej pracy pewne „ekonomiczne” metody zostały wykorzystane w sposób mało rygorystyczny, autorski i zapewne arbitralny. Sądzę nawet, że to bardziej metody wykorzystywane przez ekonomiczną analizę prawa zostały w powyższej pracy „dopasowane” do tradycyjnej refleksji nad prawami człowieka, niż na odwrót. Dlatego też praca ta różni się zasadniczo od innych rozważań z pogranicza ruchu *Law & Economics* i międzynarodowej ochrony praw człowieka⁴¹.

Dogmatyczne myślenie w kategoriach wyłącznie ekonomicznej analizy prawa w materii tak delikatnej moralnie, jak prawa człowieka może budzić wątpliwości. Niemniej jednak, jak starałem się pokazać, np. na podstawie zmian zachodzących w działalności Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, organy ochrony praw człowieka starają się często myśleć w sposób ekonomiczny i podejmują efektywne decyzje. Problem polega jednak na tym, że czasami organy te są skrepowane przez sztywne

41 Zob. JoonBeom Pae, op cit.

procedury, które nie zawsze umożliwiają im podjęcie takich efektywnych działań. Stąd też, spostrzeżeniem jakie może wynikać z niniejszej pracy może być obecność związku jaki zachodzi pomiędzy elastycznością procedur organów ochrony praw człowieka, a efektywną ochroną.

Ostatnią wnioskami wypływającym z tej pracy, tym razem na poziomie teoretycznym, jest potrzeba przełamania w teorii praw człowieka pewnej hipokryzji, która objawia się przede wszystkim w mówieniu o „absolutnych charakterze” praw człowieka, rozumianym w ten sposób, że praw mających „absolutny charakter” nie można w rzeczywistości ograniczyć w żadnym wypadku. O ile takie nazewnictwo może mieć swoje uzasadnienie, w celu podkreślenia doniosłości określonych uprawnień, w języku aktów prawnych, o tyle w szeroko pojętej praktyce związanej z ochroną praw człowieka pojęcie „absolutnych praw człowieka” nie ma większego znaczenia. Dlatego teoria praw człowieka powinna demaskować tę hipokryzję i pokazywać, że dla efektywnej ochrony praw człowieka pojęcie praw człowieka o absolutnym charakterze nie ma racji bytu.